

دور القضاء في تسوية منازعات العقد الإداري

الأستاذ يوسف طائف
مستشار بالمحكمة الإدارية بالرباط

تعتبر العقود الإدارية والصفقات العمومية على الخصوص من المجالات التي تتقاطع فيها أعمال الإدارة المتعاقدين معها وذلك من أجل اشباع الحاجات المرفقية للمواطنين سواء تعلق الأمر بأشغال أو توريدات أو خدمات . وبالرغم من الترسانة القانونية التي جاءت لتنظم هذه العلاقة التعاقدية ، فلا زالت هناك العديد من القضايا والمشاكل التي تطرح على المحاكم من أجل حل الخلافات بين الطرفين المتعاقدين بالنظر الى تطور هذه العقود كنتيجة لتطور الانماط الاقتصادية والاجتماعية وتطور طرق تدبيرها سواء بشكل مباشر أو عن طريق الاقتصاد المختلط.

وللإحاطة بجوانب هذا الموضوع حاولنا التطرق لإشكاليات أساسيتين تتعلق الأولى بطبيعة الصعوبات العملية حول طبيعة الاختصاص القضائي في حل هذه المنازعات (الفرع الأول)، والثاني في دور القضاء في مراقبة الإخلال بالالتزام التعاقدية سواء من طرف الإدارة أو من قبل المتعاقد معها (الفرع الثاني).

الفرع الأول : الصعوبات العملية حول طبيعة الاختصاص القضائي وتتجلى هذه الصعوبة المتعلقة بالاختصاص على مستويين: تتعلق الأولى في تحديد اطار تدبير تطور النشاط الإداري بعد ان عرف هذا النشاط تنوعا وتطورا بسبب تنوع وتطور مختلف مرافق الدولة في اشباع حاجيات المواطن، فالיום أصبحت الدولة تتخلى عن هذه المهام لفائدة القطاع الحر عن طريق التدبير المفوض او الاقتصاد المختلط ، وهذا الاسلوب التدبيري استلزم منها إبرام عقود تنوعت واختلفت درجة تدخلها في ذلك، مما أصبح يطرح اشكالا كبيرا في تحديد أصناف وانواع هذه العقود وما اذا كانت عقود عادية لا مكانية عرضها على القضاء العادي أم تتوفر على شروط ومواصفات العقد الإداري حتى يمكن عرضها على القضاء الإداري .

كذلك وفي اطار التهييب والاعداد وتنفيذ العقد الإداري تتخذ الإدارة مجموعة من القرارات الإدارية، وهذه القرارات أصبحت تطرح على القضاء بعض الاشكال بسبب النزاعات المثارة بشأنها و تحديد نوعيتها، وما اذا كانت قرارات إدارية منفصلة عن العقد الإداري يتم البحث في مشروعيتها عن طريق دعوى الالغاء أم قرارات متصلة بالعقد ، يرجع حق البت فيها في اطار القضاء الشامل .

وللإحاطة بهذه الاسئلة وغيرها سنطرق من خلال هذا الموضوع الى محورين يتعلق الاول بطبيعة الاختصاص القضائي فما يتعلق بنوعية العقد الإداري (فقرة أولى) وفي الثاني بطبيعة الاختصاص القضائي المتعلق بنوعية القرار الإداري (فقرة ثانية).

الفقرة الأولى : طبيعة الاختصاص المتعلق بنوعية العقد الإداري لقد ظلت المنازعات العقدية تتقاطع بين القضاء الإداري والقضاء العادي في ظل ثنائية القانون ووحدة القضاء، وهذه القاعدة طبعت النظام المغربي وظلت سائدة الى غاية احداث المجلس الاعلى بتاريخ 1957 بحيث بقيت هذه المنازعة مقسمة بين الغرفة الادارية بمحكمة النقض وباقي المحاكم العادية الابتدائية والاستئنافية أي بين قضاء الالغاء والقضاء الشامل الى ان جاء القانون 90.41 المحدث بموجبه المحاكم الإدارية الذي أقر الاختصاص للنظر في العقود الإدارية للمحاكم الإدارية بمقتضى الفصل 8 و ساهم بشكل كبير في تطوير نظرية العقد الإداري .

وفيما يخص مفهوم العقد الإداري فقد دأب الاجتهاد الفقهي والقضائي بصفة عامة الى تقسيم العقود الادارية الى قسمين : العقود الادارية بطبيعتها والعقود الادارية بنص القانون .¹والاولى هي التي لم يرد بشأنها

¹ الدكتوراة مليكة الروخ القانون الإداري دراسة مقارنة ط الثانية 1992 ص 331

نص قانوني صريح يقضي باعتبارها عقودا ادارية وهو ما دفع بالقضاء إلى إيجاد مجموعة من المعايير لتمييزها ، أما الثانية فهي ما يطلق عليها الفقهاء بالعقود الادارية المسماة كعقود الامتياز و التوريد والأشغال العمومية والصفقات العمومية والنقل و ايجار الخدمات لكون موضوعها يتعلق بمرفق عمومي والقانون هو الذي يحدد طابعها الإداري .

غير ان مفهوم العقد الإداري وفي ظل تدخل الدولة بمختلف واجهتها ومؤسساتها وتعدد وتنوع انشطتها عرف تعاريف ومفاهيم كثيرة صعب حصرها كلها لدرجة انه يمكن القول بأنها تعددت بتعدد أصحابها . وقد عرفها مجلس الدولة الفرنسي بانها تلك العقود التي يبرمها شخص معنوي عام معنوي عام بقصد تسيير مرفق عام ، وتظهر فيها نيته في الأخذ بأحكام القانون العام ويتجلى ذلك اما بتضمين تلك العقود شروطا غير مألوفة في العقد الخاص ."

وفي مصر اعتبرت المحكمة الإدارية العليا أن العقد الإداري ينبثق عن اتفاق يكون احد طرفيه شخصا معنويا عاما بقصد إنشاء او ادارة مرفق عام وتظهر فيه نية الأخذ بأساليب القانون العام من خلال انطوائه على شروط غير استثنائية غير مألوفة في تعاملات الافراد سواء تمتعت الإدارة بامتيازات وسلطات لا يتمتع بها الأفراد أو بمنح المتعاقد معها سلطات استثنائية في مواجهة الغير لا يتمتع بها حال تعاقد مع الأفراد².

وهذا التعريف مطابق لما ذهبت اليه محكمة النقض في القرار عدد 367 وتاريخ 1995/9/21 ب.أ ضد المكتب الوطني للكهرباء لما قضت على... انه لا يكفي لاعتبار العقد إداريا أن يتضمن العقد شروطا ومقتضيات غير مألوفة في القانون العادي، بل يتعين أن يتوفر شرط ثالث وهو ان يتعلق العقد بتسيير مرفق عمومي ، وان طبيعة العقد وان كان مبرما بين مؤسسة عمومية وهي المكتب الوطني للكهرباء وبين الطاعن ويتضمن شروطا غير مألوفة في العقود الخاصة الا ان العقد المذكور لا يتعلق بتسيير مرفق عام وبالتالي فان الامر لا يتعلق بعقد اداري يخضع النزاع المتعلق به لاختصاص المحاكم الادارية ولكن بعقد عادي يرجع للمحكمة ذات القضاء الشامل او الكامل للبت في النزاع ... لأن النزاعات المتفرعة عن العقود المبرمة مع المؤسسات العمومية ذات الطابع التجاري أو الصناعي لا تدخل ضمن العقود الادارية ، ولان العقد المذكور لم يتوفر فيه شرط أساسي وجوهري وهو تعلقه بتسيير مرفق عام .

ويتجلى من خلال التعاريف السابقة انه من الشروط الضرورية لقيام العقد الإداري لا بد من مراعاة عدة مقومات ومعايير أساسية يؤدي افتقاد احدها الى افتقاد العقد لمقومات العقد الإداري منها ان يكون احد طرفيه شخص من أشخاص القانون العام ، وان يكون موضوعه تنظيم او استغلال او تنفيذ بنود المرفق العام وان ينطوي العقد على شروط استثنائية غير مألوفة في التعاقد العادي .

وفي المغرب وبتبني واعتماد هذه المعايير صدرت مجموعة من الاحكام عن محكمة النقض اثارت من خلاله انتفاء صفة العقد الإداري عن العقد موضوع النزاع ولو ان احد اطرافه كان شخص من اشخاص القانون العام، منها القرار عدد 571 بتاريخ 2001/4/19 بين ورثة أق ضد رئيس الجماعة القروية لآع لما اعتبرت ان "عقد البيع المطعون في صحته هو من العقود الخاصة وتنطبق عليه أحكام القانون الخاص كما يتضمن التزامات متبادلة بين الطرفين وليس شروطا غير مألوفة بالرغم من إبرامه مع شخص من اشخاص القانون العام لإمكان اخضاعه لاختصاص المحكمة الادارية. كذلك قرارها عدد 1491 وتاريخ 2000/10/26 الصادر في قضية شركة ت.أ ضد الجماعة الحضرية إذ اعتبرت أن عقد التامين الرابط بين الطرفين لا يكتسي صبغة العقد الإداري مما تكون معه النزاعات الناشئة عن تطبيقه خاضعة لاختصاص المحاكم العادية في غيبة وجود عقد إداري يرجع البت في تنفيذه للمحكمة الادارية ."

من خلال ما سبق يتبين انه كان هناك تطور في مجال تطوير المعايير اللازمة لتحديد الجهة المختصة بالمنازعة العقدية ، وهذه المعايير هي في الحقيقة تعرف تطورا مستمرا بتطور طرق تدبير وادارة المرافق العام ، فمع زيادة تدخل الدولة في الحياة الاقتصادية كان على الادارة ايجاد صيغ وطرق لتدبير هذه المرافق سواء

² د. عبد العزيز خليفة تنفيذ العقد الإداري وتسوية منازعاته قضاء وتحكيمياً دار الفكر الجامعي ص 11

بشكل مباشر أو عن طريق الاقتصاد المختلط ، وهذه المعايير تبرز أهميتها وتتجلى في تحديد جهة النزاع بين الأطراف وتحديد ما إذا كان العقد ذات صبغة إدارية حتى يؤول الاختصاص فيه إلى المحكمة الإدارية أم يتعلق بعقد عادي يعود حق النظر فيه للمحاكم العادية .

إلا أنه إذا كان الأصل في حل النزاعات المتعلقة بتنفيذ العقود الإدارية يرجع لولاية القضاء الشامل باعتبارها نتاج توافق إرادتين فإنه بالنسبة للقرارات الإدارية المنفصلة المتعلقة بالعقد الذي أبرمته الإدارة و التي تهم أوجه عدم المشروعية فهي تدخل ضمن دعوى الإلغاء باعتبارها دعوى عينية موجهة ضد قرار إداري صادر عن الإرادة المنفردة للإدارة .

الفقرة الثانية : تدخل القضاء بالطعن في قرارات تجاوز السلطة الصادرة عن الإدارة المتعاقدة قد تحدث خلال عملية إبرام العقد الإداري أو تنفيذه عدة صعوبات ، وينشأ نزاع بين الأطراف المتعاقدة سواء من خلال الإجراءات والوقائع التي تطرأ خلال مرحلة التعاقد أو أثناء تنفيذ العقد ، ويتدخل القضاء للبت في تلك المنازعات وفضها ، وتكون طرق الحسم فيها على نوعين : نزاعات تعرض أمام القضاء الشامل وهي النزاعات التي تهتم بالعقد من حيث تطبيق شروطه وإبطاله وفسخه و التعويض عن الأضرار اللاحقة به ونزاعات تتعلق بقرارات منفصلة عن العقد وهي قرارات تتخذها الإدارة بعيدة عن بنود وشروط العقد وإنما تكون مصاحبة سواء خلال تكوينه أو تنفيذه أو إنهائه ، وذلك بعرض النزاعات الناشئة بشأنها أمام قضاء الإلغاء لأنها تشكل موضوع دعاوى عينية ، يجوز الطعن فيها أمام قضاء الإلغاء وفي جميع مراحل التعاقد سواء تعلق الأمر بالمرحلة الخاصة بتكوين العقد أو تنفيذه أو إنهائه .

1 - القرارات الإدارية الخاصة بالتكوين والتوقيع والمصادقة على العقد الإداري

تصدر الإدارة مجموعة من القرارات تسبق تكوين العقد الإداري كتلك الخاصة بمنح رخص الامتياز أو المتعلقة بالمزايدات أو الاقصاءات من المنافسة أو القرارات المتعلقة بالموافقة على العقد أو بالانفصال ماديا عن العقد في حالة ما إذا سبق التوقيع على العقد، ثم كذلك القرارات الخاصة برفض التوقيع أو التصديق على العقد وهي كلها قرارات تقبل الطعن بالإلغاء متى انطوت على خرق للقواعد العامة المنظمة بالقوانين والتنظيمات.

وهذه القرارات المتخذة من طرف الإدارة هي التي تساهم في تكوين العقد ، وبالتالي فهي تعتبر قرارات إدارية منفصلة عن العقد يجوز الطعن فيها بالإلغاء ، وقد اصدرت الغرفة الإدارية بمحكمة النقض عدة قرارات في هذا الاطار منها القرار عدد 264 بتاريخ 1999/3/11 " قضية بلقاص محمد ضد جماعة سيدي حرازم الذي اتخذته الغرفة الإدارية بمحكمة النقض ضد مقرر ارجاء مناقصة لكراء محلات الاصطياف لسيدي حرازم" وحكم المحكمة الإدارية بالرباط عدد 1059 بتاريخ 2004/10/25 في الملف رقم 03/701 التي نصت فيه على أن " حيث إنه من المتفق عليه فقها وقضاء ان أي قرار اداري يجب ان يقوم على سبب يبرره ، وهذا السبب هو الحالة القانونية والواقعية التي تبرر صدوره ، لكن حيث أن المدعى عليها لم تثبت قيام السبب المتدرج به من حيث الواقع يكون قرارها قد بني على وقائع غير صحيحة وبالتالي متسما بتجاوز السلطة لعيب السبب ويتعين التصريح بإلغائه " .

2 - القرارات الخاصة بتنفيذ العقد الإداري وانتهائه

كما هو الشأن بالنسبة للمرحلة السابقة على إبرام العقود الإدارية ، تصدر الإدارة أيضا مجموعة من القرارات وهي بصدد تنفيذ هذه العقود باعتبارها المسؤولة عن إدارة المرفق العام ، وهذه القرارات يكون لها تأثير واضح على وضعية التعاقد معها و على تنفيذ العقد ، وقد أكد مجلس الدولة الفرنسي في قراره بتاريخ 1898/4/29 في قضية Gilles et Bellet بسبب طرده لعمال أجنبية على "...ان قرار وزير الداخلية بطرد عمال اجانب يشغلهم المقاول من اجل انجاز صفقة للدولة ليس له ما يبرره من الناحية القانونية لأنه اذا كان العقد لا يمنع استعمال اليد العاملة الاجنبية فان هذا الاستعمال ظل مشروطا في جميع الاحوال بتنفيذ التدابير الضرورية التي يتطلبها الامن العمومي"³ علما بان هذا القرار ولو انه تعلق بتنفيذ عقد اداري غير انه كان قرارا منفصلا وكانت وسيلة الطعن بالإلغاء هي الوسيلة المتاحة لإلغائه.

³ لمزيد من التفصيل انظر د. محمد صقلي حسيني رئيس المحكمة الإدارية بالرباط " المنازعات العقدية على ضوء الاجتهاد القضائي "

كذلك بالنسبة لقرارات الفسخ المطبقة على العقود الادارية فقد تصدر الادارة باعتبارها مسؤولة عن ادارة المرفق العام قرارا بفسخ عقد الصفقة دون ان تستند على البنود التنظيمية للعقد الاداري، وفي هذا المجال اثرت عدة تساؤلات وما اذا كانت القرارات المتخذة منفصلة أو متصلة بالعقد .

وقد كرس الفقه والاجتهاد القضائي هذا المبدأ استنادا الى قاعدة مؤداها انه ينبغي التمييز في هذه القرارات بين ما هو صادر عن الادارة كسلطة عامة بالاستناد الى نصوص القانون وبالتالي اعتباره قرارا اداريا منفصلا عن العقد يجوز الطعن فيه بالإلغاء، وبين ما يصدر عن الادارة المتعاقدة من إجراءات تنفيذاً لبنود العقد نتيجة لإخلال المتعاقد بالتزاماته التعاقدية المضمنة في العقد فتبقى هذه القرارات متصلة بالعقد وخاضعة للطعن امام القضاء الاداري على اساس ولايته الشاملة.

ونورد في هذا الاطار حكمين لتجسيد مدى الفوارق بين القرارين المتصل والمنفصل عن العقد الاداري، فمثلا بالنسبة للنموذج الاول ذهبت المحكمة الادارية بالدار البيضاء في حكمها بتاريخ 2001/2/21 في الملف عدد 00/16 على ان القرار القاضي بفسخ عقد ادري نتيجة اخلال المتعاقد بالتزاماته لا يعتبر قرارا منفصلا قابلا للطعن فيه بالإلغاء إذ جاء في تعليقه حيث يستفاد من اوراق الملف وردود الاطراف أن قرار فسخ الصفقة موضوع النزاع لم يستند في اصداره على سلطات الادارة المخول لها بمقتضى القوانين والانظمة الجاري بها العمل، ولكن جاء نتيجة اخلال الشركة بالتزاماتها التعاقدية مما يكون معه قرار انهاء العقد مرتببا بالعملية التعاقدية وغير منفصل عنها ولا يقبل الطعن عن طريق دعوى الالغاء."

في النموذج الثاني ذهبت الغرفة الاداري بمحكمة النقض في قرارها عدد 191 بتاريخ 2005/3/16 في الملف عدد 07/1/4/2234 و2233 والمتعلق بفسخ عقد الصفقة بين شركة مقاولة مغربية ووزارة التجهيز ، بعد أن طعنت الشركة في قرار الفسخ واعتبرته غير صحيح ... ، فأجابت عنه وزارة التجهيز بكونها بعد ان لاحظت وجود تغييرات بدفتر الشروط الخاصة أصدرت قرار بفسخ الصفقة بناء على الفصل 79 من المرسوم... وقد جاء في القرار المذكور " وحيث لما كان طلب الغاء مقرر فسخ صفقة عمومية يجادل في المقتضيات والمبادئ التي تنظم الصفقات العمومية فان الامر يتعلق بطعن في مقرر إداري منفصل وسن قاعدة مفادها أنه لئن كان للإدارة حق فسخ الصفقة بهدف تحقيق مصلحة فان ذلك مقيد ويخضع للمراقبة القضائية."

3 - أثر الغاء القرار الاداري المنفصل على العقد الاداري

والسؤال المطروح هنا ما هي الآثار المترتبة عن الغاء قرار اداري بالنسبة للعقد في حالة الغاء هذا القرار لعدم مشروعيته ؟ فالمعروف هو ان قاضي الالغاء يكتفي فقط بمراقبة مشروعية القرارات الادارية المنفصلة عن العقد الاداري، ويقوم بإلغاء القرار الاداري غير المشروع ولا يمكنه ان يتجاوز ذلك بإصدار أوامر للإدارة بالقيام بعمل أو بالامتناع عن القيام بعمل في اطار نظرية الفصل بين السلط وقاعدة ان القاضي الاداري يقضي ولا يدير.

لقد كانت هناك عدة اجتهادات قضائية في الموضوع نشير البعض منها في هذا الإطار، فقد ذهب القضاء المغربي الى كون إلغاء القرار الممهد أو المصاحب للعقد الاداري لا يمكن أن يفضي الى بطلان عقد الصفقة ، ونرد في هذ المجال حكم ادارية أكادير عدد 279 بتاريخ 2007/7/26 الذي كرس هذه القاعدة بعد رفض المجلس البلدي لأولاد تايمية العرض الاقل من احدى الشركات لأجل بناء حديقة بحي شراردة ، اذ جاء في الحكم "وحيث إن مسؤولية المجلس البلدي لأولاد تايمية عن الضرر اللاحق بالمدعية ثابت في الحدود المشار اليها أعلاه ، وحيث إن المحكمة انطلقا من سلطتها التقديرية وبعد الاخذ بعين الاعتبار حرمان المدعية من الربح الذي كان من الممكن أن تحققه من الصفقة التي تم اقصاؤها منها ، قررت الحكم على المجلس البلدي لأولاد تايمية بأداء للمدعية تعويضا قدره 250000,00 درهم" .

ويتبين من خلال هذ الحكم ان الغاء قرار منفصل ممهد ومصاحب لعقد اداري لا يؤدي الى بطلان عقد الصفقة وحلها وانما يخول للمتضرر من القرار المطعون فيه المطالبة بتعويض. لكن في فرنسا يبدو ان هذا المبدأ القاضي بعدم تجاوز رقابة قضاء الالغاء الى العقد بسبب البت في قرار منفصل قد عرف عدة تطورات ، ونشير هنا الى قرار مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ 1954/5/31 في

قضية Société de l'énergie Industrielle لما اعتبر أن الغاء قرار المصادقة على عقد امتياز يحول دون تنفيذ الشروط الواردة في هذا العقد ، وكذلك قراره بتاريخ 1982/7/7 في قضية Commune de GuidelCIMme لما أخلت الجماعة بأحد الإجراءات الجوهرية لعقد الصفقة بعدم نشرها لطلبات العروض فتم الطعن في القرار المنفصل الذي تم الغاؤه وابطال العقد المترتب عنه.⁴

من هنا يتبين ان إلغاء قرار إداري منفصل ومرتبب بعقد اداري قد يؤثر في العقد المبرم اما بتعويض الطاعن اذا استمر تنفيذ العقد ، أو بالحيلولة بتاتا دون تنفيذ بنود العقد و ابطاله كما سلف في النموذج الفرنسي. خاتمة الفرع الاول : يتبين مما سبق ان المعايير المتعلقة بتحديد طبيعة النزاع المتعلق بالعقود قد تطورت بشكل كبير كنتيجة لتطور نشاط الدولة من خلال تدخلها وتدابير نشاط مرافقها سواء بشكل مباشر أو عن طريق الاقتصاد المختلط، وهذا التطور أحدث إشكالا بسبب تنوع وتطور هذه العقود في وتحديد الجهة ذات الاختصاص وما اذا كان القضاء العادي أم القضاء الاداري ، والذي اجاب عنه الفقه والقضاء بابتكار مجموعة من المعايير لتحديد الجهة صاحبة الاختصاص ، كما اعتمد ايضا معايير وقواعد للتمييز بين القرارات المتخذة من طرف الادارة المرتبطة والمنفصلة بإجراءات اعداد وتنفيذ وفسخ هذه العقود وما ذا كانت القرارات المتخذة في هذا الاطار تتعلق بالنصوص القانونية والتنظيمية وتمس شرعية القرار الاداري لئتم عرضها على قضاء الالغاء ام قرارات تتعلق بتنفيذ بنود وشروط العقد لئتم عرضها على القضاء العادي.

الفرع الثاني : دور القضاء في مراقبة مسؤولية الطرفين المتعاقدين في الاخلال بالتزاماتهما
المبدأ العام هو أن الإدارة تملك سلطات استثنائية في مواجهة المتعاقد معها أثناء تنفيذه لالتزاماته التعاقدية والتي تستمدتها بوصفها كسلطة عامة ولو لم يرد أي نص بالعقد يمنحها ذلك، وهذا الأمر يعطيها الحق في التمتع بامتيازات عامة التي تخولها تسيير المرافق العامة ، ومن ثم تفوق سلطاتها السلطات المخولة للمتعاقد معها الذي لا يكون له حق التعرض عليها ، باعتبارها صاحبة امتياز.

وتتمثل هذه السلطات على العموم في رقابة تنفيذ العقد وتعديله وإنهائه مع توقيع الجزاءات، إذ تتميز سلطة الادارة في استعمالها لهذا الحق بحسب نوع العقد الاداري من حيث مدى ارتباطه بالمرفق العام وكل ذلك لدواعي المصلحة العامة. لكن هذا لا يمنع الادارة من المحافظة على حقوق التعاقد معها سواء في الحصول على المقابل المادي أو اقتضاء بعض التعويضات إذا اخلت الادارة بشروط العقد مع مراعاة حق التوازن المالي للعقد .

وانطلاقا من موقع التزامات الاطراف القانونية والفنية والمالية سنتعرض لنقطتين اساسيتين هما دور القضاء في مراقبة اخلال الطرفين بالتزاماتهما التعاقدية الادارة والمتعاقد معها.⁵

الفقرة الاولى: دور القضاء في مراقبة اخلال الادارة بالتزاماتها
قد تخطى الادارة المتعاقدة خلال ممارستها لتنفيذ العقد ، ويكون خطأها إما إداري أو مالي أو فني ، يترتب عنه ضرر للمتعاقد معها ، وهذه الالتزامات يمكن جمعها في التزامين اساسيين فيموضوع الصفقات العمومية يتعلق اولهما بتمكينه من كافة ظروف تنفيذ العقد الاداري (الفنية والقانونية)، ويدور الثاني حول الالتزامات المالية بتنفيذ العقد ، وأي إخلال في هذا المجال يعد خطأ تعاقديا يرتب مسؤوليتها في التعويض عن الأضرار التي تسببها للمتعاقد معها ويلعب القضاء دورا اساسيا في مراقبة هذه الالتزامات ومدى مطابقتها قانونا وواقعا وذلك من خلال مجموعة من الإجراءات نذكر البعض منها :
أولا : إخلال الادارة بالتزامها المتعلق بالمقابل المادي للعقد الاداري

⁴- لمزيد من التفصيل انظر ذ. محمد صقلي حسيني رئيس المحكمة الادارية بالرباط م س

"كذلك لا يجوز للمتعاقد مع الادارة التمسك بقاعدة الحق المكتسب او بقاعدة القوة الزمة للعقد وان العقد شريعة المتعاقدين المعمل بها بها في نطاق عقود القانون الخاص" انظر محمد عبد الباسط " اعمال السلطة الادارية " القرار الاداري _العقد الاداري" ص 402
كذلك قرار محكمة الاستئناف الادارية بالرباط عدد: 1499 بتاريخ 2008/12/24 ملف عدد 7/07/55 الذي جاء فيه "مبدأ الاستقرار التعاقدية المعمول به في العقود الخاضعة لقواعد القانون الخاص لا يمكن تطبيقه على عقود الصفقات العمومية التي تبرمها الادارة في اطار قواعد القانون العام باعتبار ان هذه العقود قابلة وطيلة مدة التنفيذ للتعديل في زيادة الأشغال وذلك حسب ما تمليه المصلحة العامة طبقا للمادة 36 من دفاتر الشروط الادارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال المنجزة لحساب الدولة والتي تعطي لصاحب المشروع اثناء تنفيذ الصفقة الحق في ادخال التغييرات على الصفقة "

يتمتع المتعاقد مع الإدارة بمجموعة من الحقوق من الناحية المالية تتجلى في حقه في اقتضاء السعر المحدد في العقد وكذلك حقه في تطبيق الشروط العقدية⁶، وهذه الشروط التعاقدية لا يمكن للإدارة تعديلها بإرادتها المنفردة لأن تعديل العقد الإداري وإن كان حقا تملكه الإدارة فهو لا ينصب سوى على الشروط المتعلقة بتسيير المرفق العام، لأن أي إجراء لتعديلات على الجوانب المالية للصفقة قبل الشروع في تنفيذها يعتبر صيغة جديدة للصفقة في مواصفاتها وشروطها، ولذلك لا يمكن للإدارة إجراء مثل هذا التعديل إلا باتفاق بينها وبين المتعاقد⁷.

وقد اورد الاجتهاد القضائي عدة نظريات تتعلق بالصعوبات المادية غير المتوقعة منها نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة والتي يجد المتعاقد نفسه فيها امام صعوبات مادية استثنائية غير متوقعة يترتب عنها زيادة في اعبائه المالية مما يجعل العقد على حالته اكثر كلفة⁸.

فقد تحدث ظروف طارئة اثناء تنفيذ العقد تؤدي الى زيادة اعباء المتعاقد المالية وتعقد من وضعيته المالية، وهذا ينتج عنه اخلال بالتوازن المالي للعقد فتكون الإدارة مضطرة لمساعدته على تجاوز تلك الصعوبات ويجاد التوازن المالي لتنفيذ التزاماته التعاقدية، وتجد هذه العملية تطبيقها في عدة نظريات اقرهما الفقه والاجتهاد القضائي منها نظرية فعل الامير ونظرية الظروف الطارئة.

فالاولى تتعلق بالإجراءات الادارية المشروعة الصادرة عن الإدارة المتعاقدة والتي تؤدي الى آثار ضارة بالمتعاقد تؤدي الى زيادة اعبائه عما هو محدد في العقد كما لو تعلق الامر بتعديل شروط العقد او ان يكون اجراء عاما ولكنه يؤثر في التزامات المتعاقد بطريق غير مباشر كتعديل القوانين المالية مثلا. اما الثانية فتتعلق بإجراءات خارجة عن ارادة الإدارة وكذا المتعاقد معها ولم يكن متوقعا حدوثها لكن في بعض الحالات قد تتخلى الإدارة عن الوفاء بالتزاماتها المالية وذلك بظهور مشاكل في تنفيذ العقد الإداري اما عن طريق تغيير شروطه وبنوده بشكل يؤثر على التوازن المالي للعقد او بسبب التأخر والتماطل في الاداء وفي هذه الحالات يتدخل القضاء لحل النزاع.

أ - المطالبة بالتعويض بسبب تغيير شروط العقد قد تلجأ الإدارة إلى تعديل شروط العقد الإداري بناء على ظروف استحدثت، وهذا التعديل قد يتجاوز الشروط المتعلقة بتسيير المرفق العام الى المزايا المالية التي يتمتع بها المتعاقد، آنذاك يكون من حق هذا الأخير اللجوء الى المطالبة بتعويض، وقد اكدت الغرفة الادارية بمحكمة النقض ذلك في قرارها عدد 29 الصادر بتاريخ 1988/7/3 على ان " حق التعديل الانفرادي لا يحول دون حق صاحب الامتياز في وضع دعوى لدى محكمة القضاء الشامل المختصة للبت فيها اذا كان له حق في تعويض يكمل التوازن المالي للمشروع".

وقد اصبح التعويض عن التأخير في الوفاء بالمقابل المادي مقرا بقيمته السابقة دون حاجة من المتعاقد لإثبات ضرر اصابه من جراء هذا التأخير، ولذا كما كان من حق الإدارة تعديل شروط العقد الإداري فإن هذا الحق يجب ان لا يتجاوز الشروط المتعلقة بتسيير المرفق العام والا أصبحت مطالبة بالتعويض.

ب - المطالبة بالتعويض عن التماطل أو التأخير في الوفاء بالمقابل المادي والفوائد القانونية

1 - التعويض عن التماطل

ويكون في الحالة التي يتم فيها تأخير الإدارة عن تنفيذ التزاماتها المالية للمتعاقد سواء عن قصد او غير قصد، غير انه لإثبات واقعة التماطل لا بد من توافر بعض الشروط منها قيام الدين، اخبار وانذار المدين بفحوى الدين. وقد نص الفصل 263 من ق ل ع على انه يسّ يستحق التعويض اما بسبب عدم الوفاء بالالتزام واما بسبب التأخير في الوفاء به، وذلك ولو لم يكن هناك أي سوء نية من جانب المدين.

⁶ د. سليمان الطماوي " الاسس العامة للعقود الادارية " م س ص ...

ذهبت المحكمة الادارية بأكادير في قرارها عدد 2000/52 بتاريخ 2000/2/17 على " أن اجراء تعديلات على الصفقة قبل الشروع في تنفيذه

⁷ يعتبر صيغة جديدة للصفقة في مواصفاتها وشروطها التقنية ويستلزم اعادة النظر في الالتزامات الناشئة عن الاتفاق الاصيلي.

⁸ علي محمد عبد المولى " الظروف التي تطرا اثناء تنفيذ العقد الإداري " ص 14

وفي هذا الصدد ذهبت المحكمة الادارية بمراكش في حكمها عدد 227 بتاريخ 2000/11/29 "وحيث ان التعويض عن التماطل في الاداء يحكم به متى كان الاداء مستحقا وحل أجله ولم يستوف رغم المطالبة به ، فانه بعدم ثبوت استحقاق الاداء في النازلة يبقى الطلب غير مستند على اساس يستوجب الاستجابة اليه" كذلك نصت المادتين الاولى والثانية من المرسوم رقم 703.03.2 الصادر بتاريخ 13 نوفمبر 2003 على عدة شروط لاستحقاق هذه الفوائد يمكن اجمالها في :

- ثبوت تأخير الادارة في دفع مستحقات صاحب الصفقة داخل الآجال القانونية ان تكون الصفقة التي ترتب عنها الامر بالأداء صفقة قانونية .
أن يرجع التأخير في الاداء بالأساس الى الادارة .
اما كيفية احتسابها فهي تخضع لعملية تقنية ،وقد سبق للمحكمة الادارية بمكناس ان ناقشت هذه التقنية في الملف عدد 3- 2002 ش بتاريخ 26.12.2002 خلصت من خلالها الى أن بداية احتساب فوائد التأخير هي تاريخ معاينة الاشغال مع خصم مدة 90 يوما التي تملكها الادارة لصرف كشف الحساب .
كذلك يجب الاشارة الى ان معاينة الخدمة تتم كيفية وطرق اعتمادها وفق مقتضيات قرار وزير المالية والخصوصة رقم 04.617 بتاريخ 2004/03/31 وذلك بحسب طبيعة الصفقة وما اذا كانت صفقات أشغال أو توريد أو خدمات.

2 - الفوائد القانونية اضافة إلى التعويض عن التأخير قد يطالب المتعاقد مع الادارة بالفوائد القانونية ، وهي تعويض قانوني يلتزم كل متعاقد بأدائه كأثر لتأخره في أداء المبالغ المالية المترتبة على إخلاله بالتزامه التعاقدى⁹
والفوائد القانونية هي نسبة يتم تحديدها قانونا ويتم احتسابها من تاريخ المطالبة القضائية حتى تاريخ السداد ما دام مبلغ الدين معروف ومستحق الأداء، أي يكون قائما على أسس ثابتة ولا يكون معها للقضاء سلطة مطلقة في التقدير ، ذلك أن المبالغ المحكوم بها نتيجة التنفيذ على الحساب تكون معلومة المقدار عند الطلب.

وتجدر الاشارة الى ان الاجتهاد القضائي دأب على عدم جمع التعويضين التعويض عن التماطل والفوائد القانونية، وقد كرس ذلك من خلال مجموعة من الاحكام منها القرار الاداري عدد 539 بتاريخ 2005/10/19¹⁰ الذي اعتبر الفوائد القانونية بمثابة جزاء على التأخير عن الوفاء بالتزام نقدي وان الحكم بالتعويض في مواجهة الادارة كنتيجة لتراخيها عن تنفيذ حكم حائز لقوة الشيء المقضي به قضى عليها بأداء مبلغ مالي لفائدة المدعي يعني عن الحكم له بالفوائد القانونية مادام هذا التعويض يستغرق الفوائد المطلوبة .
ثانيا: امتناع الادارة برد قيمة الضمان النهائي كل متعاقد مع الادارة ملزم بوضع ضمان قبل البدء في تنفيذ التزامه التعاقدى وتظل الضمانة المرصدة وفق الشروط المنصوص عليها قانونا¹¹ لتأمين الالتزام التعاقدى للمقاول الى حين التسليم النهائي للأشغال ، غير انه إذا نص دفتر الشروط الخاصة على التسليم المؤقت لجزء أو عدة أجزاء من المنشأة المراد إنجازها يمكن لصاحب المشروع إرجاع جزء من الضمان النهائي في حدود النسبة المقررة في الدفتر المذكور والتي تطابق الأشغال المنجزة والمستعملة (ف 3 من المادة 12).

كذلك يمكن استرجاع الضمان وكذا الاقتطاع الضامن وباقي الكفالات التي تقوم مقامها بعد رفع اليد الذي يسلمه صاحب المشروع داخل 3 اشهر الموالية لتاريخ التسليم النهائي بجميع التزاماته اتجاه المشروع.¹²
وللادارة المتعاقدة مصادرة الضمان النهائي للمتعاقد معها في حالة تقصير بالوفاء بالتزاماته التعاقدية كتعويض لما اصابها من ضرر، وإذا فاقت الاضرار التي خلفها هذا التقصير قيمة الضامن المصادر فيكون من حق الادارة المطالبة بالتعويض الجابر للأضرار التي اصابها من جراء الاخلال التعاقدى ، ولكن مقابل هذا الحق في

9 عبد العزيز عبد المنعم خليفة: "تنفيذ العقد الاداري وتسوية منازعاته قضاء وتحكيما" م س ص : 290

¹⁰ الحكم الاداري عدد 1159 بتاريخ 03/04/2005. قضاء المجلس الاعلى عدد 64_65 ص : 344

14_ نص الفصل 12 من دفتر الشروط الادارية العامة على انه "يتم تكوين الضمانات وفق الشروط المحددة في النصوص الجاري بها العمل وقت ابرام الصفقة ... من طرف كل منافس على سبيل ضمان مؤقت... والذي يتم التعبير عنه بالقيمة وليس بالنسبة المئوية لمبلغ عقد الصفقة... ومن من المبلغ الاصلي للصفقة... يجب تكوينه خلال 30 يوما الموالية لتبليغ % طرف صاحب الصفقة على سبيل الضمان النهائي المحدد في 3¹¹ المصادقة على الصفقة .

11_ حكم المحكمة الادارية بفاس عدد 2005/169 بتاريخ 3/8/2005 ملف عدد 52ت/2004

مصادرة الضمان - في حالة تقصير المتعاقد - تكون الإدارة ملزمة برد الضمان النهائي بعد انتهاء المتعاقد انجاز الأشغال والوفاء بالتزاماته التعاقدية على النحو المنصوص عليه بالعقد وداخل الأجل المحددة للعقد. وقد ذهبت المحكمة الإدارية بالدار البيضاء في الملف عدد 2004/334 ت بتاريخ 2006/07/03 " حيث إن الضمانة أو التأمين يودع من قبل المقاول التي رسا عليها عقد الصفقة ، وانه يمثل حقا للإدارة لضمان تنفيذها للتزامات المتولدة عن العقد، وان الثابت من وثائق الملف أن المدعية سلمت المدعى عليه الحافلات ... المتعاقد بشأنها مما يعطيها حق المطالبة باسترداد مبلغ الضمانة... وحيث تبعا لذلك يكون الطلب المتعلق بها وجيها ومبررا ويتعين الاستجابة له ".¹³

ثالثا: التزام الإدارة بتعويض المتعاقد معها لانتهاء العقد بإرادة منفردة

ومبرر هذا التعويض هو انتهاء الإدارة للعقد دون خطأ من المتعاقد معها من شأنه حرمانه من المزايا المالية التي يحققها له التنفيذ الكامل للعقد وقد يضر ذلك باستثماره في العقد المنهي¹³، لذلك تكون الإدارة ملزمة بتعويض المتعاقد عن انتهاء العقد لدواعي المصلحة العامة ودون خطأ من جانبه شريطة ان لا يتنازل صراحة بنص في العقد عن حقه في التعويض في حالة الانهاء الانفرادي، ويستند التزام الإدارة هنا على مبدأ تنفيذ العقد بحسن نية والذي يتعارض مع الحاق الإدارة بالمتعاقد معها ضررا بدون خطأ منه ودون تعويضه .

وفي اشتراط عدم الخطأ لإنهاء العقد والتعويض عن الضرر ذهبت المحكمة الإدارية بالدار البيضاء في حكمها عدد 243 بتاريخ 1996/9/29 الى انه " وحيث انه اذا كان الفقه والقضاء الإداريين قد استقرا على ان حق الإدارة في إنهاء عقودها حتى ولو لم يرتكب المتعاقد أي خطأ وان للإدارة دائما سلطتها في إنهاء العقد متى قدرت ان ذلك تقتضيه المصلحة العامة ويبقى للطرف الاخر الحق في التعويضات ان كان لها وجه فان ذلك رهين بوجود ظروف تستدعي هذا الانهاء ، وان يكون راند الإدارة في الالتجاء اليه هو تحقيق المصلحة العامة المقصودة¹⁴ ".¹⁴

وقد استقر الفقه على ان سلطة الإدارة في إنهاء العقود الإدارية ليست سلطة مطلقة ولكنها سلطة تقديرية يجب ان تستهدف المصلحة العامة وان الإدارة حينما تستعمل هذه السلطة فإنها تستعملها تحت رقابة القضاء الإداري وذلك لمراقبة الاسباب الحقيقية التي دفعت الإدارة الى إنهاء العقد¹⁵.

رابعا: مراقبة القضاء لالتزام الإدارة بالتعويض في حالة فسخ الصفقة

كما يمكن للإدارة إنهاء العقد بإرادة منفردة ودون خطأ، فللإدارة بطبيعة الحال حق إنهاء مدة العقد عن طريق فسخه كآثر للخطأ الجسيم للمتعاقد معها اذا رأت وقدرت انه لم يبق من هذا العقد تحقيق المصلحة العامة. ولكون الإدارة تملك سلطة الانهاء الانفرادي للعقد لدواعي المصلحة العامة فهي تمارس هذه السلطات العامة دون التنصيص عليها في العقد الإداري. وقد أقر الفقه والاجتهاد القضائي المغربي مجموعة من الحالات التي تستطيع الإدارة فيها فسخ العقد، وصنفها الى نوعين :

- 1 - الفسخ الوجوب للعقد : ويكون في حالة استعمال المتعاقد الغش أو التلاعب في تعامله مع الإدارة بنفسه أو بواسطة غيره في الحصول على العقد، ولكن بشرط أن يكون هذا الغش أو التلاعب مؤثرا في العقد ، ثم يكون بفسخ العقد لإفلاس أو إعسار المتعاقد مع الإدارة ، وهي الحالة الواقعية المتمثلة في افلاس المتعاقد أو اعساره دون تمكنه من الاضطلاع بالأعباء المالية للمتعاقد الامر الذي يستحيل معه تنفيذه.
- 2 - الفسخ الجوازي للعقد : وهو فسخ تتمتع فيه الإدارة بسلطة تقديرية في توقيع هذا الجزاء أو التغاضي عنه، وذلك استنادا لما تراه محققا للمصلحة العامة من إنهاء التعاقد أو الاستمرار فيه،

¹³ محمد صلاح عبد البديع "سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري" سنة 1993 ص : 537

¹⁴ د: سليمان الطماوي " الاسس العامة للعقود الاجارية " م س ص : 77-

¹⁵ د سليمان الطماوي : " الاسس العامة للعقود الادارية ص: 781

فالإدارة لها سلطة تقدير الأضرار الناجمة عن الإخلال بشروط حسن تنفيذ العقد بشكل يجعله غير مرض ولا يحقق أهداف التعاقد .

وقد ذهبت المحكمة الإدارية بمراكش في حكمها عدد 16 168 على أن " عدم احترام المقاوله للالتزاماتها بخصوص إنجاز اشغال الصفقة وإنهائها داخل الاجل المتفق عليه في العقد ، وملاحظة صاحب المشروع مرات عديدة لتوقف الاشغال وعدم انجازها وفق المتفق عليه وبالطريقة التقنية اللازمة... كلها أسباب تجعل قرار فسخ الصفقة قرارا مبررا ومشروعا... طالما كان قرار فسخ الصفقة مبررا وقانونيا فلا مجال لمطالبة المقاوله بالتعويضات المتعلقة بفوات الكسب...".

ولعل سلطة الإدارة في إنهاء العقد هو نتيجة لارتكابه اختلالات في مجال التنفيذ تخالف ما تم الاتفاق عليه بمقتضى عقد الالتزام ، ولكن قرارات الإدارة ليست مجردة من المراقبة بل تبقى خاضعة للمراقبة القضائية التي تنصب على مدى ملاءمة القرار المتخذ من طرفها مع خطورة الاختلالات التعاقدية الصادرة عن التعاقد . فقد ذهبت المحكمة الإدارية بالدار البيضاء في قرارها عدد 232 وتاريخ 1996/9/23 على أن العقوبة الموقعة على المقاول لا تتناسب مع الإخلالات المنسوبة اليه ولكون الإدارة لم تحترم مسطرة الفسخ ولم تمنح المقاول الاعذار لمدة 10 ايام لكي يصلح الاختلالات أو الاعطاب التي تنسب اليه وبالتالي يكون قرار الفسخ غير مشروع.

يتضح مما سبق انه اذا كانت للإدارة سلطة في تعاملها مع المتعاقد تتجلى في حق الاشراف والتوجيه والمراقبة فهي مع ذلك خاضعة في تنفيذ التزاماتها واتخاذ قراراتها لسلطة المراقبة القضائية القضاء . التي تنصب على مدى ملاءمة القرار المتخذ من طرفها مع خطورة الاختلالات التعاقدية المتعلقة بإعادة التوازن المالي للعقد وترتيب التعويض المستحق عليها في حل ثبوت اخطائها وإخلالاتها التعاقدية .

الفقرة الثانية: مراقبة القضاء للالتزامات المتعاقد مع الإدارة

تتجلى التزامات المتعاقد مع الإدارة في تنفيذ العقد وفق الشروط المحددة في دفتر التحملات، وتتجلى هذه الالتزامات بالخصوص في وفاء المتعاقد بالتزامه التعاقدى بصفة شخصية والتزامه كذلك بتنفيذ شروط العقد في الميعاد المحدد.

أولا : التزام المتعاقد بتنفيذ شروط العقد

ويعد هذا الالتزام جوهريا في تنفيذ العقد الاداري، فالمتعاقد ملزم بتنفيذ التزامه وفق الشروط المنصوص عليها في العقد وتحقيق الغاية المستهدفة للتعاقد بأدائه العمل موضوع التعاقد، ولا يجوز له الامتناع عن تنفيذ العقد أو إيقافه بحجة عدم وفاء الجهة الادارية المتعاقدة بالتزاماتها نحوه، بحيث يرتب الإخلال به ترتيب المسؤولية على المتعاقد، ويعطي للإدارة تبرايرا لاستعمال سلطتها الادارية قصد فسخ العقد وتحمله آثار الإخلال بالتزاماته، لكن قد يحدث أن تغيب مسؤولية المتعاقد اذا حالت قوة قاهرة دون وفائه بالتزامه التعاقدى بتنفيذ العقد لكون مقتضيات حسن النية ومبادئ العدالة المجردة تأبى محاسبة المتعاقد عن أمر لا دخل لإرادته فيها.

وقد ذهبت المحكمة الإدارية بمراكش في حكمها عدد 89 بتاريخ 2003/4/16 أنه " لكن حيث إن الثابت من البحث الذي انجز مع الطرفين أن ممثل المقاوله منجزه المشروع يقر بانها توقفت عن انجاز المشروع منذ سنة 1988 بسبب عدم أداء المؤسسة صاحبة المشروع لمستحقاتها ... وبما انه في اطار العقود الادارية لا يمكن للمقاوله منجزه المشروع التوقف عن الانجاز بسبب عدم الأداء." وهذا المبدأ المتعلق بتوقف المتعاقد عن تنفيذ التزامه التعاقدى لمجرد عدم وفاء الإدارة بأحد التزاماتها حياله لا يمكن أخذه على الإطلاق لتعارض ذلك مع مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود الادارية ، إذ يتعين توافر شرطين للالتزام الإدارة مع المتعاقد بهذا المبدأ: أن يكون بوسعه التغلب _ على إثر إخلال الإدارة بالتزامها التعاقدى نحوه _ على الضرر الجسيم الذي يصيبه؛

¹⁶ إحكم عدد 168 بتاريخ 2009/04/02 ملف عدد 2006/13/362 ش

أن يكون من شأن هذا الاخلال هو تعثره عن تنفيذ التزامه التعاقدى بسبب مصدر تمويل ،كما في حالة امتناع الادارة دون مبرر عن سداد مستحققاته المالية عن الاعمال التي أداها، شريطة أن تكون مبالغ كبيرة تفوق امكانياته المالية على الاستمرار في التنفيذ .

ثانياً: المسؤولية الشخصية للمتعاقد بتنفيذ العقد

يبرز الالتزام الشخصي للمتعاقد مع الادارة بتنفيذ التزامه التعاقدى في اطار العديد من نصوص قانون الصفقات والتي تؤكد مسؤوليته الشخصية المادة 78 من دفتر الشروط الادارية العامة التي تنص في الفقرة الرابعة على ان " يظل صاحب الصفقة مسؤولاً شخصياً عن جميع التزاماته...". والالتزام المتعاقد مع الادارة بالتنفيذ الشخصي للعقد الاداري يحظر عليه التنازل للغير او التعاقد من الباطن لإنجاز الاعمال محل العقد الى شخص آخر وذلك حتى لا يتحول مجال العقود الادارية الى مجال للوساطات والسمسرة ويخرجها عن الاهداف التي ابرمت من اجلها وهي دوام سير المرفق بانتظام واطراد.

ولكن هذا المبدأ العام بعدم تنازل المتعاقد عن تنفيذ العقد للغير ليس مطلقاً وإنما هناك استثناء بحيث اجاز القانون أسلوب التعاقد من الباطن وهكذا نجد ان الفصل 78 من دفتر الشروط الادارية العامة السالف الذكر ينص على ان " التعاقد من الباطن عقد مكتوب يعهد بموجبه صاحب الصفقة الى الغير تنفيذ جزء من صفقته ، ويختار صاحب الصفقة بحرية المتعاقدين معه من الباطن شريطة ان يبلغ صاحب المشروع بطبيعة الاعمال التي يعترزم التعاقد بشأنها من الباطن وهوية المتعاقدين المذكورين وعناوينهم التجارية وتسميات شركائهم وعناوينهم."

وقد أخضع المشرع المغربي هذا التعاقد لمجموعة من الشروط منها :

- توفر المتعاقد من الباطن على نفس الشروط المطلوبة من المتنافسين؛
- أن يظل صاحب الصفقة مسؤولاً شخصياً عن جميع الالتزامات الناتجة عن الصفقة ؛
- لا يعترف صاحب المشروع بأية علاقة قانونية له مع المتعاقدين من الباطن؛
- لا يشمل التعاقد من الباطن مجموع الصفقة وإنما شطر من اشطرها؛

ولذلك اذا كان التعاقد من الباطن هو اتفاق بين المتعاقد مع الادارة والغير على تولية تنفيذ جزء من التزاماته التعاقدية، فان هذا الاتفاق لا يؤدي الى انقسام العلاقة التعاقدية بين المتعاقد الأصلي والادارة التي تظل قائمة ومرتببة لكافة آثارها القانونية ، فالمتعاقد مع الادارة ولو انه يستعين بخدمات الغير في تنفيذ التزاماته التعاقدية اذا كان محل العقد قابل للتخصيص والتجزئة ، فمع ذلك لا بد من موافقة الادارة على هذا النوع من التعاقد من الباطن ، وهذا ما يجعل مسؤولية المتعاقد الأصلي على تنفيذ العقد تظل قائمة .

ثالثاً : التزام المتعاقد باحترام آجال بداية ونهاية تنفيذ العقد

كل عقد اداري مرتبط بعدة للتنفيذ يتم التخصيص عليها في العقد لإنهاء الأعمال محل العقد ويصبح المتعاقد مع الادارة في وضعية إخلال بالالتزام إذا لم ينجز الاعمال محل التعاقد خلال المدة المحددة في العقد وعند الافتضاء المدة الاضافية الممنوحة له من طرف الادارة، ويتولى القضاء مراقبة الاختلالات المترتبة عن بداية ونهاية الاشغال حين يثار اشكال عدم احترامها من طرف المتعاقد سواء تعلق الامر ببداية وتوقف الاشغال ام بإنهائها :

أ - بداية سريان الاشغال وتوقفها

الأصل ان كل عقد يسري في الزمان أي له مدة زمنية محددة ،ومن ثم يكون المتعاقد ملزماً بتنفيذ التزامه التعاقدى في مدته الاصلية المحددة في العقد ، واي اخلال في ذلك يترتب عليه جزاءات ولذلك الزم القانون الإدارة تسليم امر بالخدمة للمتعاقد لبداية الاشغال وهكذا نجد ان الفصلين 7 و36 من دفتر الشروط الادارية العامة المطبقة على صفقات الاشغال المنجزة لحساب الدولة ، يحدد مسالة بداية وتوقف الاشغال والتي قد تتولد عنها عدة مشاكل بين الاطراف المتعاقدة اذا لم تحترم ، تتعلق اما بفسخ الصفقة أو بالتعويض المترتب عن الاضرار اللاحقة بالمتعاقد معها .

وفي هذه الحالة فرقت المادة 44 مند دفتر الشروط الادارية العامة بين حالتين وما اذا كانت مدة التوقيف تقل عن سنة او تفوق السنة سواء قبل أو بعد الشروع في التنفيذ: ففي الحالة الاولى اذا امر صاحب المشروع تأجيل الأشغال لمدة تقل عن السنة فانه يحق للمقاول طلب تعويض عن المصاريف التي تتطلبها حراسة الورش وعن الضرر الذي قد يلحقه من جراء هذا التأجيل دون ان يكون له حق المطالبة بفسخ الصفقة ، أما الحالة

الثانية فتتعلق بتجاوز مدة توقيف الاشغال السنة وفي هذه الحالة فانه يحق للمتعاقد مع الادارة طلب فسخ الصفقة على ان يكون الطلب كتابة كما يجوز له المطالبة بتعويض عن حراسة الورش وتعويض عن الضرر الذي لحقه من جراء التوقيف.

وفي جميع الاحوال لا تكون هذه الطلبات سواء المتعلقة بالفسخ او التعويض مقبولة الا اذا قدمت داخل اجل 40 يوما من تاريخ تبليغ الامر بالخدمة القاضي بتأجيل الاشغال.

ب - نهاية الاشغال : كما يرتبط الأجل ببداية الاشغال فو ينتهي ايضا بنهاية لهذه الاشغال وتسليمه لصاحب المشروع ، وهذا التسليم يخضع لمراقبة تقوم بها صاحبة المشروع للتأكد من مطابقة الاشغال لمجموع الصفقة ومواصفاتها التقنية ، ويكون في البداية مؤقتا بواسطة محضر تسجل فيه كافة الشوائب والعيوب داخل اجل محدد من لدن صاحب المشروع والتي يكون على المقالة اصلاحها داخل اجل شهرين تحت طائلة تحمل تبعات ذلك.

وبعد سنة من التسلم المؤقت يكون التسلم النهائي ما لم ينص على خلاف ذلك في اجل الضمان الذي يلتزم به المتعاقد والذي يتقيد فيه بالتزام يدعى "التزام الانتهاء التام" (المادة 67 من دفتر الشروط الادارية العامة) والذي يقوم بمقتضاه بتنفيذ كافة الاشغال والاعمال النهائية والكمالية و يتدارك من خلاله بإصلاح جميع الاختلالات التي أشار إليها صاحب المشروع .

وقد ذهبت محكمة الاستئناف الادارية في قرارها " ان قرار التسليم النهائي يجب احتسابه بمرور سنة على تاريخ التسليم الذي اعتبر قضائيا تسليما مؤقتا، مما يقتضي الاستجابة لرفع اليد عن الكفالة البنكية الممنوحة عن الاقتطاع الضامن "

ويشكل التسلم النهائي نهاية تنفيذ الصفقة بواسطة محضرتأكد من خلاله الادارة بإتمام المقالة للمشروع وفق المواصفات التقنية والالتزامات التعاقدية المنصوص عليها في العقد وداخل الأجل، غير ان الإشكال الذي يطرح هو ان بالرغم من التسلم النهائي تمتنع الادارة صاحبة المشروع من انهاء التزاماتها وتحرير المتعاقد من التزاماته وتسليمه رفع اليد عن الضمان والاقتطاع الضامن .

والتسليم النهائي وثيقة اساسية تثبت نهاية تنفيذ العقد 68 وهذا ما اكدته المادة 68 من من دفتر الشروط الادارية التي نصت على انه " يشكل التسليم النهائي نهاية تنفيذ الصفقة"، ولذلك لا بد ان يتضمن محضر التسليم النهائي الشروط الشكلية والقانونية حتى تكون له القوة الإثباتية لا تمام انجاز بنود العقد والاعلان عن نهاية الصفقة ، وفي هذا الاتجاه ذهبت المحكمة الادارية بالربط¹⁷ الى انه " باطلاعها على محضر التسليم النهائي اتضح لها جليا انه عبارة عن وثيقة محررة فعلا بخط اليد ولا تتضمن توقيع المسؤول عن الادارة وصفته كما انها لا تضمن تأشيرة وطابع الادارة التي قامت بتحريره والموافقة عليه مما يجعله يفتقر لمواصفات المحضر الرسمي " ،

رابعاً : الجزاءات المترتبة عن اخلال المتعاقد بتنفيذ العقد الاداري يشكل تأخير المتعاقد الوفاء بالتزاماته التعاقدية تنفيذ العقد في الميعاد خطأ ويعطي للإدارة الحق في توقيع الجزاء على المتعاقد باعتباره مقصرا في الوفاء بالتزاماته. ومن أهم الجزاءات التي يمكن للإدارة اتخاذها في حق المتعاقد هناك غرامة التأخير وسحب العمل من المتعاقد والتنفيذ على حسابه.

فرض غرامة التأخير: وهي " ... بمثابة تعويض للجهة الادارية المتعاقدة عما أصاب المرفق العام المتصل بالعقد من ضرر مرده إخلال المتعاقد معها بالتزامه التعاقدية بأداء الاعمال محل التعاقد مطابقة للشروط والمواصفات موضوع التعاقد، بحيث تكون صالحة للتسليم الابتدائي في المواعيد المحددة لذلك مما يمس حسن سير هذا المرفق."¹⁸

¹⁷ حكم المحكمة الادارية بالرباط عدد 301 بتاريخ 2010/02/09

¹⁸ المحكمة الادارية العليا في مصر طعن رقم 6474 لسنة 44 ق جلسة 2000/9/5

وتنص الفقرة 1 من المادة 60 من دفتر الشروط الادارية العامة على أنه " تطبق غرامة تأخير يومية في حق المقاول في حالة معاينة تأخر في تنفيذ الاشغال ، سواء تعلق الامر بمجموع الصفقة أو بشطر منها سبق وحدد له أجل جزئي للتنفيذ أو تاريخ أقصى، وتعادل هذه الغرامة المحددة في دفتر الشروط الخاصة جزءا من الالف في مبلغ مجموع الصفقة أو من الشطر المعني ويكون المبلغ المذكور هو الثمن الأصلي للصفقة مغيرا أو متمما عند الاقتضاء بالعقود الملحقه".¹⁹

والجدير بالإشارة الى ان هذه الغرامة توقعها الادارة من تلقاء نفسها ودون الحاجة منها الى استصدار حكم قضائي يخولها ذلك بمجرد ما يتبين لها ان المتعاقد معها لم يقم بإنجاز الاعمال في الميعاد. وحق الادارة في اقتضاء غرامة التأخير لا يحول بينها وبين الحصول على تعويض لجبر الضرر الذي خلفه تأخر الوفاء بالالتزام التعاقدى لاختلاف الغرامة عن التعويض من حيث سند ومقتضى استحقاق كل منهما ، فالغرامة تحتاج الى نص في العقد لاستحقاقها غير ان الحق في التعويض لا يستند الى هذا النص ، كما ان الغرامة التأخيرية لا تستلزم وجود ضرر حال بالإدارة المتعاقدة في حين ان التعويض يستوجب وقوع الضرر كشرط لازم لاستحقاقه.²⁰

وقد ذهبت المحكمة الادارية العليا في مصر الى ان مناط توقيع غرامة التأخير هو ان يكون التأخير في تنفيذ العقد راجعا الى عمل المتعاقد مع الادارة وبسبب تراخيه في التنفيذ وان يكون هذا التأخير دون مبرر تقبله الإدارة²¹، أما إذا كان التأخير في التنفيذ راجع مثلا الى قوة قاهرة لا دخل لإرادته في ذلك فلا يكون المتعاقد ملزما بأداء الغرامة.

الخاتمة:

لقد أصبح العقود الإدارية من أهم الأساليب لتدبير النشاط المرفقي للدولة سواء عن طريق تنفيذ هذه الأنشطة بشكل مباشر او عن طريق الاقتصاد المختلط ، ولعل مجال تطبيقها اصبح يطرح عدة اشكالات سواء تعلق منها بموضوع الاختصاص بعد تخلي الادارة عن تدبير مجموعة من المرافق التي كانت من اختصاصها سابقا لفائدة القطاع الخاص وبالتالي اصبح التكييف القانوني جد صعب من اجل تحديد ماذا كانت عقود ادارية ام عادية ، او من حيث القرارات المصاحبة لتنفيذها وما ذا كانت قرارات منفصلة عن العقد يعود اختصاص النظر فيها لقضاء الالغاء أو قرارات متصلة بالعقد يرجع اختصاص النظر فيها للقضاء الشامل، ولو أن الاجتهاد القضائي والفقهى اوجد عدة معايير لتحديد الجهة المختصة بالمنازعة العقدية فلا زالت هذه المعايير تعرف في الحقيقة تطورا مستمرا بسبب تطور طرق تدبير وادارة المرافق العامة.

اما على مستوى النزاعات العقدية المتعلقة بتنفيذ العقد بين الاطراف المتعاقدة خلال ممارستها لتنفيذ العقد، فقد لعب الفقه والاجتهاد القضائي دورا كبيرا في ايجاد مجموعة من المعايير والنظريات لحل مختلف المشاكل الناشئة بين الاطراف سواء تعلق بتوقيت بداية الاشغال او كيفية تنفيذها وانهاؤها أو طرق التعويض ، على اعتبار ان هذه العلاقة التعاقدية بين الاطراف غير متساوية بحيث تملك الادارة سلطات استثنائية في مواجهة المتعاقد معها أثناء تنفيذه لالتزاماته التعاقدية والتي تستمدتها بوصفها كسلطة عامة، ولكن هذا لم يمنع المتعاقد من الحفاظ على حقوقه التعاقدية ، وقد لعب القضاء الاداري دورا كبيرا في ابراز مجموعة من القواعد والنظريات للحفاظ على توازنات هذه العلاقة وحماية حقوق الطرفين المتعاقدين المتجلية في تحقيق الكسب

30_ وقد حدد المشرع عدة حالات تستحق فيها ، منها:

معاينة تأخير في تنفيذ الاشغال

- في حالة فسخ الصفقة فهي تطبق الى غاية يوم تبليغ مقرر الفسخ او الى غاية استغلال المقاول
- من مبلغ الصفقة الأصلي ما لم ينص خلاف ذلك في دفتر الشروط الخاصة %يحدد سقفا في مبلغ 10
- فسخ الصفقة عند بلوغ الغرامات السقف المحدد بعد توجيه اعدار مقدم الى المقاول

19

²⁰د عبد العزيز عبد المنعم خليفة: " تنفيذ العقد الاداري وتسوية منازعته قضاء وتحكيم"م س ص :288

²¹المحكمة الادارية العليا المصرية طعن رقم 2527 لسنة 37 ج ق 15/-/1999

لفائدة المتعاقد و انتهاء العقد بالنسبة للإدارة والاستفادة من خدمات المرفق وبالتالي تحقيق المصلحة العامة التي هي غاية هذا العقد .