Université Abou Bekr Belkaid
Tlemcen Algérie
جامعة أبي بكر بلقايد
تلمسان الجزائر

كلية الحقوق و العلوم السياسية

الجـــزاءات
في مجـال تنـفيـذ العقــود الإداريـة

مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام المعمق

إعداد الطالب:
بن سديرة جلول

إشراف:
د. بن مرزوق عبد القادر

لجنة المناقشة :

– أ.د بدران مراد	أستاذ	جامعة تلمسان	رئيسا
– د. بن مرزوق عبد القادر	أستاذ محاضر "أ"	جامعة تلمسان	مشرفا ومقررا
– أ.د قادة شهيدة	أستاذ	جامعة تلمسان	مناقشا

السنة الجامعية: 2015-2014

بِسْمِ اللهِ الرَّحْمَانِ الرَّحِيمْ

﴿ وَأَن لَّيسَ لِلإِنسَانِ إِلاَّ مَا سَعَى، وَأَنَّ سَعيهُ سَوفَ يُرَى، ثُمَّ يُجزَاهُ الجَزَاءَ الأَوفَى، وَأَنَّ إِلَى رَبِّكَ المُنتَهَى ﴾

سورة النجم، الآيات: 39_40_41_42

شكر وتقدير

بعد شكر الله عز وجل على حسن توفيقه لي في إنجاز هذه المذكرة، أتقدم بالشكر الجزيل للأستاذ المشرف الدكتور بن مرزوق عبد القادر على قبوله الإشراف على مذكرتي على الرغم من إنشغالاته، كما أشكره على توجيهاته ونصائحه القيمة التي أرشدتني لإنجاز هذا العمل المتواضع.

كما أتقدم بالشكر الخالص والكبير إلى الأساتذة الأفاضل أعضاء لجنة المناقشة.

إهـــداء

أُهدي ثمرة هذا الجهد:

إلى من غمراني برضاهما، إلى الوالدين الكريمين أطال الله عمرهما ومتعهما

بالصحة والعافية.

إلى إخواتي وأخواتي، وإلى جميع أصدقائي.

إلى جميع زملائي في الدراسة، وخاصة زملائي في الماجستير.

إلى كل من قدم لي يد العون في بحثي هذا.

قائمة المختصرات

1-باللغة العربية:

ج : الجزء.

ج.ر.ج.ج : الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية.

د.م.ج : ديوان المطبوعات الجامعية.

ص : الصفحة.

ع : العدد.

غ.إ : الغرفة الإدارية.

ق.أ.ع.و.ع : القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية.

ق.إ.م.إ : قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

ق.ع : قانون العقوبات.

ق.م : القانون المدني.

م.ق : المجلة القضائية.

2-باللغة الفرنسية:

J.O.R.A : Journal Officiel de la République Algérienne.
L.G.D.J : Librairie Générale de Droit et Jurisprudence.
N° : Numéro.
O.P.U : Office des Publications Universitaires.
Op.cit : Ouvrage précidamment cité.
P : Page.
T : Tome.

مقدمة

تعتمد الإدارة العامة في ظل الأنظمة القانونية الحديثة أثناء قيامها بنشاطاتها الوظيفية على وسائل متعددة، تتعدد وتتنوع بين وسائل بشرية، ووسائل مادية، ووسائل قانونية.

وتعد الوسائل القانونية أحد أبرز الأساليب التي لا تستطيع الإدارة التحرك من دونها، وذلك من خلال أسلوبين رئيسيين.

أسلوب القرار الإداري، الذي يُعَرَف على أنه:" ذلك التصرف الإرادي الانفرادي الصادر بإرادة إحدى السلطات الإدارية في الدولة، بهدف إحداث آثار قانونية، سواء بإنشاء وضع قانوني جديد أو بتعديل أو إلغاء وضع قانوني قائم"[1].

ويعد أسلوب القرار الإداري أحد أهم وأكثر وسائل الإدارة فاعلية في تحقيق أهدافها، باعتبارها الأداة الرئيسية التي تستطيع بواسطتها القيام بواجباتها المتعددة.

غير أن أسلوب القرار الإداري الذي يقوم أساساً على معنى الإلزام وفرض الأمر دون إرادة الأفراد، لا يكفي لتلبية كافة الأهداف المنشودة للإدارة، لأنه لا يحقق بالدرجة اللازمة مستلزماتها واحتياجاتها في إطار نشاطاتها الوظيفية، خصوصا بعد اتساع وظيفة الدولة وتشعب مسؤولياتها، وانتقال دورها من الدولة الحارسة التي كان يقتصر نشاطها الإداري على تلك النشاطات المرتبطة بالدفاع الخارجي والأمن الداخلي والقضاء وغير ذلك، إلى الدولة المتدخلة في كافة المجالات وبالخصوص المجالات المرتبطة بالجوانب الاقتصادية والاجتماعية.

مما تحتم على الإدارة اللجوء إلى أسلوب آخر لا يقل أهمية عن سابقه، وذلك عن طريق الاتفاق الودي الرضائي، الذي يكون بينها من ناحية وبين شخص آخر من ناحية أخرى من أشخاص طبيعيين ومعنويين، إذا قدرت أن هذه الطريقة أنجع لتحقيق أهدافها، ومن ثم فهي لا تستطيع

[1]– عادل بوعمران، النظرية العامة للقرارات والعقود الإدارية، دراسة تشريعية فقهية وقضائية، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2010، ص 10.

التصرف في أموال الأفراد جبرا عنهم وبصورة مطلقة، بل تلجأ إلى أسلوب التعاقد معهم، فينشأ بينها وبينهم عقود[1].

وهذه العقود التي تبرمها الإدارة ليست جميعها من نفس الطبيعة القانونية، فهناك عقود تبرمها الإدارة مع الغير كأي فرد عادي لا كصاحبة سلطة وامتياز، وفي هذه الحالة فإن هذه العقود تخضع في إبرامها وتنفيذها، وما يترتب عنها من منازعات للقواعد القانونية المعمول بها في نطاق القانون الخاص، وتسمى بالعقود المدنية أو العادية، وهي نفس العقود التي يبرمها الأفراد فيما بينهم، حيث تتساوى الإدارة فيها من حيث مركزها القانوني التعاقدي مع من تتعاقد معهم، وتخضع فيها هذه العقود لمبدأ سلطان الإرادة وفقا لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين[2].

وهناك عقود أخرى تبرمها الإدارة كسلطة وصاحبة امتياز على الأفراد، ويتراجع فيها مبدأ سلطان الإرادة، وتخضع في إبرامها وتنفيذها وما ينشأ عنها من منازعات للقواعد القانونية المعمول بها في نطاق القانون العام، وتسمى بالعقود الإدارية.

وحيث أنه من المتعارف عليه في القضاء والفقه الإداريين، أن العقد الإداري هو ذلك الاتفاق الذي يكون أحد طرفيه على الأقل شخصا معنويا من أشخاص القانون العام (الدولة أو المجموعات الإقليمية المحلية أو مؤسسة عمومية ذات طابع إداري)، والطرف الآخر شخص من أشخاص القانون العام ، أو أحد أشخاص القانون الخاص كشخص طبيعي أو معنوي، ويهدف هذا الاتفاق إلى تنظيم أو تسيير نشاط مرفق عام قصد تحقيق النفع العام، ويجب أن تظهر فيه نية الإدارة في الأخذ بأحكام ووسائل القانون العام، وذلك بتضمينه شرطاً أو شروطاً استثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص[3].

---

[1]– منصور نصري نابلسي، العقود الإدارية (دراسة مقارنة)، الطبعة الثانية، منشورات زين الحقوقية، لبنان، 2012، ص 12.

[2]– لقد وردت هذه القاعدة في المادة: 106من الأمر رقم:75-58 المؤرخ في: 1975/09/26 يتضمن ق.م، ج.ر.ج.ج، ع 78، 1975، والتي تنص على أن:" العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه، ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقررها القانون".

[3]– نسرين شريفي، مريم عمارة، سعيد بوعلي، القانون الإداري (التنظيم الإداري– النشاط الإداري)، دار بلقيس، الجزائر، 2014، ص 164-165.

وبما أن العقد الإداري شأنه أي عقد، يُنشئ التزامات على أطرافه طبقاً للشروط المتعاقد عليها، وبما يتفق مع المبادئ المستقرة في العقود عامة، وأهمها مبدأ حسن النية، وبطبيعة الحال مع الأخذ بعين الاعتبار مع ما تقتضيه المصلحة العامة التي تسعى الإدارة دوما لتحقيقها.

ولما كان المتعاقد مع الإدارة هو في الغالب الأعم من أشخاص القانون الخاص، يسعى لتحقيق مصلحته الخاصة، وأنه لا يهمه بالدرجة الأولى المصلحة العامة، كونه لا يسعى إلى تحقيقها، فقد ترتب على ذلك أن تكون إرادة من يسعى لتحقيق المصلحة العامة (أي الإدارة)، أعلى من إرادة الطرف الذي يسعى لتحقيق مصلحته الخاصة فقط، الأمر الذي استتبع معه منح الإدارة الكثير من الامتيازات والسلطات الاستثنائية في مجال تنفيذ عقودها الإدارية، والتي تشكل في مجموعها بمثابة حقوق لها.

ومن قبيل هذه الامتيازات والسلطات الاستثنائية، سلطتها في الإشراف والرقابة على المتعاقد معها[1]، وسلطتها في تعديل العقد الإداري بإرادتها المنفردة[2]، بالإضافة إلى سلطتها في توقيع الجزاءات في أثناء تنفيذ عقودها الإدارية، والتي تعد أبرز وأخطر السلطات التي تتمتع بها الإدارة.

لذلك فإن موضوع هذه الدراسة يتناول الجزاءات في مجال تنفيذ العقود الإدارية، كإحدى الامتيازات التي تتمتع بها الإدارة في مواجهة المتعاقد معها، وذلك من خلال إمكانيتها وقدرتها في فرض عليه جزاءات متنوعة ومتعددة، لأن ضرورة الحرص على سير المرافق العامة بانتظام واطراد، يستلزم تشدد الإدارة في التعامل مع المتعاقد معها، لإجباره على تنفيذ التزاماته التعاقدية تنفيذاً سليماً ودقيقاً.

---

[1]– "يقصد بسلطة الإشراف تحقق الإدارة من أن المتعاقد معها يقوم بتنفيذ التزاماته التعاقدية على النحو المتفق عليه، أما سلطة الرقابة فتتمثل في حق الإدارة في التدخل لتنفيذ العقد وتوجيه الأعمال واختيار طريقة التنفيذ في حدود الشروط وضمن الكيفيات المتفق عليها في العقد"؛ عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، (وفق المرسوم الرئاسي المؤرخ في 07 أكتوبر2010 المعدل والمتمم والنصوص التطبيقية له)، الطبعة الرابعة، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر،2014، ص 209.

[2]– "يقصد بسلطة التعديل الانفرادي للعقد الإداري المكنة التي تسمح للإدارة بتعديل العقد بإرادتها المنفردة أثناء التنفيذ، بصورة لم تكن معروفة وقت إبرام العقد"؛ لمزيد من التفاصيل أنظر: محفوظ عبد القادر، سلطة الإدارة في التعديل الانفرادي للعقد الإداري (دراسة مقارنة)، مذكرة ماجستير في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2013-2014، ص 06.

وعلى هذا الأساس نجد أن المتعاقد مع الإدارة يواجه مبدأً أساسيا وجوهريا يُفرض عليه، ألا وهو مبدأ دوام سير المرفق العام[1].

وحتى يتحقق هذا المبدأ من الناحية العملية، يجب على المتعاقد التعاون مع الإدارة في إدارة المرفق العام، وذلك من خلال التزامه بتنفيذ التزاماته الناشئة عن العقد، تنفيذا سليما ووفقا للشروط الواردة به، وأن أي إخلال من جانبه بالتزاماته التعاقدية، لا يعد مجرد خَطَأً عقدياً، ولكنه أيضا خطأ ضد المرفق العام ذاته.

ولمواجهة هذا الإخلال كان لابد من وجود جزاءات رادعة، توقع على المتعاقد في حالة عدم التزامه ببنود العقد، ولكي يعلم أنه لا مجال للعبث مع الإدارة والإخلال بالمصلحة العامة.

بالإضافة إلى ذلك وحتى يكون لسلطتي الرقابة والتوجيه والتعديل الانفرادي فاعلية وأثرا، لابد وأن يتقرر للإدارة حق توقيع الجزاءات على المتعاقد معها، إذا ما ثبت لديها من خلال الإشراف والرقابة مخالفته لشروط العقد بما يخل بالصالح العام، وأنه لم يلتزم بتوجيهاتها وتعليماتها وتعديلاتها.

ومن هنا تبرز أهمية موضوع دراستنا، وتلك هي الأهمية التي دفعتنا إلى اختيار الجانب القانوني من الجزاءات الإدارية لتنفيذ العقود الإدارية، وذلك من خلال استخلاص الحلول اللازمة للمشاكل التي تواجه الإدارة المتعاقدة والمتعاقدين معها في هذا المجال.

حيث تكمن أهم وأبرز هذه المشاكل في عدم التزام المتعاقدين معها بالبنود التعاقدية المتفق عليها، الأمر الذي يوجب إيجاد جزاءات فعالة في يد الإدارة المتعاقدة، بقصد إلزام هؤلاء المتعاقدين على احترام التزاماتهم التعاقدية، وتنفيذها على الوجه المطلوب، وبما يحقق الأهداف المرجوة منها.

[1]– ويصطلح عليه أيضا بمبدأ الاستمرارية (le principe de continuity du service publics)، والذي يقصد به ضرورة أن يكون عمل المرافق العمومية منتظما ومستمرا دون انقطاع أو توقف، وأي توقف ولو لمدة قصيرة يشكل خلالا ومساسا بفكرة الخدمة العمومية؛ نادية ضريفي، تسيير المرفق العام والتحولات الجديدة، دار بلقيس، دار البيضاء، الجزائر، 2010، ص 31.

غير أنه تجدر الإشارة، إلى أن تطبيق الجزاءات في مجال تنفيذ العقود الإدارية، سوف ينحصر من خلال هذه الدراسة، بالنسبة لأهم وأبرز العقود الإدارية الأكثر شيوعا من الناحية النظرية والعملية، ونخص بالذكر كل من عقد الامتياز الإداري وعقد الأشغال العامة وعقد التوريد الإداري.

بالإضافة إلى ذلك فإن معالجة هذا الموضوع ستتم من ثلاثة نواحي:

من الناحية القضائية باعتبار أن موضوع الجزاءات في مجال تنفيذ العقود الإدارية ذو أصل قضائي، وذلك من خلال إبراز أهم الأحكام القضائية ذات الصلة بالموضوع، الصادرة في هذا الشأن عن القضاء المقارن، ومن الناحية الفقهية القانونية، وذلك بالتطرق لمختلف الدراسات الفقهية القانونية المتعلقة بالموضوع.

بالإضافة إلى الجانب القانوني من خلال إبراز مختلف النصوص القانونية التي تتعلق بالجزاءات في مجال تنفيذ العقود الإدارية، وذلك من خلال ما هو وارد في القواعد المنظمة للصفقات العمومية في الجزائر، باعتبارها تنظم قسم هام من أقسام العقود الإدارية.

وعليه فإن إشكالية البحث في هذا الموضوع تقوم على طرح السؤالين الآتيين:

ما مدى وجود جزاءات إدارية كضمانة رئيسية في أثناء مرحلة تنفيذ العقود الإدارية؟ وما مدى فعالية هذه الجزاءات؟

وللإجابة على هذه الإشكالية، كان علينا توظيف مناهج علمية مختلفة، المنهج الوصفي والتحليلي والتاريخي والمقارن.

المنهج الوصفي من خلال التطرق لأهم آراء الفقه الإداري حول الجزاءات في مجال تنفيذ العقود الإدارية، باعتبارها من إبداعاته ، بالإضافة إلى المنهج التحليلي الذي لا يمكن أن تخلوا منه أي دراسة قانونية هادفة، خاصة بالنسبة للنصوص القانونية.

والمنهج التاريخي فرضته علينا ضرورة التطرق إلى أحداث تاريخية هامة، ساهمت في إرساء دعائم النظام القانوني للجزاءات في مجال تنفيذ العقود الإدارية، وذلك من خلال التطور الذي عرفه في ظل أحكام قضاء مجلس الدولة الفرنسي، بالإضافة إلى المنهج المقارن في بعض جوانب الموضوع فقط. وفي بحثنا هذا قمنا بإجراء مقارنة بين الأساس القانوني لسلطة الإدارة في توقيع الجزاءات في النظرية العامة والقانون الجزائري.

وقد واجهتنا من خلال هذه الدارسة صعوبات كثيرة أهمها:

ندرة الأبحاث والدراسات القانونية في الجزائر، نظرا لكون أن الفقه الجزائري قد اكتفى بالتعرض للجزاءات الإدارية في مجال تنفيذ العقود الإدارية بشكل سطحي لا أكثر، وعلى الرغم من ذلك فلم يمنعنا من البحث فيه، حيث كانت معظم المراجع المعتمدة من خلال هذه الدراسة لفقهاء مصريين.

كما واجهتنا صعوبة أخرى في عدم تمكننا من الحصول على أحكام قضائية عن القضاء الجزائري، وهو ما دفعنا إلى الاعتماد على الأحكام القضائية الفرنسية والمصرية تدعيماً للموضوع وإثرائه في بعض جوانبه، ولسد النقص وبالخصوص في الفصل الأول.

وعليه تستدعي هذه الدراسة إبراز المبادئ والأسس العامة التي يقوم عليها النظام القانوني للجزاءات في مجال تنفيذ العقود الإدارية (**الفصل الأول**)، ومن ثم التطرق للقواعد المنظمة لأنواع الجزاءات في مجال تنفيذ العقود الإدارية (**الفصل الثاني**).

الفصل الأول

المبادئ والأسس العامة التي يقوم عليها النظام القانوني للجزاءات في مجال تنفيذ العقود الإدارية

تخضع العقود بصورة عامة لأصل من أصول القانون، يقضي بأن يكون تنفيذ الالتزامات الناشئة عنها بطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية[1]، وأحكام هذا الأصل إذا كانت مطبقة في مجال العقود المدنية، حيث يكون الطرفان متساويان ويهدفان إلى تحقيق مصالحهم الشخصية، فإنه من باب أولى أن تطبق أحكام هذا الأصل في مجال تنفيذ العقود الإدارية.

فالعقود الإدارية التي تبرمها الإدارة بوصفها سلطة عامة، وبإتباعها وسائل القانون العام بقصد تسيير وتنظيم نشاط المرافق العامة على أحسن وجه، تستهدف من وراء ذلك كله تحقيق المصلحة العامة.

لذلك فان أي إخلال من جانب المتعاقد مع الإدارة في تنفيذ التزاماته الناجمة عن عقد من العقود الإدارية، لا يعد في حد ذاته إخلالاً بالتزام تعاقدي فحسب، وإنما يعتبر بمثابة مساس بسير المرفق العام الذي يتصل به العقد الإداري، وبالتالي يترتب عن ذلك إلحاق ضرر بالمصلحة العامة، الأمر الذي استوجب أن يكون للإدارة المتعاقدة وهي بصدد تنفيذها لعقودها الإدارية جزاءات.

هذه الجزاءات تختلف في مجال تطبيقها عن الجزاءات المقررة في مجال العقود المدنية، فإذا كانت هذه الأخيرة تستهدف إصلاح الأخطاء وتعويض المتعاقد، بحيث تعيد التوازن إلى الالتزامات الناشئة بين طرفي العقد، فإن الجزاءات في مجال تنفيذ العقود الإدارية، تستهدف بالدرجة الأولى ضمان تنفيذ المتعاقد مع الإدارة لالتزاماته التعاقدية، بما يكفل دوام سير المرافق العامة بانتظام واطراد.

وقد مر الاعتراف للإدارة بحقها في توقيع الجزاءات على المتعاقد معها في حالة إخلاله بتنفيذ التزاماته التعاقدية، بمراحل تطور في قضاء مجلس الدولة الفرنسي، إلى أن استقلت بنظام قانوني مصدره

[1]– لقد ورد هذا الأصل العام في نص المادة : 01/107 من الأمر رقم:75-58 المتضمن ق.م المعدل والمتمم التي تنص على أنه: "يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه و بحسن نية".

القانون العام، وبموجبه أصبح لنظرية الجزاءات في العقد الإداري خصائصها المشتركة وأساسها القانوني الذي تقوم عليه، وهو ما يتميز به نظام الجزاءات في مجال تنفيذ العقود الإدارية عن نظام الجزاءات المعمول به في نطاق القانون الخاص.

وعلى ضوء ما تقدم سيتم تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين على النحو الآتي:

- **المبحث الأول**: المفهوم القانوني لنظام الجزاءات في مجال تنفيذ العقود الإدارية وتطوره التاريخي.
- **المبحث الثاني**: الخصائص المشتركة للجزاءات في مجال تنفيذ العقود الإدارية والأساس القانوني لها.

المبحث الأول

المفهوم القانوني لنظام الجزاءات في مجال تنفيذ العقود الإدارية وتطوره التاريخي

تعد الجزاءات في مجال تنفيذ العقود الإدارية، كإحدى امتيازات السلطة العامة التي تمتلكها الإدارة المتعاقدة، باعتبارها القوامة على حسن تنفيذ عقودها الإدارية المتصلة بسير المرافق العامة بانتظام واطراد، والتي فرضتها مجريات مسار العلاقة التعاقدية نتيجة وقوع خطأ عقدي[1].

هذا الخطأ الذي يكون في الغالب من جانب المتعاقد في أثناء مرحلة تنفيذ العقد، مما يترتب عنه مساس باستمرارية المرفق العام المتصل بموضوع العقد.

لذلك يقتضي منا الأمر للإلمام بموضوع الجزاءات في مجال تنفيذ العقود الإدارية، ضرورة التطرق للمفهوم القانوني لنظام الجزاءات في مجال تنفيذ العقود الإدارية (**المطلب الأول**)، ومن ثم التطرق للكيفية التي ولدت فيها نظرية الجزاءات في العقد الإداري ونظامها القانوني، وذلك من خلال تبيان مراحل نشأتها وتطورها التاريخي إلى غاية صورتها النهائية (**المطلب الثاني**).

المطلب الأول

المفهوم القانوني لنظام الجزاءات في مجال تنفيذ العقود الإدارية

من خلال هذا المطلب سيتم التطرق إلى تحديد المعنى العام للجزاء وعلاقته بالنظم القانونية المشابهة (**الفرع الأول**)، ثم تحديد القيود الواردة على نظام الجزاءات في مجال تنفيذ العقود الإدارية (**الفرع الثاني**).

[1]– يقصد بالخطأ العقدي: " ذلك الخطأ الناتج عن عدم قيام المدين بتنفيذ التزاماته الناشئة عن العقد، أيا كان السبب في ذلك، و يستوي في ذلك أن يكون عدم التنفيذ ناشئا عن عدمه أو إهماله أو عن فعله دون عمد أو إهمال"؛ جمال عباس أحمد عثمان، النظرية العامة و تطبيقها في مجال إلغاء العقود الإدارية في الفقه و قضاء مجلس الدولة، المكتب العربي الحديث، الإسكندرية، مصر، 2007، ص 360.

الفرع الأول

المعنى العام للجزاء وعلاقته بالنظم القانونية المشابهة

إن إلقاء نظرة عامة على ماهية الجزاء وأنواعه، قبل الولوج إلى مضمونه في النظرية العامة للعقد الإداري، تعد مسألة مهمة في استيعاب أحكام وقواعد الجزاءات في مجال تنفيذ العقود الإدارية بصفة عامة، ويكون ذلك من خلال التطرق إلى تعريف الجزاء وأنواعه (**أولا**)، ثم التطرق إلى تحديد معنى الجزاء في مجال تنفيذ العقود الإدارية وتكييفه القانوني (**ثانيا**).

أولا: تعريف الجزاء وأنواعه

سيتم التطرق إلى تعريف الجزاء من الناحية اللغوية، ومن الناحية الاصطلاحية الفقهية القانونية (**1**)، ثم التطرق بعد ذلك إلى أهم وأبرز أنواع الجزاء (**2**).

1)- تعريف الجزاء:

الجزاء لغة مصدره الفعل جزى، والذي معناه: مكافأة، عقاب، عقوبة[1].

أما في الاصطلاح الفقهي القانوني فيقصد بالجزاء: "ذلك الأثر الذي يترتب وفقا للقانون على مخالفة القاعدة القانونية، من خلال اتخاذ الدولة – ممثلة في سلطاتها المختلفة – كافة الوسائل والإجراءات لضمان نفاذ القاعدة القانونية وفعاليتها، سواء كان ذلك عن طريق منع وقوع المخالفة، أو عن طريق معالجة الوضع الذي أدت إليه المخالفة أو عن طريق ردع من قام بالمخالفة"[2].

[1]- المنجد الوسيط في العربية المعاصرة، الطبعة الأولى، دار المشرق، بيروت، لبنان، 2003، ص 169.

[2]- أحمد محمد الرفاعي، المدخل للعلوم القانونية (نظرية القانون)، كلية الحقوق، جامعة نبها، 2007-2008 ص 32، المنشور على الموقع الالكتروني: http:// bu.edu.eg/olc/images/law-pdf؛ شوهد في: 16 أفريل 2014م.

ومعنى ذلك أنه إذا خالفها أي شخص تحرك عنصر الجزاء ليرتب أثره، وفي نفس الوقت تبرز مكانة القاعدة القانونية ودرجة إلزامها[1].

فالجزاء بهذا المعنى هو ركن في القاعدة القانونية وعنصر من العناصر المكونة لها، بحيث لا يمكن فصل أحدهما عن الآخر[2].

وعلى هذا الأساس وصف الجزاء بأنه بمثابة القلب النابض للقاعدة القانونية، وبدونه تصبح القاعدة القانونية مجرد أحرف ميتة لا وجود لها من الناحية العملية[3].

2)- أنواع الجزاء:

تتعدد صور الجزاء من حيث مجاله بتعدد واختلاف فروع القانون، إذ أنه لكل فرع من فروع القانون جزاءات خاصة به.

وبناءا على ذلك سوف نقتصر فقط على تبيان أهم وأبرز هذه الصور كالآتي:

أ- الجزاء المدني: هو ذلك الجزاء الذي يترتب كأثر على مخالفة قاعدة قانونية تحمي مصلحة خاصة، الهدف منه جبر الضرر الذي لحق المضرور، إما عن طريق إجبار المدين على تنفيذ ما التزم به (التنفيذ العيني) ، أو عن طريق إلزام المسؤول عن الضرر بدفع مبلغ من المال للمضرور يعادل قيمة

---

[1]- عمار بوضياف، المدخل للعلوم القانونية (النظرية العامة للقانون وتطبيقاتها في التشريع الجزائري)، الطبعة الثالثة، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2007، ص 27.

[2]- علي فيلالي، مقدمة في القانون، موفم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2005، ص 50.

[3]- عمار بوضياف، المدخل للعلوم القانونية، المرجع السابق، ص 27؛ وفي نفس المعنى وصف (JEHRING) أهمية الجزاء عندما اعتبر القاعدة القانونية الخالية من الجزاء بمثابة تناقض في حد ذاته و بمثابة نار لا تشعل و ضوء لا ينير.

« la contrainte… constitue le critère absolu du droit, une règle juridique (reschtatz) sans contraint juridique est une contradiction in se, un feu qui ne brule pas, une lumière qui n'éclaire pas »;

مقتبس عن: رمضان غناي، عن موقف مجلس الدولة من الغرامة التهديدية (تعليق على قرار مجلس الدولة الصادر بتاريخ 2003/04/08 ملف رقم: 014989)، مجلة مجلس الدولة، ع 04، 2003، ص 147.

الضرر الذي لحقه (التعويض)، وقد يتخذ الجزاء المدني شكلا آخر، كما هو الشأن في حالة مخالفة أركان أو شروط انعقاد التصرفات القانونية (البطلان)... الخ[1].

ب- الجزاء الجنائي: وأساسه مبدأ هام في القانون الجنائي هو لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص[2]، فيفرض الجزاء الجنائي عند مخالفة قواعد قانون العقوبات، ويعتبر الجزاء الجنائي من أشد الجزاءات المقررة من قبل المشرع لكونه يتضمن جزاءات (عقوبات) بدنية كالإعدام، أو جزاءات سالبة للحرية كالسجن والحبس أو حتى جزاءات مالية كالغرامة[3].

ج- الجزاء الإداري: هو ذلك الجزاء الذي يتقرر عند مخالفة قواعد القانون الإداري، والذي يتخذ صورا عديدة، فمن بين هذه الجزاءات ما يشبه الجزاءات المقررة في نطاق القانون الخاص، ومنها ما يستند إلى الامتيازات التي تتمتع بها الإدارة بصفتها صاحبة سلطة وسيادة، بحيث يمكنها أن تقرر توقيع جزاءات على من يخالف قواعد القانون الإداري، ودون اللجوء إلى القضاء، والأمثلة على ذلك كثيرة نظرا لتعدد فروع القانون الإداري[4].

فنذكر على سبيل المثال الجزاءات التي تفرضها الإدارة كأسلوب من أساليب الضبط الإداري، كتدابير وقائية تهدف من خلالها إلى اتقاء أي إخلال بالنظام العام، وهذه الجزاءات قد تكون مثلا مالية كالمصادرة، وقد تكون غير مالية كالاعتقال وإبعاد الأجانب وغير ذلك[5].

---

[1]- عمرو طه بدوي محمد، المدخل لدراسة القانون، الكتاب الأول، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، مصر، 2007، ص 15-16.

[2]- وهو المبدأ المنصوص عليه في المادة:01 من الأمر رقم: 66-156 المؤرخ في: 08 يونيو 1966، الذي يتضمن ق.ع، ج.ر.ج.ج ، ع 49، 1966، والتي تنص على أنه: " لا جريمة ولا عقوبة أو تدابير أمن بغير قانون".

[3]- محمد سعيد جعفور، مدخل إلى العلوم القانونية (الوجيز في نظرية القانون)، دار هومة، الجزائر، 2004،ص 36-37؛ علي فيلالي، المرجع السابق، ص 63.

[4]- عمار بوضياف، المدخل للعلوم القانونية، المرجع السابق، ص 31.

[5]- بلقاسم دايم، النظام العام الوضعي والشرعي وحماية البيئة، رسالة دكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق ، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2003-2004، ص 98.

ومن ذلك أيضا الجزاءات التي تفرضها الإدارة في مجال الوظيفة العامة، أو ما يعرف بالجزاءات التأديبية التي توقعها الإدارة لمواجهة لما يقع من إخلال من جانب موظفيها بالتزاماتهم الوظيفية[1].

وهناك جزاءات تفرضها الإدارة في مجال نشاطها الإداري التعاقدي، وذلك في نطاق العقود الإدارية التي تبرمها في أثناء مرحلة التنفيذ[2].

ثانيا: معنى الجزاء في مجال تنفيذ العقود الإدارية وتكييفه القانوني

كما سبقت لنا الإشارة ونحن بصدد الحديث عن الجزاء الإداري، أنه يتخذ هو الآخر كغيره من أنواع الجزاءات الأخرى، صورا عديدة نظرا لتعدد فروع القانون الإداري، والتي من بينها الجزاءات التي تفرضها الإدارة في مجال تنفيذ عقودها الإدارية.

وعليه فما هو المضمون القانوني للجزاءات في مجال تنفيذ العقود الإدارية؟

إن الإجابة على ذلك، تستوجب منا بداية التطرق إلى تحديد المقصود بالجزاءات في مجال تنفيذ العقود الإدارية (**1**)، ثم التطرق إلى تحديد التكييف القانوني للجزاءات في مجال تنفيذ العقود الإدارية (**2**).

[1]– أنظر: المادة: 163 من الأمر رقم: 06-03 المؤرخ في: 15 يوليو 2006، المتضمن ق.أ.ع.و.ع، ج.ر.ج.ج ، ع 46، الصادرة بتاريخ: 2006/06/15؛ وللاستزادة أكثر بخصوص الجزاءات التأديبية أنظر: قوسم حاج غوثي، مبدأ التناسب في الجزاءات التأديبية والرقابة القضائية عليه (دراسة مقارنة)، رسالة دكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2011-2012، ص 45 وما بعدها.

[2]– وهو ما سوف يتم التطرق إليه بالتفصيل من خلال هذه الدراسة.

1)- المقصود بالجزاءات في مجال تنفيذ العقود الإدارية

يقصد بالجزاءات في مجال تنفيذ العقود الإدارية: "تلك الجزاءات التي تفرضها جهة إدارية مخولة بموجب القانون على المتعاقد معها في حالة إخلاله بتنفيذ شروط العقد الإداري"[1].

كما يقصد بالجزاءات في مجال تنفيذ العقود الإدارية بمعنى أدق وأوسع : "تلك الامتيازات التي تسمح للإدارة المتعاقدة، وهي بصدد تنفيذ عقودها الإدارية بتوقيع مختلف الجزاءات التعاقدية وغير التعاقدية مهما كانت طبيعتها، وذلك لمواجهة إخلال المتعاقد معها بالتزاماته التعاقدية أو قصر في تنفيذها على أي وجه من الأوجه الإخلال بعد إعذاره"[2].

وبناءا على ذلك، فإن حق الإدارة في مباشرة سلطتها في توقيع الجزاءات على المتعاقد معها في حالة إخلاله بتنفيذ التزاماته التعاقدية، ليس بهدف تعجيزه أو إعادة التوازن للالتزامات المتبادلة بينهما، وإنما بهدف ضمان سير المرفق العام بانتظام واطراد، واستبعاد الإخلال بالتنفيذ مهما كانت صورته بالدرجة الأولى[3]. وذلك وفق التكييف القانوني الآتي بيانه.

2)- التكييف القانوني للجزاءات في مجال تنفيذ العقود الإدارية

يقصد بالتكييف القانوني للجزاءات في مجال تنفيذ العقود الإدارية، تحديد الوصف الذي تأخذه الجزاءات حينما تفرضها الإدارة على المتعاقد معها عند إخلاله بتنفيذ التزاماته التعاقدية. حيث انقسم الفقه الإداري إلى عدة آراء، رأي يكيفها على أنها تعويض من المتعاقد للإدارة المتعاقدة (أ)، ورأي يكيفها على أنها عقوبة من الإدارة على المتعاقد معها(**ب**)، ورأي آخر يكيفها على أنها إجراء يقصد منه إجبار المتعاقد على تنفيذ التزاماته (**ج**).

---

[1]- محمد حسن مرعي الجبوري، سلطة الإدارة في فرض الجزاءات الجنائية والمالية في العقود الإدارية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2014، ص 43؛ رشا محمد جعفر الهاشمي، الرقابة القضائية على سلطة الإدارة في فرض الجزاءات على المتعاقد معها (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2010، ص 18.

[2]- سعيد عبد الرزاق باخبيرة، سلطة الإدارة الجزائية في أثناء تنفيذ العقد الإداري (دراسة مقارنة)، رسالة دكتوراه في القانون العام، جامعة بن عكنون، الجزائر، 2007-2008، ص 41.

[3]- سعيد عبد الرزاق باخبيرة، المرجع نفسه، ص 42.

أ)- الرأي الأول: الجزاءات في مجال تنفيذ العقود الإدارية تعويض من المتعاقد للإدارة:

وفقا لهذا الرأي تعد الجزاءات التي تفرضها الإدارة وهي بصدد تنفيذها لعقودها الإدارية، بمثابة تعويض جزافي لها، وذلك نتيجة للأضرار التي تحملتها من جراء إخلال المتعاقد معها في تنفيذ التزاماته التعاقدية[1].

ويجد هذا الرأي أساسه فيما أبداه القضاء الإداري المصري بقوله: "أن غرامة التأخير التي تتضمنها العقود الإدارية هي وفقا للتكييف القانوني الصحيح صورة من صور التعويض الإتفاقي يرتضيه الطرفان سلفا نظير الضرر الناشئ"[2].

فوفقا لهذا الرأي، أن كل خطأ سواء كان نتيجة لإخلال بالتزام تعاقدي، أو نتيجة لإخلال بالتزام فرضه القانون سبب ضررا لغيره، يلزم من ارتكبه بالتعويض[3].

غير أن التكييف القانوني وفقا لهذا الرأي غير سديد، وذلك على أساس أن الجزاءات التي تفرضها الإدارة في مجال تنفيذ عقودها الإدارية، ليست تعويضًا ذي طابع مالي فقط، بل تتخذ الجزاءات في مجال تنفيذ العقود الإدارية صوراً وأنواعًا عديدة، منها ما هي ذي طبيعة مالية، ومنها ما هي ذي طبيعة غير مالية[4]، كما سيتم التعرض لذلك في حينه، عند التطرق لأنواع الجزاءات الإدارية في مجال تنفيذ العقود الإدارية.

[1]- محمد حسن مرعي الجبوري، المرجع السابق، ص 45؛ رشا محمد جعفر الهاشمي، المرجع السابق، ص 34.

[2]- فتوى مجلس الدولة المصري الصادرة بتاريخ: 1959/05/10، مقتبسة عن مرجع محمد حسن مرعي الجبوري، المرجع نفسه، ص 45.

[3]- رشا محمد جعفر الهاشمي، المرجع السابق، ص 35.

[4]- محمد حسن مرعي الجبوري، المرجع السابق، ص 46.

ب)– الرأي الثاني: الجزاءات في مجال تنفيذ العقود الإدارية عقوبة من الإدارة المتعاقدة على المتعاقد معها

وفقا لهذا الرأي تعد الجزاءات في مجال تنفيذ العقود الإدارية عقوبة تفرضها الإدارة على المتعاقد معها. لأن إخلال المتعاقد في تنفيذ التزاماته التعاقدية، يقتضي توقيع الجزاءات عليه من قبل الإدارة المتعاقدة معه، وذلك بهدف ردعه، مما يدفعه ذلك إلى تنفيذ ما أخل به من التزاماته المفروضة عليه بموجب العقد الإداري الذي يربط بينهما[1].

كما أنه وفقا لهذا الرأي، يتبين الفرق الجوهري بين الجزاءات التي تفرض في مجال تنفيذ العقود الإدارية، والجزاءات التي تفرض في مجال العقود المدنية، فبينما تهدف هذه الأخيرة إلى إصلاح المخالفات التي تحدث أثناء مرحلة التنفيذ، وذلك من خلال تعويض الطرف المتعاقد عن الأضرار التي لحقته، بما يعيد التوازن إلى الالتزامات بين طرفي العقد. وبالتالي فإنه لا يوجد من وراء ذلك معنى العقوبة، وهذا على خلاف الجزاء الذي تستطيع الإدارة توقيعه على المتعاقد معها عند إخلاله بتنفيذ التزاماته التعاقدية، فإنه بالإضافة إلى أن الجزاء يستهدف معنى العقوبة، فإنه يعد كضمانة لدوام استمرارية المرافق العامة بانتظام واطراد، وهذا ما يجعل من الجزاءات في مجال تنفيذ العقود الإدارية، بمثابة آليات هدفها الأساسي هو العمل على ضمان تنفيذ مضمون ومحتوى العقد الإداري، مما يعطي للإدارة الحق في استعمال سلطتها في توقيع الجزاءات المناسبة على المتعاقد معها عند إخلاله بتنفيذ التزاماته التعاقدية[2].

ويجد هذا الرأي سنده فيما أكده القضاء الإداري المصري بقوله: "إن كل إخلال من جانب المتعاقد مع الإدارة لا يقتصر على أن يكون إخلالا بالتزام تعاقدي فحسب... يوجب أن تكون الجزاءات سلطة توقيع الغرامة عند التأخير في التنفيذ، ثم سلطة معنى العقوبة.... و هذه هي العلة في

[1]– محمد حسن مرعي الجبوري، المرجع السابق، ص 46 – 47.

[2]– رشا محمد جعفر الهاشمي، المرجع السابق، ص 36-37-38.

انطواء مثل هذه الجزاءات في الواقع على معنى العقوبة، بل هي في الواقع عقوبة يجري توقيعها على المتعهد (المتعاقد) المتخلف بمجرد قيام سببها..."[1].

غير أن التكييف القانوني وفقا لهذا الرأي هو الآخر غير سديد، وذلك على أساس أن التسليم بالقول أن الجزاءات في مجال تنفيذ العقود الإدارية هي عقوبة للمتعاقد، يعني ذلك خضوعها لذات المبادئ التي تخضع لها الجزاءات الرادعة سواء من حيث مشروعيتها الموضوعية أو الإجرائية[2].

ج)- الرأي الثالث: الجزاءات في مجال تنفيذ العقود الإدارية إجراء يقصد منه إجبار المتعاقد مع الإدارة على تنفيذ التزاماته التعاقدية

وفقا لهذا الرأي تعد الجزاءات التي تفرضها الإدارة على المتعاقد معها عند إخلاله بتنفيذ التزاماته التعاقدية، المنصوص عليها بموجب عقد من العقود الإدارية، بمثابة إجراء يحمل بين طياته وسيلة لحمل المتعاقد وإجباره على تنفيذ ما أخل به من التزاماته التعاقدية، بما يكفل ضمان دوام استمرارية المرفق العام، وذلك بشكل يجعله دائما يؤدي وظيفته في انتظام واطراد وعلى الوجه المطلوب، وذلك نظرا للعلاقة الوثيقة التي تربط تنفيذ العقود الإدارية بالمرافق العامة التي تدار بواسطتها[3].

وباعتبار أن الإدارة هي المسؤولة عن إدارة المرافق العامة، والإشراف عليها من حيث تنظيمها وتسييرها، فمن حقها أن تتمتع بسلطة توقيع الجزاءات في مجال تنفيذها لعقودها الإدارية، وذلك من أجل إجبار المتعاقد معها وحمله على تنفيذ التزاماته التعاقدية على وجه أفضل[4].

ويجد هذا الرأي سنده القانوني فيما صدر عن القضاء الإداري المصري بقوله: "... إن الشراء على حساب المتعاقد المقصر وسيلة من وسائل الضغط التي تستخدمها الإدارة لإرغام المتعاقد معها

---

[1]- حكم محكمة القضاء الإداري المصرية الصادر بتاريخ: 1957/12/24، مقتبس عن مرجع سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية (دراسة مقارنة)، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، 2005، ص 475-476.

[2]- محمد حسن مرعي الجبوري، المرجع السابق، ص 48.

[3]- محمد حسن مرعي الجبوري، المرجع نفسه، ص 48.

[4]- رشا محمد جعفر الهاشمي، المرجع السابق، ص 39.

على تنفيذ العقد، وهي جزاء من الجزاءات التي تملك الإدارة توقيعها على المتعاقد معها، والتي جرى العرف الإداري على اشتراطها في العقود الإدارية..."[1].

وبالتالي فإنه وفقا لهذه الآراء، فإن الفقه الإداري يرجح الرأي الأخير لكونه يجسد التكييف القانوني السليم للجزاءات في مجال تنفيذ العقود الإدارية[2].

الفرع الثاني

الضوابط القانونية الواردة على نظام الجزاءات في مجال تنفيذ العقود الإدارية

إذا كان التكييف القانوني لوظيفة الإدارة الجزائية في أثناء تنفيذ عقودها الإدارية، بدافع إجبار المتعاقد معها على تنفيذ التزاماته التعاقدية، وذلك بهدف الحفاظ على انتظام سير المرفق العام، فإن ذلك ليس معناه أن تقوم الإدارة المتعاقدة بممارسة وظيفتها هذه بصفة مطلقة، وإنما هي مقيدة بمراعاة المصلحة العامة كأصل عام، وهي بذلك تتقيد على وجه الخصوص بمجموعة من الضوابط القانونية. والتي تتمثل أساساً في شروط إعمال الإدارة لحقها في توقيع الجزاءات (**أولا**)، بالإضافة إلى الضمانات المقررة لصالح المتعاقد (**ثانيا**).

أولا: شروط إعمال الإدارة لحقها في توقيع الجزاءات:

إن حق الإدارة في توقيع الجزاءات في أثناء تنفيذ عقودها الإدارية، مقيد بمجموعة من الشروط السابقة على إعمالها والمتمثلة فيمايلي:

[1]– حكم المحكمة الإدارية المصرية المؤرخ في: 1962/03/17، مقتبس عن مرجع سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص 477.

[2] – محمد حسن مرعي الجبوري، المرجع السابق، ص 48.

1)– أن يقع إخلال أو تقصير من جانب المتعاقد مع الإدارة في تنفيذ التزاماته التعاقدية:

يعد هذا الشرط من الشروط الأساسية التي تبرر وجود حق الإدارة في توقيع الجزاءات على المتعاقد معها، وذلك على أي وجه من الأوجه التالية على سبيل المثال[1]:

أ– إذا كان إخلال المتعاقد مع الإدارة راجع إلى تراخيه في تنفيذ الأشغال، وذلك بخلاف ما هو منصوص عليه في العقد الإداري.

ب– إذا كان إخلال المتعاقد يتعلق بعدم التزامه بالمواصفات المتفق عليها في العقد الإداري، كاستخدامه طرق احتيالية بهدف تحقيق ربح أكبر.

ج– إذا قام المتعاقد بتنفيذ العقد، ولكن على نحو سيء على عكس ما تم الاتفاق عليه في العقد الإداري.

د– إذا لجأ المتعاقد إلى التعاقد من الباطن[2]، و ذلك من دون أخذ الموافقة المسبقة من الإدارة المتعاقد معها.

هـ – امتناع المتعاقد مع الإدارة كلية عن تنفيذ العقد الإداري من أساسه، ودون مبرر قانوني.

و– إذا لم يلتزم المتعاقد بأوامر وتعليمات الإدارة المتعاقد معها أثناء تنفيذ العقد الإداري، كما هو الشأن لعدم التزامه بأوامر الخدمة المتعلقة ببداية الأشغال أو بتوقيفها أو باستئنافها[3].

---

[1]– محمد حسن مرعي الجبوري، المرجع السابق، ص 177 وما بعدها؛ رشا محمد جعفر الهاشمي، المرجع السابق، ص 215 وما بعدها؛ سعيد عبد الرزاق باخبيرة، المرجع السابق، ص 41-42.

[2]– يقصد بالتعاقد من الباطن ذلك التصرف القانوني الذي يبرمه المتعاقد الأصلي مع الغير بقصد تنفيذ جزء من محل العقد؛ للاستزادة أكثر أنظر: عامر عاشور عبد الله البياتي، التعاقد من الباطن (دراسة مقارنة)، دار الكتب القانونية، مصر، 2013، ص 16-17؛ وهو ما اصطلح عليه المشرع الجزائري بالتعامل الثانوي، وذلك في المواد: 107 و 108 و 109 من المرسوم الرئاسي10-236 المؤرخ في 07 أكتوبر 2010 ، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية ، ج.ر.ج.ج ، ع 58، الصادرة في 07 أكتوبر 2010 .

[3]– أنظر: الملحق رقم: 01-02-03، ص 132-133-134.

2)– أن يكون العقد الإداري الذي تستمد الإدارة منه سلطتها في توقيع الجزاءات قائما:

لأنه إذا استنفذ العقد غرضه، سواء بانتهاء الأعمال محل التعاقد، كما هو الشأن على سبيل المثال بالنسبة إلى عقود الأشغال العامة التي تعتبر عقود فورية، والتي تنقضي بتنفيذ كل من الطرفين المتعاقدين لالتزاماتهم المترتبة عن العقد، أو بانتهاء مدته كما هو الشأن على سبيل المثال بالنسبة لطائفة خاصة من عقود الأشغال التي تعتبر من العقود الزمنية، كعقود الالتزام بالصيانة التي تنتهي بانتهاء المدة المقررة في العقد[1].

وعليه ففي كلا الحالتين الواردتين على سبيل المثال، إذا استنفذ العقد غرضه بتمام الأعمال أو بانتهاء مدته، وهي مطابقة للمواصفات الفنية المتعاقد عليها، تتوقف هذه السلطة تلقائيا فور نفاذ العقد، وتصبح سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات لا محل لها، ولا تجد أي سند قانوني لمباشرتها[2].

3)– أن تقوم الإدارة بتنفيذ التزاماتها المنصوص عليها في العقد الإداري:

وهو أمر بديهي لأنه من غير المعقول أن تقصر الإدارة في تنفيذ ما التزمت به، وتطالب المتعاقد معها بتنفيذ التزاماته[3]، خصوصا إذا كان تنفيذ المتعاقد معها لالتزاماته مرتبط بتنفيذ الإدارة لبعض من التزاماتها التعاقدية. ومن ذلك على سبيل المثال، عدم التزام الإدارة بتسليم موقع الأشغال خالياً من الموانع بالنسبة لعقد الأشغال العامة، والتي تحول دون قيام المقاول المتعاقد معها من البدء في التنفيذ في التاريخ المحدد[4]، أو قيام الإدارة بتسليم موقع الأشغال خاليا من الموانع، ولكن دون تقديم وتوفير المواد

[1]– ياقوتة عليوات، تطبيقات النظرية العامة للعقد الإداري، رسالة دكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة منتوري، قسنطينة، السنة الجامعية 2008-2009، ص 211.

[2]– عبد الله نواف العنزي، النظام القانوني للجزاءات في العقود الإدارية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2010، ص 12 وما بعدها.

[3]– عبد الله نواف العنزي، المرجع نفسه، ص 15.

[4]– عبد العزيز عبد المنعم خليفة، مسؤولية الإدارة عن تصرفاتها القانونية القرارات والعقود الإدارية في الفقه وقضاء مجلس الدولة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2007، ص 95-96.

الضرورية للتنفيذ، كعدم تقديمها للتراخيص والرسومات الهندسية النهائية التي يتم التنفيذ على أساسها[1].

4)- التزام الإدارة بإعذار المتعاقد:

يقع على عاتق الإدارة كقاعدة عامة، قبل أن تقوم بتوقيع الجزاء على المتعاقد معها في حالة إخلاله بتنفيذ التزاماته التعاقدية، التزامها بضرورة إعذاره[2].

وهو أمر منطقي تفرضه قواعد العدالة، فهو يعني تنبيه المتعاقد بمخالفته وتقصيره التي قد تضر بالمرفق العام، بحيث تدعوه الإدارة بشكل رسمي خلال فترة زمنية لأداء التزاماته التي أخل بها[3]، ومن ثم يمكن له بعد إعذاره أن يتدارك إخلاله وتنتهي المشكلة عند هذا الحد، كما أنه يعني له في نفس الوقت إنذاراً له بالجزاء الذي سوف يسلط عليه في حالة عدم استجابته[4].

5)- لا يجوز للإدارة توقيع الجزاءات الجنائية بنفسها:

معنى ذلك أنه مهما كانت سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات على المتعاقد معها لتقصيره في تنفيذ التزاماته التعاقدية، فإن تلك السلطة لا تشمل الحق في توقيع الجزاءات الجنائية[5].

واستنادا على ذلك يعتبر باطلا كل شرط تعاقدي يبيح للإدارة المتعاقدة توقيع مثل هذه الجزاءات، حتى لو قبله المتعاقد معها لمخالفته النظام العام، وإنما لابد لها اللجوء إلى الطرق القانونية المقررة لذلك[6].

وأساس ذلك هو أن الجزاءات الجنائية مرتبطة بوقوع خطأ عقدي من جانب المتعاقد، يجب أن يشكل جريمة من منظور قانون العقوبات، وتطبيقا لمبدأ لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص، وتقريرا لقاعدة

---

[1]- عبد العزيز عبد المنعم خليفة، مسؤولية الإدارة عن تصرفاتها القانونية القرارات والعقود الإدارية، المرجع السابق، ص 98-99.

[2]- يقصد بالإعذار طبقا للقواعد العامة وضع المدين قانونا في حالة المتأخر في تنفيذ التزاماته؛ عبد الله نواف العنزي، المرجع السابق، ص197.

[3]- أنظر الملحق رقم: 04- 05-06 ص 135-136-137 .

[4]- سيتم التطرق إلى هذه النقطة بالتفصيل في الفصل الثاني عند الحديث عن القواعد المنظمة لأنواع الجزاءات في مجال تنفيذ العقود الإدارية.

[5]- سليمان محمد الطماوي، مبادئ القانون الإداري (دراسة مقارنة)، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، 2007، ص 964 .

[6]- رياض عيسى، نظرية العقد الإداري في القانون المقارن والجزائري، د.م.ج، بن عكنون، الجزائر، 1985، ص 20.

أساسية من قواعد القانون الجنائي، وهي قاعدة شرعية الجرائم والعقوبات التي لا يطبقها إلا القاضي الجزائي[1].

ثانيا: الضمانات المقررة لصالح المتعاقد:

إلى جانب شروط إعمال الإدارة لحقها في توقيع الجزاءات على المتعاقد معها، توجد بطبيعة الحال ضمانات مقررة لصالح المتعاقد، والتي تتمثل أساساً في خضوع ما تفرضه الإدارة من جزاءات في أثناء تنفيذ عقودها الإدارية لرقابة القضاء.

إذ أنه من حق المتعاقد الطعن أمام القضاء في قرار الجزاء الصادر ضده من جانب الإدارة المتعاقدة.

هذا الحق الذي يعد مكفولاً له قانونا ولا نزاع فيه، ويعد من النظام العام، وأن أي شرط يدرج في العقد الإداري يقضي باستبعاد هذا الحق يعتبر باطلاً ولا أثر له[2].

وبناءاً على ذلك، فإن الرقابة القضائية على حق الإدارة في توقيع الجزاءات في أثناء تنفيذ عقودها الإدارية، تعد ضمانة فعالة للمتعاقدين باعتبارها تحميهم من تعسف الإدارة، مع العلم أن هذه الرقابة القضائية تختلف من حيث الجهة القضائية المختصة، وذلك بحسب طبيعة النظام القضائي المتبع.

فبالنسبة للدول ذات النظام القضائي المزدوج، كما هو الحال في الجزائر، أنها تسند الاختصاص في النظر في المنازعات الإدارية، إلى جهات القضاء الإداري ممثلة في المحاكم الإدارية[3]، أو مجلس الدولة[4].

---

[1]- لتفاصيل أكثر راجع المواد: 161، 162، 163، من الأمر رقم: 66-156 المتضمن ق.ع المعدل والمتمم.

[2]- بلاوي ياسين بلاوي، الجزاءات الضاغطة في العقد الإداري، دار الكتب القانونية، مصر، 2011، ص 201.

[3]- أنظر المواد: 800-801-804، من القانون 08-09 المؤرخ في: 2008/02/25 المتضمن ق.إ.م.إ، ج.ر.ج.ج ، ع21 الصادرة بتاريخ: 2008/04/23.

[4]- أنظر المادة: 901 من القانون 08- 09 المتضمن ق.إ.م.إ.

وكما هو معلوم أن اختصاص القضاء الإداري يستند في الكثير من القضايا التي ترفع أمامه إلى نوعين رئيسيين من الدعاوى الإدارية.

دعاوى الإلغاء والتي تدور فيها المنازعة حول المطالبة بإلغاء قرار إداري صادر عن سلطة إدارية بإرادتها المنفردة، لكونه مشوب بأحد عيوب عدم المشروعية[1].

وإلى جانب ذلك، توجد دعاوى القضاء الكامل[2]، والتي تدور فيها المنازعة حول الاعتداء على مركز قانوني شخصي للطاعن، فهو يستهدف مخاصمة الأعمال القانونية الذاتية التي تؤثر على حقوق الأفراد المكتسبة[3].

لذلك فإن من بين المنازعات الإدارية، تلك المنازعات التي تثور أثناء تنفيذ الإدارة لعقودها الإدارية، والتي تتعلق بالطعن في عدم مشروعية قراراتها المتعلقة بتوقيع الجزاءات على المتعاقدين معها.

وبالتالي فإن السؤال الذي يطرح نفسه: هل الطعن القضائي في قرارات الإدارة المتعاقدة المتعلقة بتوقيع الجزاءات على المتعاقدين معها، تندرج فيه المنازعة ضمن ولاية قضاء الإلغاء، أم أن المنازعة فيه تندرج ضمن ولاية القضاء الكامل؟

إن الإجابة على ذلك تستوجب بداية التمييز بين نوعين من القرارات الإدارية التي تصدرها الإدارة في مجال عقودها الإدارية.

---

[1]- عز الدين كلوفي، نظام المنازعة في مجال الصفقات العمومية (على ضوء قانون الإجراءات المدنية و الإدارية)، دار النشر جيطلي، بورج بوعريريج، الجزائر، 2012، ص 100.

[2]- لقد فسر الفقه الإداري عبارة القضاء الكامل للصلاحيات التي يتمتع بها القاضي الإداري عند الفصل في القضية المطروحة أمامه عن طريق دعوى القضاء الكامل، بحيث يتمتع هذا الأخير بسلطات أوسع بالمقارنة بسلطاته في الدعاوى الإدارية الأخرى، بحيث يجوز له الحكم على الإدارة بتقديم تعويضات مالية إذا تبين له أن الضرر الناتج عن عمل السلطة الإدارية قابل للتعويض، كما فسرت العبارة أيضا بطابعها المتنوع، بحيث ترفع الدعوى قضاء الكامل في مجالات عديدة غير المسائل التي تخص الدعاوى الإدارية الأخرى؛ للاستزادة أكثر أنظر: رشيد خلوفي، قانون المنازعات الإدارية (الدعاوى وطرق الطعن الإدارية)، ج 02، د.م.ج، 2011، ص 184.

[3]- عمر بوجادي، اختصاص القضاء الإداري في الجزائر، رسالة دكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2011/07/13، ص191.

النوع الأول الذي اصطلح القضاء والفقه الإداريين على تسميته بالقرارات الإدارية المنفصلة[1]، والتي تصدرها الإدارة أثناء المراحل التمهيدية للتعاقد، والتي يجوز الطعن فيها بالإلغاء استقلالا عن العقد، لأنها لا تدخل في نطاق الرابطة التعاقدية، ومن هذا القبيل قرار الإعلان عن مناقصة، قرار المنح المؤقت[2].

أما النوع الثاني من هذه القرارات فتصدرها الإدارة المتعاقدة بعد قيام الرابطة التعاقدية، سواء كانت بصدد تنفيذ العقد أو استنادا إلى نص من نصوصه، فإن مثل هذه القرارات أنشأها وجود العقد، بحيث ترتبط به ارتباط الجزء بالكل، الأمر الذي يجعل الطعن فيها بالإلغاء استقلالا عن العقد غير جائز، ومن هنا وجب الطعن فيها أمام القضاء الكامل[3]، ومن هذا القبيل قرارات الإدارة بتوقيع الجزاءات على المتعاقدين معها في أثناء تنفيذ عقودها الإدارية.

ولما كانت رقابة القضاء الإداري على سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات من قبيل القضاء الكامل، فإن سلطات القاضي الإداري تكون واسعة، وتتناول قرارات الإدارة بتوقيع الجزاءات على المتعاقدين معها من حيث رقابة المشروعية (أ)، كما أنها تمتد لتشمل أيضا رقابة الملائمة (**ب**).

أ)– رقابة المشروعية: وفيها تنصب رقابة القاضي الإداري حول فحص القرار الصادر عن الإدارة بتوقيع الجزاء، من حيث مدى مشروعيته أو عدم مشروعيته.

وعليه يتصف قرار الجزاء بعدم المشروعية إذا اقترن بأحد العيوب التالية:

---

[1]– وتسمى أيضا بالقرارات الإدارية القابلة للانفصال، ويقصد بها مجموعة القرارات الإدارية المستقلة والقائمة بذاتها، إذ تصدر وهي مستقلة عن أية عملية إدارية من العمليات الإدارية، وأغلبها هي قرارات إدارية بسيطة تساهم في تكوين العقد الإداري وتستهدف إتمامه، إلا أنها تنفصل عن هذا العقد، وتختلف عنه بطبيعتها؛ عمار عوابدي، النظرية العامة للمنازعات الإدارية في النظام القضائي الجزائري، ج 02، الطبعة الثالثة، د.م.ج، الجزائر، 2004، ص 36.

[2]– عز الدين كلوفي، المرجع السابق، ص 107.

[3]– عبد العزيز عبد المنعم خليفة، تنفيذ العقد الإداري وتسوية منازعاته قضاءا وتحكيما، دار الفكر الجامعي، مصر، 2010، ص 117-118.

عيب الشكل: يقصد بعيب الشكل عدم التزام الإدارة المتعاقدة بالإجراءات والشروط الشكلية الواجب عليها إتباعها عند إعمالها لسلطتها في توقيع الجزاء، كعدم التزامها مثلا بإعذار المتعاقد[1].

- **عيب الاختصاص**: ويكون قرار الإدارة المتعاقدة بتوقيع الجزاء غير مشروع عندما يصدر من جهة إدارية غير مختصة بتوقيعه، أو غير الجهة التي حددها العقد أو دفتر الشروط[2].

- **عيب مخالفة القانون**: يجب أن يصدر قرار الإدارة بتوقيع الجزاء على المتعاقد معها طبقا للنصوص القانونية والتعاقدية، ومن بينها ضرورة أن ينطوي الفعل الصادر من المتعاقد على خطأ تعاقدي يبرر للإدارة توقيع الجزاء عليه. فإذا لم يوجد هذا الفعل أصلا، أو وجد ولكنه لا يشكل بذاته خطأً، أو لا يتعارض مع التزاماته التعاقدية أو القانونية، فإن الجزاء في هذه الحالة يكون مشوباً بعيب مخالفة القانون[3].

- **عيب الانحراف بالسلطة**: معناه يجب أن يكون قرار الجزاء الذي اتخذته الإدارة على المتعاقد معها بمناسبة تنفيذ العقد، الهدف منه تأمين حسن سير المرافق العامة بانتظام واطراد، وبما يحقق المصلحة العامة.

أما إذا كان الهدف من توقيع الجزاء لهدف آخر، كأن يكون بنية الإضرار مثلا بالمتعاقد أو من أجل تحقيق ربح مادي لجهة الإدارة، فإن قرار الجزاء في هذه الحالة يكون مشوبا بعيب الانحراف بالسلطة[4].

ب)- رقابة الملائمة: يتسع نطاق الرقابة القضائية على سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات، ليشمل إلى جانب الرقابة على مشروعية الجزاء، الرقابة على مدى ملائمته، حيث يبسط القاضي الإداري رقابته للتأكد من مدى التناسب بين الجزاء الموقع على المتعاقد مع الخطأ المنسوب إليه[5].

---

[1]- بلاوي ياسين بلاوي، المرجع السابق، ص216.

[2]- عبد الله نواف العنزي، المرجع السابق، ص 260.

[3]- بلاوي ياسين بلاوي، المرجع السابق، ص 218.

[4]-بلاوي ياسين بلاوي، المرجع نفسه، ص 219.

[5]- عبد العزيز عبد المنعم خليفة، تنفيذ العقد الإداري وتسوية منازعاته قضاءا وتحكيما، المرجع السابق، ص 123؛ ياقوتة عليوات، المرجع السابق، ص224.

المطلب الثاني

التطور التاريخي لنظام الجزاءات في مجال تنفيذ العقود الإدارية

لقد سبقت لنا الإشارة، إلى أن إخلال المتعاقد في تنفيذ التزاماته التعاقدية، كشرط أساسي على حق الإدارة في توقيع الجزاءات عليه، وبطبيعة الحال إلى جانب الشروط الأخرى، يعد هو السبب الرئيسي في وجود النظام القانوني للجزاءات الإدارية في مجال تنفيذ العقود الإدارية[1].

هذا النظام القانوني للجزاءات قد ساهمت في إرساء دعائمه مراحل تاريخية مهمة، كان لها الفضل فيما هو عليه الآن، وذلك بفضل التطور الذي عرفه نظام الجزاءات الإدارية في مجال تنفيذ العقود الإدارية، في ظل قضاء مجلس الدولة الفرنسي، باعتباره المنشأ الأصلي لنظرية الجزاءات في العقد الإداري.

ففي البداية لم يكن خلالها قضاء مجلس الدولة الفرنسي يعترف للإدارة المتعاقدة، بحقها في توقيع جزاءات على المتعاقد معها في حالة تقصيره أو إخلاله بتنفيذ التزاماته، إلا في حدود ما هو منصوص عليه في العقد الإداري، بمعنى أنه يجوز لها توقيع الجزاءات المنصوص عليها فقط في العقد الإداري دون سواها (**الفرع الأول**).

لكن بعد ذلك، وفي خطوة متطورة تراجع مجلس الدولة الفرنسي عن موقفه، في تقييد الإدارة المتعاقدة بتوقيع الجزاءات التعاقدية في حالة إخلال المتعاقد معها بتنفيذ التزاماته، حيث اعترف للإدارة المتعاقدة بحقها في توقيع جزاءات غير منصوص عليها في العقد الإداري، ودون حاجة إلى طلب ذلك من القضاء (**الفرع الثاني**).

[1]– راجع ص 21 من هذه الدراسة.

الفرع الأول

مرحلة الاكتفاء بتوقيع الجزاءات العقدية

لقد كان المبدأ السائد في ظل القضاء الإداري الفرنسي إلى غاية نهاية القرن التاسع عشر ميلادي، أن الجزاءات التي يجوز للإدارة المتعاقدة أن توقعها على متعاقديها، في حالة إخلالهم بتنفيذ التزاماتهم التعاقدية، هي تلك الجزاءات الوارد النص عليها في العقد الإداري فقط دون غيرها[1].

بل وأكثر من ذلك لم يكن يستطيع حتى القضاء الإداري في حال عرض الأمر عليه، توقيع جزاءات خارج تلك المنصوص عليها، بل وحتى في حالة مطالبة الإدارة المتعاقدة بالتعويض، لم يكن بإمكان القاضي الإداري أن يحكم على المتعاقد المخل بتنفيذ التزاماته، بتعويض للإدارة كجزاء غير منصوص عليه، طالما أن العقد الإداري المبرم بينهما لا ينص صراحة على هذا التعويض[2].

وهو ما أقره مجلس الدولة الفرنسي في حكمين مشهورين[3]، أين رفض القضاء الإداري الفرنسي بصراحة طلب الإدارة المتعاقدة الحكم لها بتعويضات، كجزاء عن إخلال المتعاقد في تنفيذ التزاماته التعاقدية، وذلك على أساس أن هذه التعويضات غير منصوص عليها في كلا العقدين، وللإدارة الحق فقط في المطالبة بتوقيع جزاء وحيد، وهو فسخ العقد باعتباره الجزاء الوحيد المنصوص عليه[4].

---

[1]- بلاوي ياسين بلاوي، المرجع السابق، ص 19.

[2]- علي بن شعبان، أثار عقد الأشغال العامة على طرفيه في التشريع الجزائري، رسالة دكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة منتوري ،قسنطينة، السنة الجامعية، 2011-2012، ص 99.

[3]- الحكم الأول كان بتاريخ: 1881/07/15م في قضية (chemins de fer d'Orléans a Rouen)، حيث قضى مجلس الدولة الفرنسي فيه: "إذا ما رأت الإدارة المتعاقدة أنه من غير المناسب إسقاط الالتزام المنصوص عليه في دفاتر الشروط للاعتبارات التي تراها، فبالتالي لا يجب القضاء بتعويض للإدارة من قبل الشركة المتعاقدة إذ أن العقد ينص صراحة على جزاء وحيد في حالة عدم تنفيذ الالتزام، إسقاط الالتزام...".

أما الحكم الثاني فقد كان بتاريخ: 1884/01/11م في قضية (level)، حيث قضى مجلس الدولة الفرنسي فيه: "... بأنه لا يحق للإدارة المتعاقدة المطالبة بتعويضها عن الضرر الذي أصابها من عدم التنفيذ في حالة خلو نصوص العقد من ذلك إذ العقد قد نص في المادة: 37 من دفاتر الشروط على أن الملتزم يتحمل إسقاط الالتزام ما لم يوف بمختلف الالتزامات التي تقع عليه ولم يشترط العقد أي جزاء آخر ما لم يبدأ الملتزم الأعمال في المواعيد..."، الحكمان مقتبسان عن مرجع بلاوي ياسين بلاوي، المرجع السابق، ص 19.

[4]- و هذا ما صرح به كل من مفوض الحكومة (marquerie) بمناسبة الحكم الأول، و مفوض الحكومة (Gomel) في تقريره بمناسبة الحكم الثاني؛ بلاوي ياسين بلاوي، المرجع نفسه، ص 20.

وهذا ما دفع بالفقه الإداري بفرنسا، إلى انتقاد المبدأ الذي استند عليه القاضي في كل من قضية (Chemins de fer d'Orléans a Rouen) وقضية (Level)، والذي أسس عليه حكميه، وهو مبدأ الوقوف عند الجزاءات العقدية، بحيث اعتبر الفقه الإداري الفرنسي هذا المبدأ مخالف لمقتضيات العدالة، لكونه لا يأخذ في اعتباره ضرورات دوام سير المرافق العامة، بل يهدد سيرها بانتظام واطراد، ومرد ذلك أن هناك مبدأ مُجمع عليه في فقه القانون، مقتضاه أنه لا يحق لأي كان أن يعفي نفسه مقدما من النتائج التي يمكن أن تؤدي إليها الأخطاء التي سوف يرتكبها مستقبلا[1].

وبالتالي فلم يكن أمام الإدارة المتعاقدة في حالة إخلال المتعاقد بتنفيذ التزاماته التعاقدية، سوى اختيار أحد الأمرين، فإما أن تتغاضى وتتسامح معه، ويبقى تقصيره أو إخلاله دون جزاء وتتحمل هي أثاره، أو تقوم بفسخ العقد الإداري، مما يفرض عليها إما إبرام عقد إداري آخر، أو أن تتولى استغلال المرفق بنفسها، مما يكلفها وقتاً وجهداً كبيرين[2].

ومما لا شك فيه أن كلا الخيارين يترتب عنهما نتائج سلبية، تؤدي إلى وقوع أضرار من شأنها أن تؤثر بطريقة أو بأخرى على حسن سير المرافق العامة.

وأمام هذا الوضع غير المقبول، كان من الضروري إيجاد حل عاجل وسريع، وذلك لمعالجة هذا المشكل، سواء في حالة عدم وجود نصوص في العقد الإداري، تنص على جزاءات تتناسب مع درجة الإخلال المرتكب من طرف المتعاقد مع الإدارة، سواء كان إخلاله بسيطا أو جسيما، أو في حالة ما إذا خلى العقد الإداري من النص على جزاءات لبعض المخالفات[3].

لأن المنطق يفرض أن كل التزام قانوني منصوص عليه في العقد ، ومهما كانت طبيعة هذا العقد يقابله جزاء، يوقع على الطرف المقصر في حالة تقصيره أو إخلاله به، بل حتى ولو لم يكن منصوصا

[1]– تصريح الفقيه الفرنسي كوبر بمناسبة انتقاده لمبدأ كفاية الجزاءات العقدية، وذلك على إثر حكمي مجلس الدولة لسنة 1881م في قضية (chemins de fer d'Orléans a Rouen) وقضية (level) لسنة 1884م؛ أورده بلاوي ياسين بلاوي، المرجع السابق، ص 21.

[2]– محمد حسن مرعي الجبوري، المرجع السابق، ص 15.

[3]– رشا محمد جعفر الهاشمي، المرجع السابق، ص 23.

عليه بشكل صريح في العقد، والقول بخلاف ذلك من شأنه تشجيع المتعاقد مع الإدارة في التمادي بالإخلال بالتزاماته التعاقدية، مما يؤدي إلى الإضرار بالسير الحسن للمرافق العامة.

وعلى هذا الأساس فإذا كان القانون المدني، ينظم هذا الجزاء عندما يكون طرفي العقد قد آثروا الصمت، فإنه لا يبدو الأمر معقولا وغير منطقي في نطاق القانون الإداري، حيث تكون المصلحة العامة هي الهدف الأساسي من وراء إبرام العقد الإداري ألا يوجد جزاء[1].

وأمام هذه الانتقادات التي وجهت لموقف القضاء الإداري الفرنسي، من مبدأ التمسك بتوقيع الإدارة للجزاءات المنصوص عليها في العقد الإداري دون سواها، في حالة إخلال المتعاقد معها بتنفيذ التزاماته التعاقدية، خطى القضاء الإداري في فرنسا خطوة إيجابية إلى الأمام في اتجاه التخلي عن موقفه هذا. وهو ما سيتم التطرق له في الفرع الموالي.

الفرع الثاني

مرحلة توقيع الجزاءات غير العقدية

خلال هذه المرحلة وعلى إثر الانتقادات الفقهية التي وجهت لمبدأ الاكتفاء بتوقيع الجزاءات العقدية، وفي خطوة إيجابية عدل مجلس الدولة الفرنسي عن هذا المبدأ، وذلك في قضية السيد (Déplanque)[2]، حيث قرر اللجوء إلى القواعد العامة على الرغم من أن دفتر الشروط الوارد في العقد الإداري، لم ينص صراحة على جزاء التعويض فيما يتعلق بالمخالفة المعنية المنسوبة إلى المتعاقد مع الإدارة، في حين أن العقد قد تضمن جزاءات لمخالفات أخرى، وذلك على أساس أن عدم قيام

[1]–علي بن شعبان، المرجع السابق، ص 100.

[2]– تتلخص وقائع هذه القضية في أن السيد (Déplanque) بتاريخ: 1897/11/11 أبرم عقد امتياز (عقد إداري)، مع مدينة (NOUZON) الفرنسية، و ذلك بقصد توفير الإنارة الكهربائية بالمدينة، و قد ورد النص في دفتر شروط الالتزام على بعض الجزاءات التي تقابل مخالفات معينة منها إسقاط الالتزام ووضع المرفق تحت الإدارة المباشرة، و لم يكن التعويض منصوصا عليه، و في أثناء تنفيذ العقد وقع إخلال من جانب المتعاقد (Déplanque) في تنفيذ التزاماته التعاقدية، و لم يكن هذا الإخلال جسيما، وعندما عرض الأمر على القضاء الإداري الفرنسي جاء حكم مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ: 1907/05/31 تأييدا لما قضت به المحكمة الإدارية بعد استئناف المدعى عليه (Déplanque) أمام مجلس الدولة، حيث قضى بأحقية الإدارة المتعاقدة بالتعويض عن الضرر الذي لحقها من جراء إخلال المتعاقد معها في تنفيذ التزاماته التعاقدية؛ أشار إلى وقائع هذه القضية كل من: بلاوي ياسين بلاوي، المرجع السابق، ص 23؛ محمد حسن مرعي الجبوري، المرجع السابق، ص 16؛ سعيد عبد الرزاق باخبيرة، المرجع السابق، ص 47.

المتعاقد مع الإدارة بتنفيذ التزاماته التعاقدية يشكل إخلالا من جانبه، مما يستوجب القضاء بالتعويض لصالح الإدارة المتعاقدة متى لحقها ضرر من جراء إخلاله هذا[1].

وتجدر الإشارة إلى أن مجلس الدولة الفرنسي، قد أخذ بالمبادئ التي انتهى إليها مفوض الحكومة (romieu) في هذه القضية والتي تتلخص كالآتي[2]:

- إذا كان العقد الإداري على الرغم من تحديده لالتزامات الطرفين، وفي نفس الوقت قد أغفل تحديد جزاءات أخرى تقابل ما يمكن أن يقع من مخالفات أخرى من جانب المتعاقد، فإن ذلك لا يعني عدم وجود جزاءات.
- إذا كان العقد قد حدد جزاءات لبعض المخالفات الجسيمة وأغفل البعض منها، فلا يعني ذلك أن تبقى هذه المخالفات المغفلة بدون جزاءات.
- أن كل التزام تعاقدي يقابله جزاء في حالة الإخلال به، مما يتعين على القاضي أن يطبق القواعد العامة إذا لم يتضمن العقد نصا أو نصوصا صريحة على خلاف ذلك.
- إذا توقع المتعاقدان إخلالا معينا بذاته ووضع له جزاء، فيجب على الإدارة المتعاقدة أن تتقيد بهذا الجزاء، بحيث لا يجوز لها كقاعدة عامة أن تستبدله بغيره في حالة إخلال المتعاقد معها بتنفيذ التزاماته التعاقدية[3].

فبموجب هذه المبادئ تحررت الإدارة المتعاقدة من الأحكام التعاقدية التي كانت مفروضة عليها في مجال توقيعها للجزاءات، وذلك في حالة إخلال المتعاقد معها بتنفيذ التزاماته المنصوص عليها في العقد الإداري، أي أنها تملك هذا الحق ولو لم ينص عليه في العقد.

---

[1]– علي بن شعبان، المرجع السابق، ص 101.

[2]– أورد هذه المبادئ كل من: بلاوي ياسين بلاوي، المرجع السابق، ص 42؛ علي بن شعبان، المرجع السابق، ص 104.

[3]–سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص 481-482؛ ويشير المؤلف إلى أن هذا المبدأ طبقه القضاء فيما يتعلق فقط بالجزاءات المالية.

وبالتالي فإن سكوت العقد لا يحمي في كل مرة المتعاقد عند إخلاله بالتزاماته التعاقدية، كما أنه لا يجعل الإدارة المتعاقدة في وضع اضطراري، يدفعها في كل مرة إلى اختيار اللجوء مباشرة إلى فسخ العقد الإداري[1].

وعليه فإذا كان من حق المتعاقد مع الإدارة الحصول على تعويض، وذلك في حالة ما إذا لحق به ضرر من جراء تدخل غير مشروع من جانب الإدارة، وما يترتب عن ذلك من حدوث اختلال بالتوازن المالي للعقد الإداري، وهذا كله طبعا وفقا للقواعد العامة، فإنه من باب أولى أن يكون للإدارة المتعاقدة الحق أيضا في اللجوء طبقا لذات المبدأ، للمطالبة بالتعويض طبقا لما هو مقرر في القواعد العامة، وليس طبقا لما هو وارد في بنود العقد الإداري فقط[2].

وتطبيقا لذلك فإن الإدارة المتعاقدة وهي المكلفة بالسهر على رعاية وتحقيق المصلحة العامة، إذا ثبت لها أن هذه المصلحة قد تضررت، بما لحق المرفق العام من جراء إخلال المتعاقد معها بتنفيذ التزاماته التعاقدية، فإنه من حقها الحصول على التعويض الذي تستحقه من المتعاقد معها متى لحقها ضرر نتيجة تصرفه هذا.

وهكذا فإن قضاء مجلس الدولة الفرنسي قد أنهى الحماية التي كان يتمتع بها المتعاقد مع الإدارة، في حالة سكوت العقد الإداري عن النص على بعض المخالفات وجزاءاتها[3].

ونتيجة لذلك فإن الاتجاه الذي استحدثه حكم مجلس الدولة الفرنسي لسنة 1907، يعتبر تطور هام في القضاء الإداري الفرنسي، والذي أقر بأن عدم تطرق العقد الإداري إلى النص على جزاء بالنسبة لمخالفة معينة، لا يعني أن تبقى هذه المخالفة دون جزاء، بل يمكن توقيع الجزاء إعمالا للقواعد العامة المعروفة في القانون المدني، وإن كان حكم مجلس الدولة الفرنسي لم يشر إلى ذلك

[1]–علي بن شعبان، المرجع السابق، ص 104.

[2]– بلاوي ياسين بلاوي، المرجع السابق، ص 24.

[3]–علي بن شعبان، المرجع السابق، ص 102.

صراحة، وكما يحدث في كثير من الحالات، فإن القاضي الإداري يستلهم حلوله من هذا القانون، دون أن يكون ملتزما به[1].

إلا أنه وعلى الرغم من أهمية هذه الخطوة في تطور نظام الجزاءات الإدارية في مجال تنفيذ العقود الإدارية، إلا أنها لم تكن كافية لاكتمال أركان هذا النظام، باعتبارها لا تستجيب بالقدر الكافي لمقتضيات تسيير المرافق العامة، كونها تتضمن إبقاء قيدين على ممارسة الإدارة المتعاقدة لسلطتها في توقيع الجزاءات على المتعاقد معها في حالة إخلاله بتنفيذ التزاماته التعاقدية.

القيد الأول: يتمثل في وجوب أن تلجأ الإدارة المتعاقدة في كل مرة يخلو فيها العقد الإداري من النص على جزاءات إلى القضاء، كلما أرادت الحصول على التعويض، وذلك مقابل الأضرار التي لحقتها من جراء إخلال المتعاقد معها في تنفيذ التزاماته التعاقدية، ومن جهة أخرى فإن التهديد بالتعويض لا يُجْبِرْ المتعاقد مع الإدارة دوماً على التقيد بتنفيذ التزاماته التعاقدية، إذ أنه على الرغم من ذلك قد يستمر في تقاعسه وتقصيره في بعض الأحيان، مما يلحق الضرر بالمرفق العام[2].

أما القيد الثاني: فيتمثل في ضرورة التزام الإدارة المتعاقدة بالنصوص التعاقدية المتعلقة بالجزاءات، فإذا نص العقد الإداري على جزاء لخطأ معين، فلا يجوز للإدارة أن تخالفه وتطبق بشأنه جزاء آخر[3].

ومن أجل حل هذا العائق، جاء حكم مجلس الدولة الفرنسي في قضية شركة ملاحة جنوب الأطلنطي (Compagnie de navigation sud- atlantique)[4] المؤرخ في: 1929/10/11م الذي

---

[1]- علي بن شعبان، المرجع السابق، ص102؛ ونفس المعنى أورده كل من: رشا محمد جعفر الهاشمي، المرجع السابق، ص 24؛ عبد الله نواف العنزي، المرجع السابق، ص 20؛ بلاوي ياسين بلاوي، المرجع السابق، ص 24؛ حيث يشير هذا الأخير في مؤلفه، إلا أنه وعلى الرغم من أن حكم مجلس الدولة الفرنسي، لم يشر في مضمونه صراحة إلى أي نص قانوني في حكمه بالتعويض، فإنه قد استند ضمنياً على نص المادة: 1142 من القانون المدني الفرنسي.

[2]- هيثم حليم غازي، سلطات الإدارة في العقود الإدارية، (دراسة تطبيقية)، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2014، ص86.

[3]- بلاوي ياسين بلاوي، المرجع السابق، ص25.

[4]- تتلخص وقائع هذه القضية في: "أن الشركة الملاحة كانت ملتزمة بموجب عقد إداري بمرفق خطوط بحرية، وبمقتضى دفتر شروط الوارد في عقد الالتزام، كانت هذه الشركة ملتزمة بأن تعرض على قضاء التحكيم المنازعات ذات الطابع الجماعي التي تحدث بينها و بين مستخدميها بخصوص شروط العمل، و قد حدث أن رفضت الشركة الملتزمة العمل بذلك في ظرف معين، مما حدا بالوزير المختص بالبحرية التجارية إلى أن يصدر قرار تنفيذيا مباشرا

جاء فيه: "... نظرا لعدم وجود جزاء للمخالفة المنسوبة للملتزم منصوص عليه في دفتر الشروط، فليس ما يمنع أن يكون فعل الملتزم عدم تنفيذ من جانبه لالتزاماته، فالمعارضة المنظمة التي أبدتها الشركة الملتزمة برفضها تنفيذ شرط مذكور في العقد للمصلحة العامة الممثلة في حسن سير المرفق، قد سبب للدولة ضررا، وهي – تبعا لذلك – من طبيعة تبرر منح تعويض لصالح الدولة، هذا التعويض الذي كان من اختصاص الإدارة أن تحمل الشركة الملتزمة به"[1].

فبموجب هذا الحكم زال القيدين اللذان كانا يشكلان العائق أمام الإدارة، في استعمال حقها في توقيع الجزاءات على المتعاقد معها في حالة إخلاله بتنفيذ التزاماته التعاقدية.

وبذلك تحررت الإدارة من قيد اللجوء إلى القضاء، في حالة مطالبتها بتعويض عن الأضرار التي لحقتها من جراء إخلال المتعاقد معها بتنفيذ التزاماته التعاقدية، إذ اعترف لها القضاء الإداري الفرنسي بحقها في الحصول على التعويض الذي تستحقه، بعد أن تقوم بتقديره بإرادتها المنفردة ومن دون حاجة للجوء إلى القضاء لاستصدار حكم بذلك[2].

كما أن مجلس الدولة الفرنسي قد أقر بأحقية الإدارة في تحصيل هذا التعويض في بعض الحالات، بمقتضى أوامر الدفع (arrêtes de débit) والتي يصدرها الوزير المختص.

بالإضافة إلى ذلك فقد ذهب مجلس الدولة الفرنسي إلى أبعد من ذلك، بحيث أقر للإدارة في حالات معينة، بحقها في إحلال جزاءات محل الجزاءات التعاقدية، ومثال ذلك توقيعها لجزاء أخف من الجزاء المنصوص عليه في العقد، كفرضها للغرامة التأخيرية بدلاً من توقيع جزاء الفسخ المنصوص عليه في العقد الإداري أو العكس، بتوقيع جزاء أشد من الجزاء المنصوص عليه، و بذلك تحررت الإدارة من القيد الثاني[3].

بتحميل الشركة مبالغ مالية (غير مصرح بقيمتها) كتعويض للدولة، و كانت شرعية هذا القرار من حيث مدى حق الوزير في تقرير التعويض، وتحميل الملتزم به بإجراء مباشر منه أحد أوجه المنازعة في القضية"؛ وقائع هذه القضية مقتبسة عن مرجع سعيد عبد الرزاق باخبيرة، المرجع السابق، ص 51.

[1]– هذا الحكم مقتبس عن مرجع سعيد عبد الرزاق باخبيرة، المرجع نفسه، ص 51.

[2]– علي بن شعبان، المرجع السابق، ص 105.

[3]– سوف يتم التطرق لذلك بالتفصيل عن الحديث عن الخصائص المشتركة للجزاءات في المطلب الأول من المبحث الثاني من هذا الفصل.

وبالتالي فإن النتيجة التي يمكن استخلاصها من المسلك الجديد لقضاء مجلس الدولة الفرنسي، أن نظام الجزاءات الإدارية الذي يطبق في مجال تنفيذ العقود الإدارية، قد أصبحت له خصوصيته وأساسه القانوني، اللذان يتميز بهما عن نظام الجزاءات الذي يطبق في مجال تنفيذ العقود المبرمة في نطاق القانون الخاص. وهذا ما سيتم التطرق له في المبحث الموالي.

المبحث الثاني

الخصائص المشتركة للجزاءات في مجال تنفيذ العقود الإدارية والأساس القانوني لها

إن الجزاءات التي توقعها الإدارة على المتعاقد معها من شأنها – كما أسلفنا – أن تحمله على تنفيذ ما أخل به من التزاماته التعاقدية، وذلك بشكل يلائم مستلزمات الصالح العام.

ويتفق كل من القضاء والفقه الإداريين، على أن الجزاءات التي تملك الإدارة حق توقيعها على المتعاقد معها المخل بتنفيذ التزاماته التعاقدية متعددة ومتنوعة.

لذلك فإن نظامها القانوني يختلف عما هو معروف في عقود القانون الخاص، وذلك من خلال تميزها بسمات وخصائص مشتركة (**المطلب الأول**)، والتي تقوم في مجملها على أساس قانوني لم يكن واحدا أو متفق عليه منذ البداية (**المطلب الثاني**).

المطلب الأول

الخصائص المشتركة للجزاءات في مجال تنفيذ العقود الإدارية

تمتاز الجزاءات التي تملك الإدارة حق توقيعها على المتعاقد معها عند إخلاله بتنفيذ التزاماته التعاقدية، بتعددها وتنوعها، نظرا لتعدد وتنوع العقود الإدارية التي تبرمها الإدارة في مجال نشاطها

الإداري، وهذه الأنواع من الجزاءات الإدارية تجمعها خصائص متعددة، والتي تشترك فيها كافة أنواع العقود الإدارية كقاعدة عامة[1].

ولقد استخلص الفقه الإداري هذه الخصائص من خلال ما أقره القضاء الإداري في أحكامه القضائية الصادرة عنه.

وتتجلى هذه الخصائص في منح الإدارة الحق في توقيع الجزاء بنفسها دون حاجة للجوء للقضاء (**الفرع الأول**)، وحقها في توقيع الجزاء دون النص عليه في العقد الإداري وما يترتب عن ذلك من تمتعها بسلطة تقديرية (**الفرع الثاني**)، بالإضافة إلى حقها في توقيع الجزاء دون حاجة إلى إثبات وقوع ضرر أصابها كمبرر لذلك (**الفرع الثالث**).

الفرع الأول

حق الإدارة في توقيع الجزاء بنفسها

لقد استقر كل من الفقه والقضاء الإداريين على أن للإدارة المتعاقدة في أثناء تنفيذ عقودها الإدارية، الحق في حالة إخلال المتعاقد معها بتنفيذ التزاماته التعاقدية، بأن توقع عليه بإرادتها المنفردة مختلف أنواع الجزاءات الإدارية المقررة، وذلك من دون أن تكون هنالك حاجة للجوء إلى القضاء، وانتظار استصدار حكم قضائي، يعطيها الحق في مباشرة سلطتها في توقيع الجزاء على المتعاقد معها[2].

ولأجل ذلك خولت الإدارة المتعاقدة وهي بصدد تنفيذ عقودها الإدارية بحرية التصرف " le privilège du préalable"[3]، وذلك ضمانا لحسن سير المرافق العامة وانتظامها، ومنعا من تعرض

---

[1]– كاستثناء فإن بعض أنواع الجزاءات الإدارية تتميز بخصائص معينة، وذلك تبعاً لطبيعة ونوع العقد الإداري، و التي قد توجد في عقد ولا توجد في عقد آخر، كما سوف يتم التطرق لذلك بالتفصيل عند الحديث عن أنواع الجزاءات الإدارية في الفصل الثاني من هذه الدراسة.

[2]– عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية (الإبرام، التنفيذ، المنازعات في ضوء أحدث أحكام مجلس الدولة ووفقا لأحكام قانون المناقصات و المزايدات)، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2005، ص 261.

[3]– أو ما يعرف أيضا بامتياز التنفيذ المباشر (D'action d'office)، وللإشارة فقط أن هذا الامتياز يحكمه مبرر منطقي أعلنه المفوض الفرنسي روميو (le commissaire du-gouvernement romieu) في قضية (société immobilière de saint-just) في مقولة شهيرة بقوله: " لا يعقل إذا احترق منزل أن ينتظر حتى يرخص القضاء باستدعاء رجال الإطفاء"؛ عبد الله نواف العنزي، المرجع السابق، ص 08؛ وللإطلاع على وقائع

المصلحة العامة للضرر إذا توقفت هذه المرافق، وذلك بخلاف الوضع في مجال العقود المبرمة في نطاق فروع القانون الخاص، حيث يستلزم الأمر بضرورة تدخل القضاء للحكم بالجزاءات المنصوص عليها في هذه العقود[1].

وهو ما أكده القضاء الإداري في مصر بقوله أن:"... الإدارة تعمل في إبرامها للعقد الإداري بوصفها سلطة عامة تتمتع بحقوق وامتيازات لا يتمتع بمثلها المتعاقد معها، وذلك بقصد تحقيق نفع عام، أو مصلحة مرفق من المرافق العامة، كما أن الإدارة تعتمد في إبرامه وتنفيذه على أساليب القانون العام، فكفتا المتعاقدين فيه غير متكافئتين تغليبا للمصلحة العامة على المصلحة الفردية مما يجعل للإدارة سلطة مراقبة تنفيذ شروط العقد وكذا حق توقيع الجزاءات على متعاقديها وذلك بإرادتها المنفردة"[2].

وعلى هذا الأساس فإن مقتضيات المرافق العامة التي تبرم بشأنها العقود الإدارية، تقتضي منح الإدارة نفسها حق توقيع الجزاءات على المتعاقد معها، في حالة إخلاله بتنفيذ التزاماته التعاقدية، دون إتباع القواعد والإجراءات البطيئة الخاصة بالعقود المبرمة في نطاق القانون الخاص [3].

لكن ما ينبغي الإشارة إليه في هذا الصدد، أنه إذا كان الأصل في أن حق الإدارة في توقيع الجزاء بنفسها على المتعاقد معها، في حالة إخلاله بتنفيذ التزاماته التعاقدية، يشمل جميع أنواع الجزاءات الإدارية المقررة، فإنه يرد على ذلك إستثنائين:

القضية أنظر: حكم محكمة التنازع الفرنسية المؤرخ في: 1902/12/02 المنشور على الموقع الإلكتروني:http: // www.lawjo.net/vb/printthread.php?t=25098 ، شوهد بتاريخ: 2014/07/10.

[1]– نصر الدين محمد بشير، غرامة التأخير في العقد الإداري وأثرها في تسيير المرفق العام (دراسة مقارنة)، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2007، ص 246.

[2]– حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية المؤرخ في: 1963/05/25، مقتبس عن مرجع هيثم حليم غازي، المرجع السابق، ص 95.

[3]– محمود عاطف البنا العقود الإدارية، الطبعة الأولى، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، 2007، ص 247.

أولا: الاستثناء الأول: يتعلق بجزاء إسقاط الامتياز (la déchéance du concessionnaire)[1]

إن مجلس الدولة الفرنسي يستثني جزاء إسقاط الامتياز من بين الجزاءات الإدارية، التي تملك الإدارة حق توقيعها بنفسها على المتعاقد معها، في حالة إخلاله بتنفيذ التزاماته التعاقدية، ويجعل توقيعه بيد القضاء،[2] ما لم يوجد نص صريح في العقد الإداري يخول للإدارة المتعاقدة حق توقيع هذا الجزاء[3].

وذلك لما يمكن أن يترتب عن توقيع جزاء إسقاط الامتياز، تحميل صاحب الامتياز نفقات ضخمة وباهظة في سبيل إعداد المرفق وتهيئته للاستغلال، ومن ثم فإن توقيعه ينبغي أن يسند للقضاء وليس لجهة الإدارة المتعاقدة، نظرا لخطورته من الناحية العملية[4].

ثانيا: الاستثناء الثاني: التجاء الإدارة إلى القضاء لطلب توقيع الجزاء بدلا منها

بما أن الإدارة المتعاقدة هي التي تقدر الخطأ الذي يستوجب الجزاء، ثم أنها هي التي تملك حق توقيع الجزاء بنفسها، وعلى مسؤوليتها، وبطبيعة الحال تحت الرقابة اللاحقة للقضاء، فإن كل من القضاء والفقه الإداريين يعترفان بحق الإدارة إلى جانب حقها الأصيل والثابت لها في توقيع الجزاء بنفسها، بإمكانية لجوئها للقضاء مقدما واستصدار حكم قضائي، يقضي بتوقيع الجزاء المناسب على

---

[1]– الإسقاط هو المصطلح الذي يستعمله مجلس الدولة الفرنسي في حالة الفسخ الجزائي لعقد الامتياز الإداري، وهو ما سوف نتطرق إليه عند الحديث عن الفسخ الجزائي للعقد الإداري في الفصل الثاني من هذه الدراسة.

[2] - « le pouvoir de sanction présente deux particularités. D'une part, l'administration peut appliquer les sanctions d'office sauf la déchéance sans recourir au juge… »; Voir : Chrales DEBBASCH, droit administratif, 6eme édition, economica, paris, 2002, p542.

[3]– وذلك على خلاف المعمول به في قضاء مجلس الدولة المصري، فإنه يقر بحق الإدارة في توقيع كافة أنواع الجزاءات الإدارية المقررة على صاحب الامتياز، بما في ذلك جزاء إسقاط الامتياز، في حالة إخلاله إخلالا جسيما بشروط العقد، أو عجزه عن تسيير المرفق العام أو أداء الخدمات المطلوبة، وبدون أن تكون هنالك حاجة لتقريره من طرف القضاء ، و هذا ما أكده القضاء الإداري المصري في حكم صادر عن المحكمة الإدارية العليا بتاريخ: 1977/12/30 بقوله: "... ليس صحيحا في القانون أن هذا الجزاء (سحبه لالتزام أو إسقاطه)، لا يجوز توقيعه إلا بحكم من المحكمة المختصة، إذ أن مانح الالتزام له سلطات عديدة يملك استعمالها في حالة عدم قيام الملتزم بالوفاء بالتزاماته المفروضة عليه بموجب العقد فله –بقرار منه– توقيع الغرامات المنصوص عليها بالعقد أو تنفيذ التزامات الملتزم على حسابه وكذلك له أن يتخذ ما يراه كفيلا لضمان سير المرفق، كما يثبت لمانح الالتزام دائما بجانب هذه الجزاءات إسقاط الالتزام إذا اختل المرفق، اختلالا جزئيا أو كليا أو إذا ارتكب الملتزم مخالفات جسيمة..."؛ هذا الحكم مقتبس عن مرجع هيثم حليم غازي، المرجع السابق، ص 96.

[4]– مفتاح خليفة عبد الحميد، المعيار المميز في العقود الإدارية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2007، ص 197.

المتعاقد معها في حالة إخلاله بتنفيذ التزاماته التعاقدية، وذلك بدلاً من استعمالها لحقها في توقيع الجزاء بنفسها، لأسباب تقدرها وتقدر فائدتها للمرفق العام[1].

فمن جهة تحتاط الإدارة وتأمن قيام المسؤولية من جانبها، وذلك في حالة منازعة المتعاقد معها لها أمام القضاء، مما يجنبها تحمل أعباء التعويضات الجسيمة عن الأضرار التي يرتبها قرار الجزاء المقضي بعدم مشروعيته[2]، ومن جهة أخرى حتى يكون للمتعاقد مع الإدارة قناعة شخصية بمشروعية الجزاء، نظرا لكونه موقع من طرف القضاء، مما ينعكس ذلك إيجابا على تنفيذه لالتزاماته التعاقدية[3].

لكن ما ينبغي الإشارة إليه، أنه إذا كان بإمكان الإدارة اللجوء إلى القضاء من أجل طلب توقيع الجزاء على المتعاقد معها في حالة إخلال بتنفيذ التزاماته التعاقدية، فإن ذلك لا يمكن أن يكون بصفة مطلقة، و إنما هو مرهون بتوفر شرطين:

1)– الشرط الأول: ألا يكون العقد الإداري يجعل حق توقيع الجزاءات على المتعاقد في حالة إخلاله بتنفيذ التزاماته التعاقدية، من اختصاص سلطة إدارية أخرى، كأن تكون سلطة الوصاية مثلا[4]، وهذا ما أكده مجلس الدولة الفرنسي، أين رفض طلب المجلس البلدي بفسخ عقد الامتياز، وذلك على أساس أن العقد المطلوب فسخه يحتفظ بهذا الحق للمحافظ (préfet)، باعتباره كجهة إدارية لها وصاية على المجلس البلدي[5].

2)– الشرط الثاني: ألا يكون ذلك في الحالات التي تتطلب السرعة في توقيع الجزاءات، لأنه في هذه الحالات الإستعجالية، لا يمكن للإدارة المتعاقدة التنازل عن تلك الامتيازات باللجوء إلى القضاء في كل مرة بصفة كلية، لأنه ثمة أنواع من الجزاءات الإدارية – كما سنرى في حينه – تتطلب

---

[1]– عبد القادر دراجي، سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات الإدارية، مجلة المفكر، ع 10، كلية الحقوق والعلوم السياسة، جامعة محمد خيضر، بسكرة، جانفي 2014، ص 95؛ سعيد عبد الرزاق باخبيرة، المرجع السابق، ص 64.

[2]– محمد كامل ليلة، نظرية التنفيذ المباشر في القانون الإداري (دراسة مقارنة للتشريع والفقه والقضاء)، دار الفكر العربي، مصر، 1999، ص 123.

[3]– عبد العزيز عبد المنعم خليفة، تنفيذ العقد الإداري و تسوية منازعاته قضاءا وتحكيما، المرجع السابق، ص 69.

[4]– سعيد عبد الرزاق باخبيرة، المرجع السابق، ص 68.

[5]– حكم مجلس الدولة الفرنسي المؤرخ في 24 يوليو 1952 في قضية (dépeanque)، مقتبس عن مرجع سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص 480.

بطبيعتها إجراءات سريعة وفعالة، تفرضها وتقتضيها الضرورة الملحة، وذلك من أجل مواجهة حالة الاستعجال التي تهدد المرفق العام، وبالتالي فإنه من غير المعقول في هذه الحالات، أن تتنازل الإدارة عن حقها في توقيع الجزاء على المتعاقد معها المخل بتنفيذ التزاماته، باللجوء إلى القضاء، حيث يحول بطء إجراءات التقاضي، دون اتخاذ الجزاء السريع لمواجهة حالة الاستعجال[1].

الفرع الثاني

حق الإدارة في توقيع الجزاء دون النص عليه في العقد

إذا كانت القاعدة العامة في مجال العقود المبرمة في نطاق القانون الخاص، تقضي بأن العقد شريعة المتعاقدين، بحيث تقوم نصوص العقد المتفق عليها بين طرفيه مقام القانون، ومن ثم لا يجوز لأحد طرفي العقد التصرف خارج ما تم الاتفاق عليه، وفي حالة إخلال أحد طرفي العقد بالتزاماته التعاقدية، فإن الجزاء يتقرر وفقا لما هو منصوص عليه في العقد، وفي حالة غياب اتفاق فإن الجزاء يتقرر وفقا للقانون.

ونجد نفس الأمر في مجال العقود المبرمة في نطاق القانون العام، حيث نجد أن الإدارة دوما تحرص على النص في عقودها الإدارية، من خلال دفاتر شروطها على الجزاءات، التي يجوز لها أن توقعها على المتعاقدين معها في حالة إخلالهم بتنفيذ التزاماتهم التعاقدية[2].

لكن قاعدة العقد شريعة المتعاقدين، لا يمكن تطبيقها بصفة مطلقة في مجال تنفيذ العقود الإدارية، لأنه قد يخلوا العقد الإداري من النص على جزاءات، وبالتالي فهل يعني ذلك أن الإدارة في هذه الحالة، قد تجردت من أي سلاح جزائي تلجأ إليه لمواجهة إخلال المتعاقد معها بالتزاماته؟

إن الإدارة في هذه الحالة تتمتع بحقها في توقيع الجزاء، والذي هو حق مكفول لها، دون الحاجة لوجود نص يقره في العقد الإداري، لأن سلطة الإدارة في توقيع الجزاء على المتعاقد معها في حالة

[1]- بلاوي ياسين بلاوي، المرجع السابق، ص 34-35.

[2]- جمال عباس أحمد عثمان، المرجع السابق، ص 365.

إخلاله بتنفيذ التزاماته التعاقدية، هي سلطة مستقلة عن نصوص العقد الإداري في حد ذاته، بحيث أنها توجد ولو لم ينص عليها في العقد.[1]

وأساس ذلك أن الإدارة لا تستند في مباشرتها لحقها هذا إلى نصوص العقد الإداري، بل إلى سلطتها الضابطة لسير المرفق العام، ومرجع ذلك كله، ضمان تنفيذ العقد المتصل بسير المرفق العام وضمان استمراره وانتظامه تحقيقا للمصلحة العامة[2].

كما أنه إذا نص العقد الإداري على بعض الجزاءات، فإن ذلك لا يعني تقييد حرية الإدارة فيما عدا ما نص عليه، أو أنها لا تملك غيرها، بل تستطيع الإدارة تحت رقابة القضاء، أن توقع على المتعاقد معها المقصر بتنفيذ التزاماته، جميع أنواع الجزاءات المقررة لها[3]، وهو الأمر الذي استقر عليه قضاء مجلس الدولة الفرنسي منذ حكمه الصادر بتاريخ: 1907/05/31 في قضية (Déplanque)[4].

وهو ما استقر عليه على سبيل المثال القضاء الإداري المصري بقوله: "... ومن ثم فليس بالذي يعتد به ما يقول به المدعي في مذكرته من أن شروط المزايدة لم ينص فيها على حق الوزارة في مصادرة التأمين، لأنه مادام الغرض من التأمين هو ضمان التنفيذ... فلا يمكن تصور قيام هذا الضمان ما لم يكن للوزارة حق مصادرة هذا التأمين في حالة عدم التنفيذ سواء نص أو لم ينص في دفتر الشروط على هذا الحق وإلا لما كان هناك محل أصلا لاشتراط دفع تأمين مع العطاء"[5].

ومن ذلك على سبيل المثال ما استقر عليه أيضا القضاء في العراق بقوله: "... توقف المدعي عن إتمام العمل يعد إخلالا من جانبه بالتزامه التعاقدي، ويكون اتجاه دائرة المدعى عليه إلى سحب العمل من المدعي... إعمالا لامتيازها في إيقاع هذا الجزاء في نطاق العقد الإداري عند إخلال

---

[1]- يوسف بركات أبو دقة، امتيازات الإدارة في مواجهة المتعاقد معها في النظرية العامة وفي قانون الصفقات العمومية بالجمهورية الجزائرية، مذكرة ماجستير في القانون العام، معهد الحقوق والعلوم السياسية والإدارية، بن عكنون، جامعة الجزائر، أكتوبر 1977، ص 98.

[2]- حمد محمد حمد الشلماني، امتيازات السلطة العامة في العقد الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2007، ص168.

[3]- عادل بوعمران، مرجع السابق، ص 111-112.

[4]- لقد سبقت لنا الإشارة إلى الحكم ووقائعه في الفرع الثاني من المطلب الثاني من المبحث الأول من هذا الفصل من هذه الدراسة، ص31 وما بعدها.

[5]- حكم محكمة القضاء الإداري المصرية الصادر بتاريخ: 1957/11/17، مقتبس عن مرجع سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص 481.

المتعاقد في تنفيذ التزاماته، استنادا للقواعد العامة التي يقوم عليها العقد الإداري و لو لم ينص عليه العقد..."[1]

وعلى هذا الأساس فإنه يترتب على سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات على المتعاقد معها المخل بتنفيذ التزاماته التعاقدية، دون النص عليها في العقد الإداري مايلي:

أولا: حق الإدارة في اختيار الوقت المناسب لتوقيع الجزاء

وذلك شريطة ألا يتضمن العقد الإداري ميعادا لذلك، وذلك بحسب ما تراه الإدارة مناسبا لضمان سير المرفق العام، ومن ثم إعطاء المتعاقد معها فرصة حتى يتمكن من تدارك تقصيره، مما يستوجب عليه المبادرة إلى تنفيذ ما أخل به من التزاماته التعاقدية، وأن لا يتخذ ذلك لمصلحته كذريعة حتى يتهرب من توقيعها للجزاء عليه، بحجة أن الإدارة تراخت في توقيعها للجزاء عليه وأن تراخيها قد ألحق به ضرر[2].

وهذا ما أكده على سبيل المثال القضاء الإداري المصري بقوله: "...باستثناء حالة النص على إلزام الإدارة بتوقيع الجزاء على المتعاقد معها في وقت معين، فإن الإدارة تترخص في اختيار الوقت المناسب لتوقيع الجزاء بحسب ما تراه صالحا لضمان سير المرافق العامة، ومن ثم فإنه لا تثريب عليها إذا رأت في حدود سلطتها التقديرية، أن تتريث في إيقاع الجزاء على المتعاقد المقصر، وذلك حتى يفيء إلى الحق من حيث النهوض بالتزاماته، وقد يكون في هذا التريث تحقيق لهذه المصلحة إذا كان في أحكام العقد ما يكفل حمل المتعاقد على المبادرة إلى التنفيذ، كأن يتضمن العقد النص على إلزامه بدفع مبلغ معين، ولا يملك المتعاقد المحاجاة بأن الإدارة تراخت في توقيع الجزاء عليه وأن تراخيها قد أساء إليه، إذ لا يسوغ للمخطئ أن يستفيد من تقصيره... "[3].

[1]- حكم محكمة تمييز العراقية المؤرخ في: 2001/01/20، مقتبس عن مرجع بلاوي ياسين بلاوي، المرجع السابق، ص 38.

[2]- عبد العزيز عبد المنعم خليفة، تنفيذ العقد الإداري و تسويته منازعاته قضاءا و تحكيما، المرجع السابق، ص 82-83.

[3]- حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية، مقتبس عن مرجع هيثم حليم غازي، المرجع السابق، ص 101.

ثانيا: حق الإدارة في اختيار الجزاء المناسب

إذا كانت الإدارة المتعاقدة تتمتع بسلطة تقديرية في اختيار ميعاد توقيع الجزاء، وذلك في حدود ما تفرضه عليها مقتضيات المصلحة العامة، فإنه لها أيضا كقاعدة عامة سلطة تقديرية في اختيار الجزاء المناسب لتوقيعه على المتعاقد معها المخل بتنفيذ التزاماته[1]، وذلك إما بالتخفيف إذا قدرت أن الجزاء المتفق عليه في العقد مُبَالَغْ فيه، أو بالتشديد إذا قدرت أن جسامه المخالفة لا تتفق مع الجزاء المنصوص عليه في العقد[2].

كما أنه قد يتطلب الأمر من الإدارة في نفس الوقت، أن توقع على المتعاقد معها المخل بتنفيذ التزاماته التعاقدية جزاءين، طالما قد تحقق السبب لتوقيع كل منهما، شريطة عدم تعارض الجزاءين مع بعضهما البعض، وألا يحظر العقد الإداري أو دفتر شروطه ذلك صراحة، كما هو الشأن مثلا لعدم جواز جمعها بين جزاء فسخ العقد الإداري وبين جزاء التنفيذ على حساب المتعاقد معها، حيث أن فسخ العقد الإداري يؤدي إلى إنهاء الرابطة التعاقدية، في حين أن التنفيذ على حساب المتعاقد، يقتضي وجوب استمرار العقد قائماً إلى أن يتم هذا التنفيذ، بينما يجوز لها الجمع مثلا بين جزاء فسخ العقد الإداري وجزاء مصادرة التأمين[3].

---

[1]– استثنى القضاء الإداري الفرنسي حالة ما إذا توقع المتعاقدان خطأ معين ووضع له جزاء بعينه، فإنه يجب على الإدارة أن تتقيد به، وأن لا تستبدله بغيره من الجزاءات، إلا في حالة الضرورة كتعرض المرفق العام للخطر، وذلك فقط بالنسبة للجزاءات المالية كما سبق لنا وأن أشرنا إلى ذلك في ص 32 من هذا الدراسة، وذلك على خلاف قضاء مجلس الدولة المصري، الذي يفرض على الإدارة ضرورة احترام الجزاءات المنصوص عليها في العقد الإداري، والتقيد بها بالنسبة لكافة أنواع الجزاءات الإدارية من دون أي استثناء، وهذا ما أكدته المحكمة الإدارية العليا المصرية في حكمها المؤرخ في: 1967/04/08 بقولها: " إذا توقع المتعاقدان في العقد الإداري خطأ معينا ووضع له جزاء بعينه فيجب أن تتقيد جهة الإدارة بما جاء في العقد ولا يجوز لها كقاعدة عامة أن تخالفه أو تطبق في شأنه نصوص لائحة كانت ماثلة أمامها عند إبرام العقد"؛ إلا أن غالبية الفقه الإداري تؤيد مسلك قضاء مجلس الدولة الفرنسي، وذلك على أساس أنه غالباً ما تكون مخالفة المتعاقد على قدر كبير من الجسامة، بحيث لم تكن الإدارة قد توقعت حدوثها عند إبرام العقد؛ مازن ليلوا راضي، العقود الإدارية، الطبعة الأولى، دار قنديل للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2011، ص 144؛ سعيد عبد الرزاق باخبيرة، المرجع السابق، ص 55.

[2]– هارون عبد العزيز الجمل، الجزاءات في عقود الأشغال العامة، مجموعة رسائل الدكتوراه، بدون مكان وسنة النشر، ص 55.

[3]– عبد العزيز عبد المنعم خليفة، تنفيذ العقد الإداري وتسويته منازعاته قضاءا و تحكيما، المرجع السابق، ص 84؛ عبد القادر دراجي، المرجع السابق، ص 94؛ محمود عاطف البنا، المرجع السابق، ص 249.

وهو ما أكده في هذا الشأن القضاء الإداري المصري بقوله: "وغني عن البيان أن الجمع بين مصادرة التأمين والتعويض رهين بأن لا يحظر العقد الإداري صراحة هذا الجمع، وأن يكون الضرر لا يزال موجودا بعد مصادرة التأمين، بمعنى أن قدر الضرر أكبر من مبلغ هذا التأمين"[1].

الفرع الثالث

حق الإدارة في توقيع الجزاء دون اشتراط إثبات وقوع الضرر

تستند الإدارة وهي تباشر سلطتها في توقيع الجزاء على المتعاقد معها، إلى ضرر مفترض قد أصابها، وذلك من جراء إخلاله بتنفيذ التزاماته التعاقدية، وبأي شكل من الأشكال بالنسبة لكافة أنواع الجزاءات الإدارية المقررة لها[2]، ولو لم يترتب على إخلاله حدوث أضرار للإدارة، ودون أن تكون هنالك حاجة لإثباتها وقوع هذا الضرر بصورة فعلية[3].

وهذا ما أكده على سبيل المثال القضاء الإداري المصري بقوله: " أن الجزاءات التي تملك الإدارة توقيعها على المتعاقد معها في روابط العقد الإداري، إذا ما خالف شروط العقد أو قصر في تنفيذ الالتزامات المفروضة عليه بموجبه، إنما تستهدف أساساً تأمين سير المرافق العامة، فلا يشترط لتوقيعها إثبات وقوع ضرر أصاب المرفق، إذ أن هذا الضرر مفترض بمجرد تحقق سبب استحقاقها المنصوص عليه في العقد، ذلك أن التراخي في تنفيذ العقود الإدارية ينطوي في ذاته على إخلال بالتنظيمات التي رتبت الإدارة شؤون المرفق و تأمين سيره على أساسها"[4].

---

[1]- حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية الصادر بتاريخ: 1965/11/27، مقتبس عن مرجع سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص 482.

[2]- يستثنى من ذلك التعويضات التي يشترط فيها أن تكون عن ضرر محقق، لحق الإدارة من جراء إخلال المتعاقد بتنفيذ التزاماته التعاقدية، كما سوف نرى ذلك، عند التطرق للتعويض كنوع من أنواع الجزاءات الإدارية في الفصل الثاني من هذه الدراسة.

[3]- أحمد سلامة بدر، العقود الإدارية وعقد البوت B.O.T، مكتبة دار النهضة العربية، القاهرة، مصر 2003، ص 178؛ عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، الإبرام التنفيذ، المنازعات في ضوء أحدث أحكام القضاء الإداري ووفقا لأحكام قانون المناقصات والمزايدات وأحدث تعديلاته، الطبعة الأولى، المركز القومي للإصدارات القانونية، مصر، 2007، ص 282.

[4]- حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية الصادر بتاريخ: 1965/11/27، مقتبس عن مرجع سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص 482.

ومن ذلك على سبيل المثال ما استقر عليه أيضا القضاء في العراق بقوله: "... استقر قضاء محكمة التمييز على أن العقود التي تبرمها الإدارات والمؤسسات الحكومية ذات الصفة الاقتصادية العامة، تعتبر من عقود المرافق العامة، التي يفترض تحقق الضرر بمجرد التأخير في إنجازها، ما لم يكن هناك سبب أو عذر قانوني مقبول..."[1].

وعلى هذا الأساس فإنه لا يجوز للمتعاقد في هذه الحالة، اللجوء إلى القضاء للطعن في مشروعية الجزاء المفروض عليه من قبل الإدارة، وذلك بحجة غياب الدليل على وقوع أي ضرر أصابها، لأن مجرد إخلاله بتنفيذ التزاماته يشكل قرينة قاطعة، غير قابلة لإثبات العكس على إصابة الإدارة بضرر، وإن كان يجوز له إثبات غياب الخطأ من جانبه، وأن هذه الجزاءات قد فرضتها الإدارة عليه بصورة مخالفة للقانون[2].

ومرجع ذلك كله بالدرجة الأولى إلى ما يمكن أن يتسم به إخلال المتعاقد مع الإدارة من خطورة، وذلك بشكل لا يحقق الهدف المبتغى من وراء إبرام العقد الإداري، ألا وهو ضمان استمرارية المرفق العام من جهة، ومن جهة أخرى يفترض في المتعاقد أنه كان عالماً وقت تعاقده مع الإدارة، بمدى ما تتمتع به هذه الأخيرة من سلطات في هذا الشأن[3].

المطلب الثاني

الأساس القانوني لسلطة الإدارة في توقيع الجزاءات

يجمع غالبية فقهاء القانون العام على أن للإدارة، الحق في إصدار القرارات الإدارية الفردية، المتعلقة بتوقيع الجزاءات على المتعاقد معها عند إخلاله بتنفيذ التزاماته التعاقدية.

[1]- حكم محكمة تميز العراق المؤرخ في: 1973/11/14، مقتبس عن مرجع بلاوي ياسين بلاوي، المرجع السابق، ص 40.

[2]- بلاوي ياسين بلاوي، المرجع نفسه، ص 40-41.

[3]- عبد العزيز عبد المنعم خليفة، تنفيذ العقد الإداري وتسويته منازعاته قضاءا وتحكيما، المرجع السابق، ص 82؛ محمد حسن مرعي الجبوري، المرجع السابق، ص 53.

ويعد هذا الحق من الأمور التي يقوم عليها نظام الجزاءات الإدارية في أثناء تنفيذ العقود الإدارية، تُباشره الإدارة المتعاقدة بصورة تلقائية، ودون اللجوء إلى القضاء لاستصدار حكم بذلك، كما سبقت الإشارة إلى ذلك[1].

وبطبيعة الحال يجد هذا الإجماع أساسه القانوني، فيما تنص عليه التشريعات المعمول بها، ودفاتر الشروط الإدارية العامة، فضلا عن نصوص العقد ودفاتر شروطها، والتي تنص في الغالب على حق الإدارة في توقيع الجزاءات على المتعاقد معها في حالة إخلاله بتنفيذ التزاماته المنصوص عليها في العقد الإداري[2].

غير أن أساس حق الإدارة في توقيع الجزاءات في مجال تنفيذ عقودها الإدارية، يتجاوز في حقيقة الأمر فكرة الأساس القانوني المستمد من النصوص التعاقدية فقط، بل ويتجاوز أيضا النصوص التشريعية التي لا يتم اللجوء إليها إلا عند غياب النص الصريح في العقد، وذلك نظرا لوجود مبررات واعتبارات قانونية تتجاوز ذلك[3]، وذلك في كل من القضاء والفقه المقارن والقانون الجزائري.

ولأجل التوصل إلى حقيقة ذلك، يقتضي منا الأمر عرض الأساس القانوني لسلطة الإدارة في توقيع الجزاءات على المتعاقد معها في القضاء والفقه المقارن (**الفرع الأول**)، ثم عرض الأساس القانوني لسلطة الإدارة في توقيع الجزاءات على المتعاقد معها في القانون الجزائري (**الفرع الثاني**).

الفرع الأول

الأساس القانوني لسلطة الإدارة في توقيع الجزاءات على المتعاقد معها في القضاء والفقه المقارن

إذا كان فقهاء القانون الإداري في أغلبهم ـ كما أسلفنا ـ يجمعون على حق الإدارة في توقيع الجزاءات على المتعاقد معها المقصر في تنفيذ التزاماته التعاقدية، بناءا على امتياز التنفيذ المباشر، إلا

[1]– راجع ص 37 وما بعدها من هذه الدراسة.

[2]– سعيد عبد الرزاق باخبيرة، المرجع السابق، ص 74.

[3]– سعيد عبد الرزاق باخبيرة، المرجع نفسه، ص75.

أن آرائهم لم تكن موحدة بخصوص الأساس القانوني لهذا الحق أو هذه السلطة، وذلك من ناحية رؤيتها وتفسيرها لأحكام القضاء الإداري التي استندت عليها، ومن ثم بالكيفية التي رأتها مناسبة لتأكيد صحة وجهة نظرتها للأمر.

وكنتيجة لذلك انقسم الفقه الإداري إلى اتجاهين، اتجاه يعتد بفكرة السلطة العامة كأساس قانوني لسلطة الإدارة في توقيع الجزاءات (**أولا**)، بينما ردها الاتجاه الأخر إلى فكرة المرفق العام كأساس قانوني لسلطة الإدارة في توقيع الجزاءات (**ثانيا**).

أولا: الاتجاه الأول:

يرى أنصار هذا الاتجاه بأن الأساس القانوني لسلطة الإدارة في توقيع الجزاءات على المتعاقد معها في حالة إخلاله بتنفيذ التزاماته التعاقدية، يكمن في فكرة السلطة العامة، باعتبارها مجموعة من الامتيازات تستخدمها الإدارة في نطاق تنفيذ عقودها الإدارية بهدف تحقيق الصالح العام، إذ تعتبر القرارات الصادرة عن الإدارة بتوقيع الجزاء على المتعاقد معها المقصر في تنفيذ التزاماته، من أعمال السلطة العامة، ومن ثم هي طبقا لأنصار هذا الاتجاه مظهر من مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية.

لكن وعلى الرغم مما قدمه أنصار هذا الاتجاه من آراء، والتي كانت في مجملها متقاربة تصبوا كلها في معنى واحد، ألا وهو فكرة السلطة العامة كأساس قانوني لسلطة الإدارة في توقيع الجزاء، إلا أن أنصار هذا الاتجاه كانوا محل نقد شديد.

وفيما يلي نستعرض أهم الآراء الفقهية المؤيدة لفكرة السلطة العامة كأساس قانوني لسلطة الإدارة في توقيع الجزاءات وسندها في ذلك(**1**)، ثم نبرز أهم الانتقادات الفقهية التي وجهت لأنصار هذا الاتجاه (**2**).

1- الآراء الفقهية المؤيدة لفكرة السلطة العامة كأساس قانوني لسلطة الإدارة في توقيع الجزاءات:

نجد على رأس الفقهاء المؤيدين الفقيه الفرنسي (Hauriou) الذي يرى: " بأن امتياز التنفيذ المباشر هو الدعامة الأساسية للسلطة العامة في نطاق تنفيذ عقد متصل بمرفق عام، فللإدارة أن تتخذ أي إجراء تراه في مواجهة المتعاقد معها المقصر في تنفيذ التزاماته، بمجرد قرار بسيط تصدره من جانبها، دون أن تكون ملزمة بعرض الأمر على القضاء ليقضي لها بهذه الجزاءات"[1].

ويرى الفقيه (VEDEL) بأنه: "من الامتيازات الرئيسية التي تملكها الإدارة تطبيق الجزاءات على متعاقدها المقصر بنفسها، والتي تنتج بقوة القانون من نظام السلطة العامة، ويمكن للإدارة تطبيقها متى دعت ضرورة ضمان سير المرفق العام ذلك، وهذا دون حاجة لأن تتضمنها بنود العقد"[2].

كما يرى الفقيه البلجيكي (Maurice André flamme) بأن: "حق الجزاء المعترف به للإدارة من جانب واحد في مواجهة المتعاقد المخل بالتزاماته، يعد امتيازا أصيلاً للسلطة العامة موجوداً من تلقاء نفسه لصالح الإدارة واختصاصاً متعلقاً بالنظام العام"[3].

وإلى جانب هؤلاء نجد الفقيه (Michel Rousset) الذي يرى بأن: "سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات، ليست محصورة في الجزاءات التي ينص عليها العقد الإداري، بل توجد أيضا في حالة سكوت العقد استنادا إلى فكرة السلطة العامة"[4].

ومن الفقهاء العرب المؤيدين لذلك، نجد رأي الأستاذ أحمد عثمان عياد بقوله: "أن الأساس القانوني لسلطة الإدارة في توقيع الجزاءات الإدارية يكمن في فكرة السلطة العامة، فالجزاءات التي توقعها الإدارة على المتعاقد معها إذا قصر في تنفيذ التزاماته، ما هي إلا مظهر من مظاهر السلطة

[1]- مقتبس عن مرجع محمد حسن مرعي الجبوري، المرجع السابق، ص 24.

[2]- مقتبس عن مرجع علي بن شعبان، المرجع السابق، ص 109.

[3]- مقتبس عن مرجع محمد حسن مرعي الجبوري، المرجع السابق، ص 25.

[4]- مقتبس عن مرجع محمد حسن مرعي الجبوري، المرجع نفسه، ص 25.

العامة في العقود الإدارية، وهي تطبيق وإعمال لامتياز من أهم امتيازات السلطة العامة، التي تملكها الإدارة قبل الأفراد وهو امتياز التنفيذ المباشر"[1].

وفي ذات السياق يقول الدكتور ثروت بدوي: "بأن السلطة العامة لها خصائصها المميزة التي تظهر بوضوح في مجال العقود الإدارية، وأن الجزاءات التي توقعها الإدارة على المتعاقد المقصر هي من أهم امتيازاتها، المتمثلة في امتياز التنفيذ المباشر"[2].

وتجد آراء هذا الاتجاه سندها القانوني الذي اعتمدت عليه في تحليلها وتفسيرها، فيما صدر عن القضاء الإداري من أحكام قضائية في هذا الشأن، ومن ذلك حكم مجلس الدولة الفرنسي الذي قضى فيه بأن: " للإدارة في الكثير من الحالات بالاستناد إلى سلطتها العامة أن تلجأ لتحصيل قيمة التعويضات بمقتضى أوامر تصدرها بإرادتها المنفردة تطبيقا لأهم امتيازاتها المتمثل بالتنفيذ المباشر"[3].

وهو أيضا ما أقره القضاء الإداري المصري في حكمه الصادر عن المحكمة الإدارية العليا بتاريخ 1963/05/25[4].

2- الانتقادات التي وجهت إلى أنصار هذا الاتجاه

لقد وجهت لأنصار هذا الاتجاه العديد من الانتقادات وذلك من عدة نواحي، وفيما يلي نذكر أهمها:

أ- صعوبة التمييز بين نوعين من أعمال الإدارة، وذلك نتيجة لتمتع الدولة بشخصية قانونية مزدوجة، وهو قول مردود عليه ولا يستند إلى أي أساس منطقي، لأن الدولة واحدة لا يمكن أن تكون مزدوجة الشخصية القانونية، بالإضافة إلى ذلك فإن أنصار هذا الاتجاه قد تجاهلوا تطور

[1]- أحمد عثمان عياد، مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية، مجموعة رسائل الدكتوراه، بدون مكان وسنة النشر، ص 341-342.

[2]- مقتبس عن مرجع رشا محمد جعفر الهاشمي، المرجع السابق، ص217.

[3]- حكم مجلس الدولة الفرنسي المؤرخ في: 1926/11/27 في قضية (MONOT)، مقتبس عن مرجع محمد حسن مرعي الجبوري، ص 26-27.

[4]- لقد سبقت لنا الإشارة إلى هذا الحكم في ص 38 هذه الدراسة.

وظيفة الدولة واتساع نشاطها، مما يترتب عن ذلك التضييق من نطاق تطبيق القانون الإداري، واستبعاد مجالات معينة من تطبيقه كالعقود الإدارية مثلا[1].

ب– كما أنه وفقا لأنصار هذا الاتجاه أن الإدارة لا تضفي الصفة الإدارية، إلا إذا كان العمل المراد القيام به ذو طبيعة إدارية، وبذلك يكون استخدام الإدارة لمظاهر السلطة العامة في تصرفاتها القانونية نتيجة من نتائج الصفة الإدارية لهذا العمل.

ج– ولذلك فإنه من غير المعقول القول بأن السلطة العامة تعد أساساً لسلطة الإدارة في توقيع الجزاءات على المتعاقد معها المقصر في تنفيذ التزاماته التعاقدية، باعتبار أن تصرفها بوصفها كسلطة عامة تأمر وتنهي بواسطة قراراتها الانفرادية، والتي لا تلزم إلا لمن وُجهت إليه، وهذا يتناقض مع ما هو مسلم به في فقه القانون العام، إذ أن المساس بالعقد الإداري من طرف الإدارة، يترتب عنه ضرر غير متوقع للمتعاقد معها، مما يستتبع تعويضه[2].

د– كما أن الأخذ بفكرة السلطة العامة في مجال تنفيذ العقود الإدارية، قد يؤدي إلى تعسف الإدارة، مما يترتب عنه هروب المتعاقدين من التعاقد معها تخوفا من مجابهة تلك السلطة[3].

وأمام هذه الانتقادات التي وجهت لأنصار الاتجاه المؤيد لفكرة السلطة العامة، كأساس قانوني لسلطة الإدارة في توقيع الجزاءات على المتعاقد معها المقصر في تنفيذ التزاماته التعاقدية، ظهر اتجاه آخر من الفقه الإداري، ينادي بأساس قانوني آخر، يقوم على فكرة المرفق العام وما تقتضيه ضروراته. فكيف ذلك؟

---

[1]– عبد القادر رحال، سلطة المتعامل العمومي في توقيع الجزاءات على المقاول المتعاقد معه في القانون الجزائري (دراسة مقارنة)، مذكرة ماجستير في القانون العام (إدارة ومالية)، معهد العلوم القانونية والإدارية، جامعة تيزي وزو، 1989-1990، ص 100.

[2]– عبد القادر رحال، المرجع نفسه، ص 101.

[3]– سعيد عبد الرزاق باخبيرة، المرجع السابق، ص 78-79.

ثانيا: الاتجاه الثاني:

يرى أنصار هذا الاتجاه أن الأساس القانوني لسلطة الإدارة في توقيع الجزاءات على المتعاقد معها المقصر في تنفيذ التزاماته التعاقدية، يكمن في مبدأ سير المرفق العام بانتظام واطراد، وذلك على اعتبار أن الإدارة مسؤولة بطبيعة وظيفتها عن تأمين سير المرافق العامة، لذلك فمن حقها طبقا لأنصار هذا الاتجاه، أن تتخذ الإجراءات التي تكفل إجبار المتعاقد معها على تنفيذ شروط العقد المتصل بالمرفق العام على الوجه الأكمل.

ونجد على رأس أنصار هذا الاتجاه الفقيه الفرنسي (Gaston jeze) الذي يذهب إلى القول بحسب رأيه، بأن دوام سير المرافق العامة بانتظام واطراد، يتطلب أن يكون المتعاقد مع الإدارة بشأن هذه المرافق دقيقا في تنفيذ التزاماته التعاقدية. لذلك فمن المهم جداً وحتى تضمن الإدارة دقة المتعاقد معها في تنفيذ التزاماته، يجب أن تكون مزودة بجزاءات صارمة توقعها على المتعاقد معها في حالة إخلاله بها، وذلك كله في إطار القانون العام، وبعيدا عن نظام الجزاءات المعمول به في نطاق القانون الخاص، الذي لا يتفق ومتطلبات المرافق العامة، وذلك لما يتميز به من إجراءات طويلة ومعقدة، خاصة مع ضرورة تدخل القاضي في إقرارها، وإعمال سلطته التقديرية في تكييف تصرفات المتعاقد.

أما في العقد الإداري فإن استخدام أسلوب القانون العام يسمح للإدارة بأن تباشر بنفسها توقيع الجزاءات، ودون تدخل من جانب القضاء وبشكل فوري، كلما رأت أن في إخلال المتعاقد معها بالتزاماته، يمس بالسير المنتظم و المستمر للمرفق العام[1].

كما يرى أيضا الفقيه الفرنسي (André de laubadere) بأن الجزاءات في العقود الإدارية لا تستهدف فحسب قمع أوجه الإخلال أو إعادة التوازن للالتزامات التعاقدية، بقدر ما تهدف بالدرجة الأولى إلى ضمان كفالة حسن سير المرافق العامة[2].

[1]– علي بن شعبان، المرجع السابق، ص 108.

[2] - « Les contrats administratifs, les sanctions n'ont pas seulement pour but de réprimer des manquements contractuels, mais aussi d'assurer la marche des services publics… »; voir : André de laubadere, Traite de droit administratif, T 01, 16 eme édition, L.G.D.J, 2001, p 700.

ولعل ما يدعم موقفهم هذا، هو تأييد القضاء الإداري الفرنسي لفكرة مقتضيات المرفق العام، كأساس قانوني لسلطة الإدارة في توقيع الجزاءات بقوله: " للإدارة أن تفرض الجزاءات على المتعاقد معها الذي يخل بالتزاماته، بالشكل الذي يؤثر في دوام سير المرفق العام بانتظام واطراد، حتى ولو لم ينص عليه في العقد"[1].

ومن أنصار هذا الاتجاه من الفقهاء العرب، نجد رأي الدكتور عبد المجيد فياض إذ يقول "... أن فكرة السلطة العامة لا يمكن أن تكون سلطة قانونية في ذاتها، وإنما هي وسيلة لتحقيق الخدمات التي تؤديها الدولة إلى الأفراد عن طريق المرافق العامة، ولذلك فهي مقيدة بهدف المرفق العام الذي يُسبغ على تصرفاتها طابع الشرعية"[2].

وفي ذات السياق يقول الدكتور هارون عبد العزيز الجمل: " إن الأساس القانوني لسلطة الإدارة في توقيع الجزاءات على المتعاقدين معها بموجب العقد الإداري، ينبع أساساً من فكرة المرفق العام بأوسع معانيه"[3].

وهو ما أستقر عليه القضاء الإداري المصري في العديد من أحكامه القضائية، منها ما سبقت لنا الإشارة إليها، ومنها أيضا بقوله: " أن للإدارة الحق في توقيع الجزاءات على متعاقديها ومنها فسخ العقد ومصادرة التأمين وشطب الاسم، وهي في هذا لا تستند إلى العقد الإداري، بل إلى سلطتها الضابطة للمرافق العامة، وعملا بالقواعد الأصولية التي تقضي بها طبيعة العقود الإدارية وأهدافها وقيامها على فكرة حسن سير استمرار المرافق العامة"[4].

وترتيباً على ما سبق، استطاع أنصار هذا الاتجاه إثبات أن سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات على المتعاقد معها، وذلك في حالة ثبوت إخلاله بتنفيذ التزاماته التعاقدية، تستمد أساسها القانوني

---

[1]- حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر بتاريخ: 23 يونيو 1814 في قضية (ville de Toulon)، مقتبس عن مرجع محمد حسن مرعي الجبوري، المرجع السابق، ص 33.

[2]- مقتبس عن مرجع عبد القادر رحال، المرجع السابق، ص 104.

[3]- هارون عبد العزيز الجمل، المرجع السابق، ص 88.

[4]- حكم محكمة الإدارية العليا المصرية المؤرخ في: 1969/11/28، مقتبس عن مرجع هيثم حليم غازي، المرجع السابق، ص 88-89.

السليم من فكرة تأمين سير المرافق العامة بانتظام واطراد وما تقتضيه ضروراته، إلى درجة أن أصبحت في ظل القضاء والفقه المقارن، هي الأساس القانوني الراجح الذي تقوم عليه سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات على المتعاقد معها المقصر في تنفيذ التزاماته، بل وحتى في ظل رأي الفقه الإداري الحديث[1]، نظرا لكونها تهدف إلى تحقيق المصلحة العامة، وهي المصلحة التي تسعى الإدارة من خلال إشرافها على سير المرفق العام، بموجب عقد من العقود الإدارية، على تحقيقها وضمانها دائما[2].

وعليه إذا كان الأساس القانوني لسلطة الإدارة في توقيع الجزاءات في ظل القضاء والفقه المقارن يقوم على فكرة المرفق العام وضروراته. فكيف ذلك في ظل القانون الجزائري؟ وهو ما سيتم التطرق إليه في الفرع الموالي.

الفرع الثاني

الأساس القانوني لسلطة الإدارة في توقيع الجزاءات على المتعاقد معها في القانون الجزائري

إذا كانت امتيازات الإدارة في توقيع الجزاءات في ظل النظرية العامة للعقد الإداري ونظامها القانوني، تستند في وجودها إلى التناقض القائم بين المصلحة العامة التي تمثلها الإدارة والمصلحة الذاتية للمتعاقدين معها، فإن الامتيازات التي تملكها الإدارة المتعاقدة في الجزائر اتجاه المتعاقدين معها، كانت نتيجةً لضرورات موضوعية تطلبت وضع هذه الامتيازات في يد الإدارة المتعاقدة، باعتبارها المشرفة على عملية التنمية والمكلفة بإنجاز المخططات الوطنية، التي تعد الصفقات العمومية من أهم أدوات تنفيذها[3].

---

[1]– عمار بوضياف، الصفقات العمومية في الجزائر (دراسة تشريعية وقضائية وفقهية)، الطبعة الأولى، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2007، ص 151؛ محمد حسن مرعي الجبوري، المرجع السابق، ص 39؛ بلاوي ياسين بلاوي، المرجع السابق، ص 67؛ باخبيرة سعيد عبد الرزاق، المرجع السابق، ص 78.

[2] " pourquoi ces sanctions administratives…pour but d'assurer la marche des services publics et satisfaire les besoins d'intérêt général"; voir :Ahmed MAHIOU, cours d'institutions administratives, 3eme édition, O.P.U, Alger, 1981, p249.

[3]– عبد القادر رحال، المرجع السابق، ص 89.

لذلك فان امتيازات الإدارة المتعاقدة في توقيع الجزاءات على المتعاقدين معها في حالة إخلالهم بتنفيذ التزاماتهم التعاقدية، لم يكن أساسها التناقضات كما هو الحال في نظرية الجزاءات في العقد الإداري، في ظل القضاء والفقه المقارن، بل فرضتها الظروف الموضوعية للتطور الاقتصادي والاجتماعي ومتطلبات التنمية في الجزائر[1].

غير أن انعدام وجود التناقضات بين الأطراف المتعاقدة، لا يعني ذلك عدم وجود جزاءات رادعة توقع على الطرف المتعاقد المخل أو المقصر في تنفيذ التزاماته التعاقدية.

فعلى العكس من ذلك فإن الصفقات العمومية أداة لتنفيذ المخطط الوطني، باعتبار أن الأهداف المخططة هي عبارة عن التزامات قانونية، يقع تنفيذها على عاتق المؤسسات العمومية المنفذة، كل حسب اختصاصها في مختلف القطاعات.

ومن أجل تنفيذ التزاماتها هذه تلجأ إلى إبرام صفقات عمومية، فيما بينها وبين مؤسسات القطاع الخاص في إطار المخطط الوطني.

وهذا ما أكد عليه المشرع الجزائري على سبيل المثال في قانون 88-02 بموجب نص المادة 34 منه والتي تنص على أنه: " تنجز مخططات المؤسسات العمومية الاقتصادية بواسطة عقود يرتضيها الأطراف بحرية قصد تبادل موادهم وخدماتهم في إطار الأهداف والمقاييس المنصوص عليها في المخطط الوطني"[2].

ومن هنا تبرز العلاقة بين الصفقات العمومية باعتبارها كعقد بالمخطط الوطني، بحيث تصبح الصفقة شرطا أساسياً لإنجاز المخطط الوطني في مختلف المجالات، لأن انجاز هذه الصفقة وفقاً للشروط والمواصفات التي حددتها بنودها، يعد إنجازاً لجزء من المخطط نفسه[3].

[1]- عبد القادر رحال، المرجع السابق، ص 90.

[2]- القانون رقم: 88-01 المؤرخ في: 12 يناير 1988 المتعلق بالتخطيط، ج.ر.ج.ج ، ع 02، 1988.

[3]- عبد القادر رحال، المرجع السابق، ص91.

وبالتالي فعلى أطراف العقد (الصفقة) التقيد ببنوده وتنفيذه تنفيذاً عينياً ودقيقاً، وتفادي كل من شأنه المساس بهذا التنفيذ، ذلك أن كل تهاون أو تقصير في تنفيذ الصفقة وعدم احترام بنودها من مواعيد ومواصفات، سوف يؤدي بالضرورة إلى تأخير الجزء المتعلق بهذه الصفقة، وهو ما يؤثر على بقية الأجزاء الأخرى من المخطط، باعتبار أن المخطط عبارة عن حلقات مترابطة، فإذا أصاب الخلل حلقة منها تأثرت باقي الحلقات، ويترتب عن ذلك قيام مسؤولية من تسبب في هذا الإخلال أو التهاون، وتوقع عليه الجزاءات اللازمة والمناسبة[1].

ومن أجل ذلك ولضمان هذا التنفيذ وضعت القوانين الضوابط القانونية اللازمة، والجزاءات المادية لتسلط على الطرف المتعاقد المخل بتنفيذ التزاماته التعاقدية، بقصد إرغامه على الوفاء بها، ووفقاً لما هو منصوص عليه في بنود العقد، وذلك في جميع القوانين المنظمة للصفقات العمومية في الجزائر.

وبالرجوع إلى المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المعدل والمتمم، المنظم للصفقات العمومية في الجزائر الحالي، وتحديدا نص المادة:01/09 منه التي تنص على أنه: " يمكن أن ينجز عن عدم تنفيذ الالتزامات التعاقدية من قبل المتعاقد في الآجال المقررة أو تنفيذها غير المطابق، فرض عقوبات مالية، دون الإخلال بتطبيق العقوبات المنصوص عليها في التشريع المعمول به".

يتضح من هذا النص أن المشرع الجزائري قد أكد على تحديد الجزاءات، التي يمكن للمصلحة المتعاقدة توقيعها على المتعاقد معها في حالة إخلاله بتنفيذ التزاماته التعاقدية، والتي منها الغرامات التأخيرية في بنود العقد، ليكون المتعاقد على بينة من أمره ودراية مسبقة، بما سوف يسلط عليه من جزاءات عند إخلاله بتنفيذ التزاماته التعاقدية، وبذلك يكون حريصاً على الوفاء بالتزاماته التعاقدية بدقة من جهة، ومن جهة أخرى فإن تحديد الجزاءات بصفة عامة في بنود العقد (الصفقة)، يستبعد وقوع أي خلاف حوله، ويُغلق باب الاجتهاد أمام المصلحة المتعاقدة في تحديد مقدار العقوبة

[1]- عبد القادر رحال، المرجع السابق، ص92.

المناسبة، لأن هذه الأخيرة لا تتمتع أصلا بسلطة تقديرية سواء بكيفية إبرام الصفقة[1]، أو حتى في إنجازها، إذ أن ذلك كله محدد بموجب نصوص قانونية لا يمكن مخالفتها، ومن ثم يجب على المصلحة المتعاقدة التقيد بالنصوص التشريعية والتعاقدية، المتعلقة بفرض الجزاءات المستحقة على المتعاقد معها في حالة إخلاله بتنفيذ التزاماته التعاقدية[2].

كما أنه لا يمكن للمصلحة المتعاقدة ابتكار جزاءات من عندها لتوقعها على المتعاقد معها، إذا ما قصر في تنفيذ التزاماته، بل أن ذلك من صلاحيات المشرع وحده، بخلاف الأمر بالنسبة للإدارة في نظرية الجزاءات في العقد الإداري ونظامها القانوني، في ظل القضاء والفقه المقارن، أين تتمتع كما أسلفنا القول بسلطة تقديرية واسعة في ابتكار الحلول وفرض الجزاءات[3].

لذلك فالمصلحة المتعاقدة مجبرة على تطبيق الجزاءات المحددة من قبل المشرع، ولا يمكنها تجاوزها، وهذا ما أكده القضاء الجزائري بقوله: " أن بعض من هذه العقوبات (الجزاءات) قد يرد النص عليها في العقد الإداري، و من ثم فلا يمكن ممارسة هذه السلطة إلا في هذا الإطار"[4].

وبالتالي فإن الأساس القانوني لسلطة الإدارة المتعاقدة في توقيع الجزاءات على المتعامل المتعاقد معها المخل بتنفيذ التزاماته التعاقدية في القانون الجزائري، هو المخطط التنموي بالدرجة الأولى، ثم يأتي العقد (الصفقة) واستناداً إلى النص الأصلي في المخطط ليؤكده، ويجسد هذه التعليمات في تفصيل وتدقيق هذه الجزاءات في بنوده، حتى تصبح واضحة ومعلومة للأطراف المتعاقدة[5].

وبما أن البرامج والمخططات التنموية التي تضعها السلطات المركزية، إنما يقع تنفيذها من قبل كل إدارة معنية في جزء كبير منها عن طريق الصفقات العمومية، وهو ما يتضح من خلال إعلانات

---

[1]– كما هو الحال مثلا بالنسبة لحرية اختيار المتعاقد والذي لا تملك المصلحة المتعاقدة فيه هامشا واسعا من حرية الاختيار، إذ هي مجبرة على التعاقد على من يرسو عليه العطاء؛ علي بن شعبان، المرجع السابق، ص 111.

[2]– عبد القادر رحال، المرجع السابق، ص94.

[3]– أنظر: ص 43 وما بعدها من هذه الدراسة.

[4]– قرار الغرفة الإدارية للمحكمة العليا الجزائرية المؤرخ في: 1968/12/13 في قضية شركة (V.B) ضد الدولة، مقتبس عن مرجع حسين طاهري، القانون الإداري والمؤسسات الإدارية (التنظيم الإداري–النشاط الإداري)، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار الخلدونية، الجزائر، 2007، ص 121.

[5]– عبد القادر رحال، المرجع السابق، ص 133–134.

الإدارات العمومية المتضمنة لحاجاتها المرفقية المختلفة، والتي تشمل إما إنشاء المرافق العمومية عن طريق صفقات الأشغال العامة[1]، أو الحاجات الأساسية المتعلقة بسير المرافق العمومية عن طريق صفقات اللوازم (التوريد)[2]، أو تأخذ هذه الحاجات شكلا آخر يتعلق بإدارة وتنظيم وتسيير المرافق العمومية بواسطة عقود الامتياز الإدارية[3].

وبناءا على ذلك فإن النتيجة التي يمكن استخلاصها، أن هنالك توافق حول الأساس القانوني، بين ما هو وارد في ظل الراجح في نطاق القضاء والفقه المقارن، وهو ما هو وارد في نطاق القانون الجزائري، وذلك على أساس أن ضرورات وحاجات المرافق العمومية من إنشاء وسير وتسيير وتنظيم، هي جزء من المخططات والبرامج التنموية في الجزائر، وذلك كله بهدف تحقيق المصلحة العامة.

[1]– فلو وضعت على سبيل المثال السلطة الإدارية برنامجاً لإنجاز مرافق إستشفائية خلال مدة معينة على المستوى الوطني، فإن تنفيذ هذا البرنامج سيتجسد في شكل صفقات عمومية، تبرم مع مجموعة مقاولات وشركات ومؤسسات بغرض تحقيق البرنامج المسطر.

[2]– كما هو الشأن لبرنامج يتضمن تحسين مرافق الخدمات الجامعية، ومن ذلك على سبيل المثال تحسين خدمات الإيواء والنقل، وما يتطلبانه من توفير لمختلف حاجات الطلبة، من أطعمة وأفرشة وأسرة وحافلات. وعليه فإن تنفيذ هذا البرنامج سيتجسد في شكل صفقات عمومية، تبرم مع مجموعة من الموردين لتحقيق هذا البرنامج.

[3]– كما هو الشأن لبرنامج يتضمن تحسين إدارة وتنظيم المرافق العمومية المحلية، ومن ذلك على سبيل المثال توفير المياه الصالحة للشرب وصرف المياه المستعملة، الإنارة العمومية، تنظيم الأسواق المغطاة والحظائر ومساحات التوقف. لذلك فإن تنفيذ هذا البرنامج سيتجسد في شكل عقود امتياز مرافق عامة، وذلك بغرض تحقيق هذا البرنامج .

الفصل الثاني

القواعد المنظمة لأنواع الجزاءات في مجال تنفيذ العقود الإدارية

يستمد النظام القانوني للجزاءات التي توقعها الإدارة على المتعاقد معها المخل بتنفيذ التزاماته التعاقدية بمقتضى عقد من العقود الإدارية، أساسه من مقتضيات المصلحة العامة وضمان استمرارية المرافق العامة،كما سبقت لنا الإشارة إلى ذلك في الفصل الأول.

وبناءا على ذلك، فإنه بإمكان الإدارة في أثناء تنفيذ عقودها الإدارية، الحق في توقيع جزاءات على المتعاقد معها في حالة إخلاله بتنفيذ التزاماته التعاقدية.

وهذا الحق مقرر لها طالما وجدت الأسباب التي تستوجب ذلك، وبحسب ما تراه مناسبا وصالحا لضمان سير المرافق العامة.

والنتيجة المترتبة على ذلك، هي تعدد وتنوع هذه الجزاءات الإدارية، والتي تتدرج من حيث قساوتها على المتعاقد بحسب درجة إخلال هذا الأخير.

وعليه كلما كان إخلال المتعاقد في تنفيذ التزاماته خطيراً، كلما كان الجزاء الذي توقعه الإدارة أشد قساوةً، والعكس كلما كان إخلال المتعاقد في التنفيذ أقل جسامةً، كلما كان الجزاء الذي توقعه الإدارة أقل قساوةً.

وهذه الجزاءات قد تكون مالية، تواجه بها الإدارة المتعاقدة حالات الإخلال البسيط، وذلك في شكل مبالغ مالية تحصلها بشكل مباشر من المتعاقد معها المخل بتنفيذ التزاماته، وقد تكون هذه الجزاءات ضاغطة وفاسخة، تواجه بها الإدارة حالات الإخلال الجسيم، إما أن يستبعد من خلالها المتعاقد بشكل مؤقت عن التنفيذ أو يستبعد بشكل نهائي.

وعليه سوف يتم التطرق إلى أنواع هذه الجزاءات، بداية بسلطة الإدارة المتعاقدة في توقيع الجزاءات المالية (**المبحث الأول**)، ثم سلطة الإدارة المتعاقدة في توقيع الجزاءات الضاغطة والفاسخة (**المبحث الثاني**).

المبحث الأول

سلطة الإدارة المتعاقدة في توقيع الجزاءات المالية

تتمتع الإدارة في أثناء تنفيذ عقودها الإدارية بسلطة توقيعها لجزاءات ذات طبيعة مالية، وهذه الجزاءات هي عبارة عن مبالغ مالية، فإما أن تكون قيمتها محددة مسبقاً في العقد الإداري أو دفتر شروطه، أو تكون قيمتها غير محددة مسبقاً، تأخذها الإدارة من المتعاقد معها، وذلك متى أخل بتنفيذ التزاماته التعاقدية أو قصر في تنفيذها على أي وجه من الأوجه، سواء بامتناعه كلية عن التنفيذ أو التأخير فيه أو بالتنفيذ السيئ له[1].

والجزاءات المالية التي تفرضها الإدارة على المتعاقد معها المخل بتنفيذ التزاماته التعاقدية، تأخذ صورا عديدة، فمنها ما يكون في صورة غرامات تأخيرية أو مصادرة تأمينات، وبغض النظر عن وقوع أي ضرر للإدارة المتعاقدة، ومنها ما يكون في صورة تعويضات مالية تفرضها الإدارة بهدف جبر ضرر حقيقي، لحقها من جراء إخلال المتعاقد معها بتنفيذ التزاماته التعاقدية، وعندما تكون الجزاءات المنصوص عليها في العقد الإداري، لا تفي بالغرض الذي يخدم أهداف المرفق العام.

وعليه تشمل الجزاءات المالية التي تفرضها الإدارة على المتعاقد معها المخل بتنفيذ التزاماته، الغرامات التأخيرية (**المطلب الأول**)، ومصادرة التأمينات واقتضاء التعويضات المالية (**المطلب الثاني**).

المطلب الأول

الغرامات التأخيرية (les pénalités de retards)

يحق للإدارة في أثناء تنفيذ عقودها الإدارية، توقيع عدة جزاءات مالية على المتعاقد معها في حالة إخلاله بتنفيذ التزاماته التعاقدية، ومن بين هذه الجزاءات المالية الغرامات التأخيرية.

[1]– عمار عوابدي، القانون الإداري (النشاط الإداري)، ج2، الطبعة الثالثة، د.م.ج، بن عكنون، الجزائر، 2005، ص219.

لذلك فإن دراسة هذا النوع من الجزاءات المالية يستلزم بداية معرفة المقصود منه، وذلك بتحديد مفهوم الغرامة التأخيرية (**الفرع الأول**)، ثم تمييز الغرامة التأخيرية عن النظم القانونية المشابهة لها (**الفرع الثاني**)، ثم تحديد حالات الإعفاء من الغرامة التأخيرية (**الفرع الثالث**).

الفرع الأول

مفهوم الغرامة التأخيرية

تعد الغرامات التأخيرية من أكثر الجزاءات المالية تطبيقاً في مجال تنفيذ العقود الإدارية، بحيث توقعها الإدارة في الغالب كجزاء على المتعاقد معها، في حالة تأخره في تنفيذ التزاماته المنصوص عليها في العقد الإداري، وبغض النظر عن وقوع أي ضرر للإدارة المتعاقدة. لذلك أصطلح في تعريفها على تسميتها بالغرامات التأخيرية (**أولا**)، كما أنها تتميز بطابع خاص من خلال مجموعة من الخصائص (**ثانيا**).

أولا: تعريف الغرامة التأخيرية

لقد وردت العديد من التعاريف الفقهية للغرامة التأخيرية، والتي في مجملها تبرز الطبيعة القانونية لهذا الجزاء، وذلك من حيث اعتبارها وسيلة قانونية تملكها الإدارة لإجبار المتعاقد معها على عدم التراخي في تنفيذ التزاماته.

عرفها الأستاذ (André de laubadére) بأنها" تعويضات جزافية متفق عليها في العقد الإداري توقع على المتعاقد في حالة إخلاله بتنفيذ التزاماته التعاقدية"[1].

[1]-«les pénalites se distinguent des dommages-intéréts en ce qu'elles sont fixées à l'avance contractuellement et se présentent ainsi comme des dommages-intéréts forfaitaires »; voir :André DE LAUBADERE, Jean-CLAUDE VANEZIA, yves GANDEMET, Traité de droit administratif, T 01, 15eme édition, L.G.D.J, paris, 1999, P 824.

وعرفها الدكتور سليمان محمد الطماوي بأنها:" عبارة عن مبالغ إجمالية تقدرها الإدارة المتعاقدة مقدما، وتنص على توقيعها متى أخل المتعاقد معها بالتزام معين، لاسيما فيما يتعلق بالتأخير في التنفيذ"[1].

وتعرف أيضا بأنها:" مبالغ مالية مقدرة سلفاً في العقد الإداري أو دفتر الشروط الإدارية العامة، توقعها الإدارة كجزاء على المتعاقد معها عند تراخيه في تنفيذ التزاماته في المواعيد المتفق عليها"[2].

ما يلاحظ من خلال هذه التعاريف، وبحسب ما تشير إليه تسمية هذا الجزاء، فإن الغرامة التأخيرية تفرضها الإدارة على المتعاقد معها، في حالة وقوع تأخير من جانبه في تنفيذ التزاماته التعاقدية، ومن ذلك على سبيل المثال تأخر المتعاقد في إنجاز الأشغال محل التعاقد في الأجل المتفق عليه بالنسبة لعقد الأشغال العامة، أو تأخره في تسليم التوريدات في أجلها المتفق عليه بالنسبة لعقد التوريد [3].

إلا أن هناك من الفقهاء من وسع من حالات فرضها، لتشمل أيضا حالة التنفيذ المعيب أو غير المطابق للعقد الإداري، وذلك بشكل لا ينسجم مع الشروط المتفق عليها من حيث مواصفات وكيفيات التنفيذ[4].

وهو ما نلمس تكريسه أيضا من قبل المشرع الجزائري بقوله: " يمكن أن ينجر عن عدم تنفيذ الالتزامات التعاقدية في الآجال المقررة أو تنفيذها غير المطابق، فرض عقوبات مالية..."[5].

---

[1]- سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص490.

[2]- عبد القادر رحال، المرجع السابق، ص138.

[3]- محمد حسن مرعي الجبوري، المرجع السابق، ص116.

[4]- محمود خلف الجبوري، العقود الإدارية، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2010، ص135.

[5]- أنظر: المادة: 09 /01 من المرسوم الرئاسي: 10-236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية المعدل والمتمم.

كما أن هناك من الفقهاء من ذهب إلى أبعد من ذلك، بحيث أقر بجوازية الاتفاق على توقيعها في حالة تقصير المتعاقد في أي نوع من التزاماته[1].

وعلى العموم فإن الصورة الغالبة للغرامة التأخيرية، أنها تفرض من جانب الإدارة على المتعاقد معها، في حالة وقوع تأخير من جانبه في تنفيذ التزاماته في المدة المتفق عليها[2].

وهو المبدأ الذي تكرس من الناحية العملية في الاجتهاد الجزائري للقضاء الإداري على مستوى الغرفة الإدارية للمحكمة العليا، في القرار الصادر عنها بتاريخ: 1992/12/16 الذي جاء فيه:" من المقرر قانونا- أن غرامات التأخير تطبق عند عدم تكملة الأشغال في الآجال على أساس مواجهة بسيطة بين تاريخ انقضاء الأجل المتعاقد عليه وتاريخ الاستلام ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بمخالفة القانون غير سديد"[3].

ويرجع أساس فرض الغرامة التأخيرية، إلى أن الإدارة عندما تتعاقد تضع بعين الاعتبار العنصر الزمني، الذي ينبغي على المتعاقد خلاله تنفيذ العقد الإداري، والذي يكون حسب حاجة المرفق العام له، خاصة وأن هذه المدة الزمنية هي أصلاً من اقتراح المتعاقد مع الإدارة، لأنه حينما أقبل على إيداع ملف المناقصة، قد تعهد باحترام المدة المتفق عليها.

ومن هذا المنطلق وجب على الإدارة فرض جزاء مالي، في شكل غرامة تأخيرية على كل متعاقد معها ثبت إخلاله بالمدة المقررة لتنفيذ العقد الإداري[4].

---

[1]- يوسف بركات أبودقة، المرجع السابق، ص104.

[2]- « la grande majorité des pénalités prononcées sont des pénalités de retard sanctionnant les retards dans l'exécution des prestations du marché »; Voir: Christophe LAJOYE, Droit des marchés publics, Editions BERTI, Alger, 2007, p 173.

[3]-أنظر: المحكمة العليا، غ.إ، قرار رقم: 65145، المؤرخ بتاريخ: 1992/12/16، قضية (ع.ط) ضد (و.ق حرف)، م.ق، 1990، ع 01، ص 133، مقتبس عن: جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في القضاء الإداري، ج 01، الطبعة الأولى، منشورات كليك، الجزائر، 2013، ص 321.

[4]- محمد حسن مرعي الجبوري، المرجع السابق، ص 117؛ عمار بوضياف، الصفقات العمومية في الجزائر، المرجع السابق،ص 153.

ثانيا: خصائص الغرامة التأخيرية

تتميز الغرامة التأخيرية بالعديد من الخصائص التي تميزها عن الجزاءات الإدارية الأخرى، فهي تحدد مسبقاً(**1**)، وذات طبيعة عقابية(**2**)، كما أنها توقع إدارياً(**3**)، فضلا عن كونها توقع تلقائياً(**4**).

1)–الغرامة التأخيرية تحدد مسبقاً:

تتميز الغرامة التأخيرية بأنها ذات طبيعة اتفاقية، أي أنها تحدد مقدماً في العقد أو القانون[1]، وهو ما تحرص الإدارة عليه في الغالب بالنص في العقود الإدارية التي تبرمها ودفاتر شروطها، على اشتراط توقيعها للغرامة التأخيرية، وذلك كجزاء في حالة وقوع تأخير من جانب المتعاقد معها في إنجاز موضوع العقد في الآجال المحددة[2].

ويترتب عن كون الغرامة التأخيرية أنها ذات طبيعة اتفاقية، التزام كل من الإدارة المتعاقدة والمتعاقد معها بأحكامها الواردة في العقد الإداري، ولا يمكن لأي منهما التحلل منها[3].

فمن جهة لا يحق للإدارة المتعاقدة أن تزيد من قيمة الغرامة أو تستبدلها بغيرها، وذلك بحجة عدم تناسب قيمتها مع الضرر، بل حتى لو كان ذلك الضرر الناتج عن تأخير المتعاقد في التنفيذ، يتجاوز حقيقةً قيمتها المعينة[4].

ومن جهة أخرى لا يمكن للمتعاقد أن يتفادى فرض الغرامة التأخيرية من جانب الإدارة المتعاقدة، بحجة أنه مبالغ فيها، وأن تأخيره في التنفيذ في الأجل المحدد، لم يترتب عنه وقوع ضرر لها،

---

[1]– تنص المادة: 01/90 من المرسوم الرئاسي 10-236 المعدل والمتمم على أنه:" تقتطع العقوبات المالية التعاقدية على المتعاملين المتعاقدين بموجب بنود الصفقة من الدفعات التي تتم حسب الكيفيات المنصوص عليها في الصفقة".

[2]– عبد القادر رحال، المرجع السابق، ص110.

[3]– علي خطار شطناوي، صلاحية الإدارة في فرض غرامات التأخير بحق المتعاقد معها، مجلة الحقوق، ع:01، الكويت، مارس 2000، ص80.

[4]– إسماعيل بحري، الضمانات في مجال الصفقات العمومية في الجزائر، مذكرة ماجستير في القانون العام (فرع قانون الدولة والمؤسسات العمومية)، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2008-2009، ص 102؛ مدحت أحمد يوسف غنايم، النظام القانوني لغرامة التأخير في العقود الإدارية (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، مصر، 2014، ص 33؛ علي بن شعبان، المرجع السابق، ص117.

أو أن الضرر غير كبير بحيث لا يتناسب مع قيمة الغرامة، فالعبرة هنا ليست في وقوع الضرر بل في حصول التأخير[1].

ويتم احتساب الغرامة التأخيرية وفقا للقاعدة الآتية: ($p=\frac{m}{7.D}$)، فيرمز لحرف =P = لكلمة الغرامة (pénalité)، وحرف =M= للقيمة الإجمالية للعقد أو الصفقة (Montant du marché)، وحرف=D =لميعاد التنفيذ باليوم (Délai)، ويكون حاصل هذا المبلغ عن كل يوم تأخير بما في ذلك أيام العطل والراحة الأسبوعية، على ألا يتجاوز المبلغ الإجمالي لها نسبة 10٪ من القيمة الإجمالية للعقد الإداري[2].

2)- الغرامة التأخيرية ذات طبيعة عقابية:

بمعنى أن الإدارة تفرض الغرامة التأخيرية على المتعاقد معها المتأخر في تنفيذ التزاماته، دون حاجة لإثباتها وقوع ضرر لها، لأن هذا الضرر مفترض وقوعه بقرينة قاطعة غير قابلة لإثبات العكس[3]، وذلك بمجرد وقوع التأخير أو التقصير في التنفيذ من جانب المتعاقد معها، على اعتبار أن الإدارة المتعاقدة عندما حددت أجلاً لتنفيذ موضوع العقد، فإنها قد أخذت بعين الاعتبار في ذلك حاجات ومتطلبات تسيير المرفق العام، التي تستوجب تنفيذها خلال هذا الأجل[4].

---

[1]- إسماعيل بحري، المرجع السابق، ص 102؛ مدحت يوسف غنايم، المرجع السابق، ص 34؛ سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص 493.

[2]- أنظر: الملحق رقم:07، ص 138.

[3]- لقد سبق لنا وأن تطرقنا إلى ذلك في المبحث الثاني من الفصل الأول عند التعرض للخصائص المشتركة للجزاءات في مجال تنفيذ العقود الإدارية، وذلك في ص 45 وما بعدها.

[4]- ربيحة سبكي، سلطات المصلحة المتعاقدة تجاه المتعامل المتعاقد في مجال الصفقات العمومية، مذكرة ماجستير في القانون العام (فرع قانون الإجراءات الإدارية)، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2013/05/13، ص 97؛ هيثم حليم غازي، المرجع السابق، ص 113.

كما أنه يجوز للإدارة المتعاقدة الجمع بين الغرامة التأخيرية والجزاءات الإدارية الأخرى، إذا ما توفرت أسباب كل منها، فيجوز لها مثلا أن تفرض على المتعاقد معها المخل بتنفيذ التزاماته جزاء الشراء على حسابه فضلا عن توقيع الغرامة التأخيرية عليه[1].

3)–الغرامة توقع إدارياً:

الغرامة التأخيرية كجزاء مالي، لا يكفي مجرد النص عليها ليصبح استحقاقها أمرا مقضيا، تطالب به الإدارة المتعاقدة في أي وقت تشاء، بل أنها تفرض من جانب الإدارة المتعاقدة بإرادتها المنفردة، وذلك بموجب قرار إداري صادر عنها، ودون أن تكون ملزمة باللجوء للقضاء لاستصدار حكم قضائي يقضي بتوقيعها[2].

كما أنه يجب على الإدارة المتعاقدة أن تتأكد من تأخر المتعاقد معها بالفعل في تنفيذ التزاماته، لأنه لا يجوز لها فرض هذا الجزاء المالي على مجرد افتراضات أو قناعات غير مبررة وثابتة، وفي مقابل ذلك يحق للمتعاقد أن ينازع أمام القضاء في صحة الغرامة الموقعة عليه[3].

4)– الغرامة التأخيرية توقع تلقائياً:

بمعنى أنها تستحق بمجرد ثبوت وقوع التأخير من جانب المتعاقد في تنفيذه لالتزاماته في الآجال المحددة، ودون حاجة إلى تنبيه أو إعذار[4]، ما دام أن العقد الإداري قد تضمن أجلاً محدداً للتنفيذ، ومن ثم فإن علم المتعاقد بها قائم لا محالة[5].

---

[1]– محمد حسن مرعي الجبوري، المرجع السابق، ص 123.

[2]– منصور إبراهيم العتوم، النظام القانوني لغرامة التأخير في العقود الإدارية (دراسة تحليلية مقارنة)، مجلة الشريعة والقانون، ع 53، كلية القانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، يناير 2013، ص 350؛ يوسف بركات أبو دقة، المرجع السابق، ص 108؛ سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، ص 495.

[3]– إسماعيل بحري، المرجع السابق، ص 103.

[4]– نواف كنعان، القانون الإداري، الكتاب الثاني(الوظيفة العامة–القرارات الإدارية–العقود الإدارية–الأموال العامة)، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2005، ص 360.

[5]– تجدر الإشارة إلا أن من الفقهاء من يرى بأنه يتعين على الإدارة أن تقوم بإعذار المتعاقد معها بتأخيره قبل فرض الغرامة التأخيرية عليه، لأنه بإعذاره قد تتجنب استمراره في التأخير، وهو الأمر المعمول به في القانون الفرنسي؛ محمد فؤاد عبد الباسط، القانون الإداري (تنظيم الإدارة– نشاط الإدارة–

وهو ما نلمس تكريسه من قبل المشرع الجزائري في المادة: 36 من دفتر الشروط الإدارية العامة لسنة 1964[1]، والتي تنص على أنه:" إذا وردت في عقد الصفقة نصوص تتضمن عقوبات (جزاءات) على التأخير، فيجرى تطبيقها دون إنذار سابق بعد التأكد العادي من تاريخ انقضاء الأجل التعاقدي وتاريخ استلام الأشغال المؤقت..."[2].

الفرع الثاني

تمييز الغرامة التأخيرية عن النظم القانونية المشابهة لها

بما أن الغرامة التأخيرية تتميز كما سبقت لنا الإشارة بمجموعة من الخصائص، التي تميزها عن بقية أنواع الجزاءات الإدارية الأخرى، وذلك بكونها ذات طابع اتفاقي وتلقائي وعقابي، بالإضافة إلى كونها ذات طابع إداري، وهو ما يميزها أيضا عن النظم القانونية المشابهة لها، كالشرط الجزائي المعمول به في عقود القانون الخاص والغرامة التهديدية، وذلك من خلال عدة أوجه اختلاف.

وفيما يلي نحاول إبراز أهم أوجه الاختلاف بين الغرامة التأخيرية والشرط الجزائي(**أولا**) ، ثم بين الغرامة التأخيرية والغرامة التهديدية(**ثانيا**).

أولا)– تمييز الغرامة التأخيرية عن الشرط الجزائي:

الشرط الجزائي هو عبارة عن تعويض متفق عليه، إما مقدماً في اتفاق سابق أو في اتفاق لاحق على إبرام العقد، يستحق في حالة إخلال أحد المتعاقدين بالتزاماته[3].

وسائل الإدارة)، ، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2006، ص 554-555؛ عبد الله نواف العنزي، المرجع السابق، ص 48-49؛ رشا محمد جعفر الهاشمي، المرجع السابق، ص 48؛ بلاوي ياسين بلاوي، المرجع السابق، ص 48؛ محمد حسن مرعي الجبوري، المرجع السابق، ص 127.

[1]– القرار المؤرخ في: 1964/11/21 المتضمن المصادقة على دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال الخاصة بوزارة الأشغال العمومية والنقل، ج.ر.ج.ج ، ع 06، الصادرة بتاريخ: 19يناير 1965.

[2]– وهو ما أخذ به أيضا على سبيل المثال المشرع المصري في المادة: 02/23 من قانون المناقصات والمزايدات رقم: 89 لسنة 1998، المنشور على الموقع الإلكتروني:http://www.monakasat.com/tender.htm شوهد بتاريخ: 2014/11/02.

[3]– مدحت أحمد يوسف غنايم، المرجع السابق، ص57.

وبذلك يشترط لاستحقاقه ما يشترط لاستحقاق التعويض من حيث توفر أركانه، والمتمثلة أساساً في الخطأ والضرر والعلاقة السببية بينهما، ولذلك فإذا لم يتضرر الدائن يُستبعد هذا الشرط[1].

وعليه يمكن إبراز أهم أوجه الاختلاف بين الشرط الجزائي والغرامة التأخيرية من خلال النقاط التالية:

1- الشرط الجزائي يحدد من قبل المتعاقدين ضمن شروط العقد، سواءٌ مسبقاً أثناء إبرامه أو في وقت لاحق على إبرامه[2]، أما الغرامة التأخيرية فهي مسألة تعاقدية تحددها دفاتر الشروط مسبقاً، أو النظم القانونية المعمول بها في مجال تنفيذ العقود الإدارية، وبالتالي فإنه لا يجوز الاتفاق عليها بعد إبرام العقد الإداري[3].

2- إذا كانت الغاية من الشرط الجزائي هي تغطية الأضرار الناتجة عن إخلال المتعاقد بالتزاماته، فإنه يُشترط لاستحقاقه ذات الشروط المقررة للحصول على التعويض، من حيث وجود خطأ وضرر وعلاقة سببية بينهما، أما الغاية من الغرامة التأخيرية، أنها تفرض لإجبار المتعاقد على تنفيذ التزاماته التعاقدية في الأجل المحدد، حتى ولو لم يترتب عن تأخيره وقوع ضرر[4].

3- في الشرط الجزائي يكون الدائن ملزم باللجوء إلى القضاء لاستصدار حكم قضائي يقضي له بتحصيل مبلغ التعويض الجزائي، وذلك على خلاف الغرامة التأخيرية التي توقعها الإدارة على المتعاقد معها المتأخر في تنفيذ التزاماته التعاقدية تلقائياً، ودون حاجة للجوء للقضاء[5].

---

[1]- فتيحة حابي، النظام القانوني لصفقة إنجاز الأشغال العمومية (في ظل المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المعدل والمتمم)، مذكرة ماجستير في القانون العام (فرع قانون الإجراءات الإدارية)، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2013/07/03، ص 272.

[2]- تنص المادة: 183 من ق.م المعدل والمتمم على أنه:" يجوز للمتعاقدين أن يحددا مقدما قيمة التعويض بالنص عليها في العقد، أو في اتفاق لاحق".

[3]- عبد القادر رحال، المرجع السابق، ص153- 154.

[4]- ربيحة سبكي، المرجع السابق، ص 100.

[5]- عبد القادر رحال، المرجع السابق، ص 157.

4– يعد الإعذار شرطاً أساسياً لاستحقاق الشرط الجزائي[1]، وبدونه لا يمكن تطبيق هذا الجزاء، وذلك على خلاف الغرامة التأخيرية توقعها الإدارة على المتعاقد معها المتأخر في تنفيذ التزاماته دون سابق إعذار، كما سبقت الإشارة إلى ذلك[2].

5– يجوز للمدين في الشرط الجزائي اللجوء للقضاء والمطالبة بتخفيض مبلغ التعويض، إذا أثبت أنه كان مبالغاً فيه[3]، في حين أن مبلغ الغرامة التأخيرية لا يجوز تخفيضها[4].

6– إذا أثبت المدين في الشرط الجزائي أن الدائن لم يلحقه أي ضرر، فلا يستحق الدائن هذا التعويض[5]، أما في الغرامة التأخيرية فإنها تستحق حتى ولو استطاع المتعاقد أن يُثْبِتَ أن تأخيره في تنفيذ التزاماته التعاقدية في الأجل المحدد، لم يترتب عنه إصابة الإدارة المتعاقدة بأية أضرار[6].

ثانيا)– تمييز الغرامة التأخيرية عن الغرامة التهديدية:

الغرامة التهديدية هي عبارة عن تهديدات مالية ينطق بها القاضي[7]، وذلك بموجب حكم قضائي بقصد إلزام الممتنعين عن تنفيذ الالتزام الواقع على عاتقهم بموجب سندات تنفيذية، سواء أكانت أحكاماً قضائية أو عقوداً رسمية[8].

---

[1]– تنص المادة: 179 من ق.م المعدل والمتمم على أنه:" لا يستحق التعويض إلا بعد إعذار المدين ما لم يوجد نص مخالف لذلك".

[2]– راجع ص 68 من هذه الدراسة.

[3]– تنص المادة: 02/184 ق.م المعدل والمتمم على أنه:" ويجوز للقاضي أن يخفض مبلغ التعويض إذا أثبت المدين أن التقدير كان مفرطا...".

[4]– راجع ص 66 من هذه الدراسة.

[5]–تنص المادة 184 /01 ق.م المعدل والمتمم على أنه:" لا يكون التعويض المحدد في الاتفاق مستحقا، إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر".

[6]– راجع ص 66 من هذه الدراسة.

[7]– سواء القاضي المدني استنادا إلى المادة: 174 /01 من الأمر 75-58 المتضمن ق.م المعدل والمتمم أو القاضي الإداري استنادا إلى نص المادة:946 من القانون:08-09 المتضمن ق.إ.م.إ.

[8]– رمضان غناي، مرجع السابق، ص 146.

فهي بهذا الوصف تعد وسيلة قانونية يتم بموجبها إجبار المدين على تنفيذ التزاماته[1]، وهو الأمر الذي يجعلها من حيث الهدف تشبه إلى حد ما الغرامة التأخيرية في مجال تنفيذ العقود الإدارية، إلا أنهما في حقيقة الأمر يختلفان عن بعضهما البعض.

وفيما يلي نحاول أن نبرز أهم أوجه الاختلاف بين الغرامة التهديدية والغرامة التأخيرية في النقاط التالية:

1- الغرامة التهديدية تفرض بموجب حكم قضائي، بموجبه يُلْزِمْ الدائن مدينه بتنفيذ التزاماته تنفيذاً عينياً، وذلك على خلاف الغرامة التأخيرية التي تفرضها الإدارة على المتعاقد معها المتأخر في تنفيذ التزاماته التعاقدية، بموجب قرار إداري يُنْتِجْ أثره مباشرةً، وهي قائمة ولو لم ينتج عن هذا التأخير وقوع ضرر[2].

2- إذا كانت الغرامة التهديدية يقتضي تطبيقها صدور حكم قضائي يقررها، فإنه تبعاً لذلك للقاضي سلطة تقديرية في تحديد مقدارها، وذلك إما بتخفيضها أو زيادتها[3]، فهي بذلك تقدر تقديرا بُعدياً، وذلك على خلاف الغرامة التأخيرية التي تقدر تقديرا قبليا، وذلك بإدراجها مسبقاً ضمن نصوص العقود الإدارية أو دفاتر الشروط الملحقة بها[4].

3- الغرامة التهديدية تصدر بموجب حكم قضائي لها طابع مؤقت، بحيث تنتهي علة فرضها بمجرد تنفيذ المدين لالتزاماته تنفيذاً عينياً، وذلك على عكس الغرامة التأخيرية التي تستحق للإدارة المتعاقدة، بمجرد تأخر المتعاقد معها في تنفيذ التزاماته التعاقدية في الأجل المحدد[5].

---

[1]- ربيحة سبكي، المرجع السابق، ص 102.

[2]- فتيحة حابي، المرجع السابق، ص 276.

[3]- ربيحة سبكي، المرجع السابق، ص 104.

[4]- عبد القادر رحال، المرجع السابق، ص 163.

[5]- فتيحة حابي، المرجع السابق، ص 277.

الفرع الثالث

حالات الإعفاء من الغرامة التأخيرية

إن مجرد تأخر المتعاقد مع الإدارة في تنفيذ التزاماته التعاقدية في الموعد المحدد، يعد في الغالب السبب الرئيسي لفرض الإدارة المتعاقدة عليه الغرامة التأخيرية.

غير أنه قد يكون في تأخير المتعاقد في تنفيذ التزاماته في الموعد المحدد أسباباً تبرره، مما يتعين على الإدارة بناءاً على هذه الأسباب إعفاءه من الغرامة التأخيرية.

لذلك فإنه من المسلم به قضاءاً وفقهاً، أن المتعاقد على الرغم من تأخيره في تنفيذ التزاماته التعاقدية في الموعد المحدد، فإنه يُعفى من فرض الغرامة التأخيرية عليه، وذلك في حالتين، إما أن يكون الإعفاء منها جوازياً (**أولا**)، أو يكون الإعفاء منها وجوبياً (**ثانيا**).

أولا)– حالة الإعفاء الجوازي من الغرامة التأخيرية:

لقد سبقت لنا الإشارة، إلا أنه من بين النتائج المترتبة على حق الإدارة في توقيع الجزاء على المتعاقد معها المخل بتنفيذ التزاماته التعاقدية دون النص عليها في العقد الإداري، هو تمتع الإدارة بسلطة تقديرية في اختيار نوع الجزاء المناسب ووقت توقيعه[1].

وتبعاً لذلك فإنه للإدارة كذلك سلطة تقديرية في إعفاء المتعاقد معها من فرض جزاء الغرامة التأخيرية عليه، وذلك على الرغم من تأخيره في تنفيذ التزاماته في الأجل المحدد، ويكون ذلك في حالة ما إذا قدرت أن ظروف التنفيذ كان فيها إرهاق ومشقة للمتعاقد، وأن تأخيره في التنفيذ لم يترتب عنه أي ضرر بالمصلحة العامة[2].

---

[1]– لقد سبق لنا التطرق لذلك في المطلب الأول من المبحث الثاني المتعلق بالخصائص المشتركة للجزاءات في مجال تنفيذ العقود الإدارية في الفصل الأول، ص 35 من هذه الدراسة.

[2]– علي خطار شطناوي، صلاحية الإدارة في فرض غرامات التأخير بحق المتعاقد معها، المرجع السابق، ص 112.

وأساس ذلك هو كون أن الإدارة هي الأقدر على تقدير احتياجات المرافق العامة، والتي تضمن حسن سيرها بانتظام، لذلك فإن عدم تحقق ضرر جراء التأخير أو التراخي في التنفيذ، يُعد مبرراً للإعفاء من الغرامة التأخيرية[1].

ثانيا)– حالة الإعفاء الوجوبي من الغرامة التأخيرية:

إذا كانت الإدارة تتمتع بسلطة تقديرية في إعفاء المتعاقد معها على الرغم من تأخيره في التنفيذ، فإنه في حالات أخرى تكون ملزمة بإعفاء المتعاقد معها المتأخر في تنفيذ التزاماته، وذلك في الحالات الآتية:

1– إذا تقدم المتعاقد بطلب رسمي للإدارة المتعاقدة، من أجل منحه مهلة إضافية للتنفيذ، ووافقت الإدارة على ذلك دون تحفظ[2].

2– إذا كانت الإدارة المتعاقدة هي وحدها من تسببت في تأخير المتعاقد معها في تنفيذ التزاماته في الآجال المحددة، كأن يكون سبب تأخيره في التنفيذ راجع مثلا إلى توقيف الأشغال أو استئنافها بناءا على أمر صادر منها[3].

3– إذا كان تأخير المتعاقد في تنفيذ التزاماته يعود إلى سبب أجنبي لا يد له فيه، كأن تكون على سبيل المثال قوة قاهرة[4].

---

[1]– منصور إبراهيم العتوم، المرجع السابق، ص 369.

[2]– وهو ما يعرف بأسلوب التمديد الإداري (Prolongation des délais d'éxécution)، والذي يقصد به إعطاء المتعاقد مهلة أو مدة أو مواعيد جديدة للتنفيذ، وذلك نظراً لوجود جملة من الصعوبات والعراقيل، التي تؤدي إلى صعوبة التنفيذ الجيد في الآجال والمواعيد المتفق عليها؛ للاستزادة أكثر بخصوص الإعفاء من الغرامة التأخيرية أنظر: عادل قرانة، إعفاء المتعاقد مع الإدارة من غرامة التأخير، مجلة التواصل في الاقتصاد والإدارة والقانون، ع 35، جامعة سكيكدة، سبتمبر 2013، ص 184.

[3]– تنص المادة: 90/ 02 من المرسوم الرئاسي 10-236 المعدل والمتمم على أنه:" يعود القرار بالإعفاء من دفع العقوبات المالية بسبب التأخير على مسؤولية المصلحة المتعاقدة، ويطبق هذا الإعفاء عندما لا يكون التأخير قد تسبب فيه المتعامل المتعاقد الذي تسلم له في هذه الحالة أوامر بتوقيف الأشغال أو باستئنافها"؛ أنظر: الملحق رقم: 02-03 ص 133-134.

[4]– تنص المادة: 90 / 03 من المرسوم الرئاسي 10-236 المعدل والمتمم على أنه:" وفي حالة القوة القاهرة، تعلق الآجال ولا يترتب على التأخير فرض العقوبات المالية بسبب التأخير...".

وفي الحالتين الأخيرتين يتعين على الإدارة المتعاقدة أن تقوم بتحرير شهادة إدارية[1].

المطلب الثاني

مصادرة التأمينات واقتضاء التعويضات

تتمتع الإدارة المتعاقدة إلى جانب حقها في توقيع الغرامات التأخيرية، والتي تكون كجزاء مالي يفرض في الغالب في حالة حدوث تأخير من جانب المتعاقد في تنفيذ التزاماته في الآجال المحددة، حقها أيضا في توقيع جزاءات مالية أخرى على المتعاقد معها المخل بتنفيذ التزاماته التعاقدية، وذلك كله بما يضمن دوماً مصلحة تسيير المرافق العامة بانتظام.

ومن بين هذه الجزاءات المالية، حق الإدارة في مصادرة التأمينات (**الفرع الأول**)، بالإضافة إلى حقها في اقتضاء التعويضات المناسبة (**الفرع الثاني**).

الفرع الأول

مصادرة التأمينات

تخضع العقود الإدارية في إبرامها لقاعدة مفادها لاعطاء بغير تأمين[2]، وعند رسو العطاء عليه، يصبح هذا التأمين بمثابة ضمان مالي نهائي[3]، يكفل للإدارة في مواجهة المتعاقد معها التزامه بتنفيذ التزاماته، وذلك وفقا للشروط المنصوص عليها في العقد الإداري ودفتر الشروط الملحق به، وبالتالي فإن أي إخلال من جانبه، سوف يدفع بالإدارة المتعاقدة إلى مصادرة هذا التأمين.

---

[1]- تنص المادة: 90 / 04 من المرسوم الرئاسي 10-230 المعدل والمتمم على أنه:" وفي كلتا الحالتين، يترتب على الإعفاء من العقوبات المالية، بسبب الأخير تحرير شهادة إدارية".

[2]- وهو ما يعرف بالتأمين المؤقت: والذي يكون في العادة نسبة محددة من قيمة العطاء موضوع التعاقد، وذلك لضمان جدية المتقدم بالعطاء، فيصادر إذا سحب مقدم العطاء عطاءه قبل انتهاء فترة سريان العطاءات أو إذا تخلف عن إيداع التأمين النهائي؛ محمد حسن مرعي الجبوري، المرجع السابق، ص 118.

[3]- وهو ما يعرف بالتأمين النهائي: فهو ضمان للإدارة اتجاه المتعاقد معها من أجل تنفيذ ما التزم به في العقد الإداري، فهو نهائي لأن المتعاقد يلزم بتقديمه بعد رسو العطاء عليه كضمان لحسن التنفيذ؛ محمد حسن مرعي الجبوري، المرجع نفسه، ص 118.

فهو إذاً بمثابة كفالة مالية لها، تكفل حسن تنفيذ المتعاقد لالتزاماته التعاقدية، وذلك كله بهدف سير المرفق العام بانتظام واطراد.

وعليه فإن مصادرة التأمين كجزاء مالي يقتضي بيانه الوقوف بدايةً بتعريفه (**أولا**)، ثم تبيان خصائصه (**ثانيا**)، ومن ثم مدى إمكانية الجمع بينه وبين التعويض (**ثالثا**).

أولا: تعريف مصادرة التأمينات

مصادرة التأمينات[1]:" هي عبارة عن كفالة مالية تعتبر كضمان للإدارة، وذلك حتى تتوقى بها آثار الأخطاء التي قد يرتكبها المتعاقد معها في أثناء تنفيذ العقد الإداري، ومدى قدرته على تحمل المسؤوليات الناتجة عن أخطائه"[2].

فمصادرة التأمينات كجزاء مالي يتمثل في استحواذ وحجز الإدارة المتعاقدة على هذه التأمينات، وذلك في حالة إخلال المتعاقد بتنفيذ التزاماته التعاقدية[3].

وعليه إذا حدث إخلال أو تقصير من جانب المتعاقد في أثناء التنفيذ، تقوم الإدارة المتعاقدة بمصادرة هذه التأمينات بإرادتها المنفردة، حتى ولو لم يترتب عن إخلاله وقوع ضرر لها، ودون أن تكون هنالك حاجة للجوء إلى القضاء لاستصدار حكم بذلك[4].

---

[1]-لقد نص المشرع الجزائري من خلال المرسوم الرئاسي: 10-236 المعدل والمتمم على عدة أشكال لهذه التأمينات، والمتمثلة في كفالة رد التسبيقات (المادة:75)، وكفالة الضمان (المادة:95)، وكفالة حسن التنفيذ (المادة:97).

[2]- رشا محمد جعفر الهاشمي، المرجع السابق، ص 63.

[3]- ربيحة سبكي، المرجع السابق، ص 107.

[4]- محمود خلف الجبوري، المرجع السابق، ص 144.

وفي هذا السياق نجد أن المشرع الجزائري قد ألزم المصالح المتعاقدة (الإدارات المتعاقدة)، على أن تحرص على إيجاد الضمانات الضرورية[1]، سواء من الناحية التقنية أو المالية أو التجارية[2]، والتي تضمن وجودها في وضعية مالية حسنة، وبما يكفل لها حسن تنفيذ العقود الإدارية التي تبرمها، وذلك كله بهدف الوصول إلى نتيجة، وهي إبرام العقد مع متعاقد مأمون من جميع الجوانب، وحتى لا يتسبب في تأخيرها أو إنجازها بغير الكيفية المتعاقد عليها[3]، ولن يتأتى ذلك إلا بفرض ضمانات مالية تتراوح قيمتها ما بين 5٪ و10٪ من القيمة المالية الإجمالية للعقد[4].

ومن هنا يبرز الفرق الجوهري بين جزاء مصادرة التأمينات وجزاء الغرامة التأخيرية من حيث غاية كل واحد منهما، فإذا كان جزاء مصادرة التأمينات ينصب على محل العقد، في أنه يواجه مخاطر عدم تنفيذ المتعاقد لشروط العقد، فإن جزاء الغرامة التأخيرية ينصب على مدة التنفيذ، وذلك في أنه يواجه في الغالب مجرد التأخير في تنفيذ المتعاقد لالتزاماته في الآجال المتفق عليه[5].

ثانيا: خصائص مصادرة التأمينات

يتميز جزاء مصادرة التأمينات بمجموعة من الخصائص، يمكن إجمال أبرزها كالأتي:

---

[1]- إلا أنه كاستثناء أورد المشرع الجزائري في المرسوم الرئاسي10-236 المعدل والمتمم الحالات التي يمكن فيها للمصلحة المتعاقدة (الإدارة المتعاقدة) إعفاء المتعامل المتعاقد معها من شرط تقديم هذه التأمينات والمتمثلة فيما يلي:

-إذا كان أجل التنفيذ لا يتعدى ثلاثة أشهر (المادة:97/ 03).

-إذا كان موضوع الصفقة (العقد) يتعلق بصفقات الدراسات والخدمات (المادة: 97 /02).

-إذا كان المتعاقد مع الإدارة ينتمي إلى فئة الحرفيين والمؤسسات المصغرة وكان موضوع الصفقة يتعلق بترميم ممتلكات ثقافية (المادة: 100 /04).

[2]- تنص المادة: 36 من المرسوم الرئاسي: 10-236 المعدل والمتمم:"يتعين على المصلحة المتعاقدة أن تتأكد من قدرات المتعامل المتعاقد التقنية والمالية والتجارية".

[3]- عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، المرجع السابق، ص 222.

[4]- أنظر المادة: 1/100 و 2 و3 من المرسوم الرئاسي 10-236 المعدل والمتمم.

[5]- منصور نصري نابلسي، المرجع السابق، ص 217.

1- إن حق الإدارة المتعاقدة في مصادرة التأمينات، يتحقق بمجرد حدوث إخلال أو تقصير من جانب المتعاقد معها في تنفيذ التزاماته التعاقدية، حتى ولو لم ينص على هذا الحق في العقد الإداري، وإلا لما كان هناك محل أصلاً لاشتراط إيداع هذا الضمان[1].

2- تباشر الإدارة المتعاقدة جزاء مصادرة التأمينات، حتى لو لم يلحقها أي ضرر من جراء إخلال المتعاقد معها، ودون أن تكون ملزمة بإثبات هذا الضرر[2].

3- يتطلب جزاء مصادرة التأمينات لتوقيعه ضرورة صدور قرار إداري من جانب الإدارة المتعاقدة، ودون أن تكون هناك حاجة لتقريره من طرف القضاء[3].

4- تمثل التأمينات المودعة لضمان حسن تنفيذ العقد الحد الأدنى للتعويض الذي يحق للإدارة اقتضاؤه، وعليه فإنه لا يحق للمتعاقد أن يثبت أن الضرر اللاحق بالإدارة المتعاقدة من جراء إخلاله يقل عن التأمين[4].

5- يمكن للإدارة المتعاقدة بناءاً على سلطتها التقديرية أن لا تصادر الضمان، وذلك إذا قدرت مثلا أنه لم يلحقها أي ضرر من جراء إخلال المتعاقد معها، لكن لا يمكنها أن تتنازل عنه مقدما[5].

6- إن سلطة الإدارة في مصادرة التأمينات تدخل في نطاق السلطة التقديرية لها، وبذلك فهي تنأى عن رقابة القضاء الإداري، إلا إذا خرجت على مبدأ المشروعية واقترنت بإساءة استعمال السلطة[6].

---

[1]- ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2009، ص 156.

[2]- عبد الحميد الشواربي، العقود الإدارية في ضوء الفقه-القضاء-التشريع، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2003، ص 41.

[3]- رشا محمد جعفر الهاشمي، المرجع السابق، ص 66-67.

[4]- ربيحة سبكي، المرجع السابق، ص110-111؛ عبد القادر رحال، المرجع السابق، ص167.

[5] - مفتاح خليفة عبد الحميد، مرجع السابق، ص204؛ محمد فؤاد عبد الباسط، المرجع السابق، ص 561.

[6]- يوسف بركات أبو دقة، المرجع السابق، ص 125؛ هيثم حليم غازي، المرجع السابق، ص125.

ثالثا: الجمع بين مصادرة التأمينات والتعويض

في بعض الحالات قد لا يغطي جزاء مصادرة التأمينات الأضرار المترتبة عن إخلال المتعاقد بتنفيذ التزاماته التعاقدية، الأمر الذي يدفع بالإدارة المتعاقدة إلى الحصول على تعويض من المتعاقد معها إلى جانب مصادرتها للتأمينات، وذلك بهدف جبر الأضرار اللاحقة بها.

وبالتالي فإن السؤال الذي يطرح: هل يجوز للإدارة أن تجمع بين الجزاءين؟

إن الإجابة على ذلك وفقا للاتجاه الحديث لمسلك القضاء الإداري[1]، قد أصبح يعترف للإدارة بجواز الجمع بين جزاء مصادرة التأمينات وجزاء التعويض في حالة إخلال المتعاقد معها بتنفيذ التزاماته[2].

إلا أن جواز جمع الإدارة المتعاقدة بين الجزاءين مرهون بتوفر شرطين:

1- ألا يتضمن العقد الإداري أو دفتر الشروط الملحق به، ما يمنع الجمع بين جزاء مصادرة التأمينات وجزاء التعويض[3].

2- أن يكون الضرر الذي لحق الإدارة من جراء إخلال المتعاقد معها في التنفيذ، لا يزال موجوداً بعد مصادرتها للتأمينات، لأنه إذا كانت مصادرة التأمينات قد جبرت الضرر كله، فإنه لا مجال لاقتضاء الإدارة للتعويض، ما لم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك[4].

---

[1]- تجدر الإشارة إلا أن أحكام القضاء الإداري في البداية كانت ترفض أن تجمع الإدارة المتعاقدة بين جزاء مصادرتها للتأمينات وجزاء التعويض، وذلك على أساس أنها تكيف جزاء مصادرة التأمينات على أنها بمثابة تعويض اتفاقي، ومن ثمة فإنه لا يجوز للإدارة المتعاقدة الحصول على تعويض مزدوج؛ هيثم حليم غازي، المرجع السابق، ص128-129؛ سعيد عبد الرزاق باخييرة، المرجع السابق، ص225.

[2]- ونذكر على سبيل المثال ما أكدته محكمة النقض المصرية في هذا الشأن، وذلك في حكمها الصادر بتاريخ: 1964/04/30 الذي جاء فيه:" أن مصادرة التأمين المنصوص عليها في العقد تعتبر من الجزاءات التي تملك الإدارة توقيعها على المتعاقد إذا قصر في تنفيذ التزاماته حتى ولو لم تلحقها أية أضرار من جراء هذا الإخلال، وبذلك فإن مصادرة التأمين على هذا الأساس لا تمنع الإدارة من المطالبة بالتعويض عن الأضرار الفعلية التي لحقت بها بسبب المتعاقد معها ولا يعتبر ذلك جمعا لتعويض...عن فعل واحد لاختلاف الأساس القانوني لحق الإدارة في الحالتين"؛ مقتبس عن مرجع عبد القادر رحال، المرجع السابق، ص168.

[3]- لقد سبقت لنا الإشارة إلى هذا الشرط في الفرع الثاني من المطلب الأول من المبحث الثاني من الفصل الأول، ص 44 من هذه الدراسة.

[4]- عبد العزيز عبد المنعم خليفة، تنفيذ العقد الإداري وتسوية منازعاته قضاءا وتحكيما، المرجع السابق، ص103؛ محمد حسن مرعي الجبوري، المرجع السابق، ص144؛ هيثم حليم غازي، المرجع السابق، ص139.

وهو الأمر الذي لقي تأييداً من جانب الفقه الإداري، نظراً لكونه يتماشى مع مقتضيات العدالة والاعتبارات العلمية[1]، حيث أن جزاء مصادرة التأمينات لا يعالج إلا الحالات العادية التي يكون فيها إخلال المتعاقد في التنفيذ يسيراً، أما في حالات الإخلال الجسيم، فإنه لا ينبغي أن يكون مبلغ التأمين قيداً على الإدارة المتعاقدة أو ضاراً لها ومانعاً لها من اقتضاء التعويضات المستحقة عن الأضرار الفعلية، التي لم تغطيها التأمينات بسبب إخلال المتعاقد في تنفيذ التزاماته[2].

وهو ما أكد عليه المشرع الجزائري من خلال المرسوم الرئاسي 10-236 المعدل والمتمم في المادة: 03/112 منه التي تنص على أنه: " لا يمكن الاعتراض على قرار المصلحة المتعاقدة بفسخ الصفقة عند تطبيقها البنود التعاقدية في الضمان والمتابعات الرامية إلى إصلاح الضرر الذي لحقها بسبب خطأ المتعاقد معها".

وبناءا على ذلك، فإن كان المشرع الجزائري يمنع المتعاقد المقصر من الاعتراض على قرار الإدارة المتعاقدة عند تطبيقها جزاء الفسخ، على تطبيق الجزاءات الأخرى من مصادرة التأمين وتعويض الأضرار، فإنه من باب أولى عدم الاعتراض عليها في الجمع بين مصادرة التأمين والتعويض، وذلك لتغطية الضرر الفعلي الذي لم يغطيه مبلغ الضمان[3].

لنخلص القول إلا أنه في حالة توفر شروط الجمع، فإنه ليس هناك ما يمنع الإدارة المتعاقدة في حالة إخلال المتعاقد معها بتنفيذ التزاماته، من أن تجمع بين جزاء مصادرة التأمين وجزاء التعويض، الذي يعتبر هو الأخر كأحد الجزاءات المالية في مجال تنفيذ العقود الإدارية. فكيف ذلك؟ وهذا ما سيتم التطرق له في الفرع الموالي.

---

[1]- سعيد عبد الرزاق باخبيرة، المرجع السابق، ص 226.

[2]- عبد القادر رحال، المرجع السابق، ص168.

[3]- عبد القادر رحال، المرجع نفسه، ص169؛ ربيحة سبكي، المرجع السابق، ص111؛ فتيحة حابي، المرجع السابق، ص 285.

الفرع الثاني

اقتضاء التعويضات.

لقد أصبح التعويض في الوقت الحالي بمثابة جزاء مالي، كغيره من الجزاءات المالية الأخرى سواء الغرامات التأخيرية أو مصادرة التأمينات، تملك الإدارة الحق في الحصول عليه من المتعاقد معها المخل بتنفيذ التزاماته التعاقدية.

فهو يهدف إلى جبر ضرر فعلي أصاب الإدارة من جراء إخلال المتعاقد معها بتنفيذ التزاماته، فضلا عن كونه يهدف بالدرجة الأولى إلى إرغام المتعاقد على تنفيذ التزاماته، بما يضمن استمرارية المرفق العام بانتظام واطراد.

وعلى هذا الأساس اعتبره الفقه الإداري الجزاء الأصيل للإخلال بالالتزامات التعاقدية. فكيف ذلك؟

لتوضيح ذلك، يستلزم منا الأمر بداية تحديد المقصود منه (**أولا**)، ثم إبراز أهم خصائصه (**ثانيا**)، ثم تبيان كيفية تحصيله(**ثالثا**).

أولا: المقصود بالتعويض في مجال تنفيذ العقود الإدارية

يقصد بالتعويض في مجال تنفيذ العقود الإدارية:" المبالغ التي يحق للإدارة أن تحصل عليها من المتعاقد معها لجبر الأضرار الناجمة عن إخلاله بتنفيذ التزاماته التعاقدية، وذلك في حالة إذا لم ينص العقد الإداري أو دفتر شروطه على جزاءات أخرى لمواجهة هذا الإخلال"[1].

فهو إذاً جزاء يفرض على المتعاقد بقصد جبر ضرر فعلي، أصاب الإدارة المتعاقدة من جراء إخلال المتعاقد معها بتنفيذ التزاماته.

[1]- هيثم حليم غازي، المرجع السابق، ص107؛ عبد القادر رحال، المرجع السابق، ص170.

وبالتالي فإن التعويض في هذه الحالة يستتبع بالضرورة قيام المسؤولية العقدية للمتعاقد نتيجة لإخلاله، فهو بذلك مجرد تطبيق للقواعد العامة المعمول بها في نطاق القانون الخاص[1]، والتي تقضي بأن كل خطأ ترتب عليه ضرر، يلزم من ارتكبه بدفع مبلغ مالي يعادل الضرر اللاحق بالطرف المضرور[2].

وهو الأمر الذي دفع البعض من الفقهاء في القانون الإداري، إلى القول بأن التعويض لا يعد من الجزاءات الإدارية في مجال تنفيذ العقود الإدارية[3].

لكن في الحقيقة الأمر يتجاوز ذلك، فعلى الرغم من وجود تشابه إلى حد ما بين نظام التعويض في مجال تنفيذ العقود الإدارية ونظام التعويض في العقود المدنية، إلا أنه ثمة اختلاف بينهما، وذلك من خلال مجموعة من الخصائص التي يتميز بها نظام التعويض كجزاء في مجال تنفيذ العقود الإدارية. فكيف ذلك؟

ثانيا: خصائص التعويض في مجال تنفيذ العقود الإدارية

يتميز نظام التعويض كجزاء إداري يفرض على المتعاقد في حالة إخلاله بتنفيذ التزاماته التعاقدية، بخصائص ذات طبيعية مزدوجة، فهي من جهة تميزه عن الجزاءات الأخرى المقررة للإدارة كحق ثابت لها في أثناء تنفيذ عقودها الإدارية، ومن جهة أخرى تميزه عن نظام التعويض المعمول به في مجال العقود المبرمة في نطاق القانون الخاص.

وعليه فإنه يمكن إجمال أهم وأبرز هذه الخصائص كالأتي:

---

[1]- ربيحة سبكي، المرجع السابق، ص112.

[2]- تنص المادة، 124من القانون 05- 10 المؤرخ في: 20يونيو 2005، المعدل والمتمم للأمر رقم: 75-58 المؤرخ في: 26سبتمبر1975 المتضمن ق.م، ج.ر.ج.ج ، ع 44، 2005، على أنه:"كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه، ويسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض".

[3]- أحمد عثمان عياد، مرجع سابق، ص 345.

1- التعويض كجزاء إداري في مجال تنفيذ العقود الإدارية على عكس الجزاءات المالية الأخرى (الغرامات التأخيرية ومصادرة التأمينات)، لا يستحق إلا إذا كان هناك ضرر حقيقي أصاب الإدارة من جراء إخلال المتعاقد معها بتنفيذ التزاماته[1].

كما أنه ليس بالضرورة أن يكون الضرر جسيماً، فيكفي أن يكون الضرر بسيطاً للمطالبة بالتعويض، ويقع على الإدارة المتعاقدة عبء إثبات ذلك.[2]

2- التعويض كجزاء إداري يفرض على المتعاقد المخل بتنفيذ التزاماته، لا يكون محدداً ومقدراً في العقد الإداري أو دفتر الشروط الملحق به، وإلا أصبح في حكم الغرامات التأخيرية أو مصادرة التأمينات[3]، والسبب في ذلك أن مقداره متغير حسب حجم الضرر الذي لحق الإدارة المتعاقدة، أي أن مقداره يجب أن يتناسب مع حجم الضرر[4].

3- في جزاء التعويض تكون سلطة الإدارة مقيدة، بحيث لا يمكنها إعفاء المتعاقد معها المخل بتنفيذ التزاماته، إلا إذا كان الضرر الناشئ عن عدم التنفيذ بسبب أجنبي (كأن تكون قوة قاهرة مثلا) أو بفعل الإدارة نفسها[5]، وذلك على عكس الجزاءات المالية الأخرى أين يمكن للإدارة في غير الحالات الوجوبية إعفاؤه منها جوازيا، كما سبقت لنا الإشارة إلى ذلك[6].

4-إن نظام التعويض كجزاء إداري في مجال تنفيذ العقود الإدارية، يهدف بالدرجة الأولى إلى إرغام المتعاقد مع الإدارة إلى تنفيذ التزاماته التي أخل بها، أكثر منه تعويض للإدارة عن الضرر اللاحق بها، وذلك على خلاف نظام التعويض في مجال العقود المبرمة في نطاق القانون الخاص، الذي يهدف إلى إصلاح الضرر الذي أصاب الطرف المضرور لا أكثر من ذلك[7].

---

[1]- عبد القادر رحال، المرجع السابق، ص 171.

[2]- عبد الله نواف العنزي، المرجع السابق، ص 91.

[3]- ربيحة سبكي، المرجع السابق، ص113.

[4]- علي خطار شطناوي، صلاحية الإدارة في فرض غرامات التأخير بحق المتعاقد معها، المرجع السابق، ص 78.

[5]- محمد حسن مرعي الجبوري، المرجع السابق، ص 152-153.

[6]- راجع ص 72-73 من هذه الدراسة.

[7]- أحمد سلامة بدر، مرجع سابق، ص 181؛ عبد القادر رحال، المرجع السابق، ص174.

5- يشكل التعويض في مجال العقود المبرمة في نطاق القانون الخاص تعويضاً عادلاً، وذلك من خلال إلزام الدائن مدينه بدفع مبلغ مالي يعادل الضرر اللاحق به، أما نظام التعويض كجزاء إداري في مجال تنفيذ العقود الإدارية، فإن دوره التعويضي أقل مما هو عليه في القانون الخاص، والسبب في ذلك يرجع إلى أن الضرر الذي يلحق بالمنتفعين من خدمات المرفق العام، لا يمكن تعويضهم عنه بشكل دقيق، وبذلك لا يشكل تعويضاً عادلاً لهم، حيث أنه لا يهمهم الحصول على المبالغ المالية بقدر ما يهمهم أن يقوم المرفق العام بخدماته على أحسن وجه[1].

6- إن المتعاقد مع الإدارة هو في النهاية يسعى إلى تحقيق الربح، لذلك فإن أي إخلال من جانبه سوف يُفقده التعويض هذا الربح الذي كان يسعى إليه، لذلك فإن خوف المتعاقد من دفع قيمة التعويض، والتي تكون في بعض الأحيان مرتفعة، قد تؤدي إلى خسارة جميع أمواله فضلا عن خسارة ثقة جهة الإدارة المتعاقدة به مستقبلا، الأمر الذي يدفعه إلى تنفيذ التزاماته طواعيةً[2].

ثالثا: كيفية تحصيل التعويض في مجال تنفيذ العقود الإدارية

يقترب النظام القانوني للتعويض كجزاء إداري، يُفرض في حالة إخلال المتعاقد بتنفيذ التزاماته التعاقدية، من النظام القانوني للتعويض في مجال العقود المبرمة في نطاق القانون الخاص، وذلك من حيث ضرورة توفر أركان المسؤولية العقدية من خطأ وضرر وعلاقة سببية بينهما[3].

وبالتالي حتى يثبت للإدارة المتعاقدة حقها في الحصول على التعويض، يجب أن يكون هناك خطأ من جانب المتعاقد معها، أي إخلاله بتنفيذ أحد التزاماته التعاقدية، وأن يتسبب إخلاله في حدوث ضرر فعلي للإدارة، وأن تكون هناك علاقة سببية بين الإخلال وحدوث الضرر الفعلي للإدارة[4].

---

[1]- رشا محمد جعفر الهاشمي، المرجع السابق، ص57.

[2]- محمد حسن مرعي الجبوري، المرجع السابق، ص148.

[3]- محمد حسن مرعي الجبوري، المرجع نفسه، ص149.

[4]- علي بن شعبان، المرجع السابق، ص 113.

غير أن الإشكال الذي أثير في هذا الصدد من جانب الفقه الإداري، يتعلق بالطريقة أو الكيفية التي تحصل بها الإدارة المتعاقدة هذا التعويض؟

إن المبدأ المعمول به في نطاق القانون المدني يقتضي بأن الحصول على التعويض، يتطلب ضرورة التجاء الدائن إلى القضاء لاستصدار حكم قضائي يقضي له بالتعويض، أما في مجال تنفيذ العقود الإدارية، فإن التجاء الإدارة إلى القضاء لطلب توقيع جزاء التعويض على المتعاقد معها المخل بتنفيذ التزاماته التعاقدية، وذلك في غير الحالات الاستثنائية السابق الإشارة إليها[1]، يتناقص مع أهم مبدأ من المبادئ العامة لسلطة الإدارة في توقيع الجزاءات في أثناء تنفيذ عقودها الإدارية، والذي يقضي بأن تقوم الإدارة المتعاقدة بنفسها، بتوقيع مختلف أنواع الجزاءات الإدارية المقررة لها قانوناً[2].

وهو الأمر الذي أكده قضاء مجلس الدولة الفرنسي، وذلك منذ حكمه الصادر بتاريخ: 1929/10/11 في قضية شركة الملاحة جنوب الأطلنطي، أين اعترف للإدارة بحقها في الحصول على التعويض الذي تستحقه، بعد أن تقوم بتقديره بإرادتها المنفردة، ومن دون حاجة للجوء إلى القضاء لاستصدار حكم بذلك، وذلك في كثير من الحالات من خلال استعمالها لوسيلة أوامر الدفع لتحصيل قيمة هذه التعويضات[3].

أما بالنسبة للوضع في الجزائر، فإن النصوص القانونية المنظمة للصفقات العمومية ودفاتر شروطها، لم تشر صراحةً إلى الكيفية أو الطريقة التي تحصل بها الإدارة المتعاقدة، للتعويضات الناجمة عن إخلال المتعاقد معها بتنفيذ التزاماته.

حيث أنه وبالرجوع إلى دفتر الشروط الإدارية العامة لسنة 1964 في الفقرة 07 من المادة: 35 التي تنص على:" أن الزيادة الحاصلة في النفقات الناجمة من النظام المباشر أو من الصفقة الجديدة

[1]- راجع ص 39 وما بعدها من هذه الدراسة.

[2]-سعيد عبد الرزاق باخيرة، المرجع السابق، ص230.

[3]- لقد سبقت لنا الإشارة إلى ذلك عند التطرق للتطور التاريخي لنظام الجزاءات في مجال تنفيذ العقود الإدارية في المطلب الثاني من المبحث الأول من الفصل الأول، ص34 وما بعدها من هذه الدراسة.

يجرى اقتطاعها من المبالغ التي يستحقها المقاول وبخلاف ذلك فمن ضمانه ولا يحول ذلك دون ممارسة الإجراءات التي تتخذ بحقه في حالة عدم التسديد".

وتنص أيضا المادة: 48 منه في فقرتها الأولى على أنه:" يرد مبلغ الضمان أو تحرر الضمانة الحالة محله على إثر قيام الإدارة برفع اليد عن الأشغال وذلك في الشهر الذي يلي تاريخ الاستلام النهائي للأشغال إذا كان متعهد الصفقة قد أكمل لذلك التاريخ تعهداته تجاه الإدارة، وإذا أثبت المقاول خاصة تأديته التعويضات التي يكون ملزما بها...".

كما تنص المادة: 03/112 من المرسوم الرئاسي 10-236 المعدل والمتمم على أنه:" لا يمكن الاعتراض على قرار المصلحة المتعاقدة بفسخ الصفقة عند تطبيقها البنود التعاقدية في الضمان والمتابعات الرامية إلى إصلاح الضرر الذي لحقها بسبب خطأ المتعاقد معها".

ما يفهم من خلال هذه النصوص أن المشرع الجزائري، قد اكتفى فقط بالنص على حق الإدارة المتعاقدة في الحصول على التعويض، الذي تستحقه من جراء إخلال المتعاقد معها بتنفيذ التزاماته، لكن دون أن ينص صراحةً إلى كيفية تحصيلها لهذا التعويض.

وبالتالي وكما سبقت لنا الإشارة، إلى أن سلطة الإدارة المتعاقدة في توقيع الجزاءات على المتعاقد معها المخل بتنفيذ التزاماته التعاقدية في القانون الجزائري مقيدة بالنصوص القانونية[1]. فإنه في هذه الحالة وأمام غياب النص القانوني الذي يعطي للإدارة المتعاقدة الحق في تحصيل هذا التعويض بنفسها، والذي ليس معناه سلب حقها في توقيع جزاء التعويض، كلما في الأمر أنه لا يمكنها تحصيله بنفسها، وإنما عليها اللجوء إلى القواعد العامة الواردة في القانون المدني[2]، والتي تقضي باللجوء للقضاء واستصدار حكم قضائي يعطي للإدارة المتعاقدة الحق في تحصيل التعويض المناسب الذي تستحقه من المتعاقد معها المخل بتنفيذ التزاماته.

---

[1]- لقد سبق لنا التطرق إلى ذلك عند الحديث عن الأساس القانوني لسلطة الإدارة في توقيع الجزاءات على التعاقد معها المقصر في تنفيذ التزاماته في القانون الجزائري، وذلك في الفرع الثاني من المطلب الثاني من المبحث الثاني من الفصل الأول، ص55 وما بعدها من هذه الدراسة.

[2]- وهو ما يفهم من خلال نص المادة:01/09 من المرسوم الرئاسي 10-236 المعدل والمتمم في شطرها الأخير، والتي تنص على أنه:"...دون الإخلال بتطبيق العقوبات المنصوص عليها في التشريع المعمول به"؛ ولعل أولى هذه التشريعات هو القانون المدني.

إلى أن يتدارك المشرع الجزائري ذلك بموجب نص صريح، يعطي للإدارة المتعاقدة الحق في تحصيل التعويض بنفسها كما هو الشأن في فرنسا[1].

كما أن إسناد توقيع جزاء التعويض للإدارة وحدها كبقية الجزاءات المالية الأخرى، ليس في ذلك تحيزاً لها، طالما أن المتعاقد قادر في كل الأحوال على مقاضاة الإدارة، مما قد يشوب تصرفها في تقرير التعويض وتقديره من عيوب وأخطاء ومبالغة[2].

بالإضافة إلى ذلك أن الإدارة المتعاقدة لا ينحصر حقها فقط في توقيع الجزاءات المالية، بل أيضا تملك حق توقيع جزاءات أخرى على المتعاقد معها في حالة إخلاله بتنفيذ التزاماته، هذه الجزاءات تختلف من حيث طبيعتها وأسباب توقيعها عن الجزاءات المالية، وهو ما سيتم التطرق إليه في المبحث الموالي.

المبحث الثاني

سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات الضاغطة والفاسخة

قد لا تكفي الجزاءات المالية لإرغام المتعاقد المقصر على تنفيذ التزاماته التعاقدية على الوجه المطلوب، وذلك نظراً لتماديهِ في تقصيره، مما قد يجعله تقصيره المفرط في بعض الحالات في وضع حرج، بحيث يصبح عاجزاً عن تنفيذ التزاماته نهائياً، الأمر الذي سيشكل خطراً كبيراً على استمرارية المرفق العام.

وبناءا على ذلك، فإنه لا يمكن التسليم بتعطيل أو توقف نشاط المرفق العام، وتأثر حركته ومردوده، بسبب تمادي المتعاقد مع الإدارة في تقصيره.

---

[1]- تجدر الإشارة أيضا إلى أنه حتى في مصر قد أصبح للإدارة المتعاقدة في أثناء تنفيذ عقودها الإدارية، الحق في تحصيل التعويض الذي تستحقه بنفسها مباشرة من المتعاقد معها المخل بتنفيذ التزاماته، ودون اللجوء إلى القضاء وذلك في المادة: 26 من قانون المناقصات والمزايدات المصري رقم: 89 لسنة 1998 السابق الإشارة إليه.

[2]- رشا محمد جعفر الهاشمي، المرجع السابق، ص55؛ سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص488.

لذا كان من اللازم الاعتراف للإدارة المتعاقدة في مثل هذه الحالات، التي يمكن أن تحدث في أثناء تنفيذ عقودها الإدارية، إلى جانب سلطتها في توقيع الجزاءات المالية، بسلطة توقيع جزاءات أخرى أشد وأكثر تأثيراً على المتعاقد معها في حالة تماديه في تقصيره، وبما يضمن لها السير الحسن للمرافق العامة المدارة بواسطة العقود الإدارية التي تبرمها.

وهذه الجزاءات تأخذ في شكلها صورتين، إما جزاءات مؤقتة لا تنهي العقد، وهي ما اصطلح الفقه الإداري على تسميتها بالجزاءات الضاغطة (**المطلب الأول**)، أو جزاءات ذات طبيعة نهائية تؤدي إلى إنهاء العقد، وهي ما اصطلح الفقه الإداري على تسميتها بالجزاءات الفاسخة أو الفسخ الجزائي(**المطلب الثاني**).

المطلب الأول

سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات الضاغطة

تتمتع الإدارة المتعاقدة في أثناء تنفيذ عقودها الإدارية في حالة إخلال المتعاقد معها بتنفيذ التزاماته التعاقدية، بسلطة توقيع جزاءات ضاغطة، من أجل الضغط عليه لإجباره على التنفيذ، وذلك بأن تحل الإدارة المتعاقدة محله في التنفيذ بنفسها وبأموالها أو أن تعهد بذلك إلى متعاقد آخر.

ويبرر التجاء الإدارة لتوقيع هذه الجزاءات الضاغطة، إلى أن العقود الإدارية التي تبرمها يجب أن تنفذ بدقة، لأن سير المرافق العامة بانتظام واستمرار يقتضي ذلك.

كما أن الجزاءات الضاغطة هي بمثابة جزاءات مؤقتة، لا يترتب عنها إنهاء العقد، وإنما يتم التنفيذ على حساب المتعاقد المقصر وعلى مسؤوليته[1].

ونظرا لشدة هذا النوع من الجزاءات الضاغطة، فإن الإدارة المتعاقدة لا تلجأ إليها، إلا إذا كان إخلال المتعاقد معها على درجة من الجسامة.

[1] - « …l'administration se substituera au cocontractactant ou lui substituera un tiers. l'exécution du contrat étant ainsi pour suivie aux frais et risques du cocontractant »; voir: René CHAPUS, droit administratif général, T 01, 14 éditions، montchrestien, paris, france, 2000, p 1181.

وتختلف الجزاءات الضاغطة باختلاف نوع العقد الإداري المبرم، على أنه سوف تقتصر دراستنا فقط بالنسبة للجزاءات الشائعة في العقود الإدارية الأكثر تطبيقا من الناحية العملية، والمتمثلة في وضع المرفق تحت الحراسة بالنسبة لعقد الامتياز الإداري (**الفرع الأول**)، وسحب العمل من المقاول بالنسبة لعقد الأشغال العامة (**الفرع الثاني**)، والشراء على حساب المورد بالنسبة لعقد التوريد الإداري (**الفرع الثالث**).

الفرع الأول

وضع المرفق تحت الحراسة الإدارية في عقد الامتياز الإداري

(la mise sous séquestre des concessions)

يعد هذا الإجراء كجزاء من الجزاءات المترتبة عن عدم تنفيذ صاحب الامتياز لالتزاماته الناجمة عن عقد الامتياز الإداري[1].

فهو بذلك إجراء ضروري لتنظيم المرفق محل الامتياز، وذلك باعتبار أن الإدارة المانحة لهذا الامتياز هي المكلفة بتنظيمه ومراقبة سيره، وحتى يستمر المرفق في أداء خدماته للجمهور.

لذلك فإن وضع الإدارة للمرفق محل عقد الامتياز تحت الحراسة الإدارية، هو جزاء تواجه به الإدارة إخلال صاحب الامتياز (المتعاقد معها) بالتزاماته بشكل جسيم، وذلك من خلال رفع يده بشكل مؤقت عن إدارة المرفق[2].

وعليه إذا ما ارتكب صاحب الامتياز مخالفات جسيمة لبنود العقد، والتي من شأنها أن تعرض استمرار وانتظام المرفق العام للخطر، فإنه يكون للإدارة المانحة للامتياز الحق في أن ترفع يده عن إدارة

---

[1]- يعرف عقد الامتياز الإداري أو كما يسمى أيضا بعقد التزام المرفق العام بأنه:" عقد إداري يتعهد أحد الأفراد أو الشركات بمقتضاه بالقيام على نفقته، وتحت مسؤوليته المالية، بتكليف من الدولة أو إحدى وحداتها الإدارية وطبقا للشروط التي توقع له، بأداء خدمة عامة للجمهور، وذلك مقابل التصريح له باستغلال المشروع (المرفق) لمدة محددة من الزمن، والاستيلاء على الأرباح"؛ تعريف محكمة القضاء الإداري المصرية في حكمها الصادر بتاريخ: 1956/03/25، مقتبس عن مرجع نادية ضريفي، مرجع سابق، ص 162-163.

[2]- عبد العزيز عبد المنعم خليفة، تنفيذ العقد الإداري وتسوية منازعاته قضاء وتحكيما، المرجع السابق، ص 87.

هذا المرفق، وتتولى إما هي إدارته بنفسها أو بواسطة شخص آخر تعينه، وذلك لمدة زمنية محددة، إلا أن تزول أسباب هذه الحراسة[1].

وبناءا على ذلك، فإن جزاء وضع المرفق تحت الحراسة الإدارية في عقد الامتياز الإداري له أسبابه التي تبرره(**أولا**)، وخصائصه التي تميزه عن غيره من الجزاءات (**ثانيا**)، بالإضافة إلى الآثار القانونية المترتبة عنه (**ثالثا**)، والتي قد يكون لها أثر سلبي على صاحب الامتياز المستبعد، مما ينبغي إخضاع جزاء وضع المرفق تحت الحراسة الإدارية للرقابة القضائية (**رابعا**).

أولا: مبررات وضع المرفق تحت الحراسة الإدارية في عقد الامتياز الإداري

إن وضع المرفق تحت الحراسة الإدارية، يبرره ارتكاب صاحب الامتياز لمخالفات جسيمة، من شأنها تعريض استمرار المرفق وانتظامه للخطر، ويتحقق ذلك في حالة التعطيل الجزئي أو الكلي للمرفق نتيجة عجز صاحب الامتياز، وعدم قدرته على تنفيذ التزاماته التعاقدية، كعدم التزامه بأمور الصيانة اللازمة، أو عدم إتباعه للتعليمات الصادرة إليه من الإدارة المانحة للامتياز، والمتعلقة بكيفية سير المرفق[2].

كما أن وضع المرفق تحت الحراسة الإدارية قد يكون لسبب آخر غير خطأ صاحب الامتياز، كأن يكون المرفق مهددا بالتوقف لخطأ من جانب الإدارة المانحة للامتياز، أو وجود مثلا قوة قاهرة يستحيل على صاحب الامتياز معها أن يضمن استمرار المرفق العام[3].

وفي هذه الحالة الأخيرة، فإن الحراسة الإدارية لا تعد إجراءاً جزائياً ضد صاحب الامتياز، وإنما تعد من قبيل الاستغلال المباشر[4]، لأن الحراسة الإدارية كجزاء على صاحب الامتياز، إنما تفترض

---

[1]- سعيد عبد الرزاق باخيرة، المرجع السابق، ص238.

[2]- عادل السعيد أبو الخير، القانون الإداري (القرارات الإدارية- الضبط الإداري- العقود الإدارية)، دون دار نشر، 2007، ص 682.

[3]- هيثم حليم غازي، المرجع السابق، ص 135؛ سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص507.

[4]- ويسمى كذلك بأسلوب الإدارة المباشر والذي يقصد به:" أن المجموعات العمومية الإقليمية (الدولة، الولاية، البلدية)، هي التي تتولى مباشرة بواسطة أعوانها وأموالها، إدارة المرفق العمومي الذي أنشأته"؛ ناصر لباد، الأساسي في القانون الإداري، الطبعة الأولى، دار المجدد للنشر والتوزيع، الجزائر، دون سنة نشر، ص 159.

وقوع خطأ على درجة من الجسامة في إدارة المرفق واستغلاله، وبالتالي فإن ما يترتب عن ذلك –كما سوف نرى في حينه– لا يتحمله بطبيعة الحال صاحب الامتياز[1].

ثانيا: خصائص جزاء وضع المرفق تحت الحراسة الإدارية

إذا كان جزاء وضع المرفق تحت الحراسة الإدارية في عقد الامتياز الإداري، يبرره كما سبقت لنا الإشارة، ارتكاب صاحب الامتياز لمخالفات جسيمة لبنود العقد، من شأنها أن تؤثر بطريقة أو بأخرى على انتظام واستمرار المرفق المدار بطريق الامتياز.

لذلك فإن هذا الجزاء كغيره من الجزاءات التي تفرضها الإدارة في مجال تنفيذ عقودها الإدارية، يتميز هو الأخر بمجموعة من الخصائص والمتمثلة كالآتي:

1– إن حق الإدارة المانحة للامتياز في وضع المرفق تحت الحراسة الإدارية، هو جزاء تباشره بنفسها باستعمال امتيازها في التنفيذ المباشر، سواء نص على ذلك في العقد أو لم ينص[2].

2– تفرض الحراسة الإدارية على المرفق المدار بطريق الامتياز، بموجب قرار إداري صادر عن الجهة الإدارية المانحة لهذا الامتياز، وتنتهي أيضا بذات الطريقة[3].

3– لا يُشترط كقاعدة عامة إعذار صاحب الامتياز بإجراء المرفق تحت الحراسة الإدارية، وذلك نظراً للطابع الإستعجالي لهذا الجزاء، باعتباره يتطلب سرعة وفورية في توقيعه ودون اللجوء للقضاء مسبقاً، وذلك لما تتميز به إجراءات التقاضي من بطء قد تعرض السير المنتظم للمرفق العام للخطر[4].

---

[1]– بلاوي ياسين بلاوي، المرجع السابق، ص136.

[2]– نعيمة أكلي، النظام القانوني لعقد الامتياز الإداري في الجزائر، مذكرة ماجستير في القانون العام (فرع قانون العقود)، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2013/12/12، ص 110.

[3]– عبد القادر دراجي، المرجع السابق، ص 101.

[4]– بلاوي ياسين بلاوي، المرجع السابق، ص 136–137.

4- يجب على الإدارة المانحة للامتياز أن تحدد فترة الحراسة الإدارية في قرار فرضها، وإذا كانت هذه المدة محددة في العقد، فليس لهذا التحديد صفة الإلزام بالنسبة للإدارة، فهي ليست ملزمة بإنهاء الحراسة الإدارية عند انتهاء مدتها، إذ يجوز للإدارة إطالة مدة الحراسة إذا رأت ضرورة لذلك[1].

5- لا يجوز للإدارة المانحة للامتياز تضمين العقد شرطاً بتنازلها عن حقها في إجراء فرض الحراسة[2].

ثالثا: الآثار القانونية المترتبة عن وضع المرفق تحت الحراسة الإدارية

يترتب على قرار الإدارة بوضع المرفق المدار بطريق الامتياز تحت الحراسة الإدارية، عدة أثار قانونية، يمكن إجمال أهمها على النحو الأتي:

1- استبعاد صاحب الامتياز المقصر بشكل مؤقت من إدارة المرفق ، وذلك طوال مدة وضعه تحت الحراسة الإدارية، ولا يترتب عن ذلك إنهاء العقد الأصلي، بل يبقى العقد قائماً ومنتجاً لكافة أثاره القانونية، وبما في ذلك حقوق صاحب الامتياز المستبعد التي تظل قائمة على الرغم من استبعاده[3].

2- تنظم الجهة الإدارية المانحة للامتياز الاستغلال المؤقت للمرفق، فإما أن تتولى ذلك بنفسها وبواسطة وكلائها، أو أن تعهد بذلك إلى حارس آخر، وذلك وفقا لما تراه أنسب لتحقيق الصالح العام، ولصاحب الامتياز المستبعد حق الرقابة عليها[4].

3- تلتزم الإدارة المانحة للامتياز بتنظيم استغلال المرفق أثناء فترة الحراسة، وفقا للشروط المنصوص عليها في العقد ودفتر شروطه. فيحق لها تحصيل رسوم الانتفاع بالمرفق وكذلك كافة إيراداته

---

[1]- سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص 509.

[2]- هيثم حليم غازي، المرجع السابق، ص 135.

[3]- هيثم حليم غازي، المرجع نفسه، ص 135.

[4]- بلاوي ياسين بلاوي، المرجع السابق، ص 144.

طوال فترة الحراسة، وفي مقابل ذلك لا يجوز لها أن تغتنم فترة الحراسة وتقوم بتخفيض رسوم الانتفاع أو تزيد التكاليف[1].

4- استيلاء الإدارة المانحة للامتياز مؤقتاً على جميع المنشآت والأدوات اللازمة لاستغلال المرفق، وذلك بعد أن تقوم بإجراء جرد تفصيلي لها بحضور صاحب الامتياز المستبعد أو نائبه.

كما أن هذا الاستيلاء المؤقت لا يترتب عنه نقل ملكية الأدوات والمنشآت إلى الجهة الإدارية المانحة للامتياز، بل تظل مُلْكاً خاصاً لصاحب الامتياز المستبعد[2].

ويقع على عاتق الإدارة المانحة للامتياز العناية بها وصيانتها أثناء حيازتها المؤقتة لها، حتى يمكن إعادتها لصاحب الامتياز المستبعد عند نهاية مدة الحراسة في حالة جيدة، وبذلك تكون الإدارة مسؤولة عن كل ما يلحقها من تلف بسبب إهمالها[3].

5- بمجرد صدور قرار فرض الحراسة الإدارية على المرفق، تصبح الرسوم والإيرادات المحصلة أثناء فترة الحراسة أموالاً عامة، ومن ثمة لا يجوز لدائني صاحب الامتياز المستبعد الحجز عليها استفاءاً لديونهم، وذلك بخلاف الوضع قبل فرض الحراسة أين يمكنهم ذلك[4].

6- إن وضع المرفق تحت الحراسة الإدارية كجزاء بسبب ارتكاب صاحب الامتياز لمخالفات جسيمة لبنود العقد، يترتب عنه تحمل هذا الأخير لكافة نفقات الاستغلال المؤقت للمرفق، بل وسيظل متحملا لأية مخاطر مالية، بما في ذلك زيادة النفقات على الرغم من عدم إدارته للمرفق[5].

أما إذا كان فرض الحراسة الإدارية على المرفق لا يرجع إلى خطأ صاحب الامتياز المستبعد، فإن الإدارة المانحة للامتياز هي التي تتحمل مخاطر الإدارة المالية للمرفق.

---

[1]- عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص 80؛ أحمد سلامة بدر، المرجع السابق، ص 193.

[2]- بلاوي ياسين بلاوي، المرجع السابق، ص 147.

[3]- هيثم حليم غازي، المرجع السابق، ص 136؛ محمود خلف الجبوري، المرجع السابق، ص 158.

[4]- سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص 510.

[5]- مفتاح خليفة عبد الحميد، حمد محمد حمد الشلماني، العقود الإدارية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2008، ص 63؛ يوسف بركات أبو دقة، المرجع السابق، ص 117.

7- يمكن لصاحب الامتياز المستبعد أن يطلب من الإدارة المانحة للامتياز إنهاء إجراء الحراسة الإدارية، وذلك في أي وقت يرى فيه أنه باستطاعته إدارة المرفق من جديد، وبحسب ما هو متفق عليه في عقد الامتياز، وللإدارة المانحة للامتياز السلطة التقديرية في قبول أو رفض طلبه هذا، وذلك وفقا لما تراه مناسباً لتحقيق المصلحة العامة[1].

وأخيراً تجدر الإشارة، إلا أن قرار الإدارة بوضع المرفق محل الامتياز تحت الحراسة يخضع في النهاية لرقابة القضاء، إذ من حق صاحب الامتياز المستبعد الالتجاء إلى القضاء للمنازعة في صحة قرار وضع المرفق تحت الحراسة. فكيف ذلك؟

رابعا: الرقابة القضائية على جزاء وضع المرفق تحت الحراسة الإدارية في عقد الامتياز الإداري

لقد سبقت لنا الإشارة، إلا أن قرارات الإدارة المتضمنة لحقها في توقيع الجزاءات على المتعاقد معها، في أثناء تنفيذ عقودها الإدارية تخضع للرقابة القضائية، باعتبارها كضمانة هامة مقررة لصالح المتعاقدين معها[2].

وبالتالي فإنه يحق لصاحب الامتياز المستبعد الطعن أمام القضاء الإداري، في عدم مشروعية جزاء وضع المرفق تحت الحراسة الإدارية الموقع عليه، وذلك على أساس دعوى القضاء الكامل.

وتشمل سلطة القاضي الإداري في هذا الصدد كل من رقابة المشروعية من حيث الشكل والاختصاص أو مخالفة القانون، ورقابة الملائمة من حيث مدى ملائمة جزاء الحراسة مع الخطأ المنسوب لصاحب الامتياز المستبعد.

---

[1]- بلاوي ياسين بلاوي، المرجع السابق، ص 150.

[2]- راجع ص 24 من هذه الدراسة.

وفي حالة ثبت للقاضي الإداري أن الجزاء غير مشروع، فإنه يحكم بالتعويض فقط للمدعي (صاحب الامتياز المستبعد) عما فاته، دون أن يستطيع إلغاءه[1].

إلا أن قضاء مجلس الدولة الفرنسي على غرار بقية أنواع الجزاءات الضاغطة الأخرى- كما سوف نرى في حينه- عاد وأجاز لقاضي العقد، إلغاء قرار فرض الحراسة الإدارية على المرفق في عقد الامتياز الإداري لعدم مشروعيته، أو لعدم ملائمته لجسامة الخطأ المرتكب من جانب صاحب الامتياز المستبعد، أو إذا لم يكن هناك ما يبرره قانونا[2].

هذا بالنسبة لعقد الامتياز الإداري وما يترتب عنه في حالة ارتكاب صاحب الامتياز لمخالفات جسيمة لبنوده. فكيف ذلك بالنسبة لعقد الأشغال العامة؟ وهذا ما سيتم التطرق إليه في الفرع الموالي.

الفرع الثاني

سحب العمل من المقاول في عقد الأشغال العامة

(la mise en régie des marchés de travaux publics)

وهو الإجراء المتبع بالنسبة لعقد الأشغال العامة[3]، فهو كنظيره بالنسبة لعقد الامتياز الإداري، إذ يعد وسيلة أخرى من وسائل الضغط، التي تلجأ إليها الإدارة في أثناء تنفيذ عقد الأشغال العامة، وذلك لأجل تجنب النتائج المترتبة عن إخلال المقاول الجسيم في تنفيذ التزاماته التعاقدية.

وعليه فجزاء سحب العمل من المقاول في عقد الأشغال العامة هو:" جزاء بمقتضاه يتم وضع المقاولة تحت الإدارة المباشرة لصاحب الأشغال (الإدارة)، فيحل محل المقاول أو يعين مديرا يقوم

---

[1]- يوسف بركات أبو دقة، المرجع السابق، ص118.

[2]- هيثم حليم غازي، المرجع السابق، ص 138؛ عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص281؛ نعيمة آكلي، المرجع السابق، ص 172.

[3]- يعرف عقد الأشغال العامة بأنه:" عقد مقاولة بين شخص من أشخاص القانون العام وفرد أو شركة بمقتضاه يتعهد المقاول بعمل من أعمال البناء أو الترميم أو الصيانة مقابل ثمن محدد في العقد"؛ نسرين شريفي، مريم عمارة، سعيد بوعلي، المرجع السابق، ص 168.

بتسيير المقاولة وتنفيذ الأشغال التي لم ينفذها المقاول المتخلف، ويتم ذلك على حساب هذا الأخير ومسؤوليته"[1].

إذاً فجزاء سحب العمل من المقاول في عقد الأشغال العامة تقتضيه حالات الاستعجال والضرورة، وذلك إما أن تحل الإدارة المتعاقدة بصورة مباشرة بنفسها وبأموالها بتنفيذ الأشغال التي لم ينفذها المقاول المقصر، أو أن تعهد بالتنفيذ لمقاول جديد.

وذلك كله بهدف كفالة حسن تنفيذ الأشغال محل التعاقد، بما يحقق استمرارية المرفق العام بانتظام واطراد.

وفي الجزائر فقد تقرر جزاء سحب العمل من المقاول في عقد الأشغال العامة في المادة:35 من دفتر الشروط الإدارية العامة لسنة 1964، حيث استعمل المشرع الجزائري مصطلح النظام المباشر[2]، والذي يقصد به التنفيذ المباشر للأشغال، أي سحبها من المقاول وتنفيذها مباشرة من الإدارة المتعاقدة صاحبة الأشغال على نفقة المقاول المتخلف، وهو ما يتضح بدقة من خلال النص الوارد باللغة الفرنسية[3].

وعليه فإن دراسة جزاء سحب العمل من المقاول في عقد الأشغال العامة، يستلزم بداية التطرق إلى شروط إعمال هذا الجزاء (**أولا**)، ثم التطرق إلى خصائص هذا الجزاء (**ثانيا**)، ومن ثمة التطرق إلى الآثار القانونية المترتبة عنه (**ثالثا**)، وأخيرا التطرق إلى الرقابة القضائية على جزاء سحب العمل من المقاول (**رابعا**).

---

[1]- علي بن شعبان، المرجع السابق، ص 120.

[2]- تجدر الإشارة إلا أن استعمال المشرع الجزائري لمصطلح النظام المباشر أنتقد من طرف البعض، لكونه لا يعبر بصفة واضحة على سحب العمل من المقاول، وذلك على أساس أن لمصطلح النظام المباشر مفهوم واسع، فقد يكون المقصود منه الاستغلال المباشر الذي يعتبر كأسلوب من أساليب إدارة المرافق العامة؛ ربيحة سبكي، المرجع السابق، ص 119.

[3] -ARTICLE :35 alinéa 03 de l'arrété du 21 novembre 1964 portant approbation du cahier des clauses administratives générales applicables aux marchés de travaux du ministére, JORA, N101, du11 Décembre1964, qui dispose : " passé ce délai, si l'entrepreneur n'a pas exécuté les dispositions prexrites, l'ingénieur en chef après en avoir, sauf cas d'urgence, référe au ministre, peut ordonner l'établissement d'une régie aux frais de l'entrepreneur. Cette régie peut n'étre que partielle".

أولا: شروط إعمال جزاء سحب العمل من المقاول

نظراً لخطورة هذا الجزاء لما له من أثار سلبية في مجال الأشغال العامة على المقاولين المتعاقدين مع الإدارة، فإنه يشترط لإعمال جزاء سحب العمل من المقاول في عقد الأشغال العامة وتنفيذه على حسابه، أن يكون خطأ المقاول في تنفيذ الأشغال محل التعاقد على درجة من الجسامة(**1**)، بالإضافة إلى ضرورة إعذار المقاول المقصر ومنحه مهلة معينة لتدارك تقصيره (**2**).

1)- الشرط الأول: وقوع خطأ جسيم من جانب المقاول في تنفيذ الأشغال

إن قيام الإدارة صاحبة الأشغال بوضع المقاولة تحت الإدارة المباشرة، يُفترض فيه وقوع خطأ جسيم من جانب المقاول في أثناء تنفيذ الأشغال محل التعاقد[1].

لذلك فإذا كان الخطأ المرتكب من جانب المقاول ذا أهمية ثانوية، أو أنه ذا أهمية بسيطة، فإنه لا يُعد مبرراً كافياً لتوقيع مثل هذا الجزاء، لكن بشرط ألا تتعدد هذه الأخطاء البسيطة، لأن أي منها على حدى وبذاته، لا يعتبر كافياً لوضع المقاولة تحت الإدارة المباشرة، ولكن اجتماعها معاً يدل في مجموعه على إهمال جسيم ينسب إلى المقاول في تنفيذ الأشغال، مما يبرر مشروعية الجزاء[2].

و بالرجوع إلى دفتر الشروط الإدارية العامة الجزائري لسنة 1964 في المادة: 03/35 التي تنص على أنه: "...إذا لم ينفذ المقاول المقتضيات المفروضة، يجوز للمهندس الرئيس، باستثناء حالة الاستعجال بعد عرض المسألة على الوزير، أن يأمر بإجراء النظام المباشر على نفقة المقاول، ذلك النظام الذي يجوز أن يكون جزئيا".

ما يلاحظ من خلال نص هذه المادة أن العبارات الواردة فيها جاءت بصفة العموم، مما يدل من جهة على أن المشرع الجزائري لم يحدد حالات سحب العمل من المقاول، ومن جهة أخرى فإن

[1]- عبد الحميد الشواربي، مرجع سابق، ص 41.

[2]- فتيحة حابي، المرجع السابق، ص 289.

التمسك بالحرفية في تفسيرها، يمكن أن يؤدي إلى تطبيق هذا الجزاء من قبل الإدارة المتعاقدة صاحبة الأشغال حتى ولو كان خطأ المقاول بسيطاً.

وهو ما لا يقصده المشرع الجزائري، وإلا لما شرع جزاءات أخرى أقل من هذا الجزاء، والتي يمكن للإدارة توقيعها على المقاول المتعاقد معها في حالة إخلاله البسيط[1].

وعلى العموم فإن الأخطاء الجسيمة التي تبرر اتخاذ الإدارة لجزاء سحب العمل من المقاول في عقد الأشغال العامة عديدة، إلا أنها في الغالب وبحسب ما استقر عليه قضاء مجلس الدولة الفرنسي، وكذلك دفتر الشروط الإدارية العامة الجزائري[2]، تأخذ الصورتين الآتيتين:

أ-الصورة الأولى: عدم مراعاة المقاول لشروط العقد

إن عدم تقيد المقاول بشروط العقد قد يكون راجع على سبيل المثال إلى عدم احترام المقاول لمدة التنفيذ المنصوص عليها في العقد، وبدون مبرر قانوني، مما يؤدي ذلك إلى وقوع تأخير في إنجاز الأشغال، خصوصاً إذا كان هذا التأخير ذا أهمية بالغة، الأمر الذي يتطلب إعمال الإدارة المتعاقدة صاحبة الأشغال لسلطتها في وضع المقاولة تحت الإدارة المباشرة[3].

ومثال ذلك أيضا إيقاف المقاول للأشغال وتركها بناءاً على مبررات غير مقنعة أو لا أساس لها، كأن يبرر سبب إيقافه للأشغال بسبب تأخر الإدارة في دفع أقساطه المالية، أو يبرر ذلك بانشغاله في نزاع بينه وبين الإدارة صاحبة الأشغال أمام القضاء.

أو قد يكون ذلك مثلا في حالة تنفيذ الأشغال على عكس قواعد البناء المعمول بها والمتفق عليه في العقد، فيما يخص الرسومات والتصميمات الهندسية الواجب عليه إتباعها[4]. ورغم ذلك تبقى الأمثلة على ذلك كثيرة وعديدة.

---

[1]- علي بن شعبان، المرجع السابق، ص 121.

[2]- أنظر المادة: 01/35 من دفتر الشروط الإدارية العامة لسنة 1964.

[3]- يوسف بركات أبو دقة، المرجع السابق، ص 120.

[4]- أحمد عثمان عياد، المرجع السابق، ص 358.

ب–الصورة الثانية: رفض المقاول الامتثال للأوامر المصلحية

يلتزم المقاول خلال فترة إنجاز الأشغال بالخضوع التام للأوامر المصلحية الصادرة إلية من جهة الإدارة صاحبة الأشغال، وذلك متى كانت مستوفية للشروط المنصوص عليها في دفتر الشروط الإدارية العامة[1]، وتصدر الأوامر المصلحية في العادة من الموظفين الفنيين (أي المهندسين)، الذين توكل إليهم مهمة الإشراف على تنفيذ الأشغال العامة محل التعاقد.

بالإضافة إلى ذلك، فإن التزام المقاول بالأوامر المصلحية لا يقتصر على تلك التي تدخل فقط في التنفيذ الدقيق للعقد، بل تشمل أيضاً الأوامر الصادرة إليه والمتعلقة بتنفيذ التعديلات الجديدة، التي قد تجريها الإدارة صاحبة الأشغال عن طريق مهندسها المكلف بالإشراف على إنجاز الأشغال، إذا كانت تدخل في نطاق تقديرات المتعاقدين، كأن تكون مثلا أعمالاً ذات أهمية بسيطة[2].

وعليه إذا رفض المقاول الالتزام بتنفيذ تلك الأوامر، فللإدارة سحب الأشغال منه وتنفيذها على حسابه.

غير أنه إذا تضمنت الأوامر المصلحية تعديلات أو أعمالاً خارج نطاق العقد، من شأنها المساس بالتوازن المالي للعقد، فإن رفض المقاول الامتثال لها، لا يُعد مبرراً كافياً لوضع المقاولة تحت الإدارة المباشرة.

لأن الأصل أن المقاول لا يتقيد بتنفيذ الشروط الخارجة عن نطاق العقد، أو تلك التي تعدل بشكل جذري الشروط الأساسية له[3].

---

[1]– تنص المادة: 08/12 من دفتر الشروط الإدارية العامة لسنة 1964 على أنه:" يتعين أن تصدر أوامر المصلحة كتابة ويجب أن تكون مؤرخة ومرقمة ومسجلة".

[2]– علي بن شعبان، المرجع السابق، ص 123؛ عبد القادر رحال، المرجع السابق، ص 190.

[3]– هيثم حليم غازي، المرجع السابق، ص 141-142.

2)- الشرط الثاني: وجوب إعذار المقاول

لقد سبقت لنا الإشارة إلى أن الإعذار كقاعدة عامة، يُعد كشرط من الشروط السابقة على إعمال الإدارة لسلطتها في توقيع الجزاءات في أثناء تنفيذ عقودها الإدارية[1].

والإعذار وفقا للقواعد العامة، هو إثبات قانوني لحالة تأخير المقاول في تنفيذ إلتزاماته، ويهدف في عقود الأشغال العامة إلى إثبات عدم وفاء المقاول بالتزاماته من الناحية القانونية[2]، بحيث تلتزم الإدارة المتعاقدة صاحبة الأشغال قبل وضع المقاولة تحت الإدارة المباشرة، بضرورة إعذار المقاول المتعاقد معها، وذلك بتنبيهه بالخطأ أو الأخطاء التي وقع فيها، ومنحه مهلة كافية لتداركها وإصلاحها في الوقت المناسب، وبالجزاء الذي سوف يسلط عليه في حالة عدم استجابته لذلك[3].

وهو ما أكد عليه المشرع الجزائري في المادة: 01/35 من دفتر الشروط الإدارية العامة لسنة 1964 والتي تنص على أنه:" إذا لم يتقيد المقاول بشروط الصفقة أو بأوامر المصلحة التي يتلقاها من مهندس الدائرة أو المهندس المعماري، يعمد المهندس إلى إنذاره بلزوم التقيد بتلك الشروط والأوامر في أجل يحدد بمقرر يجرى إبلاغه له بموجب أمر المصلحة".

وبناءا على ذلك، فإن الإعذار يعتبر شرطاً ضرورياً تلتزم به الإدارة المتعاقدة صاحبة الأشغال قبل وضع المقاولة تحت الإدارة المباشرة[4].

وبالتالي فإن عدم قيام الإدارة بإعذار المقاول، يجعل قرار وضع المقاولة تحت الإدارة المباشرة معيب من الناحية الشكلية، باستثناء إذا تعلق الأمر بحالات خاصة[5]، أو في حالة ما إذا تضمن العقد

---

[1]- أنظر: ص 23 وما بعدها من هذه الدراسة.

[2]- مفتاح خليفة عبد الحميد، حمد محمد حمد الشلماني، انقضاء العقود الإدارية في القانون المقارن (دراسة مقارنة)، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2013، ص183.

[3]- هيثم حليم غازي، المرجع السابق، ص 143.

[4]- أنظر الملحق رقم: 04- 05-06 ص 135-136-137.

[5]- تنص المادة: 18/ب/01/ب من دفتر الشروط الإدارية العامة لسنة 1964 على أنه:" عندما يكشف المقاول والمقاولون الفرعيون عمل سوء النية المشهود فيتعين عليهم أن ينذروا فورا مهندس الدائرة أو المهندس المعماري وإلا فتقع عليهم المتابعة عند الاقتضاء طبقا للمادة 100 من قانون العقوبات، وذلك بصرف النظر عن وضع الأشغال تحت تصرف الإدارة بدون توجيه الإنذار المسبق...".

أو دفتر الشروط نصا يعفي الإدارة من القيام بالإعذار[1]، فإنه في هاتين الحالتين تباشر الإدارة جزاء سحب العمل من المقاول المقصر دون أن تلتزم بإعذاره.

ثانيا: خصائص سحب العمل من المقاول في عقد الأشغال العامة

إن جزاء سحب العمل من المقاول في عقد الأشغال العامة، فضلا عن كونه يهدف كما هو الشأن بالنسبة لكافة الجزاءات الإدارية الأخرى، إلى كفالة استمرارية المرافق العامة بانتظام واطراد، فإنه يتميز هو الأخر بمجموعة من الخصائص، بحيث تتمثل أبرزها كالآتي:

1- إن جزاء سحب العمل من المقاول في عقد الأشغال العامة هو إجراء مؤقت، لا يترتب عنه إنهاء العقد، وإنما تظل الرابطة التعاقدية قائمة، ويظل المقاول الأصلي ملتزما أمام الإدارة صاحبة الأشغال بتنفيذ كافة الالتزامات المتولدة عن هذا العقد[2].

2- يصدر جزاء سحب العمل من المقاول في عقد الأشغال العامة بموجب قرار إداري، صادر عن الإدارة المتعاقدة صاحبة الأشغال بإرادتها المنفردة، ودون اللجوء إلى القضاء لاستصدار حكم قضائي بذلك[3].

3- تلتزم الإدارة كقاعدة عامة بضرورة إعذار المقاول بتقصيره قبل سحب الأشغال منه وتنفيذها على حسابه، وذلك على عكس الوضع كما سبق لنا التطرق بالنسبة لجزاء وضع المرفق تحت الحراسة الإدارية في عقد الامتياز الإداري، أين يمكن للإدارة المانحة للامتياز فرض الحراسة الإدارية دون إعذار صاحب الامتياز المقصر.

4- إن جزاء سحب العمل من المقاول وتنفيذه على حسابه مرتبط بالنظام العام، باعتباره ضمانة هامة لإتمام تنفيذ الأشغال محل التعاقد ضماناً لسير المرفق العام، ويترتب على ذلك أنه لا يجوز أن تتضمن عقود الأشغال العامة نصاً يحرم الإدارة من وضع المقاولة تحت الإدارة المباشرة، وإذا أدرج

[1]- أحمد عثمان عياد، المرجع السابق، ص 359.

[2]- محمد فؤاد عبد الباسط، المرجع السابق، 563.

[3]- عبد العزيز عبد المنعم عبد الخليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص 282-283.

مثل هذا الشرط فإنه يكون باطلا لمخالفته النظام العام، لأنه يلغي سلطة قانونية ضرورية لكفالة سير المرفق العام[1].

5- إن إعمال الإدارة المتعاقدة صاحبة الأشغال لسلطتها في توقيع جزاء سحب العمل من المقاول، أمر تفرضه اعتبارات الصالح العام، لذلك فهو يتعدى في حد ذاته فكرة أنه حق للإدارة أو امتياز لها ، وإنما هو إجراء واجب عليها تباشره حتى دون حاجة إلى النص عليه صراحة في العقد[2].

ثالثا: الآثار القانونية المترتبة عن جزاء سحب العمل من المقاول في عقد الأشغال العامة

إذا توفرت الشروط السابقة لسحب العمل من المقاول في عقد الأشغال العامة، تقوم الإدارة المتعاقدة صاحبة الأشغال بمباشرة هذا الجزاء، بموجب قرار إداري صادر عنها بإرادتها المنفردة، هذا القرار يُرَتِبْ عدة أثار قانونية يمكن إجمالها على النحو الأتي:

1- إن جزاء سحب العمل من المقاول هو إجراء مؤقت لا ينتهي على إثره العقد الأصلي[3]، بل يبقى قائماً ويظل المقاول الأصلي مسؤولا عن تنفيذ الأشغال الجديدة التي عجز عن تنفيذها، على الرغم من استبعاده بشكل مؤقت[4]، مع احتفاظه بحق مراقبة ومتابعة عمليات إنجاز الأشغال بشرط ألا يعرقل التنفيذ[5].

2- يترتب على جزاء سحب العمل من المقاول المقصر، حرية الإدارة المتعاقدة صاحبة الأشغال في اختيار الطريقة المناسبة لتنفيذ الأشغال محل التعاقد، فإما أن تتولى ذلك بنفسها عن طريق تعيينها

---

[1]- منصور نصري نابلسي، المرجع السابق، ص 251؛ بلاوي ياسين بلاوي، المرجع السابق، ص 162؛ عبد العزيز عبد المنعم خليفة، تنفيذ العقد الإداري وتسوية منازعاته قضاءا وتحكيما، المرجع السابق، ص 93.

[2]- رشا محمد جعفر الهاشمي، المرجع السابق، ص 76؛ عادل السعيد أبو الخير ، المرجع السابق، ص 683.

[3] -« …la mise en regie met pas fin au marché elle en dessaisit le titulaire jusqu'à ce qu'il puisse reprendre les travaux… »; Christophe LAJOYE, Op.cit, p175.

[4]- هيثم حليم غازي، المرجع السابق، ص 144.

[5]- تنص المادة: 35/ 06 من دفتر الشروط الإدارية العامة لسنة 1964 على أنه:" في حالة قيام الأشغال على النظام المباشر وخلال مدته، يسمح للمقاول بمتابعة العمليات ولا يجوز له عرقلة تنفيذ أوامر المهندسين...".

لمسير يتصرف بدلاً من المقاول العاجز، أو بواسطة مقاول آخر عن طريق إعادة طرح الصفقة في المزاد العلني وعلى حساب المقاول العاجز، فتدفع له السعر المتفق عليه في العقد الأصلي [1].

3- يتم تنفيذ العمل على حساب المقاول بذات الشروط والمواصفات المتفق عليها في العقد الأصلي[2].

4- يجوز للإدارة المتعاقدة صاحبة الأشغال في أثناء وضع المقاولة تحت الإدارة المباشرة، إبرام صفقات جزئية لحسن تنفيذ الأعمال محل التعاقد، ولكن لا يجوز لها إبرام عقد شامل بالعمليات موضوع عقد الأشغال الأصلي[3].

5- يمكن للمقاول المستبعد بحكم استمرار الرابطة التعاقدية بينه وبين الإدارة صاحبة الأشغال، أن يطلب منها إنهاء إجراء سحب العمل وإعادة الإعمال إليه، لإكمال تنفيذها بصورة مرضية، وذلك متى أثبت أن له القدرة الفعلية على ذلك[4].

وللإدارة السلطة التقديرية في قبول طلبه هذا، وذلك متى قدرت أن الضمانات الجديدة التي قدمها تجعله قادراً على تنفيذ العمل أكثر من غيره، أو ترفض طلبه دون أن تخضع في ذلك لرقابة القضاء[5].

---

[1]- حسين طاهري، مرجع السابق، ص 122؛ سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص 510-511.

[2]- فارس علي جانكير، سلطة الإدارة المتعاقدة في حالة التنفيذ المعيب للعقد الإداري، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2014، ص178.

[3]- فارس علي جانكير، المرجع نفسه، ص 179.

[4]- تنص المادة: 35/ 06 من دفتر الشروط الإدارية العامة لسنة 1964 على أنه:" ...ويجوز رفع النظام المباشر عنه إذا أثبت بالوسائل الضرورية إمكانيته للسير بالأشغال وإيصالها إلى نهايتها الحسنة".

[5]- بلاوي ياسين بلاوي، المرجع السابق، ص 178؛ فارس علي جانكير، المرجع السابق، ص 180.

6- يتحمل المقاول الأصلي كافة المخاطر المالية الناجمة عن وضع المقاولة تحت الإدارة المباشرة، بما في ذلك المصروفات الإضافية التي أنفقتها الإدارة، والخسائر التي تكبدتها من جراء ذلك، وفي مقابل ذلك يحق للمقاول طلب استبعاد بعض المصاريف التي لا أساس لها أو المبالغ فيها[1].

7- يُحرم المقاول المستبعد من المزايا الإيجابية طيلة فترة وضع المقاولة تحت الإدارة المباشرة، كما لو قامت مثلا الإدارة بتنفيذ الأشغال الجديدة التي عجز المقاول عن تنفيذها، بتكلفة أقل من القيمة المالية المحددة في العقد، فيصبح هذا الفارق من حق الإدارة وحدها، على أساس أن المتعاقد المقصر لا يجوز أن يستفيد من تقصيره[2].

8- يمكن للإدارة المتعاقدة صاحبة الأشغال في أثناء وضع المقاولة تحت الإدارة المباشرة، أن تقوم باستعمال المنشآت والآلات والأدوات والمواد الخاصة بالمقاول الموجود بموقع الأشغال، ولا يحق للمقاول المستبعد المطالبة باستردادها قبل إتمام إنجاز الأشغال.

كما يكون للإدارة أيضا الحق في الاحتفاظ بها حتى بعد انتهاء الأشغال ضماناً لحقوقها[3]، على شرط أن تكون صالحة للاستعمال، أما ما يزيد عن ذلك فيكلف المقاول بنقلها من موقع الأشغال[4].

9- إن جزاء سحب العمل من المقاول المقصر يكون بشكل كلي يشمل جميع الأشغال، كما يمكن أن يكون بشكل جزئي إذا كانت طبيعة الأشغال تقبل التجزئة[5].

إلا أنه ما ينبغي الإشارة إليه أن قرار سحب العمل من المقاول هو في النهاية بما يرتبه من أثار، يخضع لرقابة القضاء، إذ من حق المقاول المستبعد أن ينازع الإدارة في مدى صحة إجراء توقيع الجزاء عليه. فكيف ذلك؟

---

[1]- يوسف بركات أبو دقة، المرجع السابق، ص 124.

[2]- عبد الله نواف العنزي، المرجع السابق، ص 132.

[3]- محمد أنس قاسم جعفر، العقود الإدارية (دراسة مقارنة لنظم المناقصات و المزايدات مع دراسة للقانون 89 لسنة 1998 الخاص بالمزايدات والمناقصات في مصر ولائحته التنفيذية)، دون دار نشر، القاهرة، مصر، 1999، ص138.

[4]- مفتاح خليفة عبد الحميد، حمد محمد حمد الشلماني، العقود الإدارية، المرجع السابق، ص 167؛ هيثم حليم غازي، المرجع السابق، ص 146؛ علي بن شعبان، المرجع السابق، ص 162.

[5]- بلاوي ياسين بلاوي، المرجع السابق، ص 159.

رابعا: الرقابة القضائية على جزاء سحب العمل من المقاول في عقد الأشغال العامة

يخضع قرار سحب العمل من المقاول في عقد الأشغال العامة، كما هو الشأن بالنسبة لكافة أنواع الجزاءات التي توقعها الإدارة في أثناء تنفيذ عقودها الإدارية، إلى رقابة القضاء الإداري، كما سبقت لنا الإشارة إلى ذلك.

وبالتالي ونظراً للآثار السلبية التي يرتبها قرار سحب العمل من المقاول، خصوصاً في حالة عدم مشروعيته، فمن حق المقاول المستبعد الطعن أمام القضاء الإداري في مدى صحة قرار توقيع الجزاء عليه[1].

وباعتبار أن قرار الإدارة بسحب العمل من المقاول هو قرار إداري صادر أثناء مرحلة تنفيذ العقد، فإن المنازعة الناشئة عن ذلك يختص في هذه الحالة بها القضاء الإداري، على أساس دعوى القضاء الكامل.

وفي حالة ثبوت عدم مشروعية هذا الجزاء، فإن القاضي الإداري يقتصر دوره فقط في الحكم بالتعويض، دون أن يستطيع وقف تنفيذ هذا الإجراء أو حتى إلغائه[2]، وذلك على عكس جزاء وضع المرفق تحت الحراسة الإدارية في عقد الامتياز الإداري في قضاء مجلس الدولة الفرنسي، أين يمكن للقاضي الإداري أن يحكم بالتعويض والإلغاء، في حالة ثبوت عدم مشروعية الجزاء، كما سبقت لنا الإشارة إلى ذلك[3].

هذا بالنسبة لعقد الأشغال العامة في حالة وقوع إخلال على درجة من الجسامة من المقاول في أثناء تنفيذ إلتزاماته التعاقدية. فكيف ذلك بالنسبة لعقد التوريد الإداري؟ وهذا ما سيتم التطرق إليه في الفرع الموالي.

---

[1]- هيثم حليم غازي، المرجع السابق، ص 146؛ أحمد عثمان عياد، المرجع السابق، ص 360.

[2]- مازن ليلوا راضي، العقود الإدارية في القانون الليبي والمقارن (مع شرح لائحة العقود الإدارية رقم813 لسنة 1994)، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2003، ص 114.

[3]- راجع ص 94 وما بعدها من هذه الدراسة.

الفرع الثالث

الشراء على حساب المورد في عقد التوريد الإداري

(l'exécution par défaut des marchés de fournitures)

وهو الإجراء المتبع في حالة مخالفة المورد لالتزاماته بالنسبة لعقد التوريد الإداري[1]، فهو كَنَظِيرَيْهِ بالنسبة لعقدي الامتياز الإداري والأشغال العامة، إذ هو الأخر يعد وسيلة أخرى من وسائل الضغط، التي تلجأ إليها الإدارة المتعاقدة في أثناء تنفيذ عقد التوريد الإداري، وذلك لمواجهة ما يمكن أن يترتب عن عجز المورد المتعاقد، الذي من شأنه تهديد المرفق العام بالتوقف أو التأخير عن قيامه بمهامه.

وعليه فإن جزاء الشراء على حساب المورد المقصر في عقد التوريد:" هو إجراء تتخذه الإدارة المتعاقدة اتجاه المتعاقد معها، الذي تخلف عن توريد الأصناف المتعاقد عليها بموجب العقد المبرم، وذلك بأن تقوم بتنفيذ العقد على حسابه وتحت مسؤوليته"[2].

وبناءا على ذلك، فإن أي تأخير أو إخلال من جانب المورد المتعاقد في توريد الأصناف أو المواصفات المتفق عليها، يؤدي إلى إعمال هذا النوع من الجزاءات الضاغطة من قبل الإدارة المتعاقدة.

وحتى لا تتعسف الإدارة المتعاقدة في توقيع هذا الجزاء يجب أن تتوافر شروطه (**أولا**)، وخصائصه التي تميزه عن غيره من الجزاءات (**ثانيا**)، ومن ثم الآثار القانونية المترتبة عنه (**ثالثا**)، والتي قد تؤثر سلباً على المورد، مما يتعين إخضاع هذا الجزاء لرقابة القضاء(**رابعا**).

أولا: شروط توقيع الإدارة لجزاء الشراء على حساب المورد

يُشترط لإعمال الإدارة لجزاء الشراء على حساب المورد في عقد التوريد الإداري، أن يكون إخلال المورد على درجة معينة من الجسامة(**1**)، بالإضافة إلى ضرورة إعذار المورد بإخلاله(**2**).

---

[1]- يعرف عقد التوريد الإداري بأنه:" اتفاق بين شخص من أشخاص القانون العام وفرد أو شركة، يتعهد بمقتضاه الفرد أو الشركة بتوريد منقولات معينة لشخص معنوي لازمة لمرفق عام مقابل ثمن معين"، نسرين شريفي، مريم عمارة، سعيد بوعلي، المرجع السابق، ص 168.

[2]- سعيد عبد الرزاق باخيرة، المرجع السابق، ص 262.

1)–وقوع خطأ جسيم من قبل المورد:

يُشترط لتوقيع جزاء الشراء على حساب المورد في عقد التوريد الإداري، وقوع خطأ على درجة معينة من الجسامة من المورد في تنفيذ إلتزاماته المستحقة الأداء، بحيث يجب أن يكون ذلك الخطأ مُبرَراً كافياً للتنفيذ على حسابه ومسؤوليته.

وطبقا لقضاء مجلس الدولة الفرنسي، فإنه يُعد من قبيل الإخلال الجسيم بشروط العقد، الذي يبرر اتخاذ هذا الإجراء، نذكر على سبيل المثال تقاعس المورد عن التسليم في المواعيد المتفق عليها أو التأخير الممتد فيه، على الرغم من منحه مدة إضافية، أو رداءة الأشياء الموردة وغيرها من الأخطاء الجسيمة التي تبرر اتخاذ هذا الإجراء.

ومما ينبغي الإشارة إليه، أن الشراء على حساب المورد مرتبط بالنسبة للالتزام بعمل مستحق الأداء لم يوفي به المورد، أما بالنسبة للالتزامات المقبلة التي لم يحن أداؤها بعد، فلا تخضع لهذا الإجراء[1].

وعلى العموم فإنه يمكن للإدارة إعمال جزاء الشراء على حساب المورد، وذلك متى قدرت بأن خطأً جسيماً قد ارتكبه المورد المتعاقد معها[2]. لكن ذلك ليس معناه أن كل خطأ عقدي يرتكبه المورد، يستوجب الشراء على حسابه ومسؤوليته، لأن مجرد التأخير مثلا ليس كافياً لتبرير اللجوء إلى تطبيق جزاء الشراء على حساب المورد، بل لا بد أن يكون التأخير سبباً في تخلف المورد، كما لو كان التأخير راجع مثلا لخطأ من الإدارة[3].

[1]– إسماعيل بحري، المرجع السابق، ص 107.

[2]– يوسف بركات أبو دقة، المرجع السابق، ص127.

[3]– هيثم حليم غازي، المرجع السابق، ص 150؛ فارس علي جانكير، المرجع السابق، ص 194.

2)- ضرورة إعذار المورد قبل قيام الإدارة بالشراء على حسابه:

تلتزم الإدارة المتعاقدة قبل اتخاذ إجراء الشراء على حساب المورد ونفقته، بضرورة إعذاره وإعطاءه مهلة أولية لتنفيذ التزاماته التعاقدية التي أخل بها، من أجل تداركها في الوقت المناسب، حتى وإن لم ينص على ذلك في عقد التوريد.

وعليه ففي حالة عدم التزام الإدارة بإعذار المورد المتعاقد معها، فإن إجراءها للشراء على حسابه، يعتبر في هذه الحالة معيباً ولا يتحمل المورد مسؤوليته، إلا إذا تضمن عقد التوريد نصاً يعفي الإدارة من إجراء الإعذار[1].

ثانيا: خصائص الشراء على حساب المورد في عقد التوريد الإداري

كبقية أنواع الجزاءات الضاغطة الأخرى، يتميز جزاء الشراء على حساب المورد في عقد التوريد الإداري بمجموعة من الخصائص، حيث تتمثل أهمها كالأتي:

1- إن جزاء الشراء على حساب المورد في عقد التوريد الإداري، هو إجراء مؤقت، لا يترتب عنه إنهاء العقد الأصلي، بل تظل الرابطة التعاقدية قائمة، ويظل المورد المقصر ملتزماً أمام الإدارة بتنفيذ كافة الالتزامات الناشئة عن العقد[2].

2- تقوم الإدارة المتعاقدة بشراء الأصناف التي قصر المورد في توريدها على حسابه وتحت مسؤوليته المالية، وهي تقوم بهذا الإجراء إما بنفسها أو بالتعاقد مع مورد آخر، دون إنهاء العقد الأصلي[3].

---

[1]- مازن ليلوا راضي، العقود الإدارية في القانون الليبي والمقارن، المرجع السابق، ص117؛ عبد الحميد الشواربي، مرجع سابق، ص 42.

[2]- رشا محمد جعفر الهاشمي، المرجع السابق، ص 84؛ عادل السعيد أبو الخير، المرجع السابق، ص 684.

[3]- بلاوي ياسين بلاوي، المرجع السابق، ص 184.

3- يصدر جزاء الشراء على حساب المورد بموجب قرار إداري، صادر عن الإدارة المتعاقدة بإرادتها المنفردة، ودون الحاجة لاستصدار حكم قضائي بذلك[1].

4- تلتزم الإدارة المتعاقدة كقاعدة عامة بضرورة إعذار المورد المتعاقد معها بتقصيره، قبل اتخاذ إجراء الشراء على حسابه ومسؤوليته، كما هو الشأن بالنسبة لجزاء سحب العمل من المقاول في عقد الأشغال العامة.

5- إن جزاء الشراء على حساب المورد كما هو المبدأ بالنسبة لبقية وسائل الضغط الأخرى، تملك الإدارة حق توقيع هذا الجزاء الضاغط سواء نص عليه العقد أو لم ينص عليه، وعادةً ما تتضمن دفاتر الشروط كيفية تطبيق هذا الجزاء[2].

ثالثا: الآثار القانونية المترتبة عن جزاء الشراء على حساب المورد

الشراء على حساب المورد المقصر هو إجراء مؤقت، لا يترتب عنه إنهاء عقد التوريد القائم بين الإدارة والمورد المتعاقد معها، بل تظل الرابطة التعاقدية قائمة، وتقوم الإدارة بمتابعة تنفيذ هذا العقد، وذلك من خلال إجرائها للشراء على حساب المورد وتحت مسؤوليته، وينتج عن ذلك الآثار القانونية التالية:

1- قيام الإدارة بتنفيذ العقد على حساب المورد المقصر وتحت مسؤوليته، سواء بنفسها أو بواسطة مورد آخر، يجب أن يكون بنفس شروط عقد التوريد الأصلي ومدته[3]. وبالتالي فإنه لا يجوز للإدارة تعديل المواصفات الفنية للأصناف التي قصر المورد في توريدها عند إجرائها للشراء على حسابه، بل لا بد أن تتقيد في شرائها بما هو وارد في دفتر الشروط[4].

---

[1]- رشا محمد جعفر الهاشمي، المرجع السابق، ص 87.

[2]- عبد القادر دراجي، المرجع السابق، ص 103.

[3]- علي خطار شطناوي، الوجيز في القانون الإداري، الطبعة الأولى، دار وائل للنشر، عمان، الأردن، 2003، ص 720.

[4]- بلاوي ياسين بلاوي، المرجع السابق، ص 193.

أما مجرد الاختلاف في جودة الصنف سواء بالزيادة أو بالنقصان، فلا يعتبر ذلك شراء لغير ما هو متفق عليه، فعلى الإدارة المتعاقدة في هذه الحالة أن تشتري على حساب المورد المقصر ما يتشابه مع الصنف المتعاقد عليه[1].

2- يتحمل المورد المقصر كافة الآثار المالية الناجمة عن الشراء على حسابه، مثل الفارق في ارتفاع الأسعار والمصاريف الإدارية والتعويضات وغير ذلك، على أنه يمكن للمورد المقصر المستبعد أن يُطالب باستبعاد المصاريف الزائدة إذا كان مبالغ فيها، كأن تكون الزيادة نتيجة خطأ من الإدارة[2].

أما إذا تمت عملية الشراء بثمن أقل من الثمن المنصوص عليه في العقد، فإن هذا الفارق يعود للإدارة وحدها، وليس من حق المورد المستبعد أن يطالب بقسط منه[3].

3- تتمتع الإدارة المتعاقدة بسلطة تقديرية في إجراء الشراء على حساب المورد المقصر، فإما أن تتولى ذلك بنفسها أو تعهد بالشراء إلى مورد آخر تتعاقد معه، ومن الأفضل أن تقوم قبل إجراء الشراء بإتباع طريق المناقصة حتى تتيح الفرصة لكل من يشاء أن يتقدم لها بأسعاره، فيزيد عدد المنافسين وبالتالي تنخفض الأسعار، ومنه تستطيع الإدارة الحصول على ما يلزمها بأنسب الأسعار[4].

4- تقتصر مسؤولية المورد الجديد فقط على وجود التوريدات التي تضمنها التنفيذ على حساب المورد المستبعد، فهو ليس مندوباً لهذا الأخير أو وكيلاً عنه، كما أنه لا يقوم بالتوريد لحسابه[5].

5-اعتبار الإدارة بمثابة الوكيل عند إجرائها للشراء على حساب المورد الأصلي، فتلتزم بأن تبذل في تنفيذ الوكالة العناية اللازمة كالتي تبذلها في أعمالها الخاصة[6].

---

[1]- ماجد راغب الحلو، المرجع السابق، ص 159.

[2]- فارس علي جانكير، المرجع السابق، ص 204-205.

[3]- منصور نصري نابلسي، المرجع السابق، ص 271؛ يوسف بركات أبو دقة، المرجع السابق، ص 128.

[4]- إسماعيل بحري، المرجع السابق: 108.

[5]- إسماعيل بحري، المرجع نفسه، ص 108.

[6]- مازن ليلوا راضي، العقود الإدارية في القانون الليبي والمقارن، المرجع السابق، ص 118.

6- لا يجوز للإدارة أن تجمع بين جزاء الشراء على حساب المورد وبين جزاء إنهاء العقد، لأن التنفيذ على حساب المورد المقصر، يقوم على أساس استمرار عقد التوريد الأصلي منتجاً لأثاره. إلا أنه يجوز للإدارة أن تجمع بين جزاء الشراء على حساب المورد وجزاءات أخرى لا تتعارض معه، كغرامة التأخير أو مصادرة التأمينات طالما تحقق السبب لتوقيع كل منها[1].

رابعا: الرقابة القضائية على جزاء الشراء على حساب المورد في عقد التوريد الإداري

يعد قرار الشراء على حساب المورد في عقد التوريد الإداري، من قبيل القرارات الإدارية، التي تتخذها الإدارة تنفيذاً لعقودها الإدارية واستناداً لنصٍ من نصوصها، شأنه في ذلك كل من القرار الذي يقضي بجزاء سحب العمل من المقاول في عقد الأشغال العامة، والقرار الذي يقضي بجزاء وضع المرفق تحت الحراسة الإدارية في عقد الامتياز الإداري.

إذ أنه من حق المورد المستبعد أن ينازع أمام القضاء الإداري، في مدى صحة إجراء الشراء على نفقته ومسؤوليته.

وبالتالي فإن المنازعة في هذه الحالة حقوقية تندرج ضمن ولاية القضاء الكامل، ويمارس القاضي الإداري رقابته على قرار الإدارة بتوقيع جزاء الشراء على حساب المورد، ويبسط رقابته في هذا الصدد من زاويتي المشروعية والملائمة.

كما أن القاضي الإداري لا يملك سلطة إلغاء التدبير الجزائي الصادر عن الإدارة في مواجهة المورد المتعاقد معها، مهما كانت أوجه عدم المشروعية، ولكن يستطيع فقط البحث عن الحق في التعويض عنه[2].

---

[1]- يوسف بركات أبو دقة، المرجع السابق، ص 129.

[2]- منصور نصري نابلسي، المرجع السابق، ص 274-275؛ ربيحة سبكي، المرجع السابق، ص 136.

المطلب الثاني

سلطة الإدارة في توقيع الفسخ الجزائي

قد لا تكفي الجزاءات الضاغطة بمختلف صورها في العقود الإدارية الثلاثة السابق التطرق إليها، سواء تعلق الأمر بجزاء وضع المرفق تحت الحراسة الإدارية بالنسبة لعقد الامتياز الإداري، أو جزاء سحب العمل من المقاول بالنسبة لعقد الأشغال العامة، أو جزاء الشراء على حساب المورد بالنسبة لعقد التوريد الإداري، بل وحتى مع فرض جزاءات مالية إلى جانبها، مما يجعل احتمال استمرار الرابطة التعاقدية بين الإدارة والمتعاقد معها المخل بتنفيذ التزاماته غير ممكناً، بل وأمراً مستحيلاً.

وفي هذه الحالة لا يكون أمام الإدارة المتعاقدة سوى اللجوء إلى خيارها الأخير، وهو حل الرابطة التعاقدية بينها وبين المتعاقد عن طريق جزاء الفسخ.

وعليه فما هو مضمون الفسخ الجزائي في مجال تنفيذ العقود الإدارية؟

إن الإجابة على ذلك، تقتضي منا بداية التطرق لمفهوم الفسخ الجزائي (**الفرع الأول**)، ثم التطرق للآثار القانونية للفسخ الجزائي (**الفرع الثاني**).

الفرع الأول

مفهوم الفسخ الجزائي

يعد الفسخ الجزائي من حيث درجته في قمة الجزاءات التي تملك الإدارة حق توقيعها على المتعاقد معها، كجزاء لإخلاله بتنفيذ التزاماته التعاقدية بمقتضى عقد من العقود الإدارية، والذي في الغالب ما تلجأ إليه الإدارة المتعاقدة في حالة عدم فاعلية الجزاءات الضاغطة والجزاءات المالية.

لذلك يستوجب منا الأمر بداية تحديد المقصود بالفسخ الجزائي بإعطاء تعريف له (**أولا**)، وتبيان شروط إعماله ضماناً لعدم تعسف الإدارة المتعاقدة في توقيعه (**ثانيا**)، ومن ثم إبراز أهم الخصائص التي يتميز بها (**ثالثا**).

أولا: تعريف الفسخ الجزائي

الفسخ في مجال تنفيذ العقود الإدارية:" هو ذلك الجزاء الشديد الذي تلجأ إليه الإدارة المتعاقدة، لحل الرابطة التعاقدية بينها وبين المتعاقد معها المخل بتنفيذ التزاماته التعاقدية إخلالاً جسيماً وفادحاً، مما يستدعي استبعاده نهائياً عن دائرة التنفيذ"[1].

وبناءاً على ذلك فإن الإدارة لا تلجأ إلى توقيع جزاء الفسخ، إلا بعد أن يتأكد لها بصفة نهائية، أن المتعاقد معها لم يُنَفِذْ أو لم يعد قادراً على تنفيذ التزاماته على وَجهٍ مُرْضٍ، أو بالأحرى لم يعد قادراً على تأمين التنفيذ، مما يهدد استمرار المرفق العام، وبالتالي المصلحة العامة للخطر. مما يدفع بالإدارة المتعاقدة إلى الاستغناء نهائياً عن مشاركة هذا المتعاقد، بإنهاء العقد الإداري قبل انتهاء مدته المقررة[2].

وهذا ما يميز جزاء الفسخ عن الجزاءات الضاغطة، التي يُستبعد بموجبها المتعاقد عن تنفيذ العقد الإداري بشكل مؤقت دون إنهائه، كما سبقت لنا الإشارة إلى ذلك[3].

كما أنه يجب عدم الخلط بين الفسخ الجزائي للعقد الإداري بسبب إخلال من جانب المتعاقد، والفسخ من جانب الإدارة المتعاقدة لدواعي المصلحة العامة، الذي تلجأ إليه دون ارتكاب المتعاقد معها لأي خطأ في أثناء تنفيذ العقد، وذلك نظرا لاختلاف الآثار القانونية في كل نوع، ومن البديهي أنه ما يترتب عن فسخ العقد لدواعي المصلحة العامة لا يتحمله المتعاقد[4]، بل أن له زيادة على ذلك الحق في الحصول على التعويض، وذلك على عكس الفسخ الجزائي- كما سوف نرى في حينه- أين يتحمل المتعاقد المخل بتنفيذ التزاماته جميع الآثار المترتبة عنه.

---

[1]- منصور نصري نابلسي، المرجع السابق، ص 277.

[2]- أحمد عثمان عياد، المرجع السابق، ص 362.

[3]- راجع ص 88 وما بعدها من هذه الدراسة.

[4]-عبد العزيز عبد المنعم خليفة، تنفيذ العقد الإداري و تسوية منازعاته قضاءا و تحكيما، المرجع السابق، ص 132.

ثانيا: شروط توقيع الإدارة للفسخ الجزائي

نظراً لخطورة الفسخ الجزائي مقارنة بالجزاءات السابق التطرق إليها، لكونه يؤدي إلى وضع نهاية للرابطة التعاقدية بين طرفي العقد الإداري، وما يتضمنه خاصة من إسقاط لحقوق المتعاقد، فإنه من الضروري توافر شروط إعماله، ضماناً لعدم تعسف الإدارة المتعاقدة في توقيعه، وذلك نظراً لأثاره الثقيلة على المتعاقد معها.

لذلك فإنه لإعمال الإدارة المتعاقدة لحقها في توقيع الفسخ الجزائي، يجب أن تتوافر الشروط التالية:

1)- وقوع خطأ جسيم من المتعاقد: إن المبدأ العام الذي يُقيد الإدارة المتعاقدة في استعمالها لحقها في توقيع الجزاءات على المتعاقد معها في أثناء تنفيذ عقودها الإدارية، والذي دَأَبْنَا عليه بالنسبة لجميع الجزاءات الإدارية الأخرى السابق التطرق إليها، هو ضرورة وقوع خطأ من جانب المتعاقد في تنفيذ إلتزاماته التعاقدية، حتى يكون مُبرراً تستند إليه في توقيع الجزاء عليه.

أما بالنسبة للفسخ الجزائي فلا يُعد كل خطأ تعاقدي، يرتكبه المتعاقد في أثناء التنفيذ مُبَرِراً لتوقيع هذا الجزاء عليه، بل يجب أن يكون الخطأ التعاقدي المرتكب من جانبه على درجة كبيرة من الجسامة والخطورة[1]، والمتمثل في إخلاله بالتزام تعاقدي أو قانوني جوهري، حتى يكون مبرراً تستند إليه الإدارة في توقيع جزاء الفسخ[2].

وبالرجوع إلى المرسوم الرئاسي 10-236 المنظم للصفقات العمومية في الجزائر في نص المادة: 112 التي تنص على أنه:" إذا لم ينفذ المتعاقد التزاماته، توجه له المصلحة المتعاقدة إعذاراً ليفي بالتزاماته التعاقدية في أجل محدد.

---

[1] - « L'administration peut prononcer la résiliation unilatéralement…en cas de faute grave du cocontractant »; Rachid ZOUAÏMIA, Marie Christine ROUAULT, Droit Administratif, Editions BERTI, Alger, 2009, p 191.

[2]- منصور نصري نابلسي، المرجع السابق، ص 280.

وإن لم يتدارك المتعاقد تقصيره في الأجل الذي حدده الإعذار المنصوص عليه أعلاه، يمكن المصلحة المتعاقدة أن تفسخ الصفقة من جانب واحد".

والملاحظ أن النص جاء بعبارات عامة، حيث أنه من شأن تطبيقها الحرفي من قبل الإدارة اللجوء إلى الفسخ في كل صغيرة وكبيرة، إذ أنه كان من الأجدر على المشرع الجزائري أن يذكر على الأقل بعض الحالات، التي يمكن اللجوء فيها إلى الفسخ الجزائي، كما هو معمول به في فرنسا.

ومن الأخطاء الجسيمة التي تُبرر للإدارة المتعاقدة توقيع الفسخ الجزائي، بحسب ما استقر عليه القضاء والفقه الإداريين في فرنسا، نذكر على سبيل المثال، إذا وضعنا بعين الاعتبار أن العقد الذي يربط الإدارة بالمتعاقد معها هو عقد امتياز إداري، فإنه يُتصور في هذه الحالة أن يلجأ صاحب الامتياز إلى خرق بنود العقد، المتعلقة بالرسوم التي يُلزم المنتفعون بدفعها إلى رفعها، دون علم الإدارة المانحة للامتياز وموافقتها، وهذا الفعل من جانبه يخول للإدارة فسخ الرابطة التعاقدية، وقد أطلق مجلس الدولة الفرنسي على الفسخ الجزائي، بالنسبة لهذا النوع من العقود الإدارية مصطلح إسقاط الامتياز[1].

أما بالنسبة لعقد الأشغال العامة، فإن الأخطاء الجسيمة التي تُبرر الفسخ الجزائي على سبيل المثال، عدم مباشرة المقاول للأشغال محل التعاقد في الآجال المحددة في أوامر المصلحة الصادرة عن مهندس الدائرة أو المهندس المعماري، عدم التزام المقاول بالتنفيذ الدقيق لأوامر المصلحة، ورفض المقاول للتغييرات المفروضة عليه خلال العمل، بموجب أمر صادر إليه عن مهندس الدائرة أو المهندس المعماري، وقوع أعمال التدليس والمخالفات المتكررة من جانب المقاول لشروط الشغل، أو التقصير الخطير من جانبه في الالتزامات المتعاقد عليها[2].

أما بالنسبة لعقد التوريد الإداري فإن الأخطاء الجسيمة، التي تُبرر الفسخ الجزئي على سبيل المثال، عدم احترام المورد المدَدْ المحددة لتسليم الأصناف المطلوبة، أو توريد أصناف رديئة أو غير

[1]- عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، المرجع السابق، ص225-226.

[2]-عبد القادر رحال، المرجع السابق، ص206-207.

مطابقة للمواصفات المنصوص عليها في العقد، وممارسة الغش من جانب المورد أو مندوبيه وغير ذلك[1].

وعلى العموم يرى الفقه الإداري أن كل الأفعال المبررة لتوقيع الجزاءات الضاغطة، إذا ازدادت جسامتها بدرجة معينة، فإنها ذاتها تُبرر الفسخ، ويرجع ذلك إلى أن الفسخ الجزائي أشد جسامة في آثاره من الجزاءات الضاغطة، التي هي مجرد إجراءات مؤقتة قد تنتهي إلى الفسخ[2].

2)- وجوب إعذار المتعاقد قبل توقيع جزاء الفسخ: إن المبدأ المسلم به كقاعدة عامة قبل توقيع الفسخ الجزائي، يقضي بضرورة إعذار المتعاقد، سواءٌ كان هذا الأخير صاحب امتياز أو مقاول أو مورد، وذلك بمنحه فترة زمنية معقولة لتنفيذ التزاماته وليتدارك فيها تقصيره.

وعليه إذا انقضت المدة القانونية للإعذار ولم يستجب المتعاقد خلالها، كان للإدارة المتعاقدة توقيع جزاء الفسخ عليه.

وهو ما نلمس التأكيد عليه من قبل المشرع الجزائري في المرسوم الرئاسي 10-236 المنظم للصفقات العمومية المعدل والمتمم في المادة: 112 منه، وتطبيقا للفقرة الأخيرة من نص هذه المادة وفي خطوة إيجابية من المشرع الجزائري، صدر قرار بتاريخ 28 مارس 2011[3]، حيث نصت المادة: 02 منه على أنه:" إن الفسخ من جانب واحد لصفقة من طرف مصلحة متعاقدة لا يتم إلا بعد إعذارين قانونيين للمتعامل المتعاقد العاجز".

كما بين هذا القرار البيانات التي يجب أن يتضمنها الإعذار[4]، وكيفية تبليغه[5]، ونشره[6].

---

[1]-هيثم حليم غازي، المرجع السابق، ص 165.

[2]-علي بن شعبان، المرجع السابق، ص 131.

[3]- القرار المؤرخ في 28 مارس 2011، يحدد البيانات التي يتضمنها الإعذار وآجال نشره، ج.ر.ج.ج ، ع 24، المؤرخة في 20 أبريل 2011.

[4]- أنظر المادة:03 من القرار نفسه.

[5]- أنظر المادة:04 من القرار نفسه.

[6]- أنظر المادة:05 من القرار نفسه.

إلا أنه ما ينبغي الإشارة إليه أنه في عقد الأشغال العامة بالذات، نجد أن الإدارة المتعاقدة كثيراً ما تستعمل وسائل الإعلام المكتوبة لتنبيه المعني (المقاول المتعاقد) قبل ممارسة سلطة الفسخ، وهذا ما تؤكده الإعذارات الكثيرة المنشورة في الجرائد الوطنية[1].

وبناءا على ذلك، تلتزم الإدارة المتعاقدة قبل توقيع جزاء الفسخ بضرورة إعذار المتعاقد معها، لأن قرار الفسخ غير المسبوق بالإعذار معيب، ويُعفى في هذه الحالة المتعاقد من نتائجه الباهظة، وفي حالة حصول ضرر له، فمن حقه الحصول على تعويض.

غير أنه كاستثناء تعفى الإدارة المتعاقدة من إجراء الإعذار، إذا تضمن العقد نصاً يُعفيها من إجرائه، أو كان جزاء الفسخ على إثر إجراء جزائي ضاغط سبق إعذار المتعاقد به، ومن أجل ذات الأخطاء. وبالتالي فلا حاجة لإعذار جديد لتقرير الفسخ، بشرط ألا يكون هذا الفسخ قد أعلن نتيجةً لأخطاء أخرى، خلاف التي أدت إلى توقيع الجزاء الضاغط، لأنه في غير هذه الحالة يستوجب إعذار جديد[2].

3)– صدور حكم من القاضي بالفسخ بالنسبة لعقد الامتياز الإداري: يشترط مجلس الدولة الفرنسي بأن يصدر حكم من القاضي الإداري بفسخ عقد الامتياز الإداري (إسقاط الامتياز)[3].

وهذه القاعدة ثابتة يمتاز بها عقد الامتياز الإداري دون غيره من العقود الإدارية الأخرى، فلا تملك الإدارة المتعاقدة المانحة للامتياز توقيع هذا الجزاء بإرادتها المنفردة، كما هو الحال في العقود الإدارية الأخرى، بل لابد أن يصدر جزاء إسقاط الامتياز(أي فسخه) بموجب حكم قضائي، ولا يُعفي الإدارة من هذا الإجراء إلا نص صريح يرد في عقد الامتياز الإداري، يعطيها الحق في توقيعه بنفسها[4].

---

[1]– أنظر الملحق رقم: 08–09 ص 139–140.

[2]– فتيحة حابي، المرجع السابق، ص 305.

[3] - « …dans le cas de concession, tandis qu'en droit français l'administration est tenue de saisir le juge qui seul peut prononcer la résilition… »; Rachid ZOUAÏMIA, Marie Christine ROUAULT, Op. cit, p 191.

[4] -André de laubadére, Jean- Claude venezia, yves gaudement, Op.cit, P 825.

وعليه في حالة مخالفة الإدارة المانحة للامتياز لهذه القاعدة، فإن القاضي الإداري يستطيع أن يحكم بإلغاء القرار الصادر عنها بإسقاط الامتياز، بالإضافة إلى الحكم لصالح صاحب الامتياز بالتعويض، عما قد يلحق به من أضرار بسبب قرارها المعيب[1].

ثالثا: خصائص الفسخ الجزائي

يتميز الفسخ الجزائي الذي توقعه الإدارة المتعاقدة على المتعاقد معها المخل بتنفيذ التزاماته التعاقدية إخلالاً جسيماً، بمجموعة من الخصائص التي تميزه عن الجزاءات الإدارية الأخرى السابق التطرق إليها، حيث تتمثل أبرزها كالأتي:

1)- حق الإدارة المتعاقدة في توقيع الفسخ الجزائي بنفسها: لقد سبقت لنا الإشارة إلى أن أهم خاصية مشتركة، يتميز بها نظام الجزاءات في مجال تنفيذ العقود الإدارية، هي حق الإدارة المتعاقدة في توقيع الجزاءات بإرادتها المنفردة على المتعاقد معها عند إخلاله بتنفيذ إلتزاماته التعاقدية، وذلك في مختلف أنواع الجزاءات الإدارية السابق التطرق إليها بصفة عامة.

وهذا الحق مقرر لها بصفة خاصة أيضاً بالنسبة للفسخ الجزائي، حيث تملك الإدارة المتعاقدة فسخ العقد الإداري، الذي يربط بينها وبين المتعاقد معها المخل بتنفيذ التزاماته إخلالاً جسيماً، بموجب قرار إداري صادر بإرادتها المنفردة[2]، ودون حاجة إلى اللجوء للقضاء لاستصدار حكم قضائي يقرر ذلك، باستثناء عقود امتياز المرافق العامة، التي يستلزم القضاء الإداري الفرنسي لفسخها صدور حكم قضائي، ما لم يتضمن العقد نصاً يعطي للإدارة الحق بتوقيعه بنفسها [3].

---

[1]- مفتاح خليفة عبد الحميد، حمد محمد الشلماني، انقضاء العقود الإدارية في القانون المقارن، المرجع السابق، ص 226 وما بعدها؛ عبد الحميد الشواربي، مرجع سابق، ص 44.

[2]- أنظر الملحق رقم: 10 ص 141.

[3]- ماجد راغب الحلو، المرجع السابق، ص 161؛ أحمد عثمان عياد، المرجع السابق، ص 366.

وتستطيع الإدارة المتعاقدة أن تمارس سلطتها في الفسخ الجزائي، حتى وإن لم ينص العقد الإداري[1]، أو دفتر الشروط الملحق به على هذا الحق، ويرجع ذلك إلى السلطات الاستثنائية المعترف بها لجهة الإدارة المتعاقدة في مجال تنفيذ عقودها الإدارية، والتي تجد أساسها في مقتضيات المصلحة العامة، من خلال تأمين سير وانتظام المرافق العامة في أداء خدماتها على الوجه المطلوب[2].

2)- إعذار المتعاقد قبل توقيع الفسخ الجزائي: يعتبر الإعذار المسبق من الشروط الجوهرية لتوقيع الفسخ الجزائي من جانب الإدارة المتعاقدة، مهما كانت طبيعة العقد الإداري، سواءٌ كان عقد امتياز إداري أو عقد أشغال عامة أو عقد توريد إداري، إذ أن إعطاء المتعاقد فترة زمنية معينة، للقيام بتنفيذ الالتزامات الملقاة على عاتقه قبل فرض جزاء الفسخ، قاعدة عامة تتطلبها الإجراءات الشكلية لتوقيع الفسخ الجزائي.

والملاحظ أن الإعذار قبل توقيع الفسخ الجزائي، ما لم ينص على استبعاده بموجب نص صريح، يشمل جميع العقود الإدارية، بما في ذلك عقود امتياز المرافق العامة[3]، وذلك على عكس ما رأيناه بالنسبة لجزاء وضع المرفق تحت الحراسة الإدارية في عقد الامتياز الإداري، أين يمكن للإدارة المانحة للامتياز توقيع هذا الجزاء الضاغط، دون أن تلتزم بإعذار صاحب الامتياز.

وعليه فإن عدم التزام الإدارة بقاعدة الإعذار المسبق قبل توقيع الفسخ الجزائي في غير الحالات الاستثنائية، من شأنه أن يُعفي المتعاقد من النتائج الباهظة التي كان سيتحملها، فيما لو التزمت الإدارة بهذا الإجراء[4].

---

[1] - « …le pouvoir de prononcer la résiliation aux torts du contractant, mais ce povoir éxiste meme dans le silance du contrat… »; Voir: laurent RICHER, droit des contrats administratifs, 6 éditions, L.G.D.J, france, 2008, p 256.

[2]- ربيحة سبكي، المرجع السابق، ص 151.

[3]- حسين عبد العال محمد، الرقابة الإدارية بين علم الإدارة والقانون الإداري (دراسة تطبيقية مقارنة)، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2004، ص 55.

[4]- سعيد عبد الرزاق باخيرة، المرجع السابق، ص 346.

3)– اختصاص القضاء الإداري بتقرير الفسخ الجزائي بالنسبة لعقد الامتياز الإداري:

لقد سبق لنا الإشارة إلى أن مجلس الدولة الفرنسي، يشترط لتوقيع الفسخ الجزائي بالنسبة لعقود امتياز المرافق العامة، إلى جانب شَرْطَيْ الخطأ الجسيم من جانب صاحب الامتياز وإعذاره، ضرورة أن يصدر قرار الفسخ الجزائي، أي إسقاط الامتياز من القضاء، باستثناء حالة ما إذا نص العقد أو دفتر شروطه، على حق الإدارة المانحة للامتياز بتوقيع جزاء الإسقاط بنفسها، وذلك بموجب قرار إداري صادر بإرادتها المنفردة، ودون اللجوء إلى القضاء لتقريره.

وبالتالي لا يجوز توقيع جزاء إسقاط الامتياز إلا بحكم قضائي، نظراً لما يترتب عن ذلك من أضرار بالغة للمتعاقد صاحب الامتياز، من حيث الأموال الباهظة التي أنفقها في إعداد وتهيئة المرفق العام للعمل بصورة طبيعية[1].

4)– خضوع قرار الفسخ الجزائي للرقابة القضائية: إن الرقابة القضائية باعتبارها كضمانة هامة للمتعاقد، تشمل جميع أنواع الجزاءات التي توقعها الإدارة عليه دون استثناء، بما في ذلك الفسخ الجزائي للعقد الإداري.

لذلك فإنه من حق المتعاقد المفسوخ عقده منازعة الإدارة، في عدم مشروعية قرارها الصادر بتوقيع جزاء الفسخ.

وكما سبقت لنا الإشارة من خلال دراستنا للجزاءات في مجال تنفيذ العقود الإدارية، أن ما يثور من منازعات حول مدى مشروعية قرارات الإدارة المتعاقدة، المتعلقة بتوقيع الجزاءات على المتعاقدين معها، يختص بالنظر والفصل فيها القضاء الإداري، على أساس دعوى القضاء الكامل، نظراً لكون أن هذه القرارات أنشاءها وجود العقد، بحيث تربط به ارتباط الجزء بالكل، ومن ثم فإن الطعن فيها بالإلغاء اِستقلالاً عن العقد غير جائز، ومن هذا القبيل قرارات الإدارة المتعاقدة المتعلقة بتوقيع الفسخ الجزائي.

[1]– مفتاح خليفة عبد الحميد، حمد محمد الشلماني، انقضاء العقود الإدارية في القانون المقارن، المرجع السابق، ص 227.

وعليه في حالة ثبوت عدم مشروعية قرار الإدارة بتوقيع الفسخ الجزائي، فإن القاضي الإداري في هذه الحالة تقتصر سلطته بالحكم بالتعويض لصالح المتعاقد، دون أن تتعدى إلغاء قرار الفسخ الجزائي، باستثناء قرار الإدارة بإسقاط الامتياز بالنسبة لعقود امتياز المرافق العامة، إذا تم توقيعه بموجب نص صريح في العقد، فإن القاضي الإداري إذا قدر أن جزاء إسقاط الامتياز غير مشروع أو غير ملائم لجسامة الخطأ، فإنه زيادةً على سلطته بالحكم بالتعويض عن عدم مشروعيته، يستطيع إلغاءه[1].

الفرع الثاني

الآثار القانونية للفسخ الجزائي

إذا توفرت الشروط السابقة لتوقيع الفسخ الجزائي، فإنه يرتب عدة أثار قانونية، تختلف باختلاف نوع العقد الإداري المفسوخ. وعليه سيتم التطرق إلى الآثار القانونية للفسخ الجزائي بالنسبة للعقود الإدارية الثلاثة، بداية بالأثار القانونية للفسخ الجزائي لعقد الامتياز الإداري (**أولا**)، ثم الآثار القانونية للفسخ الجزائي لعقدي الأشغال العامة والتوريد (**ثانيا**).

أولا: الآثار القانونية للفسخ الجزائي لعقد الامتياز الإداري(إسقاط الامتياز)

يترتب عن إسقاط الامتياز مجموعة من الآثار القانونية، حيث تتمثل أبرزها كالأتي:

1- إن إسقاط الامتياز يُنهي العقد، إلا أن نهاية العقد لا تعني نهاية المرفق العام، بل تعني استبعاد صاحب الامتياز، وللإدارة كامل السلطة في أن تعمل على استمرار المرفق العام، فإما أن تديره بنفسها أو أن تعهد بإدارته وتسيره لصاحب امتياز جديد[2].

[1]-أحمد عثمان عياد، المرجع السابق، ص 368.

[2]- محمد بن سعيد بن حمد المعمري، الرقابة القضائية على العقود الإدارية في مرحلتي الانعقاد والتنفيذ (دراسة مقارنة)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2011، ص 260؛ سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص 526.

2- يتحمل صاحب الامتياز المستبعد جميع الأعباء المالية، التي تكبدتها الإدارة بسبب تغيير طريقة إدارة المرفق[1].

وعليه فإن الإدارة لا تتحمل أي خسارة مالية، لأن إسقاط الامتياز هو إجراء قانوني، يقصد به ضمان استمرار المرفق العام في أداء خدماته للجمهور.

3- يمكن للإدارة المانحة للامتياز زيادة على حقها في إسقاط الامتياز، توقيع جزاءات مالية على صاحب الامتياز المستبعد، كمصادرتها للتأمين المالي ومطالبته بالتعويضات اللازمة عن الأضرار التي لحقتها من جراء الإسقاط[2].

4- إقامة مزايدة جديدة على مسؤولية صاحب الامتياز المستبعد، من أجل اختيار صاحب امتياز جديد، يحل محله في نفس الامتياز لتصفية حقوق ومصالح صاحب الامتياز المستبعد، وذلك كله لتأمين استمرار المرفق العام محل الامتياز[3].

5- يتحمل صاحب الامتياز المستبعد خسائر المزايدة تبعاً لنتيجتها، وفي مقابل ذلك له الحق في مراقبة إجراءات المزايدة الجديدة، فله أن يُبدي رأيه ويُقدم ملاحظاته على الثمن الأساسي، ومراقبة اختيار المتعاقدين للمشاركة في المزايدة[4].

6- إن صاحب الامتياز الجديد الذي ترسو عليه المزايدة، إنما يعرض ثمناً مقابل حق استغلال المرفق، ولكنه لا يُلزم بدفع ديون صاحب الامتياز المستبعد، الذي يكون لأصحابها الرجوع بها عليه بكافة الطرق القانونية، بما في ذلك الحجز على نصيبه من الثمن الذي ترسو عليه المزايدة[5].

---

[1]- يوسف بركات أبو دقة، المرجع السابق، ص 137.

[2]- سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص 526.

[3]- منصور نصري نابلسي، المرجع السابق، ص 293.

[4]- منصور نصري نابلسي، المرجع نفسه، ص 293.

[5]- محمد بن سعيد بن حمد المعمري، المرجع السابق، ص 261-262.

7- في حالة عدم تحقق المزايدة الأولى تقوم الإدارة بإجراء مزايدة ثانية، وفي حالة عدم تحقق إجراء المزايدة للمرة الثانية، تكون الإدارة المانحة للامتياز مُلزمة بأن تؤدي لصاحب الامتياز المستبعد، المصروفات التي أنفقتها على حسابه لتهيئة المرفق[1].

8- تتوقف مسؤولية صاحب الامتياز المستبعد عن إدارة واستغلال المرفق من يوم إسقاط امتيازه، إذ تتحمل الإدارة المانحة للامتياز نفقات هذا الاستغلال، إذا قدرت الاستمرار فيه بطريق الإدارة المباشرة، وذلك حتى يتم لها اختيار صاحب امتياز جديد[2].

9- تُلزم الإدارة المانحة للامتياز في حالة توليها استغلال المرفق بنفسها بصفة نهائية عن طريق الإدارة المباشرة، بأن تدفع لصاحب الامتياز المستبعد قيمة الأدوات التي ترى أخذها، وذلك حسب التقرير الذي يُعِدُهُ الخبراء.

10- لا تعتبر الإدارة المانحة للامتياز خلفاً عاماً، أو خاصاً لصاحب الامتياز المستبعد، ويترتب عن ذلك، أن الإدارة في حالة توليها إدارة المرفق بنفسها لا تلتزم بحقوق دائنيه، إلا أن ذلك لا يمنع حقهم في المطالبة بالحجز على ما يستحقه صاحب الامتياز المستبعد لديها، من مقابل موجوداته التي لم تؤول إليها من دون مقابل[3].

ويصدق الأمر ذاته بالنسبة لعقود العاملين والمستخدمين، التي تبقى في ذمة صاحب الامتياز المستبعد، ما لم يوجد نص في العقد يقضي بخلاف ذلك.

غير أنه يمكن للإدارة السماح باستمرار عقود العمل، ما دام المرفق يؤدي خدماته والعمال يمارسون عملهم بصورة مرضية، إلا في حالة ما إذا كان إسقاط الامتياز راجع إلى أخطاء ارتكبها العمال، ففي هذه الحالة يجب على الإدارة باعتبارها المسؤولة عن المرفق، اتخاذ الإجراءات اللازمة لإبعاد العمال.

---

[1]- يوسف بركات أبودقة، المرجع السابق، ص 138.

[2]- محمد بن سعيد بن حمد المعمري، المرجع السابق، ص 263.

[3]- سعيد عبد الرزاق باخييرة، المرجع السابق، ص 309.

وأخيراً بالنسبة لعقود المنتفعين بالمرفق تبقى قائمة ونافذة، حتى ولو انتقل الامتياز إلى صاحب امتياز جديد، وذلك إعمالاً لمبدأ استمرار المرفق في تأدية خدماته للجمهور[1].

ثانيا: الآثار القانونية للفسخ الجزائي لعقدي الأشغال العامة والتوريد:

تبعاً لأثار الفسخ الجزائي بالنسبة لعقدي الأشغال العامة والتوريد الإداري على مركز المتعاقد صاحب العقد المفسوخ، يتم التمييز عادة بين نوعين من الفسخ الجزائي.

النوع الأول و فيه تكون الإدارة أقل صرامة، وهو ما يعرف بالفسخ الجزائي المجرد البسيط، والذي يقصد به الفسخ الذي يُنهي الرابطة التعاقدية القائمة مع المتعاقد المخل بتنفيذ التزاماته، ودون التعاقد على حسابه، كما هو الشأن في حالة إفلاسه وتصفية ذمته المالية، حيث أنه غالباً ما ينص العقد على الفسخ المجرد في مثل هذه الحالة، وبمقتضاه تُبعد الإدارة المتعاقد معها مُقَاوِلاً كان أم مُوَرِداً في حالة إفلاسه، دون أن تُحمله مخاطر التعاقد الجديد[2].

أما النوع الثاني وفيه تكون الإدارة أشد صرامة، وهو ما يعرف بالفسخ الجزائي على حساب ومسؤولية المتعاقد، والذي يقصد به الفسخ الذي يُنهي الرابطة التعاقدية مع المتعاقد المخل بالتزاماته، مع تحميله كافة النفقات والمصروفات الإضافية الناجمة عن إبرام عقد إداري جديد مع الغير، سواءٌ تعاقدت بعقد أشغال عامة مع مقاول جديد لتنفيذ المشروع المتفق عليه، أو تعاقدت بعقد توريد إداري مع مورد جديد لتوريد المواد المتفق عليها[3].

وبالتالي فإن الإدارة المتعاقدة تملك حق اختيار توقيع أي من نوعي الفسخ الجزائي على المتعاقد معها مُقَاوِلاً كان أم مُوَرِداً، عند إخلاله الجسيم بتنفيذ التزاماته التعاقدية، ووفقاً لدرجة جسامة الخطأ وبما يحقق المصلحة العامة.

---

[1]- رشا محمد جعفر الهاشمي، المرجع السابق، ص 96-97.

[2]- علي بن شعبان، المرجع السابق، ص135.

[3]- ربيحة سبكي، المرجع السابق، ص 156.

لذلك فإن قيام الإدارة المتعاقدة بتوقيع الفسخ الجزائي بنوعيه السابقين، ينتج عنه عدة أثار قانونية، البعض من هذه الآثار مشتركة بين نوعي الفسخ (**1**)، أما البعض الأخر منها فينفرد بها كل نوع على حدى(**2**).

1)– الآثار المشتركة بين نوعي الفسخ الجزائي: يترتب على الفسخ الجزائي من جانب الإدارة المتعاقدة، بإرادتها المنفردة بالنسبة لعقدي الأشغال العامة والتوريد، سواءٌ كان الفسخ الجزائي مجرداً بسيطاً أو على حساب ومسؤولية المتعاقد الآثار القانونية التالية:

أ– انتهاء العقد وانقضاء الرابطة التعاقدية بين طرفيه وإلى المستقبل[1]، وهو يشمل العقد كله، إذ أنه لا يجوز للإدارة المتعاقدة القيام بإجراء الفسخ الجزئي للعقد[2].

ب– يتم استبعاد المتعاقد نِهائياً نَتِيجَةً لفسخ عقده، وبالتالي يتوجب عليه إخلاء أماكن العمل، بالنسبة لعقد الأشغال العامة خلال الآجال التي تحددها الإدارة المتعاقدة، وإذا تأخر في الإخلاء أو رفض ذلك، جاز للإدارة إخلاء هذه الأماكن على نفقته ومسؤوليته، وخصم المبالغ المستحقة لها من مبالغ التأمين أو بيع أدواته عن طريق المزاد.

أما بالنسبة لعقد التوريد الإداري فمن حق الإدارة المتعاقدة أن ترفض استلام أية توريدات بعد ذلك[3].

ج– يمكن للإدارة المتعاقدة أن تجمع بين الفسخ الجزائي والجزاءات المالية بمختلف أنواعها[4].

2)– الآثار غير المشتركة بين نوعي الفسخ الجزائي: يترتب على الفسخ الجزائي بالنسبة لعقدي الأشغال العامة والتوريد أثار أخرى، بحيث ينفرد بها كل نوع على حدى، فمنها ما هي

---

[1] - « …la résiliation contrairement a l'annulation ou a la nullité n'a pas d'effet retroactif elle ne vaut que pour l'avenir… »; christophe LAJOYE, Op. cit, p 175.

[2]– يوسف بركات أبو دقة، المرجع السابق، ص 143؛ محمد بن سعيد المعمري، المرجع السابق، ص 274.

[3]– ربيحة سبكي، المرجع السابق، ص 159.

[4]– ربيحة سبكي، المرجع نفسه، ص 160.

خاصة بالفسخ الجزائي المجرد البسيط (أ)، ومنها ما هي خاصة بالفسخ الجزائي على حساب ومسؤولية المتعاقد(**ب**).

أ)– الآثار القانونية الخاصة بالفسخ الجزائي المجرد البسيط: يترتب على الفسخ الجزائي من جانب الإدارة المتعاقدة بإرادتها المنفردة، بالنسبة لعقدي الأشغال العامة والتوريد فسخاً مجرداً الآثار القانونية التالية:

– انقضاء الرابطة التعاقدية تماماً بالنسبة لعقدي الأشغال العامة والتوريد بدون قيد أو شرط، ويُعاد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد[1].

– يقوم المتعاقدان برد ما تحصل عليه كل متعاقد من الأخر، فتقوم الإدارة بتسليم المتعاقد معها الأصناف التي قام بتوريدها، وقيمة ما قام به من أشغال، وفي المقابل يقوم المتعاقد بدوره برد ما يكون قد حصل عليه من الإدارة من أموال تنفيذاً للعقد[2].

– يحق للإدارة المتعاقدة اقتضاء غرامات التأخير أو المطالبة بالتعويضات عما لحقها من أضرار من جراء فسخ العقد، ولكنها لا تستطيع مطالبة المتعاقد بتحمل التبعات المالية للعقد الجديد الذي تبرمه[3].

– تستلم الإدارة الأشغال التي قام المقاول بتنفيذها في الفترة السابقة للفسخ، كذلك يتم تصفية العقد وإقامة كشف حساب للفسخ في عقد التوريد[4].

ب)– الآثار القانونية الخاصة بالفسخ الجزائي على حساب ومسؤولية المتعاقد:

يترتب عن الفسخ الجزائي على مسؤولية المتعاقد، إبرام الإدارة لعقد إداري جديد لإتمام تنفيذ العقد الأصلي، فلا تكتفي بالتعويض عن فسخ العقد الأول، بل تُحَمِلْ المتعاقد أثار العقد الجديد،

---

[1]– ربيحة سبكي، المرجع السابق، ص 160.

[2]– هيثم حليم غازي، المرجع السابق، ص 167.

[3]– هيثم حليم غازي، المرجع نفسه، ص 167.

[4]– ربيحة سبكي، المرجع السابق، ص 161.

سواءٌ تعاقدت الإدارة بعقد أشغال عامة مع مقاول جديد لتنفيذ المشروع المتفق عليه، أو تعاقدت بعقد توريد جديد لتوريد المواد المتفق عليها، مما يترتب عن ذلك الآثار التالية:

– تتمتع الإدارة المتعاقدة بسلطة تقديرية في اختيار الطريقة المناسبة لإبرام العقد الإداري الجديد، فلها أن تلجأ إلى اختيار المتعاقد وفقاً لإجراء المناقصة، أو وفق إجراء التراضي[1].

– يتحمل المتعاقد الأصلي مُقَاوِلاً كان أم مُوَرِداً، كافة الأعباء المالية المترتبة التي تفرضها عملية التعاقد مع المتعاقد الجديد، بما فيها النفقات الزائدة الناتجة عن ذلك، على أن تُخصم هذه الزيادة في النفقات من المبالغ المستحقة له.

– إذا تمت عملية التعاقد في إطار العقد الجديد، بثمن أقل من الثمن المقرر في العقد الأصلي المفسوخ، فإن هذا الفارق يعود للإدارة المتعاقدة وحدها، ولا يحق للمتعاقد المستبعد بقرار الفسخ أن يطالب بقسط منه[2].

كما أنه زِيادةً على الفسخ على مسؤولية المتعاقد، يتم إقصاء المتعاقد مُستقبلاً من تقديم عروضه للمشاركة في عمليات إبرام عقود إدارية بشكل مؤقت[3]، أو بشكل نهائي[4].

إلا أنه يجب أن تتوفر عدة ضمانات يستحقها المتعاقد، خاصةً بالنسبة للمقاول في عقد الأشغال العامة، لما لها من صلة وثيقة بالخزينة العامة، مقابل الآثار التي يُرتبها له جزاء الفسخ على مسؤوليته، وتتمثل هذه الضمانات فيمايلي[5]:

* يجب أن يتم العقد الجديد في إطار العقد الأصلي، وعلى أساس دفتر الشروط ذاته، والذي أبرم بمقتضاه هذا العقد.

---

[1]– ربيحة سبكي، المرجع السابق، ص 161.

[2]– ربيحة سبكي، المرجع نفسه، ص 162.

[3]– أنظر: المادة: 52/ المطة07 من المرسوم الرئاسي 10-236 المعدل والمتمم؛ وأيضا المادة:04/ المطة02 من القرار الوزاري المؤرخ في: 28مارس2011 المحدد لكيفيات الإقصاء من المشاركة من الصفقات العمومية، ج.ر.ج.ج ، ع: 24، 2011.

[4]– أنظر: المادة:08 / المطة02 من القرار نفسه.

[5]– يوسف بركات أبو دقة، المرجع السابق، ص 144- 145.

كما أنه من حق المتعاقد المطالبة بإجراء المناقصة الجديدة، دون تعديل مواصفات الأعمال المنصوص عليها أصلاً، اللهم إلا إذا كانت التعديلات لا تؤثر في زيادة الأسعار الجديدة.

*يجب أن يُبرم العقد الجديد بأسعار عادية، ولا يمكن أن يتحمل المتعاقد الزيادة في الأسعار إلا في حدود مشروعة ومعقولة.

*من حق المتعاقد المستبعد مراقبة المناقصة الجديدة، وله أن يطعن بالإلغاء في عدم مشروعيتها أمام القاضي الإداري، وذلك على أساس أن إجراء المناقصة، يُعد قراراً إدارياً منفصلاً عن العقد الإداري، ويمكن للقاضي الإداري إلغاءها متى تحقق من عدم مشروعيتها.

وأخيراً يتوجب على المتعاقد المفسوخ عقده على مسؤوليته، أن ينتظر حتى إتمام تنفيذ الأعمال محل التعاقد عن طريق المتعاقد الجديد، وتصفيته الحساب كي يحق له المطالبة بالقيمة المالية للأعمال التي قام بتنفيذها، واسترداد ما بقي له من تأمينه.

خاتمة

إن نظام الجزاءات في مجال تنفيذ العقود الإدارية، يتميز بجملة من الخصائص التي تميزه عن الجزاءات المعروفة في نطاق القانون الخاص، إذ يمكن للإدارة بموجبه أن تفرض الجزاءات على المتعاقد معها في حالة إخلاله بتنفيذ التزاماته التعاقدية مباشرةً بإرادتها المنفردة، ودون حاجة للجوء إلى القضاء، بل ودون الحاجة إلى تضمين العقد نصا يسمح لها بممارسة حقها في توقيع الجزاءات.

فهي بذلك تستمد هذا الحق من الخصائص الذاتية التي تتميز بها العقود الإدارية، والتي يراعى في تنفيذها دائما تغليب المصلحة العامة التي تمثلها الإدارة على المصلحة الخاصة التي تعود على المتعاقد، وهو ما يضمن حسن إنشاء وسير المرافق العامة التي وجدت العقود الإدارية من أجلها.

وفي الجزائر وعلى الرغم من اعتراف المشرع بحق الإدارة المتعاقدة في توقيع الجزاءات في أثناء تنفيذ الصفقة العمومية، باعتبارها كقسم من أقسام العقود الإدارية، إلا أنه يتخلل حقها هذا بعض النقائص والمتمثلة فيمايلي:

تفادي المشرع الجزائري تفصيل دقيق للجزاءات المالية، وبالخصوص الغرامة التأخيرية، نظراً لأهميتها الكبيرة في الواقع العملي، وذلك لكثرة حالات عدم التزام المتعاقد بتنفيذ التزاماته في الآجال المنصوص عليها أو تنفيذها غير المطابق.

لم يفصح المشرع الجزائري عن نيته بوضوح، فيما يخص كيفية تقدير الإدارة المتعاقدة للتعويض وتحصيله بنفسها كجزاء مالي، كما هو مستقر في التشريعات المقارنة كفرنسا ومصر.

لم يشر المشرع الجزائري من خلال المرسوم الرئاسي 10-236 المنظم للصفقات العمومية المعدل والمتمم للجزاءات الضاغطة.

اكتفى المشرع الجزائري بالنص على حق الإدارة المتعاقدة بتوقيع الفسخ الجزائي، دون أن يحدد الأخطاء والأفعال التي تبرر لها توقيع هذا الجزاء الخطير.

لا يزال العمل بدفتر الشروط الإدارية العامة لسنة 1964 المطبقة على صفقات الأشغال العامة، بل وحتى دون تعديله إلى غاية يومنا هذا.

ومن أجل وضع حد لهذه النقائص، فإنه يقترح إتباع إحدى الطرق التالية:

أولا: تخصيص قسم خاص بالجزاءات الإدارية ضمن تنظيم الصفقات العمومية، يتضمن ثلاثة أقسام فرعية وفق التفصيل الآتي:

قسم فرعي أول يتضمن جميع الجزاءات المالية وبمختلف صورها، وذلك وفق تفصيل دقيق، من حيث تحديد الأخطاء التي تبرر فرضها وتحديد نسبها وحالات الإعفاء منها، بالإضافة إلى النص على حق الإدارة المتعاقدة في اقتضاء التعويض كجزاء مالي بنفسها.

قسم فرعي ثاني يتضمن النص على الجزاءات الضاغطة، بالنسبة لجميع أنواع الصفقات العمومية، وفق تفصيل دقيق من حيث تحديد الأخطاء التي تبرر توقيعها من طرف الإدارة المتعاقدة.

قسم فرعي ثالث يتضمن النص على الفسخ الجزائي، وفق تفصيل دقيق من حيث على الأقل حصر حالاته التي تبرر للإدارة المتعاقدة اللجوء إليه، لتفادي النتائج الوخيمة المترتبة عنه، التي قد تمس بالمشاريع والقطاعات الأخرى المرتبطة بتنفيذ الصفقات العمومية.

ثانيا: إلغاء العمل بدفتر الشروط الإدارية العامة لسنة 1964 المطبقة على صفقات الأشغال العامة، أو على الأقل تعديله بما يتماشى ونصوص التنظيم الحالي المنظم للصفقات العمومية.

ثالثا: يجب على الإدارة المتعاقدة أن تلتزم بالقيود المفروضة عليها قبل توقيع الجزاءات على المتعاقد معها، خاصة إذا تعلق الأمر بمتعاقد وطني، يترتب على تشجيعه ومساعدته آثار إيجابية كثيرة على الصعيد الاقتصادي والاجتماعي.

قائمة الملاحق

الملحق رقم-01-: نموذج أمر ببداية الأشغال.....ص 132.
الملحق رقم-02-: نموذج أمر بتوقيف الأشغال.....ص 133.
الملحق رقم-03-: نموذج أمر باستئناف الأشغال.....ص 134.
الملحق رقم-04-: نموذج إعذار رقم: 01.....ص135.
الملحق رقم-05-: نموذج إعذار رقم: 02.....ص 136.
الملحق رقم-06-: نموذج إعذار رقم: 03.....ص 137.
الملحق رقم-07-: نموذج النص على الغرامة التأخيرية وكيفية تطبيقها في دفتر الشروط...ص 138.
الملحق رقم-08-: نموذج إعذار رقم: 01 منشور في جريدة وطنية.....ص 139.
الملحق رقم-09-: نموذج إعذار رقم: 02 منشور في جريدة وطنية.....ص 140.
الملحق رقم-10-: نموذج قرار فسخ.....ص 141.

قائمة المراجع

أولا: المراجع العامة:

1-باللغة العربية:

1. أحمد سلامة بدر، العقود الإدارية وعقد البوت B.O.T ، مكتبة دار النهضة العربية، القاهرة، مصر 2003.
2. أحمد عثمان عياد، مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية، مجموعة رسائل الدكتوراه، بدون مكان وسنة النشر.
3. جمال عباس أحمد عثمان، النظرية العامة و تطبيقها في مجال إلغاء العقود الإدارية في الفقه وقضاء مجلس الدولة، المكتب العربي الحديث، الإسكندرية، مصر، 2007.
4. حسين طاهري، القانون الإداري والمؤسسات الإدارية (التنظيم الإداري-النشاط الإداري)، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار الخلدونية، الجزائر، 2007.
5. حسين عبد العال محمد، الرقابة الإدارية بين علم الإدارة والقانون الإداري (دراسة تطبيقية مقارنة)، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2004.
6. حمد محمد حمد الشلماني، امتيازات السلطة العامة في العقد الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2007.
7. رشيد خلوفي، قانون المنازعات الإدارية (الدعاوى وطرق الطعن الإدارية)، ج 02، د.م.ج، 2011.
8. رياض عيسى، نظرية العقد الإداري في القانون المقارن والجزائري، د.م.ج، بن عكنون، الجزائر، 1985.
9. سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية (دراسة مقارنة)، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، 2005.
10. سليمان محمد الطماوي، مبادئ القانون الإداري (دراسة مقارنة)، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، 2007.

11. عادل السعيد أبو الخير، القانون الإداري (القرارات الإدارية- الضبط الإداري- العقود الإدارية)، دون دار نشر، 2007.
12. عادل بوعمران، النظرية العامة للقرارات و العقود الإدارية، دراسة تشريعية فقهية وقضائية، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2010.
13. عامر عاشور عبد الله البياتي، التعاقد من الباطن (دراسة مقارنة)، دار الكتب القانونية، مصر، 2013.
14. عبد الحميد الشواربي، العقود الإدارية في ضوء الفقه-القضاء-التشريع، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2003.
15. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية (الإبرام، التنفيذ، المنازعات في ضوء أحدث أحكام مجلس الدولة ووفقا لأحكام قانون المناقصات و المزايدات)، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر 2005.
16. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية (الإبرام التنفيذ، المنازعات في ضوء أحدث أحكام القضاء الإداري ووفقا لأحكام قانون المناقصات والمزايدات وأحدث تعديلاته)، الطبعة الأولى، المركز القومي للإصدارات القانونية، مصر، 2007.
17. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، تنفيذ العقد الإداري وتسوية منازعاته قضاءا وتحكيما، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2010.
18. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، مسؤولية الإدارة عن تصرفاتها القانونية القرارات والعقود الإدارية في الفقه وقضاء مجلس الدولة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2007.
19. عز الدين كلوفي، نظام المنازعة في مجال الصفقات العمومية (على ضوء قانون الإجراءات المدنية والإدارية)، دار النشر جيطلي، بورج بوعريريج، الجزائر، 2012.
20. علي خطار شطناوي، الوجيز في القانون الإداري، الطبعة الأولى، دار وائل للنشر، عمان، الأردن، 2003.

21. علي فيلالي، مقدمة في القانون، موفم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2005.

22. عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، (وفق المرسوم الرئاسي المؤرخ في 07 أكتوبر2010 المعدل والمتمم والنصوص التطبيقية له)، الطبعة الرابعة، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر،2014.

23. عمار بوضياف، الصفقات العمومية في الجزائر (دراسة تشريعية و قضائية و فقهية)، الطبعة الأولى، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2007.

24. عمار بوضياف، المدخل للعلوم القانونية (النظرية العامة للقانون وتطبيقاتها في التشريع الجزائري)، الطبعة الثالثة، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2007.

25. عمار عوابدي، القانون الإداري (النشاط الإداري)، ج2، الطبعة الثالثة، د.م.ج، بن عكنون، الجزائر، 2005.

26. عمار عوابدي، النظرية العامة للمنازعات الإدارية في النظام القضائي الجزائري، ج 02، الطبعة الثالثة، د.م.ج، الجزائر، 2004.

27. عمرو طه بدوي محمد، المدخل لدراسة القانون، الكتاب الأول، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2007.

28. ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية، ، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2009.

29. مازن ليلوا راضي، العقود الإدارية في القانون الليبي والمقارن (مع شرح لائحة العقود الإدارية رقم 813 لسنة 1994)، ، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2003.

30. مازن ليلوا راضي، العقود الإدارية، الطبعة الأولى، دار قنديل للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2011.

31. محمد أنس قاسم جعفر، العقود الإدارية (دراسة مقارنة لنظم المناقصات والمزايدات مع دراسة للقانون 89 لسنة 1998 الخاص بالمزايدات والمناقصات في مصر ولائحته التنفيذية)، دون دار نشر، القاهرة، مصر، 1999.

32. محمد بن سعيد بن حمد المعمري، الرقابة القضائية على العقود الإدارية في مرحلتي الانعقاد والتنفيذ(دراسة مقارنة)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2011.

33. محمد سعيد جعفور، مدخل إلى العلوم القانونية (الوجيز في نظرية القانون)، دار هومة، الجزائر، 2004.

34. محمد فؤاد عبد الباسط، القانون الإداري (تنظيم الإدارة- نشاط الإدارة- وسائل الإدارة)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2006.

35. محمد كامل ليلة، نظرية التنفيذ المباشر في القانون الإداري (دراسة مقارنة للتشريع والفقه والقضاء)، دار الفكر العربي، مصر، 1999.

36. محمود خلف الجبوري، العقود الإدارية، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2010.

37. محمود عاطف البنا العقود الإدارية، الطبعة الأولى، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، 2007.

38. مفتاح خليفة عبد الحميد، المعيار المميز في العقود الإدارية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2007.

39. مفتاح خليفة عبد الحميد، حمد محمد حمد الشلماني، العقود الإدارية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2008.

40. مفتاح خليفة عبد الحميد، حمد محمد حمد الشلماني، انقضاء العقود الإدارية في القانون المقارن (دراسة مقارنة)، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2013.

41. منصور نصري نابلسي، العقود الإدارية (دراسة مقارنة)، الطبعة الثانية، منشورات زين الحقوقية، لبنان، 2012.

42. نادية ضريفي، تسيير المرفق العام والتحولات الجديدة، دار بلقيس، دار البيضاء، الجزائر، 2010.

43. ناصر لباد، الأساسي في القانون الإداري، الطبعة الأولى، دار المجدد للنشر والتوزيع، الجزائر، دون سنة نشر.

44. نسرين شريفي، مريم عمارة، سعيد بوعلي، القانون الإداري (التنظيم الإداري- النشاط الإداري)، دار بلقيس، الجزائر، 2014.

45. نواف كنعان، القانون الإداري، الكتاب الثاني(الوظيفة العامة-القرارات الإدارية-العقود الإدارية-الأموال العامة)، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2005.

2- باللغة الفرنسية:

1. Ahmed MAHIOU, cours d'institutions administratives, 3eme édition, O.P.U, Alger, 1981.
2. 2- André de LAUBADERE, Jean-CLAUDE Vanezia, yves GAUDEMET, Traité de droit administratif, T 01, 15 eme édition, L.G.D.J, paris, 1999.
3. André de LAUBADERE, traite de droit administratif, T 01, 16 eme édition, L.G.D.J, 2001.
4. Chrales DEBBASCH, droit administratif, 6eme édition, economica, paris, 2002.
5. Christophe LAJOYE, Droit des marchés publics, Editions BERTI, Alger, 2007.
6. Laurent RICHER, droit des contrats administratifs, 6 eme éditions, L.G.D.J, france, 2008.
7. Rachid ZOUAÏMIA, Marie Christine ROUAULT, Droit Administratif, Editions BERTI, Alger, 2009.
8. René CHAPUS, droit administratif général, T 01, 14 eme éditions, montchrestien, paris, france, 2000.

ثانيا: المراجع الخاصة:

1. بلاوي ياسين بلاوي، الجزاءات الضاغطة في العقد الإداري، دار الكتب القانونية، مصر، 2011.
2. رشا محمد جعفر الهاشمي، الرقابة القضائية على سلطة الإدارة في فرض الجزاءات على المتعاقد معها (دراسة مقارنة) ، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2010.
3. عبد الله نواف العنزي، النظام القانوني للجزاءات في العقود الإدارية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2010.
4. فارس علي جانكير، سلطة الإدارة المتعاقدة في حالة التنفيذ المعيب للعقد الإداري، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2014.
5. محمد حسن مرعي الجبوري، سلطة الإدارة في فرض الجزاءات الجنائية والمالية في العقود الإدارية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2014.
6. مدحت أحمد يوسف غنايم، النظام القانوني لغرامة التأخير في العقود الإدارية (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، مصر، 2014.
7. نصر الدين محمد بشير، غرامة التأخير في العقد الإداري وأثرها في تسيير المرفق العام (دراسة مقارنة)، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2007.
8. هارون عبد العزيز الجمل، الجزاءات في عقود الأشغال العامة، مجموعة رسائل الدكتوراه، بدون مكان وسنة النشر.
9. هيثم حليم غازي، سلطات الإدارة في العقود الإدارية (دراسة تطبيقية)، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2014.

ثالثا – أطروحات الدكتوراه ومذكرات الماجستير.

1– أطروحات الدكتوراه:

1. بلقاسم دايم، النظام العام الوضعي والشرعي وحماية البيئة، رسالة دكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق ، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2003-2004.

2. سعيد عبد الرزاق باخبيرة، سلطة الإدارة الجزائية في أثناء تنفيذ العقد الإداري (دراسة مقارنة)، رسالة دكتوراه في القانون العام، جامعة بن عكنون، الجزائر، 2007-2008.

3. علي بن شعبان، أثار عقد الأشغال العامة على طرفيه في التشريع الجزائري، رسالة دكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق و العلوم السياسية جامعة منتوري، قسنطينة، السنة الجامعية، 2011-2012.

4. عمر بوجادي، اختصاص القضاء الإداري في الجزائر، رسالة دكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2011/07/13.

5. قوسم حاج غوثي، مبدأ التناسب في الجزاءات التأديبية والرقابة القضائية عليه (دراسة مقارنة)، رسالة دكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2011-2012.

6. ياقوتة عليوات، تطبيقات النظرية العامة للعقد الإداري، رسالة دكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة منتوري، قسنطينة، السنة الجامعية 2008-2009.

2– مذكرات الماجستير:

1. إسماعيل بحري، الضمانات في مجال الصفقات العمومية في الجزائر، مذكرة ماجستير في القانون العام (فرع قانون الدولة والمؤسسات العمومية)، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2008-2009.

2. ربيحة سبكي، سلطات المصلحة المتعاقدة تجاه المتعامل المتعاقد في مجال الصفقات العمومية، مذكرة ماجستير في القانون العام (فرع قانون الإجراءات الإدارية)، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2013/05/13.
3. عبد القادر رحال، سلطة المتعامل العمومي في توقيع الجزاءات على المقاول المتعاقد معه في القانون الجزائري (دراسة مقارنة)، مذكرة ماجستير في القانون العام (إدارة ومالية)، معهد العلوم القانونية والإدارية، جامعة تيزي وزو، 1989-1990.
4. فتيحة حابي، النظام القانوني لصفقة إنجاز الأشغال العمومية (في ظل المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المعدل والمتمم)، مذكرة ماجستير في القانون العام (فرع قانون الإجراءات الإدارية)، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2013/07/03.
5. محفوظ عبد القادر، سلطة الإدارة في التعديل الانفرادي للعقد الإداري (دراسة مقارنة)، مذكرة ماجستير في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2013-2014.
6. نعيمة أكلي، النظام القانوني لعقد الامتياز الإداري في الجزائر، مذكرة ماجستير في القانون العام (فرع قانون العقود)، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2013/12/12.
7. يوسف بركات أبو دقة، امتيازات الإدارة في مواجهة المتعاقد معها في النظرية العامة وفي قانون الصفقات العمومية بالجمهورية الجزائرية، مذكرة ماجستير في القانون العام، معهد الحقوق والعلوم السياسية والإدارية، بن عكنون، جامعة الجزائر، أكتوبر 1977.

رابعا – المقالات والتعاليق.

1. عادل قرانة، إعفاء المتعاقد مع الإدارة من غرامة التأخير، مجلة التواصل في الاقتصاد والإدارة والقانون، ع 35، جامعة سكيكدة، سبتمبر 2013.

2. عبد القادر دراجي، سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات الإدارية، مجلة المفكر، ع 10، كلية الحقوق والعلوم السياسة، جامعة محمد خيضر، بسكرة، جانفي 2014.

3. علي خطار شطناوي، صلاحية الإدارة في فرض غرامات التأخير بحق المتعاقد معها، مجلة الحقوق، ع 01، الكويت، مارس 2000.

4. منصور إبراهيم العتوم، النظام القانوني لغرامة التأخير في العقود الإدارية (دراسة تحليلية مقارنة)، مجلة الشريعة والقانون، ع 53، كلية القانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، يناير 2013.

5. رمضان غناي، عن موقف مجلس الدولة من الغرامة التهديدية (تعليق على قرار مجلس الدولة الصادر بتاريخ 2003/04/08 ملف رقم: 014989)، مجلة مجلس الدولة، ع 04، 2003.

خامسا – النصوص القانونية.

1– باللغة العربية:

1. القانون رقم: 88-01 المؤرخ في: 12 يناير 1988 المتعلق بالتخطيط، ج.ر.ج.ج، ع 02، 1988.

2. القانون 05- 10 المؤرخ في: 20يونيو 2005، المعدل والمتمم للأمر رقم: 75-58 المؤرخ في: 26سبتمبر1975 المتضمن ق.م، ج.ر.ج.ج ، ع 44، 2005.

3. القانون 08-09 المؤرخ في: 2008/02/25 المتضمن ق.إ.م.إ، ج.ر.ج.ج ، ع21 الصادرة بتاريخ: 2008/04/23.

4. الأمر رقم: 66-156 المؤرخ في: 08 يونيو 1966، الذي يتضمن ق.ع، ج.ر.ج.ج، ع 49، 1966.

5. الأمر رقم:75-58 المؤرخ في 1975/09/26 يتضمن ق.م، المعدل والمتمم، ج.ر.ج.ج، ع 78، 1975.

6. الأمر رقم: 06-03 المؤرخ في 15 يوليو 2006، المتضمن ق.أ.ع.و.ع، ج.ر.ج.ج ، ع 46، الصادرة بتاريخ: 2006/06/15.

7. المرسوم الرئاسي10-236 المؤرخ في 07 أكتوبر 2010 ، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج.ر.ج.ج ، ع 58، الصادرة بتاريخ: 07 أكتوبر 2010 .
8. القرار المؤرخ في 1964/11/21 المتضمن المصادقة على دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال الخاصة بوزارة الأشغال العمومية والنقل، ج.ر.ج.ج ، ع 06، الصادرة بتاريخ: 19يناير 1965.
9. القرار الوزاري المؤرخ في: 28مارس2011 المحدد لكيفيات الإقصاء من المشاركة من الصفقات العمومية، ج.ر.ج.ج ، ع 24، المؤرخة في 20 أبريل 2011.
10. القرار المؤرخ في 28 مارس 2011، يحدد البيانات التي يتضمنها الإعذار وآجال نشره، ج.ر.ج.ج ، ع 24، المؤرخة في 20 أبريل 2011.

2- باللغة الفرنسية:

-l'arrété du 21 novembre 1964 portant approbation du cahier des clauses administratives générales applicables aux marchés de travaux du ministére, JORA, N101, du11 Décembre1964.

سادسا: الإجتهاد القضائي:

- جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في القضاء الإداري، ج 01، الطبعة الأولى، منشورات كليك، الجزائر، 2013.

سابعا: المعاجم والقواميس:

- المنجد الوسيط في العربية المعاصرة، الطبعة الأولى، دار المشرق، بيروت، لبنان، 2003.

ثامنا– المواقع الإلكترونية.

- قانون المناقصات والمزايدات المصري رقم: 89 لسنة 1998، المنشور على الموقع الإلكتروني: http://www.monakasat.com/tender.htm، شوهد بتاريخ: 2014/11/02.
- أحمد محمد الرفاعي، المدخل للعلوم القانونية (نظرية القانون)، كلية الحقوق، جامعة نبها، 2007-2008، المنشور على الموقع الالكتروني:http://bu.edu.eg/olc/images/law-pdf ، شوهد في: 16 أفريل 2014.
- حكم محكمة التنازع الفرنسية في 1902/12/02 المنشور على الموقع الإلكتروني:http: // www.lawjo.net/vb/printthread.php?t=25098 ، شوهد بتاريخ: 2014/07/10.

الفهرس

الموضوع **الصفحة**

مقدمة.....01

الفصل الأول: المبادئ والأسس العامة التي يقوم عليه النظام القانوني للجزاءات في مجال تنفيذ العقود الإدارية.....08

المبحث الأول: المفهوم القانوني لنظام الجزاءات في مجال تنفيذ العقود الإدارية وتطوره التاريخي.....11

المطلب الأول: المفهوم القانوني لنظام الجزاءات في مجال تنفيذ العقود الإدارية..... 11

الفرع الأول: المعنى العام للجزاء وعلاقته بالنظم القانونية المشابهة.....12

أولا: تعريف الجزاء وأنواعه.....12

1) تعريف الجزاء.....12

2) أنواع الجزاء.....13

ثانيا: معنى الجزاء في مجال تنفيذ العقود الإدارية وتكييفه القانوني.....15

1) المقصود بالجزاءات في مجال تنفيذ العقود الإدارية.....16

2) التكييف القانوني للجزاءات في مجال تنفيذ العقود الإدارية.....16

الفرع الثاني: الضوابط القانونية الواردة على نظام الجزاءات في مجال تنفيذ العقود الإدارية.....20

أولا: شروط إعمال الإدارة لحقها في توقيع الجزاءات.....20

ثانيا: الضمانات المقررة لصالح المتعاقد.....23

المطلب الثاني: التطور التاريخي لنظام الجزاءات في مجال تنفيذ العقود الإدارية.....28

الفرع الأول: مرحلة الاكتفاء بتوقيع الجزاءات العقدية.....29

الفرع الثاني: مرحلة توقيع الجزاءات غير العقدية.....31

المبحث الثاني: الخصائص المشتركة للجزاءات في مجال تنفيذ العقود الإدارية والأساس القانوني لها.....36

المطلب الأول: الخصائص المشتركة للجزاءات في مجال تنفيذ العقود الإدارية.....37

الفرع الأول: حق الإدارة في توقيع الجزاء بنفسها.....37

أولا: الاستثناء الأول:إسقاط الامتياز.....39

ثانيا: الاستثناء الثاني: التجاء الإدارة إلى القضاء لطلب توقيع الجزاء بدلا منها.....40

الفرع الثاني: حق الإدارة في توقيع الجزاء دون النص عليه في العقد.....41

أولا: حق الإدارة في اختيار الوقت المناسب لتوقيع الجزاء.....43

ثانيا: حق الإدارة في اختيار الجزاء المناسب.....44

الفرع الثالث: حق الإدارة في توقيع الجزاء دون اشتراط إثبات وقوع الضرر.....45

المطلب الثاني: الأساس القانوني لسلطة الإدارة في توقيع الجزاءات.....46

الفرع الأول: الأساس القانوني لسلطة الإدارة في توقيع الجزاءات على المتعاقد معها في القضاء والفقه المقارن.....47

أولا: الاتجاه الأول.....48

ثانيا: الاتجاه الثاني.....52

الفرع الثاني: الأساس القانوني لسلطة الإدارة في توقيع الجزاءات على المتعاقد معها في القانون الجزائري.....54

الفصل الثاني: القواعد المنظمة لأنواع الجزاءات في مجال تنفيذ العقود الإدارية.....59

المبحث الأول: سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات المالية.....61

المطلب الأول: الغرامات التأخيرية.....61

الفرع الأول: مفهوم الغرامة التأخيرية.....62

أولا: تعريف الغرامة التأخيرية.....62

ثانيا: خصائص الغرامة التأخيرية.....65

1)–الغرامة التأخيرية تحدد مسبقا.....65

2)–الغرامة التأخيرية ذات طبيعة عقابية.....66

3)–الغرامة توقع إداريا.....67

4)– الغرامة التأخيرية توقع تلقائيا.....67

الفرع الثاني: تمييز الغرامة التأخيرية عن النظم القانونية المشابهة لها.....68

أولا: تمييز الغرامة التأخيرية عن الشرط الجزائي.....68

ثانيا: تمييز الغرامة التأخيرية عن الغرامة التهديدية.....70

الفرع الثالث: حالات الإعفاء من الغرامة التأخيرية.....72

أولا: حالة الإعفاء الجوازي من الغرامة التأخيرية.....72

ثانيا: حالة الإعفاء الوجوبي من الغرامة التأخيرية.....73

المطلب الثاني: مصادرة التأمينات واقتضاء التعويضات.....74

الفرع الأول: مصادرة التأمينات.....74

أولا: تعريف مصادرة التأمينات.....75

ثانيا: خصائص مصادرة التأمينات.....76

ثالثا: الجمع بين مصادرة التأمينات والتعويض.....78

الفرع الثاني: اقتضاء التعويضات.....80

أولا: المقصود بالتعويض في مجال تنفيذ العقود الإدارية.....80

ثانيا: خصائص التعويض في مجال تنفيذ العقود الإدارية.....81

ثالثا: كيفية تحصيل التعويض في مجال تنفيذ العقود الإدارية.....83

المبحث الثاني: سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات الضاغطة والفاسخة.....86

المطلب الأول: سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات الضاغطة.....87

الفرع الأول: وضع المرفق تحت الحراسة الإدارية في عقد الامتياز الإداري.....88

أولا: مبررات وضع المرفق تحت الحراسة الإدارية في عقد الامتياز الإداري.....89

ثانيا: خصائص جزاء وضع المرفق تحت الحراسة الإدارية.....90

ثالثا: الآثار القانونية المترتبة عن وضع المرفق تحت الحراسة الإدارية.....91

رابعا: الرقابة القضائية على جزاء وضع المرفق تحت الحراسة الإدارية في عقد الامتياز الإداري.....93

الفرع الثاني: سحب العمل من المقاول في عقد الأشغال العامة.....94

أولا: شروط إعمال جزاء سحب العمل من المقاول..... 96

1)– الشرط الأول: وقوع خطأ جسيم من جانب المقاول في تنفيذ الأشغال.....96

أ–الصورة الأولى: عدم مراعاة المقاول لشروط العقد..... 97

ب–الصورة الثانية: رفض المقاول الامتثال للأوامر المصلحية.....98

2)– الشرط الثاني: وجوب إعذار المقاول.....99

ثانيا: خصائص سحب العمل من المقاول في عقد الأشغال العامة.....100

ثالثا: الآثار المترتبة عن جزاء سحب العمل من المقاول في عقد الأشغال العامة.....101

رابعا: الرقابة القضائية على جزاء سحب العمل من المقاول في عقد الأشغال العامة.....104

الفرع الثالث: الشراء على حساب المورد في عقد التوريد الإداري.....105

أولا: شروط توقيع الإدارة لجزاء الشراء على حساب المورد.....105

1)–وقوع خطأ جسيم من قبل المورد.....106

2)– ضرورة إعذار المورد قبل قيام الإدارة بالشراء على حسابه.....107

ثانيا: خصائص الشراء على حساب المورد في عقد التوريد الإداري.....107

ثالثا: الآثار القانونية المترتبة عن جزاء الشراء على حساب المورد..... 108

رابعا: الرقابة القضائية على جزاء الشراء على حساب المورد في عقد التوريد الإداري.....110

المطلب الثاني: سلطة الإدارة في توقيع الفسخ الجزائي.....111

الفرع الأول: مفهوم الفسخ الجزائي.....111

أولا: تعريف الفسخ الجزائي.....112

ثانيا: شروط توقيع الإدارة للفسخ الجزائي.....113

1)– وقوع خطأ جسيم من المتعاقد.....113

2)– وجوب إعذار المتعاقد قبل توقيع جزاء الفسخ.....115

3)– صدور حكم من القاضي بالفسخ بالنسبة لعقد الامتياز الإداري.....116

ثالثا: خصائص الفسخ الجزائي.....117

1)– حق الإدارة المتعاقدة في توقيع الفسخ الجزائي بنفسها.....117

2)– إعذار المتعاقد قبل توقيع الفسخ الجزائي.....118

3)– اختصاص القضاء الإداري بتقرير الفسخ الجزائي بالنسبة لعقد الامتياز الإداري.....119

4)–خضوع قرار الفسخ الجزائي للرقابة القضائية.....119

الفرع الثاني: الآثار القانونية للفسخ الجزائي.....120

أولا: الآثار القانونية للفسخ الجزائي لعقد الامتياز الإداري(إسقاط الامتياز).....120

ثانيا: الآثار القانونية للفسخ الجزائي لعقدي الأشغال العامة والتوريد.....123

1)– الآثار المشتركة بين نوعي الفسخ الجزائي.....124

2)– الآثار غير المشتركة بين نوعي الفسخ الجزائي.....124

أ)– الآثار القانونية الخاصة بالفسخ الجزائي المجرد البسيط.....125

ب)– الآثار القانونية الخاصة بالفسخ الجزائي على حساب ومسؤولية المتعاقد.....125

خاتمة.....128

قائمة الملاحق.....131

قائمة المراجع.....142

الفهرس.....154

الملخص:

تعد الجزاءات في مجال تنفيذ العقود الإدارية، كإحدى الامتيازات التي تتمتع بها الإدارة في مواجهة المتعاقد معها، للضغط عليه وإجباره على احترام شروط العقد، تباشرها الإدارة بنفسها دون حاجة للجوء للقضاء، بل ودون حاجة للنص عليها في العقد، وأساس ذلك كله فكرة تأمين سير المرافق العامة بانتظام و اطراد. هذه الجزاءات التي يمكن للإدارة توقيعها على المتعاقد معها متعددة ومتنوعة، فبعضها توقع والعقد مستمر ولا يكون من أثرها إنهاؤه، كالجزاءات المالية والجزاءات الضاغطة، والبعض الأخر من الجزاءات تنتهي بها الرابطة العقدية وهي الجزاءات الفاسخة.

غير أن إعمال الإدارة المتعاقدة لسلطتها في توقيع الجزاءات، مقيد بضوابط قانونية، يجب عليها مراعاتها، والتي تعتبر بمثابة ضمانات للمتعاقد معها.

الكلمات المفتاحية: الجزاءات–التنفيذ–العقود الإدارية–الصفقات العمومية–الإدارة المتعاقدة–المتعاقد–القضاء الإداري.

Résumé :

Les sanctions sont considérées, dans l'exécution des contrats administratifs, comme des privilèges dont jouit l'administration pour faire face au contracté, afin de lui faire pression et l'obliger à respecter les termes du contrat. Ces sanctions sont réalisées par l'administration elle-même, sans avoir besoin de recourir à la justice, et même sans la nécessité de l'existence d'une stipulation ou un texte dans le contrat, tout cela est basé selon l'idée d'assurer le fonctionnement régulier et total des services publics. Ces sanctions qui peuvent être imposées par l'administration sur le contracté sont nombreuses et variées, certaines sont imposées au cours du contrat sans avoir résilié ce contrat, comme les sanctions pécuniaires et les sanctions coercitives, certaines d'autres sanctions mettent fin au contrat comme les sanctions résolutoires.

Cependant, l'usage de l'administration contractante de son pouvoir pour imposer les sanctions, est restreint par des conditions juridiques, il convient de les prendre en considération, car elles sont caractérisées comme des garanties pour le contracté.

Mots clés: Les sanctions – L'exécution - Contrats Administratifs - Les marchés publics - L'administration contractante – Le contracté – La juridiction administrative.

Summary:

Sanctions are considered in the performance of administrative contracts, as privileges enjoyed by the administration to address the contracted pressure to make him and force him to comply with the terms of the contract. These sanctions are carried out by the administration itself, without having to go to court, and even without the need for the existence of a stipulation or text in the contract, this is all based according to the idea of ensure the proper functioning and total utility. These sanctions that may be imposed by the administration on the infected are many and varied, some are imposed during the contract without having terminated the agreement, such as monetary sanctions and sanctions coercive, certain other sanctions terminate the contract as rescission sanctions.

However, the use of the Contracting Authority of its power to impose sanctions, is

restricted by legal, it should be taken into consideration because they are characterized as guarantees for the contracted.

Keywords: Sanctions - Execution - Administrative Contracts - Government procurement - The Contracting Authority - The contracted - The administrative court.