

القاضي الإداري ومنازعات الصفقات العمومية

إعداد

المستشار/ محمد القصري

الرئيس الأول

لمحكمة الاستئناف الإدارية بالرباط

المملكة المغربية

القاضي الإداري ومنازعات الصفقات العمومية

مقدمة:

تشكل الصفقات العمومية الوسيلة القانونية التي تعتمد عليها الإدارة في تدبير سياستها التنموية والاقتصادية والاجتماعية.

وقد عرف النظام المتعلق بإبرام الصفقات العمومية بالمغرب إصلاحا مهما لأجل مسايرة التطورات التي عرفتها البلاد من خلال تحرير الاقتصاد وتنمية القطاع الخاص وعصرنة الإدارة، وقد خطا هذا الإصلاح مرحلته الأولى بالمصادقة على المرسوم رقم 982-482 المؤرخ في 30/12/1998 المتعلق بتحديد شروط وأشكال إبرام صفقات الدولة وتحديد بعض المقتضيات المتعلقة بمراقبتها وتبديرها، ومرحلته الثانية بالمرسوم رقم 2/06/388 الصادر بتاريخ 2007/2/5، وقد حدد هذا المرسوم طرق إبرام الصفقات العمومية والشكليات والآجال الواجب احترامها والالتزامات المتبادلة للأطراف حول عقد الصفقة، ويحد هذا المرسوم الجديد المنظم للصفقات العمومية مصادره في القانون النموذجي للجنة الأمم المتحدة لتنمية التجارة العالمية CNVDCI واتفاقية منظمة التجارة الدولية ودفاتر التحملات الخاصة بالصفقات الممولة من طرف الاتحاد الأوروبي ومدونة الصفقات العمومية للدول الأجنبية الأخرى والاتفاقيات الدولية والتجارب والخبرات المحصل عليها من خلال ممارسة الصفقات العمومية وهو يروم من جهة إلى تأمين شفافية تدبير الصفقات العمومية وضمان حرية المنافسة وتخليق الممارسات المتعلقة بتدبير الصفقات العمومية ومحاربة الغش والرشوة والفساد

و ضمان فعالية النفقات العمومية وتبسيط وتحسين طرق إبرام الصفقات وتنمية
النسيج الاقتصادي الوطني؛

ومن جهة أخرى، إيجاد نوع من التوازن بين المصلحة العامة والمصلحة
الخاصة بتمتع المقاول المتعاقدة بمجموعة من الضمانات والحقوق المخولة
للمقاول صاحبة المشروع؛

فإلى أي حد ساهم القضاء الإداري المغربي من خلال الأحكام والقرارات
التي يصدرها في إطار المنازعات المطروحة عليه، سواء في إطار قضاء الإلغاء
أو القضاء الشامل في ترسيخ وبلورة الأهداف والمرامي التي استهدفها المشرع من
جاء ضبطه للأحكام المنظمة للصفقات العمومية؟

وما هي الحماية التي وفرها للمتعاقد مع الإدارة في مجال الصفقات
العمومية، وإلى أي حد استطاع أن يوفق بين المصلحة العامة والمصلحة الخاصة
في مجال الصفقات العمومية؟

والعقد الإداري باعتبار طبيعته وارتباطه بالمصلحة العامة والمال العام يمر
بمجموعة من المراحل ابتداء من تكوينه مروراً بتنفيذه وينتهي بانتهاء موضوع العقد
ويرتب مجموعة من الحقوق والالتزامات المتبادلة بين أطراف العقد فالإدارة في ظله
باعتبارها سلطة عامة تملك سلطة الرقابة والإشراف والتوجيه وسلطة توقيع
الجزاء وسلطة تعديل العقد بما يكفل خدمة المرفق العام وسلطة إنهاء العقد قبل
أو أنه بالاستناد إلى نصوص العقد أو القواعد العامة التي تحكم سير المرفق
بانظام والمتعاقد مع الإدارة يملك في ضوءه حق الحصول على المقابل النقدي
لقيمة الأشغال المنجزة وفق إعادة التوازن المالي للعقد في حالة تعديله نتيجة فعل
الأمور أو الظروف الطارئة وحق التعويض عن كل فسخ تعسفي للعقد من لدن

الإدارة وقد أحاط المشرع تلك السلطات العامة للإدارة بمجموعة من الضوابط يتعين سلوكها من طرف الإدارة منها إنذار المتعاقد مع الإدارة بالمخالفة المرتكبة والإجراء المنوي اعتماده وأن يكون الفسخ مبني على سبب مشروع وأن يكون للتعديل دوافعه المشروعة بالشكل الذي لا يخرج عن موضوع العقد، وتنفيذ العقد يكون مناسبة لبروز مجموعة من الإشكالات تتعلق بسلطة التعديل والرقابة والإشراف وسلطة إنهاء العقد والإخلال بالالتزامات التعاقدية.

وإذا كانت الإدارة في إطار ممارسة سلطاتها العامة في التعديل والإنهاء للعقد الإداري تتمتع بسلطة تقديرية إلا أنها تستعمل هاته السلطة تحت رقابة القضاء الإداري الذي يعمل على تسليط رقابته القضائية على جميع القرارات المتخذة من طرف الإدارة سواء في المرحلة التمهيدية للعقد أو أثناء تنفيذ العقد، كما سلب رقابته القضائية على الإجراءات المسطرية المتطلبة في إنهاء العقد والأسباب التي قام عليها إنهاء العقد ومدى ملاءمتها مع الجزاءات المالية أو جزاء الفسخ والكل في إطار توفير الحماية القضائية للمتعاقد مع الإدارة بالشكل الذي يتحقق فيه التوازن بين المحافظة على المال العام موضوع العقد الإداري والضمانات والحقوق المخولة في إطار المتعاقد مع الإدارة، وإذا كانت الإدارة تتمتع بسلطة تقديرية في مرحلة ما قبل إبرام العقد الإداري وتصدر قرارات منفصلة عنه كالقرار المتعلق بإبرام العقد الإداري أو القرار المتعلق بإقصاء المناقص عن المناقصة أو القرار القاضي برفض المصادقة على العقد أو قرار فسخ العقد بشكل منفصل عن العقد، أو التدخل خلال المرحلة التنفيذية للعقد بإصدار قرارات الفسخ المتعلقة بالعقد الإداري أو قرارات إيقاف الأشغال، أو تمتع عن تسليم المتعاقد معها مقابل أشغال الصفقة أو تضيف أعباء جديدة على عائق المقاول في إطار نظرية

الظروف الطارئة أو فعل الأمير المخل بالتوازن العقدي، فإنها تبقى خاضعة في ذلك لسلطة رقابة القضاء الإداري الذي يراقب مشروعية الفسخ وخصوصا الإجراءات الشكلية والجوهرية المتطلبية في الفسخ وكذا الأسباب المعتمدة في الفسخ الجزائي الإداري وحتى إذا تبين له عدم مشروعية قرار الفسخ في إطار دعوى القضاء الشامل يرتب الآثار المترتبة على ذلك من حيث تعويض المتعاقد مع الإدارة عن الأضرار الناتجة له من جراء ذلك تعويضا كاملا يشمل ما لحقه من خسارة وما فاتته من كسب فضلا عن استحقاقه لمقابل الأشغال المنجزة واسترجاعه الضمانة البنكية، كما يراقب امتناع الإدارة عن تسليم محضر انتهاء الأشغال وترتيب الآثار القانونية اللازمة والتوازن المالي للعقد الإداري في إطار نظرية الظروف الطارئة ونظرية الفعل الأمر؛

وعلى ضوء هذه التوطئة تتضح معالم هذا البحث الذي سنتناوله في

مبحثين:

المبحث الأول: نخصه لقضاء الإلغاء في مجال الصفقات العمومية من خلال الطعن في القرارات الإدارية المنفصلة عن العقد الإداري ونتناوله في فقرتين:

- نخصص الأولى للقرارات الإدارية المنفصلة عن العقد في مرحلة ما قبل انعقاده؛
- ونخصص الثانية، للقرارات الإدارية الصادرة أثناء تنفيذ العقد والتي يمكن فصلها عنه باعتبار مصدرها في النصوص التنظيمية وليس بنود العقد.

- المبحث الثاني: نخصه لدراسة مختلف المنازعات المتعلقة بالصفقات العمومية في إطار القضاء الشامل للقضاء الإداري.
- ونركز في هذا المبحث من خلال فقراته المتتالية على:
- 1- الحماية القضائية التي يوفرها القاضي الإداري للمتعاقد مع الإدارة حول فسخ عقد الصفقة؛
 - 2- الحماية القضائية للتوازن المالي للعقد في ظل نظرية فعل الأمر والظروف الطارئة؛
 - 3- الحماية القضائية للمتعاقد مع الإدارة في حالة رفضها تسليم الأشغال وأداء المقابل؛
 - 4- الحماية القضائية للمتعاقد مع الإدارة حالة القيام بأشغال خارج القواعد القانونية المنظمة للصفقات العمومية.

المبحث الأول

قضاء الإلغاء في مجال المنازعات العقدية

الأصل أن جميع المنازعات المترتبة عن العقود الإدارية مما يختص بها القضاء الإداري سواء المتعلقة بإنهائها أو صحتها أو فسخها على أساس ولايته الكاملة وذلك لسببين أولهما أن دعوى الإلغاء توجه ضد قرار إداري صادر عن سلطة إدارية بإرادتها المنفردة على خلاف العقد الإداري الذي يعتبر نتاج توافق إرادتين وثانيهما أن دعوى الإلغاء تعتبر دعوى عينية وتتعلق بأوجه المشروعية المنصوص عليها بالفصل 20 من القانون 90-41 سيما دعوى المنازعة العقدية تعتبر دعوى شخصية وتستهدف موضوع العقد الإداري لكن متى يعتبر القرار منفصلا عن العقد الإداري مما يجوز الطعن فيه بدعوى الإلغاء لتجاوز السلطة ومتى يعتبر القرار متصلا بالعقود الإدارية الذي لا يجوز الطعن فيه إلا أمام القضاء الشامل.

في هذا الإطار، يجب التمييز بين القرارات السابقة لإبرام العقد والممهدة له، حيث تعتبر قرارات إدارية منفصلة عن العقد مما يجوز الطعن فيها بالإلغاء لتجاوز السلطة، والقرارات الصادرة خلال مرحلة تنفيذ العقد خصوصا منها المتعلقة بفسخ عقد الصفقة وهي بدورها تقسم إلى قرارات منفصلة عن العقد متى كان الفسخ مصدره القانون والنصوص التنظيمية، ويجوز الطعن فيها بالإلغاء لمخالفة أوجه المشروعية والقرارات المتعلقة بالعقد كجزاء للإخلال بالالتزامات العقدية ويمكن الطعن فيها أمام قاضي العقد في إطار القضاء الشامل؛

وعليه سوف نتناول ذلك في فقرتين متتابعتين:

الفقرة الأولى : مرحلة الإعداد لإبرام عقد الصفقة:

إن تكوين العقد الإداري يمر بمراحل متعددة، تتخذ الإدارة في إطارها قرارات إدارية بإرادتها المنفردة منفصلة عن العقد الإداري من شأنها أن تساهم في تكوين العقد مما تعتبر معه قرارات إدارية منفصلة مما يجوز الطعن فيها بالإلغاء لتجاوز السلطة.

وقد قبل القضاء الإداري الطعن فيها بالإلغاء نذكر منها قرار الغرفة الإدارية⁽¹⁾ الذي سن قاعدة مفادها أن كل شخص قبل المنازعة في عملية المزايدة الخاصة بكراء الأملاك الحبسية يكون ذي مصلحة في إقامة دعوى الإلغاء ضد مقرر لجوءه إلى المزايدة كما قبل المجلس الأعلى⁽²⁾ طعنا بالإلغاء ضد مقرر إجراء مناقصة لكراء محلات الاصطياف لسيدي احرازم.

وهكذا، فالمقاولة التي أقصيت من المنافسة بدون سبب مشروع يمكن لها الطعن في قرار إقصائها لأحد أسباب عدم المشروعية في إطار دعوى الإلغاء، جاء في حكم إدارية الرباط⁽³⁾ وهي تلغي قرار إقصاء الطاعنة عن المناقصة بما يلي:

- (1) قرار الغرفة الإدارية عدد 56 في قضية الحاج بوبكر ضد وزير الأوقاف.
- (2) قرار الغرفة الإدارية عدد 864 بتاريخ 99/3/11 قضية بلقاضي محمد ضد جماعة سيدي احرازم.
- (3) حكم إدارية الرباط رقم 1059 بتاريخ 2004/10/25 بالملف رقم 03/701.

"حيث إنه من المنفق عليه فقها وقضاء أن أي قرار إداري يجب أن يكون 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 مما يكون قرارها قد بني على وقائع غير صحيحة وبالتالي متسما بتجاوز السلطة ليعيب السبب ويتعين التصريح بإلغائه".

والحاصل مما ذكر، أن جميع القرارات الممهدة للعقد الإداري كالقرارات المتعلقة بإبرامه والقرارات المتعلقة بالإقصاء من المنافسة أو القرارات المتعلقة برفض المصادقة على عقد الصفقة أو حتى القرارات المتعلقة بالتراجع عن المصادقة على العقد، كلها تعتبر قرارات إدارية منفصلة عن العقد الإداري مما يجوز الطعن فيها بالإلغاء لتجاوز السلطة، غير أنه ما تجب الملاحظة به هنا هو أن قاضي الإلغاء يكتفي بإلغاء القرار غير المشروع ولا يمكنه أن يتجاوز ذلك بإصدار أوامر للإدارة بالقيام بعمل أو بالامتناع عنه في إطار نظرية الفصل بين السلطات وقاعدة أن القاضي الإداري يقضي ولا يدير، كما أن الحكم بإلغاء القرار الممهّد للعقد الإداري لا يمكن بحال أن يفضي إلى بطلان عقد الصفقة المبرمة بحسن نية، في إطار القانون المنظم لها في أعقاب ذلك، وأن حكم الإلغاء ذلك يصلح أن تعتمد المقابلة في المطالبة بالتعويض عن الضرر، جاء في حكم إدارية أكادير⁽⁴⁾، وهي تكرر هاته القاعدة "حيث إنه من الثابت من وثائق الملف أن المدعية سبق لها أن شاركت في طلب عرض مفتوح أعلن عنه المجلس البلدي لأولاد تايمية لأجل بناء حديقة بحي شراردة و تم رفض العرض المقدم من طرفها رغم أنه كان الأقل، فاستصدرت حكما عن المحكمة الإدارية بأكادير يقضي بإلغاء

(4) حكم إدارية أكادير عدد 279 بتاريخ 2007/7/26.

قرار المجلس البلدي لأولاد تايمية وهو الحكم الذي تم تأييده من طرف الغرفة الإدارية.

"وحيث أن مسؤولية المجلس البلدي لأولاد تايمية عن الضرر اللاحق بالمدعية ثابتة في الحدود المشار إليها أعلاه، وحيث أن المحكمة انطلقا من سلطتها التقديرية وبعد الأخذ بعين الاعتبار حرمان المدعية من الربح الذي كان من الممكن أن تحققه من الصفقة التي تم إقضاؤها منها، قررت الحكم على المجلس البلدي لأولاد تايمية بأداء للمدعية 250.000 درهم".

الفقرة الثانية : مرحلة تنفيذ عقد الصفقة:

تتمتع الإدارة بسلطة الرقابة على تنفيذ العقد وسلطة توقيع الجزاءات على المتعاقد معها، متى أخل بالتزاماته التعاقدية وهي تتمتع بهذه الحقوق والسلطات باعتبارها مسؤولة عن إدارة المرفق العام، حتى ولو لم ينص عليها العقد باعتبارها من النظام العام، وفي هذا الإطار قد تصدر قرارات بفسخ عقد الصفقة بإرادتها المنفردة دون اللجوء إلى القضاء، فهل تعتبر هاته القرارات قابلة للطعن بالإلغاء أمام قضاء الإلغاء أم أن الطعن فيها لا يستقيم إلا أمام القضاء الشامل.

جوابا على هذا التساؤل ذهب مجلس الدولة الفرنسي⁽⁵⁾ إلى القول بقابلية القرارات المستندة إلى البنود التنظيمية للعقد الإداري للطعن فيها بالإلغاء خلافا للقرارات التي تصدر تنفيذا لبنود العقد التي لا يجوز الطعن فيها إلا في إطار دعوى القضاء الشامل.

(5) قرار مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ 1905/8/4 في قضية مارتاني.

هذا وقد بين القضاء الإداري المصري⁽⁶⁾ مجال دعوى الإلغاء ودعوى القضاء الشامل بشأن قرار فسخ العقد الإداري بقوله:
"إذا كان الإلغاء مستندا إلى نص القانون فقط وبالتطبيق لأحكامه كان القرار الصادر بالإلغاء قرارا إداريا ويطعن فيه أمام محكمة القضاء الإداري بدعوى الإلغاء ويدخل في نطاقها ويرد عليه طلب وقف التنفيذ الخاص بالقرارات الإدارية، أما إذا كان إلغاء العقد مستندا إلى نصوص العقد نفسه وتنفيذا له فان المنازعة بشأنه تكون محلا للطعن أمام محكمة القضاء الإداري على أساس الولاية الكاملة لهذا القضاء."

وقد تركز هذا الاتجاه القضائي للقضاء المقارن في قرار الغرفة الإدارية⁽⁷⁾ وفي هذه النازلة اصدر وزير الأشغال العمومية قرارا إداريا فرض بموجبه على الشركة المتعاقدة أداء تعويض مقابل احتلالها أراضي عمومية مدت عليها الأسلاك الكهربائية لنقل التيار الكهربائي وقد اعتبرت الغرفة الإدارية أن عدم النص في عقد الامتياز على أداء مقابل احتلال الأملاك العمومية يندرج ضمن المزاي المالية التي تتمتع بها الشركة صاحبة الامتياز، وذهب إلى القول وهو يلغي القرار المنصوص فيه باعتباره قرارا إداريا منفصلا عن العقد الإداري وليس متصلا به فيما يلي:
"إن وزير الأشغال العمومية بقراره الانفرادي المؤدى إلى الزيادة في الأعباء المالية التي يتحملها صاحب الامتياز قد اشتط في استعمال السلطة."

(6) حكم محكمة القضاء المصري بتاريخ 27 يناير 1957 قضية رقم 197 السنة 11.
(7) قرار الغرفة الإدارية عدد 66 بتاريخ 67/9/12 قضية الشركة الكهربائية المغربية ضد وزير الأشغال العمومية.

وقد تركز هذا الاتجاه القضائي في أحكام القضاء الإداري المغربي سواء على مستوى قرارات الغرفة الإدارية للمجلس الأعلى⁽⁸⁾ أو على مستوى المحاكم الإدارية⁽⁹⁾ حيث اعتبر الاجتهاد القضائي المغربي على غرار القضاء المقارن أن قرار الفسخ متى استند إلى نصوص القانون اعتبر قرارا إداريا مما يجوز الطعن فيه بالإلغاء.

والحاصل مما ذكر أعلاه انه يجب أن نفرق بين العقد ذاته وبين القرارات الإدارية التي ترافق انعقاده إذ أن هاته القرارات تعتبر منفصلة عن العقد ومن تم يجوز الطعن فيها بالإلغاء في المواعيد وطبقا للشروط العامة المقررة في دعوى الإلغاء كالقرارات الصادرة عن الإدارة بوصفها سلطة عامة بإرادتها المنفردة في المراحل التمهيدية لإبرام العقد والقرارات المتعلقة بالإقصاء من المشاركة في الصفقة والقرارات المتعلقة بالمصادقة عليها إما ما يصدر من القرارات المتعلقة بفسخ العقد فينبغي أن نميز بين ما هو صادر من جانب الإدارة كسلطة عامة بالاستناد إلى نصوص القانون فهي قرارات إدارية منفصلة عن العقد ويجوز الطعن فيها بالإلغاء وبين ما يصدر عن الإدارة المتعاقدة تنفيذا لبنود العقد لإخلال المتعاقد بالتزاماته التعاقدية فتبقى خاضعة للطعن أمام القضاء الإداري على أساس ولايته الشاملة، وعلى هذا الأساس قضت المحكمة الإدارية بالدار البيضاء⁽¹⁰⁾ بأن القرار القاضي بفسخ عقد إداري نتيجة إخلال المتعاقد بالتزاماته لا يعتبر قرارا منفصلا قابلا للطعن بالإلغاء، جاء في تعليقه ما يلي:

(8) قرار الغرفة الإدارية عدد 73 بتاريخ 65/7/3 شركة الكترب ضد وزير الأشغال.

(9) حكم المحكمة الإدارية بمكناس عدد 94/526 بتاريخ 95/11/9 قضية ازرقان ضد بلدية.

حكم المحكمة الإدارية بفاس في قضية مزيان ضد ادارة المياه.

(10) حكم المحكمة الإدارية بالبيضاء بالملف 00/16 بتاريخ 01/2/21.

"حيث يستفاد من أوراق الملف وردود الأطراف أن قرار فسخ الصفقة موضوع النزاع لم يستند في إصداره على سلطات الإدارة المخولة لها بمقتضى القوانين والأنظمة الجاري بها العمل ولكن جاء نتيجة لإخلال الشركة بالتزاماتها التعاقدية مما يكون معه قرار إنهاء العقد مرتبطاً بالعملية التعاقدية وغير منفصل عنها ولا يقبل الطعن فيه عن طريق دعوى الإلغاء".

هذا، ومما تجدر الإشارة إليه أن قرار فسخ عقد الصفقة يجب أن يكون معللاً وأن تفرغ فيه الإدارة الأسباب الواقعية والقانونية التي حدثت بها إلى فسخ العقد، وإن إلزامية تعليل قرار الفسخ هذا يجد مبرره القانوني في قانون تعليل القرارات الإدارية 03/01 وخاصة المادة الثانية منه التي تنص على إلزامية تعليل القرارات الإدارية القاضية بإنزال عقوبة إدارية وتأديبية والقرارات القاضية بسحب أو إلغاء قرار منشئ لحقوق تحت طائلة عدم المشروعية.

المبحث الثاني

منازعات العقد الإداري في إطار القضاء الشامل

ترتبط غالبية المنازعات المقدمة أمام القضاء الإداري بإلغاء عقد الصفقة في إطار قضائها الشامل بفسخ العقد الإداري إذ غالباً ما تلجأ الإدارة إلى فسخ العقد الإداري كجزاء على إخلال المتعاقد بالتزاماته القانونية أو ارتكاب مخالفات واضحة وخطيرة من شأنها أن تؤثر سلباً على سير المرفق العام وتجعل العلاقة التعاقدية مرهقة بين الطرفين وتستمد الإدارة هاته السلطة ليس فحسب من نصوص العقد الإداري بل كذلك من امتيازات السلطة العامة والمصلحة العامة التي تمثلها ومن المبادئ العامة لسير المرفق بانتظام واضطراد بغاية تحقيق المصلحة العامة وتتمتع في هذا الشأن سلطة تقديرية في إنهاء العقد متى قررت أن الصالح العام يقتضي ذلك وحتى ولو لم يقع أي خطأ من جانب المتعاقد.

وإذا كانت الإدارة غير مخيرة على استمرار علاقتها التعاقدية مع المتعاقد معها ويملك السلطة التقديرية في انتهاء العقد الإداري لتحقيق كل مصلحة عامة مقصودة فسلطتها في ذلك ليست مطلقة بل مقيدة بعامل المصلحة العامة وتخضع في ذلك لرقابة القاضي الإداري وفي هذا الإطار لا يجوز للإدارة تحت غطاء المصلحة العامة أن تعمل على إزاحة متعاقد وإحلال متعاقد آخر محله وإلا يكون قرار فسخ العقد مشوباً بالانحراف في استعمال السلطة والمعيار هنا هو المصلحة العامة التي تخضع لتقدير القاضي الإداري.

- إذا كانت الإدارة تملك سلطة فسخ العقد الإداري مراعاة منها للمصلحة العامة التي تمثلها فينبغي مراعاة الإجراءات القانونية المنصوص عليها في اتخاذ قرار الفسخ والتي تشكل ضمانات للمتعاقد مع الإدارة وخصوصا منها حق الإعلام بالمخالفة وتداركها بالإجراء المنوي اتخاذه.
- يجب على الإدارة في حالة لجوءها إلى فسخ العقد الإداري لاعتبارات المصلحة العامة أن يكون قرار الفسخ هذا مبنيًا على أسباب مشروعة التي تبقى مراقبة من طرف القاضي الإداري.
- إذا كانت الإدارة تملك حق اتخاذ عقوبة الفسخ بشكل انفرادي متى قدرت أن المصلحة العامة تقتضي ذلك فالقضاء الإداري يراقب مدى التناسب بين المخالفة المرتكبة والعقوبة المتخذة.
- أن سلطة الإدارة في اتخاذ قرار فسخ العقد الإداري يوازيه حق المتعاقد معها في الحصول على التعويض الشامل لمجموع الأضرار الناتجة له من جراء الفسخ الذي شمل ما فاتته من كسب وما لحقه من خسارة متى كان الفسخ مبنيًا على إجراءات غير قانونية أو كانت الأسباب التي قام عليها الفسخ غير مشروعة.
- هذه عموما هي الضوابط القانونية التي تحكم فسخ العقود الإدارية وتبقى الإدارة في تطبيقها خاضعة لرقابة القضاء الإداري، فما هي الحماية القضائية التي استطاع أن يوفرها القضاء الإداري للمتعاقد مع الإدارة من خلال بعض نماذج من أحكام القضاء الإداري وما هي تجلياتها.

الفقرة الأولى : تجليات الحماية القضائية للمتعاقد مع الإدارة من خلال المنازعات المتعلقة بفسخ عقد الصفقة:

تتجلى هذه الحماية في فرض الرقابة على الإجراءات السابقة لفسخ العقد وعلى سبب الفسخ ومدى التناسب بين المخالفة المنسوبة للمتعاقد مع الإدارة وجزاء الفسخ مع إقرار حق المتعاقد مع الإدارة في التعويض الكامل عن الفسخ التعسفي، وسوف نتناول ذلك تباعاً:

1- تسليط الرقابة القضائية على الإجراءات المتخذة في فسخ الصفقة.

إذا كانت الإدارة تستمد سلطة فسخ العقد الإداري من امتيازات السلطة العامة وسلطة الرقابة والتوجيه التي تملكها إزاء مرحلة تنفيذ العقد الإداري بما يخدم المصلحة العامة التي تمثلها، فيجب عليها دائماً وهي تلجأ إلى عقوبة الفسخ أن تعمل على إخطار المعني بالأمر في التصيير الذي يطال جانبه التعاقدية وعلى الإجراء المنوي اتخاذه في حقه ويكون جزاء عدم التقيد بهذه الإجراءات هو إلغاء قرار الفسخ المبني على إجراءات غير قانونية مع حق المتعاقد مع الإدارة في التعويض الكامل عن الأضرار الناتجة له من جراء ذلك.

وعلى هذا الأساس قضت المحكمة الإدارية بوجده⁽¹¹⁾ "إن قيام الإدارة بفسخ عقد مع المدعي دون اتباعها المسطرة المنصوص عليها بالفصل 35 من كناش الشروط الإدارية العامة المتعلقة بالصفقات العمومية يخول للمدعي الحق في الحصول على المصاريف التي أنفقها".

(11) حكم المحكمة الإدارية بوجده بالملف 31 بتاريخ 96/10/2 بالملف 94/35.

كما ذهبت المحكمة الإدارية بالدار البيضاء⁽¹²⁾ وهي تقرر عدم مشروعية قرار فسخ عقد الصفقة لإخلال الإدارة بالمسطرة القانونية المنصوص عليها بالفصل 35 من كناش الشروط الإدارية العامة وترتب على ذلك حق المتعاقد مع الإدارة في الحصول على التعويض الكامل عن الأضرار الناجمة عن ذلك إلى القول بما يلي:

"إن المحكمة عاينت أن الإدارة لم تحترم مقتضيات الفصل 35 من المرسوم الملكي المؤرخ في 19 أكتوبر 1965 بشأن كناش الشروط الإدارية العامة المطبق على صفقات الأشغال لوزارة الأشغال العمومية والذي أصبح مطبقا على جميع الإدارات العمومية بمقتضى المرسوم الملكي المؤرخ في 18 نونبر 1966 والذي يلزم الإدارة أن تمنح المقاول إنذارا لمدة عشرة أيام لكي يصلح الاخلالات والاعطاب التي تسببها الإدارة له وحيث انه أمام إخلال الإدارة بالمسطرة المنصوص عليها.. فإن المحكمة ترى أن الفسخ جاء مشوبا بالشطط في استعمال السلطة ومخالفا للقانون ليتحقق معه المتعاقد تعويضا كاملا عن الأضرار الحاصلة له عما لحقه من خسارة وما فاتته من كسب."

كما قضت المحكمة الإدارية بمراكش⁽¹³⁾ بن فسخ عقد الصفقة المبني على عدم إنذار المتعاقد مع الإدارة بالاخلالات المنسوبة إليه يبقى تعسفا وموجبا للتعويض.

(12) حكم المحكمة الإدارية بالبيضاء عدد 243 بتاريخ 96/2/23 ملف شركة تنظيف ضد الصندوق الوطني للضمان الاجتماعي منشور بالدليل للاجتهاد القضائي الإداري 4140 .
(13) حكم المحكمة الإدارية بمراكش عدد 261 بتاريخ 01/01/28 قضت شركة توكلما ضد المكتب الوطني للبريد منشور بالدليل العملي للاجتهاد القضائي في المادة الإدارية جزء 2 صفحة 466.

كما قضت المحكمة الإدارية باكادير⁽¹⁴⁾ برفض دعوى المتعاقد مع الإدارة المتعلقة بالتعويض عن قرار الفسخ بعد أن تبين لها أن الإدارة قد استوفت جميع الإجراءات القانونية المتطلبية في الفسخ كما هي منصوص عليها بالفصل 35 من كناش التحملات جاء في قرارها وهي تقضي برفض الطلب ما يلي:

"حيث أن بخصوص عقود الاستغلال المؤقت للملك العمومي إذا رغبت الإدارة في فسخ العقد وكان هذا الأخير قد رتب على المتعاقد معها التزامات، على الإدارة أن تنذره بما ينوي اتخاذه من إجراءات وان تطالبه بالوفاء بالتزاماته وتعهدهاته داخل أجل شهر على الأقل حتى ولو لم يكن العقد ينص على أي أجل وحيث ثبت للمحكمة أن الإدارة المتعاقدة قامت بإنذار المدعية لمدة تفوق الشهر قبل اتخاذ قرار فسخ العقد.. ويكون قرار الفسخ قد صدر وفقا للقانون مما يتعين معه التصريح برفض الطلب..".

ويستفاد من تعليل الحكم المذكور أن الضمانة المتعلقة بحق الإعلام بالمخالفة ووجوب تداركها حق مكفول للمتعاقد مع الإدارة حتى ولم ينص عليه في العقد.

2- القضاء الإداري يراقب مشروعية الأسباب المعتمدة في قرار الفسخ ويرتب على عدم مشروعيتها الحكم بالتعويض الكامل للمتعاقد مع الإدارة في إطار الحماية القضائية لحقوقه في مواجهتها:

إذا كانت الإدارة تملك السلطة التقديرية في فسخ عقد الصفقة بالاستناد إلى المصلحة العامة لسير المرفق أو بناء على إخلال المتعاقد بالتزاماته التعاقدية أو

(14) حكم المحكمة الإدارية باكادير بتاريخ 96/1/4 منشور بمجلة المحاكم الإدارية عدد 1 صفحة 855.

ارتكابه خطأ فادحا يؤثر على مواصلة العلاقة التعاقدية بشكل مرهق فان القاضي الإداري في إطار توفير الحماية القضائية للمتعاقد مع الإدارة يراقب صحة السبب المعتمد في قرار الفسخ وحتى إذا ثبت له أن القرار الصادر بفسخ العقد لا يقوم على سبب مشروع فإنه يملك إلغاء القرار بصفة عامة ويصبح القرار الصادر بالفسخ غير مشروع إذا قام على سبب غير سليم أو إذا استهدفت الإدارة مصلحة في الفسخ غير المصلحة العامة وعلى هذا الأساس ذهبت المحكمة الإدارية بالدار البيضاء⁽¹⁵⁾ وهي تتحرى الأسباب التي كانت وراء الفسخ لتنتهي إلى القول بعدم مشروعيتها وأحقية المتعاقد مع الإدارة في التعويض الكامل عن الأضرار الناتجة له من جراء قرار الفسخ غير المشروع بما يلي:

"حيث انه إذا كان الفقه والقضاء قد استقر على انه للإدارة الحق دائما في إنهاء عقودها حتى ولو لم يرتكب المتعاقد أي إخلال أو خطأ من جانبه وان للإدارة سلطتها في إنهاء العقد متى قدرت أن ذلك تقتضيه المصلحة العامة ويبقى للطرف الآخر الحق في التعويضات إذا كان لها وجه، فان ذلك رهين بوجود ظروف تستدعي هذا الإنهاء وان يكون رائد الإدارة في الالتجاء إليه هو تحقيق المصلحة العامة المقصودة."

"وحيث انه من الثابت أيضا أن الإدارة حين تستعمل تلك السلطة إنما تستعملها تحت رقابة القضاء وللقاضي الإداري بناء على طلب المتعاقد أن يتحرى الأسباب الحقيقية التي دفعت الإدارة إلى إنهاء العقد ويصبح القرار الصادر بانتهاء

(15) حكم المحكمة الإدارية بالبيضاء عدد 264 بتاريخ 2003/5/5 قضية الشركة المغربية للأعمال ضد وزير التجهيز منشور بالدليل العملي للاجتهاد القضائي في المادة الإدارية صفحة 476.

غير مشروع إذا قام الانتهاء على سبب غير سليم أو إذا استهدفت الإدارة مصلحة غير المصلحة العامة."

"... وهو ما يعطي الحق في تعويض كامل يغطي جميع ما لحق المتعاقد من خسارة وما فاتته من كسب ويدخل في تقدير التعويض عن الأضرار المعنوية." هذا وقد اعتبرت أغلب الأحكام الصادرة عن القضاء الإداري المغربي أن المنازعات المتعلقة بفسخ عقد الصفقة تدخل في إطار القضاء الشامل الذي يراقب في هذا الإطار مدى صحة الأسباب المعتمدة في فسخ العقد الإداري وفي هذا الإطار أوضحت المحكمة الإدارية بوجدة⁽¹⁶⁾ "إن قاضي العقد يراقب سلامة الإجراءات الشكلية وكذا الأسباب المعتمدة لاتخاذ الجزاءات، وأن فسخ العقد من طرف الإدارة يعطي الحق للمقاولة والمطالبة بقيمة الأشغال المنجزة وإرجاع الضمانة ما دام لم يثبت بشكل قاطع وجود خطأ أو تقصير من طرفها".

وفي نازلة عرضت على قضاء المحكمة الإدارية بالدار البيضاء تتلخص وقائعها في أن الشركة المغربية للإنعاش البنائي أبرمت صفقة مع الجماعة الحضرية لدار بوعزة من أجل بناء حي سكني وبعد أن تمت الموافقة على الصفقة من طرف السلطة الوصية وبعد أن اتخذت المقاولة جميع الإجراءات المالية والتقنية للقيام بأشغال البناء في ربط عقود العمل وإبرام عقود للقروض مع الابنك لتوفير السيولة المالية وما يتطلب ذلك من ضمانات وفوائد بنكية فوجئت بصدور قرار فسخ عقد الصفقة لأسباب إدارية في الوقت الذي كانت فيه الشركة قد أجرت بعض الأشغال بالورش وبعد أن طالبت المقاولة بإلغاء قرار الفسخ وتعويضها عن

(16) حكم إدارية وجدة عدد 98/37 بتاريخ 98/8/2 بالملف رقم 99/724 قضية مقاولة بوزيان ضد المكتب الوطني للبريد.

الأشغال المنجزة والأضرار الناتجة لها من جراء ذلك، وذهبت المحكمة الإدارية في إطار مراقبتها لسبب الفسخ إلى اعتباره غير مرتكز على أساس وقضت لها بأداء مقابل الأشغال فضلا عن تعويض عن جميع الأضرار الناتجة لها من جراء قرار الفسخ الغير مشروع جاء في حكم المحكمة الإدارية بالدار البيضاء⁽¹⁷⁾ ما يلي:

"حيث لا جدال في ان الأمر يتعلق بعقد اداري... يصل خاضعا للمبادئ العامة للعقد من حيث الآثار الناشئة عنه سواء في مواجهة الادارة او في مواجهة المقاول ويترتب على ذلك ان اخلال أي طرف بالتزامات الملقاة على عاتقه يعطي للطرف الآخر حق التحلل من التزاماته المقابلة او فسخ العقد.."

"وحيث ثبت من وثائق الملف ومستنداته ان الطالبة وبمجرد توصلها بالأوامر المصلحية اتخذت كافة الاجراءات للقيام بأشغال البناء موضوع العقد وحيث تبين للمحكمة من خلال مذكرات الطرفين ان المقاول لم ترتكب أي خطأ خلال تنفيذ التزاماتها التعاقدية.."

وانتهت إلى الحكم بمقابل الاشغال المنجزة مع التعويض المستحق عن الضرر الناتج عن الفسخ التعسفي للعقد.

وفي نازلة من هذا القبيل عرضت على المحكمة الإدارية بفاس 18 تتعلق بطعن أحد المقاولين في قرار فسخ عقد الصفقة المبني على الإخلال بالتزاماته التعاقدية مع المطالبة بأداء قيمة الصفقة واسترجاع الضمانة وبعد ان بسطت

(17) حكم المحكمة الإدارية بالدار البيضاء بالملف 01/313 ت حكم رقم 571 بتاريخ 2003/6/18 قضية الشركة المغربية للانعاش البنائي ضد جماعة دار بوعزة.
18- حكم المحكمة الإدارية بفاس بالملف 90ت/2000 بتاريخ 04/10/6 قضية بنكير احمد ضد وزارة الفلاحة.

المحكمة رقابتها على مشروعية سبب الفسخ وبعد ان تبين لها الإخلال الملحوظ للمتعاقد بالتزاماته العقدية ذهبت الى القول وهي تقضي برفض طلباته بما يلي: "حيث ان المحكمة يرجوعها الى عقد الصفقة وخاصة منها مقتضيات المواد 6-21-32 منه تبين لها بجلاء أن التزام المدعي اتجاه الإدارة المدعى عليها كان التزاما بتحقيق نتيجة تستوجب فيها ضرورة التتبع والمراقبة والحرص على انجاز وتسليم المشروع على أكمل وجه وطبقا للشروط المحددة بمقتضى العقد ما دام أن الأمر يتعلق بمال عام يخضع لشروط خاصة غير مألوفة في قواعد القانون الخاص ويجب إنفاقه واستثماره بما يعود بالنفع العام.

وحيث إن الثابت من النزاع أن المدعي قام بالأشغال الأولية لعملية الغرس دون مواصلة مرحلة التتبع والصيانة لضمان نمو الأشجار موضوع الصفقة، فضلا عن قيامه لعملية الغرس خارج الوقت الموسمي الكفيل لضمان هذا النمو، مما يكون معه تنفيذه للمشروع تنفيذا غير مطابق للشروط المحددة في دفتر التحملات ويعتبر مخلا بالتزاماته تجاه الإدارة المدعى عليها ويكون طلبه الرامي إلى الحكم لفائدته بأداء ما تبقى من قيمة الصفقة وارجاع قيمة الضمانة أمام عدم تنفيذ التزاماته المحددة بعقد الصفقة عديم الاساس وحليف الرفض".

وهو نفس الاتجاه الذي ذهبت إليه الغرفة الإدارية⁽¹⁹⁾ في قرارها القاضي برفض الطلب لإخلال المتعاقد بالتزاماته التعاقدية، جاء فيه: "وحيث ثبت من وثائق الملف أن نسبة نجاح بعض الأغراس لم تحقق نسبة النجاح المتعاقد عليها مما يجعل الإدارة المتعاقدة محقة في أعمال الجزاء الذي متعها به العقد".

(19) قرار الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى عدد 513 بتاريخ 2007/6/13 بالملفين المضمومين 1621 و 05/1/4/1622 السيد الوكيل القضائي ضد أحمد معروف.

كما عرضت على أنظار الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى قضية مماثلة تتعلق بالمطالبة بالتعويض عن الفسخ التعسفي لعقد الصفقة لعدم وفاء الإدارة بالتزاماتها التعاقدية قبل الفسخ وذهبت الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى⁽²⁰⁾ وهي تجيب عن الوسيلة المتعلقة باضطرار الإدارة لفسخ العقد لارتكاب المقاول عدة أخطاء موجبة للفسخ تتمثل في عدم توفرها على التحفيزات الأساسية من يد عاملة وكهرباء وعدم توفرها على الوسائل الضرورية لتنفيذ التزاماتها داخل الأجل المحدد ببنود الصفقة بعد إنذارها في هذا الشأن لعدة مرات دون جدوى وتقضي بالتالي بعدم صحة سبب الفسخ وبأحقية المقاوله تبعاً لذلك في التعويض عن جميع الإجراءات الناتجة عن الفسخ جاء في قرارها ما يلي:

لكن حيث ان البت في النازلة يستلزم بالأساس البحث عن مسؤولية الطرفين في فسخ الصفقة".

"وحيث أنه بالرجوع إلى قرار الإنذار الصادر عن الإدارة صاحبة المشروع تبين انه مغل بالتأخير في انجاز الأشغال التي حددت مدتها في 18 شهراً طبقاً للفصل 46 من كناش المقتضيات الخاصة، وحيث دفعت المقاوله المتعاقد معها بان السبب في تأخير الأشغال يعود إلى الإدارة التي لم تسلمها التصاميم التقنية الخاصة بكل جزء من أجزاء الصفقة رغم مطالبتها العديدة بذلك، وحيث أن الإدارة لم تدل بما يثبت تسليمها للمدعية المستأنف عليها التصاميم التقنية الحاملة لعبارة صالحة للتنفيذ".

(20) قرار الغرفة الإدارية عدد 923 بتاريخ 04/9/29 بالملف الإداري عدد 02/1/4/1935 المؤيد لحكم المحكمة الإدارية بفاس بالملف 00/112 قضية شركة مكسينك.

وانتهت إلى القول بأن " كل هذه الوقائع الثابتة في حق الإدارة تجعل المستأنف عليها في وضعية قانونية سليمة اتجاه عقد الصفقة مما يجعل مسؤولية الإدارة في فسخ عقد الصفقة قائمة. "

ويستفاد من مضمون قرار الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى ان فسخ الصفقة من طرف الإدارة يقع باطلا في الحالة التي تقدم على اتخاذ قرار بالفسخ دونما إثبات أنها بدورها قامت بتنفيذ التزاماتها المنصوص عليها في عقد الصفقة تجاه المقاول طالما أن تنفيذ عقد الصفقة يتوقف على تنفيذ الالتزام المذكور, وقد تؤكد هذا الاتجاه القضائي في قرار مماثل للغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى⁽²¹⁾ جاء فيه: "ان فسخ الصفقة وفرض الغرامة الناتجة عن التأخير في انجاز الاشغال لا تلجأ اليه الا بعد إثبات أن الإدارة قد وافت بالتزاماتها المنصوص عليها في عقد الصفقة تجاه المقاول المتعاقد معها. "

وإذا كان القضاء الإداري يوفر الحماية القضائية للمتعاقد مع الادارة من حيث مراقبة سلامة الإجراءات المتخذة في قرار فسخ عقد الصفقة وصحة الاسباب المعتمدة في فسخ الصفقة ومدى وفاء الإدارة بالتزاماتها التعاقدية قبل الاقدام على فرض الجزاءات المالية وقرار الفسخ متى كان تنفيذ أشغال الصفقة متوقف على تلك الالتزامات التعاقدية للإدارة فهو كذلك يراقب مدى تناسب جزاء الفسخ مع المخالفة المنسوبة الى المتعاقد مع الادارة.

(21) قرار الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى عدد 50 بتاريخ 99/01/28 شركة الكونا ضد الوكيل القضائي اورده الجبلالي اليزيد في بحثه حول مستجدات القضاء الإداري صفحة 266.

3- القضاء الإداري يراقب مدى ملاءمة جزاء عقوبة الفسخ للمخالفة المنسوبة للمتعاقد مع الإدارة.

إذا كان القضاء الإداري يراقب عقوبة الفسخ من حيث مشروعية جزاءها فهو يراقب كذلك مدى تناسب هذا الجزاء مع درجة الاخلالات المنسوبة للمتعاقد وعلى هذا الأساس قضت المحكمة الإدارية بالدار البيضاء⁽²²⁾ وسنت قاعدة مفادها أن مراقبة القاضي الإداري للجزاء المطبقة من طرف الإدارة لا يقتصر فقط على الوجود المادي لأسباب الجزاء وتكييفها القانوني وإنما تشمل هذه المراقبة أيضاً في مدى ملاءمة الجزاء مع خطورة الأفعال الصادرة عن المتعاقد الذي اعتبر اخلالاً بالالتزامات التعاقدية وأنه يكون قرار الفسخ غير مشروع متى كانت العقوبة الموقعة على المقاتل لا تتناسب مع الاخلالات المنسوبة إليه.

وبالنظر لأهمية هذا الحكم نورد تعليقاته كآتي:

"حيث أنه إذا كان الفقه والقضاء الإداريين قد استقرا على أن حق الإدارة في إنهاء عقودها حتى ولو لم يرتكب المتعاقد أي خطأ وأن للإدارة دائماً سلطتها في إنهاء العقد متى قدرت أن ذلك تقتضيه المصلحة العامة ويبقى للطرف الآخر الحق في التعويضات إذا كان لها وجه فإن ذلك رهين بوجود ظروف تستدعي هذا الإنهاء وأن يكون رائد الإدارة في الالتجاء إليه هو تحقيق المصلحة العامة المقصودة.

(22) حكم المحكمة الإدارية بالبيضاء عدد 243 بتاريخ 96/9/23 قضية شركة تنظيف صناعي ضد الصندوق الوطني للضمان الاجتماعي منشور بالدليل العملي للاجتهاد القضائي بالمادة الإدارية الجزء الثاني صفحة 414.

وحيث أن ذات العقد قد وضع بعض الضوابط يتعين مراعاتها في إنهاء العقود الإدارية وهي أن حق الإدارة في إنهاء العقود الإدارية ليس سلطة مطلقة ولكنها سلطة تقديرية يجب أن تستهدف المصلحة العامة وإن الإدارة حينما تستعمل هذه السلطة فإنها تستعملها تحت رقابة القضاء الإداري وذلك لمراقبة الأسباب الحقيقية التي دفعت الإدارة إلى إنهاء العقد وأنه في حالة فسخ العقد كجزء لخطأ المتعاقد للقضاء أن يبحث مدى ملاءمة الفسخ كعقوبة للخطأ المنسوب إلى المتعاقد.

وحيث أن عقوبة الفسخ التي لجأت إليها الإدارة كجزاء لسوء صيانة وعدم احترام بنود العقد لا يتلاءم مع الأخطاء المنسوبة إلى المتعاقد معها سيما وإن السبب المعتمد عليه في الفسخ تفنده الشهادة التي يعتبر بمقتضاها مدير إدارة العمل الاجتماعي التابعة للصندوق الوطني للضمان الاجتماعي عن ارتياحه للخدمات المقدمة من طرف الشركة".

"وحيث... ولكون الجزاء الموقع على المتعاقد معها لا يتناسب مع الاخلاطات المنسوبة اليه فان المحكمة ترى ان الفسخ جاء مشوبا بالشطط في استعمال السلطة ومخالف للقانون يستحق معه المتعاقد تعويضا كاملا عن الاضرار الحاصلة له لما لحقه من خسارة وما فاتته من كسب."

4- سلطة الادارة في فسخ العقد الإداري يوازيه حق المتعاقد معها في الحصول على التعويض الشامل لجميع الاضرار الناتجة عن الفسخ التعسفي بمفهوم الخسارة التي لحقته والمكاسب التي فاتته:

من المقرر فقها وقضاء أن للإدارة السلطة التقديرية الكاملة لإنهاء العقد الإداري متى ارتأت إلى المصلحة العامة تقتضي ذلك ومتى وقع إخلال من جانب

المتعاقد مع الإدارة في تنفيذ التزاماته التعاقدية غير أن تلك السلطة التقديرية ليست مطلقة وان الإدارة فيما تستعملها إنما تستعملها تحت رقابة القضاء الذي يراقب مدى سلامة واحترام المسطرة المتبعة في إصدار الجزاء ومدى مشروعية ومدى تقيدها بالمصلحة العامة من غير انحراف عنها والقضاء الإداري بهذا الخصوص لا يقتصر مراقبة على التأكد من الوجود المادي لأسباب الجزاء وتكييفه القانوني وإنما تشمل هذه المراقبة أيضا مدى ملاءمة الجزاء مع خطورة الأفعال المنسوبة للمتعاقد مع الإدارة، ويوازي سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري حق المتعاقد معها في الحصول على التعويض الشامل لمجموع الأضرار الناتجة عن الفسخ التعسفي بمفهوم المكاسب المفقوتة نتيجة الفسخ والخسائر اللاحقة به من جراء ذلك ويتبع القاضي الإداري مجموعة من القواعد لتحديد التعويض عن الضرر، منها إجراء خبرة لتقييم حجم الأضرار بالمفهوم السابق وعلى هذا الأساس قضت المحكمة الإدارية بوجده⁽²³⁾.

"وحيث أن هذه المحكمة أصدرت حكما تمهيديا بانتداب القاضي المقرر صحبة الخبير لتحديد التعويض المستحق عن الضرر.

وحيث انه باطلاع المحكمة على تقرير الخبرة، وحيث بثبوت كون المتعاقد قد شرع فعلا في إنجاز الأشغال.. يستتبع قيامه بصرف مبالغ مالية سواء في الدراسة التقنية السابقة لعملية البناء أو في نقل المعدات والتجهيزات وبناء مقر الورش وكذا القيام بالحفر وإدخال الماء والكهرباء والخرصنة.

(23) حكم المحكمة الإدارية بوجده عدد 31 بتاريخ 96/10/2 قضية هرو محمد ضد بلدية ابن درام.

وحيث أن هذه الأشغال هي التي أشار إليها الخبير في تقرير خبرته مقوما إياها في مبالغ مالية لم تكن موضوع طعن مما ارتأت معه المحكمة المصادقة على تقرير الخبرة والحكم بما جاء فيها من مبالغ مالية لفائدة المدعية." وقد دأب القضاء الإداري في جميع أحكامه السابقة الذكر على ترتيب حق التعويض الكامل للمتعاقد مع الإدارة عن الفسخ التعسفي كلما كان مشوبا بالشطط في استعمال السلطة أو مخالفا للقانون أو كان مبنيا على سبب غير صحيح أو على إخلال للإدارة بالتزاماتها التعاقدية متى كان تنفيذ الالتزام من جانب المتعاقد معها يتوقف على ذلك.

ويدخل في احتساب التعويض المستحق للمتعاقد مع الإدارة الخسارة التي لحقته من جراء الفسخ التعسفي والربح الذي فاته فضلا عن فوائد التأخير والفوائد البنكية عن الكفالة البنكية وعلى هذا الأساس قضت المحكمة الإدارية بمراكش⁽²⁴⁾ في حكمها المؤيد بقرار المجلس الأعلى الغرفة الإدارية⁽²⁵⁾ بما يلي:

"حيث ان الدعوى تهدف إلى الحكم على وزارة التربية الوطنية بان تؤدي للمدعية قيمة الصفقة وفوائد التأخير عن مستحقات الصفقة وتعويض عن الكسب الفائت وتعويض عن الفوائد البنكية عن الكفالة البنكية مع الفوائد القانونية إلى تاريخ التنفيذ.

(24) حكم إدارية مراكش بالملف رقم 3/13/105 قضية عز الدين امنغال ضد وزارة التربية الوطنية.

(25) قرار المجلس الأعلى عدد 404 بتاريخ 2005/3/15 بالملف الإداري 2004/1/4/2140.

"وحيث انه بالرغم من تسليم البضاعة المتعاقد بشأنها فان المدعي لم يتسلم قيمتها المحددة في مبلغ... مما يكون معه المدعي محقا في الحصول على مستحقاته المذكورة.

وحيث انه نتيجة لعدم توصله بمستحقاته عن المبلغ موضوع الصفقة فان المدعي يستحق الحكم له بفوائد التأخير المنصوص عليها بالفصل 49 من دفتر الشروط الإدارية العامة واستنادا إلى الفصل الأول من الظهير المؤرخ في 1 نونبر 1948 الذي يرخص للعاملين في صفقات مع الدولة الحصول على فوائد التأخير محسوبة بسعر اكثر بنسبة 1% من السعر المطبق من طرف بنك المغرب وحيث أن بداية احتساب الفوائد هي تاريخ معاينة الأشغال مع خصم مدة 90 يوما التي تمكن الإدارة من صرف كشف الحساب.

"وحيث انه باعتبار أن التسليم المؤقت للأدوات المدرسية المتعاقد بشأنها ومعاينتها كان تاريخ... فان احتساب فوائد التأخير هو خصم مدة 90 يوما يبتدئ من... وقد حددها الخبير في مبلغ...

وحيث أن حرمان المدعي من مستحقاته رغم تنفيذ التزاماته وتسليم البضاعة للإدارة المدعى عليها قد فوتت عليه فرصة استثمار واستغلال هذه المستحقات مما الحق به ضرر يستوجب التعويض عنه.

وحيث انه بالاستناد إلى العناصر والمعطيات الواردة بتقرير الخبرة فقد ارتأت المحكمة تحديد التعويض المستحق للمدعي عما فاتته من كسب عن التأخير من أداء مستحقاته من قبل الإدارة المدعى عليها في المبلغ الوارد بتقرير الخبرة...

وحيث انه ليس بالملف ما يبرر عدم منح رفع اليد من طرف الإدارة على الكفالة البنكية المذكورة الشيء الذي يتعين معه تحميل هذه الأخيرة الفوائد المحتسبة على الكفالة المذكورة عن المدة من تاريخ تسليم البضاعة... إلى غاية..."

5- حق المتعاقد مع الإدارة مكفول في استرجاع الكفالة البنكية نتيجة الفسخ التعسفي للعقد الإداري:

من المقرر قانونا أنه عند إرساء العرض يجب على صاحب العرض المقبول أن يودع تأمينا نهائيا يختلف عن التامين المؤقت الذي يودعه عند التقدم بعرضه والتأمين النهائي يعتبر ضمانا لتنفيذ الالتزام المترتب عن العقد ويصادر في حالة إخلال المتعاقد بالتزاماته.

ويتميز إجراء المصادرة بالخصائص التالية:

إن حق المصادرة مكفول للإدارة في حالة الإخلال بالالتزام التعاقدية حتى ولو لم ينص عليه العقد ويوقع جزاء المصادرة تلقائيا دون اللجوء إلى القضاء ودون حاجة إلى إثبات الضرر لأن الضرر مفترض.

إن إجراء المصادرة توقعه الإدارة في جميع حالات فسخ العقد للإخلال بالتزام العقد وحتى إذا ارتبطت مصادرة التامين في نصوص العقد أو القانون بسبب معين فلا محل لتوقيعها لغيره وعلى ذلك إذا نص في العقد على ان يكون جزاء التأخير في إتمام العمل وتسليمه كاملا في الميعاد المحدد هو توقيع الغرامات أو سحب العمل من المقاول مع مصادرة التامين والمطالبة بالتعويضات، فإنه إذا عملت الإدارة حقها في توقيع الغرامة التأخيرية وسمحت في نفس الوقت للمقاول في الاستمرار في العمل حتى أتمه وتسلمه طبقا لشروط العقد ومواصفاته، فإن

الإدارة لا تستطيع والحالة هاته أن تطالب المدعي بأكثر من ذلك ولا يسوغ لها أن تنزل عليه الآثار المترتبة على سحب العمل من مصادرة التأمين أو المطالبة بالتعويض لأنها نتائج لا تقوم إلا على أسبابها وهو سحب العمل الذي لم تتخذه الإدارة في مواجهة المدعي، وعلى هذا الأساس قضت المحكمة الإدارية بمراكش⁽²⁶⁾ "حيث ينص الفصل 48 من هذا المرسوم والمتعلق بالإفراج عن الضمانة على ما مفهومه أنه يصبح من حق المقاول استرجاع الضمانة والاقتطاعات المتعلقة بالصفقة بعد الحصول من الإدارة على رفع اليد خلال الثلاثة أشهر التالية لتاريخ التسليم النهائي للأشغال".

وحيث أنه بعد تعذر إجراء التسليم النهائي للأشغال لحصول نزاع بين طرفي العقد أدى إلى توقف الأشغال قبل إتمامها وفسخ الصفقة من طرف القضاء والحكم للمقاول بمستحققاتها، فإنه أصبح من حق المقاول استرداد الضمانة والاقتطاعات المطلوبة والتي لم يعد لوجودها تحت تصرف المدعي عليها أي مبرر قانوني خاصة بعد فسخ العقد وإسناد مهمة القيام بالأشغال التي لم يتم إنجازها إلى الغير في إطار صفقة جديدة، وعلى خلاف ذلك، متى ثبت أن المقاول قد أخلت بالتزامها القانوني فلا يحق لها استرداد الضمانة البنكية، وعلى هذا الأساس ذهبت المحكمة الإدارية بمراكش⁽²⁷⁾ وهي تقضي برفض طلب استرجاع الكفالة البنكية إلى القول بما يلي : "حيث إنه طبقاً للفصل 48 من دفتر الشروط الإدارية العامة المعتمد كمرجع للصفقة كما ورد بديباجة دفتر الشروط

(26) حكم المحكمة الإدارية بمراكش عدد 22 بتاريخ 2003/4/6 مقاوله الوراق ضد غرفة التجارة والصناعة، منشور بالدليل العملي، ج 2 ص 453.

(27) حكم المحكمة الإدارية بمراكش رقم 89 في الملف عدد 02/252، مقاوله بن باسو ضد المؤسسة الجهوية للتجهيز.

الخاصة لا يمكن استرداد الكفالة إلا بعد أن ينفذ المقاول كل الالتزامات المتعلقة بالصفقة الشيء الذي لم يتحقق مما يبقى معه والحالة هاته رفض الطلب".

هذا، ولا يمكن للإدارة أن تسترد الضمانة البنكية في حالة رفض طلبها بفسخ عقدة الصفقة في الحالة التي تتنازل عن سلطتها العامة في اتخاذ قرار الفسخ بصورة منفردة ويلتجأ إلى القضاء الإداري للمطالبة بالفسخ واسترداد الضمانة البنكية، وعلى هذا الأساس قضت المحكمة الإدارية بفاس⁽²⁸⁾ "حيث إن طلب فسخ العقد موضوع النزاع والحالة أن الأشغال كلها قد تم إنجازها وإتمام بنائها وتسليمها يبقى غير مبرر ما دام أن الصفقة أتمت محلها ولم يعد هناك مجال للفسخ ويكون الطلب موضوعه حليف الرفض".

وحيث إن طلب استرداد مبلغ الضمانة المودعة من طرف المدعية بخصوص الصفقة محل النزاع أضحت والحالة ما ذكر غير مؤسس بعد رفض طلبها المتعلق بفسخ العقدة، كما أنه لا يجوز للإدارة أن تحجز الضمانة البنكية في حالة تنفيذ عقد الصفقة من طرف المقاول المتعاقدة معها وتسليمها الأشغال بصورة نهائية، وعلى هذا الأساس قضت المحكمة الإدارية بفاس⁽²⁹⁾ بما يلي:

"حيث يؤسس المدعي طلبه الرامي إلى الحكم بتمكينه من شهادة رفع اليد عن الضمانة النهائية وضمانة الاقتطاع المطالب بهما لكونه أنجز الأشغال موضوع الصفقة عدد 93/943 طبق المواصفات المنصوص عليها في دفتر التحملات وحصوله على محضر التسليم النهائي بخصوصها".

(28) حكم المحكمة الإدارية بفاس بالملف 148 ت/01 بتاريخ 2003/7/22 شركة البسط للأشغال المختلفة ضد الوكالة المستقلة لتوزيع الماء والكهرباء.

(29) حكم المحكمة الإدارية بفاس في الملف رقم 05/169.

وحيث... وبحسب الفصل 48 من دفتر الشروط الإدارية العامة المطبق على الصفقات المنجزة لحساب الدولة والمصادق عليه بمقتضى المرسوم عدد 2/65/204 وتاريخ 19/10/1965 كما تم تعديله بمقتضى المرسوم الملكي عدد 45/164 وتاريخ 31/7/1969 المطبق على نازلة الحال قبل تعديله بالمادة 12 من المرسوم 2/91/1087 بتاريخ 4/5/2000 والمادة 16 منه، فإن الضمان النهائي يظل مرصدا لتأمين الالتزامات التعاقدية للمقاول إلى حين التسليم النهائي للأشغال ويرجع هذا الضمان وكذا الاقتطاع وباقي الكفالات التي تقوم مقامها وذلك بعد رفع اليد الذي يسلمه مدير المشروع داخلا ثلاثة أشهر الموالية لتاريخ التسليم النهائي بجميع التزاماته.

وحيث إنه ومادام الأمر كذلك ومادام أن إنجاز محضر التسليم النهائي يعطي للمقاول المتعاقد مع الإدارة صاحبة المشروع الحق في استرجاع الضمانة النهائية وكذا مقتطع الضمان لمرور ثلاثة أشهر على الأشغال موضوع الصفقة وما دام أن الإدارة لا تنازع المدعي في هذا المحضر ولم تسجل عليه أية ملاحظات بعد تحرير محضر التسليم النهائي... فإن ذلك يعطي لمدعي الحق في الحصول على شهادة رفع اليد وكذا الضمانة النهائية ومقتطع الضمان المتعلق بالصفقة...".

كما أن التسليم المؤقت للأشغال دونما تحفظ من الإدارة ومرور أكثر من سنة عليه دون تعرض من لدنها يخول الحق للمقاول في استرجاع الضمانة البنكية، وهذا ما قضت به المحكمة الإدارية بمراكش⁽³⁰⁾ "حيث ينص الفصل 48

(30) حكم المحكمة الإدارية بمراكش بالملف 03/13/205 قضية عز الدين امتهال ضد وزارة التربية الوطنية.

من دفتر الشروط العامة أنه يصبح من حق المفاوضة استرجاع الضمانة النهائية المتعلقة بالصفقة بعد الحصول من الإدارة على رفع اليد خلال الثلاثة أشهر التالية لتاريخ التسليم النهائي للأشغال".

وحيث إنه بعد إجراء التسليم المؤقت للأدوات المدرسية، ومرور أكثر من ثلاث سنوات على ذلك ونظرا لعدم وجود أي تعرض من طرف الإدارة حول الصفقة وإنجازها فإنه أصبح من حق المدعي استرداد الضمانة النهائية والتي لم يعد لوجودها تحت تصرف المدعي عليها أي مبرر قانوني الشيء الذي يتعين معه الحكم على هذه الأخيرة برفع اليد على الكفالة البنكية.

وهكذا، يتبين مما ذكر أعلاه أن كلا من تنفيذ العقد الإداري والتسليم النهائي للأشغال وكذلك التسليم المؤقت لأشغال الصفقة ومرور أكثر من سنة عليه دونما تحفظ من الإدارة والفسخ التعسفي للعقد الإداري هو ما يعطي للمفاوضة الحق في استرجاع الضمانة البنكية، وعلى خلاف ذلك، فإن كل إخلال بالالتزامات التعاقدية للمفاوضة هو ما يخول للإدارة الحق في حجز الضمانة البنكية كجزاء للإخلال بالالتزامات التعاقدية.

الفقرة الثانية: سلطة القاضي الإداري في إعادة التوازن المالي للعقد نتيجة نظرية فعل الأمير والظروف الطارئة:

إذا حدثت ظروف طارئة أثناء تنفيذ العقد وكان من شأنها أن تؤدي إلى إرهاب المتعاقد مع الإدارة والزيادة في أعبائه المالية، وبالتالي ينتج عنها إخلال بالتوازن المالي للعقد، فإنه يجب على الإدارة أن تعيد التوازن المالي للعقد عن طريق تعويضه على تحملاته العقدية الطارئة للتغلب على تلك الظروف الطارئة

ومساعدته على تنفيذ التزاماته العقدية، وتجد فكرة التوازن المالي للعقد تطبيقها في نظرية فعل الأمر من جهة ونظرية الظروف الطارئة من جهة أخرى.

1- نظرية فعل الأمير:

نقصد بفعل الأمير، جميع الأعمال المشروعة الصادرة عن الإدارة المتعاقدة التي ترتب آثارا ضارة بالمتعاقدين وتزيد في أعبائه التعاقدية كما هي محددة بالعقد، فيؤدي ذلك إلى التزام جهة الإدارة المتعاقدة بتعويض المتعاقدين عن كافة الأضرار التي تلحق به من جراء ذلك بما يعيد التوازن المالي للعقد.

وقد يتخذ فعل الأمر صوراً متعددة، كأن تعدل الإدارة شروط العقد على نحو يرهق المتعاقدين ويؤثر على ظروف تنفيذه، مما يؤدي إلى الإخلال بالتوازن المالي للعقد، أو كأن تصدر الإدارة قرارات فردية تؤثر على تنفيذ العقد، كفرض قيود على المتعاقدين معها أو القيام بأعمال مادية من شأنها أن ترهق المتعاقدين.

ويشترط في إعادة التوازن المالي للعقد عن طريق التعويض عن فعل الأمير أن يتعلق هذا الفعل بعقد إداري لأن نظرية فعل الأمر لا تطبق على العقود الخاصة وإن تكون أعماله وإجراءاته غير متوقعة وقت إبرام العقد وأن يترتب عنها ضرر، ولا يجوز للمتعاقد مع الإدارة أن يمتنع عن تنفيذ العقد تحت غطاء فعل الأمير باعتبار أن المصلحة العامة تغلب هنا على المصلحة الخاصة وأن ذلك لا يترتب للمتعاقد مع الإدارة إلا الحق في التعويض بما يترتب التوازن المالي للعقد، وأن تكون الأعمال المكونة لفعل الأمير صادرة عن جهة الإدارة المتعاقدة وليس عن جهة إدارية أخرى، وتحقق نظرية فعل الأمير يترتب الحق للمتعاقد مع الإدارة في الحصول على جميع التعويضات التي من شأنها أن تؤدي إلى التوازن المالي

للعقد ويشمل التعويض الذي يقدره القاضي الإداري عند المنازعة ما لحق المتعاقد من خسارة وما فاتته من كسب.

وتختلف هنا عن نظرية الظروف الطارئة التي لا يشمل التعويض حولها إلا جانب الخسارة التي لحقت المتعاقد مع الإدارة، وقد حددت محكمة القضاء الإداري بمصر⁽³¹⁾ عناصر التعويض عن الأضرار الناتجة عن فعل الأمير بقولها: "أن التعويض يقدر طبقاً للقواعد المقررة في القانون الإداري، وهو يشمل ما لحق المتعاقد مع الإدارة من خسارة ويتضمن هذا العنصر المصروفات الفعلية التي أنفقتها المتعاقد وما فاتته من كسب".

وإذا كان فعل الأمير هو العمل الذي يصدر عن السلطة العامة من دون خطأ منها ومن غير أن يكون متوقعا وقت التعاقد ويرتب عنه خلل في تنفيذ الالتزام وضرر على درجة من الجسامه، فهو يرتب الحق للمتعاقد مع الإدارة بالتعويض الكامل بمفهوم ما لحقه من خسارة وما فاتته من كسب.

وعلى هذا الأساس، قضت المحكمة الإدارية بالدار البيضاء⁽³²⁾ بالتعويض الكامل للمتعاقد مع الإدارة نتيجة فعل الأمر، جاء في حكمها: "وحيث إن الطلب الرامي إلى الحكم للمدعي بالتعويضات عن الأضرار التي لحقت نتيجة عدم استغلاله لمرافق السوق من جراء مقاطعة التجار والحرفيين للسوق كرد فعل على الزيادة الغير المتوقعة في أسعار ورسوم الدخول إلى السوق من طرف السلطة المحلية دون سابق إخبار هو الذي انعكس سلباً على المداخيل؛

(31) حكم محكمة القضاء الإداري بمصر عدد 983 بتاريخ 1957/6/30 المشار إليه في كتاب أعمال السلطة الإدارية لفؤاد عبد الباسط ص 471.

(32) حكم إدارية البيضاء عدد 426 بتاريخ 2003/4/28 منشور بالدليل العملي للاجتهاد القضائي الإداري الجزء الثاني ص: 442.

وحيث مما لا جدال فيه أن التصرف الذي أقدم عليه المجلس يمكن تصنيفه في إطار فعل الأمير التي هي أفعال تأتيها السلطة العامة ولم تكن متوقعة وقت التعاقد يترتب عليها جعل تنفيذ التزامات المتعاقد مرهقة؛ وحيث مما لا جدال فيه، أن المدعي قد لحقه ضرر برفع أسعار الرسوم، ومن ثم فإنه من واجبات الجهة المتعاقدة تعويضه تعويضا كاملا".

2- نظرية الظروف الطارئة والتوازن المالي للعقد:

نكون أمام ظروف طارئة إذا طرأت أثناء تنفيذ العقد الإداري ظروف أو أحداث لم تكن متوقعة عند إبرام العقد وترتب عنها إرهاب المتعاقد مع الإدارية بشكل يزيد من كلفة الأشغال ويرتب خسارة فادحة غير عادية، ولا يستقيم التوازن المالي للعقد على ضوءها إلا بمشاركة الإدارة في تحمل هاته الخسائر. وقد عرفت المحكمة الإدارية العليا بمصر⁽³³⁾ نظرية الظروف الطارئة بما يلي: "إن نظرية الظروف الطارئة تقوم على فكرة العدالة المجردة التي هي قوام القانون الإداري، كما أن هدفها تحقيق المصلحة العامة، فهدف الجهة الإدارية هو كفالة حسن سير المرافق العامة باستمرار وانتظام وحسن أداء الأعمال والخدمات المطلوبة وسرعة إنجازها، كما أن هدف المتعاقد مع الإدارة هو المعاونة في سبيل المصلحة العامة، وذلك بأن يؤدي التزامه بأمانة ولقاء ربح وأجر عادل، وهذا يقتضي من الطرفين التساند والمشاركة للتغلب على ما يعترض تنفيذ العقد من صعوبات وما يصادفه من عقبات، فمفاد الظروف الطارئة، أنه

(33) حكم المحكمة الإدارية العليا، القضية رقم 46 بتاريخ 17/6/1972 أورده الدكتور فؤاد عبد الباسط في كتابه أعمال السلطة الإدارية ص: 472.

إذا طرأت أثناء تنفيذ العقد الإداري ظروف أو أحداث لم تكن متوقعة عند إبرام العقد فقلبت اقتصادياته أو إذا كان من شأن هذه الظروف أو الأحداث أنها لم تجعل تنفيذ العقد مستحيلا بل أثقل عبئا وأكثر تكلفة مما قدره المتعاقدان التقدير المعقول، وكانت الخسارة الناشئة عن ذلك تجاوز الخسارة المألوفة العادية التي يتحملها أي متعاقد إلى خسارة فادحة استثنائية وغير عادية، فإن من حق المتعاقد المتضرر أن يطلب من الطرف الآخر مشاركته في هذه الخسارة التي تحملها فيعوض عنها تعويضا جزئيا".

هذا، ويشترط لتطبيق نظرية الظروف الطارئة أن يحدث الطرف الطارئ بعد إبرام العقد وأثناء تنفيذه، وقد يكون مرده اقتصاديا كارتفاع الأجور نتيجة الأزمة الاقتصادية، أو سياسيا كإعلان الحرب، أو طبيعيا كالزلازل والفيضانات، وقد يأتي من جهة إدارية غير متعاقدة وأن يكون خارجا عن إرادة المتعاقدين، ومن هنا تختلف عن فعل الأمير الذي يأتي من المتعاقد ويترتب عنه التعويض الكامل وليس في حدود الخسارة وألا يكون متوقعا عند التعاقد ويترتب عنه اضطراب وخلل في التوازن المالي يجعل من تنفيذ العقد أكثر إرهاق، وفي ظل قيام نظرية الظروف الطارئة، تشاركه الإدارة المتعاقدة في تحمل ما لحقه من خسارة بمعنى أن التعويض يكون جزئيا.

وتختلف نظرية فعل الأمير عن نظرية الظروف الطارئة، في أنه إذا كان الفعل ناجما عن عمل الإدارة فإن النظرية الحقيقية هي فعل الأمير ويعوض المتعاقد هنا تعويضا كاملا بمفهوم ما لحقه من خسارة وما فاتته من كسب، أما إذا كان الفعل ناتجا عن عنصر أجنبي غير متوقع ورتب انقلابا في اقتصاديات العقد،

فنظرية الظروف الطارئة هي الواجبة التطبيق، ويعوض المتعاقد مع الإدارة عن الخسارة التي لحقته ولا يدخل في الحساب ما فاته من ربح. وعلى هذا الأساس قضت المحكمة الإدارية بمراكش⁽³⁴⁾ "إن انتشار هجوم القران على منطقة الأعراس يشكل ظاهرة طارئة غير متوقعة للمتعاقد مع الإدارة".

الفقرة الثالثة: الحماية القضائية للمتعاقد مع الإدارة في حالة رفضها تسليم الأشغال بشكل نهائي وأداء المقابل:

إذا كان دفتر الشروط الإدارية العامة قد حدد مسطرة إجراء عملية الاستلام النهائي، فإنه لم يحدد الأحكام الواجب إعمالها لفض الخلافات التي قد تنشأ بين المقاول والإدارة بمناسبة إجراء هذه العملية، لذلك فقد تمتع الإدارة عن القيام بإجراء التسليم النهائي بدعوى عدم امتثال المقاول لأمر الإدارة بإصلاح بعض العيوب التي تظهر خلال فترة الضمان أو بسبب عدم توافق الإدارة والمقاول على حصر الكشف الحسابي النهائي أو للاختلاف حول كميات الأشغال ونوعها ومدتها.

ومعلوم أن عدم حصول عملية الاستلام النهائي يبقي بعض التزامات المقاول سارية وحائلا دون استرداد الضمانات التي بذمتها في إطار عقد الصفقة كالضمانة النهائية وهو يرهق كاهلها بالفوائد.

(34) حكم المحكمة الإدارية بمراكش بتاريخ 2000/6/7.

وباستقراء الاجتهاد القضائي، نجد القضاء المغربي غالبا ما يقف عند بحث السبب الكامن وراء الامتناع عن توقيع محضر الاستلام النهائي، فإن وجده جديا فإنه لا يتردد في الإعلان عن وقوع عملية الاستلام النهائي.

جاء في الحكم الصادر عن المحكمة الإدارية بفاس⁽³⁵⁾: "حيث أنه في غياب إنجاز محضر التسليم النهائي لوجود نزاع بين الطرفين، ومادام أن المدعية قد أنجزت الأشغال موضوع الصفقة حسب تقرير الخبير المنتدب فتكون بذلك محقة في المطالبة برفع اليد عن مقتطع الضمان وعن الضمانة النهائية ولو في غياب محضر التسليم النهائي للأشغال".

كما جاء في حكم إدارية مكناس⁽³⁶⁾: "وحيث إن الثابت من أوراق الملف أن المدعية أنجزت الأشغال المتعلقة ببناء إعدادية ابن رشد تحت إشراف وتتبع الجهة المدعى عليها وأن هذه الأشغال قد تم تسليمها بدون تحفظ أو اعتراض، وانطلقت الدراسة في الإعدادية بعد تدشينها؛

وحيث أن تمسك المدعى عليها بكون المدعية لازالت لم تحصل بعد على محضر الاستلام النهائي يتعارض مع تحقق هذه الواقعة حكما بعد مرور أجل السنة عن إبرام محضر التسليم المؤقت".

ويؤكد هذا الاتجاه قرار الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى⁽³⁷⁾ جاء فيه: "لكن حيث أن واقعة إعمار الشقق موضوع الصفقة بالرغم من كونها تعتبر رائدة لقيام موجبات التسليم النهائي فإنها قرينة على إنجاز الأشغال من طرف المقاوله وبالتالي تقوم معها إلزامية التسليم النهائي من طرف الإدارة الذي لا يمكن أن

(35) حكم المحكمة الإدارية بفاس تحت عدد 459 بتاريخ 2006/7/4.

(36) حكم إدارية مكناس رقم 3/05/508 بتاريخ 2005/12/23.

(37) قرار الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى عدد 26 بتاريخ 2005/1/12.

يظل معلقاً على أي وقت تختاره الإدارة بحجة عدم قيام المقاوله ببعض الإصلاحات التي يطلبها الأمر، وهي تملك صلاحية القيام بها بواسطة الغير على نفقة المقاوله إن وجدت، والحال أنه تم مرور أربع سنوات بين تاريخ التسليم المؤقت وتاريخ الدعوى وأن قواعد العدالة توجب تقييد كل التزام في مدد معقولة وفقاً للسير العادي للأمر وطبيعة العمل ذاته.

وقد قضى هذا القرار بتأييد حكم إدارية مكناس⁽³⁸⁾ الذي قضى على الإدارة بالقيام بعملية التسليم النهائي لأشغال الصفقة بعد تسجيل امتناعها عن إنجاز محضر التسليم النهائي، وأن ذلك يشكل حماية قضائية للمتعاقد مع الإدارة.

الفقرة الرابعة: الحماية القضائية للمتعاقد مع الإدارة حالة القيام بأشغال خارج القواعد القانونية المنظمة للصفقات العمومية:

بمراجعة مرسوم 1998-12-30 و مرسوم 07-2-5 المحددين لشروط وأشكال الصفقات العمومية، يتضح أن تلك الصفقات يجب أن تبرم في شكل عقود مكتوبة وأن تتضمن مجموعة من البيانات منها على وجه الخصوص طريقة إبرام عقد الصفقة وبيان الأطراف المتعاقدة وموضوع الصفقة والتمن وأجل التنفيذ وتاريخ انتهاء الصفقة والمصادقة عليها غير أن الإدارة قد تلجأ في حالات الضرورة إلى إبرام عقد بالتراضي من أجل تنفيذ أشغال أو تسليم توريدات أو إضافة أشغال أخرى دون التقيد بالشكل المحدد بموجب المرسوم المذكور، وعند عرض النزاع على القضاء تتمسك ببطلان العقد أو انعدامه أو عدم المصادقة عليه. وبصفة

(38) حكم إدارية مكناس بتاريخ 2001/2/1 بالملف عدد 2000/1/4/627.

عامة اختلال لشروط انعقاده. فكيف تعامل القضاء الإداري المقارن مع الإشكال المذكور؟

وإذا كان عقد الصفقة باطلا نتيجة مخالفته لشروط وأشكال إبرام الصفقات العمومية ونتيجة عدم المصادقة عليه، فإن قواعد العدل والإنصاف تقضي بأن لا يحرم منجز تلك الأشغال من التعويض على أساس آخر غير العقد المذكور، ألا يمكن مطالبة الإدارة المتعاقدة في ظل عقد باطل باسترداد قيمة الأشغال التي أنجزتها لها واستفادت منها حتى لا يتحقق اغتناء طرف على حساب آخر تأسيسا على نظرية الإثراء بلا سبب التي طبقها القضاء الفرنسي⁽³⁹⁾ والذي اشترط قيام علاقة مباشرة بين اغتناء الجهة الإدارية متسلمة تلك الأشغال واقتنار منجز تلك الأشغال.

وفي قضية أخرى⁽⁴⁰⁾ أوضح مجلس الدولة الفرنسي أن تطبيق نظرية الإثراء بلا سبب رهين بأن تكون الأشغال المنجزة بمناسبة تنفيذ الصفقة الباطلة غير معترض عليها من طرف الإدارة وأن تعود عليها بفائدة حقيقية. صحيح أن مخالفة عقد الصفقة للقواعد المرسومة لانعقاده والتي تهدف إلى ضمان الشفافية وحرية المنافسة وفعالية نفقة المال العام ومراقبته يثير إشكالا قانونيا حول الجزاء المترتب عن هذا الإخلال؛ المؤكد هو أنه لا يمكن تعويضه عن تلك الأشغال الباطلة المخالفة للقانون في إطار عقد الصفقة لبطانها لمخالفة القواعد المنظمة لها.

(39) قرار مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ 1985/9/6 منشور بمجلة REC ص: 14 قضية

Association Eurolat

(40) قرار مجلس الدولة الفرنسي في قضية Ville de Cannes

لذا، يجب البحث عن أساس قانوني لسد هذا الإشكال. فهل تصلح بعض النظريات المنصوص عليها بقانون الالتزامات والعقود لمعالجة الإشكال المطروح وخصوصاً منها نظرية الإثراء بلا سبب المنصوص عليها بالفصل 75 من ق.ل.ع ونظرية استرجاع ما دفع بغير وجه حق. وهل تصلح كذلك نظرية المسؤولية الإدارية للإدارة في ظل الخطأ المشترك للتعويض عن الأشغال المنجزة خارج العقد.

وما يعمق الإشكال هو مدى جواز تطبيق قواعد القانون المدني في مجال الصفقات العمومية، علماً بأن نظرية الإثراء بلا سبب في ظل القانون المدني تقتضي أن لا يكون الطرف المفتقر قد ارتكب خطأ معيناً. والحال أن مقيم تلك الأشغال بعقد باطل أو بدون عقد يكون قد ساهم بخطئه في الإشكال المطروح. ثم إن ما يلاحظ هو أن التعويض الممنوح على أساس نظرية الإثراء بلا سبب يعادل فقط مبلغ الإثراء الفعلي الذي حصل عليه المشتري دون الربح الذي ضاع منه، ومن هنا لا يعوض إلا عن تكلفة الأشغال.

وفي قضية أخرى، ذهب مجلس الدولة الفرنسي⁽⁴¹⁾ إلى التعويض عن الأشغال الباطلة في ظل نظرية المسؤولية الإدارية والخطأ المشترك للإدارة ومنجز تلك الأشغال لتعاضي الإدارة عن إبرام صفقة قانونية في ظل القواعد المنظمة لها، وخطأ المقاول المتمثل في إنجاز تلك الأشغال بدون صفقة وقضى بتخفيض التعويض بسبب الخطأ المشترك.

(41) قرار مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ 1961/12/21 قضية CNE de Chassien

وفي نازلة أخرى، ذهب مجلس الدولة الفرنسي⁽⁴²⁾ إلى القول بأن احتفاظ الإدارة بأشغال منجزة في ظل صفقة باطلة بما يترتب عنها من مقابل يعد من قبيل دفع غير المستحق الواجب الاسترداد.

ويلاحظ أن القضاء الإداري الفرنسي من خلال قرارات مجلس الدولة المشار إليها أعلاه يتأرجح بين نظرية الإثراء بلا سبب ونظرية دفع غير المستحق الواجب استرداده ونظرية المسؤولية في إطار الخطأ المشترك للإدارة والمقاول. فكيف تعامل القضاء الإداري المغربي مع الإشكال المطروح وما هي الحلول التي اهتدى إليها ؟

لقد ذهب القضاء الإداري⁽⁴³⁾ وهو يبيت في الإشكال ويضفي حماية خاصة على المتعاقد مع الإدارة إلى القول بأن عقد الصفقة وإن لم يضبط باتفاق مكتوب فهو يأخذ أحكام الصفقة الأصلية باعتبارها مرتبطة به وفي نازلة أخرى⁽⁴⁴⁾ استنتج من وثائق الملف كالأوامر بالخدمة الصادرة عن المهندس وتقارير مكتب الدراسات المكلف بالمشروع وأعمال التمتير الخاصة بتلك الأشغال قيام المقاول بأشغال إضافية وقضى لها بالتعويضات المستحقة دون اشتراط عقد ملحق طبقاً لمرسوم 98.

(42) قرار مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ 1958/11/12 قضية

Campagne de messageries Maritimes

(43) حكم إدارية وجدة بتاريخ 2000/7/24 تحت عدد 00/69 ملف رقم 98/42.

(44) حكم إدارية مراكش تحت عدد 143 تاريخ 00/4/8 ملف رقم 05/3/259.

وفي نفس الإطار ذهب بعض الاتجاه القضائي⁽⁴⁵⁾ إلى اعتماد نظرية الإثراء بلا سبب في تعويض المقاوله على الأشغال الإضافية الغير المقررة بعقد ملحق مبرم طبقا للقانون جاء فيه ما يلي:

"حيث أن عدم توفر عقد الصفقة على أحد الشروط الجوهرية المنصوص عليها بموجب مرسوم 482-98-2 المؤرخ في 1998/12/30 يجعله باطلا وغير منتج لأي إثر قانوني ناتج عن العقد وينأى بالتالي بمثل هذا العقد عن مجال العقود الإدارية والمنازعة القضائية في هذا الإطار ومن تم يجرده من الضمانات التي يخولها للمتقاضي المرسوم المذكور رقم 482-98-2 المؤرخ في 1998/12/30 بتحديد شروط وأشكال إبرام صفقات الدولة. وحيث إن كان الأمر كذلك بالنسبة للعقود المبرمة بين المتعاقدين والتي اختل أحد شروط انعقادها فالأولى والأحرى أن يكون من الحتمي استبعاد المرسوم المذكور عند انعدام عنصر التعاقد من أساسه كما هو الأمر في نازلة الحال.

وأضاف الحكم المذكور، لكن اعتبارا لكون إنجاز الأشغال، ترتب عنها تحمل المدعي بنفقات أثبتتها الوثائق المدلى بها وتقرير الخبرة وفي المقابل حققت جهة الإدارة المنجزة لهذه الأشغال لفائدتها نفعا ثابتا، واعتبارا لكون المدعي لم يكن ليقوم بإنجاز تلك الأشغال إلا بموافقة جهة الإدارة وتحت إشراف موظفيها فإن مثل هذه الوضعية تشكل إثراء لهذه الإدارة على حساب المدعي بما أنفقه في إنجاز تلك الأشغال.

(45) حكم المحكمة الإدارية بفاس بالملف عدد 00/20 تحت عدد 239 بتاريخ 2002/4/30.

وخلصت في النهاية إلى القول بأنه " لا يقضى في إطار مبدأ الإثراء على حساب الغير إلا برد بقيمة تكلفة الأشغال والخدمات المنجزة مجردة عن أي ربح أو أي تعويض".

وهو نفس الاتجاه الذي كرسته المحكمة الإدارية بوجدة⁽⁴⁶⁾ جاء فيه "إن المتعاقد بإنجاز أشغال إضافية يستحق عنها مقابل القيام بها رغم أن كيفية إبرام العقد الملحق قد تمت دون احترام المسطرة القانونية الواجبة التطبيق وذلك استنادا للقواعد العامة موضحة أن المدعية قد قامت بإنجاز أشغال إضافية ولا تتحمل وزر خطأ المجلس بخصوص كيفية إبرام عقد الصفقة معها كما لا يمكن الإثراء على حسابها.

وإذا كان هذا الاتجاه القضائي يروم تحقيق قواعد العدل والإنصاف فهو ليس له مرجعية تعاقدية ومن هنا ذهب بعض الاتجاه القضائي⁽⁴⁷⁾ إلى التعويض عن الأشغال الإضافية في إطار نظرية المسؤولية الإدارية خارج قواعد إبرام الصفقات العمومية وقواعد القانون المدني.

كما أكدت نفس الاتجاه، المحكمة الإدارية بالدار البيضاء بقولها⁽⁴⁸⁾: "وحيث درج القضاء الإداري على مستوى المحاكم الإدارية المغربية على أن عدم توفر عقد الصفقة على أحد الشروط الجوهرية يجعله باطلا وغير منتج لأي أثر قانوني ناتج عن العقد وينأى بالتالي... هذا العقد عن مجال المنازعة القضائية في إطار العقود الإدارية...".

(46) حكم المحكمة الإدارية بوجدة بتاريخ 04/12/7 تحت عدد 325.

(47) حكم المحكمة الإدارية بالرباط بتاريخ 01/5/31 تحت عدد 520 في الملف رقم 98/52.

(48) حكم إدارية الدار البيضاء عدد 139 بتاريخ 2005/9/9.

وحيث إنه لما كان الأمر كذلك في هذه النازلة وأمام استبعاد أي مجال للعقد الإداري بشأن الأشغال المنجزة من طرف المدعي لفائدة الجماعة المدعى عليها وفي إطار سلطة المحكمة الإدارية في تكييف طلبات الخصوم وفقاً للقانون الواجب التطبيق دون تحريف للوقائع ولهذه الطلبات ومراعاة لقواعد القانون العام بهدف تحقيق التوازن بين المصلحة العامة المتمثلة في حماية المال العام والمصلحة الخاصة المتمثلة في حماية حقوق المتعامل مع الإدارة، واستناداً إلى مقتضيات الفصل الثامن من القانون رقم 41-90 المحدث للمحاكم الإدارية وأمام تمسك المدعي بمقاله الافتتاحي والإضافي للمطالبة بمستحققاته عن الأشغال التي أنجزها لفائدة جهة الإدارة ارتأت المحكمة تأطير الدعوى ضمن دعوى التعويض عن الأضرار التي تسببها أعمال ونشاطات أشخاص القانون العام".

وهو نفس الاتجاه الذي تبنته إدارية الرباط بحكمها⁽⁴⁹⁾ الذي جاء فيه: "إن القضاء في سبيل إيجاد حل قانوني لتسوية الوضعية الحسابية لأشغال إضافية أنجزت دون احترام المساطر التنظيمية الواردة في المجال التعاقدية دأب على محاكمة هذه الأشغال في إطار مقتضيات الفصل 79 من قانون الالتزامات والعقود...".

وقد تركز هذا الاتجاه بموقف الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى⁽⁵⁰⁾ الذي جاء فيه: "وحيث أن المحكمة أعملت النصوص القانونية الواجبة التطبيق على الوقائع المعروضة عليها ولم تغير من أساس الدعوى بعد أن ثبت لها من خلال

(49) حكم إدارية الرباط عدد 818 بتاريخ 07/4/23

(50) قرار المجلس الأعلى عدد 126 بتاريخ 07/2/7 ملف عدد 2005/1/4/1977

جلسة البحث، استفادت العمالة المستأنفة من أشغال أنجزها المستأنف عليه وثبت لها الأمر الإداري الصادر عنها بإنجازها والذي يترتب التزام الأداء في حقها كما ثبت لها ظروف الاستعجال التي أحاطت بها وبررت عدم إبرام عقد صفقة بشأنها، كل هذه الوقائع الثابتة والتي لا تنازع فيها الإدارة تبرر أحقية المستأنف عليه في استرجاع ما أنفقه في مواجهة الدولة التي لا يمكن أن يعفيها الإخلال الشكلي للعقد الصادر عنها من الأداء ما دامت الأشغال أنجزت بمقر العمالة والكتابة العامة التابعة لها بأمر منها واستفادت منها فيكون بذلك ما انتهى إليه الحكم المستأنف من أداء في محله وواجب التأييد".

كما أكدت نفس المنحى في قرار آخر⁽⁵¹⁾ بقولها: " لكن حيث أنه بالرجوع إلى وثائق الملف وإلى فحوى الحكم المستأنف ، يتضح أن الأشغال المطالب بها دائما قد تم إنجازها فعلا وهو ما أكدته الحكم المستأنف، وإن شكليات ومواصفات إنجاز تلك الأشغال كما تحدثت عنها النصوص التشريعية والتنظيمية، لا يمكن مواجهة المقاول بها متى كان حسن النية ومتى ثبت أن الإدارة أمرت بإنجاز تلك الأشغال في ظروف خاصة ودون الالتزام بما تفرضه تلك النصوص ومسئوليتها في هذا الباب لا غبار عليها، مما تكون معه من اللازم على الإدارة التي أنجزت الأشغال لفائدتها ووقع تسليمها لها أن تؤدي مقابل تلك الأشغال ماليا، حتى لا نكون أمام حالة الإثراء بلا سبب على حساب الغير وأن الحكم المستأنف لما قضى بالاستجابة للطلب ناحيا نفس المنحى المشار إليه أعلاه يكون واجب التأييد.

(51) قرار الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى عدد 609 بتاريخ 2007/7/11 ملف عدد 06/1/4/2195، قضية مقاول المدعري المؤيد بحكم المحكمة الإدارية بالرباط بالملف 03/985 بتاريخ 2005/12/1.

وفي اعتقادي، إن كلا من نظرية الإثراء بلا سبب ونظرية المسؤولية في إطار الخطأ المشترك يصلحاً أساساً لتحديد التعويض عن الأشغال المنجزة من طرف المفاوضة خارج الضوابط القانونية لعقد الصفقة تحقيقاً لقواعد العدل والإنصاف والتوازن بين المصلحة العامة والمصلحة الخاصة.

خاتمة:

إن العقود الإدارية لا يحكمها منطق سلطان الإرادة وقاعدة شريعة المتعاقدين كما هو الشأن في مجال القانون الخاص بل القواعد العامة لسير المرفق العام بانتظام واضطراد، والعقد الإداري باعتبار طبيعته تكوينه وارتباطه بالمصلحة العامة والمال العام يمر بمجموعة من المراحل ابتداء من تكوينه مروراً بتنفيذه، هاته المرحلة بالذات تكون مناسبة لبروز مجموعة من الإشكاليات تتعلق بسلطة فسخ العقد الإداري، وإذا كانت الإدارة تتمتع بسلطة تقديرية في فسخ العقد الإداري قبل أوانه ودونما حاجة إلى اللجوء إلى القضاء بالاستناد إلى نصوص العقد أو القواعد العامة لسير المرفق، فإن سلطتها التقديرية تلك ليست مطلقة بل تستعملها تحت رقابة القضاء الإداري الذي يسلط رقابته على القرارات الممهدة للعقد والمتعلقة بالفسخ في إطار دعوى الإلغاء متى استندت قرار الفسخ على نصوص القانون وبالتطبيق لأحكامه، كما يسلط رقابته على تلك القرارات في إطار دعوى القضاء الشامل متى كان الفسخ جزاء للإخلالات بالالتزامات التعاقدية، والقضاء الإداري بمناسبة النزاع القضائي ذلك يسلط رقابة على عنصر الاختصاص والمسطرة المتطلبية في إنهاء العقد والأسباب التي قام عليها الفسخ ومدى ملاءمتها للمخالفة المنسوبة للمقاولة، وحتى إذا تبين له أن قرار الفسخ جاء مبنيًا على إخلالات المتعاقد بالتزاماته التعاقدية يرتب الآثار القانونية على ذلك من حيث أحقية الإدارة في التعويض وفرض الجزاءات المالية وحجز الضمانة البنكية وحتى إذا كان قرار الفسخ تعسفيًا يرتب الآثار القانونية على ذلك من حيث أحقية المتعاقد مع الإدارة في استخلاص المقابل النقدي للأشغال فضلًا عن التعويض الكامل عن جميع الأضرار الناتجة عن الفسخ التعسفي بمفهوم ما لحق المتعاقد من خسارة وما فاتته

من كسب فضلا عن فوائد التأخير في الأداء واسترجاع الضمانة البنكية وجميع الاقتطاعات المتعلقة بعقد الصفقة.

وقد حاول القاضي الإداري المغربي في إطار سلطة الرقابة على القرارات الممهدة لإبرام العقود الإدارية وقرارات فسخها من جانب الإدارة أن يوفر من جهة الحماية اللازمة للمتعاقد مع الإدارة من كل شطط أو تعسف في فسخ العقد الإداري بما يترتب على ذلك من آثار قانونية ومن جهة أخرى إقرار التوازن بين الحفاظ على المصلحة العامة والمال العام وسير المرفق العام بانتظام، وحماية حقوق وأموال المتعاقدين مع الإدارة عن طريق إعادة التوازن المالي للعقد الإداري في ظل نظرية فعل الأمر ونظرية الظروف الطارئة، كما استطاع أن يوفر الحماية اللازمة للمتعاقد مع الإدارة في الحالة التي تمتنع الإدارة بغير موجب قانوني عن تسليم الأشغال موضوع العقد بشكل نهائي وأداء التعويض المستحق ورفع اليد عن الضمانة النهائية.

واعتبارا للدور الذي يلعبه القضاء الإداري كقضاء قانوني يسعى إلى خلق القواعد القانونية في إطار المبادئ العامة للقانون وقواعد العدل والإنصاف وإحقاق التوازن بين المصلحة العامة والمصلحة الخاصة وضمان حقوق المتعاقد مع الإدارة استطاع أن يجد مخرجا قانونيا للأشغال المنجزة خارج الضوابط القانونية التي تحكم الصفقات العمومية وتعويض منجزها في إطار نظرية الإثراء بلا سبب وقواعد المسؤولية الإدارية والخطأ المشترك تكريسا لقواعد العدل والإنصاف.
