جامعة الشيخ العربي التبسي – تبسة- الجزائر
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق

مذكرة مقدمة ضمن متطلبات نيل شهادة الماستر
تخصص قانون إداري
بعنوان:

سلطة المصلحة المتعاقدة في توقيع الجـزاءات على ضوء المرسوم الرئاسي247/15

(المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام)

إعداد الطالبين:
بوكاف المعتز
سعودي رضوان

إشراف الأستاذة:
نويوة نوال

أعضاء لجنة المناقشة:

الاسم واللقب	الرتبة العلمية	الصفة في البحث
رايس سامية	أستاذة مساعدة أ	رئيسا
نويوة نوال	أستاذة مساعدة أ	مشرفا ومقررا
بوعكاز نسرين	أستاذة مساعدة أ	ممتحنا

السنة الجامعية:2017/2016

إهـــــــداء

إلى الوالدين الكريمين حفظهما الله

إلى إخوتنا وأخواتنا

إلى كل الأصدقاء والزملاء

نهدي هذا العمل

✍ المعتز و رضوان

كلمـــة شكـــر

نتقدم بجزيل الشكر والامتنان إلى الأستاذة " نويوة نوال" التي قبلت الإشراف على هذا العمل وتعهدته بالتصويب في جميع مراحل إنجازه وزودتنا بالنصائح والإرشادات التي أضاءت أمامنا سبل البحث، فجازاها الله كل خير.

المعتز و رضوان

مقدمـــة

مقدمة:

تمارس الدولة وظائفها المتنوعة بواسطة أجهزتها التي تنشئها تحقيقا للمنفعة العامة وإشباع حاجات المجتمع، فتعدد وظائفها بحسب الأسلوب والسلطة القائمة على العمل وأهم وظيفة تمارسها الدولة في الوقت الحاضر الوظيفة الإدارية التي تباشر بعدة وسائل قانونية منها ما تمارسه الإدارة بإرادتها المنفردة عن طريق القرارات الإدارية ومنها ما تشارك فيه إرادتها مع إرادة الأفراد ويتجلى ذلك في العقود الإدارية التي تلجأ إليها الإدارة عندما يعجز أسلوب القرارات الإدارية عن الوفاء ببعض أهدافها في إشباع الحاجات العامة خاصة بعد إتباع وظيفة الدولة المعاصرة وتحقيق أهداف الدولة في مختلف الميادين، وقد أصبحت هذه الأخيرة تحتل اليوم مكانة هامة في سلم النشاط الإداري بوجه عام بالنظر إلى ما توفره من فرص وامتيازات لا نظير لها لكونها الوسيلة الطبيعية في سبيل إنجاز أهداف الإدارة وتنفيذ مشاريعها، ومن أجل ذلك تدخل المشرع معترفا للإدارة بأهلية التعاقد بغرض تمكينها من تحقيق الأهداف المنوطة بها، غير أن الإدارة وهي تدخل في روابط عقدية مع الغير نجدها أحيانا تخضع للقانون الخاص في إبرام بعض العقود وأحيانا أخرى تخضع لتنظيم مستقل ألا وهو التنظيم الخاص بالصفقات العمومية، إذ أن العقود التي تبرمها الإدارة لا تخضع جميعها لنظام قانوني واحد، فهناك عقود خاضعة لنظام القانون الخاص الذي يحكم عقود الأفراد وتلجأ الإدارة إلى إبرام هذا النوع من العقود عندما تقرر أن إتباعها أسلوب القانون الخاص يكفي لتحقيق أهدافها، فتظهر بمظهر الشخص العادي في التعاقد مع الأفراد مجردة من إمتيازات السلطة العامة، ونجد ما يعرف بالعقود الإدارية أين تظهر بوصفها سلطة عامة، فتختلف عقودها هذه عن العقود السابقة التي تتم بين الأفراد وتحكمها قواعد القانون الخاص ومن ثم يظهر الفرق بين عقود الإدارة العامة والعقود الإدارية، بحيث تتضمن الطائفة الأولى جميع العقود التي تبرمها الإدارة العامة سواء كانت إدارية أو مدنية، في حين لا ينطبق اصطلاح العقود الإدارية إلا على تلك التي تظهر فيها الإدارة العامة كسلطة عامة فتتمتع بحقوق وامتيازات لا يتمتع بمثلها المتعاقد معها، وذلك بقصد تحقيق نفع عام. ومن هنا تظهر بجلاء العقود الإدارية كأداة لأداء نشاطات الإدارة وتحقيق المنفعة العامة.

ولعل من أشهر العقود التي تبرمها الإدارة مع الأفراد نجد الصفقات العمومية التي تخضع لنظام قانوني متميز مقارنة بالعقود الأخرى وهذا بالنظر إلى الخصائص والمميزات التي تطبعها انطلاقا من عملية تشكيلها وتكوينها مرورا بإبرامها، ثم تنفيذها وإنهائها، ولما كانت للصفقات العمومية أهمية كبيرة في تنفيذ المشاريع وضمان حسن سير المرفق العام بانتظام واطراد وتحقيق المصلحة العامة.

نجد المشرع الجزائري قد رسم الإطار العام لهذا التعاقد وذلك من خلال منظومة قانونية متجددة حرصا من المشرع محاولة التأقلم مع التطورات العميقة وتغيير السياسات الوطنية الاقتصادية وذلك انطلاقا من الأمر 90/67 المؤرخ في 1967/06/17 المتضمن نظام الصفقات العمومية وصولا الى المرسوم الرئاسي 247/15 المؤرخ في 2015/12/20 المتعلق بالصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، ولما للصفقات العمومية من أهمية واضحة تكمن في تحقيق المصلحة العامة وصلة وثيقة بالخزينة العمومية. وهذا لكونها تنصب على مصاريف الإدارة العمومية أي على عملية الإنفاق العام، وجب إخضاعها لطرق خاصة تتعلق أساسا بفرض إطار رقابة محدد ومتنوع يهدف إلى الحد من ممارسات إهدار الأموال العامة دون فائدة، وفي هذا الإطار نجد أن المشرع قد مكن الإدارة دون أن يحتج المتعاقد معها بقاعدة.

- العقد شريعة المتعاقدين –بعدة سلطات في حال الاخلال بالإلتزامات التعاقدية التي تؤدي إلى حدوث اضطراب اقتصادي وزمني في تنفيذ العقد فنجد سلطة توقيع الجزاءات التي تستمد وجودها في الحرص على سير المرافق العامة وذلك من خلال عقاب القصور العقدي والتشدد في التعامل مع المتعاقد لإجباره على تنفيذ العقد. وتبرز أهمية هذا الموضوع من خلال:

أهمية الموضوع:

- نظرية العقد الإداري وما ينتج عنها من جزاءات تحتل اليوم أهمية بالغة في تسيير المرافق العامة للدولة والوصول إلى المصلحة العامة وتلبية حاجيات الجمهور.
- الحاجة الملحة إلى معرفة توجهات وفلسفة المشرع بالنص على سلطة توقيع الجزاء وذلك من خلال المرسوم 247/15 المتضمن قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

- أهمية عملية وذلك بالنظر لخطورة سلطة توقيع الجزاء والامتيازات الممنوحة للمصلحة المتعاقدة والتي قد تتعسف في استعمالها على حساب المتعامل المتعاقد معها، الأمر إلي يتطلب إيلاء أهمية خاصة لهذا الموضوع لرسم حدود هذه السلطات.

دوافع اختيار الموضوع:

تكمن دوافع دراستنا لهذا الموضوع في دوافع ذاتية وموضوعية:

- **الدوافع الذاتية:**

- تتمثل في الرغبة الملحة والجامحة في معالجة هذا الموضوع وتحديد أبعاده وزواياه وفك غموضه. وإثراء الرصيد المعرفي في هذا المجال.
- قلة الدراسات المتخصصة التي تناولت سلطة توقيع الجزاء تحديدا مما دفعنا لمحاولة التفصيل في هذه السلطة وفك إشكالتها العامة.

- **الدوافع الموضوعية**: تتمثل في:

- تشعب المنظومة القانونية المتعلقة بالصفقات العمومية وكثرة التعديلات الحاصلة عليها وآخرها صدور المرسوم 247/15 وقلة الدراسات المتخصصة التي تواكب هذه التعديلات.
- الأهمية التي تكتسيها سلطة توقيع الجزاءات باعتبارها اخطر سلطة تملكها المصلحة المتعاقدة في مواجهة المتعاقد معها في مجال الصفقات العمومية.
- كثرة المنازعات والطعون الإدارية والقضائية الناتجة إما عن تعسف الإدارة في استعمال هذا الحق أو لعدم جدية بعض المتعاملين المتعاقدين في احترام بنود العقد.

الإشكالية:

نظرا لأهمية سلطة توقيع الجزاءات التي هي صلب مذكرتنا كان لابد من دراستها والتفصيل فيها وذلك من خلال الإجابة على الإشكال التالي: فيما تتمثل أهم الجزاءات التي رخص بها المشرع للمصلحة المتعاقدة لقمع المتعاملين المتعاقدين المخلين بالتزاماتهم على ضوء المرسوم 247/15 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام؟ وما الضوابط القانونية التي تقيدها في ممارسة هذه السلطة

بما يكفل حماية المتعاملين المتعاقدين من جهة وتحقيق المصلحة العامة من جهة أخرى؟

وتتفرع هذه الإشكالية إلى التساؤلات الفرعية التالية:

- ما هو الأساس القانوني الذي تستند إليه المصلحة المتعاقدة في ممارسة سلطة توقيع الجزاءات.
- كيف يمكن الاعتراف للإدارة بممارسة سلطة توقيع الجزاءات وبين حقيقة العقد الإداري الذي يقوم على تحقيق المصلحة المتبادلة والتراضي بين أطرافه.

المنهج المتبع:

للإجابة على الإشكالية المطروحة فإننا سنعتمد على المنهج الوصفي للتعرف على هذه السلطة والمنهج التحليلي لكونه المناسب لتحليل النصوص القانونية التي يرتكز عليها هذا الموضوع والواردة في قانون الصفقات العمومية 247/15 والنصوص القانونية الواردة في القواعد العامة.

أهداف الدراسة:

تكمن أهمية هذه الدراسة في:

- الوصول لوضع إضافة حقيقية في مجال البحث العلمي في مجال الصفقات العمومية وخصوصا في سلطات المصلحة المتعاقدة في توقيع الجزاءات والتي اعترف بها المشرع الجزائري لهذه المصلحة.
- إبراز وتوضيح سلطة توقيع الجزاء وتحديد أساسها القانوني ومداها والضوابط التي تخضع لها المصلحة المتعاقدة لاستعمالها حتى يتمكن كل دارس أو ممارس للصفقات العمومية من الحصول على ثقافة قانونية في هذا الموضوع.

الدراسات السابقة:

ونحن بصدد التحضير لهذا البحث حاولنا أن نجمع المادة العلمية ونصنفها، فبالإضافة إلى المصادر والمراجع المذكورة في البحث استدعى انتباهنا وجود بعض الدراسات السابقة تتعلق بسلطات المصلحة المتعاقدة تجاه المتعاقد والتي تبدو مشابهة لدراستنا لكنها في حقيقة الأمر تختلف عنها من حيث أننا تناولنا دراسة أحد سلطات المصلحة المتعاقدة المتمثلة في توقيع الجزاءات دون سواها من السلطات الأخرى، والتي

لم تعطها تلك الدراسات السابقة مقدارها من البحث والتوسع، واعتمادها على المرسوم الرئاسي 10-236 المؤرخ في 7 أكتوبر 2010 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، وهذا ما أجبرنا على تطوير هذا الموضوع بما يواكب التعديلات التي مست قانون الصفقات العمومية وذلك بصدور المرسوم 247/15 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015 يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، ومن هذه الدراسات السابقة نذكر:

- بن شعبان علي "آثار عقد الأشغال العامة على طرفيه في التشريع الجزائري" رسالة دكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة قسنطينة 2012، وقد قسمت هذه الرسالة إلى قسمين، فبعد أن أدرج فصل تمهيدي تناول فيه مفهوم الأشغال العامة وعناصرها أدرج في الفصل الأول آثار عقد الأشغال العامة على الإدارة المتعاقدة (سلطاتها والتزاماتها) ذكر في القسم الثاني آثار عقد الأشغال العامة على المتعامل المتعاقد.

وهكذا فقد تناول موضوع دراستنا فقط في المبحث الثالث وذلك بإيجاز، ومع اعتماده على المرسوم 236/10 القديم.

- سبكي ربيحة، سلطات المصلحة المتعاقدة تجاه المتعامل المتعاقد معها في مجال الصفقات العمومية، مذكرة ماجستير، فرع قانون الإجراءات الإدارية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو 2013/2012.

وقد جاءت هذه الدراسة في فصلين: الأول سلطات المصلحة المتعاقدة في متابعة تنفيذ الصفقة العمومية والثاني خصص لسلطات المصلحة المتعاقدة في توقيع الجزاءات أثناء تنفيذ الصفقة، وبالتالي ركزت على ناحية التنفيذ في الصفقة العمومية لكنها تناولت موضوع بحثنا بالاعتماد على المرسوم 236/10 القديم.

الصعوبات:

تتمثل الصعوبات التي واجهتنا ونحن بصدد هذه الدراسة في التعديل والتجديد المستمر لقانون الصفقات العمومية وآخره صدور المرسوم 247/15 المتعلق بالصفقات العمومية والذي ينعدم فيه التحليل من قبل الفقهاء نظرا لحداثته ما أضطرنا إلى الإجتهاد

والاستعانة بخبراء في المجال التطبيقي من أجل جمع المادة العلمية التي تساعدنا على الإجابة على الإشكالية المطروحة.

الخطة:

سيتم تقسيم موضوعنا سلطة المصلحة المتعاقدة في توقيع الجزاءات على ضوء المرسوم الرئاسي 247/15 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام إلى فصلين.

- الفصل الأول: أدرجنا فيه النظام القانوني لسلطة المصلحة المتعاقدة في توقيع الجزاءات وقد قسم إلى مبحثين (الأول تطور سلطة توقيع الجزاء والثاني للأساس القانوني لسلطة توقيع الجزاء).
- أما الفصل الثاني: فتناولنا فيه أنواع الجزاءات التي توقعها المصلحة المتعاقدة وقد قسم إلى مبحثين (الأول أدرجنا فيه الجزاءات المالية والثاني للجزاءات الضاغطة والفاسخة).

الفصل الأول:

النظام القانوني لسلطة المصلحة المتعاقدة في توقيع الجزاءات

الفصل الأول: النظام القانوني لسلطة المصلحة المتعاقدة في توقيع الجزاءات

يعتبر الجزاء الوسيلة الفعالة لضماناحترام القانون، فلولا وجود الجزاء في القاعدة القانونية لكانت هذه الأخيرة ضربا من النصائح والإرشادات، ولجاز للأفراد إتباعها إذا أرادوا ومخالفتها إذا شاءوا، فالجزاء إذن هو وسيلة للضغط على إرادة الأفراد من أجل احترام مضمون القاعدة القانونية وذلك بقهر الإرادات العاصية بالقوة المادية.

سنتطرق في هذا الفصل إلى تطور النظام القانوني لسلطة المصلحة المتعاقدة في توقيع الجزاءات (المبحث الأول)، ثم إلى الأساس القانوني لسلطة المصلحة المتعاقدة في حق توقيع الجزاءات (المبحث الثاني).

المبحث الأول:مفهوم سلطة المصلحة المتعاقدة في توقيع الجزاءات:

إن القواعد القانونية تتمتع بصفة الإلزام مما يؤدي لتقدير جزاء قانوني على مخالفتها، ولا شك أن الجزاءات على قدر كبير من الأهمية فهي تنشأ منذ اللحظة التي تنشأ فيها الالتزامات، حيث تسن القواعد القانونية، وتسن معها جزاءات لمن يخالفها.

سنتطرق في هذا المبحث إلى:

المطلب الأول: مفهوم الجزاءات التي توقعها المصلحة المتعاقدة.

المطلب الثاني: خصائص الجزاءات التي توقعها المصلحة المتعاقدة.

المطلب الأول: مفهوم الجزاءات التي توقعها المصلحة المتعاقدة:

سنتطرق في هذا المطلب إلى تعريف الجزاء (الفرع الأول)، ثم إلى أنــواع الجـزاءات (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تعريف الجـزاء:

سنتناول في هذا الفرع تعريف الجزاء لغة (الفقرة الأولى)، ثم تعريف الجزاء اصطلاحا (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: التعريف اللغوي:

جزاء الأمر: عقباه والعقب: ما يعقب على كل شيء عقبي. والجمع عواقب والعقبي حسنة أو سيئة.

والعقاب والمعاقبة: أن تجزى المرء بما فعل سواء، والاسم: العقوبة وعاقبة بذنبه معاقبة وعقابا: أخذه به وتعقب المرء إذا أخذه بذنب كان منه[1].

الفقرة الثانية: التعريف الاصطلاحي:

والجزاء بمعناه الاصطلاحي، هو الأثر الذي يترتب على مخالفة القواعد والأحكام التي نص عليها المشرع وهو هنا لا يقتصر على العقوبة التي نص عليها المشرع كجزاء لمخالفة القواعد القانونية إنما يشمل أيضا ما ينص عليه المشرع من مكافآت لمن قام بتنفيذ ما نص عليه من قواعد وأحكام.

أي أنه بصفة عامة تعبير عن رد الفعل المناسب لردع وتقويم سلوك ما، ويعتبر غير مشروع من وجهة نظر صاحب الحق بفرض مثل هذا الجزاء[2]، والقواعد القانونية كلها تتمتع بصفة الإلزام مما مؤداه إلى تقرير جزاء قـانوني على مخالفتها، ومما لاشك فيه

(1) ابن منظور جمال الدين أبو الفضل محمد،لسان العرب، تحقيق عبدالله على الكبير، محمد أحمد حسب الله وهاشم محمد الشاذلي، دار المعارف، الإسكندرية . مصر، (دون تاريخ النشر).

(2) د. أمين مصطفى محمد، علم الجزاء الجنائي بين النظرية والتطبيق، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية . مصر، 1995، ص7.

أن طبيعة الجزاء ترتبط بطبيعة القاعدة التي تمت مخافتها والمصلحة المحمية من خلالها[1].

ومعنى الجزاء الإداري بصورة عامة ، كما يعرفه الفقيه فيليب جستار يتمثل في المعاني الثلاثة التالية: بأنه تكريس أو إقرار قاعدة القانون بطريق النظامالقانوني، أو الآثار المحددة اللصيقة بالقاعدة القانونية، أو ترتيب الآثار الناجمة عن القاعدة بطريق الإكراه".

أما من حيث المعنى الأول، فإنه لا يخلو من المنفعة في موضوع الجزاء الإداري، خاصة مع الجدل الدائر في الوقت الحالي حول قوانين آداب المهنة.

والمعنى الثاني، يتسم بالاتساع، حيث يختزل الفقيه فيليب في التعريف الثاني الآثار المحددة اللصيقة بالقاعدة، ومن ثم فالجزاء في هذا المعنى الثاني يمكن ان يشمل العقوبة والتعويض معا في آن واحد.

وأخيرا المعنى الثالث، يبعد عن وضع تعريف حقيقي لمعنى الجزاء، لأن الإكراه يعتبر من العناصر الخارجة عن قاعدة القانون.

المعنى الثاني هو الجدير بالاعتبار، فالقانون وبخلاف قواعد الأخلاق ينص على معيار محدد للقاعدة التي يضعها، فالأخلاق تقتصر على وصف السلوك دون بيان الجزاء الواجب التطبيق في حالة عدم الالتزام بهذا السلوك وهو على خلاف الحال بالنسبة للقانون[2].

الفرع الثاني: أنواع الجزاءات:

كلمة جزاء في أوسع معانيها يقصد بها رد الفعل الذي يصدر من شخص أو هيئة كنتيجة لإخلال معين، بهذا تصير كلمة جزاء عنصرا من عناصر القاعدة القانونية في معناها النظامي، فكل أمر قانوني أو أخلاقي وبصفة عامة سلوكي لا يرتبط بجزاء يفقد

(1) ـ د. أحمد عوض بلال، محاضرات في الجزاء الجنائي، دار النهضة العربية، القاهرة . مصر، 2000، ص5.

(2) د. إسحاق إبراهيم منصور، نظريتا القانون والحق وتطبيقاتهما في القانون الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1992، ص 37.

صفة القانونية، لأنه لا يصير لازما، فاللزوم يمنح صفة الثبات والاستقرار وكل منهما يمثل إحدى خصائص الوضع القاعدي[1].

ويختلف نوع الجزاء تبعا لنوع و طبيعة القاعدة الملزمة التي خالفها الفرد، فإذا كانت القاعدة الملزمة التي تمت مخالفتها قاعدة دينية فإن الجزاء يكون عندئذ جزاء دينيا كما يكون الجزاء جزاء قانونيا إذا كانت القاعدة الملزمة التي خالفها الفرد قد نص عليها القانون، وبالنظر للجزاء القانوني نجد أنه يتضمن صورا مختلفة فقد يكون ذلك الجزاء جزاء جنائيا إذا ترتب على مخالفة قاعدة قانونية جنائية وقد يكون جزاء ماليا وقد يكون جزاء إداريا وقد يكون جزاء مدنيا،...إلخ[2].

الفقرة الأولى ـ الجزاء المدني:

لم يكن يوجد قديما حدا فاصلا بين العقوبة و بين الجزاء المدني وإنما كانا يختلطان في المجتمع الإنساني البدائي بسبب افتقار هذا المجتمع إلى التنظيم القانوني، فما يعتبر عقابا من وجهة نظر قانوننا العصري كان يعتبر جزاء مدنيا في المجتمع القديم، كما أن ما يعتبر حاليا من قبيل الجزاء المدني كان قديما من قبيل العقاب، وآية ذلك بيع المدين كعبد وقتله عند عدم وجود من يتقدم لشرائه وتقطيع أوصاله بعد قتله إذا تعدد دائنوه، طبقا للقانون الروماني القديم[3].

ولا يشك أحد حسب موازين التقدير العصري في اعتبار ذلك الجزاء عقوبة ولكنه لم يكن كذلك في وقت تطبيقه بل كان وسيلة التنفيذ الجبري لإلزام المدين.

ولم يتخذ الإلزام صورته الحالية وهو أنه قيد على إرادة المدين لا قيد على حريته وأن ضمانه هو ماله وليس جسمه"، إلا بعد تاريخ طويل أمتد حتى القرون الوسطى

(1) د. حامد ربيع، وظيفة الدولة الجزائية في المجتمع المعاصر، تأصيل لنظرية العامة، المجلة الجنائية القومية، المجلد 8، العدد 2، المركز القومي للبحوث الاجتماعية والجنائية، مصر، يوليو1965، ص 229.

(2) د. حسن عبد المؤمن بدران، العقد والجزاء الجنائي ـ دراسة مقارنة ـ، دار المعارف، الإسكندرية . مصر، 1991، ص 80.

(3) د . نظير فرج مينا، الموجز في علم الإجرام والعقاب، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الثالثة، الجزائر،1993 ، ص 144.

(قانون الألواح الاثني عشر)، حيث توافقه المادة 188 من القانون المدني[1] الجزائري بنصها:"أموال المدين جميعها ضامنة لوفاء ديونه. وفي حالة عدم وجود حق أفضلية مكتسب طبقا للقانون فإن جميع الدائنين متساوون تجاه هذا الضمان".

و يتخذ الجزاء المدنيأربع صور[2]:

- إما منع الفعل المخالف للقانون.
- إما بتنفيذ الفعل الذي يفرضه القانون.
- إما إعادة الحالة إلى أصلها.
- إما إعادة الحالة إلى مقابلها.

يتضح من كل هذه الصور التي يتخذها الجزاء المدني أن ماهية الجزاء تنحصر في إعادة الوضع المادي للأمور إلى ما كانت عليه قبل مخالفة القانون كما لو كانت هذه المخالفة لم تقع[3].

والهدف القانوني من هذا الجزاء هو تعزيز حكم القاعدة القانونية بأن يفوت الغرض الذي كان يقصده من هذه المخالفة، ومن ثم الجزاء المدني ينسحب أثره على الماضي، أي يحدث مفعوله في الوضع المادي للأمور على ما انتهى إليه بعد مخالفة القانون، وقبل إنزال الجزاء وذلك بإعادته إلى حالته السابقة على مخالفة القانون، يتضح من ذلك إن الجزاء المدني موضوعه هو الذمة المالية، وينحصر أساسا في التنفيذ العيني والتعويض، ويهدف إلى ضمان تنفيذ الالتزامات التعاقدية التي تنشأ بين الأفراد (المسئولية العقدية)، كما يهدف إلى ضمان تنفيذ الالتزام الواجب العام المفروض على الجميع بعدم الإضرار بالغير (المسئولية التقصيرية)[4].

---

(1) أمر رقم: 75-58 مؤرخ 26 سبتمبر 1975 يتضمن القانون المدني المعدل والمتمم .

(2) د . رمسيس بنهام، النظرية العامة للمجرم والجزاء، دار المعارف، الإسكندرية . مصر، 1991، ص 8.

(3) د. علي علي سليمان، دراسات في المسؤولية المدنية في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الثالثة،الجزائر، 1994، ص 209.

(4) د . حسن عبد المؤمن بدران، المرجع السابق، ص 6.

الفقرة الثانية: الجزاء الجنائي:

للجزاء الجنائي أهمية خاصة بين مختلف الجزاءات القانونية فأثره قد يمتد للمساس بحق الإنسان في الحياة أو يسلبه جزءا من حريته أو ماله أو يقيد نشاطه أو يمنعه من مزاولة عمله أو حتى يحرمه من التمتع ببعض المزايا التي يكلفها القانون للأفراد بصفة عامة، والمجتمع هو صاحب الحق الأصيل في مواجهة كل سلوك غير مشرع يتعارض مع مصالحه ومتطلبات أفراده ويحدد كل سلوك غير مشروع ويقرر له الجزاء الملائم لمواجهته معتمدا في ذلك بما يصيب المصلحة الاجتماعية من ضرر وما تتعرض له من خطر وما يقع في سبيل المساس بها من خطأ[1].

يمكن تعريف الجزاء الجنائي كما يلي: "الأثر القانوني المترتب على فعل أو امتناع يوصف بأنه جريمة"، غير أن هذا المسلك لا يقضى إلى تعريف علمي دقيق للجزاء الجنائي لأنه من ناحية يكتفي بتعريف الأثر وهو الجزاء بالنظر إلى مقدمته ومفترضة وهو الجريمة، و لأنه من ناحية ثانية لا يضمن التعريف الخصائص التي تبرز ماهية الجزاء الجنائي و طبيعته الذاتية سوى واقعة ارتباطه بالجريمة مغفلا ما عدا ذلك من سمات،[2] وبالإضافة إلى ما تقدم فإن التعبير عن العقوبة بالجزاء الجنائي باعتبارهما مترادفين يغفل صورة خاصة من رد الفعل الاجتماعي إزاء طائفة خاصة من الجناة ولا يصدق عليها أنها من طائفة العقوبات، وهي التدابير الاحترازية وهكذا يتعين في تحديد ماهية الجزاء الأخذ بمفهوم يسمح باستيعاب صورتي رد الفعل القانوني إزاء الجناة وهي العقوبة والتدابير الاحترازية[3].

وعليه يمكن تعريف الجزاء الجنائي بأنه:" المظهر القانوني لرد الفعل الاجتماعي إزاء الجناة و الذي يتمثل في صورة عقوبة تواجه الجريمة المرتكبة أو في صورة تدابير احترازية تواجه من تثبت لديه خطورة إجرامية و ذلك من أجل تحيق الأغراض المستهدفة بكل منهما".

---

(1) د . أمين مصطفى محمد، المرجع السابق، ص 12.

(2) د . أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي العام، الديوان الوطني للأشغال التربوية ، الطبعة الأولى،الجزائر، 2002، ص 199.

(3) د . نظير فرج مينا، المرجع السابق، ص 161.

وبمعنى آخر هو "تطهير النفس من شوائبها أي من الخلل النفساني الذي أفضى بصاحبها إلى الجريمة و ذلك كي لا يعود إلى ارتكاب جريمة أخرى في المستقبل" والهدف منه هو "مكافحة الجريمة و الحيلولة دون أن تكون الجريمة الواقعة مقدمة منه لوقوع جرائم أخرى بالتبعية لها"[1].

والجزاء هو في النهاية وسيلة اجتماعية ضد الظاهرة الإجرامية وينطوي الجزاء الجنائي على طابع الإرغام والإكراه عن طريق تنفيذ القاعدة القانونية. ومما يزيد من فاعلية الجزاء هو كثرة وسائل البحث و التحقيق التي يستعين بها القاضي الجنائي في سبيل الوصول للحقيقة لإصداره حكمه بناء عليها[2].

الفقرة الثالثة: الجزاء الإداري:

الجزاءالإداري شأنه شأن أي جزاء آخر له بالضرورة طبيعة جزائية أي أن غايته هو العقاب على التقصير في أداء التزام ما، وهو إحدى الآليات التي تلجأ إليها الدول من أجل تحقيق أهدافها و تتبع ذاتية الجزاء الإداري من أنه يصدر من جهة غير قضائية وألا وهي السلطة الإدارية وهو ما يضفي عليه شكل القرار الإداري[3].

وهذا الإقرار لمصلحة الإدارة يعطيها الحق بسلطة النطق بجزاءات غير جنائية هو ما يعبر عنه بالمقولة الشائعة "التقاضي بدون قاض"والتي من خلالها يجوز للسلطة الإدارية أن توقع عقوبة بصفة مباشرة بسبب تقصير المتعاقد معها في أداء التزام مفروض عليه من قبل القانون[4].

وعلى الرغم من أن القانون الإداري لم يضع الضوابط البيانية الكافية لفكرة الجزاء الإداري إلا أن هذه الفكرة تحدد اليوم بتطبيق نظام قانوني نوعي.

---

(1) د . رمسيس بنهام، المرجع السابق، ص 111.

(2) د . عبدالله سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري القسم العام، الجزء الأول" الجريمة"، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2002، ص 44.

(3) د . محمد الصغير بعلي، القرارات الإدارية، دارالعلوم للنشر والتوزيع، عنابة- الجزائر، 2009، ص139.

(4) د . زين العابدين بركات، مبادئ القانون الإداري، مطبعة الإسكندرية، 1987، ص 619.

والفقه من جانبه قدم غطاء عريضا من التعريفات ، فمنها التعريف الواسع ومنها التعريف الضيق، ولم يتعارض مبدأ استئثار القاضي في مجال الجزاءات الإدارية ليس مع تزايد الجزاءات التعاقدية الموقعة بواسطة الإدارة، ولا مع تلك الخاصة بالجزاءات التأديبية الإدارية تحديدا معاصرا، منذ بداية الثمانينات بعد فترة سهو نسبي تبلور في ظهور جزاءات إدارية ذات طابع مالي والتي يمكن تكييفها على أنها من الجيل الثاني[1].

وهكذا استأثرت الإدارة بسلطة توقيع الجزاء، لفاعليته و مرونته في التطبيق فأصبح أمرا مألوفا في المجال العقابي الإداري، والجزاء الإداري لا يقصد به التعويض فحسب كما هو الحال في الجزاء المدني، ومرد ذلك أن كل إخلال من طرف المتعاقد مع الإدارة، لا يقتصر على أن يكون إخلال بالتزام تعاقدي وإنما فيه أيضا مساس بالمرفق العام[2].

وقد أصبح لزاما في ضوء تزايد الجزاءات الإدارية أن يتبنى المشرع نظاما يرتكز على أسس متعددة منها احترام مبدأ حقوق الدفاع ومدى تناسب الجزاء مع الخطأ. وتتخذ الجزاءات الإدارية الأشكال التالية:

أولا ـ الجزاءات التأديبية:

إن الدول تشجع إنشاء وتكوين إدارات، نقابات، شركات، إلخ، وتستفيد هذه الأخيرة من الحرية التي كفلها لها الدستور، وفي سبيل الحفاظ على وجود هذه الجماعات، وتوجيه أعضائها لتحيق الغاية التي من أجلها أنشئت، فإنها تملك سلطة تأديبية محدودة تجاه أعضائها، والقانون هنا لا يتدخل إلا في حدود تنظيم هذه السلطة، وعليه لا تطبق تلك الجزاءات بشكل عام على جميع المواطنين ، كما هو الحال بالنسبة للجزاءات الجنائية، فكل جماعة تملك بطبيعة الحال سلطة تأديبية، فالمعلم مثلا يؤدب طلابه ولا يعاقب على هذا التأديب، إلا إذا ترتب على استخدامه لهذا الحق الضرب الإصابة بالجروح[3].

(1) د . محمد سامي الشوا، القانون الإداري الجزائي، ظاهرة الحد من العقاب، دار النهضة العربية، القاهرة . مصر، 1984، ص 47.

(2) د . محمد سعيد أمين، الأسس العامة (التزامات وحقوق المتعامل مع الإدارة)، دار المطبوعات العربية، بيروت . لبنان، 1984، ص 46.

(3) د . أمين مصطفى محمد، المرجع السابق، ص 288.

ثانيا: الجزاءات الخاصة:

هناك فرق بين الجزاءاتالإدارية والجزاءات الخاصة التي تصدرها بعض التنظيمات و التي لا يمكن اعتبارها إدارات ومن قبيل تلك الجزاءات ما تقرره البنوك في فرنسا بالمنع من إصدار شيكات لمدة لا تزيد عن سنة في بعض حالات إصدار شيكات بدون رصيد، ومع ذلك فقد قدم في 1991/07/03 إلى مجلس الوزراء الفرنسي مشروع بقانون بمنح البنوك الحق في توقيع غرامات مالية.

ثالثا: إجراءات ضبط إداري:

إذا كان من الخصائص المميزة للجزاء الإداري أنه جزاء عن خطأ، فإنه يتميز بالتالي عن إجراءات الضبط الإداري التي تهدف إلى حفظ الأمن والنظام العام والوقاية من وقوع الجرائم[1]، وتبدو أهمية التمييز بين الجزاءات الإدارية وإجراءات الضبط الإداري فيما يتعلق باحترام مبدأ المواجهة، إذ لا يطبق هذا المبدأ في مواد البوليس إلا في المواجهة حالة النص عليه صراحة.

رابعا: الجزاءات التعاقدية:

الجزاء في العقود الإدارية يستمد أصوله من الخصائص تلك العقود و مدى اتصالها بفكرة النفع والمصلحة العامة، سنتناوله فيما يلي:

أ- مفهوم الجزاءات التعاقدية:إن المبدأ الأساسي لنظرية العقود الإدارية يتمثل في فكرتين:

الأولى: أن تطبيق الجزاءات المختلفة غالبا ما ينتج من قرار الإدارة الصادرة من جانب واحد[2]، فالجزاء الصادر عن الإدارة المتعاقدة لا يحتاج، للحصول على حكم قضائي لتوقيعه، فالإدارة تستطيع في هذا الصدد أن تستخدم مالها من صلاحيات لإصدار الجزاء ضد المتعاقد معها[3].

(1) د . أحمد محيو، محاضرات في المؤسسات الإدارية (ترجمة محمد عرب صاصيلا)،الطبعة الثانية، ديوانالمطبوعات الجامعية، الجزائر، 1979، ص 415.

(2) د . محمد الصغير بعلي، المرجع السابق، ص15.

(3) د. عمار بوضياف، القرار الإداري (دراسة تشريعية قضائية فقهية)، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر،2007، ص 7.

الثانية: فتكمن في أن سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات قائمة بذاتها حتى في حالة سكوت العقد، بحكم أن هذا الاختصاص من النظام العام، والإدارة لا تملك التنازل عنه.

وتتنوع الجزاءات التي توقعها الإدارة وتتخذ الصور التالية: الجزاءات المالية، الجزاءات الضاغطة، والجزاءات الفاسخة[1].

ب- تقدير الجزاء العقدي:

لا تملك الإدارة توقيع الجزاءات العقدية إلا إذا توافرت بعض الضوابط اللازمة لذلك، فإعمال الجزاء رهين بتوافر بعض الشروط الشكلية : فمن حيث المبدأ لا تملك الإدارة توقيع الجزاء إلا إذا سبقه إعذار يوجه إلى المتعاقد معها، سواء نص العقد أو لم ينص على ذلك، وإذا لم يمتثل لهذا الإعذار[2]، فأنه سيوقع عليه الجزاء.

ولا تستطيع الإدارة أن توقع الجزاء إلا بالنظر إلى هدف محدد، وعلى وجه الخصوص يجب أن يكون هناك تناسب بين صرامة الجزاء الموقع من جانب الإدارة على المتعاقد وحجم التقصير الذي صدر عنه[3].

ومن جانب القاضي، فإنه يباشر رقابته على سلامة الجزاء، وعلى نحو أخص فإن قاضي العقد لا يسلم بصحة الجزاءات الفاسخة إلا إذا كانت تستند في تبريرها على وجود خطأ جسيم، بمعنى وجود تقصير في التزام جوهري، وعلى نحو ما سبق، إذا لم ينص العقد على جزاءات، فإن هذا لا يعني أن الإدارة لا تستطيع مواجهة المتعاقد معها المقصر، فسلطة الإدارة في توقيع الجزاء قائمة بذاتها[4].

---

(1) د . محمد سعيد أمين، المرجع السابق، ص 228.

(2) د . سعاد الشرقاوي، رقابة القضاء على مشروعية أعمال الإدارة، دار النهضة العربية، القاهرة مصر،1984، ص62

(3) د . محمد سعد فودة، النظام القانوني للعقوبات الإدارية، مقالة ، مجلة القانون والاقتصاد، جامعة القاهرة . مصر، 2007، ص 48

(4) د . ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية والتحكيم، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية . مصر، 2004، ص 151.

المطلب الثاني:خصائص الجزاءات التي توقعها المصلحة المتعاقدة:

إن الجزاءات التي توقعها الإدارة على المتعاقدين معها تتميز بجملة من الخصائص تتبع من ضرورات سير المرفق العام بانتظام واطراد ، والتي تعطيها طابعا استثنائيا ونظاما قانونيا يختلف عن ذلك المتعارف عليه في عقود القانون المدني[1]، وهي:

الفرع الأول: سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات بإرادتها المنفردة:

والمقصود به حق الإدارة في توقيع الجزاء بنفسها دون حاجة إلى اللجوء إلى القضاء من خلال السند التنفيذي، وهذا الامتياز لا أصل له في القانون المدني أو الخاص، حيث إن الإدارة وعلى خلاف الحال في القانون الخاص، لا تحتاج إلى التوجه للمحكمة الإدارية للمطالبة بتوقيع الجزاء ضد المتعاقد المقصر، كما أنها تستخدم في هذا الشأن امتياز المبادرة وهو يعطي حقا للإدارة في إصدار قرارات ملزمة للأفراد وتنفيذها بالقوة الجبرية[2] ودون حاجة إلى حكم سابق من القضاء، أي صلاحيتها في اتخاذ القرار التنفيذي، وتمثل هذه الطريقة استثناء على الأصل العام، ولكنها توقع تحت رقابة القضاء بطبيعة الحال.

وإن للإدارة الحق في توقيع الجزاءات على متعاقدين معها، وهي لا تستند فيها إلى العقد الإداري بل إلى سلطتها الضابطة للمرافق العامة، وعملا بالقواعد الأصولية التي تقضي بها طبيعة العقود الإدارية التي تقوم على فكرة حسن استمرار المرافق العامة.

وإن كان يشترط على الإدارة أن تفصح عن إرادتها بصدور قرار إداري يحدد الجزاء، ومن ثم يجب أن يكون هذا القرار مكتمل الأركان، ويحق للأفراد أن يطعنوا في تلك القرارات أمام القضاء[3].

(1) د . زين العابدين بركات، المرجع السابق، ص 620.

(2) د . كوسة فضيل، القرار الإداري في ضوء قضاء مجلس الدولة، دار هومة، الجزائر، 2013، ص 225.

(3) د . سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية دراسة مقارنة، الطبعة الخامسة، دار الفكر العربي، عمان، الأردن،1991، ص 500

وقد اختلف الفقهاء حول سند سلطة الإدارة في امتياز التنفيذ المباشر، فقد أرجعه البعض إلى ضرورة سير المرفق العام بانتظام واطراد، وأرجعه البعض الآخر إلى فكرة السلطة العامة[1].

وقد تأكد الحق في فرنسا بصدور حكم مجلس الدولة الفرنسي في قضية شركة ملاحة جنوب الأطلنطي، وأصبح الأصل هو توقيع الجزاءات طبقا لسلطة الإدارة في استعمال حقها في التنفيذ المباشر، والاستثناء الوحيد هو جزاء الإسقاط، حيث إنه لا يمكن تقدير إسقاط حق صاحب امتياز المرفق العام إلا بطريق القاضي بحكم خطورة هذا الجزاء، بل إن هذا الاستثناء ليس مطلقا، حيث يستطيع المتعاقدون منح الإدارة حق توقيع جزاء الإسقاط بإرادتها المنفردة بمقتضى نص صريح في العقد وهم يرون أن هذا واجب على الإدارة لضمان تنفيذ العقد وحسن تسيير المرفق ضمانا للصالح العام[2].

الفرع الثاني: سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات دون الحاجة إلى النص عليها في العقد:

قد ينص العقد الإداري على جزاءات متنوعة تلجأ إليها الإدارة إذا قصر المتعاقد معها في تنفيذ التزاماته، ولكن ما هو الوضع إذا سكت العقد الإداري على النص على بعض الجزاءات؟ هل بذلك يغل يد الإدارة في توقيع مثل هذه الجزاءات؟

الواقع يؤكد أنه يجوز للإدارة توقيع مثل هذه الجزاءات حتى ولو لم ينص عليها العقد، وبالتالي عدم جواز اتخاذ أي إجراء يحول دون استعمال الجهة الإدارية لحقها في توقيع الجزاء[3].

وإن للإدارة الحق في توقيع الجزاءات على متعاقدين معها ومنها فسخ العقد مصادرة التأمينوغيرها، وهي في ذلك لا تستند إلى العقد الإداري، بل إلى سلطتها

(1) د . عبد القادر دراجي، (سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات الإدارية)، مقالة، مجلة المفكر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بسكرة، العدد العاشر، بسكرة، جانفي 2014، ص 96.

(2) د . عادل سعيد أبو الخير، القانون الإداري القرارات الإدارية والعقود الإدارية، مطابع الطوبجي، القاهرة . مصر 2001، ص 235.

(3) د . سعيد عبد الرزاق باخبيرة، "سلطة ادارة الجزائية في أثناء تنفيذ العد الإداري . دراسة مقارنة ." (أطروحة عملية لنيل الدكتوراة في القانون العام)، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر(بن خدة)، 2008/2007، ص 58.

الضابطة للمرافق العامة[1]، بهدف تسييرها، وتستطيع الإدارة توقيع الجزاءات سواء كانت مالية أو ضاغطة أو فاسخة.

وفي مصر: القاعدة هي وجوب احترام النصوص التعاقدية المتعلقة بالجزاءات الإدارية فإذا توقع المتعاقدون خطأ معينا وحدد له في العقد جزاء بعينه، فلا يجوز للإدارة أن تخالف ما نص عليه في العقد[2].

أما إذا لم ينص العقد أو دفتر الشروط على حق الإدارة في توقيع الجزاءات الإدارية ولم تتضمن القوانين واللوائح تخويل الإدارة مثل هذا الحق، فإن سلطة الإدارة توجد بذاتها على الرغم من عدم النص عليها، وهي تستند على القاعدة الأصولية التي تقوم عليها طبيعة العقود الإدارية، وهي فكرة حسن استمرارية المرافق العامة وسيرها بانتظام واطراد[3].

ولقد استقر الفقه والقضاء على أن سلطة توقيع الجزاءات المبررة للإدارة هي سلطة مستقلة عن نصوص العقد، فإذا نص العقد على بعض تلك الجزاءات، فإن ذلك لا يعني تقييد حرية الإدارة فيما عدا ما نص عليه، بل تستطيع الإدارة تحت رقابة القضاء أن توقع على المتعاقد جميع أنواع الجزاءات المقررة[4].

الفرع الثالث:سلطة الإدارة في استبدال الجزاءات المنصوص عليها في العقد بجزاءات أخرى غير المنصوص عليها، ما عدا الجزاءات المالية:

في فرنسا كتوجه عام يجوز للإدارة أحيانا بتخفيف الجزاء أو تشديده فمثلا يحق للإدارة فرض الحراسة بدلا من توقيع جزاء الإسقاط، أو توقيع جزاء الحلول بدلا من الإسقاط، أو جزاء الفسخ بدلا من الحلول.

---

(1) د . نحوي محمد الصادق المهدي، (حفظ الدعوى الجنائية اكتفاء بالجزاء الإداري)، مقالة، مجلة القانون والاقتصاد، جامعة القاهرة . مصر، 1984، ص 5.

(2) د . بن شعبان علي، "أثار عقد الأشغال العامة على طرفيه في التشريع الجزائري " (أطروحة دكتوراة في القانون العام)، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قسنطينة . الجزائر، 2012/2011، ص 90.

(3) د . سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 502.

(4) د . هيثم حليم غازي، سلطات الإدارة في العقود الإدارية دراسة تطبيقية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية . مصر، 2014، ص 98.

أما بالنسبة للمخالفات المالية فالقاعدة العامة هي التي تطبق دون أي استثناء، فهي تعتبر تعويضا جزافيا متفقا في العقد، ولكنها تستطيع أيضا أن توقع وسائل الضغط المؤقتة أو جزاءات الفسخ النهائية بدلا من فرض الغرامات ذاتها.

كما أن المحكمة الإدارية العليا تتمسك بنصوص العقد ، فهي تقدر أنه يجوز الجمع بين مصادرة التأمين والفسخ والتعويض[1] ثم تضيف أنه "غني عن البيان أن الجمع بين مصادرة التأمين والتعويض رهين بألا يحظر العقد الإداري صراحة هذا الجمع، وأن يكون الضرر لايزال موجودا بعد مصادرة التأمين فإذا تضمن العقد النص على بعض الجزاءات، فإن هذا لا يعني حرمانها من حق توقيع جزاءات أخرى لم ينص عليها"[2].

ولا يملك المتعاقد مع الإدارة أن يحتج في وجهها بالدفع بعدم التنفيذ، حيث يجب على المتعاقد مع الإدارة أن لا يتوقف عن الوفاء بالتزاماته، على الرغم من أن الإدارة امتنعت من جانبها عن الوفاء بالتزاماتها، وبالمقابل يمكن للإدارة ذلك[3].

الفرع الرابع ـ حق الإدارة في اختيار موعد توقيع الجزاء:

تتميز الجزاءات الإدارية بأن موعد توقيعها يكون وقفا لإرادة الإدارة، فإذا لم يوجد ما يلزم الإدارة بأن توقع على المتعاقد معها جزاء ما ارتكب في وقت معين فإنها حرة في اختيار التوقيت الذي تراه مناسبا لتوقيع الجزاء ضمانا لاستمرار سير المرفق العام[4].

كما أن للجهة الإدارية سلطة تقديرية في تحديد الجزاء الملائم غير أن هذه السلطة ليست مطلقة من أي قيد، فينبغي احترام النصوص المتفق عليها كما لا يجوز للجهة الإدارية توقيع جزاء أشد من الجزاءات المتفق عليها إلا في حالة ارتكاب مخالفة جسيمة من قبل المتعاقد، كما أن الإدارة تملك اختيار الجزاء المناسب في التوقيت المناسب،

---

(1) د . ربيحة سبكي، " سلطات المصلحة المتعاقدة تجاه المتعامل المتعاقد معها في مجال الصفقات العمومية " (مذكرة ماجستير في القانون فرع قانون الإجراءات الإدارية)، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تيزي وزو . الجزائر، 2013/2012، ص 111.

(2) د . زين العابدين بركات، المرجع السابق، ص 621.

(3) د . عادل سعيد أبو الخير، المرجع السابق، ص 254.

(4) د . الشريف خاطر، مبادئ القانون الإداري دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة . مصـــر، 2009، ص 677.

طالما خلا العقد من نص يلزمها بتوقيع الجزاء عن مخالفة ما في تاريخ محدد والذي قد يؤدي تجاوزه دون توقيع الجزاء أي سقوط حق الإدارة فيه[1].

وقد رأى الفقه أن جهة الإدارة في تحديدها مواعيد معينة لتنفيذ العقد يفترض فيها أنها قدرت أن حاجة المرفق تستوجب التنفيذ في هذه المواعيد دون أي تأخير.

الفرع الخامس ـ خضوع سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات لجملة من القيود:

سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات على المتعاقد معها ليست مطلقة فهي تخضع لجملةمنالقيود هي:

الفقرة الأولى ـ خضوع قرار الإدارة بتوقيع الجزاء لمبدأ المشروعية:

يجب أن تراعي الإدارة في إصدارها للجزاءات التي توقعها على المتعامل المتعاقد معها الأوضاع والأشكال المقررة وفقا للقوانين واللوائح، فإذا لجأت الإدارة إلى إجراءات غير مشروعة فإن للمتعاقد معها الحق في طلب إلغاء تلك القرارات عن طريق قاضي العقد[2].

فالمشروعية "هي صفة كل ما هو مطابق للقانون"، وهو مبدأ أساسي للتصرف الإداري، حيث تتوافر الضمانات الاساسية للمتعاقد مع الإدارة، ولا تستطيع الإدارة بموجبه العمل إلا طبقا للقانون[3]. وهذا يعني أن تصرفات و الإجراءات التي تتخذها الإدارة العامة، لا تتمتع بحماية القانون ولن تكون لها أية قيمة، ما لم تكن متوافقة مع قواعده النافذة[4]، حيث ترسم هذه القواعد حدود التصرف الإداري وان اي تجاوز لهذه الحدود من قبل الإدارة يضعها في دائرة المساءلة وكانت في وضعية لتجاوز السلطة[5]، بمعنى آخر فانه "

(1) د . عبد العزيز عبد المنعم خليفة، تنفيذ العقد الإداري و تسوية منازعاته قضاء وتحكيما، دار المعارف، الإسكندرية، مصر، 2014، ص 84.

(2) د . هيثم حليم غازي، المرجع السابق، ص 41.

(3) د ـ طعيمة الجرف، مبدأ المشروعية وضوابط الخضوع الدولة للقانون، القاهرة، دار النهضة العربية، القاهرة . مصر، الطبعة الثالثة، 1976، ص 3.

(4) أ. علاء الدين عشي، مدخل القانون الإداري الجزء الثاني (النشاط الإداري . وسائل الإدارة . أعمال الإدارة)، دار الهدى، عين مليلة . الجزائر، 2010، ص 44.

(5) عماربوضياف، الوجيز في القانون الإداري، الطبعة الثالثة، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2013، ص 496.

لا يجوز للإدارة وإلا كانت مخالفة للقانون، ومنتهكة لأحكامه، أن تقوم بأي عمل قانوني أو مادي إلا وفق القانون وبتخويل منه ووفق الإجراءات الشكلية المحددة فيه تحقيقا للأهداف التي يتوخاها".

وما نعنيه (بالقانون) هو معناه الواسع، وهو بهذا المعنى يشمل اغلب القواعد "وليس كلها في كل حال" متى ما كانت عامة ومجردة وأيا كان مصدرها دستوريا أو تشريعيا أو عرفيا أو قضائيا أوإداريا[1].

إن خضوع الإدارة للقانون قد يدفع إلى الاعتقاد بأنها لا تتميز بنظام يختلف عن ذلك الذي يخضع له الأفراد، إلاأن المراحل التاريخية التي مرت بها الدولة تؤكد أن لا صحة له، فالدولة اولا كانت فوق القانون هذا من ناحية؛ كما أن الحكومة كانت متحررة من أي خضوع للقواعد وهي لم تصل إلى مرحلة خضوعها للقانون إلا بعد تحولها من دولة بوليس إلى دولة قانون.

فمبدأ المشروعية لا يعني خضوع الإدارة لقواعد خارجة عن إرادتها فحسب، بل تخضع أيضا لقواعد تضعها هي بنفسها كالأنظمة والمبادئ صادرة عن القضاء من عالم الإدارة نفسه وهو القضاء الإداري[2].

الفقرة الثانية ـ خضوع قرار الإدارة بتوقيع الجزاء لرقابة القضاء:

هذه الرقابة هي الضمان الأساسي والفعال للمتعاقد مع الإدارة ضد إساءة استعمال هذه الأخيرة لسلطتها أو مخالفتها للقانون، والواقع أن سلطة الإدارة في توقيع الجزاء هي سلطة تقديرية لا يحدها في ذلك إلا القاعدة العامة التي توجب أن يكون تصرف الإدارة بقصد تحقيق الصالح العام[3].

والمبدأ العام هو خضوع قرار الجزاء لرقابة القضاء الكامل إلغاءا أو تعويضا، الذي يختص بنظر كافة المنازعات المتولدة عن العقد، أما إذا أصدرت جهة الإدارة قرار الجزاء

(1) د ـ طعيمة الجرف، المرجع السابق، ص 4.

(2) د ـ ناصر لباد، الوجيز في القانون الإداري، دار المجدد للنشر والتوزيع، سطيف . الجزائر، 2010، ص174.

(3) نسرين شريفي، مريم عمارة وسعيد بوعلي تحي إشراف، د. مولود ديدان، القانون الإداري(التنظيم الإداري . النشاط الإداري)، دار بلقيس، الجزائر، دون تاريخ النشر، ص 210

استنادا إلى القوانين اللوائح، فان الاختصاص بنظر الطعن بالإلغاء على هذا القرار ينعقد لقضاء الإلغاء إلا إذا اقترن طلب الإلغاء بطلب التعويض فحينئذ ينعقد الاختصاص للقضاء الكامل[1].

وهذه الرقابة تتناول مشروعية الجزاء من حيث الشكل والاختصاص والانحراف واستعمال السلطة، كما تمتد هذه الرقابة إلى ملاءمة توقيع الجزاء[2] ومدى تناسبه مع خطأ المتعاقد.

الفقرة الثالثة: الإعذار بالجزاء:

الإعذار هو وسيلة قانونية لإثبات إخلال المتعاقد بالوفاء بالتزاماته التعاقدية، مع إفصاح الإدارة فيه عن نيتها في توقيع الجزاء المقابل ذلك الإخلال، إذا لم يقم المتعاقد معها بالوفاء بالتزاماته في وقت يحدده الإعذار[3].

قد يلزم المشرع في بعض الحالات أن تقوم الإدارة بإعذار المتعاقد معها قبل تطبيق الجزاء، فتوجه له إعذارا توضح له فيه الخلل أو التقصير أو التأخير في تنفيذ العقد الإداري، وتأمره بضرورة الالتزام بتنفيذ العقد وفقا للقواعد القانونية المعمول بها في مدة تحددها له، يجب أن لاتكل عن عشرة أيام ابتداء من تاريخ التبليغ كحد أدنى[4]، تحت طائلة اتخاذ القرار القانوني المناسب له، الذي يتخذ في غالب الأحيان طابع الجزاء الإداري[5].

إلا أن الإدارة ليست ملزمة في كل الأحوال عند فرضها للجزاءات بضرورة إعذار المتعاقد فنجد أن المشرع الجزائري ألزم المصلحة المتعاقدة في قانون الصفقات العمومية

---

(1) د. عمار عوابدي، نظرية القرار الاداري بين علم الإدارة والقانون الإداري، دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر ،2005،ص 137.

(2) د . محمد الصغير بعلي، الوسيط في المنازعات الادارية، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة- الجزائر، 2009، ص 175.

(3) د . عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع السابق ص 113.

(4) د . بن شعبان علي، الأطروحة السابقة ، ص 124.

(5) د . سعاد الشرقاوي، المرجع السابق، ص 62.

في حالة وحيدة بضرورة إعذار المتعاقد معها، وهذا عند فرصها لجزاء الفسخ في مادته 149 التي تنص:

"إذا لم ينفذ المتعاقد التزاماته، توجه له المصلحة المتعاقدة إعذار ليفي بالتزاماته التعاقدية في أجل محدد، وإذا لم يتدارك المتعاقد تقصيره في الأجل الي حدده الإعذار المنصوص عليه أعلاه، فإن المصلحة المتعاقدة يمكنها أن تقوم بفسخ الصفقة العمومية من جانب واحد، ويمكنها أن تقوم بفسخ الصفقة العمومية من جانب واحد، ويمكنها كذلك القيام بفسخ جزئي للصفقة، يحدد الوزير المكلف بالمالية بموجب قرار، البيانات الواجب إدراجها في الإعذار، وكذلك أجال نشره في شكل إعلانات قانونية"[1].

ونظرا لخطورة هذا الجزاء وما ينجر عنه من تبعات قد تظر بكلا الطرفين وتبعا للآثار الجسيمة المترتبة عن الفسخ فقد ألزم المشرع المصلحة المتعاقدة توجيه إعذارين للمتعامل المتعاقد قبل توقيع الفسخ، أما شكل الأعذار فقد بين المشرع بأنه يتم بموجب رسالة موصى عليها ترسل إلى المتعامل المتعاقد معه مع إشعار بالاستلام ونشره وجوبا في النشرة الرسمية للصفقات المتعامل العمومي[2].

(1) مرسوم رئاسي رقم 15-247 مؤرخ في 2015/09/16، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، الجريدة الرسمية رقم 50 لسنة 2015.

(2) د. عماربوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، الطبعة الرابعة، جسور للنشر و التوزيع، الجزائر،2011، ص 226

المبحث الثاني: الأساس القانوني لسلطة المصلحة المتعاقدة فيتوقيع الجزاءات:

تعد سلطة توقيع الجزاءات أخطر السلطات التي تتمتع بها الإدارة في مواجهة المتعاقد معها، فهذه السلطة تخولها إصدار قرارات دون اللجوء إلى القضاء بتوقيع الجزاءات على المتعاقد معها إذا قصر في تنفيذ التزاماته سواء امتنع عن التنفيذ أوتأخر فيه أو نفذ الالتزام على غير الوجه المطلوب أو أحل غيره محله في التنفيذ دون موافقة الإدارة.

ولقد اجتهد الفقه في البحث عن معايير تكون أساسا لسلطة الإدارة لهذه (المصلحة المتعاقدة) في توقيع الجزاءات على المتعامل معها في حالة إخلاله بالتزاماته تجاهها.

فرأوا أن فكرة الإدارة (المصلحة المتعاقدة) في توقيع الجزاءات، تستنبط من فكرة أسس القانون الإداري بصفة عامة، لذلك تعددت النظريات في هذا المجال لأهميته العملية متمثلة في تحديد الجهة القضائية المختصة بالنظر للمنازعات الإدارية الناجمة عن النشاط الإداري، أما الأهمية النظرية فهي تحديد القواعد القانونية التي تحكم وتنظم العلاقات والأعمال الإدارية،فما هي هذه النظريات والأسس التي قامت عليه.

سنتطرق في هذا المبحث إلى:

المطلب الأول: معيار الالتزامات العقدية.

المطلب الثاني: معيار السلطة العامة.

المطلب الثالث: معيار المرفق العام.

المطلب الأول:معيار الالتزامات العقدية:

أنصار هذا المعيار متأثرون بمبدأ " العقد شريعة المتعاقدين "، حيث يقولون بعدم جواز أن توقع الإدارة جزاءات لم تتضمنها بنود سابقة في العقد الإداري أو دفتر الشروط[1]، ولا يمكن أيضا للقضاء توقيع عقوبات خارج تلك المنصوص عليها في هذا العقد، ومرد ذلك لقيام العقد الإداري على احترام الإرادة التعاقدية.

فالعقد الإداري وحده يبين جزاءاته، فلا يسمح بتوقيع جزاءات غير تلك التي تضمنها العقد باستثناء جزاء " فسخ العقد"[2].

فإذا أخل المتعاقد بالتزاماته التعاقدية فإنه لا يمكن للقاضي أن يحكم عليه بتعويض للإدارة جراء ذلك ما دام العقد بين الطرفين لا ينص على التعويض.

فبنود العقد الإداري تتضمن من (الناحية العملية) نصوصا تتعلق بالجزاءات كما أن كراسات الشروط الإدارية العامة تقضي (غالبا) بإدراج هذه الجزاءات في العقود، فضلا عن أن العقود الإدارية تنص (أحيانا) على كيفية حساب الغرامات مثلا[3].

ومن هنا يتأكد المصدر الاتفاقي لها، حيث يلتزم طرفا العقد الإداري، بتلك الأحكام الواردة في العقد فلا يملك أي منهما التحلل منها، كما تطبق تلك الأحكام التعاقدية إذ تعارضت مع الأحكام الواردة في النص القانوني فأولوية التطبيق في حالة التعارض هي للأحكام الواردة في العقد[4]، وبالتالي لا تطبق غرامة التأخير إلا في مواجهة الإخلال بالعقد ذاته، وذلك إذا ما نص على هذا الجزاء في العقد أو فيما يلحق به،كما توقع الإدارة الغرامات التي ينص عليها في العقود دون أن تلتزم الإدارة المتعاقدة بإثبات حصول الضرر[5].

---

(1) قرار مؤرخ في 1964/11/21 يتضمن المصادقة على دفتر لا الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال الخاصة بوازرة تجديد البناء والأشغال العمومية والنقل، الجريدة الرسمية رقم 06 لسنة 1964.

(2) د . بن شعبان علي، المرجع السابق، ص 91.

(3) د . مدحت أحمد يوسف غنايم، النظام القانوني لغرامة التأخير في العقود الإدارية (دراسة مقارنة)، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة . مصر ، الطبعة الأولى، 2014، ص 29.

(4) د . مدحت أحمد يوسف غنايم، نفس المرجع، ص 30.

(5) د . مدحت أحمد يوسف غنايم، نفس المرجع ، ص 30.

ومن هنا يتأكد لنا الأساس التعاقدي لسلطة توقيع الجزاءات عندما تتضمنها بنود عقد أو دفاتر الشروط، مما يقتضي إلقاء الضوء على الاتجاه التعاقدي لهذه الجزاءات، فقها و قضاءا.

الفرع الأول: الاتجاه التعاقدي لسلطة توقيع الجزاءات في نظر الفقه:

يناصر جانب من فقهاء القانون العام الأساس التعاقدي لهذه لسلطة توقيع الجزاءات، بحيث لا يجوز للجهة الإدارية المتعاقدة تطبيقها ، إذا لم يكن قد نص عليها في العقد، وتأسيسا على الجزاءات المالية ومنها الغرامات تستند إلى العقد، أو تنتج عن المبادئ العامة للمسؤولية العقدية.

ويجد هذا الاتجاه التعاقدي لسلطة توقيع الجزاءات في العقود الإدارية، مساندة له في قانون المناقصات والمزايدات ولائحته التنفيذية، فهو يقضي بتوقيع غرامة التأخير مثلا، عن مدة التأخير طبقا للأسس وبالنسبة وفي والحدود التي تبينها اللائحة التنفيذية، مما يعني توقيع هذه الغرامة وفقا للائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات حتى ولو لم ينص عليها العقد، إذ أنه طالما لم يستبعدها الأطراف صراحة، فإنها تندمج في عقودهم، وتقدم أن قانون المناقصات و المزايدات ولائحته التنفيذية تسري أحكامه على وحدات الجهاز الإداري للدولة من وزارات ومصالح، وأجهزة لها موازنات خاصة وعلى وحدات الإدارة المحلية، وعلى الهيئات العامة خدمية كانت أو اقتصادية[1].

الفرع الثاني ـ الاتجاه التعاقدي لسلطة توقيع الجزاءات في نظر القضاء:

لقد وضع القضاء الإداري (القضاء الكامل) فهما لقيمة وضع الجزاء في العقد الإداري على نحو لا يجوز معه للجهة الإدارية المتعاقدة، أن توقع غير هذا الجزاء، إلا أن التطبيقات القضائية في هذا الصدد، لا ترقى إلى المبادئ العامة التي يمكن أن تنسخ ما تخالفها، فقد قضت المحكمة الإدارية العليا، بوجوب تقيد جهة الإدارة بما ورد في العقد، وليس لها كقاعدة عامة أن تخالفه أو تطبق في شأنه نصوص لائحة المناقصات و

(1) د . مدحت أحمد يوسف غنايم، المرجع السابق ، ص 60.

المزايدات، كذلك انتهى الرأي في إفتاء مجلس الدولة بأن "خلو العقد من النص على غرامة التأخير، لا يجيز للجهة الإدارية المتعاقدة توقيعها"، و أن قانون المناقصات و المزايدات يعتبر مكملا للعقد الإداري، فيما لم يرد به من نصوص خاصة، يضاف إلى ذلك إذا خلا العقد من الاتفاق على إضافة مدة التأخير في صرف المستحقات إلى مدة تنفيذ العملية، فإنه لا يجوز إعفاء المتعاقد من غرامات التأخير المستحقة في هذه الحالة.

وقد استندت المحكمة الإدارية العليا إلى نصوص القانون المدني، لتقرير أن التنظيم الخاص الذي أتى به العقد فيما يتعلق بغرامة التأخير يكون هو الواجب التطبيق و ذلك لأنه خاص ومن المبادئ المسلم بها فقها أن الخاص يقيد العام، و لأنه هو الذي توافقت عليه إرادة المتعاقدين المشتركة[1].

وكان هذا المبدأ مستقر في قضاء مجلس الدولة الفرنسي حتى بدايات القرن العشرين[2] وهو عدم جواز تطبيق جزاء غير منصوص عليه في العقد الإداري، ولا يستثنى من ذلك إلا جزاء فسخ العقد فقط.

وقد أتيحت الفرصة لمجلس الدولة الفرنسي في قضيتين تتعلقان بعقد الالتزام، فأقر القضاء الفرنسي صراحة عدم جواز طلب الإدارة من قاضي الحكم لها بتعويضات لم تتضمنها بنود العقد التي أبرمتها[3].

غير أن الفقه انتقد المبدأ الذي استند إليه القاضي في الحالتين، وهو الوقوف عند الجزاءات العقدية لأن ذلك مخالف للعدالة، إذ لا يحق لأي كان أن يعفي نفسه مسبقا من الأخطاء التي يمكن أن يرتكبها مستقبلا.

وفي حكم قضاء مجلس الدولة الفرنسي الصادر في قضية بلانكو سنة 1907 أخذ في التوسع في ذلك المبدأ المستقر عليه، حيث سمح للجهة الإدارية بتطبيق جزاء التعويض ولو لم يكن منصوصا عليه في العقد الإداري، وذلك باعتباره مستمد من القواعد العامة في نطاق العقود الإدارية التي لا تحتاج إلى نص يقررها.

---

(1) د . مدحت أحمد يوسف غنايم، المرجع السابق، ص 61

(2) د . هيثم حليم غازي، المرجع السابق، ص 76

(3) د . محمد سعيد أمين، المرجع السابق، ص 281.

ثم إن مقتضى تبني هذا المبدأ يجعل الإدارة أمام خيارين نتائجها سلبية، فأمام إخلال المتعاقد الملتزم إخلالا بسيطا فإما أن تساهل وتتسامح معه مع ما يتولد عن ذلك من عيوب في سير المرفق العام، وإما أن تلجأ إلى عقوبة إنهاء العقد على الرغم من بساطة الخطأ من جانب المتعاقد، مع ما يترتب على ذلك من تأثير على حسن سير المرفق العام محل العقد، فبسبب خطا بسيط توقع الإدارة جزاءا قاسيا على المتعاقد يتمثل في إنهاء العقد الذي يؤثر على استمرار سير المرفق العام وحسن سيره[1].

وأمام هذا الوضع غير المقبول كان لابد من وجود حل في حال وجود نصوص تتضمن جزاءات قاسية مقارنة مع بساطة المخالفة، أو في حال عدم تعرض العقد لذكر جزاءات لبعض المخالفات، هذا الحل الذي يكمن في اللجوء إلى معايير أخرى[2].

فالوضع في فرنسا:

منذ نهاية القرن التاسع وبداية القرن العشرين كان المبدأ المستقر إن العقد الإداري وحده يستقل ببيان جزاءاته، وبذلك لم يكن مسموحا بتطبيق جزاء من خارج العقد، إلا جزاء الفسخ فقط، وهذا الاتجاه القضائي أيده الفقه الفرنسي في ذلك الوقت[3].

وقد انتقد الفقهاء الفرنسيين هذا الاتجاه كثيرا لسببين:

الأول: من غير المعقول أن تبقى بعض المخالفات لبنود العقد دون جزاء بحجة عدم النص عليها في العقد، فإن نية المتعاقدين(أطراف العقد) ومبدأ دوام سير المرفق بانتظام و إطراد يحتمان ضرورة تنفيذ كل بنود العقد وتوفير الحماية الكافية له.

كما أن هناك مبدأ مجمعا عليه مقتضاه أنه "لا يمكن لأحد أن يعفي نفسه من النتائج التي يمكن أن تؤدي إليها الأخطاء التي سوف يرتكبها"[4].

الثاني: تطبيقا لهذا أجاز المشرع للإدارة حق تطبيق جزاء الإسقاط لمواجهة المخالفات غير المنصوص عليها المنصوص عليها في العقد.

وهنا يترتب أحد احتمالين:

---

(1) د . عادل سعيد أبو اخير، المرجع السابق، ص 205

(2) د. عبد المجيد فياض، نظرية الجزاءات في العقد الإداري، النهضة العربية، مصر،1975 ، ص 17.

(3) د. عمر حلمي، معيار تمييز العقد الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة . مصر، 1983، ص 106.

(4) د. عبد المجيد فياض، المرجع السابق، ص 245.

- إما لجوء الإدارة إلى ممارسة هذا الجزاء (الإسقاط) لمواجهة المخالفات غير المنصوص عليها في العقد مهما كانت جسامتها، مما يهدد المرفق بالتوقف والاضطراب.
- أوأن تعمد الإدارة إلى إهدار الجزاء وعدم تطبيقه نتيجة خطورة وآثاره الضارة على المرفق العام ومصالح المنتفعين، وهذا يتساوى مع عدم النص على وجود جزاء لمواجهة بعض الالتزامات التعاقدية.

وهناك استجاب مجلس الدولة الفرنسي وأجاز للإدارة حق تطبيق جزاءات لم ينص عليها في العقد.

وقد أؤيد بحكم مجلس الدولة الفرنسي 1907 الذي وضع مبدأ هاما حيث أجاز للقاضي تطبيق جزاء من خارج نصوص العقد ألا وهوالتعويض، وقد ساد هذا التطور لفترة من الزمن، ولكنه لقي بعض الانتقادات، حيث كانت هذه الخطورة غير كافية نتيجة لضرورة تدخل القضاء من ناحية وقصر الجزاء على التعويضات وهي ضعيفة الأثر[1].

لذلك كان لابد من وجود تطور آخر وهو ما ظهر في حكم شركة ملاحة جنوب الأطلنطي، حيث سمح للإدارة باستخدام حق التنفيذ المباشر.

المطلب الثاني ـ معيار السلطة العامة:

لقد كان القانون الإداري الفرنسي خلال القرن التاسع عشر(19) مبنيا على فكرة السلطة العامة ومرتبطا بها، وعرفها أنصارها وعلى رأسهم هوريو على أنها: "مجموعة الامتيازات والاختصاصات والأساليب الفنية ومجموعة القيود التي تعمل في حدودها الإدارة العامة، والتي تجعل منها أسمى مرتبة من الأفراد ولا تتساوى مع مراكزهم، وبالتالي تحتم وجود قواعد القانون الإداري الاستثنائية وغير المألوفة في قواعد القانون الأخرى"، ففكرة السلطة العامة هي التي تخول للإدارة العامة توقيع جزاءات في إطار ممارسة أعمالها الإدارية (إصدار القرارات وإبرام العقود)[2].

(1) د ـ د عمر حلمي، المرجع السابق، 1993، ص 103.

(2) د . عمار عوابدي، القانون الإداري (الجزء الأول التنظيم الإداري)، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الثالثة، 2005،الجزائر، ص 146

ولم يخرج الفقه عن هذه المحددات أيضاً، إذ عرف الدكتور سليمان الطماوي، "العقد الإداري بأنه:"ذلك العقد الذي يبرمه شخص معنوي عام بقصد تسيير مرفق عام أو تنظيمه، وتظهر فيه نية الإدارة في الأخذ بأحكام القانون العام، آية ذلك أن يتضمن العقد شروطا استثنائية، وغير مألوفة في القانون الخاص أو أن يخول المتعاقد مع الإدارة الاشتراك مباشرة في تسيير المرفق العام[1]".

ومن أجل أن تضطلع الدولة والإدارة العامة بوظائفها الإدارية وتحقق أهدافها المختلفة في نطاق فكرة المصلحة العامة، وجب عليها أن تحوز وتمارس سلطات وأجهزة ووحدات وهيئات النظام الإداري في الدولة مظاهر السلطة العامة وأساليبها وأدواتها في مواجهة الأفراد، وفي مواجهة حقوقهم وحرياتهم، مثل سلطات الضبط الإداري المختلفة، وسلطة نزع الملكية الخاصة للمنفعة العامة، وسلطة اتخاذ القرارات الإدارية، وسلطة التنفيذ الجبري، وسلطة التنفيذ المباشر لقرارات وإجراءات الإدارة العامة، وسلطات الإدارة العامة المتعاقدة في مواجهة الطرف المتعاقد معها، هذه السلطات تعتبر مظاهر فكرة السلطة العامة، وتعرف اصطلاحا بالشروط الاستثنائية وغير المألوفة في نطاق عقود القانون الخاص والمقترنة بالعقود الإدارية بطبيعتها، ومظاهر السلطة العامة في مجال الوظيفة العامة للدولة، والتي تكون وتشكل في مجموعها فكرة السلطة الرئاسية على المؤسسات العامة والمرافق العامة الإدارية وعلى أشخاص وأعمال العاملين المرؤوسين، وكذا سلطات الاستيلاء المؤقت على أملاك الأشخاص العاديين للمصلحة العامة، وسلطات التعبئة العامة ... إلخ[2].

فالإدارة العامة تستند في توقيع الجزاءات على حقها كسلطة عامة وواجبها في تسيير المرافق العامة وهي تستمد كل ذلك أصلا من النصوص الدستورية وكافة النصوص الأخرى، فهي لا تستمد سلطتها من العقد الإداري وبنوده فحسب، بل من طبيعة العقد الإداري، ومن حقها وواجبها كسلطة عامة[3].

(1) د . سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 500

(2) د. عمار عوابدي، قضاء التفسير في القانون الإداري، دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر،2002، ص 4-5

(3) د . عبد القادر دراجي، المقالة السابقة، ص 94.

فالإدارة على هذا النحو لا تستطيع أن تضمن العقد الإداري بنودا تتنازل فيها عن سلطتها في توقيع الجزاءات، فهي لا تملك هذا الحق أصلا، حتى تستطيع التنازل عليه، وإنما تملكه كسلطة أو كضمانة لتنفيذ الملتزم بالتزاماته[1].

وإن الإدارة العامة تتمتع بحق توقيع كافة أنواع الجزاءات، حتى ولو اقتصر النص في العقد على بعض الأنواع فقط.

ويرى فريق من الفقه المصري أن الأساس القانوني لسلطة الإدارة في توقيع الجزاءات يكمن في فكرة السلطة العامة. على أساس أن الجزاءات التي توقعها الإدارة على المتعاقد هي مظهر من مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية وهي تطبيق مباشر لنظرية التنفيذ المباشر[2] دون حاجة إلى اللجوء إلى القضاء، مع ملاحظة أن الالتزامات المتقابلة وضمان الدفع بعدم التنفيذ، كقاعدة متبعة في عقود القانون الخاص، لا وجود لها في العقود الإدارية، حيث تخضع هذه الأخيرة لنظام قانون خاص بها، يخول الإدارة اقتضاء حقوقها تجاه المتعاقد بصورة مباشرة[3].

وتجمع سلطات الإدارة الاستثنائية التي يحق لها استعمالها بصدد تنفيذ العقود الإدارية مجموعة من الخصائص تبرز في مجملها مدى استثنائية هذه السلطات، من حيث يكون بوسع الإدارة إصدار قرار بشأنها بإرادتها المنفردة، مع ضرورة انصياع المتعاقد لما يفرضه عليه ممارسة الإدارة لتلك السلطات، والتي ضابط استعمالها تحقيق المصلحة العامة، حيث تخضع الإدارة بمناسبة استخدام تلك السلطات لولاية القضاء الكامل، وهذا ما سوف نحاول تفصيله فيما يلي[4]:

(1) د . زين العابدين بركات، المرجع السابق، ص 621.

(2) د . فتيحة حابي، " النظام القانوني لصفقة إنجازالأشغال العمومية في ظل المرسوم الرئاسي 10-236 المعدل والمتمم " (مذكرة ماجستير في القانون العام فرع قانون الإجراءات الإدارية)، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تيزي وزو . الجزائر،2013. ص 263.

(3) د . محمد خلف الجبوري، العقود الإدارية، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1998، ص 116.

(4) د . عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع السابق، ص 26.

الفرع الأول: استعمال السلطات الاستثنائية دون نص يقررها:

بوسع الإدارة المتعاقدة استعمال سلطاتها الاستثنائية في مجال تنفيذ العقود الإدارية بإرادتها المنفردة و دون حاجة لموافقة المتعاقد معها، أو استصدار حكم قضائي يخولها هذا الحق.

كما أن بوسع الإدارة استعمال تلك السلطات و لو خلا العقد من نص يخولها ذلك وحتى لو تضمن العقد نص صريح يحظر على الإدارة استعمال لأي من سلطاتها الاستثنائية، فلا يكون لمثل هذا النص من أثر في منع الإدارة من ذلك.

وإذا ورد بالعقد الإداري نص يخول الإدارة استعمال إحدى تلك السلطات، فلا يتعدى دوره تنظيم ذلك الاستعمال والكشف عن حق الإدارة الأصيل في هذا الاستعمال دون إنشائه.

وترجع أصالة حق الإدارة في استعمال سلطاتها الاستثنائية في مجال تنفيذ العقود الإدارية إلى أن في ذلك ممارسة منها لمظاهر السلطة العامة في هذا المجال، حيث تكون طرفا في العقد الإداري بوصفها سلطة عامة.

الفرع الثاني ـ ارتباط السلطات الاستثنائية بالنظام العام:

نظرا لأن سلطات الإدارة الاستثنائية في مجال تنفيذ العقود الإدارية هي إحدى الأسس العامة التي تقوم عليها نظرية العقود الإدارية ولارتباطها بالمبادئ العامة لتلك العقود، فإن حق استعمال الإدارة لها يتصل بالنظام العام، الأمر الذي لا يجيز لها التنازل انفرادا أو اتفاقا مع المتعاقد معها على عدم استعمال أي من تلك السلطات، حيث يقع مثل هذا التنازل أو الاتفاق باطلا بطلانا مطلقا[1].

الفرع الثالث: هدفها تحقيق المصلحة العامة:

إذا كان هدف إبرام العقود المدنية ينحصر في تحقيق مصالح عاقديها الذاتية فإن للعقود الإدارية غاية أعم وأشمل، حيث يتعين أن تهدف في مجملها إلى تحقيق المصلحة

(1) د . عبد القادر دراجي، المقالة السابقة، ص 94

العامة، ولو كان في ذلك تضحية بمصالح المتعاقد مع الإدارة ولا ضير في ذلك ما دام المتعاقد عالما به وقت إقدامه على التعاقد[1].

ولأن بلوغ تلك الغاية لن يتسنى إذا قامت العلاقة بين أطراف العقد الإداري على التوازن و الندية، فقد كان لابد من منح الإدارة سلطات استثنائية في مواجهة في مواجهة المتعاقد معها لا يملك نظير لها تحقيقا للمصلحة العامة.

وإذا كان تحقيق المصلحة العامة هو مبرر منح الإدارة سلطات استثنائية في مجال تنفيذ العقود الإدارية فأن تحقيق تلك المصلحة يشكل في ذات الوقت قيدا على استعمال الإدارة لتلك السلطات، بحيث تخرج تلك الممارسة عن إطار المشروعية متى كانت لتحقيق غرض منبت الصلة بالمصلحة العامة، والتي تعد محورا تدور حوله "مبدأ المشروعية" وجودا وعدما.

فإذا لم تراعي الإدارة وجه المصلحة العامة في استعمالها لإحدى سلطاتها الاستثنائية أصبح بوسع المتعاقد معها اللجوء لقاضي العقد طاعنا في مشروعية ذلك التصرف ومطالبا بالتعويض عن آثاره الضارة أو بفسخ العقد الإداري، إذا لم يعد بإمكانه الاستمرار في تنفيذه في ظل الاستعمال غير المشروع لسلطات الإدارة في تنفيذ[2].

الفرع الرابع ـ احترام المتعاقد للسلطات الاستثنائية للإدارة التزام تعاقدي:

يتعين على المتعاقد مع الإدارة الانصياع لاستعمال هذه الأخيرة لأي من سلطاتها الاستثنائية تجاهه، فعليه تنفيذها دون اعتراض حتى ولو منى بضرر من جزاء ذلك، لأن تلك السلطات هي من طبيعة العقد الإداري الذي وافق بإرادته الحرة على إبرامه والتعاقد على أساسها.

وعدم جواز اعتراض المتعاقد مع الإدارة على استعمالها لسلطاتها الاستثنائية في مواجهته مناطه أن يكون استعمال الإدارة لتلك السلطات قد تم في إطار من

(1) د . فتيحة حابي، المرجع السابق، ص 262.

(2) د . عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع السابق، ص 27.

المشروعية،وإلا أصبح استعمال الإدارة لها غير مشروع الأمر الذي يعطيه الحق في الاعتراض عليه و الطعن فيه أمام قاضي العقد[1].

الفرع الخامس ـ خضوع منازعات استعمال الإدارة لسلطاتها الاستثنائية لولاية القضاء الكامل:

تخضع المنازعة في مشروعية ممارسة الإدارة لإحدى سلطاتها الاستثنائية لولاية القضاء الكامل، حيث أن ما يصدر بشأن تلك الممارسة ليس قرارا إداريا يخضع لدعوى الإلغاء لفحص مدى مشروعيته، وليس كذلك من القرارات الإدارية المنفصلة عن العقد الإداري والتي يختص قاضي الإلغاء بالنظر فيها، إضافة إلى اندراج تلك المنازعات ضمن المنازعات الحقوقية التي يختص قاضي العقد بالفصل فيها.

وقد ذهبت المحكمة الإدارية العليا في هذا الشأن إلى أن "... ما تصدره الإدارة من قرارات تنفيذا للعقد هي منازعات حقوقية تكون محلا للطعن فيها على أساس ولاية القضاء الكامل دون ولاية قضاء الإلغاء ..."[2].

المطلب الثالث ـ معيار المرفق العام:

تؤدي المرافق العامة دورا كبيرا داخل المجتمع أيا كان موضوع نشاطها، وهذا يفرض أن تقدم خدماتها للجمهور بشكل مستمر ومتواصل. فلا يمكن أن نتصور مثلا توقف جهاز القضاء عن الفصل في الخصومات، أو توقف جهاز الأمن عن أداء مهامه أو مرفق الدفاع، إن توقف أحد هذه الأجهزة وغيرها سينجم عنه لا شك إلحاق بالغ الضرر بالمصلحة العامة وبحقوق الأفراد.

لذا تعين على المشرع وبغرض تحقيق المصلحة العامة وهواستمرارية نشاط المرفق العام[3]وقيامه بالخدمات المنوطة به أن يعد من الآليات القانونية ما يضمن أداء الخدمة وتواترها وانتظامها وعدم انقطاعها.

---

(1) د . عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع السابق، ص 28.

(2) د . عبد العزيز عبد المنعم خليفة، نفس المرجع، ص 30.

(3) د . فتيحة حابي، المرجع السابق، ص 261.

فمن حق المنتفع الاستفادة من خدمات المرفق في المكان والزمان المخصص لذلك، وإذا تعرض المرفق لعوائق تقنية مثلا تحول دون تحقيق عنصر الانتفاع به، وجب أن يعلم الجمهور بذلك، فإذا أرادت مثلا مؤسسة سونلغاز القيام بأشغال معينة وقطع التيار الكهربائي لمدة معينة وجب أن تعلن الجمهور بذلك وكذا الحال بالنسبة لمؤسسة توزيع المياه[1].

ويعتبر مبدأ الاستمرارية أكثر المبادئ وزنا لأن القضاء الإداري كثيرا ما اعتمد عليه، فمعظم أحكام ومبادئ القانون الإداري تخص هذا المبدأ وتتفرع عنه[2].

ويقتضي مبدأ الاستمرارية توافر جملة من الضمانات تعمل جميعا على تجسيده على أرض الواقع[3]، ومن هذه الضمانات ما وضعه المشرع، ومنها ما رسخه القضاء الإداري، وتتجلى هذه الضمانات في تنظيم ممارسة حق الإضراب، وتنظيم ممارسة حق الاستقالة، وسن قواعد خاصة لحماية أموال المرفق، وهي جميعا تمثل ضمانات تشريعية أي من صنع المشرع، وهناك ضمانات أخرى كنظرية الموظف الفعلي ونظرية الظروف الطارئة وهي من صنع القضاء.

فالإدارة تلجأ في تنظيمها وتسييرها مرافق العامة إلى أسلوب التعاقد مع الغير وتضع المصلحة العامة نصب عينيها، وعلى هذا الأساس (استمرارية المرفق العام وحسن سيره بانتظام وإطراد)، يبرر سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات على المتعاقد معها المقصر في أداء التزاماته.

الفرع الأول: موقف القضاء والفقه المصري:

لقد تعرض القضاء والفقه المصري لمعيار المرفق العام ومبدأاستمراريته وحسن سيره بانتظام وإطراد كأساس سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات على المتعاقد معها المقصر في أداء التزاماته:

(1) د . عمار بوضياف، الوجيز في القانون الإداري، المرجع السابق، ص413.

(2) د . سعيد عبد الرزاق باخبيرة، الأطروحة السابقة، ص 70.

(3) د . عمار عوابدي، القانون الاداري (الجزء الأول التنظيم الإداري) ، المرجع السابق، ص147.

الفقرة الأولى ـ موقف القضاء:

قد أكدت المحكمة الإدارية في مصر سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات على المتعاقد معها المقصر على أساس مبدأ الاستمرارية سير المرافق العامة بانتظام وإطراد:" سلطة الإدارة في توقيع الجزاء على المتعاقد معها أساسها المصلحة العامة، وضمان استمرارية سير المرافق العامة، ولا تحتاج إلى نص يقررها"[1].

الفقرة الثانية ـ موقف الفقه:

ذهب فريق من الفقه، يؤيد هذا الحق على أساس الصلة التي تربط العقود الإدارية بالمرافق الإدارية و المرافق العامة، مما يستلزم ضرورة سيرها بانتظام وإطراد باعتبار أن الإدارة مسؤولة بطبيعة وظيفتها عن سير هذه المرافق ومن حقها وواجبها أن تتخذ الإجراءات التي تكفل إجبار متعاقد معها بالتزاماته[2].

الفرع الثاني ـ موقف الفقه الفرنسي:

من أنصار المرفق العام الفقيه " جيز" حيث يرى أن السير المنتظم للمرفق العام يتطلب أكبر قدر من الدقة في تنفيذ العقد الإداري.

وسار على نفس النهج الفقيه " بيكينو" واستشهد بحكم مجلس الدولة في قضية شركة ملاحة جنوب الأطلنطي 1929/10/12، وقد قرر أن من حق الإدارة استعمال سلطتها في القرار التنفيذي المباشر عندما تطبق جزاء ضد المتعاقد معها المقصر بدون حاجة لشرط صريح في العقد، فهذه الامتيازات هي ما يميز العقد الإداري[3].

ومن الفقه الحديث: نجد ذلك الرأي الذي يقرر أنه يجب تنفيذ الالتزامات المفروضة على المتعاقد وفقا للطرق المنصوص عليها في العقد، ولقد كفل قاضي العقد فاعلية هذه القاعدة، حيث يعاقب المتعاقد مع الإدارة على التقصير الذي يصدر من جانبه، كما أن

---

(1) د . فتيحة حابي، المرجع السابق المرجع السابق، ص 262.

(2) د. حسين عبد العال، السلطات المخولة لجهات الإدارة، الطبعة الأولى، مطبعة لجنة البيان العربي، القطيف . السعودية، 1961، ص16.

(3) د . بن شعبان علي، الأطروحة السابقة ، ص 108.

الصلاحيات المقررة للإدارة المتعاقدة تسمح لها بأن تفرض بذاتها الجزاء ضد المتعاقد معها المقصر في الوفاء بالالتزامات المفروضة عليه، وعلى هذا النحو نجد أن ضمان استمرار المرفق العام يتطلب توقيع الجزاءات والتي تأخذ عدة صور وأشكال منها خاصة: الجزاءات المالية، ووسائل الضغط المختلفة و أخطرها الفسخ الجزائي[1].

نخلص من ذلك أن الأساس القانوني لحق الإدارة في توقيع الجزاءات على المتعاقد يكمن في فكرة المرفق العام فالإدارة هي القوامة على المرافق العامة وهي المسؤولة بحكم وظيفتها عن حسن سير وتنظيم المرفق العام، ومن هنا يحق لها توقيع الجزاء المناسب على المتعاقد لكفالة سير المرفق العام ولدفع الخلل الذي يمكن أن يصيب المرفق من جراء تقصير المتعاقد معها[2].

(1) د . محمد الصغير بعلي، العقود الإدارية، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة- الجزائر، 2005، ص 75

(2) د . عادل عبد الرحمان خليل، المبادئ العامة في أثار العقود الإدارية وتطبيقاتها، دار النهضة العربية، القاهرة . مصر، ص 306.

خلاصة الفصل الأول:

نخلص من خلال تناولنا للفصل الأول، بأن الجزاء هو الوسيلة الفعالة لضماناحترام القانون، و ينشأ منذ اللحظة التي تنشأ فيها الالتزامات، حيث تسن القواعد القانونية، وتسن معها جزاءات لمن يخالفها، وعرف:

- **لغـــة** كما يلي: جزاء الأمر: عقباه والعقب: ما يعقب على كل شيء عقبي. والجمع عواقب والعقبي حسنة أو سيئة.

والعقاب والمعاقبة: أن تجزى المرء بما فعل سواء، والاسم: العقوبة وعاقبة بذنبه معاقبة وعقابا: أخذه به وتعقب المرء إذا أخذه بذنب كان منه.

- **واصطلاحا**: والجزاء بمعناه الاصطلاحي، هوالأثر الذي يترتب على مخالفة القواعد والأحكام التي نص عليها المشرع، وهو هنا لا يقتصر على العقوبة التي نص عليها المشرع كجزاء لمخالفة القواعد القانونية إنما يشمل أيضا ما ينص عليه المشرع من مكافآت لمن قام بتنفيذ ما نص عليه من قواعد وأحكام.

ثم تطرقنا لأنواع الجزاء، ورأينا بأنه يختلف تبعا لنوع و طبيعة القاعدة الملزمة التي تمت مخالفتها فإذا كانت القاعدة دينية فإن الجزاء يكون عندئذ جزاء دينيا، كما يكون الجزاء جزاء قانونيا إذا كانت القاعدة الملزمة التي خالفها الفرد قد نص عليها القانون الوضعي...إلخ.

وبالنظر للجزاء القانوني نجد أنه يتضمن صورا مختلفة فقد يكون ذلك الجزاء جزاء جنائيا إذا ترتب على مخالفة قاعدة قانونية جنائية وقد يكون جزاء ماليا وقد يكون جزاء إداريا وقد يكون جزاء مدنيا،...إلخ.

وإن كان أهم أنواع في الجزاء القانوني هي: الجزاء المدني، الجزاء الجنائي و الجزاء الإداري.

ثم تطرقنا إلى خصائص الجزاءات التي توقعها المصلحة المتعاقدة:

إن الجزاءات التي توقعها الإدارة على المتعاقدين معها تتميز بجملة من الخصائص تتبع من ضرورات سير المرفق العام بانتظام وإطراد، والتي تعطيها طابعا استثنائيا ونظاما قانونيا يختلف عن ذلك المتعارف عليه في عقود القانون المدني كـ:

- سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات بإرادتها المنفردة.

- سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات دون الحاجة إلى النص عليها في العقد.
- سلطة الإدارة في استبدال الجزاءات المنصوص عليها في العقد بجزاءات بأخرى غير المنصوص عليها، ما عدا الجزاءات المالية.
- حق الإدارة في اختيار موعد توقيع الجزاء.
- خضوع سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات لجملة من القيود (مبدأ المشروعية، رقابة القضاء والإعذار بالجزاء).

وتطرقنا أيضا الأساس القانوني لسلطة المصلحة المتعاقدة في حق توقيع الجزاءات:

فرأينا أن حق الإدارة (المصلحة المتعاقدة) في توقيع الجزاءات، تستنبط من فكرة أسس القانون الإداري بصفة عامة، لذلك تعددت النظريات في هذا:

فمنهم من يرى أن معيار العقد الإداري هو الأساس وينادي أصحاب هذا الاتجاه بعدم جواز أن توقع الإدارة عقوبات لم تتضمنها بنود سابقة في العقد الإداري، ولا يمكن أيضا للقضاء توقيع عقوبات خارج تلك المنصوص عليها في هذا العقد.

ومنهم من يرى بأن معيار السلطة العامة هو الأساس على اعتبار أن الجزاءات التي توقعها الإدارة على المتعاقد هي مظهر من مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية وهي تطبيق مباشر لنظرية التنفيذ المباشر.

ومنهم أيضا من يرى بأن معيار المرفق العمومي والأساس، بناءا على مبدأ استمرارية نشاط المرفق العمومي بانتظام وإطراد وقيامه بالخدمات المنوطة به لتلبية حاجيات الجمهور.

الفصل الثاني:

أنواع الجزاءات التي توقعها المصلحة المتعاقدة

الفصل الثاني: أنواع الجزاءات التي توقعها المصلحة المتعاقدة

إن فكرة العقد الإداري أساسها الصالح العام فإذا أخل المتعامل المتعاقد مع الإدارة في التزاماته التعاقدية كأن يمتنع عن التنفيذ أو يقوم بتنفيذ مخالف للشروط والمواصفات المتفق عليها أو يتأخر عن المواعيد المحددة للتنفيذ أو يتنازل عن التنفيذ لمقاول من الباطن دون موافقة الإدارة أو يخالف تعليمات الإدارة أو يستعمل الغش أو التلاعب في معاملته للإدارة... الخ، كل ذلك يؤدي إلى حدوث اضطراب في تنفيذ الصفقة ولو طبقنا الجزاءات العادية الموجودة في القانون الخاص لن تكون كافية وقد تكون غير ملائمة، ومن هنا تظهر سلطة الإدارة في فرض الجزاءات على المتعاقد معها، إذ أن الحرص على سير المرافق العامة بانتظام واطراد يستلزم التشدد في التعامل مع المتعاقد لإجباره على تنفيذ العقد بدقة. ومن خلال العقد المدني يستهدف الجزاء (سواء كان فسخا أو تنفيذا عينيا) إصلاح الأخطاء التعاقدية وتعويض المتعاقد، فإن الجزاء في العقود الإدارية لا يستهدف إعادة التوازن بين التزامات الطرفين ولا يتسم بطابع العقوبات كجزاء رادع دائما وإنما هدفه هو الوصول إلى تنفيذ الالتزام الضروري لسير المرفق العام، ونظرا لأهمية هذه السلطة كان من الواجب علينا التعمق فيها أكثر من خلال التطرق إلى:

المبحث الأول: الجزاءات المالية

المبحث الثاني: الجزاءات الضاغطة والفاسخة

المبحث الأول: الجزاءات المالية

الجزاءات المالية هي جزاءات إدارية تتمتع بها المصلحة المتعاقدة يمكن تطبيقها على المتعامل المتعاقد إذا لم يلتزم بتنفيذ التزاماته التعاقدية كلها أو بعضها ويستوي في ذلك أن يكون قد امتنع عن تنفيذ التزاماته بالكامل أو تأخر في تنفيذها أو يكون قد نفذها على وجه غير مرض أو أن يكون قد أحل غيره مكانه من دون موافقة المصلحة المتعاقدة.

وهذا ما قضت به المادة 147 من المرسوم الرئاسي 247/15 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام والتي نصت على أنه: "يمكن أن ينجر عن عدم تنفيذ الالتزامات التعاقدية من قبل المتعاقد في الآجال المقررة أو تنفيذها غير المطابق فرض عقوبات مالية دون الاخلال بتطبيق العقوبات المنصوص عليها في التشريع المعمول به.

تحدد الأحكام التعاقدية للصفقة نسبة العقوبات المالية وكيفيات فرضها أو الإعفاء منها طبقا لدفاتر الشروط المذكورة باعتبارها عناصر مكونة للصفقات العمومية.

من خلال هذه المادة يتضح حق المصلحة المتعاقدة في فرض عقوبات مالية.

تحدد الأحكام التعاقدية للصفقة، نسبة هذه العقوبات وكيفيات فرضها والإعفاء منها طبقا لدفاتر الشروط، وهذا ما سنتطرق له في هذا المبحث وذلك من خلال:

المطلب الأول: الغرامة التأخيرية

المطلب الثاني: مصادرة مبلغ الضمان

المطلب الثالث: التعويض

المطلب الأول: الغرامة التأخيرية la pénalité de retard

نظرا لتعدد وتنوع صور الاخلال عند المتعامل المتعاقد أثناء تنفيذ الصفقات العمومية بمختلف أنواعها وجب على الإدارة فرض جزاءات متعددة كالغرامة التأخيرية التي سندرسها من جميع النواحي وذلك من خلال التطرق إلى:

الفرع الأول: تعريفها

الفرع الثاني: خصائصها

الفرع الأول: تعريف الغرامة التأخيرية

عرفها الدكتور عمار عوابدي: "هي المبالغ التي يجوز للإدارة ان تطالب بها الطرف المتعاقد معها إذا ما أخل بالتزاماته التعاقدية أثناء تنفيذ العقود الإدارية".[1]

كما عرفها الدكتور سليمان محمد الطماوي: "هي مبالغ إجمالية تقدرها الإدارة مقدما و تنص على توقيعها متى أخل المتعاقد بالتزام معين لا سيما فيما يتعلق بالتأخير في تنفيذ العقد.[2]

وتحمل الغرامة معنى العقوبة المالية لذا هي جزاء تقوم الإدارة بتوقيعه أكثر من احتمالها معنى التعويض وذلك كونها مبلغا محددا سلفا ويشترط توقيعه بمجرد وقوع خطأ التأخير في أجل التنفيذ لذلك سميت بالغرامة التأخيرية.[3]

ومن هنا نخلص أن الغرامة التأخيرية هي عبارة عن مبالغ إجمالية تحددها الإدارة مقدما في العقد الإداري كجزاء تفرضه على الطرف الآخر في العقد الإداري عند تأخره عن انجاز الأعمال المكلف بها ضمن المدة المتفق عليها.[4]

---

(1) عمار عوابدي، القانون الإداري (النشاط الإداري)، ج2، الطبعة 3، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005، ص219.

(2) سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص506.

(3) أحمد سلامة بدر، العقود الإدارية وعقود الثبوت، مكتبة دار النهضة العربية، القاهرة، 2003، ص183.

(4) مازن ليلو راضي، العقود الإدارية، دار قنديل للنشر، ط1، عمان، الأردن، 2011، ص147.

ومن خلال متابعتها لهذا الموضوع في جانبه الميداني فان جميع المصالح المتعاقدة تضمن بند في دفاتر شروطها يتضمن احتساب غرامة التأخير، ولكن الأغلبية الساحقة لهذه المصالح المتعاقدة لا تطبق هذا البند إذا تأخر المتعامل بعد مدة أجال التنفيذ للصفقة وهذا مقابل أن لا يطالب المتعامل المتعاقد بفوائد التأخير (les intérêt moratoire) في حالة عدم تسديد وضعيات الدفع في أجال معينة بعد وضعها على مستوى المحاسب العمومي، وتوضع هذه الآجال وتوضح في دفتر الشروط وفي حالة تجاوزها وعدم تسديد الإدارة في المدة المسموح يمكن للمتعامل المتعاقد أن يطالب بفوائد التأخير وهنا نفس الملاحظة بالنسبة للمتعاملين المتعاقدين، فالأغلبية الساحقة لا تطالب بهذه الفوائد في حال سكوت الإدارة عن عدم تطبيق غرامة التأخير.

وتجدر الإشارة إلى أن الغرامة تحدد مسبقا (طريقة حساب معينة أنظر الملحق رقم:(1)[1]

وقد خول المشرع بموجب المادة 147 المذكورة سابقا من المرسوم 247/15 المصلحة المتعاقدة حق توقيع الجزاءات المالية في شكل غرامة وقيد مجال ممارستها في حالتين.[2]

الحالة الأولى: في حالة عدم تنفيذ الإلتزامات محل التعاقد في الأجل المتفق عليه، لا شك أن الإدارة المتعاقدة عندما تتعاقد تضع بعين الاعتبار عنصر الزمن الذي ينبغي خلاله تنفيذ العقد حتى يتسنى لها الانتهاء من عملية تعاقدية والدخول في علاقة جديدة أو تنفيذ جزء أو شطر من البرنامج المسطر والانتقال إلى جزء آخر وهكذا، فلا يمكن من حيث الأصل إغفال عنصر الزمن أو عدم إيلائه أهمية تليق به والأمر يتعلق بمرفق عام وبخدمات عامة وبمصلحة عامة.

ومن هذا المنطلق وجب تسليط جزاء مالي على كل متعاقد ثبت إخلاله بالقيد الزمني أو المدة المقررة لتنفيذ العقد خاصة وأن هذه المدة هي من اقتراح المتعهد أو

(1) ملحق رقم (1) يتضمن طريقة حساب غرامة التأخير.

(2) المادة 147 المرسوم الرئاسي 247/15.

المتعاقد مع الإدارة حينما أقبل على إيداع ملف المناقصة وتعهد باحترام المدة المتفق عليها.[1]

إن المتعاقد مع الإدارة حينما يتعهد بتنفيذ موضوع العقد خلال مدة زمنية معينة متفق عليها في العقد فإن العقد الإداري هنا يقترب من العقد المدني في المبدأ الذي يحكمه أن "العقد شريعة المتعاقدين"، فالمتعاقد مع الإدارة التزم بالتنفيذ خلال مدة ذكرت في العقد ثم أخل بهذا الالتزام، فالوضع الطبيعي أن يخضع لجزاء وهذا الأخير تسلطه الإدارة دون اللجوء للقضاء وهو أحد مظاهر ممارسة السلطة العامة.[2]

الحالة الثانية: في حالة التنفيذ غير المطابق يفترض هنا أن المتعاقد مع الإدارة أخل بالشروط المتفق عليها وكيفيات التنفيذ فخرج عن الالتزامات التي تعهد بها، فالوضع الطبيعي أيضا في هذه الحالة هو خضوعه لجزاء مالي متمثل في الغرامة التأخيرية.[3]

وقد نصت المادتين 147 و95 من المرسوم 247/15 على أن العقوبات المالية لها أساس عقدي الفقرة التالية المادة 147: "تحدد الأحكام للصفقة نسبة العقوبات المالية وكيفيات فرضها ...".

وأكدت ذلك المادة 95 من ذات المرسوم "... نسب العقوبات المالية وكيفيات حسابها وشروط تطبيقها أو النص على حالات الإعفاء منها ...".[4]

ومن هذا المنطلق صار المتعاقد على علم بمجرد توقيع الصفقة أن المصلحة المتعاقدة قد تمارس تجاهه جملة من امتيازات السلطة المتعاقدة فتفرض عليه مبالغ مالية ونسب محددة في الصفقة وقبل ذلك في دفتر الشروط.[5]

---

(1) عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، جسور النشر والتوزيع، المحمدية، الجزائر، 2011، ص220-221.

(2) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في مصادر الالتزام، الجزء 02، المجلد الأول، دار النهضة، 1981، ص851.

(3) سبكي ربيعة. سلطات المصلحة المتعاقدة تجاه المتعامل المتعاقد في مجال الصفقات العمومية (رسالة ماجستير). جامعة تيزي وزو 2014/2013. ص93.

(4) المادة 95-147 من المرسوم 247/15. مرجع سابق.

(5) عمار بوضياف. شرح تنظيم الصفقات العمومية. مرجع سابق. ص221.

كما أن قضاء الغرفة الإدارية للمحكمة العليا كرس تطبيق الغرامة التأخيرية في القرار الصادر بتاريخ 16-12-1989 الذي جاء فيه "من المقرر أن غرامات التأخير تطبق عند عدم تكملة الأشغال في الآجال ...".[1]

الفرع الثاني: خصائص الغرامة التأخيرية:

تتميز الغرامة التأخيرية بمجموعة من الخصائص والمتمثلة في كل من ما يلي:

أولا: ذات طبيعة اتفاقية:

أي أنها تحدد مقدما في الاتفاق أو في القانون الذي تعتبر أحكامه مكملة للعقد الذي يتم التعاقد في ظله، فإذا لم يكن قد نص عليها فلا يجوز تطبيقها وللإدارة أن تلجأ إلى جزاءات أخرى.[2]

ويحدد مقدارها مقدما في العقد والإدارة ملزمة بما اتفقت عليه في هذا الشأن ولا يحق لها زيادته حتى ولو نتج عن التأخير ضرر يزيد عما حدد في العقد.[3]

وقد نصت المادة 147 الفقرة 3 من المرسوم الرئاسي 247/15 على أنه لا بد عند توقيع المصلحة المتعاقدة لعقوبة الغرامة التأخيرية على المتعاقد المخل بالتزاماته التعاقدية أن تكون هذه العقوبة محددة في العقد مسبقا، وفي حالة عدم النص عليها في الصفقة المبرمة فإنه لا يمكن للإدارة من توقيع هذا الجزاء بالرغم من وجود نص تسريعي منظم لها.

ثانيا: ذات طبيعة تلقائية:

بالرجوع إلى أحكام المادة 147 من المرسوم الرئاسي 247/15 نجد أن المشرع الجزائري لم يشرط لتوقيع هذه العقوبة وقوع الضرر،[4] بمعنى أنها تطبق مباشرة دون حاجة إلى إثبات أن ضررا ما قد أصاب الإدارة بل لا يقبل من المتعاقد إثبات عدم حصول

---

(1) المحكمة العليا. الغرفة الإدارية. قرار رقم 65145. المؤرخ في 16-12-1989. قضية (ع.ط) ضد والي ولاية قالمة. المجلة القضائية. العدد1. الجزائر، 1991. ص133.

(2) حمد محمد حمد الشلماني. امتياز السلطة العامة في العقد الإداري. دار المطبوعات الجامعية. الإسكندرية. 2007. ص177.

(3) د. محمد فؤاد عبد الباسط، العقد الإداري، المقومات، الإجراءات، الآثار، الطبعة الأولى، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر 2006، ص192.

(4) المادة 147 السابقة الذكر.

ضرر. أي أنها توقع بمجرد حصول التأخير ومن دون حاجة إلى تنبيه أو إهدار أو إجراء آخر.[1]

على اعتبار أن جهة الإدارة حينما حددت موعدا معينا لتنفيذ الصفقة قدرت أن حاجة المرفق العام تستوجب تنفيذه خلال هذا الموعد.[2]

ثالثا: غرامة تطبق بمقتضى قرار إداري

تطبق بمجرد التأخير بمقتضى قرار إداري دون حاجة إلى الالتجاء إلى القضاء للحكم بتوقيعها، وهو جزاء تتميز به العقود الإدارية وحدها مما يخرج على ما يجري عليه العمل في ميدان القانون الخاص.

ولما كان للإدارة صلاحية توقيع جزاءات على المتعاقد إذا قصر في تنفيذ التزاماته فإنه يتعين الإفصاح عن رغبتها في استعمال لسلطتها، فلا بد من صدور قرار إداري بتوقيع الغرامة التأخيرية التي هي جزاء مالي، وعليه تطبق المصلحة المتعاقدة الغرامات التأخيرية بإجراء إداري صادر عن إرادتها المنفردة دون أن تكون ملزمة بالإلتجاء إلى القضاء لإيقاعها. ودون أي تحقيق قضائي مسبق لخطأ المتعاقد أو لتقصيره أو لتراخيه.[3]

رابعا: غرامة تستحق عن التأخير:

أي أنها تستحق من جانب المصلحة المتعاقدة بمجرد انقضاء الفترة المحدد في العقد دون حاجة إلى التنبيه باستحقاقها، فهي تختلف بذلك عن وضع الفوائد التي تحصل عن التأخير في ميدان القانون الخاص، إذ يتعين الإنذار باستحقاقها،[4] حتى ولو يتضمن العقد شرطا جزائيا عن التأخير.[5]

(1) محمود عاطف البنا، العقود الإدارية، دار الفكر العربي، القاهرة، 2008. ص252.

(2) د/عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، الإبرام والتنفيذ والمنازعات، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2007، ص289.

(3) سبكي ربيحة، المذكرة السابقة، ص98.

(4) محمود عاطف البنا، العقود الإدارية، المرجع السابق، ص252.

(5) حمد محمد حمد الشلماني، امتيازات السلطة العامة في العقد الإداري، المرجع السابق، ص178.

وعليه فان الغرامة التأخيرية بخلاف بقية أنواع الجزاءات لا يشترط بالضرورة أن يتم الإعذار المسبق قبل توقيعها، كونها اتفاقية وقد حددت آجال محددة في العقد المبرم لاقتضائها، ومن ثم فإن علم المتعاقد بها قائم لا محالة.[1]

الفرع الثالث: الإعفاء من الغرامة التأخيرية

بما أن التأخير يعتبر السبب الأساسي والوحيد لفرض غرامة التأخير بحق المتعامل المتعاقد فهو يعد أيضا المسلك الوحيد لإعفاءه منها، فقد يجد هذا التأخير أسبابا تبرره، فيعفى المتعاقد من مسؤولية التأخير إذا تبين أن الوفاء بالالتزام قد استحال بسبب آخر لا يد للمتعامل المتعاقد فيه[2] وهو ما قضت به نص المادة 147 من المرسوم الرئاسي 247/15 السابق ذكره في الفقرتين 04 و05: "يعود القرار بالإعفاء من دفع العقوبات المالية بسبب التأخير إلى 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.

وفي حالة القوة القاهرة تعلق الآجال ولا يترتب على التأخير فرض العقوبات المالية بسبب التأخير ضمن الحدود المسطرة في أوامر توقيف واستئناف الخدمة التي تتخذها نتيجة ذلك المصلحة المتعاقدة، وفي كلتا الحالتين يترتب على الإعفاء من العقوبات المالية يسبب التأخر تحرير شهادة إدارية".[3]

فمن خلال هاتين الفقرتين نجد أن المشرع الجزائري خول للمصلحة المتعاقدة حالتين تستطيع من خلالهما إعفاء المتعامل المتعاقد من غرامة التأخير وهما:

أ- حالة مسؤولية المصلحة المتعاقدة على توقيف الأشغال: وبالتالي التأخر فيها، إذ لا ينجز عن ذلك غرامة تأخيرية طالما المتعامل المتعاقد ليس من تسبب فيه بأن تأمر المصلحة المتعاقدة بتوقيف الأشغال أو استئنافها.[4]

(1) يقصد بالإعذار إثبات حالة تأخير المتعامل في تنفيذ التزاماته إثباتا قانونيا.

(2) سبكي ربيحة، المذكرة السابقة، ص106.

(3) المادة 147 الفقرتين 04 و05 عن المرسوم الرئاسي 247/15 السالف الذكر.

(4) سبكي ربيحة، المذكرة نفسها، ص106.

ب- حالة القوة القاهرة: تتعلق هذه الحالة باصطدام المتعامل المتعاقد بظروف خارجية لم تكن متوقعة أثناء إبرام الصفقة تجعل تنفيذها أكثر إرهاقا كأن تكون الظروف الاقتصادية أدت إلى ارتفاع الأسعار.[1]

أو ظروف طبيعية تؤدي إلى تعليق آجال التنفيذ مثلا، وفي كلتا الحالتين تقوم المصلحة المتعاقدة بما يلي:

- تسليم أوامر بتوقيف الأشغال واستئنافها حسب الحالة طبقا للمادة 04/147 من المرسوم الرئاسي 247/15.
- تحرير شهادة إدارية طبقا للمادة 06/147 من نفس المرسوم 247/15.[2]

المطلب الثاني: مصادرة مبلغ الضمان

لما كان للصفقة العمومية صلة بالخزينة العامة، وبحسن سير المرفق العام بإنتظام واطراد وبالجمهور المنتفع من خدمات المرفق، وجب آخذ الاحتياطات اللازمة لتأمين الإدارة والضغط أكثر على المتعاقد معها، وجبره على تنفيذ التزاماته في الآجال المتفق عليها وبالشروط والمواصفات والكيفيات الواردة في عقد الصفقة، وذلك من خلال توقيعها لعقوبة مصادرة التأمينات في مواجهته كالجزاء المالي والذي غالبا ما تنص عليه العقود الإدارية.

وللوقوف عند مفهوم مصادرة التأمين يستوجب التطرق إلى:

الفرع الأول: تعريفه

الفرع الثاني: أنواعه (أنواع الكفالات)

الفرع الثالث: خصائصه

(1) ناصر لباد، القانون الإداري "النشاط الإداري"، دار المجد، الجزائر، 2004، ص450.

(2) المادة 147 الفقرة 04 و05 من المرسوم 247/15 السالف الذكر.

الفرع الأول: تعريف مصادرة مبلغ الضمان:

هي مبالغ مالية تودع لدى جهة الإدارة تتوخى بها آثار الأخطاء التي قد يرتكبها المتعاقد أثناء تنفيذ العقد الإداري ويضمن لها ملائمته لمواجهة المسؤوليات الناتجة عن تقصيره.[1]

كما عرفت التأمينات هي مبالغ مالية تدفع من قبل المتعامل المتعاقد كضمان للمصلحة المتعاقدة تتوخى به آثار الأخطاء التي تصدر منه أثناء مباشرة تنفيذ الصفقة وقدرته على تحمل المسؤولية عند الاخلال بتنفيذ العقد.[2]

ومنه فإن مصادرة مبلغ الضمان هو جزاء مالي يتمثل في حجز واستحواذ المصلحة المتعاقدة على هذه التأمينات جراء الإخلال بالالتزامات، وتملك الإدارة توقيعه بإرادتها المنفردة دون الحاجة الى صدور حكم قضائي ودون اشتراط تحقق خطر ما.[3]

يعتبر شرط إيداع التأمين أو الضمان أمر وجوبيا ملزما للمتعامل المتعاقد وحقا للمصلحة المتعاقدة، التي يجب أن تحرص على إيجاد الضمانات الضرورية التي تتيح أحسن الشروط لتنفيذ الصفقة طبقا للمادة 124 من المرسوم الرئاسي 247/15 السابق ذكره.

وهذا ما يمكن للمصلحة المتعاقدة من ممارسة سلطة المصادرة وذلك بوجود كفالات تحت سلطتها في شكل مبلغ ضمان أو كفالة ضمان.[4]

---

(1) مازن ليلو راضي، دور الشروط الاستثنائية لتمييز العقد الإداري (دار المطبوعات الجامعية)، الإسكندرية، 2002، ص97.

(2) عبد القادر رحال، سلطة المتعامل العمومي في توقيع الجزاءات على المقاول المتعاقد معه في القانون الجزائري، رسالة ماجستير، جامعة تيزو وزو، 1990، ص165.

(3) محمد فؤاد عبد الباسط، العقد الإداري، المرجع السابق، ص173.

(4) د/.عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، المرجع السابق، ص222.

الفرع الثاني: أنواع الكفالات:

أولا: كفالة التعهد (أو المتعهد):[1]

ذكرتها المادة 125 "يجب على المتعهدين فيما يخص الصفقات العمومية للأشغال واللوازم التي تتجاوز مبالغها الحدود المنصوص عليها في المطتين الأولى والثانية على التوالي من المادة 184 من هذا المرسوم، تقديم كفالة تعهد تفوق واحدا في المئة (1%) من مبلغ العرض، ويجب النص على هذا المطلب في دفتر الشروط للدعوة للمنافسة، وتعد الكفالة بالرجوع لمبلغ العرض".

هذه الكفالة تصادر للتأكد المصلحة بشكل مؤقت من جدية المتعامل المتعاقد أثناء تقديم عرضه بأن المعنى له إمكانيات مالية تسمح له بأن يتعهد بهذا المشروع ويواصل إلى غاية تسليمه ونذكر هنا أن: "هذه الكفالة ترد مباشرة للمترشحين الذين لم تقبل عروضهم بعد يوم واحد من تاريخ انقضاء أجل الطعن".[2]

ثانيا: كفالة حسن التنفيذ:[3]

هي ضمان للإدارة اتجاه المتعاقد في تنفيذ ما التزم به في العقد الإداري لأن المتعاقد يلزم بتقديمها بعد إحالة المناقصة عليه بصورة قطعية.[4]

ولتتأكد المصلحة المتعاقدة من وجود ضمان مالي كفيل يجعلها في وضع مريح تفرض كفالة حسن التنفيذ في دفاتر شروطها، حيث نص المشرع في المادة 130 من المرسوم 247/15 على: "زيادة على كفالة رد التسبيقات المنصوص عليها في المادة 110 أعلاه يتعين على المتعاقد أن يقدم حسب نفس الشروط كفالة حسن التنفيذ".[5]

---

(1) انظر الملحق رقم (2)

- انظر الفقرة 01 من المادة 125 من المرسوم 247/15 السالف الذكر.

(2) أنظر الفقرة 04 من المادة 125 من نفس المرسوم.

(3) انظر الملحق رقم (3).

(4) رشا محمد جعفر الهاشمي، الرقابة القضائية على سلطة الإدارة في فرض الجزاءات على المتعاقد معها (دراسة مقارنة). منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان 2010. ص64.

(5) المادة 130 من نفس المرسوم.

ويجب التأكيد هنا أن المصلحة المتعاقدة لها سلطة الإجبار أو الإعفاء من هذه الكفالة وهذا إذا لم يتعد أجل تنفيذ الصفقة 3 أشهر كما إذا تأكدت المصلحة المتعاقدة من حسن التنفيذ بالنسبة لبعض صفقات الدراسات والخدمات ويضيف المشرع أن صفقات الإشراف غير معنية بهذا الإعفاء.

كما أن الصفقات المبرمة بالتراضي البسيط مع المؤسسة العمومية تعفى من كفالة حسن التنفيذ.[1]

وقد أعفى المشرع كذلك فئة الحرفيين والمؤسسات المصغرة الخاضعة للقانون الجزائري من تحمل كفالة حسن التنفيذ.[2]

وقد أشار القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 2011/09/13 في مادته الثانية أنه يعفي من كفالة حسن التنفيذ صفقات الدراسات والخدمات المتعلقة بما يلي:

- مصاريف أتاوى الهاتف والماء والكهرباء والغاز.
- مصاريف النشر والإشهار في الصحافة.
- مصاريف النقل البحري والجوي والسكك الحديدية للأشخاص والعتاد.
- مصاريف التأمينات.
- مصاريف الفندقة والإيواء والإطعام وكراء المكاتب والقاعات وكل الخدمات التي تدخل في إطار هذا النوع من الخدمات.
- التكفل المالي بكراء السكنات الأمنية على مستوى إقامة الدولة بالساحل.[3]

وطبقا لما ورد نجد أن المشرع أعفى المتعامل من كفالة حسن التنفيذ فيما يخص بعض أنواع الدراسات والخدمات التي يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تتأكد من حسن تنفيذ الخدمات قبل دفع مستحقاته واستثنى من تطبيق هذا الإعفاء صفقات الإشراف على انجاز الأشغال لكنه ترك الأمر غامضا بالنسبة لصفقات اقتناء اللوازم.

---

(1) انظر الفقرة 4.3.2 من المرسوم 247/15 السالف الذكر.

(2) انظر الفقرة الرابعة من المادة 133 من نفس المرسوم.

(3) المادة 2 من القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 13 سبتمبر 2011 المحدد لقائمة صفقات الدراسات والخدمات المعفاة من كفالة حسن التنفيذ.

وقد نص المشرع على أنه "يجب أن تؤسس كفالة حسن التنفيذ في أجل لا يتجاوز تاريخ تقديم أو طلب دفع على الحساب من المتعامل المتعاقد" كما توضح الفقرة الخامسة من المادة 130 من المرسوم 247/15.

ويقصد المشرع هنا أنه لا يجب تجاوز أول دفع (وضعية دفع الأموال التي يقدمها المقاول الى أمين الخزينة العمومية ليحصل على أول أجر من جراء هذه الصفقة) يكون قبل هذا اليوم أو نفس اليوم فدفع كفالة حسن التنفيذ عند بنك معتمد طبعا هنا المشرع يعزز الضمانات للمصلحة المتعاقدة لكي لا تدفع أي أموال للمتعاقد دون كفالة.

وفي حالة وجود ملحق للصفقة تطبق عليه نفس الإجراءات بالنسبة لكفالة حسن التنفيذ.[1]

ثالثا: كفالة الضمان

لا يمكن الحديث عن كفالة الضمان إذا لم ينص دفتر الشروط على آجال ضمان وعادة في صفقات الأشغال وبعض صفقات التوريد يتم النص على مدة الضمان وبالرجوع لصفقات الأشغال فإن معظم دفاتر الشروط تنص على مدة ضمان تقدر بسنة من تاريخ الاستلام المؤقت هنا تحول كفالة حسن التنفيذ إلى كفالة ضمان وهذا ما نصت عليه المادة 131 من المرسوم 247/15.

"عندما تنص الصفقة على أجل ضمان تتحول كفالة حسن التنفيذ المنصوص عليها في المادة 130 أعلاه عند التسليم المؤقت إلى كفالة ضمان".[2]

وبعد مرور السنة والوصول الى مرحلة الاستلام النهائي تسترجع كفالة الضمان حيث ينص المشرع في المادة 134 من المرسوم 247/15 على "تسترجع كفالة الضمان المذكورة في المادة 131 أعلاه أو اقتطاعات الضمان المذكورة في المادتين 132 و133 أعلاه كليا في مدة شهر واحد ابتداء من تاريخ التسليم النهائي للصفقة."[3]

(1) المادة 130 فقرة 5 من المرسوم 247/15 السالف الذكر.

(2) المادة 131 من نفس المرسوم.

(3) المادة 134 من نفس المرسوم.

-انظر القرار رقم 4546 المؤرخ في 2002/04/22 نشرة القضاة 2006 العدد 57 ص293.

الفرع الثالث: خصائص مصادرة مبلغ الضمان

يتميز هذا الجزاء بالخصائص التالية:

- تتمتع المصلحة المتعاقدة بحق مصادرة التأمين عند التقصير في التنفيذ حتى ولو لم ينص عليه صراحة في الصفقة.
- توقع المصلحة المتعاقدة جزاء مصادرة التأمين دون الحاجة إلى اتخاذ الإجراءات القضائية ولذلك لزم في توقيع جزاء المصادرة أن يصدر قرار صريح من الجهة الإدارية حاسما نيتها بهذا الخصوص.
- تقوم الإدارة بتوقيع هذا الجزاء بغير حاجة إلى إلزامها بإثبات أن ضرر ما قد لحق بها وهذا لأن ركن الضرر ركن مفترض في العقد الإداري.
- يمثل التأمين المودع لضمان تنفيذ الصفقة الحد الأدنى للتعويض الذي يحق للإدارة اقتضاؤه ولا يمثل الحد الأقصى. فلا يحق للمتعامل المتعاقد أن يثبت أن الضرر الذي لحق المصلحة المتعاقدة يحل عن التأمين. وإذا كانت مصادرة التأمين قد جبرت الضرر اللاحق بالمصلحة المتعاقدة كله فلا محل للحكم بالتعويض إلا إذا اتفق على غير ذلك.[1]

(1) سبكي ربيحة، المذكرة السابقة ص 110-111.

المطلب الثالث: التعويض

يعتبر التعويض من الجزاءات المالية التي يتم فرضها على المتعامل المتعاقد بقصد إصلاح الأضرار التي لحقت بالمصلحة المتعاقدة بسبب إخلال المتعاقد معها بإلتزاماته التعاقدية، وكذلك التعويض يعكس الغرامة التأخيرية ومصادرة مبلغ التأمين فهو لا يستحق إلا إذا ثبت الضرر كما هو الشأن في القانون الخاص، ولما كان التعويض في العقود الإدارية يقترب من فكرة التعويض في القانون الخاص فيما يتعلق بكيفية تقدير التعويض وفي إشتراط ركن الضرر كان لابد من التعمق فيه أكثر وهو ما نستعرض له في:

الفرع الأول: التعريف

الفرع الثاني: الخصائص

الفرع الثالث: كيفية تحصيل التعويض

الفرع الأول: تعريف التعويض

وهو أحد وسائل الضغط المكرسة قضاء والمعتمدة فقها، وهو عبارة عن مبالغ مالية،يحق للإدارة أن تطالب بها المتعاقد معها إذا أخل بإلتزاماته التعاقدية[1] وقد عرفه الدكتور سليمان الطماوي "هو الجزاء الأصيل للإخلال بالتزامات التعاقدية وذلك إذا لم تنص الصفقة على جزاءات مالية لمواجهة هذا الإخلال.[2]

وبعبارة أخرى هو "جزاء يفرض على المتعامل المتعاقد عند إخلاله بإلتزاماته التعاقدية بقصد إصلاح الضرر الذي أصاب المصلحة المتعاقدة صاحبة الصفقة من جراء هذا الإخلال".

ومن خلال ذلك يتضح أن التعويض يتم فرضه كجزاء المسؤولية العقدية التي يتحملها المتعامل المتعاقد وهو الجزاء الأساسي لعدم وفاء المدين في القانون المدني.[3]

---

(1) د.عمار بوضياف. شرح تنظيم الصفقات العمومية. المرجع السابق. ص224.

(2) د.سليمان الطماوي. المرجع السابق. ص503.

(3) تنص المادة 124 من الأمر 75-58 المتضمن القانون المدني الجزائري. المعدل والمتمم على أنه "كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه ويسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض".

إن فكرة التعويض متعلقة بنظرية إدارية أصيلة وهي "استمرارية المرفق العام لخدمة الجمهور" فلا يمكن تصور توقف نشاط المرفق العام وتوقف مردوده بسبب تقصير المتعاقد مع الإدارة، ولهذا ومن أجل أن يواصل هذا المرفق نشاطه قد تلجأ الإدارة إلى مجازاة المتعامل المتعاقد بقدر تقصيره وقد تجبره على التعويض ليستمر المرفق العام.[1]

الفرع الثاني: خصائص التعويض

- يهدف إلى جبر الضرر الذي تهدف له المصلحة المتعاقدة، بالتالي فإن التعويض في الصفقات العمومية يرمي إلى كفالة حسن سير المرفق العام.
- التعويض ينتج كجزاء من إخلال بالتزامات التعاقد فهو يهدف إلى جبر الضرر الذي تعرضت له الإدارة.
- التعويض كمبدأ عام لا يكون محددا ومقدرا مسبقا في الصفقة، وإلا أصبح في حكم الغرامات.
- لا يتم اللجوء إليه إلا في حالة الإخلال الجسيم بالأحكام التعاقدية ولا بد للإدارة أن توجه أعذارا ينشر في الصحف لتنذر الطرف الآخر وتمارس بعده الإجراءات القانونية اللازمة في هذه الحالة.

الفرع الثالث: كيفية تحميل التعويض

لقد أعطى المشرع للمصلحة المتعاقدة الحق في الحصول على التعويض المناسب نتيجة إخلال المتعاقد عن تنفيذ إلتزاماته، والضرر الذي يصيبها من ذلك، إلا أن النصوص المنظمة للصفقات العمومية لم تشر إلى كيفية تحصيل التعويض المستحق بصفة واضحة، وبالرجوع إلى المادة 07/35، 48، 36، من دفتر الشروط الإدارية العامة نجد أن التعويض يقتطع من المبالغ التي يستحقها المتعاقد، أو من ضماناته، ولا يحول ذلك دون ممارسة الإجراءات التي تتخذ بحقه في حالة عدم التسديد.

يفهم مما سبق أن التعويض يمكن أن تقدره وتحصله الإدارة من تلقاء نفسها. وعلى أن ينازع المتعاقد هذا التقدير أمام القضاء إذا أراد.[2]

(1) د/سليمان الطماوي، المرجع السابق. ص504.

(2) سبكي ربيحة، المذكرة السابقة، ص115.

المبحث الثاني: الجزاءات الضاغطة والفاسخة

تتدرج الجزاءات التي تملك المصلحة المتعاقدة توقيعها على المتعامل المتعاقد مهما سواء كان مقاولا أو موردا بمقتضى النصوص المنظمة للصفقات العمومية ودفاتر الشروط الإدارية العامة حسب درجة الخطأ الذي يرتكبه كل منهما فكلما كان الخطأ جسيما كلما تدرجت العقوبة إلى درجة أشد قساوة فبعد الجزاءات المالية أعطى القانون الإدارة سلطة توقيع الجزاءات الضاغطة والفاسخة وذلك بما يتناسب ودرجة الخطأ ولقد ارتأينا دراسة هذين الجزاءين من خلال مطلبين:

المطلب الأول: الجزاءات الضاغطة

المطلب الثاني: الجزاءات الفاسخة

المطلب الأول: الجزاءات الضاغطة

هي من الوسائل التي تهدف إلى إرغام المتعاقد المقصر على الوفاء بالتزاماته وإجباره على التنفيذ وهي جزاء مؤقت لا يترتب عنه إنهاء الصفقة بل يبقى المتعاقد مسؤولا أمام المصلحة المتعاقدة وتأخذ سلطة توقيع الجزاءات الضاغطة الصور الملائمة لتنفيذ الصفقة وسنقوم بدراسة هذه الجزاءات متطرقين إلى:

الفرع الأول: سحب العمل من المقاول في صفقة الأشغال العامة

الفرع الثاني: الشراء على حساب ومسؤولية المورد في صفقة التوريد

الفرع الثالث: وضع المشروع تحت الدراسة في عقد الإمتياز

الفرع الأول: سحب العمل من المقاول في صفقة الأشغال العامة

يقصد بهذا الجزاء أن تحل الإدارة محل المتعامل المتعاقد في تنفيذ أعماله بنفسها على حسابه أو تعهد إلى الغير بتنفيذ هذه الأعمال على مسؤولية المقاول وحسابه[1].

ومنه فإن هذا الجزاء يهدف إلى إرغام المقاول على تنفيذ العقد وليس من شانه إنهاؤه بل يستمر منتجا لأثاره وتظل الرابطة التعاقدية قائمة، ويؤدي هذا الإجراء إلى حلول

(1)عبد المجيد فياض، نظرية الجزاءات في العقد الإداري ط1، دار الفكر العربي، القاهرة، ص: 213.

المصلحة المتعاقدة او مقاول آخر مؤقتا محل المقاول المخل بإلتزامته ولذلك يوقع هذا الإجراء إلا مع قيام الرابطة العقدية[1] ومؤدى هذا انه يجوز لجهة الإدارة العدول عن سحب العمل من المقاول متى رأت أن الضمانات الجديدة التي قدمها تكفل إنجاز العمل موضوع الصفقة عاجلا وعلى نحو يحقق المصلحة العامة[2].

ويلاحظ أن الإدارة عندما تستخدم إجراء السحب فإنها تملك إحتجاز ما يوجد بموقع العمل من منشآت وقتية ومبان وآلات وأدوات ومواد وغير ذلك بحيث تستعملها في إتمام العمل دون أن تكون مسؤولة لدى المقاول لما يصيبها من تلف أو نقص لأي سبب كان أو دفع أي أجر عنها كما تملك حجز هذه الأدوات بعد إنتهاء العمل ضمانا لحقوقها أمام المتعاقد[3].

وقد تقرر جزاء سحب العمل من المقاول في الفقرة 3 من المادة 35 من دفتر الشروط الإدارية العامة التي تنص على "... إذا لم ينفذ المقاول المقتضيات المفروضة يجوز للمهندس الرئيس بإستثناء حالة الإستعجال بعد عرض المسألة على الوزير بأمر بإجراء النظام المباشر على نفقة المقاول ذلك النظام الذي يجوز أن يكون جزئيا"[4].

ونظرا لخطورة هذا الجزء المخول للمصلحة المتعاقدة تطبيقه على المتعامل وجب توفر شروط محددة لممارسته.

اولا: شروط تطبيق جزاء سحب العمل من المقاول

1-خطأ المتعامل المتعاقد في تنفيذ إلتزامه التعاقدي:

تنص المادة 1/35 من القرار الوزاري المؤرخ في 21 نوفمبر 1964 المتضمن دفتر الشروط الإدراية العامة على أنه إذا لم يتقيد المقاول بشروط الصفقة أو بأوامر المصلحة التي يتلقاها من مهندس الدائرة أو المهندس المعماري.

(1) عبد القدار رحال: المذكرة السابقة: ص 182.

(2) د/ أحمد محمود جمعة، العقود الإدارية طبقا لقانون المناقصات والمزايدات الجديد، منشأ المعارف، الإسكندرية، 2002 ص 361.

(3) حمدي ياسين عكاشة، موسوعة العقود الإدارية (العقود الإدارية في التطبيق العملي. منشأة المعارف، الإسكندرية، 1998 ص 235.

(4) المادة 35 فقرة 3 من القرار الوزاري المؤرخ في 1964/11/21 المضمن دفتر الشروط الإدارية العامة.

يعمد المهندس الرئيسي إلى إنذاره بلزوم التقيد بتلك الشروط والأوامر في أجل يحدد بمقرر يجرى إبلاغه له بموجب أمر المصلحة"[1].

يتضح من خلال هذه الفقرة أن الخطأ التعاقدي بأخذ صورتين:

أ- عدم إلتزام المقاول بشروط الصفقة:

يتمثل عدم إلتزام المقاول بشروط الصفقة في الحالات التالية:

- إخلال المقاول وعدم مراعاته لمدة التنفيذ المنصوص عليها في الصفقة ما لم يكن هذ التأخير راجعا إلى سبب أجنبي لا يد للمقاول في وقوعه[2].
- وقف المقاول للأشغال أو التخلي عنها جزئيا أو كليا وتركها دون مبرر مقبول ولا يقبل كمبرر في هذا الصدد تعطل الإدارة عن دفع الأقساط للمقاول أو يعلل هذاالأخير بوجود نزاع مطروح أمام القضاء بينه وبين الإدارة صاحبة الأشغال[3].

ب- عدم إمتثال المقاول للأوامر المصلحية:

يلتزم المقاول بمقتضى صفقة الأشغال العامة بالخضوع للأوامر المصلحية الصادرة إليه من طرف المصلحة المتعاقدة ويتطلب في الأوامر المصلحية أن تكون واضحة وصريحة[4].

أسفر قضاء مجلس الدولة الفرنسي على أن عدم إمتثال المقاول للأوامر المصلحية تعتبر من قبيل الخطأ الجسيم الذي يبرر توقيع جزاء شديد يتناسب مع ما قد يحدثه الإمتناع عن تنفيذ هذه الاوامر من إضطراب خطير من الناحية الإقتصادية مما يعني حسن سير المرافق العامة[5].

---

(1) المادة 35 فقرة 1، من القرار الوزاري السابق المتضمن لدفتر الشروط الإدارية العامة.

(2) هارون عبد العزيز الجمل، النظام القانوني للجزاءات في عقد الأشغال العامة، رسالة دكتوراه. جامعة عين الشمس، مصر ص 189.

(3) انس جعفر. العقود الإدارية، دراسة مقارنة لنظام المناقصات والمزايدات للقانون 1998/1989 خاص بالمناقصات، الطبعة الرابعة، دار النهضة العربية، مصر ص 436.

(4) هارون عبد العزيز الجمل، مرجع سابق، ص 194.

(5) د/ محمود أبو السعود، سلطة الإدارة في الرقابة على تنفيذ العقد الإداري، مجلة العلوم القانونية والإقتصادية، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، العدد الأول1997 ص 251

ولا يقتصر إلتزام المقاول بالخضوع للأوامر المصلحية على تلك التي تدخل في نطاق التنفيذ الدقيق للصفقة ولكن يمتد ليشمل التعديلات التي قد تفرضها المصلحة المتعاقدة عن طريق مهندسها المكلف بالإشراف على إنجاز الصفقة[1] مثال ذلك أعمال ضرورية تقتضيها قوة قاهرة أو أعمال ذات أهمية بسيطة فإذا رفض المقاول تنفيذها جاز للمصلحة المتعاقدة سحب العمل منه أما إذا تضمن الأمر المصلحي أعمالا لا تشتملها الصفقة وتنطوي على مساس بتوازنه المالي وليس بمجرد تعديلات ثانوية فللمقاول الحق في رفضها ولا يستوجب هذا الرفض سحب العمل منه[2].

2-وجوب إعذار المقاول:

الشرط الثاني الذي يتطلبه المشرع وكذا الفقه والقضاء لسحب العمل من المقاول وجوب إنذار المقاول وتبنيه إلى الخطأ الذي وقع فيه وبالتالي وجوب تداركه مع مهلة زمنية معينة يحددها له الإنذار، فالإعذار شرط اساسي لصحة الجزاء الذي توقعه الإدارة على المقاول الذي إرتكب الخطأ الجسيم في تنفيذ إلتزاماته التعاقدية، طبعا إلا إذا نص في العقد أو في دفتر الشروط على إعفاء الإدارة من هذا الجزاء[3] أو في حالة الإستعجال.[4]

والمقصود بالإعذار هنا هو وضع المقاول في وضع المتأخر أو المقصر في تنفيذ إلتزاماته، وكما هو معروف في القانون المدني أن مجرد إستحقاق أداء الإلتزام لا يكفي لجعل المدين معذورا بل يجب على الدائن أن يقوم بإعذاره ما لم يقضي الإتفاق بعكس ذلك وبالنسبة للمشرع الجزائري فقد فرض الإعذار في المادة 35 من دفتر الشروط السالفة الذكر ويوجهه المهندس (ممثل الإدارة) إلى المتعاقد يحدد له فيه أجل إستدراك الخطأ، مدة هذا الأجل يجب ألا تقل عن عشرة أيام إبتداء من تاريخ التبليغ كحد أدنى أما الحد الأقصى فهو مفتوح يبقى للسلطة التقديرية للإدارة أن تراعي العمل المطلوب من المقاول[5]

(1) المادة 12 فقرة 4 و5 من دفتر الشروط الإدارية العامة، مرجع سابق.

(2) عبد العزيز المنعم خليفة، مرجع سابق ص 305.

(3) هارون عبد العزيز الجمل، المرجع السابق، ص 216.

(4) المادة 35 الفقرة 2 من دفتر الشروط الإدارية العامة الذي يشترط ألا يقل الأجل عن عشرة أيام إلا في حالة الإستعجال.

(5) المادة 35 من نفس دفتر الشروط.

أما الشروط الشكلية فهي غير محددة إلا ما بينته المادة 3 من قرار وزير المالية المؤرخ في 2011/03/28حيث حددت البيانات التي يتضمنها الإعذار وهي:

- تعيين المصلحة المتعاقدة وعنوانها
- تعيين المتعامل المتعاقد وعنوانه
- التعيين الدقيق للصفقة ومراجعها
- توضيح إذا كان أول أو ثاني إعذار عند الإقتضاء
- موضوع الإعذار
- الأجل الممنوح لتنفيذ موضوع الإعذار
- العقوبات المنصوص عليها في حالة رفض التنفيذ[1]

ثانيا: خصائص سحب العمل من المقاول في صفقة الأشغال العامة

يتميز جزاء سحب العمل من المقاول في صفقة الأشغال العامة بعدة خصائص ندرجها فيما يلي:

- يعد سحب العمل من المقاول المقصر إجراء مؤقتا لا يترتب عليه إنهاء الصفقة وإنما تظل قائمة ويظل المقاول ملتزما أمام المصلحة المتعاقدة بتنفيذ الإلتزامات المتولدة عنها.
- يرتبط جزاء سحب العمل من المقاول وتنفيذه على حسابه بالنظام العام بإعتباره ضمانة هامة لإتمام المشروع محل الصفقة ضمانا لحسن سير المرفق العام
- يوقع جزاء سحب العمل من المقاول بواسطة قرار تصدره المصلحة المتعاقدة بإرادتها المنفردة دون اللجوء إلى القضاء

ثالثا: الأثار القانونية لسحب العمل من المقاول

- يترتب عن هذا الجزاء حق حصول المصلحة المتعاقدة على النفقات الزائدة من مستحقات المقاول أو من مبلغ التأمين وهذا ما نصت عليه الفقرة 7 من المادة 35 من دفتر الشروط الإدارية العامة، أما إذا تحصلت المصلحة المتعاقدة على

(1) المادة 3 من قرار وزير المالية، المؤرخ في 2011/03/28 ، تحدد البيانات التي يتضمنها الإعذر وآجال نشره، ص 22.

وفر مالي من جراء التنفيذ المباشر للأشغال بقيمة تقل عن المبلغ الأصلي للصفقة فإنه لا وجه للمطالبة بها أو بأي جزء منها من قبل المقاول لأنها تصبح حقا مكتسبا للمصلحة المتعاقدة[1].

- تستطيع الإدارة صاحبة الأشغال أن تستعمل المواد والأدوات والآلات والمنشآت الخاصة بالمقاول، كما أن لها الحق في الإحتفاظ بها حتى بعد إنتهاء الأشغال ضمانا لحقوقها[2].
- لا يجوز الجمع بين جزاء سحب العمل من المقاول وبين فسخ الصفقة لأن جزاء السحب يفترض بقاء الرابطة العقدية، أما الفسخ فإنه يتضمن إنهاؤها والجمع بينهما يعني إنعدام العقد وإعتباره كأنه لم يكن ثم إستمراره في نفس الوقت منتجا آثار معينة وهو ما لا يمكن التسليم به[3].
- يمكن للإدارة الجمع بين وسائل الضغط والجزاءات الأخرى والتي منها حق توقيع الغرامات المالية مادامت لا تتعارض مع الإدارة المباشرة.
- يمكن أن يكون سحب العمل من المقاول جزئيا فقط Partielle ولا يشمل بالضرورة جميع الأشغال إذا كانت طبيعة هذه الأخيرة تسمح بتجزئتها.[4]

الفرع الثاني: الشراء على حساب ومسؤولية المورد في صفقة إقتناء اللوازم

صفقة التوريد هي إحدى أنواع العقود أو الصفقات بالإضافة إلى صفقات الأشغال والخدمات والدراسات وقد غير المشرع الجزائري مصطلح التوريد الوارد في قوانين الصفقات بعبارة "إقتناء اللوازم" ففي المادة 29 من المرسوم 247/15 "تهدف الصفقة العمومية للوازم إلى إقتناء أو إيجار أو بيع بالإيجار بخيار أو بدون خيار الشراء من

(1) سبكي ربيحة، المذكرة السابقة، ص.ص 124-125.

(2) أنس جعفر، المرجع السابق، ص 227.

(3) د/ محمد فؤاد عبد الباسط، العقد الإداري، المرجع السابق، ص 349.

(4) د/ سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص312.

طرف المصلحة المتعاقدة لعتاد أو موارد مهما كان شكلها موجهة لتلبية الحاجات المتصلة بنشاطها لدى مورد ..."[1].

إن صفقة إقتناء اللوازم وفي حالة تخلف المتعاقد عن توريد اللوازم المتفق عليها يمكن أن تقوم الإدارة بالشراء على حساب المورد ومسؤوليته ويعتبر هذا الإجراء من وسائل الضغط المكرسة قضاء والمعتمدة فقها[2].

ويمكن تعريفه على أنه "إجراء تتخذه المصلحة المتعاقدة إتجاه المورد المتعاقد معها، الذي تخلف عن توريد الأصناف المتعاقدة عليها بموجب الصفقة المبرمة في المدة المحددة، أو تخلف عن توريدها بالمواصفات المطلوبة والمحددة في العقد، وذلك بشراء هذه الأصناف على نفقته وتحت مسؤوليته[3].

ولما لموضوع الصفقات صلة وثيقة بفكرة إستمرارية المرفق العام وخدمة الجمهور، فلا يمكن التسليم بتوقف نشاط المرفق بسبب تقصير المورد المتعاقد مع المصلحة المتعاقدة، بل ينبغي الإعتراف لها ولضمان أداء الخدمة اللجوء لمورد آخر تختاره فيزودها بالمادة موضوع الصفقة ويتحمل الطرف المقصر النتائج الناجمة عن هذا التنفيذ[4].

وعلى غرار جزاء سحب العمل من المقاول في صفقة الأشغال العامة فإن الأمر يسير على تلك الوتيرة في صفقة اللوازم، إذ حتى يكون بوسع المصلحة المتعاقدة توقيع الجزاء على المورد يجب توفر شروط لممارسته.

أولا: شروط إعمال جزاء الشراء على حساب ومسؤولية المورد

1-وجود خطأ يتسم بجسامة معينة من قبل المورد:

يجب أن يكون الفعل الذي يرتكبه المورد أثناء تنفيذه لصفقة اللوازم على درجة من الجسامة، حتى يبرر الشراء على حسابه وتحت مسؤوليته أما الأفعال التي تكون دون ذلك فإنها لا تكون خطأ مبررا لإتخاذ هذا الإجراء.

(1) المادة 29 من المرسوم 247/15 السابق ذكره

(2) د/ عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، المرجع السابق، ص 224

(3) سعيد عبد الرزاق باخبيرة، رسالة الدكتوراه السابقة، ص 262

(4) د/ عمار بوضياف، الصفقات العمومية في الجزائر، جسور للنشر والتوزيع، 2007، ص 155.

ومن الأخطاء التي تبرر الشراء على حساب ومسؤولية المورد العاجز مايلي:

- التأخير الجسيم عن تسليم الأصناف المتعاقد عليها.
- الإمتناع أو العجز عن تنفيذ التوريد.
- تنفيذ الصفقة على وجه غير مرض كعدم مطابقة الأصناف الموردة للمواصفات المتعاقدة عليها، إو إحلال المتعهد لغيره من دون موافقة المصلحة المتعاقدة.
- الإهمال في تنفيذ الإلتزامات التي تفرضها عليه الصفقة على وجه يعرض المرفق العام للخطر[1].

2-وجوب الإعذار:

يجب على المصلحة المتعاقدة التقيد بشرط الإعذار قبل إتخاذ أي إجراء ضاغط بما فيه الشراء على حساب ومسؤولية المورد العاجز على التوريد وذلك بمنحة مهلة أولية بإخطاره بوجوب تنفيذ إلتزامه مع توقيع غرامة إذا إقتضى الأمر ذلك.

يعتبر شرط الإعذار ضرورة تقتضيها طبيعة هذا الجزاء بالنظر إلى مترتباته القانونية على المورد المستبعد، إضافة إلى ذلك فإن مجلس الدولة الفرنسي قد حرص على وجوب إعذار المتعاقد قبل توقيع الجزاء عليه، ولا يوجد أي سبب لإستبعاد هذا المبدأ[2].

وفي حالة تخلف الإعذار فإن الشراء على حساب وتحت مسؤولية المورد يعتبر معيبا لا يحتمل نتائجه، لكن ليس ثمة ما يمنع المصلحة المتعاقدة من إشتراط النص في الصفقة أو دفتر الشروط على إعفائها من شرط الإعذار المسبق قبل تطبيقها لجزاء الشراء على حسابه وتحت مسؤوليته[3].

(1) سبكي ربيحة، سلطات المصلحة المتعاقدة، المرجع السابق، ص 132

(2) سهام بن دعاس، المتعامل المتعاقد في ظل النظام القانوني للصفقات العمومية، مذكرة لنيل ماجستر، جامعة باجي مختار، عنابة، 22005، ص 130.

(3) د/ محمود خلف الجبوري، العقود الإدارية، دار الثقافة، عمان، 2010، ص 156.

ثانيا: خصائص جزاء الشراء على حساب ومسؤولية المورد

تستطيع الإدارة إتخاذ إجراء الشراء على حساب المورد وتحت مسؤولية دون اللجوء إلى وساطة القضاء وفي ذلك يقول الأستاذ "ديلوبادير" من المسلم به أن الإدارة الحق في تقرير تنفيذ عقد التوريد على حساب وتحت مسؤولية موردها المقصر من دون وساطة القاضي ومن دون إشتراط النص على هذا الحق في العقد[1].

- الشراء على حساب المورد إجراء مؤقت لا يتضمن إنهاء صفقة اللوازم بل يظل المورد مسؤول أمام المصلحة المتعاقدة[2].
- تلجأ الإدارة قبل تطبيق جزاء الشراء على حساب المورد إلى إعذاره.
- أن جزاء الشراء على حساب ومسؤولية المورد، من وسائل التنفيذ العيني التي تتلاءم مع السرعة والمرونة، وفق ما يقتضيه حسن المرفق العام بإنتظام وإطراد فهي تهدف إلى إرغام المتعامل المتعاقد على أداء إلتزاماته التي قصر فيها[3].

ثالثا: الأثار القانونية للشراء على حساب ومسؤولية المورد

1. يترتب على جزاء الشراء على حساب المورد المقصر، شراء المصلحة المتعاقدة المواد والأصناف التي لم يقم بتوريدها بنفسها أو بواسطة مورد آخر على نفقة المورد العاجز، ولها أن تختاره بالطريقة التي تراها مناسبة، بالتالي يظل المورد الأصلي مسؤولا أمام المصلحة المتعاقدة مع بقاء العلاقة العقدية بينهما.
2. يتحمل المورد الأصلي النتائج المالية كافة، التي تترتب على إجراء الشراء على حسابه بما فيه ذلك حالة الشراء بأسعار أقل من الأسعار التي تقدم بها المورد المقصر في الصفقة الأصلية، ففي هذه الحالة لا يحق لهذا الأخير المطالبة بهذا

(1) سعيد عبد الرزاق باخيرة، رسالة الدكتوراه السابقة ص 262.

(2) د/ حسن محمد مهند، محمد حسن علي حسن، الجديد في المشكلات العملية لقانون المناقصة والمزايدات، دار الكتب القانونية، مصر، 2002، ص 421.

(3) سبكي ربيحة، سلطات المصلحة المتعاقدة، المرجع السابق، ث 133-134.

الفرق لأنه يكون من حق المصلحة المتعاقدة[1] وإذا كان السعر أعلى من السعر المتفق عليه أصلا فيكون على عاتق المورد العاجز[2].

3. تلتزم المصلحة المتعاقدة بشراء الأصناف التي لم يقم المورد بتوريدها وفقا للشروط والمواصفات المتعاقد عليها وليس من حقها أن تشتري أصناف من غير المتعاقد عليها إلا أنها تستطيع أن تشتري أصناف مغايرة من حيث درجة الجودة بالزيادة أو النقصان إذا تعذر الحصول على الصنف الأصلي المتعاقد عليه[3].
4. تعد المصلحة المتعاقدة في حالة الشراء على حساب المورد المستبعد بمنزلة الوكيل عنه، وترتيبا على ذلك يقع عليها الإلتزام ببذل العناية التي تبخلها في أعمالها الخاصة أثناء إجراء عملية الشراء تحت مسؤوليته، وعليه في هذه الحالة أن تأخذ بعين الإعتبار القواعد العامة لأحكام الوكالة الواردة في التقنين المدني الجزائري، فإذا تسببت تصرفاتها زيادة أعباء المتعاقد المالية فإنه لا يتحمل منها إلا الفرق الذي تسبب بخطئه في إحداثه[4].
5. لا يجوز الجمع بين الشراء على نفقة المورد وفسخ الصفقة في نفس الوقت لان الجمع بينهما يعني إنعدام الصفقة وكأنها لم تكن إلا أنه يحق للمصلحة المتعاقدة أن تجمع بين جزاءات متعددة طالما تحقق السبب المخول لتوقيع كل منها فغرامة التأخر وسيلة لمنع التأخر في التوريد وجزاء يوقع بسبب التأخير أما الشراء على نفقة المورد يكون بعد أن تثبت عجزه عن التوريد، بينما إلغاء الصفقة يكون عن تكرار العجز عن التوريد[5].

(1) سبكي ربيحة، المذكرة السابقة، ص 134.

(2) د/ ناصر لباد، القانون الإداري، ج02، مرجع سابق، ص 441.

(3) د/ محمد فؤاد عبد الباسط، العقد الإداري، المرجع السابق، ص 340.

(4) سبكي ربيحة، نفس المذكرة، ص 135.

(5) د/ سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة، المرجع السابق، ص 536.

المطلب الثاني: الجزاءات الفاسخة

تتدرج الجزاءات الفاسخة التي تملك المصلحة المتعاقدة توقيعها على المتعامل المتعاقد معها سواء كان مقاولا أو موردا، بمقتضى النصوص المنظمة للصفقات العمومية ودفاتر الشروط الإدارية العامة حسب درجة الخطأ الذي يرتكبه كل منهما، فكلما كان الخطأ جسيما كلما تدرجه العقوبة إلى درجة أشد قساوة.

يعد الجزاء الفاسخ من أعنف الجزاءات التي تملك المصلحة المتعاقدة، توقيعها ويعد أيضا الإمتياز السلطوي الأخير الذي تلجأ إليه الإدارة عندما تتأكد أن المتعامل المتعاقد معها أصبح غير قادر على الوفاء بإلتزاماته إتجاهها وفاء كاملا أو أنه أخل بها إخلالا جسيما وأمام هذا الوضع، فإن المصلحة المتعاقدة تجد نفسها مضطرة إلى توقيع أخطر جزاء تملكه إذا لم تفلح الجزاءات المالية والضاغطة في تقويم المتعامل المتعاقد معها، ولخطورة هذا الجزاء كان لابد من دراسته والتفصيل فيه وذلك بالتطرق إلى:

الفرع الأول: تعريف الفسخ الجزائي وشروط تطبيقه

الفرع الثاني: خصائص الفسخ

الفرع الثالث: أنواعه

الفرع الرابع: الآثار القانونية للفسخ

الفرع الأول: تعريف الفسخ الجزائي وشروط تطبيقه

أولا: تعريف الفسخ الجزائي

فسخ الصفقة هو ذلك الجزاء الشديد الجسامة الذي تستطيع الإدارة صاحبة العمل أن توقعه على المتعاقد معها المقصر في تنفيذ إلتزاماته العقدية، حيث يترتب على ذلك إستبعاد المتعاقد معها نهائيا عن تنفيذ العمل موضوع العقد[1].

ويمكن تعريف الفسخ انه جزاء تلجأ إليه المصلحة المتعاقدة عندما يثبت لها بصورة قاطعة عجزا أو عدم مقدرة المتعاقد في تنفيذ الإلتزامات محل التعاقد بصورة مرضية منها

(1) مفتاح خلفية عبد الحميد، إنهاء العقد الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2000، ص 161.
-أنظر الملحق رقم (4)

عدم مراعاة تنفيذ الأعمال، أو عدم تسليم التوريدات في المواعيد المقررة تنتهي بمقتضاه الرابطة التعاقدية بين المصلحة المتعاقدة وبين المتعاقد معها[1].

وقد نصت المادة 149 الفقرة 01 و02 من المرسوم 247/15 على "إذا لم ينفذ المتعاقد إلتزاماته توجه له المصلحة المتعاقدة إعذار ليفي بإلتزاماته التعاقدية في أجل محدد.

وإن لم يتدارك المتعاقد تقصيره في الأجل الذي حدده الأعذار المنصوص عليه أعلاه، فإن المصلحة المتعاقدة يمكنها أن تقوم بفسخ الصفقة العمومية من جانب واحد، ويمكنها كذلك القيام بفسخ جزئي للصفقة"[2].

ثانيا: شروط تطبيق الفسخ الجزائي

يشترط لممارسة الإدارة لسلطتها في الإنهاء الإدراي للعقد نتيجة لإخلال المتعاقد بإلتزاماته الشروط الآتية:

1. ارتكاب المتعاقد خطأ جسيم:

كل مخالفة من المتعاقد مع الإدارة لإلتزاماته العقدية، تمثل خطأ تعاقدي ولا يمكن إعمال سلطتها في فسخ الصفقة إلا إذا كان الخطأ المرتكب من المتعاقد على درجة كبيرة من الجسامة والخطورة حتى يكون مبررا تستند إليه الإدارة لتوقيع جزاء الفسخ.

ويعرف الخطأ الجسيم هو عبارة عن إخلال صادر من المتعاقد بإلتزام تعاقدي أو قانوني جوهري[3].

وتملك الإدارة سلطة تقديرية واسعة في تقدير مدى جسامة الخطأ وكفايته لتقرير جزاء الفسخ ويستطيع قاضي العقد بناء على طلب المتعاقد مع المفسوخ عقده، أن يقوم برقابة مدى ملائمة تقدير جهة الإدارة لمدى جسامة الخطأ وكفايته لإستعمال الإنهاء الجزائي[4].

(1) سبكي ربيحة، المذكرة السابقة، ص 140.

(2) المادة 149 من المرسوم 247/15، السابق الذكر

(3) حمد محمد حمد الشلماني، المرجع السابق، ص 211.

(4) مفتاح خليفة عبد الحميد، المرجع السابق، ص 776.

وقد ربط المشرع الجزائري الخطأ الجسيم من خلال المادة 149 السابقة الذكر بعدم تنفيذ المتعاقد إلتزاماته "إذا لم ينفذ المتعاقد إلتزامته...".

ويستنتج من المادة قصد المشرع بصدد أفعال جزاء الفسخ، فجعل كل من عدم التنفيذ والإخلال بالإلتزامات التعاقدية أخطاء تبرر توقيع الفسخ، وهنا يظهر دور دفاتر الشروط الإدارية العامة، إذ أنها تكمل البناء التشريعي وقد تضمنت أحكام فسخ الصفقة وأشارت العديد من الأخطاء التي يرتكبها المقاول والتي تعتبر من قبيل الأخطاء التي تبرر الفسخ[1] والمتمثلة فيما يلي:

1) عدم مباشرة المقاول للأشغال في الآجال المحددة في أوامر المصلحة الصادرة عن مهندس الدائرة أو المهندس المعماري.
2) عدم الإلتزام الدقيق بتنفيذ أوامر المصلحة.
3) رفض المقاول للتغيرات المفروضة عليه خلال العمل، كالأوامر الصادرة من المهندس المعماري[2].
4) وقوع أعمال التدليس والمخالفات المتكررة لشروط الشغل، أو التقصير الخطير في الإلتزامات المتعاقد عليها[3] ففي هذه الحالة فإن المصلحة المتعاقد لا تكتفي بتوقيع جزاء الفسخ نظرا لجسامة هذا الفعل بل يتعدى ذلك إلى إقصاء المقاول لوقت محدد أو إقصائه نهائيا من الصفقات التي تجريها إدارتها.
5) ترك مواقع العمل وإيقاف تنفيذ الأشغال.
6) التعامل الثانوي من دون موافقة المصلحة المتعاقدة[4].

أما فيما يخص صفقة اللوازم فإنه من الأخطاء الجسيمة التي تبرر الفسخ مايلي:

1) قيام المورد بتسليم أصناف رديئة جدا على غير ما اتفق عليه.
2) توقف المورد عن تسليم التوريدات، أو توقفه عن تصنيع البضاعة المتفق عليها فالمصلحة المتعاقدة وحدها التي يحق لها وقف التوريد أو تأجيله.

---

(1) سبكي ربيحة، المرجع السابق، ص 143.

(2) أنظر المادة 12 من دفتر الشروط الإدارية العامة، المرجع السابق، ص 52.

(3) أنظر المادة 35 من نفس المرجع، ص 52

(4) أنظر المادة 11 من نفس المرجع، ص 52.

3) عدم تسليم الأصناف المطلوبة في المواعيد المحددة في صفقة اللوازم.
4) إذا كان التأخير في التسليم مماثلا لعدم تنفيذ الصفقة.
5) الغش والاحتيال الصادر من المورد المتعاقد مع المصلحة المتعاقدة[1].

وينبغي التوضيح أن هذه الأخطاء الجسيمة المبررة التي نص عليها المشرع صراحة ذكرت على سبيل المثال لا الحصر ومن ثم يجوز للإدارة اللجوء إلى فرض هذا الجزاء في غير الحالات المنصوص عليها، على أن تخضع في ذلك لرقابة القضاء بصدد تقدير ملائمة الجزاء بعكس الحالات المنصوص عليها، فلا يجوز للقاضي التدخل للحكم على مدى ملائمة الفسخ إحتراما لإرادة المشرع[2].

وبالرجوع لنص المادة 150 من المرسوم الرئاسي 247/15 نجد أن المشرع أضاف سلطة للمصلحة المتعاقدة تمكنها من فسخ الصفقة العمومية من جانب واحد وهذا إذا توفر شرط المصلحة العامة حتى بدون خطأ من المتعامل المتعاقد وذلك بقوله: "يمكن للمصلحة المتعاقدة القيام بفسخ الصفقة العمومية من جانب واحد عندما يكون مبررا بسبب المصلحة العامة حتى بدون خطأ من المتعامل المتعاقد[3].

ومن خلال المادة نخلص إلى أن هذه السلطة لا تعتبر من قبيل الجزاءات الممنوحة للمصلحة العامة لأن الجزاء مقترن بخطأ من المتعامل المتعاقد.

2. الإعذار:[4]

يعتبر الإعذار شرطا أساسيا لتطبيق جزاء الفسخ على المتعامل المتعاقد، وسابق عن هذا الأخير حتى يستطيع المقاول المقصر تدارك أخطائه وتصحيحها[5].

ويعتبر الفسخ غير المسبوق بالإعذار معيب ويعفى المقاول المتعاقد من نتائجه الباهضة وفي حالة حصول ضرر له يحصل بالإضافة إلى ذلك على تعويض[6] ولقد

(1) سعيد عبد الرزاق باخيرة، رسالة الدكتوراه السابقة، ص 331.
(2) سبكي ربيحة، المذكرة السابقة، ص 145.
(3) أنظر المادة 150 من المرسوم 247/15، المرجع السابق
(4) أنظر الملحق رقم 5.
(5)عبد القادر رحال، مرجع سابق، ص 277.
(6) هارون عبد العزيز الجمل، الجزاءات، مرجع سابق، ص 277

أوجب المشرع ضرورة إعذار المتعاقد وذلك من خلال المادة 149 من المرسوم 247/15 السابقة ذكر.

"إذا لم ينفذ المتعاقد إلتزاماته توجه له المصلحة المتعاقدة إنذار ..." ومنحه مدة لتدارك أخطائه فإذا انقضت المهلة ولم يتدارك أخطاءه خلالها جاز للمصلحة، المتعاقدة اللجوء إلى فسخ الصفقة من جانب واحد[1].

ولقد أحسن المشرع الجزائري صنعا عندما نص على وجوب توجيه الإعذار للمتعامل المتعاقد بهدف الوفاء بإلتزاماته خلال مدة معينة، كأن نتصور أننا أمام عقد أشغال عامة وأن المتعامل المتعاقد توقف عن الأشغال مدة طويلة بما سينعكس سلبا على مدة إنجاز العقد وبما سيؤثر على نشاط المرفق وفي هذا الحالة توجه الإدارة إعذار للمعني وتمنحه أجلا للوفاء بما تعهد به.

ولقد نصت المادة 2 من القرار الصادر بتاريخ 28 مارس 2011 السابق ذكره البيانات التي يجب أن يتضمنها الإعذار وقد سبق ذكرها في المبحث الأول أما فيما يخص شكل الإعذار فقد بينته المادة 4 بأنه يتم برسالة موصى عليها ترسل إلى المتعامل المتعاقد مع إشعار بالإستلام وتنشر وجوبا في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي[2].

وعلى الرغم من إلتزام الإدارة كقاعدة عامة بضرورة الإعذار قبل الفسخ إلا أن هناك حالات تعفى فيها الإدارة من هذا الإلتزام وفقا للفقه والقضاء الفرنسيين وهي:

- حالة ما إذا ورد نص صريح يعفي الإدارة من توجيه الإعذار قبل توجيه الجزاء سواء كان النص في العقد أو في دفتر الشروط العامة وبشرط في هذه الحالة أن يكون التعبير عن إرادة الطرفين في إعفاء الإدارة من الإعذار واضحا وصريحا.
- حالة ما إذا أعلن المقاول صراحة عن رفضه لتنفيذ إلتزامه أو عدم قرته على ذلك إذ لا فائدة من الإعذار في هذه الحالة.

(1) أنظر المادة 149 من المرسوم 247/15، المرسوم السابق.

(2) د/ عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، مرجع سابق، ص 226.

- أنظر الملحق رقم 6.

- في حالة إذا كانت الظروف تؤكد عدم فائدة الإعذار بفعل المقاول كغشه في التنفيذ أو إرتكابه لمخالفة يصعب تداركها أو إصلاحها حتى مع الإعذار.
- في حالة إذا كان الفسخ تاليا لجزاء سابق هو سحب العمل من المقاول في صفقة الأشغال أو الشراء على حساب المورد في صفقة اللوازم لأن هذا الأخير جزاء مؤقت قد ينتهي إلى الفسخ إذا إستمر المقاول في المخالفة[1].

الفرع الثاني: خصائص الفسخ الجزائي

أولا: حق المصلحة المتعاقدة في توقيعه بنفسها

تطبق المصلحة المتعاقدة جزاء الفسخ في حالة التقصير الجسيم للمتعامل المتعاقد بإرادتها المنفردة دون اللجوء إلى القضاء بمقتضى ما تخوله لها النصوص القانونية المنظمة للصفقات العمومية ودفاتر الشروط الإدارية العامة وفضلا عن أن طبيعة الصفقة العمومية تقتضي ذلك وكذلك ضمان إستمرارية المرفق العام.

ثانيا: إعذار المتعاقد قبل توقيع الفسخ الإجرائي

أشير سابقا أن الإعذار من الشروط الجوهرية التي تعتمدها المصلحة المتعاقدة قبل توقيع جزاء الفسخ وهي ملزمة بإحترام الشكليات والإجراءات القانونية قبل صدور قرار الفسخ ويأتي الإعذار من مقدمة هذه الشبكات[2].

ثالثا: الرقابة القضائية على قرار الفسخ الجزائي

القرار الصادر بتوقيع جزاء الفسخ على المتعامل المتعاقد خاضع لرقابة الفضاء غير أنه لا يكون للمتعاقد الطعن بالإلغاء ضد قرار الفسخ إذا كان غير مشروع حيث أن هذا القرار ليس من القرارات الإدارية المنفصلة عن العقد التي هي محل لدعوى الإلغاء وإنما هو إجراء متصل بالعقد تتخذه المصلحة المتعاقدة ومن ثم فإن المنازعة فيها لا

---

(1) محمد صلاح عبد البديع السيد، سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري، دراسة مقارنة رسالة دكتوراه، جامعة الزقازيق، مصر ص 217.

(2) سبكي ربيحة، المذكرة السابقة، ص 153.

- المحكمة العليا، الغرفة الإدارية، قرار مؤرخ في 1990/07/28، قضية (ت.ط) من (والي ولاية عنابة) نقلا عن عبد الرزاق باخيرة، المذكرة السابقة ص 350

تتدخل في ولاية الإلغاء وإنما تتدخل في ولاية القضاء الكامل وتختص بهذه المنازعة المحاكم الإدارية[1].

يملك القاضي الإداري في هذه الحالة سوى الحكم بتعويض المتعامل المتعاقد إذا تعسفت الإدارة في استعمال سلطة الفسخ دون الإلغاء[2]ويتسع نطاق الرقابة القضائية على قرار المصلحة المتعاقدة بالفسخ الجزائي ليشمل رقابة الملائمة للتأكد من مدى التناسب بين الجزاء الموقع على المتعاقد مع جسامة الخطأ المنسوب إليه.

الفرع الثالث: أنواع الفسخ الجزائي

أولا: الفسخ الجزائي المجرد والبسيط: (أنظر الملحق رقم 7)[3]

يقصد به إنهاء الرابطة التعاقدية بلا قيد أو شرط ويعاد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد وذلك دون تحميل المتعاقد الأعباء المترتبة على إعادة طرح الصفقة في مناقصة جديدة لإتمام تنفيذها[4].

تكتفي المصلحة المتعاقدة هنا بفسخ الصفقة الأصلية مع حقها في توقيع غرامات التأخير أو المطالبة بالتعويض عن الأضرار التي تصيبها نتيجة لهذا الفسخ لخطأ المتعامل المتعاقد وهذا ما نصت عليه المادة 152 من المرسوم 247/15[5].

تلجأ الإدارة إلى تطبيق هذا النوع من الفسخ في الحالات التي تقدر فيها أن أخطاء المتعاقد لم تبلغ درجة عالية من الجسامة[6].

---

(1) أنظر قرار محكمة التنازل رقم 1 المؤرخ في 2000/05/08 قضية رئيس بلدية رايس حميدو ضد (ص.ج)، مجلة مجلس الدولة، العدد 1، الجزائر، 2002، ص155.

(2)قرار المحكمة العليا، المؤرخ في 02 أفريل 1965 قضية الأنسة (روكان)، وكذلك: مجلس فضاء الجزائر، حكم مؤرخ في 1967/11/08 قضية (خليف) يتضمن الحكم بالتعويض إذا تعسفت الإدارة في استعمال سلطة الفسخ، انظر ناصر لباد المرجع السابق ص 442.

(3) انظر الملحق رقم 7.

(4) مفتاح خليفة عبد الحميد، المرجع السابق، ص 198.

(5) د/ سليمان محمد الطماوي، المرجع السابق، ص 550.

(6) د/ محمود أبو السعود، المرجع السابق، ص 268.

ثانيا: الفسخ الجزائي على حساب ومسؤولية المتعاقد (أنظر الملحق رقم 8)[1]

يعتبر هذا النوع أشد وأقسى من جزاء الفسخ المجرد فالمصلحة المتعاقدة لا تكتفي بإنهاء الصفقة الأصلية وتعويضها عن فسخها، ولكن يكون أيضا مصحوبا بإبرام صفقة جديدة على مسؤولية المتعاقد المقصر ويلتزم بأن يتحمل هذا الأخير الزيادة في المصروفات الناجمة عن هذا الإجراء[2]، كما يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تلجأ إلى طريقة التراضي مع شرط أن تراعي عدم الإضرار بالمتعاقد القديم بإختيار أفضل الشروط المالية وتخضع الإدارة إلى رقابة القضاء في هذا الصدد[3].

ونظرا لخطورة هذا الإجراء فإن في فرنسا يرى الفقه وقضاء المجلس الدولة الفرنسي على عدم السماح بهذا النوع من الفسخ إلا إذا نص عليه في العقد أو دفاتر الشروط[4] وفي الجزائر فإن المرسوم الرئاسي 247/15 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية قد نص على الفسخ الجزائي على حساب ومسؤولية المتعاقد وذلك من خلال المادة 52 "لا يمكن الإعتراض على قرار المصلحة المتعاقدة بفسخ الصفقة عند تطبيقها البنود التعاقدية للضمان والمتابعات الرامية إلى إصلاح الضرر الذي لحقها بسبب خطأ المتعاقد معها، وزيادة على ذلك يتحمل هذا الأخير التكاليف الإضافية التي تنجم عن الصفقة الجديدة"[5].

وبالرجوع إلى دفتر الشروط الإدارية العامة نجد أنها تضمنت وأشارت إلى هذا النوع من الفسخ بمقتضى المادة 35 فقرة 03 والتي تنص على "... يرفع الأمر المتعلق بهذه العمليات إلى الوزير الذي يمكنه... أن يأمر بإعادة إجراء المناقصة على ذمة المقاول المتخلف..."[6]. وتؤكد هذه المواد ومما لا شك فيه أخذ المشرع الجزائري بالفسخ الجزائي على حساب ومسؤولية المتعاقد. ويحق للمصلحة المتعاقدة أن تمارس بنفسها ومن دون اللجوء إلى القضاء توقيع الفسخ الجزائي المجرد أو الفسخ على مسؤولية المتعاقد

(1) أنظر الملحق رقم 8.

(2) هارون عبد العزيز الجمل، الجزاءات، مرجع سابق، ص 256.

(3) د/ سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة، المرجع السابق، ص 551.

(4) هارون عبد العزيز الجمل، الجزاءات، مرجع سابق، ص 260.

(5) المادة 152 من المرسوم 247/15 السابق ذكره

(6) المادة 03/35 من دفتر الشروط الإدارية، السابق ذكره

المقصر لأن إجراء الفسخ وإعادة المناقصة هو إجراء إداري ولا يمكن أن يحكم به القاضي غير أن هذا الأخير يمكنه مراقبة إجراءات إعادة التعاقد التي تقوم بها الإدارة سواء كانت المناقصة أو الممارسة وما إذا تمت بشكل قانوني وبأسلوب لا يتضرر منه المقاول المفسوخ عقده الذي يعترف له بضمانات لحماية مصالحة منها[1].

الفرع الرابع: الآثار القانونية للفسخ الجزائي

ينتج عن قيام المصلحة المتعاقدة بتقرير الفسخ الجزائي بنوعية عدة آثار قانونية تختلف بإختلاف نوعي الفسخ وكذا بإختلاف نوع الصفقة ومع ذلك هناك من الآثار ماهو مشترك بين نوعي الفسخ ومنها ماهو خاص بالفسخ دون قيد (المجرد والبسيط) ومن الآثار ماهي خاصة بالفسخ على حساب ومسؤولية المتعامل المتعاقد كمايلي:

أولا: الآثار المشتركة بين نوعي الفسخ

يترتب على قيام المصلحة المتعاقدة بفسخ الصفقة سواء كان فسخا مجردا أو فسخا على مسؤولية المتعاقد عدة آثار قانونية نذكر منها:

- إنهاء الرابطة العقدية نهائيا بين المصلحة المتعاقدة والمتعامل المتعاقد فيصبح غير مسؤول عن الإلتزامات المنصوص عليها في العقد[2].
- يشمل الفسخ في كلا الحالتين العقد كله او يمكن فسخ جزء منه كما هو الحال في الجزاءات الضاغطة وهذا ما نصت عليه المادة 149 من المرسوم 247/15[3].
- يترتب عن كلا النوعين إستبعاد المتعاقد نهائيا نتيجة لفسخ عقده وبالتالي يتحتم عليه إخلاء أماكن العمل في صفقة الأشغال العامة في المواعيد التي تحددها المصلحة المتعاقدة وإذا تأخر في الإخلاء أو رفض ذلك جاز لهذه الأخيرة إخلاء هذه الأماكن على نفقته ومسؤوليته وخصم المبالغ المستحقة لها من مبالغ التأمين أو بيع أدواته عن طريق المزاد[4].

(1) بن شعبان علي، المذكرة السابقة ص 134-135.

(2) هارون عبد العزيز، الجمل، الجزاءات ... مرجع سابق، ص 280.

(3) أنظر المادة 149 من المرسوم الرئاسي 247/15.

(4) انظر المادة 23 فقرة 2-3-4 من دفتر الشروط الإدارية العامة، مرجع سابق

ثانيا: الآثار الخاصة بالفسخ الجزائي المجرد

هذا الجزاء يعتبر أقل صرامة من جزاء الفسخ على مسؤولية المتعاقد، وتترتب عليه جملة من الآثار نوردها كمايلي:

- إنهاء الصفقة دون أي قيد أو شرط وإنتهاء العلاقة نهائيا بين المقاول وجهة الإدارة[1] مع إستثناء في حالة الفسخ الجزئي المنصوص عليه في المادة 149 من المرسوم 247/15.[2]
- تستطيع المصلحة المتعاقدة عند توقيع الفسخ الجزائي المجرد أن تفرض على المتعاقد المفسوخ عقده في الفترة السابقة على صدور جزاء الفسخ لإختلاف السبب في توقيع كل منهما كما يمكن الحصول على التعويض للضرر الذي يصيبها قبل صدور قرار الفسخ سواء كان هذا الضرر ناتجا عن وقف تنفيذ الأشغال العامة أو عن عدم توريد الأصناف في صفقة التوريد او كان الضرر ناتجا عن الفسخ ذاته[3]
- يتم إستلام الأشغال المنفذة طبقا لنصوص العقد، كذلك يتم تصفية العقد كما يجب على المتعاقد أن يقوم بإثبات الأشغال التي تم تنفيذها، وأن يقوم مجرد للمواد الخام والمؤن وأن يقوم كذلك مجرد وصف المواد والتجهيزات والأدوات المتعلقة بالعمل.
- لا يتحمل المتعاقد المصاريف التي تنفعها الإدارة من أجل إبرام عقد جديد بتنفيذ بنود الصفقة المتبقية من العقد الأصلي كما أن الإدارة لا تستطيع إبرام عقد جديد إلا بعد فسخ العقد الأصلي[4].
- يجوز للمصلحة المتعاقدة أن تجمع بين الفسخ المجرد ومصادرة التأمين مع إستحقاق التعويض إذا كان التأمين غير كاف لجبر الضرر الذي أصابها على أن لا تحظر الصفقة العمومية صراحة هذا الجمع[5].

(1) مفتاح خليفة عبد الحميد، المرجع السابق، ص 354.

(2) أنظر المادة 149 من المرسوم الرئاسي 247/15. السابق الذكر

(3) سعيد عبد الرزاق باخيرة، الرسالة السابقة، ص 360.

(4) مفتاح خليفة عبد الحميد، نفس المرجع، ص 355.

(5) د/ عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة، مرجع سابق، ص 295.

ثالثا: الآثار الخاصة بالفسخ الجزائي على مسؤولية المتعاقد

هذا النوع من الفسخ أشد جسامة على المتعامل المقصر، يجعله يتحمل كافة المخاطر التي تنتج عن إبرام عقد جديد مع غيره وتكمن أثار هذا الفسخ فيما يلي:

- إبرام صفقة جديدة مع متعامل متعاقد آخر لإنجاز الإلتزامات التي تخلف عنها المتعاقد الأصلي وللمصلحة المتعاقدة أن تختار كيفية الإبرام التي تراها ملائمة، فلها أن تلجأ إلى إجراء المناقصة كما لها أن تلجأ إلى إجراء التراضي وهذا حسب المواد 49-51-59 من المرسوم الرئاسي 247/15[1].
- يتحمل المقاول المفسوخ عقده جميع النفقات التي أنفقتها الإدارة في سبيل إبرام العقد مع مقاول آخر، بما في ذلك الزيادة التي ترتبت عن إبرام العقد الجديد مقارنة بالعقد الأصلي، يشترط أن لا تكون مبالغا فيها، أما في حالة نقص نفقات إختيار المتعاقد الجديد فإن المتعاقد المفسوخ عقده لا يحق له المطالبة بهذا التعويض[2].
- للمصلحة المتعاقدة الحق بالإحتفاظ بفارق المصروفات إذا كانت الصفقة الجديدة أقل سعرا من الصفقة الأصلية[3].

ولما لجزاء الفسخ من أثر على المتعامل المتعاقد وفرت له عدة ضمانات لحماية حقه خاصة في مجال صفقات الأشغال العامة لما لها من صلة وثيقة بالخزينة العامة ويمكن ذكرها فيما يلي:

- يجب أن تتم الصفقة الجديدة في إطار الصفقة الأصلية وعلى أساس دفتر الشروط نفسه، ومن حق المتعاقد المطالبة بإجراء المناقصة الجديدة دون تعديل.
- تلتزم المصلحة المتعاقدة أثناء إبرام الصفقة الجديدة أن تتم العملية بأقل الأسعار الممكنة فلا يجوز تحميل المتعاقد المفسوخ عقده أسعار مبالغا فيها[4].

(1) 49-51-59 من المرسوم 247/15 السابق ذكره

(2) مفتاح خليفة عبد الحميد، المرجع السابق، ص 363.

(3) د/ محمود أبو السعود، سلطة الإدارة .... ، مرجع سابق/ ص 275.

(4) سبكي ربيحة، المذكرة السابقة، ص 162.

خلاصة الفصل:

تتدرج الجزاءات الإدارية التي تملك المصلحة المتعاقدة توقيعها على المتعامل المتعاقد المقصر في تنفيذ إلتزاماته حسب درجة الخطأ الذي يرتكبه هذا الأخير فكلما كان لخطأ جسيما كلما أصبحت العقوبة أشد قسوة ابتداء من الجزاءات الغير منهية للصفقة كالجزاءات المالية والضاغطة التي تهدف إلى جبر الضرر الذي لحقها من جراء الإخلال الذي ارتكبه المتعامل المتعاقد معها وصولا إلى الجزاءات الفاسخة التي تهدف إلى إنهاء العلاقة التعاقدية بصفة نهائية وقبل أوانها مع المتعاقد وإنقضاء العقد ويتم توقيعها في الحالات التي يرتكب فيها المتعاقد مخالفات جسيمة لا يجدي معها توقيع أي من السابقة.

خاتمـــــة

خاتمة:

لقد جاء قانون الصفقات العمومية بهدف حماية الأموال العمومية كون أغلب النفقات العمومية تذهب في شكل صفقات بشتى أشكالها وأنواعها لا سيما الموجهة لتنفيذ مشاريع ذات منفعة وطنية، وحرصا من الإدارة على تطوير وتسيير المرافق العامة من أجل تقديم أفضل الخدمات وإشباع حاجات الجمهور نجدها تحرص على التعاقد مع أحسن المتعاملين فنيا وماليا وذلك ضمانا منها للمصلحة العامة وحسن سير المرفق العام لكن هؤلاء المتعاقدين قد يرتكبون مخالفات متعددة أثناء تنفيذهم التزاماتهم، مما يؤدي إلى حدوث اضطرابات مالية وزمنية في تنفيذ العقد، ولهذا السبب منح المشرع المصلحة المتعاقدة عدة سلطات ضمانا منها لحسن تنفيذ الصفقة ومواجهة لعدم التزام المتعامل المتعاقد ومن هذه السلطات نجد سلطة توقيع الجزاءات التي تعد من أخطر السلطات التي تملكها الإدارة في مواجهة المتعاقد، ولدراسة هذه السلطة قد تناولنا في الفصل الأول النظام القانوني لسلطة توقيع الجزاءات مبرزين تطور هذه السلطة ومفهوما وأنواعها مع ذكر خصائصها وقد تطرقنا في المبحث الثاني إلى ذكر الأساس القانوني لسلطة الإدارة في توقيع الجزاءات مستندين إلى فكرة المرفق العمومي وفكرة امتياز السلطة العامة بالتنفيذ المباشر.

أما الفصل الثاني فأبرزنا فيه الجزاءات التي توقعها المصلحة المتعاقدة، فكان بدراسة الجزاءات المالية التي تعتبر جزاءات غير منهية للصفقة ذات طابع مالي لتغطية الضرر الذي لحقها من جراء الاخلال الذي ارتكبه المتعامل المتعاقد معها، كما يمكن أن تصل هذه الجزاءات إلى حد استعمال الضغط والإكراه بهدف إجبار المتعاقد وإرغامه على الوفاء بالتزاماته التعاقدية على الوجه الذي يستلزمه المرفق العام.

ثم الجزاءات المنهية للرابطة التعاقدية في حالة إخلال المتعاقد بالتزاماته إخلالا جسيما لا يمكن تداركه ممثله في الفسخ الجزائي.

ومن خلال استعراضنا لمختلف جوانب الموضوع انتهت دراستنا الى كثير من النتائج والتي سنتناول أهمها:

- سلطة توقيع الجزاءات لها نظام قانوني يميزها عن تلك التي تعرفها عقود القانون الخاص.

- الإدارة لها حق أصيل في توقيع عقوبات إدارية على المتعاقد دون المرور على القضاء إذا أخل بالتزاماته التعاقدية بأي صورة.
- تنوع الجزاءات بين جزاءات عقدية وأخرى غير عقدية، فمن حيث المبدأ توقع الجزاءات على المتعامل وفق ما اتفق عليه في العقد، كما يمكن توقيع جزاءات دون النص عليها في العقد وذلك خضوعا لمبدأ إذا أغفل العقد تحديد جزاءات مقابلة لمخالفات معينة فلا يعني ذلك عدم وجود جزاءاته وذلك لأن كل التزام تعاقدي يقابله جزاء في حالة مخالفته، لكن هذه الجزاءات مقترنة بارتكاب خطأ جسيم من المتعاقد ووجوب أعذاره ومنحه مهلة.
- الجزاءات هي عقوبات متدرجة تهدف إلى تحقيق المصلحة العامة والوصول إلى تنفيذ الصفقة في المواعيد المقررة ووفقا للشروط المتفق عليها وتحقيق نتائج ايجابية على الصعيد الاقتصادي والاجتماعي وليس الهدف منها معاقبة الطرف الآخر.
- سلطة توقيع الجزاءات هي سلطة تقويم وتأمين سير المرافق العامة، وعلى هذا الأساس وجب على الإدارة توقيع جزاء على المتعاقد المقصر أو المخل بأحد بنود العقد من أجل ردعه وحمله على التنفيذ.
- سلطة توقيع الجزاءات حق ثابت وأصيل للمصلحة المتعاقدة مستمدة من الطبيعة والخصائص الذاتية للصفقات العمومية والتي يراعى في تنفيذها تغليب الصالح العام على الصالح الخاص.

التوصيات:

- بسط الرقابة القضائية على كافة القرارات والإجراءات التي تتخذها المصلحة المتعاقدة بمناسبة ممارستها سلطة توقيع الجزاءات على أن تكون هذه الرقابة شاملة للتعويض والإلغاء معا حتى تمثل ردعا للمصلحة المتعاقدة من أجل الالتزام بقواعد المشروعية وعدم التعسف في استعمال السلطة.
- يجب إصدار دفتر الشروط أو تعديله بما يتناسب والمعطيات والحقائق الحالية لتنفيذ الصفقات العمومية.

- تقنين وتوضيح حالات الفسخ الجزائي وتبيان وحصر جميع الأخطاء التي تبرر هذا الجزاء وذلك لخطورته ولعدم ترك السلطة التقديرية للمصلحة المتعاقدة التي قد تتعسف في استعمال هذه السلطة.
- يجب النص على الجزاءات الضاغطة وضرورة تحديد الأخطاء والأفعال التي تبرر توقيع هذا الجزاء.
- تحديد نسب اقتضاء غرامة التأخير وذلك تناسبا مع مدة التأخير والنص عليها في قانون الصفقات العمومية.
- كان من الأفضل على المشرع التفصيل أكثر فيما يخص الجزاءات المالية خاصة فيما يتعلق بالغرامة التأخيرية ومصادرة مبلغ الضمان من خلال وضع تعريف محدد لهما وتحديد طبيعة الأخطاء المرتكبة فيهما، وقيمة المبلغ المتخذ بشأنهما.
- ضرورة استكمال المشرع للنصوص القانونية المشار إليها في المرسوم الرئاسي 247/15 والتي ستصدر إما بمراسيم أو قرارات وزارية مشتركة أو قرارات (هناك حوالي 30 مادة معنية بالاستكمال).
- لا يمكن الحديث عن تنمية البلاد إذا لم تعتبر المتعاقد شريكا اقتصاديا ومنه فإن الهدف من هذه الشراكة أن يستفيد الطرفان وليس التعسف أو الضغط على المتعامل المتعاقد بالسلطة التي فصلنا فيها في البحث لدرجة إضعافه، فهناك من المتعاملين من أعلن إفلاسه نتيجة لتصرفات الإدارة وهناك من فضل الاستثمار في الخارج لغلو الإدارة في بعض الحالات في ممارسة هذه السلطة.

قائمة

المراجع

أولا: النصوص القانونية

- **النصوص التشريعية:**

1. أمر رقم 75-58 مؤرخ في 20 رمضان 1395هـ الموافق 26 سبتمبر 1975 يتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية العدد 78 الصادر في 30 سبتمبر 1975 المعدل والمتمم.

- **النصوص التنظيمية:**

1. المرسوم الرئاسي رقم 15-247 مؤرخ في 2 ذي الحجة عام 1436، الموافق لـ 16 سبتمبر 2015، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، الجريدة الرسمية عدد 50، 20 سبتمبر 2015.

- **القرارات:**

1. القرار المؤرخ في 16 رجب 1384 الموافق لـ 21 نوفمبر 1964 المتضمن المصادقة على دفتر الشروط الإدارية العامة، المطبقة على صفقات الأشغال الخاصة بوزارة تجديد البناء والأشغال العمومية والنقل، الجريدة الرسمية العدد 6، الصادر في 19 يناير 1964.
2. القرار المؤرخ في 23 ربيع الثاني 1432 الموافق 28 مارس سنة 2011 يحدد البيانات التي يتضمنها الإعذار وآجال نشره، الجريدة الرسمية العدد 24 الصادر في 20 أفريل 2011.
3. القرار الوزاري المشترك، المؤرخ في 15 شوال 1432 الموافق لـ 13 سبتمبر 2011 المحدد لقائمة صفقات الدراسات والخدمات المعفاة من كفالة حسن التنفيذ، الجريدة الرسمية، عدد 62 سنة 2011.

ثانيا: المؤلفات:

1. إبن منظور جمال الدين أبو الفضل محمد، لسان العرب، تحقيق عبد الله علي الكبير، محمد أحمد حسب الله وهاشم محمد الشاذلي، دار المعارف، الإسكندرية، مصر (دون تاريخ النشر).
2. أبو الخير عادل سعيد، القانون الإداري، القرارات الإدارية والعقود الإدارية، مطبعة الطويحي، القاهرة – مصر، 2001.

3. أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي العام، الديوان الوطني للأشغال التربوي، الطبعة الأولى، 2002، الجزائر.
4. أحمد سلامة بدر، العقود الإدارية وعقود الثبوت، مكتبة دار النهضة العربية، القاهرة 2003.
5. أحمد عوض بلال، محاضرات في الجزاء الجنائي، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر 2000.
6. أمين مصطفى محمد، علم الجزاء الجنائي بين النظرية والتطبيق، دار الجمعة الجديدة، الإسكندرية، مصر 1995.
7. أنس جعفر، العقود الإدارية، دراسة مقارنة لنظام المناقصات والمزايدات للقانون 1998/1989 خاص بالمناقصات الطبعة الرابعة، دار النهضة العربية مصر.
8. بدران حسن عبد المؤمن، العقد والجزاء الجنائي، دراسة مقارنة، دار المعارف الإسكندرية مصر 1991.
9. بركات زين العابدين، مبادئ القانون الإداري، مطبعة الإسكندرية، 1987.
10. بعلي محمد الصغير، القرارات الإدارية، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، الجزائر، 2005.
11. ـــــــــــ، الوسيط في المنازعات الإدارية، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، الجزائر، 2009.
12. بنهام رمسيس، النظرية العامة للمجرم والجزاء، دار المعارف، الإسكندرية، مصر، 1991.
13. بوضياف عمار، الصفقات العمومية في الجزائر، جسور النشر والتوزيع، الجزائر 2007.
14. ـــــــــــ، القرار الإداري (دراسة تشريعية قضائية وفقهية)، جسور النشر والتوزيع الجزائر 2007.
15. ـــــــــــ، شرح تنظيم الصفقات العمومية، جسور النشر والتوزيع المحمدية، الجزائر 2011.

16. الجبوري محمد خلف، العقود الإدارية، مكتبة دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان، 2010
17. جمعة احمد محمود، العقود الإدارية طبقا لقانون المناقصات والمزايدات الجديد، منشأ المعارف، الإسكندرية 2002.
18. حسن محمد مهند، محمد حسن علي حسن، الجديد في المشكلات العملية لقانون المناقصة والمزايدة، دار الكتب القانونية، مصر،2002.
19. حسين عبد العال، السلطات المخولة لجهة الإدارة، الطبعة الأولى، مطبعة لجنة البيان العربي، القطيف، السعودية، 1961.
20. حلمي عمر، معيار تمييز العقد الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1983.
21. خاطر الشريف، مبادئ القانون الإداري، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2009.
22. خليل عادل عبد الرحمان، المبادئ العامة في آثار العقود الإدارية وتطبيقاتها، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2000.
23. رشا محمد جعفر الهاشمي، الرقابة القضائية على سلطة الإدارة في فرض الجزاءات على المتعاقد معها (دراسة مقارنة)، منشورات الجبلي الحقوقية، لبنان، 2010.
24. سعاد الشرقاوي، رقابة القضاء على مشروعية أعمال الإدارة، دار النهضة العربية، مصر 1984.
25. سليمان عبد الله، شرح قانون العقوبات الجزائري، القسم العام، الجزء الأول "الجريمة"، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2002.
26. سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية (دراسة المقارنة)، الطبعة الخامسة، جامعة عين الشمس، مصر، 1991.
27. السنهوري عبد الرزاق، الوسيط في مصادر الإلتزام، الجزء 02، المجلد الأول، دار النهضة، 1981.

28. شريفي نسرين، عمارة مريم، بوعلي سعيد، تحت إشراف: د.مولود ديدان، القانون الإداري (التنظيم الإداري، النشاط الإداري)، دار بلقيس، الجزائر، (دون تاريخ نشر).
29. الشلماني حمد محمد حمد، إمتيازات السلطة العامة في العقد الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2007.
30. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، الإبرام والتنفيذ والمنازعات، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2007.
31. عشي علاء الدين، مدخل القانون الإداري، الجزء الثاني، (النشاط الإداري، وسائل الإدارة،أعمال الإدارة)، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2010.
32. عكاشة حمدي ياسين، موسوعة العقود الإدارية (العقود الإدارية في التطبيق العملي)، منشأ المعارف، الإسكندرية، 1998.
33. علي علي سليمان، دراسات في المسؤولية المدنية في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الثالثة ، الجزائر،1994.
34. عوابدي عمار، قضاء التفسير في القانون الإداري، دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2002.
35. ـــــــــــ، القانون الإداري (الجزء الأول التنظيم الإداري)، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الثالثة، الجزائر، 2005.
36. ـــــــــــ، القانون الإداري (النشاط الإداري) الجزء 02، الطبعة 03 دار المطبوعات الجامعية، الجزائر 2005.
37. غازي هيثم حليم، سلطات الإدارة في العقود الإدارية، دراسة تطبيقية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر 2014.
38. غنايم مدحت احمد يوسف، النظام القانوني لغرامة التأخير في العقود الإدارية، (دراسة مقارنة)، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، مصر، 2014.
39. فياض عبد المجيد، نظرية الجزاءات في العقد الإداري، الطبعة الأولى، دار الفكر العربي، القاهرة.
40. كوسة فضيل، القرار الإداري في ضوء قضاء مجلس الدولة، دار هومة الجزائر، 2013.

41. لباد ناصر، القانون الإداري (النشاط الإداري) الجزء 2 لباد للنشر الجزائر 2004.
42. ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية والتحكيم، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر 2004.
43. مازن ليو راضي، دور الشروط الإستثنائية لتمييز العقد الإداري (دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية 2002.
44. محمد سامي الشوا، القانون الإداري الجزائر الحد من العقاب، دار النهضة، مصر، القاهرة.
45. محمد سعيد أمين، الأسس العامة (إلتزامات وحقوق المتعامل مع الإدارة)، دار المطبوعات العربية، لبنان 1984
46. محمد فؤاد عبد الباسط، العقد الإداري (المقومات، الإجراءات، الآثار) الطبعة الأولى، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر 2006.
47. محمود عاطف البنا، العقود الإدارية، دار الفكر العربي، القاهرة 2008.
48. محيو أحمد، محاضرات في المؤسسات الإدارية (ترجمة محمد عرب صاصيلا) الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية 1979 الجزائر.
49. مفتاح خليفة عبد الحميد، إنهاء العقد الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية 2000.
50. منصور إسحاق إبراهيم، نظريتا القانون والحق وتطبيقاتها في القانون الجزائري ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر 1992.
51. نظير فرج مينا، الموجز في علم الإجرام والعقاب، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الثالثة 1993، الجزائر.

ثالثا: الرسائل والمذكرات

- **الرسائل:**

1. بن شعبان علي، آثار عقد الأشغال العامة على طرفيه في التشريع الجزائري رسالة دكتوراه الدولة في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة منتوري، قسنطينة 2012/2011.

2. سعيد عبد الرزاق باخبيرة، سلطة الإدارة الجزائية أثناء تنفيذ العقود الإدارية (دراسة مقارنة) رسالة دكتوراه، جامعة الجزائر، كلية الحقوق بن عكنون السنة الجامعية 2008/2007.
3. محمد صلاح البديع السيد، سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة الزقازيق مصر 1993.
4. هارون عبد العزيز الجمل، النظام القانوني للجزاءات في عقد الأشغال العامة، رسالة دكتوراه، جامعة عين الشمس، مصر (دون سنة).

- **المذكرات:**

1. سبكي ربيحة سلطات المصلحة المتعاقدة تجاه المتعامل في مجال الصفقات العمومية، مذكرة ماجسيتر، جامعة تيزي وزو 2013-2014.
2. سهام بن دعاس، المتعامل المتعاقد في ظل النظام القانوني للصفقات العمومية، مذكرة ماجستير، جامعة باجي مختار، عنابة 2005.
3. عبد القادر رحال، سلطة المتعامل العمومي في توقيع الجزاءات على المقاول المتعاقد معه في القانون الجزائري، مذكرة ماجستير، جامعة تيزي وزو 1990.
4. فتيحة حابي، النظام القانوني لصفقة إنجاز الأشغال العمومية في ظل المرسوم الرئاسي 10-236 المعدل والمتمم، مذكرة ماجستير في القانون العام، فرع قانون الإجراءات الإدارية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تيزي وزو، الجزائر 2013.

رابعا: المقالات

1. حامد ربيع، وظيفة الدولة الجزائية في المجتمع المعاصر، تأصيل للنظرية عامة، المجلة الجنائية القومية، المجلد 08، العدد 02، المركز القومي للبحوث الاجتماعية والجنائية، مصر يوليو 1965.
2. دراجي عبد القادر، (سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات الإدارية) مجلة المفكر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بسكرة، العدد العاشر، بسكرة، جانفي 2014.
3. محمد سعيد فودة، النظام القانوني للعقوبات الإدارية، مجلة القانون والاقتصاد، مصر 2007.

4. محمود أبو السعود، سلطة الإدارة في الرقابة على تنفيذ العقد الإداري، مجلة العلوم القانونية والإقتصادية، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، العدد الأول 1997.
5. نحوي محمد الصادق المهدي، حفظ الدعوى الجنائية اكتفاء بالجزاء الإداري، مجلة القانون والإقتصاد، جامعة القاهرة، مصر 1984.

خامسا: الأحكام القضائية

1. القرار رقم 65145 المؤرخ في 1989/12/16 قضية (ع ط) ضد والي ولاية قالمة، المجلة القضائية 1991، العدد 1، الجزائر 1991 متعلق بالغرامة التأخيرية.
2. قرار محكمة التنازع، رقم 01 المؤرخ في 2000/05/08 قضية رئيس بلدي حميدو ضد (ص ج)، مجلة مجلس الدولة، العدد 01، الجزائر، 2002."النزاعات الناتجة عن الصفقات العمومية هي من إختصاص الغرفة الإدارية.
3. القرار رقم 45 46 المؤرخ في 2002/04/22 قضية (م خ) ضد رئيس المجلس الشعبي البلدي (ب ك)، نشرة القضاة 2006 العدد 57 متعلق باسترجاع مبلغ الضمان.

الفهرس

الفهرس:

مقدمة	02
الفصل الأول: النظام القانوني لسلطة المصلحة المتعاقدة في توقيع الجزاءات	09
المبحث الأول: مفهوم سلطة المصلحة المتعاقدة في توقيع الجزاءات	09
المطلب الأول: مفهوم الجزاءات التي توقعها المصلحة المتعاقدة	10
الفرع الأول: تعريف الجزاء	10
أولا: التعريف اللغوي	10
ثانيا: التعريف الاصطلاحي	11
الفرع الثاني: أنواع الجزاءات	11
أولا: الجزاء المدني	12
ثانيا: الجزاء الجنائي	14
ثالثا: الجزاء الإداري	15
المطلب الثاني: خصائص الجزاءات التي توقعها المصلحة المتعاقدة	19
الفرع الأول: سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات بإرادتها المنفردة	19
الفرع الثاني: سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات دون الحاجة إلى النص عليها في العقد	20
الفرع الثالث: سلطة الإدارة في استبدال الجزاءات المنصوص عليها في العقد بجزاءات أخرى غير المنصوص عليها	21
الفرع الرابع: حق الإدارة في اختيار موعد توقيع الجزاء	22
الفرع الخامس: خضوع سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات لجملة من القيود	23
أولا: خضوع قرار الإدارة بتوقيع الجزاء لمبدأ المشروعية	23
ثانيا: خضوع قرار الإدارة بتوقيع الجزاء لرقابة القضاء	24
ثالثا: الإعذار بالجزاء	25

المبحث الثاني: الأساس القانوني لسلطة المصلحة المتعاقدة في توقيع الجزاءات	27
المطلب الأول: معيار الالتزامات العقدية	28
الفرع الأول: الاتجاه التعاقدي لسلطة توقيع الجزاءات في نظر الفقه	29
الفرع الثاني: الاتجاه التعاقدي لسلطة توقيع الجزاءات في نظر القضاء	29
المطلب الثاني: معيار السلطة العامة	32
الفرع الأول: استعمال السلطات الاستثنائية دون نص يقررها	35
الفرع الثاني: ارتباط السلطات الاستثنائية بالنظام العام	35
الفرع الثالث: هدفها تحقيق المصلحة العامة	35
الفرع الرابع: احترام المتعاقد للسلطات الاستثنائية للإدراة التزام تعاقدي	36
الفرع الخامس: خضوع منازعات استعمال الإدارة لسلطاتها الاستثنائية لولاية القضاء الكامل	37
المطلب الثالث: معيار المرفق العام	37
الفرع الأول: موقف القضاء والفقه المصري	38
أولا: موقف القضاء	39
ثانيا: موقف الفقه	39
الفرع الثاني: موقف الفقه الفرنسي	39
خلاصة الفصل الأول	41
الفصل الثاني:أنواع الجزاءات التي توقعها المصلحة المتعاقدة	44
المبحث الأول:الجزاءات المالية	45
المطلب الأول:الغرامة التأخيرية	46
الفرع الأول:تعريف الغرامة التأخيرية	46
الفرع الثاني:خصائص الغرامة التأخيرية	49
أولا:ذات طبيعة اتفاقية	49
ثانيا:ذات طبيعة تلقائية	49

ثالثا:غرامة تطبق بمقتضى قرار إداري	50
رابعا:غرامة تستحق عن التأخير	50
الفرع الثالث:الإعفاء من الغرامة التأخيرية	51
المطلب الثاني:مصادرة مبلغ الضمان	52
الفرع الأول:تعريف مصادرة مبلغ الضمان	53
الفرع الثاني:أنواع الكفالات	54
أولا:كفالة التعهد	54
ثانيا:كفالة حسن التنفيذ	54
ثالثا:كفالة الضمان	56
الفرع الثالث:خصائص مصادرة مبلغ الضمان	57
المطلب الثالث:التعويض	58
الفرع الأول:تعريف التعويض	58
الفرع الثاني:خصائص التعويض	59
الفرع الثالث:كيفية تحصيل التعويض	59
المبحث الثاني:الجزاءات الضاغطة و الفاسخة	60
المطلب الأول:الجزاءات الضاغطة	60
الفرع الأول:سحب العمل من المقاول في صفقة الأشغال العامة	60
أولا:شروط تطبيق جزاء سحب العمل من المقاول	61
ثانيا:خصائص سحب العمل من المقاول في صفقة الأشغال	64
ثالثا:الآثار القانونية لسحب العمل من المقاول	64
الفرع الثاني:الشراء على حساب و مسؤولية المورد في صفقة إقتناء اللوازم	65
أولا:شروط إعمال جزاء الشراء على حساب ومسؤولية المورد	66
ثانيا:خصائص جزاء الشراء على حساب ومسؤولية المورد	68

ثالثا:الآثار القانونية للشراء على حساب ومسؤولية المورد	68
المطلب الثاني:الجزاءات الفاسخة	70
الفرع الأول:تعريف الفسخ الجزائي و شروط تطبيقه	70
أولا:تعريف الفسخ الجزائي	70
ثانيا:شروط تطبيق الفسخ الجزائي	71
الفرع الثاني:خصائص الفسخ الجزائي	75
أولا:حق المصلحة المتعاقدة في توقيعه بنفسها	75
ثانيا:إعذار المتعاقد قبل توقيع الفسخ الجزائي	75
ثالثا:الرقابة القضائية على قرار الفسخ الجزائي	75
الفرع الثالث:أنواع الفسخ الجزائي	76
أولا:الفسخ الجزائي المجرد و البسيط	76
ثانيا:الفسخ الجزائي على حساب ومسؤولية المتعاقد	77
الفرع الرابع:الآثار القانونية للفسخ الجزائي	78
أولا:الآثار المشتركة بين نوعي الفسخ	78
ثانيا:الآثار الخاصة بالفسخ الجزائي المجرد	79
ثالثا: الآثار الخاصة بالفسخ الجزائي على مسؤولية المتعاقد	80
خلاصة الفصل الثاني	81
خاتمة	83
الملاحق	86
قائمة المراجع	93
الفهرس	