الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة منتوري/ قسنطينة
كلية الحقوق والعلوم السياسية

آثار عقد الأشغال العامة

على طرفيه في التشريع الجزائري

بحث مقدم لنيل شهادة دكتوراه الدولة في القانون العام

من إعدادالطالب :
بن شعبان علي

تحت إشراف الدكتور :
الدكتور شيهوب مسعود

السنة الجامعية : 2011 - 2012

مقدمـــــة

المقدمة

يحتل عقد الأشغال العامة مكانة بارزة ضمن العقود الإدارية إن لم يكن أبرزهـــا على الإطلاق ،و ذلك للدور الهام الذي يلعبه كوسيلة مـــن وســـائل الإدارة في تســـيير مرافقها العامة، وما يتطلبه ذلك من تطبيق المبادئ التي تحكم سير المرافق العامة كضـــمان حسن سيرها بانتظام واضطراد.

وإذا كانت أغلب الدراسات قد تناولت العقود الإدارية بشـــكل عـــام وكـــان التركيز فيها بشكل أساسي على إظهار الدور السلطوي للإدارة ،أي إظهار ما تتمتع بـــه الإدارة العامة في مواجهة المتعاقد معها من سلطات وامتيازات وذلك بغرض تأسيسها أو بغرض تبيان خصوصية وميزة العقد الإداري عن العقود المدنية والتي تتسم بالمســـــاواة بين مصالح أطرافها كونها مصالح خاصة لكل منها، عكس مصالح أطـــراف العلاقـــة في العقود الإدارية التي تتقابل فيها مصالح عامة تمثلها الإدارة ومصالح خاصة يمثلها المتعاقـــد معها، وغني عن البيان تمييز وتقديم المصلحة العامة عن المصلحة الخاصة وبالتالي تبجيلـــها عليها.

غير أنه ورغم ذلك فمما لاشك فيه أن المتعاقد مع الإدارة وخاصة في مجال عقود الأشغال العامة يؤدي دورا جوهريا وأساسيا في تنفيذ الأشـــغال العامـــة وبالتـــالي دورا أساسيا وجوهريا في استمرار سير المرافق العامة بانتظام واضطراد ،مما يجعله يقوم بـــدور المعاون للإدارة العامة في تسيير مرفق من مرافقها العامة موضوع عقد الأشغال مما يتطلب منه الوفاء بالتزاماته التعاقدية والالتزامات التي يفرضها عليه ضمان حسن استمرار ســـير المرفق العام بانتظام التي تتمثل في بذل عناية فائقة وحرص شديد والعمل بأقصى جهد قد يفوق الالتزام العادي المتعارف عليه في الوفاء بالالتزامات التعاقدية في العقود المدنية.

ومع هذا الحرص المطلوب في سلوك المتعاقد مع الإدارة في عقد الأشغال العامـــة فإنه يجب عدم التفريط في حقوقه وإلا لما وجدت الإدارة من يتعاقد معها وبالتـــالي مـــن يعاونها في تسيير مرافقها، لذا فإن ذات العقد تؤطره أحكام تتكفل بمصالح المتعاقـــد مـــع

الإدارة أهمها الباعث على التعاقد والمتمثل في الجانب المادي أي المقابـــل المـــالي الـــذي يتحصل عليه مقابل التزاماته المتعددة.

إضافة إلى التزامات أخرى على الإدارة تتولد عن العقد الذي يعد رابطة قانونيـــة أساسها مبدأ حسن النية وما يقتضيه في مجال تنفيذ العقد من تحمل الإدارة لكافة التزاماتها التعاقدية كمبدأ عام.

إلا ان واقع الحال هو على خلاف ذلك بدرجة كبيرة ،حسب ما تطالعنا به الاخبار كل يوم سواءعن طريق الصحف ،أو عبر ما يدور فى أروقة المحاكم من شكاوى كثيرة مـــن قبل المقاولين الذين لم يستطيعوا الحصول على حقوقهم المالية لدى الادارةمقابـــل .مـــا أنجزوه من أشغال تنفيذا لعقود مبرمة معها ،وهو ما يلحق بهم خســـائر فادحـــة تصـــل ببعضهم الى درجة الافلاس والتوقف النهائ عن النشاط .

ممايضطرهم الى اللجوء الى القضاء وما يتطلبه ذلك من وقت وطول انتظار حتى يفصـــل القضاء فى تلك المنازعات ، وهو أمر يناقض ماتتميز به التجارة من خاصية الســـرعة فى التعاقد وفى التنفيذ.

أو انهم يضطرون بعد طول إنتظار للرضوخ لمساومات الاداريين والـــدخول فى المحظـــور ونعنى بذلك السقوط فى (مستنقع)الرشوة وما يترتب عن هذا السلوك من ســـلبيات فى شتى الجالات.

كما أن هذا الواقع بكشف لنا أيضا عن كثرة التعديلات التى لحقت بقانون الصـــفقات العامة الجزائرى منذ صدوره أول مرةبتاريخ 1967/6/17بموجب الأمر رقم 67/90 حيث نسجل مالايقل عن ست (6) تدخلات على الأقل للمشرع اما بتعـــديل جـــزئ لآحكام هذا القانون أو باستبدالها كلية عن طريق اصدار قانون جديـــد يلغـــى العمـــل بالقـــانون القـــديم كمـــا فى ســـنوات 1982-1991-2002-2003-2005-2008-2009-2010-2011-و2012

ثم ان معظم عمليات الرقابة اللاحقة ،التى تجريها الجهات المختصـــة علـــى ىصـــفقات الادارة العامة المتعلقة خاصة بالاشغال العامة (نظرا لضخامة قيمتها الماليـــة) فى أغلبـــها تكشف عن وجود تجاوزات فى حق المال العام تشمل كل النعوت، كإهدار المال العـــام ،سوء تسير المال العام، اختلاس المال العام،جرائم الفساد وغيرها..

كل هذا جعلنا نبحث عن السبب فى ذلك ،أهو قصور فى التشريع وعدم إحتوائه علـــى أحكام قانونية صارمة تحفظ حق المقاول (معاون الادارة) وتحمى المال العام؟

وإذا كان الأْمر كذلك فماجدوى كثرة تدخلاته بنصوص جديدة وإجراء تعديلات على الاحكام المنظمة للصفقات العمومية؟

أم أن الاحكام القانونية موجدة نظريا ولكن استفحال الفساد الادارى هو الذى يحـــول دون تجسيدها؟ وما الحل إذ،ذاك؟

وبعبارة أخرى لماذا فشل قانون الصفقات العمومية فى تجسيد التوازن المنشود بين الصلحة الخاصة للقاول(معاون الادارة)وتمكينه من حقوقه المالية خاصة ،من جهة؟وبين المصـــلحة العامة المتمثلة فى الحفاظ على المال العام وصونه من جهة أخرى. ؟

ولبحث هذا الموضوع ومحاولة الاجابة على هذه التساؤلات نعتمد اســـلوب الوصـــف والتحليل لموقف المشرع الجزائرى مع الاستعانة بالمقارنة بـــبعض التشـــريعات العربيـــة والاجنبية، وهذا انطلاقا من آراء كبار الفقهاء وماإستقر عليه القضـــاء الادارى فى هـــذا المجال.

ولا يخفى ما لهذه الدراسة من اهمية،كون عقد الاشغال العامة هو من أكثر الوسائل الـــتى تستعملها الادارة العامة لانجاز المنشآت التى تحتاج إليها فى إدارة مرافقها.

ولتحقيق هذا رأينا أن نتناول بالدراسة آثار عقد الأشغال العامة علـــى طرفيـــه (الإدارة والمتعاقد معها) المتمثلة في حقوق والتزامات كل طرف والمنبثقة أساسا عن الرضـــا بـــين الطرفين الذي قد يتأثر باستعمال الإدارة لسلطاتها التي تعتبر من الخصائص الذاتية للعقود

الاداريةوخاصة منها سلطة التعديل، مبرزين موقف المشرع الجزائري والأسلوب الـــذي اعتمده لخلق التوازن بين طرفي العقد من حيث أثاره والتوفيق بين مبدأ الرضائية التي أنبنى عليها العقد خاصة بالنسبة للمتعاقد مع الإدارة وبين سلطات الإدارة باعتبارهـــا أحـــد طرفيه. وهي المسؤول الأول عن المرفق العام الذي ترتبط به الأشغال موضـــوع العقـــد والذي يجب ضمان استمرار سيره بانتظام واضطراد سواء بالنسبة لـــلإدارة أو بالنســـبة للمتعاقد معها الذي كيّف الفقه والقضاء علاقته بالإدارة بأنها علاقة تعاون مـــن أجـــل تسيير المرفق وتحقيق النفع العام، أي مساهمته في تحقيق المصلحة العامة، هذا العنصر الذي جعل الالتزامات الواقعة على عاتق المقاول مع الإدارة أكثر ثقلا من الالتزامات التي ترتبها عقود القانون الخاص.

وبالمقابل يمنحه حقوقا وأحيانا سلطات أكثر من الحقوق إلتي يرتبـــها القـــانون الخاص.

كما أن من جهة أخرى هيمنة الإدارة كسلطة عامة وهي طـــرف في العقـــد باعتبارها صاحبة العمل موضوع الأشغال يجعلها تتمتع بحقوق وسلطات واسعة في مجـــال عقد الأشغال العامة أكثر من تلك التي يمنحها القانون الخاص في العقود التي ينظمنها.

وباختصار فإن علو المصلحة العامة عن المصالح الخاصة يظهر أثره بشكل واضح في تحديد أثار عقد الأشغال العامة على طرفيه: الإدارة و المقاول.

ونظرا لأن عقد الأشغال العامة هو من أكثر الوسائل التي تلجأ إليها الدولة مـــن أجل تنفيذ سياستها الاقتصادية أيا كان نطامها السياسي.

ونظرا لأهمية هذه العقود في بناء الدولة الحديثة، ولقلة المراجع الجزائريـــة الـــتي تناولتها بالدراسة والبحث فقد اخترت أ يكون موضوعا لبحثي.

ولما كان موضوع عقد الأشغال العامة متشعبا، فقد اخترت أن يكون جهـــدي منصبا على إبراز آثاره على طرفيه.

على أن يكون ذلك بتقسيمه إلى قسمين بعد أن نتناول في:

فصل تمهيدي : مفهوم الأشغال العامة وعناصرها

القسم الأول: آثار عقد الأشغال العامـــة علـــى الإدارة المتعاقـــدة(ســـلطاتها والتزاماتها)

القسم الثاني: آثار عقد الأشغال العامة على المتعاقد معها (حقوقه والتزاماته)

فصل تمهيدي

ماهية الأشغال العامة

فصل تمهيدي
ماهية الأشغال العامة

إذا ما رغبت الإدارة في تنفيذ أشغال عامة، تطرح أمامها ثلاث خيارات[1]، تمثل الطرق أو السبل التي من خلال إحداها تستطيع القياخم بذلك :

ـــ فإما عن طريق التسيير المباشر .
ـــ أو عن طريق الإمتياز .
ـــ وإما عن طريق مقاولة الأشغال العامة وهو الخيار الثالث .

فبمقتضى الطريقة الأولى (التسيير المباشر)، تتولى الإدارة بذاتها تنفيذ الأشـــغال العامة، مستعملة أموالها وأعوانها، وما تقتنيه من مواد وسلع من مورديها .

وغالبا ما يرتبط إختيار الإدارة لهذا الأسلوب بالأشـــغال البســـيطة، كأشـــغال الصيانة البسيطة مثلا .

أما الطريقة الثانية المتمثلة في إمتياز الأشغال العامة، فمؤداها أن تلجـــأ الإدارة إلى شخص آخر (عام أو خاص ، طبيعي أو إعتباري) يدعى (الملتزم) فتبرم معـــه عقـــد يسمى (عقد الإلتزام) يتعهد بموجبه هذا الشخص المتعاقد بإنجاز، أو إنشـــاء ، أو تهيئـــة منشأة عامة، مقابل إستغلالها بعد إنجازها ، والحصول على رسم من قبل المرتفقين مقابل إستعمالهم لها.

أما الطريقة الثالثة فتتمثل في إبرام (عقد أشغال عامة) (صـــفقة) أو مقاولـــة أشغال عامة، وهذا حين تلجأ الإدارة إلى شخص متخصص (مقاولة الأشغال العمومية) تعقد معه صفقة تتمثل في عقد الأشغال العامة، بموجبه يقوم المقاول بتنفيذ الشغل العـــام لحساب الإدارة مقابل ثمن محدد تدفعه له.

(1) - **JEAN MARIE ANBY - PIERRE BON**, Droit Administratif des Biens Domaine Travaux Publics Expriation , Precis Dalloz, 2 emme edition , 1993, P 200.

وتعتبر هذه الطريقة أو هذا الأسلوب الأخير، أهم الأساليب وأكثرها في تعاملات الإدارة(1). وهو أسلوب يتضمن شروطا وإجراءات تكفل حسن تنفيذ الأشغال على الوجه المطلوب، وتضمن بالتالي تحقيق النفع العام.

لذلك من الطبيعي أن يخضع هذا الأسلوب أو هذا العقد لنظام قانوني متميز، ومختلف ليس فقط عن عقد المقاولة في القانون الخاص، بل وحتى عن باقي العقود الإدارية .

ولما كان موضوع بحثنا يتعلق بآثار عقد الأشغال العامة على طرفيه، فإننا نقتصر في بيان مدلول فكرة الأشغال العامة على ما نراه ضروريا لتحديد فكرة الأشغال العامة، ومنه تعريف عقد الأشغال العامة، وتحديد عناصره وكيفية إبرامه(2).

المبحث الأول
مفهوم الأشغال العامة

لا يوجد تعريف تشريعي للأشغال العامة وإنما ما يوجد هو فقط بعض التشريعات الخاصة التي يصف فيها المشرع بعض الأشغال بأنها أشغالا عامة(3).

و حسنا فعل المشرع بعدم تعريفه للأشغال العامة لأن الأمر يتعلق بنوع دائم التطور، فينبغي عدم إعاقته بنص تشريعي. أو وضع نص يصعب التقيد به.

وبالرغم من أن موضوع الأشغال العامة لم يكن محددا بالقانون، فإن المشرع الفرنسي جعل المنازعات المتعلقة بالأشغال العامة من إختصاص القاضي الإداري منذ البداية وذلك بموجب المادة الرابعة من قانون 28 بليفيوز للسنة الثامنة للثورة

(1) - **ANDRE DE LAUBADERE**, Traite Elementaire de Droit Administratif ; 5emme edition , 1970, p 286.

(2) ــ **هارون عبدالعزيز الجمل** : النظام القانوني للجزاءات في عقد الأشغال العامة ، دراسة مقارنة ، رسالة دكتوراه ، جامعة عين شمش ، مصر ، 1979، ص 8.

- **ANDRE DE LAUBADERE**, Op Cit , P 286 .

(3) - **JEAN MARIE ANBY - PIERRE BON**, Op Cit , P 182.

الفرنسية[1]، وذلك لأن عقود الأشغال العامة من أوائل العقود الإدارية بتحديد القانون. وهي في ذات الوقت عقود إدارية بطبيعتها، مما جعل القضاء يستند إليها في سحب إختصاصه إلى كثير من العقود الإدارية بطبيعتها إذا ما تضمنت عنصرا من عناصر الأشغال العامة[2].

ولما كان المشرع الذي جعل النظر في المنازعات التي تنشأ بمناسبة الأشغال العامة من إختصاص القضاء الإداري ولكن دون أن يعرف الأشغال العامة، فإن عبء تحديد ما يدخل في مدلول الأشغال العامة أصبح واقعا على كاهل القضاء، هذا الأخير الذي طور مفهوم الأشغال العامة.

المطلب الأول
المفهوم التقليدي للأشغال العامة

إرتبطت فكرة الأشغال العامة في فرنسا بفكرة المصلحة العامة لمدة طويلة، واعتبرت أشغالا عامة تلك التي تنفذ على عقار لحساب شخص عام، بهدف تحقيق المصلحة العامة[3].

وكان هذا طبيعيا، كون الأشغال العامة من المسائل التي كرست لها الدولة الحارسة جهودها عن طريق القيام بالمشروعات الأساسية للمجتمع، والضرورية لحسن سير المرافق العامة، كإقامة المصانع، وبناء مقرات الإدارات الحكومية، وشق الطرق وغيرها.....

---

(1) ــ **ثوريا العيوني** : معيار العقد الإداري ، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، 1987، ص 61.

(2) - **ANDRE DE LAUBADERE**, Op Cit , P 286 .

ــ **هارون عبدالعزيز الجمل** : المرجع نفسه ، ص 8 .

(3) ــ **أحمد رفعت الخفاجي** : نظرية الأشغال العمومية في القانون الإداري ، مجلة المحاماة، العدد 6، لعام 1953، ص 976. وما بعدها.

ــ وأيضا :

- **PHILIPPE GODFRIN** : Droit Administratif des Biens , Masson , Paris, 3emme edition, 1987, P 169.

ومع الزمن أصبحت الأشغال العامة أداة إستراتيجية، ووسيلة تنفيذ السياسات الإقتصادية للحكومات، مما جعل مفهوم الأشغال العامة تتطور.

فقد كان يقصد بالأشغال العامة ـ كما أشرنا ـ تلك الأشغال التي تنفذ على عقار، من طرف الإدارة أو لحسابها أو تحت إشرافها، بهدف تحقيق النفع العام.

هذا التعريف يتضمن العناصر الثلاث ينبغي توفرها حتى يتمكن إطلاق وصف الأشغال العامة(1) وهي:

1 - ورود الأشغال على عقار

الأشغال العامة هي أشغال بالمعنى الفني للكلمة ويجب أن تتخذ مظهرا ماديا، لذلك فالأشغال العامة يجب أن ترد على عقار.

ويقصد هنا العقار بمفهومه الواسع بحسب أحكام القانون المدني.

ففكرة الأشغال العامة متصلة بالعقارات إتصالا وثيقا. وإن من بين ما يميز عقد الأشغال العامة على غيره من العقود الإدارية الأخرى، هو موضوعه الذي يجب أن ينصب على عقار.

وقد برز هذا الشرط أوالعنصر من تعاريف الفقهاء وفي مختلف أحكام القضاء. وعليه فكل إتفاق يكون موضوعه منقولا، ولو كان هذا المنقول مملوكا للإدارة، وحتى لو كان يندرج ضمن الأموال العامة Domaine Public ، فإنه لا يعتبر من قبيل الأشغال العامة حتى ولو أعتبر ذلك عقدا إداريا، كأن يكون عقد توريد مثلا مهما كانت ضخامة هذا المنقول وأهميته، كما قضى مجلس الدولة الفرنسي في عقد كان موضوعه بناء حاملة طائرات حربية(2).

---

(1) ــ **عادل عبدالرحمن خليل ، عمر حلمي فهمي** : العقود الإدارية، معيار تمييزها ، أنواعها، إبرامها، منازعاتها، دراسة مقارنة، دار الثقافة الجامعية، 1995، ص 81 وما بعدها.

(2) ــ **هارون عبدالعزيز الجمل** : المرجع السابق ، ص 39 .

- **ANDRE DE LAUBADERE**, Op Cit , P 262 .

وقد وسع القضاء الإداري في مفهوم الأشغال العامة. فلم يجعلها مقصورة على أعمال البناء والهدم والصيانة، بل أدخل فيها كافة الأعمال المتعلقة بالعقارات كأعمال الردم، وأعمال الرش، وتنظيف الطرقات العامة، وكذا نقل المواد اللازمة لتنفيذ الأشغال(1). وكل الأعمال المتعلقة بعمليات صيانة العقارات.

وكما أشرنا فإن مفهوم العقارات هو العقار بالمعنى الواسع أي سواء كان موضوع الأشغال عقار بالطبيعة، أو عقار بالتخصيص، كمد لخطوط الهاتف والكهرباء مثلا. بل وقد اعتبر مجلس الدولة الفرنسي إخراج جثث الموتى من قبورها وإعادة دفنها، ــ في إطار إعادة تهيئة المقبرة ــ من قبيل الأشغال العامة(2).

2 ـ تنفيذ الأشغال لحساب شخص عام

كقاعدة عامة لاتعتبر العقود المبرمة بين أشخاص القانون الخاص، عقود إدارية بشكل عام وعليه فإن عقود الأشغال التي تبرمها هذه الأشخاص لاتعتبر عقود أشغال عامة، حتى ولو كان موضوعها تنفيذ أشغال عامة بإستثناء تلك التي تخضع لأحكام الوكالة وفقا لقواعد القانون المدني(3).

فإنجاز الأشغال لحساب شخص قانوني عام، يعد شرطا بديهيا لإعتبار الأشغال عامة، بإعتبار عقد الأشغال العامة عقد إداريا وبناء على المعيار العضوي السائد فقها وقضاء. بل وتشريعا سواء كان هذا الشخص إقليميا أو مرفقيا على أساس أن أحكام

(1) ــ **أنس جعفر** : العقود الإدارية ، دراسة مقارنة لنظم المناقصات والمزايدات وتطبيقه لقانون 1998 ، لسنة 1998، الخاص بالمناقصات والمزايدات في مصر ولائحته التنفيذية، وفقا لآخر تعديلات 2006، مع دراسة لعقد B.O.T ، الطبعة 4، لسنة 2007، دار النهضة العربية ، ص 40 وما بعدها.

(2) ــ **عيسى عبدالقادر الحسن** : التزامات وحقوق المتعاقدين في تنفيذ عقد الأشغال العامة، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة 1997، ص 8.

- **ANDRE DE LAUBADERE**, Op Cit , P 262 .

(3) ــ راجع أحكام الوكالة في القانون المدني الجزائري الصادر بالأمر رقم 75/58 الصادر في 26 سبتمبر 1975 المعدل والمتمم والتي وردت بالفصل الثاني خاصة المواد من 571 إلى 573.

قانون الصفقات تحكم عقود الهيئات الإدارية[1] بإعتبارها عقودا إدارية. غير أن لإعتبار الأشغال تمت لحساب شخص عام لايشترط أن يكون هذا الشخص مالكا للعقار محل الأشغال، إذا كان مصيره أن يؤول في النهاية إلى الشخص المعنوى العام في تاريخ معين.

ويكفى للقول بأن الأشغال عامة بالنسبة لهذا العنصر (كون الأشغال تتم لحساب شخص عام).

كما يكفى أن يكون لهذا الأخير (الإدارة) إشراف ورقابة شديدة على الأشغال وقت تنفيذها[2].

3 ـ 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.

إرتبطت فكرة الأشغال العامة بفكرة المصلحة العامة المرتبطة بالمرفق العام، وبالمال العام، وعليه فإن الأشغال التي تتم على الدومين أو المال الخاص للإدارة لاتعتبر أشغالا عامة. وظل هذا الربط إلى غاية عام 1942[3] حيث أصدرت محكمة تنازع الإختصاص الفرنسية حكما فصلت بموجبه بين فكرة المصلحة العامة التي يتولاها المرفق وبين الدومين العام حيث قررت المحكمة : "بأن سبب الضرر المدعى به يرجع إلى إهمال في صيانة دار القضاء في مدينة (Aix) وهي مخصصة كلها لمرفق العدالة وبالتالي لتحقيق مصلحة عامة. ومن ثم فإن الدعوى تدخل في إختصاص المجلس الإقليمي بإعتبارها متعلقة

---

(1) ــ تراجع المادة 2 من المرسوم الرئاسي رقم 10/236 المؤرخ في 07 أكتوبر 2010 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية الجزائري المعدل والمتمم، منشور بالجريدة الرسمية رقم 58 لعام 2010. التي تقرر بأن تطبيق أحكامه على صفقات أشخاص عامة، طبعا من بينها صفقة الأشغال العامة.

(2) - **ANDRE DE LAUBADERE**, Op Cit , P 265 .

ــ يشير المؤلف إلى عبارة " لحساب شخص عام " فسرها القضاء بمفهوم واسع، فضمت تلك الأشغال التي تمارس تحت رقابة الإدارة، والأشغال التي تتم على عقار مملوك لشخص خاص لفائدة الشخص العام ... إلخ.

(3) ــ في 24 أكتوبر 1942 صدر حكم عن محكمة التنازع الفرنسية في قضية . Préfet des Bouches de Rhones

ــ أنظر : - **ANDRE DE LAUBADERE**, Op Cit , P 262 .

بتنفيذ أو عدم تنفيذ أشغال عامة دون حاجة للبحث فيما إذا كان المعنى يدخل في نطاق الدومين العام أو الدومين الخاص، لإستقلال فكرة الأشغال العامة على الأموال العامة"(1).

وطبعا تقرير مثل هذا المبدأ أي "الإستقلال" لا يعني الإتفصال المطلق بين الدومين العام والأشغال العامة، بل يمكن أن تتم أشغال عامة على مال عام، طبعا بشرط أن يتمثل المال العام في عقار.

فالنتيجة أن الأشغال يمكن أن تكون عامة سواء تمت على دومين عام أو دومين خاص للإدارة ما دام محلها عقار وبهدف نفع عام. وهذا شيء طبيعي مادام كما أسلفنا القضاء الفرنسي يعتبر الأشغال التي تتولى الإدارة الإشراف عليها ومراقبتها أشغالا عامة(2).

المطلب الثاني
الإستقلال عن فكرة المرفق العام
والمفهوم الجديد للأشغال العامة

لم يتوقف تطور فكرة الأشغال العامة نحو التوسع عند حد الإستقلال عن فكرة الدومين العام، بل تعدى ذلك، مما أوجد مفهوما جديدا للأشغال العامة.

1 ـ الإستقلال عن فكرة المرفق العام

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

(1) ــ **محمد سعيد حسين أمين** : دراسة وجيزة في فكرة العقود الإدارية وأحكام إبرامها، دار الثقافة الجامعية1992، ص 179.

(2) - **ANDRE DE LAUBADERE**, Op Cit , P 265 .

فاعتبرت أشغال عامة، تلك الأشغال التي ترد على عقارات مخصصة لمرفق عـــام ولوكان يدخل ضمن نطاق الدومين الخاص للإدارة[1]. وظل ذلك إلى غاية عام 1921 حيث صدر قرار مجلس الدولة الفرنسي[2] بما معناه إذا كان مرفق العبادة لم يعد مرفقـــا عاما بموجب قانون 1905 الذي يفصل الكنسية عن الدولة. وأن دور العبادة تبقى تحت تصرف المكلفين بإقامة شعائر العبادة لممارسة ديانتهم،وأنه يترتب على ذلك أن الأشغال التي تنفذ في الكنيسة، لحساب شخص عام من أجل غرض ذى نفع عام، تحتفظ بصـــفة الأشغال العامة تخضع للقضاء الإداري وقواعد القانون الإداري. رغم أن ممارسة الشعائر الدينية مسألة خاصة ولا تهم الدولة.

وبهذا الموقف فصل المجلس بين فكرة المرفق العام والأشغال العامة، حيث اعترف بصفة الأشغال العامة لأعمال تتم على عقار (الكنيسة) لم يعد مرفقا عاما بموجب قانون ديسمبر 1905.

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 أي أنه ربط فكرة الأشغال العامة بفكرة النفع العام، التي وإن كانت فكرة واســـعة إلا أنهـــا ليست مطلقة، فهي لا تعتبر أشغال عامة تلك التي تستهدف مجرها تحقيق مصلحة ماليـــة للإدارة[3].

---

(1) ــ **هارون عبدالعزيز الجمل** : المرجع السابق ، ص 40.

(2) ــ وردت الإشارة إلى هذا القرار لدى كل من :

ــ **محمد سعيد حسين أمين** : المرجع السابق ، ص 180 .

ــ **هارون عبدالعزيز الجمل** : المرجع نفسه ، ص 40.

ــ **عيسى عبدالقادر الحسن** : مرجع سابق ، ص 9 وما بعدها .

- **ANDRE DE LAUBADERE**, Op Cit , P 262 .

(3) ــ **سليمان محمد الطماوي** : الأسس العامة للعقود الإدارية، دراسة مقارنة ، دار الفكر العـــــــربي، ط4، سنة 1984، ص 116. وما بعدها .

ــ أمثلة أوردها عن قرارات مجلس الدولة الفرنسي.

- **ANDRE DE LAUBADERE**, Op Cit , P 264 .

كما نستنتج من هذا القرار الفاصل بين الفكرتين بأن تخصيص العقـــارات محـــل الأشغال لمرفق عام، لا يعني بالضرورة أن الأشغال التي تتم عليها تكتسب صفة الأشـــغال العامة(1).

وهكذا إتسعت فكرة الأشغال العامة بإرتباطها بفكرة النفع العام التي هي فكـــرة تتطور وتتجاوب مع المتغيرات والأساليب الفنية خصوصا بعد أن توسع مفهومها وأصبح مرادفا لفكرة المصلحة العامة(2).

2 ـ المفهوم الجديد لفكرة الأشغال العامة

بتاريخ 23 مارس 1955 أصدرت محكمة تنازع الإختصاص الفرنسية حكما في قضية تعرف تحت إسم Effimieff إعتبرت بموجبه أشغالا عامة، تلك التي ينفذها شخص عام لحساب شخص خاص، من أجل تنفيذ مهمة مرفق عام.

فإذا كان الغالب والمعتاد أن تستعين الإدارة بالخواص (المقاولين) من أجل إنجـــاز أشغال تدخل لاحقا ضمن الأملاك العامة. فإنه في قضية Effimieff على العكس فـــإن الإدارة هي التي تولت إنجاز مباني لحساب الأفراد وهي تدخل ضمن أملاكهم الخاصـــة وذلك في إطار ما نعبر عنه في الوقت الحاضر بتنفيذ السياسة الإقتصادية للدولة.

وبهذا توسع مفهوم الأشغال العامة، و لم يعد قاصرا على الأشغال العقارية الـــتي تنفذ لحساب شخص عام، بل حتى حين تنفذ لحساب شخص خاص فإنها تعتبر أشـــغالا عامة(3).

وتتلخص وقائع هذه القضية وهي واحدة من الكثير من المنازعات التي حـــدثت بمناسبة قيام الجمعيات النقابية للتعمير وهي تحمل صفة المؤسسات العامة بمقتضى قـــانون 1948، قيامها بإعادة بناء مساكن لصالح المنكوبين التي تهدمت جراء الحرب العالمية الثانية

(1) - **ANDRE DE LAUBADERE**, Op Cit , P 263 .

(2) ــ راجع في هذا الموضوع ، **عزت صديق طنبوش** : نزع الملكية للمنفعة العامة، رسالة دكتوراه ، جامعة عين شمس ، 1988، ص 36 وما بعدها.

(3) - **JEAN MARIE ANBY, P. BON** , Op Cit , P 189.

وهذا بتكليف من الحكومة في إطار تحقيق المصلحة الوطنية. وقد أدت أشغال هـــذه إلى نشوب نزاعات متعددة بينها وبين المقاولين الذين تعاقدت معهم وبينـــها وبـــين المـــلاك أصحاب المساكن(1).

وكان التساؤل حول نوع القضاء المختص بنظر هـــذه المنازعـــات، حيـــث أن المحاكم الإدارية تقر إختصاصها، كما قضت المحاكم العاديـــة بإختصاصـــها باعتبـــار أن الأشغال تتم لحساب خواص رغم أن الملاك أعضاء الجمعية. وذلك لأنه حتى هذا التاريخ كان لإعتبار الأشغال عامة كان لابد من توافر شروط منها شـــرط أن تـــتم لحســـاب شخص عام. وهو شرط غير محقق في هذه القضايا. ولم يكن القضاء يعتـــرف بالطـــابع العام للأشغال المنجزة لصالح الخواص إلا إذا كانت من ملحقات الأشغال العامة وذلـــك إستثناء فقط(2).

إلا أن محكمة التنازع في هذه القضية قد تجاوزت الإستثناء، واعتبرت أن هـــذه الجمعيات النقابية. حين أضفى المشرع عليها صفة العمومية وأخضعها بالتـــالي للقـــانون العام، فإن ذلك يعبر عن قصد المشرع تكليفها بمهمة "تسيير مرفق عام" من أجل تحقيـــق المصلحة الوطنية المتمثلة في إعادة الإعمار بعد الحرب، وبالتالي إعتبارها أشغالا عامة حتى تخضع للقانون العام بغض النظر عن صفة من تنفذ الأشغال لحسابهم ما دامـــت تتعلـــق بتنفيذ مهمة مرفق عام(3).

وزيادة في توسيع مفهوم الأشغال العامة، فقد اعتبر القضاء الفرنسي العديد مـــن الأشغال التي لها صلة بعقد الأشغال العامة ومنها مثلا(4): عقـــد نقـــل المـــواد اللازمـــة

(1) ــ **محمد سعيد حسن أمين** : المرجع السابق ، ص 185.

(2) ــ **مسعود شيهوب** : المسؤولية دون خطأ في القانون الإداري، رسالة دكتوراه، جامعة قنسطينة، 1991، ص 163.

ــ **محمد سعيد حسن أمين** : المرجع السابق ، ص 165.

(3) ــ **عيسى عبدالقادر الحسن** : التزامات حقوق المتعاقدين في تنفيذ عقد الأشغال العامة، المرجع السابق، ص 12.

(4) ــ **عادل عبدالرحمن خليل، عمر حلمي فهمي** : المرجع السابق ، ص 87 وما بعدها.

ــ **سليمان محمد الطماوي** : الأسس العامة ، المرجع السابق ، ص 116 وما بعدها.

حيث يعرض المرجعان العديد من الأمثلة على الإتفاقات التي إعتبرها القضاء الفرنسي عقودا إدارية لصلتها بالأشغال العامة.

للأشغال، عقد إيجار الخدمات الذي تبرمه الإدارة مع المهندس قصد متابعة تنفيذ الأشغال، وأيضا عقد تقديم مساعده مالية أو عينة بقصد المساعدة على إنجاز الأشغال العامة.

وعموما فإنه وإن أوجد القضاء الفرنسي في مفهوم الأشغال العامة مفهوما جديدا بتوسيعة، إلا أنه بالمقابل لم يهجر المفهوم التقليدي للأشغال العامة(1).

فبمقتضى المفهوم الموسع اعتبر أشغال إعادة التشجير للغابات نفذتها الدولة لحساب الأفرادن أشغالا عامة.

وبمقتضى المفهوم التقليدي اعتبر أشغال هدم نفذتها مقاولة خاصة لحساب وزارة التعمير، بهدف تحقيق نفع عام، أشغالا عامة.

المبحث الثاني
تعريف عقد الأشغال العامة وكيفية إبرامه

بناء على التطور الذي إستقر عليه القضاء الفرنسي، أورد جمهور الفقهاء تعاريف متعددة(2) لعقد الأشغال العامة، ترتكز في تكييف الأشغال العامة أحيانا على من تؤول إليه في النهاية، أي بعد إنجازها أو على طريقة تنفيذها أحيانا أخرى. ولكن دائما باشتراط توفر عناصر: إرتباط الأشغال بعقار وان يتدخل فيها شخص عام بهدف تحقيق نفع عام. وهي العناصر التي تعطى فكرة الأشغال العامة وحدتها الجوهرية.

(1) ــ **مسعود شيهوب** : المرجع السابق ، ص 164.

ــ **عيسى عبدالقادر الحسن** : المرجع السابق، ص 12.

(2) ــ راجع في تعريف عقد الأشغال العامة على سبيل المثال :

ــ **عيسى عبدالقادر الحسن** : المرجع السابق ، ص 6 .

ــ **سليمان محمد الطماوي** : المرجع السابق ، ص 112 .

- **PHILIPPE CODFRIN** , Op Cit , P 169.

- **JEAN MARIE ANBY, P. BON** , Op Cit , P 212.

المطلب الأول
تعريف عقد الأشغال العامة

أورد الفقه العربي والفرنسي الكثير من تعاريف عقد الأشغال العامة، ويتفق معظمها على عناصر تكييف القضاء للأشغال بأنها عامة، كما تتفق على طبيعته الإدارية وفقا للقانون.

وفيما يلي نورد نماذج من هذه التعريفات على سبيل المثال فقط:

ـــ فالفقيه الفرنسي Delaubadere عرفه بأنه ذلك العقد الإداري الذي تكلف الإدارة بموجبه شخص بتنفيذ أشغال عامة بمقابل ثمن(1).

وعرفه آخر بأنه "إتفاق بين الإدارة وأحد المقاولين (فرد أو شركة) بقصد القيام ببعض الأشغال العامة بهدف تحقيق مصلحة عامة في نظير مقابل مالي متفق عليه في العقد"(2).

كما ورد عقد الأشغال العامة بأنه "عقد يبرم بواسطة أشخاص القانون العام ولحسابها بهدف القيام بعمل من أعمال البناء أو الترميم أو صيانة عقار يخضع لنظام قانوني خاص. ليس فقط مغايرا لعقود القانون الخاص بل ولنظام العقود الإدارية الأخرى"(3).

وما يلاحظ على هذه النماذج من التعاريف إنها متفاربة جدا، وأنها تجمع على ضرورة توافر ثلاثة عناصر أساسيا في العقد حتى يوصف بعقد الأشغال العامة. وتتمثل هذه العناصر في:

1 - أن يكون موضوع الأشغال عقارا

فتعتبر عقود أشغال عامة. تلك الإتفاقات التي يكون موضوعها منصبا على عقار بالطبيعة أو بالتخصيص. وتتجسد مثل هذه الأشغال على سبيل المثال في أعمال البناء

(1) - **ANDRE DE LAUBADERE**, Op Cit , P 267 .

(2) ـــ **ثريا العيوني** : معيار العقد الإداري، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، 1987، ص 403.

(3) ـــ **وليد فاروق جمعة** : حماية المقاول من الباطن في إطار عقود الأشغال العامة، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، 2000، ص 386.

والحفر والترميم وشق الطرق ومد الخطوط الكهربائية والهاتفية أو قنوات المياه، والصرف الصحي ونقل المواد اللازمة لتنفيذ الأشغال وغيرها من المواضيع التي أضفى عليها مجلس الدولة صفة عقود الأشغال العامة بالمفهوم الواسع الذي تبناه كما سبقت الإشارة إليه.

2 ـ أن يتم العمل لحساب شخص معنوى عام

كون عقد الأشغال العامة ذو طبيعته إدارية فإن ذلك يعنى أن أحد طرفية على الأقل شخصا معنويا عاما. 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).

وطبعا يستوى في ذلك أن يكون الشخص المعنوى إقليما كالدولة والولاية والبلدية أو مصلحيا كالمؤسسات العامة والإدارية.

ومع هذه البديهيات فإن مجلس الدولة الفرنسي كما أسلفنا قد أضاف بعض التفاصيل على هذا الشرط نرى ضرورة إعادة التذكير بها هنا، ومنها:

أنه لايشترط أن يكون العقار محل الأشغال مملوكا للشخص المعنوى العام، بل يكتفى أن نكون الأشغال تتم لحساب الشخص المعنوي العام، حتى ولو كان العقار مملوكا لشخص خاص، إذا كان مصيره سيؤول إلى الشخص العام.

كما أنه يعتبر الأشغال قد تمت لحساب شخص معنوى عام إذا كان لهذا الأخير إشراف أو رقابة به وتوجيه على هذه الأشغال.

3 ـ يجب أن يكون الهدف من الأشغال تحقيق نفع عام

وهو العنصر الثالث الذي يجب توفره حسب التعاريف المختلفة لوصف العقد بأنه عقد أشغال عامة.

---

(1) ــ **محمد عبدالواحد الجميلي** : ماهية العقد الإداري في ضوء أحكام القضاء الفرنسي والمصري، دار النهضة العربية، 1995، ص 60 وما بعدها.

وكان هذا العنصر أكثر عناصر الأشغال العامة تطورا في القضاء الإداري، الذي يؤسس تكييفه للأشغال العامة أحيانا على طريقة تنفيذ الأشغال، وأحيانا على من تـــؤول إليه الأشغال في نهايتها. طبعا مع الحرص دائما على توفر شرطين أساسيين هما: إرتبـــاط الأشغال بهدف المنع العام ثم تدخل الشخص العام بهذه الأشغال بصفة ما سواء كمراقب أو وسيط أو رب عمل(1).

ويلاحظ متتبع قرارا القضاء الفرنسي، توسعه الكبير في مفهوم الأشغال العامـــة، بإضفاء صفة عقد الأشغال العامة على بعض الإتفاقات التي ليست لها علاقة قويـــة مـــع فكرة الأشغال العامة.

وربما كان كذلك رغبة منه في إخضاع كل ما يتعلق بالأشغال العامـــة لنظـــام قانوني موحد، هو القانون العام بحسب رأينا الذي يتفق مع ما يراه آخرون(2).

ومن هذه الإنفاقات ذات العلاقة البسيطة بفكرة الأشغال العامة، ورغـــم ذلـــك اعتبرها القضاء الإداري عقود أشغال عامة بذكر الفقهاء(3)، عقد توريد المواد اللازمـــة لتنفيذ الأشغال، رغم أن "المورد" لا يشارك في تنفيذ الأشغال بشكل مباشر.

وكذا عقد نقل المواد اللازمة للأشغال العامة الذي اعتبره القضاء كذلك نظـــرا لصلته الوثيقة بالأشغال العامة.

وذات الوصف أعطاه في بعض الأحيان لعقد تقديم المساعدة الماليـــة أو العينيـــة وكذا عقد الكفالة.

---

(1) ــ **محمد سعيد حسين أمين** : دراسة وجيزة...، المرجع السابق، ص 188 وما بعدها.

(2) ــ **ثريا العيوني** : المرجع السابق ، ص 498.

(3) ــ من بين الفقهاء والكتاب الذين أوردوا قرارات في هذا المجال نذكر على سبيل المثال :

ــ **سليمان محمد الطماوي** : الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص 43 وما بعدها.

ــ **أنس جعفر** : العقود الإدارية ، المرجع السابق ، ص 43 وما بعدها .

- **JEAN MARIE ANBY** , Op Cit , P 215 et Suit.

وعقد إيجار الخدمات Louage de sevrice أو ما يسمى بعقود الدراسات، وهي الإتفاقات التي يكلف بموجبها المهندسون ومكاتب الدراسات بوضع الرسوم والتصاميم والخرائط ومراجعة الأشغال.

وبعض الأشغال العامة التي تجرى على الملكيات الخاصة العادية والتي هي عبارة عن عقارات مخصصة لسير مرفق عام(1).

المطلب الثاني
كيفية إبرام عقد الأشغال العامة

حتى يتم إبرام عقد الأشغال العامة، لابد من إتمام خطوات تسبق ذلك، تتمثل خاصة في: تسجيل المشروع، والحصول على الأموال اللازمة له، وإعداد الدراسات، وتحديد قطعة الأرض التي سيقام عليها، إذا كان الأمر يتعلق بإقامه بناء..... إلى غير ذلك بحسب نوع المشروع بعد إستكمال كل ذلك، تبدأ مرحلة البحث عن طرف تتعاقد معه الإدارة صاحبة المشروع لأن الغالب ألا تقوم هي بذاتها بمباشرة الأشغال بواسطة عمالها، وإنما تعهد بذلك إلى شخص آخر، تختاره بإتباع أساليب وإجراءات محددة.

1 - مدى حرية الإدارة في اختيار المتعاقد

(1) ــ **عبدالعزيز السيد الجوهري** : محاضرات في الأموال العامة، دراسة مقارنة، ديوان المطبوعات الجامعية، 1983، ص 64 وما بعدها.

إذا كان الشخص في القانون الخاص يختار طرف العلاقة التعاقدية التي يجريها بكل حرية، فإن الإدارة لا تتمتع بمثل هذه الحرية، إذا رغبت في التعاقد، بل عليها إحترام القواعد التي تضمن المصلحة العامة من مختلف جوانبها.

فتتقيد باتباع الإجراءات التي من شأنها أن توفر الظروف التي تحقق ذلك، وهو الهدف الذي يسعى المشرع إلى تحقيقة من خلال وضع قواعد وأحكام تنظم عقود الإدارة العامة والتي منها عقد الأشغال العامة.

ويعتبر موضوع كيفية إبرام عقد الأشغال العامة، وإختيار الإدارة للمتعاقد معها ذو أهمية كبيرة، لدى جميع الدول ويدل على ذلك الملتقى الدولى العاشر للعلوم الإدارية الذي انعقد في "مدريد" بإسبانيا عام 1956 وهو الملتقى الذي خصص لدراسة هذا الموضوع(1) من خلال إجابة الدول على أسئلة محددة، يتم من خلالها إستخلاص ما إذا كانت الإدارة في كل دولة حرة في إختيار أسلوب التعاقد وإجراءاته أم أن التشريعات تقيدها بإتباع أساليب وإجراءات محددة؟.

ووفقا لما خلص إليه المؤتمر وإسقاط ذلك على الجزائر، فإن الجزائر تندرج ضمن الدولى التي توجد بها إجراءات محددة للتعاقد، وهي إجراءات إجبارية على الإدارة الإلتزام بها وتتمثل خاصة وبشكل أساسي في الأحكام التي تتضمن كراسة الشروط العامة لعقود الأشغال العامة الصادرة عام 1964 والتي سيتم التطرق والإستناد إليها داخل هذا البحث، وكذلك أحكام المرسوم الرئاسي رقم 236/10 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية المعدل والمتمم السابق الإشارة إليه والذي أيضا ستكون الكثير من أحكامه كمرجع لنا في هذه الدراسة، والذي جاء فيه "تتم طبقا للقوانين والتنظيمات المعمول بها و أحكام هذا المرسوم، الصفقات التي تبرمها المصالح المتعاقدة وفقا للسياسة الوطنية في إعداد هذه الصفقات وإبرامها وتنفيذها"(2).

(1) ــ مجلة العلوم الإدارية ، الشعبة المصرية للمعهد الدولي للغلوم الإدارية لعام 1959، العدد الأول التي نشرت التقرير العام لهذا الموضوع والذي أعده الأستاذ موريس فلام بصفته مقررا للمؤتمر.

(2) ــ المادة الأولى من المرسوم الرئاسي 236/10 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، منشور بالجريدة الرسمية رقم 58

وسوف نبين ولو بإختصار كيفية إبرام عقود الأشغال العامة وفقا لأحكام هذين النصين، ولكن ذلك بعد تحديد طرفي العقد:

2 ـ طرفـــي العقـــــد:

عقد الأشغال العامة هو عقد إداري كسائر العقود الأخرى له طرفان أحـــدهما بالضرورة هو شخص عام، أما الطرف الآخر، فقد يكون هو أيضا شخصا معنويا عاما، كما قد يكون شخصا خاصا سواء أكان طبيعيا أو معنويا.

أ ـ الشخص العام في العقد : تنص المادة (4) من قانون الصفقات العمومية الجزائري على أن "الصفقات العمومية عقود مكتوبة في مفهوم التشريع المعمول به تبرم وفق الشروط المنصوص عليها في هذا المرسوم، قصد إنجاز الأشغال وإقتناء الموارد الخدمات والدراسات لحساب المصلحة المتعاقدة".

وقبلها نصت المادة الثانية من ذات القانون على أنه : "لاتطبـــق أحكـــام هـــذا المرسوم إلا على الصفقات محل مصاريف، الإدارات العمومية، والهيئات الوطنية المســـتقلة والولايات والبلديات والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري، بالإضـــافة إلى مراكـــز البحث والتنمية والمؤسسات العمومية الخصوصية ذات الطابع العلمـــي والتكنولـــوجي، والمؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي والثقافي والمهنى، والمؤسسات العموميـــة ذات الطابع الصناعي والتجاري عندما تكلف هاته الأخيرة بإنجاز مشاريع إستثمارية عموميـــة بمساهمة نهائية لميزانية الدولة وتدعى في صلب النص "المصلحة المتعاقدة ".

فالشخص العام أي الطرف الأول في عقد الأشغال العامة إذن وفقـــا للمشـــرع الجزائري لابد و أن يكون واحدا من هذه القائمة التي سردها والذي أطلق عليـــه إســـم "المصلحة المتعاقدة".

وعليه فإن من يبرم العقد هو الممثل القانوني الذي يعـــبر عـــن إرادة الشـــخص المعنوى ويتصرف باسمه ولحسابه وفقا لأحكام القانون.

لعام 2010.

فإذا كان الأمر يتعلق بعقد أشغال عامة تبرمه البلدية مثلا فإن رئيس المجلس الشعبي البلدي هو من يتولى إبرام هذا العقد(1).

وما يلاحظ في تحديد المشرع للطرف العام في العقد أنه لم يلتزم بالمعيار العضوى الوارد بقانون الإجراءات المدنية والإدارية حين يتكلم عن الإختصاص النوعي للقاضي الإداري والذي يضفى على التصرف الطبيعة الإدارية(2).

بل اعتمد أيضا وصراحة على معيار "مصدر الأموال" أو مصدر تمويل الأشغال، وذلك بجعله عقود إنجاز الأشغال التي تبرمها المؤسسات الوطنية ذات الطابع الإقتصادي والتجاري عقود إدارية إذا كانت "بمساهمة نهائية لميزانية الدولة" كما ورد في النص.

ب - الطرف الثاني في العقد : الطرف الثاني الذي يبرم العقد مع الإدارة قد يكون كما أسلفنا شخصا إعتباريا (شركة). وقد يكون فردا طبيعيا، والذي يدعى في عقد الأشغال العامة بـ"المقاول". والذي أطلق عليه المشرع الجزائري باعتباره متعاملا مع الإدارة مصطلح "المتعامل المتعاقد" و "يمكن أن يكون شخصا أو عدة أشخاص طبيعيين أو معنويين يلتزمون بمقتضى الصفقة إما فرادى وإما مشتركين ومتضامنين"(3).

كما يمكن لهذا المتعامل المتعاقد أن يكون وطنيا أو أجنبيا مقيما بالجزائر أو بالخارج(4).

هذه هي خصائص المتعامل المتعاقد مع الإدارة.

ولكن كيف تختاره من بين العديد من المقاولين الذين تتوفر فيهم هذه الخصائص؟.

---

(1) ــ القانون رقم 90/08 المتعلق بالبلدية الصادر في 7 أفريل 1990، منشور بالجريدة الرسمية رقم 15 لعام 1990. المواد 58 وما بعدها المتعلقة بتمثيل البلدية خاصة المادة 60 فقرة 3.

(2) ــ المادة 800 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري رقم 09/08 الصادر في 25 فبراير 2008 .

(3) ــ المادة 21 من المرسوم الرئاسي رقم 236/10 .

(4) ــ المادة 22 من المرسوم الرئاسي رقم 236/10 .

لأن أحكام القانون الإداري الجزائري الذي تخضع له الإدارة في الجزائر ليست كأحكام القانون الخاص الذي يخضع له الخواص وبموجب أحكامه يتمتع الفرد الراغب في التعاقد بحرية كاملة في أن يختار الشخص أو الطرف الذي يبرم معه العقد.

حيث خلافا لذلك فأحكام القانون الإداري تفرض على الإدارة "المصلحة المتعاقدة" وأيا كانت طبيعة العقد الذي ترغب في إبرامه (إداريا أوخاصا) الخضوع لإجراءات واتباع أساليب حددها المشرع، تعتبر بمثابة قيود على حرية الإدارة في التعاقد مقارنة بالخواص كما أسلفنا(1).

وتتمثل هذه الأساليب بالنسبة للمشرع الجزائري في الآتي:

إجراء المناقصة...و،إجراء التراضي

المطلب الثالث
أساليب التعاقد

"إجراءات إختيار المتعامل المتعاقد" تحت هذا العنوان جاء الباب الثالث في المرسوم الرئاسي المتضمن أحكام الصفقات العمومية حيث حدد ذلك في إجرائين أو أسلوبين "تبرم الصفقات العمومية تبعا لإجراء المناقصة التي تعتبر القاعدة العامة أو الإجراء بالتراضي"(2).

وهي الإجراء بين المعتمدين من قبل المشرع المصري في قانون المناقصات والمزايدات(3).

(1) ــ **عادل عبدالرحيم خليل، عمر حلمي فهمي** : المرجع السابق ، ص 181 .
(2) ــ المادة 25 من المرسوم الرئاسي رقم 236/10 .
(3) ــ المادة الأولى من القانون رقم 89 لسنة 1998 المعدل المتضمن أحكام المناقصات وبلمزايدات ولائحته التنفيذية.

وهي الأساليب التي سبق إليها المشرع في دفتر الشروط العامة الإدارية[1] CCAG الذي ينص في المادة الأولى منه على: "يجوز إبرام الصفقات المتعلقة بتنفيذ الأشغال التابعة لدوائر الدولة:

ـــ بالمزايدة.

ـــ بطلب عروض المناقصة المفتوحة أو المحددة

ـــ بالتراضي".

وهي ذات الأساليب والإجراءات التي إعتمدها المشرع المصري "[2].

وقد أكد المشرع الجزائري على "المناقصة كأسلوب أساسي يمثل القاعدة العامة[3] وذلك بشكل صريح وأن إجراء التراضي هو أسلوب إستثنائي فقط لايتم اللجوء إليه إلا في حالات حددها المشرع على سبيل الحصر تتعلق خاصة بالظروف الغير عادية، كالإستعجال أو حالة كون الخدمة المطلوبة محتكرة من قبل جهة محددة.

وعليه سنكتفى بعرض الأسلوب الرئيسي فقط المتمثل في "المناقصة" والمراحل التي تمر بها. وذلك بالقدر الذي يتضح معه كيفية اختيار الطرف الثاني في عقد الأشغال العامة.

1 ـ تعريف المناقصة

لقدكانت المناقصة هي الإجراء الأساسي الوحيد الذي اعتمد المشرع الفرنسي سابقا لإبرام عقود الإدارة، وكانت تقوم بمبدأ إختيار أقل العروض سعرا، وهو مبدأ لم يستمر طويلا حيث غيرت نظام الصفقات العامة لأول مرة عام 1942[4].

(1) ـــ قرار صادر عن وزير البناء والأشغال العمومية والنقل بتاريخ 21 نوفمبر 1964 يتضمن المصادقة على دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال الخاصة بوزارة تجديد البناء والنقل، منشور بالجريدة الرسمية رقم 46 لعام 1965.

(2) ـــ المادة الأولى من القانون رقم 89 لسنة 1998 المتضمن أحكام المناقصات والمزايدات ولائحته التنفيذية.

(3) ـــ تنص المادة 25 من المرسوم الرئاسي رقم 236/10 : " تبرم الصفقات العمومية تبعا لإجراء المناقصة التي تعتبر القاعدة العامة ... " وتنص المادة 2/27 : " إن إجراء التراضي البسيط قاعدة إستثنائية لايمكن إعتمادها إلا في الحالات الواردة في المادة 37 من هذا المرسوم ".

(4) ـــ **أنس جعفر** : العقود الإدارية...، المرجع السابق ، ص 100 . ومابعدها .

والمناقصة هي طريقة وأسلوب لإختيار المتعاقد مع الإدارة من بين عدد من المترشحين لذلك، الهدف منها الوصول إلى إختيار أفضل الشروط(1).

فبمقتضى هذا الأسلوب تلتزم الإدارة بالتعاقد مع المقاول الذي يعرض أفضل الشروط من الناحية المالية أو من ناحية الخدمة المطلوبة(2).

وقد عرفها المشرع الجزائري بقوله "المناقصة هي إجراء يستهدف الحصول على عروض من عدة متعهدين متنافسين مع تخصيص الصفقة للعارض الذي يقدم أفضل العروض"(3).

مما سبق ينضج أن المناقصة هي طريقة للإنتقاء، يهيمن عليها إعتباران رئسيان قد يبدو أنهما متناقضان أو أنهما بؤديان إلى نتائج متعارضة.

فمن جهة تحرص الإدارة على المال العام وتوفيره للخزينة العمومية، وهو إعتبار بدفعها لإختيار العارض الذي يقدم أفضل الشروط المالية، أي صاحب العرض الأقل سعرا لإنجاز الأشغال.

وإعتماد هذا الأساس في إختيار المتعاقد من شأنه أن يعيق حرية الإدارة، بحيث تجد نفسها ملزمة بإبرام العقد مع المقاول الذي يقترح أرخص الأسعار. ومن جهة أخرى يجب على الإدارة أن تحرص على تحقيق المصلحة الفنية والتقنية في الأشغال العامة، الأمر الذي يدفعها لإختيار أكفأ مقاول من المترشحين للتعاقد معه، من أجل إنجاز الأشغال بصرف النظر عن الأسعار وعن الشروط المالية. وهذا الإعتبار، من شأنه أن يعطى الإدارة بعض من الحرية في إختيار المتعاقد معها على أساس تقدير كفاءة المقاول.

(1) ــ **سليمان محمد الطماوي** : الأسس العامة للعقود...، المرجع السابق ، ص 211 .

(2) ــ **عبدالعزيز السيد الجوهري** : المرجع السابق ، ص 67 .

ــ **عادل عبدالرحمن خليل ، عمر حلمي** : المرجع السابق، ص 183 .

ــ **محمد فؤاد مهنا** : مبادئ وأحكام القانون الإداري في ظل الإتجاهات الحديثة، دراسة مقارنة، منشأة لبمعارف، بدون تاريخ ، ص 790.

(3) ــ المادة 30 من المرسوم الرئاسي 236/10 .

غير أن واجب الإدارة في تحقيق المصلحة العامة، يفرض عليها أن تراعي الإعتبارين معا.

فعليها تحقيق التوازن بين الجانبين المالي والفني، مع ما في ذلك من صعوبة. وإن كان الواقع أنه غالبا ما يكون إنخفاض السعر على حساب نوعية الأشغال، وبالمقابل ليس بالضرورة أن الشغل الأعلى سعرا هو الأجود تقنيا وفنيا...

ورغم هذا فإن أسلوب المناقصة في إختيار المتعاقد مع الإدارة يمتاز بكونه إجراء يوفر مبدأ العلانية وحرية المنافسة والمساواة وهي المبادئ التي تؤكد عليها التشريعات(1).

والعلانية ضرورية لتحقيق المصلحة العامة في عقود الإدارة عموما ومنها عقد الأشغال العامة، فمبقتضاها يمكن أو تسمح الإدارة لأكبر عدد ممكن من المقاولين المتنافسين الذين يرغبون في التقدم بعروضهم وهو مايتيح للإدارة فرصة أوسع لإختيار أحسنهم.

كما أن العلانية هي في مصلحة المقاولين أنفسهم حيث تتاح الفرصة لإطلاع الجميع والمشاركة في المنافسة، مما يقطع الطرق أمام تواطؤ الموظفين مع أحد المقاولين.

وأما عن المساواة فإن أسلوب المناقصة يجعل الشروط التي تتطلبها الإدارة صاحبة المشروع، واحدة بالنسبة للجميع. وليس لها أن تقيم أي يميز غير مشروع بين المتنافسين(2).

وكان أسلوب المناقصة هو النهج المتبع من قبل الإدارة في إختيار متعاقد بها يشكل عام، حتى متنصف القرن العشرين كما أسلفنا، وذلك تماشيا مع المفهوم الضيق للمذهب الحر الذي يلزم الإدارة باختيار العرض الأقل سعرا.

---

(1) ــ " تخضع كل من المناقصة العامة والممارسة العامة لمبادئ العلانية وتكافؤ الفرص والمساواة وحرية المنافسة ... " هذا ما تنص عليه المادة 02 من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات المصري، قانو 89 لعام 1998.

(2) ــ **سليمان محمد الطماوي** : الأسس العامة للعقود ... ، المرجع السابق ، ص 221 وما بعدها .

إلا أنه مع تطور مفاهيم، وتطور المذهب الفردي ذاته، الذي لم يعد فيه الغلو الكبير في تقدير الفرد، وكذا تطور وظيفة الدولة، إضافة إلى إنتشار السياسات الإجتماعية، كل ذلك أدى إلى عدم تغليب الاعتبارات المالية، وتقديمها على المصلحة الفنية، خاصة وقد ثبت عمليا أن:

ـــ إنخفاض سعر السلعة لايؤدي دائما إلى الإقتصاد في الإنفاق، لأن جودة الصنف تتعارض في الغالب مع إنخفاض الثمن.

ـــ كما أن تقدم العلوم جعل الناحية الفنية تدخل في جميع المجالات، مما جعلها جانبا مهما في كل الإنجازات ويجب مراعاتها.

ثم أنه في بعض المشاريع يكون العمل المطلوب، حكرا على شخص واحد أو جهة واحدة لا يمكن إنجازه إلا من طرفه فقط، فبالتالي يصبح اللجوء إلى أسلوب المناقصة في حالات كهذه، غير مجد. إلى جانب كل ذلك، هناك الإعتبارات السياسية والإجتماعية والإقتصادية التي يجب مراعاتها.

كل ذلك أدى إلى التخفيف من "الآلية" وجمود شروط المناقصة بالأسلوب التقليدي. فظهرت أساليب جديدة للمناقصة، مكيفة وفقا للمستجدات. فجاءت التشريعات بأنواع جديدة من أساليب المناقصة، ذات خصائص مختلفة من شأنها أن تعطى للإدارة بعض الحرية في ممارسة تعاقداتها وتخفف من آلية الإرساء، وذلك بعد أن تكشفت عيوب المغالاة في التقييد.

ومن هذه التشريعات المشرع الجزائري الذي تبنى التوجه الجديد كأسلوب لإختيار المقاول المتعاقد في عقد الأشغال العامة.

2 ـ إختيار المتعاقد

عمل المشرع الجزائري على تكييف أسلوب المناقصة العامة مع المتغيرات الجديدة من خلال أحكام المرسوم المنظم للصفقات العمومية بنصه على " يمكن أن تكون المناقصة

وطنية، أو دولية، ويمكن أن تتم حسب الأشكال الآتية: المناقصة المفتوحة، المناقصة المحدودة ، الإستشارة الإنتقائية....."[1].

و أيا كانت الكيفية التي تختارها الإدارة المتعاقدة من بين هذه الكيفيات التي حددها المشرع، (المؤسسة أو المقاول) فإنه لا يمكنها أن تبرم العقد إلا مع الشخص (المؤسسة أو المقاول) الذي ترى بأنه الأقدر على تنفيذ الأشغال موضوع العقد بالكيفية والمواصفات المطلوبة. فلا تصدر قرارها إلا بعد أن تتأكد من قدراته المالية والتقنية والتجارية بحسب ما يلزمها المشرع[2].

وفي هذا ينص دفتر الشروط الإدارية العامة الجزائري على "لا يعهد بتنفيذ الصفقات إلا للمقاولة ذات الأهلية القضائية والتقنية والمالية اللازمة، وتتولى الإدارة تقديرها لهذه الأهلية بصفة قطعية.... " [3].

وقد أوجد المشرع الوسيلة القانونية(4) التي عن طريقها تستطيع الإدارة صاحبة المشرع التأكد من أهلية المؤسسات (المقاولين) التي تترشح للتعاقد من أجل إنجازها وحتى تتاح الفرصة أما أكبر عدد ممكن من المقاولين (أفراد والمؤسسات) من الترشح للتعاقد مع الإدارة قصد تنفيذ الأشغال، وجب على الإدارة إعلام الجمهور عن رغبتها في إبرام عقد أشغال عامة بواسطة إعلان إشهاري، يعتبر بمثابة دعوة للمنافسة تمهيد الإختيار المتعاقد[5].

---

(1) ــ المادة 28 من المرسوم الرئاسي 236/10 التي تضيف أسلوبي المزايدة وهي لايمكن أن يتم بها عقد الأشغال العامة وكذا أسلوب " المسابقة " الذي ينحصر في حال كان موضوع العقد عملا فنيا يقوم به مختصون.

(2) ــ أنظر المواد 25 و 36 من المرسوم الرئاسي 236/10 .

(3) ــ أنظر المادة 1/3 من دفتر الشروط لعام 1964 السابق الإشارة إليه .

(4) ــ أصدر المشرع الجزائري المرسوم التنفيذي رقم 289/93 توجب أحكامه على جميع المؤسسات التي تعمل في إطار إنجاز الصفقات العمومية للبناء والأشغال العمومية وامتلاك شهادة التخصص والتصنيف المهني، هذه الشهادة التي تحدد مدى قدرة المؤسسة على القيام بوسائلها الخاصة البشرية والمادية والتقنية بإنجاز الأشغال حسب نوعها ودرجة تعقدها المقصودين، حسب ما جاء بإحدى نصوصه، المادة 2.

(5) ــ عرف دفتر الشروط الإدارية العامة الجزائري المناقصة المادة 40 بأنها "... دعوة للمبارات معروضة بطريق الإعلان... ".

وهكذا تبدأ مراحل الإختيار بالإعلان عن المناقصة، ولا يكون هـــذا الإعـــلان صحيحا إلا إذا تم طبقا للتنظيم كما حدده المشرع(1).

بناء على الدعوة للمنافسة يتقدم العارضون بعطاءاتهم في الآجال القانونيـــة الـــتي يحددها الإعلان وجوبا. ويجب أن تكون هذه الآجال كافية لإتاحة الفرصـــة لمشـــاركة أكبر عدد ممكن من العارضين، الذين يجب أن تكون طلباتهم أو عروضهم مطابقة للقانون حتى تدل على جدية مقدميها(2).

بعدها تأتي مرحلة فتح المضاريف التي تقوم به جهة مختصة يشـــكلها مســـؤول الإدارة المتعاقدة خصيصا لهذا الغرض.

حيث تجتمع في آخر يوم من الأجل المحدد لإيداع العروض، فنقـــوم بتســـجيل العروض المقدمة وتعد قائمة بها، بحسب تاريخ ورودها إلى المصلحة، مع وصف للوثـــائق المرفقة بكل تعهد (عرض) وتحرير محضر بذلك بتلك الوقائع. ويكون ذلك كله في جلسة علنية، يحضرها أصحاب العروض أو التعهدات، بعد إعلامهم بذلك بواسطة دفتر شـــروط المناقصة.

وكل هذا من أجل تحقيق الشفافية في تعاقد الإدارة. وهو نوع من أنواع الرقابـــة الداخلية بحسب ما سماها المشرع الجزائري(3).

فآخر مرحلة هي مرحلة فحص العطاءات وتقييم العروض من قبل لجنة "البـــت" التي يختص مسؤول الإدارة المتعاقدة بتعين أعضائها الذين يرى فيهم الأهليـــة والكفـــاءة لتحليل وفحص العروض المقدمة، وتقديم التوصيات بشأنها إلى الهيئة المعنيـــة، الـــتي لهـــا

(1) ــ تطرق المرسوم الرئاسي 236/10 المنظم للصفقات العامة إلى ذلك في المواد 49 و 53 هذه الأخيرة مثلا التي تصب على وجوب تقرير الإعلان باللغة الوطنية إضافة إلى لغة أجنبية.

بعد أن قضت المادة 45 على أن اللجوء إلى الإشهار إلزاميا في حال إعتمدت الإدارة المناقسة كأسلوب .

(2) ــ يتم تقديم عروض المترشحين طبقا لأحكام المواد 50 و 51 من المرسوم الرئسي 236/10 .

(3) ــ راجع المواد خاصة 120 ، 124 من المرسوم الرئاسي 236/10 .

وحدها أن تعتمد النتيجة التي توصلت إليها لجنة الفحص والبت. وبالتالي إعـــلان قـــرار الإرساء. وإخطار صاحب العرض المختار تمهيدا لإبرام العقد معه.

وبهذا يتم إختيار الطرف الثاني في عقد الأشغال العامة الذي يلتزم بتنفيذ الأشغال موضوع العقد بوصفه مقاولا للأشغال العامة. بعد أن يمضى العقد الذي يترتب عليه آثار بالنسبة لطرفيه تتولى هي موضوع بحثنا حيث تتولى تبيانها وبحث أساسها.

ونستهلها بجانب الإدارة وما تتمتع به من سلطات (حقوق)وإلتزامات وذلك من خلال فصل أول وفصل ثانى فى القسم الاول بعنوان أثرعقدالاشغال العامة علىاىـــدارة المتعاقدة.ثم القسم الثانى تحت عنوان أثر عقد اىشغال العمامة على المقـــاول أيضـــا فى فصلين،الاول ويضم حقوق المقاول والثانى يضم التزاماته.

القسم الأول

أثر عقد الأشغال العامة على

الإدارةالمتعاقدة

(صاحبة المشروع)

القسم الأول
أثر عقد الأشغال العامة على الإدارة المتعاقدة
(صاحبة المشروع)

يتولد عن عقد الأشغال العامة كسائر العقود الإدارية، بل والمدنية (العقود التبادلية)آثار تتمثل فيما ينتج عنها من حقوق وإلتزامات متبادلة بين المتعاقدين، الإدارة صاحبة المشروع، والمقاول الذي أمضى على تنفيذ الأشغال، وباعتبار الإدارة تبرم العقد بصفتها راعية المصلحة العامة والمسؤولية على تحقيقها لخدمة الجمهور، فهي لذلك تتمتع بسلطات إستثنائية في عقودها الإدارية عموما، وبشكل خاص في عقد الأشغال العامة، لما يلعبه هذا العقد من دور في تنمية البلاد، ولما يرصد له من المال العام.

وفيما يلي نفصل في هذه السلطات، وما يقابلها من إلتزامات لمصلحة الطرف المتعاقد (المقاول) وللمصلحة العامة أيضا.

الفصل الأول
سلطات الإدارة المتعاقدة في عقد الأشغال العامة

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 الفردية، مما يجعل الإدارة وهي طرف فيها سلطة مراقبة تنفيذ شروط العقد وتوجيه أعمال التنفيذ والإشراف الكامل على التنفيذ باعتبارها الموجه الحقيقي له.

كما لها حق تعديل شروطه المتعقلة بسير وتنظيم المرفق العام بإرادتها المنفردة حسبما تقتضيه المصلحة العامة، دون أن يكون للمتعاقد (المقاول) التمسك بقاعدة " العقد شريعة المتعاقدين " ولها في سبيل ذلك حق توقيع الجزاءات في حال إخلال المقاول بالتزاماته، سواء جزاءات مالية أو ردعية.

المبحث الأول
سلطة الرقابة على تنفيذ العقد(1)

إذا كانت الإدارة تلجأ في أغلب الأحيان ــ كما أسلفنا ــ إلى الاستعانة بشخص خاص (طبيعي أو معنوي) لتنفيذ أشغالها العامة، فإن ذلك لايعني تخليها عن دورها الأساسي المتمثل فى العمل على تحقيق الصالح العام بواسطة تنفيذ خطط التنمية المقررة، وفقا للأهداف والبرامج المسطرة. وذلك عن طريق فرضها للرقابة على نشاط الشخص المساهم في تنفيذ تلك المشاريع، لأن هذا الأخير يبقى هدفه الأساسي من وراء تنفيذ الأشغال العامة هو تحقيق مصلحته الخاصة المتمثلة في الربح المادي الذي يسعى للحصول على أكبر قدر منه. مما قد يدفعه إلى استخدام المواد الأقل كلفه. وبالتالي الأسوأ من حيث النوعية أو استعمال أساليب في التنفيذ غير مكلفه، وبالتالي أقل نجاعة، لأنه لا يهتم بالجانب الفني.

لذلك تكون الرقابة على تنفيذ مقاولات الأشغال العامة أكثر من حق بالنسبة للإدارة، حيث تصبح واجبا عليها(2).

وتترجم هذه الرقابة إما في أعمال مادية أو تصرفات قانونية، وهي تتميز عن رقابة رب العمل في القانون الخاص سواء من حيث مفهومها، وأساسها القانوني أو من حيث مظاهرها ووسائلها التي تجسدها وحتى في نطاقها.

---

(1) ــ راجع **عبدالعزيز عبدالمنعم خليفة** : الأسس العامة للعقود الإدارية : الإبرام ــ التنفيذ ــ المنازعات ــ منشأة المعارف، الإسكندرية، 2003، ص 70 وما بعدها.

(2) ــ **راجع : د. عمر حلمي حمدي** : المسؤولية التعاقدية للإدارة ــ دراسة مقارنة ــ المجلة القانونية والاقتصادية العدد الثامن 1996 ص 218.

وأيضا :

- **JEAN MARIE AUBY et PIERRE BON**, Droit Administratif des Biens Domaine Travaux Publics Expropiation , Precis Dalloz, 2 emme edition , 1993, P 288.

المطلب الأول
مفهوم الرقابة وأساها القانوني

تظهر خصوصية وذاتية عقد الأشغال العامة بوضوح، في سلطة الرقابة التي تمارسها الإدارة المتعاقدة في مجال تنفيذه، باعتبارها قوّامة على المصلحة العامة، ومسؤولة على حسن تنفيذ المشاريع، فهي تمارس الرقابة بصفتها صاحبة المشروع، وذلك حق لها يقابل حق صاحب العمل في عقد المقاولة، وفقا للقانون الخاص، وهي تمارسها كواجب عليها بحكم قوامها على حسن سير المرافق العامة، وهذا ما جعل المشرع الجزائري يلزم المصلحة المتعاقدة، أي الإدارة صاحبة المشروع، وفي إطار الإجراءات التي تسبق الشروع في التنفيذ، باختبار صلاحية الأرضية التي سيقام عليها البناء، والأهم إلزامها مع الهيئة الوطنية لمراقبة البناء التقنية C.T.C. بإبرام إتفاقية المراقبة التقنية وهيئة متخصصة في مجال البناء(1) .بموجبها تعهد لهذه الأخيرة بمهمة المراقبة التقنية للأشغال وتسمى في العقد " صاحبة الأشغال " Maitre d'œuvre تحل بذلك محل الإدارة المتعاقدة التي تسمى " صاحبة المشروع " Maitre de L'ouvrage، وتبعا لهذا فإن مفهوم الرقابة يضيق ويتسع، تبعا لطبيعة تدخل سلطة الرقابة(2).

(1) ــ أنظر القرار الوزاري المشترك الصادر في 1988/05/15 المتضمن كيفيات ممارسة وتعويض متابعة الأشغال في مجال البناء . والذي يحدد المهام التي يتولاها صاحب الأشغال (المكلف بالرقابة) أثناء تنفيذ العقد.

(2) ــ راجع في ذلك

ــ **محمد سعيد حسين أمين** : المبادئ العامة في تنفيذ العقود الإدارية، دار الثقافة الجامعية 1990، ص 164.

ــ **سليمان محمد الطماوي** : الأسس العامة للعقود، المرجع السابق ، ص 411 .

ــ **عبسى عبدالقادر الحسن** : المرجع السابق ، ص 282 .

الفرع الأول
مفهـــوم الرقابـــة

يميز الفقه عادة بين مفهومين للرقابة، على تنفيذ الأشغال العامة، كما يميز بينها وبين بعض الأنظمة المشابهة .

1 ـ المفهوم الضيق والمفهوم الواسع للرقابة

الرقابة في مفهومها الضيق تعني تحقق الإدارة من أن المقاول يقوم بتنفيذ العقد وفقا للشروط المتفق عليها.

فالرقابة هنا تعني الإشراف على التنفيذ، وهو تصرف مألوف ومعروف في عقود القانون الخاص(1).

والإشراف هو ذلك الإجراء الذي بواسطته تتأكد الإدارة من سلامة الأشغال ونوعية المواد المستعملة فيها. وذلك عن طريق أعوانها المتخصصين(2)، الذين يشرفون على حسن تنفيذ الأشغال بما يقومون به من زيارات تفتيش لمواقع الأشغال هذا التفتيش الذي ينصب خاصة على المواد المستعملة ومدى مطابقتها لتلك المعايير والمواصفات المنصوص عليها في العقد، من حيث نوعيتها وكذلك السهر على إستعمالها بالطريقة المثلى،ويلتزم المقاول بتنفيذ ما يتلقاه من توجيهات من الأعوان في هذا الخصوص. والرقابة بهذا المعنى الضيق الذي يعني الإشراف، هو حق مسلم به للإدارة في جميع عقودها وهو من العناصر العادية في عقود الأشغال العامة(3) .

---

(1) ــ **عبدالغني بسيوني عبدالله** : القانون الإداري، دراسة مقارنة لأسس ومبادئ القانون الإداري وتطبيقاتها في مصر، منشأة المعارف 1991، ص 542.

ــ **محمد فؤاد مهنا** : مبادئ وأحكام القانون الإداري في ظل الإتجاهات الحديثة، منشأة المعارف، بدون تاريخ، ص 809.

(2) ــ **حسين درويش عبد العال** : النظرية العامة في العقود الإدارية الجزء الثاني ــ مكتبة الانجلو مصرية الطبعـــــة الأولى 1959 ص 12.

(3) ــ انظر كل من :

غير أن دور الإدارة (المصلحة المتعاقدة) قد يتجاوز مجرد الإشراف والاطمئنان إلى أن كل شيء يسير بشكل سليم(1).

وذلك بأن تتدخل في أوضاع تنفيذ العقد، وتغيير بعض الأوضاع وذلك في الحالات الغير منصوص عليها في العقد بشكل صريح، ما يجعلها تختلف عن سلطة التعديل كما سنرى ذلك لاحقا.

كأن تتدخل الإدارة في أوضاع التنفيذ، لتفرض على المقاول إتباع كيفيات غير تلك التي اختارها Les Modalités D`Exécution .

فالإدارة في مثل هذه الحالة تقوم "بتوجيه الأشغال" بتدخلها في تغيير أوضاع غير منصوص عليها في العقد. وهذا ما يجعل مفهوم الرقابة هنا يتسع ليصبح بمعنى التوجيه. وتمارس الإدارة الرقابة بمفهومها الواسع الذي يعني "التوجيه" عن طريق ما تصدره من أوامر وتعليمات.

وسلطة الرقابة بمفهومها الواسع هذا التي تمارسها الإدارة المتعاقدة على المقاول هي ما يبرز الخصائص الذاتية لعقد الأشغال العامة. ذلك أن سلطة التوجيه لا تملك الإدارة استعمالها في عقودها الأخرى إلا إذا كان منصوصا عليها في العقد(2) بحسب رأي البعض.

- **JEAN MARY AUBY et PIERE BON** : Op.Cit, P 289.

ـــ **محمد عبد الواحد الجميلي** : ماهية العقد الإداري في ضوء أحكام القضاء الفرنسي و المصري ـــ دار النهضة السنة 1995 ص 134.

ـــ **أحمد عثمان عياد** : المرجع السابق ص 325.

ـــ **رياض عبد عيسى** : المرجع السابق ص 123.

(1) ـــ أنظر كل من :

- **ANDRE DE LAUBADERE**, Traite Elementaire de Droit Administratif ; 5emme edition , 1970, P 301.

ـــ **سليمان محمد الطماوي** : الأسس العامة....المرجع السابق ص 411.

(2) ـــ راجع : **محمد فؤاد مهنا** : مبادئ وأحكام القانون الإداري في ظل الاتجاهات الحديثة منشأه المعارف بدون تاريخ ص 809.

أما في إطار تنفيذ عقد الأشغال العامة فهو حق مقرر[1] لها بصفتها صاحبة المشروع وهو واجب عليها بصفتها الضامن لتحقيق المصلحة العامة كما أسلفنا.

2 ـ التمييز بين سلطة الرقابة والتصرفات المشابهة

تختلف سلطة الرقابة سواء بمفهومها الضيق أو بمفهومها الواسع لمدلولها، عن باقي التصرفات التي قد تصدر عن الإدارة المتعاقدة في مجال تنفيذ عقد الأشغال العامة.

ونقصد بذلك خاصة سلطة التعديل في شروط تنفيذ العقد في هذا الإطار، والتي تعني تدخل الإدارة في تغيير ما نص عليه العقد[2] أي ما اتفق عليه الطرفان كما سيأتي ذلك لاحقا وبذلك فالتعديل أبعد ما يكون عن سلطة الرقابة بمعنى "التوجيه" الذي لا يتعدى في جميع الأحوال الجوانب الغير معبر عنها في العقد أي الغير متفق عليها، وهي تمس كيفيات التنفيذ فقط.

في حين أن التعديل لايطلق إلا على التدخل الذي ينصب على الالتزامات التعاقدية المنصوص عليها. فالتمييز بين السلطتين (الرقابة ــ التعديل) مبني على معيار موضوعي وليس شكلي لذلك فإنهما تختلفان من حيث الأثر المترتب عن كل منها خاصة بالنسبة للتعويض كما تختلف سلطة الرقابة بمفهوميها أيضا، عن سلطة الضبط الإداري، من حيث النظام القانوني والوسيلة والهدف.

فسلطة الضبط الإداري تهدف إلى تحقيق النظام العام بمدلولاته الثلاث: الأمن العام، الصحة العامة، والسكينة العامة، بواسطة ما تصدره الإدارة المختصة من قرارات بهذا الشأن.

---

(1) ــ انظر: **عيسى عبد القادر الحسن** : مرجع سابق ص 284.

(2) ــ راجع تفصيل تمييز سلطة الرقابة عن سلطة التعديل عند كل من:

ــ د. **حمدي علي عمر** مرجع سابق ص 219 وما بعدها

- **F. LORENS**: contrat`entreprise en marche de travaux public. PARIS , 1998, P 348.

فهي إجراءات بوليسية تتخذ بناء على لوائح وتمارسها جهات إدارية، قد لاتكون ذات الجهة الإدارية المتعاقدة .كما أن إجراءات الضبط الإداري غالبا ما تكون مقرونة بجزاءات جنائية، وهي كلها صفات وخصائص لا نجدها في الأوامر التي تتضمنها قرارات الإدارة التي تصدرها كوسيلة تدخل في تنفيذ عقد الأشغال العامة .

إضافة إلى أن المقاول المتعاقد إذ يخضع لإجراءات الضبط الإداري، فإنما يخضع لها بوصفه فردا عاديا.

لذلك يجب التفرقة والتمييز بين هذه الإجراءات وتلك التي تتخذها الإدارة استنادا إلى سلطة وحق الرقابة في تنفيذ عقد الأشغال العامة. كأن تصدر الإدارة أوامر وتعليمات للمقاول بغرض الحفاظ على النظام العام داخل ورشات العمل، فتلزمه بإتباع إجراءات معينة لضمان سلامة العمال ومنع وقوع الحوادث، وانتشار الأمراض، أو أوامر بتنظيم ساعات العمل وغيرها.

فالمقاول مسؤول عن حفظ النظام داخل موقع العمل وعليه اتخاذ كل ما يكفل منع الإصابات أو حوادث الوفاة للعمال أو لأي شخص آخر.

وتعتبر مسؤوليته في هذه الحالات مباشرة دون تدخل الإدارة صاحبة المشروع. وفي حالة الإخلال بتلك الالتزامات يجوز للإدارة أن تقوم بتلك التدابير على نفقة المقاول حسب ما يقره المشرع الجزائري(1) " يقع على عاتق المقاول تمام العبء المتعلق بتطبيق مجموع تشريع نظام العمل ... سيما ما يخص منها الأنظمة الصحية وضمان العمل والنظام الاجتماعي.... وفي حالة المخالفة تطبق الإدارة التدابير الزجرية المنصوص عليها في المادة 35"(2) وهي تدابير نجدها أيضا عند المشرع السوري والمشرع المصري(3).

(1) ــ انظر المادة 17 من دفتر الشروط العامة الإدارية الجزائري السابقة الإشارة إليها.

(2) ــ نقضي المادة 35 المشار إليها بتوقيع عقوبات منها اتخاذ التدابير اللازمة على حسابه وذلك بعد إنذاره بالقيام بها وإعطائه أجل لذلك لا يقل عن عشرة أيام.

(3) ــ انظر القانون السوري رقم 51 الخاص بنظام العقود للجهات العامة لسنة 2004 خاصة المواد 23، 24، 25 منه. وكذلك المادة 79 من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات المصري رقم 98/89

غير أن نطاق سلطة الرقابة هذه يقف عند حدود سلطات الضبط الإداري، فلا يتعدى مجال الروابط التعاقدية إلى مجالات أخرى متميزة عنها، ولها نظام قانوني مختلف. إذ لابد من التميز كما أسلفنا بين الإجراءات البوليسية وبين إجراءات سلطة الرقابة على تنفيذ العقد التي لها أساس يختلف كما رأينا، لأن التمييز أو التفرقة بينهما تفيد من حيث الرقابة الفضائية، فإجراءات الضبط الإداري تخضع لرقابة الإلغاء من قبل القاضي الإداري عن طريق دعوى تجاوز السلطة.

أما إجراءات الرقابة على تنفيذ العقد، فلا يترتب عنها إلا التعويض، يحكم به قاضي العقد متى رأى لذلك محلا(1).

الفرع الثاني
الأساس القانوني لحق أولسلطة الرقابة

لا إختلاف حول حق المصلحة المتعاقدة في الرقابة، أو بتعبير آخر هناك إجماع على أن الإدارة المتعاقدة صاحبة المشروع تملك سلطة مراقبة تنفيذ العقد، وإن كان هناك خلاف فقهي على أساس هذا الحق أو هذه السلطة، أهو العقد؟ أهو القانون ؟ أم هو حق أصيل للإدارة تملكه دون حاجة للنص أيا كان نوعه؟.

1 - حق الرقابة يستند إلى نص

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

ويتجلى هذا بوضوح في كراسة الشروط العامة الجزائري "يجب أن تكون الأدوات من كل نوع وصنف أو اختيار من الصنف الجيد ... ولا يجوز استخدامها إلا بعد إجراء التدقيقات عليها ثم قبولها مؤقتا من قبل مهندس الدائرة(2) أو المهندس المعماري أو منتدبيهم بناء على سعي من المقاول..." (1).

---

(1) ــ **عيسى عبد القادر الحسن** : مرجع سابق ص 285 وما بعدها .

(2) ــ جدير بالملاحظة أن المصطلحات التي استعملها المشرع الجزائري في كراسة الشروط الإدارية العامة لم تعد تتماشى

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 وتحدد الضمانات المقررة للمتعاقد في مقابل ذلك(2)، وهو حال المشرع الجزائر حين قرر بأن حلول الإدارة المتعاقدة محل المقاول في تنفيذ إجراءات الأمن والسلامة داخل الورشة على نفقته، لا يمكن أن تتم إلا بعد إنذاره وإعطائه فرصة للقيام بذلك لا تقل عن عشرة أيام(3).

فحق الرقابة في مثل هذه الحالة يجد أساسه في هذه المصادر المتمثلة في القوانين واللوائح والنصوص العقدية.

2 ـ سلطة الرقابة حق أصيل

يرى بعض الفقهاء بأن النصوص التي تتناول سلطة الرقابة التي تمارسها الإدارة في تنفيذ عقد الأشغال العامة، لا تعدو أن تكون نصوصا منظمة فقط لتلك الرقابة.

فالرقابة سلطة أصيلة مستمدة من النظام القانوني لعقد الأشغال العامة، أما تقرير دفاتر الشروط أو نصوص العقد لها إنما يدل على أنها شروط استثنائية تضفي على العقد الصفة الإدارية(4). فهي سلطة أصلية ترتكز على المبادئ العامة في القانون الإداري.

إلا أننا نخالف هذا الرأي جزئيا، فحتى وإن كانت الرقابة سلطة أصيلة في عقد الأشغال العامة فإن صفته الإدارية لايستمدها من تلك الشروط أو البنود التي تتضمن حق الرقابة .بل أن طبيعته الإدارية مقررة بالقانون " إن شروط العقد الإداري هي مظهر

والواقع الحالي كمصطلح "مهندس الدائرة" في هذا النص. فلم يعد له وجود في الوقت الحاضر لأن هيئات الرقابة تغيرت. وهذا كمثال فقط فهناك العديد من التعبيرات لم يعد لها استعمال موجودة في نصوص دفتر الشروط العامة ، مما يستوجب مراجعته من حيث اللغة وتعديله من حيث الأحكام .

(1) ــ انظر المادة 21 من دفتر الشروط الإدارية العامة الجزائري لسنة 1964.

(2) ــ **انظر أحمد عثمان عياد** : مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية، دار النهضة العربية، 1973 ص 291.

ــ**حمدي علي عمر** : المسئولية التعاقدية للإدارة، دراسة مقارنة، المجلة القانونية والاقتصادية العدد 8/1996 ص 217.

(3) ــ انظر المادة 35 من دفتر الشروط العامة الإدارية الجزائري 1964.

(4) ــ **احمد عثمان عباد** : مرجع سابق حتى 295.

لإرادة لها سلطة إلزام من يقبل أن يكون خاضعا لقانونها، وإن هذا القانون ـــ وهو دستور العقود الإدارية ـــ يعطي جهة الإدارة سلطة الرقابة ... والإدارة تتمتع بهذه الحقوق والسلطات حتى ولو لم ينص عليها في العقد لأنها تتعلق بالنظام العام" هكذا وصفها القضاء الإداري(1).

وفي هذا المعنى يقول (فلام) : " مهما كانت حاجة الإدارة لمعاونة الأفراد في تنفيذ عمل ذي نفع عام، فلا ملاذ من أنها تظل مسؤولة أمام الجمهور عن حسن تنفيذ الخدمات العامة، كما أنها تتحمل مسؤولية الأضرار الناجمة عن تنفيذ المشروعات العامة على وجه سئ "(2).

فحتى تواجه الإدارة هذه المسؤولية التي لايمكن أن تتنصل منها، فإنها تلجأ إلى إستخدام سلطات إستثنائية لرقابة كل ما يدخل ضمن تنفيذ المشروع محل العقد، لذلك فإن سلطة الإدارة في الرقابة سلطة أصلية، ولاتملك الإدارة التنازل عنها، فهي مشتقة من الهدف العام الذي تنشده الإدارة، أو كما يعبر عنها الفقه بأن سلطات الإدارة في هذا الشأن ما هي إلا صدى لفكرة المرفق العام في العقد.

ولكن حتى مع القول بأن سلطة الرقابة تعتبر حقا أصيلا للإدارة المتعاقدة فإن الفقه قد اختلف بشأن تحديد أساسه وذلك على النحو التالي(3):

ـــ فيرى البعض منهم بأن مبدأ وجوب سير المرفق العام بانتظام وإطراد الذي تمليه الطبيعة القانونية للمرفق هي أساس حق الإدارة في رقابة تنفيذ العقد حتى تضمن تجسيد ذلك المبدأ.

---

(1) ـــ **راجع إبراهيم محمد علي** : آثار العقود الإدارية وفقا للقانون 89 لعام 1998، دار النهضة العربية، الطبعة الثانية، 2003 ص 284 الذي أورد هنا حكم عن محكمة القضاء الإداري الصادر 1957.

ـــ راجع أيضا **أحمد عثمان عباد** : مرجع سابق ص 297.

(2) ـــ راجع التقرير الذي أعده " موريس أندري فلام " بصفته مقررا للمؤتمر الدولي العاشر للعلوم الإدارية الذي عقد بمدريد في سبتمبر 1956، المنشور بمجلة العلوم الإدارية، الشعبة المصرية للمعهد الدولي للعلوم الإدارية 1956، ص 261.

(3) ـــ تراجع هذه لآراء الفقيه عند كل من :

ـــ **أحمد عثمان عباد** : مرجع سابق ص 399 وما بعدها.

ـــ **إبراهيم محمد علي** : مرجع سابق ص 11 وما بعدها.

ـــ ويضيف فريق آخر من الفقهاء فكرة النية المشتركة للمتعاقدين إلى فكرة الطبيعة القانونية للمرفق العام كأساس لهذه السلطة.

وذلك على أساس أن ارتباط العقد بالمرفق العام يولد إرادة ضمنية مشتركة بين طرفي العقد ـــ المقاول والإدارة ـــ بضرورة خضوع تنفيذ العقد لما تمليه ضرورة حسن سير المرفق وهي قناعة موجودة لدى الطرفين حتى دون التعبير عنها في بنود العقد.

أما فريق ثالث من الفقهاء فيرى بأن سلطة الإدارة في الرقابة على تنفيـــذ العقـــد ترتكز على دواعي المصلحة العامة التي يجب على الإدارة أن تتوخاها في تعاقداتها كما في سائر أنشطتها كلها(1).

ومعلوم كما يقول أصحاب هذا الرأي أنفسهم بأن تحقيق المصلحة العامة هي قيد عام على كل تصرفات الإدارة. وهي فكرة (مرنة) لا تصلح كأساس بحسب رأينا.

ومن الفقهاء من يرى بأن حق الإدارة المتعاقدة في رقابة تنفيذ عقد الأشغال العامة إذا لم يرد النص عليه في العقد، فإن للإدارة ممارسته في إطار استعمالها لأساليب امتيازات السلطة العامة، بما تتضمنه من سلطة إصدار قرارات تتضمن قوة إلزامية، وما تملكه من حق التنفيذ المباشر وذلك بهدف تحقيق المصلحة العامة.

إذن فسلطة الإدارة في الرقابة ترتكز على أساس مزدوج هو فكرة تحقيق المصلحة العامة، وفكرة امتيازات السلطة العامة التي نجد مبررها في الفكرة الأولى(2).

ونحن نرى بأن أساس سلطة الإدارة في الرقابة على تنفيذ عقد الأشغال العامة هو فكرة المرفق العام وما تخوله للإدارة من حق استعمال امتيازات السلطة العامة لتحقيق غرض المرفق المتمثل في المصلحة العامة.

وهذا ما يتماشى مع المعيار الراجح لدى الفقهاء لتحديد أساس القانون الإداري ونطاق تطبيقه(3)، الذي يرى في السلطة العامة أساسا لذلك باعتبارها الوسيلة لتحقيق

(1) - **DELAUBADERE** : Traite élémentaire de droit administratif Op Cit P 300.
(2) - **DELAUBADERE** : Traite élémentaire de droit administratif Op Cit P 300.
(3) ـــ راجع **محمود عاطف البناء** : الوسيط في القانون الإداري، دار الفكر العربي، 1984 ، ص 21 وما بعدها .

المرفق العام، الذي يمثل الهدف (أي تحقيق المصلحة العامة من خلاله) وأن الفكرتين متلازمتين ولا يمكن الاستغناء عن أحدها.

وذلك بغض النظر عن الاختلاف بين الفقهاء، حول أي الفكرتين تكون لها الصدارة، أهي السلطة العامة؟ أم المرفق العام؟.

وبعيدا عن كل هذه الأفكار، فإن كون الإدارة هي صاحبة المشروع، فإنها وبقوة القانون تملك حق الرقابة على تنفيذه. إذ لا يمكن أن يفرض المقاول على الإدارة طريقة أو وضعية تنفيذ المشروع الذي هو في النهاية يمثل مرفقها، وما المقاول إلا مساهما في تحقيقه.

وهي تتمتع بهذا الحق بالنسبة لجميع العقود الإدارية، سواء تضمنته نصوص العقد، أم نصت عليه قواعد تشريعية أو تنظيمية، أو لم تشر إليه أي من هذه المصادر، فالحق في الرقابة قاعدة أصلية مستمدة من مقتضيات المصلحة العامة والمرافق العامة وما يجب أن يكون عليه من حسن سير وانتظام(1).

ويترتب على هذه القاعدة نتائج هامة :

ـــ إن عدم وجود نص يدل على مظهر من مظاهر الرقابة لايعني أن الإدارة لاتستطيع أن تمارسه، لأن اصل حق الإدارة في ذلك هو طبيعة لعقد الإدارة، وليس العقد.

فالإدارة تمارس حقوقها بقدر ما تدعوا إليه حاجة المرفق محل العقد، لأن الإدارة تستمد حقوقها من مبادئ القانون الإداري مباشرة.

ـــ وأيضا من نتائج ثبوت حق الإدارة في ممارسة الرقابة حتى دون النص عليه، أنه لايمكن للإدارة أن تتنازل عن إستعمال هذا الحق كليا أو جزئيا، ولا أن تقيد سلطاتها

(1) ـــ أنظر **أحمد محيو** : محاضرات في المؤسسات الإدارية، ديوان المطبوعات الجامعية، طبعة 1998 ، ص .

بموجب إتفاق عقدي، لأن ذلك يدخل في إختصاصاتها التي لايمكن أن تكون محل تعاقد أو تصالح بينها وبين المتعاملين معها.

ـــ كل إتفاق بذلك يقع باطلا، ولايعتد به، لأنه مخالف للنظام العام، ومخالف للنظام القانوني للعقود الإدارية وخصائصها التي تمنح الإدارة حق ممارسة سلطات حتى ولو لم ينص عليها العقد، وحتى بدون موافقة المتعاقد مع الإدارة (المقاول) (1). وهذه السلطات تبررها مستلزمات الصالح العام.

لذلك فإن المقاول المتعاقد في عقد الأشغال العامة يفقد حريته في التصرف، مقارنة بما يتمتع به في مجال القانون الخاص.

فهو يرتبط بعلاقة تبعية للإدارة، ينفذ العقد وينجز الأشغال العامة تحت إشراف وتوجيه الإدارة، ويأتمر بأوامرها التي يجب عليه طاعتها، حتى لايعرض نفسه للمسؤولية.

فالتبعية عنصر مميز لعلاقة المقاول بالإدارة في عقد الأشغال العامة، ومركزه أقرب على مركز العامل، منه إلى مركز المقاول المستقل.

المطلب الثاني
وسائل الرقابة ونطاقها

بغض النظر عن الاختلاف الفقهي حول أساس سلطة رقابة الإدارة المتعاقدة لتنفيذ عقد الأشغال العامة، فإن الأغلبية تجمع على أنها سلطة ذات أصالة في عقود الأشغال العامة، باعتبار الإدارة ربة العمل، وما المقاول إلا منفذ لتوجيهاتها. فإن الرقابة من العناصر المعتادة في هذه العقود، وعليه ، فلا تثريب على الإدارة في ممارستها ، وعلى المقاول الامتثال لها.

ويبقى أن نعرف ما هي الوسيلة التي تستخدمها الإدارة والمظاهر التي تتجسد فيها.

(1) ـــ أنظر **حسين درويش عبدالعال** : المرجع السابق، ص 122 .

الفرع الأول
وسائل ممارسة الرقابة

لما كانت الإدارة صاحبة الأشغال هي المدير الحقيقي لها، وما المقاول إلا تابعا لها، فإن هذا الأخير يقوم بتنفيذ التزاماته التعاقدية تحت إشراف وتوجيه الإدارة المتعاقدة صاحبة المشروع، وذلك بما تتبعه من وسائل مادية ، تتمثل خاصة في الزيارات التي يقوم بها من تنتدبهم لذلك، إلى موقع الأشغال والوقوف على سير العمل به، والتحقق من سلامة المواد المستعملة، وذلك بفحصها واختبارها[1] ويتم ذلك عمليا، بإشراف المهندس التابع لجهة الإدارة على تنفيذ العملية المسندة 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.

ولهذا المراقب أو المراقبين الحق في المراقبة القبلية أو البعدية للأشغال، والإدارة تتأكد من مدى سلامة الأشغال من خلال ممارسة هذه الرقابة.

كما يحق للمهندس مراقبة مدى إلتزام أعوان المقاول بالعمل ومدى كفاءتهم، وله أن يطلب إستبدال من ثبت له عدم كفاءته منهم[2] وعلى المقاول توفير الشروط الملائمة لممارسة المراقبين (المهندسين) لمهامهم.

أما عن وقت ممارسة هذه الرقابة، فعادة ما تتضمن دفاتر الشروط الخصوصية قواعد تنظيم ممارسة هذه الرقابة في كل عقد والتي قد تكون يومية أو أسبوعية مثلا.

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

(1) ــ أنظر **ريلض عبد عيسى** : المرجع السابق، ص 127 .

(2) ــ راجع المادة 13 من دفتر الشروط العامة الإدرية الجزائري 1964.

ـــ هيئة المراقبة التقنية للبناء CTC .

ـــ هيئة المراقبة التقنية لأشغال الري CTH .

ـــ هيئة المراقبة التقنية للأشغال العمومية CTTP .

فتقوم الإدارة صاحبة المشروع بإبرام " إتفاقية مراقبة تقنية " مع إحدى هذه الهيئات بحسب طبيعة المشروع، ومن خلال هذه الهيئة تقوم الإدارة بمراقبة المشروع من عدة نواحي .

وإلى جانب هذه الهيئات في المشرياع 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.

كما يمكن للإدراة أن تقوم بإيفاد مهندسيها وأعوانها للتحقيق من سير تنفيذ المشروع بصورة مرضية، وهذا عن طريق زياراتهم المنتظمة للورشة والإطلاع على دفتر الورشة وتسجيل ملاحظاتهم وتوجيهاتهم للمقاول.

هذا عن الوسائل المادية التي تستعملها الإدارة في ممارسة حق الرقابة، وهي ليست الوحيدة، إذ تمتلك الإدارة وسائل قانونية تمارس من خلالها الرقابة تتمثل فيما تصدره من أوامر مصلحية LeS Ordres de Service .

وفي هذا المجال يطرح التساؤل عن تعريف هذه الأوامـــر المصـــلحية وطبيعتـــها القانونية، وما تتمتع به من قوة إلزامية ؟.

1 ـ تعريف الأوامر المصلحية

يعرفها الفقهاء بأنها تلك الأوامر التي تصدر من الإدارة صاحبة المشروع إلى المقاول المتعاقد معها بقصد تحديد أوضاع تنفيذ الأشغال، أو تكملة الناقص منها، أو التعديل فيها(1).

(1) ـــ راجع تعريف الأمر المصلحي عند كل من :

ـــ **عيسى عبد القادر الحسن** : المرجع السابق، ص 67.

وتشمل الصلاحيات المخولة للهيئة المكلفة بممارسة الرقابة عموما ما يلي[1] :

ـــ السهر على احترام المقاول لبنود العقد.

ـــ ضمان المتابعة الدائمة لتنفيذ العمليات والسهر على مطابقتها للمخطط العـــام للتنفيذ.

ـــ عقد الاجتماعات بشكل دوري في الورشة والتي تتوج بمحضر اجتماع.

ـــ يقترح تكييفات المشروع على الإدارة صاحبة المشروع ويبلغهـــا للمقـــاول إذا وافقت عليها الإدارة (صاحب العمل).

ـــ يعمل المكلف بسلطة الرقابة وهو الضامن لمطابقة الأشغال المنفذة لما هو محـــدد في الرسومات والمخططات التي يكون قد أعدها. وذلك بواسطة الدور الـــذي يلعبـــه في تنظيم الورشة.

وبهذه المهام فإن الهيئة المراقبة أو المهندس المكلف بمتابعة الأشغال يعتبر هو "المحاور" الوحيد للمقاول فيما يتعلق بتجسيد تنفيذ العقد.

فهو الذي يتابع الأشغال في الواقع بشكل منتظم ويواكب بما يراه من تعليمات وتوجيهات. ولما كانت الأوامر المصلحية هي الوسيلة القانونية الأساسية التي تمارس الإدارة من خلالها الرقابة، فإنه من الضروري التعرض لأحكامها، وبيان نظامها القانوني وذلك بالقدر الذي يهم موضوعا.

2 ـ النظام القانوني للأوامر المصلحية

تمارس الإدارة سلطة الرقابة على تنفيذ العقد عن طريق الأوامر المصلحية، فعن طريقها تصدر الأمر للمقاول بالمشروع أو البدء في التنفيذ[1] التي لا تستطيع المقاول الشروع فيها قبل ذلك كمبدأ عام.

ـــ **سليمان محمد الطحاوي** : الأسس العامة.... ، المرجع السابق، ص 436.

ـــ **رياض عيد عيسى** : المرجع السابق، ص 128.

(1) ـــ تعليمة وزارية مشتركة صادر في 15 ماي 1988.السابق الاشارة اليه

وبما أن الأوامر المصلحية هي في النهاية قرارات إدارية[2]. واستنادا إلى ما للإدارة من امتياز التنفيذ المباشر، فإن هذه الأوامر تتمتع بقوة نفاذ، تلزم المقاول الخضوع[3] وبالتالي التقيد بتوجيهات الإدارة وتعليماتها.

وهذا بمعنى أن الإدارة تملك أن تجبر المقاول على تنفيذ ما تريده دون اللجوء إلى القضاء، ودون حاجة إلى وجود نص بذلك في العقد[4]، وذلك لما لها من حق التنفيذ المباشر المعترف لها به والذي يمكنها من تنفيذ (أوامرها) بذاتها أو بمعاونة شخص آخر على نفقة المقاول في بعض الحالات كما سنرى ذلك لاحقا.

وهذا ما جاء به المشرع الجزائري في المادة 2/12 من دفتر الشروط الإدارية العامة حيث نص "..... يتعين على المقاول أن يحترم جميع أنظمة وأوامر السلطة المختصة، وكذلك عند اللزوم الأوامر الخاصة والمحددة من قبل رئيس المؤسسة التي يجري فيها تنفيذ الأشغال...".

كما جاء في المادة 4/12 ".....فإنه ينفذ بدقة أوامر المصلحة التي تبلغ إليه ".

أما من حيث شكل الأوامر المصلحية التي تصدرها الجهات المخولة رقابة تنفيذ عقد الأشغال العامة. فيتفق الجميع[5] من فقهاء ومشرعين على أن هذه الأوامر يجب أن تكون مكتوبة[6] حتى تكتسي طابعها الإلزامي .

---

(1) ــ انظر المادة 1/12 من دفتر الشروط الإدارية العامة الجزائري.

(2) ــ انظر كل من:

ــ **سليمان محمد الطماوي** : الأسس العامة ..... مرجع سابق ص 436.

ــ **ابراهيم محمد علي** : المرجع السابق، ص 22.

ــ **محمد سعيد حسين أمين** : المرجع السابق، ص 177.

(2) - **DELAUBADERE** : Traite élémentaire de droit administratif Op Cit P 300

(3) - **DELAUBADERE** : Traite élémentaire de droit administratif Op Cit P 300.

(4) ــ راجع **محمد كامل ليلة** : نظرية التنفيذ المباشر في القانون الإداري، الطبعة الأولى، دار الفكر العربي، 1962 ص 110.

ــ **عادل سيد فهيم** : الفوه التنفيذية للقرار الإداري، الدار القومية ، (بدون تاريخ) ، ص 221 وما بعدها .

ــ **سليمان محمد الطماوي** : مبادئ القانون الإداري، دراسة مقارنة، الكتاب الثالث أموال الإدارة العامة وامتيازاتها. دار الفكر العربي 1979ص 179.

(5) ــ **رياض عبد عيسى** : المرجع السابق ص 131 وما بعدها .

(6) ــ أنظر **عيسى الزهري** : مظاهر سلطة الإدارة في تنفيذ مقاولات الأشغال العامة، رسالة ماجستير، كلية القانون

فالمقاول غير ملزم بتنفيذ ما يصدر إليه من أوامر شفهية حتى ولو كانت من السلطة المختصة(1). وإنما يلتزم فقط بالأوامر المكتوبة لأن الشكل الكتابي له أهميته بالنسبة للمقاول حيث يعتبر سندا له في مواجهة الإدارة المتعاقدة، من جانب بيان مدى سلطة ومصدر القرار واختصاصاته. كما أنه يفيده في مجال الإثبات في حال التجاوز أو المطالبة بالتعويض.

وإن كان هناك اجماع على وجوب صدور الأوامر المصلحية مكتوبة، إلا أنه لم يحدد لها أي نموذج أو صورة معينة تلتزم الإدارة التقيد بها، وعليه فقد تتخذ صورة مذكرة، أو خطاب ، أو برقية وما إلى ذلك(2).

فلئن كانت التشريعات تستلزم الشكل الكتابي صراحة، إلا أن الصورة التي تتخذها الأوامر متروكة للإدارة وهذا ما يتضح في دفاتر الشروط الإدارية العامة "على المتعهد العمل بموجب التعليمات النهائية الخطية التي تطلب الجهة العامة إتباعها أثناء التنفيذ..." (3).

وذات الموقف كان من المشرع الجزائري في دفتر الشروط الإدارية العامة حيث جاء فيه "... يتعين أن تصدر أوامر المصلحة كتابة ويجب أن تكون مؤرخة ومرقمة ومسجلة ..." (4).

والإقتصاد، بغداد 1975، ص 132.

(1) ــ انظر **هارون عبد العزيز الجمل** : النظام القانوني للجزاءات في عقد الاشغال العامة ، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه. جامعة عين شمس، 1997 ، ص 194.

ــ **محمد سعيد حسين أمين** : المبادئ العامة ...، المرجع السابق ص 178.

ــ **سليمان محمد الطماوي** : الأسس العامة ...، المرجع السابق ص 437.

(2) ــ انظر المادة 1/21 من القانون رقم 51 ــ 2004 الخاص بنظام العقود للجهات العامة السوري.

ــ وكذلك **سليمان محمد الطماوي** : الأسس العامة ... ، المرجع السابق، ص 438.

(3) ــ راجع : **هارون عبد العزيز الجمل** : المرجع السابق، ص 196.

(4) ــ انظر المادة 8/12 من دفتر الشروط الإدارية العامة الجزائري (قرار 1964).

وهو ذا ت الموفق للمشرع الفرنسي حسب JEAN MARY AUBY P BO N المرجع السابق ص 230.

والحكمة واضحة حسب رأينا من الدقة التي يتطلبها المشرع الجزائري، فهي ترمي إلى الحرص على صدور التعليمات من الشخص أو الجهة المختصة مكانا وزمانا.

وعليه فإن أي أمر مصلحي لايصدر في الشكل الذي أقر المشرع، أو لا يحتوي على البيانات التي استوجبها، فإنه يفقد قيمته القانونية، وبالتالي لا يلتزم المقاول بمضمونه. وإن التزم به، فعلى مسئوليته الخاصة، ولا يمكنه الرجوع على الإدارة بأي شيء . فهو لايستطيع أن يستند في طلبه المحتمل بالتعويض إلا على الأوامر المكتوبة(1).

3 ـ الاعتراض على الأوامر المصلحية

إذا كان المقاول في عقود الأشغال العامة ملتزما بتنفيذ الأوامر المصلحية الموجهة إليه من الإدارة(2)، فإن ذلك لا يعني أن يضحي بحقوقه ومصالحه التي تعاقد من أجل تحقيقها. فإنه إن رأى بأن أوامر تتجاوز الالتزامات المنصوص عليها في العقد أن يتحفظ عليها على أن يبدي هذا التحفظ في الآجال المحددة لذلك، حفاظا على استقرار الأوضاع وذلك تحت طائلة فقدانه الحق في التظلم وفقا لما تقرره التشريعات(3).

وله الحق في المطالبة بالتعويض إذا لم تستجب الإدارة لاعتراضه وتحفظه ،مع ملاحظة وجوب استمراره في التنفيذ، لأن الاعتراض لايوقف تنفيذ(4) الأمر المصلحي الذي تصدره الإدارة المتعاقدة.

---

(1) ــ كما يرى كل من:

ــ **هارون عبد العزيز الجمل** : المرجع السابق، ص 194 .

ــ **محمد سعيد حسن أمين** : المبادئ العامة ...، المرجع السابق ، ص 178.

ــ **سليمان محمد الطماوي** : الأسس العامة ... ، المرجع السابق ، ص 437.

ــ **عيسى عيد القادر الحسن** : المرجع السايق ص 69.

(2) ــ انظر:

ــ **عادل سيد فهيم** : المرجع السابق، ص 222.

ــ **إبراهيم محمد علي** : المرجع السابق، ص 23.

- **JEAN MARY AUBYet P. BON**, Op Cit, P 230.

(3) ــ انظر المادة 52/2 من دفتر الشروط الإدارية العامة الفرنسي 1976.

(4) ــ راجع **عيسى عبد القادر الحسن**: المرجع السابق، ص 136 .

وسار المشرع الجزائري على نهج المشرع الفرنسي في هذا المجال حيث نص على "... عندما يرى المقاول بأن مقتضيات أمر المصلحة تتجاوز إلتزاماته المتعاقد عليها بالصفقة، فيجب عليه تحت طائلة الفسخ، تقديم ملاحظة خطية ومعلله الأسباب إلى مهندس الدائرة أو المهندس المعماري خلال أجل عشرة أيام ..." (1).

فبمقتضى النص، أنه إذا كان المقاول ملزما بتنفيذ أوامر المصلحة، فإن ذلك ينبغي ألا يكون على حساب حقوقه، فإذا قدر بأن آثار تنفيذ الأمر يتجاوز الالتزامات المقرر بالعقد فله الحق أن يعترض عليها، ولكن يجب أن يقدم هذا الاعتراض في المواعيد المقررة وهي عشرة أيام حسب المشرع الجزائري، ولايحق للمقاول خلال هذه الفترة التوقف عن التنفيذ بناء على الطلب الذي قدمه بل يجب عليه الاستمرار في التنفيذ فإن رأى أن مقتضيات الأمر على درجة عالية من الجسامة. فإن له حق طلب الفسخ حسبما أقره المشرع الجزائري أو طلب التعويض إن كان له محل، لأن الأمر مصلحي في حد ذاته لا يتولد عنه الحق في التعويض، وإنما إذا نتج عنه ما يستوجب التعويض ببلوغه درجة معينة من الضرر أما إذا كان ضررا بسيطا فهو من الأمور التي يتحملها المقاول باعتبارها من المخاطر العادية التي وضعها في الحسبان حين أبرم العقد(2).

ويبدأ احتساب العشرة أيام كأجل للطعن من تاريخ الاستلام الذي يثبته المقاول على النسخة الثانية من الأمر المصلحي، ويلاحظ بأن مدة الاعتراض الممنوحة للمقاول بخصوص الأوامر المصلحية قصيرة إلى حد ما في التشريع الجزائر ــ حسبما أسلفنا ــ وهو حال معظم التشريعات(3).

---

(1) ــ راجع المادة 7/12 من دفتر الشروط الإدارية العامة الجزائري.

(2) ــ انظر:

ــ **أحمد عثمان عباد** : المرجع السابق، ص 325.

- **DELAUBADERE**, … Op Cit, P 302.

- **JEAN MARY AUBYet P.BON**, Op Cit, P 230.

(3) ــ مدة الاعتراض في التشريع الفرنسي هي 15 وفقا للمادة 2 من دفتر الشروط الإدارية العامة لسنة 1976 .

غير أنه يجوز للإدارة التنازل عن التمسك بهذه المدة، فتقبل بالاعتراض الذي يقدمه المقاول خارج هذا الأجل، إذا رأت أن ذاك لا يمس بالمصلحة العامة(1).

ويجب على الإدارة ألا تستغل قصر مدة التقادم، وتوجه أوامر تعسفية للمقاول من شأنها أن تحرمه من بعض حقوقه، بحجة عدم اعتراضه عليها خلال الأجل المحدد. وإن كان قصر الأجل الذي حدد المشرع له ما يبرره، وذلك حتى تستقر الأوضاع، وتتقدم الأشغال ولا تبقى رهينة احتمال قيام المنازعات بشأنها بحسب رأينا.

الفرع الثاني
صـــور الرقابـــة

كما أسلفنا فإن مقاول الأشغال العمومية يخضع لرقابة الإدارة المتعاقدة صاحبة المشروع من بداية تنفيذ العقد، إذ الإدارة هي من تأمر ببدأ التنفيذ بإصدارها أمر مباشرة الأشغال والذي من تاريخه تبدأ احتساب المدة المحددة لإنهاء الأشغال وبالتالي تسليم المشروع .

وللإدارة المتعاقدة (المصلحة المتعاقدة) سلطة توجيه ورقابة كاملة في مواجهـــــــة مقاول الأشغال العمومية الذي هو مجرد مساهم في تسيير المرفق العام(2)والإدارة هي المدير الحقيقي(3)، لذا فالمقاول ملزم بالخضوع خضوعا كاملا للأوامر التي تصدرها إليه فهو "ينفذ بدقة أوامر المصلحة التي تبلغ إليه..." (4).

وبهذه المناسبة، وإعمالا من الإدارة لسلطتها في الرقابة في عقد الأشغال العامة، فهي تستطيع أن تأمر المقاول بإتباع أسلوب معين في التنفيذ ويلتزم المقاول بالخضوع لتلك الأوامر والتعليمات التي تصدر منها، من "رب العمل" (صاحبة المشروع) التي

(1) ــ انظر : **سليمان محمد الطماوي** : الأسس العامة للعقود ... ، مرجع سابق، ص 338.
(2) ــ انظر: **سمير صادق** : العقد الإداري في مبادئ الإدارية العليا، الهيئة المصرية العامة للكتاب، 1991 ،ص 132.
(3) - **JEAN MARY AUBY et P. BON**, Op Cit, P 229.
(4) ــ أنظر المادة 4/12 من دفتر الشروط الإدارية العامة الجزائري.

تحدد تصميما للمشروع وتوجه المقاول أثناء التنفيذ، مما يشكل عاملا وقائيا ضد أخطاء أو إهمال المقاول بعدم مراعاة أصول التنفيذ الفنية.

فهي إذن تسهر على حسن التنفيذ بما تقدمه للمقاول من بيانات وتوجيهات ومتابعة لحين سير العمل وبما تصدره له من أوامر مصلحية واضحة ومحددة، وتراقب مدى التزامه بها، الشيء الذي يضمن حسن تنفيذ الأشغال، وذلك بما تباشره من متابعة للمقاول عن قرب فيما يخص كيفية تنفيذ الأشغال من الناحية الفنية، حتى لايحيد عن التصاميم والمقاسات المحددة.

وباختصار فإن للإدارة المتعاقدة اتخاذ ما تراه من إجراءات التوجيه والرقابة وهي إجراءات متعددة ومختلفة باختلاف موضوع العقد(1). كما أنها ليست محصورة، بتلك الصور التي تنص عليها بعضا من دفاتر الشروط وحتى في هذه الحالة فإن حق الإدارة ليس محصورا بتلك الصور فقط(2).

ومن صور الرقابة مثلا إصدار الإدارة المتعاقدة الأمر للمقاول ببدء الأشغال، كما ورد في التشريع الجزائري(3)"... يجب على المقاول مباشرة الأشغال في الآجال المحددة في أوامر المصلحة الصادرة عن المهندس...".

فكما أسلفنا، فإن تنفيذ العقد يخضع لإشراف وتوجيه الإدارة صاحبة الأشغال عن طريق ممثلها منذ المرحلة الأولى للتنفيذ.

وإن كان خضوع المقاول لهذا الأمر المصلحي واجبا 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 يستلزمه البدء في التنفيذ.

(1) ــ انظر فلام **FLAM** : عقود الأشغال العامة موضوع نشرة بمجلة العلوم الإدارية، العدد الأول، 1959 ، ص 262.
(2) ــ **عيسى عبد القادر الحسن** : المرجع السابق ، ص 288.
(3) ــ أنظر المادة 1/12 من دفتر الشروط الإدارية العامة الجزائري.

كما أن الجهة التي تكلفها الإدارة بالرقابة (المهندس) هي التي تحدد خطوات سير العمل، ووتيرته، وتكييف طرق التنفيذ، وإحداث تغييرات في العمل المنجز، والوسيلة لكل ذلك هي الأوامر المصلحية التي تصدرها الجهة المكلفة بالرقابة (صاحب الأشغال Maitre De L`Oeuvre) .

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 طائفه من الأشغال (مدة طائفة الحفر ، وضع الخرسانة، التبليط ... الخ).

وتمتد سلطة الرقابة لتشمل مجال اختيار العمال ومساعدو مقاول الأشغال العامة، إذ تملك الإدارة سلطة الأمر باستبدال بعض الأعوان المساعدين لإهمالهم، أو لعدم امتثالهم للأوامر، أو غشهم، أو عدم كفاءتهم وهو ما تناوله المشرع الجزائري وكذا المشرع المصري(1)و السوري.

ومن الموضوعات التي تكون محل مراقبة، وربما بحرص أكبر، هي مراقبة نوعية المواد المستعملة في الانجاز من قبل المقاول، والتي يجب أن تكون مطابقة لتلك المنصوص عليها في العقد، وإلا من النوع الذي يحدده ممثل سلطة الرقابة (المهندس الذي يتابع الإنجاز) فالمواد التي يختارها المقاول للاستعمال في تنفيذ الأشغال، لا يمكنه استخدامها إلا بعد موافقة الإدارة عليها (المهندس) . وتستمر وجوب الموافقة إلى غاية انتهاء وتسليم الأشغال(2). وهذا ما أكده المشرع الجزائر وهو يتكلم عن المواد المستخدمة في العمل "... ولا يجوز استخدامها إلا بعد إجراء التدقيقات عليها ثم قبولها مؤقتا من قبل مهندس الدائرة أو المهندس المعماري، أو منتدبيهم بنا على سعي من المقاول .

(1) ــ المادة 1/13 من دفتر الشروط الإدارية الجزائري . وتقابلها المادة S/79 من اللائحة التنفيذية للقانون المصري رقم 89 لعام 1998. والمادة 29/ من القانون السوري رقم 2004/51.

(2) ــ المادة 2/21 من دفتر الشروط الإدارية العامة النموذجي الفرنسي الذي نظمه المرسوم 1976/1/21 . وكذا المادة 1/23 من ذات المرسوم.

بالرغم من ذلك القبول ولحين الاستلام النهائي للأشغال، في حال فساد نوعها ... يجوز لمهندس الدائرة أو المهندس المعماري رفضها ويقوم المقاول بتعويضها على نفقته..." ، وهو موقف نجده أيضا لدى المشرع السوري(1).

وقد تتخذ سلطة الإدارة في الرقابة الأمر بتوقيف تنفيذ الأشغال Suspension Des Traveaux الذي يعني الأمر بتأجيل تنفيذ الأشغال أو الوقف المطلق لها.

فباعتبار الإدارة المتعاقدة صاحبة الأشغال هي المدير الفعلي للمشروع فلها أن تتدخل قبل الشروع في التنفيذ وتأمر بتأجيل البدء فيها. أو تتدخل بعد الشروع في الانجاز ولأسباب فنية أو عملية، فتأمر المقاول بتوقيف تنفيذ الأشغال بصفة مؤقتة، أو صفة نهائية. وفي هذه الحالة الأخيرة يتم فسخ العقد، لذا هو فسخ من جانب واحد ويقرر من الإدارة المتعاقدة(2).

أما إذا كان الأمر بتأجيل التنفيذ لفترة زمنية معينة، أي توقيفا مؤقتا للأشغال، فهنا يجوز للمقاول طلب الفسخ، إذا كان هذا التوقف يمتد لأكثر من سنة حسب التشريع الفرنسي(3) بشرط أن يعبر عن رغبته في ذلك كتابيا، وفي خلال أربعة أشهر من تاريخ تبليغه أمر المصلحة بالتوقف، وهو ما يتفق مع موقف المشرع الجزائر المعبر عنه في دفتر الشروط الإدارية العامة(4) الذي يحدد الأربعة أشهر للمقاول كأجل لطلب الفسخ : وذلك بشرط أن تكون مدة التوقف تتجاوز السنة أو إذا تعددت أوامر التأجيل و فاقت في مجموعها مدة السنة فإذا توفر الشرطان:

1 ــ أمر بالتوقف لأكثر من سنة ولو كانت على فترات متقطعة.

2 ــ تقديم طلب الفسخ المكتوب خلال أربعة أشهر من تاريخ تبليغه بالتوقف.

(1) ــ انظر المادة 27 فقرة أ ، ب من القانون رقم 2004/51 السوري الخاص بنظام العقود للجهات العامة.

(2) ــ المادة 1/34 من دفتر الشروط الإدارية العامة الجزائري.

(3) ــ انظر المادة 1/48 من دفتر الشروط العامة النموذجي الفرنسي 1976.

(4) ــ انظر المادة 1/34 ، 2 ، 3، 4، 5، 6 من دفتر الشروط العامة الجزائري 1964.

فهنا يجوز للمقاول أن يطلب التسليم المؤقت للأشغال، ثم الاستلام النهائي بعد إنتهاء أجل الضمان، وهذا دون الإخلال بحقه بالمطالبة بالتعويض متى كان له محل.

كما لو كان الأمر المصلحي الذي يلزم المقاول بتأجيل التنفيذ مؤقتا ولمدة تقل عن السنة فيجوز له طلب التعويض، متى لحقه ضرر جراء ذلك. ولكن دون طلب الفسخ.

ويمتد حق الإدارة في الرقابة إلى الأشغال المنجزة التي لها أن تعاينها فإن اكتشف مهندسوها فسادا في البناء يجوز لهم الأمر بهدمه. سواء كان قيد الإنجاز أو حتى قبل الاستلام النهائي ثم الأمر بإعادة بنائه من طرف المقاول المتعاقد، وإلا فبحضوره، بعد أن يستدعى لذلك رسميا.

وتتم عملية الهدم وإعادة البناء على نفقة المقاول المتعاقد، كما يمكن للإدارة مطالبته بالتعويض عن ذلك. وإن كان المشرع لم يحدد أساس المطالبة بالتعويض، فإن الإدارة لا تعدم أن تجد سببا لذلك إذا رأت الإلتجاء إليه، " إذا حصل لمهندس الدائرة أو المهندس المعماري شك بوجود فساد في أشغال البناء، فيجوز له إصدار أمر مصلحة بالخراب، سواء كان ذلك أثناء التنفيذ أو قبل الاستلام النهائي. أو بالهدم وإعادة الأشغال أو أقسام الأشغال المظنون فسادها . إن لم يجر المقاول هذه العملية فتباشر بحضوره أو دعوته لذلك رسميا. فيتحمل المقاول النفقات الناتجة عن تلك العملية عندما يكون فساد البناء محققا ومعترفا به، دون الإخلال بالتعويض الذي يمكن أن تطالب به الدولة"(1).

(1) ــ المادة 26 من دفتر الشروط الإدارية العامة الجزائري، ويؤاخذ المشرع هنا على التعبير الذي إستخدمه حيث لم يوفق في إختيار المصطلحات العربية المألوفة في التشريع العربي، فاستخدم مصطلح "الظنون" بدلا من " الشك " واستخدم مصطلح " الخراب " بدلا من " الهدم "ومصطلح " الدولة " بدلا من الإدارة .

ربما كان ذلك لتفادي تكرار المصطلحات، وربما كان نتيجة عدم تمكنه من مصطلحات وتقنيات التشريع، وذلك لحداثة عهد.

وأيا كان السبب فإننا نرى ضرورة مراجعة نص هذا القرار المتضمن الشروط الإدارية العامة والصادر في نوفمبر 1964، وذلك من أجل تنقيحه لغة ومضمونا.

وهذا الموقف ذاته نجده عند المشرع الفرنسي، سواء تعلق الأمر بالهدم وإعادة البناء من طرف المقاول نفسه أو من الغير ولكن على نفقته، أو في إمكانية الإدارة من المطالبة بالتعويض.

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

إذا كان الأحرى به أن يقرر ذلك بعد التأكد من عدم سلامة البناء، حتى يغلق الباب أمام التعسف الذي يمكن أن يتعرض له المقاول، حتى مع ما قرره في المادة 50 من دفتر الشروط من عرض الأمر على المهندس الرئيسي في حال نازع المقاول في رأي المهندس الذي قام بالرقابة وأمر بالهدم نتيجة الشك، لأن المهندس الرئيسي ليس جهة محايدة.

وعموما، فإن صور الرقابة لاحصر لها كما أسلفنا(1)، وأن تلك التي ذكرناها تعتبر كأمثلة لها فقط وحتى تلك التي نذكرها دفاتر الشروط لا تعد صور حصرية للرقابة.

بل تبقى الإدارة المتعاقدة باعتبارها المدير الحقيقي للمشروع حرة في إصدار ماتراه من توجيهات وتعليمات للمقاول، الذي عليه أن يقدم لممثلي الإدارة من مهندسين ومراقبين معينين كافة التسهيلات اللازمة، التي تمكنهم من أداء مهامهم على خير وجه، كأن يسهل لهم دخول مواقع العمل و الورشات متى أرادوا ذلك ويمكنهم من جميع الوثائق والعينات التي يطلبونها..وما إلى ذلك مما من شأنه أن يمكنهم من القيام بمهنة الرقابة الموكولة لهم.

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

---

(1) ــ راجع في صور سلطة الرقابة كلا من :

ــ **سليمان محمد الطماوي** : الأسس العامة للعقود ، المرجع السابق ، ص 440.

- **MARCEL WALINE** , Precis de Droit Administratif, Paris , 1970 , P 375.

الفرع الثالث
حدود الرقابة وآثارها

إذا كانت سلطة رقابة تنفيذ عقد الأشغال العامة أصيلة، تملكها الإدارة لأسباب متعددة و أسس متعددة بالشكل السابق ذكره.

وإذا كانت صورها كثيرة() ومظاهرها غير محددة بما يرد في دفاتر الشروط العامة فهل يعني ذلك أنها سلطة مطلقة من كل قيد؟ ثم ما آثار مثل هكذا رقابة؟

1 ـ نطـــاق الرقابـــة

إنه وإن كان المشرع قد وسع من صلاحيات "المصلحة المتعاقدة" أي الإدارة صاحبة المشرع من مجال إشرافها وتوجيهها لتنفيذ عقد الأشغال العامة.

إلا أن ذلك يجب ألا يفهم على أنه إطلاق لها من كل قيد، بل العكس، فهي سلطة محكومة باعتبارات. قوامها التوازن بين المصلحة العامة وحماية المقاول من تعسف الإدارة. والالتزام بمبدأ المشروعية(1) فلا يجوز أن تستغل حق الرقابة فيما لايتصل بسير المرفق العام موضوع الأشغال(2). وإلا كانت مرتكبة لخطأ سوء إستعمال السلطة الذي تحكمه قواعد قانونية. فمثلا إذا أصدر المهندس المكلف بالرقابة أمرا لفصل أحد مساعدي المقاول خارج ما نص عليه دفتر الشروط الإدارية العامة، أي لغير سبب يتعلق بالمرفق (لعصيانه أو لعدم أمانته أ ولعدم أهلية) فإن ذلك يعد تجاوز للسلطة، يجوز معه للمقاول رفع أمره إلى الفضاء طالبا إلغاء هذا الأمر بسبب إساءة إستعمال السلطة من قبل الإدارة(3).

(1) ــ راجع **أنس جعفر** : العقود الإدارية، المرجع السابق، ص 221.

(2) ــ راجع **ابراهم محمد علي** : المرجع السابق، ص 13 .

(3) ــ **توفيق شحاته** : مبادئ اقانون الإداري، الجزء الثاني، القاهرة 1955 ، ص 792 .

لذلك فإن من ضوابط الأوامر المصلحية[1] وجوب صدورها من السلطة أو الجهة المختصة، ومن الشخص المخول بذلك (المهندس، أو العون الفني، أو مكتب الدراسات المكلف بمتابعة الأشغال). فلا يحق لأي ممثل عن الإدارة يقوم بزيارة تفقد لمواقع العمل أن يصدر أوامر وتعليمات أو توجيهات للمقاول.

كما أن هذه الأوامر حدد لها المشرع (كما يجمع الفقه) الشكل الكتابي مع حملها لتاريخ ورقم الإصدار ووجوب تسجيلها بالدفتر المخصص مع تبليغها للمقاول المتعاقد.

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.

إضافة إلى القيود السابقة فإنه لا يجوز أن تتعدى الرقابة حدود الإشراف والتوجيه، وتصل إلى حد التعديل في بنود العقد موضوع التنفيذ، لأن مقتضى ذلك هو الخروج من نطاق وحدود سلطة الرقابة. كأن يتعدى تدخلها مثلا في مجال مراقبة مدى سلامة المواد المستعملة في التنفيذ ومطابقتها لتلك المنصوص عليها في العقد، إلى الأمر في إستبدال نوع تلك المواد بأخرى غير تلك المتفق عليها. لأنها في هذه الحالة، تكون قد تعدت سلطة التوجيه إلى التعديل في شروط العقد الذي سيأتي بيانه[2] .

وعموما فإن على الإدارة المتعاقدة أن تضع في الحسبان وضعية المقاول المتعاقد، الذي يعتبر في عقد الأشغال العامة بمثابة مساهم في تسيير الموفق العام، أي أنه معاون لها[3].

(1) ــ راجع القيود التي ترد على سلطة الرقابة عند **رياض عبد عيسى** : المرجع السابق، ص 166 وما بعدها .

(2) ــ راجع **ابراهيم محمد علي** : المرجع السابق ص 14 وما بعدها .

(3) ــ **F. LORENS** : Contrat D'entreprise En Marché De Traveaux Public Paris 1981. P. 347.

2 ـ آثـــار الرقابـــة

إن خضوع المقاول للأوامر المصلحية لايعفيه من المسؤولية على الأضرار والمخالفات التي قد يتسبب فيها أو يرتكبها جراء قيامه بالأشغال على نحو معين (1). و لم تنبهه الجهة الرقابية إلى خطورة ذلك. أي لايمكنه أن يتذرع بعدم معارضة الإدارة المتعاقدة على الأسلوب الذي انتهجه أو عدم تنبيهها له للكف عن ذلك. وكل ذلك لايعد سببا للإعفاء من المسؤورلية، لا أمام الإدارة ولا في مواجهة الغير. وتنتفي فقط مسؤولية المقاول إذا أثبت أن الضرر الحاصل كان نتيجة تطبيقه لأمر الجهة الرقابية .

إن ممارسة الإدارة لسلطة الرقابة بإصدار أوامر وتوجيهات تتعلق بالتنفيذ، لا يتولد عنه بشكل آلي الحق في التعويض بالنسبة للمقاول، بل إن ما قد يلحق بالمقاول من ضرر جراء ذلك التدخل يعتبر من المخاطر العادية والمتوقعة منه أثناء توقيعه العقد كما أسلفنا، ولا يستبعد هنا "المبدأ" إلا في حالتين وفقا للقواعد العامة:

1 ـ حالة الخطأ المنسوب للإدارة في صوره المختلفة كأن تتأخر في إصدار الأمـــر بالبدء في التنفيذ لمدة تتجاوز المعقول، أو تتأخر في تسليمه موقع العمل.

2 ـ وحالة الخطأ الناتج عن التعسف في استعمال السلطة، والذي تخضـــع فيـــه الإدارة للرقابة القضائية(2).

ـــ غير أن التساؤل الذي يطرح نفسه هو عن مدى مسؤولية الإدارة التعاقدية في حالة ما إذا تأخرت في إجراء الرقابة أو ممارستها بطريقة معينة ؟. وذلك لأن مهمة الإشراف تتضمن أمران:

ـــ إدارة الأعمال وتعني إصدار الأمر للمقاول باستعمال أدوات معينة واتباع طريقة ما محددة في التنفيذ، ويجب على المقاول الالتزام بأوامر رب العمل التي تعتبر بمثابة

---

(1) ـــ **DELAUBADERE** : Traité Elimentaire De Droit , Op . Cit. P 301.

(2) ـــ راجع : **حسين درويش عبد العال** : المرجع السابق، جزء 2 ، ص 15.

عمل وقائي ضد أخطاء وإهمال المقاول بما تقدمه من توجيهات وبيانات ضرورية لحسن سير العمل بما توجهه له من أوامر مصلحية واضحة ومحددة.

ـــ أما مهمة الرقابة فتنحصر في الملاحظة والمتابعة عن قرب من قبل الإدارة لكيفيات تنفيذه العمل من الناحية الفنية.

وعلى هذا فيتعين عليها أن تبادر إلى إصدار الأوامر المصلحية إلى المقاول، وفي حال 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 لا مانع من إقرار مسؤولية الإدارة التعاقدية على عيب الرقابة في تنفيذ عقد الأشغال العامة.

هذا ويقع على عاتق الإدارة إلتزام حقيقي بالرقابة والإشراف لضمان التنفيذ الجيد للأشغال حتى تتجنب عدم إنجاز الأشغال أصلا أو إنجازها بشكل سيء. وهذا العمل من قبل الإدارة يشكل خطأ يستدعي مسؤوليتها(1).

المبحث الثاني
سلطة التعديل بالإرادة المنفردة(2)

إذا خرجت سلطة الرقابة على تنفيذ العقد عن النطاق المحدد الذى ذكرناه في الفصل السابق، فإن الإدارة تدخل في نطاق ممارسة سلطة أخرى، هي سلطة التعديل من جانب واحد.

ولقد أشرنا إلى أن معيار التمييز بين السلطتين ليس معيارا شكليا، ولكنه معيار موضوعي .

(1) ـــ راجع/**حمدي علي عمر** : مرجع سابق ص 221.

(2) ـــ راجع / **عبدالعزيز عبدالمنعم خليفة** : ...، المرجع السابق ، ص 77 وما بعدها.

وعليه فإن التساؤل المطروح هو عن مضمون هذه السلطة وموقف الفقه منها؟ ثم ما أساسها القانوني؟ وأخيرا ما نطاقها والصور التي تجسدها؟ .

المطلب الأول
مفهوم سلطة التعديل وموقف الفقه منها

إذا سلمنا بأن معيار التمييز بين سلطتي الرقابة والتعديل، ليس معيارا شكليا ولكنه معيار موضوعي، فإن مضمون سلطة التعديل يكون بالبحث في كل واقعة على حدة فنكون بصدد سلطة التعديل إذا قامت الإدارة المتعاقدة بتعديل المعطيات الجوهرية المنصوص عليها في العقد. أي إذا تجاوزت نطاق الإشراف والتوجيه،كأن تقرر مثلا إحلال مواد مختلفة عن المواد المتفق عليها في التنفيذ، فتكون بذلك تعدل شرطا من شروط العقد.

ولتحديد مفهوم سلطة الإدارة في التعديل الانفرادي لعقد الأشغال العامة، يجب التمييز بينها، وبين نظرية فعل الأمير.

الفرع الأول
التمييز بين سلطة التعديل الانفرادي
ونظرية عمل الأمير

إن التساؤل المطروح، وهو في رأينا تساؤل مشروع ،هو هل هناك فصل واستقلال بين سلطة التعديل الانفرادي للعقد الإداري بشكل عام ونظرية فعل الأمير؟. أم أن المفهوم الواسع للنظرية يحتوى سلطة التعديل الانفرادي للعقد كإحدى تطبيقاتها؟.

والواقع أن الإجابة على هذا التساؤل لم تكن موحدة، بل ورد بها اتجاهان : يرى جانب من الفقه أننا نكون بصدد "فعل الأمير" حينما تقتصر تصرفات الإدارة المتعاقدة على ممارسات بعيدة عن نطاق الالتزامات التعاقدية التي ترتبط بها(1). أي أن التصرف الذي يصدر من الإدارة، لاتصدره بصفتها الإدارة المتعاقدة صاحبة المشروع، وإنما تصدره بصفة أخرى لاعلاقة لها بكونها متعاقدة أم لا. أما سلطة التعديل الانفرادي، فهي ممارسة عادية مستمدة من العقد، وتمارسها بصفتها الإدارة المتعاقدة.

وعليه تخرج عن مفهوم "فعل الأمير" باعتبار أنها فكرة مختلفة، وبعيدة عن مجال تطبيق نظرية "فعل الأمير". فبحسب أصحاب هذا الرأي. فإن مجال تطبيق نظرية فعل الأمير، هو الاختصاصات الغير متعلقة بالتعاقد، كإجراءات الضبط. وإجراءات تنظيم المرفق العام، التي تتخذها الإدارة المتعاقدة، والتي قد تكون انعكاساتها مؤثرة على شروط تنفيذ العقد الذي أبرمته ذات الإدارة. وعلى عكس ذلك يرى جانب آخر من الفقه، أن سلطة التعديل الانفرادي للعقد ما هو إلا "إحدى الصور النموذجية لعمل الأمير"(2).

فالإدارة يمكنها أن تعدل العقد بشكل مباشر، كما يمكنها أن تعدله بشكل غير مباشر وذلك عن طريق اتخاذ إجراءات تتعلق بموضوع آخر، ولكنها تؤثر على موضوع العقد.

فهما طريقتان تحققان ذات النتيجة، والتمييز بينهما هو عمل نظري فقط ولا أثر له من الناحية العملية، فيما يخص التعويض وأثر الضرر بالنسبة للمقاول المتعاقد، مع ما في التمييز بين الصورتين من صعوبة.

فبحسب هذا الرأي، فإن تدخل الإدارة المتعاقد بالزيادة أو النقصان في التزامات المقاول المتعاقد معها، تعتبر تطبيقا لنظرية عمل الأمير التي يجب عدم تضييق مجال تطبيقها. ولأن كل الإجراءات التي تتخذها الإدارة المتعاقدة، والتي تستدعى التعويض، فإن هذا

(1) ــ راجع/**عمر علي حمدي** : المرجع السابق ، ص 227 .
ــ راجع/**سليمان محمد الطماوي** : المرجع السابق ، ص 574 .
(2) ــ راجع/**عمر علي حمدي** : المرجع السابق ، ص 228 .

التعويض بحكمة نظام قانوني واحد بغض النظر عن موجباته، سواء كان المساس بشروط العقد مباشرة أو تأثرها بشكل غير مباشر. فشروط التعويض هي واحدة في كلا الحالتين.

ولذلك فإن تدخلات الإدارة المتعاقدة والتي يكون لها تأثير على شروط تنفيذ العقد تعد عملا من أعمال الأمير(1).

ونحن نرى بأن نظرية فعل الأمير، وسلطة التعديل الانفرادي لشروط العقد من قبل الإدارة المتعاقدة، هما فكرتان متقاربتان بل ومتداخلتان بعض الشيء، وذلك كونها يصدران عن الإدارة صاحبة الأشغال (المتعاقدة). وأن كل منهما سيتوجب التعويض للمقاول عما لحقه من ضرر.

ولكن وحتى و إن كان نظام التعويض موحد كما يقول من يرى أن التعديل هو أحد الوجوه التطبيقية لفعل الأمير. إلا أنهما يختلفان من حيث أن سلطة التعديل هو إجراء ستستهدف به الإدارة المتعاقدة شروط العقد في حد ذاته وبشكل مباشر أي هو إجراء خاص في حين أن فعل الأمير هو إجراءأوسع. لا تقصد به الإدارة المساس بشروط تنفيذ العقد، وإنما يحدث ذلك عرضا وفي الغالب يكون بقصد تحقيق هدف أكبر أو مصلحة عامة أهم.

أما ما ذهب إليه البعض(2) من أن نظرية فعل الأمير وسلطة التعديل يختلفان، من حيث أسل وب تأثير كل منهما على تنفيذ العقد، فتؤثر سلطة التعديل على شروط التنفيذ بشكل مباشر، في حين أن نظرية فعل الأمير تؤثر عليها بشكل غير مباشر ـــ وهو ما نتفق معه ـــ أما نقطة الاختلاف الثانية، والتي لا نوافق عليها، فهي كون التعويض في حال فعل الأمير يكون عن عمل مشروع، أما في التعديل الانفرادي فيكون بناء على خطأ الإدارة فنحن لا نتفق مع ذلك لأن التعويض في كلا الحالتين يكون بدون خطأ كمبدأ عام، إلا إذا ثبت عدم مشروعية تصرف الإدارة، وهو ما يمكن أن يحدث أيضا في كلا الحالات

(1) ـــ **سليمان محمد الطماوي** : الاسس العامة....ا مرجع السابق ، ص 574 .
(2) ـــ انظر/**عمر علي حمدي** : المرجع السابق ، ص 229 وما بعدها .

الفرع الثاني
موقف الفقه من سلطة التعديل الإنفرادي
(بالإرادة المنفردة)

يهيمن مبدأ القوة الملزمة للعقد على عقود القانون الخاص ومنها عقد المقاولة، وهو ما يعبر عنه المبدأ المعروف "العقد شريعة المتعاقدين" وبناء عليه فلا يجوز لأحد الطرفين تعديل شروط العقد إلا بموافقة الطرف الآخر(1).

" إن القوة الملزمة للعقد في القانون الخاص هي الضامن لإستقرار العلاقات القانونية، وهي أساس لا غنى عنه للثقة في المعاملات، وبالتالي لايمكن تعديل الشروط العقدية أو إنهائها، إلى بموافقة الطرفين، وهذا هو مبدأ ثبات واستقرار العقود ... "(2).

وقد عبر المشرع الجزائري على ذلك في القانون المدني صراحة(3) "العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه ولاتعديله إلا بإتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقررها القانون".

وخلافا لما سبق فإن العقد الإداري لا يتمتع بهذه القوة الإلزامية في مواجهة الإدارة المتعاقدة فالعقد الإداري ينشئ علاقات مرنة(4) يمكن للإدارة تعديلها، أي تعديل التزامات المتعاقد (المقاول) على نحو لم تكن معروفة وقت إبرام العقد، وذلك لأن العقود الإدارية بشكل عام ومنها عقد الأشغال العامة مرتبطة بالمرافق العامة التي يحكمها وجوب استمرار سيرها بانتظام واضطراد وقابليتها للتعديل وفقا للمستجدات تحقيقا للمصلحة، التي يعد تعاقد المقاول مع الإدارة قبول منه بالمساهمة في تحقيقها.

---

(1) ــ انظر/**عبدالرزاق السنهوري** : آثار الإلتزام ، الوسيط ، الجزء الأول، ص 540 .

(2) ــ أنظر : **فلام** : مجلة العلوم الإدارية، المرجع السابق ، ص 251.

(3) ــ أنظر المادة 106 من القانون المدني الجزائري الصادر بالأمر رقم 58/75 الصادر بتاريخ 26/09/1975 المعدل والمتمم ، وقد ورد إستثناء على القاعدة بذات المادة وذلك حين يتدخل المشرع بنص قانوني بدافع "تهذيب" مبدأ سلطان الإرادة.

(4) ــانظر/ **عمر حلمي** : سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري وضمانات المتعاقد في مواجهتها، دار النهضة العربية 1996، ص9.

/ــ **أحمد عثمان عياد** : المرجع السابق ، ص 196 .

لذلك فإن سلطة الإدارة في التعديل تكون مقيدة بتحقيق الهدف الأصلي للعقد، الذي يضمنه المشرع بفرض شروط تحول دون سوء استخدام هذه السلطة.

ولأن سلطة التعديل هذه تعد أخطر السلطات التي تملكها الإدارة المتعاقد في مواجهة المقاول لأنها تتعلق بالقوة الملزمة للعقد، فإن هناك جانب من الفقه(1) ينكر على الإدارة هذه السلطة.

1 ـ الاتجاه الفقهي المنكر لسلطة التعديل

إذا كان السائد حاليا هو التسليم بسلطة الإدارة في تعديل شروط العقد بإرادتها المنفردة فإن هذا الموقف كان له في السابق خصوم. وإن كانوا قلة(2). يرون غير ذلك فينكرون هذا الحق على الإدارة، البعض منهم بشكل مطلق ، والبعض الآخر بشكل جزئي(3)، حيث يقتصر على بعض العقود أو على بعض شروطها، وهناك من يشكك في أساس ذلك على النحو التالي:

أ ـ الإنكار المطلق: بعض الفقهاء ينكرون على الإدارة الحق في إدخال أي تعديلات على بنود العقد من جانب واحد، ما لم تستند إلى نص صريح في العقد أو في القانون.

فالعقد يتمتع بقوة إلزامية، تتضمن أربع(4) قواعد أساسية ومنها:

ü ـ أن العقود لا يمكن تعديلها بإرادة أحد الأطراف منفردة، ولو كان سلطة عامة وينطبق هذا على العقود بمعناها الضيق، دون الاتفاقات التي لاتعتبر عقودا.

(1) ـ انظر/ **سليمان محمد الطماوي** : الأسس العامة ... ، المرجع السابق، ص 416 .

(2) - **A. MAHIO** : Cour D'institutions Administratif , O P U , 3emme edition,1981 , P 250.

(3) - **DELAUBADERE** : Traite élémentaire de droit administratif Op Cit P 303.

(4) ـ راجع **مصطفى كمال وصفي** : حول سلطة الإدارة في تعديل شروط العقد الإداري بإرادتها المنفردة، مجلة العلوم الإدارية، العدد الأول، القاهرة 1971، ص 143 وما بعدها.

ـ حيث يذكر الكاتب إلى جانب القاعدة الأولى ، ثلاث قواعد أو أصول أخرى هي : أن العقود الإدارية تختلف من جانب تطبيقها ، فمنها ذات طبيعة ذاتية (عند توريد) ومنها ذات طبيعة تنظيمية (عقد التزام) ومنها ما هو يجمع بين الإثنين (عقد الأشغال العامة) . القاعدة الثانية أن الأسس التي عزى إليها بعض الفقهاء حق التعديل ليست صحيحة، فالتعديل يرجع إلى أمور أخرى غير تلك . والقاعدة الثالثة : أن العقد أضيق من الاتفاق، وإن كان يجوز المساس بما هو متفق عليه، فالأمر ليس كذلك بالنسبة لما هو متعاقد عليه...

ü ـــ إذ أن العقد بمعناه الحقيقي هو عمل يقوم على سلطان الإرادة وحرية التعاقد، ويولد التزامات في ذمة كل من صار دائنا أو مدينا بمقتضى أحكام بنوده.

وكلا الأمرين (حرية التعاقد) و (الحقوق المالية المكتسبة) تخرجان عن سلطة الإدارة ولا يجوز أن تكون محلا لامتيازاتها، أو محلا لإصدار قراراتها، وإلا كان ذلك اعتداء على حرية من الحريات الشخصية. لأن أمر الحريات العامة موكول تنظيمه للمشرع بواسطة القوانين، وليس للإدارة، وإن جاز لها أحيانا أن تجري بعض التصرفات التي تتعلق بهذه الحريات، فهي تكون تحت إشراف ورقابة القضاء(1).

فالإدارة إذن تسير بذات القواعد التي ي سير بها الخواص مادام القانون لم يضعها في حالة ممتازة.

ومن أبرز الكتاب الذين دافعو على هذا الطرح في فرنسا يذكر الفقه كل من(2):

Benoit . .L'huillier حيث يرى اهؤلاءأن سلطة التعديل هي فكرة ابتدعها الفقهاء بناء على تفسيرهم الخاطئ لقرار مجلس الدولة الفرنسي في قضية ترامواي مرسيليا Tramways الذي قضى فيه بأحقية إدارة النقل في إدخال تعديلات على عقد الملتزم معها. بأن تفرض عليه زيادة عدد دورات أكثر من تلك المنصوص عليها في دفتر الشروط ففسره الفقهاء على أن القضاء قد بني ذلك على أساس ما تملكه الإدارة من سلطة عامة بناء على هيمنتها على المرافق العامة.

في حين كما يقول L'huillier أن مجلس الدولة أسس ذلك على دفتر الشروط الخاصة بالسكك الحديدية، الذي يخول المديرية سلطة تحديد جدول مواعيد القطارات، وأن مجلس الدولة توسع في تفسير ذلك النص مما يخدم الإدارة في التعديل.

(1) ـــ راجع/ **مصطفى كمال وصفي** : المرجع السابق، ص 144 .

(2) ـــ راجع كل من :

ـــ **أحمد عثمان عباد** : المرجع السابق ، ص 199.

ـــ **سليمان محمد الطماوي** : الأسس العامة ... ، المرجع السابق، ص 416 .

- **DELAUBADERE** : Traite élémentaire de droit administratif Op Cit P 303.
- **A. MAHIO** : Op Cit , P 250 .

وعليه فباستثناء وجود نص صريح يجيز التعديل، فإن العقود الإدارية تلزم أطرافها، أي أنها تتمتع بقوة إلزام كسائر العقود.

وما يؤكد هذا بحسب رايه هو أن مفوض الدولة في القرار المشار إليه(1)، لم يتطرق إلى وجود سلطة عامة للإدارة في هذا الشأن، بل سلطة لائحية تستند إلى قانون ، يجب تطبيقها في حدود فقط.

غير أن ما ذهب إليه الفقيه L'huillier، لم يكن مقنعا وواجه ردودا تفصيلية يمكن أن نلخص نتيجتها في أن ما يقول عنه عن وجوب النص صراحة على إمكانية التعديل، هو شرط متوفردائما في عقود الإدارة العامة، ففي قرار مجلس الدولة في قضية " تراموای مرسيليا " الذي يستند إليه، فإن كراسة الشروط الخاصة بالتزام القطارات ، تنص على حق المدير في تحديد جدول زمن خدمات القطارات، أي حق تنظيم المرفق. وسلطة تنظيم المرفق تتضمن بالتبعية سلطة تعديل نصوص العقد الخاص به، وهو ما حصل فعلا وذلك لأن شروط العقد لايمكن أن تشكل حائلا تمنع الإدارة من مباشرة سلطاتها التي تقررها لها القوانين واللوائح.

ب ـ الإنكار الجزئي أو الإقرار المشروط لحق التعديل : ليس بعيدا عن الرأي السابق، يرى بعض الفقهاء أن الإدارة لاتملك سلطة تعديل العقد من جانب واحد، إلا في شق الشروط التنظيمية فقط، ويؤكدون القوة الإلزامية لبنود العقد، وأن العقد الإداري مثله مثل العقد المدني، فكلاهما ينتمي إلى صنف واحد من الأعمال والتصرفات القانونية، وتترتب عليها نفس الآثار، باستثناء تلك الشروط اللائحية في عقد الإلتزام التي يجوز للإدارة تعديلها في أي وقت، وسلطة الإدارة هنا هي سلطة لائحية لاتمس الشروط المتعاقد عليه، بل هي تنصب على المركز التنظيمي للملتزم(2) فحسب أصحاب هذا الرأي فإن الإدارة المتعاقدة لها أن تعدل إستثناء فقط في عقدي الإلتزام والأشغال العامة، نظرا

(1) ــ أورده : **أحمد عثمان عباد** : المرجع السابق، ص 200 . وما بعدها ، كما أورد قرارات أخرى يستند إليها الفقيه L'huillier لدعم رأيه المنكر لحق التعديل، فيذكر قرارين لمجلس الدولة، يتناقضان حسب رأيه وفكره التعديل الإنفرادي لعقود الإدارة.

(2) - **DUGUIT** : Traité de Droit Constitutionnel, 3emme edition,T3, P 434.

للطبيعة الخاصة لكل منهما، والتي تجمع بين الذاتية والتنظيمية[1]، ويكون ذلك في الشروط التنظيمية فقط، لتعلقها بتنظيم المرفق العام الذي يرد عليه التعديل وليس على العقد[2].

فحق التعديل الذي تمارسه الإدارة في هذين العقدين، لاتستمده من العقد كامتياز لها، بل تستمده من سلطتها في تنظيم المرافق العامة التي هي قابلة للتعديل، وهي تمثل في العقد مراكز قانونية موضوعية، أما المراكز الشخصية في العقد فتمثلها الشروط التعاقدية، وهي محصنة في مواجهة الإدارة، لما تكتسبه من ثبات، نتيجة ثبات القوة الملزمة للعقد.

وكما يبدوا فإن القائلين بهذا الرأي، يميزون بين نوعين من شروط العقد الاداري، الشروط اللائحية أو التنظيمية ، والتي تتعلق أساسا بتنظيم المرفق، وهذه يرد عليها حق التعديل الذي قد تمليه ضرورة التغيير، وهو ما يتفق مع قابلية المرفق للتبديل والتغيير وفقا للمستجدات، هذا من جهة.

ومن جهة أخرى هناك الشروط التعاقدية التي لامجال للمساس بها من جانب الإدارة منفردة. والحقيقة أن مضمون هذا التعديل وجوهره هو ما تبناه الفقه الذي يقر في أغلبيته للإدارة بسلطة التعديل الإنفرادي[3].

2 ـ الإتجاه الفقهي المؤيد لسلطة التعديل

بعكس الإتجاه السابق يرى أصحاب هذا الرأي، بأن سلطة التعديل الإنفرادي المخولة للإدارة تعتبر إحدى صفات العقد الإداري بشكل عام، بل وهي عنصر من عناصره الأساسية، الذي يقابل ما يتمتع به العقد من قوة ملزمة في القانون المدني، لأن الإدارة طرف غير عادي في العقد الإداري، بما يستهدفه من تحقيق المصلحة العامة.

(1) ــ **مصطفى كمال وصفي** : المرجع السابق، ص 144 .

(2) - **GASTON JEZE** : Le Régime Juridique du Contrat Administratif, R D, P. 1945.

ــ أورده **أحمد عثمان عياد** : المرجع السابق ، ص 210 .

(3) ــ أنظر **عمر حلمي** : سلطة الإدارة ... ، المرجع السابق، ص 35 وما بعدها.

وهذا الرأي هو ما يميل إليه أغلب فقهاء القانون الإداري، ومنهم على سبيل المثال(1)، ما قاله " العميد هوريو " كما يصفه كتاب القانون الإداري، في تعليقه على قرار المجلس الدولة "إن كل عملية إدارية هي عملية إحتمالية "(2)، ويقصد بأن كل عملية تطلقها الإدارة ليس بالتأكيد أنها تنتهي إلى ما هو مقرر لها وبالشكل المخطط لها. بل يحتمل أن يطالها تأجيل أو تعديل وربما وقف تنفيذ، وكل ذلك حسبما يقتضيه الصالح العام.

وأيضا من الفقهاء الذين يرون بأن سلطة تغيير شروط العقد، هي قاعدة تشمل جميع عقود الإدارة ودون حاجة للنص عليها لا في القانون ولا في بنود العقد، الفقيه : " بيكينيو Pequignot، الذي يرى بأنه لايمكن القول بوجود حقوق مكتسبة للمتعاقد مع الإدارة (المقاول) يمكن أن تقف عقبة أمام سلطة وحق الإدارة في تعديل شروط العقد، بما يتلاءم وما يمليه الصالح العام. فالإدارة لها أن تغير شروط العقد المتعلق بالمرفق العام، وهذه فكرة مرنة تميز العقد الإداري عن العقد في القانون الخاص الذي يحكمه مبدأ الثبات والقوة الملزمة.

وفي ذات الإتجاه ذهب الفقيه دولوبادير DELAUBADERE الذي يرى سلطة الإدارة في إنهاء العقد قبل مدته وسلطتها في تعديل شروطه وزيادة أعباء المتعاقد معها، وكل هذا ، متى دعت ضرره إشباع الحاجات العامة لذلك.

وهذا التعديل الإنفرادي بنظره، يعتبر أحد عناصر النظرية العامة للعقود الإدارية التي تميزها عن نظام القانون الخاص، لذلك فإن إشارة العقد إلى سلطة التعديل، لايعني أنه ينشؤها، وإنما هو بذلك يكشفها فقط، وينظم شروط إستخذامها، وما قد يترتب عليها

(1) ــ مجموعة آراء لخصها الدكتور **عمر حلمي** : سلطة الإدارة ... ، المرجع السابق، ص 17 وما بعدها .

(2) ــ تعليق أشار إليه كل من :

ــ **عمر حلمي** : سلطة الإدارة ...، المرجع السابق ، ص

ــ **أحمد عثمان عباد** : المرجع السابق ، ص 195.

من تعويضات(1). فسلطة التعديل أيدها وأكدها القضاء إستنادا منه على مبدأ " تغليب الصالح العام " .

لذلك فالعقود الإدارية ليست مقيدة بطريقة جامدة بالنصوص التعاقدية، وقاعدة " العقد شريعة المتعاقدرين ".

وعموما فالرأي السائد هو الذي يؤكد على أن للإدارة، سلطة التعديل الإنفرادي لعقد الأشغال العامة محل دراستنا وأن هذه السلطة هي سلطة أصيلة(2)، تتمتع فيها الإدارة إستقلالا ودون حاجة لنص قانوني أو أو إتفاقي يقررها، وهي من النظام العام(3)، يقع باطلا كل إتفاق بالتنازل عنها.

وسلطة التعديل وإن كانت تشمل جميع العقود الإدارية، إلا أنها تبدو في أبرز مظاهرها فيما يتعلق بعقد الأشغال العامة(4).

والواقع أن حاجة الإدارة لتعديل عقد الأشغال العامة لاتنقطع، خاصة إذا كان تنفيذه طويل الأمد، أي يستغرق وقتا طويلا، من حيث الزمان، فتجد الإدارة نفسها تحتاج(5) لتعديل الرسومات والتصاميم والشروط الخاصة بالتنفيذ، لأن الإدارة لايمكنها بدعوى الخضوع لمبدأ "القوة الملزمة للعقد " أن تدع المقاول يكمل تنفيذ تنفيذ الأشغال المتعاقد عليها وفقا لشروط لم تعد تتفق والصالح العام(6).

---

(1) - **GEORGES VEDEL** : Droit Administratif , 4emme edition, PARIS, 1968, P 223.
- **JEAN MARY AUBY** ET P/ BON, … Op Cit , P 230 .

ـ وكذلك : **خميس السيد إسماعيل** : المرجع السابق ، ص 83 .

(2) ـ راجع كل من **/عبدالعزيز الفحام**: سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري، رسالة دكتوراه، عين شمس 1975 ، ص 86 .

ـ **محمد سعيداني** : الأسس العامة ... ، المرجع السابق، ص 192.

(3) ـ راجع/ **إبراهيم محمد علي** : المرجع السابق، ص 37.

ـ **حمدي علي عمر** : المرجع السابق، ص 225 .

(4) ـ **حسين درويش عبدالعال** : المرجع السابق، ص 93.

(5) ـ **مصطفى كمال وصفي** : سلطة الإدارة في تعديل شروط العقد الإداري بإراداتها المنفردة، مجلة العلوم الإدارية، السنة 13 العدد الأول، ص 134.

(6) ـ أنظر تقرير [فلام] (موريس أندريه فلام) عن مؤتمر عقود الأشغال العامة، مجلسة العلوم الإدارية ، المرجع السابق،

والواقع أن المشرع يكرس هذا الإتجاه الفقهي الغالب الذي يقرر حق وسلطة الإدارة المتعاقدة في نعديل شروط تنفيذ عقد الأشغال العامة.

وفي هذا الصدد أشار المشرع الجزائري(1) إلى أن تعديلا ما، يمكن أن تحدثه الإدارة في عقد الأشغال العامة سواء بالزيادة أو النقصان في حجم الأشغال، أو إنقاص كمياتها أو حتى تعديل في أهمية الأشغال، وكانت هذه الإشارة في دفتر الشروط عند تناوله أحكام الأسعار. وقد كان المشرع المصري والسوري أكثر صراحة في تقرير سلطة التعديل(2).

ولا يختلف موقف المشرع الفرنسي في ذلك فيما قرره في دفتر الشروط النموذجي في مواده 15، 16 و 17 الذي يسمح للإدارة بالتعديل في حجم الأشغال بالزيادة في حدود 10% أو بالنقصان، ولكن دون أن يحدد نسبة لذلك، كما يجيز لها أن تعدل في أهمية الأشغال(3).

المطلب الثاني
الأساس القانوني لسلطة التعديل، ونطاقه

إذا كان الفقهاء قد إختلفوا حول حق الإدارة في تعديل تنفيذ عقودعا الإدارية بشكل إنفرادي، فإن هذا الإختلاف لايشمل عقد الأشغال العامة، إذ الكل (المنكر لحق التعديل والمؤيد له) يجمع على سلطة وحق الإدارة صاحبة المشروع في تعديل تنفيذ عقد الأشغال العامة، وإن كان لكل منهم الأساس الذي يبني عليه هذا التأييد،أو التقرير، كما يحدد له إطارا يمارس في نطاقه ولايتعداه.

ص 251.

(1) ــ أنظر المواد : 29، 30، 31، دفتر الشروط الإدارية العامة الجزائري 1964.

(2) ــ أنظر التعبير القانوني المصري رقم 89/98 المتعلق بالمناقصات والزيادات السابق الإشارة إليه، المادة 78 " يحق للجهة الإدارية نعديل كميات أو حجم عقودها بالزيادة أو النقصان ... ".

ــ وكذلك المادة 2/17 من القانون السوري رقم 2004/51 السابق الإشارة إليه : "... يحق للجهة الإدارية أن تطلب إجرء أي تعديل ... ".

(3) - **F.LORENS** : Op Cit, P 449.

- **DELAUBADERE** : Op Cit , P349 .

- **JEAN MARY AUBY** ,/ P BON … Op Cit , P 231

الفرع الأول
الأساس القانوني لسلطة التعديل

إذا كان هناك إجماع فقهي حول حق الإدارة في تعديل شروط تنفيذ عقد أشغالها وفق شروط معينة أوفي إطارها، فإن الفقه قد إختلف حول الأساس[1] القانوني الذي تستمد منه الإدارة صاحبة المشروع هذا الحق، هل تتدخل الإدارة لمباشرة هذا التعديل بوصفها سلطة عامة يخولها القانون إستعمال إمتيازات السلطة؟ أم تتدخل باعتبارها مسؤولة على المرافق العامة، وأن ضرورة هذه المرافق هي التي تخولها حق التدخل لتحقيق المصلحة العامة،؟ أم هي المزيج بين أكثر من فكرة؟ وذلك على النحو التالي :

1 ـ أساس التعديل هو فكرة السلطة العامة

يرجع أصحاب هذا الرأي أساس سلطة الإدارة في التعديل الإنفرادي لعقد الأشغال العامة (باعتباره أحد العقود الإدارية) إلى فكرة إمتيازات السلطة العامة، التي تملكها بمقتضى القوانين واللوائح، التي تقرر لها ذلك باعتبارها المكلفة بتحقيق المصالح الجماعية. وفكرة السلطة العامة، معروفة في فقه القانون الإداري، الذي يرى جانبا كبيرا منه أن هذه الفكرة تشكل أساس القانون الإداري، وهي المعيار لتحديد نطاق تطبيقه، وبالتالي إختصاص القاضي الإداري[2].

فالإدارة وفقا لهذا الفريق، حين تقوم بتعديل شروط تنفيذ العقد، فهي لاتباشر حقوقا تعاقدية، وإنما تباشر إمتيازا من إمتيازات السلطة العامة، وتظهر هذه الفكرة

---

(1) ــ **أحمد عثمان عباد** : المرجع السابق، ص 216 وما بعدها.

ــ **عمر حلمي** : سلطة الإدارة ... المرجع السابق ، ص 46 ومابعدها .

(2) ــ **أحمد محيو** : محاضرات في المؤسسات الإدارية، ديوان المطبوعات الجامعية، ط3، 1979، ص 32 وما بعدها.

ــ **محمد فؤاد مهنا** : المرجع السابق ، ص 114 وما بعدها .

ــ **محمد عبد الواحد الجميلي** : ماهية العقد الإداري في ضوء أحكام القضاء الفرنسي والمصري، دار النهضة العربيـــة، 1995، ص 132.

- **GEORGES VEDEL** : Op Cit , P 40 .

بوضوح في نظرية " فعل الأمير"[1]. ولو أن هذا التطبيق الواسع لهذه النظرية منتقد، ونحن نؤيد هذا الإنتقاد للرأي الذي يوسع مفهوم نظرية "فعل الأمير " ليشمل كل تدخلات الإدارة بغض النظر عن الصفة التي تدخلت بها، فيجب حسب رأينا حصر مفهوم النظرية في ممارسة الإدارة لإختصاصاتها الخارجة عن نطاق التزاماتها التعاقدية، بحيث لاتشمل سلطة الإدارة في تعديل العقد بإرادتها المنفردة بشكل مباشر، لأن العنصر الأساسي لنظرية فعل الأمير كما أسلفنا هو أن يصدر التصرف الذي أثر على تنفيذ العقد من السلطة الإدارية بصفة أخرى، لا على أساس أنها السلطة المتعاقدة[2].

إذن فحسب هذا الرأي، فالإدارة تتمتع بامتيازات السلطة العامة، تباشرها أيضا في مجال العقود الإدارية، وأن حقها هذا يمتد ليشمل كافة العقود الإدارية ـــ ردا على من يقصره على عقدي الإلتزام وعقد الأشغال العامة فقط ـــ بل هو حق يعتبره البعض من النظام العام ـــ كما سبق وأشرنا ـــ لاتستطيع الإدارة التنازل عنه.

واستخدام الإدارة له يعتبر إستخداما لحق مقرر لها، باعتبارها سلطة عامة ولا يعد إمتيازا تعاقديا[3].

وبناء على فكرة " السلطة العامة " ينكر البعض الطبيعة التعاقدية على بعض عقود الإدارة، أو على بعض بنودها، على أساس أن العقد يحتوي على نوعين من الشروط، شروط تعاقدية تنصب على الجانب المالي للعقد، والتي يمنع على أي من طرفي العقد الماس بها منفردا، ولو كان سلطة عامة، لأن الحقوق المالية لاتكون محل إمتيازات الإدارة[4].

---

(1) ـــ **ثريا العيوني** : معيار العقد الإداري، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، عين شمس، 1987، ص 392.

(2) ـــ **حمدي علي عمر** : المسؤولية التعاقدية للإدارة، دراسة مقارنة، المجلة القانونية الإقتصادية، العدد 8، 1996، ص 227.

(3) ـــ **كامل ليلة** : التنفيذ المباشر في القانون الإداري .... القاهرة 1962، ص 114.

(4) ـــ أنظر كلا من :

ـــ **مصطفى كمال وصفي**: المرجع السابق، ص 143وما بعدها .

ـــ **توفيق شحاته** : مبادئ القانون الإداري، الجزء الثاني، ص 38 وما بعدها، حيث يرى أن مقاولات (عقود) الأشغال العامة هي أعمال قانونية مركبة، فهي من جانب عقد، ومن جانب آخر هي عمل شرطي، أي عبارة عن نظام للشغل المراد تنفيذه، أو النظام (اللائحة) لا يناقش .

والنوع الثاني من الشروط تشمل تلك الشروط التنظيمية التي تفرضها الإدارة، التي تبرم الإتفاق باسم (الجماعة) لإنشاء مؤسسة.

فالإدارة في عقود الأشغال العامة حين تشق طريقا مثلا أو تبني مدرسة، تعتبر قد أنشأت مؤسسة ذات وضع قانوني دائم، يكون الأفراد في مواجهتها طوال وجودها في أوضاع تنظيمية لائحية(1) .

وهذه الفكر نجد جذورها ، فيما قال به بعض الفقهاء بخصوص الطبيعة القانونية لعقد الإلتزام المرافق العامة الذي يعتبر ذو طبيعة مركبة يحتوي على نوعين من الشروط، شروط تعاقدية مجالها الجوانب المالية التي ليس لها علاقة بتسيير المرفق العام، وهي تهم الطرفين فقط، وشروط تنظيمية لائحية تقوم الإدارة بوضعها وتتعلق أساسا بتسيير وتنظيم المرفق موضوع العقد(2).

2 ـ مقتضيات الصالح العام للعقد هي أساس التعديل

من غير المقبول، ولا المعقول، تقييد الإدارة بعقود لاتتجاوب مع إحتياجات المرافق العامة، هذه هي الفكرة الرئيسية التي يستند إليها الفقهاء الذين إعتمدوا مقتضيات المرفق العام وبالتالي الصالح العام، كأساس لحق التعديل الإنفرادي الممنوح للإدارة المتعاقدة، وفي هذا يقول أحدهم "إنه لايمكن إلزام الإدارة إلى الأبد بمقتضى عقود أصبحت غير مفيدة أو غير مطابقة لحاجات المرافق العامة "(3).

---

(1) ــ **مصطفى كمال وصفي** : المرجع السابق ، ص 161 وما بعدها.

وقد تعرض هذا الرأي المنكر للطبيعة التعاقدية لهذا النوع من عقود الإدارة، لإنتقادات أساسية حسب رأينا، منـــها أن عقود الإدارة، كما يتفق الأغلبية ، هي عقود بمعنى الكلمة مبنية على الرضا وتوافق وتطابق الإرادتين بالعقد الإداري شأن العقد المدني يقوم على فكرة سلطان الإرادة، وإرادة الطرفين تؤدي دورا كاملا، سواء تعلق الأمر بإبرام العقد أو تنفيذه.

ــ راجع تفصيل هذا النقد عند : **عمر حلمي** : سلطة الإدارة ... ، المرجع السابق ، ص 55 وما بعدها .

(2) - **DUGUIT** : Op Cit, P 372.

(3) ــ راجع//**فلام** ، راجع مقالة عن عقد الأشغال العام المذكور بالمرجع السابق، ص 253.

ــ// ــ **خميس السيد إسماعيل** : المرجع السابق ، ص 83.

فالإدارة لايمكن إخضاعها لمبدأ " القوة الملزمة للعقد " في القانون الخاص، بالنسبة لعقودها الإدارية، وفي مقدمتها عقد الأشغال العامة، لأن القول بغير ذلك يعني ترك المقاول المتعاقد مع الإدارة يكمل تنفيذ الأشغال المتعاقد عليها وفقا لشروط لم تعد تتفق والصالح العام(1).

فالإدارة صاحبة المشروع وفقا لهذا الرأي تملك وبشكل إنفرادي سلطة تعديل شروط العقد المتعلقة بسير المرفق بهدف تحقيق الصالح العام، وحتى لو لم تنص على ذلك دفاتر الشروط صراحة، فإنها تتضمنه ضمنيا، لأن العقد الإداري عموما بطبيعته يتضمن ميثاقا للتعاون الإيجابي بين الإدارة وشخص آخر بغية تحقيق المصلحة العامة في صورة معينة [الإنجاز المراد إنشاؤه، طريق أو مستشفى مثلا] عن طريق المرافق العامة التي يجب أن تتكيف وفقا لذلك.

وفكرة الصالح العام، ومقتضيات المرافق العامة، فكرتان متماثلتان، وربما هما بمعنى واحد، وسلطة التعديل نجد أساسها في فكرة تحقيق المصلحة العامة، ومراعاة الظروف المتغيرة التي تتطلبها إحتياجات المرفق العام ووسائل إدارته(2).

وإن كان مصطلح " الأشغال العامة " ليس مرادفا لمصطلح " المرافق العامة "، ولكن إختصاصات الإدارة إزاء الأشغال العامة يعتبر على الدوام، نظيرا لإختصاصاتها فيما يتعلق بالمرافق العامة، ومن ثم فإن حق تعديل شروط عقد الأشغال العامة ينبع من الخصائص الذاتية لهذا العقد ويتعلق بالصالح العام(3).

لذلك فإن خضوع المقاول في عقد الأشغال العامة لإمتيازات الإدارة، إنما لأنه يعتبر نفسه معاونا لها في تسيير مرفق عام، وهو يعلم أن الإتفاق الذي أبرمه معها لايمنعها مستقبلا من إتخاذ الإجراءات التي تراها ضرورية لرعاية المصلحة العامة.

---

(1) ــ **عمر حلمي** : سلطة الإدارة .... ، المرجع السابق ، ص 57.

(2) ــ **أحمد عثمان عياد** : المرجع السابق ، ص 219.

(3) ــ تقرير [**فلام**] (**موريس أندريه فلام**) : المرجع السابق، ص 253.

ــ **عيسى عبدالقادر الحسني** : المرجع السابق ، ص 304 .

كما أن الإدارة وهي تبرم إتفاقا مع المقاول، فهي لاتنوي بذلك أن تتنازل عن إختصاصاتها التي تستمدها من القانون العام، والتي تستهدف مطابقة المرافق العامة لأغراضها، فتعاونها مع الخواص (المقاول) لايقيد إختصاصاتها، وعليه فنية الطرفين متجهة مسبقا نحو إمكانية التعديل، فإن حدث وتدخلت الإدارة بالتعديل، فهي تتدخل وفقا لشروط العقد ولا تخالف نصوصه، لأن نية الطرفين قد إنصرفت عند إبرام العقد إلى ضرورة الوفاء بحاجات المرفق وتحقيق المصلحة العامة(1).

ومن جانبنا فإننا نرى بأن سلطة أو حق التعديل الإنفرادي لشروط تنفيذ عقد الأشغال العامة، ليست مبنية على فكرة واحدة كأساس بالشكل الذي يصوره البعض. بل هي مبنية على عدة أفكار مرتبطة ببعضها البعض، ولايمكن الفصل بينها ولاتصلح أي منها منفردة للإعتماد عليها كأساس.

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

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

والمصلحة العامة والمرفق العام فكرتان متلازمتان ، لأنه من الناحية العملية ليس هناك فرق بين التعريف الموضوعي للمرفق العام وفكرة النفع العام، باعتبار أن المرفق هو نشاط يهدف لتحقيق نفع عام، وحيثما وجدت المصلحة العامة، أمكن إستخدام السلطة العامة.

فسلطة تعديل شروط تنفيذ عقد الأشغال العامة مستمدة إذن 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 مقاول يرتبط مع الإدارة لإنجاز

(1) ــ **سمير صادق** : العقد الإداري ، المرجع السابق ، ص 180.

أشغال عامة، أن للإدارة سلطة تعديل شروط تنفيذ العقد دون أن يبحث على أساس ذلك، إذ أصبح ذلك من المسلمات لديه.

لهذا، فقد أصاب في رأينا من ذهب إلى إعتبار " سلطة التعديل الإنفرادي " من النظام العام،، لايجوز للإدارة التنازل عنه، لأن من شأن ذلك الإهدار، أو التفريط في المصلحة العامة التي هي مناط كل تصرفات الإدارة.

الفرع الثاني
نطاق سلطة التعديل

إذا كان الإتجاه الراجح هو ذلك المؤيد لسلطة التعديل سواء من الفقه أو التشريع الذي يعترف للإدارة بسلطة التعديل الانفرادي لشروط العقد التنظيمية(1). وذلك بغض النظر عن الاختلاف في الأساس الذي يعيد إليه كل طرف هذا الحق، والذي قلنا بأنه أساس متعدد الجوانب بحيث يضم كل تلك الأفكار (فكرة المرفق العام، المصلحة العامة والسلطة العامة) لأنها في النهاية كلها مرتبطة ببعضها، ولايمكن إهمال إحداها بمعزل عن الباقي...

فإذا كان الراجح هو حق التعديل للإدارة فإن الإجماع أيضا معقود على ان سلطة التعديـــل هذه لا يمكن أن تتجاهل حقوق ومصالح المقاول المتعاقد مع الإدارة. لذلك فلابد من حدود تضبطها، إذ لايعقل أن تكون سلطة محررة من كل قيد(2). وقد تكون هذه الحدود مقررة بنصوص أو حدود درج القضاء الإداري على تكريسها لأنها تستند على مبادئ أساسيـــة

1 ـ حدود التعديل المقرر بنص

(1) ــ **أحمد محيو** : المرجع السابق ، ص 385.

(2) - **JEAN MARY AUBY et P. BON** , … Op Cit , P 231

قد يكون ما يحدد نطاق سلطة التعديل الانفرادي لشروط تنفيذ عقد الأشغال العامة، هو نصوص العقد ذاته، بمعنى أن سلطة التعديل تحدها قيود إتفاقية(1) بين المتعاقدين، ينبغي على الإدارة صاحبة المشروع الإلتزام بها وكل تجاوز لها يعتبر تعسفا من طرفها يولد للمقاول الحق في طلب الفسخ الفورى للعقد، أو الحق في المطالبة بالتعويض. فكراسات الشروط الإدارية العامة غالبا ما تنص على نسبة معينة من قيمة الصفقة التي يمكن أن يطالها تعديل الإدارة، مما يعنى أن كل تجاوز لهذه النسبة المنصوص عليها والمنفق عليها بين الطرفين يعتبر تعديا لحدود سلطة التعديل، تتحمل الإدارة المتعاقدة مسئوليته.

وهذا حال دفتر الشروط الإدارية العامة الجزائري الذي ينص على " في حالة إجراء الإضافة على جملة الأشغال، فلا يجوز للمقاول رفع أية مطالبة، ومادامت الإضافة المقررة بحسب الأسعار الابتدائية لاتتجاوز العشرين بالمائة من مبلغ المقاولة، وإذا تجاوزت الإضافة هذه النسبة المئوية، حق له فسخ صفقته فورا دون تعويض... "(2).

فقد حدد المشرع الجزائري إذا حدود سلطة التعديل الذي تملكه الإدارة صاحبة المشروع بنسبة 20% من قيمة العقد، إذ في حدود هذه النسبة يكون للإدارة حق إدخال تعديلات على تنفيذ العقد بالزيادة في حجم الأشغال، ولا يملك المقاول المطالبة بأي تعويض.

وإن تجاوزت الإدارة هذه النسبة تكون قد خرقت نطاق سلطة التعديل بما يفتح الباب أمام المقاول للدفاع عن مصالحه وذلك بطلب الفسخ الفوري للصفقة، ودون أن يكون مطالبا بأي تعويض. مادام قد التزم باتباع الإجراءات التي حددها المشرع المتمثلة في " إخبار المهندس الرئيسي بكتاب خلال شهرين"(3). والمقصود بالمهندس الرئيسي هنا

(1) - **DELAUBADERE** : Op Cit , P305 .

ـــ راجع أيضا : **فلام** : مجلة العلوم الإدارية، المرجع السابق ، ص 254.

(2) ـــ أنظر دفتر الشروط الإدارية العامة الجزائري، المادة 30 منه.

(3) ـــ أنظر المادة 30 الفقرة 1 من دفتر الشروط الإدارية العامة الجزائري.

هي الجهة المكلفة من قبل الإدارة صاحبة المشروع، بمراقبة ومتابعة الأشغال والذي تدعى (صاحبة الأشغال).

وتتسع حدود سلطة التعديل الممنوحة للإدارة فيما إذا كانت الأشغال موضوع العقد تتمثل في أعمال الصيانة والإصلاح حسب تعبير المشرع الجزائري، الذي يرفع نسبة قيمة الصفقة المسموح للإدارة المتعاقدة التعديل في إطارها إلى 50%[1] هذه الحدود إذا كان التعديل يتعلق بالزيادة في الأشغال أي الأمر بزيادة حجم الأشغال عما هو منصوص عليه في العقد.

وفي حال كان التعديل الذي أجرته الإدارة هو بالنقص في حجم الأشغال، فإن النسبة المسموح بها والتي تعتبر حدودا للإدارة لا يجوز تعديها هي بذات نسبة التعديل بالزيادة وهي 20% وإن كان الأمر متعلق بأشغال الصيانة والإصلاح، فالنسبة قدرها المشرع بـــ 35% ، أي أقل من تلك التي حددها فيما لو كان التعديل بالزيادة في حجم الأشغال.

وعن أثر تجاوز الإدارة لحدود التعديل في الحالتين، يبقى أن للمقاول الحق في طلب الفسخ الفورى للعقد وفقا للاجراءات التي حددها المشرع.

كما أن للمقاول الحق في طلب التعويض عند الانتهاء من الأشغال وذلك عن الضرر الذي يكون قد لحقه جراء التعديل، ويكون التعويض هنا عما فاته من كسب نتيجة إنقاص الأشغال. وتحدد قيمة التعويض بالتراضى أو عن طريق القاضى الإداري[2].

أما إذا كان التعديل الذي تجريه الإدارة في تنفيذ عقد الأشغال العامة، يتعلق بأهمية الأشغال[3] سواء كان ذلك بالزيادة أو النقصان في أهميتها فإن حدود سلطة التعديل الممنوحة للإدارة المتعاقدة، صاحبة الأشغال تتغير.

---

(1) ـــ أنظر المادة 30 الفقرة 2 من دفتر الشروط الإدارية العامة الجزائري.

(2) ـــ أنظر المادة 31 من دفتر الشروط الإدارية العامة الجزائري، التي تتناول النقص من جملة الأشغال .

(3) ـــ أنظر المادة 32 من دفتر الشروط الإدارية العامة الجزائري، التي تتناول التغيير الحاصل في أهمية الأشغال .

ـــ أيضا : **أنس جعفر** : العقود الإدارية، المرجع السابق ، ص 224 .

فقد قيدها المشرع الجزائري بنسبة 35% من قيمة الصفقة أي تعديل فى أهمية الأشغال سواء بالزيادة فيها أو بإنقاصها بما لا يتجاوز هذه النسبة، وإن حدث وأجرت الإدارة تغييرا في أهمية الأشغال بما يفوق هذه النسبة، فإن المقاول له حق المطالبة بالتعويض عند إنتهاء الأشغال.

ولايشير دفتر الشروط الإدارية هنا إلى الحق في طلب الفسخ لأن التعديل لم يشمل مقدار الأشغال لازيادة ولانقصان وإنما مس أهمية الأشغال، فرفع فيها أو جعلها أقل شأنا، وبالتالي لاعلاقة لذلك بإمكانيات المقاول، وعليه يبقى الحديث عن التعويض فقط.

2 ـ الحدود القضائية لسلطة التعديل

إذا لم يتضمن عقد الأشغال العامة حدود تبين نطاق سلطة التعديل الإنفرادي فإن القضاء الإداري الفرنسي استقر على أفكار تبناها كضوابط لسلطة الإدارة في التعديل، ولذلك سماها البعض بالحدود الفضائية(1).

ومن هذه الضوابط عدم تغيير موضوع العقد الأصلي، بمعنى أن التعديل يجب ألا يصل إلى درجة الخروج عن حدود الأعمال الأصلية المتفق عليها في عقد الأشغال.

وفي هذا الإطار يستعمل مجلس الدولة الفرنسي فكرتين أولاهما هي عدم قلب إقتصاديات العقد وتغيير جوهره(2).

والثانية هي عدم إضافة أعمال جديدة، تعتبر غريبة عن العقد الأصلي بحيث لاتربطها بها صلة(3).

---

(1) ــ **عيسى عبد القادر الحسن** : المرجع السابق ، ص 309 .

- **DELAUBADERE** : Op Cit , P 304 .

(2) - **GEORGES VIDEL** : Op Cit , P 224 .

(3) ــ أنظر كلا من :

ــ **مصطفى كمال وصفي** : المرجع السابق ، ص 152.

ــ **سليمان محمد الطماوي** : الأسس العامة ...، المرجع السابق ، ص 443.

وبعبارة أخرى يجب ألا يصل التعديل إلى حد تغيير جوهر العقد، وطبيعة الأشغال لما في ذلك من مساس بالمصالح الشخصية للمقاول، الذي تعاقد بناء على معطيات لديه، أقام عليها تقدير إمكانياته الفنية والمالية، وما يتطلبه تنفيذ الأشغال المتفق عليها.

فمن غير المعقول أي تلزم الإدارة صاحبة الأشغال المقاول المتعاقد معها، يتنفيذ تعديلات لاتتفق مع تقديراته، التي بنى عليها تعاقده، والتي من شأنها قلب العقد وجوهره بالنسبة إليه.

فمجلس الدولة الفرنسي استخدم مصطلحات في قراراته للدلالة على ضوابط وقيود تحدد نطاق سلطة التعديل الانفرادي لعقد الأشغال العامة التي منها :

ـــ فكرة "عدم قلب اقتصاديات 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(1)، حيث بين بأن الحدود التي يمكن أن تسجلها سلطة التعديل يجب ألا تتعدى 25% من قمية الصفقة، وإلا ففي حال تجاوز الإدارة صاحبة الأشغال ذلك فإنه يحق للمقاول طلب التعويض، دون فسخ العقد.

وبمفهوم المخالفة، إذا كانت نسبة التعديل في حدود 25% فإن المقاول ليس له المطالبة بأي تعويض، لأن ذلك يعتبر من المسائل المألوفة في مثل هكذا عقود.

وهو ذات الموقف الذي تبناه المشرع الجزائري في المادة 30 من دفتر الشروط الإدارية العامة السابق الإشارة إليها، حيث بفهم من النص أن أمر الإدارة بالزيادة في حجم الأشغال إذا كان يساوي أو أقل من 20% من قيمة الصفقة، فإن المقاول يلتزم به، ولايكون له الحق في طلب التعويض، أي مقابل الأشغال التي أنجزها بموجب أمر التعديل " في حال إجراء الإضافة على جملة الأشغال فلا يجوز للمقاول رفع أية مطالب ما دامت لاتتجاوز 20% ... ".

(1) ـــ أنظر المواد 15 - 16 من دفتر الشروط النموذجي الفرنسي 1976 .

غير أننا لانوافق ما ذهب إليه المشرع في كل من فرنسا والجزائر، لأن من شأن ذلك أن يرفع أسعار صفقات الأشغال العامة، لأن المقاول سيضع في حسبانه إمكانية التعديل بالزيادة بنسبة 20 إلى 25% التي يلتزم بها دون تعويض.

إذن بموجب فكرة، عدم قلب إقتصاديات العقد، يجب ألا تتجاوز تعديلات الإدارة المتعاقدة، مستوى يجعل المقاول كأنه أمام عقد جديد، ربما ما كان ليقبل إبرامه لو عرض عليه قبل التعاقد.

كذلك من الأفكار التي إعتمدها القاضي الإداري الفرنسي، كضابط لسلطة الإدارة المتعاقدة في التعديل الإنفرادي، فكرة " الأشغال الجديدة "(1).

ويقصد "بالأشغال الجديدة " تلك الأعمال التي تعتبر غريبة عن موضوع الصـــفقة أو العقد الأصلي، كأن تأمر الإدارة المقاول المتعاقد على أعمال الصيانة بأن ينشأ أو ينجز أعمالا ومنشآت جديدة إبتداء(2).

فلا ينعت ولا يوصف كل شغل غير منصوص عليه في العقد، بأنه من الأشغال الجديدة وإنما المقصود بالعمل الأجنبي عن العقد، هو الغريب في موضوعه عن موضوع الأشغال محل العقد، بحيث لاتربطه بالعقد صلة، أو هو الذي يحتاج في تنفيذه لأوضاع تختلف كلية عن تلك الأوضاع المنصوص عليها في العقد(3).

وبهذا المعنى، فإن فكرة الأشغال الجديدة، تختلف عن أفكار أخرى تستعمل فيها تعابير قريبة أو متشابهة، وتستعمل ايضا في مجال تنفيذ عقد الأشغال العامة، ونقصد بذلك " الأعمال الغير متوقعة "و " الأعمال الإضافية ".

فالأعمال الغير متوقعة، تستعمل للتعبير عن الأشغال الغير منصوص عليها في العقد، وتطلب الإدارة من المقاول القيام بإنجازها، وتدفع له مقابل ذلك.

---

(1) - **DELAUBADERE** : Op Cit , P 304 .

ـــ **أحمد عثمان عباد** : المرجع السابق ، ص 347.

(2) - **JEAN MARY AUBY et P. BON** : Op Cit , P 231 .

ـــ **سليمان محمد الطماوي** : الأسس العامة ... ، المرجع السابق ، ص 444.

(3) - **GEORGES VIDEL** : Op Cit , P 224 .

أما الأعمال الإضافية فهي الأشغال التي لم ينص عليها العقد، ولكن قائمة الأسعار توقعتها وحددت لها أسعارا، كأن يتعاقد المقاول مع الإدارة لإقامة جسر لمسافة محددة، فتأمره الإدارة صاحبة المشروع بتمديده لمسافة أخرى إضافية أطول من تلك المنصوص عليها في العقد.

فهنا فإن سعر المتر الواحد من الأشغال متفق عليه ومحدد في العقد،. وتظهر أهمية التمييز(1) بين " الأشغال الجديدة " من جهة " والأشغال الإضافية " أو " الأشغال غير المتوقعة " من جهة أخرى في تحديده مدى سلطة الإدارة المتعاقدة، إذ لايجوز لها أن تفرض على المقاول إنجاز النوع الأول أي " الأشغال الجديدة " بمقتضى ما تملكه من سلطة التعديل الإنفرادي، نظرا لما يترتب عليه من إرهاق للمقاول المتعاقد، الذي قد لايتوفر على الإمكانيات الفنية والإقتصادية لإنجازها.

أما أهمية التمييز بين " الأشغال الإضافية " من جهة " و " الأشغال الغير متوقعة " من جهة أخرى، فتظهر في إختلاف كيفية تحديد الثمن بالنسبة لكل منهما. إذ أن تقدير ثمن " الأشغال الغير متوقعة " إستقلالا عن الثمن المتفق عليه في العقد في حين يقدر ثمن " الأشغال الإضافية " على أساس السعر المتفق عليه في العقد، حيث يكون مذكورا في قائمة الأسعار التي تتضمنها الصفقة كما أسلفنا(2).

ولايوجد هناك معيار للمتييز بين تصنيف الأشغال وتحديد طبيعتها، متى تكون من قبيل الأشغال الغير متوقعة، متى تكون أشغال إضافية ؟.

لذلك فإن الأمر متروك للسلطة التقديرية للقاضي الإداري، الذي يقرر ما إذا كانت الأشغال التي أمرت بها الإدارة تدخل ضمن هذا التصنيف أو ذلك(3).

---

(1) - **DELAUBADERE** : Op Cit , P 304 .

راجع في التمييز بين هذه المصطلحات والتعبير كل من :

ـــ **عيسى عبد القادر الحسن** : المرجع السابق ، ص 314.

ـــ **سلمان محمد الطماوي** : المرجع السابق ، ص 346 .

(2) - **DELAUBADERE** : Op Cit , P 306 .

(3) ـــ **عيسى عبد القادر الحسن** : المرجع السابق ، ص 314.

وعموما فإن سلطة التعديل وفي إطار تلك الحدود بنوعيها لايمكن أن يتم إلا وفق شروط محددة وفي صورة معينة.

الفرع الثالث
صور التعديل وشروطه

إذا كانت عقود الإدارة عموما، ومنها عقد الأشغال العامة، تتضمن ميثاقا للتعاون، بينها وبين أحد الأشخاص بغية تحقيق الصالح العام، فهناك شرط ضمني في هذا الميثاق يجعل تحقيق المصلحة العامة خاضعا لمقتضيات المصلحة الخاصة "(1).

فإذا كانت المصلحة العامة الجماعية تتغلب على المصلحة الفردية للمتعاقد مع الإدارة، فذلك لايعني التغاضي نهائيا عن حسن معاملة المقاول المتعاقد، وإلا لما وجدت الإدارة من يتعاقد معها ويعاونها في تسيير مرافقها.

لذلك وجب أن يكون هذا التغليب محكوما بضوابط تمنع التعسف ومخالفة القانون.

1 ـ شـــروط التعديـــل

تتمثل الضوابط المقررة، في شروط إستلزم الفقه والقضاء توفرها في كل تدخل من الإدارة بالتعديل حتى يكون مشروعا.

ويمكن إجمال هذه الشروط في :

1 ــ أن تستجد ظروف تستدعي التعديل.
2 ــ أن يقتصر التعديل فقط على شروط العقد المتصلة بالمرفق العام.
3 ــ أن يتم التعديل في إطار إحترام القواعد العامة للمشروعية .

(1) ــ راجع : **فلام** : المرجع السابق ، ص 251.

أ - وجوب ظهور ظروف جديدة : فحتى تستطيع الإدارة تعديل شروط تنفيذ العقد، فيذهب الرأي الغالب فقها وقضاءا سواء في فرنسا أو في البلاد العربية إلى أنه يجب أن تكون الظروف قد تغيرت عما كانت عليه وقت إبرام الصفقة(1). بحيث تصبح غير ملائمة لحسبن سير المرفق العام، وبالتالي لايتحقق الهدف المرجو منه، لأن ظهور ظروف جديدة، يؤدي إلى عدم تحقيق المصلحة العامة إذا تم التنفيذ كما هو منصوص عليه في الصفقة.

وتغير الظروف هو شرط لإقرار التعديل الإنفرادي، وليس أساس له، لأن هذا الأخير يبقى من مقتضيات المصلحة العامة أو المرفق العام، باعتبار أن الفكرتين متلازمتين، وأن من أهم مبادئ المرفق العام قابليته للتغيير والتعديل وفقا للمستجدات(2). فلا يسمح للإدارة بإجراء تعديل على شروط العقد، إلا إذا إستجدت ظروف بعد إبرام العقد تبرر هذا التعديل(3).

ونحن نرى بأن إشتراط حصول التغيير في ظروف التعاقد هو شرط منطقي، لجعل التعديل مشروعا، وهو يجنب " الإرتجال " في التعاقد من جانب الإدارة، حتى وإن كان هذا ربما قليل الحدوث في عقد الأشغال العامة، حيث يسبق إبرام العقد المرور بإجراءات منها إجراء الدراسات، وبحث الجدوى وغيرها.

ورغم ذلك فيبقى هذا الشرط بجعل الإدرة أكثر حرصا على دراسة جميع الإحتمالات بدقة قبل إبرام العقد حتى تتأكد من سلامة وموضوعية شروط التنفيذ التي تضمنها العقد.

---

(1) ــ راجع كل من / **إبراهيم محمد علي** : المرجع السابق ، ص 48.

ــ //**أحمد عثمان عباد** : المرجع السابق ، ص 242.

(2) ــ **أنس جعفر** : العقود الإدارية... ، المرجع السابق ، ص 222.

(3) ــ **سليمان محمد الطماوي** : الأسس العامة... ، المرجع السابق ، ص 421.

والقول بغير هذا يعطي الفرصة للإدارة المتعاقدة للتخلي عن مسؤولياتها، والتهرب من إلتزاماتها، فلا تدقق في وضع شروط التنفيذ، ثم تعمل على تغييرها فيما بعد كلما عن لها ذلك.

ب ـ ضرورة أن يقتصر التعديل على شروط العقد المتصل بالمرفق العام فقط[1] : وهو أمر متفق عليه، فلا يطال التعديل جميع جوانب العقد، وإنما يقتصر فقط على ماتعلق بشروط تسيير المرفق العام، وهذا نتيجة منطقية لعلاقة العقد بالمرفق، فالعقد هو " نظام " للأشغال العامة، أي أنه أسلوب من أساليب تسييره في بعض نواحيه [الإنجاز والصيانة والإصلاح] ومقتضيات المرفق هي أساس التعديل كما أسلفنا.

وقد أكد القضاء الإداري، أن سلطة التعديل ليست مطلقة، وإنها لاتطبق بدرجة واحدة على كل جميع العقود، بل هي تضيق وتتسع بحسب مساهمة المتعاقد مع الإدارة في تسيير المرفق، وهي تبدو بشكل أكبر في عقدي الإلتزام، والأشغال العامة وتضيق بشكل لافت في عقود التوريد[2].

لهذا السبب يجب أن يقتصر الحق في التعديل على شروط العقد المتصلة بالمرفق العام، أي تلك المتعلقة بتنظيم إحتياجاته، كطرق العمل بالمرفق مثلا، وأسلوب تنفيذ الأشغال، والجداول الزمنية للتنفيذ... إلخ. أما الشروط المتعلقة بالجانب المالي التي تمثل مصالح المقاول، وكانت محل تفاوض بينه وبين الإدارة صاحبة المشروع وهي شروط تمثل المزايا والضمانات المالية له، وهي التي دفعته إلى إبرام الصفقة، ثم إنها شروط أجنبية عن فكرة التسيير، فلا يجوز المساس بها وإلا كان ذلك تصرفا من قبل الإدارة، مخالفا للقانون[3].

---

(1) ــ **أحمد محيو** : محاضرات في ... ، المرجع السابق ، ص 385.

ــ **محمد فؤاد مهنا** : المرجع السابق ، ص 811 .

ــ **أنس جعفر** : العقود الإدارية... ، المرجع السابق ، ص 224.

(2) ــ **سليمان محمد الطماوي** : الأسس العامة ... ، المرجع السابق ، ص 424.

(3) - **JEAN MARY AUBY et P. BON** : Op Cit , P 231 .

ــ راجع أيضا : **رياض عبد عيسى** : المرجع السابق ، ص 230.

ونحن نعتقد بأن هذا الشرط، وجيه وفي محله، بعدم السماح للإدارة المساس بالمزايا المالية المنصوص عليها في العقد، لمصلحة المتعاقد(1). وذلك بالرغم مما يراه البعض من وجود صعوبة وإبهام في التمييز بين نوعي شروط العقد، تلك المتصلة، بتسيير المرفق، والشروط المتعلقة بالجانب المالي له.

ويتشدد البعض في القبول بسلطة التعديل الإنفرادي لشروط العقد، فنقول بأن سلطة التعديل، لاتتوقف عند الشروط المالية فقط، بل المنع يسري على كل ما يتعلق بالمركز الذاتي للمقاول الذي ينشؤه العقد، سواء أكانت مالية أو غير مالية(2)، فهي تشمل كافة الشروط التي يظهر فيها سلطان الإرادة، كما إذا ورد شرط في العقد يعفي المقاول من تحمل مسؤولية ما، مثلا، أو لإتفاق على تحكيم جهة معينة في حالة حدوث نزاع معين، فمثلا هذه الشروط، بحسب أصحاب الرأي، رغم أنها لاتتعلق بالجانب المالي للعقد، فهي لاتخضع للتعديل الإنفرادي للإدارة.

إلا أننا لانتفق مع هذا الرأي لسبب بسيط، وهو أن القول به ينفي توفر عنصر الرضائية في عقد الأشغال العامة، وهو مالانتفق معه، ثم أن هذه الأمثلة تتعلق بالشروط المالية، ونرى بأن سلطة إقتصار سلطة التعديل على الشروط المتعلقة بتسيير المرفق العام أساسا لإقرار سلطة التعديل، فالشروط التي لاتؤثر في هذه المقتضيات لايمكن إلا أن تكون مبعدة وخارج نطاق التعديل .

ج - وجوب إحترام قواعد الشرعية(3): تمارس الإدارة المتعاقدة التعديل الإنفرادي عن طريق تصرف قانوني، تتمثل في إصدار أمر إداري إلى المقاول. تتضمن موضوع واجراءات التعديل الذي قررته.

(1) ــ **أحمد محيو** : محاضرات في المؤسسات... ، المرجع السابق ، ص 385.
(2) ــ **رياض عبد عيسى** : المرجع السابق ، ص 232.
(3) ــ **حمدي علي عمر** : المرجع السابق ، ص 231.

ولما كان هذا الأمر في نظرنا تصرفا قانونيا، القصد منه إحداث أثر هو إدخال تغير على شروط تنفيذ عقد الأشغال العامة، فينبغى أن يصدر وفق متطلبات وفي حدود مبـــــدأ "المشوعية الشكلية والموضوعية.

فلابد أن يصدر من السلطة المختصة والمخولة قانونا بإصداره(1)، وطبقا للأشكال والاجراءات التي تحددها القوانين واللوائح التي تحكم تصرفات الإدارة العامة عموما. ويجب أن يكون الهدف منها تحقيق الصالح العام، وهو القيد الذي يطبع كافة تصرفات الإدارة، وإلا أعتبر تصرفها، إنحرافا في إستعمال السلطة.

ويضيف بعض الفقهاء شرطا للتعديل، يتمثل في وجوب إفصاح الإدارة عن إرادتها الصريحة في تعديل العقد(2).

كما يشترط البعض من أجل سلامة إجراء التعديل أن يصدر من السلطة المختصة قانونا. غير أن هذين الشرطين، هما من قبيل التفصيل فقط لشرط أهم ذكرناه وهو وجوب إتمام عملية التعديل في إطار إحترام قواعد المشروعية بشكل عام.

والأوامر المصلحية كما أسلفنا يشترط فيها أن تصدر مكتوبة وبالتالي فهي صريحة ولاتكون صحيحة إلا إذا أصدرت من جهة مختصة.

2 ـ صـــور التعديـــل

ينصب التعديل الانفرادي من قبل الإدارة المتعاقدة على شروط تنفيذ عقد الأشغال العامة، وفي النطاق السابق، غالبا ما يرد على الجوانب التالية:

1ــ التعديل في مقدار التزامات المقاول.
2ــ التعديل في وسائل وطرق التنفيذ.
3ــ التعديل في مدة التنفيذ.

(1) ــ **سمير صادق** : العقد الإداري ... ، المرجع السابق ، ص 121.
(2) ــ **إبراهيم محمد علي** : المرجع السابق ، ص 52.

أ - 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.

وقد يظهر تنفيذ الأشغال أن الإدارة قد أدرجت في المشروع بعضا من الأجزاء أو الأشغال التي لايحتاج إليها المشروع أو التي تؤثر سلبا على هدف المشروع فتقرر إسقاطها منه، وبالتالي ينقص حجم الأشغال المطلوب تنفيذها من قبل المقاول عن تلك المتفق عليها في العقد، ففي كلا الحالتين تستطيع الإدارة صاحبة المشروع أن تدخل التعديل المناسب على كمية ومقدار الأشغال موضوع العقد.

مع التأكيد على أن التعديل يتعلق بكمية وحجم الأشغال ولا يتعلق بنوعها. فإذا كان التعديل بالزيادة في مقدار الأشغال فإنها يجب أن تكون من ذات طبيعة الأشغال المنصوص عليها في الصفقة.

وهذا الحق ثابت للإدارة في جميع عقودها الإدارية بما فيها عقد الأشغال العامة بحسب ما يجمع عليه غالبية الفقهاء(1) حيث لها أن تزيد أو تنقص من كمية الأشغال المعهود بها للمقاول الذي يلتزم بالإمتثال للإدارة صاحب المشروع التي لها أن تزيد أو تنقص من الأعباء الملقاة على عاتق المقاول(2).

وغالبا ما تتضمن النصوص هذا الحق وتشير إليه بشكل صريح، كما هو حال المشرع الجزائري الذي ينص في دفتر الشروط الإدارية العامة(3) " في حالة إجراء إضافة على جملة الأشغال فلا يجوز للمقاول رفع أية مطالب ... " . وهو نص سبق الإشارة إليه.

(1) ــ **أحمد عثمان عباد** : المرجع السابق ، ص 333.

(2) ــ **محمود حلمي** : السلطة الإدارية ...، المرجع السابق ، ص 64.

ــ حكم مجلس الدولة الفرنسي في 1934/10/19 الذي أورده **سليمان محمد الطماوي** : الأسس العامة ...، المرجع السابق، ص 426 .

(3) ــ أنظر المواد 1/30 ، 1/31 من دفتر الشروط العامة الإدارية الجزائري.

كما نص على "وفي حالة إجراء نقص في جملة الأشغال ... ". ونجد ذات الحكم عند المشرع المصري[1] في القانون المنظم للمناقصات والمزايدات.

وإن كنا نرى بأن نص المشرع على هذا إنما يعتبر من قبيل التأكيد على هذه السلطة أو الحق ،لاغير، فحتى بدون وجود مثل هذا الموقف من المشرع، فتبقى الإدارة تمتلك القيام به نظرا للأساس الذي يبنى عليه كما أسلفنا.

ب - أما عن أوضاع ووسائل التنفيذ فهناك أسباب عديدة قد تستدعى تعديلها، كحدوث صعوبات مادية، أو ظروف فنية مستجدة أو غيرها[2].

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

فإذا إتضح بعد مباشرة الأشغال وتنفيذ المشروع بأن الموقع غير صالح لإقامته ــ وإن كان هذا قليل الحدوث ــ أمر المهندس أو الجهة المكلفة بمتابعة من قبل صاحب المشروع، بعد أخذ رأي هذا الأخير بتغيره.

أو إذا وجد أن سلامة الأشغال وتنفيذها على الوجه الأفضل، يتطلب تغيير طريقة التنفيذ المنصوص عليها في العقد، فإن له أن يأمر باتباع الوسيلة أو الطريقة التي يراها الأصلح.

وعموما فإن تعديل طريقه أو أسلوب التنفيذ، تمليه في غالب الأحيان مواجهة الظروف المستجدة بالنسبة لجميع جوانب التنفيذ، كظهور مادة جديدة مثلا تستعمل في ذات الأشغال موضوع العقد، أو اكتشاف طريقة علمية جديدة ووسائل حديثة أكثر تطورا، أو أقل ضررا من تلك المستعملة ... إلى غير ذلك[3].

---

(1) ــ أنظر المادة 82 من القانون 98 لسنة 1989 المصري السابق الإشارة إليه .

(2) ــ **إبراهيم محمد علي** : المرجع السابق ، ص 58 وما بعدها.

(3) ــ راجع في تعديل أوضاع ووسائل التنفيذ كل من :

ج - وعن التعديل في مدة التنفيذ، وربما أكثر صور التعديل ممارسة من قبل الإدارة إذ كثيرا ما تتدخل الإدارة صاحبة المشروع بتقصير مدة التنفيذ خاصة، أو تمديدها، أو حتى بإنهائها وذلك بفسخ العقد دون خطأ من المقاول.

فمقتضيات المرفق العام والمصلحة العامة، وهي أساس سلطة التعديل، قد تفرض إدخال تعديلات على تنفيذ العقد في زمانه، والتي قد تصل إلى الإلغاء التام للمشروع وبالتالي إنهاء العقد (خاصة في عقود الالتزام) أي تقوم الإدارة "باسترداد المرفق العام" وما يحدث غالبا في عقد الأشغال العامة، وتحت ضغط حسن سير المرفق العام، تأمر الإدارة بتسريع وتيرة الإنجاز وتقصير آجاله، لذلك تعتبر مدة تنفيذ العقد أحد العناصر الأساسية التي تمارس الإدارة بشأنها سلطة تقديرية واسعة لذلك يعتبر مندوب الإدارة والمكلف من قبلها بمراقبة ومتابعة الأشغال، هو الموجه الحقيقي، والمدير الفعلي للعمل، أما المقاول فهو مجرد منفذ لتعليماته، ويأخذ حكم عمال الإدارة الذين يخضعون لتعليماتها ويلتزمون بتوجيهاتها(1).

وفي هذا ينص المشرع الجزائري على"... فيجب على المقاول مباشرة الأشغال في الآجال المحددة في أوامر المصلحة الصادرة عن مهندس الدائرة أو المهندس المعماري...."(2).

والواقع أن الإدارات المتعاقدة" المتعامل العمومي" كما يطلق عليها المشرع الجزائري ـــ كما أسلفنا ـــ كثيرا ما تشكو من التأخر في إنجاز المشاريع العامة، مما يؤثر سلبا على وتيرة النمو بشكل عام وعلى تكاليف الإنجاز والخزينة العمومية بشكل خاص.

ـــ **رياض عبد عيسى** : المرجع السابق ، ص 208.

ـــ **مصطفى كمال وصفي** : المرجع السابق ، ص 161 .

ـــ **عمر حلمي** : سلطة الإدارة ... ، المرجع السابق، ص 66 .

(1) ـــ **عمر حلمي** : سلطة الإدارة ...، المرجع السابق ، ص 68.

(2) ـــ أنظر لمادة 1/12 من دفتر الشروط الإدارية العامة الجزائري.

وأخيرا فإن ممارسة الإدارة صاحبة المشروع لسلطة التعديل، هو حق مسلم به سواء تعلق الأمر بحجم ومقدار الأشغال، أو بوسائل وأوضاع التنفيذ أوبالنسبة لتعديل آجال ومدة التنفيذ والإنجاز.

ولكن ينبغى أن يتم ذلك في نطاق محدد، هو عدم تغيير طبيعة العقد، و ألا يؤدي إلى إرهاق المقاول وعجزه عن الإستمرار في الإنجاز تنيجة تجاوز التعديل لتقديراته وامكانياته الفنية والاقتصادية التي على أساسها قبل إبرام الصفقة مع الإدارة، وذلك نتيجة قلب التعديل للاوضاع الاقتصادية للعقد.

لأن عبارة التعديل رغم عموميتها يجب أن تفسر في نطاق محل العقد، فيجب أن تستبعد التعديلات الجوهرية التي تمس بأصل المشروع، وتجعلها غريبة عن موضوعه فتجعل من مركز المقاول مغايرا لمركزه الأول أثاء التعاقد.

المبحث الثالث
سلطة توقيع الجزاءات الإدارية

تتمتع الإدارة المتعاقدة صاحبة المشروع بحق توقيع الجزاءات على المقاول المتعاقد معها، إذا أخل بأي وجه في تنفيذ إلتزاماته، أو تأخر في ذلك. أو نفذها على وجه غير مرض، ومن باب أولى أن توقع عليه جزاءات إذا إمتنع عن تنفيذ إلتزاماته بالكامل.

ففي كل حالة من هذه الحالات أو غيرها مما يشكل إخلالا بالتزاماته التعاقدية، مما ينتج عنه مساسا بالمرفق العام، وبالتالي بالمصلحة العامة، يحق للإدارة أن توقع على المتعاقد معها جزاءات، هذه الجزاءات التي تخضع لنظام قانوني غير معروف في القانون الخاص(1). حتى وإن كان الأصل العام يقتضي في كل العقود (إدارية ومدنية) تنفيذها بحسن نية(2). كما أن عدم تنفيذ أحد أطرافها لإلتزاماته يجيز للطرف الآخر أن يطالب بالتنفيذ،

(1) ــ **حسن درويش عبد العال** : المرجع السابق ، ص 16 .

(2) ــ تنص المادة 107 من القانون المدني الجزائري " يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وحسن النية ... " .

أو الحكم بالفسخ مع التعويض، وهي أحكام منصوص عليها في القانون المدني الجزائري(1).

فالقانون الخاص إذن، يعرف هو كذكك الجزاءات التعاقدية في حالة عدم تنفيذ العقد من قبل أحد الأطراف، فيمكن للطرف الآخر أن يتوقف عن التنفيذ أو يطلب من القاضي فسخ العقد.

غير أن هذه الجزاءات في أحكام القانون الخاص محدودة، بالمقارنة مع تلك المطبقة في العقود الإدارية بشكل عام، ومنها عقد الأشغال العامة، أين تملك الإدارة في مواجهة المقاول المتعاقد سلطة واسعة في توقيع الجزاءات أكثر من باقي العقود الإدارية الأخرى(2)، وهو ما يستلزم البحث في الأساس القانوني لهذه السلطة وأنواع الجزاءات الموقعة.

المطلب الأول
مدى سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات وأساسها القانوني

إن الجزاءات التي توقعها الإدارة على المقاول المتعاقد معها من شأنها أن تحمله على تنفيذ إلتزاماته بشكل يلائم مستلزمات الصالح العام(3). ويتفق الفقه على أن الجزاءات متعددة ومتنوعة ويختلف نظامها القانوني عما هو معروف في عقود القانون الخاص، إلا أن أساسها القانوني لم يكن واحدا أو متفق عليه منذ البداية، حيث حدث خلاف فقهي

(1) ــ تنص المادة 119 من القانون المدني الجزائر " ... إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزاماته، جاز للمتعاقد الآخر بعد إعذاره المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو فسخه مع التعويض في الحالتين إذا اقتضى الحال ذلك ... ".

(2) - **JEAN MARY AUBY et P. BON :** Op Cit , P 223 .

- **DELAUBADERE** : Traite élémentaire de droit administratif Op Cit P 300.

(3) ــ **رياض عبد عيسى** : المرجع السابق ، ص 275.

حول تحديد أساس هذه السلطة ما إذا كانت ترجع إلى فكرة المرفق العام أم أن مردها فكرة السلطة العامة، وما يترتب عليها من إمتيازات[1].

الفرع الأول
تطور أساس حق توقيع الجزاءات

تطوراساس سلطة توقيع الجزاءات من قبل الإدارة على متعاقديها بشكل مباشر دون اللجوء إلى القضاء في نظر القضاء الفرنسي.

فلم يكن يقبل من الإدارة أن توقع جزاءات على المتعاقد معها خارج ما كان منصوص عليه في العقد أو دفاتر الشروط أو تتضمنه اللوائح، أي أن الجزاءات المنصوص عليها فقط هي التي يجوز توقيعها دون غيرها.

ثم في خطوة متطورة تراجع مجلس الدولة الفرنسي عن مبدأ الإكتفاء بنصوص العقد في ذاته بواسطة القضاء. وأتبعها بخطوة أكثر تقدما بأن إعترف للإدارة بحق توقيع الجزاء بذاتها دون حاجة إلى طلب ذلك من القضاء.

1 ـ التقيد بالجزاءات التعاقدية

في البداية لم يكن مسموحا بأن توقع عقوبات لم تتضمنها نصوص سابقة، فلم يكن يجوز للقضاء توقيع عقوبات خارج تلك المنصوص عليها[2]. فالعقد وحده يبين جزاءاته، ولم يكن مسموحا بتوقيع جزاء غير تلك التي تضمنها العقد باستثناء جزاء "فسخ العقد ".

فإذا أخل المتعاقد بالتزاماته التعاقدية فإنه لايمكن للقاضي أن يحكم عليه بتعويض للإدارة جراء ذلك ما دام العقد بين الجانبين لاينص على التعويض.

---

(1) ــ **هارون عبد العزيز الجمل** : المرجع السابق ، ص 83 وما بعدها.

(2) ــ **خميس السيد إسماعيل** : المرجع السابق ، ص 90 .

وقد أتيحت الفرصة لمجلس الدولة الفرنسي في قضيتين تتعلقان بعقد الإلتزام، فأقر القضاء الفرنسي صراحة عدم جواز طلب الإدارة من القاضي الحكم لها بتعويضات لم تتضمنها العقود التي أبرمتها(1).

وقد كان موضوع العقدين المشار إليهما هو عقد إلتزام الذي كان يشير في حالة إخلال الملتزم بتعهداته فإن للإدارة حق توقيع غرامات عليه أو إسقاط الإلتزام، لذلك فإن القاضي لم يكن بمقدوره أن يقضي بالتعويض باعتبار أن العقد في الحالتين لم ينص على ذلك(2).

غير أن الفقه إنتقد المبدأ الذي إستند إليه القاضي في الحالتين، وهو مبدأ الوقوف عند الجزاءات العقدية، لأن ذلك مخالف للعدالة، إذ لايحق لأي كان أن يعفي نفسه مسبقا من الأخطاء التي يمكن أن يرتكبها مستقبلا.

ثم أن مقتضى تبني هذا المبدأ يجعل الإدارة أمام خيارين نتائجهما سلبية، فأمام إخلال المتعاقد الملتزم إخلالا بسيطا، فإما أن تتساهل وتتسامح معه مع ما يمكن أن يتولد عن ذلك من عيوب في سير الرفق العام.

وإما أن تلجأ إلى عقوبة إنهاء العقد رغم بساطة الخطأ من جانب المتعاقد، مع ما لذلك من تأثير على حسن سير المرفق العام محل العقد، فبسبب خطأ بسيط توقع الإدارة جزاءا قاسيا على المتعاقد يتمثل في إنهاء التعاقد الذي يؤثر على إستمرار المرفق وحسن سيره.

---

(1) ــ حكم بتاريخ 15 جويلية 1881 في قضية : Chemin de Fér D'orleans a Rouen

أورد الحكم : **عبد المجيد فياض** : المرجع السابق ، ص 17 وما بعدها .

(2) - **LAURENT RICHER.** : Droit des Contrats Administratifs , L G J . 1995 , P 206.

وأمام هذا الوضع غير المقبول، كان لابد من وجود حل في حال وجود نصوص تتضمن جزاءات قاسية مقارنة مع بساطة المخالفة، أو في حال عدم تعرض العقد لذكر جزاءات لبعض المخالفات، هذا الحل الذي يكمن في اللجوء إلى القواعد العامة(1).

لأن المنطق يفرض أن كل التزام تعاقدي يقابله جزاء في حال الإخلال به، حتى ولو لم يكن منصوصا عليه بشكل صريح في العقد، لأن القول بخلاف ذلك يشجع المتعاقد مع الإدارة على الإخلال بالتزاماته مما يؤدي إلى الإضرار بالمرافق العامة(2).

فإذا كان القانون المدني ينظم هذا الجزاء في حال سكت عنه العقد، فمن باب أولى أن تتناول أحكام القانون الإداري ذلك باعتبار أنها ترعي المصلحة العامة.

وأمام هذه الإنتقادات التي وجهت لموقف القضاء من مبدأ التمسك والإقتصار على الجزاءات المنصوص عليها في العقد دون غيرها، خطى القضاء خطوة إلى الأمام في إتجاه التخلي عن موقفه.

2 ـ تقدير الجزاءات وفقا للقواعد العامة

في خطوة متطورة جاء حكم مجلس الدولة الفرنسي في قضية Deplanque(3) أين قرر اللجوء إلى القواعد العامة في حال أن دفتر الشروط لم ينص صراحة على جزاء لمخالفة معينة، لأن عدم قيام المتعاقد مع الإدارة بتنفيذ التزاماته يعتبر إخلالا من جانبه يستوجب التعويض لصالح الإدارة متى لحقها ضرر جراء تصرفه هذا.

---

(1) — **عبد المجيد فياض** : المرجع السابق ، ص 17 وما بعدها .

(2) - **GASTON JEZE.** : Les Principes Genéreaux du Droit administratif , 3emme édition . P 315.

(3) — قضية السيد Déplanque، حكم مجلس الدولة في 31 ماي 1907 بعد الاستئناف أين كان العقد لم ينص على بعض المخالفات وجزاءاتها، ورغم ذلك خرج مجلس الدولة مؤيدا في ذلك قرار قاضي الدرجة الأولى عن مبدأ كفاية الجزاءات العقدية، وأقر بأحقية الإدارة بالتعويض عن الضرر الذي لحقها جراء إخلال المتعاقد معها .

ـــ أورد هذه الوقائع **عبدالمجيد فياض** : المرجع السابق، هامش ص 36 و 37 .

وهذا ما تضمنه أيضا حكم مجلس الدولة في قضية " شركة الملاحة لجنوب الأطلنطي "(1). فتقرير القاضي لحق الإدارة في التعويض في الحالتين كجزاء لمخالفة المتعاقد لإلتزاماته لم يكن بناء على نص في العقد، وإنما كان تطبيقا للمبادئ العامة.

فإذا كان المتعاقد مع الإدارة له الحق في التعويض من قبل الإدارة في حال لحق به ضررا جراء تدخل الإدارة والإخلال بالتوازن المالي للعقد، وهذا كله وفقا للقواعد العامة، فإن الإدارة أيضا من حقها أن تلجأ طبقا لذات المبدأ إلى المطالبة بالتعويض طبقا للقواعد العامة، وليس طبقا لبنود العقد فقط.

وتطبيقالذلك فإن الإدارة وهي المكلفة بالسهر على تحقيق المصلحة العامة، إذا أثبتت أن هذه المصلحة قد تضررت بما لحق بالمرفق العام من إخلال جراء تصرف المتعاقد(المقاول)،فإن القاضي سيوقع الجزاء عليه.

وهكذا فإن قضاء مجلس الدولة أنهى (الحماية) التي كان يتمتع بها المتعاقد مع الإدارة جراء سكوت العقد عن تناول بعض المخالفات وجزاءاتها.

وطبعا يجب عدم الخلط هنا بين التعويض بسبب الضرر الناتج عن إخلال المتعاقد بالتزاماته، وبين الجزاءات المتمثلة في الغرامات العقدية التي تطبقها حتى إذا لم يحدث ضرر إلا أنه لايمكن تطبيقها إلا إذا نص عليها العقد(2).

وهكذا فإن تطور موقف القضاء كان إيجابيا ،حيث أقر بأن عدم تطرق العقد إلى جزاء بالنسبة لمخالفة معينة لايعني بقاء هذه المخالفة دون جزاء، بل يمكن توقيع العقوبة إعمالا للقواعد العامة المعروفة في القانون المدني، وإن كان الحكم لم يشر إلى ذلك، وكما يحدث في كثير من الحالات، فإن القاضي الإداري يستلهم حلوله من هذا القانون، دون أن يكـــون ملتزما به.

---

(1) — أنظر وقائع القضية : **-LAURENT RICHER.** : CE 29/10 . 1929 , Op Cit , P 206

(2) — أنظر في ذلك **عبدالمجيد فياض** : المرجع السابق، ص 33 وما بعدها .

أين أورد تعليقا لكثير من الفقهاء وعلى هذا الحكم منهم الفقيه Hourion و Berthélmy – Jeze وغيرهم.

إلا أن مقتضى الإعمال بها هو تحقيق لمبدأ العدالة الذي يجب أن يطبع القواعد القانونية بشكل عام والتي يتدخل القاضي لتطبيقها بشكبل مباشر في علاقات القانون الخاص.

بينما في علاقات القانون الإداري يسمح للإدارة أن تباشر ذلك بذاتها بما يخول لها من إمتياز التنفيذ المباشر، فتقرر جزاء التعويض بنفسها، ولها أن تقدر قيمته ولكن تحت رقابة القاضي الذي يلجأ إليه المتعاقد في حال ما إذا كان غير موافق على قيمة التعويض(1).

وهذا ما يعطي مفهوما مخالفا لجزاءات القواعد العامة في القانون العام، عنها في القانون الخاص، إذا لا يجب أن تكون هذه الجزاءات هي ذاتها في القواعد العامة في العلاقات بين الأفراد وجزاءات المبادئ العامة في عقود الإدارة العامة، التي هي مرتبطة بالمرفق العام وبالمصلحة العامة.

فالسماح للإدارة بأن تطبق الجزاءات بنفسها، يعني إستبعاد مبادئ القانون المدني الذي يكون اللجوء إلى القاضي ضروري دائما لتطبيقه، فمنح التعويض يعتبر من الخصائص الجوهرية للقواعد العامة في القانون المدني.

وهكذا أصبح لنظام الجزاءات في العقد الإداري ذاتية مستقلة تنبثق من القانون العام ولها خصائصها المميزة لها.

ولو أن النزاع في قضية Deplanque يتعلق بعقد التزام، إلا أن المبدأ يطبق على كل العقود الإدارية بما فيها عقد الأشغال العامة. حيث أخذ مجلس الدولة بالمبادئ التي إنتهى إليها مفوض الدولة في هذه القضية وتتلخص في :

(1) - **LAURENT RICHER.** : Op Cit , P 207

ـــ إذا كان العقد في تحديده لإلتزامات الطرفين قد أغفل تحديد جزاءات مقابلة لمخالفاتها. فلا يترتب على ذلك عدم وجود جزاءات(1).

ـــ إذا حدد العقد جزاءات لبعض المخالفات وأغفل البعض فلا يعني ذلك أن تبقى هذه الأخيرة (المغفلة) بدون جزاءات(2).

ـــ إن كل إلتزام تعاقدي يقابله جزاء في حالة مخالفته، وعلى القاضي أن يطبق القواعد العامة في حال لم يتضمن العقد نصا صريحا(3).

ـــ إذا توقع المتعاقدان إخلالا معينا وقررا له جزاءا محددا، فيجب على الإدارة أن تتقيد به بحيث لايجوز لها كقاعدة عامة إستبداله بغيره(4).

واستخلص الفقه من هذا القضاء أن سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات على المتعاقد معها توجد بذاتها ومستقلة على النصوص التعاقدية(5)، أي أنها تملك هذا الحق حتى ولو لم ينص عليه العقد، فسكوت العقد لايحمي المتعاقد عند إخلاله بالتزاماته، كما أنه لايضطر الإدارة إلى اللجوء مباشرة إلى فسخ العقد.

فبموجب هذه المبادئ تحررت الإدارة من الأحكام التعاقدية في مجال توقيع الجزاءات، وبقي القيد المتعلق بالتعويض الذي يستوجب تدخل القاضي للحكم به، إلى أن جاء حكم مجلس الدولة في قضية " شركة الملاحة لجنوب الأطلنطي " السابق الإشارة إليه الذي حرر الإدارة وقرر بأنها ليست في حاجة إلى اللجوء إلى القضاء لإستصدار

---

(1) - **JEAN MARY AUBY et P. BON :** Op Cit , P 233.

(2) ـــ **أحمد عثمان عباد** : المرجع السابق ، ص 336 .

(3) ـــ **عبدالمجيد فياض** : المرجع السابق ، ص 28 .

(4) ـــ **سليمان محمد الطماوي** : " الأسس العامة " ، المرجع السابق ، ص 456 . ويشير المؤلف هنا إلى أن هذا المبدأ يطبق فقط بالنسبة للجزاءات المالية.

ـــ راجع أيضا **هارون عبدالعزيز الجمل** : المرجع السابق ، ص 81 وما بعدها ، حيث يذكر أيضا أن مجلس الدولة الفرنسي لم يعمل بهذا المبدأ على إطلاقه، بل خرج على الجزاء المنصوص عليه إما بالتخفيف أو بالتشديد منه كلما رأى أن الجزاء غير ملائم.

(5) ـــ **هارون عبدالعزيز الجمل** : المرجع السابق ، ص 54 .

حكم بالتعويض متى لحقها ضرر من جراء إخلال المتعاقد لإلتزاماته، فلها أن تحصل على التعويض بشكل مباشر بعد أن تقوم بتقديره، طبعا مع خضوعها لرقابة القضاء في ذلك(1).

وهذا الحق يطبق على جميع الجزاءات الإدارية، إلا أنه، ولئن كانت تملك هذه السلطة فإنه يتعين عليها الإفصاح عن نيتها في إستعمالها إذ لابد من صدور قرار إداري بذلك، وهو ما استقر عليه القضاء الإداري المصري(2)، ثم أن الإدارة وهي تمارس هذه السلطة، لايعني إطلاق يدها في توقيع الجزاء حسب هواها بل هي تقوم بذلك على مسؤوليتها وتحت رقابة القاضي الذي الذي يقتصر دوره على الرقابة المادية، حيث يبحث ما إذا وقع المقاول فعلا في مخالفة أم لا ؟ ومدى ملاءمة الجزاء للمخالفة، والقاضي لايملك إلغاء الجزاء الذي تقرره الإدارة. وإنما تقتصر سلطة على الحكم بالتعويض إذا وقعت الإدارة عقوبة غير سليمة على المقاول(3) فالقضاء المختص هنا هو القضاء الكامل باعتبار أن المنازعات هنا تعتبر منازعات حقوقية تعويضية ومالية(4).

إضافة إلى رقابة القضاء فنظام الجزاءات الإدارية لايتضمن حقوق الإدارة وسلطاتها إزاء المقاول المتعاقد معها فقط، بل أيضا ضمانات قانونية تحمي حقوقه من تجاوز الإدارة لحدود سلطاتها.

وتتمثل هذه الضمانات في وجوب صدور قرار بتوقيع الجزاء، وقبل ذلك وجوب إعذار المتعاقد بالجزاء قبل توقيعه عليه.

---

(1) ــ **خميس السيد إسماعيل** : المرجع السابق ، ص 92 .

ــ **عبدالمجيد فياض** : المرجع السابق ، ص 35.

- **JEAN MARY AUBY et P.BON :** Op Cit , P 233.

(2) ــ **سمير صادق** : العقد الإداري في مبادئ الإدارة العليا، الهيئة المصرية العامة للكتاب، 1991، ص 197.

(3) ــ **هارون عبدالعزيز الجمل** : المرجع السابق ، ص 58 .

- **JEAN MARY AUBY et P. BON :** Op Cit , P 233.

(4) ــ **حسن درويش عبدالعال** : المرجع السابق، ص 22.

ويعتبر هذا الإجراء جوهريا، حيث يسلم الفقه والقضاء في فرنسا بأن الإنـــــذار La Mise en Demeur prialable في عقود الأشغال العامةا

الفرع الثاني

الأساس القانوني لسلطة الإدارة في توقيع الجزاءات

يكاد يجمع الفقه والقضاء على أن للإدارة المتعاقدة حق توقيع جزاءات على المتعاقد الذي يخل بالتزاماته التعاقدية، وذلك بإرادتها المنفردة، دون اللجوء إلى القضاء(1)، وذلك بالنظر إلى مسؤوليتها في مجال المرافق العامة والتي هي مجال عقود الإدارة، والتي تتيح للإدارة إمتيازات لامجال لها في القانون الخاص.

ومن أهم هذه الإمتيازات إصدار قرارات ملزمة تتمتع بقوة تنفيذ ذاتية يلتزم بها الأفراد طواعية أو تنفذها عليهم جبرا، على الرغم من عدم مشاركتهم في إنشائها أو عدم أخذ رأيهم في إصدارها.

وحق الإدارة في إصدار مثل هذه القرارات التنفيذية تعتبر من الأساليب العادية والغالبة في ممارسة الإدارة لنشاطاتها، و عن طريق هذه القرارات الإدارية، تحصل الإدارة عن مستلزماتها، فتحصل مثلا عن الأموال بواسطة قرارات نزع الملكية للمنفعة العامة أوالاستيلاء المؤقت ،وغيرها من قرارات تحدث آثارا قانونية وتؤثر في مراكز قانونية بمجرد صدورها. وهذا كله خلافا لما هو مألوف في قواعد القانون الخاص، حيث لاتنشأ الإلتزامات الا عن طريق توافق إرادتين بتعبير حر عنهما

ولا تحصل الحقوق إلا طوعا، أي بإرادة " المدين " أو عن طريق القضاء بواسطة دعوى ترفع إليه من طرف الدائن كمدعي ضد المدين المدعى عليه.

---

(1) ــ **هارون عبدالعزيز الجمل** : المرجع السابق، ص 83 وما بعدها .

ــ **أحمد عثمان عباد** : المرجع السابق ، ص 334 وما بعدها .

ــ **عبدالمجيد فياض** : المرجع السابق ، ص 64.

وهذا أيضا خلافا لما هو مستقر في قواعد القانون الإداري، حيث تقرر الإدارة حقوقها قبل الأفراد وتباشر تحصيلها دون تدخل القضاء، وكل هذه وفقا للمبدأ المعروف Privilége du Prealable أو إمتياز التنفيذ المباشر D'action D'office.

1 ـ إمتياز التنفيذ المباشر كأساس لسلطة الإدارة

إذا كان فقهاء القانون العام فى اغلبهم يجمعون على سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات على المتعاقد معها، بل واتخاذ جميع الإجراءات التي تراها كفيلة بتنفيذ التزاماته المتولدة عن عقد الأشغال العامة.

إلا أنهم إختلفوا في تحديد أساسها القانوني، فمنهم من يرد هذه السلطة إلى فكرة " إمتياز التنفيذ المباشر" ومنهم من ينكر ذلك على الإدارة .

وسنورد بعض الآراء لهذا الفريق والبعض للفريق الآخر ، ولكن دون أن ندخل في تفاصيل " مبدأ إمتياز التنفيذ المباشر ".

2 ـ الآراء المؤيدة لسلطة الإدارة في توقيع الجزاء

وردت العديد من آراء الفقهاء تؤيد حق الإدارة في توقيع الجزاء على المتعاقد المقصر في أداء التزاماته بناء على إمتياز التنفيذ المباشر، إلا أن هذه الآراء لم تكن موحدة بخصوص أساس هذا الحق أو السلطة ، أهو فكرة المرفق العام وضرورة إستمرار حسن سيره ؟ أم أن اساس ذلك هو السلطة العامة التي هي أساس وركن من أركان الدولة(1).

ومن الفقهاء المؤيدين لمبدأ إمتياز التنفيذ المباشر كأساس لسلطة الإدارة في توقيع الجزاءات على المقاول المتعاقد الذي يخل بالتزاماته ودون الرجوع إلى القضاء نجد الفقيه "قاستون جيز GAstoN jeze"(2) وبحسب رأيه فإن سير المرافق العامة بانتظام واضطراد يتطلب أن يكون المتعاقد مع الإدارة بشأن هذه المرافق دقيقا في تنفيذ التزاماته، وحتى تضمن الإدارة هذه الدقة يجب أن تكون مزودة بجزاءات حازمة في إطار القانون

(1) ــ **عبدالمجيد فياض** : المرجع السابق ، ص 50 .

(2) - **GASTON JEZE**. Les Principes Genereux du Droit Administratif , 3emme edition , Paris 1934 , P 856.

العام، بعيدا عن تلك التي يتضمنها القانون الخاص والتي تتميز بالإجراءات الطويلة والمعقدةk خاصة مع ضرورة تدخل القاضي في إقرارها، وما يتمتع به هذا الأخير من سلطة تقديرية في تكييف أفعال أو تصرفات المتعاقد.

لذلك فإن في حالة العقد الإداري عموما يكون إستخدام أسلوب القانون العام، الذي يسمح للإدارة بتطبيق الجزاءات بنفسها هو ما تتفق عليه إرادة الطرفين الإدارة والمتعاقد معها. وميزة هذه الجزاءات أنه يحق للإدارة أن تباشرها بنفسها ودون تدخل القضاء وبشكل فوري كلما رأت أن إخلال المتعاقد معها يمس بحسن سير المرفق العام واستمراره(1)، ومن هذا الرأي أيضا الفقيه " بيكينيو Peqnignot وغيره الذي يرى بأن الإدارة المتعاقد لها الحق في إستعمال سلطتها في التنفيذ المباشر لقرارها التنفيذي فتطبق الجزاء على المتعاقد المقصر دون أن ينص العقد على ذلك، لأن هذا الإمتياز يتعدى العقد، أي أنه مقرر للإدارة دون حاجة إلى نص في العقد يقرره.

فبحسب رأيه فإنه ومنذ 1929 وبمناسبة قضية شركة الملاحة لجنوب الأطلنطي (السابق الإشارة إليه) لم يعد إمتياز التنفيذ المباشر محل رفض حتى ولو لم تتضمنه نصوص العقد إلا إستثناءا فيما يتعلق بإسقاط الإلتزام في عقد الإلتزام(2). ولأن شروط العقد يجب ألا تكون حائلا دون إستعمال الإدارة لسلطاتها متى كان ذلك ضروريا لتحقيق المصلحة العامة.

إلى جانب هؤلاء الفقهاء هناك آخرون يرون أيضا بأن أساس سلطة الإدارة في توقيع الجزاء بنفسها دون حاجة للجوء للقاضي هو إمتياز التنفيذ المباشر، لكن ليس على أساس " المرفق العام " كما يرى الفقيه Jeze ومن معه، ولكن على أساس " فكرة السلطة العامة ".

---

(1) ــ **عبدالمجيد فياض** : المرجع السابق ، ص 51 .

(2) ــ **عبدالمجيد فياض** : المرجع السابق ، ص 59 .

ــ **أحمد عثمان عياد** : المرجع السابق ، ص 343.

وعلى رأس هؤلاء الفقيه هوريو Houriou الذي يعتبر أن إمتياز التنفيذ المباشر هو الدعامة الأساسية للسلطة العامة في نطاق تنفيذ عقد متصل بمرفق عام.

فللإدارة أن تتخذ أي إجراء تراه في مواجهة المتعاقد المقصر في إلتزاماته بمجرد قرار بسيط تصدره دون حاجة إلى الإستعانة بالقاضي لإقرار ذلك(1). وإلى جانب هذا الفقيه يوجد أيضا الفقيه Vedel الذي يرى بأن إمتياز الإدارة بتوقيع الجزاء على المتعاقد معها هو من بين إمتيازات متعددة تملكها، وأن بعض هذه الجزاءات هو ناتج عن نظام السلطة العامة، ويمكن للإدارة تطبيقها متى دعت ضرورة ضمان حسن سير المرفق العام ذلك، وهذا دون حاجة أن تتضمنها بنود العقد(2).

وحق الإدارة في توقيع الجزاء على المتعاقد المقصر هو حق أصيل للسلطة العامة. موجود من تلقاء نفسه، وهذا بحسب ما يراه الفقيه " موريس فلام Flamme "(3).

3 ـ الإراء المنكرة لسلطة الإدارة في توقيع الجزاء بنفسها

ينكر بعض فقهاء الفقه خاصة الفرنسي، على الإدارة سلطة توقيع الجزاء بنفسها على المتعاقد معها دون وجود نص بذلك، ويشترط وجوب اللجوء إلى القضاء للحكم لتوقيعه ،وملخص آراء هذا الإتجاه الذي أوردناه في فقرة سابقة تحت عنوان (التقيد بالجزاءات التعاقدية) مقتضاه أن الإدارة ملزمة بالتقيد بقاعدة " العقد شريعة المتعاقدين " حسب القواعد العامة، ولا يمكن لها أن تعمل التنفيذ المباشر في علاقتها العقدية مع الأفراد إلا إذا تضمن العقد ذلك.

فإذا كانت الإدارة بحسب رأيهم تتمتع بامتيازات إستثنائية في تنفيذ عقودها، فإن ذلك لايجب إعتباره إمتيازا عاما في التنفيذ المباشر، لأن نصوص العقد الإداري يمكن للإدارة من خلالها أن تحفظ لنفسها هذه الوسيلة المتمثلة في السلطات الإستثنائية من هذا القبيل، ما دام الطرفين المتعاقدين ليسا على قدم المساواة في ظل القانون العام.

---

(1) - **HAURIO (M) :** Prccis De Droit Administratif , 4emme edition , 1933 , P 227.

(2) - **VEDEL** . Op Cit , P 251.

(3) ــ **عبدالمجيد فياض** : المرجع السابق ، ص 55 .

فبحكم مركز الإدارة في هذه العقود يمكنها أن تُضمِّن عقودها نصوصا إستثنائية لصالحها بما يخدم المرفق العام. بمعنى أن الإدارة لها هذا الإمتياز بأن تنص في عقودها على هذه السلطات صراحة، وعندما لاتقوم بذلك فإن قواعد القانون الخاص هي الواجبة التطبيق.

ويبدو أن أصحاب هذا الإتجاه الفقهي قد بنو رأيهم على أوضاع ما قبل حكم مجلس الدولة في قضية شركة ملاحة جنوب الأطلنطي 1929.

حيث كان قبل ذلك على الإدارة إذا ما رغبت في الحصول على تعويض من المتعاقد المقصر أن تلجأ إلى القضاء بطلب التعويض إذا كان ذلك جزاء غير عقدي، كما حدث في قضية Deplauque سنة 1907.

غير أن الأوضاع قد تطورت بعد ذلك حيث أن القضاء أصبح يقر للإدارة سلطة توقيع الجزاء بنفسها حتى خارج ما نص عليه العقد، ولكن تحت رقابته(1).

وفي رأينا فإن توقيع الإدارة الجزاءات على المتعاقد معها، والذي يكاد الموقف يكون مجمعا عليه كما أسلفنا، إنما هو تطبيق لإحدى مظاهر إمتيازات السلطة العامة، ممثلا في إمتياز التنفيذ المباشر، الذي تملكه الإدارة في مواجهة الأفراد، وهو ما يميز الإدارة عن الأفراد الذين لايمكنهم التنفيذ العيني إلا عن طريق القضاء، أما بالنسبة للإدارة فإنها تقوم بذلك بنفسها عند إخلال المتعاقد معها بالتزاماته، وذلك منعا من تعطل حسن سير المرافق العامة بما يعرض المصلحة العامة للضرر.

لذلك فإن النص على هذا الحق ضمن بنود العقد إنما هو كاشف له وليس مقرر لوجوده ، وهو حق ينطبق على الجزاءات العقدية، وكذا جزاءات القواعد العامة، ولكن تحت رقابة القاضي في هذه الحالة الأخيرة.

---

(1) ــ **عبدالمجيد فياض** : المرجع السابق ، ص 55 وما بعدها .

ــ **هارون عبدالعزيز الجمل** : المرجع السابق ، ص 85 وما بعدها .

أما بالنسبة لإختلاف آراء الفقهاء حول أساس هذه السلطة، أي توقيع الإدارة للجزاء بنفسها، وهل هو يقوم على أساس فكرة السلطة العامة، أم هو قائم على أساس فكرة المرفق العام، فنحن نرى وكما أسلفنا إنه بالنسبة لما تملكه الإدارة من سلطات في تنفيذ العقد الإداري سواء تعلق الأمر بسلطة الرقابة والتوجيه، أثناء تنفيذ العقد، أو سلطة التعديل زيادة أو نقصانا في إلتزامات المتعاقد أو سلطة توقيع الجزاءات من قبل الإدارة عند إخلال المتعاقد بالتزاماته.

فنحن نرى بأن إختلاف الفقهاء حول هذه المسائل إنما يعود إلى إختلافهم الأساسي حول تحديد أساس القانون الإداري وتحديد نطاق تطبيقه.

حيث إعتبر البعض فكرة السلطة العامة هي أساس ذلك، وكان متزعم هذه الفكرة هو الفقيه هوريو Hauriou(1) الذي يرى بأن فكرة السلطة العامة هي أساس القانون الإداري ويوضح أن المقصود " بالسلطة " ليس الإمتيازات الممنوحة للإدارة فقط، بل هي أيضا الإلتزامات التي تقع على عاتقها والتي هي أحيانا أشد من إلتزامات الأفراد، كما هو الحال مثلا بالنسبة لحرية إختيار المتعاقد الذي لاتملك الإدارة فيه هامشا واسعا من حرية الإختيار إذ هي مجبرة على التعاقد على من يرسو عليه العطاء.

في حين إعتبر آخرون أن القانون الإداري هو "قانون المرافق العامة" فالمرفق العام هو أساس القانون الإداري، إذ لولا المرفق العام الذي يهتم بالمصلحة العامة، لما وجدت قواعد قانونية إستثنائية عن تلك القواعد المعروفة في القانون الخاص، ويوجد على رأس هذا الإتجاه الفقيه " دوجي Duguit "(2).

ووصل الفقه إلى أن كل من الإتجاهين مبالغ في الفكرة التي إعتمد عليها، لأن الواقع أن الفكرتين معا : (المرفق العام ــ السلطة العامة) يشكلان أساس القانون الإداري ونطاق تطبيقه.

---

(1) - **HAURIO (M) :** Prccis . Op Cit , P 5.

(2) - **DUGUIT** . Traité de Droit constetutionnel T1 , P 680.

ففكرة المرفق العام هي أساس وجود القانون الإداري، وفكرة السلطة العامة هي المعيار المحدد لنطاق تطبيقه، فإن تخلت الإدارة عن إستعمال " وسيلة السلطة العامة " لتحقيق " هدف المرفق العام " خضعت في تصرفها للقانون العادي وللقاضي العادي. فالإدارة إذن باعتبارها مسؤولة عن حسن سير المرافق العامة وتحقيق الصالح العام، فلها أن تتخذ كل الإجراء السريعة بذاتها دون اللجوء إلى القضاء من أجل عدم الإضرار بالمصلحة العامة، وينطبق هذا على توقيع الجزاءات على المقاول المتعاقد معها والذي أظهر تقصيرا أو إخلالا بالتزاماته.

وغني عن البيان أن إجراءات توقيع الإدارة للجزاءات على المتعاقد تخضع لرقابة القضاء وهو أداةا لضمان الفعالة لتحقيق توازن سلطات الإدارة الواسعة في هذا المجال، من أجل حماية المتعاقد من تعسف الإدارة ومخالفتها للقانون بخصوص قراراتها المتضمنة للجزاءات، فيراقبهما القاضي منذ بداية الإجراء من حيث الشكل في القرار، وعيب عدم الإختصاص وعيب الإنحراف باستعمال السلطة، وهي كلها أوجه للرقابة على قرار توقيع الجزاء الذي أسلفنا وجوب صدور قرار صريح بشأنه، بل ويراقب القضاء حتى البواعث التي دفعت بالإدارة إلى إصدار قرار الجزاء، فيتأكد من حدوث واقعة المخالفة ومدى ملاءمة الجزاء الذي وقعته الإدارة على المتعاقد، لأن الجزاءات التي يمكن توقيعها عديدة ومتنوعة.

المطلب الثاني
أنواع الجزاءات الإدارية

تتنوع الجزاءات التي تملك الإدارة توقيعها على المقاولين المتعاقدين معها بمقتضى عقود الأشغال العامة(1)، إذا أخلوا بالتزاماتهم المنصوص عليها في العقد، كالإمتناع عن التنفيذ أو مخالفته المواصفات، أو التأخير عن الموعد المقرر في العقد أو عدم الإحترام

(1) ــ **هارون عبدالعزيز الجمل** : المرجع السابق ، ص 97 .

للتوجيهات والتعليمات التي تصدرها ... وتتمثل هذه الجزاءات خاصة في : ــ إما جزاءات مالية، أو وسائل ضغط أو إكراه.

الفرع الأول
الجــزاءات الماليــة

ويقصد بها المبالغ المالية التي يحق للإدارة مطالبة المقاول بها إذا أخل بالتزاماته التعاقدية(1). وهي على نوعين، هناك ما يقصد به جبر الضرر الذي يلحق فعلا بالإدارة نتيجة خطأ المقاول، وهناك ما يقصد به توقيع عقوبة على المقاول نتيجة إخلاله بالتزامه، بغض النظر عن تضرر الإدارة من عدمه، وتتمثل الأولى في " التعويضـــــــــات " Les Dommages Intéres أما الثانية فتتمثل في "الغرامات " Les Pénalités.

1 ـ التعويضـــــات

وهي المبالغ التي يحق للإدارة الحصول عليها من المتعاقد المخل بالتزاماته وتعتبر الجزاء الأصيل لذلك إذ لم ينص العقد على جزاءات أخرى لمواجهة هذا الإخلال، وهو جزاء قريب من ذلك المعروف في العقد المدني من حيث إشتراط توفر ركن الضرر وكيفية تقدير التعويض، إلا أنهما يختلفان فيما يتعلق بكيفية تحصيل تلك التعويضات(2).

فحتى يثبت الحق في الحصول على التعويض يجب أن يكون هناك خطأ من المقاول، أي الإخلال بأحد إلتزاماته، وأن يتسبب ذلك في ضرر للإدارة ،وتكون هناك علاقة سببية بين الإخلال وحدوث الضرر الفعلي للإدارة، لذلك فالتعويض يكون بقدر الضرر بتاريخ الحادث، أما كيفية تقدير التعويض فإن مجلس الدولة الفرنسي يسمح للإدارة بتقدير التعويض بنفسها مقدما، وتلزم المقاول بذلك، وله أن يخاصمها في ذلك أمام القضاء، كما يمكن للإدارة أن لاتبادر بتقدير التعويض وتترك ذلك للقضاء مباشرة(3).

---

(1) ــ **سليمان محمد الطماوي** : المرجع السابق ، ص 461 .

(2) ــ **إبراهيم محمد علي** : آثار العقود الإدارية ، المرجع السابق ، ص 74 .

- **JEAN MARY AUBY et P. BON :** Op Cit , P 234 .

(3) ــ **عبدالمجيد فياض** : نظرية الجزاءات في العقد الإداري، ط1، 1975 ، ص 184 .

ويسمح القضاء الفرنسي للإدارة في كثير من الحالات بأن تستعمل وسيلة " أوامر الأداء" لتحصيل قيمة التعويضات(1).

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فقد تناول المرسوم الرئاسي المتظمن تنظيم الصفقات العمومية تحت عنوان " الضمانات " أحكاما لضمان حسن تنفيذ الصفقة حيث أوجب على المتعامل المتعاقد (المقاول) "أن يقدم كفالة حسن تنفيذ الصفقة، زيادة على كفالة رد التسبيقات ... "(2).

ويحدد مبلغ هذه الكفالة بحسب أهمية العقد ويتراوح ما بين 5% و 10% من قيمة العقد. وللمقاول حق إسترداد هذا المبلغ بعد شهر من تاريخ التسليم النهائي للاشغال(3). فالإدارة المتعاقدة إذن صاحبة الأشغال وفر لها المشرع مصدر لإقتطاع التعويضات(4). التي تستحقها بمناسبة إخلال المقاول بحسن التنفيذ، وبذلك يكون المشرع قد وفر عليها إجراءات اللجوء إلى القضاء سواء للمطالبة بفرض التعويض أو بتقديره، وتحرص الإدارة على أن تتضمن عقودها بندا بهذا الخصوص.

خلافا لوضع الإدارة في مصر التي تجد نفسها في غياب مثل هذا النص وإمكانية التحصيل عن طريق " أوامر أداء " مضطرة إلى اللجوء إلى القضاء لتقرير ذلك في ظل القانون القديم، أما حاليا في ظل قانون 89 لسنة 1998 الجديد ، حيث بنقتضى المادة 26 منه أصبح من حق الإدارة حق تحصيل التعويض مباشرة دون اللجوء إلى القضاء وأن لها أن تخصم هذه التعويضات من مستحقات المقاول لديها أو من مستحقاته لدى جهات إدارية أخرى، وذلك دون حاجة إلى تدخل القضاء(5).

---

(1) ــ **سليمان محمد الطماوي** : المرجع السابق ، ص 462 .

(2) ــ المادة 92 من المرسوم التشريعي رقم 10/ 236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية الجزائري.

(3) ــ أنظر المواد 100 ، 101 من المرسوم أعلاه.

(4) ــ المادة 48 من دفتر الشروط العامة الإدارية الجزائري.

(5) ــ راجع نص المادة 26 من قانون رقم 98/1998 المصرى التي تمنح الإدارة صلاحيات واسعة في تحصيل مستحقاتها على المتعاقد معها بشتى الطرق بدءا من خصمها من مستحقاته لديها ثم مستحقاته لدى إدارات أخرى ثم الرجوع عليه فيما تبقى منها.

وبهذه الأحكام يتضح جيدا مدى إستقلالية نظرية التعويض في العقود الإدارية عامة عنها في عقود القانون الخاص عكس ما يراه البعض من أن " التعويض لايعتبر من الجزاءات الإدارية لأنه مجرد تطبيق للقواعد العامة في القانون الخاص "(1).

2 - غرامة التأخير

وهي تعويضات جزافية ينص العقد على توقيعها متى أخل المقاول بتنفيذ إلتزاماته خلال المواعيد المتفق عليها، وهي من الجزاءات المالية التي تنص عليها عقود الأشغـــــال العامة وتطبقها الإدارة على المقاول الذي يتراخى في تنفيذ إلتزاماته التعاقدية(2).

فهي تفرض بمجرد التأخير في تنفيذ الأشغال، دون إشتراط حدوث ضرر نتيجة لذلك، كما أنها تستحق دون الرجوع إلى القضاء ما دام التأخير حصل بسبب المقاول وهي عموما تتسم بجملة من الخصائص التي تميزها عن النظم المشابهة كالشرط الجزائي والغرامة التهديدية المعروفين في القانون المدني(3)، ويمكن إجمال هذه الخصائص فيما ذهب إليه القضاء الإداري المصري " تتميز الغرامة بأنها إتفاقية لأنها تحدد مقدما في العقد، فإذا لم يكن قد نص عليها في العقد فلا يجوز للإدارة أن تسعى إلى تطبيقها على المتعاقد.

وبأنها تلقائية بمعنى أنها تطبق مباشرة دون حاجة من جانب الإدارة إلى إثبات أن ضرر ما قد أصابها.

كما لايمكن رفعها إلى مبلغ أعلى حتى ولو كان الضرر يزيد على قدرها المعين.

---

(1) ــ **عثمان عباد** : المرجع السابق ، ص 345 .

(2) ــ **محمد إبراهيم علي** : المرجع السابق ، ص 78 .

راجع كل من /ــ **هارون عبدالعزيز الجمل** : المرجع السابق ، ص 135.

/ ــ **رياض عيسى** : المرجع السابق ، ص 283 .

(3) ــ **عبدالرزاق السنهوري** : المرجع السابق ، الجزء 2 ، ص 851 .

ــ **سمير صادق** : المرجع السابق ، ص 193 .

ــ **أحمد رفعت خفاجي** : طبيعة الغرامات التعاقدية في العقود الإدارية، مقال نشره بمجلة " المحاماة " تصدر عـــن نقابـــة المحامين المصريين، العدد 9 لسنة 1956 ، ص 1638.

وأنها تطبق بمقتضى قرار إداري دون حاجة إلى الإلتجاء إلى القضاء للحكم بتوقيعها...

وتستحق بمجرد التأخير دون حاجة إلى التنبيه باستحقاقها ... ".

وهي إذا تختلف عن النظم المشابهة في القانون الخاص، لأن الهدف منها أيضا يختلف وهو يتمثل في ضمان تنفيذ العقد الإداري في الميعاد المتفق عليه حرصا على حسن سير المرافق العامة.

ثم أن التأخير في تنفيذ الأشغال العامة يؤدي بالضرورة إلى زيادة تكاليف المشاريع، ولهذا تحرص الإدارة على إتمام الأشغال في مواعيدها وتدرج في عقود الأشغال العامة بندا ينص على الغرامة التأخيرية والتي غالبا ما تكون بتطبيق قاعدة $\left(P = \frac{M}{7\ D} \right)$ ويرمز حرف P لكلمة العقوبة Pénalité وحرف M قيمة الصفقة Montant du Marché وحرف Délai لأجل أو ميعاد التنفيذ باليوم، ويكون حاصل هذا المبلغ عن كل يوم تأخير بما في ذلك أيام العطل والراحة الأسبوعية.

على ألا يتجاوز المبلغ الإجمالي للغرامة نسبة 10% من قيمة الصفقة، وهذا ما تطبقه الإدارة في الجزائر بالنسبة لعقود الأشغال العامة، فقيمة الغرامة التأخيرية تحدد وفق نسبة محددة تعينها شروط العقد، وهي تحدد عن كل يوم كما هو الحال في الجزائر أو كل أسبوع أو كل وحدة زمنية قد تحدد في بلاد أخرى.

3 - أحكام الغرامة التأخيرية

ـــ إذا كانت تمتاز هذه الغرامة بأنها إتفاقية فإن ذلك يعني أنه لايجوز للإدارة أن تسعى إلى تطبيقها على المقاول إذا لم يكن منصوصا عليها في العقد، ولها أن تلجأ إلى جزاءات أخرى، كفسخ العقد أو مصادرة التأمين باعتبار أن التأخر في التنفيذ يعتبر كعدم التنفيذ ولها أن تلجأ للقضاء(1).

(1) ـــ **هارون عبدالعزيز الجمل** : المرجع السابق ، ص 140.

ـــ ولما كانت الغرامة التأخيرية تلقائية تطبقها الإدارة دون حاجة لإثبات الضرر اللاحق بها نتيجة التأخير، فإنه بالمقابل لايحق لها أن ترفع من قيمتها، ولو كان الضرر الناتج عن مخالفة التأخير يزيد عن قيمتها المعينة.

ـــ ومن خصائص الغرامة التأخيرية أنها تطبق بقرار إداري صادر من الإدارة صاحبة الأشغال دون تدخل من القضاء بخلاف حكمها في عقود القانون الخاص التي تستوجب تقريرها من القاضي.

وتتميز الغرامة التأخيرية بأنها تستحق بمجرد إنقضاء الميعاد المحدد للتنفيذ بما يعني حصول التأخير، دون حاجة إلى التنبيه بذلك خلافا لنظام الفوائد التأخيرية في القانون الخاص(1).

وقد جرى مجلس الدولة الفرنسي على الإعتراف بحق الإدارة في تطبيق الغرامة أو التنازل عنها أو توقيع غرامة أقل من تلك المنصوص عليها، وهو ما ذهبت إليه محكمة القضاء الإداري المصري أيضا(2) التي بينت الحالات التي يعفى فيها المقاول من توقيع الغرامات كليا أو جزئيا(3)... من المسلم به فقها وقضاءا أن المتعهد يبرأ من كل مسؤولية في حالات أربعة :

1 ـ إذا كانت الإدارة وحدها السبب في التأخير .
2 ـ إذا كان المتعهد ضحية خالصة لقوة قاهرة .
3 ـ إذا طلب مهلة جديدة ووافقت الإدارة .
4 ـ إذا قدرت جهة الإدارة ظروفه وقررت إعفاءه ... ".

وعن كيفية تحصيل الغرامة بالنسبة للمشرع الجزائر فقد نص على حق الإدارة في إقتطاع الغرامات التعاقدية من المدفوعات التي تتم حسب الشروط والكيفيات المنصوص عليها في الصفقة، كما أجاز للإدارة صاحبة الأشغال إعفاء المقاول المخل بأحد إلتزاماته من توقيع الجزاء أي إعفاءه من دفع غرامة التأخير.

(1) ـ **هارون عبدالعزيز الجمل** : المرجع السابق ، ص 141.
(2) ـ **سمير صادق** : المرجع السابق ، ص 197.
(3) ـ **سليمان محمد الطماوي** : المرجع السابق ، ص 4716.

كما أن المقاول يعفى من دفع هذه الغرامات في حالة إنتفاء مسؤولته في وقوع التأخير كحالة القوة القاهرة ،أو فعل الإدارة كصدور أمر للمقاول بتوقيف الأشغال، وفي كلتا الحالتين يترتب على الإعفاء من الغرامات المالية بسبب التأخير إصدار شهادة إدارية لذلك(1).

وهذا ما يقره الفقه فإذا قررت الإدارة إعفاء المقاول من الغرامة فلا تستطيع أن تعدل عن هذا الإعفاء(2). وإن كان هذا التنازل يلاقي معارضة من بعض الفقهاء الذين يرون بعدم أحقيتها في التنازل عن جزء من المال العام(3).

ولا ضرورة لإعذار المقاول المتعاقد قبل تطبيق الغرامة بحسب غالبية الفقهاء باعتبار أن هذا الجزاء منصوص عليه في العقد الذي غالبا ما يشير إلى إستحقاقه دون إعذار مسبق.

وهذا بعكس ما درج عليه القضاء الفرنسي من وجوب الإعذار قبل توقيع الغرامة(4) ،خلافا لمجلس الدولة المصري الذي يرى بأن غرامة التأخير تستحق بمجرد إنتهاء الفترة المحددة في العقد دون حاجة إلى التنبيه باستحقاقها.

ولما كانت الغرامة إتفاقية فإنه لايجوز للإدارة أن ترفع قيمتها أكثر مما هو منصوص عليه في العقد، حتى ولو كانت الأضرار التي لحقت بها فعلا تفوق قيمة الغرامة المحددة(5)، كما لايستطيع المقاول المتعاقد أن يعترض على توقيع الغرامة على أساس عدم حصول ضررا وعدم تناسب الجزاء الغرامة .

(1) ــ المادة 90 من الرسوم التشريعي 10/136 السابق الذكر تتناول كيفية تحصيل الغرامة وحالات الإعفاء منها.

(2) ــ **هارون عبدالعزيز الجمل** : المرجع السابق ، ص 146.

(3) ــ **رياض عبد عيسى** : المرجع السابق ، ص 329.

(4) - **DELAUBADERE** : Les Contrats Administratif Paris 1956 T2 , , P 129.

(5) ــ **أحمد عثمان عباد** : المرجع السابق ، ص 345 وما بعدها .

فالضرر مفترض في هذه الحالة بمجرد تحقق سبب إستحقاق الغرامة المنصوص عليها في العقد، وهو قرينة قاطعة لاتقبل إثبات العكس، فلا يشترط وقوع ضرر لتوقيع الجزاء(1).

الفرع الثاني
الجـزاءات الضاغطـــة

إلى جانب توقيع الجزاءات المالية على المتعاقد المقصر في تنفيذ التزاماته، تملك الإدارة أن ترغمه على ذلك بواسطة حلولها محله في القيام بالتنفيذ مباشرة أو عن طريق الغير الذي يقوم بإدارة المقاولة.

وتجد هذه الإجراءات القهرية مبررها في ضرورة ضمان حسن سير المرافق العامة. مع ملاحظة أن الرابطة العقدية تبقى سارية بين المقاول المتعاقد والإدارة أثناء هذه الإدارة (التسيير) المباشرة التي يتم التنفيذ فيها على مسؤولية المقاول المتعاقد ولحسابه.

ولما كانت هذه الإجراءات القسرية شديدة مقارنة بالجزاءات المالية فإن الإلتجـــاء إليها مرتبط بتوفر شروط هي :

الإخلال الخطير من طرف المتعاقد بالتزاماته العقدية كعدم إمتثاله مثلا للأوامـــر المصلحية(2). وتتخذ وسائل الضغط التي تستعملها الإدارة إحدى مظاهر ثلاث بحسب نوع العقد(3)، ففيما يتعلق بعقد الأشغال العامة (موضوع بحثنا) فإن الطريقة هي حلول الإدارة محل المقاول في تنفيذ الأشغال بنفسها وهو ما يطلق عليه " الإدارة المباشرة La Mise en Régie . أو عن طريق " فسخ العقد " .

(1) ــ **سمير صادق** : المرجع السابق ، ص 198.

(2) ــ **حسن درويش عبدالعال** : المرجع السابق ، ص 56.

- **DELAUBADERE** : Traite Theorique et Pratique des Contrats Administratif T2 , P 154.

- **PHILIPPE CODFRIN,** Op Cit , P 202.

(3) ــ وفي عقد التزام المرافق العامة تكون الوسيلة هي وضع المشروع تحت الحراسة. وفي عقد التوريد فإن الوسيلة هي الشراء على حساب المتعاقد.

1

- الإدارة المباشرة

المقصود بالإدارة المباشرة (النظام المباشر) هو وضع المقاولة تحت الإدارة المباشرة لصاحب الأشغال (الإدارة) فيحل محل المقاول أو يعين مديرا يقوم بتسيير المقاولة وتنفيذ الأشغال التي لم ينفذها المقاول ويتم ذلك لحساب هذا الأخير وعلى مسؤوليته(1).

وتختلف " الإدارة المباشرة " للمقاولة كجزاء قسري تطبقه الإدارة صاحبة الأشغال على المقاول عن " الإستغلال المباشر " الذي هو أسلوب من أساليب إدارة المرافق العامة، أين تتولى الإدارة بنفسها تسيير المرفق العام مستعمله أموالها وموظفيها، مستخدمة إمتيازات السلطة العامة ومتحملة مسؤوليتها بذلك.

أما وضع المقاولة تحت الإدارة المباشر أو النظام المباشر كما أطلق عليه المشرع الجزائري في المادة 35 من CCAG فكما أسلفنا يقصد به إرغام المقاول على تنفيذ التزاماته دون إلغاء العقد الذي يبقى ينتج آثاره، وهو إجراء مؤقت.

2 - شروط وضع المقاولة تحت الإدارة المباشرة

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

أ - وقوع خطأ جسيم من طرف المقاول : يشترط لوضع المقاولة تحت الإدارة المباشرة أن يرتكب المقاول خطأ جسيما في تنفيذ التزاماته، فإذا كانت المخالفة التي إرتكبها ثانوية أو

(1) ــ **هارون عبدالعزيز الجمل** : المرجع السابق ، ص 171.

ذات أهمية بسيطة فإنها لاتقبل مبررا كافيا لتطبيق هذا الجزاء المتشدد، وهو ما يعطي الحق للمقاول في تحميل الإدارة مسؤولية تصرفها وحق طلب التعويض عن ذلك(1).

ويلاحظ أن دفاتر الشروط العامة ومنها الجزائري CCAG لسنة 1964 تتضمن نصوصا ذات عبارة عامة، ويمكن أن يؤدي التمسك بالحرفية في تفسيرها إلى إمكانية تطبيق هذا الجزاء من قبل الإدارة حتى ولو كان خطأ المقاول ذا أهمية ضئيلة أو ثانوية.

فتنص المادة 35 من CCAG " إذا لم يتقيد المقاول بشروط الصفقة أو بأوامر المصلحة ... يعمد المهندس إلى إنذاره بلزوم التقيد بتلك الشروط والأوامر في أجل يحدد بمقرر يجري إبلاغه له بموجب أمر المصلحة.

ـــ وهذا الأجل باستثناء حالة الإستعجال لايجوز أن يقل عن عشرة ايام إبتداء من تاريخ الإنذار .

ـــ عند إنقضاء هذا الأجل إذا لم ينفذ المقاول المقتضيات المفروضة، يجوز للمهندس الرئيسي، باستثناء حالة الإستعجال بعد عرض المسألة على الوزير أن يأمر بإجراء النظام المباشر على نفقة المقاول، ذلك النظام الذي يجوز أن يكون جزئيا ... ".

فالعبارات الواردة في النص عامة (عدم التقيد بشروط الصفقة وأوامر المصلحة) وتفسيرها الحرفي البسيط يعني أن كل تقصير مهما كان بسيطا يمكن أن يؤدي إلى وضع المقاولة تحت الإدارة المباشرة، ولانعتقد بأن المشرع يقصد ذلك وإلا لما شرع جزاءات أخرى أقل من هذا والتي يمكن تسليطها على المقاول في حالة الإخلال البسيط.

وعموما فإن مجلس الدولة الفرنسي لايسلم بالتفسير الحرفي لمثل هذا النص، بل يستوجب ان يكون إخلال المقاول ذا جسامة كافية يعرض المصلحة العامة للخطر(2) حتى يقر مشروعية هذا الإجراء، وتبقى السلطة التقديرية لذلك في يد القاضي(3).

(1) ـــ **عبدالمجيد فياض** : نظرية الجزاءات في العقد الإداري، ص 214.

(2) ـــ **هارون عبدالعزيز الجمل** : المرجع السابق ، ص 183.

ـــ **رياض عبد عيسى** : المرجع السابق ، ص 342 وما بعدها .

(3) - **DELAUBADERE** : … Contrats , T2 Op Cit, P 157.

ومن خلال قضاء مجلس الدولة الفرنسي ودفتر الشروط الإدارية الجزائري فإنه يمكن تقسيم إخلال المقاول بالتزاماته إلى نوعين :

1 ــ عدم تقيد المقاول بشروط العقد .

2 ــ عدم تنفيذ المقاول للأوامر المصلحية .

أ ــ فعدم التقيد بشروط العقد يكون مثلا بعدم مراعاة المقاول لمدة التنفيذ المنصوص عليها، وهذا ما يسمح للإدارة بوضع المقاولة تحت الإدارة المباشرة لأن من شأنه أن يؤدي إلى تأخير في تنفيذ الأشغال، بشرط أن يكون المقاول هو المتسبب في التأخير، أما إذا كان ذلك ناتج عن ظرف إستثنائي أو قوة قاهرة أو تدخل الإدارة ذاتها ، فإن ذلك كله يعفي المقاول من هذا الجزاء حتى ولو ساهم بخطأ يسير مع ظرف من هذه الظروف.

ومن الأمثلة أيضا التي تدخل ضمن عدم التقيد بشرط الصفقة، تخلي المقاول عن مزاولة الأشغال وتركها دون مبرر مقبول، ولايقبل كمبرر في هذا الصدد تعطل الإدارة عن دفع الأقساط للمقاول أو أن يتعلل هذه الأخير بوجود نزاع مطروح أمام القضاء بينه وبين الإدارة صاحبة الأشغال(1)، والأمثلة على ذلك كثيرة. وكما قلنا تبقى للقاضي سلطة واسعة في تقدير جسامة الخطأ، إذا لم يقيده المشرع، كما هو الحال بالنسبة للمشرع المصري قديما الذي حدد الحالات التي يمكن فيها للإدارة اللجوء إلى توقيعها جزاء سحب العمل من المقاول(2) قبل أن يعود في اللائحة الجديدة 1998 في المادة 84 ويضع نصا عاما(3).

(1) ــ **إبراهيم محمد علي** : المرجع السابق ، ص 108.

ــ **هارون عبدالعزيز الجمل** : المرجع السابق ، ص 189.

(2) ــ المادة 82 من اللائحة التنفيذية القديمة حددت خمس حالات يمكن فيها للإدارة اللجوء إلى سحب العمل من المقاول .

ــ **سليمان محمد الطماوي** : المرجع السابق ، ص 484 .

(3) ــ **أنس جعفر** : العقود الإدارية ، المرجع السابق ، ص 436.

ب ــ أما رفض المقاول للأوامر المصلحية، كما أسلفنا فالمقاول في عقد الأشغال العامة يجب عليه الإمتثال للأوامر المصلحية التي تصدرها الإدارة متى كانت تلك الأوامر مستوفية للشروط القانونية (تكون مكتوبة وتصدر من سلطة مختصة ... إلخ).

والإدارة بما تملكه من سلطة توجيه ومراقبة في تنفيذ الأشغال العامة، فإنها بناء على ذلك قد تصدر أوامر للمقاول المتعاقد الذي يقوم بالتنفيذ، وعلى هذا الأخير الإمتثال لتلك الأوامر وما تتضمنه من مقتضيات تنفيذ الأشغال ومن شأن عدم إمتثاله للأوامر المصلحية أن يعرضه للعديد من الجزاءات، منها وضع المقاولة تحت النظام أو الإدارة المباشرة أو فسخ العقد.

ويشمل إلتزام المقاول بالأوامر المصلحية إضافة إلى التنفيذ الدقيق للعقد، أيضا تنفيذ التعديلات التي قد تجريها الإدارة في الحدود التي أسلفنا (إذا كانت تدخل في تقديرات المتعاقدين أو أعمال ذات أهمية بسيطة ... إلخ).

فإذا رفض المقاول الإستجابة لتلك الأوامر، جاز للإدارة وضع المقاول تحت الإدارة المباشرة أما إذا كانت تلك الأوامر تشمل تعديلات خارجة عن العقد ، أو تعدل شروطه الأساسية بشكل كبير، فإن عدم إمتثال المقاول لتلك الأوامر لايقبل كمبرر للإدارة المباشرة للمقاولة (1).

ب ـ وجوب إعذار المقاول (وإعطاءه مهلة معينة) الشرط الثاني الذي يتطلب المشرع وكذا الفقه والقضاء لوضع المقاولة تحت الإدارة المباشرة، وجوب إنذار المقاول وتنبيهه إلى الخطأ الذي وقع فيه، وبالتالي وجوب تداركه في مهلة زمنية معينة يحددها له الإنذار، فالإعذار شرط أساسي لصحة الجزاء الذي توقعه الإدارة على المقاول الذي إرتكب خطأ جسيما في تنفيذ إلتزاماته التعاقدية(2)، طبعا إلا إذا نص في العقد أو في دفتر الشروط على إعفاء الإدارة من هذا الإجراء(1). أو في حالة الإستعجال(2).

(1) ــ **عبدالمجيد فياض** : المرجع السابق ، ص 216.
ــ **إبراهيم محمد علي** : المرجع السابق ، ص 109.
(2) ــ **هارون عبدالعزيز الجمل** : المرجع السابق ، ص 200.

والمقصود بالإعذار هنا هو وضع المقاول في وضع المتأخر أو المقصر في تنفيذ التزاماته، وكما هو معروف في القانون المدني أن مجرد إستحقاق أداء الإلتزام لايكفي لجعل المدين معذورا بل يجب على الدائن أن يقوم بإعذاره ما لم يقض الإتفاق بغير ذلك.

وبالنسبة للمشرع الجزائري فالمادة 35 من دفتر الشروط السالفة الذكر فرضت إجراء الإعذار الذي يجب أن يوجهه المهندس (ممثل الإدارة) إلى المقاول يحدد له فيه أجل إستدراك الخطأ، مدة هذا الأجل يجب ألا تقل عن عشرة أيام إبتداء من تاريخ التبليغ كحد أدنى، أما الحد الأقصى فهو مفتوح يبقى للسلطة التقديرية للإدارة التي تراعي العمل المطلوب من المقاول.

أما المشرع المصري فقد حدد الأجل خمسة عشر يوما من تاريخ الإنذار كفرصة للمقاول من أجل تصحيح الخطأ وتدارك التقصير، وإلا حق للإدارة تطبيق الجزاءات الضاغطة(3) .

ولايتطلب قرار الإعذار شكلا معينا، فكل شكل يبين أن نية الإدارة قد إتجهت إلى توقيع الجزاء عليه، حتى تتاح له فرصة تفادي ذلك بالتعجيل في تنفيذ ما هو مطلوب منه.

ج ـ فسخ العقد بحكم القانون : إذا كان فسخ العقد كجزاء على تقصير المقاول في أداء إلتزاماته لايمكن للإدارة أن تلجأ إلى توقيعه إلا إذا توفر الشرطين السابقين، فإن هناك حالات يتم فيها الفسخ بحكم القانون ولا مجال معها لتقدير الإدارة في إمكانية توقيع الجزاء من عدمه وهو ما ورد في دفتر الشروط الإدارية العامة الجزائري CCAG التي أوردت حالات : الوفاة، الإفلاس والتسوية القضائية، إذ في هذه الحالات يفسخ العقد

ـــ **سليمان محمد الطماوي** : المرجع السابق ، ص 552.

ـــ **أحمد عثمان عباد** : المرجع السابق ، ص 395.

(1) ـــ **حسين درويش عبدالعال** : المرجع السابق ، ص 18.

- **DELAUBADERE** : … Contrats , T2 , Op Cit, P 158.

(2) ـــ الفقرة 2 من المادة 35 من CCAG الجزائري تشترط ألا يقل الأجل عن عشرة أيام إلا في حالة الاستعجال ، حيث يفهم أنه يمكن تقصير المدة في هذه الحالة.

(3) ـــ المادة 84 من القانون 89 لسنة 1998 المصرى السابق الإشارة إليه .

وبدون تعويض، إلا إذا قبلت الإدارة في حالة الوفاة إقتراح الورثة بتكملة الأشغال أو قبول عرض وكيل دائني التفليسة وموافقة المحكمة على ذلك.

فالفسخ في هذه الحالات وجوبي، وقد نص المشرع المصري أيضا على الفسخ الوجوبي، ولكن جعله لأسباب أخرى كالغش وذلك وفقا لقانون المناقضات والمزايدات السابق الإشارة إليه.

3 ـ الآثار القانونية للإدارة المباشرة

نشير في النهاية إلى أن أغلب الفقهاء(1) يعتبرون إجراء سحب العمل من المقاول وتنفيذه على حسابه كجزاء على تقصيره من النظام العام، ولا تستطيع الإدارة أن تضمن العقد شرطا يحرمها هذا الحق وإلا وقع هذا الشرط باطلا لأنه يلغي في الواقع سلطة قانونية ضرورية لضمان سير المرفق العام.

ويترتب على سحب العمل آثار يمكن إجمالها في الآتي :

ـــ سحب العمل بمقتضى إجراء الإدارة المباشرة هو إجراء مؤقت(2) لاينهي الرابطة العقدية بين المقاول وصاحب الأشغال، ولها أن تنهي الجزاء في أي وقت وبالتالي إستئناف المقاول إدارة الأشغال.

ـــ تقوم الإدارة بتنفيذ الأشغال إما بنفسها أو عن طريق الغير بحسب ما تقدره هي ويتم ذلك على مسؤولية المقاول(3) المتعاقد ولحسابه، وبذات الشروط المنصوص عليها في العقد، فالمقاول وحده يتحمل مخاطر المشروع.

ـــ من حق المقاول المسحوب منه العمل مراقبة تنفيذ الأشغال في مقابل إلتزاماته بالنفقات والمصروفات الإضافية الناجمة عن إجراء الإدارة المباشرة، ولايستطيع أن يتحلل

(1) ـــ **إبراهيم محمد علي** : المرجع السابق ، ص 11 وما بعدها .
ـــ **هارون عبدالعزيز الجمل** : المرجع السابق ، ص 179.
- **DELAUBADERE** :… Contrats , T2 , Op Cit, P 155.
(2) ـــ **إبراهيم محمد علي** : المرجع السابق ، ص 112.
(3) ـــ **رياض عبد عيسى** : المرجع السابق ، ص 351.

من هذه المصروفات الإضافية إلا إذا أثبت أن سبب الزيادة يعود إلى خطأ الإدارة في التنفيذ، وهنا يحق طلب إستبعاد المصروفات التي لا أساس لها.

وإذا تم التنفيذ بثمن أقل من القيمة المقدرة في العقد، فلا يحق للمقاول أن يطالب بهذا الفائض حتى لايستفيد من تقصيره، وهو ما جاء به المشرع الجزائري والمصري كذلك(1) حيث جاء في CCAG الجزائري في المادة 35 الفقرتان 7 و 8 : " ... إن الزيادة الحاصلة في النفقات الناجمة عن النظام المباشر أو من الصفقة الجديدة يجري إقتطاعها من المبالغ التي يستحقها المقاول، وبخلاف ذلك، فمن ضمانه . ولايحول ذلك دون ممارسة الإجراءات التي تتخذ بحقه في حالة عدم التسديد.

إذا أدى النظام المباشر أو الصفقة الجديدة بالعكس إلى خفض في النفقات فلا يجوز للمقاول المطالبة بأية حصة من هذا الربح الذي يعتبر حقا مكتسبا للدولة ... ".

إذ يسمح للمقاول بمتابعة عمليا ت التنفيذ فإنه لايحق له التدخل فيها وبالتالي عرقلة العمل أو الإعتراض على أوامر المكلف بالإدارة(2).

تستطيع الإدارة صاحبة الأشغال في ظل النظام المباشر (الإدارة المباشرة) أن تستعمل المواد والأدوات والآلات والمنشآت الخاصة بالمقاول، كما أن لها الحق في الإحتفاظ بها حتى بعد إنتهاء الأشغال ضمانا لحقوقها(3).

كما أن للإدارة أن تجمع بين وسائل الضغط والجزاءات الأخرى(4) والتي منها حق توقيع الغرامات ما دامت هذه الجزاءات لاتتناقض مع الإدارة المباشرة كما لو كانت

(1) ــ **هارون عبدالعزيز الجمل** : المرجع السابق ، ص 224.
(2) ــ المادة 6/35 من CCAG الجزائري.
(3) ــ **أنس جعفر** : العقود الإدارية ، المرجع السابق ، ص 227.
ــ **إبراهيم محمد علي** : بلمرجع السابق ، ص 113 .
ــ **رياض عبد عيسى** : المرجع السابق ، ص 352 .
ــ **سليمان محمد الطماوي** : المرجع السابق ، ص 479 .
(4) ــ **سليمان محمد الطماوي** : المرجع السابق ، ص 486.

فسخ العقد مثلا، لأنه لايعقل أن تفسخ الإدارة العقد وفي نفس الوقت تقوم بالإدارة المباشرة للمقاولة.

يمكن أن يكون وضع المقاولة تحت الإدارة المباشرة جزئيا فقط Parcielle ولايشمل بالضرورة جميع الأشغال إذا كانت طبيعة هذه الأخيرة تسمح بتجزئتها(1).

وأخيرا فإن تطبيق إجراءات الضغط تخضع لرقابة القضاء اذ من حق المقاول أن ينازع أمام القضاء في صحة إجراء توقيع الجزاء عليه، وللقاضي أن يحكم على الإدارة بالتعويض، متى قدر أنها تسببت بتصرفها المعيب بإلحاق ضرر بالمقاول المتعاقد(2)، ولكن دون أن يستطيع إلغاء الإجراء .

بالنسبة لمجلس الدولة الفرنسي يعكس مجلس الدولة المصري الذي يلغي إجراء الضغط في عقد الأشغال العامة(3).

4 - الفسخ الجزائي

يعتبر الفسخ الجزائي للعقد من جانب الإدارة المتعاقدة نتيجة الأخطاء الجسيمة الصادرة عن مقاول الأشغال العامة هو التطبيق الثاني لسلطة الإدارة في إنهاء العقد كجزاء على متعاقديها وذلك في مجال عقد الأشغال العامة.

فيمكن تعريف الفسخ الجزائي بأنه ذلك الجزاء المتشدد الذي توقعه الإدارة صاحبة العمل على المقاول الذي أخل بتنفيذ إلتزاماته التعاقدية بشكل جسيم والذي يترتب عنه إستبعاد المقاول بشكل نهائي من الإستمرار في تنفيذ الأشغال موضوع العقد(4).

---

(1) - **DELAUBADERE** : … Contrats , T2 , Op Cit, P 368.

(2) ــ **أحمد عثمان عباد** : المرجع السابق ، ص 360.

(3) ــ **هارون عبدالعزيز الجمل** : المرجع السابق ، ص 240 و 245 .

(4) ــ **محمد صلاح عبدالبديع السيد** : سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه ، جامعة الزقازيق، جمهورية مصر العربية، 1993، ص 170 .

والإدارة لاتلجأ إلى توقيع هذا الجزاء إلا بعد أن يتأكد لها بصفة نهائية أن المقاول لم يعد بإمكانه تقديم معاونته ومشاركته في تنفيذ المرفق العام.

فالإدارة يسمح لها بإنهاء العقد حين يظهر لها وبصورة أكيدة أن المقاول لم ينفذ أو لم يعد قادرا على تنفيذ إلتزاماته على وجه مرض أو لم يعد قادرا على تأمين التنفيذ مما يعرض المرفق العام، وبالتالي المصلحة العامة للخطر، فهنا للإدارة أن تستغني نهائيا عن مشاركة هذا المقاول، فهذا هو أساس سلطة الإدارة في هذا الشأن بحسب ما يذهب إليه الفقه(1).

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

إنقسم الفقه الفرنسي حول هذه المسألة إلى فريقين :

فريق يرى أن الفسخ في عقد الأشغال العامة ليس الا تطبيقا للمبدأ المقرر في القانون المدني الذي يقضي بأن الفسخ دائما مقرر في العقود الملزمة للجانبين حال عدم قيام أحد الأطراف بتنفيذ إلتزاماته جاز للطرف الثاني طلب حل الرابطة العقد حتى يتحلل من إلتزاماته.

إلا أن أغلبية الفقه(2) قد إستبعدت تطبيق أحكام القانون المدني على عقد الأشغال العامة على إعتبار أن ما تتضمنه أحكام هذا القانون تختلف في موضوعها عن موضوع الفسخ في عقد الأشغال العامة من حيث أن هذا الأخير ليس بين أفراد، بل بين الإدارة وما تمثله من مصلحة عامة وبين المقاول الذي يمثل المصلحة الخاصة، ثم أن الإدارة هي من تقرر وتوقع الفسخ في هذه الأشغال العامة وليس القاضي هو من يحكم به كما في القانون المدني ... وغيره من أوجه الإختلاف.

---

(1) ــ **أحمد عثمان عباد** : المرجع السابق ، ص 362 .

ــ **رياض عبد عيسى** : المرجع السابق ، ص 356.

(2) ــ **محمد صلاح عبد البديع** : المرجع السابق ، ص 172.

لذلك فإننا نرى ومع غالبية فقهاء القانون الإداري بأن توقيع الفسخ كجزاء على مقاول الأشغال العامة يجد أساسه في الطبيعة الخاصة لعقد الأشغال العامة (أشغال مملوكة للإدارة + متعلقة بمرفق عام).

وعليه فنظام الفسخ يختلف في عقد الأشغال العامة، كون الإدارة وهي أحد طرفي العقد تملك أن تعلن هذا الفسخ دون اللجوء إلى القضاء، وذلك باعتباره من الجزاءات الضاغطة التي تملك توقيعها على المقاول المقصر كجزاء لخطئه الجسيم، والذي يترتب عنه إنقضاء 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(1).

كما يتميز فسخ العقد الجزائي بسبب خطأ المقاول عن إنهاء العقد الذي قد تلجأ إليه الإدارة المتعاقدة لضرورة المصلحة العامة (2).

وتنص غالبا دفاتر الشروط العامة أو الخاصة على حق الإدارة في توقيع جزاء الفسخ على المقاول الذي يقصر في تنفيذ التزاماته.

فقد نص المرسوم التشريعي المنظم للصفقات العمومي في الجزائر على " إذا لم ينفذ المتعاقد إلتزاماته، توجه له المصلحة المتعاقدة إعذارا ليفي بالتزامته التعاقدية في أجل محدد ـــ وإذا لم يتدارك المتعاقد تقصيره في الأجل الذي حدده الإعذار المنصوص عليه أعلاه، يمكن المصلحة المتعاقدة أن تفسخ الصفقة من جانب واحد ... "(3).

والملاحظ أن المشرع الجزائري إستعمل عبارات عامة من شأن تطبيقها الحرفي من قبل الإدارة اللجوء إلى الفسخ في كل صغيرة وكبيرة. خاصة وأنه حين تكلم عن التقصير

(1) ـــ **عيسى عبد القادر الحسن** : المرجع السابق ، ص 168 وما بعدها .
ـــ **هارون عبد العزيز الجمل** : المرجع السابق ، ص 250 .
(2) ـــ **رياض عبد عيسى** : المرجع السابق ، ص 356.
ـــ **إبراهيم محمد علي** : المرجع السابق ، ص 126 .
(3) ـــ المادة 112 من المرسوم الرئاسي 10/236 السابق الإشارة إليه، ورد النص تحت عنوان " الفسخ".

الخطير من جانب المقاول في المادة 35 فقرة 11 من دفتر الشروط الإدارية فقد نص على جزاء أشد من الفسخ والذي يتمثل في إمكانية إقصاء المقاول من قبل الوزير (قمة الهرم للإدارة المتعاقدة) للمقاول وبصفة نهائية من المشاركة في العقود التي تبرمها إدارته مستقبلا، وذلك في حالات تكرار وقوع المخالفات في التنفيذ، حالة التدليس وحالة التقصير الخطير.

وهذا ما يجعلنا نفهم أن حالات الخطأ الأخرى غير هذه الثلاث المذكورة يمكن توقيع جزاء الفسخ بشأنها، وهو أمر غير منسجم.

إذ كان على المشرع الجزائري في المرسوم الرئاسي وفي المادة 99 أن يذكر على الأقل بعض الحالات التي يمكن اللجوء فيها إلى الفسخ على أن يكون ذلك على سبيل المثال وكمؤشر فقط كما فعل المشرع المصري في القانون رقم 89/1998 المادة 21 وما بعدها، حيث نظم سلطة الفسخ وأيضا المشرع الفرنسي نظم هذه السلطة في دفتر الشروط الإدارية الصادرة في جانفي 1976 بالمواد 46 ومابعدها.

أ ـ شروط ممارسة سلطة الفسخ : نظرا لخطورة هذا الجزاء فإن سلطة الإدارة في توقيعه لاتعتبر سلطة مطلقة، بل هي مقيدة حيث تخضع الإدارة في ممارسته لعدة شروط جوهرية يشترطها الفقه والقضاء بل وحتى التشريع، خاصة وأن الإدارة ليست في حاجة إلى اللجوء إلى القضاء من أجل توقيع هذا الجزاء، كما أنها تستطيع أن تمارس هذه السلطة حتى ولو لم ينص عليها العقد أو كراسة الشروط(1)، إلا أن اللجوء إلى هذا الإجراء لابد له من مبرر أو شروط :

1 ــ يتمثل المبرر أي الشرط الأول في إرتكاب المقاول لمخالفة، وإن كان كل مخالفة يرتكبها المقاول المتعاقد تعتبر خطأ تعاقديا من جانبه ضد المرفق العام، إلا أنه لايعتبر كل مخالفة سبب لتوقيع جزاء الفسخ بل يجب أن يكون خطأ المقاول على درجة

(1) ــ **أحمد عثمان عباد** : المرجع السابق ، ص 362 .

- **DELAUBADERE** : … Contrats , T2 , Op Cit, P 163.

معينة من الجسامة، لأن جزاء الفسخ يتطلب صدور خطأ جسيم من المقاول[1] ويكون كذلك إذا كان إخلالا بالتزام تعاقدي أو قانوني جوهري.

ومن قبيل تلك التي إعتبرها مجلس الدولة الفرنسي مقبولة[2] كمبرر لتوقيع جزاء أو فسخ العقد مثلا ترك الأشغال، وإهمال مواعيد تنفيذها، وكذلك الغش في الأشغال، وعدم إكمال دفع أقساط التأمين والتنازل عن العقد دون موافقة الإدارة ورفض تنفيذ الأوامر المصلحية الصادرة من الإدارة.

وعموما يرى الفقه الفرنسي أن كل الأعمال المبرره لوضع المقاولة تحت الإدارة المباشرة إذا إزدادت جسامتها بدرجة معينة فإنها ذاتها تبرر الفسخ[3] ويرجع ذلك إلى أن الفسخ أشد جسامة في آثاره من جزاء وضع المقاولة تحت الإدارة المباشرة الذي هو إجراء مؤقت وقد ينتهي إلى الفسخ " ... وعلى كل حال يرجع الأمر المتعلق بهذه العمليات إلى الوزير الذي يمكنه تبعا للظروف أن يأمر إعادة إجراء المناقصة على ذمة المقاول المتخلف أو بفسخ الصفقة دون قيد أو بمتابعة النظام المباشر للإدارة ... "[4].

وللإدارة وحدها إذن (الوزير) تقدير مدى جسامة خطأ المقاول وما إذا كان كافيا لتوقيع الفسخ، ويقوم القاضي بناء على دعوى المقاول برقابة تقدير الإدارة لمدى جسامة الخطأ وكفايته لتقرير الفسخ، فإن رأى القاضي خلافا ما قدرت الإدارة فإنه لايملك إلا أن يحكم للمقاول بالتعويض دون أن يلغي قرار الإدارة بالفسخ، لأن النزاع أصلا يعرض أمام قاضي العقد لا قاضي الإلغاء[5]. وإذا ما نص العقد على أخطاء تؤدي إلى فسخ

---

(1) ــ **إبراهيم فياض** : المرجع السابق ، ص 225.

(2) ــ **إبراهيم محمد علي** : المرجع السابق ، ص 129.

ــ **هارون عبدالعزيز الجمل** : المرجع السابق ، ص 266 وما بعدها .

ــ **رياض عبد عيسى** : المرجع السابق ، ص 358.

ــ **محمد صلاح عبدالبديع** : المرجع السابق ، ص 201.

(3) ــ **محمد صلاح عبدالبديع** : المرجع السابق ، ص 199.

- **DELAUBADERE** : … Contrats , T2 , Op Cit, P 121.

(4) ــ المادة 35 الفقرة 5 من CCCAG دفتر الشروط الجزائري.

(5) ــ **محمد صلاح عبدالبديع** : المرجع السابق ، ص 201.

العقد، فإن ذلك لايعني حرمان الإدارة من توقيع هذا الجزاء على المقاول إذا إرتكب خطأ جسيما خارج تلك المنصوص عليها في العقد(1).

2 ــ أما الشرط الثاني الذي ينبغي توفره حتى يمكن للإدارة توقيع جزاء الفسخ، فيتمثل في إلتزام الإدارة بإعذار المقاول طبقا لما إستقر عليه الفقه والقضاء(2)..

وهو ما نص عليه أيضا المشرع الجزائري في المادة 99 من المرسوم الرئاسي المتضمن قانون الصفقات العمومية السابق ذكره، وكذا المادة 1/35 من دفتر الشروط العامة CCAG التي سبق ذكرها.

إلا أن سكوت المشرع أو كراسة الشروط أو عدم إشتراط العقد للإعذار قبل توقيع الجزاء لايغير من الوضع شيئا، إذ لابد من إعذار المقاول قبل توقيع الجزاء عليه حتى مع عدم النص على ذلك(3) وإلا كان قرار الفسخ معيبا ويعفى المقاول المفسوخ عقده من النتائج المالية الباهضة المترتبة على الفسخ حسب ما إستقر عليه القضاء الفرنسي(4)كما أسلفنا ذلك أن القاضي لايملك سلطة إلغاء قرار الإدارة بالفسخ الجزائي ولو أنه معيب.

إلا أنه وعلى الرغم من إلتزام الإدارة كقاعدة عامة بضرورة إعذار المقاول قبل الفسخ إلا أن هناك حالات تعفي فيها الإدارة من هذا الإلتزام وفقا للفقه والقضاء الفرنسيين وهي :

ـــ حالة ما إذا ورد نص صريح يعفي الإدارة من توجيه الإعذار قبل توقيع الجزاء، سواء كان النص في العقد أو في دفتر الشروط العامة .

(1) ــ **محمد صلاح عبدالبديع** : المرجع السابق ، ص 201.

(2) ــ **هارون عبدالعزيز الجمل** : المرجع السابق ، ص 275.

(3) - **F. LLORENS** : Op Cit, P 437.

(4) - C.E. 8/11/1985 Entreprise Ozilou , R.D.P. 1986 , P 1738.

ويشترط في هذه الحالة أن يكون التعبير عن إرادة الطرفين في إعفاء الإدارة من الإعذار المسبق بشكل واضح وصريح، وفي حالة الشك حول شرط الإعفاء فإن إجراء الإعذار المسبق يكون واجبا وملزما قبل الفسخ(1).

كما تعفي الإدارة من الإعذار المسبق حالة ما إذا أعلن المقاول صراحة عن رفضه لتنفيذ إلتزامه أو عدم قدرته على ذلك، إذ لافائدة من الإعذار في هذه الحالة.

كما أنه لاضرورة ولا جدوى من الإعذار إذا كانت الظروف تؤكد عدم فائدته بفعل المقاول كغشه في التنفيذ أو إرتكابه لمخالفة يصعب تداركها أو إصلاح الوضع حتى مع الإعذار.

وفي حالة تنازل المقاول من عقده دون موافقة الإدارة وفقا لما ينص عليه التشريع أو قام بالتعاقد من الباطن.

كما أن الإدارة تعفي من الإعذار المسبق قبل توقيع جزاء الفسخ في حالة الإستعجال، لأن الظرف لايسمح من حيث سعة الوقت لذلك.

وأخيرا تعفى الإدارة من ضرورة إعذار المقاول قبل فسخ عقده إذا كان هذا الفسخ ــ كما أسلفنا ــ تاليا لجزاء سابق هو وضع المقاولة تحت الإدارة المباشرة لأن هذا الأخير جزاء مؤقت قد ينتهي إلى الفسخ إذا إستمر المقاول في المخالفة، شرط أن تكون هذه المخالفة ذاتها هي سبب توقيع جزاء الفسخ.

وغني عن البيان أن الجهة التي توجه الإعذار يجب أن تكون مختصة وفقا لما ينص عليه العقد أو دفتر الشروط وإلا فالجهة المختصة باتخاذ الاجراءات التمهيدية.

كما أنه غني عن البيان ضرورة منح المقاول فرصة من الزمن بين تاريخ توجيه الإعذار وتاريخ توقيع الجزاء تكون كافية لتدارك تقصيره، وإلا فلا معنى لتوجيه الإعذار.

(1) ــ **محمد صلاح عبدالبديع** : المرجع السابق ، ص 217.

لأن هذه المدة الغرض منها هو فسخ المجال للمقاول من أجل إصلاح أخطائه وتنفيذ التزاماته.

كما أن منح هذه الفرصة هي من أجل تمكين المقاول من تقديم ملاحظاته وأوجه دفاعه وتبريراته لعدم تنفيذ التزاماته قبل توقيع الجزاء عليه(1).

ب ـ الآثار القانونية المترتبة عن الفسخ الجزائي : تبعا لآثار الفسخ الجزائي على مركز المقاول صاحب العقد المفسوخ يتم التمييز عادة بين نوعين من الفسخ الجزائي لعقد الأشغال العامة(2).

أ ـ الفسخ الجزائي على حساب ومسؤولية المقاول : وذلك عندما تحمل الإدارة المقاول آثار هذا الفسخ وذلك ،عن طريق إعادة طرح الأشغال موضوع العقد لمناقصة جديدة على مسؤولية المقاول المقصر وعلى حسابه ،من أجل إختيار مقاول آخر لإستكمال تنفيذ الأشغال، وما ينجر على ذلك من أعباء ضخمة يتحملها المقاول المفسوخ عقده بسبب تقصيره وإهماله.

كما يمكن الإدارة بعد فسخ العقد أن تتفق بشكل مباشر أي بالتراضي مع مقاول آخر، ويجمع الفقه الفرنسي على أن فسخ العقد مع إعادة طرح الصفقة في مناقصة عامة هو إجراء لايمكن اللجوء إليه بناء على القواعد العامة، بل لابد أن يكون منصوصا عليه في العقد(3)، وذلك لخطورة نتائجه وما يتضمنه من عقوبة قاسية بالنسبة للمقاول، الذي يتحمل تكاليف غالية جدا، لذلك وجب موافقته على ذلك بناء على العقد.

لذلك فإن إجراء إعادة المناقصة هو إجراء إداري ولايمكن أن يحكم به القاضي، غير أن هذا الأخير يمكنه مراقبة إجراءات إعادة التعاقد التي تقوم بها الإدارة، سواء كانت

(1) ــ **محمد صلاح عبدالبديع** : المرجع السابق ، ص 222.
(2) ــ **حسن درويش عبدالعال** : المرجع السابق ، ص 75.
ــ **سليمان محمد الطماوي** : المرجع السابق ، ص 504 .
ــ **عيسى عبدالقادر الحسن** : المرجع السابق ، ص 179 وما بعدها .
(3) ــ **عبدالمجيد فياض** : المرجع السابق ، ص 272.

المناقصة أو الممارسة، وما إذا تمت بشكل قانوني وبأسلوب لايتضرر منه المقاول المفسوخ عقده، الذي يعترف له بضمانات مأجل حماية مصالحه منها.

أن يتم العقد الجديد على أساس دفتر شروط العقد المفسوخ واحترام أشكال ومواصفات الأشغال المطلوبة .

ب ـ الفسخ المجرد : ويقصد به الفسخ الجزائي الذي ينهي الرابطة العقدية ودون التعاقد على حساب المقاول المفسوخ عقده، كما في حالة إفلاس المقاول وتصفية ذمته المالية، حيث غالبا ما ينص العقد على الفسخ المجرد في مثل هذه الحالة، حيث تبعد الإدارة المقاول المفلس دون أن تحمله مخاطر التعاقد الجديد.

أي أن الإدارة هنا تبدو أقل صرامة في ممارسة سلطة الجزاء عنها في الفسخ على حساب المقاول.

الفصل الثاني
إلتزامات الإدارة وأثر مخالفتها

إذ كانت الإدارة تتمتع بامتيازات السلطة العامة فإن ذلك لا ينفى كون عقد الأشغال العامة كغيره من العقود التبادلية، تترتب عنه التزامات متقابلة تقع على طرفيه. فحتى وإن كانت الإدارة المتعاقدة تستطيع بإرادتها المنفردة أن تفرض على المقاول المتعاقد معها بعض الشروط(1) أو تمتلك بعض السلطات (التعديل مثلا) وذلك بناء على ما تملية فكرة المصلحة العامة التي تطغى على نطاق التزامات المقاول في هذا العقد باعتباره معاونا للإدارة في المرفق العام يعنيه تحقيق الصالح العام وإن كانت هذه السلطات (الإستثنائية) (2) التي تملكها الإدارة العامة في تنفيذ عقد الأشغال العامة هي التي تعطى لهذه العقود ذاتية خاصة، إلا أن كل ذلك لا يعنى أن نصل إلى إهدار فكرة "العقد الإداري" من أساسها الذي وإن كان يتميز من عدة أوجه عن العقد المدني، فإن هذا لا يتعارض مع ما

(1) ــ **حسين درويش عبدالعال** : المرجع السابق ، ص 103 وما بعدها.
ــ **عيسى عبد القادر الحسن**: المرجع السابق ، ص 177 وما بعدها.
(2) ــ **محمد سعيد حسين أمين** : المرجع السابق ، ص 196 وما بعدها.

يتمتع به هو أيضا من قوة ملزمة للجانبين باعتباره نتاج توافق إرادتين لأن حتى السلطات التي تمتلكها الإدارة في هذا العقد ليست مطلقة بل هي محدودة بضوابط وتمارس في إطار من المشروعية(1) كما أسلفنا.

فعقد الأشغال العامة إذا ملزم للطرفين معا، في الحدود التي تتفق مع طبيعة الروابط الإدارية.

فتقع على عاتق الإدارة في عقد الأشغال العامة التزامات تعاقدية يترتب على مخالفتها جزاء يكون من حق المقاول المطالبة بتوقيعه(2)، لأن الأثر الجوهري للعلاقة التعاقدية الملزمة للجانبين هو التزام كل طرف بتنفيذ ما التزم به وإلا تعرض للمسئولية التعاقدية.

ومن هنا فإن إبرام الإدارة لعقد أشغال عامة مع مقاول يفرض عليها التزامات شاركت في تكوينها وينبغي عليها إحترامها والوفاء بتعهداتها لتمكين الطرف الآخر (المقاول) من تنفيذ التزاماته وبالتالي حسن سير المرفق العام موضوع العقد تحقيقا للصالح العام(3).

غير أنه وإن كان تقرير مسؤولية الإدارة التعاقدية لاتكون إلا في إطار العلاقة التعاقدية ووفقا للأحكام القانونية التي تخضع لها هذه العلاقة، بمعنى ألا وجود لمسؤولية تعاقدية بدون وجود عقد(4) فإن السؤال هو عن ماهية الإلتزامات وعن طبيعة جزاء مخالفتها ؟.

(1) ــ **سليمان محمد الطماوي** : العقود ، المرجع السابق ، ص 512 وما بعدها .
(2) ــ **أنس جعفر** : العقود الإدارية، المرجع السابق ، ص 243 .
(3) ــ **محمد سعيد حسين أمين** : المرجع السابق ، ص 196.
ــ **إبراهيم محمد علي** : المرجع السابق ، ص 145 .
(4) - **DELVOLVE. P** : Responsabilité Contractuelle. Encyclopéde ,Dalloz. Repretoire de la Responsabilite de le Puissance Publique, 1995, P. 110.

المبحث الأول
إلتزامات الإدارة المتعاقدة

إن إلتزامات الإدارة صاحبة المشروع في عقد الأشغال العامة، ليست بكثرة ولا بتنوع إلتزامات المقاول المتعاقد معها، ولا تحدد كراسات الشروط العامة إلتزامات الإدارة بالأسلوب الذي تحدد به به إلتزامات المتعاقد معها (المقاول).

ورغم ذلك تقع على عاتق الإدارة إلتزامات على الأقل بموجب القوة الملزمة للعقد، وينبغي عليها إحترامها، وإلا قامت مسؤوليتها متى توفرت أركان تلك المسؤولية، من خطإ، وضرر، وعلاقة سببية(1). إذ لايمكن تقرير مسؤولية الإدارة إلا إذا كان الضرر الذي لحق بالمقاول مرتبطا بتنفيذ العقد نتيجة خطأ الإدارة لعدم تنفيذ من جانبها لإلتزاماتها أو تقصيرا في ذلك(2).

وعموما فإن إلتزامات الإدارة صاحبة المشروع تتمحور حول مساعدة المقاول المتعاقد على تنفيذ إلتزاماته، وتمكينه من حقوقه المادية.

المطلب الأول
الإلتزام بمساعدة المقاول على تنفيذ العقد

تتمثل أهم إلتزامات الإدارة المتعاقدة في عقد الأشغال العامة خاصة في وجوب تمكينها المقاول المتعاقد معها من الشروع في تنفيذ الأشغال المتعاقد بشأنها، وكذا تنفيذ العقد طبقا لمبدأ "حسن النية في التنفيذ " إضافة إلى إحترام آجال التنفيذ المتفق عليها للإنجاز.

(1) ــ **حسين درويش عبدالعال** : المرجع السابق ، ص 103 .
ــ **إبراهيم محمد علي** : المرجع السابق ، ص 144 .
(2) ــ **راجع محمد علي عمر** : المرجع السابق ، ص 189 .

الفرع الأول
الإلتزام بتمكين المقاول من تنفيذ العقد

لايمكن للمقاول أن يشرع في التنفيذ إلا بعد أن تصبح الصفقة نهائية، وتكون الصفقة نهائية بعد إمضائها من الجهة المختصة والموافقة عليها من السلطة المختصة التي حددها المشرع : " لاتصح الصفقة ولاتصبح نهائية إلا إذا وافقت عليها السلطة المختصة المذكورة أداه :

- ــ الوزير فيما يخص صفقات الدولة .
- ــ مسؤول الهيئة الوطنية المستقلة .
- ــ الوالي فيما يخص صفقات الولاية .
- ــ رئيس المجلس الشعبي البلدي فيما يخص البلدية .
- ــ المدير العام أو المدير فيما يخص المؤسسة العمومية ذات الطابع الإداري.
- ــ المدير العام أو المدير فيما يخص المؤسسة العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري.
- ــ مدير مركز البحث والتنمية .
- ــ مدير المؤسسة العمومية الخصوصية ذات الطابع العلمي والتكنولوجي.
- ــ مدير المؤسسة العمومية ذات الطابع العلمي والثقافي.
- ــ الرئيس المدير العام أو المدير العام للمؤسسة العمومية الإقتصادية.

ويمكن لكل سلطة من هذه السلطات أن تفوض صلاحياتها في هذا المجال إلى المسؤولين المكلفين بأي حال بتحضير الصفقتات وتنفيذها طبقا للأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها"(1).

(1) ــ راجع المادة 8 من المرسوم الرئاسي رقم 236/10 المتضمن قانون الصفقات العمومية.

وبعد أن يصبح العقد نهائيا، فإن أول إلتزام يقع على الإدارة صاحبة المشروع هو تمكين المقاول من الشروع في تنفيذه، وذلك عن طريق تمكينه من الوسائل اللازمة لذلك، ووضعها تحت تصرفه بمجرد إستكمال إجراءات المصادقة(1).

وتتمثل وسائل التنفيذ التي يجب على الإدارة تمكين المقاول منها على وجه الخصوص في :

ـــ تسليم مستندات المشروع للمقاول مع الرسوم والمخططات والتصاميم وفقا لما ينص عليه المشرع، تحت عنوان المستندات التي تسلم للمقاول " بمجرد توقيع الصفقة يقوم المهندس الرئيسي بتسليم المقاول، وبدون نفقة ولقاء إيصال نسخة مدققة ومصادق على مطابقتها للمشاركة في دفتر الشروط الخاص والمستندات الأخرى الخاصة المعتبرة صراحة كدستور الصفقة ... "(2).

فالإدارة التي تقوم بإعداد العقد تستعين في ذلك بمخططات ورسومات، تتضمن مقاسات وتصاميم، موضوعة من قبل مختصين (خاصة إذا تعلق الأمر بإقامة أو تشييد مباني).

والتنفيذ الذي يباشره المقاول يعتمد أساسا على تلك المعطيات والبيانات، لذلك وجب على الإدارة أن تمكنه منها .

وفي هذا ينص المشرع الجزائري على : " ... يتلقى المقاول مجانا من المهندسين أو المهندس المعماري خلال مقاولته نسخة مصدق عليها عن كل الرسومات المتعلقة بالمقتضيات المقررة بالمشروع، وعن المستندات اللازمة لتنفيذ الأشغال ...

(1) ـــ راجع **حسن درويش عبدالعال** : المرجع السابق ، ص 103 وما بعدها .

ـــ **زكي محمد النجار** : نظرية البطلان في العقود الإدارية، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، عين شمس 1981، ص 292 وما بعدها .

أين يشير الكاتب إلى أن بعض العقود التي تبرمها الإدارة لايمكن أن تدخل مجال التنفيذ إلا بعد التصديق عليها من السلطة المختصة .

(2) ـــ أنظر المادة 8 من دفتر الشروط الإدارية العامة الجزائري 1964.

مع ملاحظة وصف المشرع لتلك الوثائق والمستندات بـــ " دستور الصفقة " نظرا لأهميتها في تنفيذ العقد.

غير أن المقاول ملزم بتدقيق المستندات المنصوص عليها بالمقاطع 3و 4 و 5.."[1].
وكل تقصير من الإدارة في هذا يعتبر خطأ تتحمل مسؤوليته العقدية .

وقد حرص المشرع على ذكر هذا الإلتزام لما له من أهمية، حيث أن تصور حجم المشروع، وتقدير الأحجام والمساحات، وكذا معرفة المواصفات الفنية وغيرها من التفاصيل، تتضمنه الدراسات التي تقدمها الإدارة.

ومثل المشرع الجزائري نجد المشرع المفرنسي يلزم الإدارة المتعاقدة بتسليم المقاول نسخة مصادق عليها من العقد مرفقة بالمخططات والرسومات والمقاسات، وذلك بمجرد إبلاغه المصادقة على التعاقد، وجعل المشرع من تاريخ التبليغ موعدا لبداية التنفيذ، الذي قد يحدد بأمر مصلحي بالشروع في التنفيذ[2].

وهو ما ذهب إليه المشرع السوري أيضا الذي نص على أن تمنح الجهة العامة المتعاقدة للمتعاقد معها كل الوثائق التي تمكنه من شراء واستلام المواد واللوازم للتنفيذ، وذلك إذا كان التنفيذ يتوقف على تسليم هذه الوثائق واللوازم بحسب تعبيره[3].

كما يدخل ضمن تمكين المقاول من تنفيذ إلتزاماته العقدية ـــ إلتزام الإدارة بتسليم موقع العمل، والقيام بجميع الأعمال والتجهيزات الضرورية لبدء تنفيذ الأشغال موضوع العقد، كتهيئة الأرض وفتح الطريق، وتوصيل الكهرباء وغيرها، حتى يتمكن المقاول من البدء في التنفيذ، وأن سريان مدة التنفيذ لايبدأ إلا من تاريخ تسليم المقاول لموقع الأشغال خاليا من كل مانع كما يرى البعض[4].

وهو ما يؤكده القضاء الإداري المصري " ... عن إخلاء الموقع واتخاذ إجراءات نزع الملكية بالنسبة للأراضي التي ستنشأ فيها المباني الجديدة، إنما هي أمور تقع على عاتق الإدارة وهي ملزمة باستكمالها قبل إصدار الأمر للمدعي بالبدء في العمل طالما

(1) ـــ راجع المادة 3/12 – 6 من دفتر الشروط الإدارية العامة الجزائري.
(2) ـــ أنظر المادة 31/3 من دفتر الشروط العامة النموذجي الفرنسي 1976.
(3) ـــ أنظر المادة 9/19 من القانون رقم 51. السوري
(4) ـــ راجع **مجدي متولي** : مرجع سابق ، ص 135.

أنه لايستطيع أن يبدأ في تنفيذ العقد إلا بعد ما يتم الإخلاء ونزع الملكية ومنـــــع التعرض، وبذلك تكون جهة الإدارة قد أخطأت بأن تأخرت في تسليم المدعي موقع العملية "[1].

فلا يقتصر إلتزام الإدارة فقط على تمكين المقاول من البدء في التنفيذ، بل يستمر إلتزام الإدارة بضمان المضي والإستمرار فيه حتى يكتمل التنفيذ، وإلا إعتبرت قد أخلت بواجبها تجاه المقاول، الذي لايسأل عن التأخير في التنفيذ، بل ويفتح الباب أمامه للمطالبة بالتعويض عما يلحقه من ضرر نتيجة التأخير فيه .

الفرع الثاني
الإلتزام بتنفيذ العقد بحسن نية

إن العقود تخضع كأصل عام من أصول القانون يقضي بأن يتم تنفيذها بطريقة تتفق مع ما يستوجبه حسن النية في التنفيذ .

والإلتزام بمبدأ حسن النية في التنفيذ يقضي عدم الإنحراف عن السلوك المعتاد أو المألوف، وكل خروج عنه يعتبر إخلالا بالمبدأ يشكل خطأ عقديا يستوجب التعويض ممن تسبب في إلحاق الضرر بالمتعاقد .

فيجب على الإدارة أن تنفذ التزاماتها التعاقدية بطريقة سليمة[2] D'executer le Contrat corectement، حيث لا يقتصر الالتزام على تنفيذ ما ورد في العقد فقط بل يتناول أيضا ما هو من مستلزماته.

وهذا ما أقره المشرع المدني الجزائري" يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبحسن النية، ولا يقتصر تنفيذ العقد على التزام المتعاقد بما ورد فيه فحسب بل يتناول أيضا ما هو من مستلزماته وفقا للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام ..." [3]

---

(1) ــ راجع مجموعة المبادئ التي أقرتها محكمة القضاء الإداري المصرية (1946 - 1961) ص 921 حكم 1961.

(2) ــ **حسين دروس عبد العال** : المرجع السابق ، ص 105 .

ــ **محمد علي عمر** : المرجع السابق ، ص 197 وما بعدها .

(3) ــ المادة 107 من القانون المدني الجزائري، وتقابلها المادة 148 من القانون المدني المصري.

وهذا مبدأ أصيل في القانون كما اسلفنا بطبق في العقود الإدارية شأنها في ذلك شان العقود المدنية(1).

ومدى الالتزام بمبدأ "حسن النية في التنفيذ" من المسائل الموضوعية التي تخضع لرقابة القاضي الذي يقرر مدى حرص الإدارة على الوفاء بالتزاماتها التعاقدية، وبالتالي إعفاءها من المسؤولية متى رأى بأنها قد بذلت الجهد الكافي في سبيل ذلك و إلا حملها المسؤولية() و لايكفى أن تنفذ الإدارة العقد بحسن نية بل بتعين عليها أن تنفذه برمته (كله) فلئن كان للإدارة الحق في (التعديل) بإرادتها المنفردة ــ كما سبق ذكره ــ فإن ذلك منوط بتوافر شروط ينبغي تحريها، فيجب على الإدارة أن تعمل على تنفيذ العقد بمجرد إبرامه وبأن تمكن المقاول من تنفيذ التزاماته، ولئن كان لها أن تعدل فيه بانقاص الحجم المتفق عليه متى اقتضت حاجة المرفق العام لذلك أو أن تنهى العقد إذا اقتضت ذلك المصلحة العامة، فإن مناط ذلك أن تصدر قرار صريحا بهذا الشأن فإن لم تصرح بذلك التزمت بتنفيذ العقد كله وفقا لشروطه ووجب عليها أن تمكن المقاول من إتمام تنفيذ التزاماته بأن تسهل له هذا التنفيذ وهذا ما أقره القضاء الإداري(2).

فكل حيلولة بين المقاول وبين تنفيذ التزاماته من قبل الإدارة صاحبه المشروع يجب أن يكون هدفها المصلحة العامة فقط، والإدارة ملزمة بالإفصاح عن ذلك صراحة بواسطة أداة قانونية (قرار إداري) وذلك حتى تخضع لرقابة القضاء الإداري الذي يعتبر الضمانة الوحيدة للمقاول في مواجهة الإدارة(3).

وفي هذا السياق فإنه لا يجوز للإدارة أن تسحب جزء من الأشغال موضوع العقد لإسنادها إلى مقاول آخر دون خطأ منه أو تقصير أو أن تنفذ الأشغال بالأسلوب

---

(1) ــ **سمير صادق** : المرجع السابق ، ص 131.

ــ **سليمان محمد الطماوي** : العقود ، المرجع السابق ، ص 515 .

ــ **عيسى عبدالقادر الحسن** : المرجع السابق ، ص 182 .

(2) ــ مجموعة المبادئ التي أقرتها محكمة القضاء الإداري المصري في 15 سنة من 1946 ــ 1961 ، ص 1945.

(3) ــ **سمير صادق** : المرجع السابق ، ص 180 وما بعدها.

ــ **أحمد عثمان عياد** : المرجع السابق ، ص 338 وما بعدها .

ــ **عمر حلمي** : المرجع السابق ، ص 126 وما بعدها .

المباشر عن طريق وسائلها الخاصة، فتحول بذلك بين المقاول وبين تنفيذ التزاماته العقدية، وهذا ما ذهب إليه مجلس الدولة الفرنسي(1) بل لا يجوز للإدارة المتعاقدة أن توقف تنفيذ الشغال حتى ولو لم تعهد بها إلى جهة أخرى ما لم يكن ذلك بدافع مشروع هدفه تحقيق المصلحة العامة(2).

وكل مخالفة من قبل الإدارة يعد إخلالا بالتزاماتها التعاقدية يترتب عليها المسئولية تجاه المقاول المتعاقد متى لحق به ضرر جراء ذلك.

الفرع الثالث
الإلتزام باحترام مدة التنفيذ

من بين ما ينص عليه عقد الأشغال العامة "مدة التنفيذ" وإن كان يقصد بها عادة المقاول فإن ذلك لا يعني أن الإدارة صاحبة المشروع غير ملزمة بها.

بل يحدث وأن ينص العقد صراحة على أن المدة ملزمة للإدارة فهنا لا يسوغ للإدارة التأخر في انجاز بعض الأعمال المطلوبة منها و التي ترتبط بها وكل تأخير يشكل مبررا قانونيا لتقرير مسئوليتها التعاقدية.

وإذا لم ينص العقد على مدة محددة للتنفيذ فإن مجلس الدولة الفرنسي قد استقر على أن ثمة مدة "معقولة(3) يجب على الإدارة مراعاتها، فإن تسببت بتصرفاتها في إطالة مدة التنفيذ عن الحد المعقول تعرضت للمسؤولية(4).

والتزام طرفي العقد باحترام مدة التنفيذ ضرورة يقتضيها ضمان السير الحق للمرفق العام باستمرار انتظام وذلك من خلال إنجاز الأشغال في المواعيد المحددة بالإضافة إلى ما يعود من فائدة على المقاول الذي يجري حسابات مسبقة من حيث حصر احتياجاته

(1) ــ **حمدي علي عمر** : المرجع السابق، ص 198.

مجلس الدول الفرنسي C.E. 1943 : Ste Ovier des eavieres, Rec, P 490.

(2) ــ **سليمان محمد الطماوي**: العقود ، المرجع السابق، ص 715 وما بعدها.

ــ **حمدي علي عمر** : المرجع السابق، ص 190.

(3) ــ **حسن درويش عبدالعال**: المرجع السابق ، 107.

(4) ــ **عيسى عبدالقادر الحسن** : المرجع السابق ، ص 183 .

وتحضير الإمكانيات اللازمة،وكل تأخير في مدة التنفيذ سيؤدي إلى قلب حساباته وتعرضه للخسارة لا محالة.

وتوجد صور عديدة لإخلال الإدارة بمدة التنفيذ، لأن الأمر لايتعلق بالمده الإجمالية للتنفيذ فقط[1] بل إنه يسرى أيضا على المدد المخصصة للالتزامات الجزئية الواردة في العقد ومثال ذلك التزام الإدارة بإعطاء الأمر بالشروع في تنفيذ الأشغال فعدم إصدار الإدارة. لهذا الأمر المصلحي للمقاول للبدء في التنفيذ في مدة معقولة يعد إخلالا بالإلتزام التعاقدي وكذلك الأمر لو تأخرت في تسليمه موقع العمل أو الأجهزة والمواد اللازمة وغيرها، فكل تأخير في ذلك مما يترتب عنه وقف العملية مدة تجاوز الحد المعقول يعد إخلالا بالتزامات صاحب المشروع التعاقدية تستوجب مسؤوليتة أمام المقاول بخصوص ما قد يلحق به من أضرار وتطبيق ذات الحكم لو تأخرت في تسليمه الرسومات الهندسية والمخططات البيانية أو رخص الحصول على مواد البناء.

المطلب الثاني
إلتزام الإدارة بتعويض المقاول

بالإضافة للإلتزام الرئيسي الأول للإدارة صاحبة المشروع تجاه المقاول المتعاقد المتمثل في تمكينه من تنفيذ إلتزاماته باتخاذها لعدة خطوات ... هناك إلتزام رئيسي ثاني يقع على عاتقها في مواجهته، وهو الوفاء بالتزاماتها المالية، وأي إخلال منها بهذه الإلتزامات يعتبر خطأ عقديا يرتب مسؤوليتها بالتعويض الذي يستطيع المقاول مطالبتها به على أساس الخطأ، وحالات مسؤولية الإدارة على أساس الخطأ كثيرة، نذكر بعضا منها.

(1) — **عيسى عبدالقادر الحسن** : المرجع السابق ، ص 184 .

الفرع الأول
مسؤولية الإدارة المتعاقدة على أساس الخطأ

تقوم مسؤولية الإدارة في هذه الحالة على أساس وقوع تقصير من جانبها في القيام بتنفيذ إلتزاماتها العقدية مما الحق بالمقاول ضررا .

ومن صور هذا الإخلال عدم تمكين الإدارة المقاول من البدء في التنفيذ، فالأصل أن عقد الأشغال العامة ينطوي على مدة التنفيذ التي ينبغي بعدها تسليم المشروع، والمقاول المتعاقد يكون قد رتب نفسه وضبط كل أموره وفقا لذلك التحديد، فإن لم توف الإدارة بالتزامها وتمكنه من الشروع في التنفيذ والإستمرار فيه فإن ذلك قد يلحق به أضرار جسيمة، من حقه طلب التعويض عنها أمام القاضي الذي يقرر مسؤولية الإدارة بناء على نصوص العقد وما يفرضه على الإدارة من إلتزام.

وفي هذا تقول المحكمة الإدارية العليا المصرية " أنه إذا كانت مدة تنفيذ العقد الإداري هي شهرين فقط فإن تأخر الإدارة عن تسليم الأرض للمقاول عام بأكمله مما يحق معه القول بأنها قد أخلت إخلالا جسيما بواجبها نحو الطاعن بعدم تمكينه من العمل، حيث تأخرت في تنفيذ إلتزامها هذا مدة طويلة تجاوز القدر المعقول مما يقوم سبب مبررا لفسخ العقد المبرم بينهما وتعويض الطاعن عما أصابه من أضرار بسبب ذلك ... "(1).

وإن كان مجرد تأخر الإدارة في تسليم المتعاقد معها موقع العمل ومستلزمات التنفيذ من وثائق، ومواد وغيرها. وإن كان يعد إخلالا بالتزامات الإدارة المتعاقدة، إلا أنه لايولد الحق في التعويض بشكل تلقائي، بل إن ذلك يرتبط بتضرر المقاول جراء ذلك الإخلال .

تعتبر هذه إحدى الصور التي يترتب عنها الإلتزام بالتعويض متى طلب المقاول ذلك. والحقيقة أن الحالات المماثلة كثيرة، وقد ذكرناها في مواقع مختلفة من هذا البحث،

(1) — حكم أورده **عبد المنعم خليفة** : تنفيذ العقد ... المرجع السابق ، ص 221.

مثلا التعويض الذي تلتزم به الإدارة في حال التأخير في سداد المستحقات المالية للمقاول ، وكذلك التعويض عند الإنهاء الإنفرادي للعقد...وغيرها

الفرع الثاني
إلتزام الإدارة بتعويض المقاول دون خطأ

ليس الخطأ هو الأساس الوحيد لإلتزام الإدارة بتعويض المقاول المتعاقد معها، بل قد تلتزم الإدارة بتعويضه دون أن تكون قد أخلت بالتزاماتها العقدية، وهو ما يسمى بالمسؤولية دون خطأ، وأوضح صورة لهذا النوع من المسؤولية في العقود الإدارية وعقد الأشغال العامة خاصة، هي تلك المتعلقة بمسؤوليتها في ضمان التوازن المالي للعقد، والذي سنؤجل الخوض فيه لحين دراسة حقوق المقاول المتعاقد.

أما في هذا المقام فنورد صورة أخرى لها أهميتها أيضا، خاصة في مجال عقود الأشغال العامة، وتتمثل في مسؤولية الإدارة في تعويض المقاول بناء على مبدأ " الإثراء بلا سبب "، فكثيرا ما يقوم المقاول المتعاقد ومن تلقاء نفسه دون أمر من الإدارة بأداء أعمال غير منصوص عليها في العقد، يراها بأنها ذات فائدة للمرفق العام ولازمة في تنفيذ الأشغال.

فهنا يقوم إلتزام الإدارة بتعويض المقاول عما أفادت به من عمل قام به، وهو ما يقتضيه مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود.

وفي هذا الإطار فإن القضاء يلزم الإدارة تطبيقا لقاعدة " الإثراء بلا سبب " التي تعد تطبيقا للعدالة، بأن تؤدي للمقاول قيمة ما نفذه من أشغال طالما إستفادت بها الإدارة ، وهو ما أكدته المحكمة الإدارية العليا المصرية " ... إن قيام المتعاقد مع الإدارة ودون تكليف منها بأداء أعمال أو خدمات إضافية غير منصوص عليها بالعقد، يمنحه الحق في مطالبة الإدارة بتعويض عما أنفقه للقيام بتلك الأعمال أو أداء تلك الخدمات شريطة أن تكون هذه الأعمال أو الخدمات الإضافية ذات فائدة ولازمة للمرفق العام وذلك على أساس قاعدة " الإثراء بلا سبب "(1).

(1) ــ راجع حكم المحكمة الإدارية العليا سنة 1978 الذي أورده **عبدالعزيز عبدالمنعم خليفة** : تنفيذ العقود، المرجع السابق، ص 232.

المبحث الثاني
أثر مخالفة الإدارة المتعاقدة لالتزاماتها

إذا كانت الإدارة تتمتع بسلطات واسعة في مواجهة المقاول المتعاقد معها عقد الأشغال العامة، للأسباب وعلى الأسس التي سبق ذكرها.

فإن عقد الأشغال العامة لا يفقد مقوماته الأساسية باعتباره عقدا تبادليا، بموجبه تقع على طرفيه التزامات متبادلة، مما يجعل من الإدارة صاحبة المشروع طرفا متعاقدا في عقد رضائي بكل ما له من خصائص، تتحمل فيه التزامات تقابل التزامات المقاول، وهي الالتزامات التعاقدية السالف ذكرها.

غير أن تحديد هذه الالتزامات لا يكفى بل لابد من إضفاء القوة الملزمة عليها من أجل احترامها(1) وذلك بفرض جزاءات معينة توقع على الإدارة إن هي خالفت إحدى هذه الالتزامات.

ويبقى السؤال عن ماهية هذه الجزاءات من حيث طبيعتها والجهة التي تملك توقيعها والصور التي تتجسد فيها.... وهو ما سنتولى توضيحه.

المطلب الأول
طبيعة الجزاءات الموقعة على الإدارة ومميزاتها

تختلف الجزاءات التي توقع على الإدارة المتعاقدة (صاحبة المشروع) بمناسبة إخلالها بالتزامات التعاقدية، عن تلك الجزاءات التي توقع على المقاول المتعاقد معها خاصة من حيث طبيعتها(2).

(1) ــ **عيسى عبدالقادر الحسن:** المرجع السابق ، ص 187.
(2) ــ **حسن درويش عبدالعال :** المرجع السابق، ص 108.

الفرع الأول
طبيعـــة الجـــزاءات

فالجزاءات التي تملك الإدارة توقيعها على المقاول المتعاقد معها، تحمل معنى العقوبة التي يستدعيها ضمان استمرار سير المرافق العامة بانتظام واضطراد(1). ذلك أن إخلال المقاول بالتزامه التعاقدي يعد مساسا بحسن سير المرفق الذي تسهر الإدارة على ضمانه، وعليه فإن الإدارة ذاتها هي من تتولى تسليط وتوقيع العقوبة على المقاول المخالف دون أن تكون في حاجة إلى تدخل جهة أخرى (القاضي) للقيام بذلك.

هذا جانب، ومن جانب آخر فإن الجزاءات التي توقع على الإدارة المقصرة في تنفيذ التزاماتها التعاقدية أو المخلة بها، ليست كثيرة من حيث عددها و لا من حيث نوعها كتلك التي توقعها على المقاول المتعاقد معها في حال تقصيره في تنفيذ التزاماته التعاقدية.

فهي منحصره على وجه الخصوص في العقوبات المالية (تعويضات) دون العقوبات الجنائية ولاحتى الإجراءات الضاغطة(2).

هذا إضافة إلى أن المقاول لا يملك أن يوقع بنفسه على الإدارة المتعاقدة المقصرة الجزاء. بل أن كل ما يملكه هو اللجوء إلى القاضي، ومقاضاة الإدارة المتعاقدة طالبا توقيع الجزاء عليها، و هو لا يستطيع حتى أن يمتنع على التنفيذ بناء على ما هو مقرر في القانون الخاص من مبدأ "الدفع بعدم التنفيذ" وذلك بدعوى أن الإدارة قصرت و لم تنفذ التزاماتها ذلك أن قاعدة "ضمان استمرار سير المرافق العامة بانتظام واضطراد" تقتضي عدم تعطيل تقديم المرفق لخدماته تحت أي ذريعة ما دام ذلك ممكنا.

وباعتبار أن المقاول معاونا للإدارة في إدارة المرفق، فعليه أن يتصرف وفقا لهذه الصفة وليس بوصفه متعاقدا معها.

---

(1) ــ **إبراهيم محمد علي** : المرجع السابق، ص 157 وما بعدها.
(2) ــ **حسن درويش عبدالعال** : المرجع السابق، ص 108.
ــ **سليمان محمد الطماوي** : العقود، المرجع السابق، ص 518.

وهذا كله عكس ما هو مستقر في القانون الخاص، في حال ما إذا لم يقم أحد المتعاقدين بتنفيذ ما عليه من التزام، كان للمتعاقد الأخر الامتناع عن تنفيذ التزاماته المقابلة قاعدة (الدفع بعدم التنفيذ) بدلا من اللجوء إلى طلب فسخ العقد.

فالمقاول لا يعفيه من تنفيذ التزاماته، إخلال الإدارة في تنفيذ التزاماتها، بل يتعين عليه الاستمرار في التنفيذ بالرغم من ذلك، ولا يعفيه من المواصلة إلا الاستحالة أي استحالة التنفيذ(1).

وعلى ذلك فإن الجزاءات الموقعة على الإدارة المتعاقدة حال إخلالها أو تقصيرها في تنفيذ التزاماتها يمكن تمييزها كالآتي:

الفرع الثاني
مميزات الجزاءات الموقعة على الإدارة

إن حماية المقاول المتعاقد مع الإدارة تقتضيها المصلحة العامة، ذلك أن حماية مصالحه يعني ضمان حسن سير المرفق العامة، لذلك فإن مساس الإدارة المتعاقدة بهذه المصالح يستوجب توقيع جزاء عليها، وأساس هذه الجزاءات هو ذات الأساس القانوني للجزاءات الموقعة على المقاول حال تقصيره في تنفيذ التزاماته، فكلاهما يعتمد على أساس تعاقدي.

إلا أن النظام القانوني للجزاء الذي توقعه الإدارة على المقاول في حالة مخالفته لالتزاماته يختلف عن ذلك الذي يحكم الجزاءات الموقعة على الإدارة حال ثبت إخلالها بالتزاماتها التعاقدية، حيث يتصف الجزاء الذي يمكن أن بطبق على الإدارة بكونه جزاءا قضائيا.

فالجزاء قضائي، ذلك أن المقاول المتضرر جراء تقصير الإدارة أو إخلالها بأحد التزاماتها التعاقدية، لا يملك أن يوقع عليها الجزاء بنفسه أسوة بما تملكه هي في مواجهته في الحالة المماثلة.

(1) - **DELAUBADOR** : … Cantrats …T2 , Op Cit, P. 194.

كما وأنه (أي المقاول) لا يملك الدفع بعدم التنفيذ المعروف في القانون الخاص "في العقود الملزمة للجانبين إذا كانت الالتزامات المتقابلة مستحقة الوفاء جاز لكل المتعاقدين أن يمتنع عن تنفيذ التزامه إذا لم يقيم المتعاقد الآخر بتنفيذ ما لزم به"(1).

وعدم سريان هذا المبدأ في العقود الإدارية هو ما يؤكده القضاء الإداري "لا يجوز للمتعاقد مع الإدارة أن يفسخ العقد المبرم معها بقرار منه إذا ما وجدت مبررات الفسخ، بل يتعين عليه أن يلجأ إلى القضاء للحصول على الحكم منه بذلك"(2).

وهذا الذي أقرته المحكمة الإدارية العليا المصرية ينطبق على عقد الأشغال العامة باعتباره عقد إداري، ولما يتميز به من طابع خاص مناطه احتياجات المرفق العام و تغليب المصلحة العامة، مما يجب معه على المقاول الاستمرار في التنفيذ بحسب الرأي الغالب(3) في هذا الموضوع ما دام ذلك ممكنا حتى يتحقق مبدأ استمرار سير المرفق العام. وهذا هو الأصل ما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك، وفي هذا الحال يجوز للمقاول أن يتمسك بالدفع بعدم التنفيذ وهو ذات الموقف الذي يقره مجلس الدولة الفرنسي(4).

ولا نعرف موقفا للقضاء الجزائري الذي لا نشك في أنه سيتبنى ذات الموقف لو أتيحت له الفرصة وذلك لاعتبارات تأثره بالقضاء الإداري الفرنسي من جهة ولضرورة تحقيق المبادئ التي تحكم سير المرافق العامة من جهة أخرى.

والخلاصة أن القاعدة هو عدم جواز الدفع بقاعدة عدم التنفيذ إلا أن تطبيقها منوط بتحقق شروط هي:

ـــ عدم وجود نص اتفاقي أي بند في العقد يخالف ذلك.

ـــ و ألا يكون التنفيذ والاستمرار فيه من قبل المقاول مستحيلا مع إخلال الإدارة بالتزامها.

(1) ـــ أنظر المادة 123 من القانون المدني الجزائري.

(2) ـــ راجع حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر في يناير 1978 في مجموعة المبادئ في 15 سنة 1965 –1980حكم رقم 1127.

(3) ـــ رغم أن البعض يرى بإعمال قاعدة الدفع بعدم التنفيذ إذا كان ذلك لايهدد سير المرفق العام .

ـــ راجع في ذلك : **سليمان محمد الطماوي** : العقود ، المرجع السابق، ص 519.

أيضا : **عيسى عبدالقادر الحسن** : المرجع السابق ، ص 190.

(4) ـــ **أنظر** : **عيسى عبدالقادر الحسن** : المرجع السابق، ص 189 وما بعدها.

المطلب الثاني
صور الجزاءات الموقع على الإدارة

المبدأ أن المقاول المتعاقد مع الإدارة في حال إذا أخلت هذه الأخيرة بصفتها صاحبة الأشغال بتنفيذ التزاماتها، فإن المقاول لا يملك في مواجهتها إلا اللجوء إلى القضاء، ما لم يتفق الطرفان على اللجوء إلى التحكيم في مثل هذه الحالة(1).

والسؤال الذي يطرح في هذا الوقت هو عن ماهية السلطات التي يملكها القاضي حيال الإدارة التي أخلت بالتزاماتها التعاقدية، وما هي الجزاءات التي يمكنه توقيعها عليها؟.

إن صلاحيات القاضي فيما يتعلق بعقد الأشغال العامة، كما في العقود الإدارية الأخرى يتحدد نطاقها في ولاية القضاء الكامل فقط، دون ولاية الإلغاء، لأن الأصل أن منازعات العقود الإدارية، ومنها عند الأشغال العامة، تدخل في مجال القضاء الكامل، لأن دعوى الإلغاء لا توجه إلى العقود الإدارية. إذا استبعدنا دعوى الإلغاء التي تمكن أن توجه لنوعين من القرارات المتعلقة بالعقود الإدارية وهي:

ـــ القرارات الإدارية المنفصلة كتلك التي تتخذها جهة الإدارة للإفصاح بها عن إرادتها بخصوص العقد، وكل القرارات المرتبطة بالعقد والتي لا يكون لإلغائها مساس بذات العقد(2).

(1) ـــ **أنظر : جابر جاد نصر** : التحكيم في العقود الإدارية ، دراسة مقارنة ، دار النهضة العربية ، ط1، 1997، ص 39 وما بعدها . حيث يذكر المؤلف الآراء المؤيدة للتحكيم في العقود الإدارية من فقه وتشريع، والآراء المنكرة له بشكل مطلق أو توافق عليه بشروط ... .

ـــ أنظر أيضا : **أنس جعفر** : العقود الإدارية ، المرجع السابق، ص 292 وما بعدها .

ـــ **أحمد محيو** : المرجع السابق ، ص 396 ، أين يشير إلى فرض المشرع الجزائري للتحكيم واستبعاد القضاء من نظر النزاع بموجب الأمر الصادر في 17 جوان 1975 .

(2) ـــ **راجع في ذلك** : سمير صادق : ميعاد رفع دعوى الإلغاء ، دار الفكر العربي، 1969، ص 89 وما بعدها.

ـــ القرارات المتعلقة بالمستفيدين بخدمات عقود الامتياز، حيث يجوز للمستفيدين الطعن بالإلغاء القرارات الصادرة عن الإدارة المتعاقدة وتضمن الإخلال بأحد شروط عقد الامتياز(1).

وكما هو واضح في كلا الحالتين فإن الدعوى هي نتيجة لخرق مبدأ عدم المشروعية، قي حين أن الالتزامات التعاقدية المترتبة عن عقد الأشغال العامة هي التزامات شخصية.

لهذا السبب فإن قاضي العقد سلطته محدودة في توقيع الجزاءات على الإدارة فلا يملك القاضي أن يأمر الإدارة بالقيام بعمل معين أو الامتناع عنه(2) كأن يأمرها بالوفاء بالتزاماتها مثلا، وهذا طبقا لعلاقة السلطة القضائية بالسلطة التنفيذية التي يطبعها الاستقلال! عملا لمبدأ "الفصل بين السلطات"(3) .

لهذه الأسباب وكما أسلفنا فإن الجزاءات التي توقع على الإدارة ليست بتنوع، ولا بكثرة الجزاءات التي يتعرض لها المقاول المتعاقد معها.

كما أنها لا تشمل جزاءات جنائية ـــ أقول ـــ لهذا فإن الجزاءات التي يمكن توقيعها على الإدارة تختصر في صورتين اثنتين فقط هما:

ـــ الحكم بتعويض المقاول عن الأضرار التي لحقت به جراء تقصير أو إخلال الإدارة بالتزاماتها.

وقد يصل الأمر إلى حد فرض جزاء ضاغط(استثناء) إذا تعلق الأمر بإخـــلال الإدارة بالتزام مالي، كما لو قصرت في الدفع على الحساب لصالح المقاول في الأجـــــل

(1) ـــ **أنظر أنس جعفر** : العقود الإدارية، المرجع السابق، ص 285 وما بعدها.

(2) ـــ **أنظر محمد كامل ليلة** : الرقابة على أعمال الإدارة ، (د.ت) ، ص 170.

ـــ **مصطفى محمود عفيفي** : رقابة القضاء على أعمال الإدارة والمنازعات الإدارية، ج1، 1990، ص 377.

ـــ **حسين درويش عبدالعال** : المرجع السابق، ص 110 .

(3) ـــ **أنظر سليمان محمد الطماوي** : العقود الإدارية ، المرجع السابق، ص 521.

ـــ **عيسى عبدالقادر الحسن** : المرجع السابق ، ص 191 .

المحدد[1]. وهو موضوع سنعود إليه حين نتناول حقوق المقاول في مواجهة الإدارة صاحبة المشروع.

ـــ أما الصورة الثانية للجزاء الذي يمكن للقاضي أن يوقعه على الإدارة فيتمثـــل في الحكم بفسخ العقد بناء على طلب المقاول المدعى نتيجة جسامة خطـــأ الإدارة صـــاحبة المشروع.

الفرع الأول
التعويـــــــــــض

يعتبر التعويض هو الجزاء الأصيل في مجال مسئولية الإدارة التعاقدية وهو بذلك يتفق والهدف الذي من أجله أبرم المقاول صفقة الأشغال العامة مع الإدارة، فهو يسعى إلى تحقيق الربح بالدرجة الأولى، وعدم حصوله على ذلك يعني خسارة مادية بالنسبة له، فإن كان ذلك بسبب خطأ الإدارة وتقصيرها في التزاماتها، فإن الهدف الذي يرمي إليه حكم القاضي هو تعويضه من قبل الإدارة المسئولة عن ذلك الضرر لأن إخلالها بالتزامها يرتب عليها مسئولية، وهو التزام قانوني يوجب التعويض عن الضرر الناتج عنه[2].

وهو المبدأ الذي يقره المشرع الجزائر كغيره إذ القاضي في هذا المجال يعتمد الأسس المدنية لأنها تمثل القواعد العامة[3]، فيقدر التعويض وفقا لدرجة الضرر مع مراعاة مساهمة كل طرف في ارتكاب الخطأ. فإذا كان الخطأ مشتركا، أي ساهم فيه المقاول، أنقص القاضي مقدار التعويض بنسبة مساهمة المقاول في الخطأ الذي يحدده في الغالب خبير يعينه القاضي.

وقد يقضى القاضي بعدم التعويض أصلا إذا استغرق خطأ المقاول خطأ الإدارة صاحبة المشروع، وهذا كله وفقا لأحكام القانون المدني الجزائري[4].

---

(1) ـــ **أنظر** : على سبيل المثال المادة 89 من الأمر الرئاسي 236/10 المتضمن قانون الصفقات العمومية السابق الإشارة إليه.
(2) ـــ **أنظر حسن عكوش** : المسؤولية المدنية في القانون المدني الجديد، مكتبة القاهرة الحديثة، (ب ت)، ص 12 وما بعدها.
(3) ـــ راجع المادة 124 من القانون المدني الجزائري معدلة بالقانون رقم 10/05 لعام 2005 .
(4) ـــ **راجع سليمان محمد الطماوي** : العقود الإدارية، المرجع السابق ، ص 521.

وأما عن تقدير التعويض فإنه يكون شاملا لما لحق المدعى (المقاول) من ضرر، وما فاته من كسب".....بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو للتأخر في الوفاء به....." (1).

وإذا كان للمقاول الحق في التعويض عن الأضرار التي تلحق به جراء عدم الوفاء من قبل الإدارة المتعاقدة (المتعامل العمومي)، فإن ذلك منوط بإثبات هذا الضرر، والذي يقع العبء فيه على عاتق المقاول، وهو أمر يسير، إلا في الحالات التي يكون فيها إخلال الإدارة بالتزامها نتيجة اعمالها لسلطاتها المشروعة إزاد المقاول. كسلطة تعديل شروط العقد مثلا، حيث يتشدد القاضي في قبول الدليل الذي يستند إليه المقاول(2).

الفرع الثاني
الفســـــــــــخ

من المتفق عليه أن للقاضي سلطة الحكم على الإدارة بالتعويض كجزاء لإخلالها لالتزاماتها التعاقدية في مواجهة المقاول المتعاقد معها لأن هذا هو ما يطلق عليه المسئولية التعاقدية.

وإلى جانب هذا يملك نفس القاضي وهو قاضي العقد كما يسمى، وبناء على طلب المقاول أن يحكم بفسخ العقد متى تأكد من تقصير الإدارة في الوفاء بالتزاماتها بدرجة خطيرة.

وجزاء الفسخ يعتبر من أشد الجزاءات وأخطرها كما أسلفنا، ونحن بصـــدد الحديث عن سلطة الفسخ التي تملكها الإدارة حيال المقاول المتعاقد معها، والتي تقابل

(1) ــ أنظر المادة 171 من القانون المدني الجزائري.
ــ **محمد سعيد حسين أمين** : المبادئ العامة ... ، المرجع السابق ، ص 205.
(2) ــ **راجع محمود سعيد حسين أمين** : المبادئ العامة ...، المرجع السابق ، ص 206.

جزاء الفسخ هذا ولكن مع فارق جوهري بينهما من حيث السلطة التي تملك توقيعه في كل منهما.

فكون الفسخ من أشد الجزاءات، لذلك فإن توقيعه له أسباب محددة، ويتطلب توفر شروط معينة. فالقضاء لا يحكم بالفسخ الذي يطلبه المقاول المدعى. إلا إذا ارتكبت الإدارة صاحبة الشروع خطأ جسيما. كما يتضح ذلك من خلال قضاء مجلس الدولة الفرنسي(1) فمثلا قبل سببا للفسخ تأخر الإدارة تأخرا كبيرا في الشروع في تنفيذ العقد بدون مبرر بما يتجاوز القدر المعقول، وبما يتنافى مع النية المشتركة للطرفين المتعاقدين.

كما قبل سببا للفسخ تأخر الإدارة في إصدار الأمر بالشروع عن التنفيذ، وكذلك وقف الأشغال مدة طويلة دون سبب مقنع. وفي هذا ينص دفتر الشروط الإدارية العامة الجزائـــري(2) "... عندما تقرر الإدارة تأجيل الأشغال لمدة تزيد عن سنة واحدة سواء كان ذلك قبل بدء التنفيذ أو بعده بحق للمقاول فسخ صفقته إذا طلب ذلك كتابيا دون الإخلال بالتعويض....".

وبالمقابل رفض مجلس الدولة الحكم بفسخ العقد لمجرد تأخر الإدارة في دفع مبالغ مالية مستحقة عليها للمقاول. إذ يكتفي في هذه الحالة بالحكم بالتعويض لأنه الجزاء الطبيعي في مجال المسئولية التعاقدية(3).

كما يشترط القضاء من أجل الحكم بفسخ عقد الأشغال العامة كبقية العقود الإدارية الأخرى، أن يلجأ، المقاول المتعاقد إلى الإدارة أولا، أي أن يسلك طريق التظلم الإداري أولا قبل أن يرفع دعوى الفسخ أماما القضاء.

---

(1) ـــ راجع ما إستقر عليه مجلس الدولة الفرنسي من أسباب عند كل من :

ـــ **سليمان محمد الطماوي** : العقود ، المرجع السابق ، ص 520 وما بعدها .

ـــ **حسن درويش عبدالعال** : المرجع السابق ، ص 111 وما بعدها .

ـــ **عيسى عبدالقادر الحسن** : المرجع السابق ، ص 115 وما بعدها .

ـــ **محمد سعيد حسين أمين** : المبادئ العامة ... المرجع السابق ، ص 207 وما بعدها .

(2) ـــ راجع المادة 34 من القرار المتضمن دفتر الشروط العامة الجزائري 1964 الفقرات 2، 3، 4، 5، 6.

(3) - **DELAUBADOR** : … Contrats,T2 Op Cit, P. 212.

ومثل هذا الشرط في فرنسا تمليه أسس التقاضي أمام القاضي الإداري الذي يشترط تطبيق قاعدة "القرار الإداري السابق" كإحدى الأسس التي يقوم عليهـــــــــــا قضاء التعويض.

وفي الجزائر فإن المشرع يلزم الإدارة في حالة وجود نزاع مع المتعاقد معها أن تلجأ إلى الحل الودي والتوصل على حل مع المتعاقد معها، وذلك فإن إطار الأحكام التشريعية والتنظيمية السارية المفعول(1).

كما يمكن للمقاول وقبل اللجوء إلى القضاء بدعوى طلب فسخ العقد أو أي دعوى أخرى، أن يتقدم بالطعن أمام اللجنة الوطنية للصفقات بصفتها هيئة رقابة، وعرض النزاع عليها. وفي هذه الحالة أوجب على هذه الأخيرة البت في النزاع في ظرف 30 يوما ويصبح قرارها نافذا في مواجهة الإدارة.

وهذا الإجراء يصب في مصلحة المقاول المتعاقد مع الإدارة من حيث المدة الزمنية للفصل في النزاع وهي مدة قصيرة، وإلا فإنه يبقى محتفظا بحقه في اللجوء إلى العدالة(2)، وعموما فإن الفسخ ونظرا لما يؤدي أليه من نتيجة إنهاء العقد، فإن القواعد العامة تفرض قبل اللجوء إليه من قبل الدائن وجوب إعذار المدين يطالبه بالتنفيذ أو فسخ العقد مع التعويض وهذا ما يقابل التظلم الإداري بالنسبة للعقود الإدارية.

كما أن المشرع يعطى القاضي السلطة التقديرية في تقريره أولا، إذ أجاز له، أي للقاضي رفض الحكم بفسخ العقد إذا كان ما لم يوف به المدين ذا أهمية قليلة بالمقارنة مع كامل الالتزامات الأخرى، و بالتالي أعطى للقاضي صلاحية منح المدين أجلا للتنفيذ(3) وقد اقر المشرع الفرنسي وجوب أعذار الإدارة من قبل المقاول قبل رفع دعوى الفسخ بموجب دفتر الشروط الإدارية العامة، إضافة إلى قاعدة "القرار السابق".

(1) ــ أنظر المادة 115 من قانون الصفقات العمومية رقم 236/10.
(2) ــ أنظر المادة 115 من قانون الصفقات العمومية رقم 236/10.
(3) ــ أنظر المواد 119 – 120 من القانون المدني الجزائري .

ويسرى أثر الحكم من تاريخ رفع الدعوى مع استمرار المقاول في تنفيذ الأشغال دون توقف أثناء سير الدعوى كما أسلفنا، ويقدر التعويض من تاريخ صدور الحكم[1].

(1) ــ **راجع كل من** ــ **حسن درويش عبدالعال** : المرجع السابق، ص 114.
ــ **عيسى عبدالقادر الحسن** : المرجع السابق ، ص 200 .

القسم الثاني

أثر عقد الأشغال العامة على المقاول

(حقوق والتزامات المقاول)

القسم الثاني
أثر عقد الأشغال العامة على المقاول
(حقوقه والتزاماته)

باعتبار عقود الأشغال العامة من العقود " التبادلية " فإنه، وكما هو بالنسبة للإدارة صاحبة المشروع، فهو يرتب آثار بالنسبة للمقاول.

فبمجرد إبرام العقد تتولد عنه حقوق والتزامات للمقاول باعتباره الطرف الثاني في العقـــد، منها ما هو منصوص عليه في العقد، ومنها ما يقرره له القضاء دون أن تتضمنه بنود العقد، وذلك على التفصيل التالي :

الفصل الأول
حقوق مقاول عقد الاشغال

اذن باعتبار عقد الأشغال العامة من العقود " التبادلية " فإنه وكما هو بالنســـبة لـــلإدارة صاحبة المشروع، فهو يرتب آثار بالنسبة للطرف الآخر " المقاول " فبمجرد إبرام العقد تتولد عنه حقوق والتزامات متقابلة بالنسبة لطرفيه على الأقل، ويبقى أن نحدد هذه الآثار ومداها بالنســـبة للمقاول والأسس التي تبنى عليها، وهو ما سنتولى توضيحه في هذا الجزء الثاني من بحثنـــا، بـــدءا باستغراض حقوق المقاول، التي يجب على الإدارة تمكينه منها باعتبارها التزاما لصالحه ،ثم التزاماته التي يتوجب عليها تنفيذها. على أن نخصص لكل منها فصل مستقل.

المبحث الأول
حق الحصول على المقابل النقدي

الغالب في العقود الإدارية هو أن يحصل المتعاقد مع الإدارة على مقابـــل نقـــدي ونقول الغالب، لأن هناك عقود يكون فيها المتعاقد مع الإدارة هو من يدفع لهـــا مقـــابلا نقديا، كما في عقود استغلال لأملاك العامة. غير أن أغلبية عقود الإدارة هي من النـــوع الأول، كما هو حال عقد الأشغال العامة موضوع بحثنا والذي كما أشرنا ســـابقا، وإن كان المقاول المتعاقد يعتبر معاونا للإدارة في تسيير مرفق عام، إلا أن سعيه لتحقيق الـــربح

يعتبر هدفه الأول من الدخول معها في رابطة عقدية، الأمر الذي يجعل حصـــوله علـــى المقابل النقدي أو ثمن ما قام به من أشغال من أهم حقوقه[1].

لذلك سنتناول في هذا المبحث التعريف بهذا المقابل أي تعريف الـــثمن وطبيعتـــه القانونية باعتباره شرطا من شروط العقد ــ ثم كيفيات تحديده وأساليب تسديده والوفاء به.

المطلب الأول
تعريف ثمن العقد وطبيعته القانونية

يختلف المقابل النقدي باختلاف العقود، وتبعا لنوع الخدمة التي تقابله، فإن كـــان المتعاقد مع الإدارة يقدم الخدمة للمنتفعين مباشرة، فإن المقابل هو عبارة عـــن "رســـم" يحصل عليه المتعاقد (الملتزم) من قبل الجمهور المنتفع مباشرة، وإن كان المتعاقـــد يقـــدم الخدمة مباشرة للإدارة، كان المقابل هو ثمن يحصل عليه وتدفعه له الإدارة . كما لو كان العقد مثلا عقد توريد أو عقد أشغال عامة الذي يمثل فيه المقابل ثمن الأشغال المتفق على تنفيذها.

الفرع الأول
شرط الثمن وطبيعته القانونية

يجمع الفقه (العربي والأجنبي)[2] على أن المقابل النقدي الذي يحصل عليه المقاول هو من الشروط التعاقدية التي تخضع لتفاوض وإرادة طرفي عقـــد الأشـــغال العامـــة أي صاحب المشروع ، والمقاول.

---

(1) ــ أنظر كل من :

ــ **حسن درويش عبد العال** : المرجع السابق، ج1 ، ص116.

ــ **محمد سعيد حسين أمين** : المبادئ العامة في تنفيذ العقود الإدارية، المرجع السابق ، ص 214.

(2) ــ راجع كل من : ــ **سليمان محمد الطماوي** : " الأسس العامة للعقود، المرجع السابق، ص

-**JEAN MARIE AUBYet P. BON :** Op.Cit. P 237.

ذلك أن المقاول هو شخص يسعى إلى تحقيق الربح، ولا يمكن أن يبرم العقد إلا إذا كان راضيا على الثمن الذي سيحصل عليه مقابل الأشغال التي سينفذها، وهو ما يستبعد إنفراد الإدارة صاحبة المشروع بتحديد هذا المقابل ثم إجبار المقاول على إبرام العقد.

فهي حتى و إن اقترحت الثمن فإن للمقاول كامل الحرية في إبرام العقد من عدمه. وهذه الصفة التعاقدية لشرط الثمن أو المقابل المالي للأشغال هو ما يجعله (أي الثمن) خاضعا لمبدأ "الثبات" فلا يجوز تعديله أو المساس به إلا بموافقة الطرف الآخر(1).

ومبدأ الثبات هذا تمليه اعتبارات عملية وقانونية(2). فلو أعطيت للإدارة حرية تعديل المقابل المالي لعقودها من جانبها وبشكل منفرد، لعزف الأفراد وأحجموا عن التعاقد معها، ولما قبل أحد بمعاونتها في تسيير مرافقها، هذا من الناحية العملية. أما من الناحية القانونية فإن سلطة الإدارة في تعديل بعض شروط عقدها، إنما يستند إلى اتصال العقد بالمرفق العام ومقتضيات حسن سيره، وأما الشروط المتصلة بالمقابل النقدي أو ثمن تنفيذ الأشغال فلا صلة لها إطلاقا بتسير المرفق وبالتالي فلا أساس لتعديلها.

وعليه فإن مبدأ " ثبات" الثمن له حجية في مواجهة الإدارة ويعتبر قيدا قانونيا عليها لا يحق لها بموجبه المساس بالثمن ولا أن تعيد النظر فيه تحت أي ذريعة ،كأن تستند مثلا إلى دراسات أجرتها أثناء التنفيذ بينت أن الثمن كان مبالغا فيه، فلا يجوز لها المساس بالمزايا المالية المتفق عليها في العقد والتي يتمتع بها المتعاقد وهو ما يجمع عليه الفقه والقضاء(3).

ومبدأ "ثبات الثمن" لا تقتصر حجيته على الإدارة المتعاقدة فقط، بل إن هذه الحجية هي أيضا في مواجهة المقاول وفقا للفقه والقانون "لا يجوز للمقاول فيما

---

(1) ــ أنظر كلا من :

- **حسن درويش عبد العال** : المرجع السابق، ج2 ، ص116 .

- **JEAN MARIE AUBY et P. BON** : Op.Cit. P 238 .

(2) ــ أنظر **محمد سعيد حسين أمين** : المبادئ العامة في تنفيذ العقود الإدارية، المرجع السابق ، ص214 .

(3) ــ راجع **عيسى عبد القادر الحسن** : المرجع السابق ، ص215 .

عداالحالات المنصوص عليها بالمادة (33) من هذا النص، التذرع بأية حجة للرجوع عن أسعار الصفقة التي اتفق بذاته عليها....." (1).

فالمقاول إذن لا يستطيع المناقشة في مقدار الثمن المتفق عليه بمناسبة تنفيذه للعقد إلا إذا وجد بالعقد بند يسمح بمراجعة الثمن وهو أمر ممكن . "يمكن أن يكون السعر ثابتا أو قابلا للمراجعة...." (2).

وتطبيقا لمبدأ "ثبات الثمن" فإنه لا يجوز للمقاول طلب زيادة ثمن الأشغال بدعوى عدم كفاية الثمن للأشغال أو بدعوى سوء تقديره لتكاليف الأشغال ولا حتى على أساس اعتبارات العدالة كالاحتجاج بكون الإدارة دفعت مبلغا أعلى في أشغال مماثلة(3).

الفرع الثاني
نطاق مبدأ الثبات

وإذا كان ثبات الثمن ونهائيته مبدأ متفق عليه إلا أن عدم المساس به ليس بالمطلق بل ترد عليه استثناءات بحسب بعض الفقهاء، وإن كانت محصورة بحالتين بحسبهم تمثلان في(4):

الحالة الأولى : حالة تدخل المشرع.

الحالة الثانية: إمكانية تعديل الإدارة للعناصر الغير تعاقدية للمقابل المالي المستحق للمتعاقد. ونحن لا نؤيد هذا الوصف، فالحالتين لا تعتبران استثناء على المبدأ.

إذ في الحالة الأولى ، أي حالة تدخل المشرع، فإنه من المستبعد جدا تدخل المشرع بما يؤثر بشكل مباشر سلبا على المقابل المالي بالنسبة للمتعاقد. فالمشرع لا يتدخل إلا

---

(1) ــ أنظر نص المادة 42 من دفتر الشروط الإدارية العامة الجزائري.

(2) ــ أنظر المادة 64 من المرسوم الرئاسي رقم 236/10 الذي ينظم الصفقات العمومية الجزائري.

(3) ــ راجع **سليمان محمد الطماوي** : " الأسس العامة للعقود " ، المرجع السابق ، ص 592 .

(4) ــ راجع كلا من:

ــ **محمد سعيد حسين أمين** : المبادئ العامة في تنفيذ العقود الإدارية، المرجع السابق ، ص 216 .

ــ **حسن درويش عبد العال** : المرجع السابق ، ج2 ، ص118 .

بقانون، والقانون المعروف أنه لا يسرى بأثر رجعي إلا إذا كان في صالح المعني، وعليه فالمتعاقد يحتفظ بمزاياه المالية باعتبارها حقوقا مكتسبة.

وفي الحالة الثانية المتمثلة في تدخل الإدارة في العناصر الغير تعاقدية فإن المسلم به أن الشروط المتصلة بالمقابل المالي للعقد تعتبر من الشروط أو البنود التعاقدية، وعليه فكيف نصفها بأنها تعاقدية وغير تعاقدية في ذات الوقت؟.

وإن كان أصحاب هذا الرأي يقدمون "الرسم" في عقد الإمتياز كمثال على تدخل الإدارة، والحقيقة أن "الرسم" في عقد الإمتياز ــ كما هو معروف ــ هو من الشروط اللائحية وليس التعاقدية(1).

وهي لائحية حتى لا يقوم المتعاقد "الملتزم" بتعديلها والرفع من قيمتها، أما إذا أرادت الإدارة تخفيضها، فإنها تلتزم بتعويض "الملتزم" المتعاقد معها وفقا للأسس القانونية المعروفة.

لذلك فإننا نؤكد مع الرأي القائل بأن مبدأ "ثبات الثمن" لا يعرف استثناءات وإنما هو ليس مطلق باعتبار أن هناك حدودا لنطاقه تفرضها أسباب مختلفة لها صلة بإرادة الطرفين:

ــ **اتفاق الطرفين على تعديل الثمن:** فإذا كان تحديد الثمن أساسه إرادة طرفي العقد، فإن المساس به أيضا يبقى رهن إرادتيهما، وعمليا يتم تعديل ثمن العقد بإرادة الطرفين بعدة طرق منها:

ü ــ إبرام ملحق للعقد : إذ قد يلجأ المتعاقدان على إبرام اتفاق جديد يكون ملحقا بالعقد الأصلي ويتضمن هذا الملحق مساسا بثمن العقد، وذلك بالتعبير الصريح من الجهة المختصة عن النية في تعديل ثمن العقد أو الصفقة.

(1) ــ **حسن درويش عبد العال** : المرجع السابق ، ص121 .

ü_ مراجعة الأسعار: قد يتضمن الاتفاق أو العقد بين الطرفين شرط مراجعة السعر، وهو شرط لا يتناقض مع مبدأ " ثبات الثمن".

فإرادة طرفي العقد في شأن تحديد الثمن، ولأنهما يتوقعان حدوث تطور أو ظهور عوامل ومعطيات تؤثر في الأسعار، كتقلب أسعار مواد الانجاز مثلا، فيضعان شرطا استباقيا حتى لا يتأثر تنفيذ العقد بتلك المستجدات، هذا الشرط هو إمكانية مراجعة الثمن أو الأسعار المتفق عليها.

غير أن وجود شرط إمكانية مراجعة الثمن لا يعني المراجعة الآلية للثمن بمجرد حدوث مستجدات أو ظهور عوامل معينة. وإنما حدوث ذلك يفتح الباب أمام إمكانية المراجعة بعد طلب المقاول ذلك، فيتم الاتفاق على ثمن جديد بين الطرفين أو يرفع الأمر إلى القضاء المختص بناء على شرط المراجعة.

ونشير إلى أنه في حالة تضمن العقد نصا يسمح بمراجعة السعر، فإن ذات العقد يحدد وجوبا صيغة المراجعة وكيفيات تطبيقها حسب ما نص عليه المشرع الجزائري "... عندما يكون السعر قابلا للمراجعة يجب أن تحدد صيغة أو صيغ مراجعته وكذلك كيفيات تطبيق هذه الصيغة أو الصيغ الخاصة بالمراجعة ضمن الشروط المحددة في المواد من 67 إلى 71 أدناه..." (1).

ü_ تحيين الثمن أو السعر : وهي طريقة أخرى تظهر فيها إرادة طرفي العقد في المساس بالثمن.

فتحيين ثمن العقد هو عملية من أجل إعادة النظر في ثمن العقد المتفق عليه بغية مراعاة التغييرات الاقتصادية بين تاريخ تحديد الثمن وتاريخ معين لاحقا عليه، كتاريخ إيداع عرض المقاول وتعهده وتاريخ صدور الأمر بالشروع في تنفيذ الأشغال. فقد يتفق المقاول والإدارة صاحبة المشروع على أن ثمن العقد ثابتا إذا أصدرت الإدارة أمرها

(1) ــ أنظر المادة : 2/64 من المرسوم الرئاسي رقم 10- 236 .

بالشروع أو البدء في التنفيذ في خلال شهرين من تقديم المقاول لعرضه، وإلا فإن الثمن الذي قدمه يخضع للتحيين.

وبالنسبة للمشرع الجزائري فإنه يلزم الإدارة حين تعلن عن المناقصة أن تعلن عن كافة الوثائق والبيانات المتعلقة بها حتى تضمن المساواة بين كافة العارضين ومن هذه البيانات التي استلزمها المشرع هو ضرورة إعلان الإدارة صاحبة المشروع عن مدة صلاحية العروض التي يتقدم بها المتنافسون.

ففي مثل هذه الحالة فإنه لا يمكن للمقاول أن يتكلم عن تحيين الأسعار ولا على مراجعتها خلال فترة صلاحية عرضة.

أما عن طريقة تحيين السعر فقد أجاز المشرع أكثر من طريقة، فقد تكون بطريقة جزافية إجمالية باتفاق الطرفين،وإما بطريق تطبيق صيغة المراجعة، لأنه كما أسلفنا فالمشرع أوجب في حال نص العقد على مراجعة الأسعار، أن ينص أيضا على طريقة وصيغة المراجعة.

وقد أجاز المشرع الجزائري صراحة الخروج عن مبدأ " ثبات الأسعار" حتى ولو كان العقد ينص على أن الأسعار ثابتة وغير قابلة للمراجعة، وذلك في حالة حدوث تأخير في تنفيذ الصفقة، دون أن يكون المقاول هو المتسبب في ذلك(1).

وموقف المشرع هذا هو ما تقتضيه العدالة، إذ لا يعقل أن يحمّل المقاول مسؤولية عمل لايد له فيه.

وعموما فإن مراجعة سعر الصفقة أو ثمن العقد وتحيينه حظي باهتمام المشرع الجزائري الذي يبرز خاصة من عديد الأحكام التي تضمنها قانون تنظيم الصفقات العمومية الصادرة 2010 من المادة 63 إلى المادة 72 منه والخلاصة أن "ثبات ثمن العقد" أو نهائية السعر المتفق عليه بين المقاول والإدارة هو مبدأ مستقر و لا يمكن المساس به إلا باتفاق الطرفين.

(1) ــ أنظر المادة : 4/66 من المرسوم الرئاسي رقم 10- 236 .

غير أن هذا لا يعني أن عدم المساس بالثمن يشكل قاعدة مطلقة من كل قيد، بل أن لها حدود متفق عليها أيضا تتجلى خاصة في إرادة المشرع التي يمكن أن تنص على ما يخالف هذه القاعدة وبالتالي يجيز المساس بالثمن المتفق عليه، وهذا الشيء مسلم به دائما.

وهناك معالم حدودية أخرى ذات طبيعة مختلفة يفرضها المنطق يجملها الفقه في:

1 ــ تغير الثمن بناء على إرادة الأطراف وذلك بإبرام "ملحق اتفاق" يتضمن ثمنا جديدا ومغايرا لما هو منصوص عليه في العقد الأصلي.

2 ــ في عقود التوريد التي تمتد لفترة طويلة حيث لا يمكن تحديد الثمن أو معرفته مسبقا لأن ذلك يتوقف على عدد الخدمات التي تطلبها الإدارة ونوعيتها وظروفها وعليه فلا يمكن الكلام عن الثمن المحدد.

3 ــ أيضا يمكن المساس بالثمن المتفق عليه وتغييره إذا كان تحديده مبنى على عناصر ومعطيات متغيرة من حيث قيمتها كالزياة في الأجور مثلا وبالتالي فإن تغيير في قيمة وثمن هذه العناصر قد يؤدي إلى المساس بثمن العقد المتفق عليه.

5 ــ قد يتضمن العقد الأصلي ذاته بندا يتعلق بشرط مراجعة الثمن ويتحقق هذا الشرط كما لو حدد العقد سقفا لثمن المواد المستعملة في التنفيذ فإن تجاوز ثمن هذه المواد السقف المرجعي، فيعني ذلك تحقق شرط إمكانية مراجعة السعر والمساس بالثمن المتفق عليه.

6 ــ وأخيرا فإنه يمكن المساس وتعديل الثمن المتفق عليه ولو نص العقد على نهائية الثمن، و ذلك في حال تعطل البدء في تنفيذ الأشغال لفترة طويلة بسبب لا يد فيه للمقاول وقد نص على ذلك المشرع الجزائر كما أسلفنا.

ونشير في الأخير إلى أنه لا يمكن أن تقوم حالة من هذه الحالات ـــ ماعدا الأخيرة المتمثلة في تعطيل الشروع في التنفيذ ــ إلا إذا نص عليها العقد صراحه.

كما نشير على أن تحقق إحدى هذه الحالات لا تؤدي إلى تعديل الثمن بشكل آلي أو تلقائي، وإنما يجب على المقاول طلب ذلك من الإدارة ،والاتفاق معها على مقدار التعديل، وكل ما يتعلق به. وإلا فللمقاول اللجوء إلى قاضي العقد(1).

هذه هي حدود "مبدأ الثبات" وهي لا تعتبر كما أسلفنا استثناءات أما خارج هذا فلا نجد إستثناء على قاعدة "ثبات الثمن" الذي تفرضه الصفة التعاقدية لشرط الثمن في عقد الأشغال العامة خاصة.

المطلب الثاني
كيفيات تحديد ثمن عقد الأشغال العامة

يشير المشرع الجزائري في القانون المنظم للصفقات العمومية الساري المفعول على البيانات التي يجب أن تذكر في كل صفة،ومن بينها مبلغ الصفقة الذي يجب أن يذكر بالتفصيل "... المبلغ المفصل والموزع بالعملة الصعبة والدينار الجزائري حسب الحالة....." (2).

وهو ما يعني أن المقابل المالي الذي سيتقاضاه المقاول يكون محددا ومعرفا بشكل دقيق. فموضوع عقد الأشغال العامة في صورته البسيطة والمعتادة أن يكون بثمن إجمالي وجزافي، فيحدد مجموع الأعمال التي ينبغي على المقاول انجازها ،و المبلغ المالي الذي يتلقاه مقابل ذلك.

ولكن الأمر ليس دائما بهذه البساطة لأن الوضع يختلف بحسب نوع وطبيعة الأشغال موضوع العقد.

---

(1) ــ راجع في حدود عدم المساس بالثمن كل من :

-**JEAN MARIE AUBY et PIERRE BON :** Op.Cit. P 238.

-**PHILIPE GODFRIN :** Op.Cit. P 203.

ــ **سليمان محمد الطماوي** : الأسس العامة للعقود ، المرجع السابق ، ص 531 وما بعدها.

(2) ــ أنظر المادة : 62 من المرسوم الرئاسي رقم 10- 236 .

لذلك فإن كيفية تحديد ثمن العقد ليست واحدة، بل هي متعددة وفق ما نص عليه المشرع الجزائري :[1].

" يدفع أجر المتعامل المتعاقد وفق الكيفيات الآتية:

- ü_ بالسعر الإجمالي والجزافي.
- ü_ بناء على سعر الوحدة.
- ü_ بناء على النفقات المراقبة.
- ü_ بسعر مختلط.....".

فأساليب تحديد ثمن عقد الأشغال العامة تختلف، وتلجأ الإدارة والمقاول إلى أحدها في تحديدهما لثمن العقد وهي بحسب المشرع قد يتفقان على ثمن جزافي محددا لعمل إجمالي معين، وقد يتفقان على تحديد ثمن الوحدة التي يتكون منها الشغل، وقد يكون الاتفاق على أساس تحديد الثمن بناء على مراقبة الأشغال. وأخيرا قد يكون تحديد الثمن بناء على أسلوب مختلط أي يجمع بين أكثر من أسلوب من بين هذه الأساليب، وهي الأساليب التي وردت بدفتر الشروط العامة الإدارية الجزائرية[2] وطبعا فإن اختيار أسلوب تحديد الثمن لا يتم اعتباطيا وإنما ذلك يتم بناء على أساس، ويكون له تأثيره الذي يتجلى خاصة في وصف الصفقة أو العقد وتسميته بذلك الأسلوب.

لذلك نجد تسمية: العقد الجزافي، العقد على أساس فئات الأسعار وعقد بثمن النفقات وغيرها.

وإطلاق وصف من هذه الأوصاف على عقد معين يجعله يخضع لأحكام خاصة به، قد تختلف عن أحكام غيره من العقود التي لا تحمل تلك الصفة. وعليه فسنحاول التعريف بكل عقد من هذه العقود.

---

(1) ــ أنظر المادة : 63 من المرسوم الرئاسي رقم 10- 236 .

(2) ــ أنظر المادة الأولى فقرة (ب) من دفتر الشروط العامة الإدارية الجزائري له 1964 .

الفرع الأول
التعاقد بالثمن الإجمالي الجزافي

يوصف العقد بهذا الوصف حين يتم الاتفاق بين المقاول والإدارة على ثمن إجمالي لمجموع الأشغال التي سينفذها المقاول، أي مبلغ إجمالي لعمل كلي، من غير تفاصيل توزيع الثمن وتخصيص كل جزء منه لنوع معين من الأشغال موضوع المشروع[1]. فهناك إذن عاملان متقابلان في هذا العقد

من جهة مبلغ محدد من المال ككتلة واحدة، ومن الجانب الآخر شغل معين يقوم به المقاول، ولايشترط هذا أن يكون الشغل عبارة عن نوع واحد أو وحدة واحدة بل قد تكون هناك تفصيلات في مكونات هذا الشغل وكذلك تحليل الثمن الجزافي. وقد عرف المشرع الجزائرى عقد الثمن الإجمالي بقوله : "...إن صفقة السعر الإجمالي الشامل هي الصفقة التي حدد فيها على التمام الشغل المطلوب من المقاول والذي يجري تحديد سعره جملة ومسبقا..." [2].

وهذا يعني أن المقاول ينفذ عملا إجماليا أو شاملا لكل (مكوناته) مقابل ثمن يدفع له عن مجمل ما نفذه. ويوصف الثمن في هذه الحالة بأنه جزافي.

ويترتب على الطابع الجزافي لثمن العقد عدم إمكانية حصول المقاول على مبالغ إضافية في حالة ما إذا واجهته صعوبات في التنفيذ بحسب ما هو متفق عليه[3].

فإذا كان العقد إجمالي بثمن جزافي فحتى وإن إحتوى على تفصيلات الأشغال وتحليل للثمن الجزافي فإن "... الاختلافات الملحوظة عرضيا أثناء الانجاز بالنسبة للكميات المذكورة في المستند، والتي لم تكن ناتجة عن أوامر إدارية مصلحية، وكذا

---

(1) ــ راجع كل من:

-**LAUREMT RICHER :** Op.Cit. P.33.

-**JEZE CONTRATS ADM :** T2 Op.Cit. P 631.

(2) ــ راجع المادة الأولى فقرة (ب) أ من دفتر الشروط العامة الإدارية الجزائري 964 .

(3) ــ راجع **عيسي عبد القادر الحسن** : مرجع سابق ، ص 205 .

الأغلاط التي يمكن العثور عليها في الحسابات التي حدد السعر الإجمالي بموجبها لا يمكن أن يترتب عليها بأي حال من الأحوال أي تعديل لهذا السعر..." [1].

فاختلاف حجم الأشغال المنفذة فعلا عن حجمها المبين في قائمة تفصيل الثمن الجزافي لا يؤدي إلى تعديل هذا الثمن وهو أمر متفق عليه بين الفقه والتشريع والقضاء[2].

فالمقاول لا يستحق التعويض عما نفذه من أشغال إضافية في حال العقد الجزافي، ما لم يكن قد قام بذلك تنفيذا لأمر مصلحي أصدرته الإدارة. غير أن هذا لا يحرم المقاول من حقه في المطالبة بالتعويضات لأسباب أخرى غير تلك التي نصت عليها المادة، كالمطالبة بالتعويض عما قام به من أشغال ضرورية ولازمة لتنفيذ الأشغال موضوع العقد، أو المطالبة بتعويض عن الأعباء الناجمة عن الظروف الطارئة أو الصعوبات المادية الغير متوقعة إذا نتج عنها قلب اقتصاديات العقد، أو في حال نص العقد على مراجعة الأسعار.... ففي كل هذه الحالات يمكن للمقاول المطالبة بالتعويض بالرغم من كون ثمن العقد كان جزافيا.

الفرع الثاني
التعاقد بناء على قائمة سعر الوحدة

ويعرفها المشرع الجزائر: [3] "....ب/ إن صفقات أسعار الوحدات هي الصفقات التي يجرى تسديدها على أسعار الوحدات وفقا للمقادير المنفذة فعليا ويجوز بصورة خاصة إعداد أسعار الوحدات على الصفقة المعتبرة (الجدول) أو إعدادها على أسعار النشرة المتداولة (المتسلسلة).....". أما المشرع الفرنسي[4] فقد عرفه بأنه كل ثمن لايكون جزافيا بالمعني المحدد سابقا، أو كل ثمن ينطبق على نوع من الأشغال لا تكون

(1) ــ راجع المادة 38 فقرة (ب) من دفتر الشروط الإدارية العامة الجزائري

(2) ــ راجع **عيسي عبد القادر الحسن** : مرجع سابق ، ص205 .

(3) ــ أنظر المادة الأولى فقرة ب من دفتر الشروط الإدارية العامة الجزائري CCAG 1964 .

(4) ــ راجع : المادة 102 من دفتر الشروط العامة الفرنسي سنة 1976 .

ــ **عيسي عبد القادر الحسن** : مرجع سابق ، ص 207 .

كمياتها محددة في العقد إلا بصفة مؤقتة فالتعاقد على أساس سعر الوحدة يتم تحديد الثمن فيه بإتباع أحد أسلوبين (الجدول Bordereau) أو (التسلسل Série).

ويتميز كلاهما بأن ثمن العقد لا يمكن تحديده بدقة مسبقا.

أ ــ تحديد الثمن على أساس الجدول BORDEREAU: ويتبع هذا الأسلوب خاصة في عقود الأشغال التي يصعب تحديد حجمها أو كمياتها مسبقا، كأشغال الحفر وأشغال الصيانة عموما، وتسمى العقود بثمن فئات الأسعار(1).

وفي هذه الحالة يكتفي الطرفان الإدارة والمقاول بتحديد ثمن لكل نوع من الأشغال التي سيتم تنفيذها دون تحديد لكميتها أو تعيين حجمهما.

ب ــ تحديد الثمن على أساس التسلسل SERIE: هذا الأسلوب بعكس الأسلوب الأول، يكون فيه حجم وكمية الشغل المطلوب تنفيذه محدد في العقد، وكذلك محدد ثمن كل نوع من أنواع الشغل المطلوبة ،فهو إذن يختلف عن أسلوب جدول الأسعار بكون كمية وحجم الشغل محددين، ولكنه يختلف على التعاقد بثمن إجمالي جزافي، بكون كمية الشغل المطلوب تنفيذها هنا تكون قابلة للتغيير، وأن الثمن النهائي لا يمكن تحديده إلا بعد تنفيذ الأشغال المتفق عليها(2).

والعقد الذي يتضمن "سلسلة أسعار Une Série أو جدول أسعار Bordereau فإن تحديد الثمن فيه وفقا للمشرع الجزائري(3) يكون بعد الإطلاع وتحديد كمية الأشغال المنجزة فعليا : "....2/أ- الصفقة التي تتضمن عدة أسعار أو جدول أسعار، يعد الحساب طبقا لمقادير الأشغال المنجزة فعليا والواقعة مشاهدتها رسميا وفقا لنص المادة 39 التالية، ولأسعار الوحدات المبينة في النشرة أو الجدول والمعدلة عند الاقتضاد طبقا

(1) - **JEAN MARIE AUBY et PIERRE BON** : Op Cit P 337.

(2) ــ راجع : **عيسي عبد القادر الحسن** : مرجع سابق ، ص 207 .

(3) ــ أنظر المادة 2/38 من دفتر الشروط الإدارية العامة الجزائري CCAG .

لشروط مراجعة الأسعار التي يمكن أن تتطلبها الصفقة والتابعة عند اللزوم للتخفيض (أو الإضافة) الواردة في المشاركة...." [1].

والملاحظ أن ثمن العقد المحدد على أساس سعر الوحدة يتميز بكونه ثمنا نهائيا لا يقبل المساس به (طبعا ما عدا وجود شرط مراجعة العقد).

بحيث أن المقاول يتحمل جميع مصاريف ونفقات الشغل، ولا يملك الاحتجاج بعدم كفاية الثمن وهذا طبقا لأحكام التشريع.

"ب/ إلا أنه في الحالة المنصوص عليها بالمقطع 3 من المادة 22 (الإشارة هنا لنصوص دفتر الشروط الجزائرية) عندما تكون قيمة الأشغال المنفذة أغلى من قيمة الأشغال المقررة بدفتر الشروط الخصوصية أو أوامر المصلحة، فتعد الحسابات على أساس الأشغال الأخيرة." والأشغال الأخيرة هنا هي الأشغال المقررة في دفتر الشروط الذي هو طبعا جزء من العقد.

وحتى يتضح المقام هنا يجب ذكر المقطع 3 من المادة 22 التي يشير إليها المشرع: "3/ عندما يعترف المهندسون أو المهندس المعماري أن التغييرات المحدثة من قبل المقاول ليست مخالفة لقواعد الفن أو الذوق السليم، فيجوز في هذه الحال الأخذ بالمقتضيات الجديدة دون أن يحق للمقاول طلب أية زيادة في السعر بسبب الإتساعات الأكثر قوة أو بسبب القيمة الأكثر ارتفاعا في الأدوات أو الأشغال، وتجري القياسات على أساس ما هو منصوص عليه ".

وهذه الصفة النهائية والجزافية لثمن العقد على أساس سعر الوحدة يقررها أيضا المشرع المصري[2] "..... تعتبر كل فئة من الفئات المدرجة بجدول الفئات ملزمة للمقاول أثناء تنفيذ العقد وغير قابلة لإعادة النظر لأي سبب، ولا يكون للمقاول حق طلب مبالغ

(1) ــ نكرر ملاحظة أن المشرع الجزائري لم يكن موفقا في اختيار العبارات السهلة والمعبرة والجارية من حيث الاستعمال في تعبيره بالنسبة لنصوص دفتر الشروط العامة سنة 1964 وفيها هذه الفقرة كما في كلمات "التابعة عند اللزوم" و "الواردة في المشاركة ". حيث يقصد مراجعة الأسعار سواء بالزيادة أو النقصان كما يتضمنه التعهد .

(2) ــ أنظر المادة 80 من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات 1983 القديمة.

زيادة أو تعويضات مهما كانت خسارته أو تكبده مصـــروفات إضـــافية" . والمقـــاول لايستطيع أن يطالب إلا بالثمن المحدد على أساس الوحدة، ووفقا للكميات التي نفـــذها فعلا وهو ما أقره مجلس الدولة الفرنسي أيضا(1).

الفرع الثالث
التعاقد بناء على النفقات المراقبة

"....4/ إن الحساب المتعلق بالصفقات المبرمة على النفقات المراقبة هي موضـــوع مقتضيات منصوص عليها في دفتر الشروط الخصوصية....".

هذا ما نص عليه المشرع الجزائري في دفتر الشروط العامة(2) حيث تحيل إلى دفترة الشروط الخصوصية. أما في المرسوم الرئاسي المنظم للصفقات العمومية فقد نص على(3) : " يجب أن تبين الصفقة التي تؤخذ خدماتها في شكل نفقات مراقبـــة، طبيعـــة مختلـــف العناصر التي تساعد على تحديد السعر الواجب دفعه وكيفية حسابها وقيمتها ".

فسعر الصفقة يتحدد في مثل هذا النوع من العقود بالاعتماد على حساب النفقات والتكاليف التي تحملها المقاول ،بناء على الوثائق الثبوتية التي يقدمها مضافا إليهـــا نســـبة معينة كهامش للربح(4).

فمعرفة الثمن إذن ينتج من الكشوف والوثائق التي يقدمها المقاول وتراقبها الإدارة (صاحب الأشغال) ،وسعر العقد لا يعرف بدقة مسبقا ولا يعرف كم سيتقاضى المقاول مقابل هذا المشروع وإنما كل ذلك يتحدد عندما يحين تسديده.

---

(1) ــ راجع **عيسي عبد القادر الحسن** : مرجع سابق ، ص 207 .

(2) ــ أنظر المادة 4/38 من دفتر الشروط العامة .

(3) ــ أنظر المادة 72 من المرسوم الرئاسي رقم 236/10 .

(4) ــ راجع: - **الدكتور محمد الصغير بعلي**: العقو الإدارية ، دار العلوم للنشر والتوزيع 2005 ، ص 81 .

- **JEAN MARIE AUBY- P BON :** Op. Cit. P 237.

فالإدارة تدفع الثمن المقابل بعد أن تقوم بالزيادة حسب النفقات التي تحملها المقاول بمناسبة تنفيذ الأشغال ،وتأخذ بعين الاعتبار في ذلك كل النفقات التي يقدم بشأنها ثبوتا من المقاول وتضيف إليها نسبة معينة كأرباح المشروع، لأنه لا يعقل أن يبادل المقاول نقودا بنقود ،وتشمل هذه النفقات ما يكون المقاول قد دفعه مقابل الأجور، والمواد الأولية واستهلاك للعتاد، والضرائب والرسوم التي لها صلة بالمشروع موضوع العقد.

فمن إجمالي هذه النفقات لمختلف العناصر التي تراقبها وتدفعها الإدارة، يتشكل الثمن مع ما يحصل عليه المقاول من هامش الربح ومجهوده الشخصي.

ويرى البعض بأن مثل هذا الأسلوب في تحديد ثمن العقد يشكل خطرا على الميزانية العامة، لذلك يجب عدم اللجوء إليه إلا بشكل استثنائي من قبل الإدارة(1).

و لم يشر المشرع الجزائري إلى أي خصوصية لهذا الأسلوب في تحديد الثمن، مما يجعله أسلوبا عاديا يمكن اللجوء إليه متى رأت الإدارة أنه الأسلوب الأمثل نظرا لطبيعة الأشغال.

الفرع الرابع
التعاقد على أساس ـ السعر المختلط
(PRIX-MIXTE)

ويقصد به أن تحديد ثمن العقد أو الصفقة ،يكون باستعمال مختلط للأساليب السابقة أي اعتماد معايير مختلطة، وذلك مثلا بمراعاة تكلفة سعر الوحدة، ومراقبة النفقات، وهامش الربح وغيرها.

(1) ــ راجع **عيسي عبد القادر الحسن** : مرجع سابق ، ص 209 . الذي يقول بأن المشرع الفرنسي لا يجيز اللجوء إلى التعاقد على أساس النفقات المراقبة إلا إستثناء.

السعر مؤقت : هناك بعض التشريعات[1] التي تجيز التعاقد بثمن مؤقت، وذلك حينما يكون من المستحيل تحديد الثمن الذي سيدفع للمقاول عن الأشغال مقدما، نظرا لطبيعة الأشغال التي تكون معقدة، أو تكون ذات مواصفات فنية حديثة غير مألوفة، أو تلك التي تكتسي طابعا استعجاليا لا يتحمل التأخير في التنفيذ لحين استكمال التحضيرات.

ففي مثل هذه الحالات تجد الإدارة نفسها مضطرة لإبرام العقد دون أن تحدد ثمنه بشكل دقيق. ويشرع المقاول بتنفيذه دون أن يعلم مسبقا المقابل الذي سيحصل عليها على وجه الدقة، وهو في مثل هذه الحالة يخضع لرقابة شديدة من قبل الإدارة.

وعادة يتبع مثل هذا العقد بملحق يتضمن التحديد الدقيق للثمن ولكمية الأشغال أيضا، وهذا حين تتضح معالم الأشغال وتتضح شروط تنفيذها[2].

و لم يشر المشرع الجزائري إلى هذا الأسلوب من أساليب التعاقد وتحديد الثمن لا في قانون الصفقات العمومية ولا في دفتر الشروط العامة الإدارية. ومثله في هذا مثل المشرع المصري الذي لم تشر اللائحية التنفيذ التي أصدرها لهذا الأسلوب، لذلك يجب على الإدارة عدم اللجوء إليه إلا في حالة الضرورة القصوى مثل الحالة المحددة من قبل المشرع الفرنسي وذلك تفاديا لكل مخاطرة.

المطلب الثالث
أساليب حساب الثمن

تعد الحسابات على أساس الكمية المنجزة فعلا، بغض النظر عن الحجم الكلي للأشغال التي يحتويها أو يتشكل منها المشروع.

(1) ــ أنظر المادة 150 من قانون الصفقات الفرنسي .

(2) ــ راجع **عيسي عبد القادر الحسن** : مرجع سابق ، ص 210 .

- **JEAN MARIE AUBY- PIERE BON :** Op. Cit. P 238.

وهذا ما يستوجب الحصر دوريا لمدى تقدم الأشغال، من أجل حساب الثمن أو المبلغ المستحق للمقاول، وهي العملية التي تتم على مرحلتين:

المرحلة الأولى وتشمل حصر أبعاد وكميات الأشغال المنفذة بواسطة إعداد "لوائح الأشغال ،أو جداول المنجزات (Les Attachements) وذلك إذا كان الأمر يتعلق بأشغال الهندسة المدنية (أشغال الخرسانة) أو يكون هذا الإعداد بواسطة (الوضعيات) (Les Situations) إذا كان الأمر يتعلق بحساب ثمن أشغال البناء.

المرحلة الثانية وتتمثل في تحديد المبالغ المستحقة للمقاول مقابل ما أنجزه من أشغال. وهذا ما نص عليه المشرع الجزائري في دفتر الشروط الإدارية العامة تحت عنوان: (قواعد تسديد الحسابات) "...أ ـــ يعد الحساب طبقا لمقادير الأشغال المنجزة فعليا والواقعة مشاهدتها رسميا وفقا لنص المادة 39 التالية. ولأسعار الوحدات المبينة في النشرة أو الجدول والمعد له عند الاقتضاء طبقا لشروط مراجعة الأسعار.....".

وهذا بالنسبة للعقد الذي يتضمن عدة أسعار أو جدول أسعار وذلك ما لم يتضمن دفتر الشروط الخاصة أحكام مخالفة[1].

فجداول المنجزات أو لوائح الأشغال كما يعبر عنها المشرع الجزائري تكون بالنسبة لأشغال الهندسة المدنية، وكشوف البيانات بالنسبة لأشغال البناء.

الفرع الأول
إعداد اللوائح والبيانات

1 ـ إعداد اللوائح

يتم إعداد اللوائح بالاعتماد على المعاينات الجارية في الورشة المنصبة أساسا على كمية ونوعية الأشغال التي تم تنفيذها فعلا، والتموينات والعناصر التي تتشكل منها

(1) ـــ أنظر المادة 1/38 ، 2 أ ـــ من دفتر الشروط الإدارية العامة الجزائري.

وذلك على أساس الحسابات الجارية لهذه العناصر التي بموجبها تتحدد الكميات اللازمة مباشرة وإعداد صافي الحسابات(1).

وهذه الطريقة هي ذاتها التي كانت متبعة في فرنسا قبل صدور دفتر الشروط العامة الحالي 1976. حيث كانت الإدارة تقوم بمتابعة الأشغال والتحقق من تنفيذها بواسطة جداول المنجزات التي تعدها وتحررها لتتابع تنفيذ الأشغال قصد حساب الثمن الذي يجب للمقاول.

ومضمون هذه الجداول لا يكتسي حجية في مواجهة المقاول إلا إذا وافق عليها. غير أن دفتر الشروط العامة الفرنسي 1976 لم يتضمن الإشارة إلي هذه الجداول وإنما هو يتكلم عن المعاينة والإثبات الحضوري للأشغال المنفذة، ويقصد بالمعاينة عملية التحقق من التنفيذ، أي الإثبات فيقصد به "الوثيقة" التي يثبت فيها ما ينتج عن المعاينة(2).

وسواء تعلق الأمر بالتشريع الجزائري وإعداد اللوائح، أو بالتشريع الفرنسي والقيام بالمعاينة والإثبات ،فإن الأمر ينصب على موضوع واحد، وهو التحقق من الخدمات والأشغال المنفذة فعلا وظروف تنفيذها.

تشمل اللائحة (الجدول) أو المعاينة فيما يتعلق بكل مادة على أرقام تسلسلها أو جداول أسعارها، إذا كان العقد مبرما على أساس ثمن الوحدة. وكذلك حساب الكميات والأوزان أو الوحدات والنفقات الجزئية وغيرها من العناصر الضرورية لتحديد الثمن.

وتعد اللوائح من قبل الإدارة تبعا لتقدم التنفيذ بطلب من المقاول بواسطة مندوبها (صاحب الأشغال) وذلك بحضور المقاول الذي يجب دعوته للحضور شخصيا أو لينتدب من يمثله في هذه العملية في التاريخ الذي تحدده الإدارة لذلك.

---

(1) ــ أنظر المادة 1/39 ــ من دفتر الشروط الإدارية العامة الجزائري.

(2) ــ أنظر المادة 1/12 ، من دفتر الشروط الإدارية العامة لسنة 1976.

راجع **عيسي عبد القادر الحسن** : مرجع سابق ، ص 220 .

- **JEAN MARIE AUBY- PIERE BON :** Op. Cit. P 245.

وفي حال غاب المقاول أو من يمثله عن حضور عملية المعاينة وإعـــداد اللائحـــة بالرغم من دعوته إلى ذلك رسميا، فإن الإدارة تعد اللائحة في غيبته وتعتبر "كأنها نظمت بمحضره"[1].

فكشوف البيانات التي تحتويها اللائحة (الجداول) تتم إذن بحضور كل من ممثـــل الإدارة (صاحب الأشغال) والمقاول في التاريخ المحددة لإتمام تلك العملية.

وبعد إعدادها يجب أن تعرض على المقاول من أجل التوقيع بالموافقة عليها. ولـــه الحق في أخذ نسخة منها والتي يسلمها له ممثل الإدارة أي مكتب الدراســـات صـــاحب الأشغال، وفي حال رفض المقاول التوقيع بالموافقة على اللائحة أو وقعها ولكن مع إبداء تحفظات بشأنها، لأن للمقاول الحق في إبداء ذلك أو التعبير كتابيا عن الملاحظات الـــتي يراها بشأن ما ورد باللائحة ،وذلك في أجل عشرة أيام من تاريخ عرضها عليه[2].

وهو نفس الإجراء بالنسبة لدفتر الشروط الفرنسي حيث يمنح المشـــرع للمقـــاول الذي يرفض التوقيع على محضر المعاينة والإثبات أو التوقيع عليه بتحفظ،منحه أجـــل 15 خمسة عشر يوما لتقديم تحفظاته كتابيا إلى الإدارة وذلك من تاريخ تحرير المحضر[3].

أما إذا تمت دعوة المقاول لحضور المعاينة وذلك بشكل قانوني و لم يحضر، فإن ذلك يعني اعتبار محضر المعاينة والإثبات وكأنه مقبول منه وبدون تحفظ.

ويعتبر المشرع الجزائري انقضاء أجل العشرة أيام دون تقديم المقـــاول لتحفظاتـــه كتابيا بمثابة قبول اللائحة كما لو أن المقاول قد وقعها وبدون تحفظ.

وتنصب موافقة المقاول على شقي اللائحة: الشق أو الجانب الكمي أو مقـــادير الأشغال، والشق أو الجانب المالي أي الأسعار، أي الموافقة مثلا على الوحدات التي تعين عن طريق أرقام التسلسل أو جدول أسعار الوحدات.

---

(1) ــ أنظر المادة 3/39 ــ من دفتر الشروط الإدارية العامة الجزائري .

(2) ــ أنظر المادة 6/39 من دفتر الشروط الإدارية العامة الجزائري

(3) ــ أنظر المادة 4/12 من دفتر الشروط الإدارية العامة الفرنسي سنة 1976 .

أما إذا كانت موافقة المقاول منصبة فقط على الجانب الكمي أي على المقادير فقط، دون الأسعار فإن عليه إبداء تحفظاته كتابة في أجل عشرة أيام من تاريخ عرض اللائحة عليه كما أسلفنا، وإلا اعتبر عدم قيامه بذلك كأنه قبول وموافقة منه. وعملية إعداد اللوائح كما هو الحال بالنسبة لإجراء المعاينة والإثبات في فرنسا(1)،كلاهما يتم بناء على طلب المقاول كأصل عام أو الإدارة، ويجب على المقاول في كلا التشريعين أن يطلب القيام بهذه العملية في "الوقت المناسب" إذا كانت الأشغال ستصبح خفية أو غير ظاهرة وبالتالي غير قابلة للمشاهدة والتحقق منها لاحقا.

فإذا لم يبادر المقاول إلى طلب إجراء إعداد اللائحة في الوقت المناسب فليس له أن ينازع فيما يقرره ممثل الإدارة فيما بعد بشأن إعداد اللائحة أو محضر المعاينة.

وتلزم الإدارة بإجراء المعاينة في أجل ثمانية أيام من تاريخ طلبها من المقاول بالنسبة للمشرع الفرنسي، في حين لم يقيد المشرع الجزائر الإدارة (صاحب الأشغال) بأجل مماثل وهو ما نراه نقصا يجب على المشرع تداركه حتى لا يبقى المقاول ــ تحت رحمه ــ الإدارة (صاحب الأشغال) متوقفا عن العمل ينتظر المعاينة والتحقق من مقدار الأشغال ونوعية المواد المستعملة إلى غير ذلك.كما لو كان الأمر يتعلق مثلا بأشغال أجراها المقاول في أساسات البناء والأمر يتطلب ردم الأماكن حتى يستطيع مواصلة المرحلة الموالية، أو كان الأمر يتعلق بشغل معين يتم على شكل طبقات يغطى الظاهر منها ما هو أسفله ،ففي مثل هذه الحالات من الضروري أن يقيد المشرع الإدارة (صاحب الأشغال) بأجل قصير من أجل إتمام عملية إعداد الكشوف واللوائح، حتى يسمح للمقاول بمواصلة الأشغال، وحتى لا يتخذ المقاول من تراخي المكلف بإجراء الكشف وإعداد اللائحة، ذريعة فيخفي ما تم إنجازه بحجة مواصلة الأشغال دون أن تتأكد الإدارة من كمية ونوعية تلك الأشغال المنفذة والتي قد يستحيل الكشف عنها فيما بعد.

(1) ــ أنظر المادة 10/39 من دفتر الشروط الجزائري وكذلك المادة 2/12 من دفتر الشروط العامة الفرنسي.

2 ـ إعداد كشوف البيانات

وهو المصطلح الذي أطلقه المشرع الجزائري على إعداد الوضعيات (Situations) إذا كان الأمر يتعلق بأشغال البناء ــ مقابل "اللـــوائح" les Attachements إذا كـــان الأمر يخص أشغال الهندسة المدنية.

ويتم إعداد البيانات أو الوضعيات دوريا من قبل المقاول الذي يســـلمها لـــلإدارة (صاحب الأشغال) من أجل مراقبتها وتدقيقها عن طريق إدخال ما تراه مـــن تعـــديل أو تصحيح عليها.

وعلى الإدارة ممثلة في (المهندس صاحب الأشغال)إبداء رأية علـــى مـــا ورد في الوضعية التي أعدها المقاول ،وإخبار هذا الأخير بذلك كتابيا في أجل شهرين من تـــاريخ تسليم هذه البيانات أو الوضعية سواء كان الرأي بالموافقة الكاملة عليها، أو موافقة مـــع إجراء تصحيح أو تعديلها.

وفي الحالة الأخيرة أي الموافقة مع التصحيح فإن للمقاول إما القبول بـــه أو حـــق إبداء تحفظ على ذلك كتابيا في أجل عشرة أيام، وإن كان المشرع لم يحدد تاريخ بدايـــة إحتساب هذا الأجل إلا أن المنطق والعدل يجعلان بداية سريانه مـــن تـــاريخ التبليـــغ. وانقضاء هذا الأجل دون رد من المقاول أو دون إبداء تحفظات بشكل مكتوب ،يفســـر بأنه قبول من قبله ،وهذا وفقا لأحكام المشرع الجزائري.

"(.".. ب ــ الأشغال المنفذة بمقتضى تطبيقات البناء :

1 ــ يهيئ المقاول البيانات ويسلمها دوريا كلما رأى ضرورة ذلك إلى مهنـــدس الدائرة او المهندس المعمارى الذى يدققها ويجرى عليهاالتصـــحيحات الـــتى يرتضى ضرورتها.
2 ــ يجب على المهندس إعلام المقاول كتابة في أجل شهرين من تاريخ التسليم عن موافقته وإذا اقتضى الأمر إرفاق موافقته ببيان مصحح.
3 ــ يجب عند ذلك على المقاول في أجل عشرة أيام إعادة البيان المصحح مشفوعا بموافقته أو بملاحظاته الكتابية.

4 ــ إذا انقضى ذلك الأجل يعتبر البيان مقبولا منه.

5 ــ في حالة تأخير المقاول جاز إعداد البيان تلقائيا من قبل الإدارة وعلى نفقة المقاول..." (1).

نص المشرع الجزائري في هذه الفقرة(ب) من المادة 39 (خامسا) على حكم يبدوا غريبا بحسب رأينا حيث يقضى بأنه في حال عدم إعداد المقاول لكشف البيانات (Situation) فإنه يجوز للإدارة (صاحب الأشغال) أن تقوم بإعداد كشف البيانات على حساب ونفقة المقاول.

ووجه الغرابة هذا هو أن إعداد كشف البيانات في مصلحة المقاول، إذ على أساسه ستدفع له الإدارة مقابل ما أنجز، وبالتالي فمن غير المعقول أن يتراخي ويتهاون المقاول في السعي من أجل الحصول على ثمن ما أنجزه إلى درجة أن صاحب الأشغال (مكتب الدراسات) يكون أحرص على تسديد الثمن للمقاول أكثر من المقاول نفسه !.

وإذا كان الأمر يتعلق بإعداد البيانات Situation لأشغال مآلها أن تختفي ولايمكن مشاهدتها والتحقق منها لاحقا، فيجب على المقاول إجراء الكشف عليها بحضور ممثل الإدارة (مكتب الدراسات) قبل أن تختفي ولا يمكن مراقبتها، ويملك ممثل الإدارة سلطة إدخال تعديلات على البيانات التي يتضمنها الكشف الذي قدمه المقاول. على أن يعرض على المقاول البيانات المعدلة لإمضائه والموافقة عليه.

وللمقاول في مقابل ذلك الحق في رفض الإمضاء إذ رأى بأن التعديلات التي أجراها ممثل الإدارة غير صحيحة بالنسبة إليه.

كما أن له أن يوقع على الكشف المعدل لكن مع التحفظ على بعض هذه التعديلات، وفي هذه الحالة يحرر الطرفان محضرا يتضمن تفاصيل واقعة التحفظ، ويوقعانه وعلى المقاول أن يقدم آراءه وملاحظاته في شكل مكتوب في أجل لا يتعدى العشرة أيام من تاريخ توقيعه بتحفظ على تعديلات المهندس ممثل الإدارة على البيانات التي قدمها.

(1) ــ أنظر المادة 39/ب1 من دفتر الشروط الإدارية الجزائري.

وفي حال انقضاء هذا الأجل، و لم يقدم المقاول ملاحظاته مكتوبة، فإن البيانـــات التي وقع عليها بتحفظ تعتبر مقبولة منه كما لو وقعها بدون تحفظ.

ولا يعتمد في إعداد كشوف الحسابات إلا البيانات التي يعدها المقاول والتي تنـــال موافقة ممثل الإدارة (المهندس، مكتب الدراسات) (1).

الفرع الثاني
إعداد الحسابات الشهرية المؤقتة

ينص المشرع الجزائري تحت عنوان : "تفصيل الحسابات المؤقتة" على:"في حالـــة عدم وجود نص مخالف في دفتر الشروط المشتركة أو دفتر الشروط الخصوصية، يجـــري شهريا بالاستناد إلى اللوائح أو البيانات المقبولة من الإدارة، وفقا لنص المادة 39 أعـــلاه إعداد حساب تفصيلي مؤقت بالأشغال المنفذة والتموينات المنجزة يكون بمثابـــة محضـــر موضوع من المصلحة يتخذ أساسا للتأديات على الحساب إلى المقاول...." (2) مـــؤدى هذا النص أن تفصيل الحساب الشهري المؤقت يعد بناء على إحدى الوثيقتين اللائحة، أو كشف البيانات Attachement Ou Situation. وأن الدفع للمقاول يكون بناء علـــى هذا الحساب المؤقت Décompte Provisoire

وتتعرف كشوف الحسابات المؤقتة بكونها وثائق تعتمد من الإدارة بشـــكل دوري تستخدم في حساب المبالغ المواجب دفعها للمقاول أثناء تنفيذ العقد.(3) ويتضمن هـــذا التفصيل مجموع الأشغال المنفذة فعلا من قبل المقاول، وكذا مواد الإنجاز التي تمـــون بهـــا المقاول.

(1) ــ راجع المادة 39/ب6 من دفتر الشروط الجزائري

(2) ــ راجع المادة 1/40 من دفتر الشروط الإدارية العامة.الجزائرى

والمادة 85 من المرسوم الرئاسي رقم 10- 236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية.

(3) ــ أنظر **عيسي عبد القادر الحسن** : مرجع سابق ، ص 223 .

وعلى هذا الأساس تسدد الإدارة للمقاول مبالغ (كدفع على الحساب) في إطار التسوية المالية للصفقة وفقا لما ينص عليه المشرع الجزائري[1].

غير أنه بالنسبة للتموينات لا يمكن أن ندخل في تفصيل الحساب إلا إذا كانت ملكيتها عائدة للمقاول ومدفوعة فعليا من قبله ،إذ لا يجوز أن يستفيد المقاول من الدفع على الحساب عند التموين بالمنتوجات، إلا إذا كانت مسلمة في الورشة ،و لم تكن محل دفع عن طريق التسبيقات على التموين، وهذا حتى لا تسدد الإدارة مرتين على عملية واحدة .كما يشترط أن تكون المنتوجات أو المواد الممون بها المقاول مقتناة من الجزائر[2].

ويتم إعداد تفصيل الحساب المؤقت نظريا من الناحية القانونية طبقا لنص المادة 40 من دفتر الشروط المشتركة الجزائري، من قبل الإدارة (مكتب الدراسات).

لذلك ينص المشرع على أنه من حق المقاول أن يطلع على كشف تفصيل الحساب هذا عند المهندس، أي في مكتب الدراسات.

غير أنه عمليا يتم إعداد كل هذه الوثائق مبدئيا من قبل المقاول الذي يقدمها للمهندس مكتب الدراسات ليراقبها ويوقع عليها أو يعدلها ثم يعيد نسخة منها للمقاول، ويحتفظ بنسختين، إحداهما يقدمها للإدارة صاحبة المشروع برفقة كشف الأتعاب حتى يتقاضى المقابل المالي لما قدمه من عمل للإدارة وينطبق هذا على إعداد اللائحة، وإعداد البيانات وكذا كشوف تفصيل الحسابات.

والواقع هو الذي يفرض هذا لأن المقاول سينتظر طويلا قبل أن يحصل على الأموال في إطار الدفع على الحساب، نظرا لما يتطلبه ذلك من إجراءات وخطوات لابد من المرور عليها والتي ستستغرق وقتا.

(1) ــ راجع المادة 73 من المرسوم الرئاسي ثم 236/10 المنظم للصفقات العمومية.

(2) ــ راجه المواد 84-85 من المرسوم الرئاسي رقم 236/10 المنظم الصفقات العمومية.

خاصة وإن حصول المقاول على الثمن تحت هذا العنوان، لا يتم بمجـــرد إعـــداد اللوائح أو البيانات وكشوف تفصيل الحساب المؤقت، بل بعد أن يصادق عليها المهندس المكلف بالمتابعة، يرسلها إلى الإدارة صاحبة المشروع، أيـــن يوقعهـــا المســـؤول الآمـــر بالصرف، ثم تحول إلى مصلحة الميزانية والمحاسبة للقيام بالعمليات المحاسبية التي يستوجبها الصرف ،وبعدها تحول إلى الخزينة التي تحول المبالغ المستحقة للمقاول.

ولاشك أن هذه الإجراءات ستستغرق وقتا طويلا، خاصة إذا علمنا أن المهنـــدس المتابع للاشغال، مكلف بمتابعة العديد من المشاريع في آن واحد، وهو ما لا يســـمح لـــه ربما بإنجاز هذه المهمة في كل مرة بما يتماشى ومصلحة المقـــاول في الحصـــول علـــى الأموال، الشئ الذي يجعل هذا الأخير يتولى بنفسه بدلا من مكتب الدراسات، وبشـــكل منتظم إعداد اللوائح والبيانات، وكشوف تفصيل الحسابات المؤقتة، ثم يقدمها لمكتـــب الدراسات الذي يراقبها ويصادق عليها أو يدخل عليها تعديلا ويعيدها للمقاول الـــذي يوافق عليها أو يوافق مع إبداء تحفظات بالشكل الذي سبق الإشارة إليه وهذا حتى يتسنى له الحصول على الأموال كدفعات على الحساب من أجل التكفل بمصاريف الإنجاز مـــن سلع ومواد وأجور المستخدمين وغيرها.

ولهذا سجلنا استغرابنا في فقرة سابقة من حكم المشرع الذي (يعاقب) المقـــاول في حال تأخره عن إعداد البيانات في الوقت المحدد، بأن أجاز للإدارة (المهنـــدس المكلـــف بالمتابعة) القيام بذلك على نفقة المقاول !.

الفرع الثالث
إعداد الحسابات السنوية والنهائية

ففي حال كانت مدة العقد ثمانية عشر شهرا فأكثر فإنه يتوجب في نهاية كل سنة تعاقدية إعداد كشف تفصيلي لسير المقاولة والمشروع بالنسبة لأشغال الهندسة المدنية أي أشغال الخرسانة.

وعمليا فإن هذا الكشف السنوي يقسم إلى قسمين: قسم يشتمل على أجزاء الشغل التي يمكن حصرها نهائيا.

والقسم الثاني ويتضمن الأشغال التي لا يمكن إعداد حالتها إلا بصورة مؤقتة.

وكشف الحساب السنوي بهذه الصورة يعتبر كوسيلة تقييم لمدى تقدم إنجاز المشروع.

كما يجب إعداد حساب مفصل جزئي ونهائي في الحالة التي تكون فيها الإدارة في حاجة إلى الاستحواذ على جزء من المشروع ،كما يتم إعداد حساب مفصل ونهائي له لهذا الجزء الذي أصبح في حيازة الإدارة.

أما الحساب العام والنهائي للمشروع فيتولى إعداده صاحب الأشغال (مكتب الدراسات) وذلك بعد أن تكتمل الأشغال المفترضة في المشروع وبعد المراقبة والتعديل إذا اقتضى الأمر ذلك بالنسبة للوضعيات السنوية والجزئية والوضعية الإجمالية السابقة والحساب العام والنهائي بكشف المبالغ التي يمكن للمقاول أن يطالب بها مقابل إنجاز مجمل الأشغال.

موقف المقاول من تفاصيل الحسابات: بعد إعداد تفصيل الحسابات من قبل مكتب الدراسات يجب عليه أن يعرضها في مكتبه على المقاول الذي يوجه له أمر مصلحي لهذا الغرض من أجل الإطلاع والتوقيع عليها بالموافقة ،وله أن يطلع على القياسات والمستندات الثبوتية المتعلقة بتفصيل الحساب .كما أن له أن يأخذ نسخا عنها وعن كشف تفصيل الحساب.

وإذا رفض المقاول التوقيع، حرر محضر بذلك يتضمن الظروف التي رافقت إعداد كشف الحساب التفصيلي.

أما إذا وقع المقاول بالموافقة على كشف الحساب، فإن ذلك يلزمه بكل ما ورد به من مقاييس ومقادير والأسعار المطبقة عليها.

إذا لم يمتثل المقاول لأمر المصلحة الموجه إليه للحضور قصد الإطلاع والتوقيع على كشف الحساب التفصيلي، أو حضر ورفض قبول ما عرض عليه من حساب، أو وقع الكشف ولكن بتحفظ، ففي هذه الحالات يجب عليه تقديم مذكرة مكتوبة مفصلا فيها أسباب تحفظه ،يقدمها إلى المهندس المكلف (مكتب الدراسات صاحب الأشغال) في أجل ثلاثين يوما من تاريخ تبليغ الأمر، بالنسبة للحسابات الجزئية النهائية. وفي أجل أربعين يوما بالنسبة لتفصيل الحساب العام والنهائي خلافا لفرنسا(1).

وإذا لم يقدم المقاول وفي الآجال المحددة بالنسبة لكل نوع مذكرته الكتابية التفصيلية للأسباب التي بنى عليها تحفظاته، سقط حقه واعتبر الحساب التفصيلي موافقا عليه دون تحفظ(2).

أما إذا قدم المذكرة التوضيحية التي سجل فيها أسباب تحفظه على تفصيل الحساب أمام المهندس(مكتب الدراسات)، ومبينا فيها مطالباته، ورغم ذلك رفضها المهندس أي صاحب الأشغال الذي له الرد على مطالبات المقاول في أجل ثلاثة أشهر. بعدها يحق للمقاول رفع تظلمه ومطالبته إلى الوزير مباشرة، وينتظر رده مدة أربعة أشهر التي يعتبر مرورها دون رد بمثابة رفض ضمني من قبل الوزير والذي يفتح الباب أمام المقاول لرفع دعوى أمام الجهة القضائية المختصة. وفي حال رد الوزير على مطالب المقاول بالرفض فإن لهذا الأخير أن يرفع دعواه أمام القضاء في أجل أربعة أشهر وإلا فيعتبر عدم مباشرته للدعوى بمثابة إقرار منه برأي الوزير ولا تقبل منه أي مطالبة بعد ذلك(3).

أما بالنسبة للأشغال المنفذة بمقتضى تطبيقات البناء، أي خلافا لتلك المطبقة بمقتضى تطبيقات فن الهندسة المدنية (أشغال الخرسانة).

(1) ــ أنظر: Jean marie Auby- piève bon op.cit. p 246 حيث أن أجل تقديم مذكرة توضيح التحفظات تحدد بالعقد.

(2) ــ راجع المادة 41 الفقرات من 9 : 1 من دفتر الشروط الإدارية العامة.

(3) ــ راجع المادة 51 من دفتر الشروط الإدارية العامة.

وإذا كان منصوص على ذلك سواء في دفتر الشروط العامة أو الخاصة أو حتى في العقد ذاته فإنه على المقاول إعداد بيان مفصل عن سير الأشغال يبين فيه الأشغال التي تم إنجازها منذ الانطلاق في التنفيذ.

ويفهم من نص المادة 41 من دفتر الشروط الإدارية العامة أن المشرع جعل مهمة إعداد تفصيل الحساب السنوي والنهائي بالنسبة لأشغال الخرسانة أو الهندسة المدنية ملقاة على عاتق المهندس (صاحب الأشغال،) أما ذلك المتعلق بتطبيقات أشغال البناء فهي على عاتق المقاول وذلك لما تضمنه نص المادة من وجوب توجيه أمر مصلحي إلى المقاول من أجل الإطلاع وإبداء رأيه بخصوص الحساب التفصيلي النهائي لأشغال الهندسة المدنية، مما يعني أنه لم يقم هو بإعداده وإنما أعده غيره وبالتالي يعرض عليه للإطلاع على محتواه "....5/ يدعى المقاول بموجب أمر مصلحي يجري تبليغه إليه رسميا للقدوم إلى مكاتب مهندس الدائرة أو المهندس المعماري للإطلاع على تفصيل الحسابات وتوقيع إشعار بالموافقة...".

ومثل الحساب التفصيلي السنوي لأشغال الهندسة المدنية، فإن تفصيل الحسابات المتعلق بأشغال البناء يقسمه المقاول أيضا إلى قسمين تماما مثل تفصيل الحسابات السنوية لأشغال الهندسة المدنية(1):

ـــ قسم يشمل الأشغال وقطع الأشغال التي يمكن حصر قياسها نهائيا.

ـــ قسم يتضمن الأشغال أو قطع الأشغال التي لا يمكن حصرها في الحاضر وإنما بيان حالها بشكل مؤقت.

و إذا رأت الإدارة صاحبة المشروع أن تستحوذ على جزء من المشروع الذي انتهت به لأشغال فعليها أن تقوم بالاستلام المؤقت لذلك الجزء. وعلى المقاول في هذه الحالة أن يعد الكشف الإجمالي المفصل عن الأشغال التي تم تنفيذها منذ شروعه في تنفيذ

(1) ـــ راجع المادة 45/ب من دفتر الشروط الإدارية العامة.

العقد ويسلمه للمهندس ممثل الإدارة (مكتب الدراسات صاحب الأشغال) وذلك في أجل ستة أسابيع من تاريخ التسليم المؤقت.

وفي جميع الحالات فإن المهندس (مكتب الدراسات) عليه بعد تسلم كشوف البيانات من المقاول أن يقوم بمراقبتها وتدقيقها، وإن اقتضى الأمر تصحيحها وتعديلها وبناء عليها يقوم بإعداد الحسابات التفصيلية السنوية والنهائية وفقا لما سبق بالنسبة للأشغال المنفذة بمقتضى تطبيقات فن الهندسة المدنية (أشغال الخرسانة).

وإذا تأخر المقاول في تقديم كشف سنوي بالبيانات المفصلة عن الأشغال المنفذة منذ بدء تنفيذ المشروع جاز للإدارة (مكتب الدراسات) أن تقوم بإعداد ذلك الكشف السنوي تلقائيا أي دون سبق إنذار ويكون ذلك على نفقة المقاول[1].

وما يلاحظ هو تقارب كشوف تفصيل الحسابات في التشريع الجزائر مع الوضع في التشريع الفرنسي من حيث كيفية إعدادها ودورها وقيمتها القانونية فكشوف تفصيل الحسابات هي الوثائق التي تحدد المبالغ المستحقة للمقاول بناء على اللوائح. والإدارة هي التي تقوم بإعداد كشوف حسابات شهرية مؤقتة، وهي تعتبر وثائق داخلية فقط للمصلحة أي للإدارة ولو أنها تبلغ للمقاول، وبالتالي فهي لاتحوز على أي حجية أو قيمة قانونية شأنها شأن كل التدابير الداخلية التي تجريها الإدارة. وهي لا تملك حجية حتى بالنسبة للحسابات النهائية، وإنما هي فقط من أجل حساب وتحديد الدفعات على الحساب التي يجب تسديدها للمقاول. وهو ذات الحكم أيضا بالنسبة للمشرع الجزائر "... لا يترتب على دفع ما يحتمل من تسبيقات و/أو دفع على الحساب أي أثر من شأنه أن يخفف مسؤولية المتعامل المتعاقد من حيث التنفيذ الكامل والمطابق والوفي للخدمات المتعاقد عليها.

وبهذه الصفة فإن هذه الدفعات لا تمثل تسديدا نهائيا." [1] وكشوف تفصيل الحسابات في فرنسا أيضا على نوعين منها الكشوف الشهرية والكشوف النهائية.

(1) ــ راجع المادة 41/ب/ 1 – 2 – 3 – 4 - 5. من دفتر الشرو ا لعامة

ويعد كشف تفصيل الحساب النهائي من طرف عون الإدارة المكلف (مهندس مكتب الدراسات) ويقدمه للمسؤولين من أجل المصادقة عليه ثم يقدمه للإدارة صاحبة المشروع، ويجب قبل ذلك أن يعرضه على المقاول للموافقة عليه، وله أن يرفض التوقيع عليه، أو يوقعه مع التحفظ. بشرط أن يقدم في هذه الحالة ملاحظاته مكتوبة في اجل يحدده العقد، وهو ما يختلف فيه عن المشرع الجزائري الذي يحدد أجل ثلاثين يوما أو أربعين يوما بحسب ما إذا كان الحساب جزفي نهائي أو عام نهائي كما سبق توضحية.

ويعتبر كشوف تفصيل الحسابات الموافقة عليها من قبل المقاول والمصادق عليها من قبل الإدارة، أو تلك التي أبدى المقاول بشأنها تحفظا، إلا أنه لم يقدم مذكرة مكتوبة بفصل فيها أوجه وأسباب التحفظ في الميعاد المحدد،فمثل هذا الكشف التفصيلي للحساب يعتبر نهائيا(2) لا يجوز الرجوع فيها من قبل المقاول، ولا إعادة النظر فيها من قبل الإدارة، أي أنها تصبح نهائية في مواجهة طرفي العقد. ويختلف عدم الرجوع في الحساب بالتفصيلي الذي استوفى الإجراءات القانونية، عن مبدأ عدم جواز المساس يثمن العقد الذي سبق الإشارة إليه بأنه يعنى عدم جواز تعديل ثمن العقد من طرف واحد، أما عدم جواز الرجوع عن الحسابات العامة فيعني أنه لا يجوز لأحد الطرفين أين يرجع على الطرف الآخر بغير المبلغ المحدد في كشف الحساب العام.

وعن نطاق عدم الرجوع في الحسابات العامة، فالأصل أن هذا هو المبدأ أي عدم جواز الرجوع غير أن هناك استثناءات تشريعية وقضائية وردت عليه تتضمن حالات نص عليها قانون الإجراءات المدنية الفرنسي يطبقها القاضي الإداري الفرنسي ويضيف لها حالة أخرى و هي:

-حالة الخطأ المادي ويقصد به الخطأ في الكتابة أو الحساب التي يمكن أن يقع فيها أحد الطرفين، وهي الحالة التي قننها المشرع المصري "يكون لجهة الإدارة الحق في مراجعة

(1) ــ راجع المادة 2/73 من المرسوم الؤئاسي رقم 236/10 .

(2) - **LAURENT RICHER** : Op. Cit. P 342.

الأسعار المقدمة سواء من حيث مفرداتها أو مجموعها، وإجراء التصـــحيحات الماديـــة إذا اقتضى الأمر ذلك"[1].

-حالة إنجاز أشغال أقل من تلك المنصوص عليها في العقد أو السهو عن تســـجيل أشغال واردة في العقد وتم تنفيذها فعلا ولكن لم تسجل في كشف الحساب التفصيلي.

-حالة الأزدواجية في تسجيل ما أنجز من أشغال أي أن جزء واحد من الأشـــغال المنجزة يسجل مرتين في الكشف.

-ويضيف القضاء حالة أخرى تتعلق بالغش أو التدليس[2].

و هذه الحالات التي ينص عليها المشرع الفرنسي والمصري والتي يطبقها القضاء في البلدين في الحقيقة تمثل المنطق والعدل وبالتالي لا نتصور القضـــاء الجزائـــري في حـــال عرضت عليه إلا وهو يطبقها.

المطلب الرابع
طرق الوفاء بالثمن

القاعدة في المحاسبة العمومية أن الدفع يكون بعد إنجاز الخدمة، أي التسوية الماليـــة بعد الإنجاز الفعلي للأشغال العامة.

غير أن المشرع الجزائري كغيره يدرك ما يترتب على تطبيق هذه القاعـــدة مـــن سلبيات كما أسلفنا، ومنها صعوبات التمويل التي يتعرض لها المقاول خاصة في المشاريع الكبيرة والتي يستغرق إنجازها مدة طويلة[3].

ولذلك فمن بين الحلول التي تبناها المشرع لذلك، هو خروجه من هذه القاعـــدة، وذلك بتخويل الإدارة إمكانية صرف مبالغ على شكل سلفة، أو دفع تحت الحساب قبل

---

(1) ــ راجع المادة 64 من اللائحة التنفيذية لقانون رقم 89 لعام 1998 المصري السابقة الإشارة إليه.

(2) ــ أنظر كل من : ــ **عيسي عبد القادر الحسن** : المرجع السابق ، ص232 وما بعدها.

- **JEAN MARIE AUBY- PIERE BON :** Op.Cit. P 246.

(3) ــ أنظر **محمد الصغير بعلي** : العقود الإدارية مرجع سابق ، ص 83 .

إتمام تنفيذ المشروع، بل وحتى قبل المشروع في التنفيذ، وذلك حتى يمكن للمقاول الانطلاق في تجسيد المشروع، لما يمثله ذلك التمويل من زيادة في القدرة المالية للمقاول، التي بها يستطيع التغلب عن كثير من الصعوبات التي تواجهه قبل وبعد المشروع في التنفيذ.

ومن الأساليب التي وضعها المشرع الجزائري تلك التي نصت عليها المادة 1/73 من المرسوم الرئاسي المنظم للصفقات العمومية "تتم التسوية المالية للصفقة بدفع التسبيقات و/أو الدفع على الحساب و بالتسويات على رصيد الحساب.....".

الفرع الأول
التسبيقـــــــــات

يعرف المشرع الجزائري التسبيق بأنه "هو كل مبلغ يدفع لتنفيذ الخدمات موضوع العقد، وبدون مقابل للتنفيذ المادي للخدمة"(1).

وبهذا المعنى فإن دفع التسبيق هو خروج عن قاعدة Service Fait المعروفة كما أسلفنا في المحاسبة العمومية.

ولذلك فإن المشرع الجزائري ربط دفع تسبيق مالي على خدمة لم تنجز بعد بوجود ضمان لذلك وهذا حرصا منه على المحافظة على المال العام.

فنص قانون الصفقات العمومية في المادة 75 على : "لا تدفع التسبيقات إلا إذا قدم المتعامل مسبقا كفالة بقيمة معادلة بإرجاع تسبيقات، يصدرها بنك خاضع للقانون الجزائري أو صندوق ضمان الصفقات العمومية.....".

(1) ــ راجع المادة 1/74 من المرسوم الرئاسي رقم 236/10 .

وهكذا فإن المقاول حتى يحصل على تسبيق مالي يمكنه من تمويل الأشغال، عليه أن يجد مؤسسة مالية يحكمها القانون الوطني، تكفله وتضمن للإدارة صاحبة المشروع استرجاع الأموال التي تدفعها.

والتسبيقات على نوعين بحسب طبيعتها وذلك وفقا للتشريع[1].

ـــ تسبيقات جزافية.

ـــ تسبيقات على التموين.

فالتسبيق الجزافي هو مبلغ لا يتعدد حده الأقصى 15% من قيمة العقد أو الصفقة خلافا للمشرع الفرنسي الذي حدده من 5% يدفع للمقاول كتمويل للمقاول من أجل الانطلاق في الأشغال، وهو لا يتعلق بنوع معين أو محدد من الأشغال موضوع العقد.

ويدفع مبلغ التسبيق أما دفعه واحدة أو على دفعات في شكل أقساط يحددها العقد من حيث قيمتها والفاصل الزمني بينها.

ودفع التسبيقات في فرنسا هو التزام يقع على عاتق الإدارة يجب عليها تأديته بالنسبة لعقود الدولة ومؤسساتها العامة متى تجاوزت قيمة الصفقة مبلغا معينا (300000 فرنك فرنسي سابقا) ودفعها اختياري بالنسبة لعقود الإدارات المحلية وعقود الدولة التي لم يصل ثمنها عن المبلغ المحدد. و يتضمن التشريع الجزائري حكما مماثلا نصت عليه المادة 44من دفتر الشروط الإدارية نرى ضرورة تعديلها لأنها تحيل الىمرسوم فرنسى

أما التسبيق على التموين: فهى مبالغ تقدمها الإدارة للمقاول بقصد تمويل "مواد منتوجات ضرورية لتنفيذ الصفقة".

فهي إذا مبالغ محدد أوجه صرفها ولا تدفعها الإدارة للمقاول إلا إذا قدم ما يثبت أنه ابرم عقودا أو قدم طلبيات لاقتناء تلك المواد والمنتوجات.

(1) ـــ راجع المادة 76 من المرسوم الرئاسي رقم 236/10 الجزائري.

ـــ المادة 5/11 من دفتر الشروط العامة سنة 1976 الفرنسي .

ومن حق الإدارة أن تشترط على المقاول إبداع تلك المواد والمنتوجات بورشة الأشغال، وفي حالة ما إذا خالف ذلك فلها الحق في استرداد[1] ما دفعته له على شكل تنسيق على التموين، وهذا حتى تضمن الإدارة عدم إستخدام العتاد و المواد والبضائع التي دفعت هي ثمنها في مشاريع أخرى يكون المقاول بصدد إنجازها خلافا لمشروعها هي.

بل و ذهب المشرع أبعد من ذلك زيادة منه في الحرص على عدم توجيه المواد والسلع التي دفعت الإدارة ثمنها إلى وجهة أخرى، فقرر عدم جواز التصرف في تلك المواد من قبل المقاول المتعاقد ولا من قبل المتعاملين الثانويين أي المتعاقدين من الباطن، ولا الموردين، ما دام ثمنها مدفوع من قبل الإدارة المتعاقدة تحت أي تسمية أو عنوان (تسبيق أو دفع تحت الحساب).

ويمتد عدم جواز التصرف في هذه المواد الممولة من قبل الإدارة والمودعة في ورشة الأشغال أو في مخازن التسليم حين تكون المواد قابلة للتلف حتى بعد تنفيذ الخدمة[2] رغم أنها "ملكا للمقاول بيد أنه لا يجوز لهذا الأخير رفعها من الورشة قبل حصوله على إذن مسبق من مهندس الدائرة أو المهندس المعماري وإعادة الدفعات المقبوضة بشأنها" وعموما فإن مبلغ التنسيق بنوعية، الجزافي والتسبيق على التموين لا يمكن أن يتجاوز نسبة 50% من القيمة الإجمالية لمبلغ العقد أو الصفقة.

استرداد التسبيقات: قرر المشرع الجزائرى ــ حفاظ على المال العام ــ وجوب استرداد المبالغ المدفوعة على شكل التسبيقات جزافية أو على التموين في أقرب أجل وفي أول فرصة تتاح للادارة ،وذلك بمناسبة صرف مبالغ مالية تحت الحساب للمقاول عن التنفيذ الجزافي للأشغال موضوع العقد ،حيث أوجب على الإدارة إقتطاع تلك المبالغ التي سبقتها من المبالغ التي يطالب بها المقاول مقابل التنفيذ الجزافي، وذلك وفقا لوتيرة يحددها الطرفان في العقد، على أن تسترد الإدارة مجموع ما دفعته كتسبيقات متى بلغ

(1) ــ راجع المادة 80 من المرسوم الرئاسي رقم 236/10 .

(2) ــ راجع المادة: 2/81 من الأمر رقم 236/10 .

ــ المادة 3/45 من دفتر الشروط الإدارية العامة الجزائري .

مجموع ما دفعت للمقاول من مبالغ في شكل دفعات على الحساب نسبة 80% من مبلغ العقد أو الصفقة[1].

الفرع الثاني
الدفعات على الحساب

ويعرفه المشرع الجزائري بأنه "هو كل دفع تقوم به المصلحة المتعاقدة مقابل تنفيذ جزئي لموضوع الصفقة" وقد ظل اجراء صرف دفعات على الحساب للمقاول ولمدة طويلة رهينا برغبة الإدارة، لأن النصوص لا تلزمها بذلك وإنما كان الدفع يتوقف على توفير الأموال بحساب المشروع.

ثم تطور الوضع في فرنسا وأصبح دفتر الشروط العامة يفرض على المتعاقدين أن يتضمن عقدهم بندا يلزم الإدارة بالدفع على الحساب إذا كانت مدة العقد تتجاوز الثلاثة أشهر ويتوقف ذلك على طلب المقاول الذي يمكنه فعل ذلك كل ثلاثة أشهر، وهو الحكم الساري لحد الآن.ودعم يحكم يمكن المقاول بموجبه التوقف عن تنفيذ الأشغال متى تأخرت الإدارة عن تسديد مبالغ تحت الحساب لثلاث مرات متتالية يقدم فيها المقاول طلبات بالحصول على دفعات تحت الحساب[2].

ولا يختلف الوضع عند المشرع الجزائري من حيث المبدأ، ولو أن المشرع يستعمل مصطلحات (يمكن، يجوز) في المادة 24 من الأمر رقم 236/10 المنظم لأحكام الصفات العمومية إلا أنه صرف هذه الدفعات هو إلزامي على الإدارة متى قدم المقاول طلبا بذلك والمتمثل في الوثائق التي حددها المشرع (كشوف وجاهية أو جدول تفصيلي للوازم موافق عليه من طرف الإدارة، أو جدول الأجور المطابق للتنظيم المعمول به أو جدول التكاليف الاجتماعية، وهذا طبقا لأحكام ذات القانون الذي يلزم الإدارة بالدفع

(1) ــ راجع المادة 83 من الأمر رقم 236/10 .

ــ راجع المادة 2/74 من الأمر رقم 236/10 .

(2) - **JEAN MARIE AUBY- PIERE BON :** Op.Cit. P 227.

للمقاول في اجل لا يتجاوز الثلاثين يوما من تاريخ استلام الطلب في شكله القانوني، وفي أقصى الحالات يجب ألا يتجاوز هذا الأجل شهرين، تحت طائلة الاستفادة من فوائد التأخير محسوبة على أساس نسبة الفوائد البنكية المطبقة على القروض القصيرة تلمدى يبدأ احتسابها من اليوم الذي يلي تاريخ نهاية الأجل وذلك لفترة الخمسة عشر يوما.

هذا إذا تم صرف الدفعات على الحساب بعد أجل الخمسة عشر يوما، وإذا لم يتم صرف فوائد التأخير مع صرف الحساب، و لم يتم إعلام المقاول بتاريخ لصرف هذه الدفعات، فيتم تسديد الفوائد على التأخير إلى حين تمكين المقاول من المبالغ المستحقة له.

مع زيادة نسبة 2% من مبلغ هذه الفوائد عن كل شهر تأخير، وتحسب كل فترة نقل عن الشهر شهرا كاملا.

ولا يعفى الإدارة من هذه العقوبة إلا حالة القوة القاهرة التي تعلق الآجال(1).

ويقتطع من مبالغ الدفعات على الحساب ــ كما أسلفنا ــ مبالغ التسبيقات التي حصل عليها المقاول من قبل الإدارة.

الفرع الثالث
التسوية على رصيد الحساب

" الدفع على رصيد الحساب هو الدفع المؤقت أو النهائي للسعر المنصوص عليه في الصفقة بعد التنفيذ الكامل والمرضي لموضوعها".

هكذا يعرفه المشرع الجزائري في المادة 74 من الأمر رقم 236/10 المتضمن أحكام الصفقات العمومية.

ويتضح من النص أن التسوية على رصيد الحساب تأخذ في الواقع صورتين(2).

الصورة الأولى هي الدفع على رصيد الحساب المؤقت، وهو لا يسدد للمقاول إلا إذا كان منصوص عليه في العقد كما يوضح ذلك نص المادة 3/74 من قانون الصفقات

(1) ــ راجع المواد 88 ، 89 ، 90 من المرسوم الرئاسي رقم 10/ 236 المتضمنة تفاصيل أحكام صرف الدفع على الحساب.
(2) ــ أنظر **محمد الصغير بعلي** : مرجع سابق ، ص 86 .

حيث بعد أن يتم التسليم المؤقت للأشغال، يقوم مكتب الدراسات (صاحب الأشغال) بتحرير الكشوف الختامية بقيمة كل الأشغال التي نفذها المقاول فعلا، وبناء عليها تصرف له الإدارة صاحبة المشروع المبالغ المستحقة مقابل ذلك بعد خصم المبالغ التي سبق صرفها له على الحساب أو في شكل تسبيقات أو أية مبالغ أخرى مستحقة. كاقتطاع مبالغ الضمان المحتمل،والغرامات المالية التي تبقى على عاتق المقاول عند الاقتضاء(1).

أما الصورة الثانية فهي التسوية على رصيد الحساب النهائي وهي التي نصت عليها المادة (75) من ذات المرسوم الرئاسي المتضمن تنظيم الصفقات العمومية.

وتتم هذه التسوية بعد إعداد الحساب التفصيلي الإجمالي والنهائي كما أسلفنا والذي يقوم بإعداده صاحب الأشغال (مكتب الدراسات) بعد أن يكون قد سهر على حسن تنفيذ المقاول لالتزاماته العقدية وعاين حسن التنفيذ عبر مراحله.

ثم يقدم هذا الحساب الإجمالي للمقاول في المواعيد التي حددها المشرع والتي أشرنا إليها سابقا.

ويحتوى الحساب الإجمالي النهائي تفاصيل الأشغال المنفذة والمبالغ المستحقة للمقاول على الإدارة صاحبة المشروع مقابل ذلك.

وتكون هذه التفاصيل والبيانات مستمدة من كشوف البيانات Situations واللوائح Attachements المقدمة سابقا والتي وافقت عليها الإدارة على التفصيل السابق ذكره.

وحتى تتم التسوية الإجمالية والنهائية لرصيد الحساب، يجب أن تكون كل الاقتطاعات(2) قد تمت، وأن يسترد المقاول كل المبالغ التي أودعها في شكل كفالات

(1) ــ راجع: - المادة 86 من المرسوم الرئاسي رقم 10- 236 .

ــ **خميس السيد إسماعيل** : مرجع سابق ص66 .

(2) ــ راجع المادة 87 من المرسوم الرئاسي رقم 236/10 .

"تسترجع كفالة الضمان المنصوص عليها في المادة 98 أعـــلاه أو اقتطاعـــات الضـــمان المذكورة في المادتين 99 و 100 أعلاه كليا في مدة شهر واحد ابتداء من تاريخ التســـليم النهائي للصفقة" (1) والتسوية على رصيد الحساب النهائي تكون بعد إتمام عملية التسليم النهائي للأشغال على النحو السابق التطرق إليه، وهنا تبدأ فترة الضـــمان العشـــري في السريان وتصدر الإدارة قرارا بإنهاء أو غلق العملية.

وعلى الإدارة أن تقوم بصرف مبالغ التسوية النهائية في أجل " لايمكن أن يتجاوز ثلاثين 30 يوما ابتداء من تسليم الكشف أو الفاتورة.

غير أنه يمكن تحديد أجل أطول لتسوية بعض أنواع الصفقات بقرار مـــن الـــوزير المكلف بالمالية. ولا يمكن أن يتجاوز هذا الأجل شهرين....." (2).

المبحث الثاني
الحق في ضمان التوازن المالي للعقد(3)

إن المدخل الطبيعي لدراسة الحق في التوازن المالي، هو تحديد خلفيتـــه ثم مفهـــوم فكرة التوازن في حد ذاتها وأخيرا أساليب وأسس تحقيق هذا التوازن المالي للعقد.

المطلب الأول
المفهوم القانوني والواقعي
لفكرة التوازن المالي للعقد

أشرنا سابقا إلى أن الإدارة المتعاقدة صاحبة المشروع في عقد الأشغال العامة، تملك سلطات واسعة في مواجهة المقاول المتعاقد معها باعتبـــاره طرفـــا في عقـــد إداري، وذو

(1) ــ راجع المادة 101 من المرسوم الرئاسي رقم 236/10 .

(2) ــ راجع المادة 89 من المرسوم الرئاسي رقم 236/10 .

(3) ــ راجع في تفاصيل نظرية التوازن المالي للعقد:

ــ **صدراتي صدراتي** : نظرية التوازن المالي للعقد الإداري، رسالة ماجستير ، جامعة الجزائر معهـــد الحقـــوق والعلـــوم الإدارية 1984

ــ **بوشكيوه عثمان** : التوازن المالي للصفقات العمومية ، مذكرة ماجستير ، المركز الجامعي سوق أهراس 2005.

خصائص ذاتية تجعله متميزا عن عقود القانون الخاص التي يحكمها مبدأ سلطان الإرادة وما يترتب عنه من نتائج أهمها قاعدة العقد شريعة المتعاقدين.

فتملك الإدارة المتعاقدة بموجب ما للعقد الإداري من خصائص ذاتية حقوقا تصل إلى درجة تعديل بعض شروط تنفيذ العقد، وإصدار أوامر ملزمة للمقاول، وذلك لاعتبارات تتعلق بتحقيق حسن سير المرفق العام خدمة للمصلحة العامة، فتتأثر بذلك إلتزامات المقاول (الطرف الثاني في العقد) إما بالزيادة أو النقصان، وذلك دون الرجوع إلى إرادته ودون أن يكون له الحق في الاحتجاج بقاعدة الحق المكتسب ولا بالعقد شريعة المتعاقدين.

ولكن إذا كان المقاول قد قبل بمعاونة الإدارة في تسيير مرفقها العام موضوع العقد وضمان تحقيق ذلك بانتظام واستمرار، فإن ذلك يجب ألا يكون على حساب حقوقه الأساسية المتمثلة خاصة في الجانب المادي، وألا يتحمل تبعة تحقيق المصلحة العامة لوحده. لأنه عندما قبل التعاقد. كان بالمقابل يعول الحصول على حقوق مقابلة، وإذا كانت التزاماته قابلة للتغير بالزيادة أو النقصان فإن حقوقه يجب أن تكون كذلك.

إذ يجب أن يكون هنا توازن بين الحقوق والالتزامات المتعاقد عليها، لأن العقود الإدارية بطبيعتها تتضمن توازنا بين أعباء طرفيها[1] وهذا ما يعبر عنه بالتوازن المالي للعقد.

فالمقاول المتعاقد مع الإدارة " مع حسن وزنه للأمور وسلامة تقديره واتخاذه الحيطة الواجبة قد تصادفه عند التنفيذ ظروف استثنائية وأمور لم تكن في الحسبان، وصعوبات غير منظورة لم يكن يتوقعها، أو يتعرض لمخاطر إدارية واقتصادية وينشأ عن ذلك زيادة أعبائه المالية زيادة يختل معها التوازن المالي للعقد ويصاب بخسارة محققة، فيكون من حقه على الإدارة ألا يتحمل وحده كل الغرم وأن تساهم جهة الإدارة بقدر

(1) ــ راجع **سعيد السيد علي**: نظرية الظروف الطارئة في العقود الإدارية والشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة دار الكتاب الحديث 2006 ، ص5 .

معين، فتعوضه تعويضا عادلا عما يصيبه من أضرار ولو لم يكن هناك خطأ من جانب الجهة الإدارية التي تعاقد معها....." [1]. فزيادة أعباء المقاول أثناء تنفيذه العقد بشكل كبير لم يكن ليتوقعه أثناء إبرام العقد، يؤدي إلا اختلال في اقتصاديات العقد يفقده التوازن المالي مما يؤثر على استمرار المقاول في التنفيذ على الوجه الملائم.

وعند هذا الحد إذا لم تقم الإدارة صاحبة المشروع بالتدخل لمعاونة المقاول على تحمل تلك لأعباء فإن النتيجة تكون في غير مصلحة أو خدمة النفع العام الذي هو هدف الإدارة، لأن ما يحدث في مثل هذا الحال هو أحد أمرين:

ـــ إما أن المقاول يتوقف عن التنفيذ نتيجة لعجزه التام.

ـــ وإما أن يستمر في التنفيذ ولكن بشكل غير مرض نتيجة ما أصابه وتأثير ذلك على إمكاناته. .هذا على المدى القريب .

وأما على المدى البعيد فإن تخليها عن (شريكها) المتعاقد وعدم تقديم يد المساعدة له لاجتياز ما ألمّ بالعقد من اختلال في اقتصادياته. نتيجة ظروف غير متوقعة، هذا الموقف منها سيجعل المقاولين أصحاب الكفاءات يُعرضون مستقبلا عن التعاقد والتعاون مع الإدارة في تسيير مرافقها العامة، مما يفتح الباب أمام الرداءة إذ لايتقدم لعروض الإدارة بالتعاقد إلا المقاولون الذي تنقصهم الكفاءة الفنية والمالية، بما ينعكس سلبا على طريقة تسيير المرافق العامة.

ومن هنا جاءت فكرة التوازن المالي للعقد الإداري التي أصبحت من سماته، هذا العقد الذي ينظر إليه كوحدة من حيث تحديد الحقوق المالية للمتعاقد

(1) ـــ عن حكم المحكمة القضاء الإداري المصري في 1957/6/30 أورده العديد من الكتاب منهم سعيد السيد علـــى المرجـــع السابق ص6.

من هنا جاءت فكرة التوازن المالي للعقد الإداري التي تتجاوز مجرد تحقيق العدالة والمساواة بين المتعاقدين، لأن مبدأ العدالة معروف أيضا حتى في القانون الخاص كما تشير إليه أحكام القانون المدني خاصة في نظرية (الغبن) (1).

لأن فكرة التوازن المالي للعقد الإداري علاوة على أنها مبنية على فكرة العدالة المجردة ،فهي أيضا مبنية على تحقيق المصلحة العامة الذي هو هدف الإدارة من وراء إبرامها لعقودها الإدارية بشكل عام.

فأساس فكرة التوازن المالي للعقد الإداري بحسب رأينا هو أساس مزدوج فهي مبنية على فكرة العدالة مثل ما هو شأن عقود القانون الخاص، ولها أساس تتميز به العقود الإدارية وهو تحقيق المصلحة العامة المتمثلة في كفالة حسن سير المرافق العامة وذلك بحسن تنفيذ الأشغال العامة وسرعة انجازها.

وهي مصلحة تتجاوز بكثير تحقيق الوفرة المالية للخزينة بما تمثله من مصلحة.

وعلى ذلك فإن فكرة التوازن المالي للعقد أملتها اعتبارات عملية متعلقة بالمصلحة العامة. التي تمثل أساسا لها وليس "النية المشتركة" للمتعاقدين كما يقول بعض الفقهاء والقضاء أيضا، لأن فكرة النية المشتركة وإن كانت تستخدم كأساس في تفسير العقود الإدارية إلا أن ذلك يجب أن يتم في إطار احترام الخصائص الذاتية لهذه العقود. وفكرة التوازن المالي للعقد الإداري يعود أصل وجودها إلى أنها تقابل ما تتمتع به الإدارة من سلطات واسعة تؤثر في التزامات الطرف المتعاقد معها ، وهو أمر غير متوفر في عقود القانون الخاص.

كما أن القول بأن حق التوازن المالي للعقد يجد أساسه في "النية المشتركة"(2) يفترض وجود نص في العقد يشير إلى هذا المعنى، وإن وجد مثل هذا النص فيكون العقد

---

(1) ــ أنظر كلا من :

ــ **جميل الشرقاوي** : النظرية العامة للالتزام الكتاب الأول مصادر الالتزام.

ــ **محي الدين ابراهيم سليم** : نظرية الظروف الطارئة بين القانون المدني والفقه الإسلامي ، دراسة مقارنة ، ص 75 .

(2) ــ أنظر في تفصيل فكرة النية المشتركة كأساس عند : ــ **سعيد السيد علي** : المرجع السابق ص 48.

هو الأساس، أما إذا لم يوجد هذا النص الذي يشير إلى ذلك فيبقى السؤال مطروح.ا والحال أن هذه الفكرة تطبق حتى في حالة عدم وجود نص يقر تطبيقها في حال حدوث اختلال لاقتصاديات العقد.

المطلب الثاني
مضمون فكرة التوازن المالي للعقد

إن الحديث عن حق المقاول في ضمان التوازن المالي لعقد الأشغال العامة الذي أبرمه، يتطلب تبيان المقصود بمصطلح "التوازن المالي" قبل الولوج في تفاصيل أسلوب تحقيقه فما هو المقصود بالتوازن المالي للعقد ؟.

الفرع الأول
موقف الفقه من مضمون الفكرة
ونطاق تطبيقها

اختلفت الآراء بشأن الإجابة على هذا السؤال على النحو التالي(1):

فيرى بعض الفقهاء وعلى رأسهم الفقيه "بيكينيو" بأن المقصود بالتوازن المالي للعقد هو وجوب التساوي بين حقوق المتعاقد (المقاول) والتزاماته إذا ما خضعت لعملية حسابية بعد إدخال الإدارة لتعديل على العقد.

(1) ــ أنظر تفاصيل هذه الآراء عند :

ــ **سليمان محمد الطماوي** : المرجع السابق ، " الأسس العامة...." ، ص555 وما بعدها .

فحقوقه والتزاماته وقت إبرام العقد يجب أن تبقى مساوية لحقوقه والتزاماته بعد التعديل المنفرد للإدارة لشروط تنفيذ العقد، وقد ساق لذلك معادلة حسابية كالآتي إذا كانت حقوق المتعاقد مع الإدارة عند ابرام العقد هي: (أ) تساوى التزاماته وهى(ب) فإنه بعد التعديل يجب أن تكون حقوقه (أَ) تساوىالتزاماته الجديدة (َب) أي أن النسبة بين حقوقه والتزاماته لا تغييرأَ/ب قبل التعديل =أَ/ب بعد التعديل. لذلك نجد أصحاب هذا الاتجاه يرون في التوازن المالي للعقد أكثر من مجرد فكرة، بل هو نظرية مستقلة، وهي نظرية ملازمة لسلطة التعديل الانفرادي الذي تملكه الإدارة في عقودها الإدارية.

وهي نظرية تقرر تعويضا للمتعاقد في حالة زيادة الأعباء المالية لعقده نتيجة استعمال الإدارة لسلطة التعديل.

لذلك فإن القائلين بهذا الرأي ينفون وجود نظرية "فعل الأمير" ويرون بأن سلطة التعديل أهم منها.

غير أن ما يؤاخذ على هذا الرأي أنه يفسر فكرة التوازن المالي للعقد تفسيرا حرفيا يؤدي إلى حصرها في عملية حساسبية جامدة. وبذلك فهو يتنافى مع الطابع المرن لفكرة التوازن المالي للعقد الذي هو "توجيه عام" الهدف منه الحفاظ على طبيعة العقد كما كانت وقت إبرامه(1).

بمعنى إذا كانت التزامات المتعاقد مع الإدارة مرنه فقد تزيد أو تنقص فإن ذلك يقضى بأن تكون حقوقه أيضا مرنة، خاصة حين تكون الزيادة أو النقصان في الالتزامات بفعل الإدارة.

أمام هذا النقد لمضمون فكرة التوازن حين تفسر تفسيرا حرفيا، قال فقهاء آخرون بأن فكرة التوازن المالي للعقد الإداري هي فقط فكرة لتفسير التعويض الذي يحكم به القاضي للمتعاقد مع الإدارة.

(1) ــ أنظر : **محمد سعيد حسين أمين** : المرجع السابق ، " المبادئ العامة " ، ص264 .

ثم يختلف هؤلاء الفقهاء. ففي حين يقصرها البعض على تفسير التعويض في نطاق نظرية فعل الأمير أما خارجها فلا تكفى وحدها كسبب لاستحقاق التعويض(1).

فإن البعض يعتبر فكرة التوازن المالي للعقد الإداري أساسا عاما يفسر حق المتعاقد في التعويض سواء في فعل الأمير أو في نظرية الظروف الطارئة(2).

وهناك إتجاه ثالث(3) يرى بأن فكرة التوازن المالي للعقد هي فكرة ملازمة ومقابلة سلطة التعديل المنفرد التي تملكها لإدارة في عقودها الإدارية، وبالتالي فهي ليست فكرة عامة، تُبنى أو تؤسس عليها النظريات القانونية لتعويض المتعاقد، كنظرية الصعوبات المادية ونظرية الظروف الطارئة.

فهي فكرة مستقلة بل هي نظرية يقتصر نطاق تطبيقها في حدود سلطة التعديل بالإرادة المنفردة الذي قد تمارسه الإدارة على شروط تنفيذ العقد.

وإن كان هذا الرأي يبدو منطقيا من الناحية النظرية، فحسبه لو قلنا أن فكرة التوازن المالي للعقد هي أساس التعويض في نظرية فعل الأمير، فإنه من أجل تعويض المقاول فالشرط هو أن يكون الإجراء الذي قامت به الإدارة، وتسبب في اختلال التوازن المالي للعقد غير متوقع من المقاول حتى يتسنى له المطالبة بالتعويض، لأن الشرط لاستحقاق التعويض وفقا لنظرية فعل الأمير أن يكون التصرف غير متوقع أثناء إبرام العقد، وهذا الشرط لا يتوفر في ظرف الحال، لأن المقاول كان يعلم أثناء التعاقد، أو يفترض فيه أن يعلم بإمكانية قيام الإدارة بإجراء التعديل، وعليه فهو أمر متوقع لايستحق عنه التعويض. إذ سلمنا بنظرية فعل الأمير.

---

(1) ــ راجع كل من :

ــ **سليمان محمد الطماوي** : المرجع سابق " الأسس العامة " ، ص557 .

ــ **محمد سعيد حسين أمين** : المبادئ... ، المرجع السابق ، ص264 .

(2) - **DELAUBADERE :** Traitre élément…. Op.cit. P 314.

(3) ــ أنظر: **محمد عبد العال السناري:** مبادئ و أحكام العقود الإدارية في مجال النظرية والتطبيق ،دار النهضة الع.. ص 307

ــ **محمد الصغير بعلي** : المرجع السابق ، ص88.

غير أن الواقع لا يؤيده فالقضاء الإداري الفرنسي والعربي متواتر على تقرير التعويض للمتعاقد مع الإدارة (المقاول) بناء على ضمان التوازن المالي للعقد دون البحث في شروط تطبيق نظرية فعل الأمير. مما يعني أنه لايؤسس الحكم بالتعويض عليها وإنما على نظرية التوازن المالي للعقد كفكرة مستقلة.

وعموما بغض النظر عما إذا كانت الفكرتان مستقلتان عن بعضهما البعض وأن فعل الأمير نظرية قائمة بذاتها والتوازن المالي للعقد، نظرية موازية.

وبغض النظر أيضا عما إذا كانت فكرة التوازن المالي للعقد أساسا عاما للتعويض الذي يتلقاه المقاول بناء على أي من النظريات القانونية أو أنها أساس فقط للتعويض مقابل سلطة التعديل الانفرادي من قبل الإدارة.

فالنتيجة في النهاية وأيا كان الأساس هو تعويض المقاول وإزالة الاختلال الاقتصادي للعقد الذي يبقى من حق المقاول.

ويبقى الاختلاف الحقيقي في كيفية تقدير التعويض وتحقيق التوازن المالي للعقد الإداري.

الفرع الثاني
أسلوب تحقيق التوازن المالي للعقد

إن أسلوب تحقيق هذا التوازن هو تعويض المتعاقد الذي لحقه ضرر لم يكن في الحسبان وأحدث اختلال في موازين عقده، غير أن كيفية تقدير هذا التعويض هي التي كانت محل خلاف أي ما هو التعويض الذي يعيد للعقد توازنه المالي؟ هل هو ذلك الذي يتم وفق إجراء عملية حسابية دقيقة بين حقوق المقاول والتزاماته والمساواة بينهما؟.

أم أن تحقيق التوازن المالي لايقصد به تلك المساواة الناتجة عن عملية حسابية جامدة؟ وإنما يكفي مجرد إحداث تقارب وتناسب بين الحقوق والالتزامات أي تحقيق التعادل التقريبي بين المزايا التي يحصل عليها المقاول وبين الأعباء التي يتحملها؟ .

الحقيقة أن الرأي الغالب في الفقه ــ ونحن نؤيده ــ هو ذلك الذي يتكلم عن التوازن المالي باعتباره "التوازن الشريف"[1] L'équivalence Honnête Des Prestations بين الالتزامات والحقوق في العقد الإداري.

وهي الفكرة التي ظهرت بمناسبة تنفيذ عقد التزام المرفق العام المسمى: الشركة الفرنسية للترمواي Cie française des tramveys ، حيث صاغها مفوض الدولة "ليون بلوم" L.BLUM في التقرير الذي قدمه في قضية هذه المؤسسة والذي جاء فيه ".. من الأمور الجوهرية في عقود الالتزام أن يتحقق بقدر الإمكان التساوي بين المزايا التي تقررت للملتزم وبين الأعباء التي تفرض عليه ... فالمزايا والأعباء يجب أن تتوازي بما يحقق التوافق بين الفوائد المحتملة والالتزامات المفروضة ... ففي كل عقد إلتزام يتضمن ــ كما لو كان حسابا ــ التوازن الشريف المالي والتجاري التساوي المالي لعقد الامتياز... " .

ومن تاريخ تلك الوقائع وفقهاء القانون الإداري يرددون هذه العبارات لتوضيح فكرة التوازن المالي للعقد الإداري وتحديد مضمونها إلى اليوم.

ففكرة التوازن المالي هي إذن مجرد توجيه عام، الغرض منه الإبقاء على طبيعة العقد كما روعي عند التعاقد[2].

والإدارة قد تزيد من التزامات المتعاقد (المقاول) أو تنقص منها، ولكن عليها أن تحافظ على توازن العقد من الناحية الاقتصادية.

وقد تبنى المشرع الجزائري هذه الفكرة في قانون الصفقات العمومية وبشكل صريح حيث جاء فيه "تسوى النزاعات التي تطرأ عند تنفيذ الصفقة في إطار الأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها.

---

(1) ــ أنظر : **محمد سعيد حسين أمين** : المرجع السابق ، " المبادئ العامة ... "، ص263 .

ــ **سعيد السيد على** : المرجع السابق ، ص6 .

(2) ــ راجع : **سمير صادق** : العقد الإداري ، المرجع السابق ، ص246 .

غير أنه يجب على المصلحة المتعاقدة بدون المساس بهذه الأحكام أن تبحث عن حل ودي للنزاعات التي تطرأ عند تنفيذ صفقاتها كلما يسمح هذا الحل بما يأتي:

ـــ إيجاد التوازن للتكاليف المترتبة على كل طرف من الطرفين.
ـــ التوصل إلى أسرع انجاز لموضوع الصفقة ... "[1].

وبحسب هذا فإن الأحكام الأساسية لفكرة التوازن المالي للعقد هي:

التوازن المالي للعقد الإداري هو "التوازن الشريف" بين الحقوق والالتزامات بالنسبة للمتعاقد مع الإدارة، ولا تعني بأي حال من الأحوال التوازن الحسابي بينهما تجسده معادلة حسابية بصورة صارمة تعني التساوي.

فكرة التوازن المالي للعقد الإداري، تعد سببا لاستحقاق التعويض للمقاول، نظرا للارتباط الوثيق بين حقوقه والتزاماته كمتعاقد، في جميع مراحل العقد، سواء في مرحلة التكوين أو بعدها أي في مرحلة التنفيذ.

ففي مرحلة التكوين أو إعداد العقد تكون هناك ظروف متوقعة قد تصادف تنفيذ العقد ويترتب عليها اختلاله من الناحية المالية، فيتفق الطرفان المتعاقدان (الإدارة والمقاول) مقدما بموجب نصوص العقد على كيفية مواجهة هذه الظروف، وهذا ما يتجسد خاصة في البند المتعلق بمراجعة الأسعار وتحيينها وفقا للظروف المستجدة، فيحدد العقد وبشكل مسبق كيفية وآلية تحيين السعر وجعله متجاوبا مع المستجدات الاقتصادية.

بالإضافة إلى ما ينص عليه دفتر الشروط الخصوصية، إن وجد وكذا دفتر الشروط العامة. كما هو الشأن بالنسبة للمشرع الجزائري الذي تناول هذا الموضوع حيث جاء

(1) ـــ راجع المادة 115 من المرسوم الرئاسي رقم 236/10 السالف ذكره. وقد جاء في هذه المادة أن الاتفاق الذي يتوصل إليه طرفي العقد يصدر في صور مقرر تلتزم به الإدارة، ولا يخضع للرقابة من طرف الجهة المختصة بالرقابة القبلية أي أنه يصبح نهائيا.

في المادة 33 من دفتر الشروط التي تتكلم صراحة عن " تعديل الأسعار حسب الوقت" بحسب ما جاء في المادة الفرعية الأولى.

كما تناول في قانون الصفقات العمومية إمكانية أن ينص العقد على مراجعة وتحيين الأسعار "يمكن أن يكون السعر ثابتا أو قابلا للمراجعة، عندما يكون السعر قابلا للمراجعة يجب أن تحدد الصفقة صيغة أو صيغ مراجعته وكذا كيفيات تطبيق هذه الصيغة أو الصيغ....." فإذا كان إختلال التوازن المال للعقد متوقعا إذن على المقاول المتعاقد أن يُضمَّن العقد الأحكام التي تمكنه من عدم الوقوع في هذا الاختلال، وإلا تحمل مسئوليته في ذلك.

والمشرع حرصا منه على استقرار العقد وحفاظا على توازنه وفر الآليات(1) التي على المتعاقدين استغلالها في ذلك أثناء فترة تكوين العقد وإعداده.

أما في مرحلة تنفيذ العقد، فإنه إذا كانت الإدارة، ومن أجل تحقيق المصلحة العامة، بضمان السير الحسن والمستمر للمرفق العام، تملك سلطات واسعة منها سلطة التعديل في شروط تنفيذ العقد بما يؤثر على التزامات المتعاقد معها. فإنه ولذات الغرض(2) (ضمان حسن واستمرار سير المرفق) يجب أن تراعى حقوق المقاول المتعاقد. وذلك بتحقيق التوازن المالي لعقده، والذي اختل نتيجة ظروف غير متوقعة في مرحلة إبرامه، فتعمل على تعويضه عن هذه الصعوبات المفاجئة بهدف إعادته للحالة الطبيعية التي كان عليها أثناء إبرامه(3).

ووسيلة هذا التعويض وأساسه ابتدعه القضاء وصاغة فقها القانون الإداري في نظريات ثلاث:هي نظرية الظروف الطارئة، نظرية فعل الأمير، ونظرية الصعوبات المادية.

(1) ــ من الآليات التي نص عليها المشرع الجزائري إمكانية إبرام ملحق للعقد يتضمن زيادة الالتزامات أو الانقاص منها بما لا يؤثر بصفة أساسية على توازن الصفقة.

ــ راجع في ذلك : القسم الخامس من أحكام قانون الصفقات العمومية الجزائري الذي ورد تحت عنوان "ا لملحق" .

(2) ــ أنظر : **محمد الصغير بعلي** : المرجع السابق ، ص88 .

(3) ــ أنظر : **سمير صادق** : العقد الإداري ، المرجع السابق ، ص 247 .

المطلب الثالث
وسائل التوازن المالي للعقد الإداري

قد تطرأ الظروف بعد إبرام العقد، فتجعل تنفيذ المقاول للأشغال المتعاقد عليها شاقا، وفيه إرهاق شديد له بزيادة أعبائه المالية تثقل كاهله، مما يعيق مواصلة التنفيذ وبالتالي ضمان حسن سير المرفق العام. وسرعة إنجاز الأشغال.

ولما كان هدف الإدارة المتعاقدة هو ضمان انتظام وحسن سير المرفق العام خدمة للمصلحة العامة، فكان عليها التدخل والمشاركة للتغلب على ما يعترض تنفيذ الأشغال من صعوبات، وذلك عن طريق دفعها لتعويض مالي للمقاول المضرور حتى يستمر في التنفيذ وبالتالي استمرار سير المرفق محل العقد.

أما عن الإطار القانوني لهذا التعويض فقد أوجده القضاء الإداري بعيدا عن أحكام القانون المدني المبنية عن العقد شريعة المتعاقدين وبالتالي إلزام المدين بالوفاء في جميع الظروف ما دام ذلك ممكنا، ولا يعفيه من ذلك إلا حالة القوة القاهرة أين يصبح تنفيذ الالتزام مستحيلا[1].

والإطار الذي يتم التعويض من خلاله من أجل إعانة المقاول المتعاقد مع الإدارة على مواصلة تنفيذ التزامه يتمثل في النظريات التاريخية الثلاث السابق الإشارة إليها ونتناولها تباعا:

الفرع الأول
نظرية الظروف الطارئة

يتلخص مضمون هذه النظرية أنه بعد إبرام العقد وأثناء تنفيذه تطرأ ظروف أو أحداث طبيعية أو اقتصادية أو سياسية من صنع الجهة الإدارية، ولو من غير تلك المتعاقدة أو من عمل الغير، لم تكن متوقعة عند إبرام العقد، ومستقلة عن إرادة كلا المتعاقدين و لم

(1) ــ راجع : **أنس جعفر** : العقود الإدارية ... ، المرجع السابق ، ص 245 .

تكن في حسبان المتعاقد (المقاول) ولا في وسعه توقعها أثناء إبرام العقد، ولا يملك لها دفعا ولاعلاجا، وتكون هذه الظروف أو الحوادث استثنائية وعامة، تؤي إلى قلب اقتصاديات العقد، مما يجعل تنفيذه أثقل عبئا وأكثر تكلفة مما قدره المتعاقدان، مما يجعل تنفيذه يلحق بالمقاول خسارة فادحة أكثر من الحد المعقول والمألوف في مثل تلك الحالة.

فإن وقع مثل هذا الظرف كنا أمام الظرف الطارئ وأصبح من حق المقاول المتعاقد أن يطلب من الإدارة مشاركته في تحمل هذه الخسارة وذلك بتعويضه تعويضا جزئيا طوال قيام هذا الظرف(1).

وإن كان أصل هذه النظرية هو القانون الإداري أو القاضي الإداري الذي أوجدها لمعالجة حالة وسطى تقع بين إمكانية تنفيذ الالتزام واستحالة تنفيذه والمتمثلة في إمكانية التنفيذ ولكن بصعوبة ومشقة كبيرة لا تصل إلى حد الاستحالة التي كان القانون المدني يطبق فيها نظرية القوة القاهرة والتي تعفى من التنفيذ الذي يصبح مستحيلا.

أما الوضعية المتوسطة أين يكون التنفيذ ممكنا ومَهْمَا كان شاقا، فهو يطبق قاعدة العقد شريعة المتعاقدين.

فجاءت نظرية الظروف الطارئة التي فرضتها العدالة المجردة وضرورة استمرار حسن سير المرفق العام والتي انتقلت إلى القانون المدني لما تمثله من عدالة(2) وقد تبناها المشرع الجزائري في القانون المدني الذي ينص على أنه :" يجب تنفيذ العقد طبقا لما إشتمل عليه وبحسن نية ... غير أنه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي وإن لم يصبح مستحيلا صار

(1) ــ راجع : **سمير صادق** : العقود الإداري ... ، المرجع السابق ، ص253 .

ــ وراجع أيضا عن نظرية الظروف الطارئة :

- **GEORGES VEDEL :** Op.Cit .P 227.

(2) ــ أنظر في نظرية الظروف الطارئة وأساسها في القانون المدني :

ــ **محي الدين إبراهيم سليم** : نظرية الظروف الطارئة في القانون المدني والفقه الإسلامي ، دراسة مقارنة، دار المطبوعات الجامعية، 2007 ، ص 72.

ــ **عبد المنعم البدراوي** : النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري ، ج1 ، مصادر الالتزام ، 1971 .

مرهقا للمدين، بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للقاضي تبعا للظروف وبعده مراعاة لمصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، ويقع باطلا كل اتفاق خلاف ذلك"[1].

1 ـ ضوابط تطبيق النظرية

يتعلق تطبيق نظرية الظروف الطارئة بضوابط خاصة بالظرف الطارئ، تشمل طبيعته ،ووقت وقوعه، ومدى إمكانية توقعه وإمكانية دفعة، ومدى علاقته بإرادة المتعاقدين ،ثم الأثر المترتب عنه[2] وذلك كما يلي:

أ ـ طبيعة الظرف الطارئ : لتطبيق هذه النظرية يشترط في الظرف أن يكون طارئا وأن يكون من الحوادث الاستثنائية العامة.

وقد كان الفقه في السابق يضيف إليها شرط أن يكون الظرف اقتصاديا، وذلك تميزا لهذه النظرية عن نظرتي الصعوبات المادية غير المتوقعة ونظرية فعل الأمير، لأن فعلا هذه النظريات الثلاث متقاربة جدا لدرجة التداخل أحيانا بينها[3].

غير أن المستقر عليه هو أن نطاق الظرف الطارئ متسع جدا[4] فقد يكون طبيعيا كالزلزال وقد يكون اقتصاديا كارتفاع الأسعار، وقد يكون من فعل الجهة الإدارية غير المتعاقدة.

وباختصار فحتى تطبق النظرية يجب أن يكون الحادث الطارئ استثنائيا مما يندر وقوعه ولايمكن توقعه من الشخص العادي، وأن يتصف بالعمومية أي شاملا لطائفة من

---

(1) ــ أنظر المادة 107 من القانون المدني الجزائري .

(2) ــ راجع كل من :

ــ **سعيد السيد علي**: المرجع السابق ، ص101 وما بعدها .

ــ **سليمان محمد الطماوي** : الأسس العامة.... ، المرجع السابق ص 61 وما بعدها .

ــ **فلام** : المرجع السابق ، ص264 .

(3) ــ في تطور الفقه بالنسبة لشروط طبيعة الظرف الطارئة . أنظر: **سعيد السيد علي**: المرجع السابق ص 107 .

(4) ــ أنظر : **سليمان محمد الطماوي** : الأسس العامة ، المرجع السابق ، ص 612 .

الأشخاص وليس خاصا بالمتعاقد، ولا تعني العمومية الشمول بل يكفي أن يصيب عددا كبيرا من الناس، كصدور قوانين مثلا تؤدي إلى قلب اقتصاديات العقد، كما لو كانت تتعلق بالجانب الاجتماعي كرفع الأجور مثلا...

ب ـ وقت وقوع الظرف الطارئ : وهو عنصر مهم للقول بتطبيق النظرية التي لاتشمل إلا الظرف الطارئ الذي يقع بعد إبرام العقد وأثناء تنفيذه وقبل تمام التنفيذ لأن الحكمة من تطبيق نظرية الظروف الطارئة تنعدم خارج هذا التوقيت فهي من أجل إستمرار التنفيذ وسير المرفق العام بانتظام فإذا وقع الحادث قبل الشروع في التنفيذ فإنه تم العلم به و لم يعد مفاجئا وإذا وقع بعد تماما التنفيذ فإننا لا نحتاج إلى الاستمرار في التنفيذ الذي هو منتهي أصلا.

فإذا وقع الحادث الطارئ بعد إنهاء مدة التنفيذ ولكن دون إنهاء الأشغال فعلا ووقع تأخير في ذلك بخطأ من المقاول فهنا على المقاول تحمل مسؤولية تأخره في التنفيذ ولا يمكن المطالبة بالتعويض على أساس نظرية الظروف الطارئة.

ج ـ مدى إمكانية توقع الظرف الطارئ: يعتبر شرط عدم توقع الظرف الطارئ من أهم شروط تطبيق النظرية، ومنه استمدت اسمها، نظرية الحوادث الطارئة أو الظروف غير المتوقعة.

ولذلك فإنه لإعمال النظرية يجب أن يكون ما حدث طارئا وغير متوقع لأن كل عقد يحتوى على بعض المخاطر الذي يمكن توقعها وأخذها في الحسبان من قبل المتعاقدين فإذا أغفل المقاول عنها و لم يراعيها أثناء تقديم عرضه وجب عليه تحمل مسؤوليته بعد ذلك. وتحمل ما يترتب عنها من أعباء إضافية.

وعدم التوقع هو شيء نسبي فلا شيء يمكن استبعاد وقوعه كليا من حيث المبدأ، ولذلك فإن عدم التوقع يقدر في إطار الظروف المحيطة وقت إبرام العقد.

لذلك فقد عرف أحدهم الحادث الغير المتوقع بأنه[1] : " الحادث الذي يتضاد مع كل الحسابات التي أجراها أطراف العقد أثناء إبرامه والذي يتجاوز الحدود القصوى التي كان يتوقعها الأطراف".

أما معيار عدم التوقع فهو موضوعيا وليس شخصيا أي أنه لايكون في إمكان الشخص العادي لو كان محل المتعاقد وقت إبرام العقد توقع وقوع الحادث[2].

وعموما فإن مسألة التوقع مسألة موضوعية تخضع لتقدير القاضي الذي يضع في عين الاعتبار الشخص العادي وليس شخص المقاول المتعاقد بالذات.

ويبقى السؤال هل شرط عدم التوقع المقصود به وقوع الحادث أو الظرف في حد ذاته؟ أم أن الشرط ينصب على آثار هذا الحادث والظرف؟ بمعنى آخر هل مالا يمكن توقعه هو وقوع الحادث أم حجم الصعوبات التي نجمت عنه؟.

الجواب عن هذا السؤال بعد أخذ ورد داخل القضاء الإداري[3] استقر الرأي المنطقي في النهاية على تطبيق نظرية الظروف الطارئة بالنظر إلى حجم النتائج الغير المتوقعة التي ترتبت عن الحادث الفجائي.

وقلنا بأن هذا الرأي هو المنطقي على أساس أن الهدف منها هو تمكين المقاول من الاستمرار في التنفيذ لمصلحة المرفق العام.

---

(1) ــ هذا التعريف لمفوض الدولة CORNEILLE في تعليقه على قرار مجلس الدولة في قضية "FROMASSOL" أورده. **سعيد السيد علي** ، المرجع السابق ص 114 .

(2) ــ أنظر : **عبد الرزاق السنهوري** : الوسيط ــ نظرية الالتزام، المجلد الأول، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 1981 ، ص 945 وما بعدها .

ــ حيث يؤكد المؤلف على أن المعيار موضوعي وينتقد الرأي القائل بأن المعيار شخصي خاصة وأن الثابت فقها وقضاء سواء في مصر أو في فرنسا هو اعتبار معيار عدم التوقع معيار موضوعيا.

(3) ــ تردد وتشدد القضاء الإداري الفرنسي في تطبيق نظرية الظروف الطارئة بين عدم توقع وقوع الحادث الطارئ وعدم توقع حجم النتائج المترتبة عنه، إلى أن استقر كالقضاء المصري على الاكتفاء بعدم توقع النتائج بل عدم توقع امتداد مدة الظرف الطارئ ..

ــ راجع : **سليمان محمد الطماوي** : الأسس العامة ، المرجع السابق ، ص 616 وما بعدها .

وغني عن البيان أنه لأعمال أو تطبيق نظرية الظروف الطارئة يجب أن يكون هذا الظرف غير ممكن درؤه أو دفعه من قبل المقاول المتعاقد.

لأن إعتبار الحادث فجائيا أو طارئا غير متوقع من شأنه أن يمس بضمان حسن استمرار سير المرفق لما يسببه من إرهاق للمقاول لذلك كان على الإدارة أن تتدخل وتساهم معه في تجاوز هذا الظرف.

فإذا كان ما وقع من حادث طارئ رغم عدم توقع حدوثه إلا أنه بإمكان الرجل العادي لو كان محل المقاول المتعاقد دفع هذا الحادث وتجاوزه وبالتالي تفادي النتائج المترتبة عليه، فإن ذلك لايدخل في نطاق نظرية الظروف الطارئة(1).

أما لو كان الحادث الطارئ مما لا يمكن دفعه من قبل الرجل العادي، ولو أن المقاول المتعاقد، له من الإمكانات ما يستطيع بها دفع هذا الظرف، فإن نظرية الظروف الطارئة تطبق في هذه الحالة لأن المعيار لقياس مدى إمكانية دفع الظرف الطارئ هو معيار موضوعي .

د ـ كون الظرف الطارئ خارجا عن إرادة المتعاقد (المقاول) : في البداية كان مجال تطبيق النظرية هو تلك الظروف الطارئة التي لاعلاقة لها بإرادة الطرفين (الإدارة والمتعاقد معها) أي أنه يشترط استقلال وقوع الحادث عن إرادة المتعاقدين، والإدارة بالخصوص(2).

فكان مجلس الدولة يرفض منح التعويض على أساس نظرية الظروف الطارئة، متى كان الحادث الطارئ بسبب المتعاقد أي نتيجة خطأ منه، لأنه من يتحمل المسؤولية.

أما إذا كانت الإدارة المتعاقدة هي من تسببت في وقوع الحادث الطارئ فهي ملزمة بالتعويض على أساس الفعل الضار متى كان ذلك بخطأ منها، وإلا فعلى أساس نظرية فعل الأمير متى توفرت شروطها، ولكن إذا تسببت الإدارة المتعاقدة في وقوع

(1) ــ أنظر : **عبد العزيز عبد المنعم خليفة** : تنفيذ العقود ...، المرجع السابق ، ص 193 .

(2) - **JEZE** : Contrats Administratifs, T2, 1932, P 214.

الحادث الطارئ وبدون خطأ منها وفي نفس الوقت لم تتوفر شروط تطبيق "نظرية فعل الأمير" فما هو الحل ؟.

هنا تخلى مجلس الدولة الفرنسي عن التشدد في شرط استقلال الحادث عن إرادة الطرفين المتعاقدين وأقر بالتعويض في حال كانت الإدارة المتعاقدة هي من تسببت في وقوع الحادث الفجائي و لم يكن تصرفها يشكل خطأ عقديا وذلك بالاستناد إلى نظرية الظروف الطارئة.

وهكذا بقى الشرط لتطبيق نظرية الظروف الطارئة هو أن لا يكون للمتعاقد (المقاول) يد في حدوث الحادث الطارئ(1).

هـ ـ أثر الظرف الطارئ على العقد : حتى يكون الظرف الطارئ سببا للتعويض، يجب أن يكون من شأنه أن يلحق بالمتعاقد (المقاول) خسائر فادحة تؤدي إلى قلب اقتصاديات العقد.

فشرط الإرهاق المالي من أهم الشروط الواجب توافرها لتطبيق نظرية الظروف الطارئة فلا يكفي للمطالبة بالتعويض على أساس هذه النظرية فقدان المتعاقد لأرباحه أو فوات الكسب عليه(2).

لأن شرط الإرهاق "هو الذي يضع النظرية موضع التنفيذ وينقلها من الميدان النظري إلى الميدان العملي التطبيقي.

مهما كانت درجة خطورة الحوادث الطارئة ودرجة عدم توقع حدوثها فإنها تكون عديمة الأثر على العقد ما لم ينتج عن حدوثها إرهاق في تنفيذ الالتزامات الناشئة عن هذا العقد"(3).

---

(1) ــ لتفاصيل تطور القضاء الإداري في علاقة الظرف الطارئ بإرادة الطرفين.

ــ راجع **سعيد السيد علي** : مرجع سابق ص121 وما بعدها .

ــ **سليمان محمد الطماوي** : مرجع سابق ص 620 .

(2) ــ أنظر **عبد العزيز عبد المنعم خليفة** : تنفيذ العقد الإداري وتسوية منازعاته قضاء وتحكيما ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، 2009 ، ص 198 .

(3) ــ هكذا يقيم **سعيد السيد على** أهمية الإرهاق كأثر للحادث الطارئ ويضيف أن القاضي حين يطلب منه تنفيذ نظرية

والإرهاق الذي يبرز تطبيق نظرية الظروف الطارئة هو ذلك الذي يجعل من الالتزام صعب التنفيذ وفيه مشقة كبرى للمتعاقد تمثل خسارة فادحة إلى درجة أن اقتصاديات العقد تنقلب رأسا على عقب.

أما إذا كان ما ترتب عن هذا الظرف الطارئ مجرد نقص في الأرباح مهما كانت درجته فإن ذلك يعتبر من الخسائر العادية المتوقعة لا يتولد عنها تطبيق النظرية.

ولتحديد ما إذا وصل الإرهاق إلى درجة قلب اقتصاديات العقد، هناك عدة نقاط تؤخذ بعين الاعتبار لأن المسألة نسبية، كمراعاة قيمة العقد ومدته والتسهيلات المقدمة للمتعاقد. مدى استفادته من مراجعة الأسعار والقيمة التي حصل عليها بناء على ذلك...الخ.

2 ـ الآثار المترتبة على نظرية الظروف الطارئة

إن معالجة آثار نظرية الظروف الطارئة يستلزم معاونة الإدارة للمقاول المتعاقد معها، على أن يستمر هو في تنفيذ التزاماته.

تحتل فكرة نظرية الظروف الطارئة موقعا وسطا بين الحالة العادية، أين يمكن للمقاول تنفيذ التزاماته العقدية، وبين حالة القوة القاهرة التي تستحيل معها مواصلة التنفيذ، وبالتالي إنهاء الالتزام.

وهذه الفكرة هي التي تحكم الآثار المترتبة عن نظرية الظروف الطارئة كما صاغها القضاء الإداري فإذا توفرت شروط تطبيق هذه النظرية ترتبت آثارها المتمثلة في:

ـــ الاستمرار في تنفيذ الالتزامات التعاقد.

ـــ الحق في الحصول على تعويض مالي من الإدارة صاحبة العقد.

أ ـ الاستمرار في تنفيذ الالتزامات العقد يه (الأشغال) :

ومقتضى ذلك أن توفر شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة لايعفى[1] المقاول المتعاقد من الإلتزام بالاستمرار

الظروف الطارئة، يبدأ دائما بالبحث عن تحقق شرط الإرهاق ثم يبحث بعد ذلك الشروط الأخرى.

ـــ أنظر : **سعيد السيد علي** : المرجع السابق ص124 وما بعدها .

(1) ـــ انظر كلا من :

في الوفاء بالتزاماته ومواصلة تنفيذ الأشغال المتعاقد عليها، لأن التنفيذ مع الظرف الطارئ يبقى ممكنا ولو أنه شاق ومكلف وهو ما يميز هذه النظرية كما أسلفنا، عن نظرية مشابهة هي نظرية القوة القاهرة، التي تجعل من التنفيذ مستحيلا وبالتالي فالمتعاقد مع الإدارة يتحلل من التنفيذ لأن معها ينقضي الإلتزام.

أما في حالة الظرف الطارئ فالالتزام يصبح مرهقا وشاقا ولكن يبقى ممكنا ولا يصل إلى درجة الاستحالة.

ويرجع أساس هذا الأثر لنظرية الظروف الطارئة المتمثل في واجب استمرار المقاول في تنفيذ التزاماته العقدية، إلى فكرة المرفق العام الذي هو محل العقد والمبادئ التي تحكمه والتي من أهمها ضرور إستمرار سير المرفق العام، لذلك فإنه في حالة توقف المتعاقد (المقاول) على الاستمرار في تنفيذ التزاماته فإنه بذلك يفقد حقه في المطالبة بالتعويض كما أنه يكون عرضه لتسليط العقوبات عليه، بتوقيع الجزاء المناسب كفرض غرامات تأخيرية مثلا.

ب ـ الحق في الحصول على تعويض من الإدارة صاحبة العقد : وهذا هو الأثر الثاني للنظرية[1] إلى جانب وجوب الاستمرار في التنفيذ من قبل المقاول المتعاقد.

فمع توافر شروط تطبيق النظرية واستمرار المقاول في التنفيذ يحق لهذا الأخير المطالبة بمساعدة الإدارة له لتجاوز نتائج ذلك الظرف الطارئ وما ترتب عنه من زيادة أعباء المالية واختلال اقتصاديات العقد، مما جعله يواجه صعوبات جمة في تنفيذ التزاماته. والإدارة في هذه الحالة ملزمة على مشاركته في تحمل هذه الأعباء ومساعدته[2] على تخطي هذه الظروف.

ـــ **عبد المجيد فياض** : المرجع السابق ، ص 167 .

ـــ **عبد العزيز عبد المنعم خليفة** : الأسس العامة للعقود الإدارية ، منشأة المعارف ، الاسكندرية 2003 ، ص 150 .

(1) ـــ **سعيد السيد علي** : المرجع السابق ، ص 109 .

(2) ـــ انظر : **عبد العزيز عبد المنعم خليفة** : " تنفيذ العقد ... " ، المرجع السابق ، ص 197 وما بعدها .

والقول بوجوب مشاركة الإدارة لمن يعاونها في تسيير مرفقها العام يعني أن تعوضه جزئيا عن الخسارة التي لحقت به، لأن هدف نظرية الظروف الطارئة هو توزيع عبء الخسارة المترتبة عن الظرف الطارئ بين المتعاقد (المقاول) والإدارة، مما يمكن المقاول من الاستمرار في التنفيذ وتسير المرفق حتى لايتأثر حسن سير المرفق العام وبالتالي المساس بالمصلحة العامة.

لذلك فإن طبيعة هذا التعويض الموصوف بالجزئي، أنه تعويض مؤقت يرتبط بوجود الظرف الطارئ، تساهم به لإدارة الظرف المؤقت إلى حين استعادة التوازن المالي للعقد، بالتغلب عن الظرف الاستثنائي الذي أدى إلى الاختلال الحاصل.

وعودة التوازن المالي للعقد يحدث بزوال سببه المتمثل في الظرف الطارئ، كأن تزول الظروف الطبيعية أو الاقتصادية التي كانت وراء زيادة أعباء ومشقة المتعاقـــــــــد فتنخفض الأسعار مثلا إلى مستواها بعد أن قفزت إلى الأعلى فجأة.

وقد تتعامل الإدارة مع الظرف الطارئ بشكل ينهي اختلال التوازن المالي لعقد المقاول وذلك بأن تعيد النظر مثلا في شروط العقد بما يتماشى والظروف الاستثنائية المستجدة.

ولكن إذا تبين أن استعادة التوازن المالي للعقد لا يكن تحقيقه بسبب استمرار الظروف الطارئة فالحل هو في معالجة طرفي العقد للأمر (المقاول والإدارة صاحبة المشروع) بإتفاق ما بينهما، وإن كان الأمر يبدو صعبا لأنه لا المقاول يرضى بالاستمرار في تنفيذ عقد لا ينال منه ربحا، ولا الإدارة تستطيع أن تستمر في الإنفاق على عقد ثبت عدم إمكانية (تقويمه).

فالحل هو رفع دعوى فسخ العقد من أحد الطرفين اللذان يملكان هذا الحق . وفي هذه الحالة، حالة عجز الطرفين في الوصول إلى اتفاق جديد يسايران به استمرار الظرف الطارئ وبالتالي اللجوء إلى القاضي من أحدهما بطلب الفسخ فإن هذا الأخير يحكم

بالفسخ الذي قد يكون مصحوب بالتعويض لمصلحة أحد الطرفين إذا ثبت أن تعنت الطرف الآخر كان هو السبب في عدم التوصل إلى اتفاق جديد بدل الفسخ(1).

لأن القاضي الإداري لا يملك أن يعدل في شروط العقد ونصوصه وهو كالقاضي الخاص، لا يملك إلا استخلاص إرادة الطرفين الصريحة واستنتاج إرادتهما الضمنية وتطبيقها على النزاع القائم بينهما، باعتبار أن ذلك قانونهما، فحكم القاضي ينبغي ألا يعدل شروط العقد.لهذه المبادئ فإن سلطة القاضي الإداري تنحصر في الحكم بالتعويض المناسب في حالة الظرف الطارئ ويفسح العقد إذا طلبه أحد الطرفين(2).

و وفقا لما أورده الفقه(3) فإن القاضي يراعى جملة من القواعد في تقدير التعويض بناء على نظرية الظروف الطارئة، وقد يستعين بخبرة المختصين وذلك حتى يجعل التعويض مناسبا. ومن جملة هذه القواعد نذكر:

ـــ تحديد تاريخ بداية انطلاق الظرف الطارئ وتاريخ نهايته، أي اللحظة التي بدأ فيها تجاوز الظرف الطبيعي أو الاقتصادي الحالة العادية إلى الحالة الاستثنائية.

ـــ تحديد الخسارة الفعلية التي لحقت بالمقاول المتعاقد في تلك الفترة المحددة بدقة والتي كانت فعلا بسبب الظرف الطارئ واستبعاد كل خسارة يكون سببها عامل آخر كخطأ المقاول مثلا.

ـــ توزيع عبء الخسارة بين الإدارة وبين المتعاقد (المقاول) وفي الغالب يحمل القاضي الإدارة الجزء الأكبر من الخسارة.

أما عن الأساس القانوني للتعويض وفقا لنظرية الظروف الطارئة، فقد اختلف(4) الرأي كما أسلفنا حول فكرة التوازن المالي للعقد، وفكرة النية المشتركة للمتعاقدين وأخير الطبيعة الذاتية للعقود الإدارية وصلتها بالمرافق العامة.

(1) ـــ أنظر : **سليمان محمد الطماوي** : " الأسس العامة ..." ، المرجع السابق ، ص705 .
(2) ـــ أنظر : **سليمان محمد الطماوي** : " الأسس العامة ..." ، المرجع السابق ، 693 .
(3) ـــ أنظر : **محمد سعيد حسين أمين** : المبادئ العامة ، المرجع السابق ، ص 289 .
(4) ـــ أ نظر : **سعيد السيد علي** : نظرية الظروف الطارئة ، المرجع السابق ، ص 48 .

الفرع الثاني
نظرية فعل الأمير

إن ثاني نظرية ابتدعها القضاء الإداري الفرنسي لمعالجة اختلال التوازن المالي للعقد الإداري هي نظرية "فعل الأمير".

ويقصد به تلك التصرفات الإدارية المشروعة التي تقوم بها السلطة العامة المتعاقدة، وتؤثر سلبا على مصالح المتعاقد معها(1).

وبتعريف آخر يطلق "عمل الأمير" على كل إجراء تتخذه الإدارة المتعاقدة ويكون من شأنه زيادة الأعباء المالية للمتعاقد (المقاول) أو زيادة في الالتزامات التي ينص عليها العقد، بما يطلق عليه بصفة عامة "المخاطر الإدارية" هذا الإجراء يتمثل في قرار فردي خاص أو يتخذ شكل قواعد تنظيمية عامة كصدور تشريع أو لائحة، أو القيام بأشغال عامة تسبب للمقاول المتعاقد صعوبات أثناء تنفيذ العقد.

ففعل الأمير هو إجراء خاص أو عام يصدر عن الإدارة صاحبة المشروع، دون أن يكون متوقعا وقت إبرام العقد مما يرتب له ضررا خاصا به دون سائر من يشملهم الإجراء.

وعليه فإن فعل الأمير قد يتخذ إحدى صورتين:

الأولى: أن يصدر عمل الأمير في صورة إجراء فردي خاص بالمقاول المتعاقد مع الإدارة، ونكون أمام هذه الصورة خاصة، عندما تستعمل لإدارة صاحبة المشروع سلطتها في تعديل العقد بإرادتها المنفردة.

وذلك وفق إحدى طريقتين:

(1) ــ راجع في التعريف بنظرية فعل الأمير على سبيل المثال:
ــ **محمد فؤاد مهنا** : المرجع السابق ، ص 795 .
ــ **عمر حلمي** : " سلطة الإدارة " ، المرجع السابق ، ص209 .
ــ **سمير صادق** : العقد الإداري ، المرجع السابق ، ص 247 .

GEORGE.VIDEL .op.cit. P228

إما بتعديل شروط تنفيذ العقد كزيادة أو إنقاص كمية الأشغال أو في مدة التنفيذ، الشئ الذي يزيد من أعباء التكاليف التي لم تكن محسوبة وقت إبرام العقد، وإما أن يكون تدخل الإدارة ليس في شروط تنفيذ العقد مباشرة، وإنما بالقيام بعمل يؤثر في هذه الشروط، كما لو قامت الإدارة المتعاقدة بأعمال مادية معينة تؤثر في تنفيذ أشغال المشروع.

الثانية : الصورة الثانية لفعل الأمير هو أن تقوم الإدارة المتعاقدة باتخاذ إجراء عام (لا يشمل موضوع العقد فقط) كما لو أصدرت نصوص لائحية أو قوانين ينتج عن تطبيقها زيادة في الأعباء المالية التي يتحملها المقاول أثناء تنفيذه العقد[1] كالتشريعات المالية والجبائية أو الاجتماعية ، وإن كان هناك من يرفض تطبيق النظرية في مثل هذه الحالة[2].

1 ـ شروط تطبيق نظرية فعل الأمير

إن قيام الإدارة المتعاقدة بتصرف أو إجراء من هذا القبيل، وبشكل غير متوقع، حين يصادف المقاول ويؤثر على مركزه المالي بما يهدد بتوقف المرفق، يفتح أمامه الطريق للمطالبة بالتعويض الكامل مما سببته له الإدارة المتعاقدة بناء على نظرية فعل الأمير متى توفرت شروطها المتمثلة في:

أ ـ أن يكون أمام عقد ذو طبيعة إدارية (عقد الأشغال العامة) : وهو شرط طبيعي لأن الأمر يتعلق بنظرية في نظريات القانون الإداري المتصلة بعقد متميز عن عقود القانون

(1) ــ راجع : **على محمد عبد المولى** : الظروف التي تطرأ أثناء تنفيذ العقد الإداري 1991 ص35 وما بعدها .

(2) ــ هناك رأي غير رائج في الفقه الفرنسي مقتضاه : أي الفعل الصادر عن الإدارة المتعاقدة لا يكون موجبا لتطبيق نظرية فعل الأمير إلا إذا كان خاصا بالمتعاقد مع الإدارة...

أما إذا كان يتجاوز الموقف الخاص بالمتعاقد كان يشمل كل الإقليم أو طائفة كبيرة من الناس فإنه لا مجال لتطبيق نظرية فعل الأمير، إلا إذا كان العقد ينص على ذلك أو أدى الإجراء لإختلال في اقتصاديات العقد أين نعود إلى نظرية الظروف الطارئة .

وواضح أن هذا الرأي غير منطقي لأنه متى كان الإجراء متوقعا فإنه لا مجال لأعمال النظرية أصلا.

الخاص، وبالتالي لا مجال لتطبيق نظرية فعل الأمير على عقود الإدارة المدنية التي لا تظهر فيها بوصفها سلطة عامة.

ب ـ أن يكون الفعل الضار (الإجراء القانوني أو التصرف الإداري) صادرا عن الإدارة المتعاقدة : وعن صدور الإجراء عن الإدارة المتعاقدة أي الشخص المعنوي العام الذي أبرم العقد، وإن كان في بداية ظهور هذه النظرية لم يكن القضاء يشترط هذا الشرط، بل يكتفي بصدور الإجراء من سلطة عامة أيا كانت(1)، ثم تطور وأصبح يتطلب لتطبيق نظرية فعل الأمير صدور الإجراء الضار عن الإدارة المتعاقدة، دون سواها من السلطات الأخرى.

ج ـ أن يكون هذا الفعل مشروعا : أما عن مشروعية الإجراء الصادر عن الإدارة المتعاقدة الذي أحدث ضررا للمقاول المتعاقد، فالمقصود به هو أن النظرية تفترض عدم خطأ الإدارة المتعاقدة بقيامها بذلك التصرف أو الإجراء، ذلك أن ثبوت خطأ الإدارة في هذه الحالة يترتب عليه قيام المسؤولية أيضا ولكن مسؤولية على أساس الخطأ.

أما شرط نظرية عمل الأمير فهو افتراض أن الإدارة المتعاقدة لم تخطئ حين قامت بعملها الضار، فمسؤليتها بلا خطأ(2).

د ـ أن يكون الإجراء غير متوقع : لتطبيق النظرية يجب أن يكون الإجراء الضار الصادر عن الإدارة المتعاقدة إجراء لا يمكن توقعه من طرف الشخص المتبصر لأنه إذا كان بالوسع توقعه، وجب أخذ الحيطة من ذلك ووضعه في الحسبان وإلا كان المقاول مقصرا ويتحمل مسؤوليته في ذلك.

ومعيار عدم التوقع هو معيار موضوعي بالنظر للشخص العادي المتبصر وقت إبرام العقد، ومن ثم فالمسألة متروكة لقاضي الموضوع الذي يقدرها بمراعاة كل الظروف المحيطة بالتعاقد(1).

---

(1) ــ راجع : **إبراهيم محمد علي** : المرجع السابق ، ص 232 وما بعدها .

(2) ــ راجع : **سليمان محمد الطماوي** : الأسس العامة للعقود ، المرجع السابق ، ص 571 .

هـ ـ أن يترتب على فعل الإدارة ضررا خاصا بالمتعاقد معها يخل بالتوازن المالي للعقد : يشترط لتطبيق النظرية أن يترتب على تصرف الإدارة ضررا يلحق بالمتعاقد معها (المقاول) ولكن دون إشتراط درجة معينة من الجسامة فيكفي أن يكون الضرر يتمثل في نقص الأرباح التي كان المقاول قد تعاقد على أساسها أي يعول على تحصيلها،

غير أنه يشترط في الضرر أن يكون خاصا بالمتعاقد يصيبه لوحده أو يصيبه بشكل أشد جسامة من غيره من الأفراد الذين يشملهم.

2 ـ آثار تطبيق عملية فعل الأمير(2)

إذا توافرت جميع الشروط السابقة أنتجت نظرية فعل الأمير أثرها المتمثلة في تعويض المقاول تعويضا كاملا، يغطى جميع الأضرار التي لحقته بسبب تدخل الإدارة، وذلك بما يكفل إعادة التوازن المالي للعقد.

فتوفر الشروط يعطي الحق للمقاول في طلب التعويض الكامل الذي تستجيب له الإدارة متى ثبت أن تصرفها الضار هو من قبيل فعل الأمير وإلا فإن له الحق في اللجوء إلى القضاء بذات الطلب .والتعويض الكامل يشمل عنصرين ،ما لحقه من خسارة وما فاته من كسب.

ويدخل ضمن العنصر الأول النفقات الإضافية نتيجة فرق السعر أو الرسوم الجديدة والأجور وغيرها. أما العنصر الثاني أي ما فاته من كسب فيشمل المبالغ المالية التي كان من حق المقاول الحصول عليها لو لم تتدخل الإدارة بتصرفها المشروع.

---

(1) ــ **علي محمد عبد المولي** : المرجع السابق ، ص 35 .

(2) ــ راجع آثار نظرية فعل الأمير لفقهاء منهم :

ــ **محمد فؤاد مهنا** : مرجع سابق ص 797 .

ــ **عمر حلمي** : سلطة الإدارة ، مرجع سابق ، ص 194 .

فالتعويض الكامل وفقا لنظرية فعل الأمير كما جاء به القضاء الإداري المصري[1]:

"إن القاعدة بالنسبة للتعويض على أساس التوازن المالي للعقد ... أنه إذا لم يكن مقداره متفقا عليه في العقد فإن جهة الإدارة لا تملك أن تستقل بتقديره بل يقدره قاضي العقد ... والمحكمة إنما تقدر هذا التعويض طبقا للقواعد المقررة في القانون الإداري في هذا الشأن وهو يشمل عنصرين:

العنصر الأول: ما لحق المتعاقد من خسارة، ويتضمن هذا العنصر المصروفات الفعلية التي أنفقها المتعاقد، وهذه المصروفات تختلف باختلاف الأحوال وطبيعة التعديل ونتائجه. فإذا ما طالبت الإدارة سرعة إنجاز الأعمال فإن ذلك قد يؤدي إلى الزيادة في التكاليف على المتعاقد بدفع أثمان مرتفعة أو زيادة في أجور الأيدي العاملة.

كما يمكن أن يترتب على تعديل العقد أثناء تنفيذه خسائر متنوعة فيجب تقدير هذه الخسائر ما دامت علاقة السببية قائمة بينها وبين الإجراء الذي طلبت الإدارة المتعاقدة معها اتخاذه.

العنصر الثاني: ما فات المتعاقد مع الإدارة من كسب إعتبارا بأن من حقه أن يعوض ربحه الحلال من عمله ورأسماله".

نستنج من موقف القضاء هذا أن طرق تحديد التعويض الكامل هي ثلاث :

1 ــ تحديد التعويض في العقد، إذ قد يتفق الطرفان (الإدارة والمقاول) سلفا عن إبرام العقد على مبلغ التعويض الذي يدفع للمقاول عن الأضرار التي تكون لحقت به[2].

ولا يشترط أن يكون التعويض في هذه الحالة كليا، بل يجوز لهما أن يتفقا على قصر التعويض على جزء من الضرر ــ بحسب مايحقق مصالحهما ــ .

---

(1) ــ حكم محمكة القضاء الإداري المصري في 1957/06/30 .

ــ أورده **خميس السيد اسماعيل** : مرجع سابق ، ص

(2) ــ راجع : **عمر حلمي** : سلطة الإدارة ، المرجع السابق ، ص 206 .

ــ **إبراهيم محمد علي** : مرجع السابق ، ص 242 .

ــ **سليمان محمد الطماوي** : الأسس العامة ، المرجع السابق ص 584 .

غير أنه لا يجوز للإدارة أن تشترط في العقد إعفاءها كليا من جميع الأضرار الناتجة عن فعل الأمير فمثل هذا الشرط إن وجد وقع باطلا لأنه مخالف للنظام العام ولأنه يتعارض مع المبادئ العامة المقررة في القانون الإداري من ثبوت حق المتعاقد مع الإدارة في التعويض طبقا للنظريات السائدة في نظام العقود الإدارية التي تضمن حقه في التوازن المالي لعقد.

2 ــ قد يتحدد التعويض الكامل عن طريق التشريع وذلك حين يكون فعل الأمير صادرا عنه، كما حدث في سنة 1940 حين أصدر المشرع الفرنسي قانونين يتعلقان بفسخ العقود المبرمة لاحتياجات الدفاع الوطني، ونص في كل منهما عن كيفية تعويض المتعاقدين الذي لحقهم ضرر بسبب فسخ عقودهم طبقا للقانون.

3 ــ إذا لم ينص على التعويض لا في العقد ولا في القانون و لم يتفق الطرفان حول مبلغ محدد، تولى القضاء هذه المهمة، وهو يقوم بذلك فهو يراعى ما لحق المقاول من خسائر فعلية بصرفه نفقات غير متوقعة ما كان ليدفعها لولا حدوث الإجراء الإداري المشروع.

كما يراعى ما فاته من كسب كان يستحقه طبقا لشروط العقد، قبل التصرف المشروع الذي قامت به الإدارة المتعاقدة.

3 ـ حالات التخلي عن قاعدة التعويض الكامل

استبعد مجلس الدولة الفرنسي مبدأ التعويض الكلي عن فعل الأمير في حالات استثنائية محدودة حسب الفقه وهي:

1 ــ حالة إنهاء الإدارة المتعاقدة لعقودها نتيجة ظرف الحرب، أو بسبب وقف القتال إذا اكتفى المجلس في هذه الحالة بالتعويض عن الضرر الفعلي الذي ترتب عن الفسخ ودون اعتبار لما فات المتعاقد من كسب لو استمر في التنفيذ.

2 ـ حالة الخطأ المشترك فإذا كان المتعاقد مساهما بخطئه في إحداث الضرر أو الزيادة فيه فإن قاضي مجلس الدولة ينقص من مقدار التعويض بما يناسب مساهمة المتعاقد في الضرر.

وكلتا الحالتين بحسب رأينا يفرضها المنطق والعدالة.

فحالة الحرب حالة عامة يقع عبؤها على كل المواطنين فإذا كان المقاول المتعاقد من حقه ألا يخسر وحده فإنه أيضا يجب ألا يستغل هذه الوضعية أو الظرف لمضاعفة أرباحه.

أما إذا كان الضرر نتيجة لخطأ المتعاقد المضرر لوحده فيجب أن يتحمل مسؤلية خطئه وإن كان مساهما فمن العدل أن يتحمل الخسارة بقدر مساهمته في الخطأ وألا يستفيد من خطئه.

4 ـ شرط المطالبة بالتعويض

إذا كان الأثر الرئيسي المترتب على تطبيق نظرية فعل الأمير هو منح المتعاقد (المقاول) المتضرر من تصرف الإدارة المشروع تعويضا كاملا يشمل ما لحق به من خسارة وما فاته من كسب.

إذا كان الأمر كذلك ،فإن ترتيب هذه النتيجة مرهون بضرورة استمرار المتعاقد (المقاول) مع الإدارة في تنفيذ الأشغال موضوع العقد ما دام ذلك ممكنا.

فالقاعدة أن تصرفات الإدارة التي تؤدي إلى تطبيق نظرية الظروف الطارئة، لايتولد عنها إعفاء المقاول من مواصلة تنفيذ التزاماته بالرغم من الصعوبات التي يلاقيها في سبيل ذلك. إلا إذا وصلت جسامة هذه الصعوبات إلى حد تجعل مواصلة التنفيذ مستحيلا فهنا نكون أمام نظرية القوة القاهرة التي تعفي المتعاقد من مواصلة التنفيذ.

وقاعدة استمرار المتعاقد (المقاول) في التنفيذ أساسه هو ارتباط عقد الأشغال العامة بالمرفق العام ولأن المتعاقد كما سبق القول هو معاون للإدارة في تسيير المرفق العام.

وعليه فلا يحق للمقاول المتعاقد مع الإدارة أن يتوقف عن الوفاء بالتزاماته ومواصلة الأشغال، تحت ذريعة تدخل الإدارة بإجراءات إدارية ترتب عنها الإخلال بإحدى التزاماتها تجاهه. بل عليه أن يواصل "المعاونة" في سبيل تحقيق المصلحة العامة.

وتترتب نتائج على قاعدة ضرورة الاستمرار في تنفيذ العقد من قبل المقاول بالرغم من الصعوبات التي واجهته جراء تصرف الإدارة في المشروع تتمثل هذه النتائج خاصة في:

ـــ إن المتعاقد (المقاول) الذي يتوقف عن مواصلة تنفيذ التزاماته العقدية يعرض نفسه لتوقيع العقوبات التعاقدية (الغرامات التأخيرية خاصة).

يجوز للمتعاقد الذي لم يتوقف عن تنفيذ التزاماته بل استمر في المعاونة في تسيير المرفق العام، أن يطلب إعفاءه من الغرامات التأخيرية متى تأخر في التنفيذ بسبب الصعوبات التي لاقاها والمترتبة عن تصرف الإدارة المتعاقدة.

ـــ لا يستطيع المقاول المتعاقد الذي توقف عن تنفيذ التزاماته العقدية بسبب تصرفات الإدارة المشكلة لفعل الأمير، أن يطالب بالتعويض، لأنه قد عطل الحكمة من منح التعويض وهي استمرار سير المرفق العام بانتظام، أَمَا وقد أوقف هو هذا السير فلا جدوى من منح التعويض.

الفرع الثالث

نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة

يقصد بنظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة مصادفة المتعاقد (المقاول) عند تنفيذ الأشغال موضوع العقد، لصعوبات مادية، لم يتوقعها، ولم يكن من الممكن توقعها عند إبرام العقد، يكون من شأنها زيادة التكاليف عن الحد المقرر، مما يجعل تنفيذ العقد مرهقا[1].

(1) ـــ راجع تعريف نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة على سبيل المثال :

فإطار تطبيق هذه النظرية إذن هو مواجهة المقاول أثناء تنفيذ الأشغال محل العقد لصعوبات مادية بحته (غير اقتصادية) وذات طابع استثنائي مما لا يمكن توقعه، ويكون من شأنها أن تجعل تنفيذه للعقد مرهقا لزيادة تكلفته بشكل كبير الشئ الذي يستدعى تدخل الإدارة المتعاقدة صاحبة المشروع، لجبر تلك الأضرار وذلك بتعويضه تعويضا كاملا حتى يستمر في تنفيذ التزاماته، ويستمر بالتالي المرفق العام في السير بانتظام وعلى وجه حسن.

ويعود أصل هذه النظرية ــ كأغلب نظريات القانون الإداري ــ إلى القضاء الإداري، وهي من أقدم النظريات التي استخلصها مجلس الدولة الفرنسي في النصف الأول من القرن التاسع عشر وتجد مجال تطبيقها في عقود الأشغال العامة على وجه الخصوص غير أنه لا يوجد مانع من تطبيقها في كافة العقود الإدارية الأخرى متى توافرت شروطها(1).

فتنفيذ عقد الأشغال العامة، قد تطرأ عليه صعوبات مادية استثنائية لم يكن بالإمكان توقعها وبالتالي تقديرها وتجعل التنفيذ أكثر إرهاقا على المقاول المتعاقد، ويصبح من العدالة أن تعوضه الإدارة صاحبة المشروع عن الفرق بين السعر المتفق عليه في العقد والذي يعتبر السعر العادي ،وبين السعر الذي تحمله فعلا.

وقد طبق القضاء الإداري هذا المبدأ في البداية على أساس أن تلك هي النية(2) المشتركة لطرفي العقد، وبالتالي فأساس النظرية هي نيتهما.

ــ **عبد العزيز عبد المنعم خليفة** : تنفيذ العقد ... ، المرجع السابق ، ص203 وما بعدها .

ــ **سليمان محمد الطماوي** : الأسس العامة ... ، المرجع السابق ، ص 649 وما بعدها .

- **GEROGES. VIDEL** : Op. Cit. P 229.

(1) ــ راجع : دلوبادير :

- **DELAUBADER :** Traite élémentaire de droit ,… Op. Cit. P 314.

(2) ــ راجع في أساس نظرية الصعوبات المادية الغير متوقعة.

ــ **أنس جعفر** : العقود الإدارية ... ، المرجع السابق ، ص277 وما بعدها .

ــ **إبراهيم محمد علي** : مرجع سابق ، ص 329 وما بعدها .

إلا أن القضاء تخلى عن هذا الأساس وجعل تطبيقها جزءا لايتجزأ من النظام القانوني للعقود الإدارية يطبقها في جميع الحالات التي تتوفر فيها شروطها دون الاستناد إلى أساس إتفاقي مسبق.

بل وطبقها بالرغم من احتواء العقد على شرط صريح باستبعادها، أي شرط يقضى بتحمل المقاول مخاطر التنفيذ أيا كانت طبيعة الأرض أو الصعوبات التي يصادفها أثناء التنفيذ وفسر مجلس الدولة ذلك بأن الصعوبات المقصودة في العقد هي الصعوبات العادية، أما بالنسبة للصعوبات الغير عادية أو الاستثنائية فإن للمقاول الحق في المطالبة بالتعويض عنها رغم الشرط الموجود في العقد(1).

لذلك فإن الرأي الراجح في الفقه بخصوص أساس التعويض بناء على نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة هو ذلك الذي يرجعه إلى اعتبارات العدالة، والطبيعة الذاتية للعقود الإدارية وما تمليه المصلحة العامة من ضرورة استمرار سير المرفق العام من واجب تعويض المقاول المتعاقد مع الإدارة إذا صادفته صعوبات مادية غير متوقعة، وأصبح معها استمراره بتسيير المرفق العام مرهقا.

فالتعويض هنا يصبح لازما لمواجهة النتائج التي تترتب عن تلك الصعوبات الغير متوقعة. ونحن نؤيد هذا الرأي لأنه ليس من العدل ترك المقاول لوحده في مواجهة الصعوبات الاستثنائية الغير متوقعة، لما في ذلك من خطورة على حسن واستمرار سير المرفق العام.

وَتَدَخُّل الإدارة أمام مواجهة المقاول لصعوبات مادية غير متوقعة، لا يكون بالمساهمة فقط في تحمل الأعباء الناجمة عنها، بل يكون تدخلها بالتكفل كلية بتحمل تلك الأعباء، وذلك بأن تدفع الإدارة صاحبة المشروع إلى المقاول مبلغا إضافيا عن المتفق عليه يغطى كل التكاليف التي أنتجتها تلك الصعوبات.

---

(1) ــ راجع في أساس نظرية الصعوبات المادية الغير متوقعة.

ــ **أنس جعفر** : العقود الإدارية ... ، المرجع السابق ، ص277 وما بعدها .

ــ **إبراهيم محمد علي** : مرجع سابق ، ص 329 وما بعدها .

وهذا ما يجعل هذه النظرية تختلف عن نظريات متشابهة أنشأها القضاء الإداري ويطبقها لاستعادة التوازن المالي للعقد الإداري.

فسببها المتمثل في الصعوبات المادية يختلف عن سبب نظرية الظروف الطارئة الذي هو الصعوبات الاقتصادية والسياسية كما يختلف من حيث نتائجها التي لا تقتصر الإدارة على المساهمة في تحمل الأعباء وإنما في تعويضها كاملة.

كما تختلف عن نظرية فعل الأمير هذه الأخير التي تشترط أن تكون الإدارة صاحبة المشروع هي المتسببة في الإجراء الذي قلب اقتصاديات العقد(1).

وتختلف أخير عن نظرية القوة القاهرة التي يشترط لتطبيقها أن يكون من شأن الظرف القاهر أن يجعل من تنفيذ العقد عملا مستحيلا، أما نظرية الصعوبات المادية الغير متوقعة فإن المضي والاستمرار في تنفيذ الالتزامات العقدية يبقى ممكنا، ولكنه مرهقا ومكلفا وعليه فمن أجل تنفيذ نظرية الصعوبات المادية ينبغي توفر شروط:

1 ـ شروط تطبيق نظرية الصعوبات المادية

إن مناط تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة وبالتالي منح الحق للمقاول والمتعاقد مع الإدارة الحق في المطالبة بالتعويض الكامل عن الأعباء التي لحقت به جراء هذه الصعوبات هو توفر شروط تتمثل في(2):

أ ـ مواجهة تنفيذ العقد لصعوبة مادية استثنائية : يشترط أن تكون طبيعة الصعوبات التي صادفت المقاول مادية بحته وهي ترجع في أغلب الحالات إلى ظواهر طبيعية تتعلق بالأراضي التي تنفذ عليها الأشغال العامة، كأن تكتشف أعمال الحفر على وجود طبقات

---

(1) ــ راجع كل من:

- **DELAUBADER :** Traite …. , Op.Cit. P 314.

ــ **سليمان محمد الطماوي** : الأسس أساسه ، المرجع السابق ، ص 651.

ــ **إبراهيم محمد علي** : المرجع السابق ، ص 310 .

(2) ــ راجع في شروط تطبيق النظرية :

ــ **أنس جعفر** : العقود الإدارية ، المرجع السابق ، ص 270 وما بعدها .

صخرية لم تكن متوقعة بحسب الدراسات مثلا، أو وجود خزانات مياه جوفية وأحيانا تكون هذه الصعوبات المادية من فعل الغير ،كاكتشاف قناة خاصة مثلا تحت الأرض وغيرها من الظواهر التي تصادف التنفيذ وتجعل تكاليفه تزداد لمواجهتها .ذلك أنها ليست مجرد عقبات عادية من النوع المألوف وبالتالي يكون المقاول قد وضعها في حسبانه بل هي عقبات غير عادية استثنائية لا يمكن للمقاول الحريص توقعها، وهو ما يستنتجه قاضي الموضوع في كل حالة على حده.

ب ـ عدم توقع المقاول المتعاقد للصعوبة المادية الاستثنائية : حتى يمكن للمقاول طلب التعويض الكامل طبقا لهذه النظرية، يجب أن يكون ما صادفه من صعوبات مادية، أمر غير متوقع ليس بالنسبة له بالذات، وإنما بالنسبة للرجل العادي المتبصر الذي يكون في موقعه.

أما إذا كان هناك ما يدفع لتوقع مصادفه التنفيذ لهذه العقبة التي صادفت المقاول المتعاقد، إلا أنه هو بالذات لم يتبادر لذهنه ذلك، فإن ذلك يعد تقصيرا منه وإهمالا وعدم تبصر يتحمل مسؤوليته لوحده. إذ كان عليه أن يتحرى الأمر جيدا، ما دامت الإدارة قد قامت بالتزامها بتمكينه من كل ما يمكن أن يساعده على معرفة ظروف تنفيذ العقد بشكل تام.

أما إذا كان عدم توقعه لما حدث يعود إلى الإدارة صاحبة المشروع التي لم تمكنه مما يساعده على اكتشاف ذلك، كما لو لم تسلم له مثلا كافة الوثائق المتعلقة بالمشروع، كما يلزمها بذلك المشرع، حيث عليها أن تسلمه كل الخرائط والرسومات والتصاميم المتعلقة بالمشروع. ففي مثل هذه الحالة يعتبر شرط عدم التوقع متوفرا وبالتالي تطبق نظرية الصعوبات المادية الغير متوقعة.

ج ـ أن يترتب عن الصعوبات المادية ضرر: إن مصادفة صعوبات مادية استثنائية غير متوقعة من قبل المقاول أثناء تنفيذه للعقد لايؤدي وبشكل آلي أو تلقائي إلى

استحقاق التعويض، وتطبيق النظرية، بل يجب أن يترتب عن هذه الصعوبات ضرر يلحق بالمقاول.

أما إذا لم يلحق أي ضرر نتيجة هذه الصعوبات، أو أمكنة تفادي هذا الضرر، أو واجهه دون أية تكاليف فإنه في كل هذه الحالات لا مجال لتطبيق نظرية الصعوبات المادية الاستثنائية.

فأساس استحقاق التعويض هو الضرر الذي يصيب المقاول المتعاقد، وذلك بغض النظر عما إذا كان ضررا بسيطا أو ضررا جسيما. باستثناء العقود الجزافية التي كما أسلفنا يتحدد فيها الثمن بشكل إجمالي مقابل العمل المطلوب أو المحدد. ففي هذه العقود فإنه يشترط لتطبيق النظرية وبالتالي الحق في التعويض الكامل، أن يكون الضرر الذي لحق بالمقاول ضررا جسيما يؤدي إلى قلب اقتصاديات العقد، وهي النقطة التي تلتقي فيها هذه النظرية مع نظرية الظروف الطارئة(1).

2 ـ أثر تطبيق نظرية الصعوبات المادية الاستثنائية

يترتب على توافر شروط تطبيق نظرية الصعوبات المادية الغير متوقعة نتائج هي:

ـــ بقاء واستمرار المقاول رغم هذه الصعوبات فى تنفيذ العقد، وذلك كما هو الشأن في حال نظريتي فعل الأمير والظروف الطارئة التي لا تجيز للمقاول التحلل من التزاماته العقدية، لأن التوقف عن التنفيذ تجعل من المقاول مخلا بمبدأ من المبادئ التي تحكم سير المرافق العامة والمتمثل في ضمان استمرار وحسن سير المرفق العام مما يعرضه للمساءلة ويحرمه من التعويض الذي هو مقرر أصلا لحماية هذا المبدأ ولتحقيق لمصلحة العامة.

وإذا كان التوقف عن تنفيذ الأشغال لسبب الصعوبات المادية الغير متوقعة، يعرض المقاول للجزاءات فإن مجرد التأخير في التنفيذ الذي يترتب عنه توقيع الغرامات التأخيرية،

(1) - **DELAUBADER** : Traite … , Op. Cit. P 315.

قد يكون مصادفة هذه الصعوبات الغير متوقعة سببا لإعفاء المقاول من هذه الغرامات متى تجاوز المدة الزمنية المحددة للتسليم.

هـ ـ مبدأ التعويض الكامل : ومن آثار توفر شروط تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة هو حق المقاول المتعاقد في الحصول على تعويض كامل مقابل ما تحمله من نفقات لمواجهة تلك الصعوبات ولجبر كافة الأضرار التي تكبدها نتيجة ذلك، ولايجزئ مجرد مساعدة أو مساهمة جزئية من الإدارة للمقاول، بل يجب أن تدفع للمقاول مبلغا إضافيا عن المبلغ المتفق عليه، وذلك تحقيقا لحقه في التوازن المالي للعقد في إطار إستعمال نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة.

الفصل الثاني
التزامات مقاول عقد الأشغال العمومية

لاشك أن إعتبار عقد الأشغال العامة ــ في مجال إنجاز الأشغال ــ وسيلة الإدارة لتنفيذ مشروعاتها، وحسن تسيير مرافقها بهدف تحقيق النفع العام، كل ذلك يلقي بضلاله على تكييف وضع المقاول في نطاق هذا العقد، لأن المتعاقد ــ كما أسلفنا ــ يعتبر معاونا للإدارة في تسيير المرفق العام موضوع العقد، وهو مايجعل من وضعه في العقود الإدارية بشكل عام، وضعا مختلفا عن وضع المتعاقد في نطاق أحكام القانون الخاص.

ذلك ان غاية إبرام العقد في القانون الخاص تختلف عنها في القانون العام، أين يكون الهدف من ذلك هو تحقيق النفع العام، مما يجعل الإلتزامات التي يتحملها المتعاقد مع الإدارة (المقاول في موضوعنا) أشد صرامة من تلك التي تقع على عاتقه في القانون الخاص[1]. إذ بالإضافة إلى الإلتزامات التي ينص عليها العقد صراحة، هناك إلتزامات أخرى يفرضها القانون ومختلف النصوص التي يجب على المقاول المتعاقد الإمتثال لها.

والتعاقد مع الإدارة بشكل عام، بما في ذلك عقد لاأشغال العامة يفرض واجبات على المتعاقد أن ينفذها[2].

(1) ــ أنظر : **محمد سعيد حسين أمين** : المبادئ العامة ... المرجع السابق، ص 192.
(2) ــ راجع إلتزامات المقاول المتعاقد مع الإدارة عند كل من :

فبالإضافة إلى الإلتزام الرئيسي المتمثل في القيام بالعمل المتعاقد عليه، فهو يفرض عليه إلتزامات تبعية أو تكميلية عليه القيام بها حتى ولو لم ينص عليها العقد ما دام الأمر يتعلق بعقد ذو طبيعة إدارية.

فهذه الإلتزامات واجبة الإحترام على أساس تعلق تنفيذ الأشغال العامة بالمصلحة العامة، وبالرغم من أنه من الصعب حصر إلتزامات المقاول في تنفيذ عقد الأشغال العامة إلا أننا سنحاول التطرق لأبرزها في نظرنا من خلال مبحثين :

نتناول في الأول : إلتزامات المقاول بالتنفيذ الشخصي للعقد.

ونتناول في الثاني : الإلتزام بتسليم الأشغال في المدة المحددة.

المبحث الأول
الإلتزام بالتنفيذ الشخصي للعقد

قبل أن نفصل في إلتزام المقاول بالتنفيذ الشخصي، رأينا أنه من الضروري أن نشير بالذكر وفي مطلب مستقل لإلزاماته التكميلية في عقد الأشغال العامة، إذ عليه أن يوفي بالتزاماته التعاقدية كأي طرف متعاقد وذلك وفقا لشروط العقد، وهو في ذلك لايختلف عن غيره من المتعاقدين، سواء في إطار القانون العام أو في عقود القانون الخاص.

ويبقى الإختلاف فقط فيما يتضمنه كل عقد من شروط والتزامات، لأن مصادر إلتزامات المقاول المتعاقد ترجع قبل كل شئ إلى العقد، ولكن ليس العقد وحده بل إن المقاول بصفته مرتبطا بالإدارة بعقد إداري، فإنه يتحمل إلتزامات أخرى تجد مصدرها في النصوص القانونية الآمرة، وفي اللوائح التنظيمية وأوامر الإدارة التي عليه أن يلتزم بها، وكذلك كل الوثائق المتصلة بالعقد.

ـــ **حسين درويش عبدالعال** : النظرية العامة في العقود الإدارية، ج2، ط1، مكتبة لأنجلو المصرية، 1958، ص 97. وما بعدها.

ـــ **عمار بوضياف** : الصفقات العمومية في الجزائر ، جسور للنشر، الجزائر 2009، ص 147.

- **JEAN MARIE AUBY et P. BON** : Op Cit, P 125.

المطلب الأول
الإلتزامات التكميلية للمقاول

من بين إلتزامات المقاول المتعاقد مع الإدارة، تلك الإلتزامات التي أشرنا إليها في ثنايا بحثنا خلال القسم الأول أثناء تناولنا لسلطات الادارة المتعادة صاحبة المشروع على المقاول المتعاقد، كواجب التنفيذ وفقا لمبدأ حسن النية في تنفيذ العقود بالنسبة للطرفين، لأن كافة العقود تخضع لأصل عام من أصول القانون، هو واجب التنفيذ بما يقتضيه حسن النية.

كذلك واجب المقاول في التنفيذ بتوجيهات وتعليمات الإدارة في إطار ممارستها لسلطة الرقابة.

وكذا الخضوع للأوامر المصلحية التي تصدرها الإدارة صاحبة المشروع من خلال مندوبيها وممثليها الموكل إليهم ذلك متى صدرت وفقا للقانون واستوفت الشروط اللازمة لذلك وفقا لما فصلناه في موضعه.

ويجب على المقاول تنفيذ الأشغال بطريقة صحيحة وسليمة، حسب المواصفات والكيفيات المنصوص عليها في العقد، وما تتضمنه دفاتر الشروط الخاصة.

كما يلتزم المقاول بتقديم الضمانات وهو الإلتزام الذي حرص المشرع الجزائري على تأكيده بالنسبة لصفقات الأشغال العمومية، حيث جاء في المرسوم الرئاسي المتضمن تنظيم الصفقات أنه على الإدارة المتعاقدة " أن تحرص على إيجاد الضمانات الضرورية التي تتيح أحسن الشروط لتنفيذ الصفقة "(1).

وقبله في دفتر الشروط الإدارية العامة ذكر المشرع بأن المقاول " ملزم بتقديم الضمان الذي يحدد بدفتر الشروط وهو يكفل حسن تنفيذ الصفقة، وتحصيل المبالغ الناشئة عنها والتي تعتبر دينا في ذمة المقاول لصالح الإدارة(2).

---

(1) ــ راجع المادة (92) من المرسوم الرئاسي رقم 236/10.

(2) ــ راجع المادة (11) الفقرة 1 و 6 من دفتر الشروط الإدارية العامة ، الجزائر 1964.

ونظرا لأهمية الإلتزام بتقديم ضمان حسن تنفيذ الصفقة، فقد جعله المشرع الجزائري عامل تفضيل في إختيار المتعاقد مع شخص أجنبي " يحضى بالأسبقية في إختيار المتعاملين المتعاقدين الأجانب من يقدم منهم أوسع الضمانات ... "[1].

وما يلاحظ على التشريع الجزائري هو الإختلاف في النسبة المأوية بملغ الضمان ما بين دفتر الشروط الإدارية العامة الذي يحددها بين 3 و 10% والمرسوم الرئاسي المنظم للصفقات العمومية الذي يجعلها بين 5 و 10% وهو ما يستدعي وجوب تدخل المشرع لتعديل دفتر الشروط الإدارية العامة باعتباره النص الأقدم تاريخيا.

وتكمن أهمية الضمانات باعتبارها إحتياط مالي يوضع تحت تصرف الإدارة بإمكانها مصادرته في الأوضاع المحددة قانونا.

هذه الأموال هي أساسا لضمان حسن تنفيذ الأشغال، وضمانا للتسبيقات المالية التي يستفيد منها المقاول من قبل الإدارة المتعاقدة.

والمشرع إذ أ لزم الإدارة الحرص على تحصيل هذه المبالغ فإنما ذلك لضمان حسن سير المرفق العام.

وتحدد هذه الضمانات من حيث أنواعها وكيفيات تحصيلها وكذلك إسترجاعها، بواسطة دفاتر الشروط والنصوص العقدية وذلك طبقا للتشريعات المعمول بها.

وفي هذا الشأن تناول دفتر الشروط العامة الجزائري موضوع " الضمان " في المادة (7) السابق الإشارة إليها، وكذلك المادة (48) منه التي تنص على أحكام رد الضمان.

كما خصص لها المرسوم الرئاسي المتضمن قانون الصفقات العمومية القسم الرابع من الباب الرابع، حيث بين أنواعها ونسبها وكيفية تأسيسها أو تحصيلها، وأخيرا زمن وكيفية إسترجاعها[2].

---

(1) ــ راجع المادة (3/94) من المرسوم الرئاسي رقم 236/10.

(2) ــ راجع المادة (92) وما بعدها من المرسوم الرئاسي رقم 236/10 المعدل والمتمم .

وهي عموما تتمثل في مبالغ لضمان الصفقة، ومبالغ الضمان بالنسبة للمقاول الأجنبي، ثم مبالغ الكفالة وتتمثل خاصة في :

ـــ كفالة حسن التنفيذ : حيث يلتزم المقاول المتعاقد بتقديم مبلغ الكفالة الذي حدده المشرع بنسبة لاتقل عن 5% وتمتد إلى 10% من مبلغ الصفقة وذلك بحسب طبيعة وأهمية الخدمات الواجب تنفيذها(1).

غير أنه أجاز للإدارة المتعاقدة (صاحبة المشروع) التنازل عن هذه الكفالة وإعفـــاء المقاول من تقديمها متى كان أجل التنفيذ لايتجاوز الثلاثة أشهر، وربما كان ذلك تفاديـــــا لتعقيد الإجراءات الإدارية على المقاول حتى يشرع في التنفيذ ربحا للوقت، ثم أن الأشغال التي لايتطلب إنجازها أكثر من ثلاثة أشهر غالبا ما تكون النوع البسيط التي يتحكم المقاولون في إنجازها.

ـــ **كفالة رد التسبيقات** : والتي يستفيد منها المقاول طبقا للمادة (63) من قانون الصفقات العمومية، فالمقاول المتعاقد لايمكن أن يتلقى تسبيقات على الأشغال التي سوف ينجزها إلا إذا كان قد أودع مبالغ الكفالة الذي يحدده العقد لدى بنك معتمد لذلك، إذ لايمكن للإدارة صاحبة الأشغال أن تصرف أموال عامة لشخص دون أن تكون بيدها ضمانات كافية بعدم ضياع تلك الأموال، ففي حال عدم تلقيها للخدمات، فيمكن لها مصادرة أموال الكفالة مقابل ما حصل عليه المقاول.

هذه بعض الإلتزامات التكميلية التي على المقاول التقيد بها، إلى جانب إلتزامه الرئيسي بتنفيذ الأشغال محل العقد شخصيا.

المطلب الثاني
مدلول التنفيذ الشخصي

يخضع تنفيذ العقود الإدارية بشكل عام ومنها عقد الأشغال العامة إلى قواعد تحكمها، ومنها إلتزامات المتعاقد مع الإدارة وهي إلتزامات شخصية ،أي أن شخصية

(1) ـــ أنظر المادة (10) من المرسوم الرئاسي رقم 236/10 المعدل والمتمم .

المتعاقد تمثل عنصرا جوهريا في إبرام االعقد، وهو ما يعبر عنه "بالإعتبار الشخصي " الذي يعني الإعتداد بشخصية المتعاقد أو بصفة من صفاته التي تكون محل إعتبار المتعاقد الآخر.

والحقيقة أن فكرة الإعتبار الشخصي ليست مقصورة على العقود الإدارية، إذ أن لهذه الفكرة أثرها في مجال العقود المدنية أيضا، كعقد المقاولة مثلا أو عقد الهبة وعقد الوديعة وغيرها، حيث يكون الطرف الآخر المقاول أو الموهوب له أو المودع محل إعتبار أساسي لدى المتعاقد الآخر.

بل قد يكون الإعتبار الشخصي محل إهتمام كل أطراف العقد كما هو الشأن بالنسبة لعقدي شركة التضامن أو عقد الوكالة(1).

غير أن لفكرة الإعتبار الشخصي في العقود الإدارية أهمية خاصة وذلك لإرتباط هذه الأخيرة بالمرافق العامة وهي تعد من الأفكار الأساسية سواء فيما يتعلق باختيار المتعاقد أو تنفيذ العقد(2). وهو ما يدفع بالسؤال عن مضمون هذه الفكرة وعن نتائجها.

الفرع الأول
مضمون فكرة الإعتبار الشخصي في العقد

تزداد أهميتها في عقد الأشغال العامة لإتصاله الوثيق بالمرفق العام، وفي هذا الصدد يرى بعض الفقهاء(3) الإلتزام بقاعدة الإعتبار الشخصي لايكون بدرجة واحدة بالنسبة لكل العقود الإدارية، بل أن ما يحدد هذه الدرجة هو مدى صلة العقد، وبالتالي المتعاقد بالمرفق العام، حيث تزاد درجة إلالتزام بقاعدة الإعتبار الشخصي كلما كانت صلة المتعاقد بالمرفق العام شديده، وتكون هذه الصلة في أوجها بالنسبة لعقد الإمتياز أين يبدو

(1) ــ **أنظر** : **إبراهيم محمد علي** : المرجع السابق، ص 333.
(2) ــ **أنظر** : **سليمان محمد الطماوي** : الأسس العامة ...، المرجع السابق، ص 396.
- **GEORGES VIDEL** : Op Cit , P 23
(3) - **JEZE** : Contrats Administratifs, T2, 1932, P 214.

الطابع الشخصي واضحا، حيث أن سير المرفق محل الإمتياز يعتمد بصفة أساسية على الصفات الشخصية للمتعاقد.

غير أن هذا الرأي ليس محل إجماع بين الفقهاء القائلين بأن فكرة الإعتبار الشخصي تلعب دورا أساسيا في كل العقود الإدارية دون تمييز، ويعتمدون في ذلك على عدم وجود ما يثبت إعطاء المشرع او القضاء أهمية خاصة للقاعدة في مجال عقد الإمتياز دون غيره من العقود الأخرى(1).

ونرى نحن من جانبنا أن الإعتبار الشخصي يلعب دورا هاما في مجال كافة عقود الإدارة، نظرا لصلة هذه العقود بالمرافق العامة، خاصة وان التنفيذ الشخصى فى هذا المقام لايقصد به التنفيذ المادى للعقد من طرف المتعاقد بقدر ما يعنى مسئوليته الشخصية عن التنفيد

وقد حرص المشرع الجزائري على تأكيده هذه الفكرة أو القاعدة ،فأصدر أحكاما تحقق مضموها ، وهذا شأن تشريعات أجنبية أخرى(2) فنص قانون تنظيم الصفقات العمومية في أحد ملحقاته(3) على وجوب إمتلاك المقاولات التي تعمل في مجال الأشغال العمومية لشهادة التخصص والتصنيف المهني، كما ألزم قانون الصفقات العمومية ذاته على الإدارة المتعاقدة أن تتحرى حسن إختيار المتعاقد معها وذلك عن طريق الإستعلام على المترشحين للتعاقد لدى مختلف الجهات والمؤسسات لاسيما المؤسسات المالية أو الممثليات الجزائرية بالخارج حين يتعلق الأمر بمقاول أجنبي، أما بالنسبة للمقاولين الوطنيين(4). وفي هذا الإطار أوجب على كل جهة إدارية متعاقدة أن " مسك بطاقية

(1) ــ **أنظر : هارون عبد العزيز الجمل** : المرجع السابق ، ص 368.

- **DELAUBADERE** : … Contrats Administratife , T1, Op Cit, P 104.

(2) ــ أنظر التشريع المصري المادة (14) وما بعدها من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات لسنة 1998 والمعدل والمتمم.

(3) ــ الملحق الذي تضمنه المرسوم التنفيذي رقم 289/93 الصادر في 28 نوفمبر 1993.

(4) ــ أنظر المادة 38 وما بعدها من الرسوم الرئاسي 10 – 236.

وطنية للمتعاملين، وبطاقية قطاعية وبطاقية على مستوى كل مصلحة متعاقدة، وتحين بانتظام "[1].

وأجبر المشرع على كل مقاول يترشح للتعاقد أن يقدم شهادة التخصص التي تعتبر وثيقة تنظيمية عند كل إلتزام باشغال البناء[2] وقد إعتبرها المشرع تنظيمية نظرا لإجراءات إستصدارها والمعلومات الإجبارية التي يجب أن تحتوي عليها[3].

وقد قرر عقوبات على كل مقاول يقدم معلومات مغلوطة، أو يزور في بيانات يقدمها للحصول على هذه الشهادة[4].

وواضح أن الغاية من فرض هذه الأحكام هو التعريف الدقيق بهوية المقاول من أجل معرفة صفاته المهنية الشخصية من حيث مدى كفايته المالية ومقدرته الفنية وسمعته في السوق، وجنسيته إن كان أجنبيا.

والهدف من وراء كل هذا هو تمكين الإدارة من إختبار مقاول يستطيع تنفيذ المشروع بشكل يحقق ما يصبوا إليه المرفق العام من خلال إنجازه.

وتأكيدا على الإعتبارالشحصى في إختيار مقاول الأشغال العامة، فإن المشرع الجزائري قد أكد على بعض الإلتزامات بالرغم من أنها لاتحتاج إلى النص عليها باعتبارها تتولد على إعتبار المقاول معاونا للإدارة في تنفيذ المرفق العام محل الأشغال ومنها مثلا :

ـــ إلتزام المقاول باختيار محل إقامة يكون مجاورا للأشغال وأن يعلم بذلك المكلف بالرقابة من قبل الإدارة (المهندس) في أجل لايتعدى 15 يوما من تاريخ تبليغه بتوقيع الصفقة[5].

(1) ـــ أنظر تفصيل المادة (10) من دفتر الشروط الإدارية العامة الجزائري 1964.
(2) ـــ المادة (03) من قانون الصفقات العمومية الذي نضمه المرسوم التنفيذي رقم 114/05 الصادر بتاريخ 2005/04/07.
(3) ـــ المادة (04) من الملحق بالمرسوم التنفيذي رقم 114/05 التي تحدد البيانات التي يجب أن تتضمنها شهادة التخصص.
(4) ـــ المادة (25) من المرسوم التنفيذي رقم 114/05 .
(5) ـــ أنظر المادة (1/10 و 2) من دفتر الشروط العامة الإدارية الجزائري.

والغرض من هذا الإلتزام هو السماح للإدارة بإمكانية إبلاغ المقاول بكل جديد وتمكينه من العلم بكل ما تصدره الإدارة من أوامر وما تتخذه من إجراءات حتى يتسنى له تنفيذها أو الطعن فيها.

وفي حالة عدم إمتثال المقاول لهذا الإلتزام (اختيار محل اقامة)في المدة المحددة فإن مكتب البلدية مقر الأشغال يعتبر محل إقامة حكمية بالنسبة للمقاول، يعتبر كل قرار بلغ إليه قد بلغ للمقاول تبليغا صحيحا وينتج أثره

والملاحظ أن ذات الأحكام قد تضمنها التشريع الفرنسي(1):

ـــ إلتزام المقاول باتخاذ موطن مختار بجوار الأشغال بعد إستلامه النهائي للأشغال وإعلام المهندس المكلف بالرقابة بأي تغيير لهذا العنوان حتى يمكن تبليغه بكل مستجد، وهذا ما أقره المشرع الجزائري، وكذا الفرنسي في كراستي الشروط العامة، بعكس المشرع المصري(2) الذي يكتفي إلزام المقاول بالتواجد داخل إقليم الوطن حتى وإن كانت مسألة مجاورة الأشغال مسألة يصعب تحقيقها، إذا أخذت بالمعنى الحرفي " للجوار" إلا أن المقصود هو ضرورة التواجد في مكان معلوم قريب من المشروع أو موقع الأشغال حتى يسهل على لاإدارة الإتصال بالمقاول، وحتى يشرف هو شخصيا على تنفيذه، خاصة إذا رأينا تدرج المشرع الجزائري في التأكيد على حضور المقاول لعملية التنفيذ حيث ينص في ذات المادة (3/10) من دفتر الشروط العامة على : " لايجوز للمقاول خلال مدة الأشغال الإبتعاد عن الورشة إلا بعد قبول مهندس الدائرة أو المهندس المعماري بممثل كفء يحل محله دون أن ينجم عن ذلك تأخير أية عملية أو وقف ناشئ عن غيابه ".

(1) ـــ أنظر المادة (22) من CCAG الفرنسي 1976 التي تضمنت إلتزام المقاول باتخاذ موطن مختار بجوار الورشة، وحددت لها ميعاد 15 يوما من تاريخ تبليغه بتوقيع العقد، كما كان التشريع الجزائري.

(2) ـــ يلزم المشرع الفرنسي أيضا بحسب دفتر الشروط العامة المقاول بالحضور لموقع الأشغال.

- **JEAN MARIR AUDY et P. BON** : Op Cit, P 124.

فبعد أن نص على ضرورة إختيار محل الإقامة شدد في الإلتزام بضرورة مجاورة محل الإقامة للأشغال، ثم زاد من التشديد بأن أحضر أو منع على المقاول الإبتعاد عن موقع الأشغال إلا بعد أن يحل محله نائبا له من الصلاحية والصلاحيات ما يمكنه من إتخاذ أي قرار بشكل يجعل من غياب المقاول دون تأثير ، ويشترط أن توافق الإدارة على هذا الغياب والإحلال، وهو موقف المشرع الفرنسي أيضا(1).

ولا يعتبرموقف المشرع الجزائري هذا مبالغة أو تشددا، وإنما هو زيادة في الحرص على التنفيذ الشخصي للعقد من قبل المتعاقد، وهو أمر في مصلحة المرفق، كما هو في مصلحة المقاول المتعاقد ،وذلك حتى يسهر بنفسه وبصفة دائمة على تنفيذ الأشغال بالشكل المطلوب والسهر على حفظ النظام داخل الورشة حتى يتفادى النتائج السلبية التي يتحمل نتائجها " ... يبقى المقاول مسؤولا عن أعمال الغش أو فساد العمل التي يرتكبها المقاولون والعمال من جراء عملهم واستخدامهم "(2).

خاصة وأن مقاول الأشغال العامة يبقى مسؤولا ولاتبرأ ذمته إلا بإنجاز العمل الذي تعاقد عليه وفقا للشروط والمواصفات المتفق عليها، ولايكفيه مجرد بذل عناية الشخص العادي(3).

لذا فحضوره ومتابعته الشخصية تعد أكثر من ضرورية وتترتب على الإلتزام الشخصي بالتنفيذ نتائج ملخصها هو منع أي تصرف من شأنه الإخلال بالمبدأ، ونقصد خاصة التصرف بالتنازل عن العقد كلية أو التعاقد من الباطن بخصوص تنفيذ جزء من العقد دون موافقة الإدارة، وهما التصرفان اللذين سنتولى تفصيل أحكامهما.

(1) ــ أنظر المادة (59) من اللائحة التنفيذية للقانون رقم 1998/89 المصري.
(2) ــ أنظر المادة (3/13) من دفتر الشروط الإدارية العامة الجزائري.
(3) ــ **أنظر** : **إبراهيم محمد علي** : المرجع السابق ، ص 343.
ــ **هارون عبد العزيز الجمل** : المرجع السابق ، ص 371.

الفرع الثاني
التنازل الكلي عن العقد

يترتب على الإعتبار الشخصي إبرام عقد الأشغال العامة، نتيجة حتمية، وهي أن يلتزم المقاول بأن ينفذ بشخصه الإلتزامات الناشئة عن العقد، أو أن يقوم بذلك مندوبه الذي يوكله بعد أن توافق عليه الإدارة(1).

والحكمة من هذا هو إبعاد الوسطاء الذين لايهمهم إلا تحقيق مصالح شخصية، لأن المقاول هو معاون الإدارة في المرفق العام وهو يعمل من أجل ضمان حسن سير المرفق العام، الشئ الذي قد لايحرص عليه من يحل محله في التنفيذ، لكون عقد الأشغال العامة له صلة وثيقة بالمرفق العام كما أسلفنا(2).

لذلك فالإدارة تختار من بين المتقدمين المقاول الذي ترى فيه من الصفات ما يشكل ضمانات كافية لحسن سير المرفق العام الذي من أجله أبرمت العقد.

فإذا إنسحب من تنفيذ العقد بنفسه تصبح هذه الضمانات بدون محتوى(3)، لذلك فإن المشرع يعتبر كل مخالفة لهذا الإلتزام من قبل المقاول خطأ جسيما تترتب عنه عقوبات صارمة " لايجوز للمقاول التنازل عن جزء أو كل مقاولته لمقاولين فرعيين أو تقديم مساهمة منها لشركة أو جماعة بدون إذن صريح من الإدارة ... "(4).

فالمستخلص من قاعدة الإعتبار الشخصي هو عدم جواز تنازل المقاول عن عقده لفائدة مقاول آخر أو جهة أخرى، كما لايجوز له التعاقد بشأنه من الباطن، إلا بعد الحصول على موافقة الإدارة المتعاقدة مقدما، وهذا بعكس موقف المشرع الجزائري بالنسبة لأحكام عقد المقاولة في القانون الخاص أين يجعل التنازل الكلي أو الجزئي من

(1) ــ **أنظر : هارون عبد العزيز الجمل** : المرجع نفسه ، ص 370.

(2) - **JEZE** : Contrats Administratifs, T1, P 215.

(3) ــ **أنظر : موريس أندري فلام** : عقود الأشغال العامة الإدارية، المرجع السابق ، ص 247.

(4) ــ راجع المادة (1/11) من دفتر الشروط الإدارية العامة الجزائري 1964.

المقاول على المقاولة لمقاول فرعي آخر، تصرفا جائزا، ما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك أو تكون طبيعة الأشغال لاتسمح بذلك(1).

ـ منع التنازل الكلي عن العقد

التنازل هو تصرف قانوني بموجبه يحل المقاول المتعاقد مقاولا آخر غيره يحل محله في تنفيذ العقد بكامله(2). أي إستبدل المقاول الأصلي بمتعاقد آخر يصبح مسؤولا عن تنفيذ العقد، مما يجعلنا أمام متعاقد جديد وعقد جديد.

فهو إذن يشمل التخلي عن كل الإلتزامات والحقوق المترتبة عن العقد من قبل المقاول المتعاقد الأصلي، وإحلال الغير في تنفيذ كامل العقد.

ولاشك أن تصرفا بهذه الصفة يعتبر إهدارا كليا للإعتبار الشخصي في عقد الأشغال العامة(3) الذي تهدف الإدارة من ورائه لتحقيق مصلحة عامة.

ورغم أن عدم جواز التنازل عن العقد من المبادئ المستقرة بالنسبة لعقد الأشغال العامة، نظرا للإعتبار الشخصي الذي يطبعه ولصلته الوثيقة بالمرفق العام. وهو من المبادئ التي لاتحتاج إلى نص بشأنها في العقد(4) لأنها أمر أكيد حتى بدون النص، إلاأنه في الغالب نجد دفاتر الشروط العامة ـــ كما هو الحال بالنسبة للدفتر الجزائري ـــ تنص على حضر التنازل على العقد دون موافقة الإدارة(5).

---

(1) ـــ أنظر القانون المدني الجزائري، المادة (546) التي تنص على " يجوز للمقاول أن يوكل تنفيذ العمل في جملته أو في جزء منه إلى مقاول فرعي إذا لم يمنعه من ذلك شرط في العقد أو لم تكن طبيعة العمل تفترض الإعتماد على كفاءته الشخصية ... ".

(2) ـــ **أنظر** : ـــ **هارون عبد العزيز الجمل** : المرجع السابق ، ص 374.

ـــ **عبد الرحمن خليل** : المبادئ العامة في آثار العقود الإدارية وتطبيقاتها 1994، ص 32.

(3) ـــ **أنظر** : **موريس أندري فلام** : المرجع نفسه ، ص 248.

(4) ـــ **أنظر** : **موريس أندري فلام** : المرجع السابق ، ص 248.

- **JEZE** : Contrats Administratifs, T1, P 215.

(5) ـــ من بين دفاتر الشروط التي تنص على عدم جواز التنازل على العقد دون موافقة الإدارة نجد المادة (10) من دفتر الشروط العامة للطرق والجسور الفرنسي 1976.

وقد إستقرت أحكام القضاء الإداري أيضا على هذا المبدأ سواء في مصر أو فرنسا(1)، وبموجب ذلك فإنه يمنع على المقاول التخلي عن العقد لصالح مقاول آخر أو شركة أو تجمع آخر بدون الموافقة الصريحة للإدارة، وهي قاعدة تتضمنها غالبا كراسات الشروط أو العقود، ولو أنها إلزامية حتى في غياب النص عليها في العقد، وكل مخالفة لها تعرض المقاول لعقوبات قد تصل إلى فسخ العقد بقوة القانون بدون أي تعويض(2) وهو ما يجمع عليه الفقه الفرنسي.

وهكذا فإن قاعدة عدم جواز التنازل على العقد تستند إلى نصوص تشريعية وأحكام القضاء بل وإجماع الفقهاء.

وبما أن الشرط هو ضرورة موافقة الإدارة فإن هذا يدعونا إلى البحث في الحالتين، حالة تنازل المقاول على العقد بدون موافقة الإدارة، أي عدم تحقق الشرط ومخالفة النص أو مبدأ الحضر.

والحالة الثانية هي حالة توافر شرط موافقة الإدارة على التنازل، ففي كل حالة ينبغي بحث الآثار والنتائج التي تترتب على التنازل .

أ ـ التنازل عن العقد بدون موافقة الإدارة : ما يحدث في الواقع أحيانا أن المقاول الفائز بالعقد، وربما بغية الربح السريع أو لأي سبب آخر (يبيع) هذه الصفقة لمقاول آخر دون علم من الإدارة صاحبة المشروع، التي تجد نفسها في مواجهة مقاول لاتعرف عنه شئ.

(1) ـــ أورد الفقهاء الكثير من أحكام وقرارات القضاء الإداري في كل من مصر وفرنسا ، ومنهم على سبيل المثال :

ـــ **إبراهيم محمد علي** : المرجع السابق ، ص 347.

ـــ **محمد فؤاد مهنا** : المرجع السابق ، ص 814.

(2) ـــ **أنظر كلا من :**

ـــ **موريس أندري فلام** : المرجع السابق ، ص 248.

- **JEAN MARIR AUDY et P. BON** : Op Cit, P 124.

ومصير هذا التصرف إن حصل هو البطلان(1) ولايمكن الإحتجاج به في مواجهة الإدارة من أي كان لأنه لايرتب أي علاقة بينها وبين هذا الوافد الجديد، بل يبقى المقاول الأصلي الذي أمضت معه العقد هو المسؤول الوحيد عن العقد بالنسبة لها(2)، فمثل هذا التصرف المخل بالتزام التنفيذ الشخصي يعتبر عديم الأثر بالنسبة لعلاقة الإدارة بالمقاول الأصلي المتنازل عن عقده، ومثل هذا التنازل لايعفيه ولايحرره من مسؤوليته عن تنفيذ كامل العقد وبشروطه في مواجهة الإدارة.

بل وأكثر من ذلك يعتبر هذا التنازل كما أسلفنا إخلالا بإحدى أهم إلتزاماته، مما يشكل خطأ جسيما من جانبه يمكن أن يكون مبررا لتوقيع عقوبات مشددة كفسخ عقده وعلى مسؤوليته، مالم ينص العقد على ذلك، وهذا ما إنتهى إليه القضاء الإداري سواء في مصر أو في فرنسا(3).

وقد نص المشرع الجزائري في المادة 2/11، 3 من دفتر الشروط العامة على توقيع عقوبات صارمة :

" ـــ ... وفي كل الأحوال يبقى المقاول مسؤولا شخصيا سواء تجاه الإدارة أو تجاه العمال والغير .

ـــ إذا قام المقاول دون إذن من الإدارة بالتعاقد مع مقاول ... يجوز عند ذاك ودون إنذار سابق تطبيق الإجراءات المنصوص عليها بالمادة (35) الواردة فيما بعد ... ". وجاءت هذه المادة تحت عنوان " التدابير القسرية ".

---

(1) ـــ يرى الدكتور **حسين درويش عبدالعال**، أن أي تنازل عن العقد من قبل المقاول دون موافقة الإدارة يعتبر تنازلا باطلا بطلانا يتعلق بالنظام العام، أنظر مرجعه السابق، ص 99.

(2) ـــ **أنظر كلا من :**

ـــ **سليمان محمد الطماوي** : الأسس العامة، المرجع السابق ، ص 398.

- **DELAUBADERE** : …Contrats Administratife , T2, Op Cit, P 40.

(3) ـــ راجع حكم مجلس الدولة الفرنسي C.E.17/12/1926 MONNOT – Rec , P3.

ـــ **عبدالمجيد فياض** : المرجع السابق ، ص 129.

- **LAURENT RICHER** : Droit des Contras Administratif , France guery 1995, P 349.

كما يعتبر هذا التعاقد أو التصرف عديم الأثر بالنسبة للعلاقة بين الإدارة والمقاول المتنازل إليه، وقد دأب مجلس الدولة الفرنسي على تأكيد أنه لاتوجد أية علاقة بينهما ما دامت الإدارة لم توافق على التنازل(1).

وعليه فلا يمكن للمقاول الجديد أن يطالب الإدارة بأي حقوق تعاقدية لأنه يعتبر بالنسبة إليها من " الغير " أجنبي عن العقد وبالتالي لها أن تبعده عن موقع الأشغال، وأن لاتمكنه من تنفيذ لاأشغال و المساهمة في مرفقها العام(2).

إلا أن كل هذا لايمنع المقاول المتنازل إليه الذي نفذ ما نص عليه العقد الأصلي من رجوعه على الإدارة صاحبة المشروع ومطالبتها بالتعويض بناء على فكرة " الإثرا بلا سبب "، كما أن له أي يطالب بحقوق مدينه (المقاول الأصلي) باعتبار هذا الأخير دائنا للإدارة وذلك باستعماله " الدعوى غير المباشرة " وإجراءات " حوالة الحق "(3) طبقا لأحكام القانون المدني.

وتطبيقا لقاعدة الإعتبار الشخصي التي تضمن بها الإدارة حسن سير المرفق العام فإن المتعاقد الأصلي يبقى مسؤولا عن العقد الذي تنازل عنه بدون موافقة الإدارة .وإن كانت هذه المسؤولية لاتنفذ بحسب رأي البعض إلا إذا كان هناك ضرر لحق بالإدارة جراء التنازل(4).

ب - التنازل عن العقد بموافقة الإدارة : قد توافق الإدارة المتعاقدة على طلب المقاول بشأن التنازل على العقد المبرم بينهما، حسبما أجاز لها المشرع ذلك ــ كما أسلفنا ــ ولئن أقر المشرع هذا الحكم لأنه يدرك بأن ظروفا قد تحدث يصعب معها على المقاول الأصلي الإستمرار في التنفيذ، فبدلا من لجوء الإدارة لفسخ العقد، أو سحب العمل من المقاول والتعاقد على حسابه وما يتطلب ذلك من إجراءات وتعطيل في إنجاز

(1) ــ **راجع** : **إبراهيم محمد علي** : المرجع السابق ، ص 357.
(2) ــ **راجع** : **عمر حلمي فهمي** : آثار العقود، المرجع السابق ، ص 30.
(3) ــ راجع أحكام حوال الحق بالمادة (239) وما بعدها من القانون المدني الجزائري.
(4) - **DELAUBADERE** : …Contrats Administratife , T2, Op Cit, P 109.

الأشغال، بدلا من ذلك تجد أن اللجوء إلى الموافقة على التنازل كإجراء قانوني أسهل، وأضمن لإستمرارية سير المرفق على وجه حسن، فتوافق على التنازل تحت وطأة الصالح العام، وهو غايتها النهائية، وما الإعتبار الشخصي سوى وسيلة لذلك(1).

فقد يفقد المتعاقد الأصلي الكثير من صفاته التي كانت محل إعتبار في شخصه من قبل الإدارة أثناء إبرام العقد، كأن يختل مركزه المالي بشكل كبير، أو يطرأ ضعف على قدراته الفنية، إلى غير ذلك من العوامل التي تؤثر سلبا على المصلحة العامة.

فإن تقدم المقاول المتعاقد مع الإدارة في مثل هذه الحالات بطلب التنازل على العقد لمقاول آخر تتوفر فيه الصفات التي تراعيها الإدارة، ورأت بأن ذلك يؤمن تنفيذ الأشغال على الوجه الذي ترتضيه، فهنا توافق على إجراء التنازل. أما عن طريقة تعبيرها عن موافقتها، فالمبدء أن تعبر عن ذلك بالطريقة أو الأسلوب الذي تراه مناسبا. إذ هي غير مقيدة بشكل معين، ما لم يوجد نص يخالف ذلك كما في التشريع الجزائري، الذي يشترط في التنازل ـــ كما في التعاقد من الباطن الذي نراه لاحقا ـــ بأن تتم الموافقة بإذن " صريح " من الإدارة، ولانتصور الإذن الصريح في التصرفات الإدارية إلا بالكتابة، و لم نعلم للقاضي الجزائري بشأن شكل الموافقة من موقف، وإن أتيحت له فرصة فلا شك أنه سيكون تطبيقا لإرادة المشرع المعبر عنها صراحة والمتمثلة في وجوب الكتابة، وهذا خلافا للقضاء المصري الذي يقر بالموافقة الضمنية(2) للإدارة، واعتبر تبادلها للمراسلات مع المتنازل إليه قبولا ضمنيا، ويقول بأن شرط الكتابة شرع لمصلحة الإدارة، فإن هي تنازلت عنه فلا ضير في ذلك.

غير أننا لانتفق مع تفسير القاضي المصري، بفرض الكتابة لصالح الإدارة، فهذا إتجاه غير سليم من الناحية القانونية.

---

(1) ـــ **أنظر : محمود سعيد حسن أمين** : المبادئ العامة، المرجع السابق ، ص 50.

- **JEZE** : Contrats Administratifs, T1, Op Cit, P 214.

(2) ـــ **أنظر : إبراهيم محمد علي** : المرجع السابق ، ص 351.

ـــ **محمود سعيد حسين أمين** : المبادئ العامة، المرجع السابق ، ص 61.

ـــ **سليمان محمد الطماوي** : الأسس العامة، المرجع السابق ، ص 402.

فالمشرع حين يفرض قيودا إجرائية، فإنما يبغي بها الصالح العام، ولاتملك الإدارة أن تتحرر منها دون أن يؤدي ذلك إلى المساس بالمصلحة العامة، فالإدارة مسؤولة عن تحقيق الصالح العام، والمشرع أحيانا هو من يقدر الإجراءات التي تحقق ذلك فيقررها، وبالتالي فإن كل مخالفة من جانب الإدارة يعتبر خرقا لمبدأ المشروعية.

وأما عن الجهة التي لها صلاحية الفصل في طلب المقاول بالتنازل، فالقاعدة أن الجهة التي تملك سلطة إمضاء العقد هي التي لها سلطة إصدار الموافقة على التنازل أو التعاقد من الباطن.

ولايمكن المقاول الجديد الشروع في التنفيذ ومباشرة الأشغال قبل الحصول على الموافقة التي يجب أن تكون سابقة على إتمام أي إجراء الذي يكتسب مشروعيته منها وتترتب عنها آثار قانونية تتمثل خاصة في حلول المقاول الجديد (المتنازل إليه) محل المقاول المتعاقد الأصلي المتنازل، فتنشأ بينه وبين الإدارة علاقة تعاقدية مباشرة(1).

فالتنازل من حيث المبدأ يعتبر بمثابة عقد جديد حل محل العقد الأول، وهو ما يجعل المقاول الأصلي يتحلل من إلتزاماته التعاقدية، لأن العلاقة العقدية بينه وبين الإدارة تنتهي بموافقة الأخيرة على التنازل.

ويعتبر المتنازل له هو وحده المسؤول عن تنفيذ كامل العقد مالم يرد ما يخالف ذلك، كما يصبح المقاول الجديد المتنازل له هو المعني بتعليمات وتوجيهات وأوامر الإدارة صاحبة المشروع، وهو في المقابل صاحب الحق في الحصول على الثمن مقابل الأشغال(2).

ولا يجوز للإدارة بعد موافقتها على التنازل أن تمتنع عن رد تأمينات المقاول المنسحب (المتنازل) إلا في حدود ما قد يكون بينهما من نزاعات .وفي المقابل لايحق لهذا

(1) ــ أنظر عبدالإله الخافي : العقود الإدارية، 1986، دمشق ، ص 300.

- **JEZE** : Contrats Administratifs, T1, Op Cit, P 194.

(2) ــ **راجع : عيسى عبد القادر الحسن** : المرجع السابق ، ص 37.

_ **DELAUBADERE** : … Contrats Administratife , T2, Op Cit, P 25.

المتنال التدخل بأي شكل في تنفيذ العقد الذي تنازل عنه. وإن كان المبدأ أن الموافقة على التنازل تحرر المقاول من إلتزاماته التعاقدية، إلا أنه غالبا ما تنص عقود الأشغال العامة على شرط بقاء المتعاقد الأصلي المتنازل ضامنا للمتعاقد الجديد المتنازل له(1).

وحرصا على قاعدة الإعتبار الشخصي، نجد أن التشريعات أيضا خاصة دفاتر الشـــروط العامة تقضي باستمرار مسؤولية المتعاقد الأصلي، ومنها المشرع الجزائري في دفتر الشروط الإدارية " وفي كل الأحوال يبقى المقاول مسؤولا شخصيا سواء كان تجاه الإدارة أو تجاه العمال أو الغير ... ".

الفرع الثالث
الإلتزام بالتنفيذ الشخصي
وأثره في إنقضاء العقد

أشرنا في بداية هذا البحث إلى أن عقد الأشغال العامة تراعي الإدارة في إبرامه شخصية المقاول من حيث قدراته ومؤهلاته المالية والفنية، وسمعته في المجال وخبرته وغيرها من المواصفات التي تبحثها من خلال الملف الذي يقدمه والمحتوي على كل الوثائق الثبوتية التي ألزمه بها المشرع، وهي خاصة تتعرف عليه من خلال البطاقية الوطنية التي تمسكها الإدارة حتى تتأكد من شخصية كل مترشح للتعاقد معها.

ورغم كل هذه الإحتياطات التشريعية والعملية، فإنه وبعد أن تبرم العقد مع مقاول يتوفر على كل المواصفات المطلوبة قد تطرأ ظروفا فتحدث تغييرات في مواصفات المقاول المتعاقد، مما يلحق شكوكا في مدى قدرته على التنفيذ، بل وقد يستحيل عليه مواصلة التنفيذ الشخصي كما في حالة وفاته مثلا.

(1) ــ راجع في الآثار المترتبة عن موافقة الإدارة على التنازل كل من :
ــ **عيسى عبد القادر الحسن** : المرجع السابق ، ص 39 وما بعدها .
ــ **محمود سعيد حسين أمين** : المبادئ العامة، المرجع السابق ، ص 63 وما بعدها .

وهي الأحداث التي لها علاقة مباشرة بقاعدة الإعتبار الشخصي للمتعاقد .فإن حصل وحدث أحدها والمتثل خاصة في وفاة المقاول المتعاقد أو إعساره أو إفلاسه، فما مدى تأثير ذلك على العلاقة العقدية.

1 - وفاة المتعاقد مع الإدارة

يدرك المشرع جيدا بأن الموت قد يحول بين المقاول المتعاقد الأصلي وبين تنفيذ الأشغال محل العقد، لذلك نجده حريصا على أن يحتوي دفتر الشروط على الأحكام الواجبة التطبيق في هكذا حالة، خاصة وأن شخصية المتعاقد هى محل إعتبار، فيقرر إستمرار أو إنقضاء التعاقد.

وفي هذا الصدد نجد المشرع الجزائري من خلال دفتر الشروط العامة الإدارية المنظمة لعقود الأشغال العامة قد تطرق إلى حالة وفاة المقاول، فنص على " يفسخ العقد بحكم القانون وبدون تعويض في حالة وفاة المقاول، باستثناء الحالة التي تقبل فيها الإدارة العروض التي قد يتقدم بها إليها ورثته لتكميل الأشغال ... "(1).

ويبرز هذا النص مدى الإعتبار الشخصي في عقد الأشغال العامة، وذلك من خلال ما أقره من فسخ العقد بقوة القانون بمجرد وفاة المقاول، إلا إذا تقدم الورثة بعرض للإدارة صاحبة المشروع بغية الإستمرار في التنفيذ بدل مورثهم، ووافقت الإدارة على عرضهم متى قدرت بأن ذلك يحقق الصالح العام، فهنا تستمر الرابطة العقدية ويواصل الورثة تنفيذ الإلتزامات المنصوص عليها في العقد.

ويتساءل بعض الفقهاء(2) عن حال لم يرد بدفتر الشروط مثل هذا النص، ويغفل المشرع معالجة إحتمال وفاة المقاول المتعاقد، كما أن العقد ذاته لم ينص على الحكم

(1) ــ راجع المادة (1/37) من دفتر الشروط العامة 1964.

(2) ــ أنظر :

- **DELAUBADERE** : … Contrats Administratife , T2, Op Cit, P 118.
- **JEZE** : Les Contrats Administratifs, T1, Op Cit, P 230.

الواجب تطبيقه في حالة الوفاة، فما مصير الرابطة العقدية في حال خلت النصوص من فرض الحل ؟.

يرى هؤلاء الفقهاء بأن واقعة الوفاة في حد ذاتها لايترتب عنها إنقضاء الرابطة العقدية بقوة القانون، ولكن إذا تحققت فالإدارة يجوز لها فسخ العقد متى رأت بأن شخصيته المتعاقد المتوفي تمثل ضمانة اساسية لتنفيذ المشروع على أكمل وجه، غير أن للإدارة المتعاقدة ألا تستعمل هذه الرخصة، وهو ما يعني واجب إستمرار الورثة في تنفيذ ما إلتزام به مورثهم، بمعنى أن إلتزامه ينتقل إلى ورثته.

ونحن لانؤيد هذا الرأي الذي من شأن العمل به أن يؤدي إلى تحميل الورثة عبئا لايد لهم فيه ولا إرادة لهم في ذلك، وبدون سبب، فالمنطقي هو ما ذهب إليه المشرع الجزائري من إعطاء حرية الإختبار للطرفين، الورثة بتقديم عرضهم، والإدارة بالموافقة عليه، وإلا فينقضي العقد، وهو ما أقره المشرع المصري(1) أيضا الذي قضى بحق الإدارة في فسخ العقد مع رد التأمين بعد خصم ما قد يكون لها من حقوق أو الإستمرار في التنفيذ مع الورثة على أن يعينوا وكيلا عنهم، حتى تستطيع الإدارة أن تتعامل معهم من خلاله.

وإذا كان التعاقد قد أبرم مع أكثر من مقاول وتوفي أحدهم، فإن المشرع الجزائري لم يتعرض لمثل هذا الإحتمال، ونرى بأن الأمر في مثل هذه الحالة يرتبط بوضعية المقاول المتوفي في العقد، وعلاقته بنظرائه في العقد، فإذا كان العقد ينص على أن جميعهم يشترك في تنفيذ الأشغال، فيعني أنهم متضامنون في مواجهة الإدارة وعليه فالمنطقي أن يستمر تنفيذ العقد مع باقي المقاولين وأن وفاة المقاول الآخر هي موضوع بين ورثته وباقي المقاولين يتفقون بما يرونه مناسبا لهم.

أما إذا كان العقد يحدد لكل مقاول مهام والتزامات خاصة به، ففي هذه الحالة يبقى حكم المشرع الوارد بالمادة السابق هو الواجب التطبيق، أن تبقى للإدارة الحرية في

(1) ــ أنظر المادة (76) من اللائحة التنفيذية لقانون 1998 السابق الإشارة إليه .

إستخدام رخصة الفسخ طبقا للقانون أو قبول مواصلة التنفيذ مع الورثة إن هم تقدموا بعرض ذلك.

والخلاصة أنه كما يقرر غالبية الفقهاء، فإن الموت لاينهي في في حد ذاته الرابطة العقدية بقوة القانون، وإما يفتح للإدارة باب الخيار بين الفسخ وبين الإستمرار مع الورثة، ولكن كما قلنا بشرط أن يعبروا عن إرادتهم ورضاهم بذلك بأن يقدموا لها عرضا بمواصلة التنفيذ

2 - إفلاس المقاول أو التسوية القضائية

كما سبق في حالة وفاة المقاول فإن المشرع الجزائري قد تكفل بمعالجة حالة الرابطة العقدية بين المقاول والإدارة في حال إفلاس المقاول المتعاقد أو التسوية القضائية، وذلك حرصا منه على قاعدة الإعتبار الشخصي في عقد الأشغال العامة، فحتى لاتفاجأ الإدارة بغريب أو شخص من الغير يباشر تنفيذ ما تعاقدت بشأنه مع شخص إختارته لإعتبارات رأتها فيه، فقد قرر المشرع الجزائري ما يلي : " ... يفسخ العقد كذلك بحكم القانون وبدون تعويض في حالة إفلاس المقاول، وباستثناء الحالة التي تقبل بها الإدارة العروض التي يمكن أن يتقدم بها وكيل دائني التفليسة لمتابعة المقاولة وذلك في الحالة التي تسمح له فيها المحكمة بمتابعة إستغلال المشغل.

ويفسخ العقد كذلك في حالة التسوية القضائية التي لايسمح فيها للمقاول بمتابعة إستغلال مشغله ... "[1].

فالمشرع الجزائري قضى بذات الحكم سواء لوفاة المقاول أو لإفلاسه وفرض التسوية القضائية على أعماله وذلك برفع يده عن أمواله، وتعيين وكيل التفليسة ليتولى تصفية أعماله وسداد ديونه.

فقرر في الحالتين جعل مصير الرابطة العقدية بيد الإدارة صاحبة المشروع، وراعية الصالح العام لتقرر ما تراه كفيلا بتحقيق النفع العام الذي هو هدفها من خلال المرافق

(1) ــ راجع المادة (2/37) من دفتر الشروط اللازمة العامة الجزائري 1964 .

العامة، فإن رأت بأن شخصية المقاول لها دور جوهري في تنفيذ الأشغال ولا يمكن تعويضه بوكيل دائن المقاول أو المصفي، تقرر فسخ العقد على حساب المقاول المفلس وإلا فيمكن لها أن تقرر مواصلة تنفيذ العقد مع وكيل الدائنين متى توافرت شروط ذلك والمتمثلة خاصة في ضرورة الحصول على إذن من المحكمة من قبل وكيل الدائنين بمواصلة تشغيل مقاولة المتعاقد المفلس، متى رأت أن الإفلاس لم يكن نتيجة غش أو تدليس من المقاول لأن الإفلاس لهذه الأسباب يعتبره المشرع الجزائري جريمة يعاقب عليها القانون(1).

وقد كان المشرع المصري(2) أكثر صرامة في مواجهة المقاول المفلس أو المعسر، حيث قضى بالفسخ الإجباري للعقد في حالة إفلاس أو إعسار المتعاقد مع الإدارة، و لم يمنح للإدارة السلطة التقديرية في ذلك.

ويعتبر موقف المشرع المصري في رأينا أضمن لحماية أموال الخزينة العمومية، لأن المقاول الذي لم يستطع المحافظة على أمواله مما أوصله إلى وضع الإعسار أو الإفلاس، أيا كان السبب في ذلك، لايستطيع أن يكون محل ثقة بالنسبة للإموال العامة.

وأخيرا فإن الإعتبار الشخصي الذي إعتمدت عليه الإدارة في عقدها، يبقى قائماولايتأكد مدى توفيقها فيه إلا بعد إتمام الأشغال بالمواصفات المتفق عليها وتسليمها للإدارة صاحبة المشروع في الوقت المحدد لذلك.

---

(1) ــ راجع المادة (215) وما بعدها من القانون التجاري الجزائري .

(2) ــ أنظر المادة (24) من قانون المناقصات والمزايدات المصري رقم 98 لعام 1998 المصري، حيث تنص علــى : " يفســخ العقد تلقائيا في حالتين : أ ــ حالة الغش ب ــ إذا أفلس المتعاقد أو المعسر ... " .

المطلب الثالث
التعاقد من الباطن
(التنازل الجزئي)

أسلفنا بأنه يترتب على الصفة الشخصية في عقد الأشغال العامة نتيجة حتمية وهي إلتزام المقاول بالتنفيذ الشخصي أو أن يقوم بذلك مندوب عنه توافق عليه الإدارة.

وقد تجلى حرص المشرع الجزائري على تثبيت هذه القاعدة بنصه في دفتر الشروط الإدارية العامة على منع التنازل عن العقد بنوعيه " لايجوز للمقاول التنازل عن جزء أو كل مقاولته لمقاولين فرعيين أو تقديم مساهمة منها لشركة أو جماعة بدون إذن صريح من الإدارة ".

وقد تطرقنا إلى التنازل الكلي عن العقد في الفقرة السابقة من حيث مدلوله وأحكامه ونتائجه.

أما التنازل الجزئي عن العقد وهو ما يعبر عنه بـــ " التعاقد من الباطن " فنتولى توضيحه فيما يلي، مع ملاحظة أننا سنستعمل مصطلح التعاقد من الباطن لأنه هو الشائع، ولتجنب الخلط بين أحكامه وأحكام التنازل الكلي.

الفرع الأول
تعريف التعاقد من الباطن

يعرف التعاقد من الباطن أو المقاولة من الباطن كما يعبر عنه البعض[1] بأنه عقد بمقتضاه يتفق المقاول الأصيل مع غيره بخصوص تنفيذ جزء محدد من إلتزاماته المقررة بمقتضى عقد الأشغال العامة.

أو هو التصرف القانوني الذي يبرمه المتعاقد الأصلي مع الغير بقصد تنفيذ جزء من محل العقد[2] وبهذا فإن التعاقد من الباطن يختلف عن التنازل الكلي عن العقد إختلافا

(1) ــ **موريس أندري فلام** : عقود الأشغال العامة الإدارية، المرجع السابق ، ص 248.
(2) ــ راجع في تعريف التعاقد من الباطن كلا من :

واضحا، ففي حال وافقت الإدارة على هذا التنازل فإن المقاول المتنازل إليه يحل محل المقاول الأصلي في كافة إلتزاماته وتنشأ بينه وبين الإدارة علاقة تعاقدية ـــ كما أسلفنا ـــ .

أما في التعاقد من الباطن فإن المقاول المتعاقد من الباطن لايحل محل المقاول الأصلي في العقد(1) وإنما يتولى تنفيذ جزء من العقد تحت مسؤولية المقاول الأصلي مع بقاء العلاقة التعاقدية بين هذا الأخير والإدارة صاحبة المشروع، كما أن التصرفين يختلفان من حيث مدى مساس كل منهما بقاعدة الإعتبار الشخصي، إذ أن التنازل الكلي عن العقد فيه إهدار كامل لهذه الفكرة، لما فيه من حلول لشخص جديد محل المتعاقد الأصلي في تنفيذ كامل العقد، وقد لايتوفر على الخصوصيات التي إعتمدت عليها الإدارة في إختيارها المقاول الأصلي والتي تضمن السير المنظم والمضطرد للمرفق العام محل الأشغال.

في حين أن التعاقد من الباطن فالتخلي فيه يكون عن جزء فقط من المشروع لينفذه المقاول الجديد، وبالتالي ليس فيه إهدار كلي لفكرة الإعتبار الشخصي، خاصة إذا علمنا بأن المقاول الأصلي المتنازل جزئيا يبقى هو المسؤول الوحيد أمام الإدارة عن تنفيذ كامل المشروع بما فيه الجزء الذي تعاقد بشأنه من الباطن.

لأن التعاقد من الباطن هو في النهاية تنازل جزئي، ثم أنه ليس فيه إهدار لفكرة الإعتبار الشخصي، خاصة إذا علمنا بأن الإلتزام بالتنفيذ الشخصي الذي يقتضيه هذا المبدأ، لايقصد به التنفيذ المادي للعقد من جانب المقاول المتعاقد الأصلي شخصيا، بقدر ما يعني مسؤوليته الشخصية عن هذا التنفيذ، بما يحقق صالح المرفق وبالتالي الصالح العام(2).

ـــ **هارون عبد العزيز الجمل** : المرجع السابق ، ص 347.

ـــ **فؤاد العطار** : المرجع السابق ، ص 135.

- **LAURENT RICHER** : Op Cit, P 347.
- **DELAUBADERE** : …Contrats Administratife , T2, Op Cit, P 106.
- **JEZE** : Les Contrats Administratifs, T2, Op Cit, P 222.

(1) ـــ **أنظر : هارون عبد العزيز الجمل** : المرجع السابق ، ص 379.

(2) ـــ **أنظر : محمود سعيد حسين أمين** : المبادئ العامة، المرجع السابق ، ص 64.

كما يختلف التعاقد من الباطن عن تلك التصرفات القانونية التي قد يجريها المقاول مع الغير أثناء تنفيذه عقد الأشغال العامة والمتعلقة به، ومنها تلك الإتفاقات التي يبرمها قصد التزود بالمواد اللازمة للتنفيذ، كالمواد الأولية، والموارد المالية أو الخبرة الفنية وغيرها(1).

فكل الإتفاقات التي يعقدها المقاول في هذا الشأن لاتؤدي إلى إشراك الغير المتفق معه في تنفيذ جزء من العقد، ولايساهم مباشرة في ذلك. وهي بالتالي لاتشكل إخلالا بمبدأ التنفيذ الشخصي أو المساس بقاعدة الإعتبار الشخصي، لأن ما يقدمه الغير بمقتضى هذه الإتفاقات هو لتسهيل مهمة المقاول لتنفيذ عقده، وينطبق هذا الحكم على الإتفاقات التي يبرمها المقاول مع هيئات ومكاتب التشغيل التي تزوده باليد العاملة المتخصصة التي يتطلبها تنفيذ المشروع.

وفي هذا المعنى يقول المشرع الجزائري " ... إن السمسرة ممنوعة، ولاتعتبر كسمسار المقاولة الفرعية التي تتعهد باليد العاملة، والتي يكون فيها المقاول الفرعي رئيس المؤسسة المهنية ومقيد في سجل التجارة ... "(2).

فالإتفاقات من هذا القبيل يجوز للمقاول إبرامها دون الرجوع إلى الإدارة صاحبة المشروع وطلب موافقتها، كما ينص عليه المشرع الجزائري بالنسبة لحالتي التنازل الكلي والجزئي، وهذا طبقا لقاعدة " حرية الملتزم في إختيار طريقة الوفاء بالتزامه "(3) بشرط عدم وجود نص في العقد يلزم المقاول ويقيده بالإتفاق مع جهات أو أشخاص معينين، أو إستعمال أصناف محددة من المواد في التنفيذ(4).

فهناك إجماع فقهي وقضائي على ان مثل هذه التصرفات لاتشكل إخلالا بمبدأ التنفيذ الشخصي للإلتزام مما يجعلها جائزة، وهي تختلف عن التعاقد من الباطن الذي

(1) ــ **أنظر : هارون عبد العزيز الجمل** : المرجع نفسه ، ص 389.

ــ **حسين درويش عبد العال** : المرجع السابق ، ص 100.

(2) ــ راجع المادة (4/11) من دفتر الشروط الإدارية العامة الجزائري.

(3) ــ **راجع : إبراهيم محمد علي** : المرجع السابق ، ص 361.

(4) ــ **سليمان محمد الطماوي** : الأسس العامة، المرجع السابق ، ص 441.

يستلزم الموافقة المسبقة من الإدارة بعد أن يتقدم لها المقاول الأصلي بطلب قصد إبرام تعاقد من الباطن مع مقاول فرعي يختاره هو ثم تبدي الإدارة رأيها فيه.

وإن كان قد حدث تطور في فكرة التعاقد من الباطن ذاتها، وفي دور المقاول الأصلي والإدارة صاحبة المشروع من حيث إرادة كل منهما في التعاقد من الباطن، إذ ظهر نوع من التعاقد من الباطن يطلق عليه " التعاقد من الباطن المفروض "[1] على المقاول الأصلي الذي لايكون لإرادته دور في إختيار المتعاقد من الباطن، وإنما يكون مفروضا عليه من الإدارة صاحبة المشروع، التي تملك هذا الحق بنص القانون أو بمقتضى بند في العقد حين ينص على وجوب تنازل المقاول المتعاقد على جزء من المشروع أو الأشغال لشخص آخر يتولى تنفيذها.

وقد تلجأ الإدارة أو المشرع إلى هذا النوع من التعاقد من الباطن في عقد الأشغال العامة لعدة أسباب، كأن يكون الهدف من ذلك هو تمكين المقاولات المصغرة من ولوج عالم الأشغال وإتاحة الفرصة أمامها للمساهمة في إنجاز المشاريع الوطنية .

أو أن يكون القصد هو توزيع ثمن المشروع على أكبر عدد ممكن من المقاولين وتعميم الإستفادة من حيث التشغيل وغيره، وأحيانا يكون الهدف هو فسح المجال أمام المقاولات لإكتساب الخبرة (المقاولات الصغيرة من المقاولات الكبيرة، والوطنية والأجنبية ... إلخ)[2].

وأيا كان الهدف فإن هذا النوع من التعاقد من الباطن يؤدي إلى تخفيف عبء المسؤولية على المقاول الأصلي في حال حدث إخلال في تنفيذ العقد، ولذلك إذا أثبت بأن المتعاقد من الباطن المفروض هو المتسبب في حدوث الإخلال خاصة في حالة التأخير في التنفيذ، أين توقع الإدارة جزاءات مالية.

---

(1) ــ **أنظر : محمود سعيد حسين أمين** : المبادئ العامة، المرجع السابق ، ص 71 وما بعدها .

ــ **عيسى عبد القادر لحسن** : المرجع السابق ، ص 44 .

(2) - **PHILIPPE GODFRIM** : Op Cit, P 197.

وأيا كان نوع التعاقد من الباطن، أكان تنازلا جزئيا من قبل المقاول الأصلي عن عقد أو كان تعاقد من الباطن مفروضا فإن له نتائج وآثار على العلاقة بين جميع الأطراف.

الفرع الثاني
آثار التعاقد من الباطن

يترتب عن التنازل الجزئي عن عقد الأشغال العامة، أي التعاقد من الباطن بشأن جزء من إلتزامات العقد نتائج تختلف بحسب ما إذا تم ذلك دون موافقة الإدارة، أم كان بناء على موافقتها وذلك على النحو التالي :

ـ التعاقد من الباطن بغير موافقة الإدارة:

نشير في البداية إلى أن التعاقد من الباطن بدون موافقة الإدارة يقع باطلا وفقا لنص القانون، وهو ما إنتهى إليه أيضا الفقه والقضاء، وبالتالي فهو لايسري في مواجهة الإدارة ولايحتج به في مواجهتها وأكثر من ذلك فهو يعتبر خطأ عقديا من قبل المقاول يعرضه لأقصى العقوبات لمخالفته لمبدأ التنفيذ الشخصي المسلم به، والتي تصل إلى فسخ العقد على نفقة المقاول(1). وتملك الإدارة بحسب غالبية الفقه كل السلطة التقديرية في منح الموافقة من عدمها وبدون معقب(2).

وبناء عليه فإن التعاقد من الباطن دون موافقة الإدارة لاينشأ عنه أي علاقة عقدية بين الإدارة صاحبة المشروع وهذا المقاول الجديد، وبالتالي فلا يمكن له أن يطالبها بأي حقوق عقدية وإن كان له من مطالبات في مواجهة الإدارة فله أن يطلها وفقا للقواعد العامة لأحكام القانون المدني، خاصة تلك التي تنظم " الإثراء بلا سبب " وقواعد المطالبة من قبل الدائن بحقوق مدنية لدى الغير وهذا طبقا لما يجمع عليه الفقهاء(3).

---

(1) ــ **أنظر : موريس أندري فلام** : عقود الأشغال العامة، المرجع السابق ، ص 248.

- **JEAN MARIR AUDY et P. BON** : Op Cit, P 224.

(2) ــ أنظر : **عبدالإله الخافي** : العقود الإدارية، المرجع السابق ، ص 304.

(3) ــ أنظر في آثار التنازل الجزئي عن العقد كل من :

أما عن العلاقة بين المقاول الأصلي والإدارة صاحبة المشروع، فبما أن التعاقد من الباطن تم دون موافقة الإدارة فيعتبر بالنسبة لها كأن لم يكن ويبقى المقاول الأصلي هو المسؤول الوحيد أمامها بالنسبة لتنفيذ كامل العقد(1)، وزيادة على حقها في توقيع جزاء الفسخ عليه وعلى نفقته ـــ كما أسلفنا ـــ لها أيضا أن تطالبه بالتعويض عن أي ضرر يلحق بها جراء هذه المخالفة الجسمية التي إرتكبها.

أما عن العلاقة بين المقاول الأصلي والمتعاقد معه من الباطن دون موافقة الإدارة صاحبة المشروع، فتكيف على أنها علاقة تعاقدية تخضع لأحكام القانون الخاص كأي علاقة عقدية أخرى ينظمها هذا القانون خاصة ما تعلق منها بعقد المقاولة من الباطن.

2 ـ التعاقد من الباطن بموافقة الإدارة

إذا تم التعاقد من الباطن بموافقة الإدارة فإن ذلك ينتج آثرا بالنسبة لكل الأطراف على النحو التالي :

أ ـ أثر التعاقد من الباطن بموافقة الإدارة على العقد الأصلي : في حال موافقة الإدارة صاحبة المشروع على التنازل الجزئي من قبل المقاول، أي المتعاقد من الباطن بشأن بعض أو جزء من إلتزاماته التعاقدية، فإن ذلك يعني أن يحل المتعاقد من الباطن محل المقاول صاحب العقد الأصلي في تنفيذ جزء من الأشغال المنصوص عليه في العقد الأصلي، وذلك دون أن يصبح طرفا فيه، بل تبقى العلاقة التعاقدية كاملة بين طرفيه الأصليين، الإدارة صاحبة المشروع من جهة والمقاول المتعاقد الأصلي من جهة ثانية(2).

ـــ **عبس عبد القادر الحسن** : المرجع السابق ، ص 33 .

ـــ **محمد سعيد حسين أمين** : المبادئ العامة ... ، المرجع السابق ، ص 65.

ـــ **سليمان محمد الطماوي** : الأسس العامة، المرجع السابق ، ص 443.

- **JEAN MARIR AUDY et P. BON** : Op Cit, P 221.

(1) ـــ أنظر : **عبدالرحمن خليل** : المرجع السابق ، ص 42 .

(2) ـــ **أنظر** : **هارون عبدالعزيز الجمل** : المرجع السابق ، ص 381.

- **DELAUBADERE** : … Contrats Administratife , T2, Op Cit, P 113.

- **JEZE** : Les Contrats Administratifs, T1, Op Cit, P 225.

فموافقة الإدارة لاتعني أن يحل المقاول المتعاقد من الباطن محل المقاول الأصلي، بل إن هذا الأخير يظل مسؤولا مسؤولية كاملة عن تنفيذ كل إلتزاماته العقدية، بما فيها تلك المنصوص عليها في مصادر أخرى غير العقد بصفته من أمضى العقد مع الإدارة.

وهذا وفق ما تنص عليه دفاتر الشروط الإدارية العامة عادة ــ وهي كما نعلم من مصادر الإلتزام بالنسبة للمتعاقد مع الإدارة ــ كما فعل ذلك المشرع الجزائري " ... وفي كل الأحوال يبقى المقاول مسؤولا شخصيا سواء كان تجاه الإدارة أو تجاه العمال أو الغير ... "(1).

فلا أثر إذن لموافقة الإدارة على التعاقد من الباطن على علاقتها بالمقاول الأصلي الذي يبقى المسؤول الوحيد أمامها، كما عبر عن ذلك المشرع بالنسبة لتنفيذ كامل الإلتزامات العقدية، أي أن مبدأ التنفيذ الشخصي الذي تعنيه قاعدة الإعتبار الشخصي في عقد الأشغال العامة يبقى قائما بكل مدلولاته.

ب : أثر التعاقد من الباطن على علاقة المتعاقد بالإدارة : يبقى المقاول المتعاقد الأصلي هو المسؤول وحده أمام الإدارة صاحبة المشروع، وهي لاتعرف سواه في كل ما يتعلق بتنفيذ الأشغال وكل الإلتزامات العقدية.

كما أنه المسؤول الوحيد أمام عماله ومستخدميه، بل والمسؤول أمام الغير ممن يمكن أن تكون له صلة بمحل العقد.

أما موافقة الإدارة فهي لإضفاء الشرعية والصبغة القانونية على تصرفه المتمثل في التعاقد من الباطن دون أن يجعل ذلك منها طرفا فيه، بل تبقى من الغير بالنسبة لهذا العقد، والذي لاتنشأ عنه أي علاقة عقدية مباشرة بينها وبين المتعاقد من الباطن، وهذا بحسب ما يراه جانب كبير من الفقه(2).

(1) ــ راجع المادة (2/11) من دفتر الشروط العامة 1964.

(2) ــ **أنظر : موريس أندري فلام** : المرجع السابق ، ص 249.

ومؤدى إنتفاء أي علاقة بين الطرفين، أن المتعاقد من الباطن لايملك أن يعود على الإدارة صاحبة المشروع بأي دعوى مباشرة، كما لو إمتنعت مثلا عن قبول تسلم الأشغال بعد إنجازها، وبالمقابل لايمكن للإدارة أيضا أن ترجع عليه بأي دعوى مباشرة، فيما لو إرتكب خطأ جسيما مثلا في التنفيذ.

وإنما لكل منهما أن يعود على الآخر وفقا للقواعد العامة عن طريق " الدعوى البولصية " بالنسبة للمتعاقد من الباطن عن طريق إستخدام حقوق مدينه. وعن طريق دعوى المسوؤلية التقصيرية بالنسبة للإدارة صاحبة المشروع(1).

ورغم وجود هذه العلاقة التعاقدية المباشرة بشكل واضح، إلا أننا لانؤيد هذا التوجه الذي ينكر أي علاقة قانونية بين المتعاقد من الباطن وبين الإدارة صاحبة المشروع، فنحن مع من يرى(2) بأنه وإن كان هذا الموقف سليما في السابق إلا أنه لم يعد كذلك بعد أن تدخل المشرع وسمح بإمكانية قيام الإدارة بالتسوية المالية بشكل مباشرة للمتعاقد من الباطن بالنسبة للأشغال التي قام بتنفيذها " ... عندما تكون الخدمات الواجب تنفيذها منصوص عليها في الصفقة فإنه يمكن هذا الأخير (يقصد المتعامل الثانوي، المتعاقد من الباطن) قبض مستحقاته مباشرة من المصلحة المتعاقدة ... "(3). فكان على المشرع بحسب رأينا أن يقرر مسؤولية المتعاقد من الباطن على الأقل يكون مسؤولا بالتضامن مع المتعاقد الأصلي، إذ ليس من العدل أن يتحمل هذا الأخير المسؤولية كاملة لوحده، ويعفى منها المقاول المتعاقد من الباطن بالرغم من أن الإدارة تضمن له حقوقه المالية.

كما أن عدم تحميله المسؤولية أمام صاحب المشروع قد يشجعه على عدم إعطاء الأهمية للتنفيذ ما دام لايسأل عن ذلك وإنما المشرع ضمن له من يسأل بدلا عنه.

---

(1) ــ **أنظر : هارون عبدالعزيز الجمل** : المرجع السابق ، ص 395.

ــ **عيسى عبدالقادر الحسن** : المرجع السابق ، ص 51.

(2) - **DELAUBADERE** : …. Contrats Administratife , T2, Op Cit, P 37.

- **JEZE** : Les Contrats Administratifs, T1, Op Cit, P 228.

(3) ــ راجع المادة (3/109) من المرسوم الرئاسي رقم 236/10 المتضمن قانون الصفقات العمومية المعدل والمتمم.

فهذا التعاقد الذي تم بموافقة الإدارة رتب آثارا، فوجود الإدارة بشكل ما أصبح واضحا في هذا العقد، فمن اللحظة التي توافق فيها على المتعاقد من الباطن، يترتب على ذلك أن يدخل المتعاقد من الباطن مع الإدارة في علاقة قانونية، ولو أن هذا العقد يبقى خاضعا لأحكام القانون الخاص، وأن العلاقة التعاقدية الكاملة تبقى بين الإدراة باعتبارها صاحبة المشروع والمقاول المتعاقد الأصلي بحسب ما ينص عليه المشرع الجزائري.

فموافقة الإدارة صاحبة المشروع ليست لمجرد إضفاء الشرعية على المتعاقد، بل هي تمثل موقفا تتحمل مسؤوليته ولاتملك أن تتنكر له(1).

إذن فهناك علاقة مباشرة بين المتعاقد من الباطن والإدارة صاحبة المشروع، حتى وإن كانت هذه العلاقة تقتصر على الجانب المالي الذي تجوز فيه الدعوى المباشرة.

ثم أن الإدارة المتعاقدة تملك أن تمارس حقها في الرقابة على تنفيذ المشروع، بما في ذلك الجزء الذي يتضمنه التعاقد من الباطن، وذلك على النحو السابق دراسته في مبحث الرقابة على التنفيذ.

ج ـ أثر التعاقد من الباطن على علاقة المتعاقد الأصلي بالمتعاقد من الباطن : إذا كان من الثابت والمستقر أن العلاقة التعاقدية بين المقاول الأصلي المتعاقد مع الإدارة، والمتعاقد معه من الباطن بشأن إنجاز جزء من المشروع، هي علاقة بين شخصين من أشخاص القانون الخاص، وبالتالي فإنها تخضع لأحكام القانون الخاص وقواعده(2).

ومن القواعد المعروفة في هذا الفرع من القانون " قاعدة العقد شريعة المتعاقدين " والمنصوص عليها في القانون المدني الجزائري(3) وطبقته المحكمة العليا(4).

(1) ــ **أنظر : هارون عبدالعزيز الجمل** : المرجع نفسه ، ص 395.
ــ **عيسى عبدالقادر الحسن** : المرجع نفسه ، ص 51.
- **DELAUBADERE** : …. Contrats Administratife , T2, Op Cit, P 37.
(2) - **LAURENT RICHER** : Op Cit, P 349.
(3) ــ تنص المادة (106) من ق م ج " العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه ... ".
(4) ــ قرار المحكمة العليا في القضية رقم 49174 الصادر بتاريخ 1987/06/17.

وإذا علمنا أيضا بأن من المسلم به أن من مصادر عقد الأشغال العامة وثائقه، دفتر الشروط العامة، هذا الدفتر الذي يحتوي على أحكام عامة تطبق على كل العقود، وهي في مجموعها عبارة عن مبادئ تبرز فيها خصائص العقد الإداري والوضع المتميز للإدارة المتعاقدة بالنسبة للمقاول المتعاقد معها.

هذه المسلمات التي يمكن أن تطرح بعض الإشكالات من الناحية العملية أثناء تنفيذ العقد من حيث حقوق وواجبات المتعاقدين، المتعاقد الأصلي مع الإدارة الذي يرتبط مع هذه الأخيرة بالأحكام المنصوص عليها خاصة في دفتر الشروط العامة من جهة، ومرتبط بالعقد الذي أبرمه مع المقاول المتعاقد من الباطن من جهة أخرى.

هذه الإشكالات التي يطرحها التساؤل حول مدى تأثير دفتر الشروط العامة الذي يحكم العلاقة بين الإدارة صاحبة المشروع والمقاول في العقد الأصلي، على الإتفاق المبرم بين المتعاقد الأصلي والمتعاقد من الباطن، ذلك الإتفاق الذي غالبا ما يحتوي على حكم يحيل في تنفيذه على دفتر الشروط العامة، ووجود هذا البند بالذات هو الذي يطرح التساؤلات.

لأن الإحالة إلى دفاتر الشروط هي إحالة إلى المبادئ العامة فيها، فيخضع المتعاقد من الباطن إلى الإدارة وما تملكه من سلطات تعرضها تلك الدفاتر، بحكم موقع الإدارة باعتبارها تمثل المصلحة العامة في المشروع ككل، كإخضاعه لسلطة الرقابة والتوجيه مثلا.

أما بالنسبة للأحكام الأخرى التي قد تتعارض مع أحكام تفصيلية يتضمنها العقد المبرم بين المتعاقد الأصلي والمتعاقد من الباطن، فهنا لايمكن التوفيق بين الأحكام والمبادئ الواردة بدفاتر الشروط، وقاعدة " العقد شريعة المتعاقدين " ومن المواضيع أو النقاط التي تطرح الإشكالات مثلا يذكر الفقهاء(1).

(1) ــ راجع : **محمد سعيد حسين أمين** : المبادئ العامة، المرجع السابق ، ص 89 وما بعدها.

ــ **عيسى عبد القادر الحسن** : المرجع السابق ، ص 85 وما بعدها .

أ ــ موضوع الضمان : حيث يلتزم المتعاقد الأصلي بتقديم الضمان، بل وتحرص الإدارة على أن يمكنها من المبالغ المالية التي تمثل مختلف أنواع الضمان وسداد مبلغ التأمين، وهذا وفقا لما تنص عليه دفاتر الشروط.

فالسؤال هنا هل يلتزم المتعاقد من الباطن لمجرد الإحالة على دفتر الشروط ــ القيام بهذا الإجراء وتقديم الضمانات للمتعاقد الأصلي ؟ وبعبارة أخرى هل يستطيع المتعاقد الأصلي أن يطالب المتعاقد من الباطن بأن يدفع له مبالغ كضمان لقيامه بتنفيذ إلتزامات العقد، وهذا بالرغم من عدم النص على ذلك صراحة في عقده ؟.

ب ــ تتضمن دفاتر الشروط شروطا جزائية بموجبها توقع الإدارة على المتعاقد الذي يخل بالتزاماته جزاءات متنوعة .

فإذا تأخر وأخل المتعاقد من الباطن في تنفيذ إلتزاماته، فهل يستطيع المتعاقد الأصلي أن يوقع تلك الجزاءات المنصوص عليها في دفتر الشروط الذي يحيل إليه العقد تماما مثلما تفعل الإدارة في مواجهته هو ؟.

يقدم الفقه(1) حلولا لبعض من هذه المسائل كتقديم الضمانات للمقاول الأصلي وأسلوب دفع الثمن وإمكانية مراجعة الأسعار وكذا إجراءات تسليم الأشغال.

إذ يرى بأنه بالنسبة لهذه المسائل فلا تسري عليها الأحكام الواردة بكراسات الشروط العامة، إلا إذا وجد نص صريح بشأنها في الإتفاق المتضمن التعاقد من الباطن يحيل إلى كراسة الشروط العامة.

أما إذا كان الأمر يقتصر على مجرد الإحالة بشكل عام، فإنه لايمكن تطبيق الأحكام الواردة بدفتر الشروط العامة على علاقة المقاول الأصلي بالمقاول المتعاقد من الباطن، وحتى الجزاءات المالية لايمكن للمقاول الأصلي توقيعها على المتعاقد من الباطن إذا تأخر في التنفيذ بالكيفية التي تطبقها الإدارة عليه هو، وإنما يملك فقط مطالبته بدفع

(1) ــ راجع : **محمد سعيد حسين أمين** : المبادئ العامة، المرجع نفسه ، ص 90 وما بعدها.

ــ **عيسى عبد القادر الحسن** : المرجع السابق ، ص 58 وما بعدها .

غرامة مقابل ما لحقه من ضرر جراء ذلك التأخير، ما عدا حالة وجود نص صريح بشأن تلك الجزاءات المالية يحيل كراسة الشروط العامة.

وقد يحتوي إتفاق المتعاقد الأصلي مع المقاول المتعاقد من الباطن بندا يقضي بأن الأشغال محل العقد ستنفذ طبقا لشروط العقد الأصلي المنظم لعلاقة الإدارة بالمتعاقد الأصلي.

في حالة وجود مثل هذا النص إختلف الرأي حول مدى إمكانية المقاول الأصلي توقيع جزاءات مالية بناء على وجود إحالة إلى دفتر الشروط العامة، حيث يرى البعض بأن تلك الإحالة كافية للمتعاقد الأصلي حتى يوقع الجزاء المالي على المتعاقد من الباطن على أن تكون تلك الجزاءات متناسبة مع الضرر الذي لحق بالمتعاقد الأصلي.

في حين يرى البعض الآخر أن وجود نص في الإتفاق بين المتعاقد الأصلي والمتعاقد من الباطن يحيل إلى دفتر الشروط العامة، فإن هذا النص لايرتب من حيث المبدأ تطبيق الأحكام الخاصة بالشرط الجزائي الوارد في العقد الأصلي، إلا إذا إتجهت نية الطرفين إلى ذلك(1).

ج ــ ويبقى الإشكال الأكثر حساسية هو حال وجود نص بالإتفاق المتضمن التعاقد من الباطن يحيل إلى دفتر الشروط العامة يتعلق بالشروط الإستثنائية المتعلقة خاصة بممارسة إمتيازات السلطة العامة من طرف الإدارة في مواجهة المقاول المتعاقد معها، كسلطة التعديل مثلا أو سلطة توقيع جزاءات ضاغطة كإنهاء التعاقد من الباطن دون اللجوء إلى القضاء بداعي المصلحة العامة.

إن مبدأ حرية التعاقد يضمن للمتعاقدين، المقاول الأصلي والمتعاقد من الباطن أن يضمنوا عقد المقاولة من الباطن ما يشاؤون من أحكام طالما كانت لاتتعارض مع النظام العام، هذا من حيث المبدأ.

(1) ــ راجع موقف القضاء الفرنسي والقضاء البلجيكي في مسألة توقيع الجزاءات المالية من قبل المتعاقد الأصلي على المتعاقد من الباطن. عند **هارون عبدالعزيز الجمل** : المرجع السابق، ص 380 وما بعدها.

ولكن في الواقع فإن المشرع يمنح الإدارة تلك السلطات الإستثنائية باعتبار أنها تسهر على تحقيق المصلحة العامة، وهي المكلفة بتقديرها، والمهتمة بتوجيهها وتنظيمها وتحقيقها.

أما المقاول المتعاقد الأصلي معها فإنه يهدف بالدرجة الأولى إلى تحقيق مصلحته الخاصة وهو في تعاقده مع المقاول من الباطن إنما يسعى لتحقيق مصلحته بالدرجة الأولى، وبالتالي يسعى ليتضمن العقد الأحكام التي يراها كفيلة بذلك.

وعليه فالقول بأن وجود نص بعقد المقاولة يحيل على كراسة الشروط فيما يتعلق بالشروط الإستثنائية يستطيع المقاول الأصلي بموجبه[1] ممارسة أساليب السلطة العامة في مواجهة المتعاقد من الباطن، كأن يقوم مثلا بتعديل العقد من جانب واحد، أو توقيع جزاءات ضاغطة وغيرها، تحت ذريعة المصلحة العامة.

بحسب رأينا فإن مثل هذا القول يجعل من المقاول الأصلي نظيرا للإدارة في رعاية المصلحة العامة وهو أمر غير صحيح، بل إنه لايستطيع حتى أن يكون وكيلا عنها في القيام بدور راعي المصلحة العامة، لأنه في الغالب ما تكون مصلحته الخاصة على الأقل غير متطابقة مع المصلحة العامة، إن لم تكن متناقضة معها.

وأن تدخل المقاول الأصلي في تقدير مقتضيات الصالح العام، قد يعرض تنفيذ الأشغال للخطر وبالتالي تضرر الصالح العام بحسب ما يراه البعض[2]. ومن ثم فلا يجوز له مباشرة إمتيازات السلطة العامة في نطاق عقد المقاولة من الباطن وتبقى ممارسة أساليب السلطة العامة حكرا على الإدارة دون سواها في تنفيذ عقد الأشغال العامة.

---

(1) ــ **أنظر : محمد سعيد حسين أمين :** المبادئ العامة، المرجع السابق ، ص 93 .

ينقل عن الفقيه أندري موريس فلام قوله بإمكانية ممارسة المتعاقد الأصلي ككل حكم تتضمنه بنود العقد بما فيها أساليب السلطة العامة، طالما كان ذك غير مخالف للنظام العام والآداب.

(2) ــ **راجع : عيسى عبد القادر الحسن :** المرجع السابق ، ص 59 .

وعموما نرى بوجوب تدخل المشرع الجزائري بالنسبة لموضوع علاقة المتعاقد الأصلي بالمقاول من الباطن ينظمها بأحكام آمرة بشكل يضمن تحقيق الصالح العام، حتى لاتضيع بين المصالح الخاصة للمقاولين.

خاصة أن مصلحة المتعاقد الأصلي في عقد المقاولة من الباطن ملازمة بشكل مباشر لمصلحة الإدارة صاحبة المشروع وبالتالي بالمصلحة العامة، لأن الأمر يتعلق بالتنفيذ، فكل مساس بحق التنفيذ وبآجاله ينعكس مباشرة على الصالح العام، لذلك يجب أن يتدخل المشرع حتى يجبر المتعاقد من الباطن على " الإنصياع " لموجبات حسن التنفيذ.

وهذا على الأقل با لنسبة للأحكام التي ليست لها صلة بامتيازات السلطة العامة، لأن الغالب أن تتطلب الأشغال العامة عمليات متعددة(1).

في الغالب تتطلب الأشغال العامة عمليات متعددة ومتنوعة يستدعي إنجازها تجنيد مقاولات متخصصة، وذلك لأن التطورات الإقتصادية والعلمية والفنية الحاصلة أفرزت التخصصات الدقيقة المبنية على المهارات في مجالات محددة(2).

كل هذا يجعل من التعاقد من الباطن أمرا ضروريا، بل يصفه البعض بأنه أمر عادي، فالإدارة تجد نفسها مضطرة للموافقة عليه، حتى لاتلجأ إلى إبرام عدد كبير من العقود ومع أشخاص متعددين بالنسبة للمشروع الواحد، وهو أمر يمس بوحدة الضمان الذي تحرص الإدارة على التمسك به، لذلك يرى البعض بأن موافقة الإدارة على التعاقد من الباطن تعتبر مفروضة ضمنا على الأقل في بعض حالات تعاقد المقاول من الباطن(3).

(1) ــ **أنظر : هارون عبد العزيز الجمل** : المرجع السابق ، ص 391 .

(2) ــ راجع كلا من :

- **PHILIPPE GODFRIM** : Op Cit, P 197.
- **JEAN MARIR AUDY et P. BON** : Op Cit, P 225.

(3) ــ **أنظر : هارون عبد العزيز الجمل** : المرجع السابق ، ص 391.

ولهذا نرى بأن المشرع الجزائري قد وفق إلى حد كبير، حين أجاز التعاقد من الباطن و لم يمنعه بشكل مطلق وربط مشروعيته بموافقة الإدارة تحت مسؤولية المتعاقد الأصلي ضمانا لوحدة الضمان.

كما أن فرض مسك بطاقية بكافة المقاولين حتى يتم التعرف على المقاول المتعاقد من الباطن قبل الموافقة عليه وذلك من أجل ضمان توفر الصفات الشخصية التي أخذتها الإدارة بعين الإعتبار حين إبرامها العقد الأصل

المبحث الثاني
التزام المقاول باحترام مدة تنفيذ الأشغال وتسليمها

يختلف المقصود بمدة التنفيذ في العقود الإدارية بحسب إختلاف العقود ذاتها، حيث تتخذ مدد التنفيذ أشكالا متعددة .

فمدة التنفيذ مثلا في عقد الإمتياز ــ وهو عقد إداري ــ يقصد بها مدة إستغلال المرفــق، أي الفترة التي تمنح للملتزم ليستغل خلالها المرفق.

أما المقصود بمدة التنفيذ في عقد الأشغال العامة ــ موضوع بحثنا ــ فهو يختلف عن ذلك، فالمقصود بمدة التنفيذ بحسب موضوع الأشغال محل العقد(1). فإن كان الأمر يتعلق بعقد بناء منشأة، كان المقصود هو الوقت الذي يلتزم المقاول في خلاله بإنجاز هذه المنشأة وبالمقاييس المتفق عليها. أما إذا كان الأمر يتعلق بصيانة منشأة، فهنا يكون المقصود، تلك المدة التي يكون المقاول خلالها ملتزما بأعمال الصيانة، أو المدة التي يلتزم المقاول خلالها بتنفيذ ما هو مطلوب منه.

(1) ــ **أنظر إبراهيم محمد علي** : المرجع السابق، ص 382. الذي يقول بأن المقصود هو " المواعيد التي يحــددها العقــد أو دفاتر الشروط للمتعاقد لإنجاز الخدمات أو الأداءات المتفق عليها وفقا لطبيعة العقد ونوعه ".

وأيا كان المقصود بمدة التنفيذ في عقد الأشغال العامة، فإنها تتميز عن مدة التنفيذ في العقود الإدارية الأخرى، لما تتمتع به الإدارة صاحبة المشروع من سلطة رقابة وتوجيه على تنفيذ الأشغال محل العقد.

لذلك وجب بحث مدى إلزامية مدد التنفيذ بالنسبة للمقاول، والحالات التي يمكن فيها تجاوز هذه المدد دون أن يعتبر ذلك إخلالا بالإلتزام

المطلب الأول
مدى إلزامية إحترام مدة التنفيذ

تتميز مدة التنفيذ بالصفة الالزامية للمقاول الذي عليه أن يتقيد بالمدة المحددة له بشكل دقيق لإنجاز الأشغال العامة، وكل تأخر منه عن الوفاء بهذا الإلتزام في الموعد المحدد يعتبر خطأ جسيما يترتب عليه توقيع الجزاء(1).

الفرع الأول
الأساس القانوني للإلتزام

الإلتزام باحترام مدة تنفيذ العقد واجب على كل متعاقد مع الإدارة ــ كما هو واجب على الإدارة أيضا ــ ولكن بشكل خاص المتعاقد معها على تنفيذ أشغال عامة، حيث أن دفاتر الشروط دائما تقرر جزاءات على المقاول الذي لايحترم هذا الإلتزام، كما هو الحال بالنسبة لدفتر الشروط العامة الفرنسي(2).

وهو أيضا حال المشرع المصري في اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات السابق الإشارة إليه، والذي يلزم المقاول بإنهاء الأعمال موضوع التعاقد وتجهيزها للتسليم

(1) ــ **عيسى عبدالقادر الحسن** : المرجع السابق، ص 86.
(2) ــ **أنظر** :
- **PHLIPPE GODFRIN** : Op Cit, P. 199. الذي يشير إلى المادة 20 من دفتر الشروط العامة

المؤقت في الميعاد المحدد، وإلا جاز للإدارة أن توقع عليه غرامة التأخير كجزاء على ذلك حتى وإن كان يجوز لها أن تمهله مدة إضافية للتسليم(1).

والحقيقة أن تناول نصوص دفاتر الشروط العامة لهذا الإلتزام وتأييده بجزاءات يعتبر في نظرنا من قبيل زيادة الحرص على التأكيد عليه نظرا لأهميته، لأنه إلتزام يستمد أساسه القانوني من مقتضيات الصالح العامة(2)، لأنه يرتبط بالمال العام من جهة، حيث أن كل تأخير في الإنجاز يزيد من قيمة الأشغال ، ثم ــ وهذا هو الأهم ــ كل تأخير في الإنجاز ينعكس مباشرة على حسن سير المرفق العام موضوع الأشغال.

لذلك فإن لمدة التنفيذ أهمية أساسية بالنسبة للإدارة والمقاول على حد سواء، فكلاهما ملزم بإنجاز التزاماته في التاريخ المحدد(3)، وقد أكد القضاء الإداري هذا الإلتزام سواء في مجلس الدولة الفرنسي أو مجلس الدولة المصري، حيث يؤكد بأن تأخر المقاول في إنجاز الأشغال في موعدها المحدد يشكل خطأ عقديا يستوجب توقيع جراء التأخير، حتى ولو منحت له الإدارة مدة إضافية لإكمال الإنجاز. وهو يرى بأن تقرير غرامات التأخير في العقد إنما لضمان تنفيذ الأشغال في موعدها، والإخلال بذلك الموعد من قبل المقاول، تتيح تطبيق الغرامات عليه مباشرة دون اللجوء إلى القضاء.

وقد كان المشرع الجزائري حريصا على تأكيد ذات الموقف القاضي بوجوب إحترام مواعيد الإنجاز تحت طائلة توقيع عقوبات " يمكن أن ينجر عن عدم تنفيذ الإلتزامات المتعاقد عليها في الآجال المقررة أو تنفيذها غير المطابق، فرض عقوبات مالية، دون الإخلال بتطبيق العقوبات المنصوص عليها في التشريع المعمول به ... "(4).

---

(1) ــ **أنظر** : المادة (83) من اللائحة التنفيذية للقانون رقم 1998/89 المصري.

(2) ــ **أنظر** : ــ **محمد سعيد حسين أمين** : المرجع السابق، ص 120.

ــ **عيسى عبدالقادر الحسن** : المرجع السابق ، ص 87 .

(3) ــ **أنظر** : ــ **هارون عبدالعزيز الجمل** : المرجع السابق، ص 401 .

- **JEZE** : Les Cantrats Administratif … , T1 , Op Cit, P 291.

(4) ــ رجع المادة (9) من المرسوم الرئاسي 236/10 المعدل والمتمم .

وكما أسلفنا فإن نص المشرع على هذا الإلتزام وجعله سببا في إمكانية توقيع الجزاء على المقاول إنما هو للتأكيد عليه، ذلك أن من المبادئ التي تحكم سير المرافق العامة مبدأ " ضمان سير المرافق العامة بانتظام واضطراد ".

ولما كان عقد الأشغال العامة يقوم على أساس الإعداد المادي لعقار من أجل تحقيق مصلحة عامة، وهو ما جاء في حكم محكمة التنازع الفرنسية في قضية Efdimief الصادر في مارس 1955 السابق الإشارة إليه في القسم الأول من هذا البحث، حيث جاء فيه " أن عقد الأشغال العامة يستهدف تحقيق غرض من أغراض النفع العام "(1).

لذلك يوصف المتعاقد مع الإدارة لتنفيذ الأشغال العامة بأنه " معاون " الإدارة صاحبة المشروع بشأن المرفق موضوع الأشغال، مما يعني وجوب حرصه على ضمان حسن سيره.

وهو الإلتزام الذي يؤكده الفقه الإداري بالنسبة لمتعاقذي الإدارة عموما، الذي يرى بأن إرتباط الشخص برضاه بعقد مع الإدارة، يعني إلتزامه بالمساهمة في مرفق عام(2)، وهو ما يعني بالنسبة لمقاول الأشغال العامة، إلتزامه بتنفيذ الأشغال محل العقد في المدة المحددة لها، حتى لايعرض السير المنتظم للمرفق العام للخطر الذي هو ملتزم بضمانه.

وضمان السير المنتظم للمرفق إلتزام يتولد عن فكرة المرفق ذاتها، وبالتالي فهو يدخـــل ضمن واجبات المقاول بمجرد التعاقد، دون أن تكون الإدارة في حاجة إلى تضمين العقد نصا لذلك.

فالمقاول ملزم ليس فقط بتنفيذ الأشغال وفقا لما هو منصوص عليه، وإنما هو ملزم أيضا بكل ما يستدعيه ويتطلبه ضمان سير المرفق بانتظام واضطراد، ومن أهم متطلبات ذلك طبعا إنجاز الأشغال وتنفيذها في مدتها المحددة(3).

(1) ــ راجع قضية Efdimief في الجزء الأول من هذا البحث.

(2) - **JEZE** : Les Cantrats Administratif … , T1 , Op Cit, P. 204.

(3) - **JEZE** : Les Cantrats Administratif … , T1 , Op Cit, P. 204.

وهذه أيضا هي وجهة نظر القضاء الإداري المصري الذي يقول عن مقاولات الأشغال العامة بأنها تتناول مرافق الدولة العامة، والأموال العامة، ولذلك فهي تحاط بضمانات تكفل حسن سير العمل وحسن إختيار من ينفذه في الوقت المعين، هذه الضمانات التي تكرسها دفاتر الشروط التي يلتزم بها المقاول ــ باعتبارها من وثائق العقد ــ الذي يأخذ صفة معاون الإدارة في تسيير مرفق عام(1).

وهذا كله لأن عدم تنفيذ الأشغال المنصوص عليها في العقد، أصلا، أو عدم إنجازها في الوقت المحدد، قد يؤدي إلى إختلال أساسي في الحياة العامة، كما لو تعلق الأمر بتنفيذ أشغال تتصل بالتزود بالمياه مثلا، أو إنجاز مدرسة في منطقة سكنية ليس بها مدارس وما إلى ذلك ... وهذه النتيجة التي تتولد عن عدم إحترام آجال الإنجاز هي التي جعلت التشريعات في البلاد المختلفة تحرص على تأكيد هذا الإلتزام، رغم أنه قائم حتى دون النص عليه.

وتظهر الصفة الملزمة لمدة التنفيذ من خلال تقرير النصوص لعقوبات وجزاءات تطبقها على المقاول إذا تأخر عن إتمام إنجاز الأشغال في المواعيد المقرر لها.

الفرع الثاني
تحديد مدة التنفيذ وكيفية إحتسابها

كون تنفيذ الأشغال وتسليمها في أجلها المحدد يكتسي أهمية كبيرة، لإرتباطه بالمرفق العام وحسن سيره، فإن العقد غالبا ما يتضمن تحديد مدة إنجازها، غير أن عدم تعرض العقد لتحديد هذه المدة لايعني ترك هذا الأجل مفتوحا على إطلاقه، بل لابد من إنهاء الأشغال وتسليمها في أجل معقول.

وحتى في حال تحديد مدة الإنجاز، فلا بد من تحديد نقطة إنطلاق هذه المدة، أي لابد من تحديد بدء سريان ميعاد الإنجاز، لأن تحديد تاريخ الإنطلاق ضروري لتحديد

(1) ــ **هارون عبدالعزيز الجمل**: المرجع السابق، ص 417 وما بعدها .

أجل الإنتهاء[1] وما يترتب عن ذلك من نتائج، والتي من أهمها وضع المقاول وضع المتأخر إذا لم يلتزم بذلك الميعاد، وما ينجر عن هذه الوضعية من نتائج أقلها إمكانية توقيع الغرامات التأخيرية عليه.

إذا فأيا كانت الطريقة المتبعة في تحديد مدة تنفيذ الأشغال، والتي تختلف كما قلنا بحسب ما إذا كان تنفيذ العقد يتضمن أداءات عديدة، كما هو الحال في أشغال الصيانة أو كان التنفيذ يتضمن أداء واحدا كإنجاز منشأة مثلا.

وحتى وإن كان العقد لم يحدد تاريخ بداية تنفيذ الأشغال، فإن ذلك لايطرح صعوبات، أو إشكالا، نظرا لما تتمتع به الإدارة من سلطة الإشراف والتوجيه على تنفيذ عقد الأشغال العامة، والتي تملك بموجبها إصدار الأوامر المصلحية إذ تصدر له أمر البدء في التنفيذ.

ويفرق البعض بين مدة العقد التي تعني مدة سريانه بين أطرافه، بحيث تتحدد بداية ونهاية نشاط المقاول بأجل معين، وبين مدة التنفيذ التي تعني إنجاز الأشغال في الموعد المحدد بالعقد[2].

وتتضمن مدة التنفيذ مدة إنهاء جميع الأعمال المحددة، ويشمل ذلك فترات التجهيز والقيام بالأعمال التمهيدية أو التحضيرية وفقا للمشرع الفرنسي[3].

وعن كيفية تحديد مدة التنفيذ، فإن ذلك تتم غالبا بواسطة أحكام العقد، وبالتالي فهو ينتج عن إرادة الطرفين.

وقد يتضمن العقد تحديد مدة عامة لجمل الأشغال، أو ينص على مدد جزئية لأشغال مجزأة ومدة عامة لكل الأشغال[4].

---

(1) ــ راجع **عادل عبدالرحمن خليل** : أساليب حساب مدة التنفيذ ، المرجع السابق، ص 81 .

(2) ــ **عيسى عبدالقادر** : المرجع السابق، ص 81 .

(3) ــ راجع المادة 11/19 من دفتر الشروط العامة الفرنسية لسنة 1976.

(4) ــ **محمد سعيد حسين أمين** : المرجع السابق، ص 116 .

ــ **هارون عبدالعزيز الجمل** : المرجع السابق ، ص 400 .

والواقع أن مدة التنفيذ تتم باتفاق الأطراف، فالإدارة لاتستطيع أن تفرض عن طريق أوامر مصلحية مدة معينة على المقاول للتنفيذ خلالها إلا إذا كان العقد يعطيها الحق في ذلك(1).

وإذا كان العقد قد حدد مدة معينة لتنفيذ الأشغال المنصوص عليها، إلا أن تلك المدة كانت غير كافية لتنفيذها، فإن عدم حسن تقدير مدة التنفيذ أو الخطأ فيها أثناء إبرام العقد، لايعطي الحق للمقاول التمسك بهذه الوضعية وبالتالي التحلل من إلتزاماته. بل عليه أن يعمل بجد ويتخذ كافة الإجراءات الممكنة من أجل التنفيذ، ولايكفيه مجرد بذل مجهود الرجل العادي لتبرئته من مسؤولية التأخير(2).

وإذا لم يحدد العقد أصلا مدة لتنفيذ الأشغال، فإن للإدارة الحق في أن تحدد مدة لذلك على أن تكون هذه المدة معقولة بالنسبة للمقاول من حيث إمكانياته، وإلا فله أن يعترض على هذه المدة أمام القاضي، الذي يفصل في هذا النزاع مراعيا في ذلك عدة عوامل منها، نية أطراف العقد (الإدارة والمقاول) وإمكانيات المقاول بالنسبة لحجم الأشغال، وهل لمقاول في مثل ظروفه أن ينجز تلك الأشغال في الفترة التي حددتها الإدارة أم لا ؟ وعليه ما إذا كانت المدة المحددة من طرف الإدراة معقولة ويلتزم بها المقاول أم لا

وبالتالي لايمكنها أن توقع عليه جزاءات تكون قد قررتها في حالة التأخير في التنفيذ، لأن مثل هذا الشرط الجزائي في هذه الحالة يكون من قبيل شرط الأسد(3).

ولما كانت الإدارة تخضع لرقابة القاضي في موضوع تحديد مدة التنفيذ، حين لايتضمن العقد تحديد مدة معينة، فإن البعض(4) سمي هذا التحديد بالتحديد القضائي لمدة التنفيذ. كون القاضي يسلم بأن عدم إفصاح المتعاقدين عن مدة التنفيذ من خلال

---

(1) ــ راجع في كيفية تحديد مدة التنفيذ :

- **DELAUBADERE** : …. Cantrats Administratif, T2 , Op Cit , P 56.

(2) ــ **عيسى عبدالقادر الحسن** : المرجع السابق، ص 81 وما بعدها .

(3) ــ **عيسى عبدالقادر الحسن** : المرجع السابق، ص 83 .

ــ **هارون عبد العزيز الجمل** : المرجع السابق ، ص 404 .

(4) ــ **عيسى عبدالقادر الحسن** : المرجع السابق، ص 82 .

نصوص العقد، فإن ذلك لايعني أن مدة التنفيذ غير مقيدة بحدود،بل المنطق والواجب أن يتم ذلك في مدة معقولة بالنظر للهدف من إنجاز الأشغال وطبيعة هذه الأخيرة ونية المتعاقدين إضافة إلى ما جرى عليه العرف في الحالات المشابهة.

وبالنسبة للجزائر فإن هذا الإحتمال غير وارد، نظرا لأن المشرع الجزائري قد نص على وجوب تحديد مدة التنفيذ ضمن بنود العقد(1).

1 - بدء سريان مدة التنفيذ

إن مجرد تحديد مدة لإنجاز الأشغال موضوع العقد، لايكفي لتحديد تاريخ إنهائها وتسليمها، لذلك يتعين تحديد تاريخ إنطلاق سريانها من أجل حصر هذه المدة وتجنب الإختلاف بالنسبة لتحديد المواعيد.

وعلى المتعاقدين وخاصة الإدارة صاحبة الأشغال ونظرا لدورها في تحديد المواعيد المتعلقة بتنفيذ الأشغال العامة عموما، عليها أثناء تحديد تاريخ بدء سريان مدة التنفيذ الأخذ بعين الإعتبار جملة من المعطيات التي يستدعيها البدء في التنفيذ حتى يتمكن المقاول من الإنطلاق، إذ لابد من منحه فرصة إعداد الإمكانات المادية والبشرية من سلع وتجهيزات وعمال، وإنجاز الأعمال التمهيدية التي يتطلبها الشروع في التنفيذ، وهذا حرصا على جعل بدء سريان مدة التنفيذ، بدءا فعليا للتنفيذ، لامجرد إجراء نظري.

وإن كان موضوع تحديد موعد بدء سريان مدة التنفيذ، لايطرح خلافا بالنسبة لتنفيذ عقد الأشغال العامة كما أسلفنا، وذلك لأن الإدارة تصدر للمقاول أمرا مصلحيا بالشروع في التنفيذ، مما يجعل هذا الأمر مرجعا لتحديد بداية سريان مدة التنفيذ.

غير أن هذا يجب ألا بفهم بأن الإدارة صاحبة الأشغال لها السلطة أو الحرية المطلقة في تأخير إصدار مثل هذا الأمر وبالتالي الإنطلاق في التنفيذ بدون أي قيد، بل يجب على

(1) ــ أنظر المادة (62) من المرسوم الرئاسي 236/10 السابق الإشارة إليه، حيث تنص هذه المادة على جملة من البيانات الـــتي يجب الإشارة إليها في العقد " يجب أن تشير كل صفقة ... أجل تنفيذ الصفقة ... ".

الإدارة تبليغ المقاول بالأمر بالشروع في التنفيذ في مدة معقولة، لأن عدم الشروع في التنفيذ قد يسبب للمقاول أضرارا مادية، وتجنبا لذلك فإن له حق طلب فسخ العقد والمطالبة بالتعويض(1).

لأنه إذا كان تحديد ميعاد بدء سريان مدة التنفيذ يستدعي مراعاة تحضير المقاول لنفسه وتهيئة ظروف الإنطلاق من كل جوانبها، فإن التأخير أيضا لمدة غير معقولة في تحديد هذا الموعد قد ينتج عنه قلب إقتصاديات العقد وبالتالي إلحاق الخسائر بمقاولته.

وبالنسبة للمشرع الجزائري فإن بدء سريان مدة التنفيذ يكون من اليوم الموالي لتاريخ صدور الأمر المصلحي بمباشرة الأشغال(2). لذلك فعلى مهندس الإدارة أن يمكّن المقاول من المستندات من رسوم ومخططات والتي تتعلق بالتنفيذ.

فقد جاء في المادة (12) من دفتر الشروط الإدارية العامة الفقرة الأولى : " يجب على المقاول مباشرة الأشغال في الآجال المحددة في أوامر المصلحة الصادرة عن مهندس الدائرة أو المهندس المعماري ... ". وفي الفقرة الثالثة : " ... يتلقى المقاول مجانا من المهندسين أو المهندس المعماري خلال مقاولته نسخة مصدقة عن كل الرسوم المتعلقة بالمقتضيات المقررة بالمشروع وعن المستندات اللازمة في التنفيذ ... ".

وقبل هذا كانت المادة (02) من ذات الدفتر قد نصت على : " كل أجل يجري تحديده في الصفقة سواء كان للإدارة أو المقاول يبدأ سريانه من غداة اليوم الذي أبرم فيه العقد أو نص عليه فيه لإبتداء سريان ذلك الأجل ... ".

ولما كانت مدة التنفيذ لاتبدأ إلا من اليوم الموالي لتاريخ إبلاغ المقاول بالأمر المصلحي المتعلق بذلك، فإنه متى تأخرت الإدارة في إصدار هذا الأمر المصلحي بالبدء في تنفيذ الأشغال لايمكنها أن تسأل المقاول عن تنفيذ العقد(1).

---

(1) ــ **محمد سعيد حسين أمين**: المبادئ ... ، المرجع السابق، ص 118 .

ــ **عيسى عبدالقادر الحسن** : المرجع السابق، ص 84 .

(2) ــ أنظر المادة (02) من دفتر الشروط الإدارية الجزائري 1964. حيث جاءت هذه المادة تحت عنوان " الآجال " وفيها يبين المشرع بدقة زمن إنطلاق إحتساب المواعيد المختلفة بالنسبة للصفقة.

وقد جعل المشرع المصري تاريخ بدء سريان مدة التنفيذ هو تاريخ تسليم الإدارة موقع الأشغال للمقاول(2).

وأقر القضاء المصري إلتزام المقاول بالسعي لدى الإدارة صاحبة المشروع من تمكينه من الشروع في التنفيذ، وألا يكتفي بموقف سلبي ينتظر تصرف الإدارة.

وهكذا إذن فإن البدء في التنفيذ قد يكون بناء على تصرف قانوني من جانب الإدارة يتمثل في إصدار أمر مصلحي بذلك، أو أن يكون بناء على عمل مادي وهو تسليم موقع العمل أو الوثائق والتجهيزات أو المواد التي يتطلبها ذلك.

وإن كان بدء الإنطلاق في الحالتين مرتبط بتحرك الإدارة، فإنه كما أسلفنا على المقاول ألا ينتظر تحرك الإدارة التلقائي للقيام بذلك، بل عليه أن يسعى لديها من أجل تمكينه من الشروع في التنفيذ، وعلى هذه الأخيرة أن تمكنه من البدء في تنفيذ الأشغال والإستمرار في إنجازها، حتى لاتتسبب له في أضرار تستوجب التعويض(3).

وأخيرا فإنه وإن كان الأصل أن المدد المقررة في العقود الإدارية عموما، يقصد بها عادة المتعاقدون مع الإدارة، إلا أنه قد يحدث ويتضمن العقد ما يفيد بإلزامية المدة للطرفين أي الإدارة والمتعاقد معها، وفي هذه الحالة على الإدارة أن تلتزم باحترام المدة باعتبار ذلك من الإلتزامات التعاقدية التي تجد أساسها في فكرة رضا الأطراف، واحترام مدة التنفيذ من جانب الإدارة ، يقصد به أيضا المدد المحددة لتنفيذ الإلتزامات الجزئية إلى جانب المدة الإجمالية.

وإن كان عدم إحترام مدة التنفيذ يعتبره المشرع كما أسلفنا خطأ جسيما يترتب عنه جزاءات قد تصل حد فسخ العقد، مع التذكير بأن إلتزام المقاول المتعاقد بإنجاز الأشغال في الوقت المتفق عليه أو خلال زمن معقول إذا لم يكن هناك إتفاق، هو إلتزام بتحقيق غاية، وليس إلتزاما ببذل عناية كما أسلفنا.

---

(1) ــ **محمد سعيد حسين أمين**: المبادئ ... ، المرجع السابق، ص 118 .

(2) ــ راجع المادة (74) من القانون رقم (89) لسنة 1998 المصري .

(3) ــ **هارون عبد العزيز الجمل** : المرجع السابق ، ص 410 .

فلا يعفيه إذن من مسؤولية التأخير وتبعاتها أن يثبت قيامه ببذل جهد الرجل العادي من أجل إنجاز الأشغال إلا أن ذلك لم يتحقق. وإنما من أجل حمايته من مسؤولية التأخير عليه أن يثبت أن سبب ذلك يعود إلى مبرر قانوني لادخل له فيه حتى تنتفي مسؤوليته.

المطلب الثاني
تمديد مدة التنفيذ وأسبابه القانونية

وهو ما يطلق عليه أيضا أسباب الإعفاء من مسؤولية التأخير، إذ المقاول ملزم مبدئيا بإكمال إنجاز الأشغال محل العقد في المدة المتفق عليها أو المدة المعقولة، في حال عدم وجود الإثنان، حتى يتجنب الجزاءات المقررة لذلك.

لكن يمكن أن يستفيد المقاول من تمديد أجل التنفيذ في حالات معينة، وهي على الخصوص حال تدخل الإدارة المتعاقدة أو كان التأخير بسبب فعلها، أو بسبب الغير الذي لاسلطان للمقاول عليه، أو في حالة كان السبب وراء ذلك هو قوة قاهرة أو حادث فجائي.

الفرع الأول
التمديد بسبب فعل الإدارة المتعاقدة

فقد يحدث وأن تتدخل الإدارة ذاتها عن طريق قيامها بتصرف لايكون متوقعا أثناء إبرام العقد، ويكون لهذا التصرف علاقة بالتزام المقاول بالتنفيذ، مما يؤثر مباشرة عليه، والأمثلة على أنواع تدخلات الإدارة المتعاقدة (فعل الأمير) التي يكون لها أثر على إلتزام المقاول بالتنفيذ في المدة المحددة كثيرة ومنها :

ـــ إصدار أمر مصلحي في إطار ما تملكه الإدارة صاحبة المشروع من صلاحيات في تنفيذ المشروع وباعتبارها من يدير التنفيذ كما أسلفنا، ويتضمن هذا الأمر إنجاز منشأة أخرى غير منصوص عليها في العقد.

ـــ تأخر الإدارة في إنجاز أشغال أخرى ضرورية لإنطلاق المقاول في تنفيذ التزاماته العقدية، كعدم قيامها بنزع ملكية الأرض التي سيقام عليها المشروع مثلا، ومنع التعرض للمقاول.

ـــ الزيادة في حجم الأشغال عن ذلك المتفق عليه في العقد.

ـــ تأخر الإدارة في تسليم المقاول المخططات والوثائق والمستندات المتعلقة بإنجاز الأشغال وفقا لما ينص عليه القانون(1).

ـــ تأخر الإدارة في إصدار الأمر بالبدء في التنفيذ.

ولما كان المقاول ملزم بتنفيذ الأشغال في مدة محددة، فإن عدم إمتثاله لهذا الإلتزام وفوات المدة المحددة لذلك يعد إخلالا ببنود العقد يكون الأثر المباشر لذلك هو قيام مسؤوليته العقدية تجاه الإدارة صاحبة المشروع والمتمثلة خاصة في توقيع جزاءات عقدية هي دفع الغرامات التأخيرية.

وأحكام المسؤولية كقاعدة عامة تقتضي توافر أركانها المتمثلة في الخطأ، والضرر وعلاقته السببية بينهما.

وركن السبب هنا يعتبر ركنا جوهريا في كافة صور المسؤولية(2)، لذلك فإن المقاول إذا أراد دفع مسؤولية التأخير عن نفسه، يجب أن يثبت بأن عدم إلتزامه بالمدة المحددة يعود إلى سبب أجنبي عنه لايد له فيه.

ولما كانت الإلتزامات الناشئة عن عقد الأشغال العامة، بالنسبة للمقاول، هي إلتزامات لتحقيق الغاية، وذلك لإرتباطه باسير الحسن للمرفق العام.

لذلك فإن ركن الخطأ والضرر قد يجتمعان في شئ واحد، فيكون عدم تنفيذ الأشغال على الوجه المطلوب وفي الوقت المحدد (ركن الخطأ) هو ذاته الضرر الذي

(1) ـــ أنظر المادة (8) من دفتر الشروط العامة الجزائري التي تنص على المستندات التي تسلم للمقاول، وأيضا المادة (12) التي تشير إلى المخططات والرسوم التي يتلقاها المقاول من المهندس المختص، وهي العملية التي يجب أن تتم مجانا وبدون مقابل.

(2) ـــ **هارون عبد العزيز الجمل** : المرجع السابق ، ص 425 .

أصاب الإدارة (إختلال السير الحسن والمنتظم للمرفق)، لذلك إذا إتضح أن عدم تنفيذ الأشغال على الوجه المطلوب ليس هو السبب في حدوث الضرر، هنا تنتفي مسؤولية المقاول، ولكن إذا كان ركن الخطأ والضرر منفصلان، أي يقتصر خطأ المقاول في التأخير في تحقيق الغاية أو النتيجة، فهنا تبقى مسؤوليته قائمة مع بقاء الخطأ قائما.

ويشمل السبب الأجنبي كل أمر غير منسوب للمقاول وأدى إلى إلحاق ضرر بالإدارة صاحبة المشروع وهو أحد أسباب الإعفاء من المسؤولية وفقا للمشرع المدني الجزائري الذي ينص على " إذا أثبت الشخص أن الضرر الذي نشأ عن سبب لايد له فيه كحادث مفاجئ أو قوة قاهرة أو خطأ صدر من المضرور أو خطأ من الغير، كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر، مالم يوجد نص قانوني أو إتفاق يخالف ذلك"(1).

ولما كان ما يهمنا هنا هو تدخل الإدارة المتعاقدة في تأخير التنفيذ الذي يعبر عنه بفعل الأمير والذي سنعود إليه في موضوع لاحق من هذا البحث، فإننا سنتناول هنا القوة القاهرة أو الحادث الفجائي باعتباره من أسباب الإعفاء من مسؤولية التأخير، ونتناولها من حيث مضمونها وشروط تطبيقها.

الفرع الثاني
القـــوة القاهـــرة

يطلق مصطلح القوة القاهرة أو الحادث الفجائي وفقا للمفهوم التقليدي (مفهوم القانون الخاص وهو مصدر هذه النظرية) على ما يحدث من أمر غير ممكن التوقع ومستحيل الدفع، ويكون من شأنه أن يجعل التنفيذ مستحيلا.

توافر هذين الشرطين يجعل من الحادث حادثا فجائيا وهو أجنبي عن الشخص (المدين أو المقاول) لايد له فيه وهو غير متوقع لا من جانبه هو، ولا من جانب أشد الناس حرصا، فشرط عدم التوقع يستند إلى معيار موضوعي لاذاتي.

(1) ــ أنظر المادة (127) من القانون المدني الجزائري.

فالقوة القاهرة إذن وفقا للمفهوم المستمد من القانون الخاص هي فعل لاينسب إلى المدين، وهو غير متوقع الحدوث، وغير ممكن دفعه، يكون أثره هو جعل تنفيذ الإلتزام مستحيلا، وبهذا المفهوم جعل القانون الخاص القوة القاهرة سبب من أسباب الإعفاء من المسؤولية.

والواقع أن هذا المضمون هو ما تقتضيه العدالة، لأنه من غير المنطقي أن يتحمل المتعاقد نتائج فعل كان عاجزا عن دفعه، فالإنسان غير ملزم بمستحيل.

وإذا كان أساس هذا المفهوم يجد جذوره في القانون الخاص إلا أن القانون والقضاء الإداري يستهدي ويسترشد بهذه القواعد المدنية لما تتضمنه من مبادئ العدالة في مجال العقود الإدارية بشكل عام(1)، ومنها عقد الأشغال العامة، حيث نجد المشرع يأخذ بجوهر هذا المفهوم، فنجد المشرع الجزائري ينص على " في حالة القوة القاهرة تعلق الآجال ولا يترتب على التأخير الغرامات المالية بسبب التأخير ضمن الحدود المسطرة في أوامر توقيف واستئناف الخدمة ... "(2).

كما يعمل بذلك القاضي الإداري وإن كان يتشدد في سلوك المقاول المتعاقد، حيث يتطلب منه بذل مجهود أكبر من مجهود الرجل العادي الذي يتطلبه القانون المدني في إطار روابط القانون الخاص، وذلك باعتبار أن مقاول الأشغال العامة المتعاقد مع الإدارة منوط به تنفيذ عمل يتعلق بالصالح العام، وبحسن سير المرفق العام.

ويجب التمييز بين فكرة القوة القاهرة من جهة، وفكرة الظروف الطارئة(3) من جهة أخرى، هذه الأخيرة التي إبتدعها القضاء الإداري.

فالقوة القاهرة هي فكرة وثيقة الصلة بمراعاة مدة التنفيذ في العقد الإداري، فتوافر شروطها يؤدي إلى إعفاء المقاول من التنفيذ، أو تمديد أجله فالإدارة لاتستطيع إرغامه

(1) - **LAURENT RICHER** : Op Cit, P. 223.

(2) ــ انظر المادة 90 من المرسوم الرئاسي 236/10 المعدل والمتمم .

(3) ــ **عيسى عبدالقادر الحسن** : المرجع السابق ، ص 90 .

على التنفيذ، ولا توقع عليه عقوبات بقصد تحقيق ذلك، كما أنها لاتستطيع أن توقع عليه غرامات التأخير(1).

وهناك من يستعمل مصطلح السبب الأجنبي للتعبير عن القوة القاهرة في أوسع صورها، ونحن نرى بأنه رأي موفق فيما ذهب إليه في تعريف السبب الأجنبي بأنه : ذلك الحادث الفجائي أو القوة القاهرة أو فعل الغير، ويجب أن يكون الحادث غير متوقع ومستحيل الدفع ويكون من شأنه أن يجعل التنفيذ مستحيلا(2).

أما الظروف الطارئة فهي فكرة ذات طبيعة إقتصادية تزيد من الأعباء المالية للمقاول، وإن كانت الفكرتان يجتمع فيهما عامل الفجائية وعدم التوقع، إلا أنهما يختلفان من حيث أثرهما. لأن الظروف الطارئة لاتجعل التنفيذ مستحيلا، وإنما تجعله أكثر إرهاقا بالنسبة للمقاول فتتدخل الإدارة صاحبة المشروع لتتحمل معه بعض العبء حتى يستمر في التنفيذ. لأن من واجب الإدارة كما أسلفنا تسهيل ومساعدة المتعاقد معها على تنفيذ التزاماته، وذلك ضمانا لإستمرار سير المرفق العام.

لذلك لما كان القضاء الإداري في وقت سابق على تاريخ التاسع ديسمبر 1932(3) لايعترف بالقوة القاهرة كسبب لإعفاء المقاول من تنفيذ التزامته العقدية، أو التأخير في ذلك عن الموعد المتفق عليه، أي حين كان يتبنى في العقود الإدارية قاعدة "العقد شريعة المتعاقدين " في هذه الفترة كان المقاولون حريصون على تضمين عقودهم بندا يقضي بإعفائهم من المسؤولية في حال حدوث قوة قاهرة تمنحهم من التنفيذ.

أو كانوا يلجأون إلى طريقة أخرى وهي الرفع من قيمة العقد أكثر من قيمته الحقيقية، تحسبا لوقوع حادث مفاجئ يكلفهم الخسارة، فيستبقون ذلك بالحصول على الأموال من الإدارة صاحبة المشروع، وهو الأمر الذي ينعكس مباشرة على الخزينة العامة وهدر الأموال العامة.

---

(1) ــ **سليمان محمد الطماوي** : الأسس العامة ... ، المرجع السابق ، ص 701 وما بعدها.

(2) ــ **خميس السيد إسماعيل** : المرجع السابق ، ص 263 .

(3) ــ يشير إلى تاريخ صدور حكم مجلس الدولة الفرنسي في قضية شركة تراموای لمنطقة شاربورج CHARBOURG.

- **LAURENT RICHER** : Op Cit, P. 214.

غير أن مجلس الدولة الفرنسي تراجع هذا الموقف، وقرر الأخذ بنظرية القوة القاهرة مسترشدا في ذلك بالقانون الخاص، غير أنه كيفها وفق متطلبات المصلحة العامة، ومقتضيات المرفق العام، فتشدد القاضي الإداري في مواجهة المقاول المتعاقد حيث طالبه ببذل مجهود أكبر من مجهود الرجل العادي المعمول به في القانون الخاص.

فيجب على مقاول الأشغال العامة ألا يتوقف عند بذل مجهود الإنسان العادي في محاولته لتنفيذ إلتزاماته العقدية، بل عليه أن يبذل أقصى الجهد وألا يتوقف عن التنفيذ ما دام ذلك ممكنا. ثم توسع في مفهوم القوة القاهرة المعروف في القانون الخاص، فأصبح مضمون القوة القاهرة عند القاضي الإداري يعني ذلك الحادث الخارجي الذي من شأنه قلب إقتصاديات العقد، دون أن يصل إلى درجة إستحالة تنفيذه، لذلك فلا يترتب عليه إعفاء المقاول من التنفيذ، ولكن يخول له مثل الإدارة المتعاقدة، حق اللجوء إلى القاضي لطلب فسخ العقد، متى تبين أن إختلال التوازن المالي للعقد عميق ولا يمكن إعادة التوازن له حتى بتدخل الإدارة.

وحكم هذا المفهوم الجديد، هو ذاته حكم الظروف الطارئة، لذلك قال الفقهاء بأن مجلس الدولة إستحدث فكرة " القوة القاهرة الإدارية "(1).

ونحن نرى بأن مجلس الدولة قد أصاب فيما ذهب إليه، لأن إستحداثه لهذا المفهوم الموسع يعني عدم تطبيق نظرية لظروف الطارئة عندما تصل المخاطر الإقتصادية إلى حد إختلال التوازن المالي للعقد نهائيا. لأنه من غير المعقول أن تستمر الإدارة في دفع تعويضات للمقاول بشكل مستمر وغير نهائي بناء على الظروف الطارئة على أساس أن إستحالة التنفيذ ليست مطلقة(2).

وعليه فإذا كان إختلال التوازن المالي للعقد بسيطا يمكن إعادته بتدخل الإدارة ماليا في الحدود المعقولة، ثم ذلك بناء على نظرية الظروف الطارئة.

---

(1) ــ **سليمان محمد الطماوي** : الأسس العامة ...، المرجع السابق ، ص 702 .

ــ **هارون عبدالعزيز الجمل** : المرجع السابق ، ص 437.

- **LAURENT RICHER** : Op Cit, P. 214.

(2) - **DELAUBADER** : …Contrats Administratif, T2, Op Cit, P. 47.

أما إذا كان إختلال كبيرا ولايمكن إعادته، مما يستدعي إستمرار تدفق أموال الإدارة العامة على المقاول، فإن ذلك غير منطقي ومن غير المعقول إستمرار الخزينة العمومية في تقديم التعويضات للمقاول بشكل غير متناهي وذلك بدعوى أن التنفيذ ليس مستحيلا بشكل مطلق وفقا لنظرية القوة القاهرة في القانون الخاص.

لذلك فطبقا للمفهوم الجديد " القوة القاهرة الإدارية " فحتى وإن كان التنفيذ ليست إستحالته مطلقة، ولكن إتمامه يشكل عبئا على الخزينة العامة، فهنا يمكن طلب فسخ العقد بناء على فكرة القوة القاهرة(1).

بهذا المعنى، فإن القضاء الإداري يفرق بين نوعين من إستحالة التنفيذ ، إستحالة مطلقة، وهنا يطبق القوة القاهرةبالمفهوم التقليدي ويعتبرها سببا من أسباب إعفاء المقاول من مسؤولية التأخير في التنفيذ.

والنوع الثاني هو الإستحالة (العابرة) والتي تتحقق إذا تسبب الحادث الفجائي في الإختلال الكبير لإقتصاديات العقد، وهذه التي تسمى بالقوة القاهرة الإدارية، وهي لاتعد سببا للإعفاء من مسؤولية التأخير، وعدم تنفيذ الأشغال في موعدها المحدد، وإنما تعطي الحق للمقاول كما للإدارة في طلب فسخ العقد.

وبعض النظر عن المفهوم التقليدي أو المفهوم " الإداري " للقوة القاهرة، فإن المشرع الجزائري قد أتاح للمتعاقدين الإدارة والمقاول حق تحديد نطاق القوة القاهرة والحادث الفجائي بمقتضى إتفاقهما، بل وجعل ذلك واجبا، حيث عدد البيانات التي يجب أن يتضمنها العقد ومن بينها " ... كيفيات تطبيق القوة القاهرة ... "(2).

ومن بين هذه الكيفيات تحديد مدى ونطاق القوة القاهرة فنص في دفتر الشروط الإدارية العامة على " ... يجب أن يضم دفتر الشروط الخصوصية بالنسبة للميزات

(1) ــ راجع المادة (5/27) من دفتر الشروط الإدارية العامة الجزائري.
(2) ــ راجع المادة (62) من المرسوم الرئاسي 236/10.

ومختلف الحوادث الطبيعية كالجليد وسرعة الريح ... تعيين حدود القوة القاهرة القصوى التي يمكن للمقاول التمسك بها في كل الأحوال ... "[1].

فالمشرع الجزائري أتاح للمتعاقدين فرصة لمناقشة كيفيات تطبيق القوة القاهرة كلما توفرت شروطها، وذلك في إطار أحكام دفتر الشروط الخاصة بالصفة، كأن يحدد مثلا الحد الأدنى والحد الأقصى الذي يجب أن يتحمله المقاول رغم الحادث الفجائي الغير متوقع.

وإن كان مثل هذا الموقف بحسب رأينا سيعيد الوضع إلى ما كان عليه الحال قبل إعتماد القوة القاهرة من قبل القضاء الإداري كسبب للإعفاء من مسؤولية التأخير عن التنفيذ، حيث كانت الخزينة العمومية هي التي تتأثر بذلك مباشرة، إذا كان المقاولون يضعون في حسبانهم إمكانية تعرض تنفيذ الأشغال لحادث فجائي مما يسبب لهم تكاليف وأعباء إضافية واستبقاء لذلك و للوقاية، فإنهم كانوا يرفعون سقف الأسعار التي يقدمونها.

أما من لم يلجأ إلى هذا الحل لسبب أو لآخر، كأن لاينتبه إلى ذلك، أو بفضل عدم رفع الإشعار تجنبا لمنافسة المقاولين المتقدمين مثله بتعهدات للحصول على الصفقة، فإن النتيجة إذا حدثت قوة قاهرة أو حادث فجائي هو عدم إمكانية مواصلة التنفيذ وبالتالي إضطراب سير المرفق العام والمساس بالمصلحة العامة.

وعموما فإن الفقه والقضاء متفق على ضرورة توافر ثلاثة شروط أساسية، فأي عمل ما حتى يوصف بالقوة القاهرة في حال خلو العقد أو دفتر الشروط الخاص من تحديد شروطها . وتتمثل هذه الشروط خاصة في :

ـــ وقوع حادث طارئ غير متوقع.
ـــ ألا يكون لإرادة المقاول دخل أو تأثير على ماحدث.
ـــ أن يجعل هذا الحادث الفجائي تنفيذ الأشغال مستحيلا.

(1) ـــ راجع المادة (5/27) من دفتر الشروط الإدارية العامة الجزائري سنة 1964.

ويترتب على توافر هذه الشروط إعفاء المقاول من مسؤولية التأخير عن التنفيذ في المدة المحددة بشكل مؤقت، إذا كان للحادث الفجائي صفة مؤقتة، حتى يزول أثر هذا الحادث ثم يعود ليستأنف التنفيذ، كما لو كان هذا الحادث إضرابا مثلا، أو أزمة سياسية... إلخ. وإلا فيطبق الإجراء المناسب، كفسخ العقد مثلا ولكن دائما مع حماية المقاول في جميع الأحوال من توقيع الجزاءات العقدية من جانب الإدارة.

وفي هذا ينص المشرع الجزائري على أن " ... يعود القرار بالإعفاء من دفع الغرامات المالية بسبب التأخير إلى مسؤولية المصلحة المتعاقدة، يطبق هذا الإعفاء عندما لايكون التأخير قد تسبب فيه المتعامل المتعاقد (المقاول) الذي تسلم له في هذه الحالة أوامر بتوقيف الأشغال أو باستئنافها.

وفي حالة القوة القاهرة تعلق الآجال ولا يترتب على التأخير فرض الغرامات المالية بسبب التأخير ضمن الحدود المسطرة في أوامر توقيف الأشغال واستئناف الخدمة التي تتخذها المصلحة المتعاقدة... "[1].

وغني عن البيان أنه لايجوز للمتعاقدين (الإدارة والمقاول) أن يعدلا باتفاقهما أثر القوة القاهرة فيتفقا مثلا على أن يتحمل المقاول أثر هذا الحادث أو القوة القاهرة[2].

المطلب الثالث
نهاية الأشغال وتسليمها

إن الحديث عن تسليم الأشغال يعني الحديث عن نهاية عقد الأشغال العامة، وعقد الأشغال العامة كغيره من العقود الإدارية الأخرى في هذا المجال من حيث طرق نهايته.

وعلى ذلك فسنتناول كل عنصر بشكل مستقل من خلال فرعين متتالين، نخصص أحدهما للنهاية والثاني للتسليم.

---

(1) ــ راجع المادة (90) من المرسوم الرئاسي 236/10 التي تؤكد أن في كلا حالتي الإعفاء يجب أن تسلم للمقاول شهادة بذلك.

(2) ــ **خميس السيد إسماعيل** : المرجع السابق ، ص 263.

الفرع الأول
أسباب نهاية الأشغال وأشكال تسليمها

قد تكون نهاية عقد الأشغال العامة بإتمام تنفيذها، وهذه هي النهاية الطبيعية له، وقد ينتهي قبل الوصول إلى هذه المرحلة، أي إنهاءه قبل إتمام تنفيذه أوإنتهاء مدته، بحيث لايرتب العقد جميع آثاره تجاه طرفيه، ولذلك يسمى بالنهاية غير الطبيعية للعقد(1).

وهذه الأخيرة تكون عندما ينقضي عقد الأشغال العامة قبل ميعاده الطبيعي، وذلك عن طريق فسخ العقد الذي يأخذ أشكالا متعددة منها(2) :

ـــ **الفسخ باتفاق الطرفين، أو الفسخ الإتفاقي:** أي فسخ العقد بناء على الإرادة المشتركة للطرفين "... يمكن القيام بالفسخ التعاقدي للصفقة حسب الشروط المنصوص عليها صراحة لهذا الغرض.

وفي حالة فسخ صفقة جارية التنفيذ باتفاق مشترك يوقع الطرفان وثيقة الفسخ التي يجب أن تنص على تقديم الحسابات المعدة تبعا للأشغال المنجزة والأشغال الباقي تنفيذها، وكذلك تطبيق مجموع بنود الصفقة بصفة عامة "(3).

ـــ **الفسخ من جانب الإدارة :** أي بقرار من جانب واحد، هو جانب الإدارة وحدها وذلك في حالتين :

-حالة إخلال المقاول بالتزاماته التعاقدية بعد أن توجه له الإدارة إعذار بوجوب الإمتثال لإلتزاماته العقدية ولايستجيب، وهو ما يعتبر بمثابة جزاء توقعه الإدارة على المقاول، والذي كما

---

(1) ـــ أنظر المادة (43) من دفتر الشروط العامة الجزائري التي يشير فيها المشرع إلى المواد التي تتضمن حالات الفسخ في أحكام دفتر الشروط الإدارية العامة، وهي المواد 9، 11، 18، 30، 31، 34، 35، 37.

ـــ **هارون عبدالعزيز الجمل** : المرجع السابق، ص 294 وما بعدها في تعريف الفسخ وأنواع.

(2) ـــ أنظر في النهاية الغير طبيعية كل من :

ـــ **سليمان محمد الطماوي** : الأسس العامة ... ، المرجع السابق ، ص 754 وما بعدها.

ـــ **عمار بوضياف** : الصفقات العمومية في الجزائر، مطبعة جسور للنشر ، ط2، سنة 2000 ، ص 199 وما بعدها.

ـــ **محمد الصغير بعلي** : العقود الإدارية، دار العلوم للنشر والتوزيع ، بدون تاريخ، ص 102. وما بعدها.

(3) ـــ أنظر المادة (113) من المرسوم الرئاسي 236/10.

أسلفنا يتم تحت مراقبة القضاء، وقد نص عليه المشرع الجزائري صراحة " إذا لم ينفذ المتعاقد إلتزاماته التعاقدية في اجل محدد.

وإذا لم يتدارك المتعاقد تقصيرة في الأجل الذي حدده الإعذار المنصوص عليه أعلاه، يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تفسخ الصفقة من جانب واحد ... "(1).

-أما الحالة الثانية التي يكون فيها الفسخ من جانب واحد أيضا فهي حالة إقتضاء المصلحة العامة لفسخ العقد، وذلك دون خطأ من المقاول، وإنما مراعاة لمبدأ الملاءمة والتكيف بحكم المرافق العامة(2).

ـــ **الفسخ القضائي** : إذ قد ينقضي العقد بحكم القضاء في حالة منها : خطأ الإدارة في ممارستها لسلطة التعديل، بأن تجاوزت الحد المسموح به فعملت على تغيير موضوع العقد، كأن تعدل في إلتزامات المقاول بما يقلب إقتصايات العقد بشكل كبير(3).

والفسخ بقوة القانون وذلك إذا توفرت شروط معينة ، كهلاك الشئ موضوع التعاقد نتيجة الزلزال مثلا أو الحرب .

ومتى تم فسخ العقد لأي سبب كان فإنه يتوجب تصفية آثاره، وذلك بناء على تحديد مقدار ما تم تنفيذه من الأشغال، وهو ما أقرته المادة (100) من قانون الصفقات العمومية الجزائري السابق ذكرها.

أما عن النهاية الطبيعية لعقد الأشغال العامة الذي هو الأصل العام لأن الوضع الغالب في هذه العقود أنها عقود فورية من حيث الزمن تنقضي بتنفيذ كل طرف لإلتزاماته المتفق عليها في العقد(4).

(1) ـــ أنظر المادة (112) من المرسوم الرئاسي 236/10.
(2) ـــ **محمد الصغير بعلي** : المرجع السابق ، ص 103.
(3) ـــ **سليمان محمد الطماوي** : الأسس العامة ... ، المرجع السابق ، ص 754 .
(4) ـــ راجع كلا من :
ـــ **خميس السيد إسماعيل** : المرجع السابق، ص 332.

فتنقضي إلتزامات الإدارة بالوفاء بالثمن المتفق عليه، وتنقضي إلتزامات المقاول بتنفيذ الأشغال محل العقد ويتحرر من إلتزاماته بتسليم الأشغال التي قام بإنجازها.

الفرع الثاني
تسليم الأشغـال وأشكاله

إذن بعد أن يكمل المقاول إنجاز الأشغال محل العقد يلتزم بتسليم هذه الأعمال إلى الإدارة لكي يتحرر من إلتزاماته العقدية ويحصل على ثمن الأشغال التي قام بتنفيذها.

ويتم تسليم الأشغال العامة بحضور المقاول والإدارة، وتعتبر هذه العملية بمثابة إقرار منها بإنجاز الأشغال من طرف المقاول، حيث تعلن الإدارة قبولها للأشغال متى كانت في حالة تسمح بتسلمها ووضع يدها عليها(1).

وفي هذا ينص المشرع الجزائري على " يتعين على المقاول إعلام مهندس الدائرة أو المهندس المعماري بكتاب مضمون عن إتمام الأشغال، ويقوم عند ذاك مهندس الدائرة أو المهندس المعماري بالإستلام المؤقت بحضور المقاول أو بعد دعوته للحضور رسميا ، وفي حالة تغيب المقاول يشار إلى ذلك في المحضر ... "(2).

ويقابل إلتزام المقاول بتسليم الأشغال إلتزام الإدارة بتسلمها ، وإلا إرتكبت خطأ عقديا تتحمل مسؤوليته في مواجهة المقاول، فالتسليم والإستلام إلتزام يقع على عاتق الطرفين لايمكن لأي منهما ولا لكيليهما الإخلال به. وتسليم الأشغال ليس مجرد عملية مادية، بل هو تصرف قانوني أيضا له نظام وأشكال ينبغي التقيد بها.

ـــ **سليمان محمد الطماوي** : الأسس العامة ...، المرجع السابق، ص 743.

حيث يشير المؤلفان إلى أن ثمة طائفة خاصة من عقود الأشغال العامة تعتبر من العقود الزمنية، وهي عقود إلتزام بالصيانة التي تنتهي بانقضاء المدة المقررة لها في العقد، وغيرها من العقود الأخرى.

(1) ـــ **عيسى عبدالقادر الحسن** : المرجع السابق ، ص 105 .

فالتسليم يعتبر بمثابة إقرار، لأنه طالما تسلمت الإدارة المنشأة التي أنجزها المقاول دون تحفظ فإن ذلك يعني أن تقر بأن إنجازها قم تم وفقا لما هو متفق عليه في العقد.

(2) ـــ راجع المادة (1/46) من دفتر الشروط الإدارية العامة الجزائري.

والتسليم هو معاينة حضورية للاشغال بعد إنجازها ، تقر من من خلالها الإدارة بوفاء المقاول بالتزامه بتنفيذ العمل محل العقد وفقا للشروط والقواعد الفنية المتفق عليها.

ويجري تسليم الأشغال العامة وفقا لأحد نظامين يعتمدها المشرع هما : نظام التسليم الوحيد، ونظام التسليم الثنائي، وهذا الأخير كما يدل عليه إسمه، يتم فيه تسليم الأشغال على مرحلتين متتاليتين ومتميزتين من حيث آثارهما، وهما مرحلة التسليم المؤقت التي تلي مباشرة إتمام إنجاز الأشغال وتكون آثارها محدودة ، ثم تليها مرحلة التسليم النهائي بعد فترة من الزمن والتي يكون من آثارها إنقضاء الرابطة العقدية بين المقاول وصاحب المشروع.

أما نظام التسليم الوحيد، فيتم بعد إكمال تنفيذ الأشغال في مرحلة واحدة ومن خلال عملية واحدة، وهو قريب من مرحلة التسليم المؤقت من حيث نتائجه القانونية في نظام التسليم الثنائي، إذ أنه لايؤدي إلى إنتهاء الرابطة العقدية الناشئة عن عقد الأشغال العامة.

وقد إعتمد المشرع الفرنسي نظام التسليم الوحيد هذا في كراسة الشروط الإدارية العامة(1) وجعله يحل محل التسليم المؤقت وليس التسليم النهائي لأنه مصحوب بضمان الإنجاز الكامل الذي يذكر بمدة الضمان الفاصلة بين التسليم الإبتدائي والتسليم النهائي(2).

إلا أن المشرع الفرنسي لم يلغ نظام التسليم الثنائي، بل أن النظامين يطبقان بالتوازي إذ يمكن اللجوء إلى التسليم الثنائي للأشغال التي لم تشر عقودها صراحة إلى تبني أحكام دفتر الشروط الإدارية العامة الصادرة في 1976 التي إعتمد فيها نظام التسليم الوحيد.

(1) ــ أنظر المادة (1/41) من دفتر الشروط الإدارية العامة CCAG الفرنسي 1976.

(2) ــ **عيسى عبدالقادر الحسن** : المرجع السابق ، ص 106 .

- **DELAUBADER** : …. Contrats Administratif, T2, Op Cit, P. 771.

أما الحالة الثانية التي يمكن فيها إعتماد التسليم الثنائي فهي كون العقد ينص على ذلك، باعتبار أن الأحكام التشريعية المنظمة للتسليم لاتعتبر من النظام العام وبالتالي يجوز الإتفاق على مخالفتها.

وعموما وسواء كان النظام المتبع في تسليم الأشغال هو التسليم على مرحلتين أو التسليم في مرحلة واحدة، فإن التسليم في حد ذاته كعملية قانونية يتخذ أشكالا متعددة منها :

- التسليم الصريح : وهو الشكل الأصلي والذي يتم وفقا لإجراءات تتضمنها النصوص المختلفة .

- التسليم الضمني : الذي يتم من خلال تصرفات الإدارة صاحبة المشروع، كوضع يدها على المنشأة المنجزة وبدء إستخدامها فيما أعدت له، وذلك دون إتباع الخطوات والإجراءات التي تحددها النصوص لعملية التسليم، وهو التصرف الذي يعتبره القضاء الإداري بمثابة التسليم ويرتب عليه نتائج التسليم الصريح، كبدء سريان مدة الضمان العشري، متى كانت الأشغال التي حازتها الإدارة تسمح باستلامها و لم تكن حيازة الإدارة مقرونة بتحفظات عليها.

وكذلك إعتبار التسليم النهائي حقا مكتسبا للمقاول بقوة القانون، وذلك بعد إنقضاء مدة الضمان.

غير أن أحكام التسليم الضمني ليست موحدة بالنسبة لجميع الحالات، وإنما القضاء يدرس كل حالة بحسب معطياتها، لذلك فإن ما يطبقه على حالة قد لايعمله على حالة أخرى(1).

إضافة إلى ما سبق هناك أيضا أشكال في التسليم :

التسليم الودي والتسليم القضائي

(1) ــ أنظر في تفصيل أحكام التسليم الضمني :
ــ **سليمان محمد الطماوي** : الأسس العامة ... ، المرجع السابق ، ص 816 وما بعدها.
ــ **عيسى عبدالقادر الحسن** : المرجع السابق ، ص 108 وما بعدها .

حيث يتم بحسب الأصل التسليم وديا وإن حدث عدم إتفاق بين المقاول والإدارة في هذا الشأن، فإن لكل منهما الحق في اللجوء إلى القضاء لحل النزاع وذلك بتحديد تاريخ نهاية الرابطة العقدية بين الطرفين.

ومن أشكال التسليم أيضا نجد **التسليم الكلي والتسليم الجزئي** : ويقصد بذلك تسليم كل الأشغال محل العقد أوتسليم شريحة أو جزء منها فقط، خاصة بالنسبة للأشغال المجزأة والتي قد يتولى تنفيذها أكثر من مقاول، وبالتالي يتم تسليمها بعد الإنجاز من أجل بدء سريان مدة الضمان العشري دون إنتظار لحين إكتمال كل أشغال المشروع وهو ما نص عليه المشرع الفرنسي في دفتر الشروط الإدارية العامة(1).

وتضمن التشريع الجزائري حكما مماثلا "... يجب أن يتم الإستلام المؤقت الجزئي عندما تستعمل الإدارة حق الحيازة المسبقة على بعض الأشغال "(2).

الفرع الثالث
مراحل التسليم وآثاره

إذن كما أشرنا هناك التسليم الوحيد كنظام والتسليم الثنائي ، والتسليم الوحيد هو بمثابة التسليم المؤقت في نظام التسليم المزدوج المراحل، وعليه فسنكتفي بالتطرق لتبيان التسليم المزدوج من حيث مراحله وإجراءاته والنتائج المترتبة عليه.

1 - التسليم المؤقت

ويسمى أيضا بالتسليم الإبتدائي، وهو كما أسلفنا يقابل التسليم الوحيد من حيث آثاره، وعليه فإن ما يقال عن الأول ينطبق على الثاني.

(1) ــ أنظر المادة (1/21) من دفتر الشروط الإدارية العامة لسنة 1976.
(2) ــ أنظر المادة (2/46) من دفتر الشروط العامة الجزائري CCAG لسنة 1964.

ويتم الإستلام المؤقت عقب إنتهاء المقاول من تنفيذ الأشغال محل العقد مباشرة، حيث يبادر إلى إخطار صاحب الأشغال، أي مكتب الدراسات المكلف بمتابعة تنفيذ الأشغال، لكي يقوم بالإستلام المؤقت للأشغال سواء كان ذلك بحضور صاحب المشروع أو في غيابه، ولكن بحضور المقاول الذي يجب دعوته لحضور التسليم(1)، وإن تغيب عن مراسيم التسليم بالرغم من توجيه الدعوة له بشكل رسمي وجب تسجيل تلك الملاحظة على محضر التسليم.

وهذا ما ينص عليه دفتر الشروط الإدارية العامة الجزائري " يتعين على المقاول إعلام مهندس الدائرة أوالمهندس المعماري بكتاب مضمون عن إتمام الأشغال ،ويقوم عند ذلك مهندس الدائرة أو المهندس المعماري بالإستلام المؤقت بحضور المقاول أو بعد دعوته للحضور رسميا، وفي حالة تغيب المقاول يشار على ذلك في المحضر ... "(2).

غير أنه وقبل إعداد وإمضاء محضر التسليم، يجب على الإدراة ممثلة في مكتب الدراسات المكلف بمتابعة الأشغال، القيام بخطوات، بدايتها وجوب إجراء معاينة للأشغال، إذ بعد أن يتلقى إخطارا من المقاول بشأن إنجاز الأشغال لتسليمها يقوم مكتب الدراسات بدوره بتحديد موعد لإجراء المعاينة وإخبار المقاول بذلك الموعد كتابيا وذلك خلال أجل 20 عشرون يوما من تاريخ تلقي إخطار المقاول بإنهاء الأشغال حسب التشريع الفرنسي(3)، ولم يرد أجل محدد في التشريع الجزائري، إلا أن هذا لايعني أن مكتب الدراسات يستطيع أن يؤخر المعاينة بحسب هواه، بل يجب أن يجري ذلك في زمن معقول وإلا تحمل مسؤولية ذلك.

وتهدف عملية المعاينة إلى التحقق من تنفيذ الأشغال، وإجراء الإختبارات التي ينص عليها دفتر الشروط الخاصة ،والتأكد من عدم وجود أعمال غير منفذة من مجموع الأعمال المنصوص عليها في العقد، وكذلك التأكد من عدم وجود عيوب أو نقص في

(1) - **JEAN MARIE AUBY** : Op Cit, P. 243.
- **PHILIPPE GODFRIN** : Op Cit, P. 206.

(2) ــ أنظر المادة (46) من دفتر الشروط الإدارية العامة CCAG لسنة 1964. تحت عنوان : " الإستلام المؤقت ".

(3) ــ أنظر المادة (41) من دفتر الشروط الإدارية العامة الفرنسي لسنة 1976.

الأشغال. إضافة إلى الإطمئنان إلى إزالة كل بقايا المواد المستعملة في الإنجاز من الآلات أو أجزاء منها أو مواد من مختلف الأنواع، كالإسمنت المستعمل والغير مستعمل والأتربة والرمل والحصى والأخشاب وغيرها. إذ على المقاول إزالة كل ذلك وتمهيد الأرض بشكل يسمح بالإستعمال.

وكما نصت عليه بعض التشريعات " على المقاول بمجرد إتمام العمل أن يخلي الموقع من جميع المواد والأتربة والبقايا وأن يمهده ... وإلا كان لجهة الإدارة تنفيذ ذلك على حسابه، ويخطر عندئذ بالموعد الذي حدد لإجراء المعاينة ويحرر محضر التسليم المؤقت بعد إتمام المعاينة ..." (1).

وإن كان المشرع الجزائري لم يشر إلى عملية المعاينة وما يتخللها، فإن ذلك مما يؤاخذ عليه، إذ كان يتعين على المشرع الجزائري ــ ونتمنى أن يتم ذلك مستقبلا ــ كان عليه الإشارة إلى إجراء المعاينة حتى وإن كانت خطوة بديهية، ثم مضمون هذه المعاينة أي محتواها وما يجب أن تشتمل عليه، ثم التأكيد على واجب المقاول تسليم المشروع محل الأشغال في صورة أو حالة تمكن من إستعماله لما أنجز له، وذلك عن طريق تهيئة الأماكن وإزالة كل ما يعيق إستخدامها، وذلك لتجنب تسليم المنشأة وهي تبدو في صورة ورشة أشغال، وفي حالة عدم الإمتثال من جانبه، تقوم الإدارة بذلك على حسابه.

ويجب أن يقرر وجوب إعداد محضر معاينة توقعه الأطراف أي مكتب الدراسات والمقاول أومندوبه، فإذا تبين من المعاينة أن العمل قد تم على الوجه المطلوب إعتبر تاريخ إخطار المقاول للإدارة أو مندوبها باستعداده لتسليم الأشغال هو موعد إنهاء العمل وبالتالي جدد بداية مدة الضمان.

وإذا ظهر من المعاينة أن الأشغال لم تنفذ بالشكل المطلوب فيسجل ذلك في محضر المعاينة ويؤجل التسليم إلى حين تنفيذ الأشغال على الوجه المنصوص عليه فى العقد

(1) ــ أنظر المادة (87) من اللائحة التنفيذية للقانون رقم 89 لسنة 1998 المصري.

وفي حال قرر الوكيل الفني للإدارة (مكتب الدراسات) بأن الأشغال في حال تسمح باستلامها، يقرر المسؤول عن العقد (صاحب المشروع) إعلان التسليم، هذا الإعلان الذي يتم في نماذج وصور متعددة، فقد يكون تسليم مجرد من أي شروط، وقد يكون تسليم مع تحفظات معينة أو تسليم مع تخفيض الثمن.

فإذا كان المقاول قد نفذ الأشغال وفقا لما هو متفق عليه في العقد فإن التسليم يعلن عندئذ بدون أي تحفظات ولا قيود.

غير أنه قد يعلن المسؤول عن المشروع تسلم الأشغال ولكن تحت تحفظ إجراء تجارب واختبارات معينة، إذ قد ينص دفتر الشروط الخاصة على وجوب إجراء إختبارات معينة على بعض الأشغال بعد فترة من إستعمالها مثلا، أو إجراء الإختبار في فصل معين من فصول السنة.

ففي مثل هذه الحالات يعني التسليم تحت التحفظ لحين إجراء هذه الإختبارات، ونتيجة الإختبار هي التي تحدد ما إذا كان التسليم سيتم فعلا متى كانت نتائجه إيجابية أو أنه سيلغى إذا أثبت الإختبار والتجربة أن النتائج غير مرضية(1).

إذا ثبت من المعاينة أن هناك أشغالا معينة مذكورة في العقد، و لم ينفذها المقاول، فإنه قد يتم إعلان التسليم ولكن تحت تحفظ تعهد المقاول بإتمام تنفيذها خلال مدة محددة(2).

أما إذا إتضح من المعاينة بأن الأشغال بها عيب ما، فإنه رغم ذلك يمكن إعلان التسليم تحت تحفظ إصلاح المقاول لهذا العيب في مدة يحددها المسؤول عن المشروع، أو قبل ثلاثة أشهر من إنتهاء مدة الضمان، فإذا لم يصلح المقاول العيب المتحفظ بشأنه قامت الإدارة بتنفيذ ذلك على حسابه دون إلغاء التسليم الذي هو حكم التسليم المقرون بتحفظ إجراء التجارب والإختبارات(3).

---

(1) ــ أنظر المادة (4/41) من دفتر الشروط الإدارية العامة الفرنسي لسنة 1976.

(2) ــ أنظر المادة (5/41) من دفتر الشروط الفرنسية التي تحدد مدة وجوب تنفيذ المقاول للأعمال المنصوص عليها في العقد و لم ينجزها ،بثلاثة اشهر من تاريخ إعلان التسليم.

(3) ــ أنظر المادة (42) من دفتر الشروط الإدارية العامة الفرنسي لسنة 1976.

وإذا ثبت من معاينة الأشغال أن جزءا منها تم بشكل غير مطابق لما هو محدد في العقد، أو فيها نقص عما هو متفق عليه ،أونفذت الأشغال ولكن بها عيب معين، غير أن هذه الملاحظات لاتصل الى درجة المساس بسلامة الأشغال أو لايؤثر على إستعمال المنشأة، ففي مثل هذه الحالات يجوز للإدارة صاحبة المشروع أن تقبل بالتسليم مع إقتراح للمقاول بتخفيض ثمنها، فإن لم يوافق على ذلك وجب عليه إصلاح ما بها من عيب أو إستكمال ما بها من نقص وإتمامها على الوجه المتفق عليه(1).

ويلاحظ خلو التشريع الجزائري من هذه الأحكام التفصيلية والعملية بالنسبة لأشكال تسليم الأشغال، وهو ما تعتبره نقصا يجب تداركه، لأنه إذا كان للمشرع من مبررات في فترة إصدار أحكام دفتر الشروط العامة، فإنه مع مرور هذه الفترة الطويلة وتلمسه للواقع وما يطرحه من إشكالات فإنه لامناص من أن يتدخل بأحكام قاطعة في مثل هذه الأمور.وهذا مما يفرض على المشرع مراجعة دفتر الشروط العامة.

2 ـ آثار التسليم المؤقت

يترتب على التسليم المؤقت الإبتدائي وأيضا على التسليم الوحيد بالنسبة للتشريعات التي تتبنى هذا النظام نتائج معينة تتمثل خاصة في إعفاء المقاول من إصلاح العيوب الظاهرة أثناء التسليم والتي لم تكن محل تحفظ(2)، حيث لاتستطيع الإدارة أن تطالبه على أساس المسؤولية التعاقدية، ما دام العيب كان ظاهرا أو يمكن كشفه أثناء المعاينة، ورغم ذلك تسلمت العمل دون أن تبدي إعتراضها على ذلك، مما يعني أنها قبلت به أو أنها لم تعتبره عيبا ، وهذا طبعا شريطة عدم وجود غش من قبل المقاول، وهذا ما أقره أيضا مجلس الدولة الفرنسي(3).

---

(1) ــ أنظر المادة (7/41) من دفتر الشروط الإدارية العامة الفرنسي لسنة 1976.

- **LAURENT RICHER** : Op Cit, P. 235.

(2) ــ **سليمان محمد الطماوي** : الأسس العامة ...، المرجع السابق، ص 746.

ــ **عيسى عبدالقادر الحسن** : المرجع السابق، ص 118.

- **DELAUBADER** : …. Contrats Administratif, T2, Op Cit, P. 794.

(3) - C.E. 24/5/1974 Societe Panl Millet, Rec, P 188.

- **PHILIPPE GODFRIN** : Op Cit, P. 206.

ومن آثار التسليم المؤقت أيضا بدء سريان مدة الضمان التي يلتزم المقاول خلالها بإصلاح العيوب التي أبدت الإدارة بشأنها تحفظات ، أو تلك التي تظهر أثناء مدة الضمان.

ووجدت مدة الضمان هذه كفترة تجربة واختبار للأشغال المنجزة، تستطيع الإدارة من خلالها تقييم مدى صلاحية ما أنجز من أشغال، وذلك بإعطائها متسعا من الوقت كفرصة لذلك، وهذا قبل أن تنتقل إليها ملكية المنشأة المنجزة.

وقد حدد دفتر الشروط الإدارية العامة مدة هذا الإختبار، أي مدة الضمان بالنسبة لعقود الأشغال العامة بستة أشهر الى سنة بحسب نوع الأشغال والتي تبدأ من تاريخ التسليم "... في حالة عدم وجود نص صريح في دفتر الشروط الخصوصية يحدد هذا الأجل بستة أشهر إبتداء من تاريخ التسليم المؤقت لأشغال الصيانة، وحفر الأسس، والطرق ... وبسنة واحدة للأشغال الأخرى.

يظل المقاول مسؤولا عن أشغاله ويتعين عليه صيانتها مدة ذلك الأجل ... "(1).

وهي ذات المدة التي قررها المشرع الفرنسي في دفتر الشروط الإدارية العامة وأيضا ذات التمييز بين أنواع الأشغال.

ولا تفرق تشريعات أخرى بين أنواع الأشغال بل جعلت مدة الضمان هي سنة كاملة، بالنسبة للأشغال العامة كلها، ومنها المشرع المصري(2).

ويلتزم المقاول أثناء فترة السنة أي مدة الضمان بإصلاح كل عيب إكتشفته الإدارة أثناء المعاينة وأبدت بشأنه تحفظا، وأيضا إصلاح العيوب التي قد تظهر أثناء تلك الفترة، كما يلتزم المقاول بصيانة الأشغال المنجزة طيلة تلك الفترة.

(1) ــ أنظر المادة (2/47 - 3) من دفتر الشروط الإدارية العامة الجزائري لسنة 1964.

ــ أيضا المادة (1/41 من دفتر الشروط الفرنسي لسنة 1976.

(2) ــ أنظر المادة (88) من اللائحة التنفيذية للقانون رقم 89 لسنة 1998.

ولقد حرص المشرع الجزائري على تأكيد هذا الإلتزام الأخير المتمثل في صيانة الأشغال وذلك في الفقرة ما قبل الأخيرة من نص المادة (47) من دفتر الشروط الإدارية العامة المذكورة أعلاه، وهو ذات الموقف بالنسبة للمشرع المصري الذي ينص على "... والمقاول مسؤولا عن بقاء جميع الأعمال سليمة أثناء مدة الضمان ... فإذا ظهر بها أي خلل أو عيب يقوم بإصلاحه على نفقته، وإذا قصر في إجراء ذلك فللجهة الإدارية أن تجريه على نفقته وتحت مسؤوليته "[1].

ومن آثار التسليم المؤقت أيضا أن تنتقل مسؤولية تبعة الهلاك والمخاطر إلى الإدارة صاحبة المشروع إبتداء من تاريخه، وهذا بحسب الفقه والتشريع الفرنسي[2].

وإن كان المشرع الجزائري لم يشر إلى موضوع تبعة الهلاك كغيره من المواضيع الأخرى التي سجلناها عليه بأنها تعتبر تقصيرا يجب تداركه، ونرى أنه من العدل بالنسبة لتبعة الهلاك بعد التسليم المؤقت أن يضعها المشرع على عاتق الإدارة صاحبة المشروع، باعتبار كما قلنا أن التسليم يعتبر بمثابة إقرار من الإدارة بأن المقاول قد وفى بالتزاماته على أكمل وجه، وبالتالي فمن غير المنطقي أن نحمله تبعة الهلاك بعد ذلك وبعد أن أصبحت الإدارة تحوز ما أنجز من أشغال.

أيضا من آثار التسليم المؤقت (أو الوحيد) هو إعداد كشوف الحسابات الختامية والعامة لصالح المقاول من أجل الوفاء له بمستحقاته المالية، وقد تناولنا موضع هذه الكشوف عند تناولنا لحق المقاول فى الثمن.

أخيرا فإن من آثار إتمام التسليم المؤقت هو حق المقاول في إسترداد المبالغ المالية التي دفعها أثناء إبرام الصفقة وبالضبط عندما أرسى عليه العطا والتي تمت تحت مسميات مختلفة، ضمان الصفقة وكفالة حسن تنفيذها.

(1) ــ أنظر ذات المادة (88) من اللائحة التنفيذية المصرية.

(2) - **DELAUBADER** : …. Contrats Administratif, T2, Op Cit, P. 796

وفي هذا ينص المشرع الجزائري تحت عنوان : (رد الضمان) " يرد مبلغ الضمان أوتحرر الضمانة الحالة محله على قيام الإدراة برفع اليد عن الأشغال وذلك في الشهر الذي يلي تاريخ الإستلام النهائي للأشغال إذا كان متعهد الصفقة قد أتم لذلك التاريخ تعهداته تجاه الإدارة، وإذ أثبت المقاول تأديته التعويضات التي يكون ملزما بها طبقا ... "[1].

غير أن إسترداد هذه المبالغ وكيفياته تحدد بموجب إتفاق أطراف العقد أو وفقا لأحكام دفتر الشروط الخاصة في إطار ما ينص عليه المشرع[2].

وإذا نص العقد على اجل خاص للضمان فإن المبلغ المدفوع كضمان حسن التنفيذ والذي يتراوح بين 05% و 10% من قيمة الصفقة بحسب أهمية موضوع الصفقة، هذا المبلغ لايسترده المقاول وإنما يتحول إلى كفالة الضمان عند التسليم المؤقت بحسب ما ينص عليه المشرع الجزائري[3] حيث تحتفظ الإدارة في هذه الحالة بالتأمينات والضمانات التي قدمها المقاول حتى تاريخ إنتهاء مدة الضمان أو التسليم النهائي وذلك ضمانا لحقوقها فيما لو ظهرت عيوب في الأشغال خلال هذه المدة[4].

وعليه فإنه بعد إتمام التسليم المؤقت ترد للمقاول تلك المبالغ، شرط ألا يكون مدينا بأية مبالغ أو مطالبات قبل الإدارة، أو يرد إليه مازاد عن قيمة ذلك الدين أوالمطالبات، مع الإحتفاظ بقيمة الضمان لحين إنتهاء مدته إذا كان ذلك منصوص عليه في العقد، وفي هذا ينص المشرع الجزائري على " تسترد الكفالة المنصوص عليها في المادة (99) أو الإقتطاعات المذكورة في المادة (100) أعلاه، كليا في مدة شهر واحد إبتداء من تاريخ التسليم النهائي للصفقة "[5].

3 - التسليم النهائي

(1) ــ أنظر المادة (48) من دفتر الشروط الإدارية العامة الجزائري .
(2) ــ أنظر المادة (101) من المرسوم الرئاسي المتضمن قانون الصفقات العمومية الجزائري.
(3) ــ أنظر المواد (99 و 100) من المرسوم الرئاسي 236/10.
(4) ــ **عيسى عبدالقادر الحسن** : المرجع السابق ، ص 123 .
(5) ــ أنظر المادة (101) من المرسوم الرئاسي 236/10.

ويقصد به الإجراء الذي تتسلم بموجبه الإدارة الأشغال وتمتلكها نهائيا بعد أن تتأكد من أن المقاول قد أنجزها على نحو ما هو متفق عليه في العقد. وهو إجراء يأتي بعد إنتهاء فترة الضمان التي تلت التسليم المؤقت(1).

والتسليم النهائي يتم مبدئيا بشكل صريح حيث يتم تحرير محضر بذلك مثلما هو الشأن بالنسبة للتسليم المؤقت.

وقد يتم التسليم النهائي خلافا للأصل العام بناء على حكم قضائي فيما لو رفضت الإدارة القيام بالتسليم النهائي، حيث يحق للمقاول في هذه الحالة وبعد أنذار الإدارة اللجوء إلى القضاء لإستصدار حكم بالتسليم النهائي متى رأى القاضي أن الشروط متوفرة لذلك، وذلك حتى يتحرر المقاول نهائيا.

كما يمكن الخروج عن مبدأ التسليم النهائي الصريح، وذلك في حالة حيازة الإدارة للأشغال أو لجزء من الأشغال المنجزة واستعمالها ومرور فترة الضمان، إذا كانت هذه الأشغال في وضعية تسمح بتسليمها ، وليس بها عيوب، أو أن المقاول أصلح العيوب التي أشارت إليها الإدارة. فإن التسليم النهائي في هذه الحالة يكون قد تم ضمنيا(2).

وقد نص المشرع الجزائري على المرحلة الثانية من التسليم، أي التسليم النهائي في دفتر الشروط الإدارية العامة حيث نص على " يتبع نفس الإجراء فيما يخص الإستلام النهائي بعد إنقضاء أجل الضمان ... "(3). بما يعني أن التسليم النهائي يتم في حضور المقاول بعد إستدعاءه لذلك وجوبا ، فإن لم يستجب لدعوة الحضور للتسليم النهائي تم ذلك في غيبته مع التأشير على محضر التسليم بذلك.

---

(1) ــ **أنس جعفر** : العقود الإدارية ، المرجع السابق ، ص 358 .

ــ **سليمان محمد الطماوي** : الأسس العامة ...، المرجع السابق، ص 748.

ــ **خميس السيد إسماعيل** : المرجع السابق، ص 333.

- **JEAN MARIE AUBY et P. BON** : Op Cit, P. 244.

(2) ــ **سليمان محمد الطماوي** : الأسس العامة ...، المرجع السابق، ص 749.

- **JEAN MARIE AUBY** : Op Cit, P. 244.

(3) ــ أنظر المادة (47) من دفتر الشروط الإدارية العامة الجزائري .

ويكون وقت التسليم بعد إنتهاء فترة الضمان المحددة بستة أشهر أوعام بحسب نوع الأشغال، ويترتب على التسليم النهائي نتائج هامة تتمثل خاصة في إنقضاء العلاقة العقدية بين المقاول والإدارة صاحبة المشروع وما يتولد عن ذلك من آثار أهمها :

ـــ إنتقال ملكية الأشغال محل العقد إلى ذمة الإدارة، وما يستتبع ذلك من نقل تحمل تبعة الهلاك.

ـــ تحرر المقاول من الإلتزام بالصيانة الذي كان على عاتقه اثناء فترة الضمان بعد الإستلام المؤقت.

ـــ حصول المقاول على كافة مستحقاته المالية تجاه الإدارة سواء مقابل ما قام به من أشغال أو ما قدمه من مبالغ على سبيل الكفالة والضمان.

غير أن إنقضاء العلاقة العقدية وما يترتب عنه من نتائج، تتمحور حول عدم مسؤولية المقاول في مواجهة الإدارة بناء على أحكام العقد ، ومنه فإنها لاتستطيع أن تطالبه على أساس مخالفته لأحكام العقد أو أنه لم يحترم شروط العقد في التنفيذ مثلا ولا أن تطالبه بالتعويض عن شئ من هذا القبيل، وهي النتائج التي تختلف جذريا عن نتائج التسليم المؤقت.

ويجب التمييز بين هذا كله وهو ما يشكل مخالفة المقاول لشروط تنفيذ العقد، وبين العيوب التي تنكشف بعد الإستلام النهائي، حيث أن هذه العيوب تطبق بشأنها أحكام الضمان العام أو أحكام الضمان العشري بحسب ما يتوفر من شروط في كل حالة، إذ يحق للإدارة في هذه الحالة مطالبة المقاول بالتعويض عن هذه العيوب ما دام الضمان قائما و لم يسقط بالتقادم(1).

وأيضا من النتائج الحاسمة للتسليم النهائي إلى جانب إنقضاء العلاقة العقديـــة هي : بدء سريان مدة الضمان العشري، التي تنطلق من تاريخ التسليم النهائي للأشغال أو من تاريخ حيازة الإدارة للأشغال المنجزة عندما تلجأ الإدارة إلى ذلك قبل التسليم النهائي، كما أسلفنا.

(1) ـــ **خميس السيد إسماعيل** : المرجع السابق ، ص 335 .

ويعتبر التسليم النهائي كما عبر عنه أحدهم نقطة عبور من المسؤولية العقدية إلى المسؤولية العشرية ، وهي الحادث الذي يعبر عنه مجلس الدولة في أحكامه بأنه ليس هناك دعوى مسؤولية عشرية قبل التسليم النهائي ولا دعوى مسؤولية عقدية بعده(1).

أحكام الضمان العشري بين القانون المدني والأشغال العامة : يحمل القانون المدني الفرنسي المقاول مسؤولية ضمان ما شيده من مباني لمدة عشر سنوات، وإن كان القاضي الإداري في فرنسا ممثلا في مجلس الدولة لايطبق حرفيا مضمون التشريع المدني، إلا أنه يستعين بالمبادئ التي إستلهمها من قانون التأمين لسنة 1978 والمتعلقة بالمسؤولية والتأمين في مجال البناء الذي عدل بشكل جوهري نظام الضمان العشري.

فالنصوص التي وضعت لتطبق على الأشغال الخاصة لاتستبعد صراحة الأشغال العامة من نطاق تطبيقها، بل على العكس فهي تكرس بعض المبادئ التي أقرها القضاء الإداري(2).

فإذا كان القانون المدني الفرنسي في مادته 1792 يقرر مسؤولية المقاول وضمانه البناء لمدة عشر سنوات من تاريخ التسليم النهائي، فإن قانون 1978 المتعلق بالتأمين والمسؤولية على البناء يوسع مجال هذه المسؤولية لتشمل أشخاص آخرين إلى جانب المقاول، بحيث تشمل المسؤولية كل من شارك في عملية البناء، بما فيهم المهندسين والمهندسين المعماريين، والتقنيين، ومكاتب الدراسات، إضافة إلى الصانع والمستورد، والمراقبون التقنيون.

كما تسري هذه المسؤولية أيا كان سبب الضرر، كأن يكون بسبب عيب في البناء، أو عيب في الأرضية وغيرها، شريطة ألا يكون هذا العيب ظاهرا أثناء التسليم، وإلا وجب على الإدارة صاحبة المشروع أن تسجل تحفظها في وقته.

ويشترط أن يكون هذا العيب المتكشف من الأهمية، بحيث يؤثر على سلامة البناء ، أو يؤثر على إستعماله للهدف الذي أنجز من أجله

(1) - **DELAUBADER** : ….. Contrats Administratif, T2, Op Cit, P. 768
(2) - **PHILIPPE GODFRIN** : Op Cit, P. 207.

كما حدد القرار الوزاري المشترك الصادر في 15 ماي 1968 المتضمن إجراءات تنفيذ وتسوية أشغال البناء نطاق الضمان عن طريق التأمين على أشغال البناء، بحيث يشمل البناءات وأساسها، وكذلك التجهيزات اللصيقة بالبناء والتي لاتقبل الإنفصال عنها، كما تمتد الى العيوب التي قد تلحق بالأجهزة والمواد وكل عيب يؤثر على البناء سواء في الحاضر أو المستقبل، أو يؤثر سلبا على عمل أو إستعمال هذا البناء في ظروف عادية، وذلك بغض النظر عن موقع العيب أكان في الأساسات أو في الجدران أو السقوف.

أما بالنسبة للتجهيزات فهي لاتخضع للضمان العشري وإنما لأنواع اخرى من الضمان، و لم يبتعد المشرع الجزائري كثيرا عما ذهب إليه المشرع الفرنسي، فقد قرر القانون المدني الجزائري مسؤولية كل من المقاول والمهندس المعماري بالتضامن عن كل ما يحدث من تهدم جزئي أو كلي لما شيداه من مبان ومنشآت حتى ولو كان التهدم ناشئا عن عيب في الأرضية، وذلك خلال عشر سنوات من تاريخ التسليم النهائي، كما يشمل الضمان كل عيب من شأنه تهديد متانة البناء وسلامته(1).

وتخلى مسؤولية المهندس المعماري متى إقتصر دوره على وضع التصاميم فقط دون الإشراف على التنفيذ إذا لم يكن العيب ناتجا عن التصميم(2).

كما جعل المشرع الجزائري المسؤولية والضمان العشري من النظام العام، إذ يقع باطلا كل إتفاق فيما بين المتعاقدين على الإعفاء منها(3).

و لم يترك المشرع الجزائري المقاول والمهندس المعماري للخضوع للأحكام العامة للضمان فقط، بل أضاف إليها أحكاما خاصة وذلك سعيا منه لإتخاذ الإحتياطات اللازمة والممكنة لتكون المباني سليمة والمنشآت متينة حفاظا على الأرواح والأموال.

(1) ــ أنظر المواد (554 ، 555 ، 556) من القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم الصادر بالأمر رقم 58/75.
(2) ــ أنظر المواد (554 ، 555 ، 556) المرجع ذاته.
(3) ــ أنظر المواد (554 ، 555 ، 556) المرجع ذاته .

هذه الأحكام الخاصة يتضمنها خاصة القانون رقم 07/95 المتعلق بالتأمينات، الذي توجب أحكامه على كل من المقاول والمهندس المعماري (صاحب الأشغال) إبرام عقد التأمين على المسؤولية المدنية على الأشغال التي أنجزها لمدة عشر سنوات، يغطي هذا التأمين أيضا الأضرار التي تطرأ على الأشغال المنجزة.

فيلتزم المقاول بالإكتتاب حسب الأشكال والشروط المحددة في التشريع الساري المفعول، خاصة القانون المدني في مواده 554 إلى 557 السابق الإشارة إليها، ويسري هذا التأمين الإلزامي مدة الضمان بعد الإستلام النهائي(1).

ويجب أن يكون الضمان العشري أو بالأحرى عقد تأمينه يجب أن يكون مستندا إلى إتفاقية المراقبة التقنية لتصميم البناء وتنفيذ الأشغال لإنجازه.

هذه الإتفاقية التي يبرمها المقاول مع إحدى الهيئات أو الأشخاص المختصين والمعتمدين كخبراء من قبل الوزارة المكلفة بالأشغال، وبدون عقد هذه الإتفاقية فإن هيئات التأمين لايمكنها أن تؤمن الأشغال موضوع العقد لأن الرقابة التقنية التي تمارسها الهيئة أوالشخص المختص والمعتمد لذلك تهدف إلى المساعدة على الرقابة وتقييس الأخطار الممكن مواجهتها خلال الإنجاز، كما تسمح للمنجزين (مقاول ، مهندس معماري) باكتساب تأمين يغطي مسؤوليتهم العقدية.

لذلك فإن المتعاقد مع جهة الرقابة التقنية ملزم بتوفير كل المعلومات والوثائق الثبوتية الضرورية لأداء جهة الرقابة مهمتها، كما يجب عليه السماح لها بالدخول إلى الورشات وتقديم كل التسهيلات للمراقبين من أجل أداء مهامهم على وجه مرض وفي أحسن الظروف.

وفي المقابل لايمكن لهيئة الرقابة التقنية هذه أن تستخلف غيرها في أداء مهامها ولا أن تتدخل لأداء عمل أو دور أي جهة أخرى في البناء. بل كما أسلفنا تنحصر مهمتها في الوقاية من مختلف المخاطر التقنية التي يمكن مواجهتها أثناء الإنجاز ، وتتمثل هذه

(1) ــ أنظر المواد (178 ، 179 ، 183) من القانون رقم 07/95 المتعلق بالتأمين.

المخاطر في تلك الناتجة عن عيوب في صلابة المنشآت، أوالأساسات ، أو الهياكل، أو الأسيجة والغطاءات، وهذا ما يمثل نطاق عقد التأمين الذي أشرنا إليه سابقا.

ويقصد المختصون بمصطلح " عيوب في الصلابة " المعنى الواسع حيث تشمل على الخصوص:

ـــ عدم التوافق الجيد بين نمط الأساس وطبيعة المنشآت الأرضية.

ـــ نقص الإستقرار والمقاومة الميكانيكية للمنشأة أمام التأثيرات الدائمة والمتغيرة، كأعباء الإستعمال، أو التأثيرات المناخية ... إلخ.

مع الإشارة إلى أن الرقابة لاتشمل أعمال الهدم، والحفر، وأشغال الدعم وغيرها من الأعمال التحضيرية. وتتم الرقابة من خلال عمليات متعددة تقوم بها الجهة المختصة نذكر منها :

ـــ دراسة المعطيات قصد تحديد نوع الأساسيات عن طريق إجراء تجارب جيو تقنية وغيرها.

ـــ دراسة المخططات والتقديرات التفصيلية وكل الوثائق المتعلقة بالمنشأة محل الرقابة، إضافة إلى عمليات أخرى تمكن هيئة الرقابة من إعداد تقرير تفصيلي بناء على خبرتها، تقدمه لصاحب الأشغال قبل إعلان التنفيذ.

وأثناء التنفيذ تراقب الهيئة وتتابع الترتيبات المتخذة من قبل المقاول من أجل ضمان مراقبة تقنية مما يسمح بمطابقة التنفيذ للمخططات الموضوعة.

كما أن من آثار التسليم النهائي للأشغال الذي يعني تنفيذ المقاول لإلتزاماته العقدية باعتبار أن عقد الأشغال العامة هو عقد معاوضة يلتزم فيه المقاول بتنفيذ الأشغال محل العقد، وتلتزم الإدارة بدفع المقابل المالي لذلك، فإن التسليم النهائي يتولد عنه حق المقاول في الحصول على المقابل المالي والتسوية النهائية للجانب المالي للعقد، وهو الموضوع الذي نتناولناه في فرع سابق مخصص لحقوق المقاول في مواجهة الإدارة صاحبة المشروع.

الفرع الرابع
عدم إلتزام المقاول بمدة التنفيذ

بناء على ما سبق فإذا كان التأخير في تنفيذ الإلتزام راجعا إلى حالة من حالات الإعفاء السابق ذكرها والمتمثلة في : تسبب الإدارة المتعاقدة ذاتها في التأخير (كالأمر بتوقيف الأشغال مؤقتا مثلا) أو إذا كان المقاول ضحية قوة قاهرة، أو إذا كان ذلك بسبب الغير.ففي هذه الحالات فإن المسلم به فقها وقضاء هو أن المقاول يبرأ من كل مسؤولية عن التأخير في التنفيذ.

ولكن إذا كان التأخير يرجع إلى خطأ المقاول المتعاقد، فإنه يتحمل مسؤولية ذلك، أي مسؤولية عدم وفائه بالتزاماته العقدية، وحق للإدارة أن توقع عليه جزاءات مالية تتمثل خاصة في الغرامة التأخيرية.

والغرامة التأخيرية هي تعويضات جزافية منصوص عليها في العقد لمواجهة حالة التأخير في تنفيذ الأشغال محل العقد(1).

وهو جزاء يقصد منه ضمان وفاء المقاول بالتزاماته وتنفيذ الأشغال في الميعاد المتفق عليه حرصا على سير المرفق العام بانتظام واضطراد. وهذا الهدف هو ما يجعل الضرر واقعا كلما حدث تأخير في التنفيذ(2).

وتتميز الغرامات التأخيرية بنظام قانوني خاص يختلف كما هو معروف عن نظام مشابه في القانون الخاص كالغرامة التهديدية والشرط الجزائي، وذلك كون الغرامة التأخيرية تنفذ بمجرد التأخير دون حاجة لإثبات وقوع ضرر، كون الضرر كما قلنا مفترض لمجرد التأخير، فهذا الأخير أي "التأخير" يعد سببا كافيا لاستحقاق مبلغ الغرامة لأن التاخير في تنفيذ الأشغال العامة في حد ذاته يشكل إخلالا بالترتيبات التي وضعتها الإدارة لضمان سير المرفق العام.

---

(1) ــ **أحمد عثمان عياد** : المرجع السابق، ص 345.

- **JEZE** : Les Cantrats Administratif … , T1 , Op Cit, P 328.

(2) ــ **رياض عبد عيسى** : المرجع السابق، ص 292.

كما تتميز الغرامات التأخيرية بأنها توقع من قبل الإدارة المتعاقدة ذاتها دون حاجة للجوء إلى القضاء لاستصدار حكم بذلك لأنها لا تمثل تعويضا.

وتجد الغرامات التأخيرية مصدرها سواء في الأحكام التشريعية أو دفاتر الشروط أو في نبود العقد.

فقد نص المشرع المصري مثلا على وجوب إنهاء المقاول للأشغال وتسليمها في الموعد المحدد، وإلا وقعت الإدارة عليه غرامة تأخيرية كجزاء تمثل نسبة 1% من كل أسبوع تأخير إبتداء من حلول أجل التسليم حتى ولو منحته الإدارة مهلة إضافية للتسليم، على الا يتجاوز مجموع فيه الغرامة 10% من قيمة العقد (1).

وفي الجزائر تملك الإدارة صاحبة المشروع توقيع عقوبة التأخير التي نجد أساسها في ما نص عليه المشرع الجزائري في قانون الصفقات العمومية " يمكن أن ينجر عن عدم تنفيذ الالتزامات المتعاقد عليها في الآجال المقررة، أو تنفيذها غير المطابق، فرض عقوبات مالية دون الاخلال بتطبيق العقوبات المنصوص عليها في التشريع المعمول به".

تحدد الأحكام التعاقدية للصفقة بنسبة العقوبات وكيفيات فرضها أو الإعفاء منها طبقا لدفاتر الشروط المذكورة أدناه باعتبارها عناصر مكونة للصفقة"(2).

فالمشرع بهذا الموقف يبرز الأهمية التي يلعبها عامل الزمن في إنجاز الأشغال من عدة نواحي، من ناحية تكلفها المالية مثلا، من ناحية الحاجة إلى استخدامها، لأن الإدارة لم تسجل المشروع لإنشائه ولم تقبل الجهة المكلفة بالتخطيط المشروع المقترح إلا بعد أن تأكدت من جدواه وحاجة المرفق إليه لتقديم خدماته للجمهور، وحرصا من المشرع على تنفيذ ذلك، منح الإدارة الوسيلة التي تمكنها من الضغط على المقاول من أجل تنفيذ ما يعهد به في الوقت الذي إرتضاه بتوقيعه العقد(3).

---

(1) ــ راجع المادة (83) من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات 1998.

(2) ــ أنظر المادة (8) من المرسوم الرئاسي 250/02.

(3) ــ عمار بوضياف : المرجع السابق، ص 128 وما بعدها.

ــ محمد الصغير بعلي : المرجع السابق، ص 77 وما بعدها.

وإذا كان فرض الغرامة يجد أساسه كمبدأ في هذا النص التشريعي إلا أن له أيضا أساس عقدي من حيث تفاصيله بمقتضى التشريع ذاته الذي يحيل إلى الأحكام التعاقدية، لتحديد نسبة الغرامة وكيفية فرضها أو الإعفاء منها تحت عنوان " بيانات الصفقة " العقوبات المالية كيفيات حسابها وشروط تطبيقها والنص على حالات الاعفاء منها(1).

ويتضح من أحكام المشرع أن إقتضاء الغرامة منوط بتقدير الإدارة، باعتبارها المسؤولة عن حسن سير المرفق العام، وأيضا عن تنفيذ شروط العقد.

فلها أن تعفى المقاول من الغرامة كلها أو بعضها متى قدرت مثلا أن تأخره لن يؤثر على حسن سير المرفق العام. و لم ينتج عنه أي ضرر، أو إذا قدرت ظروف المقاول في التنفيذ ومجهوداته. إلى غير ذلك من الأسباب والمبررات التي قد تعتمدها الإدارة بحسب ما أقره القضاء الإداري.

وليس هناك ما يدعو الإدارة إلى التنازل عن حقها في توقيع الغرامة لأن ذلك يشكل إمتيازا يمكنها من الضغط على المقاول من أجل تنفيذ العقد وإنجاز الأشغال في موعدها المحدد، ضمانا لحسن سير المرفق العام.

غير أنه إذا وردت بالعقد شروط تنظم اقتضاء هذه الغرامة، وفقا لما ورد بالتشريع الجزائري ففي هذه الحالة يتعين على الإدارة أن تتقيد بهذه الشروط التعاقدية.

(1) ــ أنظر المادة (62) من المرسوم الرئاسي 236/10 التي تتناول بيانات الصفقة.

الـخـاتمة

الخاتمة

بداية الموضوع تصدره فصل تمهيدي يتناول ماهية الأشغال العامة التي تكون محلا للعقد الذي أبرزناآثاره على طرفيه، فكان تبيان مراحل تطور مفهوم فكـــرة الأشـــغال العامة واستقلالها عن فكرة المرفق العام وفكرة المال العام وأصبح القضاء الإداري ومـــن ورائه الفقه يقتصر في تكييف الأشغال بأنها عامة، وبالتالي العقد الذي يتضمنهاهو عقـــد أشغال عامة بتوفر عنصرين فقط هما:

ـــ ورود الأشغال على عقار وارتباطها بفكرة المنفعة العامة.

ـــ تدخل شخص عام في العملية بأي صفة كانت (رب عمل ـ وسيـــــط ـ مستفيد ... الخ) .

وهما العنصران اللذان يعطيان فكرة الأشغال العامة وحدتها الجوهرية .

أما عن صلب الموضوع الذي كان عن آثار عقد الأشغال العامة بالنسبة للإدارة وبالنسبة للمقاول فكان بإبراز حقوق والتزامات كل طرف باعتبارها تشكل آثار العقد فتبين من خلال آراء الفقهاء أن الإدارة صاحبة الأشغال تمتلك سلطات واسعة بموجب ما أقره لها القضاء وقننه المشرع، هذه السلطات التي لها علاقة مباشرة بمركز الطرف الثاني للعقد (المقاول).

فهذه سلطة الرقابة التي تعنى الإشراف والتوجيه لتنفيذ أشـــغال العقـــد وذلـــك بموجب تعليمات وأوامر مصلحية تصدرها الإدارة للمقاول، الذي يجب عليه الإمتثال لها والتي من شأنها أن تغير في أساليب التنفيذ والآليات، المستعملة فيه أو مواد انجازه خلافـــا لما كان متفقا عليه في العقد.

إلا أن هذه السلطة وإن كانت امتياز للإدارة إلا أن ممارستها، تحـــرص مبـــادئ القانون الإداري والنظام القانوني لعقد الأشغال العامة على ألا يحدث إخلالا في تـــوازن العلاقة بين الطرفين (الإدارة والمقاول) وذلك بأن أوجب على الإدارة أن تمارس الرقابة في حدودها القانونية .فالتوجيه لا ينصب إلا على أساليب التنفيذ، والأوامر المصلحية يجـــب

أن تصدر في إطار المشروعية من حيث الاختصاص، والشكل مما يتيح للمقاول ممارســة حقه في الطعن أمام القضاء الذي يضمن له الحماية من تعسف الإدارة.

ونفس الشيء بالنسبة لسلطة التعديل الانفرادي الذي يمكن للإدارة إجراءه فيتبين من خلال هذا البحث أن هذه السلطة ليست مطلقة، بل هي مقيدة من حيــث مجالهــا، الذي يجب ألا يتعدى شروط التنفيذ وما تعلق بتسيير المرفق العام محل الأشــغال ،وكــل تعديل خارج هذا المجال يعتبر تصرفا غير مشروع تسأل عنه الإدارة. كمــا لــو كــان التعديل يمس بجوهر العقد وتغييره بشكل يجعل منه موضوعا جديدا يختلف في طبيعته عن العمل الأصلي المتعاقد عليه.

وتظهر الدراسة مدى حرص المشرع والقضاء على حماية الحق المالي للمقاول من أن تطاله سلطة التعديل الانفرادي، فالكل يجمع على أن ثمن العقد شرط تفاوضي يصبح نهائيا متى تم الاتفاق عليه بين الطرفين، فهو شرط يحكمه الثبات، وهذا حرصا على إقبال الأفراد على التعاقد مع الإدارة ومعاونتها في تسيير مرافقها العامة، خدمة للصالح العــام، وهو الحرص الذي لمسناه في أحكام المشرع الجزائري التي تضمن عدم المساس بالهــدف المشروع للمقاول والمتمثل في تحقيق الربح المادي.

وسلطة توقيع الجزاءات كانت مضمون المبحث الثالــث ايــن خلصــنا إلى أن الإدارة لها حق أصيل في توقيع عقوبات إدارية على المقاول ادون المرور على القضــاء إذا أخل بالتزاماته التعاقدية بأي صورة، كأن يتأخر في التنفيذ أو تنفيذها بشكل غير ســليم أو يمتنع عن التنفيذ....الخ.

وانتهينا إلى أن هذه الجزاءات لها نظام قانوني يميزها عن تلك التي تعرفها عقــود القانون الخاص التي تتميز بكونها محددة جدا تقتصر على مقابلة عدم التنفيذ بمثله، وحــتى طلب الفسخ يمر عبر القضاء.

وعن الأساس القانوني لهذه الجزاءات رأينا كيف إنقسم الفقه إلى من يرى بأنــه السلطة العامة وامتيازاتها ومن يرى بأنه المرفق العام وما يهدف إليه من تحقيق المصــلحة العامة.

وكان رأينا بأن هذا الإنقسام يعود إلى الإنقسام حول تحديد أســـاس القـــانون الإداري ونطاق تطبيقه والذي يرجح فيه تلازم الفكرتين معا، فكرة السلطة العامة ومـــا تشمله من امتياز التنفيذ المباشر، وفكرة المرفق العام. وعن نطاق الجزاءات التي يمكـــن أن توقعها الإدارة رأينا كيف أن القضاء في البداية لا يقر إلا تلك المنصوص عليها في العقد، غير أنه أمام انتقادات الفقه لنتائج ذلك التوجه الغير منطقي، بحيث أن المقاول يمكـــن أن يعفى نفسه من العقوبات بعدم قبولها في العقد، وهو ما يؤثر سلبا علـــى تنفيـــذ عقـــد الأشغال العامة وبالتالي تضرر المصلحة العامة.

لذلك عاد القضاء وأقر بإمكانية توقيع العقوبات على المقاول المخـــل بالتزاماتـــه حتى ولو لم ينص العقد على ذلك، إذ تخضع للقواعد العامة للقانون الإداري الـــتي هـــي مرتبطة بالمرفق العام وبالمصلحة العامة والتي تتضمن المبادئ التالية:

- ü ــ إذا كان العقد قد أغفل تحديد جزاءات مقابلة لمخالفات معينة فلا يترتـــب على ذلك عدم وجود جزاءات.
- ü ــ إذ حدد العقد جزاءات لبعض المخالفات وأغفل البعض فلا يعني أن تبقـــى هذه الأخيرة بدون جزاء.
- ü ــ أن كل التزام تعاقدي يقابله جزاءفي حالة المخالفة، فإذا لم يـــنص العقـــد عليه، وجب على القاضي إعمال القواعد العامة.

إذا توقع الطرفان إخلالا معينا وقررا له جزاء محددا، فيجب على الإدارة في حال تحققه أن تتقيد بالجزاء المنصوص عليه ولا يجوز لها استبداله.

أما بالنسبة لأنواع الجزاءات التي يمكن للإدارة توقيعها على المقاول الذي ثبت لها إخلاله بالتزاماته العقدية، فهي جزاءات مالية تشمل التعويضات وغرامات التأخير. هـــذه الأخيرة التي تتميز بكونها جزاءات إتفاقية أي لا يمكن للإدارة أن توقعهـــا إلا إذا كـــان العقد ينص عليها، وهي أيضا تطبق بمجرد حدوث التأخير في العقد دون حاجة لإثبـــات وقوع الضرر بناء على ذلك، ثم أن الإدارة توقعها دون حاجة لإعذار المقاول قبل ذلك.

أما النوع الثاني من الجزاءات فهي التي تعرف بالجزاءات الضاغطة المتمثلة خاصة في وضع المقاولة تحت الإدارة المباشرة، وهو وضع مؤقت حسب المشرع الجزائري الذي قيده بتوفر شروط محددة قبل تنفيذه.

وهناك الجزاء الأكثر تشددا والمتمثل في الفسخ الجزائي لعقد المقاولـــة والـــذي يختلف نظامه القانوني عن أحكام القانون المدني لفسخ العقد.

وتوقيع هذا الجزاء يتم في إطار شروط عرضناها داخل البحث إلى جانب تعرضنا لذكر آثار الفسخ وما يترتب عليه من نتائج.

الفصل الثاني من القسم الأول تناولنا التزامات الإدارة في المبحـــث الأول منـــه، وجزاء مخالفتها لهذه الالتزامات في المبحث الثاني.

ولا حظنا كيف أن التزامات الإدارة صاحبة المشروع ليست بكثـــرة التزامـــات المقاول ولا بتنوعها، كما أن كراسات الشروط العامة لا تتناولها بالأسلوب الذي تتناول به التزامات الطرف الآخر.

ورغم ذلك فان القوة الملزمة للعقد تضع على عاتق الإدارة المتعاقـــدة التزامـــات ينبغي عليها احترامها، وإلا قامت مسؤوليتها.

ومن بين الالتزامات التي تتحملها الإدارة صاحبة المشـــروع التزامهـــا بـــتمكين المقاول من تنفيذ العقد ،كما تلتزم بتنفيذ العقد طبقا لمبدأ "حسن النيـــة في التنفيـــذ" إلى جانب احترام الالتزام بآجال التنفيذ التي عليها أن تتقيد بها كالمقاول تماما.

وربما أهم إلتزام يقع على عاتق الإدارة صاحبة المشروع هو أداؤها المقابل المادي للأشغال أي دفعها ثمن الأشغال للمقاول، خاصة دفع التسبيقات المالية، والدفعات علـــى الحساب، والتزامها بتعويضه، على الأضرار التي قد تتسبب له فيها.

أما التزامها بضمان حق التوازن المالي للعقد، فقد أرجأناه إلى حين تناولنا لحقوق المقاول المتعاقد.

وعن أثر مخالفة الإدارة لإلتزاماتها العقدية، بيّنا طبقا لما توصل إليه الفقه والقضـــاء الإداريين طبيعة هذه الجزاءات التي توقّع على الإدارة ومميزاتها، وأن صورها تنحصر في الحكم عليها بالتعويض المالي أو فسخ العقد على مسؤوليتها.

تناولنا في القسم الثاني من البحث آثار عقد الأشغال العامة على المقاول المتعاقد مع الإدارة والمتمثلة في حقوقه والتزاماته.

وجدنا أنه بالنسبة لحقوق المقاول قليلة جدا بالمقارنة مع سلطات الإدارة صاحبة المشروع حيث تكاد تنحصر في الجانب المالي فقط، والحقيقة أن هذا الجانب فقط هو ما يستقطب المقاول ويدفعه للتعاقد مع الإدارة.

أوضحنا تعريف الثمن وطبيعته القانونية في عقد الأشغال العامة، وتبين لنا مـــدى أهمية هذا الشرط لدى المقاول المتعاقد، فهو الشرط الأساسي الذي يضعه المقاول في كفة الميزان ليقارن بها كفه الأعباء والالتزامات التي يفرضها العقد، لذلك نجد شـــرط الـــثمن محاطا بأحكام خاصة، فهو من الشروط التعاقدية التي لا يمكن للإدارة أن تفرضها علـــى المقاول، بل نخضع للتفاوض بينهما، فإن توصلا إلى اتفاق بشأنه وثم تحديده فـــإن ذلـــك التحديد يصبح نهائيا لا يمكن للإدارة أن تتراجع عنه فيما بعد تحت أي ذريعـــة كانـــت، وهو ما يعبر عنه بمبدأ الثبات في الثمن، لأنه حتى المقاول لا يستطيع الرجوع عن ذلـــك بذريعة سوء التقدير مثلا. وهو مبدأ تبناه المشرع الجزائري، وقد انتقـــدنا القيـــود الـــتي يوردها البعض على مبدأ الثبات باعتبارها لا تشكل قيودا حقيقة، كما أوضـــحنا ذلـــك عند كلامنا عن "نطاق مبدأ الثبات" أين أوضحنا بأن نطاق مبدأ الثبات مرتبط في النهاية بإرادة الطرفين، بإتفاقهما على تعديل الثمن، أو عند إبرامهما ملحقا للعقد يعـــدل فيـــه الثمن، أو إذا تضمن العقد بندا يقضي بمراجعة الأسعار، وأخيرا إذا اتفقـــا علـــى تحـــيين الأسعار وفقا للمتغيرات والمستجدات.

بعد ذلك بينا كيفيات تحديد ثمن العقد ووجدنا أن المشرع الجزائري وضح أربع كيفيات فسمى العقود بأسمائها (الكيفية تتم بالسعر الإجمالي والجزافي ،والعقـــد يســـمى

بالعقد الجزافي...) وبينا آثار تبني أي طريقة من هذه الطرق بعد أن وضحنا مضمون كل منها.

وأخيرا انتقلنا إلى أساليب حساب الثمن، واتضح لنا أن المشرع الجزائري وضـــع أساليب مختلفة ،وفقا لكل مرحلة من مراحل التسديد، فكانت مرحلة إعـــداد اللـــوائح والبيانات، ثم مرحلة إعداد الحسابات الشهرية المؤقتة ،وأخيرا إعداد الحسابات الســـنوية والنهائية، فكان ذلك وفقا لتقدم الأشغال.

وضبط المشرع كل مرحلة بآجال محددة ،ورتب على الإخلال بها مســـئوليات المتسبب في ذلك. فالمقاول باعتباره معاونا للإدارة، ويتحمل الكثير من الالتزامات، أكثر مما يفرضه القانون الخاص كان لزاما المحافظة ،ومراعاة هذه المقاول ليســـتمر في خدمـــة المصلحة العامة عن طريق استمراره في التنفيذ.

كما كان لزاما كسب ثقة المتعاملين للتعاقد مع الإدارة وهذا ما كان فعلا مـــن خلال إقرار القضاء لحق المتعامل أو المقاول في ضمان التوازن المالي للعقد، أي التـــوازن بين الأعباء التي يتحملها والمزايا المتحصل عليها، وذلك بإحدى وسائل ثـــلاث بحســـب الظرف الذي حل بالعقد، فإما بناء على نظرية الظروف الطارئة، أو نظرية فعل الأمـــير، أو نظرية الصعوبات المادية.

هذه النظريات التي يمنح تطبيقها للمقاول تعويضا يمكنه من استعادة التوازن المالي الذي اختل للعقد، ويكون التعويض أما جزئيا أو كليا بحسب الشروط المتوفرة في سبب الاختلال.

وفي الموقف الأخير للبحث إنتهينا إلى التزامات المقاول المتعاقد، التي هي كـــثيرة وكثيرة جدا، حاولنا إجمالها وتلخيصها في الأكثر أهمية منها، وإن كان الواقع أنه حـــين نتكلم عن حقوق أو سلطات الإدارة، فإن ذلك يعني التزامات المقاول، باعتبار أن حـــق طرف في العقد يعتبر التزاما بالنسبة للطرف الآخر.

وما لاحظنا هو مواكبة مبدأ الرضائية لعنصر أو لشرط الثمن إلى نهايته فقد بـــدأ كما قلنا بالتقاضي باعتباره من الشروط التعاقدية ويستمر كذلك حتى التســـوية النهايـــة التي يجب أن تتم بتراضي الطرفين وإلا فصل بينهما القضاء.

فحين يعد المقاول كشف اللوائح يجب أن يقدمـــه لممثـــل الإدارة أي مكتـــب الدراسات للموافقة والمصادقة على ما ورد به، وكذلك العكس حين تعـــــــد الإدارة، أي مكتب الدراسات ،كشف البيان، يجب أن يعرضه على المقاول للموافقة عليـــه، وإلا فله حق الاعتراض الذي نظمه المشرع بأحكام دقيقة من شأنه الفصل في النزاع وعـــدم الإطالة فيه.

أما عن طرق الوفاء بالثمن، فقد حرص المشرع على تسهيل الوفاء به وهذا حتى يشجع الكفاءات الفنية والمالية من المقاولين على مساعدة الإدارة في تسيير مرافقها العام، وبالتعاقد لإنجاز الأشغال العامة.

حيث يبدأ الوفاء حتى قبل الشروع في التنفيذ وذلك بتقديم تسبيقات للمقـــاول تمكنه من الانطلاق، وقد لاحظنا أن تنظيم منح التسبيقات لم ينل حقه من الاهتمام مـــن قبل المشرع، إذا كان عليه أن ينظمه بأحكام دقيقة ومفصلة وصارمة، تســـاعد المقـــاول الجاد على الظفر بعقود الأشغال العامة، وتبعد عملية التعاقد عن التلاعب وهـــدر المـــال العام.

ويستمر الوفاء بالثمن مع تقدم الأشغال بواسطة الدفع على الحساب الذي ربطه المشرع بالإنجاز الحقيقي والفعلي للأشغال بما فرضه من إجراء التحقـــق مـــن ذلـــك في الوثائق وفي الميدان إلى أن يتم الإنجاز بكامله ويتحقق المشروع وتسوية الحسابات جميعها بين الإدارة والمقاول بعد إتمام عملية التسليم أين تكون الإدارة قد إستردت ما دفعته مـــن تسبيقات، والمقاول قد استرد ما دفعه من مبالغ الكفالة، وتقفل الحسابات نهائيا.

ويظهر الاهتمام بالجانب المالي في عقد الأشغال من خلال ما فرضـــه القضـــاء والفقه والتشريع من بعده على الإدارة من واجب ضمان حق المقاول في التوازن المـــالي

للعقد وذلك بتعويضه عما قد يصيبه جراء ظروف ومستجدات غير متوقعـــة، تـــؤثر في قدراته على مواصلة التنفيذ الذي يصبح مرهقا بالنسبة لما كان عليه وقت إبرام العقد.

وهكذا يتضح ان ا لمعاناة التى يعيشها المقاولون من اجل حصولهم على حقوقهم المالية انما هي من افتعال الاداريين وهو مظهر من مظاهر الفساد الاداريوالـــذى تجـــب محاربته.

الفصل الثاني والأخير تضمن التزامات المقاول المتعاقد مع الإدارة، وبالرغم مـــن كثرة هذه الالتزامات مقارنة بالتزامات الطرف الآخر إلا أننا حاولنا إجمالها فيما نراه من أهم التزاماته المتمثلة خاصة في التنفيذ الشخصي للعقد وعدم التنازل عليه، والالتزام بالمدة المحددة في العقد للإنجاز، ثم تسليمه للإدارة من أجل وضع المشروع المنجـــز في الخدمـــة، وإذا كنا قد اقتصرنا في هذا المقام على التزامين فقط، فالآن كل ســـلطات الإدارة تعتـــبر التزامات بالنسبة للمقاول الذي يلتزم بالخضوع لها طالما مارســـتها الإدارة في إطارهـــا القانوني السليم.

وبالعودة للالتزام بالتنفيذ الشخصي فقد تبين لنا من خلال البحـــث أن عقـــد الأشغال العامة من العقود التي يلعب " الاعتبار الشخصي" دور هام في إبرامهـــا، وقـــد لاحظنا أن المشرع قد قيد الإدارة في اختيار المقاول الذي تعاقد معها من ضمن المقاولين العارضين لديها، فأوجب مراعاة شروط محددة كالكفاءة المالية والفنية، وحسن الســـمعة في مجال التعاقد، والزم مسك بطاقية وطنية للمقاولين قصد التعرف على وضعياتهم حـــتى يسهل عليها الانتقاء. وعليه فقد منع المشرع على المقاول التنازل الكلي عن العقد لصالح مقاول آخر، لما في ذلك من الإتجار بمشاريع الإدارة، ولما فيه من إهدار لمبـــدأ الاعتبـــار الشخصي الذي تحرص عليه الإدارة أثناء الإبرام ويستمر حتى نهاية العقد.

بل وحتى التنازل الجزئي الذي أجازه المشرع اشترط ألا يتم إلا بموافقـــة الإدارة المسبقة على هذا التنازل الجزئي الذي يعرف "بالتعاقد من الباطن" ويشـــترط أن يكـــون المقاول المتنازل إليه جزئيا، معتمدا لدى الإدارة.

وهو إذ أجاز التعاقد من الباطن فلأنه يدرك أن الضرورات العملية تملى ذلـــك، نظرا لضخامة المشاريع وتشعبها وفقا لتخصصات دقيقة، مما يستوجب تظافر جهود أكثر من مقاول من أجل إنجازها وعلى الوجه الملائم.

ورغم أن التعاقد من الباطن لا يتم إلا بموافقـــة الإدارة مســـبقا، ولا يكـــون إلا لمقاول معتمد لديها، إلا أنه أ بقى المقاول الأصلي هو المسؤول عـــن تنفيـــذ المشـــروع، حرصاعلى وحدة الضمان

وإن كان المشرع قد أحسن فعلا بإجازة التعاقد من الباطن، إلا أنه لم يكن موفقا برأينا ،فى عدم الاعتراف بنشوء أي علاقة بين الإدارة وبين المتعاقد من الباطن، وبـــالرغم من أنه يستفيد من امكانية الدفع المباشر له، إذ كان على المشرع حسب رأينـــا جعـــل المقاول المتعاقد من الباطن مسؤولا، على الجزء الذي ينفذه من المشـــروع علـــى الأقـــل مسؤولية تضامنية مع المقاول الأصلي،ولا يؤثرذلك على مبدأ وحدة الضمان. كما عليه ان يقررللادارة حقها فى مقاضاته بدعوى مباشرة ،وان يحدد اجـــراءات الموافقـــة علـــى التعاقد،وشكل طلب الموافقة ومن يقدم هذاالطلب، المتعاقد الأصلى ام الراغب فى التعاقد من الباطن،كما عليه ان يضع ضوابط للسلطة التقديريـــة لـــلادارة بخصـــوص معالجـــة الطلب...الخ.

أما عن التسليم بعد إنهاء الأشغال فهو من الالتزامات الأساســـية أيضـــا علـــى المقاول، بالنظر خاصة لما يترتب عليه من آثار. إذ عليه أن يكمل الإنجاز في الأجل المحدد لذلك في العقد، وهذا لتفادي زيادة تكاليف الإنجاز حفاظا على المال العام، ومن أجـــل التقييد بمخططات الإدارة لفائدة المرافق العامة وما تقدمه من خدمات للجمهور.

اذأن عملية التسليم هي التي تضع المنشأة المنجزة تحت تصرف الإدارة صـــاحبة المشروع، وهي العملية التي تنطلق بناء عليها عمليات أخرى كأثر لهـــا، منـــها تســـوية الحسابات النهائية، ورد الضمانات بجميع أنواعها وانطلاق احتساب مدة الضمان .

وهكذا يتضح من خلال هذه الدراسة أن عقد الأشغال العامة يمـــنح ســـلطات واسعة للإدارة صاحبة الأشغال في مقابل التزامات قليلة، وعكس ذلك بالنسبة للمقـــاول المتعاقد معها.

باعتبار أن التزامات هذا الطرف تعد حقوقا للطرف الآخر، والعكس، ولا يعود السبب في ذلك إلى كونها ربة عمل بل لأنها المسؤولة على تحقيق المصلحة العامـــة مـــن خلال المرفق العام، وإن مقتضيات ذلك تستدعي تلك السعة.

ولما كانت الدولة ترصد أموالا ضخمة من أجل تنفيذ مشاريع إنمائية في المجـــال الاقتصادي والخدماتي، عن طريق إبرام عقود الأشغال العامة، التي تعتبر من أهم العقـــود الإدارية، فإنه كان لزاما تأطيرها بأحكام قانونية تضمن تحقيق الهدف المنشـــود، لـــذلك وجدنا أن عقد الأشغال العام تؤطره مجموعة من المبادئ القانونية المستقرة التي تجعل منـــه نظاما قانونيا أكثر منه عقدا يخضع لإرادة طرفيه.

غير أن هذا الدور رغم اهميته، لا يمكن أن يؤدي إلى التضحية بالمصالح المشروعة للمقاول المتعاقد مع الإدارة المتمثلة في هدفه الأساس من وراء ذلك وهو تحقيـــق الـــربح المادي. خاصة وأنه يعتبر معاونا للإدارة في تحقيق أهدافها، لذلك فإن من ضمن النظـــام القانوني لعقد الأشغال العامة أحكاما تضمن المصلحة المالية للمتعاقد بدرجة غير متـــوفرة في أحكام القانون الخاص، ونقصد بذلك أنـــواع التعويضـــات الـــتي يحصـــل عليهـــا والتسهيلات المالية التي يتلقاها.

وقد وجدنا أن المشرع الجزائري في معظم أحكامه المعبر عنها، قد ساير ما انتهي إليه الفقه وخاصة القضاء الإداري من أحكام تتعلق بعقد الأشغال العامة، وذلك بـــالرغم مما يؤاخذ عليه خاصة بالنسبة لدفتر الشروط الإدارية العامة الـــذي يعتـــبر الأســـاس في أحكام عقد الأشغال العامة، فأحكامه تتسم بعدم الوضوح بسبب المفردات المستعملة في صياغتها والتي هي غريبة نوعا ما، عن التعبير أو اللغة القانونية المســـتعملة في التشـــريع الجزائري وقد أشرنا إلى أمثلة منها في صلب الموضوع.

كما أن المصطلحات أو التسميات التي يتضـــمنها والمؤسســـات الـــتي يشـــير إليها(الشركات التعاونية...وغيرها) كل ذلك لم يعد قائما في الوقت الحاضر، مما يصعب معه تجسيد فهم النص من الناحية الواقعية لأن (القرارالوزارى) المتضمن هـــذه الأحكـــام صدر في فترة ما بعد الاستقلال مباشرة وكان التوجه السياسي والاقتصادي للدولة غـــير واضح المعالم بعد. والمشرع تنقصه الخبرة في التشريع، مما يستدعى ضـــرورة مراجعتـــه، وإصداره في ثوب جديد، من الناحية الشكلية، مع تطعيمه ببعض الأحكـــام التفصـــيلية، خاصة تلك التي يحيل فيها إلى نصوص فرنسية (المادة 44 مثلا) وفي موضوع التعاقد مـــن الباطن، وموضوع منح التسبيقات المالية،ودور صاحب الأشغال، وتحديد مدة الضـــمان للمنشئات العامة لمدة أطول، من الضمان العشري المعتمد في القانون الخاص، و التعاقـــد من الباطن الذي نعتبر اعتماد المشرع له،ايجابيا، غير أنه يجب أن ينظمه بأحكـــام تجعلـــه فعالا وليس مجرد توزيع للأشغال، ثم كان على المشرع أن يجعل المقاول المتعاقـــد مـــن الباطن مسؤولا أمام صاحب المشوع على قدم المساواة مع المقاول الأصلي.

وكذا موضوع التسبيقات المالية، التي يجب حسب رأينا تنظيم صرفها بأحكـــام تشريعية، تبين شروط منحها، وجهه صرفها، ومصدر كفالتها الذي نرى بضـــرورة ألا يكون جهة عامة (صندوق ضمان الصفقات) لأن أمواله هي أموالا عامـــة، كـــأموال المشروع تماما.

وعن دور صاحب الأشغال وعلاقته بصاحب المشـــروع، يجـــب أن تكـــون مسؤوليته أمام هذا الأخير واضحة وفعالة ويضمن مع المقاول المنشأة المنجزة لفترة لا تقل عن نصف عمرها الافتراضي،حتى يضمن قيامه بالرقابة على احسن وجه.

ومن الأحكام التي يجب أن يستحدثها المشرع ايضا في هذا المجال حسب رأينـــا هو مدة الضمان بعد تسليم الأشغال التي نرى بأن تمتد لفترة أطول من تلك التي يتضمنها القانون الخاص والمعروفة بالضمان العشري، الذي تعتبر فترته قصيرة جدا بالمقارنـــة مـــع العمر المفترض للمنشآت العامة. وأن تشمل كما أسلفنا المكلف بالرقابـــة أي مكتـــب الدراسات الذي يعتبر مستشار الإدارة في المجال التقني.

وأخيرا فان أهم تعديل نرى ضرورة اجرائه ونعتقد بأنه يشكل بداية القضاء على الفساد الادارى ،هو سحب اختصاص موضوع تنظيم الصفقات العمومية من الســـلطة التنفيذية، والحاقه بالمادة 122من الدستور التى تتضمن اختصاصات البرلمان.

فالبرلمان بامكانه وضع قانون خال من الثغرات التى(تتسلل) منـــها الإدارة نحـــو الفساد بدءا باخضاع الصفقة لقانون الصفقات العامة مرورا بتحديد معيار منح الصـــفقة ،ثم متابعة تنفيذها وأخيرا تسوية حسابها النهائ....ويبقى هذا الموضوع للبحث والاثراء.

نال هذا البحث بعد مناقشته،تقدير.....مشرف جـــــــدا.

قائمة المراجع

قائمة المراجع

أولا : باللغة العربية

1 ـ الكتب :

01 ــ **إبراهيم محمد علي :** ــ آثرا العقود الإدارية وفقا للقانون رقم 1998/89 ، الطبعة الثانية، النهضة العربية، 2003 .

02 ــ **أحمد محيو :** ــ محاضرات في المؤسسات الإدارية، مترجم ــ ديوان المطبوعات الجامعية ، 1979.

04 ــ **أحمد عثمان عباد :** ــ مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية، النهضة العربية ، 1983 .

05 ــ **أنس جعفر :** ــ العقود الإدارية ــ دراسة مقارنة لنظم المناقصات والمزايدات للقانون 1989 /1998 الخاص بالمناقصات ، الطبعة الرابعة ، النهضة العربية، .2007

06 ــ **أنس قاسم :** ــ النظرية العامة لأملاك الإدارة والأشغال العمومية، ديوان المطبوعات الجامعية، .1983

07 ــ **توفيق شحاتة :** ــ مبادئ القانون الإداري ، الجزء الثاني ، القاهرة ، 1983 .

08 ــ **حسن عكوش** ــ المسؤولية المدنية في القانون المدني الجديد ، مكتبة القاهرة، بدون تاريخ .

10 ــ **حسين درويش عبدالعال :** ــ النظرية العامة في العقود الإدارية ، الجزء الثاني ، الطبعة الأولى ، القاهرة ، 1983.

11 ــ **جميل الشرقاوي :** ــ النظرية العامة للإلتزامات ، الكتاب الأول ، مصادر الإلتزام ، 1971.

12 ــ **خميس السيد إسماعيل :** ــ الأصول العامة والتطبيقات العملية للعقود الإدارية والتعويضات، الطبعة الأولى ، 1994.

13 ــ **سليمان محمد الطماوي :** ــ الأسس العامة للعقود الإدارية، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، الطبعة الرابعة ، 1984.

*14*ــ **سليمان محمد الطماوي:** ــ *مبادئ ق الاداري -دراسة مقارنة-الكتاب الثالث أموال الادارة العامة و امتيازاتها، دار الفكر العربي* ***1979.***

15 ــ **سمير صادق :** ــ العقد الإداري فى المبادئ الإدارية العليا ، الهيئة المصرية العامة للكتاب ، 1991 .

16 ــ **سمير صادق :** ــ ميعاد رفع دعوى الإلغاء ، دار الفكر العربي، 1969.

17 ــ **سعيد السيد علي :** ــ نظرية الظروف الطارئة في العقود الإدارية والشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة، دار الكتاب الحديث، 2006 .

18 ــ **عادل سيد فهيم** ــ القوة التنفيذية للقرار الإداري، الدار القومية، بدون تاريخ.

*19*ــ **عادل عبدالرحمن خليل :** ــ المبادئ العامة في آثار العقود الإدارية وتطبيقاتها، 1994 .

*20*ــ **عادل عبدالرحمن خليل /عمر حلمي فهمي** العقود الإدارية ، معيار تمييزها، دراسة مقارنة ، الثقافة الجامعية ، 1995.

21 ــ **عبدالرزاق السنهوري :** ــ الوسيط مصادر الالتزام المجلد الأول دار النهضة1981 .

21 ــ **عبدالعزيز عبدالمنعم خليفة :** ــ الأسس العامة للعقود الإدارية، منشأة المعارف، 2009 .

32 ــ **عبدالعزيز عبدالمنعم خليفة :** ــ تنفيذ العقد الإداري وتسوية منازعاته قضاء وتحكيما، منشأة المعارف، 2009 .

22 ــ **عبدالعزيز السيد الجوهري :** ــ محاضرات في الأموال العامة، دراسة مقارنة، ديوان المطبوعات الجامعية، .1983

23ــ **عبدالغني بسيوني عبدالله :** ــ القانون الإداري، دراسة مقارنة لأسس ومبادئ القانون الإداري، منشأة المعارف، 1991.

24ــ **عبدالمنعم البدراوي :** ــ النظرية العامة للإلتزامات في القانون المدني المصري ، الجزء الأول ، مصادر الإلتزام، 1971.

25ــ **عبدالإله الخافي :** ــ العقود الإدارية، دمشق ، 1986 .

26ــ **عبدالمجيد فياض :** ــ نظرية الجزاءات في العقود الإدارية، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، 1997.

27ــ **عزت عبدالقادر :** ــ عقد المقاولة، دار الألفي ، 2001.

28ــ **علي محمد عبدالمولى :** ــ الظروف التي تطرأ أثناء تنفيذ العقد ، 1991.

29ــ **عمار بوضياف :** ــ الصفقات العمومية في الجزائر ، جسور للنشر ، 2000

30-عمر حلمي فهمي ــ معيار تمييز العقد الإداري، النهضة العربية ، 1993 .

31ــ **عمر حلمي فهمي:** ــ سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري ، ضمانات المتعاقد في مواجهتها، النهضة العربية، 1996.

32ــ **كامل ليلة :** ــ التنفيذ المباشر في القانون الإداري ، دار الفكر العربي ، الطبعة الأولى ، 1962.

33ــ **كامل ليلة :** ــ الرقابة القضائية على أعمال الإدارة، بدون تاريخ.

34ــ **محمد الصغير بعلي :** ــ العقود الإدارية ، دار العلوم للنشر والتوزيع ، بدون تاريخ .

35ــ **محمد عبد الواحد الجميلي :** ــ ماهية العقد الإداري في ضوء أحكام القضاء الفرنسي والمصري، دار النهضة العربية، 1995.

36ــ **محمد فؤاد مهنا :** ــ مبادئ وأحكام القانون الإداري في ظل الإتجاهات الحديثة، منشأة المعارف، 1975.

37ــ **محمد سعيد حسين أمين :** ــ دراسة وجيزة في فكرة العقود الإدارية وأحكام إبرامها، دار الثقافة الجامعية ، 1992.

38ــ **محمد سعيد حسين أمين :** ــ المبادئ العامة في تنفيذ العقود الإدارية، دار الثقافة الجامعية، 1990 .

39ــ **محي الدين إبراهيم سليم :** ــ نظرية الظروف الطارئة بين القانون المدني والفقه الإسلامي ، دراسة مقارنة، دار المطبوعات الجامعية 2007 .

40ــ **محمود عاطف البناء :** ــ الوسيط في القانون الإداري ، دار الفكر العربي، 1984.

41ــ **مجدي المتولي :** ــ التعليق على قانون المناقصات والمزايدات الجديد ، 1989/1998 ، النهضة العربية، بدون تاريخ.

42ــ **مصطفى محمود عفيفي :** ــ رقابة القضاء على أعمال الإدارة والمنازعات الإدارية، الجزء الأول ، 1990.

44ــ **رياض عبد عبسي :** ــ مظاهر سلطة الإدارة في تنفيذ مقاولات الأشغال العامة ، النجف، الطبعة الأولى ، 1976.

2 ـ الرسائل الجامعية :

01ــ **ثريا العيوني:** ــ معيار العقد الإداري ، دراسة مقارنة ، دكتوراه ، عين شمس 1987 .

02ــ **زكي محمد محمد النجار :** ــ نظرية البطلان في العقود الإدارية ، دراسة مقارنة، دكتوراه ، عين شمس 1981 .

03ـــ علي الفحام : ـــ سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري ، دكتوراه عين شمس القاهرة ، 1975 .

04ـــ عبسى عبدالقادر الحسن : ـــ التزامات وحقوق المتعاقدين في عقد الأشغال العامة، دكتوراه ، جامعة القاهرة ، 1987.

05ـــ عزت صديق طنبوش : ـــ نزع الملكية للمنفعة العامة، دكتوراه، عين شمس ، 1998 .

06 ـــ محمد الصالح بديع السيد : ـــ سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري ، دراسة مقارنة، دكتوراه، الزقازيق، 1993.

07 ـــ مسعود شيهوب : ـــ المسؤولية بدون خطأ في القانون لاإداري، دكتوراه، قسنطينة ، 1991.

08ـــ هارون عبدالعزيز الجمل : ـــ النظام القانوني للجزاءات في عقد الأشغال العامة، دكتوراه، عين شمس ، 1997.

09ـــ وليد فاروق جمعة : ـــ حماية المقاول من الباطن في إطار عقود الأشغال العامة، دكتوراه، عين شمس، 2000.

10ـــ شكيوة عثمان : ـــ التوازن المالي للصفقات العمومية، مذكرة ماجستير ، سوق أهراس ، 2005

11ـــ عيسى الزهري : ـــ مظاهر سلطة لاإدارة في تنفيذ مقاولات لاأشغال العامة، ماجستير، بغداد ، 1975.

12 ـــ صدراتي صدراتي : ـــ نظرية التوازن المالي للعقد الإداري ،رسالةماجستير جامعة الجزائر ، 1984 .

ثانيا : باللغة الأجنبية

01 – **A. MAHIOU** : Cour Dinstitutions Administratives , OPU , 1981. 3 eme ed.
02 – **ANDRE DELAUBADERE** : Traité élémentaire de Droit Administratif , 5eme ed. Paris 1970.

03 – **ANDRE DELAUBADERE** : Traité théorique et pratique des contrats administratifs T1 et 2, Paris 1956.

04 – **DELVOLVE.P** : Responsabilité Contractuelle Encyclopédie Dalloz , Répertoire de la Responsabilité de la Puissance Publique , 1995.
05 – **DEGUIT** : Traité de Droit Costitutionnel , 3eme ed.
06 – **F. LORENS** : Contrat Dentreprise en Marche des Travaux Publics , Paris 1981.
07 – **GASTON.JESE** : Les Principes Généraux du Droit Administratif 3eme ed, T 1 et 2 Paris 1934 .
08 – **GEORGE VEDEL** : Droit Administratif , 4eme ed. Paris 1968 .
09 – **HOURIOU . M** : Précis de droit administratif , 4eme edition 1933 , P 227.
10 – **JEAN MARIE AUBY et PIERRE BON** : Droit Administratif def Biens Domaine des Travaux Publics expropriation , 2eme ed. Paris 1993 .
11 – **JEAN RIVERO** : Précis de Droit Administratif , 4eme ed. Dalloz , 1970.
12 – **LAURENT RICHER** : Droit des Contrats Administratifs, L.G.D.J , 1955.
13 – **MARCEL WALINE** : Précis de Droit Administratif , Paris , 1970.
14 – **PHILIPPE GODFRIN** : Droit Administratif des Biens , 3eme ed. Paris 1987 .

ثالثا: النصوص الجزائرية

* القانون المدني الجزائري أمر رقم 75-58 الصادر في 26 سبتمبر 1975 المعدل و المتمم
* القانون رقم 08/90 المتعلق بالبلدية الصادر في 7 أفريل 2009
* قانون الإجراءات المدنية و الإدارية رقم 09/08 الصادر في 25 فبراير 2008
* قانون التأمين رقم 07/95 المتعلق بالتأمين الصادر فى 25 جانفى 1995 المعدل 2006
* المرسوم الرئاسي رقم 236/10 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية الصادر في 7 أكتوبر 2010
* مرسوم تنفيذي رقم 93-289 الصادر في 28 نوفمبر 1993 الذي يوجب على جميع المؤسسات التي تعمل في إطار انجاز الصفقات العمومية للبناء و الأشغال العمومية و الري امتلا شهادة التخصص و التصنيف المهنيين.
* المرسوم التنفيذي رقم 289/05 الصادر في 7 افريل 2005 يتضمن البيانات التي تتضمنها شهادة التخصص.
* قرار وزاري يتضمن المصادقة على دفتر الشروط الإدارية العامة المطبق على صفقات الأشغال الخاصة بوزارة تجديد البناء و الأشغال العمومية و النقل الصادر في 21 نوفمبر 1964. جريدة رسمية رقم46 لعام1965
* قرار وزاري مشترك الصادر في 1988/8/15 المتضمن كيفيات ممارسة وتعويض ومتابعة الأشغال فى مجال البناء والذى يحدد المهام التى يتولاها صاحب الأشغال اثناء تنفيذ العقد.

رابعا: المجلات و الدوريات:

1/ **أحمد رفعت الخفاجي** : ــ نظرية الأشغال العامة في القانون الإداري، مجلة المحاماة ، العدد 6، سنة 1953 .(مصر)
2/ **حمدي علي عمر** : ــ المسؤولية التعاقدية للإدارة ، دراسة مقارنة، مجلة العلوم الإقتصادية، جامعة الزقازيق 1996.
3/ **موريس أندري فلام** :ــ عقود الأشغال الإدارية ــ مترجم ــ مجلة العلوم الإدارية . **(مصر)**
4/ مجموعة المبادئ التي أقرتها محكمة القضاء الاداري المصرية 1946-1961 .
5/مجموعة المبادئ التي أقرتها المحكمة الادارية العليا في 15 سنة 1965-1980 (مصر)
6/ Revue du droit public (R D P) 1986
/

فهرس
المحتويات

الموضـــــــــوع	الصفحة
فصل تمهيدي	
ماهية الأشغال العامة	01
المبحث الأول : مفهوم الأشغال العامة	02
المطلب الأول : المفهوم التقليدي للأشغال العامة	03
1ـــ ورود الأشغال على عقار	04
2ـــ تنفيذ الأشغال لحساب شخص عام	05
3ـــ هدف الأشغال هو تحقيق منفعة عامة	06
المطلب الثاني : الإستقلال عن فكرة المرفق العام والمفهوم الجديد للأشغال العامة	07 07
1ـــ الإستقلال عن فكرة المرفق العام	09
2ـــ المفهوم الجديد لفكرة الأشغال العامة	11
المبحث الثاني : تعريف عقد الأشغال العامة وكيفية إبرامه	12
المطلب الأول : تعريف عقد الأشغال العامة	12
1ـــ أن يكون موضوع الأشغال عقارا	13
2ـــ أن يتم العمل لحساب شخص معنوى عام	13
3ـــ يجب أن يكون الهدف من الأشغال تحقيق نفع عام	15
المطلب الثاني : كيفية إبرام عقد الأشغال العامة	15
1ـــ مدى حرية الإدارة في التعاقد	17
2ـــ طرفي العقد	19
المطلب الثالث : أساليب التعاقد	20
1ـــ تعريف المناقصة	21
2ـــ إختيار المتعاقد	
القسم الأول	27
أثر عقد الأشغال العامة على الإدارة المتعاقدة (صاحبة المشروع)	
الفصل الأول	27
سلطات الإدارة المتعاقدة في عقد الأشغال العامة	28
المبحث الأول : سلطة الرقابة على تنفيذ العقد	29
المطلب الأول : مفهوم الرقابة وأساها القانوني	29
الفرع الأول : مفهوم الرقابة	

الموضـــــــــوع	الصفحة
1ــ المفهوم الضيق والمفهوم الواسع للرقابة	30
2ــ التمييز بين سلطة الرقابة والتصرفات المشابهة	32
الفرع الثاني : الأساس القانوني لحق أو السلطة الرقابة	34
1ــ حق الرقابة يستند إلى نص	34
2ــ سلطة الرقابة حق أصيل	35
المطلب الثاني : وسائل الرقابة ونطاقها	39
الفرع الأول : وسائل ممارسة الرقابة	40
1ــ تعريف الأوامر المصلحية	41
2ــ النظام القانوني للأوامر المصلحية	42
3ــ الاعتراض على الأوامر المصلحية	45
الفرع الثاني : صور الرقابة	47
الفرع الثالث : حدود الرقابة وآثارها	53
1ــ نطاق الرقابة	53
2ــ آثار الرقابة	55
المبحث الثاني : سلطة التعديل بالإرادة المنفردة	56
المطلب الأول : مفهوم سلطة التعديل وموقف الفقه منها	57
الفرع الأول : التمييز بين سلطة التعديل الانفرادي ونظرية عمل الأمير	57
الفرع الثاني : موقف الفقه من سلطة التعديل بالإرادة المنفردة	60
1ــ الاتجاه الفقهي المنكر لسلطة التعديل	61
2ــ الإتجاه الفقهي المؤيد لسلطة التعديل	64
المطلب الثاني : الأساس القانوني لسلطة التعديل، ونطاقه	67
الفرع الأول : الأساس القانوني لسلطة التعديل	68
1ــ أساس التعديل هو فكرة السلطة العامة	68
2ــ مقتضيات الصالح العام للعقد هي أساس التعديل	70
الفرع الثاني : نطاق سلطة التعديل	73
1ــ حدود التعديل المقرر بنص	74
2ــ الحدود القضائية لسلطة التعديل	76
الفرع الثالث : صور التعديل وشروطه	80
1ــ شروط التعديل	80
2ــ صور التعديل	84

الموضـــــــوع	الصفحة
المبحث الثالث : سلطة توقيع الجزاءات الإدارية	88
المطلب الأول : مدى سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات وأساسها القانوني	89
الفرع الأول : تطور أساس حق توقيع الجزاءات	90
1ــ التقيد بالجزاءات التعاقدية	90
2ــ تقدير الجزاءات وفقا للقواعد العامة	92
الفرع الثاني : الأساس القانوني لسلطة الإدارة في توقيع الجزاءات	96
1ــ إمتياز التنفيذ المباشر كأساس لسلطة الإدارة	97
2ــ الآراء المؤيدة لسلطة الإدارة في توقيع الجزاء	98
3ــ الإراء المنكرة لسلطة الإدارة في توقيع الجزاء بذاتها	99
المطلب الثاني : أنواع الجزاءات الإدارية	103
الفرع الأول : الجزاءات المالية	103
1ــ التعويضات	104
2ــ غرامة التأخير	105
3 ــ أحكام الغرامة التأخيرية	107
الفرع الثاني : الجزاءات الضاغطة	109
1ــ الإدارة المباشرة	110
2ــ شروط وضع المقاولة تحت الإدارة المباشرة	11
3ــ الآثار القانونية للإدارة المباشرة	115
4ــ الفسخ الجزائي	118
الفصل الثاني	
إلتزامات الإدارة وأثر مخالفتها	125
المبحث الأول : إلتزامات الإدارة المتعاقدة	127
المطلب الأول : الإلتزام بمساعدة المقاول على تنفيذ العقد	127
الفرع الأول : الإلتزام بتمكين المقاول من تنفيذ العقد	128
الفرع الثاني : الإلتزام بتنفيذ العقد بحسن نية	131
الفرع الثالث : الإلتزام باحترام مدة التنفيذ	133
المطلب الثاني : إلتزام الإدارة بتعويض المقاول	134
الفرع الأول : مسؤولية الإدارة المتعاقدة على أساس الخطأ	135
الفرع الثاني : إلتزام الإدارة بتعويض المقاول دون خطأ	136

الموضـــــــــوع	الصفحة
المبحث الثاني : أثر مخالفة الإدارة المتعاقدة لالتزاماتها	137
المطلب الأول : طبيعة الجزاءات الموقعة على الإدارة ومميزاتها	137
الفرع الأول : طبيعة الجزاءات	138
الفرع الثاني : مميزات الجزاءات الموقعة على الإدارة	139
المطلب الثاني : صور الجزاءات الموقع على الإدارة	141
الفرع الأول : التعويض	143
الفرع الثاني : الفسخ	144
القسم الثاني	
أثر عقد الأشغال العامة على المقاول	147
(حقوق والتزامات المقاول)	
الفصل الأول	
حقوق مقاول عقد اللأشغال العامة	147
المبحث الأول : حق الحصول على الثمن(المقابل النقدى)	147
المطلب الأول : تعريف ثمن العقد وطبيعته القانونية	148
الفرع الأول : شرط الثمن وطبيعته القانونية	148
الفرع الثاني : نطاق مبدأ الثبات	150
المطلب الثاني : كيفيات تحديد ثمن عقد الأشغال العامة	155
الفرع الأول : التعاقد بالثمن الإجمالي الجزافي	157
الفرع الثاني : التعاقد بناء على قائمة سعر الوحدة	158
الفرع الثالث : التعاقد بناء على النفقات المراقبة	161
الفرع الرابع : التعاقد على أساس السعر المختلط	162
المطلب الثالث : أساليب حساب الثمن	163
الفرع الأول : إعداد اللوائح والبيانات	164
1 ــ إعداد اللوائح	164
2 ــ إعداد كشوف البيانات	167
الفرع الثاني : إعداد الحسابات الشهرية المؤقتة	170
الفرع الثالث : إعداد الحسابات السنوية والنهائية	172
المطلب الرابع : طرق الوفاء بالثمن	178
الفرع الأول : التسبيقات	179

الموضـــــــوع	الصفحة
الفرع الثاني : الدفعات على الحساب	181
الفرع الثالث : التسوية على رصيد الحساب	183
المبحث الثاني : الحق في ضمان التوازن المالي للعقد	185
المطلب الأول : المفهوم القانوني والواقعي لفكرة التوازن المالي للعقد	185
المطلب الثاني : مضمون فكرة التوازن المالي للعقد	188
الفرع الأول : موقف الفقه من مضمون الفكرة ونطاق تطبيقها	189
الفرع الثاني : أسلوب تحقيق التوازن المالي للعقد	192
المطلب الثالث : وسائل التوازن المالي للعقد الإداري	195
الفرع الأول : نظرية الظروف الطارئة	196
*1*ــ ضوابط تطبيق النظرية	197
*2*ــ الآثار المترتبة على نظرية الظروف الطارئة	203
الفرع الثاني : نظرية فعل الأمير	206
*1*ــ شروط تطبيق نظرية فعل الأمير	208
*2*ــ آثار تطبيق عملية فعل الأمير	210
*3*ــ حالات التخلي عن قاعدة التعويض الكامل	212
*4*ــ شرط المطالبة بالتعويض	213
الفرع الثالث : نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة	214
*1*ــ شروط تطبيق نظرية الصعوبات المادية	217
2 ــ أثر تطبيق نظرية الصعوبات المادية الاستثنائية	219
الفصل الثاني	
التزامات مقاول عقد الأشغال العمومية	220
المبحث الأول : الإلتزام بالتنفيذ الشخصي للعقد	221
المطلب الأول : الإلتزامات التكميلية للمقاول	221
المطلب الثاني : مدلول التنفيذ الشخصي	224
الفرع الأول : مضمون فكرة الإعتبار الشخصي في العقد	225
الفرع الثاني : التنازل الكلي عن العقد	229
ــ منع التنازل الكلي عن العقد(المقاولة)	231
الفرع الثالث : الإلتزام بالتنفيذ الشخصي وأثره في إنقضاء العقد	237
*1*ــ وفاة المتعاقد مع الإدارة	237
2 ــ إفلاس المقاول أو التسوية القضائية	240

الموضـــــــوع	الصفحة
المطلب الثالث : التعاقد من الباطن (التنازل الجزئي)	241
الفرع الأول : تعريف التعاقد من الباطن	242
الفرع الثاني : آثار التعاقد من الباطن	245
1ـ التعاقد من الباطن بغير موافقة الإدارة	246
2ـ التعاقد من الباطن بموافقة الإدارة	247
المبحث الثاني : التزام المقاول باحترام مدة تنفيذ الأشغال وتسليمها	256
المطلب الأول : مدى إلزامية إحترام مدة التنفيذ	257
الفرع الأول : الأساس القانوني للإلتزام	257
الفرع الثاني : تحديد مدة التنفيذ وكيفية إحتسابها	259
ـــ بدء سريان مدة التنفيذ	263
المطلب الثاني : تمديد مدة التنفيذ وأسبابه القانونية	266
الفرع الأول : التمديد بسبب فعل الإدارة المتعاقدة	266
الفرع الثاني : القوة القاهرة	268
المطلب الثالث : نهاية الأشغال وتسليمها	274
الفرع الأول : أسباب نهاية الأشغال أشكال تسليمها	274
الفرع الثاني : تسليم الأشغـــال وأشكاله	277
ـــ التسليم الودي والتسليم القضائي	279
الفرع الثالث : مراحل التسليم وآثاره	280
1ـ التسليم المؤقت	280
2ـ آثار التسليم المؤقت	284
3ـ التسليم النهائي	287
الفرع الرابع : عدم إلتزام المقاول بمدة التنفيذ	293
الخاتمة	296
قائمة المراجع	308
فهرس المحتويات	311