

سلطة الإدارة في الرقابة خلال تنفيذ العقد الإداري: دراسة فقهية وتشريعية

The Authority of the Administration to Supervise During the Implementation of the Administrative Contract: A Jurisprudential and Legislative Study

ياسين عبدالرزاق سماعيل¹، جامعة قسنطينة 1، الجزائر، yacinesma63@gmail.com

عبدالله بن جده^{2*}، جامعة الشهيد الشيخ العربي التبسي - تبسة، الجزائر، alalojedo@gmail.com

تاريخ قبول المقال: 2025/11/13

تاريخ إرسال المقال: 2025/08/01

الملخص:

اقتضت طبيعة العقود الإدارية أن تكون لجهة الإدارة المتعاقدة في مواجهة المتعاقد معها سلطات غير مألوفة في العلاقة التعاقدية مستوحاة من مقتضيات الصالح العام، من بينها سلطة الإدارة في الرقابة خلال تنفيذ العقد (الإشراف والتوجيه)، وذلك دون المساس بمضمون العقد. وعليه تهدف هذه الدراسة الى بيان أن هذا الامتياز الذي منحه المشرع ليس على إطلاقه؛ بل نسبي جعل له ضوابط التي تمثل ضمانا للمتعاقد من عدم إساءة الإدارة لهذا الامتياز مع حماية لحقوق المتعاقد معها، كما وضع شروط للرقابة بحيث لا يؤدي الى عرقلة المهام أو عجز المتعاقد غير المبرر ومن ثم حق المتعاقد بطلب فسخ العقد والتعويض أمام القاضي الإداري. **الكلمات المفتاحية:** الإدارة، العقود الادارية، الرقابة، السلطة، التنفيذ.

Abstract:

The nature of administrative contracts requires the contracting administrative body to have uncommon powers vis-à-vis its contracting party. These powers are inspired by the requirements of the public interest, including the power of oversight during contract implementation (supervision and guidance), without prejudice to the contract's content. Accordingly, this study aims to demonstrate that this privilege granted by the legislator is not absolute; rather, it is relative, and has established controls that represent a guarantee to the contracting party against the administration's abuse of this privilege, while protecting the rights of the contracting party. Furthermore, the legislator has set

* عبد الله بن جده

conditions for oversight so that it does not lead to unjustified obstruction of duties or incapacity on the part of the contracting party. This, in turn, allows the contracting party to request termination of the contract and compensation before an administrative judge.

Key words : Management, administrative contracts, control, authority, implementation.

المقدمة:

في أغلب الأحيان في القانون الخاص، يقوم المتعاقد بأداء التزاماته بقدر معين من الاستقلال والحرية غير أن في القانون الإداري من المعترف به أن الإدارة تمتلك امتيازات في مواجهة المتعاقد معها، وهي سلطة أصيلة مستوحاة من مقتضيات الصالح العام متعلقة بالمرفق العمومي؛ ومن هنا يتميز العقد الإداري عن العقد المدني من حيث القواعد المؤسس لتكوينه، سواء من حيث المضمون أو الشكل تمارسها الإدارة بدءاً من مرحلة التحضير لإبرام العقد ومرحلة الإبرام وصولاً إلى مرحلة التنفيذ حيث تظهر جليا امتيازات الإدارة خلال مرحلة تنفيذه وما تحدثه من آثار. فالمقصود بسلطات الإدارة على الطرف المتعاقد معها أنها مجموعة الوسائل القانونية المتاحة لها خلال مرحلة التنفيذ التي تمكنها من ضمان تحقيق العقد للهدف الذي أبرم من أجله¹.

حيث سنتناول في هذا الدراسة آخر مرحلة وهي تنفيذ العقد لما تكتسبه من أهمية من أجل ضمان التنفيذ السليم من قبل المتعاقد، وهي ضرورية تضمن الجهة المتعاقدة الاستخدام الأمثل للأموال العامة لضمان الامتثال للمواصفات، وتمكين الإدارة المتعاقدة مع التكيف المستمر مع متطلبات الخدمة العامة من خلال اجراء تغييرات أثناء التنفيذ.

فعندما تبرم الإدارة عقداً مع شخص يصبح هذا الأخير متعاوناً معها في خدمة المصلحة العامة، فهي لا تنتازل عن حقوقها وامتيازاتها كسلطة عامة في ممارسة صلاحياتها المخولة لها في سياق تنفيذ العقد الإداري من خلال سلطاتها في المراقبة، وفي المقابل ملزمة باعتبار شريكها طرفاً في العقد أن تتجنب أي استخدام تعسفي لهذه الصلاحيات من شأنه أن ترهق المتعاقد معها. ويجب اعتبار دور الإدارة الشريك التعاقدية الأساسي، وعليها أن تفي بالتزاماتها التعاقدية لأنه شخص يسعى للربح.

وهذه السلطة مستقلة عن أية أحكام تعاقدية أو نصية. ولا تحتاج الإدارة إلى تضمين العقد وجود شروط ممارسة صلاحياتها في الرقابة، لأنه بالنسبة لها إحدى مهامها ذات الصالح العام. والمتعلقة بالمرفق العمومي وبأموال عمومية، ولذا لها الحق في الرقابة من كل النواحي الفنية والإدارية والمالية.

¹ Aiad Shwekat. Les droits et les obligations des parties au contrat administratif dans les droits français et libyen Étude comparative. Thèse Doctorat. Université De Toulouse 2016 .P.56

وعليه فإن الإدارة لها الحق على الاشراف والتوجيه خلال تنفيذ العقد الإداري حتى ولم ينص عليها العقد؛ بل أن لها حق فرض الجزاءات وحتى انتهاء العقد الإداري. إذا كانت المخالفات جسيمة في نظر الإدارة، فالمرفق العام يتكيف بمستوى الخدمات العامة باستمرار مع الاحتياجات ويتطور بالضرورة والتي يجب أن تستجيب لها، ولذا فمبدأ قابلية التغيير في العقود الإدارية سواء في تعديل بنود العقد أو الرقابة خلال تنفيذ العقد هو مبدأ يتخلل كل القوانين الإدارية أي أن الخدمة العمومية عندما تصبح لا تتوافق مع المصلحة العامة أو لا تلبي احتياجات المرتفقين بسبب التطورات في التكنولوجيا أو الإطار القانوني فعلى الإدارة أن تتكيف مع هذه التغيرات الطارئة وتتغير بمرور الوقت بحيث تكون قادرة على تلبية المصالح العامة على أفضل وجه ولهذا منحت الإدارة هذه الامتيازات.

غير أن البعض من الفقه يقول من المحتمل أن يتحول العقد الإداري الى عقد اذعان منه عقد رضائي مما يوحي بأن فكرة مفادها ان العقد الإداري ليس عقدا بالمعنى الحقيقي؛ بل هي بنود تنظيمية يتم تحديدها الى حد كبير من طرف الإدارة، ويمكن ترجمتها الى اعمال مادية واعمال قانونية.

ورغم اعتراف القضاء الإداري بهذه السلطة، لكنها مع ذلك تضع حدودا وشروطا لها وبناء على ذلك قرر القضاء الإداري ان في مسائل الامتياز الممنوح للإدارة لا ينبغي أن يؤدي ممارسة هذا الخيار الى تشويه مضمون العقد.

ويتمحور موضوع الدراسة الى بيان أن هذا الامتياز الذي منحه القانون للإدارة في الرقابة خلال تنفيذ العقد والذي لا يمس ببنود العقد ليس على اطلاقه بل نسبي جعل له ضوابط التي تمثل ضمانا للمتعاقد من إساءة الإدارة لهذا الامتياز، كما وضع شروط للمراقبة بحيث لا يؤدي الى عرقلة المشروع أو تعجيز المتعاقد ومن ثم حق المتعاقد بطلب فسخ العقد والمطالبة بالتعويض.

وعليه يمكن طرح الاشكالية التالية: فيما يتمثل الأساس والحدود الذي تستمد الإدارة سلطتها في الرقابة خلال تنفيذ العقد؟.

منهج الدراسة

لتحقيق غايات البحث اعتمدنا المنهج التأصيلي والتحليلي لكي نصل الى النتيجة ان سلطة الادرة في الرقابة خلال تنفيذ العقد رغم الاختلاف في أساسه القانوني فان الفقه والقضاء يقر بانها سلطة مشروعة.

محاور الدراسة

للإجابة عن الاشكال المطروح تم تقسيم الموضوع الى مبحثين كل مبحث يحتوي على مطلبين ونختتم الدراسة بخاتمة وذلك على النحو التالي:

- المبحث الأول: مفهوم سلطة الادارة في الرقابة خلال تنفيذ العقد الإداري
- المبحث الثاني: ضوابط سلطة الإدارة في الرقابة خلال تنفيذ العقد وتطبيقاتها

المبحث الأول: مفهوم سلطة الادارة في الرقابة خلال تنفيذ العقد الإداري

نظرا لأهمية العقود الإدارية في تحقيق التنمية المستدامة وتلبية حاجات المواطنين فقد أولى لها المشرع أهمية بالغة وخاصة خلال تنفيذ العقد الإداري أن تكون صارمة للغاية في تقييم سلوك المتعاقد معها حيث منح لها سلطة الادارة في الرقابة وهي من اهم الامتيازات بحوزة الإدارة، وإلزامه بمراعاة شروط العقد واحترام مراحل الإنجاز بالمواصفات المعمول بها، ومعاينة نوعية الخامات المستعملة، والتأكد من أنه تم وفق المتفق عليه.²

وتعد سلطة الادارة في الرقابة والتعديل التي تمارسها الإدارة أحد أبرز تدخلها خلال تنفيذ العقد ولا مثيل لها في عقود القانون الخاص؛ حيث يكون الطرفان متساوين في الحقوق والواجبات. أما في العقود الإدارية فهذه السلطات معترف بها وشرط أساسي لتحقيق المصلحة العامة وإدارة المرفق العام بانتظام وباستمرار والمتعاقد مع الإدارة يبحث عن مكاسب مادية أي الى تحقيق الربح، لذلك كان لابد من منح الإدارة امتيازات تمكنها من التفوق على المتعاقد معها. ونظرا لأهمية هذه الصلاحيات سنتطرق في هذا المبحث بيان مفهوم سلطة الادارة في الرقابة الاداري مع توضيح الفرق بين بعض السلطات الأخرى الممنوحة للإدارة، وذكر صورها، كما سنتطرق الى الطبيعة والاساس القانوني، وذلك بتضمين المبحث الى مطلبين كالآتي:

المطلب الأول: تعريف سلطة الإدارة في الرقابة خلال تنفيذ العقد وتمييزها عن غيرها

إذا أبرمت الإدارة عقدا إداريا مع أحد اشخاص القانون الخاص، فهي تفرض عليه سلطة المراقبة خلال مراحل التنفيذ. وهذا الحق نابع من طبيعة العقد الإداري الذي غرضه الصالح العام ومن اجله تم ابرام العقد³. ويتيح هذا الامتياز للإدارة المتعاقدة الاشراف على تنفيذ شروط العقد، وتوجيه اعمال التنفيذ واختيار طريقته كان تصدر أوامر بإلزام المتعاقد معها بتنفيذ التزاماته على نحو معين من اجل حسن سير المرفق. غير ان الاشراف خلال تنفيذ العقد مهما كان عقد خاص او عام فهو مكفول. فكل طرف له الحق من التأكد من التنفيذ السليم لبنود العقد، اما إذا تجاوزت حدود الاشراف نحو التوجيه بان تتدخل أحد الأطراف وتطلب اتباع طريقة لتنفيذ او تغيير بعض الأوضاع غير التي استخدمها المتعهد. فإننا امام سلطة التوجيه ويمكن ان

² خالد عمر، بن مالك بشير، سلطة الرقابة كألية لحماية المصلحة المتعاقدة في قانون الصفقات العمومية مقال، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية جامعة زيان عاشور بالجلفة، الجزائر، ص1137-1151

³ مجدي مدحت النهري، نظرية العقد الإداري في دولة الامارات العربية المتحدة، جامعة الجزيرة، 2014، ص 176.

تتم في العقود المدنية بالرضا. اما غير ذلك فنحن امام سلطة رقابية إدارية مخولة قانونا. عبر اصدار أوامر ملزمة للمتعاقد لتنفيذها. وهنا تظهر سلطة الادارة في الرقابة الإدارية خلال تنفيذ العقد الإداري على مستويين الاشراف والتوجيه.

ويتم الاشراف كتفقد المهندس الموكل من طرف الإدارة للورشة او تسلم بعض الوثائق للاطلاع عليها وفحصها او اجراء تحريات او تلقي شكاوى المنتفعين والبت فيها. اما سلطة التوجيه تتمثل في توجيه اشغال التنفيذ واختيار الطريقة التي تراها الإدارة مناسبة، كإصدار تعليمات باتباع طريقة معينة في التنفيذ او استبعاد طريقة ما، فالمقصود بحق التوجيه كصورة من الرقابة الإدارية على تنفيذ العقد ان يستشعر دقة الموازنة بين المصلحة العامة والمصلحة الخاصة.

أولاً: تعريف الرقابة

ان تعريف الرقابة ليس سهلا نظرا لتنوع مضمونها في كل نظام سياسي⁴، غير ان البعض اعتمد في تعريفه على المنهج الوظيفي ومن أي منظور من قبل مختلف المؤسسات التشريعية والتنفيذية والقضائية وبوجه عام فان الرقابة ضرورية لضبط السلوك والكشف عن الانحرافات، وتشير الى جميع الصلاحيات التي تستخدمها الدولة لمراقبة جميع الأنظمة الإدارية، لضمان حسن سيرها وضمان الامتثال للقانون وحماية المصلحة العامة⁵، كما تتمثل الرقابة على اجبار الافراد بتنفيذ الأوامر والتوجيهات ومحاسبتهم على اخطائهم واهمالهم⁶؛ بينما عرفها اخرون بأن الرقابة تتمثل في الجهود والإجراءات المتخذة للكشف عن الانحرافات، وغيرهم عرفها بالقدرة على تأثير في سلوك فرد او مجموعة افراد بطريقة تحقق النتائج المرجوة⁷، وهي أيضا وسيلة من خلال التسلسل الإداري تصحيح أداء الموظفين لضمان تنفيذ الأهداف والبرامج في اطارها الزمني⁸، وهي أيضا الرقابة بأنها مجموعة من الجهود والإجراءات الرامية الى الحصول على معلومات دقيقة عن سير التنفيذ ومقارنة أساليب التنفيذ بتلك المستهدفة في البرنامج المعتمد واكتشاف الانحرافات والعمل على منعها⁹.

وبناء على ما سبق يمكن القول ان الرقابة عمل بشري يهدف الى حسن التنفيذ. وضمان الالتزام بالأهداف المخطط لها مع التركيز على احتمالية وقوع أخطاء يجب تلافيها او تجاوزها ومقارنة النتائج المحصل عليه

⁴ Aiad Shwekat, Les droits et les obligations des parties au contrat administratif dans les droits français et libyen etude comparative. Université de Toulouse 2016 .P59

⁵ EL Kabbani Baker, Le contrôle administratif, Le Caire, Egypte, 1985, p. 49.

⁶ FEKRI Mohamed, Le contrôle sur l'exécution des contrats de travaux publics, thèse, Université du Caire, Egypte, 2010, p. 50

⁷ JAAFAR Mohamed, Les fondements de l'administration publique, Le Caire, Egypte, 1994, p. 363

⁸ FEKRI Fathi, Leçons sur les contrats administratifs, Le Caire, Egypte, 1994, p. 73.

⁹ Essalmi Ali, L'administration des individus pour élever la productivité, Le Caire, Egypte, p. 151

بالمعايير المعتمدة، وبمعنى آخر تعمل الرقابة على تصحيح عملية التنفيذ بالنظر للقصور والانحرافات وتقديرها لكي تساهم في تحسين الخدمة وتنفيذ السياسة العامة للدولة¹⁰؛ لذا فإن الرقابة تضمن التزام المتعاقد بتنفيذ العقد وفقا لبنوده، وتختلف الرقابة باختلاف أنظمة الدولة سواء اكانت اجتماعية او سياسية او إدارية، كما تتغير داخل الدول الواحدة من عصر لآخر؛ لذا ينظر إليها بحذر وتحفظ معتبرين أنها عبئا ثقيلا على الإدارة، فيتطلب حكمة بالغة علاوة على ذلك قد تسفر الرقابة المفرطة على آثار سلبية تؤدي الى تثبيط الهمم. فلقد أشار الفقه الى معنيين لمصطلح الرقابة واسع وضيق التي تمارسها الإدارة:

1- المفهوم الضيق للرقابة (الرقابة بمعنى الاشراف)

ويكون مرادفا لمعنى سلطة الاشراف (surveillance contrôle) الذي ويقصد به تحقق الإدارة من ان المتعاقد يقوم بتنفيذ التزاماته التعاقدية على أحسن وجه، حسب الشروط المتفق عليها في العقد او في دفاتر الشروط الخاصة او العامة¹¹. وتتخذ شكل إجراءات مادية، مثل زيارة الورشة او المصنع او مواقع العمل، او الحصول على وثائق من طرف المتعاقد لمراجعتها وفحصها. او اجراء تحقيقات، او تلقي شكاوى والتحقيق فيها، كما يمكن ان تأخذ الرقابة أيضا شكل اعمال قانونية مثل التوجيهات والالوامر القابلة للتنفيذ او الإنذارات التي تصدرها الادارة وفق الشروط والكيفية المتفق عليها في العقد. مثل أي طرف في علاقة تعاقدية له الحق في الاشراف اثناء تنفيذ الطرف الاخر لالتزاماته المنصوص عليه في العقد، وتعتبر الحد الأدنى لما يمكن الاعتراف به للإدارة في مجال رقابتها خلال التنفيذ. وتمارس الرقابة بهذا المعنى حتى ولو لم ينص العقد عليها. ولا شك ان معظمها اعمال مادية. في الغالب. وتتصرف الإدارة مثل أي طرف في علاقة تعاقدية ان يراقب شريكه في تنفيذ التزاماته التعاقدية وهي مماثلة ما في العقود المدنية مما يجعل الكلام عنها ليس امتياز للإدارة بل عندما تتجاوز سلطة الادارة في الرقابة من الاشراف الى التوجيه أي الرقابة بالمفهوم الواسع هنا نكون امام سلطة غير موجودة في العقود الخاصة. وقد تكون سلطة الاشراف اما متزامنة خلال فترات متقطعة او تكون مستمرة كما يأتي ذكره.

أ- الاشراف الدوري:

نعني به ان ينتقد المكلف بالرقابة من طرف الإدارة صاحبة المشروع ان كان مهندسا بزيارة مكان المشروع بشكل دوري للوقوف على اشغال الإنجاز وإعطاء تعليمات او ابداء ملاحظات حول التنفيذ والاطلاع على كل السجلات والوثائق الخاصة بالورشة والاشغال الجارية بها ويحرر محضر معاينة في كل زيارة مع امضاء الطرف الثاني.

¹⁰ Aiad Shwekat, Op.cit .P59

¹¹ نصري منصور النابلسي، العقود الإدارية، دراسة مقارنة ط1 منشورات الزين الحقوقية، الإسكندرية، مصر 2010. ص 115.

ب-الإشراف الدائم

ونعني به وجود المكلف بالرقابة بصفة دائمة خلال كل مراحل التنفيذ والتأكد من مطابقتها للمواصفات¹².

2- المفهوم الواسع للرقابة في العقود الإدارية (الرقابة بمعنى التوجيه)

ويكون مرادفا لمعنى سلطة التوجيه وفيها تظهر السلطات الاستثنائية للإدارة كأشخاص القانون العام حيث تمتد سلطة الإدارة من الإشراف الى التوجيه فلا تكتفي الإدارة بضمان حسن تنفيذ العقد كما هو الحال مع السلطة الإشرافية. ولا تكتفي الإدارة بضمان حسن تنفيذ بنود العقد بل تتولى توجيه إجراءات التنفيذ واختيار انسب الوسائل. واقتراح الحلول الأنسب لحسن سير العمل حيث تتدخل عبر موظفيها في تحديد أوضاع وطرق التنفيذ للتأكد من حسن تنفيذ العقد بموجب أوامر وتعليمات حسب مضمون العقد واختيار انسب الطرق وأفضلها لحسن سير المرفق العام وتحقيق المصلحة العامة¹³. حيث يكون التدخل أكثر تشددا وصرامة من سلطة الإشراف لمدى ارتباطه بالمرفق العام والنظام العام والذي ينبغي ان يتم بانتظام واطراد. فلا تكتفي على التأكد من تنفيذ العقد بما يتفق وشروطه بل يتجاوزه الى حد التدخل في توجيه المتعاقد لاختيار أفضل الطرق في التنفيذ. وحتى في حالات لم ينص عليها صراحة في بنود العقد او في دفتر الشروط الخاصة او العامة¹⁴. كما انها تقوى وتتعاظم في بعض العقود كعقد الاشغال العامة وتقل في عقود أخرى كعقد التوريد. وعليه فطبيعة العقد الفنية تحدد المساحة الممنوحة للإدارة في تطبيق هذا الحق¹⁵، وهي مستوحاة من العقد نفسه او من القوانين المنظمة للعقد الإداري، وفي هذه الحالة يجب تطبيق البنود التعاقدية او الاحكام التنظيمية، وإذا لم يكن لهذه السلطة أساس تعاقدى او تنظيمي فان نطاقها واثارها يختلفان كما سنرى لاحقا. وتمارس الإدارة هذا الامتياز بما لها من امتياز التنفيذ المباشر وإبرادتها المنفردة دون اللجوء الى القضاء، وبتوقيع عقوبات على المتعاقد في حالة الامتناع عن تنفيذ تلك الأوامر والتعليمات¹⁶. وغالبا ما تكون اعمالا قانونية تدعى أوامر الخدمة ويرى الفقه والقضاء انها قرارات إدارية ملزمة يتعين على المتعاقد ان ينفذها.

¹² حسن عبد الله حسن، عقود مقاولات الاعمال بين ضيق نصوص المناقصات والمزايدات ورحابة الواقع العملي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر 2015، ص 297-298.

¹³ مال الله جعفر عبد الملك الحمادي، حقوق وضمائنات المتعاقد مع الإدارة والتحكيم في العقد الإداري (دراسة مقارنة) ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان. عام 2014، ص 444.

¹⁴ احمد عثمان عباد، مظاهر السلطة العامة في العقود العامة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2016، ص 288.

¹⁵ محمد فؤاد عبد الباسط، العقد الإداري، دار الجامعة الجديدة للنشر سنة 2006، ص 252.

¹⁶ ماهر أبو العينين، القاضي الإداري وتطبيق قوانين المزايدات والمناقصات على العقود الإدارية وفقا لأحكام مجلس الدولة حتى عام 2011، دار أبو المجد للطباعة، القاهرة عام 2011، ص 8.

ولذا يجب ان تكون مكتوبة حتى تكتسي طابعها الالزامي والثبوتي¹⁷. وإذا كان له أي اعتراض فيجب ان يسلك السبيل الاداري عبر الطعن الإداري او السبيل القضائي عبر الدعوى.

وأخيرا يمكن القول ان سلطة الادارة في الرقابة بالمفهوم الضيق او الواسع مرتبط بالنظام العام ولذلك لا يمكن للإدارة التنازل عنه في إطار التعاقد، واي شرط ينفي هذا الحق او يقيد به يكون باطلا ولان مبرر وجوده قائم على احتياجات المرافق العامة وضرورة ضمان تشغيلها وليس فقط احكام العقد. وبالمقابل لا يجب التضحية بحقوق الطرف المتعاقد بل هي مسألة توفيق بين اعتبارين وهما الحفاظ على القوة الملزمة للعقد باعتباره جوهر مفهوم العقد. بغض النظر على الاتفاق المبرم سواء يندرج ضمن القانون العام او الخاص والثاني هو مراعاة خصوصيات العقود الإدارية، وارتباطها بالمرفق العام وللتوفيق بينهما يجب ان تمارس سلطة الادارة في الرقابة ضمن حدود معقولة بحيث تخدم المصلحة العامة دون الاخلال بتوازن العقد.

ثانيا: تمييز سلطة الإدارة في الرقابة عن غيرها من السلطات المعترف بها للإدارة

1- سلطة التوجيه تختلف عن سلطة الضبط الإداري

التمييز بينهما يعد امرا مهما في العلوم القانونية والإدارية، حيث يمثل كل منهما جانبا مهما من جوانب الإدارة العامة في الدولة، ورغم تشابههما الا ان سلطة الادارة في الرقابة تتشا مع وجود تنفيذ لعقد او قرار اداري وهي رقابة مستمدة من العلاقة التعاقدية. او من أوامر تهدف الى تقييم الشرعية والفعالية بعد اتخاذ القرارات.

أما سلطة الضبط الإداري مستمدة من القوانين والتشريعات التي تهدف للمحافظة على النظام العام (الامن العام، الصحة العامة، السكنية العامة، الآداب العامة) والمقتربة بجزاءات جنائية على كل من يخالفها. وتشمل مجموعة من الإجراءات والتدابير التي تهدف الى تنظيم الأنشطة الفردية او الجماعية¹⁸.

ولذا لا يحق للإدارة ان تضفي على سلطة رقابتها للعقد الإجراءات المتخذة للحفاظ على النظام العام بحجة انها تضغط على المتعاقد لتنفيذ العقد. مع العلم ان للإدارة يمكن ان تتدخل دون ان يشكل العقد عقبة امامها في ممارسة اختصاصها وهو الضبط سواء كان عام او خاص المستمدة من القوانين المعنية بالنظام العام وحفظ الامن. كان تلزم المقاولين المتعاقدين معها بعدم العمل ليلا في المناطق السكنية. او اتخاذ تدابير

¹⁷ انظر المادة 27 الفقرة 1 من المرسوم التنفيذي 21/21 مؤرخ في 8 شوال عام 1442 الموافق ل 20 مايو سنة 2021 المتضمن المصادقة على دفتر البنود الإدارية العامة المطبقة على الصفقات العمومية للأشغال المنشور ب ج. ر ج ج العدد 50 الصادرة في 13 ذو القعدة عام 1442 الموافق ل 24 يونيو عام 2021. ص 17 "التي تنص ...تتم كتابة أوامر الخدمة المقترحة من طرف صاحب الاستشارة الفنية عند الاقتضاء والموقعة من طرف المصلحة المتعاقدة يتم تاريخها وترقيمها وتسجيلها ويستلم المقاول وصل استلام مؤرخ".

¹⁸ طارق سلطان. سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات على المتعاقدين معها في العقود الإدارية وضوابطها، دار النهضة العربية، 2010.

وقائية لمنع انتشار الامراض، او تنظيم أوقات العمل. وعلى المتعاقد ان يلتزم بتنفيذها ولا يمكن تجاهل تنفيذها بحجة عدم تضمن العقد لها. فسلطة الضبط الإداري لا علاقة لها بمضمون العقد هدفه حماية النظام العام. اما سلطة الإدارة في الرقابة فتمارس داخل النطاق التعاقدية. كما ان سلطة الإدارة في الرقابة تكون موجهة دوما الى المتعاقد. بخلاف سلطة الضبط الإداري توجه الى أي شخص.

ويترتب على مخالفة إجراءات الضبط الإداري فرض جزاءات جنائية على المخالف¹⁹، اما سلطة التوجيه فيترتب عليها جزاء توقعه الإدارة دون الحاجة الى اللجوء الى القضاء. كما ان المنازعات الناشئة عن سلطة التوجيه تخضع بصفة أساسية لقاضي العقد الذي لا يختص بإلغائها فقط. وانما له ان يحكم بالتعويض، اما إجراءات الضبط الإداري فتخضع لرقابة الإلغاء امام القاضي الإداري عن طريق دعوى تجاوز السلطة²⁰.

2- سلطة التوجيه تختلف عن سلطة التعديل

تمارس الإدارة سلطتها في الرقابة بمفهومها الواسع بحيث تفرض على المتعاقد أوضاعا أو أسلوبا للتنفيذ في الحالات غير المنصوص عليها في العقد²¹. اما إذا تدخلت الإدارة لتغيير بعض بنود العقد مما يزيد او تنقص من الالتزامات التعاقدية او تفرض عليه أوضاعا أو أسلوبا للتنفيذ منصوص عليه في العقد فإننا نكون امام تعديل العقد. لان التعديل ينصب على مسائل او موضوعات مدرجة ضمن العقد. غير انه يمكن ان نفرق بين التعديل في التزامات المتعاقد مما يزيد من اعبائه، او التعديل في كيفية التنفيذ إذا كان منصوص عنها في العقد. فمثلا في عقد الاشغال العمومية طلبت الإدارة استعمال مواد مختلفة عن المواد المتفق عليها او تغيير أسلوب التنفيذ المتفق عليه فنحن امام تعديل العقد.

ويمكن القول ان سلطة الإدارة في الرقابة تتجه نحو عناصر خارج مضمون العقد ولم يشر اليها العقد كما ان سلطة التعديل تباشرها السلطة الإدارية المتعاقدة، اما سلطة الادارة في الرقابة فيباشرها تقنيون²². وللتفريق بينهما فان في حالة التعديل يستحق المتعاقد دائما تعويضا من الإدارة. اما في حالة التوجيه فلا يستحق المتعاقد تعويضا الا في حالات معينة. كان ترتكب الإدارة أخطاء مشوبة بالتعسف وليس لها علاقة

¹⁹ مطيع علي حمود الجبير، العقد الإداري بين التشريع والقضاء في اليمن (دراسة مقارنة) رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، 2006. ص 419.

²⁰ سعيد نحيلي، عيسى الحسن، العقود الإدارية، منشورات جامعة حلب، مركز التعليم المفتوح، 2007، ص 212.

²¹ محمود أبو السعود حبيب، سلطة الإدارة في الرقابة على تنفيذ العقد الإداري. مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة عين شمس. مصر، العدد الأول، 1997، ص 203.

²² ايمن محمد جمعة، اثار عقد الاشغال العامة بين المتعاقدين (دراسة مقارنة) رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، 2006، ص 418.

بحسن سير المرفق العام والمصلحة العامة. أو وقف تنفيذ العقد لمدة غير معقولة من الإدارة فان للمتعاقد الحق في طلب فسخ العقد والتعويض سواء نص العقد على ذلك ام لم ينص²³.

وتمارس الإدارة هذه الرقابة (الإشراف أو التوجيه) أي بالمعنى الواسع أو الضيق في صورتين هما كالآتي:

1-صورة اعمال مادية

تتمثل في مراقبة الإدارة عن طريق مندوبيها ومهندسيها أو موظفيها اثناء تنفيذ العقد مباشرة، ان يراقب انشاء المرفق العام موضوع الالتزام وسيره من النواحي المالية والفنية والإدارية، ومعاينة الورشة أو المخازن أو استلام بعض الوثائق من المتعاقد والاطلاع عليها وفحصها، أو اجراء تحريات أو تلقي شكاوى من المنتفعين بخدمة المرفق العام والبت فيها²⁴. أو بمعاينة القياس أو الوزن خلال سير العمل مع المتعاقد أو وكلائه. ويتم التوقيع عليها.

2-صورة اعمال قانونية

تتمثل في حق الإدارة في توجيه أوامر بالخدمة وتوجيهات وإنذارات للمتعاقد من طرف الإدارة في حال الاخلال بما نص عليه العقد. في صورة اعمال قانونية أي قرارات مكتوبة والرقابة بهذا المعنى الواسع (التوجيه) تتم بأعمال قانونية فقط.

المطلب الثاني: الطبيعة القانونية لسلطة الادارة في الرقابة واساسها

لا شك ان سلطة الإدارة في الرقابة على تنفيذ بنود الاتفاق هو أحد اهم الامتياز التي تجسد مبدا السيطرة على نظرية العقد الإداري. فهي تختلف عن العقد المدني الذي يلزم الطرفين الالتزام بما جاء في بنود الاتفاق. لذا فمن الضروري البحث عن الأساس القانوني الذي تركز عليه سلطة الادارة في الرقابة. ولذا يجب تحديد مصدر هذه السلطة وفي هذا الصدد قد يكون العقد نفسه أو في ملحقاته وفي هذه الحالة الإدارة ملزمة لتضمين هذه الامتيازات في مضمون العقد لكي تكون قابلة للتطبيق. أو مستمدة هذه السلطة في الرقابة من القوانين واللوائح. وقد اختلف فقهاء القانون الإداري حول الأساس القانوني لسلطة الإدارة في الرقابة ما إذا هذا الامتياز يجب نصه في مضمون العقد أو في خارجه في التشريعات واللوائح²⁵. وسنسعى الى تسليط الضوء حول هذه المسألة.

أولاً: أساس سلطة الادارة في الرقابة خلال تنفيذ العقد الإداري

²³ سعيد نحيلي، عيسى الحسن. العقود الإدارية، منشورات جامعة حلب، مركز التعليم المفتوح، 2007 ص 216.

²⁴ السيد فتوح محمد هنداي، القاضي الإداري والتوازن المالي في العقود الإدارية (دراسة مقارنة)، ط1، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، 2016، ص105،

²⁵ إبراهيم طه الفياض، العقود الإدارية ' ط1. مكتبة الفلاح، الكويت، 1981. ص 169.

تتمتع الإدارة في عقودها سلطة الادارة في الرقابة على اعمالها. ولا يوجد في العقد الإداري ما يفسر ذلك بل هناك طرفان في العقد أحدهما يمثل المصلحة العامة والآخر المصلحة الخاصة كما يمكن ان تكون هناك أسباب أخرى لهذا الامتياز وهو الاستخدام الأمثل للأموال العامة فهي المسؤولة عن ادارتها امام المواطنين. مما تظهر نيتها في الاخذ بأسلوب القانون العام وما ينطوي عليه من شروط استثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص. كما استقر عليه الفقه والقضاء ان العقد الإداري يقوم على عنصرين أحدهما ثابت وهو المعيار العضوي ممثلا في أحد اشخاص القانون العام. وعنصر تخيري يتمثل في احتواء العقد شروط استثنائية غير مألوفة مما يضيفي على العقد الصبغة الإدارية. او ان الإدارة تتعامل مع الافراد خلال انعقاد العقد دون استعمال امتيازات السلطة مما يضيفي على العقد الصبغة المدنية.

ان الحق في الرقابة هو حق ثابت وفي جميع العقود الإدارية غير قابلة للتنازل والتنازع سواء كان العقد قد تضمن ذلك ام لا²⁶ وسواء وجدت نصوص تشريعية او تنظيمية ام لا.²⁷ وتظل قائمة حتى ولو نص على خلاف ذلك. فلا يمكن للإدارة التنازل عن استخدام صلاحياتها وامتيازاتها في مسائل العقود الإدارية. ولتحديد الأساس القانوني لسلطة الإدارة يمكن كتابته في العقد او التلميح او حتى في القوانين واللوائح والا فانه موجود في مكان اخر والنص على هذا الحق في العقد يكون كاشفا ومنظما لا منشأ له²⁸. ولذا علينا ان نميز بين الحالات التي ينص عليه نص العقد او من خلال القوانين واللوائح التي لم ينص عليها في أي مكان.

1- الأساس التعاقدي لسلطة الادارة في الرقابة خلال تنفيذ العقد الإداري

يتأسس هذا المبدأ كلا من الفقيهين ليون دجي وجاستون جيز (Léon Duguit, Gaston Jèze) اللذين يرفضون مفاهيم السيادة والسلطة العامة التي بني عليها التمييز بين أفعال السلطة والإدارة كمعيار للقانون الإداري باعتبارها (مبادئ بالية)²⁹ ويعتزم استبدالها بالمفهوم العقلاني للمصلحة العامة وبالتالي لا ننظر الى الفعل بل على غرضه. فكلاهما يعترفان بعدم المساواة أحدهما يمثل المصلحة العامة والآخر يمثل المصلحة الخاصة للطرف المتعاقد. وهي لا تنظر الى امتياز في السلطة العامة فهي لا تتبع من طبيعة الفعل بل من غرضه ضمان سير المرفق العام. ولذا يعتبران العقد الإداري هو عقد مثل غيره.

²⁶ CE 27 juillet 1932, Léonard, Recueil Lebon, p. 799.

²⁷ DUFEAU Jean, Concession de service public, Jurisclasseur administratif, fasc. N°539.1970

²⁸ محمد العموري الاجازة في الحقوق. من منشورات الجامعة الافتراضية السورية. الجمهورية العربية السورية، 2018.. ص 79

²⁹ Les principes généraux..., op. cit., tome 1, p. X ; voir également Les contrats administratifs de l'Etat, des départements, des communes et des établissements publics, Paris, 1927, p. 16

في هذه الفرضية أساس سلطة الإدارة في الرقابة الإدارية قد تكون هذه الامتيازات مستمدة من عدة عناصر لجهة الإدارة قد يكون ضمن نصوص العقد الإداري نفسه او دفتر الشروط (العامة او الخاصة) تحتوي على النظام القانوني او التنظيمي الذي ينطبق عليه، مع ذكر سلطة الإدارة في الرقابة من طرف الإدارة وتحديد طريقة ممارستها، في المقابل ذكر الضمانات المعترف بها للمتعاقد كما يضاف اليها العقوبات في حال التقاعس في التنفيذ او التأخير. وهذه الحالة الأولى. اما الحالة الثانية فتلزم القوانين واللوائح المنظمة على فئة معينة من العقود الإدارية. الطرف المتعاقد بالتزامات تجاه الإدارة مانحة إياها سلطة الإدارة في الرقابة على تنفيذ العقود فعندئذ تنفذ النصوص اللاتحفية، وتكون سلطة الإدارة في الرقابة هنا مستمدة لتلك النصوص.³⁰ وفي هذه الحالة نحن امام سلطة الضبط التي تنظم الصلاحيات الرقابية الفعلية للإدارة وتصبح سلطة الإدارة في الرقابة من الشروط الاستثنائية مما يجعل العقد الإداري مميزا. وتعد قيودا على سلطة الإدارة في الرقابة وضمانة أساسية للمتعاقد.³¹ وبناء على ما تقدم فان سلطة الإدارة في الرقابة اصيلة مستمدة من النظام القانوني للعقد الإداري او من ملحقاته. وقد تشمل بنودا قانونية وإدارية عامة تنطبق على جميع العقود.

أ- الأساس القانوني لسلطة الإدارة في الرقابة خلال تنفيذ العقد

من الثابت في الفقه والاجتهاد القضائي انه إذا لم ينص العقد الإداري او دفتر الشروط او أي وثيقة أخرى تتعلق بالعقد الإداري على هذا الامتياز الممنوح للإدارة. ولم ينص العقد على حق الإدارة في الرقابة خلال التنفيذ. ولم تحدد القوانين واللوائح. وهذا ليس معنى تخلي الإدارة عن تلك السلطة فان سلطة الإدارة في الرقابة الإدارية موجودة في حد ذاتها دون الحاجة الى نص خاص.³² لان هذا الامتياز حق ثابت لا جدال فيه في جميع في العقود الإدارية. له طابع مستقل مستمد من المبادئ العامة المتعلقة بالمرفق العام. ففي هذه الحالة يجب ان نميز بين النصوص المنظمة للسلطات الاصلية خارج مضمون العقد، وبين تلك السلطات المنظمة داخل مضمون العقد فالأولى تعتبر تطبيقا لامتيازات السلطة العامة في تنظيم وإدارة المرافق العامة، اما الثانية فهي تقرر وتنظم سلطات الرقابة الاصلية المعترف بها للإدارة في النطاق التعاقدية³³ وقد وردت عدة نصوص تتعلق بتنظيم سلطة الإدارة في الرقابة كالمرسوم الرئاسي رقم 15-247 في المادة 156

³⁰ محمد محمد حمد الشلحاني، امتيازات السلطة العامة في العقود الإدارية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية 2007، ص136.

³¹ محمد عبد العال السناري. طرق وأساليب التعاقد الإداري وحقوق والتزامات المتعاقدين، دار النهضة العربية، القاهرة دون التاريخ، ص190.

³² Aiad Shwekat, Op.cit .P.85.

³³ بومعزة ايمان، رقابة الإدارة وسلطاتها الاستثنائية في مجال الصفقات العمومية (دراسة مقارنة) أطروحة دكتوراه تخصص قانون عام اقتصادي، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، كلية الحقوق 2022-2023، ص143

بقولها (تخضع الصفقات العمومية التي تبرمها المصالح المتعاقدة للرقابة قبل دخولها حيز التنفيذ وقبل تنفيذها وبعده). والمادة 157 بقوله (تمارس على الصفقات العمومية مختلف أنواع الرقابة المنصوص عليها في هذا المرسوم كيفما كان نوعها وفي حدود معينة دون المساس بالأحكام القانونية الأخرى التي تطبق عليه) كما جاء في مرسوم رقم 84-124 تنص المادة 8 منه (يضطلع وزير التجارة في مجال الصفقات العمومية بتطبيق نظام التوجيه والتنسيق لكامل الصفقات العمومية)³⁴.

وفي حال لم تذكر وحتى وإن ذكر في العقد فلا يحتاج إلى مصدره بل دوره يقتصر على تنظيمها ووسائل وشروط تنفيذها.³⁵ وهنا يمكن أن نميز بين سلطة الإدارة في الرقابة في العقود الإدارية والحق في الرقابة في عقود القانون الخاص ففي الأولى تستفيد الإدارة من السلطة خلال تنفيذ العقد حتى في حالة السكوت في العقد. ورغم الاتفاق حول ثبوت الحق في الرقابة من طرف الإدارة المتعاقدة مهما نص عليه العقد أم لا. فإن الخلاف الذي ثار حول الأساس القانوني لهذا الحق وسنستعرض بعض الآراء الفقهية³⁶:

ثانياً: في حالة غياب الأساس القانوني أو التعاقدية

اتفق الفقه والقضاء إذا لم ينص العقد أو ملحقاته على حق السلطة الإدارية في الرقابة خلال تنفيذ العقد. وإذا لم تحدد القوانين واللوائح ذلك، فإن سلطة الإدارة في الرقابة قائمة بذاتها دون الحاجة إلى الاستناد إلى نص تعاقدية أو نص تشريعي أو تنظيمي. لأن هذا الامتياز يتمتع باستقلالية مستمدة من المبادئ العامة، وحتى وإن تضمن العقد بعض الصلاحيات فليس مصدره العقد بل يقتصر دوره على تنظيمه وترتيب وسائل وشروط تنفيذه.³⁷ وهنا يفرق المؤيدون لهذا الرأي بين سلطة الإدارة في الرقابة على العقود الإدارية وحق الرقابة في عقود القانون الخاص. فالإدارة تستفيد من سلطة الإدارة في الرقابة على التنفيذ حتى ولو يتضمن العقد هذا الحق فهو قائم بذاته. إذ أنه يتعلق بالنظام العام

وتتعلق بالعقد الإداري من جوهره. لذا فهي سلطة غير متنازع فيها انقسم الفقه الإداري بشأن الأساس القانوني لسلطة الإدارة في الرقابة في حالة انعدام النص التشريعي أو التعاقدية إلى اتجاهات عديدة أهمها:

1- طبيعة المرفق العام (المصلحة العامة)

³⁴ المرسوم رقم 124- الذي يحدد صلاحيات وزير التجارة، وصلاحيات نائب الوزير المكلف بالتجارة الخارجية (ج ر ج ج) العدد 21 غير أنه الغي بموجب المرسوم التنفيذي 207-94 المؤرخ في 7 صفر عام 1415 الموافق 16 يوليو سنة 1984، (ج ر ج ج ج) العدد 47 والذي الغي بدوره بموجب مرسوم تنفيذي رقم 253_2 المؤرخ في 17 شوال عام 1423 الموافق 21 ديسمبر 2002 المتضمن تحديد صلاحيات وزير التجارة (ج ر ج ج) العدد 85 الصادر 22 ديسمبر 2002.

³⁵ ALI Ibrahim, Les effets des contrats administratifs, Le Caire, Egypte, 2003, p. 9.

³⁶ محمد الحسين ومهند نوح. العقود الإدارية. منشورات جامعة دمشق، 2005، ص 239-240

³⁷ ALI Ibrahim, Les effets des contrats administratifs, Le Caire, Egypte, 2003, p. 97

المرفق العام هو كل مشروع تنشئه الدولة او تشرف على ادارته ويعمل بانتظام واستمرار، ويستعين بسلطان الإدارة لتزويد الجمهور بالحاجة العامة، فالذي يميز المرفق العام عن غيره انه يقدم خدمة عامة أي ان يكون غرضه سد حاجات عامة. عندما تباشر الإدارة في الرقابة خلال تنفيذ العقد بإرادتها المنفردة فهي لا تحتاج الى اللجوء الى القضاء. ولا الى نصوص العقد بل الى امتيازات السلطة العامة من اجل تسيير المرافق العامة وضمان استمرارياتها وانتظامها تحقيقا للمصلحة العامة. وتجد سنده القانوني في قواعد تنظيم وتسيير المرفق العام بانتظام واضطراد³⁸ وقابليته للتعديل والتغير في أي وقت لمواجهة الظروف المتغيرة بما يحقق المصلحة العامة وباعتبارها سلطة عامة؛ فهي ملزمة بأن تراعي دائما المصلحة العامة.

ان الطابع المميز لنشاط الإدارة هو معيار السلطة العامة؛ لذا تبقى الدولة الضامن لأداء الخدمة تجاه المواطنين وتظل مسؤولة، فالطرف المتعاقد معها مجرد متعاون في الخدمة العامة، وفي حال امتناع المرافق عن ذكر حق الرقابة صراحة في العقد؛ فانه قد اختلف الفقه حول الأساس القانوني لهذه الصلاحية، ففي حال نص عليها في العقد او ملحقاته او القوانين واللوائح فإنها تصبح ملزمة بالصيغة التي وردت بها. اما في الحالة العكس حيث لا ينص عليها صراحة يرى البعض ان الطبيعة القانونية للخدمة العامة هي الأساس الوحيد لهذه السلطة، ويتوجب تشغيل المرفق العام بانتظام واستمرار. وفي هذه الحالة سلطة المراقبة سواء نص عليه العقد ام لا. او في القوانين واللوائح لان الرقابة لا تستند الى هذه المصادر ولكن الى فكرة الخدمة العامة.

2-الارادة المشتركة للمتعاقدین

يرى أصحاب هذا الاتجاه انه نظرا لعدم وجود نصوص قانونية وان الطبيعة القانونية للمصلحة العامة لا تكفي لتشكل وحدها أساس قانونيا؛ بل يضاف ما ذهب الى إرادة المتعاقدين المفترضة خلال ابرام العقد باعتبارها إرادة ضمنية مستخلصة من ظروف ابرام العقد، فالمتعاقد مع الإدارة يعلم مسبقا بسلطات الإدارة في الرقابة وهو موافق عليها، وهذا ما يميزها على العقود المدنية؛ أي أن غرض العقد هو ضمان تعاون حقيقي في تحسين الخدمة العمومية. وفكرة التعاون حديثة نسبيا³⁹، فالمتعاقد يعلم انه أمام إدارة عامة تدير مرافق عمومية وبأموال عامة من أجل المصلحة العامة لذا فهي مخولة على هذا الأساس مراقبة العقود التي تنشئها.

3-الطبيعة الذاتية للعقد الإداري

³⁸ إبراهيم طه فياض، العقود الإدارية، ط1 مكتبة الفلاح، الكويت، ص 169.

³⁹ Pierre Lemieux. Le Pouvoir D'inspection et de contrôle de L'administration dans les marches de travaux publics .Revue générale de droit Volume 10, numéro 2, 1979p404،

يرى أصحاب هذا الاتجاه ان الأساس القانوني لهذا الامتياز يكمن في الطبيعة الذاتية للعقد الإداري سواء ذكر في العقد ام لم ترد، فالإدارة تبقى صاحبة المشروع ما يخولها ان تكون المدير الحقيقي والمتعاقد يصبح متعاون ومنفذ وهذا ما ذهب اليه الأستاذ (De laubadere) و رغم ان فكرة الإرادة المشتركة للأطراف المتعاقدة تلعب دورا مهما لكنها ليست كافية، وان سلطات الإدارة في الرقابة خلال تنفيذ العقد غالبا ما تكون منصوص عليها في العقد أو ملحقاته، وبالتالي فهي مستمدة من خصوصيات العقد الإداري، اما هذه السلطات في حد ذاتها خارجية عن العقد بمعنى انه لا ينشئها، وانما ينظمها ويحدد نطاق تنفيذها.

4- الأساس المختلط

يرى هذا الاتجاه ان سلطة الادارة في الرقابة مستمدة من كل العناصر السابقة مجتمعة، من نية المتعاقدين في ابرام العقد الإداري الى الاخذ بأساليب القانون العام، والتي تمنح حق التدخل في العقد الإداري خلال مراحله المختلفة بصفتها ذات سلطة⁴⁰.

المبحث الثاني: ضوابط سلطة الإدارة في الرقابة وتطبيقاتها

تعتبر سلطة الإدارة في الرقابة خلال تنفيذ العقد ليس على اطلاقها مهما اتسع نطاقها، فلا يمكن ان تخلو من أي قيود، فمن الضروري ممارستها ضمن حدود وضوابط محددة كي تحافظ على حقوق المتعاقد، واي خروج عنها تتعرض لعدم مشروعيتها؛ بمعنى اخر ان الإدارة تمارس سلطة الادارة في الرقابة بغية تحقيق المصلحة العامة، الا ان ذلك لا ينبغي ان يدفعها الى تجاهل المبدأ الأساسي الذي يحكم العقود وهو مبدأ التراضي⁴¹. لذلك هناك عدد من القيود والشروط العامة التي يجب على الإدارة احترامها خلال ممارستها للرقابة وسوف نتطرق اليها في مطلبين كالآتي:

المطلب الأول: ضوابط ممارسة الإدارة سلطة الادارة في الرقابة

ان سلطة الإدارة في الرقابة خلال تنفيذ العقود الإدارية بالمفهوم الضيق (الاشراف) لا جدال فيه وهو مكفول في كل العقود⁴²، اما ممارسة الرقابة بالمفهوم الواسع (التوجيه) فهو حق اصيل تمارسه الإدارة لكن ليس على اطلاقها، ومهما اتسع نطاقه لا يمكن ان تخلو سلطة الادارة في الرقابة من أي قيد بل من الضروري ان تمارس ضمن ضوابط لكي تحفظ الحقوق والضمانات الممنوحة للمتعاقد؛ بمعنى آخر ان

⁴⁰ TRUCHET Didier. Les fonctions de la notion d'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'Etat, Paris, 1977, p. 55

⁴¹ ABOU SAOUD Mahmoud, Le pouvoir de l'administration dans le contrôle de l'exécution du contrat administratif, Revue des sciences juridiques et économiques, N°1, 1997, Université d'Ain Shams, Le Caire, Egypte, p. 70.

⁴² سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، دار الفكر العربي سنة 2005، ص 435.

الامتيازات التي منحت للإدارة من أجل حسن سير المرفق بانتظام واطراد، وإذا انحرفت على هذا الهدف عدت إساءة استعمال سلطة الإدارة في الرقابة الذي يخرج عن إطار المشروعية، وبالتالي يمكن للمتعاقد أن يرفع دعوى ويستفيد بالتعويض في حال اختلال التوازن المالي للعقد أو فسخ العقد. أن منح الإدارة لسلطة الإدارة في الرقابة لا يعني أن تمارسها على إطلاقها بل هناك ضوابط يجب أن تتقيد بها دون تجاوز، والا اعتبر عملاً غير مشروع ويحق للمتعاقد المطالبة بالتعويض عما أصابه من ضرر⁴³، وللقضاء الحق في تقدير استعمال هذه السلطة وما اتصالتها بالمرفق العام والمصلحة العامة. وهو ما سنستعرضه من خلال ضابطين على النحو التالي:

أولاً: الضابط العام

وتمثل في ضرورة أن الغاية الأسمى لمنح الإدارة هذا الامتياز هو الالتزام بتحقيق المصلحة العامة وفق إطار مبدأ المشروعية، وأن تكون الغاية منها تحقيق المصلحة العامة المتصلة بالمرفق العام.

1- أن تكون رقابة الإدارة مشروعة

تمارس الإدارة الرقابة مهما كانت أعمالاً مادية أو قانونية فيجب أن تكون وفق التشريعات والتنظيمات المعمول به إن وجدت، وفي حال عدم وجود نص فيمكن للإدارة أن تستعمل السلطة التقديرية واختيار الطريقة والوسيلة الأنسب، وأن تكون الرقابة الإدارية أو الفنية لهيئة عامة أو خاصة وفق القوانين واللوائح⁴⁴؛ أي أن تحترم الإدارة الإجراءات الشكلية إن وجدت من حيث الشكل والاختصاص. وإلا تعرضت إلى الإلغاء، وفي جميع الحالات يجب أن يكون الغرض من ممارسة سلطة الإدارة في الرقابة هو تحقيق المصلحة العامة، وإلا فإن العمل الإداري يشوبه عيب تجاوز السلطة. أما في حالة صلاحيات الرقابة منصوص عليها في العقد فلا يمكن تنفيذها إلا وفق تلك الشروط دون الإخلال بمبدأ الشرعية بمعناه الواسع.

2- أن تكون الغاية منها تحقيق المصلحة العامة المتصلة بالمرفق العام

إن الغاية الأسمى لمنح الإدارة هذا الامتياز هو الحفاظ على سير المرفق العام بانتظام واطراد لتمكين المنتفعين من المرفق العام. وكلما شاب عيب في استعمال هذه السلطة لتحقيق غرض آخر اعتبر انحرافاً وإساءة لاستعمال السلطة.

ثانياً: الضبط الخاص

⁴³ عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية (الإبرام- التنفيذ- المنازعات) دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2007، ص241.

⁴⁴ جهاد زهير ديب الحرازين، الآثار المترتبة على عقد الامتياز، دراسة نظرية مقارنة، دار الفكر والقانون للنشر والتوزيع، 2015.

وتتعلق بالعقد موضوع الرقابة حيث لا تتجاوز الى حد تعديل بنود الاتفاق كأن تصدر اوامر من شأنها تغيير طبيعة أو مضمون الصفقة ذاتها، وهذا ما سنتطرق اليه في النقطتين التاليتين:

1- عدم تجاوز سلطة الادارة في الرقابة الى تغيير مضمون العقد

على الإدارة ان تحافظ على مضمون العقد ولا يحق لها اتخاذ الرقابة ذريعة لتعديل بنود العقد والا اعتبر تعديلا؛ حيث أن سلطة التعديل تختلف عن سلطة الادارة في الرقابة وهنا نشير الى نوعان من التعديلات: التعديل في أسلوب التنفيذ، او التعديل في مواصفات المشروع وهذا خارج موضوع بحثنا. ان سلطة الادارة في الرقابة الإدارية سواء كان منصوص عليها ام كانت قائمة بحد ذاتها كسلطة اصيلة فلها نطاق تطبيقها بحيث لا تتجاوز حدود مضمون العقد. كأن تلزم الملتزم بأعمال اضافية خارج مضمون العقد، او إعطاء أوامر من شأنها تغيير جوهر العقد، او تصل الى حد الاشراف المباشر بحيث تجعل من الملتزم منفذا لأوامرها، او ترهق الملتزم بمسؤوليات غير معقولة فوق طاقته وقدراته الفنية والمالية.

2- خضوعها للرقابة القضائية

إذا كانت سلطة الإدارة في الرقابة مستوحاة من سلطة عامة ناشئة عن غرض العقد، فهذا لا يعني اعفاء المتعاقد من مسؤوليته واستمرار الإدارة في الرقابة من خلال وكلائها لا يلغي مسؤولية المتعاقد معها حتى في حال سوء استعمال سلطة الادارة في الرقابة، اما بسبب الخطط التي اقترحها المهندس وكيل الإدارة او بسبب اخفاقه في الاشراف فلا يمكن للمتعاقد الذي يكون عمله معيبا ان يحمل المسؤولية للمهندس، كما لا تلغي هذه التبعية للمهندس مسؤولية المتعاقد؛ فيتحمل المدير مسؤوليته الخاصة عن اخفاقه في الاشراف، وللمتعاقد الحق ان يرفع دعوى امام قاضي العقد في نزاع يتعلق بتنفيذه، والسبيل الوحيد هو دعوى التعويض مما أصابه من ضرر جراء الالتزامات المرهقة وللقاضي يمكن ان يتفحص تلك الأوامر من حيث الشكل والموضوع ويقدر مشروعيتها، ومتى ثبت ذلك يحكم بالتعويض للمتعاقد وليس للقاضي الغاء ما جاء في تلك الأوامر المصلحية⁴⁵.

وقد تقيد سلطة الإدارة في الرقابة او حتى تلغى أي مسؤولية للمتعاقد ففي بعض السوابق القضائية رفضت المحكمة ادعاءات الإدارة ضد المفاوض المتعاقد معها بسبب عيوب بناء معينة على أساس ان المهندسين اتاحت لهم الفرصة لملاحظة هذه العيوب طوال فترة التنفيذ العقد؛ حيث اقرت المحكمة العليا

⁴⁵ بومعزة ايمان، رقابة الإدارة وسلطاتها الاستثنائية في مجال الصفقات العمومية. (دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية. جامعة ابوبكر بلقايد، تلمسان 2022، 2023، ص147

مبدأ مفاده أنه في حال ممارسة سلطة الإدارة في الرقابة هذه بشكل غير صحيح ولم تتوافق مع الإجراءات المعمول بها لا يمكن للإدارة تحميل المقاول المتعاقد مسؤولية بعض العيوب⁴⁶.

ومن جانبنا يبدو أن هذه السوابق القضائية تقدم حلولاً أكثر مرونة، وتعزز بالتأكيد مزيداً من الانصاف، والقاعدة المعتادة أنه من ارتكب أحد الأطراف في العقد خطأً فإنه يتحمل المسؤولية. وعليه عندما تتذرع الإدارة بأخطاء المقاول أو خروقاته التعاقدية فإن عبء الإثبات يقع عليه.

المطلب الثاني: صور الرقابة وتطبيقاتها في بعض العقود الإدارية

تتجلى صور الرقابة من بداية التنفيذ إلى مرحلة التسليم النهائي بعدة جوانب منها الفنية والإدارية والمالية، فعملية الرقابة بمختلف أشكالها لا تتضمن مطابقة التنفيذ للشروط المتفق عليها في العقد؛ بل تتعدى إلى الرقابة التقنية، ونطاق سلطة الإدارة في الرقابة تزداد أو تقلص حسب شدة صلة العقد الإداري بالمرفق العام⁴⁷، وسوف نتعرض لبعض تطبيقات سلطة الاداة في الرقابة على التنفيذ وعلى وسائل الرقابة في بعض العقود الإدارية وذلك كالآتي:

أولاً: أنواع الرقابة خلال تنفيذ العقد الإداري

تظهر صور الرقابة الإدارية إزاء المتعاقد في ثلاث مظاهر:

1- الرقابة الفنية خلال تنفيذ العقود الإدارية

ويقصد بها الرقابة التي تمارسها الإدارة على صاحب الامتياز في منطقة العمليات كزيارة أماكن التشغيل والحصول على الوثائق الفنية (الرسومات والمخططات الخ) وأجراء التقييمات الفنية وهي عملية أساسية لضمان أن يتم العقد الإداري وخاصة في العقود المتعلقة بالصناعة والبناء والخدمات لتضمن أن يكون العمل المنجز وفقاً للمعايير الفنية المحددة في العقد، وأيضاً وفقاً للمعايير القانونية والتشريعات المعمول به. وتجد أساسها القانوني في النية المشتركة للمتعاقدين أو ما يسمى بالإرادة المفترضة.

أ- أهمية الرقابة الفنية:

✓ تنفيذ العقود وفقاً للمعايير الفنية المحددة

✓ تجنب الخلافات بين الطرفين

✓ توفير ضمانات للمتعاقد

ب- مراحل الرقابة الفنية في العقود الإدارية

⁴⁶ Longpré c. Ministre de l'Industrie et du Commerce, 1972 C.S. 174.

⁴⁷ سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، دار الفكر العربي، 2005، ص 436.

✓ الرقابة خلال تنفيذ العقد

✓ الرقابة بعد التنفيذ من خلال اصدار شهادة المطابقة.

2-الرقابة المالية خلال تنفيذ العقود الإدارية:

تعتبر العقود الإدارية وأهمها الصفقات العمومية معقل خصب للفساد الإداري والمالي. هدفه الربح والائراء على حساب المال العام والخدمات العامة. ولذا احيطت العمليات الخاصة بالعقود الإدارية خلال تنفيذها بالكثير من الإجراءات. تتمثل في مراجعة حسابات الملتزم الخاصة باستغلال المرفق محل الالتزام فهو الذي يمسك بدفاتر المالية وفقا للقواعد المالية والمحاسبية المعمول بها، وقد تكون رقابة سابقة عن تنفيذ العقد الإداري كمراجعة الميزانية التي يقدمها الملتزم وكذا العقود التي يبرمها مع الغير، كما قد تكون رقابة لاحقة او لحظية بمراجعة الحسابات والوثائق بغية تنبيه الملتزم ببعض الاعمال التي تضر بالمصلحة المالية للدولة. او بحقوق الإدارة المتعاقدة او المنتفعين،

أ-اهداف الرقابة المالية

✓ ضمان استغلال الأموال العامة بشكل فعال

✓ حماية المال العام من الهدر والفساد

ب-الرقابة الإدارية خلال تنفيذ العقود الإدارية

يقصد بها الجهة الإدارية المتعاقدة حيث تعين مندوبا او رئيسا للمشروع يهدف التنسيق بين الإدارة والملتزم فيما يتعلق بتنفيذ العقد واستثمار وصيانة المرفق العام حتى يعود للإدارة هذا المرفق.

ثانيا: بعض تطبيقات الرقابة في العقود الإدارية

يختلف نطاق الرقابة وطبيعة تطبيقها باختلاف أنواع العقود. وبحسب صلة العلاقة بالخدمة العامة ولتوضيح ذلك سنتناول تطبيقها على بعض هذه العقود.

1-سلطة الادارة في الرقابة في عقود الامتياز

عقود الامتياز ان تعهد الإدارة استغلال فرد او شركة بإدارة مرفق عام خلال مدة محددة. عن طريق عمال واموال يقدمها الملتزم وعلى مسؤوليتها في مقابل تقاضي رسوم من المنتفعين بهذا المرفق.⁴⁸ وقد عرفه المشرع عقد الامتياز في المادة 210 من المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن قانون الصفقات العمومية (الامتياز تعهد السلطة المفوضة للمفوض له اما بإنجاز منشآت او اقتناء ممتلكات ضرورية لإقامة المرفق العام واستغلاله، واما تعهد له فقط باستغلال المرفق العام، يستغل المفوض له المرفق العام باسمه وعلى

⁴⁸ سعيد نحيلي، عمار التركاوي، القانون الإداري (المبادئ العامة) منشورات جامعة دمشق، 2018-2019، ص122.

مسؤوليته، تحت مراقبة السلطة المفوضة ويتقاضى عن ذلك اتاوى من مستخدمى المرفق العام، يمول المفوض له الإنجاز واقتناء الممتلكات واستغلال المرفق العام بنفسه) ويرى معظم الفقه ان سلطة الادارة في الرقابة في عقود الامتياز ذو طبيعة تنظيمية وليس تعاقدية، وبالتالي فان الرقابة قائمة حتى لو لم ينص عليها العقد؛ وإذا نص عليها العقد فإنها لا تستمد شرعيتها من العقد نفسه بل هو كاشف عنها فقط ولم ينشئها⁴⁹، ولا يجوز التنازل عن هذه السلطة كلياً او جزئياً حتى ولو استبعدها العقد بل تبقى قائمة⁵⁰. كما يجوز للإدارة إعادة تنظيم تشغيل الخدمة متى رأت ذلك ضرورياً بموجب اجراء انفرادي كما يترتب على الطبيعة التنظيمية لسلطة الادارة في الرقابة على عقد الامتياز، وأن الطعن في القرارات التي تعدل هذه السلطة يعد دعوى باطلة⁵¹، وتمتد صلاحيات الرقابة الى الفنية والإدارية والمالية.

إن اختيار الإدارة على أحد الأشخاص بتسيير مرفق ما، لا يعد تنازلاً عنه يل تبقى الإدارة ضامنة ومسؤولة تجاه المنتفعين بتوفير الخدمة بانتظام واطراد؛ بل تظل تحت رقابة الإدارة بمعناه الضيق أي (الإشراف) فقط دون توجيه من الإدارة ما عدى في حال الاخلال بشرط العقد. وتسود فكرتين (الملتزم يدير والإدارة تراقب) فالإدارة لا تستطيع ان تتخلى عن وظيفته وهي تامين حسن سير المرفق موضوع العقد، والملتزم يستأثر بإدارة المرفق العام وتسييره ولا يمكن ان تتجاوز سلطة الاشراف الى حد إعطاء أوامر مما يعتبر تدخلاً في إدارة المرفق على النحو يعيق الملتزم في أداء مهامه، وتتحول الى سلطة وصاية وهذا ما يتعارض مع الطبيعة القانونية للعقد، ولا يجوز لها ان تمارس إدارة المرفق والتدخل في الإدارة الداخلية للمرفق فالأصل ان الملتزم هو من يدير المرفق (الإشراف المباشر) اما الإدارة تمارس دورها الرقابي دون تدخل (الإشراف غير المباشر).

2- سلطة الادارة في الرقابة في عقود الاشغال العامة

قد عرفها المشرع الجزائري في المادة 25 من قانون رقم 12-23 المتعلق بتحديد القواعد العامة المتعلقة بالصفقات العمومية (تهدف صفقة الاشغال العمومية الى انشاء منشاة او اشغال بناء او هندسة مدنية وكذا اشغال الشبكات المختلفة من طرف متعامل اقتصادي، في ظل احترام الحاجات التي تحددها المصلحة

⁴⁹ LAUBADERE André, Traité des contrats administratifs, p. 343, qui estime que, dans les contrats de concession, l'administration entend maîtriser la gestion du service public et, pour cela, son pouvoir de contrôle est très étendu. Même si ce pouvoir est le plus souvent stipulé dans le contrat, il est en lui-même extérieur à ses clauses. Pour une position contraire

⁵⁰ CHEHATA Tewfik, La concession de service public, Thèse de doctorat, Paris, 1941, p. 93.

⁵¹ AHMED Ayad, Les manifestations de la puissance publique dans les contrats administratifs, Thèse, Université du Caire, Egypte, 1973, p. 309.

المتعاقدة بصفقتها صاحبة المشروع. تعتبر المنشأة مجموع من اشغال البناء او الهندسة المدنية التي تستوفي نتائجها وظيفة اقتصادية او تقنية. تشمل الصفقات العمومية للأشغال العمومية بناء او تجديد او صيانة او إعادة تأهيل او تهيئة او ترميم او اصلاح او تدعيم او هدم منشأة او جزء منها، بما في ذلك التجهيزات المرتبطة بها الضرورية لاستغلاله)

و يمكن القول ان تطبيق الرقابة بمفهومه الواسع تتجسد في عقود الاشغال العامة وتمتد لتشمل التوجيه حيث تحرص على تطبيق بنود الاتفاق بدقة؛ مما يؤدي الى توسيع سلطتها على المقاول من بداية التنفيذ وحتى تسليم المشروع المتفق عليه⁵²، فعقد الاشغال العامة يتضمن دائما بيانا مفصلا للأعمال المراد تنفيذها بإعداد مواصفات تتضمن رسومات ومخططات وخرائط ومخططات وانواعا ونماذج الخ. حيث يزود المقاول بهذه الوثائق ولا يكون حرا في تنفيذ المشروع رغم حصوله على الوثائق؛ بل يتابع الى نهاية المشروع؛ حيث يكون المقاول المتعاقد مجرد منفذ وليس مديرا له، والإدارة المتعاقدة يقع عليها عائق تعيين المدير الفعلي للعمل الذي يوجه أوامر للمتعاقد خلال تنفيذ العقد؛ حيث تبعث بمندوبين عنها للإشراف عن المشروع يوميا لمتابعة حسن تنفيذها من حيث النوع والكمية وصلاحية المواد والعتاد المستعمل، ولا تكتفي بتوجيه الأوامر الإدارية في حال الاخلال بالتنفيذ، بل يتجاوز الى حد تغيير أسلوب التنفيذ إذا رأت الإدارة انها تعرقل عمل المرفق العام.

كما يمكن ان تصل الرقابة بالتدخل في علاقة المتعاقد بمستخدميه وتنظيم ساعات العمل في الموقع الخاص بالعقد⁵³، وعلى المتعاقد الالتزام بها كونها قرارات إدارية ملزمة، وإذا أحس المتعاقد انها مرهقة ماديا وماليا يمكنه ان يتوجه بتظلم وإذا لم ترد الإدارة المتعاقدة على التظلم يمكنه ان يتجه للقضاء بالمطالبة بالتعويض عما لحقه من ضرر، دون التوقف عن تنفيذ القرارات، ولا يجوز للإدارة ان تحل محل المقاول المتعاقد معها فعلى سبيل المثال تنص المواصفات العامة لإنشاء الطرق السريعة على بنود صريحة للرقابة بحيث يجب على المهندس فحص المواد قبل نقلها الى موقع العمل، ولهذا الغرض يجب على المقاول ابلاغ المهندس كتابيا بمصادر توريد المواد التي ينوي استخدامها قبل بداية الاشغال لمعاينة المواد وفحصها في المخبر، وهذا لا يعفى المقاول من الالتزام الكامل المفروض بموجب تفويضه بتوفير المواد المحددة في المواصفات، وتنفيذ العمل وفقا للمعايير المهنية، والحفاظ عليه بحالة ممتازة حتى القبول النهائي حتى لو تم بالفعل سداد ثمن هذه المواد المعيبة او سوء الصنع وقد تشمل هذه الرقابة:

⁵² BONNEAU Henri, Marchés de travaux publics, Juris-Classeur administratif, 1969. Fasc. 520, p. 3.

⁵³ محمد مقبل وسالم الغندلي، اثار العقد الإداري في التشريع الأردني، (دراسة مقارنة) ماجستير . كلية الدراسات الفقهية والقانونية.

أ-الامر بالبدا في تنفيذ العقد

لا يمكن للمتعهّد الذي حصل على الصفقة ان يباشر العمل مباشرة بعد إتمام العقد بل ينتظر الإدارة صاحبة المشروع فمن صلاحياتها ان تعطي الضوء الأخضر للمتعهّد بداية تنفيذ المشروع بإصدار القرار الإداري ويبدأ حساب مدة الإنجاز بشرط تسليم الموقع خاليا من الموانع ما لم ينص العقد على خلاف ذلك. ويتضمن الامر بالبدا تعليمات متعلقة بتاريخ البدا وسير تنفيذ الاشغال والقواعد المتعلقة بها⁵⁴، واذا لم يحضر المقاتل او من ينوب عنه تسليم الموقع في الموعد المحدد، يحزر محضر بذلك ويعتبر تاريخه بداية التنفيذ.

ب-الامر بتحديد خطوات سير العمل ومواعيد تسليم الاشغال

في الغالب يتضمن عقد الاشغال العامة او دقاتر الشروط على تحديد خطوات تنفيذ العقد ومواعيد التسليم، واذا لم ينص على ذلك يتدخل موظفو الإدارة عبر مندوبيها الفنيون اصدار أوامر لتحديد سيرورة العمل وفقا للخطة التي تحددها الإدارة، وتعديل طرق التنفيذ ووسائله⁵⁵.

ج-الامر بهدم الاشغال المخالفة للشروط والمواصفات وازالتها وإعادة القيام بها على حساب المتعهّد

تحدث في كثير من الأحيان وخلال المراقبة ان تصدر الإدارة امرا بهدم بعض المنجزات من طرف المقاتل غير مطابقة للمواصفات المعمول بها، او خطأ في التصميم غير قابل للإصلاح فتصدر الإدارة امرا بإزالته وإعادة بناءه من جديد على حساب المتعهّد ويتحمل مسؤوليته على التأخير .

د-الرقابة على وكلاء المتعهّد والعمال

تشرف الإدارة عبر موظفيها مراقبة الاشخاص داخل الورشة ووكلائهم مدى تطبيقهم لوسائل السلامة والحرص على حصولهم على التأمين حماية لهم، وتقييم مدى خبرة الوكلاء في الميدان ويجوز للإدارة ان تأمر باستبدال أو فصل مهندسي المقاتل وعماله اذا رفضوا او اهملوا خلال تنفيذ التعليمات الصادرة من الإدارة واذا حاولوا خداع الإدارة او اذا انتهكوا شروط العقد او بسبب الإهمال او الغش.

و-الرقابة على الأدوات والمواد المستخدمة في التنفيذ

كما يمكن للمشرفين على الرقابة ان يتفحص جودة المواد المستعملة وصلاحياتها. وتقييم الوسائل المستعملة ومدى مطابقتها للمعايير المعمول بها.

⁵⁴ هاشمي فوزية، اثار تنفيذ صفقات العمومية على الطرفين المتعاقدين، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه تخصص علوم قانونية فرع التجريم في الصفقات العمومية، جامعة جيلالي اليابس، سيدي بلعباس، 2017-2018.

⁵⁵ مطيع علي حمود الجبير، العقد الإداري بين التشريع والقضاء في اليمن (دراسة مقارنة) رسالة دكتوراه، عين شمس، 2006، ص 426.

3- سلطة الإدارة في الرقابة في عقود التوريد

يعرف عقد التوريد بأنه اتفاق بين شخص عام وشخص من القانون الخاص يتضمن اقتناء منقول أو تأجيره لمدة معينة، وسواء انتفع به أو انتهى به الأمر إلى تملكه بعد الانتهاء مدة الإيجار، مقابل ثمن معلوم ويخضع إلى نظام قانوني استثنائي غير مألوف في نطاق القانون الخاص⁵⁶، كما عرّفه المشرع الجزائري في المادة 26 من القانون 12-23 يحدد القواعد العامة المتعلقة بالصفقات العمومية (تهدف الصفقة العمومية للوإزام إلى اقتناء أو إيجار أو بيع بالإيجار، بخيار أو بدون خيار شراء من طرف المصلحة المتعاقدة اعتاد أو مواد، مهما كان شكلها موجّهة لتلبية الحاجات المتصلة بنشاطها لدى متعامل اقتصادي، وإذا اقترن الإيجار بتقديم خدمة، فإن الصفقة العمومية تكون صفقة خدمات، إذا كانت اشغال وضع وتنصيب اللوازم مدرجة ضمن الصفقة العمومية وكانت مبالغها أقل من قيمة هذه اللوازم، فإن الصفقة العمومية تكون صفقة لوازم. يمكن أن تشمل الصفقة العمومية للوإزام مواد التجهيز أو منشآت إنتاجية كاملة غير جديدة، تكون مدة عملها مضمونة أو محددة بضمان).

كما عرفه الفقه بأنه اتفاق يبرم بين الإدارة وشخص سواء أكان شخصا أو شركة يلتزم بموجبه بتوريد منقولات محددة لازمة لخدمة عامة مقابل دفع مبلغ مالي محدد منصوص عليه في العقد⁵⁷، ويميز الفقه الحديث إلى نوعان عقود التوريد العادية وعقود التوريد الصناعية، وتختلف سلطة الإدارة في الرقابة لكل منهما فكل منهما نظام خاص لا سيما فيما يتعلق بالسلطة الإشرافية على التفصيل التالي:

أ- الرقابة في عقد التوريد العادية

في عقود التوريد العادية تنقل سلطة الإدارة في الرقابة عن الرقابة في العقود الأخرى، ويكون المورد حر في تحديد واختيار طرق التنفيذ، وخاصة إذا لم ينص عقد التوريد على سلطة الإدارة في الرقابة خلال التنفيذ⁵⁸ وتكتفي الإدارة بالإشراف فقط بعد التوريد لفحص التوريدات ومطابقتها للشروط العقدية، ومن حق الإدارة رفض المواد أو السلع غير المطابقة للمواصفات المتفق عليها في موضوع العقد، كما يجب على المورد تحديد وتبرير منشأ السلعة، والسماح للإدارة للخبراء بإجراء تقييمات والتحقق من مطابقتها للمواصفات وفي هذا النوع من العقود تكون القاعدة هي أن يتصرف بموجب هذا النوع من العقود باختياره في طريقة

⁵⁶ ملائي معمر، النظام القانوني لعقد التوريد دراسة مقارنة بين الجزائر وتونس رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة 2015-2016، ص 46.

⁵⁷ HABIB Mahmoud, Le droit administratif et les moyens et privilèges de l'administration, Le Caire, Egypte, 2006, p. 167

⁵⁸ عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية (الإيرام- التنفيذ- المنازعات) دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2007 ص 97.

التنفيذ وعلى مسؤوليته الخاصة⁵⁹، ويمكن للإدارة ان تتدخل اثناء التوريد شريطة ان ينص على ذلك صراحة في العقد او في الملحقات به؛ الا انها لا تتجاوز مجرد الاشراف ولا تصل الى حد التوجيه، ويلتزم المورد بموعد التسليم وعلى وجوب قيام الجهة المتعاقدة بفحص البضائع للتأكد من مطابقتها للمواصفات التعاقدية من حيث العدد والوزن او القياس ويتم الاستلام من قبل لجنة خاصة تعينها الجهة المتعاقدة ويتم ذلك بحضور المورد او من ينوب عنه ويصدر إيصال مؤقت يحدد حالة المواد، ويصدر إيصال مؤقت الى حين اخطار المورد بموعد اجتماع لجنة الفحص والقبول النهائي ويعتبر قرار اللجنة المسؤولة عن قبول المواد او رفضها نهائيا.

ب- الرقابة في عقد التوريد الصناعية

اما في العقود الصناعية او الخاصة حيث تتدخل عناصر التوريد مما يلزم الإدارة الاشراف الدائم واستخدام جميع الوسائل المتاحة للإدارة من التصنيع ذاته ووسائله الفنية والإدارية والمالية، وفي هذه الحالة تتسع سلطة الادارة في الرقابة من الاشراف الى التوجيه. وتتمثل الرقابة الفنية في متابعة عمليات التصنيع ومطابقتها للمواصفات الفنية المتعارف عليها، اما الرقابة المالية فتتمثل في الرقابة المحاسبية التي تقوم بها الإدارة على المورد بهدف التأكد من مشروعية مداخله، واما الرقابة الإدارية فتتمثل في الاشراف على المتعاقد وعماله ومراقبة سير العمل وفقا للخطط المتفق عليها بين الإدارة والمورد، ومع ذلك ورغم التدخل الذي يعتبر القاعدة، الا أنه يجب ان تأخذ في الاعتبار بعض القيود عند تطبيق القاعدة مما يعيق المتعاقد او تقيده او تمنعه من تنفيذ الاعمال التي التزم بها على أفضل وجه ممكن.

كما لا يجب المغالاة في الرقابة لأن في بعض الأحيان يحتفظ المتعاقد ببعض الاسرار المهنية والتي تعتبر بالنسبة له نقطة تفوق على المنافسين، ولا يجب ان يطلع عليها الغير حتى الإدارة نفسها كاستعمال فنيات وبعض التكنولوجيات او بعض التراكيب الكيميائية غير المألوفة عند المنافسين مما تجعله يسرع من وتيرة العمل او يحسن من قيمة المنتج.

الخاتمة

ما نستخلصه من خلال بحثنا ان الإدارة تتمتع بسلطات واسعة خلال تنفيذ العقد يمكن اجمالها في النتائج التالية:

- للإدارة الحق في مباشرة سلطة الادارة في الرقابة باعتبارها تهدف الى تحقيق المصلحة العامة.

⁵⁹ JEZE Gaston, Les contrats administratifs, Tome 3, Dalloz, Paris, 1934. p. 431

• يختلف مجال نطاق رقابة الادارة من عقد لأخر، فكلما كان مضمون الصفقة يتصف بنواحي تقنية مثل عقود التوريد الصناعية او ارتبط الملتزم مباشرة بأداء خدمة عمومية مثل عقد الامتياز فان الرقابة تتسع.

• في بعض الأحيان لا تنقيد الادارة بمبدأ المشروعية، مما تزيد من أعباء المتعاقد معها او توقف تنفيذ العقد لمدة غير معقولة، فتتسأ المنازعات وتبرر للمتعاقد الحق في طلب فسخ العقد والتعويض؛ حيث تمر بعدة إجراءات مما تحقق ضررا متراكما بسبب طول أمد الفصل فيها، وعليه تقاديا لهذه المشاكل أن يتدخل المشرع بتنظيم وضبط مجمل الإجراءات والآجال مما يقلل من الأعباء في ذمة المتعاقد.

ومن خلال النتائج السابقة يمكن ان نقترح بعض التوصيات التالية:

- تحديث دفاتر الشروط حسب نوع العقد وخصائصه لكي يقدم أحسن خدمة عمومية.
- تكوين متواصل للجان المراقبة مما يتماشى والعصرنة.
- منح ضمانات لأعوان الرقابة خلال أداء مهامهم.

قائمة المصادر والمراجع:

أولاً: النصوص القانونية

1. المرسوم التنفيذي 21/219 مؤرخ في 8 شوال عام 1442 الموافق ل 20مايو سنة 2021 المتضمن المصادقة على دفتر البنود الإدارية العامة المطبقة على الصفقات العمومية للأشغال المنشور ب ج. ر ج ج العدد 50 الصادرة في 13 ذو القعدة عام 1442 الموافق ل 24 يونيو عام 2021
2. المرسوم رقم 84-124 المؤرخ في 18 شعبان عام 1404، يحدد صلاحيات وزير التجارة، وصلاحيات نائب الوزير المكلف بالتجارة الخارجية (ج ر ج ج) العدد 21 غير انه الغي بموجب المرسوم التنفيذي 94-207 المؤرخ في 7 صفر عام 1415 الموافق 16 يوليو سنة 1984، (ج ر ج ج ج) العدد 47

ثانياً: الكتب

1. إبراهيم طه الفياض، العقود الإدارية ' ط1. مكتبة الفلاح، الكويت، 1981.

2. احمد عثمان عياد، مظاهر السلطة العامة في العقود العامة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2016.
3. جهاد زهير ديب الحرازين، الاثار المترتبة على عقد الامتياز، دراسة نظرية مقارنة، دار الفكر والقانون للنشر والتوزيع سنة 2015.
4. حسن عبد الله حسن، عقود مقاولات الاعمال بين ضيق نصوص المناقصات والمزايدات ورحابة الواقع العملي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر 2015.
5. سعيد نحيلي، عيسى الحسن، العقود الإدارية، منشورات جامعة حلب، مركز التعليم المفتوح، عام 2007.
6. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، دار الفكر العربي سنة 2005.
7. السيد فتوح محمد هنداوي، القاضي الإداري والتوازن المالي في العقود الإدارية (دراسة مقارنة)، ط1، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة ، 2016 .
8. طارق سلطان. سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات على المتعاقدين معها في العقود الإدارية وضوابطها، دار النهضة العربية. سنة 2010.
9. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية (الايام- التنفيذ- المنازعات) دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2007 .
10. مال الله جعفر عبد الملك الحمادي، حقوق وضمانات المتعاقد مع الإدارة والتحكيم في العقد الإداري (دراسة مقارنة) ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان. عام 2014.
11. ماهر أبو العينين، القاضي الإداري وتطبيق قوانين المزايدات والمناقصات على العقود الإدارية وفقا لأحكام مجلس الدولة حتى عام 2011، دار أبو المجد للطباعة، القاهرة عام 2011.
12. مجدي مدحت النهري، نظرية العقد الإداري في دولة الامارات العربية المتحدة، جامعة الجزيرة، 2014 ص 176.
13. محمد العموري الاجازة في الحقوق. من منشورات الجامعة الافتراضية السورية. الجمهورية العربية السورية 2018.

14. محمد عبد العال السناري. طرق وأساليب التعاقد الإداري وحقوق والتزامات المتعاقدين، دار النهضة العربية، القاهرة.

15. محمد فؤاد عبد الباسط، العقد الإداري، دار الجامعة الجديدة للنشر سنة 2006.

16. محمد محمد حمد الشلماني، امتيازات السلطة العامة في العقود الإدارية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية 2007.

17. مطيع علي حمود الجبير، العقد الإداري بين التشريع والقضاء في اليمن (دراسة مقارنة) رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، عام 2006.

18. نصري منصور النابلسي، العقود الإدارية، دراسة مقارنة ط1 منشورات الزين الحقوقية، الإسكندرية، مصر 2010.

ثالثا: الرسائل والمذكرات

1. ايمن محمد جمعة، اثار عقد الاشغال العامة بين المتعاقدين (دراسة مقارنة) رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، 2006.

2. بومعزة ايمان، رقابة الإدارة وسلطاتها الاستثنائية في مجال الصفقات العمومية (دراسة مقارنة) أطروحة دكتوراه تخصص قانون عام اقتصادي، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، كلية الحقوق 2022-2023 .

3. هاشمي فوزية، اثار تنفيذ صفقات العمومية على الطرفين المتعاقدين، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه تخصص علوم قانونية فرع التجريم في الصفقات العمومية، جامعة جيلالي اليابس، سيدي بلعباس 2017-2018.

4. مطيع علي حمود الجبير، العقد الإداري بين التشريع والقضاء في اليمن (دراسة مقارنة) رسالة دكتوراه، عين شمس، عام 2006.

5. ملاتي معمر، النظام القانوني لعقد التوريد دراسة مقارنة بين الجزائر وتونس رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة 2015-2016 .

رابعا: المقالات

1. خالد عمر، بن مالك بشير، سلطة الادارة في الرقابة كألية لحماية المصلحة المتعاقدة في قانون الصفقات العمومية مقال، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية جامعة زيان عاشور بالجلفة، الجزائر.

2. محمود أبو السعود حبيب، سلطة الإدارة في الرقابة على تنفيذ العقد الإداري. مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة عين شمس. مصر، العدد الأول، 1997.

خامسا: المراجع باللغة الاجنبية

1. ABOU SAOUD Mahmoud, Le pouvoir de l'administration dans le contrôle de l'exécution du contrat administratif, Revue des sciences juridiques et économiques, N°1, 1997, Université d'Ain Shams, Le Caire, Egypte.
2. AHMED Ayad, Les manifestations de la puissance publique dans les contrats administratifs, Thèse, Université du Caire, Egypte, 1973.
3. Aiad Shwekat, Les droits et les obligations des parties au contrat administratif dans les droits français et libyen etude comparative. Université de Toulouse 2016.
4. ALI Ibrahim, Les effets des contrats administratifs, Le Caire, Egypte, 2003.
5. BONNEAU Henri, Marchés de travaux publics, Juris-Classeur administratif, 1969.
6. CHEHATA Tewfik, La concession de service public, Thèse de doctorat, Paris, 1941.
7. EL Kabbani Baker, Le contrôle administratif, Le Caire, Egypte, 1985.
8. FEKRI Fathi, Leçons sur les contrats administratifs, Le Caire, Egypte, 1994.
9. FEKRI Mohamed, Le contrôle sur l'exécution des contrats de travaux publics, thèse, Université du Caire, Egypte, 2010.
10. HABIB Mahmoud, Le droit administratif et les moyens et privilèges de l'administration, Le Caire, Egypte, 2006.
11. JAAFAR Mohamed, Les fondements de l'administration publique, Le Caire, Egypte, 1994.
12. JEZE Gaston, Les contrats administratifs, Tome 3, Dalloz, Paris, 1934.
13. Pierre Lemieux. Le Pouvoir D'inspection et de contrôle de L'administration dans les marches de travaux publics .Revue générale de droit Volume 10, numéro 2, 1979.

14. TRUCHET Didier. Les fonctions de la notion d'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'Etat, Paris, 1977.
15. UFEAU Jean, Concession de service public, Jurisclasseur administratif, fasc. N°539.1970