الفصـل الأول
الأساس القانوني لطلب المتعاقد فسخ العقد الإداري لإخلال الإدارة بالتزاماتها التعاقدية

الفصل الأول

الأساس القانوني لطلب المتعاقد فسخ العقد الإداري لإخلال الإدارة بالتزاماتها التعاقدية

من أجل قبول طلب المتعاقد بفسخ العقد الإداري قضائيا، لابد من صدور خطأ من جانب الإدارة ويجب أن يبلغ الخطأ حداً من الجسامة بشكل يسوغ للقاضي فسخ العقد [٩٤]، ويقسم فقهاء القانون الفرنسي الخطأ العقدي الى ثلاثة درجات، الخطأ الجسيم، الخطأ بإهمال، الخطأ اليسير، مع الأخذ بالخطأ الجسيم كمعيارللتعويض[٩٥].

ويجد الخطأ العقدي أساسه القانوني في نص المادة ١١٤٧ من القانون المدني الفرنسي ونص المادة ١٧٦ من القانون المدني الجزائري، والمادة ٢١٥ من القانون المدني المصري .

إذ يقع الخطأ العقدي في حالة إخلال الادارة بالالتزامات العقدية عن قصد أوإهمال أولسبب آخر، أوفي حالة عدم التنفيذ الكلي أوالجزئي بل وفي حالة التنفيذ المتأخر أوالمعيب، وسواء كان بسوء نية الادارة أوبحسن نية حيث تثار في كلتا الحالتين مسؤولية الادارة في حالة عدم بذل العناية المعتادة ونقصد بالعناية هنا عناية الرجل العادي.

ويتمثل ذلك في حالة إخلال الادارة في تنفيذ التزاماتها التعاقدية سواء إخلال بالالتزاماتها الإدارية أوالمالية، ممايرتب عليه حق المتعاقد في طلب فسخ العقد الإداري مع التعويض في حالة حدوث الضرر. وقد نصت المادة ١١٣٧ فقرة ١ من القانون المدني الفرنسي والمادة ١١٢ من القانون المدني المصري والمادة ١٧٢ فقرة ٢ من القانون المدني الجزائري أنه يؤخذ بالمعيار الموضوعي حيث يجب بذل العناية المعتادة ونقصد بالعناية هنا عناية الرجل العادي أوما يعرف في القانون المدني الفرنسي برب الأسرة .

وتأسيساً على ماتقدم، يتعين على الإدارة تنفيذ التزاماتها الناشئة عن العقد، ذلك أن الإدارة في حالة إخلالها بالالتزامات ينظر لها على أساس أنها طرف في العقد وليس على أساس امتيازات السلطة العامة.

وعلى ذلك لاتقوم مسؤولية الإدارة إلا في إطار العلاقة التعاقدية ، وقد ذهبت المحكمة المصرية:" العقد الاداري كغيره من العقود الملزمة لطرفيها يولد التزامات عقدية على كل منهما، ولا شك ان أخص التزامات الادارة في عقد المقاولة اللأعمال أن تمكن المتعاقد معها من موقع

---

(94) C e 6 octobre 2000 commune de st florent req n°205959.

أنظر الملحق رقم ٠٣

(95) yves gaudeme : op.cit p 808.

تنفيذ هذه الأعمال بحيث يبسط عليه سيطرته المادية بما تمكنه من البدء في التنفيذ كما يقع عليها أيضا الالتزام بضمان استمراره بالموقع فلايعترضه أحد ينزع عنه حيازته أويحول بينه وبين إتمام الأعمال محل العقد فإن أخلت الادارة بذلك ولم تمكن المتعاقد معها من موقع العملية ليبدأ في التنفيذ أومكنته منه ولم تضمن له الاستمرار فيه كانت مرتكبة لخطأ عقدي يستوجب التزامها بتعويض المتعاقد معها عما يكون قد لحق به من الاضرار نتيجة لخطئها، وغني عن البيان أن مبلغ التعويض الذي تلتزم الجهة الادارية بأدائه في هذه الحالة يجب أن يكون جابراً لكافة الأضرار التي ترتبت على الخطأ وأن يكون متكافئاً معه فلايزيد عليه أويكون دونه، ويقع على المتعاقد المضرور عبء بيان عناصرالضرر الذي ألم به من خطأ الادارة وتحديد الدليل الذي يؤيده ."

ومع ذلك هناك حالات تؤثر على التزامات المتعاقد ولاترتكب الإدارة فيها خطأ ما ولكن العدالة والصالح المرفق العام معاً يقتضيان أن تعوضه الإدارة لإعادة التوازن الى ما كان عليه .

تأسيسا على ذلك ينقسم إخلال الإدارة بالتزاماتها إلى إخلال مالي وآخر إداري. وهذا ما سوف نتحدث عليه في الفصل الأول المقسم الى المبحثين التاليين:

المبحث الأول: إخلال الإدارة بالتزاماتها المالية

المبحث الثاني: إخلال الإدارة بالتزاماتها الإدارية

المبحث الأول

إخلال الإدارة بالتزاماتها المالية

يمثل التزام الإدارة بأداء المقابل المالي ، أهم حق من حقوق المتعاقد معها، بحسبانه يمثل الدافع الرئيسي على تعاقده مع الإدارة، ونشوء هذا الالتزام على عاتق الإدارة يفترض قيام المتعاقد بتنفيذ التزاماته [٩٦]، إذ أن جوهر الرابطة التعاقدية هو التزام المتعاقد بكل ماينص عليه العقد، فهو يتضمن قوة تحتم على طرفيه الرضوخ والإذعان له في كل ما يحتويه. فالعقد بالنسبة لهما وفي حدود تنظيم العلاقات التي يحكمها كالقانون، فلا يستطيع أحدهما أن يستقل بنقضه ولاتعديله، مالم يصرح له الإتفاق أوالقانون بذلك، وهذا هو المبدأ الأساسي العام في مجال عقود القانون الخاص والذي يطلق عليه القوة الملزمة للعقد[٩٧]

إلا أن العقد الإداري يوصف بالمرونة، وذلك لما تملكه الإدارة من شروط غير مألوفة تواجدها في عقود القانون الخاص، حيث تستطيع الإدارة بإرادتها المنفردة أن تفرض على المتعاقد معها تعديل بعض بنود العقد الإداري، هذا مايجعل الإدارة والمتعاقد ليسا على نفس قدم المساواة، والسلطات العامة للإدارة، يقابلها في الوقت نفسه ضمانات المتعاقد في مواجهة الإدارة، ومنها حق المتعاقد في ألا تتجاوز الإدارة الحدود القصوى لتعديلات وحق المتعاقد في الحصول على مقابل المالي.

ترتيباً على ماتقدم ، سنقسم هذا الفصل إلى المطلبين التاليين:

المطلب الأول: الفسخ القضائي إجراء مواز لسلطة الإدارة في تعديل العقد

المطلب الثاني: التزام الإدارة بدفع حقوق المتعاقد المالية

المطلب الأول

الفسخ القضائي إجراء مواز لسلطة الإدارة في تعديل العقد

إن العقود الإدارية تختلف اختلافاً أساسياً عن العقود المدنية، ومرد هذا الإختلاف هو ارتباط العقد الإداري بالمصلحة العامة[٩٨] ومن ثم تتميز طبيعة العقود الإدارية بالمرونة وعليه يمكن للإدارة

---

(٩٦) حمدي حسن الحلفاوي: ركن الخطأ في مسؤولية الإدارة الناشئة عن العقد الإداري ، الطبعة الأولى ، سنة ٢٠٠٢، ص ٣٠٩.

(٩٧) عاطف سعدي محمد علي: عقد التوريد الاداري، رسالة دكتوراه، جامعة الاسكندرية، سنة ٢٠٠٥، ص٤٢٧.

(98) Gaston Jèze: op cit p 251

تعديل شروط العقد بإرادتها المنفردة إذا اقتضى ذلك الصالح العام.

وقد نشأ جدل فقهي كبير حول مسألة تمتع الإدارة بهذه السلطة بين مؤيدين ومعارضين. فقد ذهب الفقيه لوليه L huillier الى إنكار هذه السلطة والقول أن سلطة الإدارة في التعديل فكرة ابتدعها الفقه ولم تؤيد بأحكام مجلس الدولة الفرنسي، وأضاف أن هذه الفكرة وجدت في قضاء مجلس الدولة، إنما تجد أساسها في تفسير العقد وفقاً لنية المتعاقدين التي تتضح في نص صريح أوضمني من نصوص العقد ذاته أواللائحة المرفقة به.

بينما ذهب الرأي الراجح من الفقه الفرنسي إلى وجود سلطة تعديل الإدارة لعقودها الإدارية كقاعدة عامة من مقتضاها إن الإدارة تملك أثناء تنفيذها العقد سلطة تغيير شروطه وتعديل مدى التزامات المتعاقد بالزيادة أوبالنقصان، وتشمل هذه القاعدة العقود الإدارية جميعها دونما حاجة إلى نص في القانون أوشرط في العقد(٩٩). وقد طبق مجلس الدولة الفرنسي سلطة التعديل لأول مرة بتاريخ ١٩٠٢/١/١٠ في قضية غاز(١٠٠).

تتلخص وقائع القضية في أن بلدية دوفيل ليه روان منحت سنة ١٨٧٤ امتياز خاص لشركة الغاز وذلك من أجل توفير إنارة المدينة بالغاز، ومع تطور الإنارة الكهربائية، حاولت البلدة اقناع الشركة لتوفير الإنارة بواسطة الكهرباء، ونظراً لرفض الشركة، تعاقدت البلدية مع

---

(99) voir: Francis Paul Bénoit : de l'inexistence d'un pouvoir de modification unilatérale dans les contrats administratif , Jcp 1963 p 1775.

(100 (C e 10 janvier 1902 Compagnie nouvelle du gaz de Deville-lès-Rouen req n°94624.

Par l'arrêt Compagnie nouvelle du gaz de Deville-lès-Rouen , le Conseil d'État fait un premier pas vers l'admission de la mutabilité des contrats administratifs.

La commune de Deville-lès-Rouen avait concédé en 1874 à la Compagnie nouvelle du gaz de Deville-lès-Rouen le privilège exclusif de l'éclairage par le gaz. Toutefois, l'éclairage électrique se développant, la commune avait essayé de persuader la compagnie d'assurer l'éclairage par l'électricité. Face à son refus, elle s'était ensuite tournée vers une compagnie d'électricité. La compagnie du gaz avait alors réclamé une indemnité en réparation du préjudice subi du fait de la concession accordée en violation du monopole dont elle disposait. Saisi du litige, le Conseil d'État interpréta le contrat liant la compagnie du gaz à la commune, qui avait été prorogé à une époque où l'électricité fonctionnait déjà dans d'autres communes, comme reconnaissant un monopole de l'éclairage par n'importe quel moyen. Mais il considéra que la commune avait la faculté d'assurer ce service au moyen de l'électricité, y compris en le concédant à un tiers si la compagnie du gaz, mise en demeure, refusait de s'en charger.

Le Conseil d'État admettait ainsi un pouvoir de modification unilatérale du contrat au profit de l'administration, Compagnie nouvelle du gaz de Deville-lès-Rouen.

شركة أخرى تستعمل الإنارة بالكهرباء، وعلى ذلك طالبت شركة الغاز بالتعويض من جراء الضرر الناتج عن خرق الإمتياز الخاص والحصري الذي كان ممنوحا لها.

وتأسيساً على ذلك ذهب مجلس الدولة إلى القول أن تمديد البلدية للعقد مع شركة الغاز في وقت الإنارة بالكهرباء بمثابة الإعتراف بالإمتياز الخاص الممنوح للشركة سواء استعملت الإنارة بالغاز أوالكهرباء.

ومع ذلك اعتبر مجلس الدولة أن للبلدية الحق في التعامل مع طرف ثالث في العقد يستطيع توفير الإنارة بالكهرباء في حالة ما إذا رفضت شركة الغاز تحمل المسؤولية، وعليه اعترف مجلس الدولة بحق الإدارة في تعديل العقد من جانب واحد.

وأكد مجلس الدولة الفرنسي مرة أخرى ذلك بمناسبة فصله في قضية ترام مرسيليا في ١٠/ ٠٣/١٩١٠.[١٠١]

وتتلخص وقائع القضية بأن الإدارة أبرمت عقد مع الشركة الفرنسية تراموي مرسيليا لنقل سكان البلدية عبر سكة الحديد، لكن محافظ Bouches du rhone ألزم الشركة بزيادة عدد عربات القطار من أجل الخدمة الصيفية، رأت شركة الفرنسية للتراموي بأن قرار المحافظ في ٢٣ جوان ١٩٠٣ قد انتهك نص المادة ١١ من الإتفاقية والمادة ١٤ من دفتر الشروط، حيث كانا ينصان على عدد محدد من عربات القطار. وعلى ذلك تمسكت الشركة بحرفية التزاماتها الواردة في العقد، ولم تقبل التغيير في شروط العقد.

وخلص مجلس الدولة بعد أن تابع نتائج المفوض Léon blum إلى أن سلطة التعديل بالإرادة المنفردة للعقود الإدارية من حق السلطة العامة المتعاقدة، ولكن هذا الإمتياز يجب أن لايكون مطلقاً، حيث أن سلطة التعديل من جانب واحد في مصلحة المرفق يتضمن في المقابل تعويضا للمتلزم إذا تجاوزت التعديلات الحدود القصوى، أوأدى الى انقلاب في التوازن المالي للعقد، كذلك أكد مجلس الدولة مرة أخرى حق الإدارة في سلطة التعديل في القضية ١٩٨٣/٢/٢[١٠٢]

وفي قرار آخر لمجلس الدولة الفرنسي الصادر بتاريخ ٢٧ أكتوبر ٢٠١٠ syndicat intercommunal des transports publics de cannes

(101)Ce 11 mars 1910 compagnie générale fracaise des tramways.

(102)Ce 02 fevrier 1983 union des transports public urbains et régionaux req n°34027: "considére que le pouvoir de modification unilatérale: est une régle générale applicable au contrat administratif" .

جاء فيه مايلي:" المتعاقد مع الإدارة يجب عليه تنفيذ العقد مع الأخذ بعين الإعتبار التعديلات من جانب الإدارة، وفي حالة عدم التنفيذ من جانب المتعاقد يكون مرتكبا خطأ الذي بموجبه يتم فسخ العقد لإخلاله." (١٠٣)

وعليه تعتبر سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري من السلطات المعترف بها سواء من طرف الفقه أوالقضاء هذا ما أكدته المحكمة الإدارية العليا المصرية بأنه: "يثبت للجهة الإدارية دائماً حق تعديل العقد الإداري بغير حاجة إلى النص عليه أوتطلب موافقة المتعاقد معها. إذا أشارت نصوص العقد لهذا التعديل، فإن ذلك لايعدو تنظيماً لسلطة الإدارة وبيان أوضاع وأحوال ممارستها وما يترتب على ذلك، لايجوز للإدارة أن تتنازل عن ممارسة هذه السلطة لتعلقها بالنظام العام. ذلك أن العقود الإدارية تختلف عن العقود المدنية في أنها تستهدف مصلحة عامة وهي تسيير المرفق العام عن طريق الإستعانة بالنشاط الفردي"(١٠٤).

لقضاء الإداري الفرنسي هذه السلطة للإدارة سواء فيما يتعلق بتعديل مدى التزامات المتعاقد بالزيادة أوبالنقصان(١٠٥) أوبتعديل طرق ووسائل تنفيذ العقد.

وسلطة تعديل الإدارة للعقد الإداري ليست مطلقة، وإنما مقيدة بألا تتجاوز هذه التعديلات الحدود القصوى المنصوص عليها قانونا هذا ما سنتطرق إليه ، من خلال التقسيم التالي :

الفرع الأول:الفسخ لتجاوز الإدارة الحدود القصوى للتعديلات

الفرع الثاني: الإنقلاب في التوازن المالي للعقد

الفرع الأول

الفسخ لتجاوز الإدارة الحدود القصوى للتعديلات

إن سلطة التعديل لابد وأن تكون في حدود المبدأ العام للمشروعية الإدارية، فحق الإدارة في تعديل عقودها ليس مجرد مظهر للسلطة الإدارية، تتمتع به الإدارة وإنما نتيجة ملازمة من أجل تحقيق المصلحة العامة.

---

(103)Ce 27 octobre 2010 syndicat intercommunal des transports publics de cannes req n ° 318617.

أنظر الملحق رقم٠٤

(١٠٤) المحكمة الإدارية العليا حكم رقم ٣١، طعن رقم ١٠٠١ لسنة ٤٢ ق، الجلسة ٢٤ نوفمبر ١٩٩٨، موسوعة الأحكام الإدارية، النقابة العامة للمحامين، مركز الابحاث والدراسات القانونية، سنة ٢٠١٢، ص٦٩٥.

(105)Ce 20 janvier 1937 ville de houiller

وعليه يجب على الإدارة ألا تتعدى الحدود القصوى في التعديلات إما بزيادة أوانقاص الإلتزامات مما تؤدي إلى إرهاق المتعاقد مادياً أوتحدث تعديل في جوهر العقد بحيث يصبح المتعاقد وكأنه أمام عقد جديد، وعلى ذلك فقد نصت التشريعات الحديثة في كل من القانون الفرنسي والمصري والجزائري على ضوابط لسلطة الإدارة في التعديل.

تنص المادة ١٠٣ من قانون الصفقات العمومية الفرنسي على أن: "الملحق عبارة عن وثيقة تعاقدية ملحقة مع الصفقة الأصلية ويبرم في جميع الحالات إذا كان هدفه زيادة أوإنقاص... و/ أوتعديل بند أوعدة بنود تعاقدية في الصفقة الأصلية.

وتنص المادة ١٠٣ الفقرة الأخيرة من قانون الصفقات العمومية الفرنسي بأنه: "ومهما يكن من أمر لايمكن أن يؤثر الملحق بصورة أساسية على توازن الصفقة، ما عدا في حالة ما إذا طرأت تبعات تقنية لم تكن متوقعة وخارجة عن ظروف الأطراف(١٠٦).

أما المادة ١٥,٣ بعنوان الزيادة بحجم الأشغال من دفتر الشروط العامة الإدارية الفرنسي، المتعلقة بالأشغال العامة CCAG travaux فقد نص على أن: "في حالة زيادة حجم الأشغال، أي أكبر من الزيادة المحددة في الفقرة التالية.

يحق للمقاول التعويض عن الضرر الذي لحقه بسبب هذه الزيادة المحددة.

والزيادة المحددة وثابتة ب:

_الصفقة بسعر الجزافي ب ١/٢٠ من حجم الصفقة الأصلي .

_الصفقة بسعر الوحدة ١/٤ من حجم الصفقة الأصلي .

_ الصفقة بالنفقات المراقبة بنصف حجم الصفقة الأصلي ." (١٠٧).

---

(١٠٦) الفقرة الأخيرة من المادة ١٠٣ معدلة بموجب المرسوم الرئاسي رقم ١٢/ ٢٣ المؤرخ في ٢٠١٢/٠١/١٨، الجريدة الرسمية رقم ٤ المؤرخ في ٢٠١٢/٠١/٢٦، ص ١٤

Article 103 code de marche public francais:" l' avenant constitue un document contractuel accessoire au marché qui dans tous les cas est conclu lorsau il a pour objet l augmentation ou la diminution des prestations et ; ou la modification d une ou plusieurs clauses contractuelle du marché."

(107) Article 15.3 CCAG travaux:" si l augmentation de la masse des travaux est superieure a l augmentation limite définie a l alinéa suivant ; l entrepreneur a droit a etre indemnisé en fin de compte du préjudice
qu il a éventuellement subi du fait de cette augmentation limite
L'augmentation limite est fixée:
- pour un marché à prix forfaitaires, au vingtième de la masse initiale
- pour un marché sur prix unitaires, au quart de la masse initiale

=

أما نص المادة ١٦,١ بعنوان الإنخفاض في حجم الأشغال من دفتر الشروط العامة الإدارية الفرنسي، المتعلقة بالأشغال العامة CCAG travaux فقد نص على ما يلي: "في حالة تخفيض حجم الأشغال، أي أكبر من الإنخفاض المحدد في الفقرة التالية.

يحق للمقاول التعويض عن الضرر الذي لحقه من جراء هذا التخفيض. والانخفاض محدد وثابت ب:

_ الصفقة بسعر الجزافي ب ١/٢٠ من حجم الصفقة الأصلي .

_ الصفقة بسعر الوحدة ب ١/٥ من حجم الصفقة الأصلي .

_ الصفقة على نفقات المراقبة ب ١/٣ من حجم الصفقة الأصلي ."[١٠٨]

يتضح من خلال المواد السابق ذكرها، أن: سلطة التعديل تجد أساسها القانوني في نص المادة ١٠٣ من قانون الصفقات العمومية الفرنسي والمادتين ١٥,٣، ١٦,١ من دفتر الشروط العامة الإدارية الفرنسي حيث أطلق المشرع الفرنسي مصطلح ملحق وعرفه على أنه وثيقة تابعة للصفقة الأصلية، كما أن المشرع الفرنسي قد وضع ضوابط لسلطة الإدارة في التعديل، واشترط أن يكون تعديل الإدارة للصفقة الأصلية مكتوباً في ملحق تابع لصفقة ذاتها، على ألا يؤثر الملحق على توازن الصفقة الأصلية.

كما يسمى الملحق أيضا دفتر شروط العقد الإداري وهي مجموعة الوثائق المكتوبة التي تكمل شروط العقد، ودفتر الشروط يتضمن الوثائق العامة والوثائق الخاصة[١٠٩].

كما يتضح من نص المادتين ١٥، ١٦ المذكوره أعلاه، أن المشرع الفرنسي قد حدد الزيادة كما التخفيض بنسبة محددة من قيمة العقد.

فإذا عُدل العقد الإداري بنسبة تفوق قيمة الزيادة المحددة سلفاً أوتخفيض المحدد سلفا،

=

- pour un marché sur dépenses contrôlées, à la moitié de la masse initiale .

(108)Article 16.1 CCAG travaux : "Si la diminution de la masse des travaux est supérieure à la diminution limite définie à l'alinéa suivant, L'entrepreneur a droit à être indemnisé en fin de compte du préjudice qu'il a éventuellement subi du fait de cette diminution au-delà de la diminution limite.

La diminution limite est fixée:

- pour un marché à prix forfaitaires, au vingtième de la masse initiale
- pour un marché sur prix unitaires, au cinquième de la masse initiale
- pour un marché sur dépenses contrôlées, au tiers de la masse initiale

(109)Yves Gaudement: op.cit .p 694

يجوز للمتعاقد طلب التعويض عن الضرر الذي لحقه.

وتطبيقا لذلك، قضى مجلس الدولة الفرنسي بأنه: "عندما فرضت الإدارة تخفيضا في كمية التوريد أوالحمولة المنصوص عليها في العقد، فإنها تكون قد خالفت بذلك التعديل نصوص العقد، فضلاً عن إخلالها بالتزاماتها مما يرتب مسؤوليتها، ولأجل ذلك تسأل الإدارة عن مخالفتها لنصوص العقد بإجراء تعديل غير مشروع على عقد النقل، حيث لم تسلم المتعاقد سوى ١٦٠٠ طن لنقلها في حين أنها كانت ملتزمة في العقد بتسليم ٣٠٠٠ طن"(١١٠).

أما المشرع المصري فقد نصت المادة ٧٨ من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات المصرية المرقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨على أنه: "يحق للجهة الإدارية تعديل كميات أوحجم عقودها بالزيادة أوالنقص في حدود ٢٥ بالمئة بالنسبة لكل بند بذات الشروط والأسعار من هذه المادة دون أن يكون للمتعاقد مع هذه الجهات الحق في المطالبة بأي تعويض عن ذلك. ويجوز في حالات الضرورة الطارئة وبموافقة المتعاقد تجاوز النسبة الواردة بالفقرة السابقة، ويجب في جميع حالات تعديل العقد الحصول على موافقة السلطة المختصة ووجود الإعتماد المالي اللازم وأن يصدر التعديل خلال فترة سريان العقد وألا يؤثر ذلك على أولوية المتعاقد في ترتيب عطائه. وفي مقاولات الأعمال التي تقتضي فيها الضرورة الفنية تنفيذ بنود مستجدة بمعرفة المقاول القائم بالعمل دون غيره، يتم التعاقد معه على تنفيذها بموافقة السلطة المختصة وذلك بطريق الإتفاق المباشر وبشرط مناسبة أسعار هذه البنود لسعر السوق".

يستشف من نص المادة السابق ذكرها أنه يحق للإدارة تعديل العقد بإرادتها المنفردة، وذلك بالشروط الآتية:

١- أن لايتجاوز التعديل ٢٥ بالمئة لكل بند، أما في حالة الضرورة الطارئة فيجوز للإدارة تجاوز النسبة وهذا بموافقة المتعاقد.

٢- وأن يكون التعديل خلال فترة سريان العقد.

٣- كما أن لو كلفت الإدارة المتعاقد بأعمال جديدة فيتم الإتفاق عندئذ مع المقاول بطريق الإتفاق المباشر وبشروط مناسبة.

وعليه كقاعدة عامة يجب أن لايمس التعديل جوهر العقد، كما أن سلطة التعديل لابد وأن تكون في حدود المبدأ العام للمشروعية وبمفهوم المخالفة يتضح من خلال نص المادة ٧٨ أنه يجب على الإدارة مراعاة كافة الشروط الواردة بالعقد عند تعديل العقد وإلا جاز للمتعاقد طلب

---

(110)C e 4 avril 1930 mayer et lage

فسخ العقد قضائيا لعدم احترام الإدارة إلتزاماتها التعاقدية.

ومن القضاء الإداري المصري:

ذهبت المحكمة الإدارية العليا في حكمها بتاريخ ٣٠ مارس ٢٠٠٤ الى أن: "..... الجهة الإدارية المتعاقدة تملك بإرادتها المنفردة وعلى خلاف المألوف في معاملات الأفراد فيما بينهم حق العقد أثناء تنفيذه وتعديل مدى إلتزامات المتعاقد معها فتزيد من الأعباء الملقاة على عاتق الطرف الآخر أوتنقصها وتتناول الأعمال أوالكميات المتعاقدة عليها بالزيادة أوالنقص على خلاف ما ينص عليه العقد وذلك كلما اقتضت حاجة المرفق هذا التعديل من غير أن يحتج عليها بقاعدة الحق المكتسب أوبقاعدة العقد شريعة المتعاقدين – سلطة التعديل ليست مطلقة بل ترد عليها قيود معينة تقتضيها ضرورة التوفيق بين المصلحة العامة والمصالح الفردية للمتعاقدين معها ومن هذه القيود مايتصل بمقدار أونطاق التعديل وما يترتب عليه من أعباء جديدة تقع على عاتق المتعاقد نتيجة لسلطة التعديل إذ يتعين أن تكون هذه الأعباء في الحدود الطبيعية والمعقولة من حيث نوعها وأهميتها في نطاق موضوع العقد بحيث لاتتجاوز امكانيات المتعاقد الفنية والمالية أوأن يكون من شأنها أن تقلب اقتصاديات العقد رأسا على عقب– تغيير موقع العملية بعد أكثر من سنة ورفض جهة الإدارة ما يرتبه الموقع الجديد من نفقات وتكاليف تختلف عن الموقع الأصلي يجيز للمتعاقد فسخ العقد ومطالبة الجهة الإدارية بكافة النفقات ومافاته من كسب ومالحقه من خسارة من جراء عدم تنفيذه للعملية بسبب يرجع إلى خطأ الجهة الإدارية....."[١١١].

و ذهبت المحكمة الإدارية العليا المصرية في حكمها بتاريخ ٢٦ يناير سنة ٢٠٠١ الى أن:"..... أن الوعاء الذي يحسب على أساسه حق الجهة الإدارية في تعديل العقد زيادة أونقصا هو حجم أوكمية العقد المبرم مع المقاول الذي سيرد عليه التعديل لانصراف آثاره إلى المتعاقد باعتباره قد أخذها في حسبانه وارتضاها عند تقديم العطاء وإبرام العقد لعلمه المفترض بحكم المادة ٧٦ مكررا من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات المشار إليه، وليس على أساس ختامي الأعمال التي أسندت إلى المقاول"[١١٢].

---

(١١١) حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ٥٨، طعن رقم ٦٤٥٦ لسنة ٤٦ قضائيا، الجلسة ٣٠ مارس سنة٢٠٠٤. موسوعة الأحكام الإدارية العليا، النقابة العامة للمحامين، مركز الابحاث والدراسات القانونية، سنة ٢٠١٢، ص٩٢٥.

(١١٢) حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ٥٩، طعن رقم ٥٩٥٩ لسنة ٤٤ قضائيا، الجلسة ٢٦ يناير سنة ٢٠٠١. موسوعة الأحكام الإدارية العليا، النقابة العامة للمحامين، مركز الابحاث والدراسات القانونية، ٢٠١٢، ص٩٣٥.

وفي حكم آخر للمحكمة الإدارية العليا المصرية في جلسة ١٥ فبراير ٢٠٠٠ الى أن: "..... القاعدة في مجال العقود الإدارية والمدنية أن العقد شريعة المتعاقدين، لايجوز نقضه أوتعديله إلا باتفاق الطرفين أولأسباب يقررها القانون _ العقود الإدارية باعتبارها تتعلق بتسيير مرفق عام وضع لها المشرع نظاماً خاصاً في إبرامها وتنفيذها، وأعطى للإدارة الحق في زيادتها أوانقاصها في حدود معينة بذات الشروط والأسعار..... وإذا ما طرأ على العقد زيادة أونقص فإن الأصل أن تزاد المدة أوتنقص بمقدار تلك الزيادة أوالنقصان في الأعمال موضوعه، وهذا إذا لم يتفق الطرفان على ما يخالف ذلك....."(١١٣).

بتاريخ ١٩٩١/١/٢١ أودعا الطاعنين بقلم كتاب محكمة القضاء الإداري بأسيوط وقيدت بجدولها برقم ٤١٤ لسنة ٢ ق، وطلبا في ختامها الحكم بقبول الدعوى شكلاً وفي الموضوع بفسخ العقد الإداري المؤرخ ١٩٨٨/٠٣/٠٩ المبرم بينهما وبين الوحدة المحلية لمركز إسنا.

إذ أن الوحدة المحلية لمركز اسنا قامت بطرح عملية إنشاء وتطوير مستشفى إسنا المركزي في بعطائها مناقصة عامة، وحددت مدة تنفيذ العملية بسنتين تبدأ من تاريخ استلام الموقع، وقد تقدما بعطائهما البالغ قيمته ٦٦٨،١٥٣،٢٣٠ جنيها بعد النزول بنسبة خمسة بالمئة من القيمة الاجمالية للعطاء، وجاء ضمن الشروط الخاصة المرفقة بعطائهما شرطا يقضي بأن يكون التنفيذ في حدود ما يتوافر من اعتمادات لدى الوحدة المحلية لمركز اسنا خلال مدة تنفيذ العملية وعند نهاية هذه المدة يتم عمل ختامي عن الأعمال التي تم تنفيذها خلال تلك المدة، وتمت ترسية العملية عليهما، وفي ١٩٨٨/٣/٩ تم التعاقد وفقاً للشروط العامة والخاصة التي وافق عليها طرفا العقد، واستلما موقع العملية في ١٩٨٨/٩/١١ وعلى ذلك يكون من المقرر أن تنتهي أعمال العقد في ١٩٩٠/٩/١٠ وتم البدء في التنفيذ وقاما بأعمال الحفر لعمق متر وفقاً للرسومات الهندسية إلا أن مهندس الوحدة المحلية أوقف العمل بعد أن لاحظ تغييراً في طبيعة التربة ووجود بيارات الصرف، ولم يتم استئناف العمل إلا بتاريخ ١٩٨٨ /١٢/١٣ بعد أن تسلما تعديل تقرير المهندس الإستشاري وبعد التوقف لمدة ٤٩ يوماً لايد لهما فيها، وقد ورد بهذا التعديل زيادة عمق الحفر الى ٥،٣٠ م بدلا من ٤ م إضافة إلى التوصية برمي تربة رملية وزلطية بسمك ١،٧٠ م قبل رمي الخرسانة العادية بموقع التأسيس.

ولما كانت هذه الأعمال لم ترد لها بنود في المقايسة الإبتدائية فقد شكلت الوحدة المحلية

---

(١١٣) حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ٦٤، طعن رقم ٦٧٦٠ لسنة ٤٢ قضائيا، الجلسة ١٥ فبراير سنة ٢٠٠٠. موسوعة الأحكام الإدارية العليا، النقابة العامة للمحامين، مركز الأبحاث والدراسات القانونية، سنة ٢٠١٢، ص ١٠٠٦.

لجنة لتحديد أسعار كافة البنود التي تم تنفيدها ولم ترد لها بنود بالمقايسة الإبتدائية، وبتاريخ ١٩٩٠/٣/٦ فوجئا بكتاب الوحدة المحلية رقم ١٢١٠ المتضمن خصم مبلغ ١٤٠٠،٣١٤ جنيها من مستحقاتهما وهي قيمة فرق الحفر الذي يزيد عن عمق ٤ م والذي سبق أن قررته اللجنة سالفة الذكر، فضلا عن خصم مبلغ ٣٧٨٦،٢٤١ جنيها قيمة فروق أسعار الحديد والأسمنت التي زادت أسعارها أثناء تنفيذ العملية والتي سبق للوحدة المحلية صرفها للمدعيين بالدفعات السابقة على الخصم، وبذلك يبلغ إجمالي المبلغ الذي خصمته الوحدة المحلية من مستحقاتهما ٥١٨٦٥٥٥ جنيها، وإذا كانت الوحدة المحلية قد طرحت العملية قبل أن تتوافر لديها الاعتمادات المالية اللازمة لتنفيذها فقد عجزت عن الوفاء بإلتزاماتها المادية نحو صرف مستحقاتهما عن الأعمال التي قاما بتنفيذها خلال مدة السنتين المقررة لتنفيذ العملية، وخالفت بذلك الشرط الذي وضعاه ضمن شروطهما الخاصة التي وافقت عليها الوحدة المحلية ولجنة البت، فقد طلبا عند نهاية مدة العقد في ١٩٩٠/٩/١٠ من الوحدة المحلية عمل ختامي عن الأعمال التي قاما بتنفيذها خلال مدة تنفيذ العملية..... أحيلت الدعوى إلى محكمة القضاء الإداري بقنا، وقيدت بجدولها برقم ٩٤٠ لسنة ١ ق، وبعد أن تدوول نظر الدعوى بالجلسات، حكمت المحكمة بجلسة ٢٠٠٥/٥/١٢ بفسخ العقد المبرم بين المدعيين والجهة الإدارية بتاريخ ١٩٨٨/٣/١٩ بخصوص عملية تطوير مستشفى اسنا المركزي، مع ما يترتب على ذلك من آثار أهمها أحقيتهما في صرف مبلغ ثلاثة وخمسين ألفاً وسبعمائة وواحد وخمسين جنيها على النحو المبين بالأسباب، وبأن تؤدي الجهة الإدارية لهما مبلغ عشرين ألف جنيه تعويضا عن الأضرار المادية والأدبية التي لحقت بهما[١١٤].

وبالرجوع للمشرع الجزائري نجده كذلك يستعمل مصطلح ملحق في المادة ١٠٣ بموجب المرسوم الرئاسي ٢٣٦/١٠، والذي أجاز للادارة وفي جميع الصفقات العمومية أن تعدل بنداً أوبنوداً بالزيادة أوالنقصان غير أن هذا التعديل مشروطٌ بما يلي:

أن يكون مكتوباً طالما كانت الصفقة الأصلية مكتوبة فعنصر الكتابة أمر لازم في حال ممارسة الإدارة لسلطة التعديل وهذا شرط طبيعي فالتعديل فرع أوجزء من الصفقة، وكذلك حدد المشرع الجزائري في دفتر الشروط الإدارية العامة النموذجي في المادة ٣٠ منه، سلطة التعديل التي تملكه الإدارة صاحبة المشروع بنسبة ٢٠ بالمئة من قيمة العقد.

---

(١١٤) محكمة القضاء الاداري بقنا، طعن رقم ٩٤٠، لسنة ١ ق، الجلسة ١٢ ماي ٢٠٠٥

وتنص المادة ٣٢ فقرة ١ من دفتر الشروط الإدارية العامة الجزائري على مايلي:" وعندما يتبين أن التغييرات التي تقوم بها الإدارة أو تنتج عن ظروف غير متأتية من خطأ أو عمل المقاول، فتتناول أهمية مختلف أنواع الأشغال بشكل تختلف فيه المقادير بما يفوق ٣٥ بالمئة بزيادة أو نقصان عن المقادير المفيدة في التفصيل التقديري ، فيستطيع المقاول عندئذ أن يقدم عند انتهاء الحساب طلب بالتعويض مرتكزاً على المسبب له ، من جراء التعديلات الحاصلة بهذا الشأن في إحتياطات المشروع ."

يتضح من نص المادة أنه من حق الإدارة تعديل شروط العقد الإداري ولكن مع مراعاة التوازن العقدي إذ في حالة الزيادة أو نقصان عن المقادير المقيدة يحق للمقاول طلب التعويض.

خلاصة القول أن سلطة الإدارة في تعديل الالتزامات التعاقدية ليست من قبيل السلطة المطلقة، ولكن تمارسها الإدارة في ظل شروط معينة.

وهناك ملاحظة أساسية تفرض نفسها دائما وهي أن أساس سلطات الإدارة ومنها سلطة التعديل يكمن في تحقيق النفع العام الذي يهدف إلى الصالح العام، فللإدارة حق تعديل شروط العقد بما تقتضي المصلحة العامة ذلك.

الفرع الثاني

الإنقلاب في التوازن المالي للعقد

تقتضي العدالة والمصلحة العامة أن تحافظ الإدارة على التوازن المالي للعقد، وذلك بألا تجري تعديلات إلى حد إرهاق المتعاقد أوتغيير موضوع العقد الأصلي أوتنشئ محلاً جديداً بشكل يجد المتعاقد نفسه أمام عقد جديد، كذلك إذا ما صادف تنفيذ العقد الإداري صعوبة مادية بحتة ذات طابع استثنائي لم يتوقعها المتعاقد مع الإدارة، مما يجعل تنفيذ المتعاقد لالتزامه في ظلها أكثر إرهاقاً وكلفه، هذا مايسمح للمتعاقد باللجوء للقضاء وطلب فسخ العقد مع التعويض، في حالة عدم تدخل الإدارة.

بتعويضه تعويضاً كاملاً لجبر الأضرار التي أحدثتها تلك الصعوبة تمكيناً له من الإستمرار في الوفاء بالتزامه التعاقدي.

أولا: فكرة الأعمال الجديدة

يعرف الأستاذ دي لوبادير العمل الجديد بأنه: "ذلك العمل الأجنبي، من حيث موضوعه عن العمل المنصوص عليه في العقد الأصلي، حيث لاتربطه به صلة إطلاقا، أوذلك الذي يحتاج تنفيذه الى أوضاع جديدة، تختلف تماما عن الذي كان قد نص عليه في العقد"[١١٥].

وعليه يتضح من التعريف السابق أن الأعمال الجديدة هي الأعمال المستجدة عما اتفق عليه في العقد، حيث يتم تنفيذها في ظل ظروف وشروط جديدة، وتعتبر من الأعمال الجديدة طلب تنفيذ مشروعات فرعية تغير كلية النسب الأصلية في أشغال المشروع[١١٦] وقد صدر عن مجلس الدولة قراراً في ١٢ جويلية ١٩٥٠ حيث تتعلق في أن العقد الأصلي الذي تم الاتفاق عليه مع المقاول كان ينص على حفر قناة ثم اضيف على ذلك أعمال جديدة في العقد تتمثل في صنع عازل للماء لم يتم الإتفاق عليه من قبل في العقد[١١٧].

كما نصت الفقرة الأخيرة من المادة ٧٨ من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات المصرية على مايلي: "..... وفي مقاولات الأعمال التي تقتضي الضرورة الفنية بتنفيذ بنود مستجدة بمعرفة المقاول القائم بالعمل دون غيره، فيتم التعاقد معه على تنفيذها بموافقة السلطة المختصة وذلك بطريق الإتفاق المباشر وبشرط مناسبة أسعار هذه البنود لسعر السوق.

وتنص المحكمة الإدارية العليا المصرية بأنه: "يتعين أن تكون الأعمال الإضافية من

---

(115) De Laubadère ; op cit p390
(116) C e 30 décembre 1887 jauffret précité
(117) C e 12 juillet 1950 vituret précité

ذات نوع وجنس الأعمال الأصلية بحيث تكون الزيادة في الكمية أوحجم العقد قابلة للتنفيذ والمحاسبة مالياً مع المتعاقد الأصلي عليها عن ذات الفئات والأسعار الخاصة بكل نوع أوجنس من الأعمال الإضافية المماثلة للأعمال الأصلية – إذا كانت الأعمال الإضافية منبتة الصلة بالأعمال الأصلية ومتميزة عنه فلا مناص من طرحها في مناقصة منفصلة – لاضرورة من إسنادها إلى ذات المقاول[١١٨]".

ثانيا: فكرة التوازن المالي للعقد

ظهرت فكرة التوازن المالي للعقد للمرة الأولى في قضاء مجلس الدولة الفرنسي في حكمه الصادر بتاريخ ١١ مارس ١٩١٠ في قضية الشركة الفرنسية ترامواي، حيث أشار الى فكرة التوازن المالي للعقد، حيث اعترف للإدارة بالحق في سلطة تعديل العقد بالإرادة المنفردة على أن يكون هذا الإمتياز ليس مطلقاً مما يؤدي إلى انقلاب في التوازن المالي للعقد.

وقد أفتت الجمعية العمومية للقسم الإستشاري بمجلس الدولة المصري بمبدأ التوازن المالي، حيث جاء في احدى فتواها مايلي: "تعديل الشروط اللائحية لعقد الالتزام في أي وقت وفقاً لمقتضيات المصلحة العامة، دون أن يتوقف ذلك على قبول الملتزم... على إنه وإن كان استعمال مانح الالتزام لحقه في تعديل التعريفة بتخفيضها أوتعديل شروطها لصالح المنتفعين أمراً مشروعاً في ذاته، إلا أن إيثار الصالح العام على الصالح الخاص للملتزم وليس معناه التضحية بهذه المصالح بحيث يتحمل الملتزم وحده جميع الأضرار، فإذا ترتب على إنقاص التعريفة خسارة، فعلى مانح الإلتزام أن يعوضه عن هذه الخسارة، إذ من المسلم أن الملتزم حقاً في التوازن المالي المشروع، وإن السلطة مانحة الإلتزام ملزمة برد هذا التوازن إذا اختل نتيجة لتدخلها بتخفيض التعريفة مثلاً، وأن لها وحدها اختيار الوسيلة التي تتبع لتعويض الملتزم"[١١٩].

١ – نظرية عمل الأمير:

يقصد بنظرية عمل الأمير كل إجراء يصدر من السلطة المختصة، يترتب عليه الإضرار بمركز المتعاقد مع جهة الإدارة بزيادة التزاماته وأعبائه المالية ودون أن ينسب في ذلك ارتكاب أي خطأ إلى جهة الإدارة، وبالرغم مما يؤدي إليه ذلك من التزام الإدارة بتعويض

---

(١١٨) المحكمة الإدارية العليا حكم رقم ٣٥، طعن رقم ١٩٤٤، لسنة ٣٣ ق، الجلسة ٢٩ أفريل ١٩٨٩، موسوعة الاحكام الإدارية العليا، النقابة العامة للمحامين، مركز الأبحاث والدراسات القانونية، سنة ٢٠١٢، ص ٧٢٧.

(١١٩) فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة، الصادرة بجلسة ١٩٥٦/٢/٣

المضرور بما يحقق التوازن المالي للعقد[١٢٠].

كما عرفت نظرية عمل الأمير بأنها: "الأعمال والإجراءات الإدارية المشروعة التي تتخذها وتصدرها السلطات الإدارية المتعاقدة ويكون من شأنها زيادة الأعباء المالية بالنسبة للطرف المتعاقد مع الإدارة أوزيادة الإمتيازات المنصوص عليها في العقد الذي يشكل مخاطر الإدارية استثنائية وغير عادية"[١٢١].

وقد تبنى المشرع الجزائري هذه النظرية وعمل بها حيث جاء في نص المادة ١١٥ من قانون الصفقات العمومية: "تسوى النزاعات التي تطرأ عند تنفيذ الصفقة في إطار الأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها، غير أنه يجب على المصلحة المتعاقدة دون المساس بتطبيق هذه الأحكام أن تبحث عن حل ودي للنزاعات التي تطرأ عند تنفيذ صفقاتها كلما سمح هذا الحل بما يأتي:

- إيجاد التوازن للتكاليف المترتبة على كل طرف من الطرفين.
- التوصل إلى أسرع انجاز لموضوع الصفقة.
- الحصول على تسوية نهائية أسرع وبأقل تكلفة.

وفي حال اتفاق الطرفين يكون هذا الإتفاق موضوع مقرر يصدره الوزير أومسؤول الهيئة الوطنية المستقلة أوالوالي أورئيس المجلس الشعبي البلدي حسب طبيعة النفقات المطلوب الإلتزام بها في الصفقة ويصبح هذا المقرر نافذا بغض النظر عن غياب تأشيرة هيئة الرقابة الخارجية القبلية.."

يستشف مما سبق أن المشرع الجزائري قد بين بوضوح للطرفين المتعاقدين التزامات كليهما بما في ذلك إعادة التوازن المالي للعقد الذي يسمح في الأخير بتحقيق المصلحة العامة وسير المرفق العام بانتظام واطراد.

---

(١٢٠) سليمان الطماوي: المرجع السابق، ص ٦٢١.

(١٢١) عمار عوابدي: القانون الإداري، النشاط الإداري الجزء الثاني، دار المطبوعات الجامعية، ٢٠٠٢، ص٢٢٣.

انظر عمار بوضياف: المرجع السابق، ص ١٦٧.

أما بالنسبة للقضاء:

فنجد مجلس الدولة الفرنسي يعرف عمل الأمير في أحد أحكامه فإنه: "كل عمل يصدر عن سلطة عامة، ودون خطأٍ من جانبها ينجم عنه الإخلال بمركز المتعاقد في العقد الاداري، بحيث تلتزم الإدارة بتعويضه عن كافة الأضرار التي لحقت به، بما يعيد التوازن المالي للعقد[١٢٢].

كما أصدرت الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع المصرية في فتواها الصادرة في ٢٤ فبراير ١٩٦٥ تعريفا لها فذكرت بأن: "عمل الأمير هو إجراء خاص أوعام، يصدر من جانب الجهة الإدارية المتعاقدة، لم يكن متوقعا وقت التعاقد، يترتب عليه إلحاق ضرر خاص بالمتعاقد لايشاركه فيه سائر من يمسهم الإجراء"[١٢٣].

أما القضاء الجزائري فمن خلال تطبيق نظرية عمل الأمير في قضية بلدية فوكا وشركة كهرباء وغاز الجزائر ١١ ديسمبر ١٩٦٤ نجده لايختلف كثيرا عما استقر عليه الإجتهاد الإداري.

شروط تطبيق نظرية عمل الأمير:

وأكدت المحكمة الإدارية العليا المصرية على ضرورة توافر شروط تطبيق هذه النظرية في حكمها الصادر في عام ١٩٦١ حيث جاء فيه: "إذا كانت العلاقة بين الطاعن والإدارة هي عقد إداري، فإن شروط نظرية "فعل الأمير" التي استند إليها الطاعن في تقرير أحقيته في التعويض، غير متوافرة في حالته، ذلك أن شروطها هي:

١- أن يكون ثمة عقد من العقود الإدارية.

٢- أن يكون الفعل الضار صادراً من جهة الإدارة المتعاقدة.

٣- أن ينشأ عنه ضرر للمتعاقد، ولا يشترط في هذا الضرر قدر معين من الجسامة.

٤- افتراض أن الإدارة المتعاقدة لم تخطئ حين أخذت عملها الضار، فمسؤليتها عقدية بلا خطأ.

٥- أن يكون الإجراء الصادر من الإدارة غير متوقع.

---

(122) C e 11 mars 1910 compagnie générale des tramways req n°16178
C e 15 juillet 1959 Société des Alcools du vescin

(١٢٣) فتوى رقم ٢٩٧، جلسة ١٩٦٥/٢/٢٤، مجموعة المبادئ في مادة العقود الإدارية في خمسة عشر عاما، ص ١٨٠.

٦- أن يلحق المتعاقد ضرر خاص لايشاركه فيه من يمسه القرار العام[١٢٤].

وهذا ما ذهب إليه القضاء الإداري الجزائري وكذلك الفرنسي ، حيث استلزم مجلس الدولة الفرنسي أن يكون العمل الضار صادر من الجهة الإدارية المتعاقدة التي أبرمت العقد [١٢٥] وفي حالة ما إذا كان الفعل الضار من جهة الإدارية غير سلطة المتعاقدة ، هنا يتعذر تطبيق نظرية عمل الأمير ، ولكن هذا لايمنع المتعاقد من المطالبة بالتعويض.

الآثار المترتبة على نظرية عمل الأمير:

يترتب على تطبيق نظرية عمل الأمير استحقاق تعويضاً كاملاً بكافة الأضرار التي أصابت المتعاقد من جراء تصرفات الإدارة، بحيث يشمل هذا التعويض مالحقه من خسارة ومافاته من كسب.

وغالباً ما يظهر عمل الأمير في صورة إجراء عام أوخاص مشروع يوجه إلى المتعاقد مع الإدارة، يؤدي إلى زيادة أعبائه، لما للإدارة من سلطة استثنائية في تعديل عقدها سواء بزيادة أونقص إلتزامات المتعاقد معها، أوبتغيير مواصفات الأعمال في عقود الأشغال العامة، في مقابل هذه السلطة ولغرض تحقيق التوازن المالي للعقد الإداري فإنه يحق للمتعاقد في أن يعوض تعويضاً عادلاً عن أية أضرار تلحق به نتيجة هذه التعديلات ومن المستقر عليه فقهاً وقضاءاً أن يشمل التعويض مالحقه من خسارة، ومافاته من كسب نتيجة هذا الإجراء لإعادة التوازن المالي للعقد.

٢- نظرية الظروف الطارئة:

تهدف نظرية الظروف الطارئة إلى معالجة إختلال التوازن المالي للعقد الذي تأثر بظروف لادخل للإدارة فيها وهي بعيدة عن تدخل الأمير، دون خطأ منسوب للإدارة، وإنما جاء هذا الإختلال نتيجة ظروف وحوادث غير متوقعة عند إبرام العقد تؤدي إلى أن يصبح تنفيذ الإلتزام مرهقاً للمتعاقد أوقلب اقتصاديات العقد وخسارته غير المحتملة، وفي هذه الحالة يجوز للمتعاقد مع الإدارة أن يطالبها بتعويضه جزئياً عن هذه الخسارة[١٢٦].

لقد أرسى مجلس الدولة الفرنسي مبدأ ضمان التوازن المالي للعقد، في القضية المعروفة

---

(١٢٤) حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر في ١٩٦١/٥/٢٠ مجموعة أحكام المحكمة السنة السادسة ص ١١٢٣.

(125) CE 4 mars 1949 ville de toulon

(126) Laurent Richer: droit des contrats administratifs l g d j 5 édition 2006 p 271

باسم قضية غاز بوردو ١٩١٦، حيث قضى أنه على البلدية مانحة الإلتزام مد يد المساعدة المالية للمتعاقد معها، وذلك بمنحهم تعويضا يعرف بتعويض الحالة الطارئة أوتعويض الأعباء التي تجاوزت العقد واحتمالاته بقصد اعادة التوازن المالي للعقد واصلاح الخلل الإقتصادي الذي أصابه(١٢٧).

وقد قضى مجلس الدولة الفرنسي، بتطبيق الظروف الطارئة لتوافر شروطها، وذلك في حكمه بتاريخ ١٩٨٠/٢/٦ حيث تتلخص وقائع القضية في أن: بتاريخ ١٩٧٤/٦/١١ أبرم عقد إداري بين المرفق الطبي وشركة dumezلأجل تشييد مبنى لمستشفى يحتوي على عدد ٩٧٦ سريرا وفي أثناء التنفيذ واجهت الشركة المتعاقدة بعض المشاكل ومنها تغير السعر المتفق عليه في العقد، وقد أدى ذلك التغير في السعر الى قلب اقتصاديات العقد، وعلى ضوء ذلك ذهب مجلس الدولة الى أن الوقائع المذكورة من الشركة المدعية لاتعفيها من التزاماتها بتنفيذ العقد، ولكنها تستطيع مع ذلك الإستفادة من التعويض المالي المدفوع من الإدارة"(١٢٨).

وذهبت المحكمة الإدارية العليا المصرية في حكمها الصادر بتاريخ ٢١ يناير ١٩٨٤ الى مايلي: "...أن تطرأ خلال تنفيذ العقد الإداري ظروف طبيعية أواقتصادية لم تكن في حسبان المتعاقد عند إبرام العقد ولا يملك لها دفعاً وأن يكون من شأنها أن تنزل به خسائر فادحة تختل

---

(127) C e 30 mars 1916 compagnie générale d' éclairage de bourdeaux req n°59928.
وتتلخص وقائع القضية في أن الشركة العامة للاضاءة بمدينة بوردو أبرمت في سنة ١٩١٤ عقد التزام مرفق عام مع بلدية بوردو لامداد المدينة بالغاز والكهرباء لمدة ٣٠ سنة. وقد تحددت الأسعار في القائمة الملحقة في عقد الالتزام، طبقا لما كان عليه ثمن الفحم في ذلك الوقت، ذلك أن الفحم هو المادة الأولية التي يستخرج منها الغاز. فقد كان ثمن الطن من الفحم وقت ابرام العقد يقدر بثلاثة وعشرين فرنكا وكان أقصى ما يتوقعه المتعاقدان من زيادة في هذا الثمن هو ٢٨ فرنكا.
ولكن عندما نشبت الحرب العالمية الاولى ارتفعت اسعار الفحم ارتفاعا فاحشا تجاوز الحد الاقصى الذي توقعه الطرفان وقت ابرام العقد، فبينما كان طن الفحم يكلف ٢٣ فرنكا قبل الحرب، أصبح يكلف ١١٧ فرنكا أثناء الحرب.
فلما تأكدت الشركة الملتزمة أنها لن تستطيع تسيير مرفق الكهرباء الا بتحمل خسائر فادحة تهدد بالتوقف تقدمت بطلب إلى بلدية بوردو وآخر الى مجلس المحافظة فيما بعد تطلب فيه السماح لها بزيادة أسعار الغاز بما يتفق ويتناسب مع الزيادة التي طرأت على أسعار الفحم.
غير أن البلدية ومجلس المحافظة رفضا طلبهما تأسيسا على نص المادة ١١٣٤ قانون المدني الفرنسي الذي يقضي العقد شريعة المتعاقدين لايجوز تعديله ولا نقضه الا باتفاق الطرفين، غير أنه لما عرض الموضوع على مجلس الدولة الفرنسي قضى فيه بمراجعة شروط العقد بالسبب ماطرأ من زيادة على أسعار الفحم.
(128) C e 22 fevrier 1980 société dumez req n°12014.

معها اقتصاديات العقد اختلالاً جسيماً –ارتفاع أسعار الأصناف أوالسلع التي تعهد المورد على توريدها ارتفاعاً باهظاً يعتبر ظرفاً طارئاً لم يكن في الحسبان توقعه عند التعاقد طالما أنه يترتب عليه زيادة أعباء المورد بتحميله خسائر فادحة– مقتضى تطبيق أحكام نظرية الظروف الطارئة هو إلزام جهة الإدارة بمشاركة المتعاقد معها في هذه الخسائر ضماناً لتنفيذ العقد الإداري تنفيذاً سليماً، ويستوي أن يحصل التنفيذ من المتعاقد نفسه أوتقوم به جهة الإدارة نيابة عنه عند الشراء على حسابه" (١٢٩).

كما ذهبت المحكمة العليا الجزائرية في قرارها الصادر في ١٩٩٣/١٠/١٠: أنه من المقرر قانوناً أنه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها. وترتب على حدوثها أن تنفيذ الإلتزام التعاقدي، وأن لم يصبح مستحيلا صار مرهقا للمدين، بحيث يهدده بخسارة فادحة. جاز للقاضي تبعاً للظروف، وبعد مراعاة لمصلحة الطرفين أن يرد الإلتزام المرهق الى الحد المعقول .

ولما ثبت من مستندات القضية الحالية، أن السوق محل العقد المبرم بين المستأنف والمستأنف عليه (رئيس البلدية عين الباردة) بقى مغلقا بسبب مرض الحمى الذي أصاب المواشي، فإن ذلك يعد حدثا استثنائياً غير متوقع، يجب الأخذ به. ومتى كان كذلك استوجب إلغاء القرار المستأنف، وتعويض الطاعن عن الأضرار التي لحقته (١٣٠).

ونصت المادة ١٠٥ الفقرة ٢ من المرسوم الرئاسي ٢٣٦/١٠ على مايلي: "إذا ترتب على أسباب استثنائية، وغير متوقعة وخارجة عن إرادة الطرفين اختلال التوازن الإقتصادي للعقد اختلالاً معتراً و/ أوأدى إلى تأخير التعاقدي الأصلي".

إذ يكرس هذا النص نظرية الظروف الطارئة، بحيث يسمح بإعادة التوازن المالي بواسطة إبرام ملحق، ولكن قيده بإجراء إلزامي وهو عرضه على الهيئة المذكوره أعلاه. وطبقاً لما ذكر أعلاه فإن المادة ١٠٧ من قانون المدني الجزائري جاءت بشكل أوضح وأبلغ فلا مانع أن يهتدي بها القاضي وأن روحها تصب ضمن ذات الاتجاه(١٣١).

---

(١٢٩) حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر في ١٩٨٤/٠١/٢١، طعن رقم ٨٧٧ لسنة ٢٧ قضائيا، موسوعة الأحكام الإدارية العليا، النقابة العامة للمحامين، مركز الأبحاث والدراسات القانونية، سنة ٢٠١٢، ص٨٧١.

(١٣٠) المحكمة العليا الجزائرية، قرار رقم ٩٩٦٩٤، المجلة القضائية ١٩٩٤، العدد ١، ص ٢١٧ .

(١٣١) عمار بوضياف: المرجع السابق، ص ١٧٤.

=

يشترط لتطبيق نظرية الظروف الطارئة، أن يكون ظرفا استثنائيا غير متوقعا، ولا يكفي ذلك بل ولا يمكن دفعه كارتفاع الأسعار بسير بوتيرة غير عادية سريعة ومرتفعة. أما عن طبيعة هذا الظرف فقد يكون:

- اقتصاديا: أزمة اقتصادية، ارتفاع مفاجئ وغير متوقع للأسعار.
- سياسيا: إعلان الحرب:
- طبيعيا: حالة جفاف استثنائية، سيول، زلزال
- تشريعياً أوإدارياً تسببه جهة إدارية غير المتعاقدة بالقيام بإجراء يؤدي إلى ظهور ظرف طارئ(١٣٢)

وأن يكون الظرف أجنبياً عن طرفي العقد، إذا كان إحداث هذا الظرف من طرف المصلحة المتعاقدة فلا يعتد بهذه النظرية، وإنما يكون الإعمال بنظرية فعل الأمير، أما إذا حدث هذا الظرف بفعل المقاول المتعاقد، فلا يحق له طلب التعويض لأنه يعد مهملاً أومخطئاً في هذه الحالة(١٣٣) كما يجب أن يقع الظرف الطارئ عقب إبرام العقد الإداري وقبل تنفيذه ولهذا تكون تطبيقات النظرية في العقود المستمرة أوالفورية مثل عقود الإلتزام وعقود الأشغال العامة وعقود التوريد.

وقد عرفت الجزائر ابتداءا من ١٩٩١ تخفيض في الدينار وقد نتج عن هذا أن أسعار السلع لاسيما المستوردة منها قد ارتفع بأضعاف. وكان لهذه النتيجة آثار على العقود التي أبرمت مع الإدارة لاسيما منها التي مازالت في حالة التنفيذ. واستنادا إلى نظرية الظروف الطارئة، فقد أصبح المتعاقدون مع الإدارة خاصة منهم المقاولون في الأشغال العمومية، والموردون إذا كانت السلع مستوردة يطالبون بإعادة النظر في الوضعية المالية للعقد. وقد تمخض عن هذا تكوين

=

نصت المادة ١٠٧ فقرة ٢،٣ على مايلي:" ولايقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه فحسب، بل يتناول أيضا ما هو من مستلزماته وفقا للقانون، والعرف والعدالة، بحسب طبيعة الالتزام.
غير أنه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي، وإن لم يصبح مستحيلا، صار مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للقاضي تبعا للظروف وبعد مراعاة لمصلحة الطرفين أن يرد الإلتزام المرهق إلى الحد المعقول، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك."

(١٣٢) محمد رفعت عبد الوهاب: أصول القضاء الإداري، دار الجامعة الجديدة، سنة ٢٠١٢، ص ٦١٢.

(١٣٣) محمد رفعت عبد الوهاب: المرجع السابق، ص ٦١٢.

لجنة سميت بلجنة متابعة الخسارة الناتجة عن الصرف، التي أصبح المقاولون من خلالها يطالبون بالتعويض من جراء الخسارة في الصرف[١٣٤].

وترتيباً على ماتقدم، فإن نظرية الظروف الطارئة تعطى للمتعاقد مع الإدارة، الحق في التعويض المالي، للخسارة الجسيمة التي لحقت به أثناء تنفيذ العقد، وهذا التعويض لم يعتبر تعويضاً كاملا للضرر الذي لحق بالمتعاقد، بل يتحمل جزءاً من الخسارة التي أصابته، فالتعويض يكون مقابل نفقات وأعباء غير تعاقدية، رغم أن الجزء الأكبر من هذه النفقات _وليس كلها_ كان بمناسبة تنفيذ العقد الإداري[١٣٥].

٣_ نظرية الصعوبات المادية:

نكون في إطار تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير متوقعة إذا ما صادف تنفيذ العقد الإداري صعوبة مادية بحتة ذات طابع استثنائي لم يتوقعها المتعاقد مع الإدارة ولم يكن بوسعه ذلك، مما يجعل تنفيذ المتعاقد لالتزامه في ظلها أكثر إرهاقاً وكلفه، الأمر الذي يتطلب تدخل الإدارة بتعويضه تعويضاً كاملاً لجبر الأضرار التي أحدثتها تلك الصعوبة تمكيناً لم من الإستمرار في الوفاء بإلتزامه التعاقدي[١٣٦].

ويرجع الفضل في ابتكار هذه النظرية لمجلس الدولة الفرنسي، وذلك بتاريخ ١٨٦٤/٦/٢٤ حيث قرر مجلس الدولة تعويض المتعاقد مع الإدارة عن أية صعوبات مادية غير متوقعة.

ومن شروط هذه النظرية:

١- أن يواجه تنفيذ العقد الإداري صعوبة مادية استثنائية:

هذه الصعوبات المادية ترجع في أغلب الحالات إلى ظواهر طبيعية ومن ثم فإن أكثر التطبيقات تتعلق بصعوبات المادية مرجعها إلى طبيعة الأراضي التي تنفذ فيها صفقات الأشغال العامة، كأن تتكشف الأرض عند التنفيذ عن طبيعة صخرية في حين أن التنفيذ الطبيعي للعقد يفترض طبيعة سهلة[١٣٧].

---

(١٣٤) ناصر لباد: الوجيز في القانون الإداري، دار المجدد للنشر والتوزيع، سنة ٢٠١٠، ص ٢٩٩.

(١٣٥) د حمدى على عمر: المسؤولية التعاقدية للادارة، المجلة القانونية الاقتصادية، كلية الحقوق جامعة الزقازيق، العدد الثامن،١٩٩٦ ، ص ٣١٩.

(١٣٦) عبد العزيز عبد المنعم خليفة: تنفيذ العقد الإداري،منشأة المعارف، سنة ٢٠٠٩، ص ٢٠٤.

(١٣٧) د سليمان الطماوي: المرجع السابق، ص ٧٢١.

و لذلك ذهبت محكمة القضاء الإداري في هذا الشأن إلى أن: "شروط الصعوبة المادية الإستثنائية لاتتوافر لمجرد أن الطبقة التي صادفها المدعى وهو يتولى تطهير ترعة كانت ذات صلابة غير عادية، بل يجب أن تكون لهذه الطبقة امتداد غير عادي أيضا بأن تكون لمساحات واسعة أوبنسبة كبيرة من مجموع المنطقة محل التعاقد، وبهذا وحده يتحقق المراد من اعتبار الصعوبة غير العادية أوالإستثنائية"(١٣٨).

٢- عدم توقع المتعاقد للصعوبة المادية الإستثنائية:

لا تطبق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة إذا كان المتعاقد قد توقع حدوث الصعوبة التي اعترضت تنفيذ العقد دون أن يبدي أية تحفظات للإدارة بشأنها.

حيث يفترض أنه وضع تكلفة التنفيذ الزائدة التي أوجدتها الصعوبة المادية في حساباته عند التقدم بأسعار تعاقده ومن ثم فلا يستحق التعويض الذي تكلفه تلك النظرية كما لايكون ذلك التعويض مستحقاً له إذا كان بوسعه توقع الصعوبة المادية إلا أنه لم يبذل لذلك جهداً فيكون مقصراً لايستحق تعويض الإدارة له(١٣٩).

٣- إصابة الصعوبة المادية للمتعاقد بضرر:

فثبوت الضرر هو الذي يبرر التزام الإدارة بدفع التعويض، ذلك أن الضرر المتصور حدوثه في إطار وجود هذه الصعوبات المادية غير المتوقعة هو ارتفاع تكاليف العملية أوزيادة الأسعار بصورة لم تكن متوقعة، أما إذا كانت الزيادة لاتؤدي إلى إرهاق شركة المشروع فإن ذلك لايستدعي تطبيق النظرية(١٤٠) ومن آثار هذه النظرية التعويض الكامل عن جميع الأضرار التي لحقت بالمتعاقد مع الإدارة.

---

(١٣٨) محكمة القضاء الإداري قضية رقم ٧٨٩٢ لسنة ٨ ق جلسة ١٩٥٧/١/٢٠، مجموعة الأحكام السنة ١١، ص ١٥٢. عن د عبد العزيز عبد المنعم خليفة: تنفيذ العقد الإداري، المرجع السابق، ص ٢٠٧.

(١٣٩) عبد المنعم عبد العزيز خليفة: تنفيذ العقد الإداري: المرجع السابق، ص ٢٠٨.

(١٤٠) جابر جاد نصار: عقود البوت والتطور الحديث لعقد الإلتزام، دار النهضة، سنة ٢٠٠٢، ص ١٩٢.

خلاصة القول، من أجل ضمان مبدأ الإستمرارية العقد الإداري، لابد من إيجاد توافق ومعادلة بين عاملين هما:

- إستمرار المتعاقد في تنفيذ إلتزاماته الناشئة عن العقد الإداري.
- ضرورة تدخل المصلحة المتعاقدة باعتبارها سلطة إدارية عامة لمنع أي اختلال في التوازن المالي من خلال تحمل كل أوجزء من الأعباء المالية الإضافية نظير ماتتمتع به من حقوق وسلطات.

وإذا كانت الإدارة تتمتع بامتيازات السلطة العامة، إلا أنه تقتضي العدالة والصالح العام الأخذ بعين اعتبار حقوق المتعاقد، كون العقد الإداري كغيره من عقود القانون الخاص له القوة الملزمة لطرفين.

المطلب الثاني

التزام الإدارة بدفع حقوق المتعاقد المالية

إن أهم التزامات الإدارة تجاه المتعاقد معها هو التزامها بإعطائه المقابل المالي أوالثمن المتفق عليه في العقد(١٤١). والثمن شرط تعاقدي يهدف إليه المتعاقد مع الإدارة، فهو في كل حال يسعى إلى تحقيق الربح وهو هدف مشروع(١٤٢).

قد بينت المادة١٣,١١ من دفتر الشروط الادارية العامة الفرنسي المطبقة على الأشغال العامة CCAG travaux المعدل في سنة ٢٠٠٩ ذلك بنص على مايلي: "قبل نهاية كل شهر، يجب على المتعاقد تقديم طلب الدفع الشهري، لصاحب المشروع، تسمى بمشروع الحساب.

يحدد مشروع الحساب المبلغ الاجمالي الذي يستحقه نتيجة لتنفيذ العقد من البداية. يتم تحديد المبلغ من سعر السوق الأولي، دون خصم أوتعديل الأسعار وبإستثناء ضريبة القيمة المضافة. إذا تم تنفيذ خدمات إضافية، فإن الأسعار المذكورة بناءاً على المادة ١٤,١ تطبق مادام الأسعار لم تحدد. "(١٤٣)

---

(١٤١) محمد عبد العال السناري: طرق وأساليب التعاقد الإداري، وحقوق والتزامات المتعاقدين، دار النهضة العربية ، سنة ٢٠٠٤ ص ٣٧٤.

(١٤٢) جابر جاد نصار: المرجع السابق، ص ٣٠٠.

(143) Article 13.11: " un projet de décompte établissant le montant total, arrêté à la fin du mois précédent, des sommes auxquelles il peut prétendre du fait de l'exécution du marché depuis le début de celle-ci .

=

ونصت المادة ٢٢ من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات المصرية رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ ما يلي: "يجوز بموافقة السلطة المختصة صرف دفعات مقدمة تحت الحساب مقابل خطاب ضمان معتمد، وذلك بالنسب وفي الحدود ووفقاً للشروط والقواعد والإجراءات التي تبينها اللائحة التنفيذية"(١٤٤).

وذهبت المحكمة الإدارية المصرية الى أنه:" من الأمور المستقرة في مجال العقود الإدارية التي يكون موضوعها حقوق المتعاقد مع الإدارة هو حصوله على المقابل المالي الذي يكون ثمناً للبضائع الواردة أو الأشغال المتعاقد على تنفيذها أو الخدمة المطلوبة كالعقد محل المنازعة، ومن المسلم به أن الشروط التي تتعلق بتحجيج المقابل النقدي في العقد بصفة عامة هي شروط تعاقدية، ومن ثم تحدد بدقة وقت التعاقد ولايستطيع أحد طرفي العقد كأصل عام تعديلها إلا بموافقة الطرف الآخر، وسلطة الإدارة في التعديل لاتنصب إلا على شروط المتعلقة بتسيير المرفق العام وليس من بينها تلك التي تحدد المقابل النقدي في العقد الإداري، ولهذا فإن الشروط المتعلقة بالمقابل النقدي في العقد تتسم بطبيعة الإستقرار ويجد ذلك أصله في أن إلتزامات كل طرف من أطراف العقد تتحدد وقت التعاقد حيث يقدر كل طرف في هذا الوقت

=

Ce montant est établi à partir des "prix de base", c'est-à-dire des prix figurant dans le marché, y compris les rabais ou majorations qui peuvent y être indiqués, mais sans actualisation ni révision des prix et hors T.V.A.
Si des ouvrages ou travaux non prévus ont été exécutés, les prix provisoires mentionnés au 3 de l'article 14 sont appliqués tant que les prix définitifs ne sont pas arrêtés."

(١٤٤) وقد جاءت اللائحة التنفيذية مبينة لتلك الاجراءات في المادة ٨٥:" يجوز بموافقة الجهة الإدارية المتعاقدة وعلى مسؤوليتها أن يصرف للمقاول دفعات تحت الحساب تبعاً لتقدم العمل وعلى النحو الاتي:

أ) بحد أقصى ٩٥ بالمئة من القيمة المقررة للاعمال التي تمت فعلا مطابقة للشروط والمواصفات وذلك من واقع الفئات الواردة بالجدول، كما يجوز صرف ٥ بالمئة الباقية نظير كتاب ضمان معتمد من أحد البنوك المحلية ينتهي سريانه بعد مضي ٣٠ يوماً من تاريخ حصول الاستلام المؤقت.

ب) بحد أقصى ٧٥ بالمئة من القيمة المقررة للمواد التي وردها من المقاول لاستعمالها في العمل الدائم والتي يحتاجها العمل فعلا بشرط أن تكون مطابقة للشروط وموافقا عليها، وأن تكون... بموقع العمل في حالة جيدة بعد اجراء الجرد الفعلي اللازم وذلك من واقع فئات العقد، وتعامل كالمشونات المواد التي تورد لموقع العمل صالحة للتركيب إلى أن يتم تركيبها وللجهة الإدارية المتعاقدة الحق في تنظيم الدفع للمقاول عن الاعمال التي تتم على نحو مغاير اذا اقتضت طبيعة الاعمال المسندة اليه ذلك ولها الحق في عدم صرف الدفع اذا رأت أن تقدم العمل أوسلوك المقاول غير مرض."

المقابل يطلبه ويسعى إليه كنتائج لما يقدمه الطرف الآخر ويحقق به التوازن المالي للعقد، فإذا ماحدد المقابل في تاريخ التعاقد بنسبة معينة من قيمة الأعمال فإن عذع النسبة والقيمة المحددة لها تكون من ثوابت العقد بإعتبار النص عليها في حقيقة الأمر نث على شرط تعاقدي وذلك دون نظر إلى تقلبات السوق أو العملة أو التعريفة الجمركية وغيرها من المسائل المتوقع حدوثها لدى المتعاقد مع الإدارة، والقول بغير ذلك يؤدي بحكم الضرورة واللزوم إلى زيادة القيمة في حالة نقصان سعر التحويل للعملة وهو أمر يتناقض مع ثبات شروط المقابل المالي ويجعل التزامات طرفيه في هذا الخصوص التزامات غير محددة، باعتبار أن السعر قد حدد بصفة نهائية منذ اللحظة التي يتم فيها إبرام العقد." (١٤٥).

ويتخذ هذا المقابل المالي صوراً متعددة وهذا بحسب موضوع العقد(١٤٦)، فقد يكون مرتباً شهرياً كما هو الحال في عقد التوظيف في مجال الوظيفة العمومية، وقد يكون ثمناً للسلع والبضائع كما هو الحال في عقود التوريد وثمن العمل المقدم في عقود الأشغال العمومية أورسوم يتقاضاها المتعاقد من المنتفعين كما هو الحال في عقد امتياز المرفق العمومي، كذلك يمكن أن يكون هذا الدفع دفعة واحدة، كما يمكن أن يكون وفق نظام الأقساط التي يدفع كل منها بعد إنجاز مرحلة من العمل المطلوب(١٤٧).

---

(١٤٥) حكم المحكمة الادارية الصادر بجلسة ١٩٩٣/٨/٣١ ، الطعن رقم ٢٥١٩ لسنة ٣٤ ق ع منشور بمجموعة مبادئ العقود الإدارية في أربعين عاما، ص ٣٩٥.

(١٤٦) تنص المادة ٥١ من قانون الصفقات العمومية الجزائري على أنه:" يدفع أجر المتعامل المتعاقد وفق الكيفيات الآتية:

- بالسعر الإجمالي والجزفي.
- بناء على قائمة سعر الوحدة
- بناء على النفقات المراقبة
- سعر مختلط.

كما تنص المادة ١٤,٢ من قانون الصفقات العمومية الفرنسي: "الأسعار الجديدة يمكن أن تكون إما وحدة، أوالسعر الثابت."، كما تنص المادة ١٨ من قانون الصفقات العمومية الفرنسي على مايلي:" السعر النهائي يمكن أن يكون ثابتاً أوقابل للتعديل.السعر مغلق هو السعر الذي لايتغير خلال مدة العقد.

ينعقد العقد بسعر الثابت في حال أن هذا النوع من السعر ليس من المحتمل أن يسبب مخاطر كبيرة للطرفين بسبب التطور المتوقع بشكل معقول في الظروف الاقتصادية للسوق خلال فترة أداء الخدمات."

(١٤٧)ناصر لباد: المرجع السابق ص٢٩٦.

راجع المادة ٦٤ من قانون الصفقات العمومية

راجع المادة ٧٤ من قانون الصفقات العمومية

كما يسمى المقابل المادي بالرسم وليس الأجر وذلك تمييزاً عن الثمن أوالأجر أوالفائدة وهو مقابل مالي يحصل عليه المتعاقد في عقود التزام المرافق العامة مقابل خدمة قام بها نيابة عن الدولة وبتفويض منها لإدارة وتشغيل المرفق العام، ويتحصل عليه المتعاقد من جمهور المنتفعين مباشرة، وليس من الإدارة كما هو الحال في باقي العقود الإدارية.

يتعين على المتعاقد مع الإدارة أن ينجز جميع التزاماته قبل المطالبة بمستحقاته قبل الإدارة، ولكن أجيز للإدارة وفي بعض الأوضاع دفع مبالغ مالية للمتعاقد معها قبل التنفيذ الخدمات موضوع الصفقة ودون مقابل التنفيذ المادي للخدمة وفي حدود نسب محدد، مستلزماً لذلك شرط تقديم المتعاقد كفالة بقيمة معادلة بإرجاع تسبيقات يصدرها بنك خاضع للقانون الجزائري أوصندوق ضمان الصفقات العمومية ويجب أن تصدر كفالة المتعهد الأجنبي من بنك خاضع للقانون الجزائري يشملها ضمان مقابل صادر عن بنك أجنبي من الدرجة الأولى.

وتأخذ هذه التسبيقات صورتين:-

- **التسبيقات الجزافية:** وتتمثل في المبالغ والقيم التي يتم دفعها دون أدنى شكلية وبنسبة محددة لايتجاوز سقفها ١٥ بالمئة من السعر الأولى للصفقة، ويمكن أن يرفع مرة واحدة كما يمكن توزيعه على فترات يتم الإتفاق عليها في الصفقة.
- **التسبيقات على التموين:** وهي التسبيقات المخصصة توضع تحت تصرف المتعاقد قبل البدء في التنفيذ متى أثبت حيازته لعقود وطلبات مؤكدة للمواد أوالمنتجات الضرورية لتنفيذ الصفقة، غير أنه يمكن للإدارة أن تطلب من المتعامل المتعاقد معها التزاماً صريحاً بإيداع المواد والمنتوجات المعنية في الورشة أوفي مكان التسليم خلال أجل يلائم الرزنامة التعاقدية تحت طائلة إرجاع التسبيقات(١٤٨)

وبالرجوع إلى اللائحة التنفيذية للمناقصات والمزايدات المادة ٧٣ تنظم كيفية الدفع تحت الحساب بالنسبة الى مقاولي الأشغال العامة على النحو التالي:

أ - ٨٠ بالمئة من القيمة المقررة للأعمال التي تمت فعلا مطابقة للشروط والمواصفات وذلك من واقع الفئات الواردة بالجدول.

ب- ٦٠ بالمئة من القيمة المقررة للمواد التي وردها المقاول لاستعمالها في العمل الدائم والتي يحتاجها العمل فعلا، بشرط أن تكون مطابقة للشروط وموافقاً عليها، وأن تكون مشونة

---

(١٤٨) بوعمران عادل: النظرية العامة للقرارات والعقود الإدارية، دار الهدى سنة ٢٠١١، ص١٠٧.

بموقع العمل في حالة جيدة بعد إجراء الجرد الفعلي اللازم وذلك من واقع فئات العقد.

ج- بعد تسلم الأعمال مؤقتاً تقوم جهة الإدارة بتحرير الكشوف الختامية بقيمة الأعمال التي تمت فعلاً، ويصرف للمقاول عقب ذلك مباشرة ما يستحقه بعد خصم المبالغ التي سبق صرفها على الحساب أوأية مبالغ أخرى مستحقة.

كما أن المادة ٩١ من اللائحة التنفيذية تفترض ذات المبدأ حيث توجب صرف ثمن الأصناف الموردة في خلال خمسة عشر يوم عمل على الأكثر تحسب من تاريخ اليوم التالي لإتمام إجراءات التحليل الكيميائي أوالفحص الفني.

٣) التسوية على رصيد الحساب:

عرفت المادة ٦٢/ ٣ من مرسوم الرئاسي رقم ١٠/ ٢٣٦ ، المتضمن للصفقات العمومية الجزائري ، التسوية على رصيد الحساب بأنها:" الدفع المؤقت أوالنهائي للسعر بعد التنفيذ الكامل والمرضي لموضوع الصفقة. وعليه تنقسم التسوية على رصيد الحساب الى نوعين:

- التسوية على رصيد الحساب المؤقت(١٤٩).
- التسوية على رصيد الحساب النهائي(١٥٠).

الفرع الأول

تعديل الإدارة للمقابل المالي بالإرادة المنفردة

يعن التساؤل حول امكانية الإدارة تعديل المقابل المالي بالإرادة المنفردة، بما أن الإدارة تتمتع بإمتيازات السلطة العامة بما في ذلك سلطة تعديل العقد بالإرادة المنفردة ،الذي يعد أحد أهم مظاهر تميز العقد الإداري عن غيره من عقود القانون الخاص، **فهل يجوز للإدارة تعديل المقابل المالي بالإرادة المنفردة ؟**

---

(١٤٩)نصت المادة ٨٩ من المرسوم الرئاسي ٢٣٦/١٠ ، المتضمن لصفقات العمومية الجزائري على أن:" تستهدف التسوية على رصيد الحساب المؤقت إذا نصت عليها الصفقة، دفع المبالغ المستحقة للمتعاقد بعنوان التنفيذ العادي للخدمات المتعاقد عليها مع اقتطاع مايلي:
اقتطاع الضمان المحتمل الغرامات الإجمالية التي تبقى على عاتق المتعامل عند الاقتضاء الدفعات بعنوان التسبيقات والدفع على الحساب على اختلاف أنواعها التي لم تسترجعها المصلحة المتعاقدة....."

(١٥٠) نصت المادة ٧٥ من المرسوم الرئاسي ٢٣٦/١٠ ، المتضمن لصفقات العمومية الجزائري على أن: "يترتب على تسوية حساب الرصيد النهائي رد اقتطاعات الضمان وشطب الكفالات التي كونها المتعامل المتعاقد عند الاقتضاء."

لا يجوز تعديل الإدارة المقابل المالي بالإرادة المنفردة، وذلك لأنه يعد من الشروط التعاقدية الذي يهدف المتعاقد من ورائها لمصلحته الخاصة ،التي دفعته إلى التعاقد وقبوله التعاون مع الإدارة في تسيير المرفق العام موضوع العقد وليس من الشروط اللائحية المتعلقة بتسيير المرفق(١٥١). وعلى ذلك فقيمة المقابل المالي يجب أن تدرج في صلب العقد، أوبمقتضى وثائق مستقلة ملحقة بالعقد. (١٥٢)

ومن ثم فلا يجوز للإدارة أن تفاجئ المتعاقد معها بتعديل المقابل المادي لتعاقده بإرادتها المنفردة، حيث يشكل ذلك الأمر خطأً تعاقدياً يمنح المتعاقد مع الإدارة حق اللجوء لقاضي العقد طالباً فسخه مع تحميل الإدارة بالتعويض عن الأضرار التي لحقت به من جراء قرارها غير المشروع(١٥٣).

وعليه فتعديل الشروط التعاقدية يؤدي الى إخلال التوازن المالي، ويترتب عليه إنهيار الأساس الذي قام عليه المتعاقد مع الإدارة، بما يعني تعطل المرفق العام أوعدم انتظامه في تقديم خدماته، وهي نتيجة تمس مباشرة بالمصلحة العامة.

وفي فرنسا استقر الفقه على اعتبار الشروط المتعلقة بالمقابل المالي من الشروط الأجنبية عن المرفق العام، ومن ثم لا يجوز تعديلها وإلا كان قرار الإدارة باطلاً(١٥٤).

وهذا ما أكده مجلس الدولة الفرنسي على أن جهة الإدارة لاتملك أن تمس بالتعديل

---

(١٥١) الشروط اللائحية أوالتنظيمية هي تلك الشروط التي تتعلق بسير المرفق العام، والخدمات التي يقدمها للمنتفعين، وأسلوب العمل بالمرفق، ومايرتبط بذلك من شروط تتعلق بتنفيذ العقد ومواعيد التنفيذ، والشروط الفنية والإدارية للتنفيذ.

(١٥٢) وأكدت المحكمة العليا المصرية ذلك بقولها:" أن من المسلم به أن الشروط التي تتعلق بتحديد المقابل النقدي في العقد الإداري ولهذا فإن الشروط المتعلقة بالمقابل النقدي في العقد تتسم بطبيعة الإستقرار ويجد ذلك أصله في أن غلتزمات كل طرف من أطراف العقد تتحدد وقت التعاقد حيث يقدر كل طرف في هذا الوقت المقابل الذي يطلبه ويسعى إليه كنتائج لما يقدمه للطرف الآخر، ويحقق به التوازن المالي للعقد، فإذا ماحدد المقابل في تاريخ التعاقد بنسبة معينة من قيمة الأعمال فإن هذه النسبة والقيمة المحددة لها تكون من ثوابت العقد باعتبار النص عليها في حقيقة الأمر نص على شرط تعاقدي، وذلك دون نظر إلى تقلبات السوق أو العملة أو التعريفة الجمركية وغيرها من المسائل المتوقع حدوثها لدى المتعاقد مع الإدارة." حكم المحكمة العليا المصرية الصادر في جلسة ١٩٩٣/٠٨/٣١، الطعن رقم ١٩ ٢٥، لسنة ٣٤ ق ع مجموعة مبادئ العقود ، ص ٣٩٥.

(١٥٣) عبد العزيز عبد المنعم خليفة: المرجع السابق، ص ٨٦.

(154)De Laubadère : op.cit p 339.

المزايا المالية المتفق عليها في العقد، والتي يتمتع بها المتعاقد معها[١٥٥].

ولقد ذهبت المحكمة الإدارية العليا إلى التأكيد على أن:" سلطة الإدارة المنفردة في تعديل العقد الإداري يقيدها ضرورة التوفيق بين مصلحة الإدارة ومصلحة المتعاقد معها وذلك بألا يلقى تعديل العقد الإداري بأعباء على المتعاقد مع الإدارة لايمكنه الاضطلاع بها، أوأن يكون من شأن تلك الأعباء قلب التوازن المالي للعقد رأساً على عقب، بحيث يصبح العقد وكأنه عقد جديد، أوكان من شأن التعديل تغيير موضوع أومحل تنفيذ العقد.

حيث أجازت المحكمة للمتعاقد في مثل هذه الحالات طلب فسخ العقد لخطأ الإدارة التعاقدي مع تعويضه عن الأضرار الناجمة عن عدم تنفيذه العقد نتيجة لهذا الخطأ، حيث يشمل التعويض ما فاته من كسب ومالحقه من خسارة[١٥٦].

ومع ذلك يرد على حق المتعاقد في عدم جواز تعديل الإدارة المقابل المالي بالإرادة المنفردة، استثناءين:

يكمن الأول في عقود الإمتياز حيث تستطيع الإدارة تعديل قيمة المقابل المالي للعقد. ودلك لأن الرسم يعتبر من الشروط اللائحية، وليس من الشروط التعاقدية، إذ تستطيع الإدارة تعديل قيمة الرسم بالإرادة المنفردة دون الرجوع إلى المتعاقد. **أما الإستثناء الثاني** فيكمن بالنسبة للعقود التي تستند الى المتعاقد مراكز نظامية كعقود التوظيف.

غير أنه قد يحصل ارتباط بين الشروط التنظيمية والتعاقدية فهل يجوز تعديل الشروط التعاقدية في هذه الحالة أم لا؟، في هذه الحالة تكون الإدارة ملزمة بإعادة التوازن المالي للعقد مع التعويض.

الفرع الثاني

التزام الإدارة بعدم التأخير في أداء المقابل المادي

ويتفرع عن التزام الإدارة بالوفاء بالمقابل المادي للمتعاقد معها التزامها بأداء هذا المقابل دون تأخير، حيث يعد تأخيرها في هذا الشأن خطأً تعاقدياً يلزمها بتعويض المتعاقد معها عن الأضرار التي لحقت به من جرائه. وفي ظل التعديل التشريعي لقانون المناقصات والمزايدات رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ بالقانون رقم ٥ لسنة ٢٠٠٥ بشأن قرار وزير المالية رقم ١٩ لسنة ٢٠٠٦، أصبحت الإدارة ملزمة بسداد قيمة المستخلصات عن الأعمال المؤداة في خلال ستين يوماً من

---

(155) C e 02 / 01/ 1937 chouvel

(١٥٦) المحكمة الإدارية العليا، طعن رقم ٦٤٥٦ لسنة ٤٦ ق، جلسة ٢٠٠٤/٠٣/٢٠.

اعتماد تلك المستخلصات وإلا التزمت بأن تؤدي له تعويضاً يعادل تكلفة التمويل لقيمة المستخلص المعتمد، وذلك عن فترة التأخير المجاوزة للستين يوماً المشار إليها وفقاً لسعر الإئتمان والخصم المعلن من البنك المركزي في تاريخ اليوم التالي لانتهاء الستين يوماً.

ورغم أن القرار الوزاري قد حدد قيمة التأخير بالوفاء بالمستحقات المالية، إلا أن ذلك لايمنع المتعاقد من اللجوء لقاضي العقد للمطالبة بتعويض من جراء تأخير الإدارة في الوفاء بالتزامها التعاقدي.

وعليه لايمكن للإدارة أن تتذرع بعدم كفاية الإعتماد المالي، من أجل التخلص من مسؤولية دفع المبالغ المستحقة .

فلاشك أن احترام الإدارة للمواعيد المقررة للوفاء بالمبالغ المستحقة للمتعاقد يشجع الأفراد على التعاقد مع الإدارة، وبالعكس فإن تخلفها عن الوفاء بالمبالغ المستحقة للمتعاقد في المواعيد المحددة بمقتضى العقد يعد بمثابة خطأ يرتب مسؤوليتها التعاقدية(١٥٧).

وفي قرار عن مجلس الدولة المصري صادر بتاريخ ٦ يونيه ٢٠٠٧:" إلزام الوحدة المحلية لمركز ومدينة طنطا بتنفيذ إلتزاماتها المنصوص عليها في العقد المبرم بينهما وبين الهيئة العامة لبنك ناصر الإجتماعي وذلك تأكيداً لرأي الجمعية العمومية الملزم السابق صدوره في هذا الشأن وللهيئة في حالة عدم إلتزام الوحدة المحلية بذلك فسخ العقد مع مايترتب على ذلك من آثار."

وتتلخص وقائع القضية أنه بتاريخ ٩ ديسمبر ١٩٧٣ صدر قرار محافظة الغربية بالإستلاء مؤقتاً على مساحة ٥س/٩ط /١٣ ف لإقامة سوق جملة للخضر والفاكهة بمدينة طنطا ..... وبدأت الوحدة المحلية لمركز وكدينة طنطا في إنشاء السوق، ولما عجزت عن تمويله، إتفقت مع البنك .... ونص الإتفاق على إلتزام الوحدة المحلية بإتخاذ الإجراءات القانونية اللازمة لإستصدار قرار الإستلاء النهائي على العين موضوع قرار الإستلاء المؤقت لصالح البنك، على أن يلتزم البنك بأداء ثمن الأراضي المخصصة لإقامة المشروع للملاك في حالة التعاقد المباشر أوأداء التعويض في حالة نزع الملكية وقد قام البنك بالوفاء بإلتزاماته المنصوص عليها في العقد بالتعاقد مع بعض ملاك الأراضي، وتعويض من صدرت لهم أحكام نهائية ..... وبعد انتهاء العمل بالمشروع إتفق البنك والوحدة المحلية لمركز ومدينة طنطا بتاريخ ١٨ أبريل ١٩٨٥ على أن تتولى الأخيرة إدارة المشروع مع البنك نظير جعل معين يمثل ٧٥بالمئة من إيراد البوابة

---

(١٥٧) حمدي علي عمر: المرجع السابق، ص ٢٠٥.

الخاصة بالسوق. وتنفيذاً لهذا العقد قامت الوحدة المحلية بأداء مستحقات البنك ٢٥ بالمئة من إيراد البوابة حتى ٣٠ من أبريل سنة ١٩٩٢، **ثم امتنعت بعد ذلك عن الوفاء** الأمر الذي حدا بالبنك الى إنذارها بفسخ عقد الإدارة سالف البيان، فأقامت الوحدة المحلية دعوى رقم ٧٠١٨ لسنة ١٩٨٩ م ك طنطا حيث قضى لها ببطلان العقد وتأييد هذا الحكم إستئنافاً في الدعوى رقم ٢٨٧ ك لسنة ٤٢ ق س من محكمة إستئناف طنطا.....[١٥٨]

وفي قرار عن مجلس الدولة الجزائري الصادر في ١٧/١/ ٢٠٠٦: " من المقرر أن الإدارة وقبل قيامها بأي اتفاقية أوصفقة عمومية عليها أن تتأكد من وجود الإعتمادات المالية الكافية لمشروع ما والذي تريد القيام به ." وتتلخص وقائع القضية في أن السيد س م قام بأشغال لصالح بلدية أفقت متمثلة في ترميم قسم تعليمي وسكن وظيفي وهذا بموجب الاتفاقية المبرمة بين الطرفين، وعلى أن يستقي السيد س م دينه بمجرد دخول الإعتمادات المالية المخصصة لذلك.

وبعد انتهاء الأشغال تقدم السيد س م ملتمسا تسوية دينه، فطلبت منه البلدية التريث لغاية دخول الاعتمادات المالية. فلجأ السيد س م إلى القضاء مطالباً بدفع المبلغ المستحق، وتأسيساً على ذلك قضى بإلزام البلدية بدفعها المبالغ المستحقة، حيث أن الدفع الذي قدمته غير جدي وغير مؤسس[١٥٩].

وفي حكم آخر لمجلس الدولة الجزائري له نفس المعنى المؤرخ بتاريخ ٢١/٠٩/٢٠٠٤، أنه إذا كان مقررا قانوناً أن ترميم المدارس الإبتدائية يخضع للبلديات، فإن البلدية التي طلبت الترميم وأمضت الأمر بالخدمة من أجل إنجاز الأشغال ملزمة بتسديد مبلغ هذه الأشغال[١٦٠].

---

(١٥٨) قرار مجلس الدولة المصري الصادر بتاريخ ٦ يونيه ٢٠٠٧ ملف رقم ٣٨٠٠/٢/٣٢، ص ٧.

(١٥٩) قرار مجلس الدولة الصادر بتاريخ ٢٠٠٦/٠١/١٧، رقم القرار ٢٨٥٤٨، النشرة القضائية ٢٠٠٦، العدد ٥٩، ص ٣١٨.

(١٦٠) قرار مجلس الدولة الصادر بتاريخ ٢٠٠٤/٠٩/٢١، رقم القرار ٠١٦١٥٠، النشرة القضائية ٢٠٠٦، العدد ٦١، ص ٣٧٩.

المبحث الثاني

إخلال الإدارة بتنفيذ التزاماتها ذات الصفة الإدارية

يعتبر العقد الإداري كغيره من عقود القانون الخاص يرتب التزامات متبادلة لكلا الطرفين، وإن كانت طرف الإدارة الأعلى، لأنها تتمتع بامتيازات السلطة العامة إلا أن هذه السلطة تبقى مرتبطة بالصالح العام، الذي يعتبر الهدف الرئيسي وراء إبرام العقد الإداري. وعلى ذلك فإن حادة الإدارة على تحقيق الصالح العام، كانت بذلك مخلة بالتزاماتها التعاقدية.

فالمتعاقد قبل البدء في المشروع لابد له من تراخيص إدارية، إذ لابد له أن يتحصل على الرسوم والتصميمات والمخططات.

كما تلتزم الإدارة بتسليم موقع العمل وتزود المتعاقد بالمواد اللازمة لإنجاز العمل، وبما أن العقود الإدارية بطبيعتها عقود زمنية، فإنه يجب على الإدارة أن تلتزم أثناء مدة تنفيذ العقد بشرط المدة المنصوص عليها، وأن تحترم الإدارة لواجب تنفيذها للعقد بحسن نية، وألا تتعسف في استعمال سلطاتها أثناء تنفيذ المتعاقد للعقد، وأن تحمي المتعاقد من المنافسة، فإن أخلت الإدارة بأي من هذه الالتزامات ذات الصفة الإدارية ترتب على ذلك ضرراً للمتعاقد، جاز لهذا الأخير طلب فسخ العقد الإداري قضائيا.

ولذلك سوف نتطرق من خلال هذا المبحث لإخلال الإدارة بالالتزامات الإدارية، والتي تنقسم إلى:

المطلب الأول: إخلال الإدارة بتنفيذ التزاماتها السابقة على تنفيذ العقد

المطلب الثاني :اخلال الإدارة بتنفيذ التزاماتها أثناء مدة التنفيذ

المطلب الأول

إخلال الإدارة بتنفيذ التزاماتها السابقة على تنفيذ العقد

يقع على عاتق الادارة إلتزامات قبل بدء مدة تنفيذ العقد، وتكمن مجملها في تسهيل للمتعاقد الحصول على رخص إدارية متعلقة بالعقد الاداري كرخصة بناء المشروع مثلاً، كما يقع على عاتق الادارة أيضا تسليم موقع العمل، وأن يتم التسليم خال من كل عوائق، بالاضافة إلى تزويد المتعاقد بالمواد اللازمة لإنجاز العمل، وفي حالة تماطل الإدارة أوتأخرها في تنفيذ التزاماتها السابقة على تنفيذ العقد الاداري، يترتب عليه قيام مسؤولية الإدارة العقدية بسبب اخلال بالتزام جوهري .

وعلى ذلك تنص المادة ١٠ من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات المصرية رقم ٨٩ لسنة ٩٨ على أنه:" على الجهة الإدارية قبل طرح العملية للتعاقد الحصول على الموافقات

والتراخيص اللازمة ذات الصلة بموضوع التعاقد من الجهات المعنية وفقاً للقوانين التي تقتضي ذلك ."

وهذا ماسوف نتطرق إليه، من خلال الفروع التالية:

الفرع الأول: اخلال الإدارة بالتزاماتها المتعلقة بمنح المتعاقد على موافقات والتراخيص الإدارية اللازمة

الفرع الثاني: اخلال الإدارة بالتزاماتها بتسليم موقع العمل

الفرع الثالث: اخلال الإدارة بتزويد المتعاقد بالمواد اللازمة لانجاز العمل

الفرع الأول

إخلال الإدارة بالتزاماتها المتعلقة بتمكين المتعاقد من الحصول على الرخص الادارية اللازمة

تنص المادة ٣١ _٣ من دفتر الشروط الادارية العامة الفرنسي ،CCAG [١٦١]: "صاحب المشروع عليه إصدار تصاريح إدارية للمقاول كتصاريح شغل المؤقت للمال العام والخاص، تراخيص مصلحة الطرقات، رخصة البناء اللازمة لإنشاء هياكل تُكون محتوى الصفقة. صاحب المشروع والمشرف يمكنهم تقديم يد المساعدة لتسهيل للمقاول الحصول على التراخيص الإدارية الأخرى التي يحتاجها وبما في ذلك توفير المواقع اللازمة لبدء الورشات وإيداع الركام ."

وقد ذهب مجلس الدولة الفرنسي في الحكم الصادربتاريخ ٢٠٠٨/٠٣/٠٥ في قضية: شركة تهيئة الخشبsociété d' aménagement du bois de bouis، الى أن على الدولة دفع مبلغ ٦٠٠٠ يورو تطبيقاً لأحكام الفقرة ١_L ٧٦١ من قانون القضاء الإداري الفرنسي، وذلك لتأخر الإدارة في تقديم الترخيص الإداري لشركة d' aménagement du bois de bouis، هذا ما جبرها عن التخلي على المشروع[١٦٢].

---

(161) Article 31.3: " le maitre de l' ouvrage fait son affaire de la délivrance a l entrepreneur des autorisations administratives ; telles que les autorisations d occupation temporaire public ou privé les permissions de voirie ; les permis de construire nécessaires a la réalisation des ouvrages faisant l objet du marché.

Le maitre de l' ouvrage et le maitre d' œuvre peuvent apporter leur concours a l' entrepreneur pour lui faciliter l obtention des autres autorisations administratives dont il aurait besoin notamement pour disposer des emplacements nécessaires a l installation des chantiers et au dépôt des déblais."

(١٦٢) وتتلخص وقائع القضية أن الشركة d'aménagement du bois de bouis، كلفت بتهيئة منطقة معينة في إقليم بلدية vidauban، على مساحة ١١١٩ هكتار من أجل إنشاء مركب سياحي يحتوي على =

=

قرية صغيرة وفندق، ومساحة للعبة الغولف، تقدمت الشركة بطلب ترخيص لإزالة الأشجار واستصلاح الأرض للمشروع بمساحة ٤٦١ هكتار، ونظرا لسكوت الإدارة عن هذا الطلب، توجهة الشركة للقضاء وفي أول حكم صدر في ١٢ ماي ١٩٩٢ بالمحكمة الإدارية بنيس حكمت المحكمة بمسؤولية الدولة عن النتائج والأضرار التي لحقت بالشركة لتأخر تحقيق طلب الترخيص، وطلبت أيضا تقرير خبير لتحديد حجم الضرر الناتج. وهذا الحكم أكد في قرار ٠٧ نوفمبر ٢٠٠٢ للمحكمة الإدارية الإستئنافية بمارسيليا.

وفي الدعوى والمذكرة التكميلية المسجلة في ٢٠ مارس و ٢١ جويلية ٢٠٠٣ لدى أمانة المنازعات لمجلس الدولة المقدمة من طرف شركة تهيئة الخشب والتي تطالب فيه بمايلي:

١) لغي قرار ٧ نوفمبر ٢٠٠٢ للمحكمة الإدارية الإستئنافية بمرسيليا والذي ألغى حكم المحكمة الإدارية بنيس في ٤ ماي ٢٠٠٠، وطلبت من الدولة بدفع مبلغ ١,٥٦١,٦٧٨،١٣ يورو مع الفوائد بنسبة قانونية، ابتداءاً من ٦ فيفري ١٩٩٦ ورأسملة الفوائد capitalisation des intérêts الى ١٨ فيفري ١٩٩٧، ٢٠ أفريل ١٩٩٨، ٢٦ جويلية ١٩٩٩، ١١ أوت ٢٠٠٠ و ٢١ أوت ٢٠٠١ .

٢) إيجاد حل للقضية في الموضوع لأخذ حقها للطلبات المقدمة أمام محكمة الإستئناف الإدارية بحكم على الدولة بدفع مبلغ ١٩,٥٤٦,٧٥٩،٢٨ يورو لجبر الضرر الناجم عن التكاليف المالية وكلفت صيانة البنايات وملعب الغولف، ومبلغ ٩٣,٠٣٩,٨٧٥،٤٨ يورو لجبر الضرر الناجم لتخليه عن المشروع وبدرجة ثانوية بأمر تقرير خبير لتحديد بدقة مدى أضرار التخلي على عملية التهيئة .

٣) تحميل الدولة مبلغ ٧٠٠٠ يورو تطبيقاً لأحكام المادة ١-٧٦١ L. لقانون القضاء الإداري .

يقرر مجلس الدولة:

١) إلغاء قرار محكمة الإستئناف الإدارية بمرسيليا في ٧ نوفمبر ٢٠٠٢ والذي يقضي من جهة برفض طلبات شركة تهيئة الخشب المتعلق بجبر الدولة للأضرار الناجمة عن التخلي للمشروع ومن جهة أخرى يحكم على مبالغ مستحقة من الدولة للشركة المعنية.

٢) الدولة عليها دفع مبلغ ١,٨٩٣,٨٠٩،٦١ يورو لشركة تهيئة الخشب.

٣) التعويض المستحق من الدولة للشركة تتمحور في الفوائد بنسبة قانونية على المبلغ ١,١٢٢,٤٦٠،٩٦ يورو إبتداءاً من ٦ فيفري ١٩٩٦، على المبلغ ٤١٠,٥٧٧،٩٢ يورو إبتداءا من ١ جانفي ١٩٩٧ وعلى المبلغ ٣٦٠,٧٧٠،٧٣ يورو إبتداءاً من ١ جانفي ١٩٩٨ .

٤) الفوائد المستحقة إبتداءاً من ٦ فيفري ١٩٩٦ سوف تضاف الى رأس المال كل سنة إبتداءاً من ١٨ فيفري ١٩٩٧، الفوائد المستحقة إبتداءاً من ١ جانفي ١٩٩٧ سوف تضاف الى رأس المال كل سنة إبتداءاً من ١٨ فيفري ١٩٩٨ و الفوائد المستحقة إبتداءاً من ١ جانفي ١٩٩٨ سوف تضاف الى رأس المال كل سنة إبتداءاً من ١٨ فيفري ١٩٩٩ .

٥) الدولة تدفع للشركة مبلغ ٦٠٠٠ يورو تطبيقاً لأحكام المادة ١-٧٦١ L. لقانون القضاء الإداري.

٦) الطلبات الإضافية للشركة مرفوضة.

٧) هذا الحكم سوف يوثق لشركة d'aménagement du bois de bouis، لشركة الوطنية لحماية الطبيعة ووزارة الفلاحة والصيد البحري.

=

وأكدت على هذا الإلتزام المادة ١ من قانون المناقصات والمزايدات المصرية مايلي: "على الجهة الإدارية قبل طرح العملية للتعاقد الحصول على الموافقات والتراخيص اللازمة ذات الصلة بموضوع التعاقد من الجهات المعنية وفقاً للقوانين والقرارات التي تقضي بذلك."

وتلك التراخيص والموافقات غالباً ما تكون من جهات حكومية كتراخيص الحفر والردم والهدم وإزالة الأنقاض، وتراخيص المرور وإشغال الطريق، وتراخيص البناء وحدود الإرتفاعات المقررة، وغيرها من التراخيص ذات الأثر الفعال في بدء تنفيذ الأعمال محل التعاقد(١٦٣). فمثلاً في عقود الأشغال العامة شئ ضروري الحصول على هذه التراخيص للبدء في التنفيذ ومن أجل البدء في التنفيذ لابد أن تكون الصفقة نهائية وتكون نهائية بعد موافقة الجهة المختصة وفي ذلك تنص المادة ٨ من المرسوم الرئاسي رقم ٢٣٦/١٠ المتضمن قانون الصفقات العمومية الجزائري ما يلي: "لا تصح الصفقات ولاتكون نهائية إلا إذا وافقت عليها السلطة المختصة المذكورة أدناه

- الوزير، فيما يخص صفقات الدولة.
- مسؤول الهيئة الوطنية المستقلة.
- الوالي، فيما يخص صفقات الولاية.
- رئيس المجلس الشعبي البلدي، فيما يخص صفقات البلدية.
- المدير العام أوالمدير، فيما يخص المؤسسة العمومية ذات الطابع الإداري.
- المدير العام أوالمدير، فيما يخص المؤسسة العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري. مدير مركز البحث والتنمية.
- مدير المؤسسة العمومية ذات الطابع العلمي والتقني.
- مدير المؤسسة العمومية الخصوصية ذات الطابع العلمي والتكنولوجي.
- مدير المؤسسة العمومية ذات الطابع العلمي والثقافي والمهني.

ويمكن لكل سلطة من هذه السلطات أن تفوض صلاحياتها في هذا المجال الى المسؤولين المكلفين، بأي حال بتحضير الصفقات وتنفيذها طبقا للأحكام التشريعية والتنظيمية

=

CE 05/03/2008 n°: 255266.

(١٦٣) محمد بن سعيد بن حمد المعمري: المرجع السابق، ص ٣٩٢.

المعمول بها.[١٦٤]" وكذلك تحتاج عقود التوريد لموافقة استرادية وفتح الإعتمادات.

إن مد المقاول بالتراخيص والرسومات الهندسية النهائية التي يتم التنفيذ على أساسها يعد من الآليات الضرورية للبدء في تنفيذ التعاقد حيث يفقد تسليم الإدارة للأرض مع تقاعسها عن استخراج التراخيص أوتزويد المتعاقد بالرسومات الهندسية كل أهميته والغرض منه وهو تمكين المتعاقد مع الإدارة من بدء التنفيذ حيث لن يتمكن من ذلك في ظل تلك الظروف[١٦٥].

وذهبت المحكمة الإدارية العليا المصرية إلى أن الجهة الإدارية تلتزم بتسليم المتعاقد مواد البناء يعني بحسب النية المشتركة للمتعاقدين تسليم المتعاقد تصاريح الحصول على مواد البناء وليس مواد البناء ذاتها. على المتعاقد تقديم التصاريح للجهة القائمة على توزيع هذه المواد ودفع ثمنها واستلامها، ينقضي التزام الجهة الإدارية في هذا الشأن بمجرد تسليم التصاريح خلال المدة المتفق عليها بغض النظر عن تاريخ استعمالها، تسليم المتعاقد تصاريح مواد البناء بعد نفاذ المدة المحددة لتسليمها، متى ثبت أن زيادة أسعار مواد البناء ترجع إلى تأخير تسليم التصاريح فإن على جهة الإدارة تعويض المتعاقد بدفع قيمة فروق الأسعار[١٦٦].

وفي الواقع يمكن القول بأن التزام جهة الإدارة بمعاونة المتعاقد في الحصول على التراخيص اللازمة لإقامة وتشغيل المرفق هو إلزام لايرتبط بنص صريح ملزم بالعقد وإنما يرتبط بطبيعة المرفق العام وأهميته وعدم جواز ترك مصيره واستمراره من عدمه على جهود المتعاقد وحده، لذا وجب تدخل الجهة الإدارية بالمعاونة الصادقة لدى جهات منح التراخيص لتسيير حصول المتعاقد عليها وتذليل أية عقبات تصادفها في هذا الشأن[١٦٧].

كما يدخل ضمن التراخيص الإدارية، تزويد المتعاقد بالتصاميم والخرائط المتعلقة بالعمل .فالإدارة هي التي تقوم بإعداد العقد، عن طريق وضع التصميمات وعمل المقايسات ويتعين عليها ضرورة الإلتزام بأصول الفنية في تنفيذ هذه المهمة [١٦٨].

لذلك فقد أعفت المحكمة الإدارية العليا المصرية المتعاقد من المسؤولية التعاقدية لتأخيره في تنفيذ العقد طالما كان ذلك راجعاً لتأخير الإدارة في مده بالرسومات الهندسية التي سيتم على

---

(١٦٤) عدلت بموجب المرسوم الرئاسي رقم ١٣_٣ المؤرخ في ٢٠١٣/٠١/١٣.

(١٦٥) عبد العزيز عبد المنعم خليفة، تنفيذ العقد الاداري، منشأة المعارف، سنة ٢٠٠٩، ص ٢٢٢.

(١٦٦) المحكمة الإدارية العليا، حكم رقم ١٢٣، موسوعة الأحكام الإدارية العليا، ص ٢٦٦

(١٦٧) انظر حمدي ياسين عكاشة: العقود الإدارية ، دار منشأة المعارف اسكندرية،سنة ١٩٩٨، ص ٢٨٧.

(١٦٨) حمدي علي عمر: المرجع السابق، ص ١٩١.

أساسها التنفيذ[١٦٩].

وقد نصت المادة ٨ من دفاتر الشروط الإدارية العامة الجزائري على أنه: " يجب على الإدارة تمكين المقاول على الخصوص: تسليم مستندات المشروع للمقاول مع الرسوم والمخططات والتصاميم وفقاً لما ينص عليه المشرع، تحت عنوان المستندات التي تسلم للمقاول، وبدون نفقة ولقاء إيصال نسخة مدققة ومصادق على مطابقتها للمشاركة في دفتر الشروط الخاص والمستندات الأخرى المعتبرة صراحة كدستور الصفقة."

لايكفي لكي تعد الإدارة قد قامت بتنفيذ التزاماتها العقدية ان تقوم بتزويد المتعاقد بالتصاميم والخرائط وانما عليها مهمة القيام بوضع التصاميم والخرائط الخالية من أي عيب أونقص يمكن ان يؤثر على حسن تنفيذ العمل في المشروع، ومن ثم يثير مسؤوليتها العقدية فاذا حصل أي تناقض بين هذه التصاميم والخرائط وبين جداول الكميات المسعر، فيتم عرض مثل هذا الامر على المهندس لغرض ابداء رأيه، ويعد قراره ملزماً في مثل هذه الحالة. فإذا ما ترتب على تنفيذ قرار المهندس نفقات اضافية لم يكن قد تحسب لها المقاول، فعلى الإدارة عندئذ تعويض المقاول عما صرفه [١٧٠].

الفرع الثاني

إخلال الإدارة بالتزاماتها المتعلقة بتسليم موقع العمل

تلتزم الإدارة بتسليم المتعاقد معها موقع العمل خاصة في عقد الأشغال العامة وعقد الإمتياز، وإلا تثار المسؤولية للإدارة العقدية، حيث بينت المادة ٧٤ من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات المصرية رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ على أن:" تبدأ المدة المحددة لتنفيذ عقود الأعمال من التاريخ الذي يسلم فيه الموقع للمقاول خالياً من الموانع، إلا إذا اتفق على خلاف ذلك ويكون التسليم بموجب محضر يوقع من الطرفين ومحرر من نسختين تسلم إحداهما للمقاول وتحتفظ الجهة الإدارية بالنسخة الأخرى. وإذا لم يحضر المقاول أومندوبه لتسلم الموقع في التاريخ المحدد له في أمر الإسناد فيحرر محضر بذلك ويعتبر هذا التاريخ موعداً لبدء تنفيذ العمل."

يتضح من المادة السابق ذكرها أنه يجب على الإدارة أن تلتزم بتسليم موقع الأعمال في الميعاد المقرر بين الطرفين لبدء تنفيذ أعمال العقد وأن يتم التسليم للموقع خال من العوائق بحيث

---

(١٦٩) المحكمة الإدارية العليا، طعن رقم ٢٤٧٦ لسنة ٣٦ ق، جلسة ١٩٩٩/٤/٢٧.

(١٧٠) سحر جبار يعقوب: فسخ العقد الإداري قضائيا لخطأ الادارة، رسالة ماجستير جامعة بابل، سنة ٢٠٠٣، ص ٤٨.

لايحتاج من المتعاقد إلى إعادة تجهيزه وإزالة ما به من عوائق، أويتفقا على أن يتم التسليم بموجب محضر وبذلك تكون الإدارة قد أثبتت التزامها بتسليم موقع العمل بدليل مكتوب لاغبار عليه.

وهناك من العوائق الفنية ما يحول بين المتعاقد وتنفيذ إلتزامه التعاقدي الأمر الذي يثير المسؤولية التعاقدية للإدارة كما في حالة تقاعسها عن مده بالرسومات الهندسية الذي يتم التنفيذ على أساسها(١٧١).

لذلك قضت المحكمة الإدارية العليا بأن :"اعتراض القوات المسلحة على الموقع لايمثل قوة قاهرة إذ كان بإمكان جهة الإدارة توقع اعتراضها على موقع الأعمال القريب من الوحدات العسكرية الموجودة في المنطقة وكان عليها الحصول على تصريح منها حتى لاتعترض المقاول عند التنفيذ(١٧٢)."

وقد ذهبت المحكمة الإدارية العليا المصرية إلى أنه: "متى كان الثابت أنه قد حيل بين المتعاقد والبدء في تنفيذ العملية بسبب تعرض رجال الإصلاح له، الأمر الذي ترتب عليه وقف تنفيذ هذه العملية لمدة جاوزت السنة بعد صدور أمر التشغيل دون أن تقوم الهيئة المتعاقدة بتنفيذ إلتزامها بتسليم الطاعن مواقع العمل وتمكنه من العملية هي شهرين فقط، فإن عدم قيام الهيئة المذكورة بتسليم مواقع العمل إلى الطاعن طيلة عام بأكمله هو مما يحق معه القول بأنها قد أخلت إخلالاً جسيماً بواجبها نحو الطاعن بعدم تمكينه من العمل، وانها تأخرت في تنفيذ التزامها هذا مدة كبيرة تجاوز القدر المعقول مما قد يكون سبباً مبرراً لفسخ العقد المبرم بينهما وتعويض الطاعن عما أصابه من أضرار بسبب ذلك"(١٧٣).

والتزام الإدارة بتسليم الأرض محل التنفيذ هو التزام ذو شقين أولهما مادي ويتجسد في قيام الإدارة بالتسليم الفعلي للأرض للمتعاقد معها وثانيهما قانوني ويتمثل في تمكينه من تنفيذ، التزامه من الناحية القانونية وذلك بتزويد المتعاقد وعلى نفقتها الخاصة وفي وقت معقول بالتراخيص اللازمة للبدء في التنفيذ، وليس هناك ما يمنع من النص في العقود الإدارية على بدء

---

(١٧١) د عبد العزيز عبد المنعم خليفة: المرجع السابق، ص ٦٨.

(١٧٢) الطعن رقم ٢٥٣١ لسنة ٣٨ ق عليا، جلسة ١٩٩٩/١/١٢ موسوعة العقود الإدارية وقوانين المزايدات والمناقصات للمستشار الدكتور محمد ماهر أبو العينين الكتاب الثالث عوارض تنفيذ العقد، وإنهاء العقد الإداري، سنة ٢٠٠٤، ص ٣٩٦.

(١٧٣) المحكمة الإدارية العليا، الحكم رقم ١٢٤، موسوعة أحكام الإدارية العليا، ص ٢٦٧.

سريان مدة العقد من تاريخ تسلم المتعاقد لتلك التراخيص[١٧٤]، وفي إطار التزام الإدارة بتسليم المتعاقد معها لموقع التنفيذ، فإنه يتعين أن يكون الموقع المسلم هو ذاته المنصوص عليه بالعقد، حيث لايجوز لها تغييره بإرادتها المنفردة، ذلك لأن هذا الموقع هو الذي وضع المتعاقد أسعاره التعاقدية على أساسه، إضافة إلى أن موقع العمل كان محل اعتبار لديه عند موافقته على المدة التي حددتها الإدارة للإنتهاء من تنفيذ العقد وعلى أساسه جدد أسعار تعاقده، ومن ثم فقد يكبله الموقع الجديد لتنفيذ العقد بتكاليف إضافية، وقد يؤدي الى إطالة مدة التنفيذ الأمر الذي قد تؤاخذه عليه الإدارة وتعتبره خطأً تعاقدياً[١٧٥].

كما قضت المحكمة الإدارية العليا بأنه يجب على جهة الإدارة قبل إسناد الأعمال وطرحها إزالة العقبات من موقع العمل وتسليم الموقع خالياً منها[١٧٦].

الفرع الثالث

إخلال الإدارة بتزويد المتعاقد بالمواد اللازمة لإنجاز العمل

يقع على عاتق الإدارة في بداية تنفيذ العقد، الإلتزام بتسليم المتعاقد معها الأجهزة والمواد اللازمة لتنفيذ العقد والتحقق من مدى جودتها، ويجب أن تكون هذه الأجهزة والمواد المستخدمة فيها مطابقة للمواصفات المحددة للمقايسات، والتزام الإدارة بالتسليم ينقسم إلى شقين:

الإلتزام بالتسليم والإلتزام بالمطابقة فيجب حين تكون المواد مقدمة من جانب الإدارة أن تكون مطابقة للمواصفات الفنية، وتسأل الإدارة عن التحقق من جودتها، لاسيما عندما يطلب من المتعاقد تنفيذ التزاماته على أكمل وجه.

وتلتزم الإدارة بأن تقدم للمتعاقد، كل مايلزم أن يحيط به من معلومات، وفي الاشارة عليه بالرأي الفني الصحيح، خلال تنفيذ العقد[١٧٧].

---

(١٧٤) د عبد العزيز عبد المنعم خليفة: تنفيذ العقد الإداري، المرجع السابق، ص ٢٢٢.

(١٧٥) د عبد العزيز عبد المنعم خليفة: المرجع السابق، ص ٢٢٤

(١٧٦) الطعن رقم ٢٥٣١ لسنة ٣٨ ق، جلسة ١٩٩٩/١/١٢ موسوعة العقود الإدارية وقوانين المزايدات والمناقصات للمستشار الدكتور محمد ماهر أبو العنين الكتاب الثالث، سنة ٢٠٠٤، ص ٣٩٦.

(١٧٧) د حمدي على عمر : المرجع السابق،ص١٩٢ ومابعدها.

المطلب الثاني

إخلال الإدارة بالتزاماتها أثناء مدة تنفيذ العقد

إن العقد الإداري إذا كان يمنح للإدارة المتعاقدة قدراً من الإمتيازات والحقوق فهو بالمقابل يرتب عليها إلتزامات تعاقدية، تعتبر بمثابة ضمانات للمتعاقد لحسن تنفيذ العقد الإداري، وإلا فإنها تكون قد أخلت بإلتزاماتها تجاه من يتعاقد معها، مما يستوجب معه اللجوء إلى القضاء للمطالبة بالتعويض، هذا ما سوف نتطرق له من خلال الفروع التالية:

الفرع الأول: مخالفة الإدارة لواجب تنفيذها للعقد بحسن نية في العقد

الفرع الثاني: الفسخ لعدم احترام الإدارة شرط المدة المنصوص عليها

الفرع الثالث: التزام الإدارة بحماية متعاقدها من المنافسة

الفرع الرابع: تعسف الإدارة في استعمال سلطتها

الفرع الأول

مخالفة الإدارة لواجب تنفيذها بحسن نية للعقد

يجب على الإدارة أن تنفذ التزاماتها العقدية بطريقة سليمة وهذا لايقتضي أن تلتزم الإعتبارات الفنية المسلم بها وفقاً لطبيعة العقد فحسب، ولكن يجب عليها أيضا أن تحترم مقتضيات حسن النية، وهذا طبقا لما تقضي به المادة ١٤٨ من القانون المدني الجزائري وهي: "ينبغي تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه، وبطريقة تتفق مع مايوجبه حسن النية"(١٧٨).

وهذا المبدأ أكدته المحكمة الإدارية العليا المصرية، في حكمها الصادر في ١٩٩٩/٠٢/٢٣ حيث تنص علي: "أن من المبادئ المسلمة أن العقود تخضع لأصل عام من أصول القانون يقضي بأن يكون تنفيذها بطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية، وهذا الأصل مطبق في العقود الإدارية شأنها في ذلك شأن العقود المدنية وبمقتضاه يلتزم كل طرف من طرفي العقد بتنفيذ ما اتفق عليه، فإن حاد أحدهما عن هذا السبيل كان مسؤولا عن إخلاله بالتزامه العقدي ووجب حمله على الوفاء بهذا الالتزام"(١٧٩).

كما جاء في افتاء الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع في وجوب إعمال هذا المبدأ

---

(١٧٨) وتقابلها المادة ١٠٧ من القانون المدني المصري: "يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبحسن نية". والمادة ١١٣٤ الفقرة ٣ من القانون المدني الفرنسي: "يجب تنفيذه وبحسن نية".

(١٧٩) حكم المحكمة الإدارية العليا في ١٩٩٩/٠٢/٢٣، الطعن رقم ٢٣١٦، لسنة ٤٢ ق ع، الموسوعة الإدارية الحديثة ٣٥، ص ٣٥٩.

في شأن العقود الإدارية فذهبت إلى أنه:" من المبادئ المسلمة في العقود العامة أنها تخضع لأصل من أصول القانون ... بأن تكون تنفيذها بطريقة تتفق مع مايوجبه حسن النية، وأن هذا الأصل مطبق في العقود الإدارية شأنها في ذلك شأن العقود المدنية." (١٨٠)

ذلك نجد المحكمة الإدارية تنص على هذا المبدأ مرة أخرى حيث تنص على أن: "إنه من المستقر عليه في قضاء هذه المحكمة في مجال تنفيذ العقود عموماً مدنية كانت أوإدارية أنه يجب تنفيذ العقد وفقاً لما اشتملت عليه شروطه وبما يتفق ومبدأ حسن النية طبقاً للأصل العام المقرر في الإلتزامات عموماً ومن مقتضى ذلك أن حقوق المتعاقد والتزاماته مع الإدارة إنما تتحدد طبقاً لشروط العقد الذي يربطه بجهة واجب التنفيذ ويمتنع عن الخروج عليه، ومرد ذلك إلى أن ما اتفق عليه طرفا العقد هو شريعته الذي تلاقت عندها إرادتهما ورتب كل منهما حقوقه والتزاماته على هذا الأساس"(١٨١).

وقد ذهبت محكمة القضاء الإداري ببورسعيد إلى ما يلي: "..... إن العقد شريعة المتعاقدين ويجب تنفيذه طبقاً لما اشتمل عليه وبما اتفق وحسن النية فذلك أصل عام في الإلتزامات جميعها ولا فرق في إعماله بين عقد إداري وآخر مدني، ومن مقتضيات هذا الأصل أن حقوق المتعاقد مع الإدارة والتزاماته تتحدد طبقاً لشروط العقد الذي يربطه بها إذ أن ما اتفقا عليه يقيدهما باعتباره شريعتهما التي التقت عندها إرادتهما وقبلا ترتيب حقوق والتزامات كل منهما على أساسه وإذا كانت عبارات العقد واضحة وصريحة في تحديد هذه الحقوق والإلتزامات فلا يجوز الإنحراف عنها وتفسيرها بما يؤدي إلى الخروج عليها أومخالفتها أوالنأي بينهما وبين ما استهدفه العاقدان من صياغتها....."(١٨٢). حيث تلتزم الإدارة بإحترام كل شروط العقد، ومراعاة حسن النية وتمكين المتعاقد من تنفيذ إلتزاماته.

ويترتب على ذلك أن تلتزم الإدارة بتسليم الأرض والمنشآت وتوفير الظروف الملائمة لكي يتمكن المتعاقد معها من تنفيذ إلتزاماته كلها، وتطبيقاً لهذا المبدأ لايجوز للإدارة سحب جزء من العملية من المتعاقد لتعهد به إلى متعاقد آخر دون خطأ أوتقصير من جانب المتعاقد، كما لايجوز لها أن تنفذ العمل بنفسها لتعوق المتعاقد عن تنفيذ التزاماته إلا إذا وجد مبرر لذلك. كما

---

(١٨٠) فتوى الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع جلسة ١٩٩١/٢/١، من مبادئ العقود الإدارية في ارعين عاما، ص ٣١٠.

(١٨١) حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر في ١٩٩٣/١/٢٠.

(١٨٢) محكمة القضاء الإداري ببورسعيد، قضية رقم ٨٥١ لسنة ٤ ق الصادر بتاريخ ١٩٩٥/٤/١٣، ص٢

لايجوز للإدارة دون سبب يتعلق بالمصلحة العامة أن توقف تنفيذ العقد بوقف العمل في المشروع، أوفي رفض تسليم البضائع التي يتم توريدها.وفي حالة الإخلال بالالتزامات السابقة يكون للمتعاقد مع الإدارة المطالبة بالتعويض عن الأضرار التي أصابته(١٨٣).

ويعد تقاعس الإدارة وتراخيها عن تنفيذ التزاماتها العقدية بغرض الإضرار بالمتعاقد معها والحيلولة بينه وبين تنفيذ التزاماتها من الأخطاء التعاقدية الجسيمة والتي تنبئ عن سوء النية، وبالتالي ترتب المسؤولية القانونية على الإدارة التي يمكن أن تؤدي إلى فسخه أوالحكم بالتعويض.

وعليه يجب على الإدارة تمكين المتعاقد معها من العمل وذلك عبر تأمين وصول شركة المشروع للموقع وبداية تنفيذ الإتفاقيات المبرمة معها وتسليمها أرض المشروع وإزالة بعض العقبات الإدارية كما في البند الثالث من العقد الخاص بإنشاء رصيف بحري بترولي متخصص بميناء دمياط والتي تنص على أن: "يلتزم الطرف الأول بتسليم الأرض المحددة بمعرفة الطرفين والهيئة المصرية العامة للبترول طبقا للخرائط المرفقة الى الطرف الثاني في خلال مدة أقصاها ٩٠ يوماً من تاريخ نشر قرار منح الإلتزام بالوقائع المصرية والمشار إليه بهذا الترخيص بتاريخ تسليمها الأرض مع تمكين الطرف وتابعيه من استخدام الأرض للغرض المتفق عليه بالبند السابق، وعلى أن يتم تسليم الأرض خالية من أية معدات أومنشآت"(١٨٤).

والإخلال بأصول حسن النية في تنفيذ العقد، يتمثل في إخلال بالواجب العام بعدم الإنحراف عن السلوك المألوف والمعتاد من جانب الإدارة أثناء تنفيذ العقد(١٨٥)

وتطبيقا لذلك جاء في حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر ٢٨ أفريل ١٩٧٩ من أنه: "ومن حيث الثابت أن الجهة الإدارية باعت للمدعي فولاً سودانياً وماكان يتأتى أن يتمخض هذا البيع عن فول فاسد تحظر السلطات الصحية المختصة تصريفه للإستهلاك الآدمي، ويهبط ثمنه إذا مابيع لأغراض أخرى... ولا ريب أن هذه المخالفة العقدية الثابتة في حق الجهة الإدارية المتعاقدة، تملي تعويض المدعي عما أصابه من أضرار بسببها دون إخلال بحقه الثابت في استرداد ما قدمه من تأمين نهائي"(١٨٦).

وكذلك قضت المحكمة الإدارية العليا:" إلتزام الجهة الإدارية بتسليم المتعاقد مواد البناء

---

(١٨٣) د سعاد الشرقاوي، القانون الإداري، دار النهضة العربية ، سنة ٢٠٨٨،ص ٤٠٤.

(١٨٤) جابر جاد نصار: المرجع السابق، ص ٢٥٤.

(١٨٥) حمدى على عمر: المرجع السابق ، ص ١٩٧.

(١٨٦) محمد سعيد أمين: المبادئ العامة في تنفيذ العقد الإداري، دار الثقافة الجامعية ، سنة ١٩٩١، ص٢٠٠.

يعني بحسن النية المشتركة للمتعاقدين. تسليم المتعاقد تصاريح الحصول على مواد البناء، وليس مواد البناء ذاتها، بحيث يكون على المتعاقد تقديم التصاريح للجهة القائمة على توزيع هذه المواد ودفع ثمنها واستلامها وينقضي إلتزام الجهة الإدارية في هذا الشأن بمجرد التسليم التصاريح خلال المدة المتفق عليها بغض النظر عن تاريخ استعمالها. متى ثبت أن زيادة أسعار مواد البناء ترجع إلى تأخر تسليم التصاريح فإن على جهة الإدارة تعويض المتعاقد بدفع قيمة فروق الأسعار." (١٨٧)

الفرع الثاني

الفسخ لعدم احترام الإدارة شرط المدة المنصوص عليها

يتعين على الإدارة التزام المدة المحددة للتنفيذ وهذا أمر طبيعي ومنطقي، فمن الثابت أن العقد الإداري يمثل إحدى وسائل الإدارة الأساسية في تسيير مرافقها العامة، تلك المرافق التي تخضع في سيرها وإدارتها للقاعدة الأصولية التي تحتم ضرورة سيرها بانتظام واطراد وعلى ذلك فإن مدة التنفيذ واحترامها في نطاق العقد الإداري إنما يعد الترجمة الفعلية لقاعدة سير المرفق العام بانتظام واطراد وذلك بغرض تحقيق خدمة دائمة ومنتظمة للمنتفعين بخدمات تلك المرافق(١٨٨).

لذا سنتعرف على هذا الأمر من جانبين، الأول غياب أمر مباشر بالتنفيذ والثاني تعليق الإدارة لتنفيذ العقد.

أولاً: غياب أمر المباشرة بالتنفيذ:

هناك نوع من العقود لابد من صدور أمر من الإدارة من أجل المباشر في تنفيذ العقد كعقد الأشغال العامة مثلا، حيث يبدأ تنفيذ العمل استناداً إلى أمر تحريري صادر من قبل الجهة الإدارية المتعاقدة ويكون موجهاً الى المقاول بوجوب البدء بمباشرة التنفيذ، فالمقاول في عقود الأشغال العامة ملتزم بتنفيذ أوامر مندوبي الإدارة في كيفية التنفيذ وملزم بإبعاد كل ما يهمل أويستعمل الغش في تنفيذ تلك الأوامر من عماله والقضاء الاداري مستقر على إعطاء الإدارة سلطات واسعة فيما يتعلق بالوقاية والإشراف والتوجيه بخصوص عقود الأشغال العامة من حيث اختيار المواد اللازمة للمشروع وطرق التنفيذ، وعلى ذلك فغياب الأمر المباشر بالتنفيذ من طرف

---

(١٨٧) حكم المحكمة الإدارية العليا، بتاريخ ٢/٤/ ١٩٨٥، حكم رقم ١٥٠٣_٢٧، مجموعة المبادئ التي قررتها المجلس في العقود الادارية ١٩٩٥، ص ٦٥٥.

(١٨٨) د محمد سعيد أمين: الأسس العامة لإلتزامات وحقوق المتعاقد مع الإدارة في تنفيذ العقد الإداري، رسالة دكتوراه كلية الحقوق جامعة عين شمس، سنة ١٩٨٣، ص٣٨٧

الإدارة يعد إخلال من جانبها في تنفيذ إلتزاماتها.

وقد أكد مجلس الدولة الفرنسي على حق المتعاقد في طلب فسخ العقد فيما لو تأخرت الإدارة تأخراً غير مسوغ بسبب منطقي في اصدارها لأمر المباشرة بتنفيذ العقد(١٨٩)، وقد نصت المادة ٧٤ من اللائحة التنفيذية للمناقصات والمزايدات المصرية لسنة ١٩٩٨ على الأمر مباشرة تنفيذ العقد التوريد في مايلي: "تبدأ المدة المحددة للتوريد من اليوم التالي لإخطار المورد بأمر التوريد، إلا إذا اتفق على خلاف ذلك ويكون إخطار الموردين في الخارج بموجب برقيات تؤيد بكتاب لاحق على أن يتضمن أمر التوريد الأصناف والكميات والفئات ومكان التسليم ومواعيد بدء التوريد وانتهائه.

ثانياً: تعليق الإدارة لتنفيذ العقد:

إن قيام الإدارة بإيقاف العمل في المشروع لمدة طويلة من دون مبرر، يعد اخلال في إلتزاماتها التعاقدية يستوجب طلب فسخ العقد قضائيا من طرف المتعاقد، ذلك أن احترام شرط المدة العقدية التزاماً عاماً ينبغي على الإدارة ومن يتعاقد معها احترامه وتنفيذ العقد خلال المدة المحددة، ويؤكد مجلس الدولة الفرنسي في تحديد المدة المعقولة بالظروف التي تحيط تنفيذ العقد ومدى كفاية المقاول أوالشركة المتعاقدة مع الإدارة ونية الطرفين الحقيقية وما قد درج عليه العمل في العقود المشابهة وتتحرك مسؤولية الجهة الإدارية فيما لو تجاهلت المدة العقدية(١٩٠).

ونصت المادة ٤٨,١ من دفتر الشروط الادارية العامة الفرنسي المتعلقة بالأشغال العامة CCAG travaux على ما يلي: "قد يقرر تأجيل الأشغال، على النحو المبين في المادة ١٢. وهذا بعد معاينة الإنشاءات وأجزاء الإنشاءات المنجزة والمواد الموردة .

يحق للمقاول المسؤول عن حراسة الموقع، في التعويض عن المصاريف التي تفرضها حراسة الموقع وعن الضرر الذي سيلحق نتيجة التأجيل".(١٩١)

وقد نصت المادة ٤٨,٢ من دفتر الشروط الادارية العامة الفرنسي المتعلقة بالأشغال

---

(189) C e 2 mars 1951 ville de poissey
(190) C e 18 mars 1959 peter et office national de navigation
(191) Article 48.1 CCAG TRAVAUX: L'ajournement des travaux peut être décidé. Il est alors procédé, suivant les modalités indiquées à l'article 12, à la constatation des ouvrages et parties d'ouvrages exécutés et des matériaux approvisionnés.
L'entrepreneur qui conserve la garde du chantier a droit à être indemnisé des frais que lui impose cette garde et préjudice qu'il aura éventuellement subi du fait de l'ajournement.

العامة travaux CCAGعلى مايلي: "إذا تعاقب تأجيل أوعدة تأجيلات متتالية، وتوقف العمل لمدة أكثر من سنة، يحق للمقاول فسخ العقد، إلا في حالة الإخطار كتابيا بمدة التأجيلات، التي قد تتجاوز مدة سنة واحدة، فإن لم يكن هناك اخطار فخلال ١٥ يوماً يحق للمقاول طلب فسخ العقد".

وقد حكم مجلس الدولة الفرنسي في ٢٦ جويلية ١٩٤٧ بفسخ العقد لإخلال الإدارة في قضية bongert ولقد عمل القضاء الإداري الفرنسي على تحديد المدة التي تجيز للمتعاقد طلب الفسخ في حالة تجاوز الإدارة لها مشيرا إلى أنه ينبغي أن تتجاوز مدة الإيقاف سنة كاملة، إذ بفوات هذه المدة أوتجاوزها يحق للمتعاقد طرق باب القضاء طالباً فسخ العقد مع التعويض(١٩٢).

كما نصت المادة ٣٤ من دفتر الشروط الإدارية العامة الجزائري على ما يلي:

١- عندما تأمر الإدارة بتوقيف الأشغال بصفة مطلقة تفسخ المقاولة فوراً.

٢- عندما تقرر الإدارة تأجيل الأشغال لمدة تزيد عن سنة واحدة سواء كان ذلك قبل بدء التنفيذ أوبعده يحق للمقاول فسخ صفقته إذا طلب ذلك كتابياً دون الإخلال بالتعويض الذي يجوز تأديته له اذا اقتضى ذلك في إحدى الحالتين.

٣- لايكون طلب المقاول مقبولاً إلا إذا قدم في أجل أربعة أشهر ابتداءاً من تاريخ تبليغه أمر المصلحة الرامي لتأجيل الأشغال.

٤- وكذلك الحال بالنسبة للتأجيلات المتتابعة التي تتجاوز مجموع مدتها سنة واحدة، ولو في الأحوال التي تستأنف خلالها الأشغال.

وتنص المادة ٩٠ فقرة ٢ من المرسوم الرئاسي ٠١_٢٣٦ المتضمن لتنظيم الصفقات العمومية في الجزائر على مايلي:" يعود القرار بالإعفاء من دفع العقوبات المالية بسبب التأخيرالراجع إلى مسؤولية المصلحة المتعاقدة. ويطبق هذا الإعفاء عندما لايكون التأخير قد تسبب فيه المتعامل المتعاقد الذي تسلم له في هذه الحالة أوامر بتوقيف الأشغال أو باستئنافها."

ويعن التساؤل في حالة سكوت العقد عن ذكر مدة معينة واجب فيها التنفيذ، فهل هذا يعتبر مبرر لتراخي الإدارة في تنفيذ إلتزاماتها؟

في هذه الحالة يقرر مجلس الدولة الفرنسي مدة معينة تكون معقولة لتنفيذ العقد ويتعين

---

(192) De laubadère: op cit p 880

على الإدارة إحترامها، ويحدد مجلس الدولة الفرنسي المدة المعقولة للتنفيذ بمراعاة ظروف العمل المطلوب تنفيذه، ومدى كفاءة الشركة المتعاقدة أوالمقاول(١٩٣).

الفرع الثالث

التزام الإدارة بحماية متعاقدها من المنافسة

يقصد بحرية المنافسة إتاحة الفرصة لكل من تتوافر فيه شروط المناقصة أوالممارسة لكي يتقدم بعطائه أوبعرضه للتعاقد مع الإدارة(١٩٤)، أما التزام الإدارة بحماية متعاقدها من المنافسة فيقصد بها أن تلتزم الإدارة بألا تمنح اي متعاقد آخر حقاً من شأنه المساس بحق متعاقدها، فمثلا في عقود الإمتياز:

تعتبر شركة المشروع حق حماية من المنافسة أحد أهم عناصر الجدوى التجارية للمشروع لتغطية كافة تكاليفه ومخاطره ولتحقيق أرباح معقولة ولاسترداد ما أنفقته من أموال سواء في تشييد المرفق أوتشغيله(١٩٥).

وبذلك تستثني الإدارة المتعاقد معها من قاعدة المنافسة الحرة، فتمنحه بعض الامتيازات، وتعطيه حق احتكار نشاط معين(١٩٦).

كما نصت المادة ٩٤٦ من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري على أن: "يجوز إخطار للمحكمة الإدارية بعريضة، وذلك في حالة الإخلال بإلتزامات الإشهار أوالمنافسة التي تخضع لها عمليات إبرام العقود الإدارية والصفقات العمومية".

ففي معظم مشروعات الطرق السريعة المنفذة بنظام ال B o t ترغب دائما شركة المشروع في ألا تتعرض لمنافسة مباشرة من أي طرق أخرى موازية للطريق الأصلي المعني سواء أكان المرور في هذا الطريق الموازي بالرسوم أيضا أوحتى بالمجان(١٩٧).

وقد يحرص المتعاقد على النص صراحة في العقد بعدم وجود مثل هذه المنافسة ومن ذلك مانصت عليه المادة ٢/٣٤ من عقد اتوروتونال... من أنه:" على المانحين عدم تسهيل

---

(193) C e 7 fevrier 1951 ville de paris

(١٩٤) محمد فؤد عبد الباسط: العقد الإداري، دار الجامعة الجديدة للنشر، سنة ٢٠٠٦، ص ١٢١.

(١٩٥) هاني سرى الدين التنظيم القانوني والتعاقدي الممولة عن طريق القطاع الخاص، دار النهضة العربية ، سنة ٢٠٠١ ،ص ٥٥٩

(١٩٦) علي عبد الأمير قبلان: أثر القانون الخاص على العقد الإداري، مكتبة زين الحقوقية والادبية، سنة ٢٠١١، ٣٩٨.

(١٩٧) هاني سرى الدين : المرجع السابق، ص ٥٥٩

إنشاء اتصال آخر ثابت يبدأ استغلاله قبل نهاية عام ٢٠٢٠"[١٩٨].

وقد أوضحت ذلك محكمة القضاء الإداري المصرية في ١١ مارس ١٩٥٦:" متى كان الثابت أن التراخيص الممنوحة لاستغلال مبنى المقصف بالميناء الجوي، إنما تستهدف غرضاً أساسياً وتنصب أحكامه وبنوده على هذا الغرض وهو خدمة ركاب الترانسيت العابرين فإن الحكومة اذا عمدت إلى إنشاء مقصف آخر لهذا الغرض وعهدت باستغلاله لملتزم آخر، فإنها تكون بذلك قد حالت من جهتها بين الملتزم الأول وبين تنفيذ التزاماتها التي يتضمنها ترخيصه، مخالفة في ذلك ما يجب عليها قانوناً من احترام شرط التراخيص، وماتفرضه عليها المبادئ القانونية من التعاون في تنفيذه، ومن عدم وضع العقبات والمنافسات في سبيله أوزيادة أعبائه وتكاليفه وذلك طالما أنه لم يقم سبب من الأسباب التي تبرر سحب التراخيص أوالغائه أوانتهائه وبذلك تلتزم بتعويض المرخص له نظير ما أصابه من أضرار من جراء مخالفتها لمبادئ الترخيص وشروطه"[١٩٩]، يتضح من خلال ما ذهبت إليه محكمة القضاء الإداري، أن الإدارة تلتزم بحماية المتعاقد من المنافسة.

وحسب ميزان معارفنا المتواضع نرى أنه يمكن الإدارة الخروج عن الالتزام بحماية المتعاقد من المنافسة وهذا في حالة واحدة وهي تحقيق الصالح العام، وعليه تكون إرادة من يسعى إلى تحقيق الصالح العام أعلى من إرادة من يسعى لتحقيق الصالح الخاص، وعلى ذلك يتضح لنا أن حقوق المتعاقد مرتبطة بالصالح العام. ولا يعتبر إخلال من طرف الإدارة في التزاماتها إذا كانت مقتضيات الصالح العام تستدعي ذلك، والعكس فسلطات الإدارة تتقيد في حالة المساس بالصالح العام. وهذا ما رأيناه في قضية غازدوفيل، حيث ذهبت البلدية وتعاقدت مع شركة ثانية لتوفير إنارة بالكهرباء رغم أنها أبرمت عقد الأول، عقد احتكار خاص مع شركة توفير الإنارة بالغاز، وبذلك منحت حقا من شأنه المساس بحقوق المتعاقد معها، ولكن المصلحة العامة تقتضي ذلك خصوصا بعد عدم امتثال الشركة الأولى لطلبات البلدية في تحسين الخدمة العامة وذلك باستعمال الكهرباء بدل الغاز[٢٠٠].

الفرع الرابع

تعسف الإدارة في استعمال السلطة

من المقرر فقها وقضاء أن الإدارة تتمتع بحق الرقابة والتوجيه أثناء تنفيذ العقد، فتراقب

---

(١٩٨) هاني سرى الدين : المرجع السابق، ص ٥٦٠.

(١٩٩) د سليمان الطماوي: المرجع السابق، ص ٤٦١.

(200) C e 10 janvier 1902 compagnie nouvelle du gaz de deville -lés-Rouen

تنفيذ المتعاقد لالتزاماته، وتصدر له توجيهاته بأن يتم تنفيذ الأعمال المنوطة به بطريقة معينة، تحقيقا للصالح العام، ولها في سبيل ذلك أن تختار طريقة التنفيذ، وأن تعدلها بما يجعلها أكثر ضمانا لسير المرفق العام، دون الإقتصار في ذلك على الطرق المنصوص عليها في العقد(٢٠١). فإن حدث وتعسفت الإدارة في إستعمال سلطاتها إزاء المتعاقد حق له الإلتجاء إلى القضاء طالباً إنهاء العقد.

ففي عقد الأشغال العامة تقوم الإدارة بإرسال مهندسيها بزيارة موقع العمل والتأكد من سيره وفقاً للأوقات المحددة وفحص المواد المستعملة للإطمئنان على جودتها ونوعها وكذلك للتأكد من أن العمل يسير طبقاً للدراسات والأبحاث والتقارير أوللخطوط التي وضعت بشأن إنشاء أوترميم أوصيانة المشروع.

وفيما يتعلق بعقد التزام المرافق العامة فإن لمانح الالتزام أوالجهة الإدارية أن تراقب إنشاء المرفق موضوع الالتزام وسيره من النواحي الفنية والإدارية والمالية ولها في سبيل ذلك تعيين مندوبين عنها في مختلف الفروع والإدارات التي يقوم بإنشاءها الملتزم لاستغلال المرفق، ويختص هؤلاء المندوبين بدراسة تلك النواحي وتقديم تقرير بذلك لمانح الإلتزام، ويجوز بقرار من رئيس الجمهورية بناءاً على اقتراح الوزير مانح الالتزام أوالمشرف على الجهة المانحة للالتزام أن يعهد إلى ديوان المحاسبة بمراقبة إنشاء المرفق وسيره من الناحية المالية أوأن يعهد بالرقابة الفنية والإدارية عليه إلى أية هيئة عامة أوخاصة، كما يجوز للوزير المختص أن يقرر تشكيل لجنة أوأكثر من بين موظفي وزارته أوغيرها من الوزارات والهيئات العامة لتولي أمر الرقابة على الالتزامات المرافق العامة.

لذلك لايجوز للإدارة أن تتخذ من حقها في ممارسة تلك السلطة ستاراً يخفي رغبتها في تعديل العقد الإداري،تهرباً من المقتضيات التشريعية لذلك التعديل،حيث يؤدي ذلك لإنعقاد مسؤوليتها التعاقدية عن الأضرار التي لحقت بالمتعاقد معها(٢٠٢).

وليس للإدارة الحق في أن تضغط على المتعاقد بوصفها سلطة عامة كأن تستعمل سلطتها كسلطة شرطة مثلا استعمالاً سيئاً منحرفاً بقصد إجبار المتعاقد معها على القيام بتنفيذ التزاماته

---

(٢٠١) حمدي حسن الحلفاوي: المرجع السابق ، ص ٣٤١.

(٢٠٢) د عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، المسؤولية التعاقدية في تنفيذ العقود الإدارية،المرجع السابق،ص٨.

العقدية ولكن لايوجد ما يمنع الإدارة من أن تنبه المتعاقد معها إلى اتباع اللوائح والقوانين[٢٠٣].

كما تستند الإدارة في توقيعها لغرامة التأخير على المتعاقد معها إلى خطئه المتمثل في إخلاله بالتزامه التعاقدي في الموعد المنصوص عليه بالعقد.

فإذا انتفى ذلك الخطأ بأن أثبت المتعاقد أنه لادخل لإرادته في تأخره في الوفاء بالتزاماته التعاقدي كأن يكون ذلك مرجعه قوة قاهرة أوبسبب يرجع للإدارة فإن المتعاقد مع الإدارة يعفى من غرامة التأخير ،بحيث يكون توقيعها عليه من قبل الإدارة غير مشروع[٢٠٤].

وجاء في حكم المحكمة الإدارية العليا:" إلى أن المتعاقد يعفى من غرامة التأخير إذا أثبت أن إخلاله بالتزامه التعاقدي مرجعه قوة قاهرة أو سبب أجنبي أو أسباب ترجع إلى الإدارة وحدها." [٢٠٥]

تطبيقا لذلك أقر مجلس الدولة الفرنسي بحق المجلس البلدي، في عقد اشتراك توزيع المياه، أن يعدل الإشتراكات المتعلقة بتنظيم المرفق، بشرط ألا يكون لهذا التعديل خصيصه تعسفية أومشوبا بعيب تجاوز السلطة[٢٠٦].

وقد أبطل مجلس الدولة الفرنسي عيب الإنحراف بالسلطة لائحة بوليس أصدرتها الجهة الإدارية المتعاقدة وضمنتها عقوبة جنائية لضمان تنفيذ عقد إداري[٢٠٧].

يتمتع القاضي الإداري بسلطة تقديرية واسعة في الرقابة على أعمال الإدارة، ولا شك أن الرقابة التي يمارسها القاضي ليست مطلقة بل إنها محددة بالقوانين.

وعلى ذلك تمثل الرقابة القضائية ضمانة فعالة للمتعاقد تحميه من تعسف الإدارة وعنصراً من عناصر الموازنة لسلطاتها الواسعة في العقد الإداري[٢٠٨].

عدم مشروعية مصادرة التأمين النهائي:

يعتبر مصادرة التأمين النهائي شرطاً جزافياً متفق عليه بين طرفي العقد، توقعه الإدارة

---

(٢٠٣) د حسين درويش، السلطات المخولة لجهة الإدارة، الطبعة الأولى، مطبعة لجنة البيان العرب،١٩٦١، ص ٦١.

(٢٠٤) د عبد العزيز عبد المنعم خليفة،المسؤولية التعاقدية في تنفيذ العقود الإدارية،المرجع السابق،ص٩٤.

(٢٠٥) المحكمة الإدارية العليا،طعن رقم ١٤٠٧ لسنة ٤٧ ق،جلسة٢٦ جويلية ٢٠٠٥.

(206)C e 2 mars 1942 scey

(207) De Laubadère: op cit p 352.

(٢٠٨) د عمر حلمي: طبيعة اختصاص القضاء الإداري بمنازعات العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة ١٩٩٣، ص ١١١.

على المتعاقد، في حالة اخلال هذا الاخير بالتزاماته اخلالاً جسيماً يتمثل مثلاً في استعمال المتعاقد للغش أوالتلاعب.

حيث تنص المادة ٩٧/ ١ من المرسوم الرئاسي ٢٣٦/١٠ ، المتضمن لقانون الصفقات العمومية الجزائري على مايلي: "يتعين على المتعامل المتعاقد أن يقدم كفالة حسن تنفيذ الصفقة، زيادة على كفالة رد التسبيقات المنصوص عليها في المادة ٧٥، بإستثناء بعض أنواع صفقات الدراسات والخدمات التي تحدد قائمتها بقرار وزاري مشترك بين الوزير المكلف بالمالية والوزير المعني." وبالتالي يعتبر التأمين النهائي بمثابة احتياط المالي يوضع تحت تصرف الإدارة بإمكانها مصادرته في الأوضاع المحددة قانوناً(٢٠٩).

ومن ثم يكون قرار الإدارة بمصادرة التأمين لمجرد تأخر المتعاقد عن الوفاء بإلتزامه التعاقدي في الميعاد غير مشروع حيث أن الإدارة بوسعها توقيع غرامة تأخير عليه في هذه الحالة، كما أن عدم الوفاء المتعاقد مع الإدارة بالتزاماته التعاقدية مهما بلغت جسامته لايعطي للإدارة الحق في مصادرة التأمين النهائي، مالم تقم الإدارة بفسخ التعاقد معه أوتنفيذه على حسابه(٢١٠).

كما تلتزم الإدارة، من منع تعرض الغير للمتعاقد أثناء تنفيذ المتعاقد لتعاقده سواء كان هذا التعرض قانونياً كما في حالة منازعة الغير للإدارة في ملكية الأرض محل التعاقد أوكان هذا التعرض مادياً.

المطلب الثالث

هل يستطيع المتعاقد استفاء حقوقه دون التوجه إلى القضاء ؟

إن الدفع بعدم التنفيذ حق مقرر ومنصوص عليه في القانون الخاص كقاعدة عامة، فهل هذا الحق يسمح للمتعاقد كذلك في مجال العقود الإدارية لإستفاء حقوقه دون ضرورة اللجوء الى القضاء وتجنب طول المراجعات القضائية ؟ ، وهل يمكن للمتعاقد فسخ العقد الإداري بالإرادة المنفردة ؟ هذه التساؤلات سوف نحاول أن نجاوب عليها من خلال الفرعين التاليين:

الفرع الأول: الدفع بعدم التنفيذ في مجال العقود الإدارية

الفرع الثاني: موقف مجلس الدولة الفرنسي حول سلطة المتعاقد في إنهاء العقد بالإرادة المنفردة

---

(٢٠٩) د عمار بوضياف: المرجع السابق، ص ١٧٦.

(٢١٠) د عبد العزيز عبد المنعم خليفة: ركن الخطأ في المنازعات الإدارية، دار الكتاب الحديث، سنة ٢٠٠٨، ص١٢٥.

الفرع الأول
الدفع بعدم التنفيذ في مجال العقود الإدارية

تنص المادة ١٦١ من القانون المدني المصري:" في العقود الملزمة للجانبين إذا كانت الالتزامات المقابلة مستحقة الوفاء جاز لكل من المتعاقدين أن يمتنع عن تنفيذ التزامه إذا لم يقم المتعاقد الآخر بتنفيذ ما التزم به"(٢١١).

وعليه يقصد بالدفع بعدم التنفيذ امتناع المتعاقد عن تنفيذ التزاماته العقدية إذا أخلت الإدارة بالتزاماتها وهو حق مقرر للمتعاقد في القانون الخاص، أما في مجال العقود الإدارية فلايستطيع المتعاقد الإستفادة من ذلك بحجة تقصير الإدارة في الوفاء بالتزاماتها.

ذلك أن قاعدة سير المرفق العام بانتظام واطراد تأبى أن يعطل المتعاقد أداء تلك الخدمة لسبب من الأسباب مادام في وسعه أداء تلك الخدمة.

من ذلك تذهب المحكمة الإدارية العليا إلى أنه:" من المبادئ المقررة أن العقود الإدارية تتميز بطابع خاص، مناطه احتياجات المرفق الذي يهدف العقد الى تسييره وتغليب وجه المصلحة العامة على مصلحة الأفراد الخاصة، ولما كان العقد الإداري يتعلق بمرفق عام فلا يسوغ للمتعاقد مع الإدارة أن يمتنع عن الوفاء بالتزاماته حيال المرفق بحجة أن ثمة إجراءات إدارية قد أدت إلى إخلال بالوفاء بأحد التزاماتها قبله بل يتعين عليه إزاء هذه الإعتبارات أن يستمر في التنفيذ مادام ذلك في استطاعته ثم يطالب جهة الإدارة بالتعويض عن إخلالها بالتزاماتها إن كان لذلك مقتض وكان له فيه وجه حق فلا يسوغ له الامتناع عن تنفيذ العقد بإرادته المنفردة وإلا لحقت مساءلته عن تبعة فعله السلبي"(٢١٢).

وفي هذا المعنى تقول المحكمة الإدارية العليا أنه: "لايجوز للمتعاقد مع الإدارة أن يفسخ العقد المبرم معها بقرار منه إذا ماوجدت مبررات الفسخ بل تعين عليه أن يلجأ إلى القضاء للحصول على حكم منه بذلك وأساس ذلك أن فسخ العقد الإداري كأصل عام أمر تترخص فيه جهة الإدارة ضماناً لحسن سير المرفق العام وليس للمتعاقد معها إلا حق المطالبة بالتعويض إن كان له مقتضى"(٢١٣).

---

(٢١١) المادة ١٢٣ من القانون المدني الجزائري:"في العقود الملزمة للجانبين إذا كانت الالتزامات المتقابلة مستحقة الوفاء جاز لكل من المتعاقدين أن يمتنع عن تنفيذ التزامه إذا لم يقم المتعاقد الآخر بتنفيذ ما التزم به." والتي تقابلها المادة ١١٤٨ من القانون المدني الفرنسي.

(٢١٢) محكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ٧٦٧ لسنة ١١ ق جلسة ١٩٦٩/٧/٠، نقلا عن دجابر جاد نصار ص ٣٠٥.

(٢١٣) حكم غير منشور للمحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ١١٢٧ لسنة ١٥ ق جلسة ٢٨ يناير سنة ١٩٧٨ المشار إليه في د جمال عثمان جبريل و د إبراهيم محمد على: المرجع السابق، ص ٢٧٣.

كما نصت المادة ٢٣ من قانون المناقصات والمزايدات رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ في الفقرة الأخيرة حيث جاءت:" في حالة الادعاء بإخلال الجهة الإدارية بالتزاماتها الواردة بالعقد بخطأ منها يكون للمتعاقد الحق في اللجوء للقضاء بتعويضه عما يكون قد لحقه من ضرر نتيجة لذلك مالم يتفق الطرفان على التحكيم وفقاً للقواعد والإجراءات المنصوص عليها في قانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية الصادر بقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ معدلا بالقانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٧".

وأكدت المحكمة الإدارية العليا بحكمها الصادر بتاريخ ٢٦ يناير ٢٠٠١ على مايلي:".... لايجوز للمقاول التمسك بالامتناع عن تنفيذ التزاماته التعاقدية بركيزة امتناع جهة الإدارة عن سداد مستحقاته لأن طبيعة العقد الإداري تتجافى مع الدفع بعدم التنفيذ."(٢١٤)

وفي حكم آخر نجد محكمة القضاء الإداري بقنا جاءت بمايلي: "..... لايجوز الدفع بعدم التنفيذ كأصل عام في العقود الإدارية وبالتالي لايجوز للمطعون ضدهما التوقف عن تنفيذ العملية بحجة عدم توافر الاعتمادات المالية بالرغم من أن الجهة الإدارية، مع توافر هذه الاعتمادات، مدت مدة العملية ٢٩٠ يوماً إلا أن المطعون ضدهما رفضا ذلك وأصرا على عمل ختامي بما تم تنفيذه من أعمال بحجة انتهاء مدة السنتين بالرغم من أنهما قاما بصرف دفعات تحت الحساب وفقاً لحكم المادة ٨٣ من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات....."(٢١٥).

ولكن قاعدة الدفع بعدم التنفيذ ليست مطلقة،وإنما محددة بشروط :

١- في حالة ما إذا استحال على المتعاقد مع الإدارة الإستمرار في التنفيذ،فلاسبيل أمامه سوى التمسك بعدم التنفيذ،هذا ما أخذت به المحكمة الإدارية العليا المصرية إلى أن:" الأصل أن الدفع بعدم التنفيذ لايجوز أن يتمسك به المتعاقد مع الإدارة في مجال العقود الإدارية وذلك ضماناً لحسن سير المرافق العامة بانتظام واطراد ،إلا أنه يجوز للطرفين عند التعاقد أن يخرجا عن هذا الأصل،وبالتالي لايحق للإدارة أن توقع عليه غرامة تأخير مادامت قد تراخت في تنفيذ التزاماتها، مما أعجزه عن تنفيذ التزامه قبلها"(٢١٦).

---

(٢١٤) حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ٥٩ السنة ٤٤ ق جلسة ٢٠٠١/٠١/٢٦. موسوعة الاحكام الإدارية، النقابة العامة للمحامين، مركز الأبحاث والدراسات القانونية، المجلد الثاني، سنة ٢٠١٢، ص ٩٤٣.

(٢١٥) حكم محكمة القضاء الاداري بقنا، قضية رقم ٩٤٠ لسنة ١ ق، بتاريخ ٢٠٠٥/٥/١٢.

(٢١٦) حكم المحكمة الادارية العليا في الطعن رقم٥٩ السنة٤٤ق جلسة ١٩٧١/١٢/١٨ نقلا عن دمحمد ماهر أبوالعنين، العقود الإدارية الكتاب الثاني،ص٥١.

كما جاء في حكم المحكمة الإدارية العليا بتاريخ ٢٠٠٠/٣/١٤ على مايلي:" ومن حيث أنه عن الوجه الثاني من أوجه الطعن،والمتعلق بمخالفة الحكم المطعون فيه لما إستقرت عليه أحكام هذه المحكمة من أنه لايسوغ في العقود الإدارية أن يمتنع المقول عن الوفاء بالتزاماته التعاقدية قبل المرفق العام بحجة أن ثمة إجراءات إدارية قد أدت إلى إخلال الإدارة بأحد التزاماتها التعاقدية قبله،ويتعين عليه أن يستمر في التنفيذ ثم يطالب الإدارة بالتعويض إن كان له محل،فإنه ولئن كان هذا هو الأصل العام الذي يحكم تنفيذ العقود الإدارية، إلا أن هذا الأصل لاينطبق إلا في الحالات التي يكون فيها المقاول في موقف يسمح له بتذليل تلك الإجراءات الإدارية دون أن يصيبه ضرر جسيم، وتكون الجهة الإدارية المتعاقدة جادة في تنفيذ المشروع المسند إلى المقاول، ويكون امتناعها أوتأخرها في الوفاء بمستحقات المقاول له ما يبرره،أما إذا كشفت الجهة الإدارية عن نيتها في عدم إستكمال المشروع وتوقفت تماماً عن سداد مستحقات المقاول، ففي هذه الحالة لامجال لإعمال المبدأ المتقدم، لما كان ذلك، وكان الثابت أن الجهة الإدارية عجزت عن تدبير المبالغ المالية اللازمة لإستكماله خلال سنوات ١٩٩٠،١٩٨٩،١٩٨٨. كما عجزت عن سداد مستحقات المقاول، وإستبان للمحافظة أن المشروع مدين للغير بمبلغ مليونين من الجنيهات، وبعرض الأمر على سكرتير عام للمحافظة بالمذكرة المؤرخة في ١٩٩٠/٧/٢٣ طلبت الجهة المتعاقدة إنهاء العقد مع مقاول المشروع وعمل مستخلص ختامي لما قام به من أعمال،ومن ثم فإن توقف المقاول المطعون ضده عن التنفيذ في هذه الحالة يكون متفقاً مع إتجاه الإدارة ويكون له مايبرره،وإذا إنتهى الحكم المطهون فيه إلى إنهاء العقد المبرم بين الطرفين في ١٩٨٧/٤/١٨ مع مايترتب على ذلك من آثار ،فإنه يكون قد صادف صحيح حكم القانون،ويصبح الطعن الماثل في هذا الوجه غير قائم على سند صحيح من القانون. (٢١٧)"

٢- أن تتجه إرادة الطرفين الإدارة والمتعاقد معها إلى تنفيذ التزاماتهما المتقابلة في آن واحد،وعليه فإن إخلال الإدارة بتنفيذ الالتزامات المتقابلة يعطي للمتعاقد الحق في الإمتناع عن تنفيذ التزاماته.

وقد جاء بحكم المحكمة القضاء الإداري مايلي:"حيث أن الثابت من الوقائع المتقدمة هو أن إرادة طرفي العقد إتفقت على أن يكون التسليم بمحل التاجر المدعى عليه،وأن يتم التوريد فوراً،بمعنى أن يكون بمجرد تسليم أمر التوريد،وأن يكون الدفع عند الإستلام،بمعنى أن يتم

---

(٢١٧) حكم المحكمة الادارية العليا في الطعن رقم٢٩١ لسنة٤٣ق جلسة ٢٠٠٠/٣/١٤ نقلا عن دمحمد ماهر أبوالعنين، العقود الإدارية الكتاب الثاني،ص٢٨٦.

سداد الثمن عند تسليم الأصناف المتعاقد على توريدها.

وحيث أن الظاهر من الأوراق أن الجهة الإدارية أوفدت مندوباً عنها لإستلام البضاعة،ولكن المدعي عليه إمتنع عن تنفيذ ذلك لعدم دفع الثمن طبقاً لما تحفظ به في عطائه،وصدر أمر التوريد على أساس قبول هذا الشرط، وهذه الواقعة ثابتة من إدعاء الجهة الإدارية وإقرار المدعي عليه في خطابه المؤرخ في ١٩٦٦/٩/٢٢،فيتعين الإعتداد بقبوتها وترتيب الآثار القانونية المترتبة على ذلك.

وحيث أن الأصل في نظام العقود الملزمة للجانبين هو إرتباط تنفيذ الالتزامات المتقابلة فيها على وجه التبادل،فإذا إستحق الوفاء بهذه الالتزامات فلايجوز تفريعاً على ماتقدم أن يجبر أحد المتعاقدين على تنفيذ ماالتزم به قبل المتعاقد الآخر بتنفيذ الالتزام المقابل،وعلى هذا الأساس يتعين أن تنفذ الالتزامات المتقابلة في وقت واحد، ويكون لكل من المتعاقدين أن يحبس ما يجب أن يوفي به حتى تؤدي إليه ماهو مستحق له، فالالتزام الذي يدفع بعدم تنفيذه واجب التنفيذ حالاً،وقد نصت المادة ١٦١ من القانون المدني على أنه:" في العقود الملزمة للجانبين إذا كانت الالتزامات المتقابلة مستحقة الوفاء، جاز لكل من المتعاقدين أن يمتنع عن تنفيذ التزامه إذا لم يقم المتعاقد الآخر بتنفيذ ما التزم به." (٢١٨)

٣- **جواز الدفع بعدم التنفيذ في العقود التي لاتتصل مباشرة بتسيير المرفق العام**،وذلك مثل عقد شراء سيارات ركوب المديرين،وعقود شراء وحدات تصييف للعاملين،ويرجع ذلك إلى أنه إذا كان الأساس القانوني لمبدأ عدم جواز الدفع بعدم التنفيذ في العقود الإدارية هو ضرورة سير المرافق العامة بإنتظام وإطراد نظراً للصلة التي تربط العقد الإداري بالمرفق العام.

ومن الطبيعي أن يسمح بالتمسك بالدفع بعدم التنفيذ إذا كان في عقود لاتؤثر على سير المرفق العام،فإذا أخلت جهة الإدارة بالتزاماتها الناتجة عن مثل هذه العقود، وإمتنعت مثلا عن سداد المقابل المنصوص عليه في هذه العقود في وقته المحدد للمتعاقد معها،فإنه يمكن للمتعاقد أن يدفع بعدم التنفيذ حتى تفي الإدارة بالتزاماتها،لأن هذا الدفع لايؤثر على سير المرفق العام(٢١٩).

---

(٢١٨) حكم محكمة القضاء الإداري في القضية رقم ٦٧٦ لسنة٢٢ ق جلسة ١٩٧٠/٣/٢٩،مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة من أول أكتوبر ١٩٦٩ إلى آخر ديسمبر ١٩٧٠، الشركة المصرية للطباعة والنشر، سنة ١٩٧١، ص ٢٨١ ، ومابعدها.

(٢١٩) د جمال محمد إبراهيم البلقاسي:الدفع بعدم التنفيذ في العقود الإدارية ،رسالة دكتوراه جامعة القاهرة،سنة ٢٠١١،ص٢٢٦.

وبالرجوع للقضاء الإداري الفرنسي فقد ساد في البداية مبدأ عدم جواز الدفع بعدم التنفيذ في نطاق العقود الإدارية،وهذا نظرا لطبيعة الخاصة للعقد الإداري ،الذي يهدف دائما الى تحقيق النفع العام والمصلحة العامة، وعلى ذلك جاء قضاء مجلس الدولة الفرنسي مع عدم جواز الأخذ بالدفع بعدم التنفيذ (٢٢٠)، إذ للمتعاقد الحق فقط بالمطالبة بالتعويض.

على رغم من أن المبدأ السائد هو عدم جواز الدفع بعدم التنفيذ في نطاق العقود الإدارية إلا أنه يمكن الأخذ بمبدأ الدفع بعدم التنفيذ في العقود الإدارية وهذا في حالة القوة القاهرة(٢٢١).

وكذلك في حالة اخلال الادارة بالتزاماتها المتمثلة بعدم تقديم المعلومات الضرورية للمتعاقد من أجل تطبيق العقد يعفيه عن مسؤوليته عن عدم التنفيذ (٢٢٢)

يتضح مما سبق قوله ، لايمكن للمتعاقد مع الإدارة التمسك بقاعدة الدفع بعدم التنفيذ في مجال العقود الإدارية ، إلا في حالات محددة ومقيدة ذلك لأن العقد الاداري يهدف إلى تحقيق المصلحة العامة، والمصلحة العامة دائما أعلى من كفة المصلحة الخاصة. وعلى ذلك لا تعتبر قاعدة عامة يمكن أن يستند إليها المتعاقد في أي وقت يشاء.

---

(220)Ce 3 mai 2006 ministre de l'ecologie et du developpement durable req n° 261956.

(221)Ce 3 mars 2010,commune de garges-les gonesse; req n° 323076.

le présent contrat se trouverait suspendu, résolu ou résilié de plein droit et sans indemnité d'aucune sorte en cas d'accidents indépendants des parties reconnus de force majeure nécessitant la fermeture de la plupart des salles de spectacles tels que : calamités publiques, guerre, révolution, émeute, mouvement populaire, accident de la circulation, deuil national, grève, épidémie, maladie dûment constatée d'un artiste et tout autre cas de force majeure ;

(222)Ce16 octobre 1968 office public de H.L.M du department de la seine

الفرع الثاني

موقف مجلس الدولة الفرنسي حول سلطة المتعاقد

في إنهاء العقد بالإرادة المنفردة

لقد اعترف مجلس الدولة الفرنسي ولأول مرة ، بحق المتعاقد مع الإدارة بفسخ العقد بالإرادة المنفردة في قضية Grenke location الصادر بتاريخ ٨ أكتوبر ٢٠١٤ تحت رقم ٣٧٠٦٤٤[٢٢٣].

وتتلخص وقائع القضية أنه بتاريخ ١٠ أفريل ٢٠٠٨ أبرم مرفق الدولة (mucem)[٢٢٤] عقد مع شركة Grenke Location، تلتزم بمقتضاه الشركة بشراء من المورد خمس آلات تصوير نسخ من أجل تأجيرها للإدارة لمدة ٦٣ شهراً ، مقابل ٥٥٦٣ يورو لثلاثي الشهري.

غير أن الإدارة توقفت عن دفع الإيجارالمستحق عليها، فقامت شركة Grenke Location في ٢٧ ماي ٢٠٠٨ بفسخ العقد تطبيقاً للشرط أو البند المنصوص عليه في الإتفاقية بين الطرفين وطلبت تعويض على الفسخ التعاقدي مع استرجاع المعدات (آلات تصوير النسخ).

ونظراً لرفض الإدارة، توجهة شركة Grenke Location للمحكمة الإدارية ب Starsbourg بتاريخ ٣١ مايو ٢٠١٢ للحصول على تعويض تعاقدي للفسخ، حكمت المحكمة الإدارية ب Starsbourg على الدولة بدفع للمدعي مبلغ ١٠١٠٤٢,٣٩ يورو. غير أن هذا الحكم تم إلغاءه أمام محكمة اسئناف الإدارية ب Nancy في ٢٧ مايو ٢٠١٣، حيث ذهبت هذه الأخيرة في حكمها إلى القول أن الفسخ من طرف المتعاقد مخالف للنظام العام للعقود الإدارية [٢٢٥].

ومنه لجأت شركة Grenke Location إلى مجلس الدولة، حيث ألغى هذا الأخير الحكم الصادر عن محكمة استئناف الإدارية ب Nancy طبقاً لطلب الشركة مع دفع الدولة لشركة Grenke Location مبلغ ٣٠٠٠ يورو وهذا وفقاً لنص المادة L761_1 من قانون القضاء الإداري.

---

(223) Ce 08 octobre 2014 grenk location req n°370644

(224) Musée des civilisations de l' europe et de la méditerranée

(225) Article juridique publié le 14/10/2014: la résiliation du contrat administratif par une personne privée . www. adden_le_blog_com

Article juridique publié le 10 /10/2014:validité des stipulations permettant à une personne privée de résilier un contrat administratif, Damien Guillou .

وجاء في قرار مجلس الدولة الفرنسي الصادر بتاريخ ٨ أكتوبر ٢٠١٤ تحت رقم ٣٧٠٦٤٤مايلي: "المتعاقد مع الشخص العام بواسطة عقد إداري عليه ضمان تنفيذه،إلا في حالة القوة القاهرة ولايمكنه ترجيح إخلال أو فشل الإدارة من أجل التهرب أو التملص من التزاماته التعاقدية أو المبادرة في فسخ العقد بالإرادة المنفردة. **ويجوز للطرفين أن يدرجا في الملحق أودفتر شروط العقد (عقد ليس لتسييرالمرفق العام) الشروط التي من خلالها المتعاقد مع الشخص العام فسخ العقد في حالة جهل هذا الأخير لالتزاماته التعاقدية**

ومع ذلك لايمكن للمتعاقد اجراء الفسخ دون تحديد مسبق، وقد يعترض الشخص العام على انهاء العلاقة التعاقدية بحجة المصلحة العامة،الذي تقتضيه المرفق العام،عندما تواجه(تقابل) المتعاقد حجة المصلحة العامة عليه الإستمرار في تنفيذ العقد(٢٢٦).يتضح من خلال قرار مجلس الدولة ثلاثة نقاط رئيسية

الأولى : المبدأ العام

في البداية مجلس الدولة الفرنسي ذكرنا بالمبدأ الكلاسيكي المتعارف عليه الذي من خلاله الشخص العام المتعاقد فقط لديه الإمكانية لفسخ العقد الإداري بالإرادة المنفردة ، بنصه على مايلي

"**المتعاقد مع الشخص العام بواسطة عقد إداري عليه ضمان تنفيذه،إلا في حالة القوة القاهرة ولايمكنه ترجيح إخلال أو فشل الإدارة من أجل التهرب أو التملص من إلتزاماته**

---

(٢٢٦) Considérant que le cocontractant lié à une personne publique par un contrat administratif est tenu d'en assurer l'exécution, sauf en cas de force majeure, et ne peut notamment pas se prévaloir des manquements ou défaillances de l'administration pour se soustraire à ses propres obligations contractuelles ou prendre l'initiative de résilier unilatéralement le contrat ; qu'il est toutefois loisible aux parties de prévoir dans un contrat qui n'a pas pour objet l'exécution même du service public les conditions auxquelles le cocontractant de la personne publique peut résilier le contrat en cas de méconnaissance par cette dernière de ses obligations contractuelles ; que, cependant, le cocontractant ne peut procéder à la résiliation sans avoir mis à même, au préalable, la personne publique de s'opposer à la rupture des relations contractuelles pour un motif d'intérêt général, tiré notamment des exigences du service public ; que lorsqu'un motif d'intérêt général lui est opposé, le cocontractant doit poursuivre l'exécution du contrat ; qu'un manquement de sa part à cette obligation est de nature à entraîner la résiliation du contrat à ses torts exclusifs ; qu'il est toutefois loisible au cocontractant de contester devant le juge le motif d'intérêt général qui lui est opposé afin d'obtenir la résiliation du contrat

التعاقدية أو المبادرة في فسخ العقد بالإرادة المنفردة"

الثانية : الإستثناء وقيود تطبيق الإستثناء

وهو الجديد الذي أتى به القرار ،حيث قدم مجلس الدولة الفرنسي توضيحات في إدراج بند يرخص فسخ العقد الإداري بمبادرة المتعاقد الخاص،في حالة جهل الشخص العام لالتزاماته التعاقدية.

"يجوز للطرفين أن يدرج في الملحق أودفتر شروط العقد (عقد ليس لتسيير المرفق العام) الشروط التي من خلالها المتعاقد مع الشخص العام فسخ العقد في حالة جهل هذا الأخير لالتزاماته التعاقدية ، ومع ذلك لايمكن للمتعاقد اجراء الفسخ دون تحديد مسبق، وقد يعترض الشخص العام على انهاء العلاقة التعاقدية بحجة المصلحة العامة،الذي تقتضيه المرفق العام،عندما تواجه(تقابل) المتعاقد حجة المصلحة العامة عليه الإستمرار في تنفيذ العقد"

ومع ذلك جاءت الفقرة الأخيرة من قرارمجلس الدولة محددة ومقيدة بثلاثة شروط:

- **الأولى** تتعلق بموضوع العقد الإداري، إذ لايمكن أن يتضمن أي بند للفسخ بمبادرة من الشخص الخاص،فيما يتعلق بتنفيذ الخدمة العامة ،وإنما لابد النص عليه في ملحق أودفتر شروط تابع للعقد الأصلي .
- **الثانية:** يجب أن يكون الفسخ مبني على جهل الشخص العام لالتزاماته التعاقدية .
- **الثالثة:** إجراءات الفسخ مقيدة بالمصلحة العامة.

يتضح مما سبق ذكره ، أنه بإعتراف مجلس الدولة الفرنسي بحق المتعاقد بفسخ العقد بالارادة المنفردة وبدون اللجوء للقضاء، أصبح للمتعاقد ضمانة قانونية جديدة يحمي بها حقوقه، حتى ولو كانت هذه الضمانة مقيدة بشروط معينة حسب مارأينا في قرار مجلس الدولة، إذ استطاع القضاء الإداري الفرنسي ايجاد توازن بين سلطة الإدارة، والتي تهدف بالأساس لتحقيق المصلحة العامة، وبين حماية حقوق المتعاقد من تعسف الإدارة في استعمال سلطتها وخروجها على هدف المصلحة العامة.

وإن كانت ليست بنفس سلطة الإدارة بإنهاء العقد بالإرادة المنفردة،إلا أنه يعتبر امتياز خصه القضاء الإداري الفرنسي للمتعاقد من أجل استفاء حقوقه.

خلاصة الفصل الأول

يقع على عاتق الإدارة التزامات مالية وأخرى إدارية،وفي حالة اخلال بإحدى هذه الالتزامات تكون مرتكبة لخطأ عقدي يستوجب التعويض أو الفسخ فمثلا سلطة الإدارة في تعديل الالتزامات التعاقدية ليست من قبيل السلطة المطلقة، ولكن تمارسها الإدارة في ظل شروط معينة، ومنها:

لابد أن يكون تعديل العقد متصلاً بشروط تنظيمية إذ لايجوز تعديل الشروط التعاقدية، كما أنه لابد من الإلتزام بموضوع العقد، حيث لايجوز للإدارة أن تقوم بتعديلات تتجاوز نسبة ٢٥ بالمئة هذا في القانون المصري، أما في القانون الجزائري تملك الإدارة صاحبة المشروع نسبة ٢٠ بالمئة من قيمة العقد، أما القانون الفرنسي فالتعديلات حددت ب ٥ بالمئة من قيمة العقد بالنسبة لسعره الثابت و٢٥ بالمئة بالنسبة لأسعار وحدات السوق، وإلا اعتبر المتعاقد أمام عقد جديد، يستوجب فسخ العقد الإداري مع التعويض لتجاوز الإدارة الحدود القصوى للتعديلات. وعليه العقد الإداري كغيره من العقود الأخرى،له القوة الملزمة للعقد ،إذ في حالة إخلال الإدارة بالتزاماتها ينظر لها على أساس أنهاطرف في العقد وليس على أساس إمتيازات السلطة العامة.

وفي المطلب الأخير من هذا الفصل تساءلنا حول امكانية استفاء المتعاقد لحقوقه من غير اللجوء للقضاء ، فالمبدأ العام هوعدم جواز الدفع بعدم التنفيذ في مجال العقود الإدارية على أساس أنها تمس بالمصلحة العامة بالدرجة الأولى.فإن الإستثناء هو جواز الدفع بعدم التنفيذ في مجال العقود الإدارية وذلك بشروط محددة ، في حالة ما إذا استحال على المتعاقد مع الإدارة الإستمرار في التنفيذ العقد أو لدرء خطر جسيم ،كذلك جواز الدفع بعدم التنفيذ في العقود التي لاتتصل مباشرة بتسيير المرفق العام.

كذلك تطرقنا إلى موقف مجلس الدولة الفرنسي بخصوص سلطة المتعاقد في إنهاء العقد بالإرادة المنفردة ، وإن كانت ليست بنفس سلطة الإدارة بإنهاء العقد بالإرادة المنفردة،إلا أنه يعتبر امتياز خصه القضاء الإداري للمتعاقد من أجل استفاء حقوقه.