

الجزءات الإدارية في صفقات إنجاز الأستغال العمومية

أطروحة لنيل شهادة دكتوراه الطور الثالث في الحقوق

تخصص قانون إداري

تحت إشراف الدكتورة:
أد/ هواري ليلي

من إعداد الطالب :
برادعية موسى

أعضاء لجنة المناقشة:

اللقب والإسم	الرتبة	مؤسسة الإنتماء	الصفة
منقور قويدر	أستاذ محاضر قسم "أ"	جامعة غليزان	رئيسا
هواري ليلي	أستاذة التعليم العالي	جامعة غليزان	مشرفة ومقررة
زقاي بغشام	أستاذ محاضر قسم "أ"	جامعة غليزان	مناقشا
جيلالي الحسين	أستاذ محاضر قسم "أ"	جامعة غليزان	مناقشا
قايش ميلود	أستاذ محاضر قسم "أ"	جامعة الشلف	مناقشا
خرشي عمر معمر	أستاذ محاضر قسم "أ"	جامعة سعيدة	مناقشا

السنة الجامعية 2022/2021

كلمة شكر

الحمد لله في سري وفي علني، الحمد لله في حزني وفي سعدي، الحمد لله عمّا كنت أعلمه والحمد لله عمّا

غاب عن خلدي فجهلته، الحمد لله الذي عمّت فضائله فالحمد لله ثم الشكر يتبعه.

والصلاة والسلام على خير خلق الله محمد وعلى آله وصحبه أجمعين وبعد:

إلى من أضاء بعلمه عقل غيره، وهدى بجوابه الصحيح حيرة سائليه، إلى مشرفتي الفاضلة البروفيسور

هواري ليلي فلها منا كل الشكر والتقدير.

كما لا يفوتنا أن نتقدم بجزيل الشكر إلى أساتذتي أعضاء لجنة المناقشة لقبولهم مناقشة هذا العمل وإثرائهم

له بملاحظاتهم واقتراحاتهم القيمة.

إهداء

إلى من حاكت خطوات نجاحي بخيوط من عمرها، تألمت شقية من أجلنا، إلى من علمني النجاح والصبر، إلى

من كدّ وجدّ من أجل أن يراني أصل إلى أهدافي، إلى والدي الكريمين أطال الله في عمرهما.

إلى زوجتي الفاضلة

إلى قرّة عيني بعد النبي صلى الله عليه وسلّم أبنائي: عصام، ليان، أصيل

إخوتي أخواتي، أسرتي الكريمة، إلى كلّ من قدّم لي يد العون والمساعدة من قريب أو من بعيد

أهدي لكم جميعها ثمرة هذا المجهود

موسى

قائمة المختصرات

أولاً: باللغة العربية

ج.ر.ج.ج: جريدة رسمية جمهورية جزائرية.

م.د.ج: مجلس الدولة الجزائري.

ص: صفحة.

ص-ص: من صفحة إلى صفحة.

ط: طبعة.

د.ط: دون طبعة.

د.س.ن: دون سنة نشر.

د.د.ن: دون دار نشر.

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

ثانياً: باللغة الفرنسية

Ed : édition

L.G.D.J : Librairie générale de droit et jurisprudence.

Op.cit : opere citato sens dans l'ouvrage précédemment cite .

P : page .

مُقَدِّمَةٌ

تعتبر إدارة الدولة لمرافقها العامة والسهر على حسن سيرها وتنظيمها قوة لها، فالإدارة العامة هي مجموع النشاطات التي تهدف الحكومة وتسعى إلى تحقيقها أو مجموع الأجهزة والهيكل القائمة في إطار السلطة التنفيذية عبر مختلف أصعدتها على مجموعة من الأنشطة والخدمات تحقيق لصالح العام سواء من خلال تغطيتها للاحتياجات العامة أو بحمايتها للنظام العام بكل مكوناته ومركباته.

غير أن أداء الإدارة لنشاطاتها يتوقف على امتلاكها وتحكمها بوسائل عدة تنتوع بين البشرية والمادية والقانونية، فالأعمال المادية هي تلك الأعمال التي تقوم بها بصفة إدارية تنفيذًا لقانون مهني أو قرار إداري، وأما الأعمال القانونية فهي تلك الأعمال التي تعزم بها الإدارة نية إحداث أثر قانوني وذلك سواء بإنشاء مركز قانوني جديد أو تعديله أو إلغائه كلية، والتصرفات القانونية تتخذ لدى الإدارة مظهرين وهما:

- أعمال صادرة بإرادة انفرادية للإدارة وتسمى بالقرارات الإدارية.

- أعمال صادرة بصورة اتفاقية وتسمى العقود الإدارية.

إلا أن عقود الإدارة لا تخضع كلها لنظام قانوني واحد فهي تنقسم إلى طائفتين الطائفة الأولى، عقود الإدارة التي تخضع للقانون الخاص ويطلق عليها (contrats de droit prive L administratif ويسري عليها ما يسري على العقود التي يبرمها الأفراد فيما بينهم والطائفة الثانية، العقود التي تخضع للقانون العام والتي يطلق عليها اصطلاح العقود الإدارية (les contrats administratif).

وللتفرقة السابقة أهمية كبيرة ترجع إلى أن الطائفة الأولى تخلع عن نفسها رداء السلطة العامة وتتعامل معاملة العقود المدنية التي يبرمها الأفراد فيما بينهم ويختص القضاء العادي بالفصل في منازعتها دون القضاء الإداري، أما الطائفة الثانية، وهي العقود الإدارية فإنها تخضع لأحكام القانون العام ويختص القضاء الإداري في الفصل بمنازعاتها.

وترتبيا على ذلك فإنه يستوجب وجود معيار يحدد متى يكون العقد إداريا ومتى يكون مدنيا؟

وقد أختلف الفقه في إيجاد معيار موحد لتمييز العقد الإداري، فالجانب الأكبر من الفقه يضيف على العقد الصفة الإدارية إذا توافرت العناصر الثلاثة أن تكون الإدارة طرفا فيه، وأن يتعلق بنشاط مرفق عام، وأن يتضمن شروطا استثنائية غير مألوفة في نطاق القانون الخاص.

بينما حاول جانب الآخر من الفقه إسباغ الصفة الإدارية على العقد الذي تبرمه الإدارة إذا توافرت به بعض العناصر المذكورة أنفاً دون البعض الآخر.

إلا أن القضاء الإداري في فرنسا، مصر والجزائر حسم هذا الخلاف بتحديد المبادئ الرئيسية للعقد الإداري من غيره من عقود الإدارة وهي وجوب أن تكون الإدارة طرفاً فيه، وأن يتصل بنشاط مرفق عام، وأن يتضمن شروطاً استثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص.

وللعقد الإداري عدة صور ومن بينها الصفة العمومية والتي نظمها المشرع الجزائري عبر كافة النصوص القانونية المنضمة للصفقات العمومية وأخرها المرسوم الرئاسي 247/15 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، والصفقات العمومية طبقاً لنص المادة 2 من هذا المرسوم "هي عبارة عن عقود مكتوبة في مفهوم التشريع المعمول به، تبرم بمقابل مع متعاملين اقتصاديين وفق الشروط المنصوص عليها في هذا المرسوم، لتلبية حاجات المصلحة المتعاقدة في مجال الأشغال واللوامز والخدمات والدراسات"¹.

وبالتالي فالصفة العمومية كصورة من العقد الإداري هي الأخرى تشمل أنواع حسب المادة المبينة أعلاه وهي صفة الأشغال العامة، صفة اللوامز، صفة الخدمات وصفة الدراسات والتي لها علاقة بموضوعنا صفة الأشغال العامة.

وتتميز صفة الأشغال العامة بأنها عقد إداري، وهي كسائر العقود الإدارية تخضع لنظام قانوني يختلف أساساً عن النظام الذي تخضع له عقود القانون الخاص، بالنظر لما يمثله طرفي العقد من مصالح غير متساوية، إذ تنوب الإدارة فيه عن المصلحة العامة، بينما يمثل المتعامل المتعاقد مصلحته الخاصة على عكس العقود المدنية التي تكون فيها مصالح الأفراد متساوية ويطبق بشأنها مبدأ عام العقد شريعة المتعاقدين لا يجوز تعديله أو نقضه إلا بنص صريح أو اتفاق الطرفان.

وتعتبر صفقات الأشغال العامة أكثر الصفقات المستعملة في بلادنا وفي معظم دول العالم والمرتبطة بالتنمية الاقتصادية وتلبية حاجات الإدارة، وتعد من جانب آخر وسيلة

¹ - المرسوم الرئاسي 15-247 لمؤرخ في 16 سبتمبر 2015 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، ج ر ج ج، العدد 50، الصادرة في 20 سبتمبر 2015.

لإنشاء التجهيزات والمرافق العمومية، كما تمثل وحدها جزء كبير من الظرف المالي المخصص لبرامج التنمية، بحيث أصبح قطاع الأشغال العمومية يشكل اليوم حلقة أساسية ضمن النشاط الحكومي.

وإذا كانت الغاية الأساسية من إبرام صفقة الأشغال العامة تكمن أساسا في كفالة حسن سير المرفق العام بانتظام وإطراد تحقيقا للمصلحة العامة، فإن تلك الغاية لن تحقق عملا إلا بتنفيذ الالتزامات التي يولدها العقد تنفيذا للشروط الواردة به بين المصلحة المتعاقدة والمتعامل المتعاقد، ولذا نجد المشرع الجزائري أعطاها عناية كبيرة من مرحلة إبرامها إلى غاية مرحلة تنفيذها عبر النصوص القانونية المنظمة للصفقات العمومية، وأثناء مرحلة تنفيذ صفقة الأشغال العامة.

يلعب المتعامل المتعاقد دورا أساسيا وجوهريا في استمرار سير المرافق العامة بانتظام وإطراد، مما يجعله يقوم بدور المعاون للإدارة العامة في تسيير مرفق من مرافقها العامة موضوع صفقة الأشغال العامة، مما يتطلب منه الوفاء بالتزاماته التعاقدية والالتزامات التي يفرضها عليه ضمان حسن استمرار سير المرفق العام بانتظام، التي تتمثل في بذل عناية فائقة والحرص الشديد والعمل بأقصى جهد، قد يفوق الالتزام العادي المتعارف عليه في الوفاء بالالتزامات التعاقدية في العقود المدنية.

كما اعترف القضاء والفقهاء للإدارة خلال مرحلة التنفيذ من أجل المحافظة على مبدأ سير المرفق العام بانتظام وإطراد بالعديد من السلطات الاستثنائية غير المألوفة في القانون الخاص في مواجهة المتعامل المتعاقد معها، والمتمثلة أولا في سلطة الرقابة والتوجيه، وتعد هذه من السلطات اليقينية الثابتة وإن لم ترد بنص من نصوص العقد أو دفاقر الشروط أو اللوائح والقوانين لأن سلطة الرقابة تلازمها سلطة التوجيه، وما هي سوى مظهر من مظاهر السلطة العامة، وتمارسه الإدارة لتحقيق الصالح العام في المرافق العامة.

ثانيا سلطة تعديل العقد بالإرادة المنفردة وتعتبر هاته السلطة من أخطر سلطات الإدارة في مواجهة المتعاقد، إذ أنها تسعى لتغيير الالتزامات التعاقدية المنصوص عليها في العقد زيادة أو نقصانا، يمكن تحديد التعديل في العناصر المتمثلة في كمية الأعمال أو الأشياء محل العقد أو شروط التنفيذ المتفق عليها في العقد وفي مدة التنفيذ، وثالثا سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات على المتعامل المتعاقد معها بإرادتها المنفردة وهذه السلطة التي

تمارسها المصلحة المتعاقدة اتجاه المتعامل المتعاقد في حالة إخلاله بالتزاماته التعاقدية أو تقصيره في تنفيذها أثناء تنفيذ صفقة الأشغال العمومية وهذه الجزاءات المتعلقة بصفقة الأشغال العمومية هي التي لها علاقة بموضوع دراستنا.

أ- تحديد الموضوع

إن سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات الإدارية بحق المتعاقد معها لا تستند إلى نصوص الصفقة التي تربطها مع المتعاقد، بل إلى سلطاتها الضابطة للمرافق العامة التي بموجبها يمكن للإدارة توقيع الجزاءات بنفسها مباشرة دون اللجوء للقضاء مسبقاً، ومن غير حاجة نص عقدي يمنحها هذا الحق إذا ما أخل المتعاقد معها في تنفيذ التزاماته التعاقدية.

وتتنوع الجزاءات التي يجوز للإدارة توقيعها على المتعامل المتعاقد المقصر في تنفيذ التزاماته التعاقدية أثناء تنفيذ صفقة الأشغال العمومية ويختلف أثرها عليها حسب نوعية الجزاء الموقع، فمن الجزاءات ما ينتهي بها الصفقة كالجزاء الفاسخة، ومنها ما يبقى الصفقة معها مستمرا ولا يكون من أثرها إنهاؤها كالجزاء المالية والجزاء الضاغطة، كما أن هناك جزاءات جنائية يحق للإدارة توقيعها على المتعامل المتعاقد بوصفها سلطة عامة إذا ما خالف الالتزامات المفروضة عليه إلا أن هذه الجزاءات نستبعدنا من موضوعنا كون توقيعها لا يكون من طرف المصلحة المتعاقدة وإنما يكون عن طريق اللجوء إلى القضاء ونحن نعلم أن الأصل في توقيع الجزاءات الجنائية من اختصاص القضاء الجنائي دون غيره وهذا ما هو معمول به في التشريع الجزائري والتشريع المصري.

وإن كانت هذه الجزاءات التي تمارسها المصلحة المتعاقدة اتجاه المتعامل المتعاقد واحدة في جميع العقود الإدارية إلا أن صفقة الأشغال العمومية لها خصوصية في نوع من هذه الجزاءات والمتمثل في الجزاء الضاغط الذي نجده يطبق بشأنها دون غير من العقود الإدارية الأخرى.

ويندرج موضوع الجزاءات الإدارية في صفقة الأشغال العمومية ضمن السلطات الاستثنائية غير المألوفة في عقود القانون الخاصة المخولة للمصلحة المتعاقدة اتجاه المتعامل المتعاقد أثناء تنفيذها ونضم المشرع الجزائري بعض الجزاءات منها المتمثلة في الجزاءات المالية والجزاءات الفاسخة ضمن المرسوم الرئاسي 247/15 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتقويضات المرفق العام من القسم الثامن والقسم العاشر من الفصل

الرابع المتعلق بتنفيذ الصفقات العمومية وأحكام تعاقدية من الباب الأول المتعلق بالأحكام التي تطبق على الصفقات العمومية في المواد 147-149-150-151-152 من هذا المرسوم دون تخصيص مواد للجزاءات الضاغطة وهاته الأخيرة المتعلقة بصفقة الأشغال العمومية المتمثلة في سحب المشروع من المتعامل المتعاقد تم تنظيمها ضمن القرار المؤرخ في 1964/11/21 المتضمن المصادقة على دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال الخاصة بوزارة تجديد البناء والأشغال العمومية والنقل في المادة 35 منه¹، وكذا بموجب آخر مرسوم تنفيذي رقم: 21-219 المؤرخ في 20-05-2021 المتضمن الموافقة على دفتر البنود الإدارية العامة المطبقة على الصفقات العمومية للأشغال بموجب المادتين 119 و120 منه².

غير أنه تجدر الإشارة إلى أن موضوع الجزاءات الإدارية في صفقة الأشغال العمومية ليس بهذه السهولة الإجرائية التي تنظمها هذا المواد، بل تعتبر أكثر تعقيد لأهميتها لضمان سير المرافق العامة بانتظام وإطراد، ومن جهة أخرى على الرغم من نص المشرع عليها إلا أنه لم يعالجها بشكل دقيق من خلال عدم تحديد أنواعها وإجراءاتها بالتدقيق، وهو ما أورد الكثير من الإشكالات من الناحية العملية عند هذه القواعد الإجرائية ويفتح العديد من الثغرات سواء في مرحلة تطبيق هذه الجزاءات من طرف المصلحة المتعاقدة أو في مرحلة مخاصمة هذه الجزاءات من المتعامل المتعاقد في نوعية الدعوى التي يرفعها بخصوصها إن كانت دعوى قضاء كامل أو دعوى إلغاء وبالتالي فتح المجال للقضاء الإداري تقدير نوعية الدعوى التي يتم بها مخاصمة هذه الجزاءات.

¹ - القرار الوزاري المؤرخ 21-11-1964، المتضمن المصادقة على دفتر البنود الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال، ج ر ج ج، العدد 46، الصادرة بتاريخ 19 جانفي 1965

² - المرسوم التنفيذي رقم 21-219، المؤرخ في 20 ماي 2021 المتضمن الموافقة على دفتر البنود الإدارية العامة المطبقة على الصفقات العمومية للأشغال، ج ر ج ج، العدد 50، الصادرة بتاريخ 24 يونيو 2021.

ب- أهمية الموضوع

لا يخول أي موضوع من المواضيع القانونية من الأهمية سواء ضمن القانون الخاص إن تعلق بالقواعد الموضوعية أو الإجرائية أو القانون العام وهاته الأخيرة التي يندرج ضمنها موضوع الدراسة.

وتكمن أهمية هذا الموضوع في العديد من النقاط ولعل أهمها:

- أن دراسة الجزاءات في صفقة الأشغال العامة تحظى بأهمية بالغة تفرض نفسها على واقع الأمر سواء في الجزائر أو فرنسا أو مصر، فليس من شك أن صياغة نظرية عامة للجزاءات يمكن الاستناد إليها قد تحث المتعامل المتعاقد على تنفيذ عقده مع الإدارة في الميعاد المحدد وبالشروط المتفق عليها، وهذه الجزاءات تتسم بالغلظة من ناحية وأنها استثنائية وغير مألوفة في العقود الخاصة بالأفراد من ناحية أخرى، ومرجع ذلك أن الإدارة تبرم عقودها سواء المدنية أو الإدارية بصدد ممارستها لنشاطها، ويؤدي على تنفيذ هذه الصفقة في موعدها أو بالشروط المتفق عليها إلى المساس بالمصلحة العامة وتعطيل سير المرفق بصورة مباشرة أو غير مباشرة، فكان من اللازم أن يعترف كل من الفقه والقضاء الإداري بحق الإدارة النص على هذه السلطات الاستثنائية في عقودها، بل وأن يبيّن على هذه السلطات نظرية العقد الإداري وكان من الأجدر بأنظمة العقود أن تقنن هذا الأمر وتصر عليه حتى لا يصبح تطبيقها بمنأى عن الاجتهاد والاختلاف وإنما بناء على أسس مدروسة.

- كما تأتي أهمية الدراسة في أن هذه الجزاءات في هذه الصفقة تعد من الوسائل الهامة التي تكفل بها الإدارة حسن سير المرفق العام بانتظام وإطراد باستخدام امتيازها بالتنفيذ المباشر، إذ تعجز قواعد وإجراءات القانون الخاص عن تحقيق هذه الغاية، لما تنتصف به تلك الإجراءات من بطء قد يهدد سير المرفق العام.

- كما يكتسب هذا البحث أهمية كبيرة في الجزائر كونه شهد في السنوات الأخيرة تزايد كبيرا في العقود الإدارية وبما فيها صفقة الأشغال العمومية دون أن تشهد تلك العقود في نماذجها المتعددة تفعيلا لسلطة الإدارة في توقيع الجزاء الضاغط، والجزاء المالي المتمثل في التعويض وأكتفت غالبية هذه العقود أو نماذجها باقي الجزاءات المالية والجزاءات الفاسخة لمواجهة المخالفات التي يرتكبها المتعامل المتعاقد في تنفيذ التزاماته التعاقدية.

-إن سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات في هذه الصفة بإرادتها المنفردة من أخطر السلطات التي قد تمارسها وهذه الجزاءات منها ما تنهي به الصفة ومنها ما تحث وتضغط به على المتعامل المتعاقد في تنفيذ التزاماته التعاقدية ضمن الآجال والشروط المحددة مسبقا دون أن تنهي الرابطة التعاقدية هذا من جهة، أما من جهة ثانية ونظرا لكون أن صفة الأشغال العمومية التي تبرمها الأشخاص الإدارية المخولة لها ذلك قانونا هي أساس تنميتها وجب أن تتم تنفيذ هذه الصفة دون تأخير لضمان حسن سير المرافق العام.

-معرفة الحدود القانونية في توقيع هذه الجزاءات لكل من المصلحة المتعاقدة والمتعامل المتعاقد اتجاهها وتقاديا لتعسف الإدارة في استعمال سلطتها والوسائل المتاحة للمتعامل المتعاقدة في مواجهة هذه الجزاءات خاصة في حالة إذا كانت غير مشروعة.

ج-أسباب اختيار الموضوع

أما عن الأسباب الموضوعية قلة الدراسات والمراجع المتعلقة بهذا الموضوع الذي لم ينل حظه من الاهتمام من خلال المؤلفات أو الكتب الجزائرية ولذا كان جل المراجع المعتمد عليها من التشريع المقارن، بل حتى البحوث العلمية التي اعتمدنا عليها المتمثلة في أطروحتي دكتوراه تناولت هذا الموضوع نجدها احدها عالجت الآثار المترتبة على صفة الأشغال العامة والأخرى اقتصرت على جزاء غرامة التأخير وكذا عدم معالجة النصوص القانونية لهذا الموضوع بشكل دقيق وبالتالي ترك فراغات قانونية بشأن تطبيقها مما يعطي للمصلحة المتعاقدة سلطة تقديرية في تطبيقها وهو ما يجعلها تتعسف في استعمالها وفضل عن ذلك أنه وحتى في حالة تعسفها لم يبين المشرع الجزائري نوع الدعوى المخولة للمتعامل المتعاقد في مخاصمة قرار الجزاء أمام القضاء الإداري وهو ما يخول لهذا الأخير سلطة الاجتهاد في إما إلغاء هذا القرار أو التعويض دون إلغائه أو إلغاء فقط أو التخفيض وهذا ما نحاول معرفته من خلال الرجوع إلى اجتهادات القضاء المقارن والقضاء الجزائري.

والأسباب الذاتية فتكمن في الميول الذاتي في معالجة هذا الموضوع الذي يطرح عدة إشكالات خاصة من ناحية تطبيقه وذلك من خلال تواصلنا مع المصالح المتعاقدة وكيفية مخاصمته من خلال الرجوع إلى الاجتهادات القضائية والوصول إلى نتيجة تفيد أي باحث مستقبلا في هذا الخصوص وكذا محاولة منا مواصلة البحث في الجانب المتعلق بالقانون الإداري.

-الرغبة الملحة في معالجة هذا الموضوع الذي طالما شكل لنا اهتماما بالغاً نظراً لما يشكله من صعوبات ومعوقات المتعاقدين مع الإدارة التي تتمتع بسلطة توقيع الجزاءات في العقود الإدارية.

- البحث في جوانب هذا الموضوع بالجانب العملي المتخصص بصفقة الأشغال العامة ودراسة الجزاءات المفروضة على المتعاقدين.

د- الدراسات السابقة

إن غالبية الدراسات التي تناولت في موضوعنا الجزاءات الإدارية في صفقة الأشغال العمومية إما تكون دراسة عامة للجزاءات أو يتطرق إلى جزئية منها في البحث مثل ما هو الحال بالنسبة لأطروحتي نيل شهادة الدكتوراه لبن شعبان علي تحت عنوان " أثار عقد الأشغال العامة على طرفيه في التشريع الجزائري" وبلهاشمي فوزية تحت عنوان " أثار تنفيذ الصفقات العمومية على الطرفين والتي فيهما تم تبيين سلطات المصلحة المتعاقدة بصفة عامة أو تلك المتعلقة بالدكتوراه بن صغير مليكة أسماء بعنوان " غرامة التأخير في الصفقات العمومية" التي تناولت جزئية من موضوعنا، أو حتى بالنسبة لمذكرة نيل شهادتي الماجستير تحت عنوان صفقات الأشغال العمومية في النظام القانوني الجزائري اقتصرت على جزئية من موضوعنا الجانب الإجرائي لصفقة الأشغال العمومية دون تبيان سلطة المصلحة المتعاقدة في توقيع الجزاء بينما موضوع الدراسة فقد تناولنا من خلاله كيفية خروج صفقة الأشغال العمومية للوجود وما هي الالتزامات التي يجب على المتعامل المتعاقد مراعاتها أثناء تنفيذ هذه الصفقة وفي حالة مخالفتها للمصلحة المتعاقدة حق توقيع عليه جزاءات إدارية سواء مالية أو فاسخة أو ضاغطة دون باقي السلطات الأخرى التي عالجتها الأطروحتين المبينتين أعلاه وبالتالي فموضوع الدراسة كان أكثر تخصيص منها وأن كانت أطروحة غرامة التأخير تناولت جزء من موضوع الدراسة بالتخصيص إلا أنها لم تتناول باقي الجزاءات، غير أن هذا لا ينفي الجهود المبذولة من مقدميها.

هـ-الصعوبات

بخصوص الصعوبات التي اعترضت هذه الدراسة نذكر أهمها:

- ندرة الكتب المتخصصة المتعلقة بالتشريع الجزائري ولذا جل دراستنا كانت بالاعتماد على كتب متخصصة من التشريع المقارن مع بعض المقالات التي وإن عالجت موضوع الدارسة إلا وكان بصفة مختصرة.
- صدور المرسوم التنفيذي رقم: 21-219 بتاريخ 20-05-2021 المتضمن الموافقة على دفتر البنود الإدارية العامة على الصفقات العمومية للأشغال والذي يعاد ساريا المفعول بعد ثلاثة (03) أشهر من تاريخ نشر هذا المرسوم في الجريدة الرسمية والذي تم بتاريخ 24 يونيو 2021 وبالتالي سريانه يكون بداية من 25 سبتمبر 2021، ونحن على مشارف إنهائنا لأطروحتنا وهو ما اضطر بنا إلى إعادة تحينها وفقا للأحكام هذا المرسوم ومقارنته بالقرار المؤرخ في 21-11-1964 المتضمن المصادقة على دفتر البنود الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال الخاصة بوزارة تجديد البناء والأشغال العمومية والنقل الذي كان ساري المفعول والتأكد منه إن كان أكد أحكام هذا الأخير أم جاء بأحكام جديدة.

و-الإشكالية

إن غاية المشرع الجزائري من منح المصلحة المتعاقدة حق توقيع الجزاءات الإدارية اتجاه المتعامل المتعاقد المخل بالتزاماته التعاقدية في الصفقة العمومية بصفة عامة، وصفة الأشغال العامة كإحدى أنواعها حسب نص المادتين 2 و 29 من المرسوم الرئاسي 247/15 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، هو ضمان سير المرفق العام بانتظام وإطراد وحماية المال العام ومنه ينبغي طرح الإشكالية التالية:

ما مدى فعالية الجزاءات المخولة للمصلحة المتعاقدة في مواجهة المتعامل المتعاقد المقصر بالتزاماته التعاقدية في صفقة الأشغال العامة ؟

هذه الإشكالية التي تتفرع عنها عدة تساؤلات فرعية :

- ماهي المكانة القانونية لصفقة الأشغال العامة في التشريع الجزائري؟.
- كيف تطورت سلطة المصلحة المتعاقدة في توقيع الجزاء على المتعامل المتعاقد وما هو الأساس التي كانت تستند عليه وضوابطه بصفة عامة؟
- ما هي أنواع الجزاءات المخولة للمصلحة المتعاقدة ؟

- إلى أي قضاء يلجأ المتعامل المتعاقد في مخاصمة القرارات المتضمنة الجزاء الموقع عليه من المصلحة المتعاقدة وسلطات القاضي في هذا الخصوص؟

ز- المنهج المتبع

تماشياً مع طبيعة الموضوع اعتمدنا أساساً على

- المنهج التحليلي بتحليل النصوص المنظمة لموضوع الدراسة.

- المنهج الوصفي عند تحديد المقصود بالمصطلحات المتعلقة بموضوع الدراسة متى كان ذلك ضرورياً، سواء التعاريف اللغوية، الاصطلاحية والتشريعية.

- أما استعمال المنهج المقارن فكان من خلال المقارنة بين النصوص المنظمة للصفقات العمومية السارية المفعول والقديمة وكذا المقارنة بين ما نص عليه المشرع الجزائري والتشريعات المقارنة وعلى الخصوص التشريعين المصري والفرنسي باعتبارهما بمثابة الأساس التاريخي الذي يستقي منه المشرع الجزائري نصوصه القانونية، كما يقوم من زاوية أخرى على تحليل مسلك مجلس الدولة الجزائري ومقارنته بما أستقر عليه مجلس الدولة الفرنسي والمصري وصولاً إلى إبراز الجوانب الإدارية التي تميز فكرة الجزاءات الإدارية في العقود الإدارية بصفة عامة وصفقة الأشغال العامة بصفة خاصة التي لا تستهدف في الواقع تقويم اعوجاج في تنفيذ الالتزامات التعاقدية بقدر ما تستوفي تأمين سير المرفق العام.

ح- الخطة المتبعة

من أجل معالجة الإشكالية أعلاه والإجابة عن هذه التساؤلات اعتمدنا على النظام المنهجي اللاتيني الذي يعتمد على التقسيم الثنائي للبحث، ومنه اعتمدنا على خطة ثنائية مقسمة إلى بابين الأول عنوانه بالأحكام العامة للجزاءات الإدارية في صفقة الأشغال العامة والذي قسمناه أيضاً إلى فصلين الأول بعنوان ماهية صفقة الأشغال العامة، والذي نحدد من خلاله تعريف صفقة الأشغال العامة وشروطها وطبيعتها القانونية والنظام الإجرائي الخاص بها، أما الفصل الثاني فخصصناه للتأصيل النظري للجزاءات الإدارية والذي حددنا من خلاله تعريف الجزاءات الإدارية وتطور سلطة المصلحة المتعاقدة في توقيعها مبينين الأساس المعتمد من طرفها في هذا الخصوص.

أما الباب الثاني فخصصناه لصور الجزاءات الإدارية، والذي قسم بدوره إلى فصلين خصصنا الأول منه للجزاءات المالية والذي من خلال تناولنا كل من غرامة التأخير

ومصادرة التأمين والتعويض ورقابة القاضي بشأن كل منها، أما الثاني للجزاءات غير المالية وفيه تطرقنا إلى الجزاءات الضاغطة والجزاءات الفاسخة وكذا رقابة القاضي بخصوصها.

واعتمدنا على الثنائية في العناوين العريضة من أبواب وفصول ومباحث من أجل دراسة هذا الموضوع له مبرراته، وذلك بالتطرق إلى ماهية صفقة الأشغال العمومية ضمن الباب الأول والذي حاولنا من خلاله دراسة مفهوم صفقة الأشغال العامة في المبحث الأول والنظام الإجرائي لها في المبحث الثاني وسبب ذلك أنه لا يمكن الشروع مباشرة في الجزاءات الإدارية المترتبة على هذه الصفقة دون توضيحها وتمييزها عن غيرها من العقود الإدارية ودون تحديد كيفية إبرامها وإجراءاتها وكيف ينجم عنها هذا الجزاء المخول للمصلحة المتعاقدة إلا من خلال تحديد التزامات المتعامل المتعاقد أثناء تنفيذ هذه الصفقة لأن هذا الجزاء لا يترتب إلا من خلال تقصير المتعامل المتعاقد بالتزاماته التعاقدية المحددة في الصفقة أو دفتر الشروط وبالتالي تحديد هذه الالتزامات لأنها مصدر ومنبع هذا الجزاء.

أما المبحث الأول من الفصل الثاني من الباب الأول تناولنا فيه مفهوم الجزاءات الإدارية وبينما المبحث الثاني خصصناه لحق الإدارة في فرض الجزاءات وسبب معاجلتها أنه لا يمكن التطرق بصورة مباشرة دون تأصيل هذه الجزاءات الناجمة عن إخلال المتعامل المتعاقد المخل بالتزاماته التعاقدية أثناء تنفيذ هذه الصفقة بتعريف هذه الجزاءات وتمييزها عن باقي الجزاءات الإدارية الأخرى المخولة للإدارة وتطورها في توقيع هذه الجزاءات وأساسها والذي لا يتحدد إلا من خلال الرجوع إلى مجلس الدولة الفرنسي باعتباره أساس نشأة مختلف نظريات القانون الإداري وبما فيها نظرية الجزاءات الإدارية في العقود الإدارية وبالتالي لا يمكن الشروع في تحديد صور هذه الجزاءات دون تحديد أصل نشأتها.

أما الباب الثاني من هذا الموضوع فجعلناه بالضرورة لصور الجزاءات الإدارية المخولة للمصلحة المتعاقدة وفيها تناولنا من فصلها الأول الخاص بالجزاءات المالية كل من غرامة التأخير في المبحث الأول ومصادرة التأمين والتعويض في المبحث الثاني وبدأنا بها لأن المصلحة المتعاقدة هدفها تأمين سير المرفق العام لذلك تسعى بداية بالضغط ماليا على المتعامل المتعاقد المخل بالتزاماته التعاقدية من أجل حثه على تداركها وتنفيذها وفقا لما ورد في الصفقة أو دفتر الشروط وإذا تعنت وأستمر في إخلاله كان لها حق اللجوء إلى توقيع عليه جزاءات غير مالية وهي إما تكون مؤقتة ولا تنتهي به العقد معه وإما تنتهي به العقد

وهذا ما تناولنا في الفصل الثاني من هذا الباب أين خصصنا المبحث الأول منه للجزاءات الضاغطة والمبحث الثاني منه للجزاءات الفاسخة.

الباب الأول:

الأحكام العامة للجزاءات الإدارية في صفة الأشغال العامة

الباب الأول: الأحكام العامة للجزاءات الإدارية في صفقة الأشغال العامة

يعتبر عقد إنجاز الأشغال العمومية عقد إداري يندرج تحت أنواع الصفقة العمومية وكان يتم تنظيمها بموجب نصوص تنظيمية صادرة عن السلطة التنفيذية وأخرها المرسوم الرئاسي 247/15 المؤرخ في 16/09/2015 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، غير أنه مؤخر بموجب التعديل الدستوري نوفمبر 2020 في مادة 10/139 لأول مرة جعل إختصاص التشريع فيما يتعلق بالصفقات العمومية إختصاص أصيل للبرلمان¹.

عقد الأشغال العامة كسائر العقود الإدارية يخضع لنظام قانوني يختلف أساسا عن النظام الذي تخضع له عقود القانون الخاص، بالنظر لما يمثله طرفي العقد من مصالح غير متساوية، إذ تتوب فيه الإدارة عن المصلحة العامة، بينما يمثل المتعامل المتعاقد معها مصلحته الخاصة على عكس العقود المدنية التي تكون فيها المصالح متساوية، غير أن هذا العقد مثله مثل أي عقد آخر يربط بين طرفين المصلحة المتعاقدة والمتعامل المتعاقد، ويتضمن مجموعة من الحقوق والواجبات التي يتوجب على كل منهما احترامها والتقيد بها.

وأن المتعامل المتعاقد أثناء تنفيذ هذا النوع من الصفقة العمومية عليه التزام واحترام جميع الشروط التعاقدية التي تم الاتفاق عليها في هذا العقد أو دفتر الشروط، وإذا ما أخل المتعامل المتعاقد بالتزاماته التعاقدية أثناء مرحلة التنفيذ، سواء بامتناعه عن تنفيذ العقد، أو تنفيذه بشكل مخالف للشروط والمواصفات المتفق عليها، أو التأخير عن المواعيد المحددة بالجدول الزمني للتنفيذ، أو باستعمال الغش أو التلاعب في معاملاته، للمصلحة المتعاقدة حق التدخل بفرض جزاءات عليه حسب طبيعة وحجم التقصير الذي وقع فيه دون اللجوء إلى القضاء، بهدف الضغط عليه وإرغامه وتحميله على تنفيذ التزاماته التعاقدية على الوجه الأمثل وحماية المصلحة العامة ومراعاة سير مرفق العام بانتظام وإطراد وحماية المال العام.

¹ - نصت المادة 10/139 من المرسوم الرئاسي رقم 20-442 المؤرخ 30 ديسمبر 2020، المتعلق بإصدار التعديل الدستوري، المصادق عليه في إستفتاء أول نوفمبر 2020 ج ر ج ج ، العدد 82، الصادرة بتاريخ 30 ديسمبر 2020 على " يشرع البرلمان في الميادين التي يخصصها له الدستور، وكذا في المجالات الآتية:.....

10- القواعد العامة المتعلقة بالصفقات العمومية".

وهذه الجزاءات التي تحوزها المصلحة المتعاقدة في مجال تطبيقها تختلف عن جزاءات العقد المدني، فإن كانت الأخيرة تستهدف إصلاح الأخطاء وتعويض المتعاقد بحيث تعيد التوازن إلى الالتزامات المتبادلة الناشئة بين طرفي العقد، فإن جزاءات العقد الإداري وصفقة الأشغال العمومية كصورة من صوره تستهدف ضمان تنفيذ المتعامل المتعاقد مع الإدارة لالتزاماته التعاقدية بما يكفل تأمين سير المرفق العام بانتظام وإطراد.

وقد مرت سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات على المتعاقد معها بمراحل تطور في قضاء مجلس الدولة الفرنسي إلى أن أستقلت بنظام قانوني للجزاءات مصدره القانون العام و لا ارتباط بينه وبين نظام جزاءات القانون الخاص.

فبمقتضى نظام الجزاءات الإدارية في مجال العقود الإدارية ومنها عقد الأشغال العامة فإن سلطة الإدارة في توقيعها هذه الجزاءات على المتعامل المتعاقد معها لا يشترط لتطبيقها أن ينص عليها العقد بل يتم تطبيقها وإن لم ينص عليها، وبموجبها يمكن للإدارة أن توقع الجزاءات على المتعامل المتعاقد معها إذا أخل بالتزاماته التعاقدية بنفسها مباشرة دون حاجة إلى اللجوء إلى القضاء لاستصدار حكم بشأن ذلك ولكن شريطة إعدار المتعامل المتعاقد قبل إصدارها قرارها بتوقيع الجزاء عليه ويخضع هذا القرار لرقابة القضاء من حيث المشروعية والملائمة.

وبالرغم من استقرار الفقه والقضاء والتشريعات على حق الإدارة في توقيع الجزاءات على المتعامل المتعاقد معها المخل بالتزاماته التعاقدية دون حاجة للرجوع إلى القضاء، وحتى في حالة خلو العقد من نص صريح يخولها هذا الحق، فإن الفقه والقضاء تباينت مواقفهم حول تأسيس هذا الجزاء بين فكرة السلطة العامة وفكرة المرفق العام.

وعلى ضوء ما تقدم سوف نقسم هذا الباب إلى فصلين الفصل الأول نخصه إلى ماهية عقد الأشغال العامة، والفصل الثاني نتطرق فيه إلى التأصيل النظري للجزاءات الإدارية.

الفصل الأول: ماهية عقد الأشغال العامة

تتمتع المصلحة المتعاقدة في مجال العقود الإدارية بصلاحيات وسلطات مهمة أثناء التنفيذ، وهي صلاحيات تقتضيها حاجات المصلحة العامة، وتكتسي هذه السلطات أهمية خاصة في مجال صفقة الأشغال العامة سواء من حيث سلطة المصلحة المتعاقدة في الرقابة والإشراف، أو من حيث سلطتها في فرض بعض الجزاءات الإدارية سواء مالية أو غير مالية على المتعامل المتعاقد عند الإخلال بالتزاماته التعاقدية أو من حيث سلطاتها في فرض تعديلات في شروط تنفيذ العقد بإرادتها المنفردة، وبذلك يظهر دور الإدارة المهيمن طيلة مدة تنفيذ عقد الأشغال العامة باعتبارها صاحبة العمل.

يعتبر عقد الأشغال العامة أكثر العقود المستعملة في بلادنا وفي معظم دول العالم والمرتبطة بالتنمية الاقتصادية وتلبية حاجات الإدارة، وتعد من جانب آخر وسيلة لإنشاء التجهيزات والمرافق العمومية، وقوام ذلك التعاون البناء المثمر بين النشاط العام والنشاط الخاص ولا يجوز للإدارة تحقيق حاجاتها الضرورية للمنفعة العمومية إلا بموجب إجراءات وشكليات واحتراما للقوانين التي تنظم علاقاتها مع الخواص وبما يحفظ المال العام ويحميه. ونظرا لأهمية صفقة الأشغال العامة واحتلاله مكان الصدارة ضمن العقود الإدارية التي تبرمها الدولة، سواء عن طريق مشاركة القطاع الخاص أو عن طريق التمويل من ميزانيتها، أو الاستثمارات الأجنبية، حيث يتعلق هذا العقد بالبنية الأساسية للدولة، وتنظيم المرافق العامة¹، واعتباره من أهم وأقدم العقود الإدارية التي خضعت لقواعد مستقلة عن أحكام القانون الخاص، وبموجبه أصبحت الأشغال العامة تشكل نظرية متكاملة، أسهمت إلى حد بعيد في تطور وإنضاج قواعد القانون الإداري بشكل عام وقواعد العقد الإداري بشكل خاص، وكذا ارتباط موضوعنا به فإنه لا بد من إعطاء نظرة عامة لهذا العقد من خلال التطرق إلى مفهوم عقد الأشغال العامة في المبحث الأول والنظام الإجرائي لصفقة الأشغال في المبحث الثاني.

¹ - فهد مرزوق فهد العنزي، النظام القانوني لإبرام عقود الأشغال العامة في دولة الكويت، دراسة مقارنة، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2008، ص5.

المبحث الأول: مفهوم عقد الأشغال العامة

يعتبر عقد الأشغال العامة من أهم العقود الإدارية التي تندرج ضمن أنواع الصفقة العمومية حسب ما رود في المادة 29 من المرسوم الرئاسي 247/15 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتقويضات المرفق العام والتي نصت على " تشمل الصفقات العمومية إحدى العمليات الآتية أو أكثر من إنجاز أشغال، اقتناء لوازم، إنجاز الدراسات وتقديم الخدمات"¹، وتلجأ الإدارة إلى التعاقد فيه بأسلوبين إما عن طريق طلب العروض كأصل عام أو عن طريق أسلوب التراضي كاستثناء، حينما ترغب في تنفيذ مشروع إنشائي معين، وعقد الأشغال العامة إما يكون داخليا عندما يتم إبرامه مع مقاول وطني، وإما دوليا إذا تم إبرامه مع مقاول أجنبي².

ولذلك من الطبيعي أن تخضع صفقة الأشغال العامة لنظام قانوني خاص ومتميز عن النظام القانوني الذي يحكم عقود المقاولات في القانون الخاص، وترمي المصلحة المتعاقدة من وراء إبرامها لهذا العقد إلى تحقيق وظيفتين الأولى وهي الحصول على ما هي في حاجة إليه من خدمات والثانية يعد أداة أساسية لتنفيذ السياسة الاقتصادية للدولة، أو عنصرا رئيسا لها وعليه سنتطرق في هذا المبحث إلى كل من تعريف عقد الأشغال العامة في المطلب الأول وشروطها وأطرافها في المطلب الثاني وطبيعتها ومعاييرها في المطلب الثالث وتميزها عن غيرها من العقود الإدارية الأخرى في المطلب الرابع.

المطلب الأول: تعريف عقد الأشغال العامة

من منطلق أن التشريعات غالبا لا تتطرق إلى تحديد التعاريف وتترك ذلك للفقهاء والقضاء بالنظر للدور الكبير والرائد لهما في ذلك، وعليه كان علينا أن نسوق أولا إلى التعريف الفقهي لصفقة الأشغال متبوعا بالتعريف القضائي وفي الأخير التعريف التشريعي إن وجد .

¹ - المرسوم الرئاسي 15-247 لمؤرخ في 16 سبتمبر 2015 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتقويضات المرفق العام.

² - محمد فؤاد الحريري، تعديل عقود الأشغال العامة وفقا لنظام أوامر التغيير، دراسة مقارنة بين القانون المصري وعقود

الفيديك النموذجية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2011، ص20.

وعليه قسمنا هذا المطلب إلى ثلاث فروع على النحو التالي الأول نعالج فيه التعريف الفقهي لصفقة الأشغال العمومية والثاني تعريفها القضائي والثالث تعريفها التشريعي.

الفرع الأول: التعريف الفقهي

أورد الفقه العربي والفرنسي الكثير من التعاريف لعقد الأشغال العامة، ويتفق معظمها على عناصر تكييف القضاء للأشغال العامة بأنها عامة، كما تتفق على طبيعته الإدارية وفقا للقانون، وفيما يلي نورد بعض التعاريف الفقهية على سبيل المثال:

فهناك فريق عرفه على أنه " عبارة عن اتفاق بين جهة الإدارة وأحد الأفراد والشركات بقصد القيام ببناء أو ترميم أو صيانة عقارات لحساب شخص معنوي عام، ويقصد تحقيق منفعة عامة، في نظير المقابل المتفق عليه في العقد ووفقا للشروط الواردة فيه"¹.

كما تم تعريف عقد الأشغال العامة على أنه عقد إداري يتم بين شخص معنوي عام وأحد الأفراد أو الشركات يتعهد بمقتضاه المقاول القيام بعمل من أعمال البناء أو الترميم أو الصيانة في عقار لحساب الشخص المعنوي العام، وتحقيقا لمنفعة عامة في مقابل ثمن يحدد في العقد².

وفي تعريف آخر عرف عقد الأشغال العامة بعض الفقهاء على أنه " عقد يعهد فيه أحد الأشخاص القانون العام إلى المقاول بتنفيذ أشغال عامة متعلقة بعقار تحقيقا لمصلحة عامة في مقابل ثمن معين"³.

كما عرفه الأستاذ الدكتور صلاح الدين فوزي بأنه (العقد الذي تتفق فيه الإدارة مع أحد المقاولين للقيام بإنشاء أو ترميم أو صيانة منشآت عقارية لحساب أحد الأشخاص المعنوية العامة تحقيقا للمنفعة العامة)⁴.

1 - انس جعفر، العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003، ص 71.

2 - نواف كنعان، القانون الإداري، الكتاب الثاني، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2010، ص 324.

3 - سعاد الشرقاوي، العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007، ص 37.

4 - صلاح الدين فوزي، قانون المناقصات والمزايدات، رقم 98 لسنة 1989، المشاكل العملية والحلول القانونية، دار

النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص 19.

كما عرفه الأستاذ: سليمان الطماوي على أنها "عبارة عن اتفاق بين جهة الإدارة أو أحد الشركات بقصد القيام ببناء أو ترميم أو صيانة عقارات لحساب شخص معنوي عام بقصد تحقيق منفعة عامة بمقابل متفق عليه في العقد، وفقا للشروط الواردة فيه".

وعرفه الأستاذ أحمد محيو بأنه: العقد الذي يتم بين الإدارة وأحد الأفراد أو الشركات (مقاول) بقصد القيام ببناء أو ترميم أو صيانة مباني أو منشآت عقارية لحساب أحد الأشخاص الإدارية، ولتحقيق منفعة عامة مقابل ثمن".

وعرفه الأستاذ محمد بعلي الصغير على أن اتفاق الإدارة مع متعاقد آخر (المقاول) قصد القيام ببناء (مساكن، سد، طريق...)، أو ترميم (جسر قديم، منشآت أثرية...)، أو صيانة (دهن مباني إدارية، تنظيف...) ¹.

وعرفه الفقيه الفرنسي "Andre de Laubadere" على أنه (عقد تبرمه الإدارة وتخضع للنظام القانوني العام، للقيام بأداء أشغال عامة في عقار ولحساب شخص من أشخاص القانون العام بهدف تحقيق النفع العام).

والفقيه دي لوبادير عرفه بأنه "إتفاق يتعهد بمقتضاه أحد المقاولين بتنفيذ أشغال عامة لفائدة شخص معنوي عام مقابل ثمن تدفعه له الإدارة المتعاقدة" ².

أما الدكتور ماجد راغب الحلو عرفه بأنه: إتفاق بين الإدارة وأحد المقاولين يقوم بمقتضاه هذا الأخير بمقابل بناء أو ترميم أو صيانة عقارات معينة لحساب الإدارة، تحقيقا لمنفعة عامة"، إلى جانب هذه التعريفات يرى الأستاذ عبد الرزاق السنهوري أن عقد الأشغال العامة لا يتميز ولا يختلف عن عقد المقاوله في خصائصه الإدارية من تعاقده عن طريق المناقصات العامة وإمكانية توقيع الجزاءات دون حكم وتنفيذ العقد جبرا على المقاول بطريق ردي ³.

وما يلاحظ على هذه التعاريف أنها متقاربة جدا، وأنها أكدت على ضرورة توافر ثلاثة عناصر أساسية في العقد حتى يوصف بعقد الأشغال العامة، وتتمثل هذه العناصر

¹ - محمد الصغير بعلي، القرارات والعقود الادارية، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، 2017، ص 207.

² - عريس عبد الرزاق، شنطاوي علي خطار، صلاحية الادارة في التعديل الانفرادي لعقد الاشغال العامة، دراسة مقارنة في فرنسا، المغرب والأردن، رسالة ماجستير، كلية الدراسات العليا، الجامعة الأردنية، 1998، ص 21.

³ - فتيحة حابي، النظام القانوني لصفقة انجاز الاشغال العمومية في ظل المرسوم الرئاسي رقم: 10-236 المعدل والمتمم، مذكرة لنيل درجة ماجستير في القانون العام، جامعة مولود معمور، تيزي وزو، الجزائر، 2013، ص 11-12.

في أن يكون موضوع الأشغال عقارا وأن يتم العمل لحساب شخص معنوي عام وأن يكون الهدف من الأشغال تحقيق النفع العام ، غير أن معظمها وإن أتفتت على عناصر عقد الأشغال العامة إلا أنها أخلطت بين مفهوم الأشغال العامة ومفهوم عقد الأشغال العامة ما عدا التعريف الذي قدمه الفقيه دي لوبادير والفقيه الفرنسي "Andre de Laubadere"

الفرع الثاني: التعريف القضائي

رغم أن القضاء الإداري ليست مهمته وضع تعريفات وإنما هو مختص بإصدار الأحكام على الوقائع التي تعرض عليه تاركا ذلك للفقه ليتولى هذه المهمة فقد عرفت محكمة القضاء الإداري المصري منها حكمها الصادر في 23 ديسمبر 1956 عقد الأشغال العامة بقولها " إن عقد الأشغال العامة هو عقد مقاوله بين شخص من أشخاص القانون العام وفرد أو شركة بمقتضاه يتعهد الطرف الثاني بالقيام بعمل من أعمال البناء أو الترميم أو الصيانة في عقار لحساب هذا الشخص المعنوي العام وتحقيقا لمصلحة عامة مقابل ثمن يحدد في العقد"¹.

ما يفهم من هذا التعريف أنه استعمل مصطلح مقاوله بقوله عقد مقاوله وكان من الأفضل عدم استعمال هذا المصطلح ذو المفهوم المدني ويستعمل عوضا عنه عقد أشغال تماشيا مع تنظيم الصفقات العمومية

كما عرفه قسم الرأي في مجلس الدولة المصري مجتمعا في فتواه المنتهية إلى أنه) عقد يتعهد بمقتضاه مقاول للحكومة بأن يقوم بتنفيذ عمل معين تحت مسؤوليته وبإشرافها، مقابل مبلغ نقدي يدفع إليه حسب الأسس الموضحة بالتعاقد، والعنصران الأساسيان في عقد المقاوله هما قيام المقاول بإنشاء العمل المتفق عليه دون أن يكون له حق استغلاله، وقيام الإدارة بدفع المبلغ النقدي للمقاول)².

وقد أوضحت إحدى فتاوى مجلس الدولة المصري مدى التقارب بين عقدي الأشغال العامة وعقد المقاوله المدني حين قررت إدارة الرأي في فتواها رقم: 876 في 28-5-1950 ما يلي (عقد الأشغال العمومية هو عقد مقاوله أشغال عمومية، وعقد المقاوله كما عرفته

¹ - خليل صالح السامرائي، خليل صالح السامرائي، عقد الأشغال العامة، دراسة مقارنة، مذكرة مقدمة لنيل شهادة

الماجستير في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة منصوره، الاسكندرية، 2017، ص19.

² - خليل صالح السامرائي، المرجع نفسه، ص19.

المادة 646 من القانون المدني عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئاً أو أن يؤدي عملاً لقاء أجر يتعهد به المتعاقد الآخر، وفكرة الأشغال العمومية متصلة اتصالاً وثيقاً بالعقارات، فقيام المتعهد أو المقاول ببناء أو ترميم أو صيانة مبان أو منشآت ثابتة لحساب إحدى الجهات الإدارية مقابل أجر متفق عليه هو عقد الأشغال العمومية¹.

أما بالنسبة للقضاء الإداري الجزائري ساير المشرع الجزائري ولم يورد تعريف لصفقة الأشغال وأكتفى بإعطائه تعريف للصفقة العمومية وذلك في قرار غير منشور مؤرخ في 2002/12/17 صادر عن مجلس الدولة في قضية رئيس المجلي الشعبي البلدي لبلدية ليو بيسكرة ضد (ق.أ) تحت رقم: 6215 فهرس: 873 إلى القول "... وحيث أنه تعرف الصفقة العمومية بأنها عقد يربط الدولة بالخواص حول مقالة أو إنجاز مشروع أو أداء خدمات...".

إن هذا التعريف حصر الصفقة العمومية على أنها عقد يجمع بين الدولة وأحد الخواص، في حين أن الصفقة العمومية قد تجمع بين هيئة عمومية وهيئة عمومية أخرى غير الدولة كالولاية والبلدية، ومع ذلك تحتفظ بطابها المميز كونها صفقة عمومية، كما أنه لم يعط أي أهمية لعنصر الشكل بأن أشار مثلاً أن الصفقة العمومية تتم وفقاً للأشكال وإجراءات محددة قانوناً رغم تأكيد التشريع على هذا الجانب.

كما يبدو هذا التعريف فيه أن مجلس الدولة حصر مفهوم الصفقة العمومية على أنها عقد يربط الدولة بأحد الخواص وأغفل باقي الأشخاص التي يمكن أن تكون طرفاً في الصفقة العمومية ويتعلق الأمر بالولاية أو البلدية أو المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري والمؤسسات العمومية الخاضعة للتشريع الذي يحكم النشاط التجاري، عندما تكلف بإنجاز عملية ممولة كلياً أو جزئياً، بمساهمة مؤقتة أو نهائية من الدولة أو من الجماعات الإقليمية.

بالإضافة أنه استعمل مصطلح مقالة بقوله " حول مقالة أو إنجاز مشروع.."، وكان من الأفضل أن لا يستعمل هذا المصطلح ذو المفهوم المدني فعرفت المادة 549 من القانون المدني الجزائري عقد المقالة على أنه "عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئاً أو أن يؤدي عملاً مقابل أجر يتعهد به المتعاقد الآخر"، ويستعمل عوضاً عنه عقد الأشغال العامة تماشياً مع تنظيم الصفقات العمومية، ويقتصر على ذكر عبارة إنجاز أو

¹ - عزيزة الشريف، دراسات في نظرية العقد الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، 1981، ص 117.

تنفيذ أشغال لينصرف المفهوم إلى صفقة الأشغال العمومية وهي صورة من صور العقد الإداري.

الفرع الثالث: التعريف التشريعي

إن المشرع الجزائري لم يحدد تعريفا مباشرا لصفقة الأشغال العمومية، بل عرف الصفقات العمومية بمجملها عبر جميع النصوص القانونية المنظمة للصفقات العمومية فبالرجوع إلى الأمر رقم 90/67 المتضمن قانون الصفقات العمومية في مادته الأولى منها نجدها عرفت الصفقات العمومية على أنها " إن الصفقات العمومية هي عقود مكتوبة تبرمها الدولة أو العمالات أو المؤسسات والمكاتب العمومية قصد انجاز أشغال أو توريدات أو خدمات ضمن الشروط المنصوص عليها في هذا القانون"¹.

وعرفت المادة الرابعة من المرسوم رقم 82-145 المتعلق بالصفقات العمومية التي يبرمها المتعامل العمومي الصفقات العمومية على أنها " صفقات المتعامل العمومي عقود مكتوبة حسب مفهوم التشريع الساري على العقود، ومبرمة وفق الشروط الواردة في هذا المرسوم قصد انجاز الأشغال أو إقتناء المواد والخدمات"²، كما عرفت المادة الثالثة من المرسوم التنفيذي رقم 91-343 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية بقولها " الصفقات العمومية عقود مكتوبة حسب التشريع الساري على العقود ومبرمة وفق الشروط الواردة في هذا المرسوم قصد إنجاز الأشغال واقتناء المواد والخدمات لحساب المصلحة المتعاقدة"³.

المرسوم الرئاسي رقم 02-250 المتعلق بالصفقات العمومية في مادته الثالثة منه عرف الصفقات العمومية على أنها " الصفقات العمومية عقود مكتوبة في مفهوم التشريع المعمول به، تبرم وفق الشروط المنصوص عليها في هذا المرسوم قصد إنجاز الأشغال

¹ -المادة:1 من الأمر 67-90 لمؤرخ في 17 جوان 1967 المتضمن قانون الصفقات العمومية ، ج ج ج ج، العدد 52، الصادرة في 27 جوان 1967.

² -المادة:4 من المرسوم الرئاسي 82/145 المؤرخ في 10 أبريل 1982 المتضمن الصفقات العمومية التي يبرمها المتعامل العمومي ، ج ج ج ج، العدد 45، الصادرة في 13 أبريل 1982.

³ -المادة:3 من المرسوم التنفيذي 91-434 المؤرخ في 09 نوفمبر 1991 المتضمن الصفقات العمومية ، ج ج ج ج، العدد 57 ، الصادرة في 13 نوفمبر 1991.

وإقتناء المواد والخدمات والدراسات لحساب المصلحة المتعاقدة"¹، كما عرفت المادة الرابعة من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المتضمن الصفقات العمومية الصفقة العمومية بقولها " الصفقات العمومية عقود مكتوبة في مفهوم التشريع المعمول به، تبرم وفق الشروط المنصوص عليها في هذا المرسوم قصد إنجاز الأشغال واقتناء اللوازم والخدمات والدراسات لحساب المصلحة المتعاقدة"².

إن المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام في مادته الثانية منه عرف الصفقة العمومية بأنها " الصفقات العمومية عقود مكتوبة في مفهوم التشريع المعمول به تبرم بمقابل مع متعاملين اقتصاديين وفق الشروط المنصوص عليها في هذا المرسوم لتلبية حاجات المصلحة المتعاقدة في مجال الأشغال واللوازم والخدمات والدراسات"³.

ما يفهم من التعاريف التي أوردتها النصوص القانونية المبينة أعلاه أنها ركزت فقط على الجانب الشكلي للصفقة العمومية المتمثل في الكتابة بذكر عبارة عقود مكتوبة وكذا وجوب احترام المصلحة المتعاقدة الشروط والاجراءات المحددة في النص القانوني المنظم للصفقة العمومية لإبرام الصفقة، وحسنا ما فعل المشرع بتعريفه للصفقة العمومية وتأكيده لضرورة إحترام هاته الشكلية لأن ذلك يؤدي حماية المال العام بحجة أن الصفقة العمومية لها علاقة وثيقة بالخزينة العامة.

غير أنه لم يتطرق إلى تعريف عقد الأشغال العامة وأكتفى في المادة 29 منه على تحديد مشتملات وأهداف هذه الصفقة إذ نصت المادة المذكورة اعلاه في فقرتها 3 و4 منها على "... تهدف الصفقة العمومية للأشغال إلى إنجاز منشأة أو أشغال بناء أو هندسة مدنية من طرف مقاول، في ظل إحترام الحاجات التي تحددها المصلحة المتعاقدة صاحبة

¹ -المادة:3 من المرسوم الرئاسي 02-250 المؤرخ في 24 يوليو 2002، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج ر ج، العدد 52، الصادرة في 28 يوليو 2002.

² -المادة:4 من المرسوم الرئاسي 10-236 المؤرخ في 07 أكتوبر 2010 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية، ج ر ج، العدد 58، الصادرة في 07 أكتوبر 2010.

³ -المادة:2 من المرسوم الرئاسي 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

المشروع، وتعتبر المنشأة مجموعة من أشغال البناء أو الهندسة المدنية التي تستوفي نتائجها وظيفة إقتصادية أو تقنية.

وتشمل الصفقة العمومية لأشغال بناء أو تجديد أو صيانة أو تأهيل أو تهيئة أو ترميم أو إصلاح أو تدعيم أو هدم منشأة أو جزء منها، بما في ذلك التجهيزات المرتبطة بها الضرورية لإستغلالها....".

وحسنا فعل المشرع بعدم تعريفه لعقد الأشغال العامة لأن الأمر يتعلق بنوع دائم، فينبغي عدم إعاقته بنص تشريعي أو وضع نص يصعب التقيد به، علاوة على أن مهمة وضع التعاريف القانونية هي في الغالب من صميم الفقه الذي يهتدي بدوره بأحكام القضاء من أجل تحديد عناصر التعريف القانوني لمختلف الموضوعات.

عكس المشرع الجزائري فالمشرع الفرنسي والمصري والأردني فقد تطرقوا إلى تعريف عقد الأشغال العامة، إذ نجد المشرع الفرنسي في المادة الأولى من قانون الصفقات العمومية عرفها على أنه " ذلك العقد الذي ينصب موضوعه على إنجاز أشغال البناء أو الهندسة المدنية بناء على طلب أحد الأشخاص العامة التي تمارس سلطة صاحبة المشروع"¹. وعرف القانون المدني المصري في المادة:246 عقد المقاوله بأنه " عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين بأن يصنع شيئاً أو يؤدي عملاً لقاء أجر يتعهد به المتعاقد الآخر"².

وما يستشف من هذا التعريف أنه جاء قاصر ولم يعرف صفقة الأشغال العمومية بحكم أن لم يتضمن أي عنصر من عناصر التي يقوم عليها عقد الأشغال العامة والتي أستقر عليها الفقه والقضاء عليها وهي أن يكون أحد طرفي العقد شخص معنوي عام (الإدارة) وأن يهدف إلى تحقيق منفعة عامة وأن ينصب موضوع العقد على عقار وأن يتضمن شروط إستثنائية غير مؤلوفة في القانون الخاصة بالإضافة أنه أن استعمل مصطلح عقد مقاوله وهي تسمية مرتبطة بالقانون المدني.

وعرف المشرع الأردني في المادة الرابعة من نظام الأشغال الحكومية رقم:71 لسنة 1986 عقد الاشغال العامة وما يسميه بعقد المقاوله بأنه "عقد يبرم بين شخص معنوي عام

13-christophe lajoye, droit des merches publics, 2eme editions, mise à jour au 1^{er} mai 2005, gualno editeur,p 46.

² - خليل صالح السامرائي، المرجع السابق، ص20.

أو أحد أشخاص القانون الخاص (والذي يسمى المقاول أو المتعهد) بحيث يقوم هذا الأخير ببناء أو صيانة أو ترميم عقار لحساب الشخص المعنوي العام وتحقيقا للمصلحة العامة مقابل ثمن يحدد في العقد"¹.

كما أنه من خلال إستقراء التعاريف السالفة الذكر سواء الفقهية أو بالبعض من القضائية أو التشريعية لعقد الأشغال العامة نجدها كلها تدور في معنى واحد ومتقارب ومنها أقترح تعريف لعقد الأشغال العامة على أنه "هو العقد الذي يتعهد بمقتضاه المتعامل المتعاقد سواء شركة أو فرد بتنفيذ أشغال عقارية عامة لفائدة المصلحة المتعاقدة متمثلة في شخص معنوي عام من أجل تحقيق منفعة عامة لقاء مبلغ مالي وفقا لبنود الإتفاق".

المطلب الثاني: شروط وأطراف عقد الأشغال العامة

رأينا من خلال تعريف عقد الأشغال العامة سواء الفقهية أو التشريعية أو القضائية على أنها أجمعت على توافر عناصر أساسية لقيام هذا العقد، وهي أن ينصب على عقار، وأن يتم العمل لحساب شخص معنوي عام، وأن يهدف العقد إلى تحقيق منفعة عامة، وهذه العناصر هي التي أشرطها المشرع الجزائري في المرسوم الرئاسي 247/15 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام وهذه العناصر تعد بمثابة شروط يجب على المصلحة المتعاقدة مراعاتها وعليه سنقسم هذا المطلب إلى فرعين الفرع الأول نخصه لشروطها والفرع الثاني أطرافها.

الفرع الأول: شروطها

تعتبر نظرية الأشغال العامة نظرية قضائية، لعب القضاء الفرنسي وخاصة مجلس الدولة الفرنسي دورا رائدا في إبراز معالمها وتحديد عناصرها كما كان له النصيب الأوفر في تطويرها نحو المزيد من التوسع، وهذا سوف يتضح لنا من خلال تحليل مختلف العناصر التي يقوم عليها عقد الأشغال العامة وفقا لإجتهد مجلس الدولة الفرنسي، وهي بمثابة شروط عامة ونكون أمام أشغال عامة إذا تعلق الأمر بأشغال عقارية منجزة بهدف تحقيق المصلحة العامة سواء من قبل شخص معنوي عام أو لحسابه في سياق تحقيق

¹ - محمد علي الخليلية، القانون الإداري، الكتاب الثاني، كلية الحقوق، جامعة مؤتة، 2012، ص 279.

مهمة المرفق العام، وهذه العناصر سوف ندرسها على ضوء القضاء الفرنسي مع الرجوع إلى النص التشريعي الجزائري وخاصة في المرسوم الرئاسي 247/15 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام في تحليلنا، وخاصة أن هذا الأخير جاء بشروط خاصة تتعلق بصفقة الأشغال العامة.

أولاً: الشروط العامة

حتى نكون أمام عقد أشغال عامة يقتضي توافر شروط معينة ابتكرها القضاء الفرنسي وسأيرها التشريع الجزائري وهذا ما سنوضحه من خلال تحليل كل شرط على حدى.

أ- أن ينصب موضوع عقد الأشغال العامة على عقار

تشمل الأشغال عمليات البناء والترميم والتعديل والإصلاح والصيانة، وكذا عمليات الهدم والردم، شريطة أن تنصب على عقارات مثل ذلك بناء الطرق والجسور والمنشآت العامة وتهيئة إعداد الأراضي وإصلاحها وصيانتها، فكل هذه العمليات تدخل في دائرة الأشغال العامة، كما يدخل في هذا المدلول أعمال قطع الأشجار أو تقليم أغصانها والموجودة في جنبات الطرق العامة، وأيضا عمليات تثبيت الخطوط التليفونية أو إقامة لوحة تنظيم المرور بإعتبارها عقارات بالتخصيص، كما تعتبر من ضمن الأشغال العامة كافة الأعمال المتعلقة بالصيانة، كالتنظيف والكنس والرش في الطرق العامة، وألحق بها مجلس الدولة الفرنسي عملية نقل المواد اللازمة لتنفيذ الأشغال، وكذا عقود الخدمات الفنية التي تبرمها الإدارة مع الفنيين والمستشارين بهدف الرقابة والإشراف على تنفيذ الأشغال¹.

إذ يجب أن ينصب العمل في عقد الأشغال العامة على عقار، والعقار هو كل شيء له مستقر ثابت بحيث لا يمكن نقله أو تحويله دون تلف²، وهو ما عرفته المادة 683 من القانون المدني الجزائري بأنه "كل شيء مستقر بحيزه وثابت فيه ولا يمكن نقله منه دون تلف فهو عقار، وكل ما عدا ذلك من شيء فهو منقول".

¹ - عريش عبد الرزاق، شنطاوي علي خطر، المرجع السابق، ص 6.

² - منصور محمد أحمد، العقود الإدارية، الجزء الأول، مفهوم العقد الإداري وقواعد إبرامه، الجزء الأول، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص 14.

وأكد معظم الفقه المصري على أنه يجب أن ينصب عقد الأشغال العامة على عقار لإعتبره من عقود الأشغال العامة، وهذا العنصر ما يميز عقد الأشغال عن عقد التوريد فهذا الأخير مرتبط إلا بالمنقول فقط، بينما عقد الأشغال مرتبط ارتباطا وثيقا بالعقار¹. ويراد بالعقار بالمفهوم الواسع له فهو يشمل العقار بطبيعته والعقار بالتخصيص²، وهو ما أكدت عليه المادة 683 ف 2 من القانون المدني الجزائري بقولها " غير أن المنقول الذي يضعه صاحبه في عقار يملكه، رصدا على خدمة هذا العقار أو إستغلاله، يعتبر عقارا بالتخصيص"، فمثلا الأشغال التي تنصب على الأشجار كرش المبيدات لها أو الأسمدة في الطرق العامة تعد أشغال عامة، كما أن الأشغال التي ترد على عقار بالتخصيص تعد كذلك أشغالا عامة³.

وتعد من عقود الأشغال العامة جميع العقود التي تنصب أعمالها على البناء أو التجديد أو الصيانة أو التأهيل أو التهيئة أو الترميم أو الإصلاح أو التدعيم أو هدم منشأة أو جزء منها مثل بناء الجسور والأنفاق وتعبيد الطرقات والأعمال المبينة أعلاه التي تعد من مشتقات عقد الأشغال العامة، وهو ما نص عليها المشرع الجزائري في المرسوم الرئاسي 247/15 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام في المادة 29 ف3 منه⁴. وعليه لا يمكن إعتبار عقد بأنه عقد أشغال عامة ما لم تتوفر فيه الصفة العقارية، فلا يمكن اعتبار العقد الذي ينصب على منقول مهما كبر حجمه، وقيمه عقد أشغال عامة، حتى ولو أعتبر هذا العقد إداريا مثل عقد ترميم سفينة

1 - خليل صالح السامرائي، مرجع سابق، ص 26.

2 - خليل صالح السامرائي، نفس المرجع، ص 27.

3 - محمد محمد عبد اللطيف، القانون الإداري للأموال، الكتاب الثاني، الأشغال العامة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2014، ص 127.

4 - نصت المادة: 29 ف 3 من المرسوم الرئاسي رقم: 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، السابق ذكره، على أنه "... تشمل الصفقة العمومية للأشغال بناء أو تجديد أو صيانة أو تأهيل أو تهيئة أو ترميم أو إصلاح أو تدعيم أو هدم منشأة أو جزء منها، بما في ذلك التجهيزات المرتبطة بها الضرورية لاستغلالها..".

أو بنائها، كما يجب أن تكون هذه الأعمال مادية، ومن ثم فإن الأعمال ذات الطبيعة القانونية لا يمكن اعتبارها أشغال عامة حتى لو كانت سابقة على عملية مادية¹. كما لا يعتبر المنقول عقد أشغال عامة حتى ولو كانت ملكيته تعود للدولة أو مخصصة للمنفعة العامة²، وعلى هذا الأساس لم يعتبر مجلس الدولة الفرنسي من قبيل عقود الأشغال العامة الإتفاقات التي يكون موضوعها بناء أو ترميم سفينة أو حظيرة متحركة للطائرات³.

وهناك رأي في الفقه يقول أن أعمال التحسين على العقار لا تعد أشغال عامة مثل أعمال الصبغ والزخرفة على العقار⁴، إلا أن المشرع الجزائري اعتبرها بمثابة أشغال عامة حسب ما جاء في المادة 29 ف 3 من المرسوم الرئاسي 247/15 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وهذا أمر مقبول لأن هذه الأعمال تنصب على العقار. وقد وسع القضاء الإداري في مفهوم الأشغال العامة، فلم يجعلها مقصورة على أعمال البناء والهدم والصيانة، بل أدخل فيها كافة الأعمال المتعلقة بالعقارات كأعمال الردم، وأعمال الرش، وتنظيف الطرقات العامة، وكذا نقل المواد اللازمة لتنفيذ الأشغال وكل الأعمال المتعلقة بعملية صيانة العقارات⁵.

مما سبق ذكره نخلص أن هذا العنصر الخاص بعقد الأشغال العامة يقتضي أن يتصل هذا العقد بالعقار بمفهومه الواسع أي سواء كان موضوعه الأشغال عقار بطبيعته مثل إنجاز طريق عام أو جسر أو سد أو مجموعة سكنات أو نفق أو ميناء وغيرها أو عقار بالتخصيص كمد لخطوك الهاتف والكهرباء وإقامة لوحات تنظيم المرور، بل وقد أعتبر

1 - محمد محمد عبد اللطيف، مرجع سابق، ص 11.

2 - محمد فؤاد عبد الباسط، القانون الإداري، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، 2005، ص 510.

3 - سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، {دراسة مقارنة}، ط 5، دار الفكر العربي، القاهرة، 2005، ص 123.

4 - خليل صالح السامرائي، مرجع سابق، ص 27.

5 - أنس جعفر، العقود الإدارية، دراسة مقارنة لنظم المناقصات والمزايدات وتطبيقه لقانون 1998، الخاص بالمناقصات والمزايدات في مصر ولائحته التنفيذية وفقا لآخر تعديلات 2006، مع دراسة عقد البوت، ط 4، دار النهضة العربية، 2007، ص 40.

مجلس الدولة الفرنسي إخراج جنث الموتى من قبورها وإعادة دفنها، في إطار إعادة تهيئة المقبرة من قبيل الأشغال العامة¹.

ب- يجب أن يتم العمل لحساب شخص معنوي عام

لقد تطلب مجلس الدولة الفرنسي في بداية إجتهاده أن يكون تنفيذ الأشغال لحساب شخص معنوي عام، بمعنى أن تكون الإدارة هي المستفيد النهائي من الأشغال والمنشآت العامة الناتجة عنها، وقد تقرر ذلك في قراره الصادر في 10-01-1921 في قضية "Commune de Monsegun" الذي حدد فيه العناصر الأساسية لمفهوم الأشغال العامة، حيث عرفها بأنها الأشغال المنفذة على عقارات لحساب شخص معنوي عام بهدف تحقيق المنفعة العامة².

وعليه فالعنصر الجوهرى في نظرية الأشغال العامة هو تنفيذها لحساب شخص معنوي عام، وليس بالضرورة أن يكون موضوع الأشغال عقارات تملكها الإدارة العامة سواء كانت تندرج في إطار الأموال العامة أو الخاصة، بل يمكن أن يكون محلها عقارات تدخل في الملكية الخاصة للأفراد طالما أنها تنفذ لفائدة الإدارة العامة بهدف تحقيق المصلحة العامة ولذلك كان مجلس الدولة الفرنسي يستبعد من نطاق نظرية الأشغال العامة تلك الأشغال المنجزة لحساب الخواص سواء طبيعيين أو معنويين إلا إذا كانت هذه الأشغال تابعة أو مرتبطة بشغل عام.

ولكن بصدور قرار محكمة التنازع الفرنسية بتاريخ 28-03-1955 في قضية Elimieff، الذي أعتبر بأن الأشغال المنجزة على أملاك خاصة بالأفراد والمنفذة لحسابهم بواسطة شخص معنوي عام تكتسي طابع الأشغال العامة طالما نفذت بهدف تحقيق مهمة المرفق العام، ففي القضية المشار إليها أعلاه، لم يكن المستفيد من الأشغال شخصا قانونيا عاما بل أفراد خواص وكان المشرف على تنفيذ الأشغال شخص معنوي عام وهو الجمعية النقابية لإعادة التعمير وهي مؤسسة عامة بنص قانون 16-06-1948 كلفت بإعادة بناء المساكن المدمرة بفعل الحرب لفائدة مالكيها من الأعضاء في الجمعية، وبالتالي محكمة

¹ - عيسى عبد القادر الحسن، التزامات وحقوق المتعاقدين في تنفيذ الأشغال العامة، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه، جامعة القاهرة، 1997، ص 8.

² - عريس عبد الرزاق، شنطاوي علي خطر، المرجع السابق، ص 7.

التنازع خلصت إلى أن تلك الأشغال تكتسي طابع الأشغال العامة بصرف النظر عن صفة المستفيد الحقيقي منها وهم الأفراد¹.

وعليه نلاحظ أن المعيار المحدد لعقد الأشغال العامة هو المعيار العضوي، ويتمثل في ضرورة وجود شخص معنوي عام سواء بصفته مستفيدا من هذه الأشغال أو بصفته منفذا أو مشرفا عليها، ولو كانت لحساب الأفراد والسؤال المطروح إلى أي مدى ظل القضاء الفرنسي وفيها لهذا المعيار؟.

من خلال تتبع تطور القضاء الفرنسي نجده يهدف إلى توسيع مفهوم الأشغال العامة ولو كان ذلك على حساب المعيار العضوي المحدد لها وهذا تطبيقا لأحكام العامة للوكالة، وقد ذهب كل من مجلس الدولة ومحكمة التنازع إلى اعتبار أن عقد الأشغال الذي أبرمه شخص خاص مع أحد المقاولين، يعد بمثابة أشغال عامة، وذلك إذا تصرف الشخص الخاص باسم ولحساب شخص معنوي عام في إطار الوكالة الصريحة، غير أن هذه الحالة لا تخرج في حقيقة الأمر عن المعيار العضوي ما دام أن الأشغال تعود في نهاية المطاف لحساب شخص معنوي عام .

فمحكمة التنازع الفرنسية قررت أن هناك طائفة من الأشغال بناء الطرق الوطنية تعد بطبيعتها وبحكم موضوعها أشغال عامة كيفما كانت طرق ووسائل تنفيذها، وسواء نفذت لحساب شخص معنوي عام أو خاص فأعترفت في قرارها الصادر بتاريخ 08-07-1963 والمعروف بقرار "Societe Entreprise pcyrot" لصفقات الأشغال التي تبرمها شركات الإقتصاد المختلط صاحبة الإمتياز ببناء وإستغلال الطرق السيارة مع المقاولين بمثابة أشغال عامة، وبالتالي أخضعتها للنظام القانوني لهذه الأخيرة وجاء في حيثيات قرارها " إن بناء الطرق الوطنية له طابع الأشغال العامة، وهو بطبيعته يدخل في صميم عمل الدولة"، ولذلك فالنظام القانوني لبناء الطرق الوطنية يجب أن يخضع لقواعد القانون العام دون تمييز بين ما إذا كان تنفيذها موكل بصفة عادية ومباشرة إلى الدولة أو موكل بصفة استثنائية إلى صاحب الإمتياز الذي يتصرف في مثل هذه الحالة لحساب الدولة، ولذلك فإن صفقة الأشغال التي تبرمها شركات الإقتصاد المختلط وهي أشخاص معنوية خاصة صاحبة الإمتياز في إنشاء وإستغلال الطرق السيارة تعتبر أشغال عامة وتسري عليها قواعد القانون العام وتدخل

¹ - عريش عبد الرزاق، شنطاوي علي خطر، مرجع سابق، ص8.

منازعاتها في إختصاص القضاء الإداري، وقد مدد مجلس الدولة الفرنسي تطبيق هذا الإجتهااد إلى الأشغال المتعلقة ببناء الأنفاق والجسور¹.

وتطبيقا لذلك نص المشرع الجزائري على هذا العنصر المتعلق بأن يتم تنفيذ الأشغال العامة لحساب شخص معنوي عام في المرسوم الرئاسي 247/15 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام في مادته 6 منه² والتي جاءت عامة وتخص جميع الصفقات العمومية و صفقة الأشغال العمومية كنوع منها حسب نص المادة 29 من نفس المرسوم السالف الذكر، إذ نجدها تنص على " تشمل الصفقات العمومية إحدى العمليات الآتية أو أكثر إنجاز الأشغال، إقتناء اللوازم، إنجاز الدراسات وتقديم الخدمات...". ومن خلال إستقرائنا لنص المادة 06 من هذا المرسوم نجد أن المشرع الجزائري قد تبنى المعيار العضوي الذي تبناه القضاء الفرنسي كما تم تبيانه أعلاه والمتمثل في ضرورة وجود شخص معنوي عام سواء بصفته مستفيدا من هذه الأشغال أو بصفته منفذا أو مشرفا عليها ولو كانت لحساب الأفراد، وبالتالي أشترط لكي نكون أمام عقد أشغال عامة يجب أن يتم العمل الوارد على العقار لحساب شخص معنوي عام ملزم بالخضوع لتنظيم الصفقات العمومية ، يستوي أن يتعلق هذا الشخص المعنوي العام بشخص إقليمي كالدولة أو الولاية والبلدية، والمؤسسات الإدارية العمومية ذات الطابع الإداري كالجامعات والمستشفيات والمخابر ومراكز التكوين المهني... إلخ³.

وإذا كانت المؤسسات العمومية الإدارية لا تثير أي مشكلة في الإعتراف بطابع الأشغال العامة للأشغال المنجزة لحسابها، فإن الأمر ليس كذلك بالنسبة للمؤسسات العامة الإقتصادية على اعتبار أنها تخضع بصفة أساسية للقانون الخاص، ولذلك فإن الفقه والقضاء الإداريين في فرنسا يستعينا بنظريتي الدومين العام والمرفق العام من أجل إصباغ

¹ - عريس عبد الرزاق، شنطاوي علي خطار، مرجع نفسه، ص 9.

² - نصت المادة:6 من المرسوم الرئاسي 15-247 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، على أنه " لا تطبق احكام هذا الباب إلا على الصفقات العمومية محل نفقات الدولة، الجماعات الإقليمية، المؤسسات العمومية ذات الطابع الاداري والمؤسسات العمومية الخاضعة للتشريع الذي يحكم النشاط التجاري، عندما تكلف بإنجاز عملية ممولة كليا أو جزئيا بمساهمة مؤقتة أو نهائية من الدولة أو من الجماعات الإقليمية وتدعى في صلب النص بالمصلحة المتعاقدة".

³ - عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية طبقا للمرسوم الرئاسي رقم:15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015، القسم الأول، ط 5، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2017، ص 173.

طابع الأشغال العامة على الأشغال المنفذة لحسابها وهو الأمر الذي طبق على مؤسسات منها الشركة الوطنية للسكة الحديدية¹.

وبخصوص المشرع الجزائري فقد حسم هذا الأمر بموجب المادة 6 من المرسوم الرئاسي 15-247 في فقرته الأخيرة إذ أخضع المؤسسات العمومية الخاضعة للتشريع الذي يحكم النشاط التجاري، عندما تكلف بإنجاز عملية ممولة كلياً أو جزئياً، بمساهمة مؤقتة أو نهائية من الدولة أو من الجماعات الإقليمية لأحكام الصفقات العمومية وبالتالي فإن إنجاز أشغال في هذا الخصوص يعتبر بمثابة صفقة أشغال عامة ويطبق عليها أحكام قانون الصفقات.

وبالتالي في النهاية نخلص يكفي للقول بأن الأشغال عامة بالنسبة لهذا العنصر أن تتم لحساب شخص معنوي عام أو أن يكفي أن يكون لهذا الأخير (الإدارة) سلطة الرقابة والإشراف الشديدة على الأشغال وقت تنفيذها².

غير أن هذا العنصر غير كافي لتحديد إن كنا أمام عقد أشغال عامة وإنما إلى جانبه يجب أن يكون الهدف من الأشغال العامة تحقيق المنفعة العامة أو المصلحة العامة.

ج- يجب أن يكون الغرض من الأشغال العامة تحقيق النفع العام

ارتبطت فكرة الأشغال العامة في بادئ الأمر بفكرة الدومين العام، حيث أقتصرت مفهوم الأشغال العامة على تلك الأعمال التي تنفذ على عقارات تدخل في نطاق الدومين العام مثل الطرق العامة والسكك الحديدية، وعليه فإن الأشغال التي تتم على الدومين الخاص أو المال الخاص لا تعتبر أشغالا عامة، وظل هذا الربط إلى غاية 1942، أين أصدرت محكمة التنازع الفرنسية قرارا في 24-10-1942 فصلت بموجبه بين فكرة المصلحة العامة التي يتولاها المرفق وبين الدومين العام حيث قررت المحكمة: "بأن سبب الضرر المدعى به يرجع إلى إهمال في صيانة دار القضاء في مدينة (aix) وهي مخصصة كلها لمرفق العدالة وبالتالي لتحقيق المصلحة العامة، ومن ثم فإن الدعوى تدخل في إختصاص المجلس الإقليمي بإعتبارها متعلقة بتنفيذ أو عدم تنفيذ أشغال عامة دون حاجة

¹ - عريس عبد الرزاق، شنطاوي علي خطار، مرجع سابق، ص12.

² - Andre De Laubadere, traite élémentaire de droit administratif, 5^{ème} ed.1970, p265.

للبحث فيما إذا كان المعنى يدخل في نطاق الدومين العام أو الدومين الخاص، لإستقلال فكرة الأشغال العامة على الأموال العامة¹.

وعليه يجب أن يكون الغرض من وراء إبرام المصلحة المتعاقدة لعقود الأشغال العامة هو تحقيق الصالح العام وتلبية حاجيات الجماهير المتزايدة، ولا يشترط أن تتم الأشغال على أموال عامة، أو عقار مخصص لمرفق عام، ولهذا فإنه من المتصور أن تكون الأشغال لحساب شخص معنوي عام وتتعلق بعقار الملتزم في حالة عقد التزام المرافق العامة ذلك أن الغاية منها في نهاية المطاف هو تحقيق النفع العام².

فالنتيجة أن الأشغال يمكن أن تكون عامة سواء تمت على دومين عام أو خاص للإدارة ما دام محلها عقار ويهدف نفع عام، وهذا شيء طبيعي مادام كما أسلفنا القضاء الفرنسي والمصري يعتبر الأشغال التي تتولى الإدارة الإشراف عليها ومراقبتها أشغالا عامة³. وتطبيقا لذلك أعترف مجلس الدولة الفرنسي في عدة قرارات بطابع الأشغال العامة للأشغال المنفذة على أجزاء من الدومين الخاص للإدارة كالأماك الغابية الخاصة، بل أصبغ نفس الصفة على الأشغال المنجزة على أملاك خاصة بالأفراد طالما أن الهدف منها تحقيق المنفعة العامة.

وعليه يظهر جليا أنه إلى جانب المعيار العضوي، وهو وجود شخص معنوي عام الذي تم تبياناه أعلاه في العنصر الثاني فإن لقيام عقد الأشغال العامة يقتضي توفر معيار الغاية وهو أن يكون الغرض من هذه الأشغال العامة تحقيق المنفعة العامة وهذا المصطلح واسع وغير محدد وهو ما تنعكس آثاره على توسع نظرية الأشغال العامة بذاتها، غير أن من شأنه كذلك أن يضع عليها حدود ما دام أن هدف المنفعة العامة يستبعد من دائرة الأشغال العامة تلك الأشغال التي تستهدف من ورائها الإدارة العامة تحقيق منفعة مالية خاصة أو منفعة خاصة ببعض الأفراد.

¹ - محمد سعيد حسين أمين، دراسة وجيزة في فكرة العقود الإدارية وأحكام إبرامها، دار الثقافة الجامعية، 1992، ص 179.

² - عليوات ياقوته، تطبيقات النظرية العامة للعقد الإداري، الصفقات العمومية في الجزائر، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة منتوري قسنطينة، 2008-2009، ص 56.

³ - بن شعبان علي، آثار عقد الأشغال العامة على طرفيه في التشريع الجزائري، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه في القانون العام، جامعة منتوري، قسنطينة، 2011-2012، ص 7.

د- أن يتم تنفيذ الأشغال لحساب شخص خاص للقيام بمهمة مرفق عام

يضاف إلى العناصر الثلاثة لعقد الأشغال العامة عنصر جديد هو من إبتكار محكمة التنازع الفرنسية، وهذا العنصر الرابع يطبق بالتناوب مع عنصر أن يكون الغرض من الأشغال العامة تحقيق النفع العام إذا توافرت مقوماته.

ووفقا لهذا الشرط تعد الأشغال التي يتم إجراؤها لحساب شخص خاص، أي على أموال مملوكة له، أشغال عامة، بينما لا يمكن اعتبار هذه الأعمال وفقا للمعنى التقليدي أشغال عامة وإنما تظل أشغالا خاصة، وقد جاء في حكم للقضاء الإداري المصري " يشترط أيضا لاعتبار العقد الذي يبرمه أحد أشخاص القانون الخاص نيابة عن الإدارة أن تتصرف آثار العقد إلى الإدارة بوصفها سلطة عامة.

وجدير بالذكر أن المفهوم الحديث للأشغال العامة يشترط توفر عدة عناصر وهي أن تنفيذ الأشغال لحساب شخص خاص وأن يقوم بتنفيذ الأشغال شخص عام وأن يتم تنفيذ هذه الأعمال في إطار مهمة مرفق عام¹.

من خلال دراستنا للعناصر السالفة الذكر التي تقوم عليها نظرية عقد الأشغال العامة، يتضح لنا مدى التوسع والتطور الذي شهدته هذه النظرية، ويعود ذلك إلى حرص القضاء الإداري الفرنسي على حماية حقوق الأفراد عبر تمتعهم بمزايا المسؤولية الإدارية دون خطأ وتوحيد النظام القانوني للأشغال العامة.

من خلال دراستنا لعناصر عقد الأشغال العامة نجد أن المشرع الجزائري في المرسوم الرئاسي 247/15 أشرط حتى نكون أمام عقد أشغال عامة لا بد من توافر الشروط المتمثلة في أن ينصب العقد على عقار وأن يتم العمل لحساب شخص معنوي عام ويجب أن يهدف العقد إلى تحقيق منفعة عامة مع شروط أخرى وهذا ما نوضحه في الشروط الخاصة.

ثانيا: الشروط الخاصة

وهذه الشروط الخاصة نص عليها التشريع الجزائري والتي يقتضي توفرها حتى نكون بصدد صفقة إنجاز أشغال عامة ونتناولها على النحو التالي:

¹ - خليل صالح السامرائي، مرجع سابق، ص ص 31-32.

أ- أن يتم عقد الأشغال العامة في شكل عقد مكتوب

يجب أن تتبلور صفقة إنجاز الأشغال في عقد مكتوب موقع بين المصلحة المتعاقدة والمتعامل المتعاقد الذي يتم إختياره للقيام بالأشغال لحسابها يتضمن التحديد المسبق لإلتزامات وحقوق الأطراف وفق دفتر شروط يتم إعداده مسبقا من قبل المصلحة المتعاقدة وهذا ما نصت عليه المواد: 2 و 26 من المرسوم الرئاسي 247/15 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام¹.

ب- أن يتوفر في عقد الأشغال العامة الحد المالي المطلوب

خص المشرع الجزائري عقد الأشغال العامة كغيره من أنواع الصفقة العمومية بعتبة مالية خاصة حملتها المادة 13 من المرسوم الرئاسي 247/15 فرضتها الظروف المالية للدولة فورد فيها" كل صفقة عمومية يساوي فيها المبلغ التقديري لحاجات المصلحة المتعاقدة إثني عشر مليون دينار جزائري(1200000دج) أو يقل عنه للأشغال أو اللوازم ... لا تقتضي وجوبا إبرام صفقة عمومية وفقا للإجراءات الشكلية المنصوص عليها في هذا الباب".

ج- حيازة المؤسسات المشاركة على شهادة التخصص والتصنيف المهنيين

فرض المرسوم التنفيذي رقم: 11-110 المؤرخ في 06 مارس 2011 في مادته الأولى منه على، جميع المؤسسات التي تعمل في إطار إنجاز الصفقات العمومية في ميدان البناء والأشغال العمومية والري والأشغال الغابية أن تكون لها شهادة التخصص والتصنيف المهنيين، كشرط لإبرام صفقات مع الدولة والولايات والبلديات والإدارات والمؤسسات والهيئات العمومية².

¹ - نصت المادة 2 من المرسوم الرئاسي 15-247 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام ، السابق ذكره، على أن " الصفقات العمومية عقود مكتوبة في مفهوم التشريع المعمول به، تبرم بمقابل مع متعاملين اقتصاديين وفق الشروط المنصوص عليها في هذا المرسوم، لتلبية حاجات المصلحة المتعاقدة في مجال الأشغال واللوازم والخدمات والدراسات" ونصت المادة 26 منه على "توضح دفاتر الشروط المحينة دوريا الشروط التي تبرم وتنفذ وفقها الصفقات العمومية، وهي تشمل على الخصوص ما يأتي: -دفاتر البنود الادارية العامة المطبقة على الصفقات العمومية للأشغال واللوازم والدراسات والخدمات الموافق عليها بموجب مرسوم تنفيذي-دفاتر التعليمات التقنية المشتركة التي تحدد الترتيبات التقنية المطبقة على كل الصفقات العمومية المتعلقة بنوع واحد من الأشغال أو اللوازم أو الدراسات او الخدمات، الموافق عليها بقرار من الوزير المعني-دفاتر التعليمات الخاصة التي تحدد الشروط الخاصة بكل صفقة عمومية".

² - المادة 1 من المرسوم التنفيذي رقم 11-110 المؤرخ في 06 مارس 2011، المتمم المرسوم التنفيذي رقم 93-289 المؤرخ في 28 نوفمبر 1993 الذي يوجب على جميع المؤسسات التي تعمل في إطار إنجاز الصفقات العمومية في ميدان

وجاءت المادة 3 من نفس المرسوم لتعرف شهادة التخصص والتصنيف المهنيين بقولها "شهادة التخصص والتصنيف المهنيين للمؤسسات وثيقة تنظيمية بأشغال البناء والأشغال العمومية والري والأشغال الغابية".

وتخول الشهادة المذكورة أعلاه المؤسسة الحائزة لها إختصاصا وطنيا في ميدان العمل المعين وبينت المادة 4 منه المعلومات الواردة في أي هذه الشهادة، وحددت المادة 6 منه صلاحية الشهادة بثلاث سنوات.

وبينت المادة 7 منه المعايير الأساسية التي يتم عن طريقها تصنيف المؤسسة أو مجموعة المؤسسات كالأخذ بعين الإعتبار العدد الإجمالي للعمال المحسوب للسنة الأخيرة والمصرح بهم لدى صندوق الضمان الإجتماعي طبقا للوثائق المحاسبية¹

الفرع الثاني: أطرافها

تشمل صفقة إنجاز الأشغال العمومية أصلا طرفين و هما الإدارة المتعاقدة و المتعامل المتعاقد غير أنه هناك أطراف أخرى تتولى المساهمة في إنجاز المشروع و الإشراف على إدارته و مراقبة حسن تنفيذه و هما مسؤول المشروع الذي يعين من طرف الإدارة المتعاقدة وفق أحكام القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 15/05/1988 و المتعامل الثانوي الذي يتعاقد معه المتعامل المتعاقد بعد موافقة الإدارة المتعاقدة بالإضافة لأجهزة المراقبة التقنية لسلامة البناء و إحترام شروط العمران و هو سوف نتناوله بالتفصيل في هذا الفرع .

أولا: الإدارة المتعاقدة:

يقصد بالإدارة المتعاقدة في المرسوم الرئاسي 247/15 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام هي تلك الأشخاص المعنوية العامة المحددة على سبيل

البناء والأشغال العمومية والري أن تكون لها شهادة التخصص والتصنيف المهنيين، ج ر ج ج، العدد 15، الصادرة بتاريخ 2011/03/09.

¹ - عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية طبقا للمرسوم الرئاسي رقم 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015، مرجع سابق، ص ص 157-176.

الحصر في المادة 6 منه¹ ، والتي تنجز الأشغال لحسابها قصد تحقيق المصلحة العامة وبالرجوع إلى المادة السالفة الذكر نجد أنها حددت الأشخاص المعنوية التي يمكن لها إبرام صفقة إنجاز الأشغال التي يطلق عليها قانونا إسم المصلحة المتعاقدة هي :

أ-الدولة:

المقصود بالدولة هنا السلطة المركزية ، بالمفهوم الضيق وليس المفهوم الواسع الذي نعرفه سواء في القانون الدستوري² ، أو حتى في القانون الإداري في مجالات معينة، وينطوي تحت مفهوم السلطة المركزية الوزارات ومصالحها الخارجية بالولايات أي المديريات الولائية مثل مديرية الشباب والرياضة ومدير المالية ... إلخ.

وعموما فإن كل الإدارات المركزية غير المتمتعة بالشخصية المعنوية تندرج ضمن مفهوم الدولة من أمثلة ذلك الأمانة العامة للحكومة والأمانة العامة للرئاسة فكلاهما يتصرف بإسم الرئاسة ويمثلها بعبارة أخرى، لأن كل المرافق الإدارية المركزية المسيرة عن طريق الإستغلال المباشر تندرج ضمن مفهوم السلطة المركزية الدولة، أما إذا كانت هذه المرافق متمتعة بالشخصية المعنوية فلا تندرج ضمن مفهوم الدولة، لأن الدعوى في هذه الحالة لا ترفع ضد الدولة ولكن ضد هذا المرفق العام كشخصية معنوية مستقلة عن الشخصية المعنوية للدولة³

¹ - نصت المادة 6 من المرسوم الرئاسي 15-247 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام على " لا تطبق احكام هذا الباب إلا على الصفقات العمومية محل نفقات:

- الدولة.

- الجماعات الإقليمية.

- المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري.

- المؤسسات العمومية الخاضعة للتشريع الذي يحكم النشاط التجاري، عندما تكلف بإنجاز عملية ممولة، كلياً او جزئياً، بمساهمة مؤقتة أو نهائية من الدولة أو من الجماعات الإقليمية.

وتدعى في صلب النص (المصلحة المتعاقدة)".

² - الدولة في القانون الدستوري هي الشعب، الإقليم، السلطة السياسية، أي أن الشعب يقطن إقليماً معين ويخضع لسلطة سياسية.

³ - مسعود شيهوب، المبادئ العامة للمنازعات الإدارية، نظرية الاختصاص، الجزء الثاني، الطبعة السادسة، ديوان

المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 2013، صص 12، 13.

نلاحظ أن هذا المصطلح غير دقيق كون أن هذا المصطلح واسع حسب التعريف الدستوري ويشمل حسب الشعب والإقليم والسلطة وكان عليه إستعمال مصطلح الإدارة العمومية كما كان سابقا في المرسوم الرئاسي 236/10 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية في مادته 2 منه¹، مع إضافة مصطلح مركزية و تتمثل الإدارة العمومية المركزية في رئاسة الجمهورية ورئاسة الحكومة والوزارات ومصالحها الخارجية.

ب- **الجماعات الإقليمية (Collectivités territoriales)**: يقصد بها البلدية والولاية وهما جماعات إقليمية للدولة حسب نص المادة 16 من دستور 2016²، والبلدية عرفت المادة الأولى من قانون البلدية 10-11³، والولاية عرفت المادة الأولى من قانون الولاية 07-12⁴.

ج- **المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري (Etablissements publics a caractere administratif -EPA-)**: وهي هيئات عمومية تخضع للقانون العام، كما عرفت القانون رقم: 88-01 المؤرخ في 12-01-1988 المتضمن قانون توجيه المؤسسات العمومية، الذي مازال ساريا بالنسبة لهذا الصنف من المؤسسات العمومية ومن قبيل هذه المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري المدرسة العليا للقضاء والديوان الوطني للخدمات الإجتماعية⁵.

¹ - المادة 2 من المرسوم الرئاسي 236-10 المؤرخ في 07 أكتوبر 2010 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية.

² - نصت المادة 16 من القانون رقم 01-16، المؤرخ في 06-03-2016، المتضمن التعديل الدستوري على " الجماعات الإقليمية للدولة هي البلدية والولاية والبلدية هي الجماعة القاعدية"، ونصت المادة 17 من المرسوم الرئاسي 20-442 المتعلق بالتعديل الدستوري، المصادق عليه في استفتاء أول نوفمبر 2020 على " الجماعات الإقليمية للدولة هي البلدية والولاية والبلدية هي الجماعة القاعدية".

³ - عرفت المادة 1 من القانون رقم 10-11 المؤرخ في 22 يونيو 2011 المتعلق بالبلدية، ج ج ج، العدد 37، الصادرة في 3 يونيو 2011، المعدل والمتمم بالأمر رقم 21-13 المؤرخ في 31 غشت 2021 على أن البلدية " جماعة إقليمية قاعدية للدولة، وتتمتع بالشخصية المعنوية والذمة المالية المستقلة وتحديث بموجب قانون".

⁴ - عرفت المادة 1 من القانون رقم 07-12 المؤرخ في 21 فبراير 2012، المتعلق بالولاية، ج ج ج، العدد 12 الصادرة في 29 فبراير 2012 على أن الولاية " جماعة إقليمية للدولة وتتمتع بالشخصية المعنوية والذمة المالية المستقلة وهي أيضا الدائرة الإدارية غير الممركزة للدولة وتشكل بهذه الصفة فضاء لتنفيذ السياسات العمومية والتضامنية والتشاورية بين الجماعات الإقليمية والدولة... وتحديث بموجب قانون".

⁵ - أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي الخاص، جرائم الفساد والمال والاعمال والتزوير، الجزء الثاني، ط الثامنة، دار هومة، الجزائر، 2008، ص10.

ونرى في هذا الخصوص أن تحديد المشرع الجزائري المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري دون سواها يترتب عليه إغفال تطبيق أحكام قانون الصفقات العمومية على بعض المؤسسات العمومية رغم أنها يطبق عليها القانون العام وتخضع منازعاتها للقضاء الإداري وتتمثل هذه المؤسسات العمومية في المؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي والثقافي والمهني مثل الجامعة والمؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي والتكنولوجي مثل مركز البحث في الإقتصاد المطبق من أجل التنمية بالإضافة إلى الهيئات المستقلة مثل مجلس الأمة وغيرها وعليه كان من الأفضل على المشرع الجزائري إستعمال مصطلح المؤسسات العمومية يكفي أو تحديدها كما كان سابقا في المرسوم الرئاسي 02-250 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية الذي حدد المصلحة المتعاقدة بالتفصيل في مادته 2 منه¹.

د- المؤسسات العمومية الخاضعة للتشريع الذي يحكم النشاط التجاري، عندما تكلف بإنجاز عملية ممولة كليا أو جزئيا ومساهمة مؤقتة أو نهائية من الدولة أو الجماعات الإقليمية

في هذه المؤسسات أشترط المشرع الجزائري شرطين حتى نطبق عليها أحكام قانون الصفقات العمومية في إبرام صفقة عمومية ومنها صفقة الأشغال العامة وهي أن تكون خاضعة للتشريع الذي يحكم النشاط التجاري وهو القانون التجاري دون القانون العام وأن تكلف بإنجاز عملية ممولة كليا أو جزئيا ومساهمة مؤقتة أو نهائية من طرف الدولة أو الجماعات الإقليمية.

وهنا يثور الإشكال ما هي هذه المؤسسات العمومية التي تخضع للقانون التجاري خاصة مع عدم تحديدها من طرف المشرع الجزائري.

ونرى أن تحديد هذه المؤسسات يقتضي اللجوء إلى أحكام القانون التجاري وخاصة مواد 1 و1 مكرر و2 و3 التي تعرف التاجر ومجال سريان القانون التجاري والتي تحدد الأعمال التجارية إما بحسب موضوعها أو شكلها²، وكذا أحكام القانون رقم: 88-01 المؤرخ

¹ - المادة: 2 من المرسوم الرئاسي 02-250 المؤرخ في 24 يوليو 2002، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية.

² - نصت المادة 1 من الأمر رقم 75-59 لمعدل والمتمم بالقانون رقم 05-02 المؤرخ في 06 فبراير 2005 المتعلق بالقانون التجاري، ج ر ج ج، العدد 11 الصادرة في على أنه "يعد تاجرا كل شخص طبيعي او معنوي يباشر عملا تجاريا او يتخذ مهنة معتادة له، مالم يقض القانون بخلاق ذلك " ونصت المادة 1 مكرر منه على " يسري القانون التجاري على العلاقات بين التجار وفي حالة عدم وجود نص فيه يطبق القانون المدن واعراف المهنة عند الاقتضاء"، ونصت المادة 2

في 12-01-1988 المتعلق بالقانون التوجيهي لإستقلالية المؤسسات الإقتصادية، وكذا الرجوع إلى المعايير التي أعتمدها الفقه في تمييز المؤسسات العمومية الإدارية عن المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري.

بالرجوع إلى الفقه نجده أنه أختلف في تحديد المعايير التي يعتمد عليها في التمييز بين المؤسسة العمومية ذات الطابع الإداري والمؤسسة العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري فهناك من أعتد معيار الخضوع لأحكام القانون الخاص ومؤداه أن المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري يطبق عليها القانون الخاص وخاصة أحكام القانون التجاري والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري يطبق عليها القانون الإداري وفريق آخر أعتد معيار الربح ويرى أن المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري هي وحدها تهدف إلى تحقيق الربح بينما المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري تهدف إلى إشباع حاجات العامة وتحقيق المصلحة العامة، وفريق آخر أعتد معيار طبيعة النشاط ونادى به (CHAVANON) ويرى هذا الأخير أنه لكي يكون المرفق من طبيعة تجارية صناعية، فلا بد أن يكون نشاطه مما يعتبره القانون التجاري نشاطا تجاريا سواء بحسب شكله أو بحسب موضوعه¹.

وبالرجوع إلى القانون رقم: 88-01 المتعلق بالقانون التوجيهي لإستقلالية المؤسسات الإقتصادية نجده يميز بين المؤسسات العمومية ذات الطابع التجاري والصناعي والمؤسسات الاقتصادية والهيئات العمومية ذات الطابع الإداري. فالمؤسسات العمومية الإقتصادية هي شركات مساهمة أو شركات محدودة المسؤولية تملك الدولة وأو الجماعات المحلية فيها مباشرة أو بصفة غير مباشرة جميع الأسهم أو الحصص...².

منه على " يعد عملا تجاري بحسب موضوعه كل شراء للمنقولات لإعادة بيعها او بعينها او تحويلها وشغلها... وكل الرحلات البحرية"، ونصت المادة 3 منه على " يعد عملا تجاري بحسب شكله التعامل بالسفينة بين كل الاشخاص ، الشركات التجارية وكالات ومكاتب الاعمال مهما كان هدفها، العمليات المتعلقة بالمحلات التجارية وكل عقد تجاري يتعلق بالتجارة بالبحرية والجوية".

¹ - مسعود شيهوب، المرجع السابق، ص ص 22-23.

² - المادة 5 من القانون 88-01 المؤرخ في 12 يناير 1988، المتعلق بالقانون التوجيهي لإستقلالية المؤسسات

الاقتصادية، ج ر ج ج، العدد 02 الصادرة في 13 يناير 1988.

وكذلك نص القانون رقم: 88-04 المؤرخ في 12-01-1988 الخاص بالقواعد المطبقة على المؤسسات العمومية الإقتصادية المعدل والمتمم لأحكام القانون التجاري نص على أن المؤسسات العمومية الإقتصادية هي أشخاص معنوية تخضع للقواعد القانون التجاري.

أما المؤسسات العمومية ذات الطابع التجاري والصناعي فهي من حيث طبيعة نشاطها والقانون التي تخضع له لا تختلف عن المؤسسات العمومية الإقتصادية، والإختلاف بينهما يكمن فقط في طريقة تمويلها وتعاملها مع ميكانيزمات السوق، فعندما تتمكن هيئة عمومية من تمويل أعبائها الإستغلالية جزئيا أو كليا عن طريق عائد بيع إنتاج تجاري ينجز طبقا لتعريفه معدة مسبقا ولدقتر الشروط العامة الذي يحدد الأعباء والتقييدات التي تعود على عائق الهيئة والحقوق والصلاحيات المرتبطة بها، وكذلك عند الاقتضاء حقوق وواجبات المستعملين فإنها تأخذ تسمية هيئة عمومية ذات طابع تجاري وصناعي¹.

والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري لم يعرفها المشرع في القانون رقم: 88-01 وأكتفى بتبيان معيار القانون الواجب التطبيق عليها فنصت المادة 43 منه على " تخضع للقواعد المطبقة على الإدارة ولمبدأ التخصص وعلى تمتعها بنفس النظام المالي والمحاسبي المطبق على الإدارة...".

وعلى ضوء الدارسة السالفة الذكر نرى أن هذه المؤسسات العمومية الخاضعة للتشريع الذي يحكم النشاط التجاري، عندما تكلف بإنجاز عملية ممولة كليا أو جزئيا ومساهمة مؤقتة أو نهائية من الدولة أو الجماعات الإقليمية تتمثل في المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري مثل الشركة الوطنية للنقل بالسكك الحديدية والمؤسسة الوطنية للتلفزيون والمؤسسة العمومية الإقتصادية مثل البنوك وشركة سوناطراك.

فالمصلحة المتعاقدة هي شخص عام أي الطرف الأول في صفقة الأشغال العامة، إذ وفقا للمشرع الجزائري لا بد وأن يكون واحد من هذه القائمة التي سردها والمحددة على سبيل الحصر دون سواها.

وعليه فإن من يبرم العقد هو الممثل القانوني عن إدارة الشخص المعنوي ويتصرف بإسمه ولحسابه وفقا لأحكام القانون.

¹ - مسعود شيهوب، المرجع السابق، ص 25.

فإذا كان الأمر يتعلق بعقد أشغال عامة تبرمه البلدية مثلا فإن رئيس المجلس الشعبي البلدي هو من يتولى إبرام هذا العقد¹.

وما يلاحظ في تحديد المشرع الجزائري للطرف العام أنه لم يلتزم بالمعيار العضوي الوارد بقانون الإجراءات المدنية والإدارية حين يتكلم عن الإختصاص النوعي للقاضي الإداري والذي يضى على التصرف الطبيعة الإدارية وهي الدولة والولاية والبلدية والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري في مادته 800 منه².

بل أعتمد أيضا وصراحة على معيار "مصدر الأموال" أو مصدر تمويل الأشغال، وذلك بجعله عقود إنجاز الأشغال التي تبرمها المؤسسة العمومية الخاضعة للتشريع الذي يحكم النشاط التجاري مثل شركة نفطال، شركة سونلغاز عقود إدارية ويطبق عليها قانون الصفقات العمومية إذا كانت ممولة كليا أو جزئيا، بمساهمة مؤقتة أو نهائية من الدولة أو الجماعات الإقليمية كما ورد في النص.

وأستثنى المشرع الجزائري تطبيق أحكام الصفقات العمومية الواردة في المرسوم الرئاسي 247/15 على العقود الإدارية المبرمة بين إدارتين عموميتين بما فيها صفقة الأشغال العامة في مادته 7 منه³.

وعليه فإن الأصل العام المؤسسات العمومية ذات الطابع التجاري والصناعي يطبق عليها القانون التجاري، غير أنه إستثناءا تخضع للنظام القانوني للصفقات العمومية عندما تكلف بإنجاز عملية ممولة كليا أو جزئيا بمساهمة مؤقتة أو نهائية من الدولة أو الجماعات المحلية وغاية المشرع من ذلك حماية المال العام وترشيد النفقات العمومية خاصة وأن الأمر يتعلق بأموال خزينة الدولة أو الجماعات الإقليمية وهي الطرف الممول للمشروع.

أما بخصوص المؤسسات العمومية الإقتصادية مثل البنوك العمومية وشركة سوناطراك فنرى أنه رغم أن هذه الأخيرة هي عبارة عن شركات تهدف إلى تحقيق الربح ويطبق عليها القانون التجاري فإنها لا تثير أي إشكال ولا تدخل ضمن أحكام المادة 6 من

¹ - المواد 78 وما بعدها المتعلقة بصلاحيات رئيس المجلس الشعبي البلدي بصفته ممثلا للبلدية ولا سيما المادتين 78 و82 من قانون 10-11 المتعلق بقانون البلدية.

² - المادة: 800 من القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فبراير 2008 المتضمن قانون الاجراءات المدنية والإدارية، ج ر ج ج، العدد 21، الصادرة في 23 أبريل 2008.

³ - المادة: 7 من المرسوم الرئاسي 15-247، المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتقويضات المرفق العام، السابق ذكره.

المرسوم الرئاسي 15-247 في فقرتها الخاصة بالمؤسسة العمومية الخاضعة للتشريع التجاري والتي يقصد بها المؤسسات العمومية ذات الطابع التجاري والصناعي دون غيرها لسبب وحيد كون أن هذا المرسوم الرئاسي في مادته 9 منه¹ نص صراحة كأصل عام عدم خضوع المؤسسات العمومية الإقتصادية لأحكام إبرام الصفقات العمومية المنصوص عليها في هذا الباب مادام أن غايتها كما تم توضيحه أعلاه تهدف إلى تحقيق الربح ويطبق عليها القانون التجاري كونها عبارة عن شركات.

إلا أنه إستثناءا ألزمها بموجب نص نفس المادة 9 بإعداد إجراءات إبرام الصفقات حسب خصوصيتها على أساس مبادئ حرية الإستفادة من الطلب والمساواة في التعامل مع المترشحين وشفافية الإجراءات والعمل على إعتماها من طرف هيئاتها الإجتماعية وغاية المشرع من هذا حماية المال العام ومحاربة الفساد .

ثانيا: المتعامل المتعاقد

وهو الطرف الثاني الذي يبرم صفقة الأشغال العامة مع المصلحة المتعاقدة وقد يكون شخص معنوي، وقد يكون شخص طبيعي، والذي يدعى في عقد الأشغال العامة بالمقاول، والذي كان يطلق عليه المشرع الجزائري بإعتباره متعاملا مع الإدارة مصطلح المتعامل المتعاقد في المرسوم الرئاسي 10-236،² وحاليا في المرسوم الرئاسي 15/247 أستعمل مصطلحين المتعامل الإقتصادي والمتعامل المتعاقد، وهذا الأخير يمكن أن يكون شخصا أو عدة أشخاص طبيعيين أو معنويين يلتزمون بمقتضى الصفقة إما فرادى، وإما في إطار تجمع مؤقت لمؤسسات كما يمكن أن يكون وطنيا أو أجنبي³.

ثالثا: الأطراف الأخرى

تتمثل الأطراف الأخرى في صفقة الأشغال العمومية فيما يلي:

¹ - المادة 9 من المرسوم الرئاسي 15-247، المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتقويضات المرفق العام، السابق ذكره.

² - المادة 21 من المرسوم الرئاسي 10-236، المتضمن الصفقات العمومية، السابق ذكره.

³ - المواد 37، 21، و38 من المرسوم الرئاسي 15/247، المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتقويضات المرفق العام.

أ- **مسؤول المشروع** : وهو كل شخص طبيعي أو معنوي تتعاقد معه المصلحة المتعاقدة ويكون في غالب الأحيان مكتب دراسات (BUREAU D'ETUDE) توكل له مهمة مراقبة و متابعة إنجاز المشروع¹.

ب- **المتعامل الثانوي**: و هو كل شخص طبيعي أو معنوي يكلف من طرف المتعامل المتعاقد بموجب عقد أشغال ثانوية بعد موافقة المصلحة المتعاقدة (Contrat de soutraintance) وتحت مسؤولية المقاول يقوم بإنجاز جزء من الأشغال المتفق عليها.

ج- **أجهزة المراقبة التقنية**: وهي الأشخاص الطبيعية أو المعنوية المكلفة قانونا بمراقبة المشروع المنجز والتأكد من مدى مطابقته للقواعد التقنية للبناء والعمران والقوانين السارية المفعول في مجال البناء والتعمير، وتتم هذه المراقبة أثناء تنفيذ وبعد الإنتهاء من إنجاز الأشغال وتتولى هذه المهمة مصلحة المراقبة التقنية للمنشآت².

المطلب الثالث: الطبيعة القانونية لصفقة الأشغال العامة

من المعلوم أن الإدارة تلجأ إلى وسيلة التعاقد من أجل تحقيق أهداف تسيير المرافق العامة وقد أطلق الفقه على عقودها صفة العقود الإدارية تمييزا لها عن العقود المدنية في إطار القانون الخاص نظرا لما يحكمها من نظام قانوني متميز عن النظام الذي يخضع له العقود المدنية.

إن العقود الإدارية لها عدة صورها ومن بينها الصفقة العمومية وهاته الأخيرة لها عدة أشكال قد تأخذ صفقة أشغال عامة وهي محل دراستنا، صفقة توريد، صفقة خدمات و صفقة دراسات، وعلى ضوء ما تقدم سنتناول في هذا المطلب فرعين الفرع الأول سنخصه لمعايير تحديد صفقات الأشغال العمومية في المرسوم الرئاسي 247/15 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام والفرع الثاني سنخصه للبحث في تحديد وتمييز صفقة الأشغال العامة كصنف عام مع غيرها من الصفقات المسماة في المرسوم المبين أعلاه وهي أساسا صفقات الخدمات و صفقات التوريد و صفقات الدراسات، وكذا تمييز صفقات الأشغال العمومية عن مختلف العقود الإدارية الأخرى خاصة عقد إمتياز

¹ - لعلام محمد صابري مولود، ملتقى حول تسيير الصفقات العمومية ملقى على إطرارات ولاية تيزي وزو بتاريخ 30 و 07/31/2008 ص 07.

² - لعلام محمد صابري مولود، المرجع نفسه، ص 07 .

الأشغال العمومية وإتفاقية تفويض المرفق العمومي والإستغلال المباشر من خلال إبراز العناصر التي تميز صفقة الأشغال العمومية عن غيرها من هذه العقود الإدارية والفرع الثالث موضوع صفقة الأشغال العمومية.

الفرع الأول: تحديد معايير التشريعية لصفقة الأشغال العمومية وموقف القضاء منها

لتحديد معايير صفقة الأشغال العمومية لا بد من الرجوع إلى المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، وهذا الأخير تضمنه المعيار العضوي ويتمثل في المصلحة المتعاقدة صاحبة الطلبية والمعيار المالي يتمثل في العتبة المالية التي فرضها المشرع الجزائري، والمعيار المادي يتمثل في الأشغال، التوريد، الخدمات والدراسات كون صفقات الأشغال العمومية من قبيل الأشغال والمعيار الشكلي يتعلق بالكتابة ومن بعدها إبراز موقف القضاء والفقهاء من هذه المعايير.

أولاً: المعايير التشريعية لصفقات الأشغال العمومية حسب المرسوم الرئاسي 15-247

من أجل تحديد معايير صفقة الأشغال العامة ينبغي الرجوع إلى المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق الذي بين معايير الصفقة العمومية بصفة عامة وهي نفسها تنطبق على صفقة أشغال عمومية كنوع منها وتتمثل فيما يلي:

أ- المعيار العضوي

هو أن يكون أحد أطراف هذه الصفقة شخص معنوي عام أو شخص معنوي خاص حسب الحال، فالعقد الذي لا تكون إحدى الجهات المحددة بموجب المادة 06 من المرسوم الرئاسي 15/247 طرفاً فيه أو الجهات التي حددها التشريع لا يمكن إعتباره صفقة عمومية¹ بما فيها صفقة الأشغال العمومية وهذه الجهات يقصد بها المصلحة المتعاقدة وسبق تحديدها عند تناولنا أطراف صفقة الأشغال العمومية.

ب- المعيار الشكلي

¹ - عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية طبقاً للمرسوم الرئاسي رقم 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015، المرجع السابق، ص 101.

يتمثل المعيار الشكلي في صفقة الأشغال العامة كصورة من الصفقة العمومية أن يكون عقد مكتوب وهو ما أكدت عليه النصوص القانونية المنظمة للصفقات العمومية بدأ من الأمر 67-90 المؤرخ 17-06-1967 المتضمن قانون الصفقات العمومية في مادته 1 منه¹، ثم المادة 4 من المرسوم 82-145 المنظم للصفقات التي يبرمها المتعامل العمومي²، والمادة 3 من المرسوم التنفيذي 91-434 المتضمن الصفقات العمومية، والمادة 3 من المرسوم الرئاسي 02-250 المتضمن الصفقات العمومية³ والمادة 4 من المرسوم الرئاسي 10-236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية⁴ إلى آخر نص قانوني ويتعلق الأمر بالمرسوم الرئاسي 15/247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام في المادة 2 منه بقولها: "الصفقات العمومية عقود مكتوبة في مفهوم التشريع المعمول به...".

وعلة اشتراط المشرع الكتابة والتأكيد عليها في مختلف قوانين الصفقات العمومية في الجزائر في كل المراحل منذ سنة 1967 إلى غاية 2015 يعود لكون أن الصفقات العمومية أداة لتنفيذ مخططات التنمية الوطنية والمحلية وأداة لتنفيذ مختلف البرامج الإستثمارية، وكذا أنها عقود ملزمة للجانبين ومن عقود المعاوضة، لذا وجب كتابتها للوقوف عند المركز التعاقدى لكل طرف في العقد ما له وما عليه وبالإضافة إلى أن الصفقة العمومية تتحمل أعبائها المالية الخزينة العمومية.

وإذا كان المشرع الجزائري أشرط وجوب كتابة الصفقة لتحقيق المقاصد المشار إليها، فإن الكتابة المقصودة هي الكتابة الإدارية، لا الكتابة التوثيقية، أي الكتابة المتبعة في الإدارات العمومية والمثبتة على ورق عادي يشار فيه لسائر البيانات التي حددها المرسوم الرئاسي المنظم للصفقات العمومية، ووقع من قبل أطراف الصفقة ويختم ويذكر فيه التاريخ دون حاجة لإفراغه في شكل عقد توثيقي على يد الموثق⁵.

¹ - المادة 1 من الامر 67-90 المؤرخ في 17 يونيو 1967، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية.

² - المادة 4 من المرسوم 82-145، المنظم للصفقات التي يبرمها المتعامل العمومي.

³ - المادة 3 من المرسوم الرئاسي 02-250، المتضمن الصفقات العمومية.

⁴ - المادة 4 من المرسوم الرئاسي 10-236، المتضمن الصفقات العمومية.

⁵ - عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية طبقا للمرسوم الرئاسي رقم 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015، المرجع السابق، ص 123-124.

ج- المعيار الموضوعي

يتمثل في موضوع الصفقة والذي يشمل عدة عمليات حسب طبيعة الصفقة، ويمكن جمع النصوص القانونية المتعلقة بالصفقات العمومية التي تنص على موضوع الصفقة، ونجد في الأمر رقم 67-90 المتضمن قانون الصفقات العمومية في المادة الأولى منه بقولها "إن الصفقات العمومية... قصد إنجاز أشغال أو توريدات أو خدمات.." وفي المادة 4 من المرسوم رقم: 82-145 المنظم الصفقات التي يبرمها المتعامل العمومي تنص على "صفقات المتعامل العمومي... قصد إنجاز أشغال أو توريدات أو خدمات"، وفي المادة 03 من المرسوم التنفيذي رقم: 91-434 المتضمن الصفقات العمومية نصت على " الصفقات العمومية... قصد إنجاز الأشغال أو إقتناء المواد أو الخدمات...".

وفي المادة 3 من المرسوم الرئاسي 02-250 المتضمن الصفقات العمومية، تنص أن " الصفقات العمومية... قصد إنجاز الأشغال وإقتناء المواد والخدمات والدراسات...". وكذلك في المادة 4 من المرسوم الرئاسي 10-236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية بقولها: الصفقات العمومية... قصد إنجاز الأشغال وإقتناء اللوازم والخدمات والدراسات، وكذا المادة 2 من المرسوم الرئاسي 15/247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام نصت على " الصفقات العمومية... في مجال الأشغال واللوازم والخدمات والدراسات".

وصفقات الأشغال وهي محل دراساتنا حسب المادة 29 من المرسوم الرئاسي 15/247 تشمل بناء أو تجديد أو صيانة أو تأهيل أو تهيئة أو ترميم أو إصلاح أو تدعيم أو هدم منشأة أو جزء منها، بما في ذلك التجهيزات المرتبطة بها الضرورية لإستغلالها، وكذلك إذا تم النص في صفقة عمومية على تقديم خدمات وكان الموضوع الأساسي للصفقة يتعلق بإنجاز أشغال، فإن الصفقة تكون صفقة أشغال وبالتالي فإن المعيار الموضوعي لصفقة الأشغال العمومية لا بد أن يتعلق موضوعها في الحالات المبينة أعلاه وهذا تمييزا لها عن غيرها من الصفقات الأخرى.

ج- المعيار المالي:

مؤداه هو تخصيص أموال من الخزينة العمومية لبرنامج التجهيز للدولة أي هي مصاريف خاصة لتجهيز الدولة وهي جزء من النفقات العمومية، وقد وضع المرسوم الرئاسي

15-247 في مادته 13 منه¹، مبلغا تبرم على أساسه الصفقات العمومية وبالخصوص صفقات الأشغال العمومية، فإذا قلت قيمة الطلب أو العقد عن هذا المبلغ أو تساويه لم يستوجب ذلك إتباع إجراءات إبرامها.

وعليه يستعمل المرسوم المبين أعلاه المعيار المالي كمعيار حاسم لتمييز الصفقة العمومية عن غيرها من العقود التي تشبهها من حيث وجوب إبرام صفقة عمومية إذا تعلق الأمر بتنفيذ الصفقات العمومية، وتتعلق الصفقات العمومية بفكرة تحديد مبلغ أو قيمة الصفقات منها صفقات الأشغال حتى تبرم الصفقة فإذا كانت النفقة تبلغ حد معين حددته المادة 13 يجب إبرام الصفقة وهو ما يسمى بالعتبة المالية، وسنرى أن الحد المالي لم يعرف إستقرار بحيث تطور عبر كافة النصوص القانونية المنظمة للصفقات العمومية، ففي الأمر 67-90 المؤرخ في 17-06-1967 المتضمن الصفقات العمومية لم يتناول العتبة المالية إلا بعد تعديلات إلى غاية سنة 1982 وصدور المرسوم رقم: 42-145 المنظم الصفقات التي يبرمها المتعامل العمومية في مادته 9 منه نصت على " كل عقد أو طلب يقل مبلغه أو يساوي خمسمائة ألف دينار (500000 دج) لا يتطلب إبرام صفقة بمفهوم هذا المرسوم.

أما المرسوم التنفيذي رقم 91-434 المتضمن الصفقات العمومية في مادته 6 منه نصت على " كل عقد أو طلب يقل مبلغه أو يساوي مليون دينار (2000000 دج) لا يتطلب حتما إبرام صفقة في مفهوم هذا المرسوم"، وأصبح الحد المالي بأربعة ملايين دينار جزائري (4000000 دج) بموجب المرسوم التنفيذي رقم: 98-87 المؤرخ في 7-03-1998 المعدل والمتمم للمرسوم التنفيذي 91-434.

في المرسوم الرئاسي رقم 02-250 في مادته 5 منه نصت على " كل عقد أو طلب يقل مبلغه عن أربعة ملايين دينار جزائري (4000000 دج)، أو يساويه لا يقتضي وجوبا إبرام صفقة في مفهوم هذا المرسوم"، وتم وضع حد مالي بالنسبة للصفقات المسماة بموجب المرسوم الرئاسي 03-301 المؤرخ في 11-09-2003 المعدل والمتمم المرسوم الرئاسي

¹ - نصت المادة 13 من المرسوم الرئاسي 15-247، المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتقويضات المرفق العام، السابق ذكره، على أن " كل صفقة عمومية يساوي فيها المبلغ التقديري لحاجات المصلحة المتعاقدة اثني عشر مليون دينار (12000000 دج) أو يقل عنه للأشغال واللوازم، وستة ملايين دينار (6000000 دج) للدراسات أو الخدمات، لا تقتضي وجوبا إبرام صفقة عمومية وفق الاجراءات الشكلية المنصوص عليها في هذا الباب...."

02-250 المتضمن الصفقات العمومية، وذلك تحت الصياغة التالية: " أن كل عقد أو طلب يساوي مبلغه ستة ملايين (6000000دج) أو يقل عنه لخدمات الأشغال أو التوريدات وأربعة ملايين دينار (4000000دج)، للدراسات والخدمات، لا يقتضي وجوبا إبرام صفقة في مفهوم هذا المرسوم، وأرتفع خلال صدور المرسوم الرئاسي 08-338 المؤرخ في 26-10-2008 المعدل والمتمم للمرسوم الرئاسي 02-250 برفع العتبة المالية ثمانية ملايين دينار (8000000دج) أو يقل عنه لخدمات الأشغال أو التوريدات وأربعة ملايين دينار جزائري (4000000دج) لخدمات الدراسات والخدمات، وأبقى المرسوم الرئاسي 10-236 على نفس العتبة المالية التي حددها المرسوم الرئاسي 08-338 في مادته 6 منه¹.

وأخر مرسوم رئاسي منضم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام 15/247 قام برفع العتبة المالية كما تم تبيانه أعلاه، ويلاحظ أن العتبة المالية عبر كافة النصوص القانونية عرفت تطورا مع التحولات الإقتصادية للبلاد وحاجات الإدارة العامة.

يبدو الهدف من وراء فرض حد مالي أدنى لإعتبار العقد صفقة عمومية بما فيها صفقة الأشغال العمومية هو ترشيد النفقات العامة وحماية المال العام والوقاية من الفساد.

د- معيار الشروط الاستثنائية (البند غير المؤلف)

ويتمثل في ممارسة المصلحة المتعاقدة جملة من السلطات والإمميزات لا وجود لها على صعيد القانون الخاص، وقد أقرت بالأساس لتمكينها من تحقيق الأهداف المرجوة من وراء تعاقدها و في تلبية حاجات الأفراد المختلفة وتحقيق المصلحة العامة.

وقد كرس المشرع الجزائري هذا المعيار في المرسوم الرئاسي 15/247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام من خلال نص المادتين 149 و 150 منه حينها منحت هاتين المادتين المصلحة المتعاقدة سلطة الفسخ من جانب واحد².

ثانيا: تطبيقات القضاء الإداري للمعايير التشريعية

إن القضاء الإداري الجزائري عمل بالمعايير التشريعية المبينة اعلاه المحددة للصفقة العمومية بما فيها صفقة الأشغال العمومية وفيما يلي بعض التطبيقات:

¹ - المادة 6 من المرسوم الرئاسي 10-236، المتضمن الصفقات العمومية.

² - المادتين 149 و 150 من المرسوم الرئاسي 15-247، المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

أ- معيار الكتابة (المعيار الشكلي):

لقد تشدد القضاء الإداري الجزائري ممثلاً في مجلس الدولة بشأن شرط الكتابة في قرار له صدر بتاريخ 14-05-2001 بين بلدية بوزريعة ومقاوله تحت رقم 001519 الغرفة الرابعة غير منشور بالقول "... من المقرر قانوناً وفقاً للمادة 3 من المرسوم التنفيذي رقم: 91-434 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية فإنها تعتبر الصفقات العمومية عقوداً مكتوبة وإنه يلزم تحت طائلة البطلان أن تتضمن بيانات محددة على سبيل الحصر بما يستفاد منه أن الكتابة شرط لإنعقاد الصفقة العمومية وتتعلق بالنظام العام"¹.

ب- المعيار المالي

في قرار صادر بتاريخ 30-07-2001 الغرفة الرابعة الفهرس 17-07 رقم القرار 0039554 ذهب مجلس الدولة إلى القول " شرط الصفقة ليس ضرورياً في الأشغال التي تقل قيمتها عن ثلاثة ملايين دينار (3000000 دج) - إتفاق على تقديم أشغال لصالح البلدية نهاية الأشغال وتسليمها وتقويم الأشغال ب 1214800 دج إتباع البلدية المعنية بالدين وشرط الصفقة ليس ضرورياً في الأشغال التي تقل عن 3000000 دج" وعليه قرر المجلس إلزام بلدية مولاي العربي بدفع مبلغ 1214800 دج كمبلغ أصلي و 100000 دج تعويض. وفي قرار غير منشور بتاريخ 08-10-2001 ذهب مجلس الدولة إلى القول: من المقرر قانوناً أن الإتفاق على الأشغال والتي تبرمه الإدارة ولا يفوق قيمته 3000000 دج لا يكون صفقة عمومية ولا يخضع في إجراءاته في حالة النزاع إلى المادتين 99 و 100 من المرسوم التنفيذي رقم: 91-343 المتعلق بالصفقات العمومية.

وفي قرار له مؤرخ في 16-12-2003 ذهب مجلس الدولة إلى القول " أن المبلغ المحدد للحد الأدنى من أجل إبرام صفقة عمومية قد طرأ عليها عدة تعديلات بموجب المرسوم التنفيذي رقم: 94-178، المرسوم التنفيذي 96-84 والمرسوم التنفيذي رقم: 98-87 المؤرخ في 07-03-1998، وأن هذا المرسوم الأخير قد حدد الحد الأدنى للمبلغ (4000000 دج) أربعة ملايين دينار جزائري، ومتى تثبت في قضية الحال إن إبرام إتفاقية إنجاز أشغال بين طرفي النزاع كان بتاريخ 16-05-1998 وبقيمة 3847165,98 دج أي

¹ - عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية طبقاً للمرسوم الرئاسي رقم 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015، المرجع السابق، ص 140.

يقول عن 4000000 دج المحدد في المرسوم التنفيذي رقم: 87-98 المؤرخ في 07-03-1998 وهو الواجب التطبيق في هذه الحالة فإن طرفي النزاع لم يكونا ملزمين بإبرام عقد الصفقة العمومية¹.

الفرع الثاني: تمييز صفقة الأشغال العمومية عن بعض العقود الإدارية الأخرى

تتعدد العقود الإدارية بتعدد مواضيعها لكن سنركز دراستنا في هذا الخصوص على العقود التي أعتبرها المشرع الجزائري في المرسوم الرئاسي 247/15 بمثابة صفقات عمومية وهي صفقة التوريد و صفقة الدراسات و صفقة اللوازم وكذا عن باقي بعض العقود الإدارية التي لا تعتبر بمثابة صفقات عمومية.

أولا: تمييز صفقة الأشغال العمومية مع غيرها من الصفقات العمومية

وفي هذا الإطار سنحاول تحديد معيار تمييز صفقات الأشغال العامة عن غيرها من الصفقات العمومية المسماة في المرسوم الرئاسي رقم: 247/15 والمنصوص عليها في المادة: 29 منه والتي جاءت كالتالي: تشمل الصفقات العمومية إحدى العمليات الآتية أو أكثر:

-إنجاز اشغال.

-إقتناء اللوازم.

-إنجاز الدراسات.

-تقديم الخدمات.

أ- صفقة الأشغال العمومية و صفقة اللوازم أو التوريد

يتميز عقد التوريد عن صفقة الأشغال العامة أولا من حيث الموضوع، فإذا كان عقد الأشغال العامة يرد على عقار ومضمونه تنفيذ أشغال عامة فإن عقد التوريد يرد على منقولات ومضمونه إلتزام المورد بتوفيرها لحساب الإدارة، غير أن المنقولات المورد قد تكون عبارة عن مواد بناء لازمة لتنفيذ الأشغال العامة (إسمنت، أحجار، حديد...) وبالتالي لها علاقة مباشرة بتنفيذ الأشغال، فماهي طبيعة الإلتفاق في هذه الحالة؟ هل يندرج ضمن إطار

¹ - عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية طبقا للمرسوم الرئاسي رقم 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015، المرجع نفسه، ص 143-144.

عقد التوريد أم ضمن إطار عقد الأشغال العامة؟ لقد أستقر إجتهد مجلس الدولة الفرنسي على أنه إذا كان موضوع العقد يتعلق بتوريد مواد لازمة لتنفيذ الأشغال العامة دون أن يساهم المورد بنفسه في تنفيذ الأشغال، فالعقد يكون عقد توريد وليس عقد أشغال عامة.

ومن جهة أخرى وبخلاف عقد الأشغال العامة الذي يتصف بأنه عقد إداري في جميع الأحوال، فإن عقد التوريد ليس كذلك فهو بحسب الحالات قد يكون عقدا إداريا وقد يكون عقد من عقود القانون الخاص، وذلك بحسب ما إذا كان يستجيب للمعايير القضائية للعقد الإداري، أي إتصاله بالمرفق العام وإحتوائه على شروط غير مألوفة في القانون الخاص وهذا ما طبقه القضاء الفرنسي في بعض أحكامه، ولكن مجلس الدولة الفرنسي قد أصطدم بنص المادة 14 من مرسوم 11-06-1806 التي عهدت إليه بإختصاص الفصل في منازعات عقود التوريد المبرمة من قبل الدولة، مما يترتب عليه أن عقد التوريد هو عقد إداري بتحديد القانون.

ومن أجل تقادي الإصطدام بنص المادة السالفة الذكر، فقد أعلن مجلس الدولة الفرنسي في بعض أحكامه بأن عقود التوريد المبرمة من لدن الدولة حسب قواعد القانون الخاص " لا تعتبر عقود توريد" أو أنه " لا يمكن تصنيفها ضمن عقود التوريد المشار إليها في المرسوم 11-06-1806".

في مصر ذهب الأستاذ الطماوي إلى أن عقد التوريد لا يعتبر بإستمرار عقد إداريا وذلك بالرغم من النص عليه صراحة في نص المادة 10 من قانون 1972 الخاصة بتحديد إختصاص مجلس الدولة المصري، ويستدل على ذلك بالقول بأن العقود الإدارية في مصر هي عقود إدارية بطبيعتها ولخصائصها الذاتية لا بتحديد المشرع وهو الموقف الذي تبنته محكمة القضاء المصري في حكمها الصادر في 9-12-1956، ويضيف إلى ذلك أن المشرع المصري في قانون 1949 كان حريصا على أن يقصر إختصاص محكمة القضاء الإداري على الفصل في المنازعات التي تتعلق بعقود التوريد الإدارية مستبعدا بذلك من ميدان إختصاصها المنازعات المتعلقة بعقود التوريد غير الإدارية¹.

نرى عكس نظرة الأستاذ الطماوي بأن عقد التوريد هو عقد إداري بتحديد القانون في مصر وذلك بحجة أن نص المادة 10 من القانون رقم 165 لسنة 1982 تفيد بما لا يدع

¹ - عريش عبد الرزاق، شنطاوي علي خطر، مرجع سابق، ص 49.

مجالا للشك بأن عقد التوريد هو عقد إداري، فقد نصت على إختصاص مجلس الدولة المصري في المنازعات الخاصة بعقود الإلتزام والأشغال العامة والتوريد أو بأي عقد إداري آخر وبالتالي يستفاد من ذلك أن العقود المبينة أعلاه عقود إدارية بتحديد القانون.

أما بالنسبة للوضع في الجزائر فقد أكتفى الفقيه عمار عوابدي على تعريف عقد التوريد على أنه إتفاق بين شخص معنوي من أشخاص القانون العام، وفرد أو شركة يتعهد بمقتضاه الفرد أو الشركة بتوريد منقولات معينة لشخص معنوي لازمة لمرفق عام مقابل ثمن معين¹، ولم يخوض في إشكالية إن كان عقد التوريد عقدا إداريا بإستمرار أو من عدمه.

أما المشرع الجزائري فقد أعتمد المعيار الإقتصادي لتمييز بين صفقات الأشغال وصفقات اللوازم أو التوريد من حيث قيمة الأشغال واللوازم التي تقوم عليها هذه الصفقات إذ نص في المادة 13 ف 5 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية كالآتي: "إذا كانت أشغال وضع وتنصيب اللوازم مدرجة ضمن الصفقة ولا تتجاوز مبالغها قيمة هذه اللوازم، فإن الصفقة تكون صفقة لوازم وبمفهوم المخالفة فإذا كانت أشغال وضع وتنصيب اللوازم مدرجة ضمن الصفقة وتتجاوز مبالغها قيمة هذه اللوازم فإن صفقة تكون صفقة أشغال وأستخدم المشرع هنا المعيار التقليدي وهو معيار إقتصادي².

وهو نفس المعيار تبناه في المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام من خلاله نصه في المادة 29 منه على "...إذا كانت أشغال وضع وتنصيب اللوازم مدرجة ضمن الصفقة العمومية ولا تتجاوز مبالغها قيمة هذه اللوازم، فإن الصفقة العمومية تكون صفقة لوازم..."، بالإضافة إلى معيار طبيعة الموضوع والمنصوص عليه في المادة 29 منه وذلك بنصه على "... تهدف الصفقة العمومية للأشغال إلى إنجاز منشأة أو أشغال بناء أو هندسة مدنية... وتشمل الصفقة العمومية للأشغال بناء أو تجديد أو صيانة أو تأهيل أو تهيئة أو ترميم أو اصلاح أو تدعيم أو هدم منشأة أو جزء

¹ - شايبي نوال، صفقات الأشغال العمومية في النظام القانوني الجزائري، رسالة ماجستير، القانون العام، كلية الحقوق بن عكنون، الجزائر، 2012-2013، ص 29.

² - وهو نفس المعيار الذي جاءت به اتفاقية فينا المبرمة في 11-04-1980 حول العقود البيع الدولية للبضائع في مادتها الثالثة، والتي اعتبرت أنه إذا كانت قيمة اليد العاملة في عقد التوريد أعلى من قيمة اللوازم فيكيف العقد بانه عقد مقاوله

ولمزيد من التفصيل ينظر في ذلك: Hugues perinet, Marquet Marches Privés de Travaux in: Malinvaud « Philippe »(S-D), « Droit de la construction », DALLOZ , Le Moniteur, 2001, n5471, p.843.

منها، بما في ذلك التجهيزات المرتبة بها الضرورية لإستغلالها بينما تهدف الصفقة العمومية للوازم إلى إقتناء وبمفهوم المخالفة فإذا كانت أشغال وضع وتنصيب اللوازم مدرجة ضمن الصفقة وتتجاوز مبالغها قيمة هذه اللوازم فإن الصفقة تكون صفقة أشغال أو إيجار أو بيع بالإيجار، بخيار أو بدون خيار الشراء من طرف المصلحة المتعاقدة، لعتاد أو مواد مهما كان شكله..." وبالتالي وفقا لهذا المعيار صفقة الأشغال ترتبط بعقار و صفقة التوريد ترتبط بمنقول.

ب- صفقة الأشغال العمومية و صفقة الخدمات

عرّف المرسوم الرئاسي رقم: 247/15 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام صفقة الخدمات بمفهوم سلبي بحيث كل عملية لا تتضمن أشغال أو لوازم أو دراسات تعتبر صفقة خدمات¹.

لم يحدد المشرع معيار يسمح بتفرقة بين صفقة الأشغال و صفقة الخدمات مما يصعب تكييف العملية المراد إنجازها من قبل صاحب المشروع، ذلك أنه إذا كان مبلغ العملية يفوق ستة ملايين دينار جزائري دون أن يتجاوز إثني عشر مليون دينار جزائري وتعلق الأمر مثلا بأشغال الغابات فهل يبرم صفقة عمومية للخدمات أو تبرم عقد طلبية، فالعتبة أو الحد المالي تسمح لنا بتحديد الإجراء المتبع.

غير أن المشرع أستعمل المعيار الإقتصادي لتمييز بينهما كما فعل في تمييز صفقة الأشغال عن صفقة التوريد المبينة أعلاه من خلال نص المادة 29 من المرسوم الرئاسي 15-247 وذلك بنصها على " إذا تم النص في صفقة عمومية على تقديم خدمات وكان الموضوع الأساسي للصفقة يتعلق بإنجاز اشغال، فإن الصفقة تكون صفقة أشغال".

ومن أمثلة عن الخدمات التي تلجأ إليها المصلحة المتعاقدة عملية التنظيف يقوم بها مقال على مستوى جامعة ، التصليح والحراسة.

وكلمة الخدمات مشتقة من لفظ خدمة وهذه الأخيرة تعرف في قانون رقم: 09-03 المؤرخ في 25-02-2009 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش بأنها كل عمل مقدم غير

¹ - تنص المادة 29 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 في فقرتها الاخيرة المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، السابق ذكره، على أنه " تهدف الصفقة العمومية للخدمات المبرمة مع متعهد خدمات إلى انجاز تقديم خدمات وهي صفقة عمومية تختلف عن صفقات الاشغال أو اللوازم أو الدراسات".

التسليم السلعة، حتى ولو كان هذا التسليم تابعا او مدعما للخدمة المقدمة، وهذا التعريف ضيق ويعتمد على عنصر التسليم لتفرقة عن عملية البيع وبالتالي لا يستجيب لتحديد الخدمات بصفة عامة ومثال على ذلك الأعمال ذات الطابع الفني¹.

ج- صفقة الأشغال العمومية و صفقة الدراسات

لقد نص المشرع الجزائري على صفقة الدراسات في المادة 29 من المرسوم الرئاسي 15-247 على أن صفقة الدراسات موضوعها يتعلق بإنجاز خدمات فكرية². وينصب موضوعها على إنجاز وتحقيق خدمات فكرية لا تستطيع الإدارة المتعاقدة القيام بها لأنها لا تمتلك الوسائل اللازمة لذلك³.

وتعتبر صفقة الدراسات صفقة ممهدة لصفقة الأشغال، إذا تعلق الأمر بصفقات ذات طابع تقني وهي من الأعمال الفكرية والذهنية وهو ما نص عليه في المادة 29 الفقرة 10 من المرسوم الرئاسي 15-247⁴.

وبالتالي فصفقة الأشغال العامة موضوعها مرتبط بعقار و صفقة دراسات موضوعها تقني فكري يكون ممهد لصفقة الأشغال.

ثانيا: تمييز صفقة الأشغال العمومية مع غيرها من العقود الإدارية الأخرى

تتعدد العقود الإدارية بتعدد مواضيعها لكن سنركز البحث على ثلاثة عقود إدارية أساسية من أجل تمييزها عن عقد الأشغال العامة وهي عقد إمتياز المرافق العامة وعقد إمتياز الأشغال العامة والإستغلال المباشر.

أ- تمييز صفقة الأشغال العمومية عن عقد إمتياز المرافق العامة

يتفق الفقه الإداري على تعريف عقد إمتياز المرافق العامة بأنه إتفاق بموجبه تعهد الإدارة مانحة الامتياز إلى أحد الخواص الطبيعي أو معنوي يدعى صاحب الإمتياز، بتسيير مرفق عام على نفقته ومسؤوليته، وذلك مقابل تقاضي رسوم من المنتفعين بخدماته¹.

¹ - شايبي نوال، المرجع السابق، ص31.

² - المادة 29 ف 9 من المرسوم الرئاسي 15-247، المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتقويضات المرفق العام.

³ - قذوح حمامة، عملية إبرام العقود الادارية في نطاق صفقات المتعاقد العمومي في الجزائر، تحليل ومقارنة، مذكرة لنيل درجة الماجستير فرع الادارة والمالية، ص70.

⁴ - المادة 10/29 من المرسوم الرئاسي 15-247، المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتقويضات المرفق العام.

ويعرف القانون الجزائري الإمتياز تحت عبارة إمتياز الخدمة العمومية بموجب القرار المؤرخ في 26-07-2008 الذي يحدد قواعد التقييم والمحاسبة ومحتوى الكشف المالية وعرضها وكذا مدونة الحسابات وقواعد سيرها، ضمن عنوان التثبيبات في شكل إمتياز " بأنه عقد يسند بموجبه شخص عمومي (مانح الإمتياز) إلى شخص طبيعي أو شخص معنوي (صاحب الإمتياز) تنفيذ خدمة عمومية على مسؤوليته لمدة محددة وطويلة على العموم مقابل حق اقتضاء أتاوى من مستعملي الخدمة العمومية².

ويخضع عقد الإمتياز شأنه عقد الأشغال العامة لمجمل العناصر المشتركة التي تحكم النظام القانوني للعقود الإدارية ككل، لكن هناك خلاف بين العقدين يعود إلى الخصائص الذاتية التي تميز كل عقد على حدة وهو ما يظهر من خلال النقاط التالية:

1- من حيث طبيعة الموضوع: يتميز عقد الإمتياز بأن موضوعه ينصب مباشرة على إدارة وتسيير وإستغلال مرفق عام غالبا ما يكون إقتصاديا وذلك من قبل صاحب الإمتياز ولذا فإن هذا الأخير يقوم بتنفيذ المرفق ذاته مستخدما أمواله وعماله وعلى مسؤوليته تحت إشراف ورقابة الإدارة مانحة الإمتياز.

بينما موضوع صفقة الأشغال العامة فيتمثل في تنفيذ المقاول لأشغال عامة لازمة لسير المرافق العامة أو لتحقيق المصلحة العامة بشكل عام، وبذلك فإن مهمة المقاول لا علاقة لها بإدارة المرفق ولكنها تتحدد في أعمال البناء أو الترميم أو الصيانة أو التهيئة أو غيرها حسب الإتفاق.

2- من حيث أطراف العقد: عقد الإمتياز لا بد أن يكون أحد طرفيه شخص معنوي عام الذي منح للطرف المتعاقد الثاني إمتياز تسيير المرفق العام وهو شرط ضروري وأساسي وتخلفه ينزع عن العقد صفة الإمتياز، أما في مجال عقد الأشغال العامة فإن مجلس الدولة الفرنسي قد أضفى على العقود التي تبرمها شركات الإقتصاد المختلط وهي شخص معنوي خاص مع المقاولين من أجل تنفيذ أشغال بناء الطرق السيارة أو إنشاء قنوات صرف صحي

¹ - عريش عبد الرزاق، شنطاوي علي خطار، المرجع السابق، ص40، رابحي أحسن، الأعمال القانونية والإدارية، دار الكتاب الحديث، القاهرة، 2013، ص101، سعيد حسين علي، القانون الاداري، الطبعة الأولى، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، 2018، ص80.

² - شايبي نوال، المرجع السابق، ص39.

اضفى عليها صفة عقود الأشغال العامة وهو تبناه المشرع الجزائري من خلال نص المادة 6 من المرسوم الرئاسي 247/15 سبق توضيحها عند دراستنا أطراف صفقة الأشغال العامة.

3- من حيث المقابل المالي الذي يتقاضاه المتعاقد: نجد أن في عقد الإمتياز يحصل صاحب الإمتياز على المقابل المالي مباشرة من الجمهور المنتفع بخدمات المرفق في شكل رسوم تحدد أسعارها بالإتفاق بين الجهة المانحة للإلتزام والجهة الملتزمة وتخضع التسعيرة للمراجعة الدورية بالإتفاق كلما فرضت ذلك تغيرات الظروف الإقتصادية.

أما في عقد الأشغال العامة فإن المقاول يتقاضى مقابله المالي في شكل ثمن محدد أو جزافي متفق عليه كمقابل للأشغال العامة التي تعهد بإنجازها وهذا الثمن تدفعه الجهة المتعاقدة صاحبة العمل ويندرج ضمن النفقات العامة في إطار الموازنة العامة للدولة.

4- من حيث مدة تنفيذ العقد: يتميز عقد الامتياز بطول مدة تنفيذه لكنها لا تصل إلى درجة التأييد لأن الإدارة مانحة الامتياز تستطيع استرداد المرفق كلما قدرت المصلحة العامة في ذلك، ومن جهة أخرى لا يمكن أن تكون مدة التنفيذ قصيرة لإنهاء تسعف أصحاب الامتياز على استرداد نفقات تشغيل المرفق، بالمقابل فإن مدة التنفيذ في عقد الأشغال العامة غالبا ما تكون قصيرة، وهي تختلف من عقد لأخر حسب أهمية المشروع وحجم الأشغال فقد لا تتجاوز شهور بالنسبة لبعض المشروعات الصغرى، كما أنها قد تتجاوز عشر سنوات بالنسبة للمشروعات الكبرى¹.

ويعد المعيار المالي المتمثل في الرسوم والتعريفات التي يلتزم المنتفعون من خدمات المرفق العام بدفعها لصاحب الإمتياز، المعيار الأساسي لتمييز عقد امتياز المرفق العام عن غيره من صور تفويض تسيير المرفق العام، والعقود الأخرى وأساسا منها الصفقات العمومية وصفقة الأشغال كصورة من صورها².

¹ - عريش عبد الرزاق، شنطاوي، علي خطار، المرجع السابق، ص41.

² - جوادي نبيل، دفاتر الشروط في القانون الاداري الجزائري(دراسة متعلقة بعقود الادارة)، مذكرة لنيل شهادة الماجيستر في الإدارة والمالية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2005-2006، ص223.

ب- تمييز صفقة الأشغال العمومية عن عقد امتياز الأشغال العامة

يعرف الفقيه دي لوبادير عقد إمتياز الأشغال العامة بأنه إتفاق بموجبه يكلف شخص معنوي عام شخص آخر بتنفيذ شغل عام، وإستغلال ما ينتج عنه من منشأة عامة مقابل الإستفادة من النتائج المالية لذلك الإستغلال.

ويعتبر هذا العقد أحد الأساليب الحديثة الذي تلجأ إليه الإدارة من أجل تنفيذ الأشغال العامة الكبرى، وينشط خاصة في مجال تنفيذ الطرق السيارة الوطنية التي تتطلب أموالاً ضخمة تعجز الإدارة عن توفيرها، لذا فهي تلجأ إلى إحدى الشركات قد تكون خاصة لكنها غالباً ما تكون شركات إقتصاد مختلط تعهد إليها بتنفيذ تلك المشروعات الكبرى على نفقاتها وتستفيد من أجل ذلك بإمتياز القانون العام كنزع الملكية والحيازة الفورية أو المؤقتة للأموال الخاصة وفي المقابل تخولها إمتياز إستغلال تلك المنشآت العامة من الناحية الإقتصادية والمالية مثل تقاضي رسوم المرور من مستعملي الطرق السيارة.

وعقد الإمتياز الأشغال العامة يجمع بين خصائص كل من عقد الأشغال العامة وخصائص عقد إمتياز المرافق العامة، وذلك لأن مضمونه يشمل موضوعي كلا العقدين وهما تنفيذ الأشغال العامة من جهة وإمتياز إستغلال وتسيير المنشآت العامة اللازمة لسير المرفق العام من جهة أخرى ولذا فهو يخضع لنظامين قانونيين متميزين فمن جهة يخضع للنظام القانوني لعقد الأشغال العامة أثناء مرحلة تنفيذ الأشغال ويخضع من جهة ثانية للنظام القانوني لعقد إمتياز المرافق العامة أثناء بدأ مرحلة إستغلال المنشأة العامة الناتجة عن الأشغال.

ولعل أهم ما يميز عقد إمتياز الأشغال العامة عن عقد الأشغال العامة هو المقابل المالي الذي يتقاضه المتعاقد مع الإدارة في كلا العقدين كعوض عن إلتزامه بتنفيذ الأشغال فالمقابل المالي في العقد الأول يتمثل في إستغلال المنشأة العامة إقتصادياً مثل حقه في تقاضي رسوم من الجمهور المنتفع من المنشأة العامة، وذلك طيلة المدة المتفق عليها في العقد مثل تقاضي رسوم المرور من مستعملي الطرق السيارة.

أما المقابل المالي في العقد الثاني فيتخذ شكل ثمن محدد قيمة العطاء تلتزم الإدارة المتعاقدة بدفعه إلى المفاوض¹.

¹ - عريش عبد الرزاق، شنطاوي، علي خطار، المرجع السابق، ص 47-48.

ج- صفقة الأشغال العامة والإستغلال المباشر

الإستغلال المباشر هو أسلوب من أساليب التسيير المرفق العمومي بواسطته تقوم الإدارة مباشرة بتسيير المرفق بنفسها سواء كانت سلطة مركزية مثل وزارة الأشغال العمومية أو محلية مثل البلدية مستخدمة في أموالها وموظفيها ووسائل القانون العام و لا يتمتع المرفق الذي يدار بهذه الطريقة بشخصية معنوية مستقلة، ويمكن أن تمنح الإدارة للغير إستغلال المرفق فإن المسير يستغل المرفق ولكنه يقبض مقابله المالي أساسا من قبل الإدارة المتعاقدة وتتغير حسب عدة عناصر المرتبطة بجودة تسييره ونتائج نشاطه¹.

وعلى سبيل المثال نص قانون رقم: 11-10 المتعلق بالبلدية في مادته 151 على الإستغلال المباشر²، وقانون الولاية 12-07 المتعلق بالولاية هو الآخر نص على الإستغلال المباشر في مواد 142-143 و144 منه³.

فالإستغلال المباشر هو الأصل العام في تسيير المرافق العمومية أو عند قيام الإدارة بالنشاط الإداري وتجدر الإشارة إلى أن هذه الأخيرة في مجال الأشغال العمومية تتلقى المساعدة من مديرية الأشغال العمومية للولاية التي تقوم بنشاط الأشغال العمومية⁴.

غير أنه معيار تمييز صفقة الأشغال العمومية عن الإستغلال المباشر يكمن في معيارين المعيار الأول موضوع العقد ففي الصفقات العمومية يسمح للجماعات المحلية الحصول على الوسيلة لضمان تنفيذ الخدمات العمومية التي تتكفل بها، أما الإستغلال المباشر من طرف الغير فإن مسؤولية الخدمة تقع على عاتق المتعاقد الممتاز الذي يتعامل مباشرة مع المنتفع من المرفق العمومي و لا يساهم في إنجاز المنشأة الفنية.

أما المعيار الثاني يتمثل في المقابل المالي وكيفية دفعه ففي الإستغلال المباشر من طرف الغير يكون فيه المقابل المالي للمتعاقد مع الإدارة مضمون من نتائج الإستغلال، ويتلقاه مباشرة من الهيئة المفوضة ويمكن أن تنقسم العائدات مع المتعامل إذا كانت الخدمة العمومية غير مجانية، أما الصفقة العمومية للأشغال فإن تقوم على أساس السعر⁵.

1 - شايبي نوال، المرجع السابق، ص36.

2 - المادة 151 من قانون 11-10 المتعلق بالبلدية.

3 - المواد 142-143 و144 من قانون 12-07 المتعلق بالولاية.

4 - المادة 105 من قانون 11-10 المتعلق بالبلدية.

5- شايبي نوال، المرجع السابق، ص38.

الفرع الثالث: مجال صفقة الأشغال العمومية حسب المرسوم الرئاسي 15-247

تتخصر الأشغال على قيام المقاول ببناء أو تجديد أو صيانة أو تأهيل أو تهيئة أو ترميم أو هدم منشأة أو جزء منها، بما في ذلك التجهيزات المرتبطة بها الضرورية لإستغلالها في ظل إحترام الحاجات التي تحددها المصلحة المتعاقدة صاحبة المشروع وهو ما نصت عليه المادة 29 ف 2-3 من المرسوم الرئاسي 15-247¹.

تشمل الصفقة العمومية للأشغال عمليات البناء والأخرى الواقعة على البناء، ويلجا القانون الجزائري إلى إصطلاحين العملية والمنشأة مما يتعين تحديدهما على التوالي:

أولاً: العملية

ويتعلق الأمر بإحاطة حول ما يسمى بوظيفة العمل الإقتصادي، والنظر إليه على وجه أنه مجموع مدمج في المشروع بمجمله، فأشغال بناء أسطح متعددة يتم بطريقة أحادية ولا تعتبر عملية التنفيذ بطريقة أحادية ومتزامنة لصفقة التوريد كإنتاج الصحف مثلا و صفقة أشغال مثل بناء مصنع.

ويمكن أن تشمل العملية عدة منشآت مثلا إعادة بناء الأسقف لمبنى معين تابع لنفس البلدية أو إنجاز رصيف مختلف شوارع المدينة، ويمكن أن تتعلق ببعض الأشغال المنجزة على المنشأة ذات طبيعة مبرمجة في نفس الوقت مثلا في مجال إعادة التأهيل.

ثانياً: المنشأة

نجد أن المشرع الجزائري في المرسوم الرئاسي رقم: 10-236 المتعلق بالصفقات العمومية أستخدم تعبير منشأة والتجهيزات المشتركة، حيث أن مفهوم المنشأة في مجال التشييد والبناء غير محدد ولذا فهو تعبير واسع يشمل كل ما يعد من قبيل البناء وذلك بعكس دفتر الشروط الإدارية العامة لسنة 1964 المطبقة على صفقة الأشغال الذي جاء بتعبير أشغال البناء وأشغال الهندسة المدنية².

وهو ما تداركه المشرع الجزائري ونص عليه في المرسوم الرئاسي 15-247 في مادته 29 ف2 بقوله "... تعتبر منشأة مجموعة من أشغال البناء أو الهندسة المدنية التي

¹ - المادة 29/ 3-2 من المرسوم الرئاسي 15-247، المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

² - شايبي نوال، المرجع السابق، ص ص51-52.

تستوفي نتيجتها وظيفة إقتصادية أو تقنية.."، وتستعمل النصوص القانونية الأخرى تعبيراً أكثر تحديداً وهو البناء والذي يقتصر على أعمال التشييد والبناء فقط ويعطي القانون الأوروبي مفهوماً واسعاً لما يعد من قبيل المنشأة حيث يشمل أعمال البناء بمفهومها الضيق كبناء جامعة... إلخ ويضم كذلك أعمال البناء كالقنوت والسدود وبالتالي لتفسير مصطلح البناء يستخدم القانون الجزائري عدة تعريفات ومنها نذكر:

عرفت المادة 3 من القانون رقم: 04-11 المؤرخ في 17-02-2011 الذي يحدد القواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية البناء على " أنه كل عملية تشييد بناية أو مجموعة بنايات ذات الإستعمال السكني أو التجاري أو الحرفي أو المهني"، بينما عرفته المادة 2 من القانون رقم: 15-08 المؤرخ في 20-07-2008 المحدد قواعد مطابقة البنايات وإتمام إنجازها، بقولها يقصد في مفهوم هذا القانون " البناء كل بناية أو منشأة يوجه إستعمالها لسكن أو للتجهيز أو للنشاط التجاري أو الإنتاج الصناعي أو التقليدي أو الإنتاج الفلاحي أو الخدمات وتدخل البناءات والمنشآت والتجهيزات العمومية في إطار تعريف هذه المادة"، فيعرفها القانون الجزائري تارة بأنها عملية تصب على البناء، وتارة أخرى بأنها منشأة أو بناية بمعنى العقار في حد ذاته.

ويقصد بالبناء عند الفقهاء التقليديين: كل ما شيد بيد الإنسان من مواد إنشائية، كحديد وخشب وحجر وغيرها، وأتصل بالأرض ويستوي في ذلك أن يكون البناء معد لسكن إنسان أو إيواء حيوان أو خزن المواد أو مخصصاً للمنفعة العمومية أو لغيرها من الأغراض كالإسطبلات والمخازن والجسور والتماثيل، ويستوي أن يقوم فوق الأرض كالعمارات أو أن يستقر في باطنها كالمجاري وأنابيب المياه والغاز.

كما أضاف قانون الصفقات العمومية التجهيزات وهي تعد جزء من التكوين الهيكلي للمنشأة والتي لا تقبل الانفصال عنه¹.

¹ -شايبي نوال، المرجع السابق، ص ص52-53.

المبحث الثاني: النظام الإجرائي لصفقة الأشغال العمومية

تتمتع جهة الإدارة في عقد الأشغال العامة بإمميزات السلطة العامة، لكن هذه الإمميزات لها حدود وقيود لا بد من مراعاتها عند إبرام هذه الصفقة، تتمثل في إحترام المبادئ العامة التي تحكم الصفقات العمومية على إختلاف أنواعها، وهي الشفافية، والتي تستوجب إعلان المنافسة كأصل عام، والمساواة بين العارضين، وحرية الوصول للطلب العمومي والإستعمال الأحسن للأموال العمومية.

كما أن المصلحة المتعاقدة عند لجؤها إلى صفقة الأشغال العامة، لا بد من احترام أساليب التعاقد التي فرضها المشرع في هذا الخصوص، وهي إما بإتباعها طريق طلب العروض كأصل عام أو طلب التراضي كإستثناء مع مراعاتها الإجراءات التي يجب إتباعها من طرفها إلى حين منح الصفقة بصفة نهائية للمتعاقد.

وبمجرد منح صفقة الأشغال العمومية بصفة نهائية من طرف المصلحة المتعاقدة للمتعاقد بعد احترامها أساليب التعاقد وإجراءاتها ندخل مرحلة تنفيذ هذه الصفقة وفيها تبرز سلطات المصلحة المتعاقدة وواجباتها وكذا حقوق المتعاقد والتزاماته غير أن دراستنا في مرحلة تنفيذ صفقة الأشغال العمومية ستقتصر على إلتزامات المتعاقد المتعاقد فقط لأن موضوع دراستنا هو الجزاءات الإدارية في صفقة الأشغال العمومية وهذه الجزاءات تمارسها المصلحة المتعاقدة إتجاه المتعاقد وتتجم عن إخلال هذا الأخير بإلتزاماته التعاقدية ولذا يجب إبراز إلتزاماته حتى يتسنى للقارئ ماذا يقصد بالإلتزامات التي أخل بها المتعاقد قبل الخوض في الفصل الثاني إلى التأصيل النظري للجزاءات الإدارية الناجمة عن الإخلال بالالتزامات التعاقدية .

وعليه سنقسم هذا المبحث إلى ثلاث مطالب المطلب الأول نخصه إلى أساليب إبرام صفقة الأشغال العمومية والمطلب الثاني إجراءات صفقة الأشغال العامة والمطلب الثالث إلتزامات المتعاقد المتعاقد.

المطلب الأول: أساليب إبرام صفقة الأشغال العمومية

اعتمد المشرع الجزائري في المرسوم الرئاسي 247/15 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام لإبرام عقد صفقة عمومية طريقين أساسيين وهذا وفقا للمادة 39 منه والتي نصت على أنه " تبرم الصفقات العمومية وفقا لإجراء طلب العروض الذي يشكل القاعدة العامة، أو فق إجراء التراضي".

حيث قام المشرع بإستبدال عبارة المناقصة المنصوص عليها في المرسوم الرئاسي 10-236 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية الملغى، بعبارة طلب العروض، وهذا الأخير يعتبر الأصل العام في إبرام الصفقات العمومية ومنها صفقة الأشغال العمومية والذي يفتح باب المنافسة أمام جميع المتعهدين على قدم المساواة دون إعطاء ميزة لأحدهم دون المترشحين الآخرين أو على حسابهم مع احترام شفافية الإجراءات وحرية الوصول للطلبات العمومية وهذه مبادئ أكدتها المادة 5 من المرسوم الرئاسي 15-247¹، أما إستثناء فقد

¹ - يقصد بمبدأ حرية الاتصال بالطلب العمومي هو فسخ مجال المشاركة أو المنافسة للعارضين ومنح فرصة لكل من توفرت فيه شروط المشاركة حسب الاعلان المنشور وبالشروط والكيفية والواردة أيضا في دفتر الشروط المتعلقة بالصفقة من اجل تقديم عروضهم وترشيحاتهم امام المصلحة المتعاقدة، ويقضي هذا المبدأ أن تتبع المصلحة المتعاقدة إجراءات الاشهار فلا تكون صفقاتها سرية ومخالفتها لقواعد الاشهار والمنافسة النزيهة والشريفة يترتب مسؤوليتها الجزائية مقننة بموجب المادة 9 من القانون 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، السابق ذكره، كما يقصد به أن يكون الترشح لنيل الصفقة حرا غير مقيد ويتوجب على المصلحة المتعاقدة خلق جو من المنافسة بين المتقدمين للصفقة حيث لا يجوز لها اقضاء مترشحين على اساس شروط أو اعتبارات غير منصوص عليها في قانون الصفقات العمومية ، ينظر عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية طبقا للمرسوم الرئاسي 15-247، مرجع سابق، ص78، ينظر جليل مونييه، المنافسة في الصفقات العمومية في الجزائر، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه، القانون العام، كلية يوسف بن خدة، جامعة الجزائر 1، 2015، ص115.

أما مبدأ المساواة بين المترشحين يعني أن المصلحة المتعاقدة لا يجوز لها كأصل عام التفضيل أو التمييز بين العارضين إلا ضمن الأطر التي حددها القانون وهذا المبدأ عموما يعد من أهم مبادئ القانون العامة ثابت في المادة 7 من الاعلان العالمي لحقوق الانسان وفي المادة 32 من دستور 2016، غير ان هذا المبدأ لا يؤخذ به بصفة مطلقة بل ترد عليه استثناءات تضمنها المرسوم الرئاسي 15-247 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، والخاصة بتخصيص هامش الافضلية الوطنية وتخصيص احكام خاصة بالمؤسسات الصغيرة والمتوسطة، ينظر جليل مونييه، مرجع نفسه، ص156-158 .

أما مبدأ شفافية الإجراءات يقصد به ان المصلحة المتعاقدة يجب عليها تقديم المعلومات الكافية للمتعاقدين حول الحاجات التي تسعى إلى إشباعها وشروط اختيار المتعاقد وتقديم معلومات حول معايير اختيار العرض ويؤدي هذا المبدأ إلى غاية وهو المكاشفة وإزالة الغموض والمصارحة وإزالة عدم الثقة التي تتولد بين الإدارة والمقاولين أو المتعاقدين.

تتفق الإدارة مباشرة دون إعتقاد مبدأ طلب العروض باللجوء إلى طريق التراضي، ومادام أن صفقة الأشغال العمومية هي نوع من أنواع الصفقات العمومية فإن صيغ إبرامها تخضع لهذين الأسلوبين وعليه سنحاول من خلال هذا المطلب أن نعالج صيغ إبرام صفقات الأشغال العمومية وفقا للأسلوبين السالفين وهذا في فرعين، الأول ندرس فيه طلب العروض والثاني التراضي معتمدين في ذلك على القواعد التي جاء بها المرسوم الرئاسي 15-247 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

الفرع الأول: طلب العروض

لم يتبن المشرع الجزائري مصطلح واحد فيما يتعلق بالقاعدة العامة في أساليب التعاقد في الصفقات العمومية، و صفقة الأشغال العامة كنوع منها عبر النصوص القانونية المنظمة لها منذ صدور الأمر 67-90 حتى صدور النص الساري المفعول والمتعلق بالمرسوم الرئاسي 15-247 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام فأحيانا يطلق عليها المناقصة وأحيانا أخرى طلب العروض. سنتولى دراسة طلب العروض وفقا للمرسوم الرئاسي 15-247 موضحين تعريفه وأشكاله.

أولا: تعريف طلب العروض

عرف المشرع الجزائري طلب العروض في المادة 40 ف 1 من المرسوم الرئاسي على أنه " طلب العروض هو إجراء يستهدف الحصول على عروض من عدة متعهدين متنافسين مع تخصيص الصفقة دون مفاوضات، للمتعهد الذي يقدم أحسن عرض من حيث المزايا الاقتصادية إستنادا الى معايير إختيار موضوعية تعد قبل إطلاق الإجراء "

فالشفافية في الصفقة العمومية لا تنحصر في الإعلان عن الصفقة في الجرائد بل يظل هذا المبدأ يسيطر على كل مراحل إعداد الصفقة خاصة في المسائل ذات العلاقة بالعارضين فيخطر هؤلاء بيوم فتح العروض ويمكنوا من الحضور وإذا انتهت الإدارة مرحلة تقييمها الداخلي للعروض المقدمة وجب أن تفصح عن الفائز وتقدم كل المعطيات بصدد، ينظر عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية طبقا للمرسوم الرئاسي 15-247، المرجع نفسه، ص 85، خليل صالح السامرائي، المرجع السابق، ص 96.

ومن خلال هذا التعريف نرى أن المشرع الجزائري أستر على وتيرة تثبيت مبادئ المنافسة التي أكدت عليها المادة 5 من المرسوم الرئاسي 15-247 وهي حرية الوصول إلى الطلب العمومي لكل عارض دون تمييز بينهم على أساس شروط أو إعتبارات غير منصوص عليها في قانون الصفقات العمومية ، بالإضافة إلى تكريس مبدأ المساواة بين العارضين والشفافية في التعاقد وعلانية الإجراءات.

فلا تتم الصفقات العمومية في الجزائر طبقا لقاعدة طلب العروض خفية وبطريقة سرية ومستترة، ولا تتم أيضا برغبة حرة منفردة من جهة الإدارة المتعاقدة في إختيار المتعاقد معها، كيفما تريد بل تتم وفق منافسة شريفة ونزيهة وإعلان ووضوح بداية من الرغبة في التعاقد عبر إعلان منشور يتضمن سائر البيانات المحددة تنظيما، ويتم التنافس من خلال شروط معلنة، وزمن واضح لتقديم العروض، معايير موضوعية لإنتقاء، وزمن محدد لدراسة العروض، ثم مرحلة الإعلان عن نتائج التقدير والدراسة، وفسح مجال الطعون، ثم دراسة الطعون من قبل هيئة جماعية وتقديم النتيجة، ثم توقيع الصفقة في المرحلة النهائية وهو ما سنوضحه في المطلب الخاص بالاجراءات¹.

ما يلاحظ على طلب العروض حسب هذا التعريف أنها تستخدمه المصلحة المتعاقدة عندما تحتاج إلى عارضين ذوي مؤهلات تقنية معينة، بالإضافة إلى تمتعهم بإمكانات مالية كافية لتنفيذ الصفقة المبرمة مع الإدارة.

إذن فالمعيار المعمول به هنا لا يقتصر على معيار الثمن أو المعيار المالي فقط بل كذلك على أسس موضوعية أخرى تخضع للسلطة التقديرية للمصلحة المتعاقدة في التقدير والإختيار والجمع بين أكثر من معيار بحثا عن العرض الأفضل ، هذا ما يجعل الإجراء يختلف عن إجراء المناقصة كما كان في الأمر 67-90 والذي أقام المناقصة على الإعتبار المالي دون سواه وحسنا ما فعل المشرع .

إن الإدارة قد تستخدم معايير إضافية أخرى خاصة بالتكوين المهني، و بالرجوع إلى القضاء الفرنسي نلاحظ في هذا المجال ، أنه رفض دعوى ضد منشور وزاري مؤرخ في 29-12-1993 أستخلص من عباراته إدراج معيار إضافي في إجراء طلب العروض.

¹ - عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية طبقا للمرسوم الرئاسي 15-247، المرجع السابق، ص 195،

لقد قرر مجلس الدولة الفرنسي: أن ذكر المعيار الإضافي الذي يدرج في طلب العروض في الصفقات العمومية يشكل مجرد إعلان بسيط موجها للمتعاقدين بغرض تسجيل المصلحة العامة في التعاقد لأجل تشجيع التوظيف والتكوين المهني بدون أن يكون هذا الإعلان معياراً لإختيار محل المعايير التنظيمية المنصوص عليها في المادة 97 و300 من قانون الصفقات العمومية أو أن يكمل هذه المعايير¹.

ما يمكن ذكره كذلك في هذا المجال أن الإدارة في إطار الجماعات المحلية الفرنسية تلجأ غالباً إلى إسناد الصفقة لمن يقدم أقل الثمن، وتبرر ذلك بتفادي الإنتقادات والشكوك التي تقوم حولها في حالة تغليب الكيفيات الأخرى رغم التنديد دائماً بهذه الكيفية في الإسناد، ويتم التذكير في مختلف المناشير بأن الصفقات تسند للعارض الذي يقدم أفضل العروض. فمهما تعددت معايير الإسناد أو الإنتقاء في الصفقات العمومية إلا أننا نجد في الميدان العملي أن الثمن يبقى هو المعيار الغالب.

إن الاعتماد على معيار أقل الأثمان أدى إلى الإنحراف عن معيار أفضل العروض مما أدى إلى سهولة التضامن الإحتكاري وتحريف الأسعار أثناء التنفيذ والمنافسة غير الشريفة بعروض منخفضة لذا نجد قانون الصفقات العمومية الفرنسي قد حاول الحد من هذه النتائج السلبية بمخالفة مبدأ المساواة في إبرام الصفقات بإستخدام حقوق التفضيل لبعض الشركات كالشركات التعاونية للصناعات اليدوية والشركات التعاونية لعمال الإنتاج والشركة التعاونية للفنانين ومجموعة المنتجين ... إلخ².

ثانياً: أشكال طلب العروض

حدد المشرع الجزائري في المرسوم الرئاسي 15-247 في مادته 42 منه³ أربعة أشكال لطلب العروض ، مع إمكانية أن يكون هذا الطلب وطنياً أو دولياً، وهو ما يترتب

¹ -قرار مجلس الدولة الفرنسي في 10-05-1996

CE 10 MAI 1996 F.N.T .P Rec 164 :C.J.E.G1996,427 R.F.D.A 1997-73Concl . Frah acci .

² - جليل مونييه، مرجع سابق، ص 36.

³ - نصت المادة 42 من المرسوم الرئاسي 247/15 على " يمكن أن يكون طلب العروض وطنياً أو دولياً، ويمكن أن يتم

حسب أحد الأشكال التالية:

- طلب العروض المفتوح ،

- طلب العروض المفتوح مع اشتراط قدرات دنيا،

عليه أن مجال المنافسة قد يتسع ويضيق تبعا إذا ما كان طلب العروض وطنيا أو دوليا، فمضمون الإعلان المتضمن طلب العروض هو من يتحكم في مجال المنافسة.

كما أنه بذلك يفسح المجال واسعا أمام المصلحة المتعاقدة لإختيار الأسلوب الذي يناسبها حسب كل عملية تعاقدية، مع إلزامها بتحمل المسؤولية الكاملة في حال إختيار طريقة تعاقدية دون الأخرى.

ولقد عدت المادة المبينة أعلاه أشكال طلب العروض في طلب العروض المفتوح، طلب العروض المفتوح مع إشتراط قدرات معينة، طلب العروض المحدود وها ما سنوضحه فيما يلي:

أ- طلب العروض المفتوح

عرفته المادة 34 من المرسوم الرئاسي 15-247 على أنه " طلب العروض هو إجراء يمكن من خلاله أي مترشح مؤهل أن يقدم تعهدا".

وهذا التعريف جاء مطابقا لتعريف المناقصة المفتوحة المنصوص عليها في المادة 29 من المرسوم الرئاسي 10-236 التي نصت على " المناقصة المفتوحة هي إجراء يمكن من خلاله أي مترشح مؤهل أن يقدم تعهدا" وهو ما أشارت إليه بالتقريب المادة:24 من المرسوم الرئاسي 02-250¹.

وإن عبارة " مؤهل" الواردة في التعريف تفيد أن طلب العروض المفتوح لا يعني أن مبدأ المنافسة بين العارضين يتم بصفة مطلقة وذلك بالسماح لأي متعامل متعاقد بدخول دعوى للمنافسة دون أي قيد، بل أن أمر المشاركة فيه متوقف على توفر الشروط التي تحددها المصلحة المتعاقدة مسبقا، وحسنا ما فعل المشرع لأن عنصر التأهيل مهم وضروري في إبرام الصفقات العمومية كونها ذات صلة وثيقة بالمال العام بالإضافة إلى النهوض بالمشاريع التنموية في الجزائر.

- طلب العروض المحدود،

-المسابقة".

¹ - نصت المادة 24 من المرسوم الرئاسي 02-250، المتضمن الصفقات العمومية على " المناقصة المفتوحة هي إجراء يمكن من خلاله أي مترشح أن يقدم تعهدا".

إذا أسلوب التعاقد في شكل طلب العروض المفتوح يكفل لا شك لكل عارض مؤهل تقديم عرضه، وهو ما يفتح باب المنافسة بين العارضين، فليس هناك شروط إنتقائية أو إقصائية أو نوعية، وبإمكان من توفرت فيهم الشروط المعلن عنها المشاركة فيها، وتقديم العرض، وهناك مثال عملي أين أعلنت مديرية السكن لولاية بسكرة بتاريخ 30-08-2016 من خلال إعلان نشر في جريدة النهار عن طلب عروض مفتوح بغرض إنجاز 200 مسكن من نوع ف 3 غير قابلة للتنازل لصالح قطاع التربية الوطنية عبر بلديات الولاية، وحددت شروط عامة حيث فتحت سبيل المشاركة في العرض لكل مؤسسة مهتمة وتشتغل في مجال البناء وحاصلة على تأهيل وتصنيف الدرجة الأولى، ومن خلال الملف المطلوب سواء ملف الترشيح أو الملف التقني أو الملف المالي يتضح أن المنافسة مفتوحة فلم تفرض شروط مميزة أو خاصة تدل على تعقد المشروع محل الصفقة¹.

ب- طلب العروض المفتوح مع إشتراط قدرات دنيا

هذا المصطلح أنفرد به المرسوم الرئاسي 15-247، فلم تشر إليه النصوص القانونية السابقة المنظمة للصفقات العمومية، وعرفته المادة 44 منه على أنه " هو إجراء يسمح فيه لكل المرشحين الذين تتوفر فيهم بعض الشروط الدنيا المؤهلة التي تحددها المصلحة المتعاقدة مسبقا قبل إطلاق الإجراء بتقديم تعهد و لا يتم إنتقاء قبلي من طرف المصلحة المتعاقدة".

نلاحظ من خلال هذا النص أن المشرع الجزائري أعطى الحرية للمصلحة المتعاقدة في وضع وتحديد شروط المنافسة بإعتبارها صاحبة المصلحة وإليها تعود سلطة وضع معايير خاصة بهدف تحقيق الغرض من العملية التعاقدية.

كما حددت الفقرة الثانية من ذات المادة طبيعة الشروط المفروضة من قبل المصلحة المتعاقدة وصنفتها إلى:

1- قدرات تقنية: تتعلق بالوسائل التي بحوزة المرشح والتي ستخصص لتنفيذ موضوع الصفقة، فلا يمكن السماح لكل مرشح من تقديم عرضه إلا من أستجاب للشروط التقنية المحددة في الإعلان مثلا تفرض المصلحة المتعاقدة صاحبة المشروع مستخرج الضرائب للتأكد من وضعية المرشح إتجاه الإدارة الجبائية ونسخة من التسجيل الجبائي.

¹ - عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية طبقا للمرسوم الرئاسي 15-247، المرجع السابق، ص 199.

2- قدرات مالية: قد تفرض الإدارة على المرشح وسائل مادية وبشرية يستوجبها المشروع أو معدل رقم أعمال لمدة 03 سنوات الأخيرة.

3- قدرات مهنية: قد تشترط المصلحة المتعاقدة مثلا شهادة تأهيل من نوع معين أو شهادات أخرى أو قد تفرض سجل تجاري في النشاط محل المنافسة وقد تفرض شهادات حسن الإنجاز في المشاريع المماثلة للمشروع محل العرض أو محل المنافسة.

نشير أن طلب العروض المفتوح مع اشتراط قدرات دنيا المعتمد في المرسوم الرئاسي 15-247 كان يقابله في المرسوم الرئاسي 10-236 الملغى المناقصة المحدودة والتي نصت عليه المادة 30 منه على " المناقصة المحدودة هي إجراء لا يسمح فيه بتقديم تعهد إلا للمتشحين الذين تتوفر فيهم بعض الشروط الدنيا المؤهلة التي تحددها المصلحة المتعاقدة مسبقا" وهو مانصت عليه كذلك المادة 25 من المرسوم الرئاسي 02-250 والتي غيرت عبارة الشروط الخاصة بعبارة الشروط الدنيا المؤهلة للتأكيد على ضرورة توفر عنصر التأهيل في كل مترشح خاصة وأن المناقصة محدودة.

وعليه فإن المشرع الجزائري بموجب المادة 44 من المرسوم الرئاسي 15-247 خول المصلحة المتعاقدة قدر من الحرية في وضع وتحديد شروط دعوة للمنافسة بإعتبارها صاحبة المشروع، واليها تعود سلطة وضع معايير خاصة بهدف تحقيق الغرض من العملية التعاقدية.

إن طلب العروض المفتوح مع اشتراط قدرات دنيا في العارض أو المرشح يؤكد الطابع المعقد لبعض العمليات محل طلب العروض، لذا يكون من حق الإدارة ومن سلطاتها أيضا أن تقدر ما تراه صالحا لها من شروط خاصة وتعلن عبر إعلان طلب العروض ما تطلبه في المتعاقد من شروط تقنية ومهنية، ومثال إعلان مديرية التعمير والهندسة المعمارية والبناء لولاية بجاية بتاريخ 27-08-2016 من خلال إعلان نشر في جريدة النهار عن طلب عروض مفتوح مع اشتراط قدرات دنيا لإنجاز أشغال التهيئة والطرق والشبكات المختلفة الأولية وفتحت من خلاله سبل المشاركة للمؤسسات المؤهلة والمصنفة في الدرجة الثانية أو أكثر في مجال الأشغال العمومية ومجال الري نشاط رئيسي أو ثانوي¹.

¹ - عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية طبقا للمرسوم الرئاسي 15-247، المرجع السابق، ص 200-

وما تم ملاحظته في هذا الخصوص من خلال الإطلاع على الإعلانات المنشورة في الجرائد اليومية أن بعض الإدارات لا تلتزم بالتسمية الجديدة المعتمدة في المرسوم الرئاسي 15-247 ولا زالت تدرج في إعلانات صفقاتها عبارة مناقصة من ذلك ما أعلنت عنه مديرية التعمير والهندسة المعمارية والبناء بولاية بجاية والمنشور في جريدة النهار ليوم 27-08-2016 حيث حمل الإعلان العبارة التالية "إعلان عن مناقصة مفتوحة مع اشتراط القدرات الأدنى رقم: 27-2016 وكذا ما أعلنت عنه مديرية التكوين المهني بولاية تيبازة " مناقصة وطنية مفتوحة مع اشتراط قدرات دنيا" رقم: 04-2016 والمنشور في جريدة النهار ليوم 05-09-2016 وهذا مخالف شكلا لأحكام المادة 42 من المرسوم الرئاسي 15-247.

ج- طلب العروض المحدود: يعتبر طلب العروض المحدود شكلا من أشكال طلب العروض، وفقا للمادة 42 من المرسوم الرئاسي 15-247، وقد عرفته المادة 45 منه بقولها " طلب العروض المحدود هو إجراء الإستشارة الانتقائية، يكون المرشحون الذين تم إنتقائهم الأولي من قبل مدعويين وحدهم لتقديم تعهد.

يمكن المصلحة المتعاقدة أن تحدد في دفتر الشروط العدد الأقصى للمرشحين الذين ستنتم دعوتهم لتقديم تعهد بعد انتقاء أولى لخمسة منهم" مما ينبغي الإشارة إليه أن طلب العروض المحدود ليس بطريق جديد أو مستحدث بموجب المرسوم الرئاسي المبين أعلاه، بل كانت موجودة من قبل في النصوص القانونية المنضمة للصفقات العمومية بمصطلح الإستشارة الإنتقائية، وكل ما في الأمر أن المرسوم الجديد غير التسمية فقط.

برجعنا للنصوص القانونية السابقة نجد المادة 28 من المرسوم الرئاسي 10-236 منه¹، أعتمدت تسمية الإستشارة الإنتقائية كشكل من أشكال المناقصة ونفس الشيء تم بموجب المادة 25 من المرسوم الرئاسي 02-250²، والمادة 28 من المرسوم التنفيذي 91-434³، والمادة 32 من المرسوم 82-145¹.

¹ - المادة 28 من المرسوم الرئاسي 10-236، المتضمن الصفقات العمومية.

² - المادة 25 من المرسوم الرئاسي 02-250، المتضمن الصفقات العمومية.

³ - المادة 28 من المرسوم التنفيذي 91-434 المؤرخ في 09-11-1991، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية.

أما عن تعريف الإستشارة الإنتقائية فإنه يشبه إلى حد كبير طلب العروض المحدود المستحدث بموجب المرسوم الرئاسي 247/15 فنجد مثلا المادة 31 من المرسوم الرئاسي 10-236 عرفتها بقولها " الإستشارة الإنتقائية هي إجراء يكون المرشحون المرخص لهم بتقديم عرض فيه هم المدعون خصيصا للقيام بذلك بعد إنتقاء أولي".

تسلك المصلحة المتعاقدة طريق طلب العروض المحدود حسب أحكام المادة 45 ف 3 من المرسوم الرئاسي 15-247 عندما يتعلق الأمر بالدراسات أو بالعمليات المعقدة أو ذات أهمية خاصة ويجوز للمصلحة المتعاقدة أن تحدد في دفتر الشروط العدد الأقصى للمرشحين الذين ستم دعوتهم لتقديم تعهد بعد إنتقاء أولي لخمسة منهم.

إذا فطلب العروض المحدود يقوم على إنتقاء أولي يقتصر فيه تقديم التعهدات والعطاءات والترشح على من تتوافر فيهم شروط ومواصفات محددة تضعها المصلحة المتعاقدة مسبقا) المقاولون الذين لهم خبرة 10 سنوات مثلا، أو إمتلاك إمكانيات وألات معينة، وذلك نظرا لأهمية وضخامة وصعوبة العملية التي تتطلب مبدئيا الخبرة والإمكانيات اللازمة ضمنا لحسن التنفيذ وتلجأ الإدارة إلى طلب العروض المحدود في العمليات المعقدة وذات الأهمية الخاصة والمتميزة²

ويمنح هذا الطريق من التعاقد للمصلحة المتعاقدة قدرا من الحرية يتمثل في الإعتراف لها بسلطة إنتقاء المترشحين مسبقا كمرحلة أولى ودعوتهم لتقديم عروض بحكم ما تملكه من معلومات عن هؤلاء العارضين وبحكم طبيعة الخدمة موضوع العقد.

وعليه فإن طلب العروض المحدود تكون فيه المنافسة جده محدودة بحكم أنها تشمل المتعهدين الذين أتصلت بهم المصلحة المتعاقدة دون سواهم بإعتبارهم الأقدر على تنفيذ موضوع هذه العملية الخاصة أو المعقدة.

والمرسوم الرئاسي 15-247 خص طلب العروض المحدود بإجراءات خاصة نصت عليها المادتين 45 و 46 منه وهذا الأخير يتم على مرحلتين:

¹ - المادة 32 من المرسوم 82-145 المؤرخ في 10-04-1982، المتضمن الصفقات التي يبرمها المتعامل العموميين.

² - محمد الصغير بعلي، القرارات والعقود الادارية، مرجع سابق، ص 222.

1- طلب العروض المحدود والمنافسة في مرحلة واحدة: وهذه المرحلة نصت عليها المادة 45 ف 5 من المرسوم الرئاسي 15-247 بقولها " عندما يطلق الإجراء على أساس مواصفات تقنية مفصلة معدة بالرجوع لمقاييس و/ أو نجاعة يتعين بلوغها متطلبات وظيفية". يبدو من هذا النص أن المشرع ترك قدرا من الحرية للمصلحة المتعاقدة حسب ظروفها ولها أن تقدر فعندما يكون بين يديها مختلف العناصر الجزئية والمواصفات التقنية الدقيقة المتعلقة بمحل الصفقة بسائر تفاصيلها إذا تملك كل المعطيات المتعلقة بالعمليات التي يلزم المتعهد بالقيام بها وتحدد ماذا تريد بالضبط حسب أهدافها المسطرة، تعين حينئذ إجراء المنافسة على مرحلة واحدة بالنظر لقاعدة البيانات والمعطيات الموضوعية والتقنية التي تملكها المصلحة المتعاقدة وحسنا ما فعل المشرع بسلوكه هذا الطريق.

2- طلب العروض المحدود والمنافسة على مرحلتين:

طبقا لنص المادة 45 من المرسوم الرئاسي 15-247 فإن هذه الطريقة هي الأصل والقاعدة وتلجأ إليها الإدارة المتعاقدة عندما تكون في وضعية عدم قدرة على تحديد الوسائل التقنية المتعلقة بالمشروع محل الصفقة وتتم المنافسة بمرحلتين وهو ما نصت عليه الفقرة 6 من المادة 45 منه بقولها "إستثناء عندما يطلق الإجراء على أساس وظيفي إذا لم تكن المصلحة المتعاقدة قادرة على تحديد الوسائل التقنية لتلبية حاجاتها حتى بصفقة دراسات".

-المرحلة الأولى: نصت عليها المادة 46 ف 1 من نفس المرسوم بقولها " في حالة طلب العروض المحدود على مرحلتين تتم دعوة المرشحين الذين جرى إنتقائهم الأولي طبقا لأحكام المادة 45 أعلاه ، في مرحلة أولى، برسالة إستشارة إلى تقديم عرض تقني أولي دون عرض مالي".

وبالتالي فإن هذا المادة جسدت هذه المرحلة في إجراء تقديم رسالة إستشارة صادر عن الإدارة المعنية لمن تم إنتقائهم أوليا بغرض تقديم عروضهم التقنية دون المالية وهنا يتضح أن مجال المنافسة محدود في النطاق المتعاملين المتعاقدين الذين تم إختيارهم، لأن طبيعة المشروع المراد القيام به يتطلب إمكانات معينة، وتقنيات من طبيعة خاصة وشروط غير متوفرة إلا لدى عدد قليل من المتعاملين كإشترط الخبرة 15 سنة وإمكانيات معينة.

وأجازت الفقرة 2 من المادة 45 منه للجنة فتح وتقييم العروض أن تطلب كتابيا بواسطة المصلحة المتعاقدة من المرشحين تقديم توضيحات أو تفصيلات بشأن عروضهم من الناحية التقنية.

كما أجازت الفقرة 3 من ذات المادة في حالة الضرورة تنظيم إجتماعات من قبل المصلحة المتعاقدة بغرض توضيح مضمون العروض من الناحية التقنية والأطراف المعنية يقصد بها لجنة فتح وتقييم العروض موسعة بخبراء، وحسنا ما فعل المشرع عندما خول المصلحة المتعاقدة حق الإستعانة بالخبراء عند الإقتضاء، خاصة وأن الأمر يتعلق بمسألة تقنية مرتبطة بالمشروع المراد إنجازه والصفقة المراد إبرامها.

والفقرة 2 من ذات المادة بينت طريقة طلب لجنة فتح وتقييم العروض من المرشحين تقديم توضيح أو تفصيل حول عرضهم وأن طلبها يقدم مكتوب، غير أن رد المترشحين لم تبينه المادة ولكن إعمالا لقاعدة توازي الأشكال المعمول بها في الجانب الإداري ينبغي على المرشحين أن يقدموا تبريرهم مكتوب وهذا الأمر لا يحتاج إلى تفسير خاصة وأن المشرع عبر كافة النصوص القانونية التي مرت ونظمت الصفقات العمومية أشترط فيها عنصر الكتابة.

-المرحلة الثانية: دراسة العروض ودعوة العارضين لإستكمال عروضهم النهائية.

تباشر لجنة تقييم العروض على مستوى المصلحة المتعاقدة في المرحلة الأولى تقييم العروض طبقا لما ورد في دفتر الشروط، وتملك صلاحية إقصاء العروض التي لا تستوفي متطلبات برنامج الإدارة الوظيفي أو المواصفات التقنية المطلوبة أو النجاعة التي يتعين بلوغها والواردة في دفتر الشروط.

وفي المرحلة الثانية تتولى المصلحة المتعاقدة طبقا للمادة 46 ف 8 من المرسوم الرئاسي 15-247 دعوة العارضين الذين أستوفوا الشروط الواردة في دفتر الأعباء أو الشروط والذين تمت تزكيتهم من قبل لجنة فتح وتقييم العروض لتقديم عروضهم التقنية النهائية وعروضهم المالية، فالعرض التقني يقدم على مرحلتين أولي ونهائي، أما العرض المالي فيقدم مرة واحدة.

ونظرا للطابع التقني للعمليات محل طلب العروض المحدود فقد خولتها المادة 46 ف 8 من نفس المرسوم في حالة الضرورة تعديل دفتر الشروط مع الأخذ بعين الاعتبار إجراء التأشيرة من قبل لجنة الصفقات المعنية.

وبناء على ما تقدم فإن الصفقة إذا أبرمت بطريقة طلب العروض المحدود فإنها بمرحلة أولى، تتولى فيها الإدارة مباشرة الإتصال بمجموعة من العارضين ممن تختارهم، وتقدر فيهم أهميتهم الخاصة ومهارتهم وإمكاناتهم، وتطلب منهم تقديم عروضهم دون أن ينجم عن ذلك أي مسؤولية تعاقدية من جانبها في هذه المرحلة طالما تم وصفها سابقا بأنها أولية.

أما المرحلة الثانية فتتمثل في إختيار المصلحة المتعاقدة لمتعامل متعاقد دون غيره أو لعارض دون سواه بالنظر أنه أفضل العروض من الناحية الإقتصادية والمعياري الذي تبناه المرسوم الجديد لسنة 2015¹.

وإذا كان طريق الإستشارة الإنتقائية الوارد في المرسوم الرئاسي 10-236 قد أنتقد من بعض الباحثين لأنه لم ينظم حالاتها².

ولذا جاء المرسوم الرئاسي 15-247 أكثر تفصيلا لطريق طلب العروض المحدود رغم الطابع المعقد وغير العادي للعملية محل التعاقد.

وهذا خولت المادة 45 فقرتها 9 من المرسوم الرئاسي 15-247 العارض حقه في التعويض عن التكاليف الناتجة عن التصاميم والتي كانت موضوع عرض تقني، غير أنها أحالت هذه المسألة لقرار مشترك بين مسؤول الهيئة العمومية أو الوزير المعني والوزير المكلف بالمالية فيما خص الكيفيات ونسب التعويض.

كما أنه ألزم العارض بعدم الدمج بين العرض التقني والمالي وهذا ما نصت عليه المادة 45 الفقرة 10 من نفس المرسوم بقولها " يجب ألا ترد أي معلومة تتعلق بمبلغ العرض المالي في أظرفة العروض التقنية، تحت طائلة رفض هذه العروض".

¹ - عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية طبقا للمرسوم الرئاسي 15-247، المرجع السابق، ص 211-212.

² - ينظر سهام بن دعاس، المتعامل المتعاقد في النظام القانوني للصفقات العمومية، مذكرة ماجيستر، كلية الحقوق، جامعة عنابة، 2005، ص 15.

د-المسابقة:

عرّفت المادة 47 ف 1 من المرسوم الرئاسي 15-247 المسابقة بقولها "المسابقة هي إجراء يضع رجال الفن في منافسة لإختيار ، بعد رأي لجنة التحكيم المذكورة في المادة 48 أدناه مخطط أو مشروع مصمم إستجابة لبرنامج أعده صاحب المشروع، قصد إنجاز عملية تشتمل على جوانب تقنية أو اقتصادية أو جمالية أو فنية خاصة قبل منح الصفقة لأحد الفائزين بالمسابقة"، وكمثال عنها وضع لحن لنشيد لمناسبة وطنية معينة، تصميم وإعداد أوراق نقدية، تصور وإعداد شارات ورموز فنية... الخ.

وقد حددت الفقرة 3 من نفس المادة المبينة أعلاه موضوع المسابقة إذ أكدت على أنها تشمل مجال تهيئة الإقليم والتعمير والهندسة المعمارية والهندسة ومعالجة المعلومات، فلا يمكن مثلا أن تلجا المصلحة المتعاقدة فيما يخص صفقة تجهيز إلى أسلوب المسابقة، لأن هذه الأخيرة عبارة عن منافسة تتعلق بالفكر والمعلومات والمخططات والهندسة.

ويرى الباحث أن إستعمال المشرع في تعريفه المسابقة مصطلح إجراء يضع رجال الفن يؤدي بالقارئ على أن هذا شكل من أشكال طلب العروض يجعل المنافسة فيه محصورة على الأشخاص الطبيعيين دون الأشخاص المعنوية كما لو تعلق الأمر بتصاميم ومخططات وتهيئة عمرانية فقد يكون موضوع نشاط أحد الأشخاص المعنوية له حق دخول هذه المسابقة وإستعمال هذا مصطلح رجال فن يبعدها عن المشاركة في المسابقة المعلنة على أساس عبارة رجال الفن فالأشخاص المعنوية لها عناصر بشرية تتكون من خبراء وتقنيين ومهندسين يمكنهم تقديم إبداع في هذا المجال وبالتالي حبذا لو لم يبق المشرع على هذا المصطلح.

والمسابقة لها صورتان قد تكون مسابقة محدودة أو مفتوحة مع إشتراط قدرات دنيا وتمر بمرحلة أولية تتمثل في إعداد دفتر الشروط من قبل المصلحة المتعاقدة بإرادتها المنفردة، وبما يحقق لها الأهداف المسطرة، وأن يتضمن دفتر الشروط تفاصيل فيما يخص نظام المسابقة وكيفيات الإنتقاء الأولي، كما يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تحدد في دفتر الشروط العدد الأقصى للمترشحين الذين ستتم دعوتهم لتقديم تعهد بعد إنتقاء أولي لخمس منهم وهذا ما نصت عليه المادة 48 ف 3-6 من المرسوم الرئاسي 15-247¹.

¹ - المادة 3 و 6 من المرسوم الرئاسي 15-247، المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

وطبقا للمادة السالفة الذكر في فقرتها 5 يدعى المرشحون في مرحلة أولى لتقديم أظرفة تتضمن ملفات الترشيحات فقط وبعد عملية الفتح لا يدعى لتقديم العرض التقني والخدمات والعرض المالي إلا المرشحين الذين جرى إنتقائهم الأولي وفق ما تم التصريح به في دفتر الشروط، وهنا يبدو وجه التشابه بين هذا الطريق وطريق طلب العروض المحدود غير أن الفرق واضح بينهما فموضع الصفقة في المسابقة يتعلق بجوانب تقنية وإقتصادية وجمالية وفنية، بينما موضعها في طلب العروض المحدود ينصب على عمليات معقدة ذات أهمية خاصة ومميزة.

ويتم تقييم خدمات المسابقة من طرف لجنة التحكيم تتكون من أعضاء مؤهلين في الميدان المعني مستقلين عن المترشحين وتحدّد بموجب مقرر من مسؤول الهيئة العمومية أو الوزير أو الوالي أو رئيس المجلس الشعبي البلدي المعني وهذا ما نصت عليه المادة 48 ف8-9 من المرسوم الرئاسي 15-247¹.

وحسنا ما فعل المشرع بجعل تقييم خدمات المسابقة لهذه اللجنة المتكونة من الخبراء ومؤهلين لأن المنافسة تمس الجانب الفكري والمعلوماتي.

وفرض المشرع في شكل من أشكال طلب العروض كما فعل في طلب العروض المحدود، وذلك بعدم المزج والإدماج بين العروض والملفات والإلتزام بمبدأ الفصل والإستقلالية، حيث ألزمت الفقرة 14 من ذات المادة المبينة أعلاه بان لا ترد أي معلومة تتعلق بالعرض المالي في أظرفة الخدمات، ولا في أظرفة العروض التقنية، تحت طائلة رفض هذه العروض.

وفي حالة إذا ابرزت لجنة التحكيم ضرورة توضيح بعض جوانب الخدمات، فإنه يجب على المصلحة المتعاقدة أن تخطر الفائز أو الفائزين المعنيين كتابيا، لتقديم التفسيرات الواجبة وتكون أجوبتهم مكتوبة جزءا لا يتجزأ من عروضهم، كما أنه يجوز للمصلحة المتعاقدة أن تدفع منحا للفائز أو الفائزين في المسابقة طبقا لإقتراح لجنة التحكيم حسب نسب وكيفيات تحدد بموجب قرار مشترك بين الوزير المكلف بالسكن والوزير المكلف بالمالية بالنسبة لمشاريع إنجاز المباني، أمام بالنسبة للمشاريع الأخرى فتحدد نسب وكيفيات دفع

¹ - المادة 8/48 و9 من المرسوم الرئاسي 15-247، المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

المنح بموجب قرار مشترك بين مسؤول الهيئة العمومية أو الوزير المعني والوزير المكلف بالمالية وهذا ما نصت عليه المادة 48 ف 13-15 من المرسوم الرئاسي 15-247¹.

الفرع الثاني: التراضي

- إذا كانت طريقة طلب العروض بكافة أشكاله القاعدة العامة في إبرام صفقة الأشغال العامة، وبه كفل حق المشاركة لكل عارض وبما يتضمن شفافية الصفقة ونزاهتها وحده من مظاهر الفساد وتبديد المال العام، غير أن المشرع لم يجعل هذه القاعدة مطلقة وأورد عليها إستثناء وهو طريق التراضي وهو إجراء بموجبه يمكن للمصلحة إبرام عقد صفقة الأشغال العمومية بدون دعوة للمنافسة أي دون الحاجة لإجراءات الإشهار والنشر، ودون أدنى داع لإعلام الغير، وذلك مراعاة للظروف ولدواعي المرونة و الفعالية، وعليه في هذا الفرع سنتطرق أولاً إلى تعريفه التراضي وثانياً أنواع التراضي.

أولاً: تعريف التراضي:

قبل التطرق إلى تعريفه ينبغي تبيان أن هذا التراضي يختلف عن الرضا في التعاقد كركن من أركان العقد، فوجود هذا الأخير واجب في كل العقود سواء كانت بين أطراف القانون الخاص أو أطراف القانون العام، ذلك أنه لا يمكن تصور عقد دون ركن الرضا² وتخلفه يترتب عليه بطلان العقد بطلان مطلق وبثيره القاضي من تلقائه نفسه ويتمسك من له مصلحة في ذلك ولا يجوز تصحيحه بالإجازة وهذا ما نصت عليه المادة 102 من القانون المدني³.

ويقصد من تسمية التراضي كطريقة من طرق التعاقد في مجال القانون العام أن الإدارة بموجبه تحرر من الخضوع للقواعد الإجرائية الواجبة التطبيق على طلب العروض بأشكاله المختلفة، ويمكنها مباشرة إختيار المتعاقد معها دون التقيد بهذه الإجراءات فرضاها بارز

¹ - المادة 13/48 و15 من المرسوم الرئاسي 15-247، المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

² - المادة 59 وما بعدها من الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975 المتضمن القانون المدني، ج ر ج

ج، العدد 78، الصادرة في 30 سبتمبر 1975، المعدل و المتمم بالقانون رقم 07-05 المؤرخ في 13 مايو 2007

المتضمن تعديل القانون المدني، ج ر ج ج، العدد 31 الصادرة في 13 مايو 2007

³ - المادة 102 من القانون المدني.

إنطلاقاً من حريتها في الإختيار خلافاً لطريقة طلب العروض أين تفقد نسبياً هذه الحرية وتخضع لجملة من القيود الشكلية والإجرائية¹ سنوضحها لاحقاً في الإجراءات.

وعرّف المشرع الجزائري التراضي في المرسوم الرئاسي 15-247 في مادته 41 ف 1 منها بقولها " التراضي هو إجراء تخصيص صفقة لمعامل متعاقد واحد دون الدعوة الشكلية إلى المنافسة".

وأضافت ذات المادة في فقرتها 2 و 3 منها بقولها " ويمكن أن يكتسي التراضي شكل التراضي البسيط أو شكل التراضي بعد الإستشارة وتنظم هذه الإستشارة بكل الوسائل المكتوبة الملائمة.

إن إجراء التراضي البسيط قاعدة إستثنائية لإبرام العقود لا يمكن إعتماها إلا في الحالات الواردة في المادة 49 من هذا المرسوم"

بإستقراء نص هذه المادة نستنتج أن المشرع الجزائري أكتفى في تطرقه لتعريف التراضي كأسلوب من أساليب إبرام الصفقات العمومية بما فيها صفقة أشغال العمومية كنوع منها بتعريفه بأنه إجراء يتم بدون دعوى للمنافسة في إختيار متعامل متعاقد دون تحديد الحالات التي تستند عليها المصلحة المتعاقدة في ذلك، وكان من الأفضل في تعريفه إدراج حالات التراضي وفقاً للمواد المبينة لها في تعريفه.

كما نرى أن المشرع في الفقرة الثانية من ذات المادة بين أشكال التراضي المتمثلة في شكل التراضي البسيط والتراضي بعد الإستشارة جاعلاً في الفقرة 3 من ذات المادة التراضي البسيط قاعدة إستثنائية لإبرام العقود لا تتم إلا وفقاً لحالات مبينة على سبيل الحصر في المادة 49 من المرسوم الرئاسي 15-247، وبهذا يكون المشرع جعل التراضي البسيط قاعدة إستثنائية على قاعدة طلب العروض دون التراضي بعد الإستشارة رغم أن التراضي هو في حد ذاته إجراء إستثنائي تلجأ إليه المصلحة المتعاقدة في إختيار المتعامل المتعاقد دون الدعوة إلى المنافسة، إذ كان من الأفضل على المشرع الجزائري إدراج التراضي بعد الإستشارة كذلك كقاعدة إستثنائية في حالات محددة على سبيل الحصر وفقاً نص المادة المبينة لها خاصة وأنه في نص المادة 51 بين حالاتها.

¹ - عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية طبقاً للمرسوم الرئاسي 15-247، المرجع السابق، ص221.

هذا ونشير أن أسلوب التراضي هذا كان معمول به في المرسوم الرئاسي 10-236 إذ عرفته المادة 27 منه بقولها "التراضي إجراء تخصيص صفقة لمعامل متعاقد واحد دون الدعوة الشكلية إلى المنافسة" وهو ذات التعريف جاءت به المادة 22 من المرسوم الرئاسي 02-250¹، وفي هذين المرسومين نجد أن المشرع الجزائري جعل أسلوب التراضي من أساليب التعاقد كاستثناء يرد على الأصل العام في التعاقد ولكن عن المناقصة وليس طلب العروض لأن هذا المصطلح جاء به المرسوم الرئاسي 15-247، وعليه فإن المشرع الجزائري لم يأت بالجديد في تعريفه للتراضي في المرسوم الجديد.

ثانيا: أشكال التراضي وحالاته

بالرجوع إلى نص المادة 41 من المرسوم الرئاسي 15-247 نجدها بينت أشكال التراضي وله شكلين التراضي البسيط والتراضي بعد الإستشارة وبين في كل شكل بحالاته على سبيل الحصر لا المثال تعتمد عليهما المصلحة المتعاقدة في سلوك هذين الشكلين.

أ- التراضي البسيط:

نصت على هذا الشكل وبينت حالاته وهي ستة حالات محددة على سبيل الحصر لا المثال المادة 49 من المرسوم الرئاسي 15-247 بقولها "تلجأ المصلحة المتعاقدة إلى التراضي البسيط في الحالات الآتية فقط"، وتتمثل هذه الحالات فيما يلي:

1- حالة الإحتكار: هو إمتلاك المتعامل المتعاقد للوسائل و الإمكانية المادية بصفة إنفرادية وهو الوحيد الذي يمكن له إنجاز الأشغال المطلوبة كما هو الحال في إنجاز بعض الجسور مثلا ونصت على هذه الحالة الفقرة 1 من ذات المادة بقولها " عندما لا يمكن تنفيذ الخدمات إلا على يد متعامل إقتصادي وحيد يحتل وضعية إحتكارية، أو لحماية حقوق حصرية أو لإعتبرات تقنية أو لإعتبرات ثقافية وفنية وتوضح الخدمات المعنية بالإعتبرات الثقافية والفنية بموجب قرار مشترك بين الوزير المكلف بالثقافة والوزير المكلف بالمالية".

إذا وفقا لهذه الحالة أن الطابع الإحتكاري هو الذي يبرر للمصلحة المتعاقدة سلوك أسلوب التراضي من منطلق أن الخدمة التي تطلبها لا يحققها لها إلى مؤسسة إحتكارية

¹ - المادة 22 من المرسوم الرئاسي 02-250، المتضمن الصفقات العمومية.

واحدة ومنه لا يمكن إلزامها باتباع الإجراءات الشكلية واجبة في إبرام الصفقات، وحسنا ما فعل المشرع بتحرير المصلحة المتعاقدة من الخضوع لإجراءات طلب العروض.

2- حالة الإستعجال الملح: نصت على هذه الحالة الفقرة 2 من ذات المادة المبينة أعلاه بقولها " في حالة الإستعجال الملح المعلل بوجود خطر يهدد إستثمارا أو ملكا للمصلحة المتعاقدة أو الأمن العمومي أو بخطر داهم يتعرض له ملك أو إستثمار قد تجسد في الميدان ولا يسعه التكيف مع إجراءات إبرام الصفقات العمومية بشرط أنه لم يكن في وسع المصلحة المتعاقدة توقع الظروف المسببة لحالة الإستعجال وأن لا تكون نتيجة مناورات للمماطلة من طرفها".

وحالة الإستعجال في علم القانون عامة ومعروفة ومكرسة في كثير من الميادين والمجالات، ففي مجال التقاضي هناك أحكام استعجالية تختلف عن تلك المعمول بها في الحالات العادية سواء في مجال إجراءات المرافعة وانعقاد الجلسات أو فيما يتعلق بطبيعة الأحكام وأجال الطعن وغيرها¹.

وأشارت عديد الدراسات المتخصصة أنه من الصعوبة بمكان إعطاء تعريف محدد دقيق للإستعجال وقد عرفه جانب من الفقه بأن الضرورة التي لا تتحمل تأخير أو الضرورة الداعية إلى إتخاذ الإجراء المؤقت المطلوب ، أما الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا فقد عرفت الإستعجال من خلال قرارها رقم: 92189 بتاريخ 22-3-1992 بأنه " نكون أمام حالة الإستعجال كلما كنا أمام حالة يستحيل حلها فيما بعد تداركها"².

وكذا الحال في مجال التعاقد قد تكون المصلحة المتعاقدة في وضعية إستعجال كون أنها إذا لم تبرم العقد في وقت سريع فإنه يترتب على ذلك ضياع مالها وإستثمارها وهو ما يعني بالنتيجة عدم صلاحية أسلوب طلب العروض كألية من أليات التعاقد ويبقى على الإدارة هي من ستكون في وضعية المدعي بتوافر هذه الحالة وعليها يقع عبء الإثبات لذلك جاء في المادة المذكورة عبارة " الملح المعلل"³.

¹ - المادة 917 وما بعدها من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

² - عمار بوضياف، المنازعات الإدارية، القسم الثاني، الجوانب التطبيقية للمنازعة الإدارية، الطبعة الثالثة، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2018، ص ص 233-234.

³ - عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية طبقا للمرسوم الرئاسي 15-247، المرجع السابق، ص 225.

واشترطت الفقرة ذاتها من المادة المبينة أعلاه من أجل سلوك المصلحة المتعاقدة أسلوب التراضي البسيط بناء على حالة الإستعجال وجب عليها أن لا تكون حالة الإستعجال ضمن توقعات المصلحة المتعاقدة، أي الحالة غير متوقعة ولم تضعها الإدارة في الحسابان وظهرت ميدانيا بصورة مفاجئة باغتت جهة الإدارة ذاتها وغاية المشرع من هذا حتى لا تخرج على مجال التعاقد بالقاعدة العامة وهي طلب العروض.

3- حالة تمويل مستعجل ذي شروط خاصة:

تم النص على هذه الحالة في الفقرة 3 من ذات المادة المبينة أعلاه بقولها " في حالة تمويل مستعجل مخصص لضمان توفير حاجات السكان الأساسية بشرط أن الظروف التي استوجبت هذا الإستعجال لم تكن متوقعة من المصلحة المتعاقدة ولم تكن نتيجة مناورات للمماطلة من طرفها".

وعليه هذه الفقرة اشترطت على المصلحة المتعاقدة من أجل تطبيق هذه الحالة توفر شرطين، أولاً أن يكون إبرام عقد من أجل ضمان توفير حاجات السكان الأساسية إذ لا بد على المصلحة المتعاقدة أن تكون في حاجة إلى مادة أو منتج معين تسعى وبحكم الظروف المستعجلة إيصاله للسكان في وقت قياسي كان يتعلق الأمر مثلاً، زلزال أصاب منطقة معينة من مناطق الدولة مثل زلزال بومرداس 2003، وأن الإدارة تحت هذا الظرف أو الوضع تكفلت بتمويل السكان بمواد إستهلاكية معينة فهنا يقتضي الإسراع في إيصال هذه المواد الإستهلاكية للسكان وأن لا تستعمل الإدارة القاعدة العامة المتمثلة في طلب العروض وتلجأ مباشرة إلى الأحكام غير العادية في التعاقد مثلاً تلجأ إلى ممون أو مجموعة من ممونين لتزويدها بالمواد والمنتجات محل التعاقد بهدف تمكينها من أداء نشاطها والتكفل بأعباء الخدمة العامة.

والشرط الثاني أن تكون المصلحة المتعاقدة غير متوقعة لهذه الحالة ولم تكن أبدا لتضع في الحسابان توافر هذه الحالة وأن لا تكون نتيجة مناورات للمماطلة من طرف المصلحة المتعاقدة.

4- في حالة مشروع ذي أهمية وطنية:

نصت على هذه الحالة الفقرة 4 من ذات المادة بقولها : عندما يتعلق الأمر بمشروع ذي أهمية وطنية يكتسي طابعاً إستراتيجياً بشرط أن الظروف التي أستوجبت هذا الإستعجال

لم تكن متوقعة من المصلحة المتعاقدة، ولم تكن نتيجة مناورات للمماثلة من طرفها وفي هذه الحالة يخضع اللجوء إلى الطريقة الإستثنائية لإبرام الصفقات إلى الموافقة المسبقة من مجلس الوزراء إذا كان مبلغ الصفقة يساوي أو يفوق عشرة ملايين دينار (10.000.000.000 دج) وإلى الموافقة المسبقة أثناء إجتماع الحكومة إذا كان مبلغ الصفقة يقل عن المبلغ السالف الذكر".

لا شك أن الطابع الخاص لهذا المشروع سيخلف أثرا إيجابيا عاما يمس كل إقليم الدولة طالما وصفت الفقرة أعلاه المشروع بأنه له أهمية وطنية أو أنه له طابع الأولوية لذا وجب أن يعرض على قمة مجالس السلطة التنفيذية ممثلا في مجلس الوزراء أو إجتماع الحكومة¹.

واشترطت هذه الفقرة وجوب توافرها من أجل سلوك المصلحة المتعاقدة طريق التراضي البسيط وهي أولا أن يكون المشروع ذي أهمية وطنية يكتسي طابعا استعجاليا وثانيا أن الظروف التي استجوبت هذا الإستعمال لم تكن متوقعة من المصلحة المتعاقدة وثالثا أن لا تكون نتيجة مناورات للمماثلة من طرفها ورابعا مع إلزامها بوجوب حصولها على الموافقة المسبقة من السلطة التنفيذية إما مجلس الوزراء أو إجتماع الحكومة حسب قيمة المبلغ المبين أعلاه.

5- عندما يتعلق الأمر بترقية الأداة الوطنية العمومية للإنتاج: ورد ذكر هذه الحالة في الفقرة 5 من ذات المادة بقولها "عندما يتعلق الأمر بترقية الإنتاج و/أو الأداة الوطنية للإنتاج، وفي هذه الحالة يجب أن يخضع اللجوء إلى هذه الطريقة الإستثنائية في إبرام الصفقات إلى الموافقة المسبقة من مجلس الوزراء إذا كان مبلغ الصفقة يساوي أو يفوق عشرة ملايين دينار (10.000.000.000 دج) وإلى الموافقة المسبقة أثناء إجتماع الحكومة إذا كان مبلغ الصفقة يقل عن المبلغ السالف الذكر".

واشترطت هذه الفقرة على المصلحة المتعاقدة شروط يجب توافرها من أجل الإعتماد على هذه الحالة في سلوكها التراضي البسيط خروجاً عن القاعدة العامة طلب العروض وهي أولا أن يتعلق موضوع الصفقة بترقية الإنتاج الوطني أو الأداة الوطنية للإنتاج وثانيا أن يخضع موضوع هذه الصفقة إلى الموافقة المسبقة من السلطة التنفيذية إما مجلس الوزراء أو

¹ - عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية طبقاً للرسم الرئاسي 15-247، المرجع السابق، ص 227.

إجتمع الحكومة حسب قيمة المبلغ المبين أعلاه وهو نفس شرط المطلوب في الفقرة المبينة أعلاه في حالة مشروع ذي أهمية وطنية.

6- عندما يتعلق الأمر بنص تشريعي أو تنظيمي يقضي بمنح صفقة لمؤسسة صناعية وتجارية حصريا للقيام بالخدمة أو عندما تنجز هذه الأخيرة نشاطها مع الهيئات والإدارات العمومية ذات الطابع الإداري:

وتم ذكر هذه الحالة في الفقرة 6 من ذات المادة 49 من المرسوم الرئاسي 15-247¹.

يبدو واضحا من خلال هذه الفقرة أنها تحمل في مضمونها حالتين مستقلتين هما:

- عندما يمنح نص تشريعي أو تنظيمي مؤسسة عمومية ذات طابع تجاري أو صناعي مثل ديوان الترقية والتسيير العقاري حقا حصريا للقيام بمهمة الخدمة العمومية.

- عندما تنجز المؤسسة المبينة أعلاه كل نشاطها مع الهيئات والإدارات العمومية ذات الطابع الإداري.

وأراد المشرع من خلال هذه الفقرة إعطاء الأولوية في مجال التعاقد لبعض المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري ومصدر هذه الأولوية هي نص تشريعي أو تنظيمي فهو من يكفل حصريا لبعض المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري تقديم خدمة عمومية في مجال محدد ويعطيها مكنة التعاقد بطريق التراضي حين إبرام الصفقات العمومية.

ويرى الاستاذ عمار بوضياف أن إعطاء الأولوية لهذه المؤسسات والترخيص لها بالتعاقد بأسلوب التراضي سيخل بمبدأ المساواة وهو من المبادئ التي حملها المرسوم الرئاسي 15-247 في المادة 5 منه وحافظ عليه وجسده في مواد كثيرة، فيحق التساؤل كيف والأمر يتعلق بحرية الصناعة والتجارة وهو مبدأ دستوري ثابت بموجب المادة 43 من دستور 2016 أن نسلم بحالة منح مؤسسة عمومية ذات طابع صناعي وتجاري ما حقا حصريا للقيام بمهمة الخدمة العمومية وكان من الأفضل والأمر يتعلق بحرية ممارسة التجارة والصناعة أن لا يعترف المشرع بطابع مميز يشبه الطابع الإمتيازي أو ما أسماه المشرع بالحق الحصري وأن يترك المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري لتثبت وجودها وسط عامل كله منافسة لا أن تحظى فيه مؤسسة بعينها بإمتياز وأولوية

¹ - المادة 6/49 من المرسوم الرئاسي 15-247، المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتقويضات المرفق العام.

وحق حصري فالتوجه الإقتصادي للدولة يفرض من حيث الأصل إعطاء الأولوية ما لمؤسسة على حساب أخرى طالما كانت المؤسسات تنشط في نفس المجال¹.

ب-التراضي بعد الإستشارة: نصت على حالات التراضي بعد الإستشارة المادة 51 من المرسوم الرئاسي 15-247 وهي محددة على سبيل الحصر لا المثال وهي خمسة حالات بقولها" تلجأ المصلحة المتعاقدة إلى التراضي بعد الإستشارة في الحالات الآتية" والمتمثلة فيما يلي:

1-عندما يعلن عدم جدوى طلب العروض للمرة الثانية:

ذكرت هذه الحالة الفقرة 1 من المادة 51 من المرسوم الرئاسي 15-247 بقولها" عندما يعلن عدم جدوى طلب العروض للمرة الثانية".

أما عن متى نكون أمام حالة عدم جدوى طلب العروض فوضحتها المادة 40 ف 2 من ذات المرسوم الرئاسي بقولها" ويعلن عدم جدوى طلب العروض عندما لا يتم إستلام أي عرض، أو عندما لا يتم الإعلان، بعد تقييم العروض، عن مطابقة أي عرض لموضوع الصفقة ولمحتوى دفتر الشروط، أو عندما لا يمكن ضمان تمويل الحاجات".

إذا مضمونه يتمثل في أن تلجأ المصلحة المتعاقدة إلى تطبيق القاعدة العامة وهي طلب العروض وأتبعت الإجراءات المعمول بها، غير أن لا أحد من العارضين تقدم بعرض أي أننا أمام صفر عرض، وجب إعلان عدم جدوى العرض، وتكرر العملية للمرة الثانية بنفس الطريقة فإن لم يتم التوصل مرة أخرى إلى عدم تقديم أي عرض وجب الإعلان عن عدم جدوى العرض للمرة الثانية ومنه يحق للمصلحة المتعاقدة حق اللجوء إلى التراضي بعد الإستشارة.

وأضافت ذات الفقرة من المادة 40 السالفة الذكر حالة وهي عندما لا يتم الإعلان بعد تقييم العروض عن مطابقة أي عرض لموضوع الصفقة ولمحتوى دفتر الشروط وهي حالة مبررة أيضا، فالمصلحة المتعاقدة أتبعت الإجراءات وأعلنت عن الصفقة وتلقت العروض غير أنها تفاجأت بعدم مطابقة أي عرض لمضمون دفتر الشروط ومتطلباته هذه

¹ - عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية طبقا للمرسوم الرئاسي 15-247، المرجع السابق، ص ص230-

الحالة لها حق إعتدأ أسلوب التراضي بعد الإستشارة، ولها حق ذلك في حالة عندما لا يمكنها ضمان تمويل الحاجات ونصت عليها ذات الفقرة من المادة المبينة أعلاه.

2- حالة صفقات الدراسات واللوازم والخدمات الخاصة التي لا تستلزم طبيعتها اللجوء إلى طلب العروض:

جاءت هذه الحالة في الفقرة 2 من المادة 51 من المرسوم الرئاسي 15-247 بقولها " في حالة صفقات الدراسات واللوازم والخدمات الخاصة التي لا تستلزم طبيعتها اللجوء إلى طلب العروض وتحدد خصوصية هذه الصفقات بموضوعها أو بضعف مستوى المنافسة أو بالطابع السري للخدمات "

ونشير عن هذه الحالة أنها لا تخص عقد الأشغال موضوع دراستنا وأكتفت بصفقة الدراسات وإقتناء اللوازم والخدمات وبالتالي فهي لا تنطبق على غيرها.

3- صفقات الأشغال التابعة لمؤسسات وطنية سيادية:

نصت على هذه الحالة في أسلوب الإستشارة بعد التراضي الفقرة 3 من ذات المادة المبينة أعلاه من المرسوم الرئاسي 15-247 بقولها " في حالة صفقات الأشغال العمومية التابعة مباشرة للمؤسسات العمومية السيادية في الدولة".

على ضوء هذه النص المبين أعلاه نجد أن هذه الحالة من أجل تطبيقها وسلوك المصلحة المتعاقدة طريق التراضي بعد الإستشارة ينبغي توافر شرطين أولهما أن هذه الحالة تخص حصريا عقد الأشغال العامة فقط دون غيره من الصفقات الأخرى والتي حددتها المادة 29 من نفس المرسوم وهي صفقة الخدمات والدراسات واللوازم وثانيا أن يرتبط عقد الأشغال بمؤسسة عمومية سيادية في الدولة وهذا الشرط الأخير فيه تم ذكر مؤسسة سيادية بصفة مطلقة دون تحديد هذه المؤسسات هل يقصد بها إعفاء مؤسسة الدفاع أو مؤسسة تابعة لقطاع المالية أو قطاع العدالة من إبرام صفقة الأشغال العامة عن طريق طلب العروض والإكتفاء بطريق التراضي بعد الإستشارة؟

إن الإجابة على هذا السؤال تظل في غاية الغموض إلى غاية صدور القرار الوزاري عن وزير المالية الموعود به في الفقرة الأخيرة من المادة 51 من ذات المرسوم¹.

¹ - عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية طبقا للمرسوم الرئاسي 15-247، المرجع السابق، ص 234.

ونرى في هذا الخصوص أنه من أجل تحديد هذه المؤسسات ينبغي الرجوع إلى تحديد معنى السيادة من طرف فقهاء القانون الدستوري وماهي الأشخاص المعنوية التي تتمتع بالسيادة ومنها يمكن تحديد هذه المؤسسات العمومية السيادية.

4- حالة الصفقات الممنوحة التي كانت محل فسخ وكانت طبيعتها لا تتلائم مع أجل طلب عروض جديدة:

ورد ذكر هذه الحالة في الفقرة 4 من ذات المادة بقولها " في حالة الصفقات الممنوحة التي كانت محل فسخ، وكانت طبيعتها لا تتلائم مع أجل طلب عروض جديد". وهذه الحالة لم تكن واردة في المرسوم الرئاسي 10-236 ضمن حالات التراضي بعد الإستشارة وهي من مستجدات المرسوم الرئاسي 15-247.

كما أنها تتميز بالموضوعية حيث أنها تخول المصلحة المتعاقدة حق سلوك التراضي بعد الإستشارة في إبرام الصفقات بشرطين أولاً أن تكون قد أبرمت صفقة مهما كان نوعها وتم إحترام كافة إجراءاتها وفقاً لقاعدة طلب العروض وتم إختيار المتعامل المتعاقد وتم توقيع الصفقة من السلطة المؤهلة وبدأت مرحلة التنفيذ غير أنه نتيجة أسباب موضوعية تم فسخ الصفقة وثانياً أنه لا يكون بمقدور المصلحة المتعاقدة إجراء عملية إشهار جديدة بحكم أن المشروع المراد إنجازه لا يتحمل أجل طلب عروض جديدة بالكيفيات التي يتطلبها المرسوم في كيفية إجراءات إبرام الصفقة التي سنوضحها لاحقاً ومثال يمكن تصور من خلال مشروع معين إنشاء محكمة إدارية جديدة وأخل المتعامل المتعاقد بالتزاماته وتم فسخ الصفقة من جانب الأشغال لم ينجزها وأجال فتح هذه المحكمة قريب، فهنا الإدارة المعنية صاحبة المشروع وجب عليها الإلتزام من أجل توفير هذا المرفق الذي سيؤدي خدمة عامة للجمهور، هنا يمكنها لجوء للتراضي بعد الإستشارة بعدم قابلية المشروع وتحمله لإجراءات طلب عروض جديدة.

5- حالة العمليات المنجزة في إطار إستراتيجية تعاون حكومي وعلاقات ثنائية بين دولتين تتعلق بالتمويلات الإمتيازية وتحويل الديون إلى مشاريع تنمية وهبات

وهي حالة نصت عليها الفقرة 5 من ذات المادة بقولها " في حالة العمليات المنجزة، في إطار إستراتيجية التعاون الحكومي، أو في إطار إتفاقات ثنائية تتعلق بالتمويلات الإمتيازية وتحويل الديون إلى مشاريع تنمية أو هبات أو عندما تنص إتفاقات التمويل

المذكورة على ذلك وفي هذه الحالة يمكن المصلحة المتعاقدة أن تحصر الإستشارة في مؤسسات البلد المعني فقط في الحالة الأولى أو البلد المقدم للأموال في الحالات الأخرى". وهذه الحالة وردت كذلك حرفيا في المرسوم الرئاسي 10-236 في مادته 44 ف4 منه¹، حيث يتعين قصر مجال الإستشارة على مؤسسات الدولة المعنية وفي حالة إبرام إتفاقات مضمونها تحويل ديون إلى مشاريع وإستثمارات بناء على موافقة الدولتين وتلزم المصلحة المتعاقدة بحصر الإستشارة على مؤسسات البلد المقدم للقرض وتتجلى الحكمة في ذكر هذه الحالة من حالات اللجوء للتراضي بعد الإستشارة في تكريس وإحترام إلتزامات الدولة ذات الطابع الخارجي وهي حالة معقولة ومبرر إدراجها في هذا الشكل من التراضي².

المطلب الثاني: إجراءات إبرام صفقة الأشغال العامة

لا يكفي رسم طرق الإبرام حتى تتضح معالم عملية إتمام صفقة الأشغال العمومية بل يجب أن يتم تدعيم هذه الأخيرة بإجراءات مترجمة لها تتبعها المصلحة المتعاقدة، وذلك وفقا للحدود القانونية، والمشرع الجزائري في المرسوم الرئاسي 154-247 حرص على تحديد جميع الإجراءات التي يجب على المصلحة المتعاقدة مراعاتها عند دعوة العارضين للمنافسة إبتداء من إعلان الصفقة إلى غاية إعتقاد الصفقة، وغايته من تحديد هذه الإجراءات هو تجسيد مبادئ الصفقات العمومية المتمثلة في تحقيق المساواة بين العارضين، وشفافية المعاملة العقدية، ونجاعة الطلبات العمومية والإستعمال الحسن للمال العام والمحافظة على حرية الوصول للطلبات العمومية.

غير أن المشرع الجزائري في هذا المرسوم الرئاسي ميز بين إجراءات إبرام الصفقة العمومية ومن بينها صفقة الأشغال العمومية في حالة إعتقادها أسلوب التعاقد طلب العروض أو طلب التراضي، وهذا أمر طبيعي كون أن طلب العروض يشكل القاعدة العامة في التعاقد في مجال الصفقات العمومية ويقوم على مبدأ المنافسة والإشهار وإنتقاء الأفضل، بينما التراضي يشكل الإستثناء وتحكمه حالات محددة على سبيل الحصر على المثال حسب شكله إما التراضي بسيط أو التراضي بعد الإستشارة كما تقدم بيانه في المطلب الأول

¹ - المادة 4/44 من المرسوم الرئاسي 10-236، المتضمن الصفقات العمومية.

² - عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية طبقا للمرسوم الرئاسي 15-247، المرجع السابق، ص236.

وعليه سنقسم هذا المطلب إلى فرعين الأول نخصه لإجراءات طلب العروض والثاني لإجراءات التراضي.

الفرع الأول: إجراءات طلب العروض

حرص المشرع الجزائري في قاعدة طلب العروض في إبرام صفقة الأشغال العامة على إلزام المصلحة المتعاقدة على إحترام مجموعة من إجراءات قبل إعتقاد الصفقة وغاياته الإستعمال الحسن للمال العام وحمايته وحسن إختيار المتعاقد وهذه الإجراءات إلزامية وليست جوازية، ولا يمكن للمصلحة المتعاقدة مخالفتها، وإلا كنا أمام جريمة إبرام عقود مخالفة للتشريعات والتنظيمات المعمول بها وتتمثل هذه الإجراءات فيما يلي:

أولاً: تحضير الغلاف المالي

تحتاج صفقة الأشغال العمومية إلى غلاف مالي يتم دفعه من المصلحة المتعاقدة إلى المتعامل المتعاقد معها. وهذا الوعاء المالي للصفقة أحيانا يرصد على حساب الإعتقاد المالي للدولة، وأحيانا أخرى يقيد ويحسب في ميزانية الإدارة المعنية أو ما يسمى بميزانية القطاع وسنبين ذلك على النحو التالي:

أ- تمويل الصفقة عن طريق ميزانية الدولة: قد تمول الصفقة عن طريق ميزانية الدولة على اعتبار أن المشروع ذو نفع عام، كأن يتعلق الأمر بإنجاز إقامة جامعية، أو فضاء بيداغوجي فعندها ينبغ إعداد ملف كامل بالتنسيق بين مصالح وزارة التعليم العالي والبحث العملي ومصالح وزارة المالية ومصالح أخرى ذات علاقة من أجل الحصول على الإعتقاد المالي، وإذا سجلت العملية أو المشروع رسميا ورصدت له المصالح المختصة مبلغا ماليا للصفقة المتعلقة بإنجاز إقامة جامعية أو فضاء بيداغوجي صار للوالي المختص إقليميا صفة الأمر بالصرف فيما يخص هذه الصفقات، وذات الأمر يتبع بالنسبة لإنجاز مستشفيات ومراكز التكوين المهني والملاعب وغيرها من المرافق العامة.

ب- تمويل الصفقة عن طريق ميزانية القطاع أو ميزانية المؤسسة:

لكل قطاع من قطاعات الدولة سنويا ميزانية ترصد لتحقيق جملة الأهداف المسطرة في كل قطاع، فلولاية ميزانية وللبلدية وللجامعة والمستشفى ولكل قطاع ميزانيته السنوية.

فإذا احتاجت البلدية لإنجاء محلات تجارية فلا شك أنها لا تعلن عن طلب العروض إلا إذا كان تحت يدها غلاف مالي مدرج في ميزانيتها مخصص لإنجاز هذه المحلات، ومن الطبيعي القول أن إجراءات إعداد الميزانية والمصادقة عليها من قبل الأجهزة المختصة يأخذ هو الآخر زمن طويلا، فوجب حينئذ على كل إدارة معنية أن تسطر احتياجاتها المختلفة وتقدرها وتأخذها بعين الاعتبار في مرحلة إعداد الميزانية.

إذا اعتمدت الجهات المختصة ميزانية قطاع ما ، سار الرئيس الإداري مخولا للتوقيع على الصفقة من ذلك والي الولاية أو رئيس المجلس الشعبي البلدية أو مدير الجامعة... إلخ¹.

ثانيا: إعداد دفتر الشروط وعرضه على لجنة الصفقات المعنية للمصادقة عليه

باعتبار الصفقة من عقود الإذعان فإن المصلحة المتعاقدة قبل الإعلان عن طلب العروض تقوم بإعداد دفتر الشروط والأحكام المتعلقة بها، بإرادتها المنفردة باعتبارها صاحبة سلطة عامة والوثيقة التي تحدد شروط التعاقد هي دفتر الشروط الملحق بالعقد المبرم بين الإدارة والمتعاقد معها وبعدها تقوم بعرضه على لجنة الصفقات المعنية للمصادقة عليه.

أ- إعداد دفتر الشروط

وفيه سنتناول تحديد تعريفه وأنواعه.

1- تعريفه: عرف دفتر الشروط بأنه عبارة عن وثيقة تتضمن مجموعة من البنود تتعلق بموضوع الصفقة والوثائق المكونة، الشروط المطلوبة في المترشحين، الأسس التي يتم الإعتماد عليها في إختيار المتعاقد وكيفية التقطيط بالنسبة للعرضيين التقني والمالي، كما تقتضي دقة دفتر الشروط تحديد مختلف الشروط التي تبرم وتنفذ وفقها الصفقة لذا يجب على المصلحة المتعاقدة إعدادها بدقة تحقيقا لمبدأ شفافية الإجراءات².

¹ - عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية طبقا للمرسوم الرئاسي 15-247، المرجع السابق، ص 240-

241.

²-شايبى نوال ، مرجع سابق، ص 147.

كما تم تعريفه على أنه عبارة عن وثائق تتضمن مجموعة من القواعد والأحكام التي تضعها الإدارة مسبقا وإرادتها المنفردة، بما لها من إمتيازات السلطة العامة، حتى تطبق على عقودها وصفقاتها العمومية مراعاة لمقتضيات المصلحة العامة¹.
 فدفتر الشروط إذن هو وثيقة رسمية تضعها المصلحة المتعاقدة بإرادتها المنفردة، تحدد بموجبها سائر الشروط المتعلقة بقواعد المنافسة بمختلف جوانبها.

2-أنواعه:

ووفقا للمادة 26 من أحكام المرسوم الرئاسي 15-247² فإن دفاتر الشروط متنوعة وهي دفتر البنود الإدارية العامة ودفتر التعليمات المشتركة ودفتر التعليمات الخاصة.
 *دفتر البنود الإدارية العامة: يتضمن هذا الدفتر مجمل الأحكام المطبقة على جميع الصفقات العمومية للأشغال العامة واللوازم والدراسات والخدمات الموافق عليها بموجب مرسوم تنفيذي وهذا ما اكدته المادة 26 ف 2 من المرسوم الرئاسي 15-247³.

وقد صدر دفتر التعليمات أو البنود الادارية العامة بتاريخ 21-11-1964، بناء على القرار المؤرخ في 21-11-1964 الصادر في الجريدة الرسمية عدد 06 سنة 1965 المتضمن المصادقة على دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال الخاصة بوزارة تجديد البناء والأشغال العمومية والنقل وقد جاء في تبرير هذا القرار المتضمن دفتر التعليمات الإدارية العامة، وهذا الدفتر يطبق على كل صفقات الأشغال ابتداء من تاريخ 01-01-1965، ويفهم من ذلك أن هذا الدفتر يخص فقط ميدان الأشغال، غير أنه نرى أن هذا الدفتر يطبق على جميع الصفقات خاصة وأن المرسوم الرئاسي 15-247 في مادته 26 ف 2 منه كما تم تبيانه أعلاه نص على أن هذا الدفتر يخص جميع الصفقات دون حصرها في صفقة معينة.

ونظرا لإشترط المرسوم الرئاسي 15/247 في مادته المبين أعلاه أن يوضع هذا الدفتر بموجب مرسوم تنفيذي مما يجعل من القرار الوزاري المبين أعلاه لا يتماش ما هو محدد في هذا المرسوم وهو مادفع بالمشروع الجزائري بتدراك هذا الخلل وأصدر مرسوم تنفيذي

¹ محمد الصغير بعلي، القرارات والعقود الادارية، مرجع سابق، ص 241.

² - المادة 26 /1 من المرسوم الرئاسي 15-247، المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام .

³ - المادة 26 /2 من المرسوم الرئاسي 15-247، المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

ينظم هذا الخصوص ويتعلق بالمرسوم التنفيذي رقم 21-219 المتضمن الموافقة على دفتر البنود الإدارية العامة المطبقة الصفقات العمومية للأشغال.

* **دفتر التعليمات التقنية المشتركة:** نصت على هذا النوع من الدفاتر المادة 26 ف 3 من المرسوم الرئاسي 15-247¹، وعرفته على أساس أنها الدفاتر التي تحدد الترتيبات التقنية المطبقة على كل الصفقات المتعلقة بنوع واحد من الأشغال واللوازم أو الدراسات أو الخدمات، وبالتالي يتضح من هذا التعريف القانوني أن ما تحويه دفاتر التعليمات المشتركة هو شروط وترتيبات تقنية، بمعنى عدم إحتوائها على الضوابط القانونية التي تكفل بها دفتر التعليمات الإدارية العامة، وإذا كانت هذا الأخيرة يصادق عليه بموجب قرار وزاري مشترك فإن دفتر التعليمات المشتركة يصادق عليه بموجب قرار صادر عن الوزير المعني، كما أن هذا الدفتر يطبق على كافة أنواع الصفقات العمومية سواء أشغال أو توريد أو دراسات أو خدمات.

* **دفتر التعليمات الخاصة:** نصت عليه المادة 26 ف 4 من المرسوم الرئاسي 15-247²، وهو دفتر تحدد فيه الشروط الخاصة بكل صفقة.

ومن الطبيعي القول أن الشروط الخاصة التقنية تختلف من صفقة إلى أخرى، وحتى لو كانت الإدارة المتعاقدة نفسها هي التي وضعت دفتر الشروط يتعلق بصفقة معينة، فإن هذا لا يمنعها أن تعد دفتراً آخر مغاير تماماً يتعلق بصفقة أخرى ولو كانت في نفس السنة أو متزامنة معها، فما صلح من شروط لصفقة لا يصلح بالضرورة لصفقة أخرى، لذا جاءت المادة المبينة أعلاه معترفة بالطابع الخاص لكل صفقة وإختلاف التعليمات بالنظر لخصوصية كل صفقة³.

ب- عرض دفتر الشروط على لجنة الصفقات المعنية للمصادقة عليه:

لما كان لصفقة الأشغال العمومية وثيقة الصلة بالمال العام وحقوق الخزينة تعين على المشرع أن يفرض حال مرحلة إبرام الصفقة لجملة من الإجراءات كما يفرض إطاراً

¹ - المادة 26 / 3 من المرسوم الرئاسي 15-247، المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

² - المادة 26 / 4 من المرسوم الرئاسي 15-247، المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

³ - عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية طبقاً للمرسوم الرئاسي 15-247، المرجع السابق، ص 245.

رقابيا لضمان سلامة المعاملات العقدية وإبعاد الجهات الرسمية عن كل ما يجلب الفساد المالي.

بالرجوع إلى المرسوم الرئاسي 15-247 نجد المشرع فيه نصب لجانا للصفقات العمومية على كافة المستويات وفي جميع القطاعات والمؤسسات المعنية ومن بين إختصاصاتها دراسة دفاتر الشروط وهو ما نصت عليه المادة 169 منه بقولها " تختص لجنة الصفقات بتقديم مساعدتها في مجال تحضير الصفقات العمومية وإتمام تراتيبها، ودراسة دفاتر الشروط والصفقات والملاحق ومعالجة الطعون التي يقدمها المتعهدون حسب الشروط المحددة في المادة 82 من هذا المرسوم".

وقد ظهرت أهمية إخضاع دفاتر الشروط لأسلوب التأشيرة التي كانت تخضع لها مشاريع الصفقات، قصد جعلها ضامنا لنزاهة إجراءات طلب العروض، ويحدد المبلغ الإجمالي الذي تدمج فيه كل الرسوم المتعلقة بالصفقة، إختصاص لجان مراقبة الصفقات، وبالتالي فإن رقابة صفقة الأشغال العمومية تعرض فيها دفاتر الشروط على لجنة الصفقات المختصة من أجل دراستها والمصادقة عليها حسب قيمة مبلغ المشروع إما تعرض على لجان صفقات العمومية للمصلحة المتعاقدة أو لجان صفقات عمومية قطاعية، ويكون من إختصاص لجان الصفقات العمومية القطاعية في حالة إذا فاق مبلغ صفقة الأشغال مليار دينار (1.000.000.000 دج)، وهذا ما نصت عليه المادة 184 من المرسوم الرئاسي 15-247¹ وإذا قل عن هذا المبلغ يعرض على لجان صفقات عمومية للمصالح المتعاقدة وهذا ما نصت عليه المواد من 171 إلى 175 من نفس المرسوم².

ثالثا: مرحلة الإعلان عن الصفقة

في إطار الوقاية من إحتكار تكليف متعامل متعاقد واحد بإبرام الصفقات العمومية ومن بينهما صفقة الأشغال العمومية، ألزم المشرع المصلحة المتعاقدة بالإعلان عن رغبتها في التعاقد وجوبا وفقا للطرق المنصوص عليها في تنظيم الصفقات العمومية، فقد أشترط المشرع الإعلان عن الرغبة في التعاقد عن طريق الإشهار الصحفي وجوبا في المادة 61

¹ - المادة 184 من المرسوم الرئاسي 15-247، المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

² - المواد 171، 172، 173، 174 و175 من المرسوم الرئاسي 15-247، المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

من المرسوم الرئاسي 15-247 مهما كان شكل طلب العروض بالإضافة إلى أسلوب التراضي بعد الإستشارة عند الإقتضاء.

ويهدف المشرع من إلزامية الإعلان عن الصفقة إلى تكريس المبادئ الأساسية في التعاقد والمتمثلة في مبدأ العلانية والشفافية وحرية الوصول للطلبات العمومية، مبدأ حرية المنافسة الشريفة، والإستعمال الحسن للمال العام ومبدأ المساواة بين المتنافسين وهو ما أكدت عليه المادتين 9 من القانون 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته¹، والمادة 5 من المرسوم الرئاسي 15-247².

وسنوضح في هذا الخصوص نقطتين الأولى إجراء النشر الصحفي والنشر الإلكتروني ومضمون الإعلان.

أ- إجراء النشر الصحفي والإلكتروني:

يعتبر الإشهار الصحفي في الصفقة إجراء شكلي جوهري، يلزم المصلحة المتعاقدة بمراعاته في جميع أشكال طلب العروض، وكذا التراضي بعد الإستشارة عند الاقتضاء. ونظرا لأهمية الإعلان لكون أن طلب العروض لا يتم إلا به أو التعاقد لا يتم كقاعدة عامة إلا بإتباع أسلوب طلب العروض، مما يؤدي إلى نتيجة مفادها أن لا تعاقد دون إعلان، وإلزامية الإعلان نصت عليها المادة 61 من المرسوم الرئاسي 15-247 وحددت حالاته كما سبق تبيانه أعلاه، وفصل المشرع قواعد الإعلان في المادة 65 من نفس المرسوم³، ففرض ما يلي:

- تحرير إعلان طلب العروض باللغة العربية وبلغة أجنبية واحدة على الأقل.
- أن الإعلان إجباريا في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي.
- أن ينشر الإعلان على الأقل في جريدتين يوميتين وطنيتين موزعتين على المستوى الوطني.
- إمكانية إعلان طلب عروض الولايات والبلديات والمؤسسات العمومية الموضوعة تحت وصايتها والتي تتضمن صفقات أشغال يساوي مبلغها تبعا لتقدير إداري مائة

¹ - المادة 9 من القانون 06-01، المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته.

² - المادة 5 من المرسوم الرئاسي 15-247، المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

³ - المادة 65 من المرسوم الرئاسي 15-247، المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

مليون دينار جزائري (1000.000.000 دج) أو يقل عنه بالنشر في يوميتين محليتين أو جهويتين وإلصاق إعلان طلب العروض بالمقرات المعنية للولاية وكافة بلديات الولاية وغرف التجارة والصناعة والصناعة التقليدية والحرف والفلاحة للولاية والمديرية التقنية المعنية في الولاية.

ما تم ملاحظته على النصوص القانونية السابقة المنظمة للصفقات العمومية أن المشرع لم يشر على الإطلاق للنشر الإلكتروني رغم أهميته من الناحية العملية، وهو الأمر الذي تداركه بموجب المرسوم الرئاسي 10-236 في مادتيه 173 و174 منه¹، أين أدرج في الباب السادس منه وسيلة الإعلان الإلكتروني، تحت عنوان "الإتصال وتبادل المعلومات بالطريقة الإلكترونية، تضمن القسم الأول منه المعنون بعنوان "الإتصال بالطريقة الإلكترونية، الإشارة أن تؤسس بوابة إلكترونية للصفقات العمومية، ونص في القسم الثاني تحت عنوان "تبادل المعلومات بالطريقة الإلكترونية" على كيفية تبادل المعلومات المتعلقة بالدعوى للمنافسة.

وهو الشيء الذي أكدته في ظل المرسوم الرئاسي 15-247، في الفصل السادس بعنوان "الاتصال وتبادل المعلومات بالطريقة الإلكترونية" في نص مواده من 203 إلى 206 منه، ورد فيه القسم الأول منه بعنوان "الإتصال بالطريقة الإلكترونية" والقسم الثاني بعنوان "تبادل المعلومات بالطريقة الإلكترونية، حيث مكن المصالح المتعاقدة من وضع وثائق الدعوى إلى المنافسة تحت تصرف المتعهدين أو المرشحين للصفقات العمومية بالطريقة الإلكترونية، كما منح المشرع لكل المتعهدين والمرشحين للصفقات العمومية إمتياز الرد على الدعوة إلى المنافسة بالطريقة الإلكترونية تسهيلا منه للإجراءات المعهودة في ظل التشريعات السابقة، وكل هذا يدل على مواكبة المشرع الجزائري لوسائل الإعلان الحديثة في مجال الصفقات العمومية².

وما يمكن ملاحظته بخصوص الإعلان الإلكتروني أنه حسب المرسوم الرئاسي 10-236 غير ملزم للمصالح المتعاقدة عكس الإعلان الصحفي والإعلان في النشرة الرسمية

¹ - المادتين 173 و174 من المرسوم الرئاسي 10-236، المتضمن الصفقات العمومية.

² - زوزو زوليخة، جرائم الصفقات العمومية وأليات مكافحتها في ظل القانون المتعلق بالفساد، مذكرة مقدمة لنيل شهادة ماجستير في الحقوق تخصص قانون جنائي، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، الجزائر، 2011-2012، ص46.

لصفات المتعامل العمومية كما سبق تبيانه أعلاه ويتجلى ذلك من إستعمال المشرع لكلمة يمكن الواردة في المادة 147 منه بقولها " يمكن المصلحة المتعاقدة ... يمكن أن يرد المتعهدون..."، بينما المادة 204 من المرسوم الرئاسي 15-247 حذفت منها عبارة الجواز فجاء النص كمايلي " تضع المصالح المتعاقدة وثائق الدعوة إلى المنافسة تحت تصرف المتعهدين أو المرشحين للصفقات العمومية بالطريقة الإلكترونية حسب جدول زمني يحدد بموجب قرار من الوزير المكلف بالمالية.

يُرد المتعهدون أو المرشحون للصفقات على الدعوة للمنافسة بالطريقة الإلكترونية حسب الجدول الزمني المذكور أعلاه".

وإذا كان نشر طلب العروض في الموقع الإلكتروني للإدارة المعنية أمر نشي عليه نظرا لمحاسنه الكثيرة، وحتى نساير التطور التكنولوجي ووسائل الإتصال الحديثة، إلا أننا نشير إشكالية التصميم الهندسي للبوابة الإلكترونية والرد الإلكتروني من جانب المتعهد، وما قد يثيره من مخاطر تسرب المعلومة، وتعرضها للقرصنة الإلكترونية، خاصة أمام ما نشهده من تطور رهيب في هذا المجال، ويبدو أنه كلما تطورت الإختراعات في مجال المعلوماتية وأنظمة الحماية، كلما ظهرت أساليب للقرصنة من الصعب النجاة منها وتقاديها¹، ونحن نرجح رأي الدكتور عمار بوضياف السالف الذكر ونرى أن الرد العادي يضمن سرية أكثر إذ يفرض وجود ظرف تكتب عليه عبارة " لا يفتح" ولا يفتح إلا في جلسة علنية.

وبهذه القواعد جسد المشرع المبادئ الأساسية في التعاقد فلم يكتف بإلزام المصالح المتعاقدة باللجوء كأصل عام إلى طلب العروض، بل فرض نشر الإعلان ووجوب وصوله إلى المعنيين عن طريق الإشهار الصحفي وحتى الإلكتروني إذ تعتبر هذه الوسيلة أكثر إستعمالا في وقتنا الراهن.

وجعل المشرع هذه البيانات إلزامية بما يعني بمفهوم الموافقة بيانات جوهرية يترتب على عدم مراعاتها البطلان².

¹ - عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية طبقا للمرسوم الرئاسي 15-247، المرجع السابق، ص 255.

² - شايبي نوال، المرجع السابق، ص 143.

ب- مضمون الإعلان:

اشتراط المرسوم الرئاسي 15-247 أن يتضمن الإعلان بيانات إلزامية وهو ما تم تحديدها وضبطها من خلال نص المادة 62 منه وتتمثل هذه البيانات الإلزامية فيما يلي:

- تسمية المصلحة المتعاقدة وعنوانها ورقم تعريفها الجبائي.
- كيفية طلب العروض.
- شروط التأهيل أو الإنتقاء الأولي.
- موضوع العملية.
- قائمة موجزة بالمستندات المطلوبة مع إحالة القائمة المفصلة إلى أحكام دفتر الشروط ذات الصلة.
- مدة تحضير العروض ومكان إيداع العروض.
- إلزامية كفالة التعهد، إذا أقتضى الأمر.
- تقديم العروض في ظرف مغلق بإحكام، تكتب عليه عبارة " لا يفتح إلا من طرف لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض.
- ثمن الوثائق عند الإقتضاء.

بفرض المشرع لهذه البيانات في مضمون إعلان طلب العروض مهما كان شكله، يكون قد كفل للمعنيين حق المنافسة على الصفقة، وبترتب على مخالفتها بطلان طلب العروض برمته، وهو ما سار عليه القضاء الإداري الفرنسي حينما حكم ببطلان المزاد إذا لم يتم الإعلان بالطريقة التي نص عليها القانون وهي اللصق على اللوحات المعدة لذلك¹.

رابعاً: مرحلة إيداع العروض

خلال المدة التي يحددها الإعلان يتقدم الراغبون بالتعاقد بعطاءاتهم وتعرف هذه الأخيرة بأنها العروض التي يتقدم بها الأشخاص في الصفقة والتي يتبين من خلالها الوصف الفني لما يستطيع المتقدم القيام به وفقاً للمواصفات المطروحة في ملف الصفقة وكذا تحديد السعر الذي يقترحه، والذي رضي على أساسه إبرام العقد فيما لو رست عليه الصفقة².

¹ - محمد أنس قاسم جعفر، النظرية العامة لأحكام الإدارة والأشغال العامة، الطبعة الثالثة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1992، ص10.

² - محمود خلف الجبوري، العقود الادارية، الطبعة الثانية، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 1998، ص57.

أ- **مضمون العروض:** إذا تقديم العطاءات فيجب توافر مجموعة من المعلومات والمواصفات بعضها بالراغب بالتعاقد، بينما القسم الآخر يتعلق بالمشروع موضوع طلب العروض، وقد استقر التعامل على وجوب إحتواء العطاء على عرض تقني وعرض مالي¹.

إلا أن المشرع الجزائري من خلال المرسوم الرئاسي 15-247 أضاف عرض ثالث وهو ملف الترشيح ليصبح لدينا عرض تقني وعرض مالي وملف الترشيح.

1- ملف الترشيح: نصت عليه المادة 67 من المرسوم الرئاسي 15-247²، بحيث يتضمن هذا الملف ما يلي: تصريح بالترشيح، التصريح بالنزاهة، القانون الأساسي للشركات، الوثائق التي تتعلق بالتفويضات التي تسمح للأشخاص بالزام المؤسسة، كل وثيقة تسمح بتقديم قدرات المرشحين أو المتعهدين أو عند الإقتضاء، المناولين (قدرات مهنية، قدرات مالية وقدرات تقنية).

2- العرض التقني: نصت عليه ذات المادة المبينة أعلاه ويتضمن التصريح بالاكنتاب، كل وثيقة تسمح بتقديم العرض التقني: مذكرة تقنية تبريرية وكل وثيقة مطلوبة تطبيقاً لأحكام المادة 78 من هذا المرسوم، كفالة التعهد تعد حسب الشروط المنصوص عليها في المادة: 25 من هذا المرسوم ودفتر الشروط يحتوي في آخر صفحة على العبارة " قرئ وقبل" مكتوبة بخط اليد.

3- العرض المالي: ورد في ذات المادة ويتضمن رسالة تعهد، جدول الأسعار بالوحدة، تفصيل كمي وتقديري، تحليل السعر الإجمالي والجزافي، تحدد نماذج رسالة التعهد والتصريح بالإكنتاب والتصريح بالنزاهة بموجب قرار من الوزير المكلف بالمالية، يمكن المصلحة المتعاقدة حسب موضوع الصفقة أن تطلب الوثائق المتمثلة في التفصيل الفرعي للأسعار بالوحدة والتفصيل الوصفي التقديري المفصل.

خامساً: مرحلة فتح الأظرفة وتقييم العروض

تمر عملية فتح الأظرفة وتقييم العروض بمرحلتين أساسيتان هما:

¹ -مازن ليلو راضي، القانون الإداري، الطبعة الثالثة، عمان، دون سنة نشر، ص233.

² - المادة 67 من المرسوم الرئاسي 15-247، المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام .

أ-مرحلة فتح الأظرفة: تأتي هذه المرحلة بعد إيداع العروض من قبل العارضين لدى المصلحة المتعاقدة وتختص بوظيفة فتح الأظرفة للجنة الدائمة لفتح وتقييم العروض بحيث أجمع بين لجنة فتح الأظرفة ولجنة تقييم العروض وهذا ما نصت عليه المادة 71 من المرسوم الرئاسي 15-247¹، عكس ما كان عليه في المراسيم السابقة.

وذهب مجلس الدولة الفرنسي في حكمه الصادر في 09-7-1919 في قضية Grande إلى وجوب إلتزام مقدم العطاء بعطائه وعدم سحبه حتى ولو لم يتضمن دفتر الشروط هذا المبدأ إذ ورد فيه " منذ لحظة تقديم العطاء يلزم المتقدمون نهائيا إتجاه البلدية، وبناء على ذلك فإدعاء السيد Grande بأنه أبدى رغبته بسحب عطائه أمر لا قيمة له".

واتبعت محكمة القضاء المصري ذات الإتجاه في حكمها الصادر بتاريخ 24-02-1957 عندما قررت أن المدعي في وقائع هذه الدعوى قصد الإرتباط بعطائه إلى الوقت الذي يفتح فيه المظاريف، ويخطر صاحب العطاء بقبول عطائه من عدمه، ويلتزم المتقدم بالبقاء على إيجابه حتى تعلن نتيجة المناقصة إذ يتحرر مقدموا العطاءات جميعا بإستثناء من ترسو عليه المناقصة، الذي يظل ملتزما بعطائه إلى أن يتم إعتقاد المناقصة وقد أستقر الفقه والقضاء على أن إلتزام مقدم العطاء بالبقاء على إيجابه مصدره إرادته المنفردة².

ولم يحدد النص التنظيمي الأخير للصفقات العمومية والمتعلق بالمرسوم الرئاسي 15-247 أجلا لإلتزام المترشحين بعروضهم، في حين حدده الأمر رقم: 67-90 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية ب (90) يوما، إذ جاء في المادة 40 منه " يبقى المترشحين ملتزمين بعرضهم مدة 90 يوما"³.

ب-تقييم العروض: أن مهمة دراسة العطاءات وتقييمها تدخل ضمن الإختصاص الأصيل للجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض، ويمكنها أن تقترح بدائل للعروض، كما يمكنها إقصاء العروض غير المطابقة لدفتر الشروط، وهذا نصت عليه المادة 72 من المرسوم الرئاسي

¹ - المادة:66 من المرسوم الرئاسي 15-247، المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

² - مازن ليلو راضي، القانون الإداري، المرجع السابق، ص256.

³ - عمار عوابدي، القانون الإداري، النشاط الاداري، الجزء الثاني، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2007،

ص201.

15-247¹، ويتم تقييم العروض على مرحلتين وفقا للمنهجية المحددة في دفتر الشروط والمبينة كالآتي:

1-مرحلة الترتيب التقني للعروض: يتم في هذه المرحلة إقصاء العروض التي لم تحصل على العلامة الدنيا المنصوص عليها في دفتر الشروط، ويتم التنقيط في صفقة الأشغال العمومية بناء على المعايير المتمثلة في الخبرة العامة للمؤسسة، التأطير التقني المقترح للمشروع، المعدات والتجهيزات، مخططات تنفيذ الأشغال.

فالعارض الحاصل على العلامة الدنيا أو أكثر يتأهل إلى مرحلة الفتح المالي، والتقييم كعملية تتم سواء كانت الخدمات متكررة أو معقدة تقنيا.

2-مرحلة التقييم المالي: يشمل هذا التقييم فقط المؤسسات التي أجتازت مرحلة التقييم التقني، وتبدأ هذه العملية بعد مراجعة الكشف الكمي والتقديري، وجدول الأسعار الوحدوية وتصحيح الأخطاء المحتملة، ونميز بين حالتين:

-إما أن يتم إختيار العرض الأقل ثمنا وإجتياز التقييم التقني، إذا كان الأمر يتعلق بخدمات عادية.

-إنتقاء أحسن عرض من حيث المزايا الإقتصادية، إذا تعلق الأمر بخدمات معقدة، ويعتمد أساسا على التقييم التقني، وهذا يجمع النقطة التقنية والنقطة المالية والمؤسسة المتحصلة على أكبر نقطة هي التي تفوز بالعرض، وتنتهي عملية التقييم بإنتقاء المتعاقد².

وإذا كان العرض المالي للمتعاقد الإقتصادي منخفضا بشكل غير عادي، فيجوز للمصلحة المتعاقدة رفضه بمقرر معلل بعد أن تطلب كتابيا التوضيحات التي تراها ملائمة والتحقق من التبريرات المقدمة، وهو ما أورده المادة 72 من المرسوم الرئاسي 15-247 والمادة 125 ف10 من المرسوم الرئاسي 10-236 سابقا.

¹ - المادة 72 من المرسوم الرئاسي 15-247، المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

² -فاطمة زهراء فرقان، رقابة الصفقات العمومية الوطنية في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون، فرع الدولة والمؤسسات العمومية، كلية الحقوق، جامعة يوسف بن خدة، بن عكنون، الجزائر، 2006-2007، صص 22 - 24.

سادسا: مرحلة الإعلان عن المنح المؤقت

في هذه المرحلة سنتناول مايلي

أ-تعريف المنح المؤقت: يعتبر المنح المؤقت إجراء إعلاميا بموجبه تخطر الإدارة المتعاقدة المتعهدين والجمهور بإختيارها المؤقت وغير النهائي لمتعاقد ما نظرا لحصوله على أعلى تنقيط فيما يخص العرض المقدم بكل محتوياته وتفصيله وفقا للمعايير المحددة في دفتر الشروط¹.

ب-تثبيت إجراء المنح المؤقت: بين التنظيم الساري المفعول كيفية تبليغ نتائج تقييم العروض التقنية والمالية حيث يتم في إعلان المنح المؤقت الذي يبين من فاز بالصفقة مؤقتا، وهو ما أورده المادة 65 الفقرة 2 من المرسوم الرئاسي 15-247 بقولها "... يدرج إعلان المنح المؤقت في الجرائد التي تنشر فيها إعلان طلب العروض، عندما يكون ذلك ممكنا، مع تحديد السعر، وأجال الإنجاز وكل العناصر التي سمحت بإختيار حائز الصفقة العمومية".

ج-الأثر القانوني الناتج عن نشر إعلان المنح المؤقت: تتمثل في نشوء حق الطعن لكل متعهد يرغب في ذلك فالإدارة هنا لم تبرم الصفقة، ولم توقع بعد، بل لا يجوز قانونا توقيعها في هذه المرحلة وهضم حقوق المتعهدين في الطعن، وهذا الأثر حددته المادة 82 من المرسوم الرئاسي 15-247² وفيه تم تحديد أجل الطعن ب 10 أيام ابتداء من نشر إعلان المنح المؤقت للصفقة في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي أو في الصحافة أو في بوابة الصفقات العمومية في حدود المبالغ القصوى المحددة في المادتين 173 و184 من نفس المرسوم ويتم أمام لجنة الصفقات المعنية.

سابعا-إعتماد الصفقة: وقد جاءت المادة 4 من المرسوم الرئاسي 15-247 مؤكدة كيفية اعتماد الصفقة بأنها لا تصح الصفقات و لا تكون نهائية إلا إذا وافقت عليها السلطة المختصة وهي مسؤول الهيئة العمومية، الوزير، الوالي، رئيس المجلس الشعبي البلدي والمدير العام أو مدير المؤسسة العمومية.

¹ - عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية طبقا للمرسوم الرئاسي 15-247، المرجع السابق، ص296.

² - المادة 82 من المرسوم الرئاسي 15-247، المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام .

باعتقاد الصفقة وتزكية الانتقاء أو الاختيار، تدخل الصفقة العمومية مرحلتها النهائية وتعرف بعد توقيعها من قبل السلطة المخولة بذلك مرحلة جديدة وهي مرحلة التنفيذ فالإعتماد يجعل العقد نهائياً¹.

الملاحظ على المادة 4 أنها أستعملت مصطلح الموافقة وهو نفس المصطلح الذي استعمل في المادة 7 من المرسوم الرئاسي 10-236²، بينما الأمر 67-90 أستعمل مصطلح مصادقة وهو ما نصت عليه المادة 139 منه³.

الفرع الثاني: إجراءات التراضي

بالرجوع إلى المرسوم الرئاسي 15-247 نجد أن المشرع الجزائري منح المصلحة المتعاقدة وفقاً لهذا الأسلوب من التعاقد حق في اختيارها المتعامل المتعاقد معها دون الحاجة إلى الإشهار، فأسلوب التراضي يعفيها من حيث الأصل من أهم قيد وهو الإعلان، ولا يعفيها من كل القيود الشكلية، إذ أنه يلقى على عاتقها إتباع إجراءات شكلية بسيطة سواء في التراضي البسيط أو التراضي بعد الإستشارة.

أولاً- في أسلوب التراضي البسيط:

أخضع المشرع في المرسوم الرئاسي 15-247 هذا نوع من التراضي لإجراء إتخاذ الرخصة من مجلس الوزراء الذي أشارت إليه المادة 49 ف 4 و 5⁴، بحيث نصت على أنه ينبغي أخذ الموافقة المسبقة من مجلس الوزراء، إذا كان مبلغ الصفقة يساوي أو يفوق عشرة ملايين دينار (10.000.000.000 دج)، وللموافقة المسبقة أثناء إجتماع الحكومة إذا كان مبلغ الصفقة يقل عن المبلغ السالف الذكر، وعليه المصلحة المتعاقدة لا يمكنها إبرام العقود دون القيام بهذا الإجراء وهو إجباري ويتعلق بحالتين حالة مشروع ذات أهمية وطنية وحالة الأمر بترقية الأداة الوطنية العمومية للإنتاج.

¹ - عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية طبقاً للمرسوم الرئاسي 15-247، المرجع السابق، ص 303.

² - المادة 7 من المرسوم الرئاسي 10-236، المتضمن الصفقات العمومية.

³ - المادة 139 من الأمر 67-90، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية.

⁴ - المادة 49 / 5 من المرسوم الرئاسي 15-247، المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

كما أن المصلحة المتعاقدة في هذا الأسلوب من التعاقد تختار المتعامل المتعاقد معها مباشرة دون اللجوء إلى الإشهار غير أنها مقيدة في إختيارها بإعتمادها على الحالات المحددة على سبيل الحصر دون غيرها والمنصوص عليها في المادة 49 من نفس المرسوم.

ثانياً: في أسلوب التراضي بعد الإستشارة

في حالة التراضي بعد الإستشارة بالذات تبرز القيود الشكلية التي تلتزم المصلحة المتعاقدة بإتباعها، حتى ولو تعلق الأمر بالإستثناء لا القاعدة، وتلجأ المصلحة المتعاقدة إلى هذا النوع من التراضي وفقاً للحالات المحددة على سبيل الحصر في المادة 51 من المرسوم الرئاسي 15-247، هذه القيود متمثلة فيما يلي:

أ- **عندما يعلن عدم جدوى طلب العروض للمرة الثانية:** هذه الحالة نصت عليها ذات المادة المبينة أعلاه في فقرتها الأولى منها المصلحة المتعاقدة قبل لجوئها إلى التراضي بعد الإستشارة وفق هذه الحالة هي ملزمة بالإعلان عن عدم جدوى طلب العروض للمرة الثانية وهذا قيد شكلي.

كما أن المادة 52 من المرسوم الرئاسي 15-247¹، حددت نطاق الإستشارة وحصرته كأصل عام بالنسبة للمؤسسات المشاركة في طلب العروض أي كل المؤسسات المتنافسة، غير أن للمصلحة المتعاقدة الحق في إستشارة مؤسسات أخرى غير مشاركة في العرض الأول المعلن عنه، غير أن ذلك مقيد بشرط نشر إعلان عن إستشارة بالكيفية المشار إليها سابقاً بالنسبة لطلب العروض وهو قيد شكلي وإجراء معقول ومنطقي ويخدم الأحكام العامة للتعاقد الواردة في المادة 5 من نفس المرسوم خاصة حرية الوصول للطلبات العمومية.

ب- **الرخص الممنوحة للمصلحة المتعاقدة في حالة التراضي بعد الإستشارة:** للمصلحة المتعاقدة الحق في أن تقلص من مدة تحضير العروض وأن تحتفظ بنفس دفتر الشروط.

1- للمصلحة المتعاقدة حق تقليص مدة التحضير: خولت المادة 52 من المرسوم الرئاسي 15-247 للمصلحة المتعاقدة بحقها في تقليص مدة العروض دون أن يمس بمبدأ حرية الوصول للطلبات العمومية المكرس بموجب المادة 5 من نفس المرسوم، وهذا من منطلق أن

¹ - المادة 52 من المرسوم الرئاسي 15-247، المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

جميع العارضين في حالة التصريح بعدم جدوى طلب العروض على علم بكل تفاصيل المشروع ومحتوياته، وسبق لهم الإطلاع على دفتر الشروط والموافقة عليه، فلا ضرر إن تم إختصار الآجال، بل هو أمر مطلوب في مثل هذه الحالات وهذا من أجل الإسراع في إنجاز المشاريع العامة خدمة للجمهور وتبقى المؤسسات الأخرى غير المشاركة في العرض من لم يسبق لها تقديم تعهدات على إثر طلب العروض المعلن عنه لا تنال ذات الحظ الممنوح للمؤسسات المشاركة في العرض الأول فيما يخص مدة التحضير¹.

2- للمصلحة المتعاقدة حق الإحتفاظ بنفس دفتر الشروط: منحها المشرع مثل هذا الترخيص وفقا للمادة 52 ف1 من المرسوم الرئاسي 15-247 وبموجبها سمح لها بحق الإحتفاظ بنفس دفتر الشروط بإستثناء الأحكام الخاصة بطلب العروض الذي تم العمل به في عدم جدوى طلب العروض بغرض تبسيط الإجراءات وحتى لا تلزم قانونا بإحالة دفتر الشروط من جديد على لجنة الصفقات المعنية، وما يكلف ذلك من وقت إجراءات.

ج- بالنسبة لصفقات الأشغال العمومية التابعة لمؤسسات وطنية سيادية: تستوجب هذه الحالة مراعاة المصلحة المتعاقدة لإجرائين جوهريين هما وجوب إعداد مشروع دفتر الشروط وإحالاته على لجنة الصفقات المعنية و وجوب تحرير وتوجيه رسالة إستشارة من جانب المصلحة المتعاقدة، وهذا الإجراء الأخير نصت عليه المادة 52 ف 5 من المرسوم الرئاسي 15-247.

د- حالة الصفقات الممنوحة التي كانت محل فسخ وكانت طبيعتها لا تتلائم مع آجال طلب عروض جديدة: تفرض هذه الحالة إلتزام المصلحة المتعاقدة بالإجرائين السالفين الذكر بصفقات الأشغال العمومية التابعة لمؤسسات وطنية سيادية.

هـ- حالة العمليات المنجزة في إطار إستراتيجية تعاون حكومي وعلاقات ثنائية بين دولتين تتعلق بالتمويلات الإمتيازية وتحويل الديون إلى مشاريع تنموية وهبات: تفرض هذه الحالة إلتزام المصلحة المتعاقدة بالإجرائين السالفين الذكر بصفقات الأشغال العمومية التابعة لمؤسسات وطنية سيادية.

¹ - عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية طبقا للمرسوم الرئاسي 15-247، المرجع السابق، ص311.

و-وجوب إعلان عن المنح المؤقت للصفقة في أسلوب التراضي بعد الإستشارة:
 لم يقصر المرسوم الرئاسي 15-247 المنح المؤقت على أسلوب طلب العروض كما تم تبيانه في إجراءاته، بل مده أيضا لأسلوب التراضي بعد الإستشارة فطالما كنا أمام منافسة ولو محدودة وضيقة النطاق وجب ضمان حقوق المتعهدين وتمكينهم من ممارسة حق الطعن وحتى يتحقق ذلك وجب على الإدارة المعنية أولا نشر المنح المؤقت حسب مقتضيات المادة 52 ف8 من المرسوم الرئاسي 15-247 والتي تحيلنا لأحكام المادة 65 من نفس المرسوم وما فرضته من نشر في الصحف في جريدتين يوميتين وطنيتين باللغة العربية وبلغة أجنبية ومن نشر في النشرة الرسمية للصفقات العمومية.

المطلب الثالث: إلتزامات المتعامل المتعاقد

تتولد عن صفقة الأشغال العامة إلتزامات تعاقدية يلتزم بها المتعامل المتعاقد إتجاه المصلحة المتعاقدة، ولهذه الإلتزامات طبيعة خاصة تنجم عن طبيعة العلاقة بين المتعامل المتعاقد وجهة الإدارة على أنها علاقة تعاون في سبيل تحقيق المصلحة العامة وحسن سير المرافق العامة بإنظام وإطراد، وهي إلتزامات أشد صرامة من تلك التي تقع عليه في القانون الخاص¹.

فهذه الإلتزامات واجبة الإحترام من المتعامل المتعاقد على أساس تعلق تنفيذ الأشغال العامة بالمصلحة العامة، وأن مخالفتها سيمنح الإدارة من توقيع جزاءات إدارية عليه، وبالرغم من أنه من الصعب حصر إلتزامات المتعامل المتعاقد في تنفيذ الأشغال العامة، إلا أننا سنحاول توضيحها من خلال فرعين الأول إلتزامات المقاول بالتنفيذ الشخصي للعقد والثاني الإلتزام بتسليم الأشغال في المدة المحددة.

الفرع الأول: الإلتزام بالتنفيذ الشخصي للعقد

يعد الأخذ بالإعتبار الشخصي من الصفات الأساسية لعقد الأشغال العامة، ولا يظهر هذا الاعتبار واضحا في بقية العقود الإدارية، ويلتزم المقاول أن يكون موجودا أثناء التنفيذ، إما نفسه أو ينيب عنه ممثلا مهندسا بعد أخذ موافقة جهة الإدارة على ذلك²، وسنتناول في

1 - محمد سعيد حسين أمين، مرجع سابق، ص 192.

2 - خليل صالح السامرائي، مرجع سابق، ص 257.

هذا الفرع أولاً مضمون التنفيذ الشخصي للعقد وثانياً التنازل الكلي عن العقد وثالثاً التعاقد من الباطن.

أولاً: مضمون التنفيذ الشخصي

يقصد بواجب التنفيذ الشخصي أن يلتزم صاحب الصفقة أو المتعامل المتعاقد بالوفاء بالتزاماته التعاقدية بنفسه و أن يتمتع عن التنازل كلياً أو جزئياً عن ذلك للغير الأجنبي عن العقد¹.

كما يقصد به أن يقوم المتعاقد بنفسه في تنفيذ العقد سواء تواجد بنفسه أو عن طريق من ينيبه، ويخطر جهة الإدارة بهذه الإنابة في التنفيذ ويظهر ذلك واضحاً في العقود التي تتطلب تواجد المتعاقد بنفسه في موقع تنفيذ العقد².

وفكرة التنفيذ الشخصي تزداد أهميتها في عقد الأشغال العامة لإتصاله الوثيق بالمرفق العام وفي هذا الصدد يرى بعض الفقهاء الإلتزام بقاعدة الإعتبار الشخصي لا يكون بدرجة واحدة بالنسبة لكل العقود الإدارية، بل أن ما يحدد هذه الدرجة هو مدى صلة العقد، وبالتالي المتعاقد بالمرفق العام، حيث تزداد درجة الإلتزام بقاعدة الإعتبار الشخصي كلما كانت صلة المتعاقد بالمرفق العام شديدة.

غير أن هذا الرأي ليس محل إجماع بين الفقهاء القائلين بأن فكرة الإعتبار الشخصي تلعب دوراً أساسياً في كل العقود الإدارية دون تمييز، ويعتمدون في ذلك على عدم وجود ما يثبت إعطاء المشرع أو القضاء أهمية خاصة للقاعدة في مجال عقد الإمتياز دون غيره من العقود الأخرى³.

ونرى نحن من جانبنا أن الإعتبار الشخصي له دور مهم في ميدان العقود الإدارية وبما فيها عقد الأشغال العامة، نظراً لصلة هذا العقد بالمرفق العام، وتحمل المتعامل المتعاقد مسؤوليته الشخصية أثناء تنفيذ هذا العقد.

¹ - عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية طبقاً للمرسوم الرئاسي 15-247، مرجع سابق، ص 57.

² - خليل صالح السامرائي، مرجع نفسه، ص 259.

³ - بن شعبان علي، المرجع السابق، ص 224.

وقد حرص المشرع الجزائري على تأكيده على فكرة الإعتبار الشخصي، فأصدر أحكاما تحقق مضمونها، وهذا شأن تشريعات أجنبية أخرى¹، فنص قانون تنظيم الصفقات العمومية السابق على جوب إمتلاك المقاولات التي تعمل في مجال الأشغال العمومية لشهادة التخصص والتصنيف المهني، كما ألزم الإدارة المتعاقدة أن تتحرى حسن إختيار المتعاقد معها وذلك عن طريق الإستعلام على المترشحين للتعاقد لدى مختلف الجهات والمؤسسات لا سيما المؤسسات المالية أو الممثلات الجزائرية بالخارج حين يتعلق الأمر بمقاول أجنبي، أما بالنسبة للمقاولين الوطنيين²، وهو ما أكد عليه المرسوم الرئاسي 15-247³ وفي هذا الإطار أوجب على كل جهة إدارية متعاقدة مسك بطاقة وطنية للمتعاملين، وبطاقة قطاعية وبطاقة على مستوى كل مصلحة متعاقدة، وتحين بإنظام⁴.

وواضح أن الغاية من فرض هذه الأحكام هو التعريف الدقيق بهوية المقاول من أجل معرفة صفاته المهنية الشخصية من حيث مدى كفايته المالية ومقدرته الفنية وسمعته في السوق وجنسيته إن كان أجنبيا⁵.

كما حرص المشرع الجزائري على إلتزام المتعاقد بتقديم شهادة التأهيل والتصنيف وشهادة الجودة عند الإقتضاء في ملف الترشح حسب ما نصت عليه المادة 67 من المرسوم الرئاسي 15-247⁶ وهذا كذلك تأكيد لقاعدة الإعتبار الشخصي لأنها تشكل عنصر جوهريا في العقود، ووسيلة ضمان هامة للإدارة.

وهو نفس الإلتجاه سار عليه المشرع المصري بتأكيده على فكرة الإعتبار الشخصي في مجال العقود الإدارية ومنها عقد الأشغال العامة، حيث نصت المادة 70 من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات المصري رقم 89 لسنة 1998 على " أن يلتزم

¹ -هارون عبد العزيز الجمل، النظام القانوني للجزاءات في عقد الأشغال العامة، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، جامعة عين شمس، مصر، 1979، ص368.

² - المادة 38 وما بعدها من المرسوم الرئاسي 10-236، المتضمن الصفقات العمومية.

³ - المادة 53 إلى 57 من المرسوم الرئاسي 15-247، المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام .

⁴ - المادة 58 من المرسوم الرئاسي 15-247، المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

⁵ - بن شعبان علي، المرجع السابق، ص225.

⁶ - المادة 67 من المرسوم الرئاسي 15-247.

المقاول بأن يتحرى بنفسه طبيعة الأعمال وعمل كل ما يلزم لذلك من إختبارات وغيرها للتأكد من صلاحية المواصفات والرسومات والتصميمات المعتمدة..¹.

كما نصت المادة 13 من نفس القانون المصري السالف الذكر على " .. التحقق من توافر شروط الكفاية الفنية والمالية وحسن السمعة في شان مقدمي العطاء.. " وأكد على هذا الإعتبار الشخصي حتى أثناء تنفيذ العقد وهو ما أكدت عليه المادة 24 من نفس القانون حيث نصت على " يفسخ العقد تلقائيا في الحالتين إذا ثبت أن المتعاقد أستعمل بنفسه أو بواسطة غيره الغش أو التلاعب في تعامله مع الجهة المتعاقدة.."².

ويترتب على الأخذ بفكرة الإعتبار الشخصي في عقد الأشغال العامة عدة نتائج أهمها حضر التنازل عن العقد وحضر التعاقد من الباطن ويجوز بشروط معينة وذلك ما سنبينه في النقطة الثانية والثالثة.

ثانيا: التنازل الكلي عن العقد

سنتناول تعريفه ومنعه

أ-تعريفه: التنازل الكلي عن العقد هو تصرف قانوني بموجبه يحل المقاول المتعاقد مقاولا آخر غيره محله في تنفيذ العقد بكامله، أي إستبدال المقاول الأصلي بمتعاقد آخر يصبح مسؤولا عن تنفيذ العقد³، مما يجعلنا أمام متعاقد جديد وعقد جديد فهو إذن يشمل التخلي عن كل الإلتزامات والحقوق المترتبة عن العقد من قبل المقاول المتعاقد الأصلي وإحلال الغير في تنفيذ كامل العقد.

كما عرف أنه عملية قانونية يحل بموجبها الطرف المتنازل إليه محل المقاول الأصلي في جميع الحقوق والواجبات إتجاه جهة الإدارة.

ب- منع التنازل الكلي عن العقد: من المستقر عليه فقها وقضاء تحريم التنازل الكلي عن العقد دون موافقة جهة الإدارة، ويعتبر باطلا كل تصرف خلاف ذلك، فإذا تنازل المتعاقد

¹ - المادة 80 من قانون رقم 89، المتضمن تنظيم المناقصات والمزيدات المصري، ج ر م، العدد 19 مكرر، الصادرة بتاريخ 08-05-1998.

² - خليل صالح السامرائي، المرجع السابق، ص260.

³ - هارون عبد العزيز الجمل، المرجع السابق، ص374.

الأصلي عن العقد دون موافقة جهة الإدارة، فسوف توقع عليه جزاءات مالية من قبل جهة الإدارة¹.

وعدم جواز التنازل الكلي في عقد الأشغال العامة كذلك من المبادئ المستقر عليها نظرا للإعتبار الشخصي الذي يطبعه ولصلته الوثيقة بالمرفق العام، وهو من المبادئ التي لا تحتاج إلى نص بشأنها في العقد²، إلا أنه في الغالب نجد دفاتر الشروط الإدارية العامة كما هو الحال بالنسبة للدفتري الشروط الإدارية العامة الجزائري تنص على حضر التنازل عن العقد دون موافقة الإدارة³.

وقد استقرت أحكام القضاء الإداري أيضا على هذا المبدأ سواء في مصر أو فرنسا، وبموجب ذلك فإنه يمنع على المقاول التخلي عن العقد لصالح مقاول آخر أو شركة أو تجمع دون الموافقة الصريحة للإدارة وهي قاعدة تتضمنها غالبا دفاتر الشروط ولو أنها إلزامية حتى في غياب النص عليها في العقد، وكل مخالفة لها تعرض المقاول لعقوبات قد تصل إلى فسخ العقد بقوة القانون بدون تعويض وهو ما يجمع عليه الفقه الفرنسي.

وهكذا فإن قاعدة عدم جواز التنازل عن العقد تستند إلى نصوص تشريعية وأحكام القضاء بل وإجماع الفقهاء وعليه نميز بين حالتين الحالة الأولى التنازل دون موافقة الإدارة والثانية التنازل بموافقة الإدارة.

1- التنازل عن العقد بدون موافقة الإدارة: أن المشرع الجزائري منع هذا التصرف بموجب أحكام المادة 11 من دفتري الشروط الإدارية العامة بقولها "لا يجوز للمقاول التنازل عن جزء أو كل مقاولته لمقاولين فرعيين أو تقديم مساهمة منها لشركة أو جماعة بدون إذن صريح من الإدارة..."، على عكس أحكام عقد المقاول في القانون الخاص أين جعل من التنازل

¹ - خليل صالح السامرائي، المرجع السابق، ص 262.

² - بن شعبان علي، المرجع السابق، ص 229.

³ - من بين دفاتر الشروط التي تنص على عدم جواز التنازل عن العقد دون موافقة الإدارة نجد، المادة 10 من دفتري الشروط العامة للطرق والجسور الفرنسي 1976 و المادة 11 من دفتري الشروط الإدارية العامة الجزائري و المادة 43 من المرسوم التنفيذي رقم 21/21 المتضمن الموافقة على دفتري البنود الإدارية العامة المطبقة على الأشغال العمومية للصفقات.

الكلي أو الجزئي من المقاول على المقاوله لمقاول فرعي آخر، تصرفا جائزا، ما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك أو تكون طبيعة الأشغال لا تسمح بذلك¹.

ومصير هذا التصرف البطالان²، ولا يمكن الإحتجاج به في مواجهة الإدارة من أي كان لأنه لا يرتب أي علاقة بينهما وبين الوافد الجديد، بل يبقى المقاول الأصلي الذي أمضت العقد معه هو المسؤول الوحيد عن العقد بالنسبة لها وهو ما نصت عليه المادة 11 ف 2 من دفتر الشروط الإدارية العامة.

بل أكثر من ذلك يعتبر هذا التنازل إخلالا بإحدى أهم إلتزاماته، مما يشكل خطأ جسيما من جانبه يمكن أن يكون مبررا لتوقيع عقوبات مشددة كفسخ عقده وعلى مسؤوليته مالم ينص العقد على ذلك، وهذا ما أنتهى إليه القضاء الإداري سواء في فرنسا أو مصر³.

في التشريع الجزائري إذا خالف المتعامل المتعاقد قاعدة الإعتبار الشخصي وذلك بتعاقد مع مقاول فرعي أو قام بالمشاركة على صفقة مع شركة أو جماعة دون موافقة الإدارة جاز لهذه الأخيرة دون إنذار تطبيق عليه الإجراءات المنصوص عليها بالمادة 35 من دفتر الشروط الإدارية العامة التي جاءت تحت عنوان التدابير القسرية .

ويرى الباحث حسنا ما فعل المشرع بخصوص تشدده في قاعدة الإعتبار الشخصي في العقود الإدارية بجعله عدم التنازل عن العقد إلا بموافقة الإدارة لأن عدم تطبيق هذه القاعدة سيفتح المجال واسع للنصب والتحايل من قبل المتعاملين المتعاقدين.

والمشرع المصري هو الآخر منع هذا التصرف بموجب المادة 76 من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات على أنه " لا يجوز للمتعاقد النزول عن العقد .." وقد أنتهت المحكمة الإدارية العليا المصرية إلى عدم جواز التنازل عن العقد حتى بموافقة جهة الإدارة لأن المقاول لم يمنحها سلطة تقديرية في ذلك⁴.

2- التنازل عن العقد بموافقة الإدارة: قد توافق الإدارة على طلب المقاول بشأن التنازل على العقد المبرم بينهما لمقاول آخر لكن بشرط أن يجيز التشريع ذلك، وإن أقر ذلك لأنه

¹ - نصت المادة 546 من القانون المدني الجزائري ، على " يجوز للمقاول أن يوكل تنفيذ العمل في جملته أو جزء منه إلى مقاول فرعي إذا لم يمنعه من ذلك شرط في العقد أو لم تكن طبيعة العمل تقتضى الاعتماد على كفاءته الشخصية...".

² - حسين درويش عبد العال، النظرية العامة في العقود الإدارية، ج 2، مكتبة لانجلو المصرية، 1958، ص99.

³ - بن شعبان علي، المرجع السابق، ص231.

⁴ - خليل صالح السامرائي، المرجع السابق، ص263.

يدرك بأن ظروف قد تحدث يصعب معها على المقاول الأصلي الإستمرار في التنفيذ، فبدلاً من لجوء الإدارة لفسخ العقد أو سحب المشروع من المقاول والتعاقد على حسابه وما يتطلب ذلك من إجراءات وتعطيل إنجاز الأشغال، بدلاً من ذلك تجد أن اللجوء إلى الموافقة على التنازل كإجراء قانوني أسهل وأضمن لإستمرارية سير المرفق على وجه حسن فتوافق على التنازل تحت وطأة الصالح العام، وهو غايتها النهائية، وما الإعتبار الشخصي سوى وسيلة ذلك¹، وقد أقر المشرع الجزائري ذلك بموجب المادة 35 ف 1 من دفتر الشروط الإدارية العامة.

وفي هذه الحالة يعتبر المتنازل له هو وحده المسؤول عن تنفيذ كامل العقد ما لم يرد ما يخالف ذلك، كما يصبح المقاول الجديد المتنازل له هو المعني بتعليمات وتوجيهات وأوامر الإدارة صاحبة المشروع، وفي المقابل هو صاحب الحق في الحصول على الثمن المقابل للأشغال.

وإن كان المبدأ أن الموافقة على التنازل تحرر المقاول من إلتزاماته التعاقدية، إلا أنه غالباً ما تنص عقود الأشغال العامة على شرط بقاء المتعاقد الأصلي المتنازل ضامناً للمتعاقد الجديد المتنازل له².

ثالثاً: التعاقد من الباطن

التنازل الجزئي عن العقد هو ما يعبر عنه بالتعاقد من الباطن والمشرع الجزائري في المرسوم الرئاسي 15-247 أستبدل هذا المصطلح بالمناولة ولذا لتجنب الخلط بينه وبين أحكام التنازل الكلي السابق تبيانه سنتطرق إلى تعريفه وأثاره.

أ-تعريفه: يعرف التعاقد من الباطن على أنه إستعانة المقاول بالغير من أجل تنفيذ جزء من إلتزاماته، مما يعني أن الرابطة العقدية بين المقاول وجهة الإدارة تظل قائمة، كما يعرف أنه تصرف قانوني يعهد بموجبه المقاول إلى الغير تنفيذ جزء من العقد³.

¹ - بن شعبان علي ، المرجع نفسه، ص232.

² - عيسى عبد القادر الحسن، المرجع السابق، ص ص37-39.

³ - خليل صالح السامرائي، المرجع السابق، ص 267.

يعرفه البعض أنه عقد بمقتضاه يتفق المقاول الأصلي مع غيره بخصوص تنفيذ جزء محدد من إلتزاماته المقررة بمقتضى عقد الأشغال العامة، أو هو التصرف القانوني الذي يبرمه المتعاقد الأصلي مع الغير بقصد تنفيذ جزء من محل العقد¹.

كما عرف بأن إتفاق المتعاقد مع الإدارة ومع الغير بقصد تنفيذ جزء من محل العقد فهو عقد مبرم بين المتعاقد مع الإدارة وبين شخص آخر بهدف تنفيذ عمل معين في العقد الإداري عهد إليه من قبل الإدارة، مع ترك المسؤولية الكاملة للمتعاقد الأصلي عن تنفيذ العقد²

أما التشريع الجزائري فقد أستبدل مصطلح التعاقد من الباطن بالمناولة في المرسوم الرئاسي 15-247 ونص على أحكامها في مواد 140 الى 144، وفيها تطرق إلى تعريفها في مادته 140، على أنها رابطة تعاقدية بموجبها يلتزم المناول بتنفيذ جزء من الصفقة العمومية، فهي عملية مثلثية بين المصلحة المتعاقدة والمتعاقد معها وبين المتعامل والمناول ، أما شروطها فنصت عليها المواد: 140-142-143 من نفس المرسوم الرئاسي³، والمتمثلة في شرط الترخيص بعقد المناولة في دفتر الشروط وفي الصفقة الأصلية وعدم تجاوز النسبة المحددة لتنظيمها، والموافقة المسبقة من للإدارة على المناول وتصريح المناول للإدارة المتواجدة في مكان التنفيذ.

أما في مصر فقد خلا قانون المناقصات والمزايدات المصري رقم 89 لسنة 1998 ولائحته التنفيذية من أي نص يتيح للإدارة الموافقة على التعاقد من الباطن، ولهذا ذهب الفقه إلى جواز التعاقد من الباطن بموافقة جهة الادارة تطبيقا لقاعدة الأصل في الأشياء الإباحة ما لم يرد نص صريح يحظر هذا التعاقد، وأخذ بمبدأ الحرية التعاقدية وأمام هذا الفراغ أجاز مجلس الدولة المصري التعاقد من الباطن بشرط موافقة الإدارة، وهو أمر لم ما يبرره وعلى الأخص في عقد الأشغال العامة، لأن هذا العقد يتطلب تظافر جهود عدة منشآت

1 - هارون عبد العزيز الجمل، المرجع السابق، ص347.

2 - نصري منصور نابلسي، العقود الإدارية، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، منشورات زين الحقوقية، لبنان، 2010، ص79.

3 - المواد 140، 142 و143 من المرسوم الرئاسي 15-247، المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

متخصصة الأمر يصعب توفره من قبل متعاقد واحد كل ذلك يتم مع بقاء مسؤولية المقاول الأصلي عن تنفيذ العقد قائمة في مواجهة الإدارة¹.

ب- أثاره: تختلق آثار التعاقد من الباطن بحسب إذا تم بموافقة الإدارة أو دون موافقتها

1- التعاقد من الباطن بغير موافقة الإدارة: يعد هذا التعاقد باطلا وفقا لنص القانون، وهو ما انتهى إليه أيضا الفقه والقضاء، وبالتالي فهو لا يسري في مواجهة الإدارة ولا يحتج به في مواجهتها بل أكثر من ذلك يعتبر خطأ عقديا من قبل المقاول يعرضه لأقصى العقوبات لمخالفته لمبدأ التنفيذ الشخصي المسلم به، والتي تصل إلى فسخ العقد على نفقة المقاول. وبناءا عليه فإن التعاقد من الباطن دون موافقة الإدارة لا ينشأ أي علاقة عقدية بين الإدارة صاحبة المشروع والمقاول الجديد أما عن علاقة المقاول الأصلي بالإدارة صاحبة المشروع يبقى هو المسؤول الوحيد أمامها بالنسبة لتنفيذ كامل العقد، وزيادة على حقها في توقيع جزاء الفسخ عليه وعلى نفقته².

2- التعاقد من الباطن بموافقة الإدارة: في حالة موافقة الإدارة صاحبة المشروع على التنازل الجزئي من قبل المقاول، أي المتعاقد من الباطن بشأن بعض أو جزء من إلتزاماته التعاقدية، فإن ذلك يعني أن يحل المتعاقد من الباطن محل المقاول صاحب العقد الأصلي في تنفيذ جزء من الأشغال المنصوص عليها في العقد الأصلي وذلك دون أن يصبح طرفا فيه، بل تبقى العلاقة التعاقدية كاملة بين طرفيه الأصليين، الإدارة صاحبة المشروع من جهة والمتعامل المتعاقد من جهة ثانية³.

فموافقة الإدارة لا تعني أن يحل المقاول المتعاقد من الباطن محل المقاول الأصلي، بل أن هذا الأخير يظل مسؤولا مسؤولية كاملة عن تنفيذ كل إلتزاماته العقدية، بما فيها تلك المنصوص في مصادر أخرى غير العقد بصفته من أمضى العقد مع الإدارة وما سار عليه المشرع الجزائري من خلال دفتر الشروط الإدارية العامة في مادته 11-ف2 منه⁴ أين أبقى

¹ - خليل صالح السامرائي، المرجع السابق، ص268-269.

² - عيسى عبد القادر الحسن، المرجع السابق، ص33.

³ - هارون عبد العزيز الجمل، المرجع السابق، ص381.

⁴ - المادة 2/11 من دفتر الشروط الادارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال الخاصة بوزارة تجديد البناء والأشغال العمومية والنقل.

في كل الأحوال المقاول مسؤول شخصيا سواء كان اتجاه الإدارة أو اتجاه العمال أو الغير وأكد على ذلك بموجب المادة 141 من المرسوم الرئاسي 15-247¹.

الفرع الثاني: وفاء المتعاقد بالتزاماته التعاقدية وفق الشروط المحددة في الصفقة

وفاء المتعاقد مع الإدارة بالتزامه التعاقدية يتعين أن يكون على النحو المنصوص عليه في العقد، وبحسن نية حتى يتحقق بهذا التنفيذ الغاية المقصودة من إبرام الصفقة، وبالتالي فهو إلتزام جوهري يترتب الإخلال به قيام مسؤولية عقدية للمتعاقد، الأمر الذي يبرر إستعمال الإدارة لسلطتها حياله من تطبيق جزاءات إدارية بشأنه، وعليه سنعالج في هذا الفرع أولا تنفيذ الإلتزام بطريقة سليمة وفق ما تمليه الشروط وثانيا إلتزام المتعاقد بتنفيذ إلتزاماته بحسن النية.

أولا-تنفيذ الإلتزام بطريقة سليمة وفق ما تمليه الشروط:

يعتبر العقد النقطة الجوهرية التي تمكن المتعامل المتعاقد من معرفة محل الإلتزام بصورة تامة وواضحة من خلال تحديد جميع الإلتزامات المتقابلة وكل الأوصاف والمقادير، و كذا مواعيد التنفيذ، وبالتالي فهو يعتبر وثيقة واجبة الإحترام بين الطرفين لأنها عبرت عن إرادتهما².

لذا لا يجوز للمتعامل المتعاقد الإحتجاج بالعقد على ما هو موجود في دفتر الشروط أو غيره من التعليمات أو القوانين، لأن كل ما يوضع من شروط يكون لدواعي المصلحة العامة.

ولتنفيذ المتعامل المتعاقد لإلتزاماته التعاقدية بطريقة سليمة وبعناية تامة، يجب عليه المعرفة الكافية بالشؤون الفنية والخبرة في مجال الأعمال حسب طبيعة الصفقة محل التعاقد، وهذا ما نصت عليه المادة 12 من دفتر الشروط الإدارية العامة³.

¹ - نصت المادة 141 من المرسوم الرئاسي 15-247، المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام ، بقولها " المتعامل المتعاقد هو المسؤول الوحيد اتجاه المصلحة المتعاقدة عن تنفيذ جزء الصفقة المتعامل فيها بالمناولة".

² - محمد خلف الجبوري، العقود الإدارية، المرجع السابق، ص187.

³ - المادة 12 من دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال الخاصة بوزارة تجديد البناء والأشغال العمومية والنقل.

ثانيا: قيام المتعاقد بتنفيذ التزاماته بحسن النية

يعتبر تنفيذ الصفقة وبما فيها صفقة الأشغال العمومية وفقا لما يقتضيه مبدأ حسن النية إلتزام جوهري، مفاده أن يحرص المتعامل عند دخوله غمار الصفقات على تحقيق المصلحة العامة إلى جانب إهتمامه بتحقيق كسب مادي، وإذا قصرت الجهة المتعاقدة في تنفيذ إلتزاماتها أو حدثت ظروف طارئة فإنه يبقى ملزم ببذل أقصى جهد وعناية لإكمال تنفيذ موضوع الصفقة¹، وقد نص المشرع الجزائري على تنفيذ العقد بحسن النية بموجب المادة 107 ف 1 من القانون المدني².

وبموجب هذه المادة ألزم المشرع الجزائري المتعاقد بتنفيذ العقود بحسن النية، وتطبيقا للقواعد العامة في تنفيذ العقود وقاعدة توازي الأشكال فإن المتعامل المتعاقد في العقد الإداري وبما فيها صفقة الأشغال العمومية ملزم بتنفيذ إلتزاماته العقدية بحسن النية، ولا يمكنه الإمتناع عن ذلك لأي حجة كانت، بل يظل وافيا لهذه الإلتزامات ولا يتحرر منها بقاعدة الدفع بعدم التنفيذ المقررة في العقود الخاصة، وإن الإخلال بهذا الإلتزام من طرف المتعاقد يخول المصلحة المتعاقدة حق توقيع الجزاء الإداري عليه.

الفرع الثالث: إحترام الآجال اللازمة لتنفيذ وإستلام صفقة الأشغال

لا يكفي لأن يكون المتعاقد مع الإدارة قد أوفى بإلتزامه التعاقدى نحوها بأن يقوم بتنفيذ العقد الإداري على النحو المنصوص عليه وبنفسه وإنما يتعين أن يتم هذا التنفيذ والتسليم خلال المدة المحددة بالعقد.

ونظرا لأهمية وفاء المتعاقد مع الإدارة بهذا الإلتزام سنتطرق أولا إلى كيفية إحترام أجل التنفيذ وثانيا إلتزام المتعاقد بتسليم الصفقة.

أولا: إحترام آجال التنفيذ

إن الإلتزام باحترام مدة تنفيذ العقد واجب على كل متعاقد مع الإدارة كما هو واجب على الإدارة أيضا، ولكن بشكل خاص المتعاقد معها على تنفيذ أشغال عامة، كما يعتبر

¹ - هاشمي فوزية، أثار تنفيذ الصفقات العمومية على الطرفين، أطروحة دكتوراه علوم، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجبالي اليباس، سيدي بلعباس، 2017-2018، ص 335.

² - المادة 107 من الأمر 75-58 المعدل والمتمم، المتضمن القانون المدني.

شرطا جوهريا بحكم الرابطة العقدية التي تجمع بين المصلحة المتعاقدة والمتعامل المتعاقد.

وتختلف مدة تنفيذ الصفقة باختلاف كل صفقة وحسب طبيعتها الذاتية وتعرف على أنها المواعيد المنصوص عليها في العقد أو دفتر الشروط لإنهاء الأعمال محل العقد¹. وبهذا فإن إلتزام المتعامل المتعاقد بالمواعيد المحددة تعتبر إلتزاما جوهريا وأساسيا وارد في دفتر الشروط الذي تمت الإحالة إليه، ويتم ضمان هذه المواعيد بالنص على جزاء في حالة مخالفة المتعاقد لها، ولقد حرص المشرع الجزائري على وجوب إلتزام مواعيد الإنجاز تحت طائلة توقيع العقوبات المالية دون الإخلال بتطبيق العقوبات المنصوص عليها في التشريع المعمول به بموجب المادة 147 من المرسوم الرئاسي 15-247² التي منحت المصلحة المتعاقدة حق توقيع جزاءات مالية في حالة عدم تنفيذ الإلتزامات من قبل المتعاقد في المواعيد المحددة وكذا بموجب المادة 9 من المرسوم الرئاسي 10-236³.

فالمشرع الجزائري حرص على إدراج هذا الإلتزام في نصوص العقد باعتباره من أهم البيانات الإلزامية، مع تقيده بتوقيع جزاءات على المتعاقد في حالة إخلاله وعدم إلتزامه لهذا الإلتزام كما أقر ضرورة تحديد مدة التنفيذ ضمن أحكام تنظيم الصفقات العمومية من خلال نص المادة 95 من المرسوم الرئاسي 15-247 التي جاء فيها: " يجب أن تشير كل صفقة عمومية إلى التشريع والتنظيم المعمول بهما وإلى هذا المرسوم ويجب أن يتضمن على الخصوص البيانات الآتية:

- أجل تنفيذ الصفقة..."

وبالرجوع إلى دفتر الشروط الإدارية العامة من خلال مادته⁴، نجد المشرع الجزائري قد حرص على مدة التنفيذ وحدد بدء سريانها وذلك من اليوم الموالي لتاريخ إبلاغ

¹ - عبد العزيز عبد المنعم خليفة، تنفيذ العقد الإداري وتسوية منازعاته قضاءا وحكما، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2009، ص 269.

² - المادة: 147 من المرسوم الرئاسي 15-247، المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

³ - المادة: 9 من المرسوم الرئاسي 10-236، المتضمن الصفقات العمومية.

⁴ - المادة 5/2 من دفتر الشروط الادارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال الخاصة بوزارة تجديد البناء والأشغال العمومية والنقل .

المتعامل المتعاقد بالأمر المصلي المتعلق بذلك، على أن يقوم مهندس الإدارة بتمكين المتعاقد بكل المخططات والرسومات التي تتعلق بالتنفيذ.

وتحسب الأجل على العموم بالأيام أو بالأشهر¹، وعندما يكون الأجل محسوبا بالأيام، فإن الآجال يبدأ من اليوم الإنطلاق وينتهي في نهاية آخر يوم من الأجل التعاقدية، أما إذا كان الأجل محدد بالأشهر، فإن الحساب يتم من اليوم المحدد كيوم إنطلاق من الشهر إلى اليوم المقابل له في الشهر التالي، فإذا لم يوجد يوم مقابل له في الشهر التالي، فإن الأجل ينتهي في نهاية آخر يوم من هذا الشهر²، فإذا صادف آخر يوم من الأجل يوم عطلة مدفوعة الأجر، فإن الأجل يمدد إلى نهاية أول يوم عمل يلي تلك العطلة³.

والمشرع المصري كذلك حرص على تأكيد على أهمية إلتزام المتعامل المتعاقد بالمواعيد المحددة، حيث نصت المادة 23 من قانون المناقصات والمزايدات رقم: 89 لسنة

¹ - المادة 4/2 من دفتر الشروط الادارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال الخاصة بوزارة تجديد البناء والأشغال العمومية والنقل .

² - المادة 3/2 من دفتر الشروط الادارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال الخاصة بوزارة تجديد البناء والأشغال العمومية والنقل .

³ - المادة 2/2 من دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال الخاصة بوزارة تجديد البناء والأشغال العمومية والنقل، و نصت المادة 32 من المرسوم التنفيذي رقم 219/21، المتضمن الموافقة على دفتر البنود الادارية العامة المطبقة الصفقات العمومية للأشغال على " تحدد كفاءات تحديد وحساب الاجل الاجمالي للتنفيذ والمدد وفق الشروط الاتية"

- يحدد الأجل بالشهور أو الأيام وتحدد المدة بالشهور.

- كل أجل أو مدة مذكورة في الصفقة العمومية للأشغال، تبدأ في العمل عند الساعة الصفر من اليوم الموالي لليوم الذي تم فيه العقد الذي يمثل نقطة البداية لهذا الأجل أو هذه المدة.

- عندما يحدد الأجل بالأيام، يتم ذلك حسب أيام التقويم وينتهي في منتصف الليل من اليوم الأخير من الأجل.

- عندما يكون اليوم الأخير من الأجل يوم عطلة بحكم القانون او يوم عطلة رسمية ، يتم تحديد الاجل إلى غاية نهاية اليوم الاول الموالي عند منتصف الليل.

- عندما يتم تحديد الأجل أو المدة بالأشهر، يتم حسابها من تاريخ شهر بداية الأجل أو المدة إلى غاية تاريخ آخر شهر ينتهي فيه هذا الأجل أو هذه الفترة.

- إذا لم يكن هناك تاريخ مماثل في الشهر الذي ينتهي فيه الاجل أو المدة، تنتهي صلاحيتها في اليوم الأخير من ذلك الشهر من نهاية الأجل أو المدة في منتصف الليل.

- عندما يتم تحديد الأجل بأيام العمل، فهو خارج أيام الراحة وأيام العطل القانونية".

1998 على " إذا تأخر المتعاقد في تنفيذ العقد عن المدة المحددة له، جاز للسلطة المختصة لدواعي المصلحة العامة، إعطاء المتعاقد مهلة إضافية لإتمام التنفيذ...".
كما حددت المادة 74 من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات المصري رقم 89 لسنة 1998 نقطة بداية تنفيذ الأشغال العامة بالنص على أن تبدأ المدة المحددة لتنفيذ عقود الأعمال من التاريخ الذي يسلم فيه الموقع خالياً من الموانع، إلا إذا أتفق على خلاف ذلك، فإذا لم يحضر المقاول أو مندوبه بالتاريخ المحدد فيحرر محضر بذلك، ويعتبر هذا التاريخ موعداً لبدأ تنفيذ العمل¹.

والمشرع الفرنسي هو الآخر نص من خلال دفتر الشروط العامة الفرنسي على توقيع جزاء على المقاول الذي لا يحترم إلتزام إحترام مدة التنفيذ².

غير أنه قد تحدث أو تستجد بعض الظروف التي تجعل من تنفيذ هذه الإلتزامات أمراً صعباً أو مستحيلاً، الأمر الذي يدفع الإدارة وفق صلاحيتها إلى تمكين المتعامل المتعاقد من الإستمرار في تنفيذ الصفقة العمومية وهذا ما يجعلها تتكبد بعض الخسائر في سبيل تحقيق هذا الهدف، ويكون عن طريق تمديد أجال الصفقة الذي يأخذ الحالات التالية:

- وجود قوة قاهرة كحالة الظاهرة الطبيعية أو الصعوبات التي تواجه الأطراف المتعاقدة³.

- صدور التمديد بفعل الإدارة المتعاقدة وخارج عن إرادة المتعامل المتعاقد مع عدم توقع صدور العمل من الجهة الإدارية وقت إبرام العقد معها⁴، ومن أنواع تدخلات الإدارة المتعاقدة نظرية فعل الأمير التي يكون لها أثر على إلتزام المقاول بالتنفيذ في المدة المحددة كثيرة ومنها إصدار أمر مصلحي في إطار ما تملكه الإدارة صاحبة المشروع من صلاحيات في تنفيذ المشروع وباعتبارها من يدير التنفيذ والزيادة في حجم الأشغال تلك المتفق عليها في العقد وتأخر الإدارة في إصدار الأمر بالبدء في التنفيذ.

- يمكن للمتعامل المتعاقد أن يستفيد من تمديد أجل التنفيذ بسبب الغير الذي لا سلطان للمقاول عليه⁵.

¹ - خليل صالح السامرائي، المرجع السابق، ص ص 273-275.

² - بن شعبان علي، المرجع السابق، ص 254.

³ - ماجد راغب الحلو، القانون الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، 1996، ص 111.

⁴ - هاشمي فوزية، المرجع السابق، ص 350.

⁵ - بن شعبان علي، المرجع نفسه، ص ص 263-264.

والمشرع الجزائري نص على إعفاء المتعامل المتعاقد من دفع الغرامات المالية بسبب التأخير إلى مسؤولية المصلحة المتعاقدة ويطبق هذا الإعفاء عندما لا يكون التأخير قد تسبب فيه المتعامل المتعاقد والذي تسلم له في هذه الحالة أوامر بتوقيف الأشغال وفي حالة القوة القاهرة تعلق الآجال ولا يترتب على التأخير فرض الغرامات المالية بسبب التأخير ضمن الحدود المسطرة في أوامر توقيف الأشغال واستئناف الخدمة التي تتخذها المصلحة المتعاقدة¹.

ثانيا: التزام المتعاقد بتسليم صفقة الأشغال

وهذا الإلتزام من خصوصيات صفقات الأشغال ذلك أن صفقات التوريد يستعمل فيه وصل الإستلام وقد عرف المشرع الجزائري التسليم من خلال المرسوم التنفيذي رقم 219/21 المتضمن الموافقة على دفتر البنود الإدارية العامة المطبقة على الصفقات العمومية للأشغال من خلال مادته 91 منه بقوله " يقصد بالإستلام الجراء القانوني الذي تتأكد من خلاله المصلحة المتعاقدة بأن تنفذ الخدمات مطابق لمختلف أحكام الصفقة العمومية للأشغال والمتضمنة في مختلف الوثائق المشكلة لها وبشكل أكثر عموما للقواعد الفنية"، ويجب تمييز مرحلتين لهذا الإلتزام مرحلة التسليم المؤقت والنهائي.

أ- إلتزام التسليم المؤقت: لم يحدد التنظيم الخاص بالصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام معنى الإستلام المؤقت للخدمة موضوع الصفقة ولا التنظيمات السابقة له، كما أنه بالرجوع إلى القرار الصادر بتاريخ 21-11-1964 المتضمن المصادقة على دفتر الشروط الإدارية العامة نجده تطرق إلى موضوع التسليم المؤقت في المادة 46 منه غير أنه لم يعرفه².

غير أن المشرع الجزائري عرف التسليم المؤقت في القانون رقم 11-04³، على أنه محضر يتم إعداده والتوقيع عليه من طرف المرقي العقاري والمقاول، بعد إنتهاء الأشغال

¹ - ينظر المادة 147 ف 5/4 من المرسوم الرئاسي 15-247، المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، السابق ذكره.

² - شايبوي نوال، المرجع السابق، ص 91.

³ - المادة 2 من القانون رقم 11-04، المؤرخ في 17 فبراير 2011، المحدد للقواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية، ج ر ج ج، العدد 14، الصادرة 06 مارس 2011.

ويتم الإستلام المؤقت عند إنتهاء الخدمات موضوع الصفقة العمومية وإعلام المتعاقد كتابيا بتاريخ انتهائها¹، أي أن مكتب الدراسات المكلف بمتابعة تنفيذ الأشغال يقوم بالإستلام المؤقت للأشغال بعد القيام بعملية المعاينة التي لا يمكن أن تأخر إجراءاتها أو تطال مدتها سواء بحضور صاحب المشروع أو في غيابه، ومع إلزامية دعوة المتعامل المتعاقد بشكل رسمي لحضور التسليم وإن تغيب عن العملية وجب تسجيل تلك الملاحظة على محضر الإستلام ويمكن أن يتم الاستلام المؤقت جزئياً، وهو ما نصت عليه المادة 46 من دفتر الشروط الادارية العامة².

أما في حالة عدم إستلام الإدارة للصفقة فقد أشارت الفقرة 3 من المادة 148 من نفس المرسوم على فرض إصدار قرار عدم الإستلام وتبليغه للمتعامل المتعاقد معها³. أما إجراءاته فيجب على المقاول أن يطلب بنفسه أو عن طريق البريد المضمون أو بوصل استلام عن الإستلام المؤقت للخدمة موضوع الصفقة فور الإنتهاء من تنفيذها، ويجب على المصلحة المتعاقدة صاحبة المشروع خلال مدة 15 يوماً أن تحدد تاريخ الإستلام المؤقت من تاريخ إستلامها لبريد المتعامل المتعاقد، ويجب إمضاء محضر الإستلام المؤقت من قبل جميع الأطراف⁴.

وعلى العموم فإن عملية الإستلام المؤقت تقتضي وضع المصلحة المتعاقدة يدها على الخدمة موضوع الصفقة وإخضاعها لكل أدوات الإستلام، وإلتزام المتعامل المتعاقد بتوفير الشروط اللازمة لإتمام عملية الإستلام في أحسن الظروف، والعمل على إزالة كل العوائق التي من شأنها أن تصعب هذه العملية أو تجعلها عسيرة وغير ممكنة.

¹ - المادة 148 / 1 من المرسوم الرئاسي 15-247، المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

² - المادة 46 من من دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال الخاصة بوزارة تجديد البناء والأشغال العمومية والنقل .

³ - المادة 3/148 من المرسوم الرئاسي 15-247، المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

⁴ - شايبى نوال، المرجع السابق، ص ص 92-93.

ويترتب على التسليم المؤقت عدة آثار تتمثل في أن يقع على المتعامل المتعاقد أثناء الفترة الفاصلة بين الإستلام المؤقت والإستلام النهائي، قيامه بإصلاح كل العيوب التي ظهرت أثناء المعاينة والتي كانت محل تحفظ من قبل الجهة المتعاقدة¹.

و لا يعتبر المتعامل المتعاقد مسؤولاً عن الأعطاب التي تحدث بخطأ من الإدارة بعد عملية التسليم²، وبدأ سريان مدة الضمان التي يلتزم من خلالها المتعامل المتعاقد بضمان جميع العيوب الخفية³

ب- **إلتزام بالتسليم النهائي:** يقصد به الإجراء الذي تتسلم بموجبه الجهة الإدارية موضوع الصفقة بصورة نهائية، بعد التأكد من أن المتعامل المتعاقد قد أوفى بالتزاماته جميعاً ووفقاً لما تم الإتفاق عليه⁴، كما عرف على أنه الإجراء الذي تتسلم بموجبه الإدارة الأشغال وتمتلكها نهائياً بعد أن تتأكد من أن المقاول قد أنجزها على نحو ما هو متفق عليه في العقد وهو إجراء يأتي بعد إنتهاء فترة الضمان التي تلت التسليم المؤقت⁵.

ونص المشرع الجزائري على التسليم النهائي في دفتر الشروط الإدارية العامة في مادته 47 ف 1 منه بقولها" يتبع نفس الإجراء فيما يخص الإستلام النهائي بعد انقضاء أجل الضمان...".

يقوم المهندس المعماري بالإستلام النهائي بحضور المقاول بعد دعوته بشكل رسمي، وفي حالة غيابه يشار إلى ذلك في محضر الإستلام، أما إذا رفضت الجهة الإدارية الإستلام النهائي لموضوع الصفقة بعد إنذارها من طرف المتعاقد معها، يمكنه اللجوء إلى القضاء لإستصدار حكم بالتسليم النهائي متى رأى القاضي توافر شروط معينة للتسليم. أما بالنسبة لأجل التسليم النهائي فقد أشتراط المشرع الجزائري ضرورة تسليم الأشغال في أجل ستة أشهر وذلك في حالة عدم ورود نص صريح في دفتر الشروط الخاصة، إبتداء

¹ - سليمان محمد الطماوي، مبادئ القانون الإداري، دراسة مقارنة، الكتاب الثاني، دار الفكر العربي، دار الفكر العربي، القاهرة، 1979، ص 815.

² - النوي خرشي، الصفقات العمومية، دراسة تحليلية ونقدية وتكميلية لمنظومة الصفقات العمومية، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2018، ص 311.

³ - المادة 379 من القانون المدني.

⁴ - محمود خلف الجبوري، المرجع السابق، ص 264.

⁵ - أنس جعفر، العقود الإدارية، المرجع السابق، ص 358.

من تاريخ التسليم المؤقت لأشغال الصيانة وحفر الأسس والطرق الحجرية، وسنة واحدة للأشغال الأخرى، وهذا في دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال الخاصة بوزارة تجديد البناء والأشغال العمومية والنقل، بينما المرسوم التنفيذي رقم 219/21 المتضمن الموافقة على دفتر البنود الإدارية العامة المطبقة على الصفقات العمومية للأشغال نص على العمليات التي تسبق الإستلام والإستلام الفعلي دون الإشارة إلى التسليم المؤقت والتسليم النهائي، غير أنه في الأحكام المشتركة للإستلامات في حالة الصفقات العمومية للأشغال نص على التسليم المؤقت والإستلام النهائي وأحال أجال التسليم لأحكام المادة 96 من نفس المرسوم¹.

ويترتب على التسليم النهائي آثار متمثلة في انتقال ملكية العمال إلى الإدارة بصفة نهائية وتحلل المتعامل المتعاقد من واجب الصيانة الذي يقع على عاتقه في الفترة الممتدة بين الإستلام المؤقت والإستلام النهائي مع حقه في المطالبة بمستحققاته المالية من قبل الإدارة وإنهاء العلاقة التعاقدية.

الفرع الرابع: الإلتزام بتقديم الضمانات المالية

إن اختيار المتعامل المتعاقد يعتبر في حد ذاته ضمانا، إلا أن تنظيم الصفقات العمومية ألزم كل متعاقد بتقديم ضمانات مالية، تعتبر كحماية للمصلحة المتعاقدة من المخاطر التي يمكن أن يتعرض لها إنجاز مشروع ما². وعلى هذا الأساس سيتم التطرق أولا إلى الإلزامية القانونية للضمانات وثانيا أنواع الضمانات القانونية.

أولا: الإلزامية القانونية للضمانات القانونية

حتى تتمكن المصلحة المتعاقدة من حماية نفسها ومصالحها من المخاطر المالية التي يمكن أن تتعرض لها بصدد تنفيذ صفقاتها العمومية¹، أوجب المشرع الجزائري بموجب

¹ - المادة 1/47 من دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال الخاصة بوزارة تجديد البناء والأشغال العمومية والنقل، والمواد 93-94-96 من المرسوم التنفيذي 219/21، المؤرخ في 20 ماي 2021، المتضمن الموافقة على دفتر البنود الإدارية العامة المطبقة على الصفقات العمومية للأشغال.

² - النوي الخرخشي، المرجع السابق، ص314.

المادة 124 من المرسوم الرئاسي 15-247 المتعامل المتعاقد على تقديم ضمانات مالية تتيح التنفيذ الجيد للصفقة².

وتعتبر الضمانات في مجال الصفقات العمومية الحق الذي تتمتع به الجهة المتعاقدة اتجاه المتعامل المتعاقد حتى يؤمن سداد ديونه، وقد يكون هذا الضمان شخصيا كعقد الكفالة، أو عينيا كالرهن الحيازي، والهدف من هذه الضمانات هو حماية المصلحة المتعاقدة من مخاطر التنفيذ، أو خطر عدم استرجاع الأموال المدفوعة كالتسبيقات زيادة على المبالغ المستحقة الدفع، أو حالة عدم تسديد دفعات القرض الذي يأخذه المتعامل المتعاقد مقابل رهن الصفقة بغية التمويل لتنفيذها³.

ثانيا: أنواع الضمانات

تشمل نوعان هما:

أ- **الضمانات غير البنكية:** تتضمن ثلاث صور وهي الضمانات ذات الصبغة الحكومية نصت عليها المادة 127 من المرسوم الرئاسي 15-247⁴، والضمانات الخاصة بالمتعاملين المتعاقدين الأجانب المستفيدين من هامش الأفضلية أوردها المادة 129 من نفس المرسوم⁵، والضمانات التقنية أقرها القانون المدني من المواد 550 إلى 557 بالمسؤولية العشرية التي تقع على عاتق المهندس المعماري والمقاول بصفة تضامنية⁶.

ب- **الضمانات البنكية:** سنتناول هذه الضمانات على النحو التالي:

¹ - بحري إسماعيل، الضمانات في مجال الصفقات العمومية في الجزائر، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير، تخصص قانون الدولة والمؤسسات العمومية، كلية الحقوق، جامعة بن يوسف خدة الجزائر، 2009، ص96.

² - المادة 124 من المرسوم الرئاسي 15-247، المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

³ - هاشمي فوزية، المرجع السابق، ص292.

⁴ - نصت المادة 127 من المرسوم الرئاسي 15-247، المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام على

" الضمانات ذات الصبغة الحكومية التي تهم المؤسسات الاجنبية هي :

-إستعمال القرض الناتج عن عقود حكومية مشتركة.

- الضمانات التي تستخدم مساهمة الهيئات المصرفية أو هيئات التأمينات ذات الصبغة الحكومية أو شبه العمومية..."

⁵ - نصت المادة 129 من المرسوم الرئاسي 15-247، المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام على

" يلتزم المتعاقدون الأجانب، المستفيدين من هامش الأفضلية المنصوص عليه في المادة 83 من هذا المرسوم، باستعمال

المواد والخدمات المنتجة محليا" .

⁶ - المواد من 550 إلى 557 من القانون المدني.

1- الضمانات المقدمة قبل تنفيذ الصفقة:

وهذه الضمانات يوجد فيها نوعان :

- كفالة التعهد: هي عبارة عن كفالة تقدم على شكل وثيقة تسلم من طرف بنك أو مؤسسة مالية إلى المصلحة المتعاقدة الغرض منها إمضاء الصفقة وتنفيذها من طرف المترشحين لصفقات الأشغال وصفقات إقتناء اللوازم التي يفوق مبلغها عتبة اختصاص بعض لجان الصفقات ، ويشترط ذكر إلزامية كفالة التعهد غذا كانت مطلوبة في الصفقة وهذا وفقا للمادة من المرسوم الرئاسي 247/15، كما يجب تقديم كفالة التعهد ضمن العرض التقني طبقا لنص المادة 67 الفقرة 2 من نفس المرسوم¹.

- كفالة رد التسبيقات : نصت عليها المادة 116 من المرسوم الرئاسي 247/15²

2- الضمانات المقدمة أثناء تنفيذ الصفقة: يوجد فيها نوعان من الضمانات يخير فيها بين أن تأخذ الطابع البنكي أو أن تكون على شكل اقتطاع من مبلغ الصفقة، أي شكل اقتطاع مالي، وهما كفالة حسن التنفيذ الصفقة وكفالة الضمان³، وكفالة حسن التنفيذ منصوص عليها في المواد 130 -132-133 من المرسوم الرئاسي 15-247⁴ وكفالة الضمان أوردتها المادتين 131 و134 من نفس المرسوم⁵.

إن إخلال المتعامل المتعاقد أي إلتزام من الإلتزامات التعاقدية المفروضة عليه التي سبق تبيانه وغيرها من الإلتزامات التي يتم الإلتفاق عليها في دفتر الشروط سيمنح المصلحة المتعاقدة حق توقيع جزاءات إدارية عليه وهذا ما سنوضحه في الفصل الثاني.

¹ - المادتين 26-67 من المرسوم الرئاسي 15-247، المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

² - المادة 116 من المرسوم الرئاسي 15-247، المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

³ -احميدانو محمد، الضمانات البنكية المقدمة في الصفقات العمومية، مداخلة مقدمة ضمن فعاليات الملتقى الدولي الذي نظمته كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة محمد بوضياف المسيلة، بعنوان الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام في ظل المرسوم الرئاسي 15-247 والتشريعات المقارنة يومي 18-19 أكتوبر 2016.

⁴ - المواد 130، 132 و133 من المرسوم الرئاسي 15-247، المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

⁵ - المادتين 131 و134 من المرسوم الرئاسي 15-247، المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

الفصل الثاني: التأصيل النظري للجزاءات الإدارية

قد يرتكب المتعامل المتعاقد مع المصلحة المتعاقدة أثناء تنفيذ التزاماته التعاقدية في مجال العقود الإدارية ومنها عقد الأشغال العامة مخالفات متعددة، فهو قد يمتنع بالتنفيذ أو يقوم بتنفيذ مخالف للشروط والمواصفات المتفق عليها أو يتأخر عن المواعيد المحددة للتنفيذ، أو يتنازل عن التنفيذ لمقاوم من الباطن دون موافقة الإدارة، أو يخالف تعليمات الإدارة وتوجيهات المهندس المشرف، أو لا يمكن المهندس من الإشراف أو يستعمل الغش أو التلاعب للإدارة، أو يقصر ويهمل في تنفيذ التزامه التعاقدية، كل ذلك يؤدي إلى حدوث اضطراب إقتصادي خصوصا إذا كان المرفق العام من المرافق الحيوية كشبكات الكهرباء والمياه والغاز والنقل، ولو طبقا للجزاءات العادية الموجودة في القانون الخاص لن تكون كافية وقد تكون غير ملائمة، من هنا تظهر سلطة الإدارة في فرض الجزاءات على المتعامل المتعاقد معها وخضوعها لنظام قانوني خاص، وهو نظام القانون العام في العقود الإدارية، إذ أن الحرص على سير المرافق العامة بانتظام وإطراد لا ينحصر فقط في عقاب القصور العقدي، وإنما يستلزم التشدد في التعامل مع المتعامل المتعاقد لإجباره على تنفيذ العقد بدقة¹.

ففي مثل هذه المخالفات المرتكبة من جانب المتعامل المتعاقد لم يترك القانون الإداري للمصلحة المتعاقدة لمواجهتها الإكتفاء بالقواعد المطبقة في القانون الخاص التي لا تسمح للطرفين إلا باللجوء إلى القضاء أو مجرد الدفع بعدم التنفيذ، فمثل هذه القواعد غير كافية لحماية مصلحة المرفق العام الذي تمثله الإدارة المتعاقدة.

ولذا من أجل ضمان سير المرفق العام بانتظام وإطراد وحماية المال العام عملت مختلف التشريعات على منح المصلحة المتعاقدة في مواجهة المتعامل المتعاقد مع المصلح بالتزاماته التعاقدية في مجال العقود الإدارية وعقد الأشغال العامة كأحدى صوره سلطات إستثنائية لا مثل لها في القانون الخاص باعتبارها صاحبة السلطة العامة بموجبها يجوز لها توقيع جزاء إداري على المتعامل المتعاقد المقصر مباشرة بنفسها بموجب قرار إداري دون

¹ - طارق محمد عبد الرحمن سلطان، سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات على المتعاقدين معها في العقود الإدارية وضوابطها، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2010، ص111.

اللجوء إلى القضاء من أجل إصدار حكم بشأن ذلك، وقد أكد الفقه الشائع على فكرة سلطة الجزاء الاستثنائية المخولة للمصلحة المتعاقدة في مواجهة المتعاقد معها، حينما لا يحترم هذا الأخير التزاماته العقدية¹.
ولذا في هذا الفصل ينبغي التطرق في مبحثه الأول مفهوم الجزاءات الإدارية وفي المبحث الثاني حق الإدارة في فرض الجزاءات.

المبحث الأول: مفهوم الجزاءات الإدارية

يجد الباحث نفسه وهو بصدد تناول الجزاءات الإدارية في العقود الإدارية ملزماً بضرورة تحديد الكيفية التي ظهرت فيها وما هو المعيار المميز لها بشكل يجعلها مثيرة للاهتمام.

فالمرافق العامة أنشأت لكي تقدم خدمات أساسية للجمهور لا غنى لها عنها، لذلك كان لزاماً باسم المصلحة العامة، أن تؤدي هذه المرافق خدماتها للجمهور على نحو يمكن الجمهور من الاستفادة منها، وهذا لا يتحقق إلا بضمان سيرها بانتظام وإطراد، فأى تعطيل في سير هذه المرافق سينجم عنه أضرار بالغة الأهمية بأعمال الجمهور ومصالحه الأساسية من ناحية وإضطراب في النظام العام من ناحية أخرى.

وإذا كانت التزامات المتعامل المتعاقد مع المصلحة المتعاقدة تتصل بالنظام العام، فإن كل إخلال بهذه الإلتزامات، يشكل بالإضافة إلى الإخلال بالإلتزام التعاقدى مساساً بالمرفق العام موضوع العقد، وبذلك يجب فرض عليه جزاءات من قبل المصلحة المتعاقدة بغية الإستمرار في تنفيذ الإلتزام المتعلق بالمرفق العام وإزالة دواعي الإخلال أو التقصير².

والجزاءات التي يتعرض لها المتعامل المتعاقد في العقود الإدارية، وعلى وجه الخصوص عقد الأشغال العامة كثيرة ومتنوعة ولا ينبغي حصرها مادام أن الباب الثاني مخصص لها، غير أنه ينبغي تحديد مفهوم هذه الجزاءات الإدارية وذلك بتقسيم هذا المبحث

¹ - V. not. G. Jese, Les contrat administratifs de l'Etat, des établissements, des communes et des établissements publics, éd. Giard, 1927,1934,T. II , p. 849 .

² - رشا محمد جعفر الهاشمي، الرقابة القضائية على سلطة الإدارة في فرض الجزاءات على المتعاقد معها، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، القانون العام، جامعة بغداد، 2010، ص 14.

إلى ثلاث مطالب نتطرق في أوله إلى تعريف الجزاءات الإدارية وثانيه تكييفها القانوني وثالثها خصائصها.

المطلب الأول: تعريف الجزاءات الإدارية

لم يتقبل الفقه في فرنسا في بادئ الأمر فكرة الجزاءات الإدارية التي تشاطر من خلالها الإدارة الإختصاص الأصلي للقضاء، والمتمثل في توقيعها جزاءات على كل من يخرق نص قانونيا أو يخالف قرارا إداريا، وقد تذرغ الفقه في عدم تقبله لذلك بعدد من الحجج كان أبرزها بأن ذلك إنتهاكا لمبدأ الفصل بين السلطات وبعد الحرب العالمية الثانية أصبح الفقه يعترف للإدارة بسلطة توقيع الجزاءات الإدارية شريطة أن يكون في أضيق الحدود وألا يمثل الإعتراف لها بتلك السلطة تجاوزا وإنتهاكا لإختصاص القضاء¹.

وعليه للإمام بموضوع الجزاءات الإدارية المخولة للسلطة الإدارية و التي تقره بموجب قرار إداري بصفة إنفرادية دون اللجوء إلى القضاء ينبغي التطرق إلى تعريف الجزاء بصفة عامة والجزاء الإداري كنوع من أنواع الجزاء وصوره حتى يتسنى للقارئ تمييز الجزاءات الادارية في مجال العقود الادارية والتي هي موضوع دراستنا عن باقي صوره. وعليه سنخصص الفرع الاول إلى معنى الجزاء الإداري والفرع الثاني سنخصصه تعريف الجزاءات الإدارية في مجال العقود الإدارية .

الفرع الأول: معنى الجزاء الإداري

حفلت ساحة الفكر الحديث بكتابات متعددة ورائدة حول الجزاء وقواعده، وتبقى لهذه الدراسات ريادتها وأهميتها فهي الأساس لأي دراسة في هذا المجال إذا ألقى الضوء على تلك الظاهرة وتفسيرها.

هذا الجزاء ينجم عن مخالفة قاعدة قانونية ملزمة مهما كان مصدرها سواء كان من شخص طبيعي أو معنوي، ويختلف نوع هذا الجزاء تبعا لنوع وطبيعة القاعدة الملزمة التي تم مخالفتها، فإذا كانت هذه القاعدة دينية فإن الجزاء يكون عندئذ جزاء ديني ، وإذا كانت هذه القاعدة التي تم مخالفتها مصدرها القانون الوضعي يكون حينها الجزاء قانونيا، ويتضمن هذا

¹ - عماد صوالحية، الجزاءات الإدارية العامة، الطبعة الأولى، دار الوفاء لندنيا الطباعة والنشر، الإسكندرية، 2014، ص

الأخير صور مختلفة فقد يكون هذا الجزاء جزاء جنائي إذا ترتب على مخالفة قاعدة قانونية جنائية، وقد يكون جزاء مالي وقد يكون إداري وقد يكون مدني... إلخ .
وسنقتصر على دراسة أهم أنواع الجزاء القانوني المتمثل في الجزاء الإداري الذي له علاقة بموضوعنا غير أنه ينبغي قبله التطرق إلى تعريف الجزاء.

أولاً: تعريف الجزاء

من أجل تعريف مصطلح الجزاء ينبغي التطرق إلى تحديد معناه من الناحية اللغوية والإصطلاحية.

أ-تعريفه لغوياً: الجزاء لغة يأتي من الفعل جزى جزاه بما صنع يجزيه جزاء وجزاه بمعنى وجزى عنه هذا أي قضى ومنه قوله تعالى " لا تجزي نفس عن نفس شيئاً".
ومنه قوله تعالى "إن الساعة آتية أكاد أخفيها لتجزى كل نفس بما تسعى" فإذا كان السلوك الأثم يمثل فعلاً، فسيكون الجزاء عندئذ (رداً) على ذلك الفعل وليس معالجة له، إذ لا يعقل أن تأتي المعالجة بعد وقوع الفعل، إلا ما يتعلق منها بتغطية ما ينجم عنه أي الفعل من أضرار مادية أو أدبية وذلك من خلال طائفة الجزاءات¹.
وجزاء الأمر: عقابه والعقب: ما يعقب على كل شيء عقبي، والجمع عواقب والعقبى حسنة أو سيئة.

والعقاب والمعاقبة: أن تجزى المرء بما فعل سواء، والإسم: العقوبة، وعاقبه بذنبه معاقبة وعقاباً: أخذه به وتعقب المرء إذا أخذه بذنب كان منه².

ب-تعريفه إصطلاحاً: فالجزاء بمعناه الواسع 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، وإنما يشمل أيضاً ما ينص عليه المشرع من مكافآت لما قام بتنفيذ ما نص عليه من قواعد وأحكام³.

¹ - رشا محمد جعفر الهاشمي، المرجع السابق، ص ص15-16.

² - سعيد عبد اللطيف، النظرية العامة للجزاء الجنائي، العقوبات والتدابير الاحترازية، دراسة مقارنة بالشرعية الإسلامية، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، 1991، ص6.

³ -أمال عثمان، شرح قانون العقوبات الاقتصادي في جرائم التموين، دار النهضة العربية، 1983، ص229.

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، والقواعد القانونية كلها تتمتع بصفة الإلزام مما مؤداه إلى تقرير جزاء قانوني على مخالفتها، وما لا شك فيه أن طبيعة الجزاء ترتبط بطبيعة القاعدة التي تم مخالفتها والمصلحة المحمية من خلالها¹.

وكلمة جزاء في أوسع معانيها يقصد بها رد الفعل الذي يصدر من شخص أو هيئة كنتيجة لإخلال معين، بهذا تصير كلمة جزاء عنصراً من عناصر القاعدة القانونية في معناه النظامين فكل أمر قانوني أو أخلاقي وبصفة عامة سلوكي لا يرتبط بجزاء يفقد صفة القاعدية لأنه لا يصير لازماً فاللزوم يمنح صفة الثبات والإستقرار وكل منهما يمثل إحدى خصائص الوضع القاعدي².

كما عرف الجزاء على أنه الألم الذي يقرره القانون والذي تنطق به السلطة العامة بسبب المخالفة والجنوح ضد المخالف أو الجانح أو الذي يجب على إحداهما أو الآخر أن يتحمله بشخصه لحساب المصلحة العامة³.

وما يفهم من هذا التعريف الأخير أنه لم يتم فيه تقديم تعريف جزاء بمفهوم عام وإنما تم تعريف فيه تعريف الجزاء في صورة الجزاء الجنائي وهذا غير منطقي لأن الجزاء بمفهومه الواسع قد يكون جزاء إداري، جزاء مدني وجزاء جنائي، ومنه نقترح تعريف الجزاء على أنه هو الأثر الذي يتحمله مخالف القاعدة القانونية الملزمة دون القاعدة القانونية المكلمة مهما كان مصدرها.

ثانياً: مضمون الجزاء الإداري

إن الجزاء الإداري شأنه شأن أي جزاء آخر له بالضرورة طبيعة جزائية، أي أن غايته هو العقاب على التقصير في أداء إلتزام ما، وهو يرتكز على الأخطاء، ويكتسي من حيث المبدأ بطابع شخصي، وهو إحدى الآليات التي تلجأ إليها الدول من أجل تحقيق أهدافها.

¹ - طارق محمد عبد الرحمن سلطان، المرجع السابق، ص 114.

² - سعيد عبد اللطيف، المرجع السابق، ص 6.

³ - عبد العزيز المنعم خليفة، ضوابط العقود الإدارية العام، دار الكتاب الحديث ، القاهرة، 2008، ص 11.

وتتبع ذاتية الجزاء الإداري من أنه يصدر من جهة غير قضائية ولكن بواسطة سلطة إدارية، وهو ما يضيف عليه شكل القرار الإداري من جانب واحد، وهذا الجزاء الإداري تتعدد صورته، وعليه نتناول كل من تعريفه وصورته.

أ-تعريف الجزاء الإداري:

التشريع الجزائي كغيره من التشريعات المقارنة لم يعط تعريف للجزاء الإداري وأكتفى بتحديد صورته من خلال النصوص القانونية المنظمة لكل صورة وترك ذلك للفقهاء. يعرفه الفقيه فليب جستاز في المعاني الثلاثة التالية بأنه " تكريس أو إقرار قاعدة القانون بطريق النظام القانوني أو الآثار المحددة للصيقة بالقاعدة أو ترتيب الآثار الناجمة عن القاعدة بطريق الإكراه".

وهذا التعريف من حيث المعنى الأول، فإنه لا يخلو من المنفعة في موضوع الجزاء الإداري خاصة مع الجدل الدائر في الوقت الحالي حول قوانين أداب المهنة. والمعنى الثاني يتسم بالإتساع حيث يختزل الفقيه فليب في التعريف الثاني الآثار المحددة للصيقة بالقاعدة ومن ثم فالجزاء في هذا المعنى الثاني يمكن أن يشمل العقوبة والتعويض في أن واحد.

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

في الواقع، إن المعنى الثاني هو الجدير بالإعتبار، فالقانون وبخلاق الأخلاق ينص على معيار محدد للقاعدة التي يضعها، بالأخلاق تقتصر على وصف السلوك بدون بيان الجزاء الواجب التطبيق في حالة عدم الإلتزام بهذا السلوك وهو على خلاف الحال بالنسبة للقانون¹.

وقد حاول جانب من الفقه وضع تعريف للجزاء الإداري وأعتبر هذا المصطلح بمثابة نوع من الجزاء غير محدد المعالم بسبب عدم الإتفاق على معايير تحديده، حيث ذهب إلى حد إدراج جميع الجزاءات التي يوقعها القاضي الإداري تحت هذا المفهوم².

¹ - M. Degoffe, Droit de La Sanction non penale, 1ere ed, Economica, 2000, p2

² - عماد صوالحية، المرجع السابق، ص 26.

ونحن نرى أن الجزاء الإداري وهو الجزاء التي تفرضه سلطة إدارية بموجب قرار إداري في حالة مخالفة شروط العقد والتشريعات المخولة بموجب القانون.

ب- صور الجزاء الإداري وتمييزها عن الجزاءات التعاقدية كأحدى صور

لا يقتصر استخدام الجزاءات الإدارية التي تقرها السلطات الإدارية على الدول التي تأخذ بنظام قانون العقوبات الإداري كألمانيا وإيطاليا، وإنما تمنح دول أخرى الإدارة سلطة تقرير جزاءات إدارية وذلك دون أن يكون لديها نظام متكامل للجرائم الإدارية، وذلك كما هو الوضع في كل من فرنسا ومصر¹، وتتعدد صور الجزاءات الإدارية وتشمل الجزاءات التأديبية، الجزاءات الإدارية العامة وإجراءات الضبط الإداري والجزاءات التعاقدية هذه الأخيرة هي موضوع دراساتنا وناجمة على إخلال المتعامل المتعاقد بإحدى إلتزاماته التعاقدية مع المصلحة المتعاقدة وعليه حتى يتسنى توضيحها بدقة ينبغي تمييزها عن بقية صور الجزاء الإداري عند دراسة كل صورة من صور.

1- الجزاءات التأديبية والجزاءات التعاقدية:

عرفت المحكمة الإدارية العليا المصرية، الأخطاء التأديبية في عدة قرارات ومن أهم هذه التعريفات أن سبب القرار التأديبي في نطاق الوظيفة العامة، هو إخلال الموظف بواجباته الوظيفية، أو خروجه عن مقتضياتها.

وانطلاقاً من مبادئ شرعية العقوبة التأديبية المعترف به في معظم التشريعات في العالم فإن المشرع هو الذي حدد العقوبات التأديبية التي يجب توقيعها على الموظف المذنب، وإذا سمح لبعض السلطات بأن تصدر لوائح، جزاءات، فإنها تكون مقيدة بالعقوبات التي تقرها في هذه اللوائح، وتنحصر سلطاتها في تحديد الجرائم التأديبية التي يعاقب فيها الموظف إذا ارتكبها، إختيار العقوبة الملائمة من بين العقوبات المحددة سواء في قانون الوظيفة العامة أو قوانين القطاعات الأخرى، ولا يمكن إبتداع عقوبات أخرى ولو عن طريق القياس².

والمشرع الجزائري كغيره من التشريعات المقارنة أعتمد في تقسيم العقوبات معيار الشدة تناسبا مع خطورة الأفعال المرتكبة مميذا بينها في كيفية تطبيقها والسلطات المختصة

¹ - أمين مصطفى محمد، النظرية العامة لقانون العقوبات الإداري، المكتبة القانونية، 1997، ص 226.

² - عماد صوالحية، المرجع السابق، ص 26.

بها وإجراءات تسليطها وتناولها بموجب الأمر 06-03 في الفصل الثالث تحت عنوان الأخطاء التأديبية، حيث أورد تصنيف لهذه الأخطاء في المادة 177 وقسمها إلى أربعة أقسام وهي أخطاء من الدرجة الأولى، وأخطاء من الدرجة الثانية والثالثة والرابعة والمواد من 178 إلى 181 تبين على وجه الخصوص الأخطاء حسب كل درجة¹.

وهذه الجزاءات التأديبية تختلف من حيث المفهوم والأصل عن الجزاءات التعاقدية، فمن حيث المفهوم نجد بأن العقوبات الانضباطية تصدر عن الإدارة لمواجهة ما يقع من إخلال بالالتزامات الوظيفية من جانب الموظف أثناء أو بمناسبة قيامه بأداء المهام الوظيفية المكلف بها²، والتي تعد جريمة مستقلة أي قائمة بذاتها لها معالمها التي تتميز بها وأركانها التي لا تقوم إلا بها حيث تتميز بطبيعة خاصة فالأصل أنها لا تخضع لقاعدة شرعية الجرائم (لا جريمة بدون نص) تلك القاعدة مطبقة بالنسبة للجرائم الجنائية³.

في حين الجزاءات التعاقدية لا يتم توقيعها سوى من تربطه بالإدارة علاقة تعاقدية، والتي يكون لها بموجبها معاقبة المتعاقد معها متى أخل بالتزاماته التعاقدية المنصوص عليها في العقد الإداري.

غير أن هذه الجزاءات التأديبية تتشابه مع الجزاءات التعاقدية من حيث الجهة التي تصدرها كونها جهة إدارية.

2- الجزاءات الإدارية العامة والجزاءات التعاقدية:

لم يرق المشرع الجزائري بتعريف هذا نوع من الجزاءات تاركا ذلك للفقهاء، وقد عرفها الدكتور عبد العزيز خليفة بأنها "قرارات إدارية فردية ذات طبيعة عقابية جزاء مخالفة إلتزامات قانونية أو قرارات إدارية توقعها الإدارة كسلطة عامة بمناسبة مباشرتها لنشاطها وفقا للشكل والإجراءات المقررة قانونا، غايتها ضبط أداء الأنشطة الفردية بما يحقق المصلحة العامة.

¹ - المواد 177، 178 و181 من الأمر رقم 06-03، المؤرخ في 15 يوليو 2006، المتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العامة، ج ر ج ج، العدد 46، الصادرة في 16 يوليو 2006.

² - شفيق عبد المجيد الحديثي، النظام الانضباطي لموظفي الدولة في العراق، ط 1، مديرية مطبعة الإدارة المحلية، بغداد، 1975، ص 108

³ - رشا محمد جعفر الهاشمي، المرجع السابق، ص 18.

للجزاءات الادارية العامة صفة ردعية كأثر لمواجهة الوقوع الفعلي لارتكاب المخالفة بهدف معاقبة مقترفها ومنع غيره عن أن يأتي مثلها، بهدف حماية النظام العام بمختلف محاوره من أمن عام، صحة وسكينة عامة¹.

تأسيسا على ذلك فإن سحب الترخيص ينتمي إلى إجراءات الضبط الإداري إذا كان للحفاظ على الأمن العام، حيث يعتبر جزاء إداري عام إذ اتخذته الإدارة على إثر ارتكاب جريمة.

وعليه فإن الجزاء الإداري العام تملكه الإدارة ضد كل من يخالف نص قانوني أو قرار إداري من المخاطبين به²، أي ضد الأفراد الذين لا تربطهم بالإدارة علاقة أساسها العقد أو علاقة أساسها الوظيفة، في حين الجزاءات الإدارية في مجال العقود الإدارية لا يتم توقيعها سوى على من تربطه بالإدارة علاقة تعاقدية والتي يكون لها بموجبها معاقبة المتعاقد معها متى أخل بالتزاماته التعاقدية.

3- إجراءات الضبط الإداري والجزاءات التعاقدية:

لم يعرف المشرع الجزائري الضبط الإداري وأكتفى بتحديد أغراضه تاركا ذلك للفقه فنصت المادة 94 من قانون 10/11 المؤرخ في 22-06-2011 المتعلق بالبلدية على " السهر على المحافظة على النظام العام وأمن الأشخاص والممتلكات..." ونصت المادة: 114 من قانون 07/12 المؤرخ في 21-02-2012 المتعلق بالولاية على " الوالي مسؤول على المحافظة على النظام و الأمن والسلامة والسكينة".

وتعددت التعاريف الفقهية بشأنه بسبب إختلاف نظرتهم إليه هل هو نشاط أو قيد. فالرأي الأول يرى أنه مجموعة من الإجراءات حيث عرفه جورج فيدل على أنه مجموعة من الأنشطة الإدارية يكون موضوعها إصدار قواعد عامة وتدابير أمنية تكون لازمة لحفظ النظام العام، الأمن والصحة.

الرأي الثاني عرفه على أساس هدفه فعرفه هوريو على أنه ما يستهدف به للمحافظة على النظام العام.

¹ -عمار بوضياف، الوجيز في القانون الاداري، دار الريحانة، الجزائر، 2001، ص201.

² -عماد صوالحية، المرجع السابق، ص ص26- 35.

الرأي الثالث عرف فيه على أنه مجموعة من الهياكل أو الأجهزة أي تعريف عضوي فعرفه جورج ريفيرو على أنه نوع من أنواع التدخل أي أنه قيد من جانب السلطات الإدارية ويتضمن فرض قيود على حريات الأفراد لأجل المحافظة على النظام العام. ومنه تعددت التعاريف الممنوحة للضبط الإداري، فعرفه الأستاذ محمد صغير بعلي بأنه تلك الإجراءات المتخذة للمحافظة على النظام العام المتكون من الأمن والسكينة والصحة العامة¹.

وعرفه الأستاذ: عمار عوابدي بأنه " كل الأعمال والإجراءات والأساليب القانونية والمادية والفنية التي تقوم بها سلطات الضبط الإداري المختصة بهدف ضمان المحافظة على النظام العام بطريقة وقائية في نطاق النظام القانوني للحقوق والحريات السائدة في الدولة².

وما يميز صورة هذا الجزاء كأسلوب من أساليب الضبط الإداري على أنه مجموعة من الإجراءات الفردية أو العامة تتخذها سلطات الضبط الإداري المتمثلة على المستوى المركزي في رئيس الجمهورية والوزير الأول والوزراء وعلى المستوى اللامركزي في رئيس البلدية والوالي³، تهدف من خلالها الحفاظ على النظام العام بعناصرها التقليدية المتمثلة في السكينة العامة والصحة العامة والأمن العام وعناصرها الحديثة.

ومن هذا التعريف يتضح لنا أن هذه الصورة من صور الجزاء الإداري الذي تتخذه الإدارة هدفه وقائي وليس علاجي ولا ينجم عن ارتكاب جريمة أو خطأ عكس الجزاء الإداري في مجال العقود الإدارية ناجم عن ارتكاب خطأ من المتعامل المتعاقد، وذلك بإخلاله بأحد التزاماته التعاقدية إما بتقصيره أو إهماله أو تأخره في التنفيذ أو إمتناعه عن التنفيذ غير أن تشابههما يكمن في أن كلاهما صورتان للجزاءات الإدارية التي تتخذها الإدارة دون تدخل من القضاء .

¹ - محمد الصغير بعلي، القانون الإداري، ب ط، دار العلوم، الجزائر، 2005، ص 260.

² - عمار عوابدي، القانون الإداري، الجزء الثاني، النشاط الإداري، ديوان المطبوعات الجامعية، 2000، ص 10.

³ - المواد 105، 106، 107 و 143 من دستور 2016 و 94 من قانون البلدية 11-10 و 114-115 و 116 من قانون الولاية 07-12.

4-الجزاءات التعاقدية

وهذه الجزاءات لا سبيل لتحديد مفهومها كون سنخصص لها الفرع الثاني وغاية الباحث من توضيح صور الجزاءات الإدارية هو تمييزها عن الجزاءات التعاقدية كإحدى صوره حتى لا يختلط على القارئ تمييز بين هذه الصور من الجزاءات الإدارية.

الفرع الثاني: تعريف الجزاءات الإدارية في مجال العقود الإدارية

أن المشرع الجزائري كغيره من التشريعات المقارنة لم يقم بتعريف الجزاءات الإدارية في مجال العقود الإدارية ومنها عقد الأشغال العامة، وأكتفى بتحديد صور الجزاءات الإدارية في مجال العقود الادارية في المرسوم الرئاسي 247/15 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، وكذا في دفتر الشروط الإدارية العامة، ولا سبيل لتعدادها وترك تعريفها للفقهاء وحسنا ما فعل لأن ليس من مهام المشرع وضع التعاريف الجامعة المانعة لمختلف المواضيع، وإنما هي من صميم الفقه، وقبل التطرق لتعريفها ينبغي التطرق إلى المبدأ الأساسي لنظرية العقود الإدارية.

بالرجوع إلى المبدأ الأساسي لنظرية العقود الإدارية نجده يتمثل في فكرتين الأولى أن تطبيق الجزاءات المختلفة غالبا ما ينتج من قرار الإدارة الصادر من جانب واحد، فالجزاء الصادر عن الإدارة المتعاقدة لا يحتاج بخلاف القانون الخاص اللجوء إلى المحكمة للحصول على حكم قضائي بالجزاء، فالإدارة تستطيع في هذا الصدد أن تستخدم ما لها من صلاحيات لإصدار الجزاء ضد المتعاقد معها.

أما عن الفكرة الثانية فتكمن في أن سلطة الادارة في توقيع الجزاءات قائمة بذاتها حتى في حالة صمت العقد، وبحكم أن هذا الإختصاص من النظام العام، فان الإدارة لا تملك التنازل عنه، والتخلي عن مباشرته، ومن جانب آخر لا تتقيد الجزاءات التي تملك الإدارة توقيعها بالجزاءات المنصوص عليها في العقد ولكن هذا لا يمنع القول بوجود بعض القيود المفروضة على الجزاءات التي توقعها الإدارة على المتعاقد، كما أن المتعاقد له ضمانات تحميه من تعسف الإدارة.

واختلف الفقهاء في إعطاء تعريف للجزاءات الإدارية في مجال العقود الإدارية، فهناك من عرفها على أنها تلك الجزاءات التي توقعها الإدارة على المتعاقدين معها لعدم قيامهم بالتزاماتهم قبلها ، وتكون مقصورة على تلك الطائفة من المتعاقدين مع الإدارة في حدود ما

أنتفخوا عليه إداريا مع الإدارة وهي تتنوع بتنوع الجزاءات منها الجزاءات المالية، الضاغطة، الفاسخة والجنائية¹.

وهناك من عرفها على أنها الجزاء الذي تفرضه جهة إدارية مخولة بحق المتعاقد معها في حالة مخالفته لشروط العقد والتشريعات المخولة لها بموجب القانون². وعرفها محمد الشافعي أبو راس " على أنها عقوبة تفرض على المتعاقد مع الإدارة في حالة إخلاله بتنفيذ إلتزاماته التعاقدية دون الحاجة بالإلتجاء إلى القضاء.

ونرى أن هذا التعريف باستعمال مصطلح عقوبة حصر الجزاء الإداري في غرامة التأخير و مصادرة التأمين لأن هذه الأخيرة لها خصائص العقوبة الجزائية التي يطبقها القاضي على كل من ارتكب جريمة سواء جنائية أو جنحة أو مخالفة وثبت في حقه، و الأولى الغرامة هي بمثابة عقوبة أصلية ومصادرة التأمين بمثابة عقوبة تكميلية وبالتالي فإن هذا التعريف أغفل باقي صور الجزاءات الإدارية المتمثلة في التعويض والجزاء الضاغط والجزاء الفاسخ وكان عليه إستعمال مصطلح جزاء لأن الجزاء مفهوم واسع يشمل الجزاء المدني والجنائي والإداري لكون طبيعة هذه الجزاءات الإدارية تحمل طابع مدني و جنائي واداري.

ويرى البعض الآخر من الفقهاء على أن الجزاءات الادارية هي " عبارة عن تعويض جزافي للإدارة نتيجة للأضرار التي تحملتها من جراء إخلال المتعاقد في تنفيذ إلتزاماته". نلاحظ أن هذا التعريف ضيق وحصر الجزاء الاداري التي تفرضه الادارة على المتعاقد المخل بإلتزاماته في التعويض رغم أن الجزاء الإداري له عدة صور والتعويض يعد نوع من الجزاءات المالية فقط.

وهناك من عرف الجزاءات الادارية على أنها هي عبارة عن إجراء تهدف الإدارة من ورائه إلى حمل المتعاقد ودفعه إلى تنفيذ إلتزاماته هذه من أجل ضمان سير المرفق العام بانتظام وإطراد".

¹ - طارق محمد عبد الرحمن سلطان، المرجع السابق، ص ص124-125

² - رشا محمد جعفر الهاشمي، المرجع السابق، ص18.

وهناك من عرفها على أنها تلك الجزاءات التي تفرضها المصلحة المتعاقدة على المتعاقد معها في حالة إخلاله بإلتزاماته التعاقدية دون اللجوء إلى القضاء، من أجل سير المرفق العام بانتظام وإطراد¹.

ما يفهم أن الجزاءات الادارية في مجال العقود الإدارية تعرف على أنها هي تلك الجزاءات التي توقعها المصلحة المتعاقدة في حق المتعامل المتعاقد معها بموجب عقد إداري مهما كان نوعه في حالة إخلاله بما هو متفق عليه في دفتر الشروط والشروط المنصوص عليها في التشريعات المنظمة للعقود الإدارية دون اللجوء إلى القضاء.

نظرا لأهمية هذه الجزاءات التي يجوز للإدارة توقيعها على المتعامل المتعاقد في مجال العقود الإدارية، ومنها عقد الأشغال العامة وخصوصيتها عن ما هو وارد في القانون الخاص إذ أن العقود المدنية تخضع للقاعدة العامة العقد شريعة المتعاقدين إذ لا يجوز تعديله أو نقضه إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقرها القانون وهذا نصت عليه المادة:106 من القانون المدني² ، وعليه فالجزاء المدني سواء كان فسخ أو تعويض أو بطلان لا يمكن تقريره إلا باللجوء إلى القضاء ومنه ينبغي علينا بيان خصائص الجزاء الإداري في مجال العقود الإدارية وهذا ما سنوضحه في المطلب الثاني.

المطلب الثاني: خصائص الجزاءات الإدارية

أستقر الفقه والقضاء الإداري في فرنسا على صياغة نظرية مستقلة للجزاءات في العقود الإدارية لها مقوماتها وذاتيتها التي تتبع من طبيعة أوضاع المرافق العامة ووجوب سيرها على وجه الانتظام والإستمرار³.

ونظرا لأهمية وخطورة هذه الجزاءات وأثارها السلبية على المتعاقدين انفردت بخصائص معينة لا مثل لها في القانون الخاص، وهي ترجع إلى ضرورة سير المرفق العام

¹ - كنعان نواف، القانون الاداري، الكتاب الثاني، الطبعة الأولى، دار العلمية الدولية ودار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2003، ص ص359-358.

² - المادة 160 من القانون المدني .

³ - عبد المجيد فياض، نظرية الجزاءات في العقد الاداري، الطبعة الأولى، 1985، ص14، نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص 147 .

بإنتظام وإطراد وتحقيقا للمصلحة العامة، وتستمد الإدارة سلطتها في توقيع تلك الجزاءات من إمتيازات السلطة العامة التي تملكها بإعتبارها القائمة على المرفق العام¹. وهذه الخصائص نستعرضها مقسمين هذا المطلب إلى الفروع التالية:

الفرع الأول: سلطة الإدارة في توقيع الجزاء بإدارتها المنفردة

المقصود بهذه الخاصية هو حق الإدارة في توقيع الجزاء بنفسها ودون الحاجة إلى اللجوء إلى القضاء، ومعنى ذلك أن يكون المتعاقد بصورة دائمة في موقف المدعى عليه، وينذر أن تكون الإدارة في الموقف المدعي، وأن هذه الحالة لا نجد لها مثيلا في القانون الخاص، وإذا ما إرتأت الإدارة في توقيع الجزاء بنفسها فيكون واجبها في أن تفصح عن إرادتها بقرار إداري صحيح يملك أركان القرار الإداري الكامل، ويخضع هذا القرار لرقابة القضاء².

إن مبرر سلطة المصلحة المتعاقدة في توقيع الجزاء بإرادتها المنفردة دون اللجوء إلى القضاء على المتعاقد الممتنع أو المتقاعس عن تنفيذ إلتزاماته أو الذي يعمد إلى الغش أو التلاعب في تنفيذ العقد الإداري هو ضمان حسن التنفيذ المتصل بسير المرافق العامة وضمان إستمرارها وإنتظامها تحقيقا للمصلحة العامة، و لا تستند الإدارة في مباشرة هذه السلطة إلى نصوص العقد الإداري بل إلى سلطاتها الضابطة لضمان حسن سير المرافق العامة³، كما تجد تبريرها في أهمية المحافظة على المرافق العامة وسير هذه المرافق بشكل منتظم، فالقاعدة المتبعة في العقود المدنية هي ضرورة إستصدار حكم قضائي عند إخلال المتعاقد بتنفيذ بنود العقد وهذه الآلية تتطلب وقتا طويلا وإجراءات معقدة لا تتناسب مطلقا مع ضرورة المحافظة على المرافق العامة والمصلحة العامة، لأن إخلال المتعاقد الذي يقوم

¹ - هيثم حليم غازي، سلطات الإدارة في العقود الإدارية، دراسة تطبيقية، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2014، ص94.

² - دنون سليمان يونس العبادي، مظاهر السلطة العامة في إنهاء العقد الإداري، دار الكتب القانونية، مصر، 2015، ص147. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية في ضوء المناقصات والمزايدات ولائحته التنفيذية، دار محمود للنشر، القاهرة، 2015، ص199. هيثم حليم غازي، المرجع السابق، ص95.

³ - رشا محمد جعفر الهاشمي، المرجع السابق، ص20.

بتنفيذ العقد الإداري ينعكس سلبا على المرافق العامة والمصلحة العامة، ومن غير المقبول لجوء الإدارة لإنظار قرار قضائي لمعالجة خلل تنفيذ العقد

بل لا بد للإدارة من إتخاذ قرارها بالسرعة المطلوبة، ويبقى للمتعاقد المتضرر من قرار الإدارة أن يخاصم هذا القرار أمام القضاء الإداري المختص الذي يحكم بالتعويض في حالة عدم مشروعية قرار الإدارة، و لا يملك قاضي العقد في حالة أتخذت الإدارة تدبيراً لا يجد له ما يبرره في الواقع أو القانون، إلا إلزامها بالتعويض¹ وهو ما أكدته المحكمة الإدارية العليا بمصر في حكمها الصادر بتاريخ 25-05-1963 بقضائها.. الإدارة تعمل في إبرامها للعقد الإداري بوصفها سلطة عامة تتمتع بحقوق وإمميزات لا يتمتع بمثلها المتعاقد معها، وذلك بقصد تحقيق نفع عام، أو مصلحة مرفق من المرافق العامة، كما أن الإدارة تعتمد في إبرامه وتنفيذه على أساليب القانون العام، فكفتنا المتعاقدين فيه غير متكافئتين تغليباً للمصلحة العامة على المصلحة الفردية مما يجعل للإدارة سلطة مراقبة تنفيذ شروط العقد وكذا حق توقيع جزاءات على المتعاقد معها وذلك بإرادتها المنفردة².

ونجد المشرع المصري أعطى للإدارة حق في توقيع الجزاءات بنفسها دون اللجوء إلى القضاء، وذلك من خلال الفقرة الأخيرة من نص المادة 82 من اللائحة التي تشير بدلالة صريحة وواضحة إلى اختصاص جهة الإدارة بتوقيع الجزاءات على المتعاقد بنفسها ويكون لجهة الإدارة الحق في احتجاز كل أو بعض ما يوجد بمحل العمل منشآت وقتية ومبان وألات وأدوات...³.

وقد قررت المحكمة الإدارية العليا في مصر " أن لجهة الادارة الحق في فسخ العقد ومصادرة التأمين النهائي إذا أخطأ المتعاقد، وذلك بإرادتها المنفردة دون الالتجاء إلى القضاء باعتباره امتيازاً لجهة الإدارة لتعلق العقد الإداري بالمرفق العام، مع حقها بالرجوع على المتعاقد بالتعويض، وينتج عن هذا الجزاء إنهاء الرابطة التعاقدية"⁴.

¹ - نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص 148-149.

² - بلاوي ياسين بلاوي، الجزاءات الضاغطة في العقد الإداري، دار الكتب القانونية، دار شتات للنشر والبرمجيات، مصر - الإمارات، 2011، ص 31.

³ - المادة 82 من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات رقم 89 لسنة 1998، الصادر بتاريخ 08-05-1998، ج، ر عدد 19 مكرر، الصادرة في 08-05-1998.

⁴ - نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص 150.

ونجد المشرع الجزائري ساير المشرع المصري في سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات بنفسها دون اللجوء إلى القضاء وهو ما يتجلى من خلال المرسوم الرئاسي 247/15 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام في مواد 133-147-149-150-152 منه¹، و35 و36 من دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال المتعلقة بوزارة تجديد البناء والأشغال العمومية والنقل²، وكذا المرسوم التنفيذي رقم 219/21 المتضمن الموافقة على دفتر البنود الإدارية المطبقة على صفقات الأشغال العمومية³.

مما تقدم نلاحظ، حرص المشرع الجزائري على درج النصوص التي تقضي بحق الإدارة في اللجوء إلى توقيع الجزاءات بنفسها دون حاجة للرجوع إلى القضاء. وقد يعترض على ذلك بأن الإعراف للإدارة بتلك السلطة يمثل خرقاً لمبدأ الفصل بين السلطات على إعتبار أن مهمة كفالة تطبيق القوانين من اختصاص القضاء ولا يمكن إيكالها إلى الإدارة وإلا اعتبر ذلك إعتداء على سلطة القضاء وتدخلاً في شؤونه. وهذا القول المتقدم على فرض وجاهته إلا أنه يمكن الرد عليه بأن الفصل بين السلطات لم يعد فصلاً مطلق وإنما صار فصلاً نسبياً، والأمثلة على ذلك عديدة فمثلاً السلطة التشريعية تفصل في بعض المنازعات لا سيما المتعلقة بصحة العضوية، والقاضي المدني في بعض منازعات الإدارة يحكم فيوجه أوامره إليها، ويحكم بإبطال غير المشروع من تصرفاتها، والإدارة الممثلة في السلطة التنفيذية تمارس سلطة التشريع فيما تصدره من قرارات تنظيمية سواء في الظروف العادية أم الاستثنائية، ورغم ذلك لم يقل أحد أن في ذلك إخلالاً بالفصل بين السلطات⁴.

¹ - المواد 133، 147، 149، 150 و152 من المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام .

² - المواد 35 و36 من دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال المتعلقة بوزارة تجديد البناء والأشغال العمومية والنقل.

³ - المواد من 119 إلى 127 المرسوم التنفيذي رقم 219/21 المتضمن الموافقة على دفتر البنود الإدارية المطبقة على صفقات الأشغال العمومية

⁴ - محمد فؤاد عبد الباسط، أعمال السلطة الإدارية، القرار الإداري، مكتبة الهداية للطبع والنشر، الإسكندرية، 1989، ص

ونحن نساير هذا الموفق ونؤكد أن منح سلطة توقيع الجزاء للإدارة على المتعامل المتعاقد معها دون اللجوء إلى القضاء رغم أن توقيع الجزاء من اختصاص القضاء لا يشكل إخلالاً بمبدأ الفصل بين السلطات، لأن هذا الأخير لم يعد يأخذ به كفصل مطلق ومنه التشريع الجزائري وأصبح يأخذ به بصفة مرنة تقوم على التعاون بين السلطات الثلاث ويظهر هذا جلياً من خلال ممارسة السلطة القضائية اختصاص من صلاحية السلطة التنفيذية وهو ما يتجلى من خلال نصوص 978-979-981 من قانون رقم: 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية¹، التي منحت القضاء حق توجيه أوامر للإدارة رغم أن هذا الاختصاص أصيل للسلطة التنفيذية ويمارسه الرئيس تجاه رؤوسه، وممارسة السلطة التنفيذية إختصاص من الصلاحيات الأصلية للسلطة التشريعية المتمثلة في سن القوانين إذ نجد الدستور الجزائري 2016 أعطى لرئيس الجمهورية حق التشريع بأوامر في مادته 142 منه²، كما نجد كذلك دستور 2020 أعطى هذا الإختصاص لرئيس الجمهورية³.

والإدارة تملك حق توقيع جميع أنواع الجزاءات الإدارية على المتعاقد المقصر وبدون حاجة إلى الإلتجاء إلى القضاء، ولكن مجلس الدولة الفرنسي أستثنى من ذلك عقوبة إسقاط

¹ - المواد 978، 979، 981 من قانون 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

² - نصت المادة 142 من دستور 2020 على " لرئيس الجمهورية أن يشرع بأوامر في مسائل عاجلة في حالة شغور المجلس الشعبي الوطني أو خلال العال البرلمان، بعد رأي مجلس الدولة.

ويعرض رئيس الجمهورية النصوص التي اتخذها على كل غرفة من البرلمان في أول دورة لتوافق عليها. تعد لاجية الأوامر التي لا يوافق عليها البرلمان.

يمكن رئيس الجمهورية أن يشرع بأوامر في الحالة الاستثنائية المذكورة في المادة 107 من الدستور، وتتخذ الأوامر في مجلس الوزراء"

³ - نصت المادة 142 من دستور 2020 على " لرئيس الجمهورية أن يشرع بأوامر في مسائل عاجلة في حالة شغور المجلس الشعبي الوطني أو خلال العال البرلمان، بعد رأي مجلس الدولة.

يخطر رئيس الجمهورية وجوبا المحكمة الدستورية بشأن دستورية هذه الأوامر، على أن تفصل فيها في أجل أقصاه عشرة (10) أيام .

يعرض رئيس الجمهورية الأوامر التي اتخذها على كل غرفة من البرلمان في بداية الدورة القادمة لتوافق عليها. تعد لاجية الأوامر التي لا يوافق عليها البرلمان.

يمكن رئيس الجمهورية أن يسرع بأوامر في الحالة الإستثنائية المذكورة في المادة 98 من الدستور، وتتخذ الأوامر في مجلس الوزراء".

الالتزام، فلا يجوز توقيعها إلا بحكم قضائي، ما لم يوجد نص صريح بالعقد يخول جهة الإدارة حق توقيعها، ذلك نظرا إلى أن هذا الجزاء شديد الوطأة على الملتزم الذي يتكبد نفقات ضخمة لإعداد المرفق وتهيئته للإستغلال، ومن ثم فإن توقيعها يجب أن ينط بالقاضي وليس بجهة الإدارة المتعاقدة، أما مجلس الدولة المصري خالف نظيره الفرنسي في هذا الرأي وأقر للإدارة حق توقيع عقوبة إسقاط الإلتزام دون حاجة للإلتجاء إلى القضاء¹.

وبخصوص إتجاه مجلس الدولة الفرنسي بإستثناء عقوبة الإلتزام من الجزاء الذي توقعه الإدارة على المتعامل المتعاقد وجعله من اختصاص القاضي ترى فيه الدكتور عزيزة الشريف أن الاعتبارات العملية التي تحيط بعقد الإلتزام تحتم ضرورة صدور الإسقاط من القاضي، إذ راعى مجلس الدولة الفرنسي في هذا القيد ما ينفق من قبل الملتزم في سبيل إعداد المرفق من رؤوس أموال ضخمة تجعل الملتزم أجدر بالرعاية فجعل الرقابة القضائية على سلطة الإدارة رقابة سابقة على القرار وليس لاحقة عليه.

والفقه الفرنسي أيضا يرى ضرورة صدور جزاء الإسقاط الإلتزام من قاضي العقد كون أن عقود الإلتزام تقوم في الغالب على رؤوس أموال ضخمة موظفة في إدارة واستغلال المرفق العام من جانب الملتزم، يتم استهلاكها خلال مدة طويلة مما يستوجب جعل سلطة فسخها في يد القاضي من أجل حماية الملتزم ضد أي فسخ انفرادي وتعسفي من جانب الإدارة مانحة الإلتزام².

الفرع الثاني: حق الإدارة في توقيع الجزاءات بدون نص تعاقدي

ينص العقد الإداري على جزاءات منفردة ومتنوعة تلجأ إليها الإدارة إذا قصر المتعاقد في تنفيذ التزاماته، ولكن ما هو الوضع إذا سكت هذا العقد على النص على بعض الجزاءات؟ هل ذلك يغل يد الإدارة في توقيع مثل هذه الجزاءات؟ الواقع يؤكد أن يجوز للإدارة توقيع مثل هذه الجزاءات حتى ولم ينص عليها العقد، وبالتالي عدم جواز اتخاذ أي إجراء يحول دون استعمال الجهة الإدارية حقها في توقيع الجزاء، وهذه السلطة لا تستند فيها إلى العقد الإداري، بل إلى سلطتها الضابطة للمرافق

¹ - هيثم حليم غازي، المرجع السابق، ص 95-96.

² - نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص 150.

العامة، وعملا بالقاعدة الأصولية التي تقضي بها العقود الإدارية وأهدافها وقيامها على فكرة حسن استمرار المرافق العامة¹.

غير أن المبدأ السائد في الفقه والقضاء الفرنسي كان بدايته منذ نهاية القرن التاسع وبداية القرن العشرين أن الجزاءات التي يجوز توقيعها على المتعاقد هي تلك التي ينص عليها في العقد، أما في حالة خلو العقد من النص عليها فلم يكن من الجائز قانونا أن تستعمل من عندها توقيع جزاء والقضاء في الوقت نفسه لا يجوز له أن يفترض وجود تلك السلطة بيد الإدارة و لا يكون أمام الإدارة إلا طريقا واحد وهو إلغاء العقد وكانت نتائج ذلك عدم رغبة الإدارة في هذا الحل المتطرف أو أنها لا تسلك هذا السبيل وتغض النظر عن المخالفات غير الجسيمة²، وبذلك لم يكن مسموحا بتطبيق جزاء من خارج العقد إلا جزاء الفسخ فقط³، وهذا الاتجاه القضائي أيده الفقه الفرنسي في ذات الوقت⁴.

وقد أنتقد كثيرا من الفقهاء الفرنسيين هذا المبدأ لسببين:

الأول من غير المعقول أن تبقى بعض المخالفات لبنود العقد دون جزاء بحجة عدم النص عليه في العقد، فإن نية المتعاقدين ومبدأ دوام سير المرفق بانتظام وإطراد يحتمان ضرورة تنفيذ كل بنود العقد وتوفير الحماية الكافية لها.

كما أن هناك مبدأ مجمع عليه مقتضاه أنه لا يمكن لأحد أن يعفى نفسه من النتائج التي يمكن أن تؤدي إليها الأخطاء التي سوف يرتكبها.

والثاني تطبيقا لهذا المبدأ أجاز المشرع للإدارة حق تطبيق جزاء الإسقاط لمواجهة المخالفات غير المنصوص عليها في العقد وهنا يترتب احتمالين إما لجوء الإدارة إلى ممارسة هذا الجزاء الإسقاط لمواجهة المخالفات غير المنصوص عليها في العقد مهما كانت جسامتها، مما يهدد المرفق بالتوقف والاضطراب، وإما تعمد الإدارة إلى إهدار الجزاء وعدم

¹ - سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، دراسة مقارنة، ط 5، دار الفكر العربي، القاهرة، 2005، ص502.

طارق محمد عبد الرحمن سلطان، المرجع السابق، ص134

² - محمود خلف الجبوري، العقود الادارية، 1998، المرجع السابق، ص 111-144.

³ - C.E.,11 Janvier 1884.Level Département du pas-de- Calais, D., 1885,III,p. 7. ; C.E.,15 Juli 1881, Chemin de Fer dorleandd Rourn R.P.,706,p. 892

⁴ - A.Christophle, Traite Théorique et pratique de Travaux publics, T. II,2 e éd chevalier- Marsescq , paris, 1890, p 38.

تطبيقه نتيجة خطورته وأثاره الضارة على المرفق ومصالح المنتفعين، وهذا يتساوى مع عدم النص على وجود جزاء لمواجهة بعض الالتزامات التعاقدية¹.

لذلك عدل الفقه والقضاء عن ذلك وظهر نوع آخر من الجزاءات غير العقدية التي تملك الإدارة توقيعها على المتعاقد وهذا ما أكده مجلس الدولة الفرنسي في حكم شهير بتاريخ 03-05-1907 في قضية (DEPLANQUE) الذي ذهب فيه (لو أن دفتر شروط الالتزام لم ينص على جزاء للوقائع المنسوبة للمقاول بصفة صريحة، فإنها تعتبر مع ذلك من جانب هذا المقاول بمثابة عدم تنفيذ لالتزاماته ومن طبيعة تبرر منح تعويض لمدينة نوزون نظرا للضر الذي لحقها من جراء ذلك) وطبقا لهذا الحكم سمح المجلس بتطبيق التعويض وهو جزاء غير عقدي²، استنادا إلى أن الإدارة بحكم مسؤوليتها عن حسن سير المرافق العامة لذا فهي تتمتع بجملة من الامتيازات والرخص القانونية يسمح بها القانون العام³.

والنظر إلى هذه القاعدة أنها تعد مقبولة لأن النصوص العقدية هي في الأصل أن تكون قانون المتعاقدين ولكن يجب أن لا يكون تطبيقها هدما لسير المرفق العام بحيث تبقى الإدارة عاجزة عن مواجهة الخطر الذي يهدد سيرها وانتظامها ولذا فإن هذا الإتجاه يعد خطوة هامة لحق الادارة في توقيع الجزاءات خاصة وأن هذه الأخيرة الواردة في العقد عدت ليست كافية لضمان سير المرافق بانتظام وإطراد.

¹ - طارق محمد عبد الرحمن سلطان، المرجع السابق، ص 135.

² - قضية DEPLANQUE تتلخص وقائعها (أن السيد دبلانك ابرم عقد امتياز مع احدى المدن في فرنسا (مدينة نوزون) لغرض توفير الانارة وقد ورد النص في عقد الامتياز على توقيع جزاء الفسخ لإخلال المتعاقد بالتزامتهن وفي أثناء التنفيذ وقع اخلال من جانب المتعاقد ببعض التزاماته إلا ان هذا الاخلال لم يكن جسيما وعرض الامر على مجلس الدولة الفرنسي الذي كان عليه إجراء موازنة بين امرين أساسيين هما توقيع الجزاء المنصوص (الفسخ) او السكوت على اخلال الملتزم، وقد قضى مجلس الدولة الفرنسي بإمكان توقيع جزاء اخر على أساس أن كل إخلال يقابله جزاء لان عدم النص في العقد الاداري على جزاء بالنسبة لمخالفة معينة من المتعاقد لا يعني بقاء هذه المخالفة دون جزاء، بل يمكن عن طريق القاضي توقيع الجزاء طبقا للقواعد العامة، عبد المجيد فياض، نظرية الجزاءات الإدارية في العقد الاداري، ط1، دار الفكر العربي، القاهرة، 1975، ص 26-27.

³ - وبذلك يتضح لنا بان مجلس الدولة الفرنسي اعطى للإدارة سلطة توقيع الجزاءات ولكن عن طريق القضاء بموجب حكمه الصادر في 1907 ثم تحول بعد ذلك في قضية (compagnienavigation aclantique-sud) في حكمه الصادر 11-10-1929 وأقر بحق الادارة في توقيع الجزاءات بإرادتها المنفردة ولكن تحت الرقابة اللاحقة للقاضي، عبد المجيد فياض، نظرية الجزاءات الإدارية في العقد الإدارية، المرجع نفسه، ص 36.

وفي مصر القاعدة هي وجوب احترام النصوص التعاقدية المتعلقة بالجزاءات الإدارية فإذا توقع المتعاقدون خطأ معيناً وحدد له في العقد جزاء بعينه، فلا يجوز للإدارة أن تخالف ما نص عليه العقد¹.

أما إذا لم ينص العقد أو دفا تر الشروط على حق الإدارة في توقيع الجزاءات الإدارية، ولم تتضمن القوانين واللوائح تخويل الإدارة مثل هذا الحق فإن سلطة الإدارة توجد بذاتها بالرغم من عدم النص عليها، وهي تستند على القاعدة الأصولية التي تقوم عليها طبيعة العقود الإدارية، وهي فكرة استمرار المرافق العامة².

وبأخذ القضاء الإداري في مصر بذات الإتجاه في القضاء الفرنسي، ومن ذلك حكم محكمة القضاء الإداري في 17-11-1957 بخصوص جزاء وقعته الإدارة على المتعاقد المقصر رغم عدم النص على ذلك في العقد حيث تقول "ومن ثم فليس بالذي يعتد ما يقول به المدعي في مذكرته من أن شروط المزايدة لم ينص فيها على حق الوزارة في مصادرة التأمين لأنه مادام الغرض من التأمين هو ضمان التنفيذ، فلا يمكن تصور قيام هذا الضمان، ما لم يكن للوزارة حق مصادرة التأمين في حالة عدم التنفيذ، سواء نص أو لم ينص في الشروط على هذا الحق، وإلا لما كان هناك محلاً أصلاً لاشتراط دفع تأمين العطاء.

وإذا أورد المتعاقدان في العقد الإداري جزاءات إدارية محددة لأخطاء معينة عندها يجب أن تنقيد جهة الإدارة بما تضمنه العقد، ولا يجوز لها كقاعدة عامة أن تخالفه أو تطبق في شأنه نصوص لائحة المناقصات، لأن الأحكام التي تتضمنها اللائحة كانت ماثلة أمامها عند إبرام العقد، بل ولا يجوز للمحكمة أن تقضي على غير مقتضاه، وهذا ما أكدته أيضاً المحكمة الإدارية العليا في حكم حديث لها صادر بتاريخ 15-04-2000 رقم الطعن 3745 حيث قررت "أن العقد الإداري شأنه شأن العقود يتم بتوافق إرادتين تتجهان إلى إعلان أثر قانوني معين، وليس عملاً شرطياً يتضمن إسناد مراكز قانونية عامة أو موضوعية إلى أشخاص بذواتهم، فإذا ما توقع المتعاقدان في العقد الإداري خطأ معيناً

¹ - طارق محمد عبد الرحمن سلطان، المرجع السابق، ص134.

² - جابر جاد نصار، العقود الإدارية، دار النهضة العربية، 2000، ص35.

ووضعا له جزاء بعينه، فإنه يجب أن تتقيد جهة الإدارة والمتعاقد معها بما جاء في العقد ولا يجوز لأيهما مخالفته¹.

وتأسيسا على ما تقدم نرى أن العقد الإداري إذا سكت عن النص على بعض الجزاءات فلا يعني أن الإدارة يسقط حقها في توقيع الجزاء مادام لم ينص عليها في العقد أو إذا نص العقد على بعض الجزاءات لا يعني إقتصار حق الإدارة في توقيع على ما دون العقد، ولكن يجوز للإدارة أن توقع على المتعاقد في العقود الإدارية ومنها عقد الأشغال العامة أي من الجزاءات سواء منصوصا عليها في العقد أو لم ينص عليها وذلك تحقيقا لمصلحة المرفق العام، فسلطة الإدارة في توقيع الجزاء على المتعاقد معها مستقلة عن نصوص العقد نتيجة إتصاله بنشاط مرفق عام في تسييره أو تنظيمه.

الفرع الثالث: حق الإدارة في إختيار موعد توقيع الجزاء

متى كانت نصوص العقد لم تلزم الإدارة بتوقيع الجزاء في وقت معين، فإنه يكون لها سلطة تقديرية في إختيار الوقت المناسب لتوقيع الجزاء، وفقا لما تراه محققا لضمان سير المرافق العامة وتحقيق الصالح العام².

إذا كان للإدارة السلطة التقديرية في توقيع الجزاء الملائم، غير أن هذه السلطة غير مطلقة من أي قيد، فينبغي احترام النصوص التعاقدية المتفق عليها **كما لا يجوز للجهة الإدارية توقيع جزاء أشد من** الجزاءات المتفق عليها إلا في حالة ارتكاب مخالفة جسيمة من قبل المتعاقد، وإذا أقرت الإدارة صراحة أو ضمنا بأنها لم تحرص على تنفيذ العقد في المواعيد المتفق عليها ترتيبا على أن تنفيذ العقد في هذه المواعيد كان لازما فيعتبر ذلك بمثابة إعفاء ضمني للمتعاقد من تنفيذ العقوبة مما لا يكون معه محل لتوقيع الجزاءات، كما أن الإدارة تملك إختيار الجزاء المناسب وتوقعه على العقوبة المناسبة في الوقت المناسب³.

وعليه فإن القاعدة العامة أن الإدارة تختار الوقت المناسب لتوقيع الجزاء على المتعاقد المقصر بحسب ما تراه محققا لضمان سير المرافق العامة، واستثناء على هذه القاعدة فهي

¹ - نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص154-155.

² - هيثم حليم غازي، المرجع السابق، ص101، عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص201.

³ - طارق محمد عبد الرحمن سلطان، المرجع السابق، ص 138

ملزمة بتوقيع الجزاء في وقت معين إذا ألزمها العقد بذلك وهذا ما أكدته المحكمة الإدارية العليا في مصر في حكمها الصادر بتاريخ 20-05-1967 بقولها بأنه " باستثناء حالة النص على إلزام الإدارة بتوقيع الجزاء على المتعاقد معها في وقت معين، فإن الإدارة ترخص في اختيار الوقت المناسب لتوقيع الجزاء، بحسب ما تراه صالحا لضمان سير المرافق العامة، ومن ثم فإنه لا يترتب عليه إذا رأت في حدود سلطتها التقديرية أن تترتب في توقيع الجزاء على المتعاقد المقصر، حتى يفي إلى الحق من حيث النهوض بالتزاماته، وقد يكون في هذا الترتيب تحقيقا لهذه المصلحة إذا كان في أحكام العقد ما يكفل حمل المتعاقد على المبادرة إلى التنفيذ، كأن يتضمن العقد النص على إلزامه بدفع مبلغ معين، ولا يملك المتعاقد الحاجة بأن الإدارة تراخت في توقيع الجزاء عليه، وأن تراخيها قد أساء إليه، إذ لا يسوغ للمخطئ أن يستفيد من تقصيره"¹.

ووفقا لهذا الحكم فإن تأجيل توقيع الجزاء رغم ثبوت المخالفة رخصة تملكها الإدارة، في ضوء ما تراه محققا للصالح العام الذي لأجله أبرم العقد الإداري، لأن هي أعملتها فإنها تكون قد استعملت بذلك سلطة تقديرية مقررة لها، ولا يعطي ذلك للمتعاقد حقا في الاعتراض على استعمال الإدارة اللاحق لها، ذلك لأن تأجيل استعمال الحق لا يسقطه. وإذا كان للإدارة سلطة تقديرية في اختيار وقت توقيع الجزاء وفقا لمقتضيات المصلحة العامة، فإن لها ذات السلطة في اختيار الجزاء الذي تراه مناسبا في حالة ما إذا قرر المشرع جزائين عن مخالفة واحدة حيث يكون ذلك بمثابة منح للإدارة الحق في الاختيار بينهما، حيث لا يملك المتعاقد الاعتراض على ذلك بقوله أن الإدارة في ضوء الجزاء الذي اتخذته قد تعسفت في استعمال حقا².

الفرع الرابع: تعدد الجزاءات التي تفرضها الإدارة على المتعاقد

للإدارة حق توقيع جزاءات متعددة على المتعاقد معها وهذا الحق مقرر لها طالما وجدت الأسباب التي تستوجب ذلك، وبحسب ما تراه مناسبا وصالحا لضمان سير المرافق العامة.

¹ - نصري منصور نابلسي، المرجع نفسه، ص 168، ينظر عبد العزيز عبد المنعم خليفة، تنفيذ العقد الإداري وتسوية منازعاته قضاء وتحكيميا، المرجع السابق، ص 83.

² - العزيز عبد المنعم خليفة، تنفيذ العقد الإداري وتسوية منازعاته قضاء وتحكيميا، المرجع نفسه، ص 84.

إن نظام الجزاءات الإدارية هو نظام أساسي وأصيل لعل السبب في هذه الأصالة يرجع إلى عدة أسباب منها عدم كفاية الجزاءات الموجودة في نطاق العقود المدنية أولاً ولجوء الإدارة إلى القاضي يؤدي إلى الإضرار بالمصلحة العامة ويعطل سير المرفق العام لبطء الإجراءات، وهي بهذه المثابة تعد سلاحاً ووسيلة فعالة في يد الإدارة من أجل ضمان عدم إخلال المتعاقد بالتزاماته والنتيجة المترتبة على ذلك تعدد وتنوع الجزاءات بين جزاءات مالية وجزاءات ضاغطة وجزاءات فاسخة¹، وهذا ما ذهبت إليه المحكمة الإدارية العليا المصرية في حكمها الصادر بتاريخ 17-03-1962 بقولها "ومن حيث أنه من الأمور المسلم بها في فقه القانون الإداري أنه إذا أحل المتعاقد مع جهة الإدارة بالتزاماته التعاقدية فلها أن توقع عليه جزاءات متنوعة منها الجزاءات المالية ومنها بعض أساليب الضغط.." ²، وهذا ما سنفصله في الباب الثاني.

الفرع الخامس: خضوع قرار الإدارة لرقابة القضاء

هذه الرقابة هي الضمانة الأساسية الفعالة للمتعاقد ضد إساءة استعمال الإدارة لهذه السلطة 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.

والرقابة التي تخضع لها الإدارة في توقيع الجزاء إما رقابة إلغاء وحينها ينظر القاضي في مدى شرعية قرار توقيع الجزاء من حيث الشكل في النظر في عيب الشكل والاختصاص ومن الناحية الموضوعية بالنظر في عيب المحل، السبب، ومخالفة القانون وعيب الغاية، أو رقابة تعويض³.

ونكتفي بهذا القدر هنا في الكلام عن خضوع الإدارة في توقيع جزاءاتها لرقابة القضاء ونرجى كلام في ذلك تفصيلاً عند معالجة أي نوع من الجزاء الذي تفرضه الإدارة في الباب الثاني.

¹ - رشا محمد جعفر الهاشمي، المرجع السابق، ص 27.

² - محمد حسن مرعى الجبوري، سلطة الإدارة في فرض الجزاءات الجنائية والمالية في العقود الإدارية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2014، ص 54.

³ - دنون سليمان يونس العبادي، المرجع السابق، ص 150.

الفرع السادس: الضرر ليس شرطا لتوقيع الجزاء

تستند الإدارة في توقيعها للجزاءات التعاقدية على المتعاقد معها إلى ضرر مفترض أصابها من جراء مخالفته لالتزاماته التعاقدية دون حاجة لإثباتها وقوع هذا الضرر بصورة فعلية.

كما لا يقبل من المتعاقد المقصر بالتزاماته التعاقدية تهربا من توقيع الجزاء عليه إثبات أن مخالفته لهذا الالتزام لم ينجم عنها ضرر أصاب الإدارة المتعاقدة، ذلك لأن ارتكاب المخالفة قرينة غير قابلة لإثبات العكس على إصابة الإدارة بضرر.

وقد قررت المحكمة الإدارية العليا في مصر بهذا الشأن في حكمها الصادر بتاريخ 30-11-1963 بقولها "إن الجزاءات التي تملك الإدارة توقيعها على المتعاقد في روابط العقد الإداري، إذا ما خالف العقد أو قصر في تنفيذ الإلتزامات المفروضة عليه بموجبه، إنما تستهدف أساس تأمين المرافق العامة فلا يشترط لتوقيعها إثبات وقوع ضرر أصاب المرفق، إذ أن هذا الضرر مفترض بمجرد تحقق سبب استحقاقها المنصوص عليه في العقد ذلك أن التراخي في تنفيذ العقود الإدارية ينطوي في ذاته على إخلال بالتنظيمات التي رتبته الإدارة شؤون المرفق وتأمين سيره على أساسها، فهي اتفاق ملزم لا يحمل الترخيص في أعمال حكمه أو التقرير في تحديد مداه"¹.

ومن هنا يتضح مدى اتساع سلطة الإدارة في توقيع الجزاء على المتعاقد معها، حيث أن ذلك الجزاء واقع لا محالة متى انصرفت إليه إرادة الإدارة مصدرة القرار به بمجرد ارتكاب المتعاقد لفعل أو امتناعه عن إتيان فعل يشكل مخالفة دون التقيد بتسببها في ضرر ملحوظ حيث لا تلزم الإدارة بإثباته لأن وقوعه مفترض افتراضا غير قابل لإثبات العكس ويكون قرار الإدارة بتوقيع الجزاء في هذه الحالة صحيحا في سببه، ومرجع ذلك هو خطورة إخلال المتعاقد بالتزاماته التعاقدية بصورة لا يتحقق معها الهدف المبتغى من إبرامه، ولا يضر المتعاقد مع الإدارة منحها سلطة توقيع الجزاء عليه تلقائيا دون حاجة لإثبات الضرر، ذلك لأنه كان عالما وقت إبرامه لتعاقدته معها بمدى ما تتمتع به من سلطة في هذا الشأن².

¹ - نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص 166، ينظر عبد العزيز عبد المنعم خليفة، تنفيذ العقد الإداري وتسوية منازعاته قضاء وتحكيميا، المرجع السابق، ص 81.

² - عبد العزيز عبد المنعم خليفة، تنفيذ العقد الإداري وتسوية منازعاته قضاء وتحكيميا، المرجع نفسه، ص 82.

الفرع السابع: الجمع بين الجزاءات المتعددة وعدم إعاقه الإدارة في فرضها

وهذا الفرع سنتناول فيه خاصيتين في الأولى نخصصها لخاصية جواز الجمع بين الجزاءات المتعددة والثانية لخاصية عدم جواز اتخاذ أي إجراء لإعاقه سلطة الإدارة في فرض الجزاءات.

أولاً: جواز الجمع بين الجزاءات المتعددة

يجوز الجمع بين جزاءات متعددة مادام قد تحقق السبب المستوجب لكل منها، إذ تستقل الأسباب المؤدية لفرض هذه الجزاءات عن بعضها البعض من حيث الطبيعة والوجهة والغاية.

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة القضاء الإداري المصرية في أحد أحكامها على أنه " ليس ثمة ما يمنع من الجمع بين جزاءات متعددة في العقد الإداري طالما قد تحقق السبب المخول لتوقيع كل منها، فغرامة التأخير ليست مرتبطة بإثبات الضرر الذي يقع من جراء التأخير في التنفيذ، بل تعتبر وسيلة للتهديد لمنع التأخير، أما الشراء على حساب المتعهد بالتنفيذ المباشر فيكون بعد أن يثبت عجزه عن التوريد، فإذا كان الثابت أن نصوص العقد تجيز بعد الإعذار توقيع الغرامة عن التأخير في التوريد ثم التنفيذ المباشر بالشراء على حساب المتعهد إذا لم يورد الأصناف المتعاقد عليها مع اقتضاء فرق الثمن والمصاريف الإدارية، ثم إلغاء العقد عند العجز في توريد أكثر من رسالة، فيكون ما أجراه سلاح خدمة الجيش مع المدعي من توقيع الغرامة لتأخره في التوريد ومن الشراء على حسابه، ثم إلغاء العقد عندما تكرر التأخير متفقاً مع نصوص العقد ويكون ما يثيره المدعي من عدم جواز الجمع بين هذه الجزاءات غير سديد"¹.

ثانياً: عدم إعاقه الإدارة في فرض الجزاء الإداري

لما كان توقيع الجزاءات على المتعاقد يهدف إلى حق تنفيذ العقد المتصل بالمرفق العام وضمنان استمراره وانتظامه لكي تتحقق المصلحة العامة، وكذلك الإقرار بسلطة الإدارة

¹ - البنان حسن محمد علي حسين، الجزاءات المالية في العقد الإداري، دراسة مقارنة، مجلة الرافدين للحقوق، كلية الحقوق، جامعة الموصل، العدد 54، 2012، ص396، محمد حسن مرعي الجبوري، المرجع السابق، ص44.

في فرض الجزاءات دون حاجة للجوء إلى القضاء فإنه لا يجب أن يحول بين الإدارة وبين استعمال حقها في توقيع الجزاءات التعاقدية أي إجراء أيا كانت صورته.

وبعني ذلك أنه على عكس الحال بالنسبة للقرارات الإدارية فإن القضاء لا يستطيع أن يأمر بوقف تنفيذ الجزاءات في حالات الطلبات المستعجلة¹.

في هذا الصدد قررت المحكمة الإدارية العليا في مصر لما كان توقيع هذه الجزاءات يهدف أساساً إلى حسن تنفيذ العقد المتصل بسير المرفق العام وضمان استمراره وانتظامه تحقيقاً للمصلحة العامة ومن حق جهة الإدارة توقيعها دون إنتظار حكم من القضاء، فإنه لا وجه لإتخاذ أي إجراء يحول دون إستعمال الجهة الإدارية لهذا الحق بأية صورة من الصور مهما يكن من أمر ما يدعيه المدعي في هذا الشأن عند نظر أصل الموضوع، وذلك أن المصلحة العامة والمصلحة الفردية لا تتوازيان في مجال الروابط القانونية التي تنشأ بين الأفراد والإدارة بل يجب أن تلو المصلحة العامة في مثل هذا الأمر الذي يتعلق أساساً بتسيير مرفق عام، وإنما تتحول المصلحة الفردية إلى تعويض إذا كان لذلك أساس من القانون².

وبعد إنتهائنا من دراسة خصائص الجزاءات الإدارية ينبغي تحديد التكيف القانوني لهذه الجزاءات وهذا ما سنتناوله في المطلب الثالث.

المطلب الثالث: التكيف القانوني للجزاءات الإدارية

يقصد بالتكيف القانوني للجزاءات الإدارية هو تحديد الطبيعة القانونية والوصف الذي تتميز به هذه الجزاءات حينما تفرض على المتعاقد في حالة إخلاله بأحد التزاماته التعاقدية إما بتقصيره أو إهماله في تنفيذ التزاماته أو تأخره في تنفيذها أو عدم تنفيذها، وغيرها من الحالات التي تشكل إخلالاً بالتزاماته، وهذه المسألة عالجهما الفقه وأختلف فيها فهناك من أعتبر هذه الجزاءات بمثابة عقوبة تفرض على المتعاقد من قبل الإدارة كأحد الإمتيازات الممنوحة لها طبقاً للعقد الإداري، وجانب آخر من الفقه أعتبرها بمثابة تعويض لجبر الضرر

¹ - محمد فؤاد عبد الباسط، العقد الإداري، المقومات والإجراءات والآثار، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2006، ص285.

² - البنان حسن محمد علي حسين، المرجع السابق، ص 397.

الذي أصاب الإدارة من إخلال المتعاقد، والبعض الآخر إعتبرها بمثابة إجراء الغاية منه حمل المتعاقد على تنفيذ إلتزاماته¹.

من أجل تحديد التكييف القانوني للجزاءات الإدارية في العقود الإدارية، ومنها عقد الأشغال العامة التي يجوز للإدارة فرضها على المتعامل المتعاقد في حالة إخلال هذا الأخير بإلتزاماته قسمنا هذا المطلب إلى ثلاثة فروع الأول خصصناه الجزاء الإداري تعويض للإدارة والثاني الجزاء الإداري إجراء غايته حمل المتعاقد على تنفيذ إلتزاماته والثالث الجزاء الإداري عقوبة للمتعاقد.

الفرع الأول: الجزاء الإداري تعويض للإدارة

ذهب جانب من الفقهاء إلى أن طبيعة هذه الجزاءات الإدارية هي عبارة عن تعويض جزافي يمنح للإدارة نتيجة الأضرار التي أصابتها جراء إخلال المتعامل المتعاقد في تنفيذ إلتزاماته، وإذا كانت القاعدة العامة من أجل حصول المتضرر على تعويض هو وجوب إثباته للضرر من أجل حصوله على ذلك، فإن الأمر على خلافه في العقود الإدارية، إذ المتضرر ليس ملزماً بإثبات الضرر كون هذا الأخير مفترض لإتصال العقود الإدارية بالمرفق العام.

فالقاعدة المسلم بها من أصحاب هذا الرأي أن كل خطأ سواء كان إخلالاً بإلتزام عقدي أو بالتزام يفرضه القانون سبب ضرر للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض²، ويستدل ويدعم هؤلاء الفقهاء رأيهم هذا بالفتوى التي أبدأها مجلس الدولة المصري في 10-05-1959 الذي يذهب فيها إلى " أن غرامة التأخير التي تتضمنها العقود الإدارية هي وفقاً للتكييف القانوني الصحيح صورة من صور التعويض الإتفاقي يرتضيه الطرفان سلفاً نظير الضرر الناشئ" وكذلك ما أكدته محكمة التمييز في حكمها الصادر بتاريخ 13-04-1959 الذي جاء فيه " أن كل مشروع عام إذا لم ينجز خلال المدة المتفق عليها فإن الخزينة يلحقها ضرر وهو حرمان المواطنين من الفوائد المتوخاة من هذا المشروع"، وحكمها الصادر بتاريخ 06-06-1973 الذي جاء فيه " ولما كان العقد المذكور من العقود الإدارية وأن الضرر

¹ - رشا محمد جعفر الهاشمي، المرجع السابق، ص33.

² - رشا محمد جعفر الهاشمي، المرجع السابق، ص 34.

يبقى واقعا بمجرد التأخير عن تسليم العمل بالنظر لتعلقه بالمرفق العام فإن من حق الإدارة فرض الغرامة التأخيرية على المقاول أمام مدة التأخير فإنها تخضع لرقابة القضاء¹ غير أن هذا الرأي أنقذ على أساس أن الجزاءات الإدارية التي تفرضها الإدارة على المتعاقد لا تقتصر على التعويض ذو طابع مالي فقط، وإنما هذه الجزاءات التي تفرضها الإدارة تتخذ عدة صور قد تكون ذات طبيعة مالية مثل الغرامات، المصادرة والتعويض أو تكون جزاءات ضاغطة مثل الشراء على حساب المتعاقد في عقد التوريد وسحب المشروع من المتعاقد في عقد الأشغال العامة، أو تكون فاسخة والتي تنهي العقد المبرم بين المتعاقدين وفي هذا الخصوص أكد الدكتور محمد فؤاد على أن فكرة التعويض عن جبر الضرر نتيجة خطأ المتعاقد تأتي في المرتبة الثانية، إذ أن الغاية من فرض الجزاءات الإدارية هو جبر المتعاقد على التنفيذ، لأن ضمان سير المرفق العام أهم بلا شك بالنسبة للمصلحة العامة من تعويض الضرر ولذلك فإن التسليم بأن الجزاءات الإدارية المفروضة من قبل الإدارة هو جبرا للأضرار التي لحقت بها².

ونتيجة هذه الإنتقادات ذهب فريق آخر من الفقهاء إلى أن التكييف القانوني للجزاءات الإدارية هو إجراء غايته تحميل المتعاقد على تنفيذ التزاماته وهذا ما نوضحه في الفرع الثاني.

الفرع الثاني: الجزاء الإداري إجراء غايته تحميل المتعاقد على تنفيذ التزاماته

يرى البعض الآخر من الفقهاء بأن طبيعة الجزاءات الإدارية التي تفرضها الإدارة على المتعاقد هي عبارة عن إجراء يحمل المتعاقد ويدفعه إلى تنفيذ التزاماته التعاقدية مبررين ذلك بأن أساس تمتع الإدارة بصلاحيات فرض الجزاءات على المتعاقد هو حقها يرجع إلى ضمان سير المرفق العام بانتظام وإطراد نظرا للعلاقة الوطيدة التي تربط العقود الإدارية بالمرفق العام، إذ أن الإدارة هي المسؤولة عن إدارة هذه المرافق فمن حقها توقيع الجزاءات لإجبار المتعاقد وحمله على تنفيذ التزاماته³.

¹ - محمد حسن مرعى الجبوري، المرجع السابق، ص 45.

² - محمد فؤاد مهنا، مبادئ وأحكام القانون الإداري في جمهورية مصر العربية، الناشر مؤسسة شبابي الجماعة، د س ن، ص 766.

³ - عبد المجيد فياض، نظرية الجزاءات الإدارية في العقد الإداري، المرجع السابق، ص 61.

وقد ذهب المحكمة الإدارية العليا المصرية في حكمها الصادر في 2-1-1965 الذي بينت فيه (أن التأمين في حقيقته هو ضمان لتنفيذ العقد الإداري... فلا يمكن تصور هذا الضمان ما لم يكن للإدارة مصادرة هذا التأمين...)¹.

وأنتقد هذا الرأي على أساس أن الجزاءات الادارية المفروضة على المتعاقد المخل بالتزاماته التعاقدية من قبل الإدارة لا تقتصر على إجبار المتعاقد على تنفيذ التزاماته التعاقدية، وإنما تتخذ طبيعة عقوبة كذلك²، وهذا ما سنوضحه في الفرع الثالث.

الفرع الثالث: الجزاء الإداري عقوبة للمتعاقد

يعتبر أصحاب هذا الإتجاه من الفقهاء أن الجزاءات الإدارية طبيعتها عقوبة كون أن إخلال المتعاقد في تنفيذ التزاماته التعاقدية يخول الإدارة حقها في توقيع جزاءات على المتعاقد من أجل ردعه وحمله على تنفيذ التزاماته التعاقدية³.

وبرر هذا الفريق موقفهم بحجة أن الجزاء الإداري يتشابه مع الجزاء الجنائي لكون أن كلاهما له خاصية الردع، يقع على سلوك إثم يستوي أن يتمثل في فعل أو إمتناع غاية الأمر أن يمثل خرقاً لنص قانوني أو مخالفة لأمر إداري⁴.

كما أن التشابه بينهما يتجلى في أن السلوك الموجب منهما ينطوي على التعدي على مصلحة يحميها القانون بغض النظر عن طبيعة تلك المصلحة⁵.

غير أن هذا الرأي انتقد إنطلاقاً من حجتهم على أساس أنه ليس من الضروري أن تكون المصلحة الواقع عليها الإعتداء بالنسبة للجزاء الإداري مصلحة يستوجب حمايتها أياً كان صاحب تلك المصلحة، فمثلاً سحب رخصة السياقة إدارياً بسبب سكر، يمثل جزاء عن فعل إثم هدد مرتكبه مصلحة جديرة بالإعتبار متمثلة في حق مستعملي الطرق العمومية والسائق ذاته في الحياة والمصلحة الإدارية هنا ليست محل إعتبار وعليه فالعبرة في تمييز بين المصلحة التي يحميها الجزاء الإداري وتلك التي يحميها الجزاء الجنائي ليست صاحب

1 - محمد حسن مرعي الجبوري، المرجع السابق، ص 49.

2 - رشا محمد جعفر الهاشمي، المرجع السابق، ص 39.

3 - عزيزة الشريف، المرجع السابق، ص 152.

4 - أمين مصطفى محمد، المرجع السابق، ص 229.

5 - رشا محمد جعفر الهاشمي، المرجع السابق، ص 33.

المصلحة ذاته، وإنما في مدى جوهر هذه المصلحة في نظر المشرع ونطاق خطورة الإعتداء عليها¹.

كما أن الجزاء الإداري لطبيعته الردعية لفرضه كجزاء جنائي يقتضي أن يكون الخطأ الذي ارتكبه يشكل جريمة بتوفر أركانها الركن الشرعي والمادي والمعنوي معا وهذا لا يمكن تصوره في الجزاء الإداري².

كما أن التسليم بالقول أن الجزاءات الإدارية عقوبة للمتعاقد يعني خضوع هذه الجزاءات للمبادئ ذاتها التي تخضع لها الجزاءات الجنائية سواء ما لزم منها لضمان شرعيتها الموضوعية أو ما كان مقصده كفالة مشروعيتها الإجرائية مثل مبدأ الشرعية، مبدأ المحاكمة العادلة، مبدأ قرينة البراءة ومبدأ شخصية الجزاء³.

يرى الباحث في هذا الخصوص أنه رغم إختلاف آراء الفقهاء حول التكييف القانوني للجزاءات الإدارية بين إعتبارها عقوبة وإجراء غايته تحميل المتعاقد على تنفيذ إلتزاماته وتعويض للإدارة، فإنه لا يمكن حصره في اتجاه واحد منهم وإنما هذا الجزاء الإداري يحمل كل هذه الميزات ولا يمكن إبعاد أي منها، إذ فعلا تحمل هذه الجزاءات الإدارية طبيعة عقوبة وذلك من خلال منح المشرع الجزائي بعض الجزاءات للإدارة في حالة إخلال المتعامل المتعاقد بإلتزاماته التعاقدية وتحمل طابع مالي وهذا ما نص عليه في المواد 110-130-133-147 من المرسوم الرئاسي 247/15 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام⁴، وعلى وجه الخصوص بالرجوع إلى جزاء غرامة التأخير نجد أن هذا الجزاء الإداري طبيعته عقوبة مالية وهي تحمل طابع جزائي كون أن عقوبة الغرامة من العقوبات الأصلية التي تطبق على مرتكب الجريمة سواء جنائية أو جنحة أو مخالفة حسب طبيعة النص المحدد لعقوبة الفعل المرتكب من الجاني والذي يشكل جريمة قائمة بأركانها وهي الركن الشرعي، الركن المادي والركن المعنوي وهذه العقوبة جزاء يقره المشرع و لا يقضي

¹ - غنام محمد غنام، القانون الإداري الجنائي والصعوبات التي تحول دون تطوره، مجلة الحقوق الكويتية، العدد الثاني، جويلية 1994، ص 297.

² - رشا محمد جعفر الهاشمي، المرجع السابق، ص 37.

³ - سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 451.

⁴ - المواد 110-130-133-147 من المرسوم الرئاسي 247/15 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

بها إلا القاضي على من ثبتت مسؤوليته لإرتكاب هذه الجريمة وهي من الإختصاص الأصلي للسلطة القضائية دون غيرها كأصل عام إلا ما أستثني بنص كما هو موجود في المادة 147 من المرسوم المذكور أعلاه الخاص بعقوبة غرامة التأخير وعليه فإن الجزاء الإداري المتمثل عقوبة غرامة التأخير من هذه الوجهة يحمل طابع عقوبة الغرامة خاصة وأنها تصيب المتعاقد في ذمته المالية، والغرامة المالية التي يقضي بها القاضي تصيب الجاني في ذمته المالية، ونفس الشيء بالنسبة لعقوبة مصادرة التأمين تحمل طابع جزائي وتعتبر من العقوبات التكميلية مخولة للقاضي للحكم بها دون غيره إلا ما أستثني بنص كما في نص المرسوم الرئاسي المبين أعلاه خاصة وأنها تصيب ذمة المتعاقد وعقوبة مصادرة التي يقضي بها القاضي تصيب ذمة الجاني .

كما أن هذا الجزاء الإداري يحمل طبيعة تعويض، لأن هذا الجزاء الذي تقرره المصلحة المتعاقدة نتيجة إخلال المتعامل المتعاقد بأحد إلتزاماته التعاقدية ويكون عبارة عن مبلغ مالي تقوم الإدارة بتحصيله بالطريق المخول لها بموجب التشريع ، كما فعل المشرع الجزائري في هذا الخصوص في أحكام الفقرة 7 من المادة 35 من دفتر الشروط الإدارية العامة¹، والمادة 119 ف3-1 من المرسوم التنفيذي رقم 21-219² وأحكام المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام في مادته 152 منه³، وعليه فإن هذا التعويض الذي تقرره الإدارة يكون نتيجة خطأ ارتكبه المتعاقد أثناء تنفيذ إلتزاماته التعاقدية وسبب ضرر لها وبذلك يقترب من التعويض النظام المدني الذي يقرره القاضي نتيجة قيام أركان المسؤولية العقدية من خطأ وضرر وعلاقة سببية، وبالتالي فإن هذا الجزاء المالي الذي تقره الإدارة يحمل طابع تعويض في نوعه الخاص بالتعويض فقط دون باقي أنواعه المتمثلة في مصادرة التأمين وغرامة التأخير .

¹ - المادة 7/35 من دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال المتعلقة بوزارة تجديد البناء والأشغال العمومية والنقل.

² - المادة 119 ف3-1 من المرسوم التنفيذي رقم 21/219 المتضمن الموافقة على دفتر البنود الإدارية المطبقة على صفقات الأشغال العمومية.

³ - المادة 152 من المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، السابق ذكره.

كما ان هذا الجزاء الإداري يحمل طبيعة تحميل المتعامل المتعاقد على تنفيذ التزاماته التعاقدية وهو ما يتجلى من خلال الجزاءات الضاغطة التي تباشرها المصلحة المتعاقدة في حالة إخلال المتعامل المتعاقد بأحد التزاماته التعاقدية من أجل إرغامه على تنفيذ العقد الإداري بإحلالها محل المتعاقد أو أن للغير تنفيذه وتتجلى صور هذه الجزاءات من خلال سحب المشروع من المتعامل المتعاقد في عقد الأشغال العامة وهذا له علاقة بموضوعنا وسنعالجه في الباب الثاني بالإضافة ووضع المشروع تحت الحراسة في عقد الإلتزام والشراء على حساب المتعاقد في عقد التوريد.

المبحث الثاني: حق الإدارة في فرض الجزاءات

يعد هذا الحق من الحقوق المسلم بها فقها وقضاء في معظم الدول سواء تلك التي تأخذ بنظام القضاء المزدوج أو القضاء الموحد¹.
والجدير بالذكر أن الإدارة تمارس هذه السلطة من تلقاء نفسها ودون حاجة للجوء إلى القضاء لإستصدار حكم بشأن ذلك، بعكس المتعارف عليه في ظل القوانين الخاصة².
فسلطة الإدارة في فرض الجزاءات لا يشترط فيها أن ينص عليها في العقد لأنه من الممكن ممارستها باعتبارها سلطة مستقلة عن نصوص العقد ناتجة عن إتصال العقد الإداري

¹ - إن دول العالم تتبع أحد النظامين، نظام القضاء المزدوج أو نظام القضاء الموحد، ويقصد بالقضاء المزدوج وجود جهتين قضائيتين إحداهما تختص بنظر المنازعات الإدارية وهي المحاكم الادارية والاخرى تختص بالمنازعات التي تنشأ بين الافراد وهي المحاكم العادية وهذا النظام المعمول به في الجزائر إذ نجد محاكم إدارية ومجلس الدولة يختصا بالفصل في المنازعات الادارية وينبغي الرجوع إلى المواد 801-901-902 و903 من قانون الاجراءات المدنية التي تحدد اختصاص كل جهة قضائية وكذا وجود محاكم اول درجة ومجالس قضائية ومحكمة العليا تختص بالمنازعات العادية وكذا وجود محكمة تنازع تختص بالفصل في حالات التنازع الاختصاص بين هيئات القضاء العادي وهيئات القضاء الاداري. أما القضاء الموحد فالمقصود به وجود جهة قضائية واحدة يكون اختصاصها شاملا لكافة المنازعات أيا كانت طبيعتها ودون تفرقة بين أطرافها سواء التي تنشأ بين الافراد او بين الأفراد والإدارة مثل النظام الانكليزي.

² - في القوانين الخاصة إذا اخل أحد المتعاقدين بشروط العقد فلا بد للمتعاقد المتضرر من أن يسلك طريق الدعوى التي من خلالها يحصل على حكم من القضاء، أما الإدارة فلها حق فرض جزاءات على المتعامل المتعاقد معها في حالة اخلاله بالتزاماته التعاقدية دون اللجوء إلى القضاء وذلك استنادا إلى سلطتها الضابطة مرتبطة بسير المرفق العام بانتظام واطراد حماية للمصلحة العامة.

بنشاط المرفق العام في تسييره أو تنظيمه¹، كما أن لها الحق في فرضها دون وساطة من القاضي قبل أن كان يشترط ذلك في حالة عدم النص على هذا الجزاء في العقد. مما تجدر الإشارة إليه أن أغلب الفقهاء يؤيدون حق الإدارة في فرض الجزاء رغم إختلافهم في بيان أساسه القانوني لذلك فمن المهم أن نبين محور هذا الإختلاف بتبيان كل الأسس التي أعتدها الفقه وموقف القضاء منها.

كما أن الإدارة في ممارستها لسلطة فرض الجزاءات الإدارية على المتعامل المتعاقد في حالة إخلاله بإلتزاماته التعاقدية غير مطلقة لها وإنما ينبغي توافر شروط معينة حتى يتسنى لها توقيع هذا الجزاء الإداري على المتعامل المتعاقد بمختلف صوره إما جزاءات مالية أو غير مالية حسب السلطة التقديرية الممنوحة للإدارة دون إجبار هذه الأخيرة على تطبيق صور من هذه الجزاءات دون الأخرى لذلك ينبغي إبراز هذه الشروط .

وعلى ضوء ما سبق سنقسم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب في المطلب الأول نخصه لتطور حق الإدارة في فرض الجزاءات ، ونخصص المطلب الثاني للأساس القانوني لحق الإدارة في فرض الجزاءات والمطلب الثالث نخصه لشروط فرض الإدارة للجزاءات

المطلب الأول: تطور حق الإدارة في فرض الجزاءات

ابتداء لا بد من القول أن موضوع الجزاءات في مجال العقود الإدارية قد نشأ وتطور في كنف مجلس الدولة الفرنسي، أي أنه من إبداعه، وعلى هذا الأساس سنخرج على أهم الأحكام القضائية التي ساعدت على تبلور نظرية الجزاءات الإدارية وإستقرارها وعملها . فتطور حق الإدارة في فرض الجزاءات نظرية مسلم بها فقها وقضاء، ففي المرحلة الأولى منذ نهاية القرن التاسع عشر وبداية القرن العشرين كان المبدأ المعمول به في قضاء مجلس الدولة الفرنسي هو كفاية الجزاءات الإدارية المنصوص عليها في العقد، فهي المرجع الوحيد لبيان هذه الجزاءات دون غيرها، بإستثناء جزاء عاما كان من الممكن تطبيقه دون حاجة لأن ينص عليه بالعقد وهو جزاء إلغاء العقد.

¹ - عبد المجيد فياض، نظرية الجزاءات الإدارية في العقد الإداري، المرجع السابق، ص43.

وإزاء هذا الخلل في تنفيذ العقد الإداري والانتقادات التي وجهت لمبدأ الإكتفاء بالجزاءات العقدية، عدل مجلس الدولة الفرنسي عن هذا المبدأ، مقراً أنه بالإمكان تطبيق جزاءات خارج نصوص العقد على المتعاقد تتناسب مع درجة إخلاله بالتزاماته التعاقدية بدأ بإمكانية حصول الإدارة على تعويض من طرف المتعاقد بواسطة القضاء وبعدها أعترف فيها للإدارة بفرض الجزاءات بنفسها دون وساطة القاضي.

وعليه سنقسم هذا المطلب إلى ثلاث فروع نتناول في الفرع الأول الإكتفاء بالجزاءات العقدية والفرع الثاني فرض الجزاءات غير العقدية بواسطة القاضي والفرع الثالث سلطة الإدارة في فرض الجزاءات غير العقدية بنفسها.

الفرع الأول: الإكتفاء بالجزاءات العقدية

كان المبدأ السائد في الفقه الإداري الفرنسي حتى نهاية القرن التاسع عشر أن الجزاءات التي تملك الإدارة توقيعها على المتعاقد معها، هي تلك المنصوص عليها في العقد الإداري دون سواها، وقد أقر مجلس الدولة هذا المبدأ مقرر بالاكْتفاء بالجزاءات الإدارية في حكمين:

فالحكم الأول بتاريخ 15-07-1881 في قضية *chemin de Fer d'Orléans (a Rouen)* إذ قضى مجلس الدولة أنه "... إذا ما رأت الإدارة المتعاقدة أنه من غير المناسب إسقاط الإلتزام المنصوص عليه في دفا تر الشروط للإعتبارات التي تراها فبالتالي لا يجب على القضاء تعويض الإدارة من قبل الشركة المتعاقدة إذ أن العقد ينص صراحة على جزاء وحيد في حالة عدم تنفيذ الإلتزام، إسقاط الإلتزام ومصادرة التأمين..."¹.

وقد أوضح مفوض الحكومة (Marquerie) في تقريره بمناسبة هذا الحكم أن "... عقود الإلتزام إنما تحدد نتائج عدم تنفيذ العقد، وتحدد طبيعته ومداه، ولكنها لا تسمح للجهة مانحة الإلتزام بأن تلجأ للقواعد العامة للمطالبة بتعويضات غير منصوص عليها في العقد،

¹ - عبد المجيد فياض، نظرية الجزاءات الإدارية في العقد الإداري، المرجع السابق، ص17، بلاوى ياسين بلاوى،

الجزاءات الضاغطة في العقد الإداري، دار الكتب القانونية، دار شتات للنشر والبرمجيات، مصر، الإمارات، 2011،

ص19، البنان حسن محمد علي حسن، المرجع السابق، ص385، وليد سعود فارس العبادي، محمد وليد حامد، الجزاءات

في مجال العقود الإدارية، دراسة مقارنة، رسالة ماجي ستر، كلية الدراسات الفقهية والقانونية، جامعة آل البيت، الأردن،

2000، ص2.

إذ أن نصوص دفتر الشروط المقررة لصالح الإدارة لا يمكن أن تعتبر كحد أدنى للتعويض... إذ يتعلق الأمر بتعويضات محددة مقدما لتجنب صعوبات التقدير، تلك الصعوبات التي بسبب العناصر المختلفة التي تشكل عقد الإلتزام لا بد ان تحدث إذ لم يحتط العقد بأن ينظم بنفسه حقوق الإدارة في جميع الإحتمالات الممكنة...¹.

أما الحكم الثاني فقد كان بتاريخ 11-01-1884 في قضية Level إذ قضى المجلس بأنه "... لا يحق للإدارة المتعاقدة المطالبة بتعويضها عن الضرر الذي أصابها من عدم التنفيذ في حالة خلو نصوص العقد من ذلك، إذ العقد قد نص في المادة: 37 من دفتر الشروط على أن الملتزم يتحمل إسقاط الإلتزام ما لم يوف بمختلف الإلتزامات التي تقع عليه، ولم يشترط العقد أي جزاء أخر ما لم يبدأ الملتزم الأعمال في المواعيد..."².

وجاء في تقرير المفوض الحكومة Gomel في تقريره بمناسبة الحكم أعلاه "... أن الإدارة قد رتبت عقودها بالإلتزام المرافق العامة بحيث يمكن أن تكفي هذه العقود نفسها بذاتها، وإن كل واحد منها يشكل كلا متكاملا وأن نصوصها تنظم جميع الحالات التي يمكن أن تحدث أثناء تنفيذ العقد... وأن قاضي العقد ما كان يستطيع أن يقضي بالتعويض باعتبار أن إسقاط إلتزام كان الجزاء الوحيد المنصوص عليه في دفتر الشروط..."³.

وهكذا تتضح نظرية مجلس الدولة الفرنسي المستخلصة من الحكمين المذكورين أنفاً أن العقد الإداري مستقل وحده ببييان جزاءاته، وأن الجزاءات التي يجوز للمصلحة المتعاقدة توقيعها على المتعاقد الذي اخل بالإلتزامات التعاقدية تلك المنصوص عليها في العقد أو دفتر الشروط، وعليه في حالة إذا لم يتضمن العقد أو دفتر الشروط نص يخول للإدارة حقها في توقيع الجزاءات إتجاه المتعاقد، فلا يجوز لها وكذلك القضاء فرض جزاءات خارج نصوص العقد ولا يكون أمام الإدارة إلا جزاء عاما وهو إلغاء العقد وتحميل المتعاقد تبعات ذلك الإلغاء.⁴

1 - عبد المجيد فياض، نظرية الجزاءات الإدارية في العقد الإداري، المرجع السابق، ص18.

2 - البنان حسن محمد علي حسن، المرجع السابق، ص385، وليد سعود فارس العبادي، محمد وليد حامد، المرجع السابق، ص2.

3 - بلاوى ياسين بلاوى، المرجع السابق، ص20.

4 - محمود خلف الجبوري، العقود الإدارية، 1998، المرجع السابق، ص 113.

وقد أنتقد كثير من الفقهاء الفرنسيين مبدأ كفاية الجزاءات العقدية فقد أكد كوبر أن هذه النظرية المستخلصة من الحكمين 1881 و 1884 هي نظرية واهية وغير عادلة، إذ هناك في الحقيقة مبدأ مجمع عليه مقتضاه أنه لا يمكن لأحد أن يعفي نفسه مقدما من النتائج التي يمكن أن تؤدي إليها الأخطاء التي سوف يرتكبها.

أما الفقيه جيز فقد أكد هو الآخر على أنه من غير المعقول أن يثبت أن إلتزاما قانونيا منصوصا عليه في عقد يكون مجردا من الجزاء، فإرادة المتعاقدين أن كل إلتزام يجب تنفيذه، وهذا التنفيذ يستلزم بالضرورة جزاء، ففي القانون الخاص ينظم القانون المدني هذا الجزاء عندما يكون الأطراف قد أثروا الصمت، ولا يبدو معقولا في نطاق القانون العام حيث تكون المصلحة العامة هي السمة البارزة، ألا يوجد جزاء، ودون شك فإن عدم وجود جزاء سوف يدفع الملتزم إلى الإهمال، وهذا ما يتمخض بالنسبة لجمهور المنتفعين عن إضطرابات إقتصادية وإجتماعية، ولذلك يتطلب مبدأ إستمرار وإنتظام المرفق العام أن يكون لجميع إلتزامات الملتزم جزاء حاسم¹.

على ضوء الإنتقادات الفقهية السالفة الذكر الموجهة إلى مجلس الدولة الفرنسي أستجاب هذا الأخير، لهذه الإنتقادات وعدل عن مبدأ كفاية الجزاءات العقدية بما قرره في 31-5-1907 في قضية دبلانك، إذ أجاز للقاضي أن يلجأ للقواعد العامة ليحكم للإدارة بتعويض يتناسب مع خطأ المتعاقد بنصوص العقد في حالة سكوته عن مثل هذا الجزاء، وعليه أقر إمكانية فرض جزاءات غير عقدية بوساطة القاضي وهذا ما سنبينه في الفرع الثاني.

الفرع الثاني: فرض جزاءات غير عقدية بوساطة القاضي

عدل مجلس الدولة الفرنسي عن مبدأ كفاية الجزاءات العقدية بحكمه المؤرخ في 31-05-1907 في قضية دبلانك الذي أبرم عقد إلتزام مع مدينة نوزون لإضاءتها، وكان دفتر شروط الإلتزام ينص على بعض الجزاءات المختلفة التي تقابل مخالفات معينة، منها إسقاط الإلتزام، ووضع المرفق تحت الإدارة المباشرة، ولم يكن التعويض منصوصا عليه في دفتر

¹ - عبد المجيد فياض، نظرية الجزاءات الإدارية في العقد الإداري، المرجع السابق، ص ص 20-25، وليد سعود فارس العبادي، محمد وليد حامد، المرجع السابق، ص3.

الشروط، وقد نسب بعد ذلك للمتعاقد (الملتزم-دبلانك) التقصير في أداء بعض التزاماته المقررة بمقتضى العقد، وطلبت المدينة من القضاء الإداري، أن يقضي ضد ملتزمها بإسقاط التزامه أصلاً وإحتياطياً بوضع المرفق تحت إدارتها المباشرة، والزامه بالتعويض، إذ قضت المحكمة الإدارية بأنه لا يحق للإدارة طلب توقيع الجزاءات المنصوص عليها في العقد، ورفضت طلب الإدارة بإسقاط الإلتزام لعيب شكلي، وكذلك طلب وضع المرفق تحت الإدارة المباشرة بحجة أن هذا الإجراء يدخل في إختصاصات المدينة بصفة مطلقة، وقررت أن تراخي الملتزم في تنفيذ عقده يبرر طلب التعويض المقدم من المدينة ضده، وقد أستأنف الملتزم هذا القرار أمام مجلس الدولة لتعارضه مع المبدأ القائل بكفاية الجزاءات المنصوص عليها في دفتر الشروط... وقد أيد مجلس الدولة القرار المستأنف مقررًا أنه فضلاً عن أن هذا العقد لم ينص على جزاء للمخالفات المنسوبة للملتزم، إلا أنها تعتبر من الملتزم خطأً موجبا لمسؤولية التعويض¹.

وبهذا قرر مجلس الدولة الفرنسي مبدأً جديد سمح بموجبه بتطبيق جزاء التعويض في نطاق العقود الإدارية وهو جزاء مستمد من القواعد العامة وليس من نصوص العقد. وقد اقترح مفوض الحكومة Romieu في تقريره المقدم في هذه الدعوى المبادئ الجديدة الآتية:

أ- إذا كان العقد مع تحديده لإلتزامات الطرفين قد أغفل تحديد جزاءات مقابلة فلا يترتب على ذلك عدم وجود جزاءات.

ب- إذا كان العقد قد حدد جزاءات لبعض المخالفات الجسيمة وأغفل تحديد جزاءات باقي المخالفات، فلا يترتب على ذلك بقائها دون جزاء.

ج- إن كل التزام تعاقدى يقابله جزاء، وعلى القاضي أن يطبق القواعد العامة إذا لم يتضمن العقد نصوصاً صريحة على خلاف ذلك، أي أنه يجب على القاضي في الحالة المعروضة عليه وإعمالاً للقواعد العامة أن يقرر إما فسخ العقد أو الحكم بالتعويضات.

وقد أخذ مجلس الدولة الفرنسي بما تضمنه تقرير مفوض الحكومة وقضى بتعويض الإدارة عن المخالفات التي أرتكبها الملتزم².

¹ - Laurent Richer, Droit des Contrats Administratifs, 3e édition, L.G.D.J, Paris, 2002, p242.

² - بلاوى ياسين بلاوى، المرجع السابق، ص 23-24.

ويعتبر هذا المبدأ الذي أستخدمته مجلس الدولة الفرنسي بموجب حكم دبلانك 1907 تطوراً هاماً في القضاء الفرنسي، فبعد أن كانت سلطة الإدارة في توقيعها للجزاءات على المتعاقد المخل بالتزاماته التعاقدية مقتصرة على ما موجود في العقد تطبيقاً لمبدأ كفاية الجزاءات الإدارية، أصبح بالإمكان الحكم على المتعاقد في حالة تقصيره في أداء التزاماته المنصوص عليها في العقد بالتعويض عن طريق القضاء حتى ولو لم يكن منصوصاً على هذا الجزاء في ما تضمن العقد من جزاءات نتيجة إخلال المتعاقد بالتزاماته التعاقدية.

يرى بعض الفقهاء بأنه على الرغم من أن قضاء مجلس الدولة الفرنسي قد أرسى مبدأً جديداً، إلا أنه لم يكن حلاً ناجعاً وكافياً ولم يستجب بقدر كاف لمقتضيات المرفق العام، كونه أبقى على قيدين على سلطة الإدارة في فرض الجزاءات على المتعاقد، أولهما وجوب لجوء الإدارة إلى القضاء إذا أرادت الحصول على التعويض مقابل الأضرار التي لحقت بالمصلحة العامة جراء إخلال المتعاقد بالتزاماته التعاقدية، إذ لا يمكن للإدارة أن تقدر التعويض بنفسها، من ثم لا تحصله من المتعاقد معها بالتنفيذ المباشر وثانيهما وجوب إلتزام الإدارة بالنصوص التعاقدية المتعلقة بالجزاءات، فإذا نص العقد على جزاء لخطأ معين، فلا يجوز للإدارة أن تخالفه أو تطبق بشأنه جزاء آخر¹.

ونتيجة هذه الانتقادات الفقهية الموجهة لمجلس الدولة الفرنسي عدل عن مبدأ سلطة الإدارة في فرض جزاءات غير عقدية بوساطة القاضي في حالة إخلال المتعامل المتعاقد بالتزاماته التعاقدية، ولذا أقر مبدأ آخر وهو السماح للإدارة بحقها في توقيع جزاءات غير منصوص عليها في العقد دون وساطة القضاء وتستخدمها من سلطتها العامة في استعمال إمتياز التنفيذ المباشر وهذا ما سنوضحه في الفرع الثالث.

الفرع الثالث: سلطة الإدارة في فرض جزاءات غير عقدية بنفسها

في هذه المرحلة تطور قضاء مجلس الدولة الفرنسي وحرر الإدارة من القيدين السالفين الذكر والمتمثلين في أن يكون الجزاء التي تطبقه المصلحة المتعاقدة إتجاه المتعامل المتعاقد منصوص عليه في العقد وأن يكون الجزاء غير المنصوص عليه في العقد يتم بواسطة القضاء، إذ أن مقتضيات المرافق العامة التي تبرم بشأنها العقود الإدارية تستوجب

¹ - البنان حسن محمد علي حسن، المرجع السابق، ص 387.

السماح للإدارة بأن تستعمل إمتيازها بالتنفيذ المباشر، بأن تطبق جزاء التعويض بنفسها وتحت الرقابة اللاحقة للقضاء وهو ما أعتد به مجلس الدولة الفرنسي في حكمه المؤرخ في 11-10-1929 الصادر في قضية شركة ملاحه جنوب الأطلنطي " اذا ترتب على تقصير الشركة المتعاقدة ضرر للدولة يكون من طبيعته ترتب حق في التعويض، فغنه يجوز للوزير تحديد التعويض الذي تلتزم به الشركة"¹.

وبذلك أعترف القضاء الفرنسي للإدارة بحقها في تحديد التعويض الذي تستحقه قبل المتعاقد المخل بالتزاماته التعاقدية بإرادتها المنفردة دون حاجة إلى اللجوء إلى القضاء لإستصدار حكم بذلك.

وقد دعم الفقيه جيز هذا التوجه القضائي، إذ يرى أن الهدف بالنسبة للإدارة المانحة ليس تحقيق فائدة مالية أو عقوبة الملتزم فالغالب أنها ليست الجهة التي تتحمل الضرر، وإنما يتحملة المنتفعون بالمرفق، وهؤلاء لا يهمهم أن تحصل على مبلغ من المال قل أو كثر، فالمهم بالنسبة لهم هو سير المرفق العام بانتظام وأن ينتفعوا بالخدمات المقدمة إليهم من المرفق العام المخصص لتأديتها لهم، وأضاف الفقيه بولاك داعما هذا التوجه بالقول بأن السماح للإدارة بأن تطبق بنفسها التعويضات دون اللجوء إلى القضاء يستبعد تماما مبادئ القانون المدني التي يكون اللجوء إلى القضاء بموجبها ضروريا².

ومن شأن هذا التطور في قضاء مجلس الدولة الفرنسي أن أصبح نظام الجزاءات الذي يطبق في العقود الإدارية متمایزا من ذلك الذي يطبق في العقود المدنية، فبينما تشترط عقود القانون الخاص لحصول المتعاقد المتضرر على تعويض صدور حكم قضائي بذلك عكس ما هو موجود في العقد الإداري إذ يحق للإدارة أن توقع على المتعاقد المقصر الجزاء الذي تراه مناسباً لكفالة تنفيذ الإلتزامات الناشئة عن العقد بصورة سليمة دون إنتظار صدور حكم من القضاء³.

وأقر مجلس الدولة الفرنسي للإدارة في أحكام أخرى ولحالات معينة بسلطة تقدير إستبدال الجزاءات العقدية المنصوص عليها بجزاءات أخرى مختلفة، إذ بدى للإدارة أن

¹ - البنان حسن محمد علي حسن، المرجع نفسه، ص 387.

² - عبد المجيد فياض، نظرية الجزاءات الإدارية في العقد الإداري، المرجع السابق، ص 38.

³ - بلاوى ياسين بلاوى، المرجع السابق، ص 26.

إختيار هذه الجزاءات أفضل بالنسبة لها مثل وضع المرفق تحت الحراسة بدلا من جزاء إسقاط الإلتزام المنصوص عليه في العقد، أو توقيع جزاء أشد من الذي حدده العقد مثل جزاء الحلول بدلا من فرض الغرامات المنصوص عليها بالعقد أو توقيع جزاء الفسخ بدلا من الحلول الذي نص عليه العقد¹.

وهكذا أصبح من المسلم به في قضاء مجلس الدولة الفرنسي أن سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات سلطة مستقلة عن نصوص العقد، ولا يشترط لوجودها أن ينص عليها في العقد، بل هي موجودة وإن سكت عن ذكرها العقد أو نص على بعضها دون البعض الآخر، وبموجبها تستطيع الإدارة تحت رقابة القضاء اللاحقة أن توقع على المتعاقد جميع أنواع الجزاءات المقررة².

لكن مجلس الدولة الفرنسي أستثنى حق الإدارة في توقيع الجزاءات على المتعاقد دون اللجوء إلى القضاء جزاء إسقاط إلتزام فلم يعترف للإدارة بسلطة توقيع هذا الجزاء بل جعل هذه السلطة للقضاء حصرا، على خلاف المعمول به في مصر، إذ أن هذه السلطة تعد ضمن الجزاءات الموكلة للإدارة تستطيع أن توقعها على المتعاقد معها في حالة المخالفات الجسيمة³.

مما سبق بيانه بخصوص تطور حق الإدارة في فرض الجزاءات يتضح للباحث بشكل قاطع مدى التطور الهام الذي أنجزه مجلس الدولة الفرنسي في بلورة نظرية حق الإدارة في فرض الجزاءات، ففي بداية الأمر كان المبدأ المعمول به هو مبدأ كفاية الجزاءات العقديّة، أي أن الجزاءات التي يمكن للإدارة تطبيقها وفرضها على المتعاقد معها إذا أخل بشرط من شروط العقد هي تلك المنصوص عليها في العقد حصرا، بمعنى أن وجود جزاء لمخالفة ما يعني عدم توقيع أي جزاء آخر على المتعاقد المخل بشروط العقد، وهذه القاعدة العامة والإستثناء الوحيد هو تطبيق جزاء الفسخ على المخالفة التي لا يقابها جزاء.

وجزاء الفسخ هذا يعد أخطر أنواع الجزاء على الإطلاق لأنه يؤدي إلى إنهاء الرابطة التعاقدية وإلى عدم التناسب بين المخالفة والجزاء، فهو إذن جزاء فادح قد يطبق على أبسط

¹- Jacqueline Morand-Deville, Cours de Droit Administratif des Biens, Montchrestien, paris, 1999, P741.

² - سليمان الطماوي، مبادئ القانون الإداري، المرجع السابق، ص 480.

³ - مازن ليلو راضي، دور الشروط الاستثنائية في تمييز العقد الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، 2002،

مخالفة يرتكبها المتعاقد تجاه الإدارة، والأهم من ذلك أن تطبيق جزاء الفسخ يهدد إستمرارية المرفق العام، ويجعله عرضة للتوقف والإضطراب لأن الإدارة ستنتظر حكم القضاء، وهذا الأمر يقتضي فترة زمنية قد تطول بالإضافة إلى أن الإدارة ستسعى لإبرام عقد إداري جديد، ناهيك أن المتعاقد الجديد قد يتردد في إبرام العقد مع بقاء هذه العقوبة الشديدة التي يمكن تطبيقها على أي مخالفة بسيطة لا يقابها جزاء في العقد المبرم، من هنا يمكننا القول أن الجزاءات التي منحت للمصلحة المتعاقدة من أجل سير المرفق العام بانتظام وإطراد هي ذاتها قد تهدده وتعرضه للمخاطر والتوقف، وبالتالي لا تواكب روح التطور والتقدم.

ونتيجة الإنتقادات الفقهية الكثيرة موجهة لمجلس الدولة الفرنسي أوجد هذا الأخير حولا أخرى، فقد أجاز للإدارة فرض جزاءات بديلة غير جزاء الفسخ في سكوت العقد، وهكذا أستمر في تطوره الى ما وصل إليه من ترسيخ حق الإدارة في توقيع الجزاءات دون حاجة إلى إستصدار حكم من القضاء على عكس ما كان متعارف عليه سابقا ولكن توقيع هذا الجزاء يكون تحت رقابة القضاء اللاحقة.

بعد إنهائنا لتطور حق الإدارة في فرض الجزاءات على المتعاقد وكيف كان تطورها عبر القضاء الفرنسي يثور التساؤل في هذا الصدد ما هو الأساس القانوني لحق الادارة في فرض هذه الجزاءات؟ وهذا سنعالجه في المطلب الثاني.

المطلب الثاني: الأساس القانوني لسلطة الإدارة في فرض الجزاءات

نشير أن الفقه أختلف حول السند القانوني الذي يضفي صفة الشرعية على سلطة الإدارة في فرض الجزاءات فهناك رأي في الفقه الفرنسي أنكر وجود مثل هذه السلطة إستنادا إلى أن العقود ملزمة بنصوصها فقط، وأن الإدارة ينبغي عليها أن تلتزم بمبدأ شريعة المتعاقدين، وعليه فإذا لم ينص في العقد على حق الإدارة في فرض الجزاء فليس لها سوى أن تسلك طريق القضاء¹.

¹ - هذا الرأي تبناه الفقيه شينو، ينظر Chninot R Les privèges Dirages Dexection Doffice de LAoffice ministration,These. Paris,1945, p48

غير أن المبدأ المستقر عليه في الفقه والقضاء أن للإدارة سلطة توقيع الجزاءات بنفسها على المتعاقد معها عند إخلاله بالتزاماته التعاقدية، وإن لم يوجد نص في ذلك العقد أو دفتر الشروط ودون حاجة للإلتجاء إلى القضاء مسبقاً لتقريره¹.

ويترتب على ذلك أن الإدارة تستطيع أن توقع على المتعاقد معها بسبب تقصيره في تنفيذ العقد جزاءات تتناسب ومدى تقصيره وإن لم يكن منصوصاً عليها صراحة في العقد تصدرها وتنفذها مباشرة دون اللجوء إلى القضاء وذلك باستعمال إمتيازها في التنفيذ المباشر²، وحق الإدارة في تنفيذ قراراتها بنفسها تنفيذاً جبرياً دون اللجوء إلى القضاء يطلق عليه الفقه والقضاء بإمتياز التنفيذ المباشر³.

إذا كان غالبية الفقه في كل من فرنسا ومصر لم يختلفا على سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات على المتعاقد المقصر دون الإلتجاء إلى القضاء، وذلك لضمان تنفيذ العقد المتصل بسير المرفق العام وضمان إستمراره وإنتظامه تحقيقاً للمصلحة العامة، لكن الخلاف في الفقه يدور حول الأساس القانوني لهذه السلطة، فذهب البعض إلى أن الأساس القانوني لسلطة الإدارة في توقيع الجزاء فكرة السلطة العامة، في حين البعض الآخر اعتبر فكرة المرفق العام كأساس لهذه السلطة، أما القضاء لم يستقر على موقف معين لتبرير هذه السلطة.

وعليه سنقسم هذا المطلب إلى ثلاث فروع الأول نخصه فكرة السلطة العامة كأساس لسلطة الإدارة في فرض الجزاءات والثاني فكرة المرفق العام كأساس لسلطة الإدارة في فرض الجزاءات والثالث موقف القضاء من الأساس القانوني لسلطة الإدارة في توقيع الجزاء.

الفرع الأول: فكرة السلطة العامة كأساس لسلطة الإدارة في فرض الجزاءات

قبل الشروع في تبرير فكرة السلطة العامة كأساس لسلطة الإدارة في توقيع الجزاءات على المتعامل المتعاقد معها نتيجة إخلاله بالتزاماته التعاقدية من قبل الفقه ينبغي تحديد

¹ - Andre laubadere , Contrats administratifs Op. Cit,p433

² - عبد المجيد فياض، نظرية الجزاءات الإدارية في العقد الإداري، المرجع السابق، ص53.

³ - ماجد راغي الطو، المرجع السابق، ص 618.

معنى فكرة السلطة العامة، وعليه سنتناول أولاً تعريف فكرة السلطة العامة وثانياً موقف الفقه من فكرة السلطة العامة كأساس لسلطة الإدارة في فرض الجزاءات.

أولاً: معنى فكرة السلطة العامة

يقر أنصار مدرسة السلطة العامة على رأسهم الفقيه هوريو وفيدل وأتباعه على أن فكرة السلطة العامة في مفهومها الحديث يقصد بها مجموعة الإمتيازات والسلطات والإختصاصات، ومجموعة الأساليب الفنية، مجموعة القيود التي تعمل في حدودها الإدارة العامة، وهي أصل ومحور وأساس القانون الإداري.

كما عرفت على أنها مجموعة الإمتيازات والإختصاصات والسلطات الإستثنائية وغير المألوفة التي تتمتع بها الإدارة العامة، ومجموعة الأساليب الفنية ومجموعة الإلتزامات والقيود التي تعمل في حدودها الإدارة العامة، تجعل الإدارة العامة بإعتبارها سلطة عامة تحوز وتمارس مظاهر السلطة العامة في مركز أسمى و لا متساوي مع مراكز الأفراد¹.

كما أن فكرة السلطة العامة تعرف على أنها مجموعة من الإمتيازات التي تتمتع بها الإدارة وتستخدمها من أجل إشباع الحاجات العامة في الدولة، وتهدف فكرة السلطة العامة إلى تحقيق الصالح العام، وتغليبها على المصلحة الفردية وهي تمثل إهدار قاعدة المساواة بين المتعاقدين بخلاف الأمر في العقود المدنية².

ويرى البعض أن السلطة العامة هي ظهور الإدارة بمظهر السلطة المسيطرة والحاكمة عند مباشرتها لأنشطتها، أي السلطة القادرة على أن تصدر بإرادتها المنفردة أوامر ونواهي للأفراد وهي تظهر كذلك باعتبارها واحدة من السلطات العامة، أما إذا لم تباشر الإدارة نشاطها على أساس كونها سلطة، أي لم تظهر عند ممارسة لأعمالها بمظهر السلطة المسيطرة، وتعاملت بالتالي مع الأفراد تماماً كتعامل هؤلاء الأفراد فيما بينهم، تجرد هذا النشاط من الصفة الإدارية وخضع بالتالي لأحكام القانون الخاص³.

وفكرة السلطة العامة في مدلولها ومفهومها الحديث تتألف من عنصرين أحدهما عنصر إيجابي بالنسبة للإدارة العامة والآخر عنصر سلبي بالنسبة لها.

¹ - عمار عوابدي ، دورس في القانون الاداري، الطبعة الثالثة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1990، ص 92.

² -رشا محمد جعفر الهاشمي، المرجع السابق، ص 200-201.

³ - وليد سعود فارس العبادي، محمد وليد حامد، المرجع السابق، ص 9-10.

فالعنصر الإيجابي لفكرة السلطة العامة فهو يتضمن مجموعة الإمتيازات والإختصاصات والسلطات الإستثنائية وغير المألوفة التي تتمتع بها السلطة الإدارية وتمارسها في مواجهة الأفراد مثل إصدار القرارات الإدارية وإمتياز التنفيذ المباشر والتنفيذ الجبري وإمتياز نزع الملكية للمنفعة العامة، ونظرية الشروط الإستثنائية وغير مألوفة... إلخ، هذه الامتيازات التي تجعل الإدارة العامة في مركز أسمى من الأفراد.

أما العنصر السلبي لفكرة السلطة العامة فهو يتضمن مجموعة القيود والإلتزامات والحدود التي تقيد وتلزم السلطة الإدارية عند قيامها بوظائفها وأعمالها، وهذه القيود والإلتزامات لا مثيل لها في مجال القانون العادي، ومن هذه القيود والإلتزامات والحدود التي تحد وتقيد حرية الإدارة العامة كبير ضرورة إحترام هدف المصلحة العامة، ضرورة إحترام قواعد وأساليب إختيار المتعاقد مع الإدارة العامة¹.

المدلول الحديث لفكرة السلطة العامة في نظر الباحث على ما ضوء ما تم بيانه أعلاه لا يقتصر على مجموعة الإمتيازات والسلطات الخارقة والإستثنائية التي تمارسها الإدارة في مواجهة الأفراد بشكل يجعلها في مركز أعلى وأقوى من مراكز الأفراد، بل تشمل أيضا مجموعة القيود والإلتزامات والحدود التي تلتزم بها الإدارة في مباشرة أعمالها القانونية سواء انفرادية والمتمثلة في القرارات الإدارية أو الاتفاقية المتمثلة في العقد الإداري كتقيدها بالشروط التي يفرضها القانون لاختيار المتعامل المتعاقد.

وبعد تحديد فكرة السلطة العامة لا يصوغنا سوى كيفية تبرير الفقه لهذه الفكرة كأساس لتحديد سلطة الإدارة في توقيع الجزاء اتجاه المتعامل المتعاقد معها المقصر في تنفيذ التزاماته وهذا ما سنوضحه ثانيا.

ثانيا: موقف الفقه من فكرة السلطة العامة كأساس لسلطة الإدارة في فرض الجزاءات

يذهب فريق من فقهاء القانون العام في فرنسا إلى أن سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات على المتعاقد معها تجد أساسها في فكرة السلطة العامة، إذ من حق الإدارة استعمال امتيازها بالتنفيذ المباشر الذي يعد الدعامة الأساسية للسلطة العامة في نطاق تنفيذ أي عقد يتصل بالمرافق العامة للدولة، فلها أن تفسخ العقد أو أن تحل محل المتعاقد معها

¹ - عمار عوابدي، دورس في القانون الاداري، المرجع السابق، ص92-93.

إذا قصر في تنفيذ التزاماته، وذلك بمجرد قرار بسيط من جانبها دون أن تكون ملزمة باللجوء إلى القضاء ليحكم بهذه الإجراءات.

وسلطة الإدارة في اتخاذ قرار الجزاء بمفردها، تعبر عن فكرة قبول المتعاقد معها تحمل بعض الإلتزامات، وعلى أي مخالفة يرتكبها يجب أن يعاقب عليها، وهو نفس الهدف الذي تسعى الإدارة إليه عندما تمارس سلطتها بتوقيع الجزاءات سواء كانت تهدف إلى معاقبة المتعاقد، أو تعويض الضرر الناجم عن خطأه أو إلزامه بتنفيذ إلتزاماته التعاقدية لضرورة تسيير المرفق، وأن هذه السلطة ليست مقيدة بالجزاءات الواردة في العقد، بل توجد بحكم القانون إستنادا إلى فكرة السلطة العامة التي تستطيع بموجبها الإدارة توقيع الجزاءات على المتعاقد المقصر لضمان إنتظام المرافق العام وإستمرارها، حتى وإن لم ينص عليها العقد دون اللجوء إلى للقضاء بإستثناء جزاء إسقاط الإلتزام¹.

ومن الفقهاء الفرنسيين الذين أكدوا على فكرة السلطة العامة كأساس لسلطة الإدارة في توقيع الجزاء على المتعاقد المقصر نجد الفقيه "فيدل" (Vedel) الذي يقول بأن سلطة الإدارة في جزاء المتعاقد معها بمقتضى عقد إداري حال سكوت العقد تتبع من فكرة السلطة العامة . الفقيه "هوريو" (Hauriou) يرى أن من حق الإدارة استعمال امتيازها في التنفيذ المباشر في نطاق تنفيذ أي عقد مبرم بخصوص المرافق العامة للدولة منها أن تفرض أي جزاء على المتعاقد المقصر في تنفيذ التزاماته وذلك بمجرد قرار بسيط من جانبها دون أن تكون ملزمة باللجوء إلى القضاء ليقضي لها بهذه الإجراءات²، كما يرى أن من حق الإدارة في نطاق عقد الأشغال العامة والتوريد أن تفسخ العقد وأن تحل نفسها محل المتعاقد معها في حال تقصيره في تنفيذ التزاماته بما لها من سلطة التنفيذ المباشر دون اللجوء إلى القضاء.

يرى الفقيه "ميشيل رونسيه" (M.Ronsse) أن العقد الإداري تصرف قانوني يتضمن سلطات غير مألوفة وأن السلطة العامة تظهر بوضوح في هذا المجال من القانون الإداري العقدي الذي يحكم تنفيذ العقد، وتتمثل السلطة هنا بممارسة حق التصرف المنفرد المعترف به للإدارة المتعاقدة، ويكون في ثلاثة مظاهر هي سلطة الإدارة في الرقابة وسلطة

¹ - بلاوى ياسين بلاوى، المرجع السابق، ص 63.

² - البنان حسن محمد علي حسن، المرجع السابق، ص 389.

التعديل وسلطة الجزاء وسلطة الإدارة في اتخاذ الجزاء من جانب واحد تعبر عن فكرة أن المتعاقد الآخر قد تحمل بعض الالتزامات وأن أي تقصير من جانبه يجب أن يعاقب عليه، وهذا هو الهدف المطلق نفسه الذي تسعى إليه الإدارة المتعاقدة عندما تمارس هذه السلطة سواء كانت تستهدف معاقبته أم تعويض المخالفات الضارة من متعاقدها أو أنها تريد إجباره على تنفيذ التزاماته اللازمة لتسيير المرفق العام.

ومع ذلك فإن الأصالة تكمن في الوجود العام لهذه السلطة تلك السلطة التي لا تكون محددة أبدا بالجزاءات التي يمكن أن ينص عليها العقد ، بل توجد أيضا حتى في حالة سكوت العقد استنادا إلى فكرة السلطة العامة دون حاجة للجوء إلى القضاء باستثناء إسقاط التزام المرافق العامة¹.

في حين الفقيه "فلام" (Flamme) فرق بين أساس هذه السلطة والنتائج المترتبة على استعمالها فيذهب إلى أن حق الجزاء المعترف به للإدارة يعتبر امتيازاً أصيلاً للسلطة العامة أما فيما يتعلق بمصاريفها الباهظة التي يتحملها المتعاقد المقصر فإنها تتعلق بالشرط الجزائي الجزافي².

وحجة هذا الفريق في تأسيس سلطة الإدارة في توقيع الجزاء على المتعاقد على فكرة السلطة العامة تكمن في أن ارتباط العقد بسير المرافق بحد ذاته يخضع العقد لطابع استثنائي، ولو لم يكن منصوصاً عليه، وتلك من خصائص السلطة العامة³.

وقد أيد جانب من الفقه المصري هذا الرأي وذهب إلى القول بأن الأساس القانوني لسلطة الإدارة في توقيع الجزاءات يكمن في فكرة السلطة العامة بحجة أن الجزاءات التي توقعها الإدارة على المتعاقد هي مظهر من مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية، وهي تطبيق مباشر لنظرية التنفيذ المباشر دون حاجة للجوء إلى القضاء وكذا إرتباطها الوثيق بالعقد الإداري ، إذ يمتد أثرها على تنفيذ هذا العقد فيخضعه لقواعد إستثنائية لم يكن

¹ - وليد سعود فارس، العبادي، محمد وليد حامد، المرجع السابق، ص9، محمد حسين مرعى الجبوري، المرجع السابق، 24.

² - رشا محمد جعفر الهاشمي، المرجع السابق، ص203.

³ - ذنون سليمان يونس العبادي، المرجع السابق، ص106.

منصوصا عليها فيه، لأن السلطة العامة لها خصائص معينة تدمج بها العقود التي تظهر فيها¹.

غير أن الفقه لم يساير اتجاه واحد في تحديد سلطة الإدارة في توقيع الجزاء على المتعاقد المقصر على أساس فكرة السلطة العامة التي سبق توضيحها وإنما فريق من الفقه أتجه في تأسيس هذه السلطة على أساس فكرة المرفق العامة وهذا ما سنوضحه في الفرع الثاني.

الفرع الثاني: فكرة المرفق العام كأساس لسلطة الإدارة في فرض الجزاءات

قبل البدء في تحديد موقف الفقه حول تبريره فكرة المرفق العام كأساس لسلطة الإدارة في توقيع الجزاءات على المتعامل المتعاقد معها المقصر ينبغي تحديد معنى فكرة المرفق العام أولا وثانيا موقف الفقه من فكرة المرفق العام كأساس لسلطة الإدارة في فرض الجزاءات.

أولا: معنى فكرة المرفق العام

يعتبر المرفق العام من أكثر المفاهيم القانونية غموضا وإثارة للجدل في ظل غياب أي تعريف تشريعي أو قضائي له، أما بالنسبة للفقه فهناك من اعتمد في تعريفه له على المعيار العضوي ومنهم من أستند على المعيار الموضوعي ومنهم من يمزج بينهما.

أ- **المعنى العضوي:** يقصد بالمرفق العام وفقا للمعيار العضوي أنه كل منظمة عامة تنشئها الدولة وتخضع لإرادتها بقصد تحقيق حاجات الجمهور، ومن هنا جاز اعتبار كل من مرفق الدفاع والأمن والقضاء وغيرها من مرافق عامة، لأنها منظمة أنشأتها الدولة بغرض أداء خدمة للجمهور²، ويتصف هذا المعنى بالشمولية والإطلاق حتى أن الدكتور أحمد محيو قال عنه يقصد بالمرفق العام تبعا لهذا المعيار الإدارة بشكل عام أو مؤسسة إدارية محددة³.

¹ - ثروت بدوي، سلطة الإدارة في تعديل عقودها الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1963، ص122، محمد حسين مرعى الجبوري، المرجع السابق، ص25.

² - عمار بوضياف، الوجيز في القانون الإداري، الطبعة الثالثة، جسور النشر والتوزيع، الجزائر، 2013، ص414.

³ - احمد محيو، محاضرات في المؤسسات الادارية، الطبعة الرابعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1986، ص430

ب- **المعنى الموضوعي:** يقصد بالمرفق العام وفقا للمعيار الموضوعي كل نشاط يباشره شخص معنوي عام بقصد إشباع حاجات عامة¹، أو كل نشاط أو مشروع تقوم الدولة بنفسها أو تحت إشرافها بصفة مباشرة أو غير مباشرة أي تحت رقابتها، وذلك بإشباع الحاجات العامة بما يحقق المصلحة العامة²، ومن ثم تخرج سائر النشاطات الخاصة كالمؤسسة الخاصة، كما يخرج عنه المشروعات التي تهدف فقط إلى تحقيق الربح.

ج- **المعنى المختلط:** وفيه حاول الفقه الجمع بين المدلولين السابقين فعرفوا المرفق العام بأنه كل مشروع يعمل بإطراد وانتظام تحت إشراف رجال الحكومة بقصد أداء خدمة عامة للجمهور مع خضوعه لنظام قانوني معين³.

كما عرفه الفقيه دي لوبادير " المرفق العام هو عبارة عن مشروع تقوم به هيئة عامة بقصد إشباع حاجة عامة أو حاجات ذات نفع عام"⁴.

وبعد تحديد معنى المرفق العام لم يبق لنا سوى التطرق إلى كيفية تبرير الفقه لهذه الفكرة كأساس لتحديد سلطة الإدارة في فرض الجزاء إتجاه المتعامل المتعاقد معها المخل بالتزاماته التعاقدية وهذا ما سنوضحه ثانيا.

ثانيا: موقف الفقه من فكرة المرفق العام كأساس لسلطة الإدارة في فرض الجزاءات

ذهب فريق ثاني من الفقه الفرنسي إلى أن فكرة المرفق العام وضرورة سيره بانتظام وإطراد هي أساس سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات على المتعاقد معها عند إخلاله بالتزاماته التعاقدية.

إذ أن السير المنتظم والمستمر للمرفق العام يتطلب أن تكون التزامات المتعاقد مع الإدارة جزاءات حاسمة، ولا يقدم القانون الخاص نظاما ملائما بالجزاءات المناسبة التي تحتاجها الإدارة لكونه يستلزم تدخل القضاء مقدما لتوقيع الجزاء، بينما يسمح القانون العام للإدارة بتوقيع الجزاءات التي تهدف إلى إستمرارية سير المرفق العام بانتظام، فمتطلبات

1 - أحمد محيو، المرجع السابق، ص430.

2 - عمار عوايدي، القانون الإداري، النشاط الإداري، المرجع السابق، ص59.

3 - سليمان محمد الطماوي، مبادئ القانون الإداري، دراسة مقارنة الكتاب الثاني، دار الفكر العربي، القاهرة، 1979، ص25

4 - وليد سعود فارس، العبادي، محمد وليد حامد، المرجع السابق، ص11.

المرفق العامة هي أساس ومعيار جزاءات القانون العام التي تطبقها الإدارة لمواجهة تقصير المتعاقد معها دون اللجوء إلى القضاء¹.

ومن الفقهاء الفرنسيين الذين جعلوا من فكرة المرفق العام كأساس لسلطة الإدارة في توقيع الجزاء على المتعامل المتعاقد المقصر نجد الفقيه جيز حيث يرى أن السير المنتظم للمرفق العام يتطلب أكبر قدر من الدقة في تنفيذ العقد الإداري، لذلك فمن المهم أن تكون التزامات المتعاقد مع الإدارة جزاءات حاسمة، وفي هذا الموضوع لا يقدم القانون الخاص حلاً ملائماً بالجزاءات المناسبة التي تحتاجها الإدارة، لما يتميز به نظام الجزاءات في هذا القانون من ضرورة تدخل القاضي إبتداءً مع سلطته التقديرية في قياس الأفعال وما يسمح به من الوسائل البطيئة في الإجراءات يجعل من المستحيل بالنسبة للدائن أن يحصل على تنفيذ فوري للإلتزام.

أما في العقد الإداري فإن استخدام طريقة القانون العام تظهر بوضوح إرادة طرفي العقد الإداري السماح للإدارة بتطبيق الجزاءات التي تهدف إلى أن تجعل من الممكن ومن السهل السير المنتظم والمستمر للمرفق العام، فإحتياجات المرفق العام هي الأساس الذي تقوم عليه سلطة الإدارة في فرض الجزاءات في العقد الإداري وسار على نفس النهج الفقيه بيكينو وأستشهد بحكم مجلس الدولة الفرنسي في قضية شركة ملاحه جنوب الاطلنطي في 12-10-1929 وقد قرر أنه من حق الإدارة استعمال سلطتها في القرار التنفيذي والمباشر عندما تطبق جزاء ضد متعاقدها المقصر بدون حاجة لشروط صريح في العقد، فهذه الامتيازات هي ما تميز العقد الإداري².

وقد أيد جانب من الفقه المصري هذا الرأي وذهب إلى القول أيضاً أن حق الإدارة في توقيع الجزاءات على المتعاقد معها المقصر مستمد من طبيعة العقد الإداري الذي يتصل بالمرفق العام ويستهدف استمرار سيره بانتظام وإطراد ويستتبع ذلك أنه بإمكان الإدارة أن

¹ - عبد المجيد فياض، نظرية الجزاءات في العقد الإداري، المرجع السابق، ص51، بلاوى ياسين بلاوى، المرجع السابق، ص65.

² - طارق محمد عبد الرحمن سلطان، المرجع السابق، ص130، محمد حسين مرعى الجبوري، المرجع السابق، ص30.

توقع جزاءات على المتعاقد معها عند عدم الوفاء بالتزاماته وإن لم يوجد نص في العقد ودون حاجة للإلتجاء إلى القضاء مسبقاً¹.

إذ أن استخدام أساليب القانون العام عند إبرام العقد الإداري تظهر بوضوح إرادة الطرفين المتعاقدين في السماح بتطبيق القواعد التي تهدف إلى حسن سير المرفق العام الذي يتصل به العقد، ويتفرع عن تلك القواعد حق الإدارة باعتبارها المسؤولة عن سير المرفق العامة في إتخاذ الإجراءات الفورية والحازمة لمواجهة عجز المتعاقد عن تنفيذ التزاماته مستتدة في ذلك على إحتياجات المرفق العام لتأمين سيره بانتظام وإطراد².

أما الفقه الجزائري في هذا الخصوص لا نجد أي فقيه تطرق إلى تحديد أساس سلطة الإدارة في فرض الجزاءات على المتعامل المتعاقد معها غير أن الفقيه عمار عوابدي في تحديد أساس القانوني الإداري ذهب إلى القول أن فكرة السلطة العامة عن طريق مظاهرها وإمتميزاتها المختلفة كوسيلة لتحقيق المصلحة العامة في نطاق الأهداف والمبادئ الإشتراكية للدولة الجزائرية هي التي تبرز وتؤسس قواعد القانون الإداري الجزائري³.

والخلاصة أن الفقه في تبرير سلطة الإدارة في توقيع الجزاء على المتعاقد المقصر أستقر على ثبوت حقها في ذلك دون اللجوء إلى القضاء ودون إشتراط ذلك في العقد، إلا أن هناك إختلاف حول الأساس القانوني لهذه السلطة ففريق يؤسسها على فكرة السلطة العامة وأخر يؤسسها على فكرة المرفق العام وأصل هذا الخلاف يرجع إلى خلاف حول تحديد أساس القانون الإداري هل يقوم على أساس فكرة المرفق العام أو على أساس فكرة السلطة العامة⁴.

¹ - فؤاد العطار، القانون الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، 1972، ص 599.

² - بلاوى ياسين بلاوى، المرجع السابق، ص 66، طارق محمد عبد الرحمن سلطان، المرجع السابق، ص 128.

³ - عمار عوابدي، دروس في القانون الإداري، المرجع السابق، ص 95.

⁴ - وقد اختلف الفقه حول تحديد أساس القانون الإداري إذا أُرجم البعض أساس القانون الإداري إلى المرفق العامة إذ اعتبروها تشكل نواه القانون الإداري ومدار دراسته وعلى أساسها قامت كل نظريات القانون الإداري فالموظف العام لا يعتبر موظفاً عاماً إلا لارتباطه الدائم بنشاط المرفق العام والمال لا يكون مالا عاماً إلا إذا كان مخصصاً لسير المرفق العام والمرافق العامة هي التي تيرم العقود الإدارية بما فيها من أحكام خاصة وبذلك تصلح المرافق العامة لتكون أساساً يعتمد لتطبيق القانون الإداري ولتوزيع الاختصاصات بين القضاء الإداري والقضاء العادي، وقد اصدر مجلس الدولة الفرنسي ومحكمة التنازع الفرنسية احكاماً قضائية شهيرة كانت فكرة المرفق العام كفكرة قانونية هي الأساس والمعيار المعتمد عليه في تأسيس قواعد القانون الإداري وتحديد نطاق تطبيقه وتحديد مجال اختصاص القضاء الإداري فهكذا أصدر مجلس

وباستقراء الآراء السابقة التي جاء بها الفقه حول الأساس القانوني لسلطة الإدارة في توقيع الجزاءات على المتعامل المتعاقد يتضح للباحث أن هناك اتجاه أنكر وجود سلطة الإدارة في فرض الجزاءات على هذا المتعامل المتعاقد معها مستندا في ذلك على حجج غير دقيقة، ونحن لا نرجحه ونستبعده لأنه إذا كان لا يثور أي إشكال في حالة المخالفات التي يرتكبها المتعامل المتعاقد كون أن كل الجزاءات يكون منصوص عليها في العقد، غير أن ما مصير المخالفات التي يرتكبها المتعامل المتعاقد الغير منصوص عليها في العقد؟ هنا يرى الباحث أنه ينبغي على الإدارة التدخل واستخدام سلطتها في فرض جزاءات مناسبة للمخالفات التي لا يقابلها جزاء دون اللجوء إلى القضاء، لأن اللجوء إلى هذا الأخير يستغرق وقت طويل مما يتعارض مع فكرة سير المرفق العام بانتظام وإطراد تحقيقا للمصلحة العامة بالإضافة إلى أن مبدأ العقد شريعة المتعاقدين هو مبدأ عام في جميع العقود المدنية والإدارية، لكن طبيعة العقود الإدارية تهدف عادة إلى حسن سير المرافق العامة ضمن مبدأ المصلحة العامة هي التي تقتضي فرض جزاءات مناسبة في حالة عدم نص العقد على أي جزاء.

أما عن الاتجاه الثاني من الفقه فقد أعترف بحق سلطة الإدارة في فرض جزاءات على المتعامل المتعاقد ولكنهم أنقسموا إلى فريقين بشأن السند القانوني لهذه السلطة بين فكرة السلطة العامة وفكرة المرفق العام والباحث بدوره يسلم تسليما كاملا مطلقا بوجود أساس قانوني لسلطة الإدارة في فرض الجزاءات وبأن هذه السلطة تملكها الإدارة وتباشرها من تلقاء نفسها دون حاجة لإستصدار حكم من القضاء، وتستطيع الإدارة فرض الجزاءات سواء كان منصوص عليها في العقد أم لم يكن منصوص عليها، وهذه السلطة موجودة فعلا وضرورية

الدولة الفرنسي حكما شهيرا في 06-12-1855 في قضية لروتشلا وأصدرت محكمة التنازع الفرنسية حكما قضائيا في 08-02-1873 في قضية بلانكو وتضمن الحكمين السابقين مبادئ قانونية في مجال تأسيس القانون الاداري وتحديد تطبيقه ونطاق اختصاص القضاء الاداري فقد حكم القضاء في هذين الحكمين ان العمل يكون اداريا اذا اتصل بالمرفق العام، بينما انكر فريق البعض الاخر القول بان القانون الاداري هو قانون المرافق العامة لما فيه خطأ وبعيد عن الواقع لكون القانون الاداري اوسع نطاقا من المرفق العام، ولا يطبق في كل أنشطة المرفق العام كون المرافق العامة لا تخضع لنظام قانوني واحد بل تتنازعها مبادئ القانون العام ومبادئ القانون الخاص ويعتبرون أن اعمال السلطة العامة التي تتجسد في التصرفات الصادرة من الادارة العامة باعتبارها سلطة امرة والمتضمنة أوامر ونواهي واتخاذ قرارات من جانب واحد هي معيار تحديد القانون الاداري وتوزيع الاختصاص بين القضاء العادي والقضاء الاداري، للتفصيل ينظر عمار عوابدي، دورس في القانون الإداري، المرجع نفسه، ص 85-86.

للاغاية وأنا نؤيد وجود هذه السلطة بغض النظر عن سندها سواء فكرة المرفق العام أو السلطة العامة، مع ترجيحنا للأراء الفقهية التي ترى بأن الأساس القانوني لسلطة الإدارة في فرض الجزاءات في فكرة المرفق العام التي تهدف إلى إشباع الحاجات العامة وتحقيق المصلحة العامة، ولذا فإن خروج الإدارة عن نصوص العقد ودفتر الشروط وفرضها جزاءات غير منصوص عليها بحق المتعامل المتعاقد المخل بالتزاماته ما كان ليقع لولا المصلحة العامة والمحافظة على سير المرافق العامة بانتظام وإطراد وعليه فإن تلك الأفكار هي المبرر المنطقي لوجود مثل تلك السلطة.

وعليه بعد إنتهائنا من تحديد السند القانوني لسلطة الإدارة في فرض الجزاءات على المتعامل المتعاقد المخل بالتزاماته التعاقدية وفقا للفقه وإبداء رأينا كباحث لا يسعنا سوى تحديد موقف القضاء من ذلك وهذا ما سنوضحه في الفرع الثالث.

الفرع الثالث: موقف القضاء من الأساس القانوني لسلطة الإدارة في توقيع الجزاء

لم يستقر القضاء الإداري على فكرة معينة لتبرير سلطة الإدارة في فرض الجزاءات على المتعاقد معها المخل بالتزاماته التعاقدية إن كان على أساس فكرة المرفق العام أو فكرة السلطة العامة وعليه من أجل توضيح موقف القضاء الإداري حول هاتين الفكرتين سنتطرق إلى كل من القضاء الفرنسي والمصري والجزائري حول تبريره لهاتين الفكرتين.

أولاً: القضاء الفرنسي

أيد مجلس الدولة الفرنسي فريق من الفقه الذي أستند في تأسيس سلطة الإدارة في فرض الجزاءات على المتعامل المتعاقد معها المقصر على أساس فكرة السلطة العامة، ومن أحكامه في ذلك حكمه الصادر في 27-11-1929 في قضية (Monot) التي قضى فيه بأن للإدارة في الكثير من الحالات التي تفرض فيها الجزاءات على المتعاقد تستند إلى سلطتها العامة أن تلجأ لتحصيل قيمة التعويضات بمقتضى أوامر بالدفع تصدرها بإرادتها المنفردة تطبيقاً لأهم إمتيازاتها المتمثلة في التنفيذ بال مباشر¹، وفي هذا الحكم نجد أن مجلس

¹ -محمد حسن مرعى الجبوري، المرجع السابق، ص27.

الدولة الفرنسي قد أسند سلطة الإدارة في فرض الجزاءات على المتعامل المتعاقد معها على أساس سلطتها العامة باستخدام أهم امتيازاتها المتمثل في التنفيذ المباشر. وفي بعض أحكامه الأخرى ذهب مجلس الدولة الفرنسي في تأسيس سلطة الإدارة في فرض الجزاءات على المتعاقد المقصر على أساس فكرة المرفق العام، ونذكر على سبيل المثال حكمه في 30-05-1921 الذي أقر فيه أن للإدارة أن تصدر قرارا إداريا بوضع المرفق تحت الحراسة إذا أختل سيره إختلالا جزئيا أو كليا وتستطيع الإدارة إتخاذ هذا الإجراء ولو لم يرد بدفتر الشروط إشارة إليه إذ أنه إجراء في المقام الأول من النظام العام ويصدر به في الغالب قرار من الإدارة مباشرة، وهذه الحراسة تفترض دائما وقوع خطأ جسيم من الملتزم من شأنه أن يعرض بإستمرار المرفق وانتظامه للخل وهو إجراء يصدر من الإدارة دون الإلتجاء مسبقا إلى القضاء وترتب على هذا الإجراء أن المرفق يدار تحت مسؤولية الملتزم. وفي حكمه الصادر في تاريخ 23-06-1914 أكد فيه أيضا أن للإدارة أن تفرض الجزاءات على المتعاقد معها الذي يخل بالتزاماته بالشكل الذي يؤثر في دوام سير المرفق العام بانتظام وإطراد حتى ولو لم ينص عليه في العقد¹.

ثانيا: القضاء المصري

ذهب القضاء الإداري المصري في بعض أحكامه إلى إستناد سلطة الإدارة في فرض الجزاءات في العقد الإداري إلى ما تتمتع به من سلطة عامة، إذ قررت المحكمة الإدارية العليا في حكمها الصادر في تاريخ 25-5-1963 بقولها أن العقد الإداري "... يتميز بأن الإدارة تعمل في إبرامها له بوصفها سلطة عامة تتمتع بحقوق وإمميزات لا يتمتع بمثلها المتعاقد معها وذلك بقصد تحقيق نفع عام أو مصلحة مرفق من المرافق العام، كما أنه يختلف عن العقد المدني في كون الشخص المعنوي العام يعتمد في إبرامه وتنفيذه على أساليب القانون العام ووسائله إما بتضمينه شروطا استثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص سواء كانت هذه الشروط واردة في ذات العقد أو مقررة بمقتضى القوانين واللوائح... بينما مصالح الطرفين في العقد المدني متساوية ومتوازنة، فكفتا المتعاقدين غير متكافئة في

¹ - محمد حسن مرعى الجبوري، المرجع السابق، ص33.

العقد الإداري تغليباً للمصلحة العامة على المصلحة الفردية مما يجعل للإدارة حق توقيع جزاءات على المتعاقد وحق فسخ العقد دون تدخل القضاء...¹.

وفي بعض أحكامه الأخرى ذهب القضاء المصري في تأسيس سلطة الإدارة في فرض الجزاءات على المتعاقد معها المخل بالتزاماته على أساس فكرة المرفق العام، إذ أقرت المحكمة الإدارية العليا في حكمها الصادر في تاريخ 28-12-1963 بقولها "أن للإدارة الحق في توقيع الجزاءات على متعاقدها، ومنها فسخ العقد ومصادرة التأمين وشطب الإسم وهي في هذا لا تستند إلى العقد الإداري، بل إلى سلطتها الضابطة للمرافق العامة وعملاً بالقواعد الأصولية التي تقضي بها طبيعة العقود الإدارية وأهدافها وقيامها على فكرة حسن إستمرار المرافق العامة..."².

وفي حكم آخر لمحكمة القضاء الإداري في 24-11-1957 بررت ذات المبدأ حينما قررت أن كل إخلال من جانب المتعاقد مع الإدارة لا يقتصر على أن يكون إخلال بالتزام تعاقدية فحسب وإنما فيه أيضاً مساس بالمرفق العام والذي يتصل بالعقد واتصال العقد بالمرفق العام وضرورة الحرص على حسن سير هذا المرفق بإنتظام وإطراد يوجب أن تكون الجزاءات المترتبة على هذا الإخلال شديدة وتتطوي في الواقع على معنى العقوبة³.

ثالثاً: القضاء الجزائري

استقر الفقه على أن للإدارة الحق في توقيع الجزاءات المختلفة على المتعاقد معها الذي يخل بالتزاماته التعاقدية بارادتها المنفردة بموجب قرار إداري دون اللجوء إلى القضاء، غير أنهم اختلفوا في أساس هذه السلطة بين فكرة المرفق العام وفكرة السلطة العامة وأصحاب هذه الفكرة الأخيرة أستندوا في موقفهم على أن الإدارة لا تستند في مباشرة سلطتها إلى نصوص العقد، بل إلى إمتيازات السلطة العامة التي تملكها وعلى الأخص سلطتها الضابطة لسير المرافق العامة وضمان إستمرارها وإنتظامها تحقيقاً للمصلحة العامة، وسلطتها أو إمتيازها في التنفيذ المباشر للعقد الإداري.

¹ - بلاوي ياسين بلاوي، المرجع السابق، ص64، محمد حسن مرعى الجبوري، المرجع نفسه، ص27، رشا محمد جعفر الهاشمي، المرجع السابق، ص 205.

² - طارق محمد عبد الرحمن سلطان، المرجع السابق، ص 129، بلاوي ياسين بلاوي، المرجع نفسه، ص66.

³ - طارق محمد عبد الرحمن سلطان، المرجع السابق، ص 129.

وهذا الإتجاه الذي كرسته الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا في عدة قرارات لها، لا سيما قرارها الصادر بتاريخ 28-07-1990 بخصوص قضية السيد (ت. ط) ضد والي ولاية عنابة.

وتتلخص وقائع هذه القضية في أن الطرفين قد أبرما صفقة عمومية من أجل تشييد مقر لبلدية الحجار، وبعد فترة من بداية الأشغال لاحظت الولاية تأخر في إنجاز المشروع، علاوة على عدم مطابقته للمواصفات المحددة في العقد، فلجأت إلى فسخ الصفقة بإرادتها المنفردة، مع حجز كل العتاد الذي كان يستعمله المقاول ومع ذلك، فقد أعتبرت الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا سلوك الإدارة مشروعاً ومطابقاً للقانون من الناحية الموضوعية، لكنه معيب من الناحية الإجرائية لأنها لم تنذر المقاول مسبقاً قبل فسخ العقد¹.

غير أن الإدارة وإن كان لها حق في توقيع الجزاءات على المتعامل المتعاقد معها المقصر بالتزاماته التعاقدية دون اللجوء إلى القضاء لإستصدار حكم بشأن ذلك حسب ما تم تبيانه مسبقاً من طرف الفقه والقضاء الإداري، غير أن ممارسة هذه السلطة لا تكون بصورة مطلقة بل ترد عليها قيود، وهي بمثابة شروط ينبغي عليها مراعاتها عند ممارسة هذا الحق وهذا ما سنبينه في المطلب الثالث.

المطلب الثالث: شروط فرض الجزاءات من طرف الإدارة

إذا كانت سلطة الإدارة في توقيع الجزاء على المتعامل المتعاقد معها في العقود الإدارية، ومنها عقد الأشغال العامة يمثل إمتيازاً كبيراً للإدارة، وفي الوقت نفسه سلطة أصلية، أي أنها تباشرها حتى ولم ينص عليها في العقد أو دفتر الشروط ودون اللجوء إلى القضاء، غير أن هذه السلطة ليست مطلقة بل يرد عليها بعض القيود.

وعليه فالإدارة لا تستطيع فرض الجزاءات على المتعاقد معها المقصر متى تشاء لأن حقها هذا حق خطير، وله آثار عديدة، وعليه كان من الواجب وضع نظام قانوني يحكم هذه الجزاءات حتى لا تسيء الإدارة استخدامها، لذلك كان لا بد من وضع شروط لممارسة هذا الحق تقيد سلطة الإدارة، وتعد في ذات الوقت ضماناً للتوفيق بين حق الإدارة في ضمان سير المرفق العام بانتظام ، وحق المتعاقد في معاملة عقدية عادلة، إذ هي ليست مقررة

¹ - رابحي حسن، المرجع السابق، ص ص80-81.

لمحابة الإدارة، ولا مجاملة للمتعاقد وإنما تهدف في جميع الحالات علو مبدأ المشروعية، بمعنى أنها تضمن ألا تخرج الإدارة فيما توقعه من جزاءات عن حدود المشروعية، وألا يخرج المتعاقد عن نطاق المصلحة العامة، فلا تخل الأولى بواجبها في حماية الصالح العام، ولا يخرق المتعاقد بإهماله في تنفيذ التزاماته شريعة العقد¹.

وعليه ينبغي تحديد هذه الشروط التي يجب على الإدارة مراعاتها قبل إعمال سلطتها في توقيع الجزاء على المتعامل المتعاقد وذلك بتقسيم هذا المطلب إلى الفروع التالية:

الفرع الأول: مخالفة المتعاقد

يشترط لتوقيع الإدارة جزاء على المتعاقد معها أن يخل هذا الأخير بالتزاماته التعاقدية، ويقصد الإخلال بالتزاماته التعاقدية أن يرتكب المتعاقد خطأ معين يستوجب تطبيق الجزاء².

وينبغي القول أن القاعدة العامة المسلم بها توجب أن لا يجازى المتعاقد مع الإدارة إلا بسبب ما ينسب إليه من خطأ وهذه القاعدة عامة ومطلقة لا ترد عليها استثناءات حيث لا جزاء بدون خطأ، والخطأ العقدي عبارة عن إخلال بأحد الالتزامات المدرجة في العقد أو الناتجة عنه، ومفهوم الخطأ في القانون الإداري مشابه لمفهومه في القانون الخاص والاختلاف بينهما يكمن بمعيار الخطأ وبيعض الحالات التي تعد خطأ في القانون الإداري ولا تعد كذلك في القانون الخاص، وبشكل عام فالخطأ في العقد الإداري يتسم بجسامة معينة يؤدي إلى الإخلال بسير المرفق العام³.

وإخلال المتعاقد بالتزاماته التعاقدية يجبر الإدارة على التدخل بفرض جزاءات على هذا الأخير، وهذا الجزاءات التي تباشرها المصلحة المتعاقدة على المتعاقد لا تهدف بها تقويم الإعوجاج في تنفيذ الالتزامات التعاقدية، بل تهدف أساساً إلى ضمان سير المرافق العامة بانتظام وإطراد⁴.

¹ - عبد الله نواف العنزي، النظام القانوني للجزاءات في العقود الإدارية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2010، ص190.

² - رشا محمد جعفر الهاشمي، المرجع السابق، ص215.

³ - وليد سعود فارس، العبادي، محمد وليد حامد، المرجع السابق، ص14.

⁴ - سليمان الطماوي، الوجيز في القانون الإداري، دار الفكر العربية، القاهرة، 1996، ص634.

وتعدد التزامات المتعاقد مع الإدارة يؤدي إلى تعدد حالات الخطأ الواجبة تطبيق الجزاء عليه وهذه الأخطاء لا حصر لها ولذا سنتطرق الى أهم حالات الخطأ التي توجب تطبيق الجزاء على النحو التالي:

أولاً: عدم إلتزام المتعاقد بالتنفيذ الشخصي

هنا قاعدة عامة تسود العقود الإدارية تتجلى في أن يلتزم المتعاقد بتنفيذ عقده الإداري شخصياً، ويرجع ذلك إلى أن الإدارة تهتم بشخصية المتعاقد وتوليها عناية، فهي تتعاقد معه على أساس قدراته المالية والفنية وحسن سمعته وما إلى ذلك من مواصفات شخصية بحتة، وأساس هذه القاعدة إتصال العقد بالمرفق العام¹. وهذه القاعدة السالفة الذكر تؤدي إلى نتيجتين مهمتين:

النتيجة الأولى تتعلق بالتنازل عن العقد والتعاقد من الباطن، ويقصد بالتنازل عن العقد قيام المتعاقد بإحلال غيره محله في تنفيذ إلتزاماته التعاقدية المنصوص عليها في العقد المبرم بينه وبين الإدارة، بمعنى قيام الغير الذي حل محل المتعاقد الأصلي بتنفيذ العقد كلياً، أما التعاقد من الباطن يقصد به إتفاق المتعاقد الأصلي مع الغير لكي يقوم بتنفيذ جزء من محل العقد الذي تم إبرامه مع الإدارة².

لذلك فإن المتعاقد مع الإدارة عليه القيام بتنفيذ العقد شخصياً فلا يجوز التنازل أو التعاقد من الباطن إلا ضمن ضوابط معينة تتمثل في الموافقة المسبقة من طرف الإدارة، ولا يجوز التعاقد من الباطن على جميع الأعمال، وإنما على جزء منها في مقابل ذلك تتمتع الإدارة بهذا الخصوص بسلطة تقديرية، غير أنها تخضع لرقابة القاضي عن طريق قيام هذا الأخير بفحص مشروعية تصرف الإدارة ويمارس رقابته إلى دواخل العمل الإداري وملائمته الموضوعية³.

وعليه وفقاً لما تقدم فإن المتعاقد مع الإدارة إن تنازل أو تعاقد من الباطن دون موافقة الإدارة، فإنه يكون قد ارتكب خطأ عقدياً يبرر توقيع أقصى الجزاءات عليه، أي فسخ العقد سواء نص عليه في العقد أو لم ينص عليه، بالإضافة إلى ذلك يظل المتعاقد الأصلي

¹ - سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص 439.

² - عبد المجيد فياض، نظرية الجزاءات الإدارية في العقد الإداري، المرجع السابق، ص 126.

³ - محمود خلف الجبوري، المرجع السابق، ص 164.

مسؤولاً حتى عن خطأ المتعاقد من الباطن أو المتنازل إليه، وهذا ما أكده مجلس الدولة الفرنسي في حكمه الصادر في 09-07-1924 في قضية (Continentale compagnie Du Gaz) ويذهب فيه بأن الشركة الملتزمة والتي من المفروض عليها إنتاج الكهرباء بنفسها يجب ألا تقدم تيار تنتجه شركة أخرى دون إذن من الإدارة مانحة الالتزام¹. أما بالنسبة للجزائر فإن المشرع الجزائري في المرسوم الرئاسي 247/15 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام جعل الأصل العام في تنفيذ الصفقة العمومية، ومنها صفقة الأشغال العمومية يكون من المتعامل المتعاقد الذي تم إجراء العقد معه، ولكن هناك حالات ترخص فيها الإدارة له بأن يلجأ للإستعانة بالغير في إطار ما يسمى بالمناولة وهو ما نصت عليه المادة: 140 منه².

وبالتالي فإن المتعامل المتعاقد في التشريع الجزائري كأصل عام لا يجوز له التنازل عن العقد للغير والتعاقد من الباطن ويلتزم بتنفيذ موضوع الصفقة شخصياً، وإذا خالف ذلك جاز للمصلحة المتعاقدة ممارسة أقصى الجزاءات الإدارية المخولة لها باستثناء ما نص عليه المشرع خروج على هذه القاعدة العامة بما يسمى بعقد المناولة في نص المواد 140-141-142-143 من نفس المرسوم³.

أما النتيجة الثانية تعالج مسألة وفاة المتعاقد أو إفلاسه وفيها الأصل أن وفاة المتعاقد لا تنهي إلتزامه بتنفيذ العقد إلا اذا نص العقد على ذلك، أو كانت شخصيته ضرورية لتنفيذ العقد أو كان الورثة غير قادرين على تنفيذ العقد، هذا بالنسبة لوفاة المتعاقد، أما عن إفلاسه فقد مر الأمر في فرنسا بمرحلتين في المرحلة الأولى قبل عام 1967 كان إلتزام المتعاقد المفلس ينتهي إذا نص العقد على ذلك، ويتم إنهاء إلتزامه بقوة القانون أو عن طريق الإدارة وفي حالة عدم نص العقد على ذلك فللإدارة الكلمة النهائية في فسخ العقد، وذلك تبعاً للمصلحة العامة، أما في المرحلة ما بعد عام 1964 فقد نص قانون 1967 الفرنسي في

¹ - رشا محمد جعفر الهاشمي، المرجع السابق، ص 218.

² - نصت المادة: 140 من المرسوم الرئاسي 247/15 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام على " يمكن المتعامل المتعاقد للمصلحة المتعاقدة تنفيذ جزء من الصفقة لمناول بواسطة عقد مناولة حسب الشرو المنصوص عليها في هذه المرسوم.....".

³ - ينظر المواد 140، 141، 142 و143 من المرسوم الرئاسي 247/15، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، المرسوم نفسه.

المادة 53 الفقرة الثانية على " أن المصفي يحتفظ بإمكانية إلزام تنفيذ العقود الجارية مقدما الخدمات اللازمة للطرف الآخر¹.

في القانون الجزائري فيما يخص وفاة أو إفلاس المتعاقد عالجهما المشرع في المادة 37 من دفتر الشروط الإدارية المطبقة على صفقات الأشغال الخاصة بوزارة تجديد البناء والأشغال العمومية والنقل، فحالة الوفاة أوردتها هذه المادة في فقرتها الأولى منها بقولها " يفسخ العقد بحكم القانون وبدون تعويض في حالة وفاة المقاول، بإستثناء الحالة التي تقبل فيها الإدارة العروض التي قد يتقدم بها إليها ورثته لتكميل الأشغال.."، وكذا نصت المادة 123 ف 2 من المرسوم التنفيذي رقم 21/219 على هاتين الحالتين مع إضافة حالة العجز الجسدي للمقاول الظاهر والدائم².

ويبرز هذا النص مدى الإعتبار الشخصي في عقد الأشغال العامة، وذلك من خلال ما أقره من فسخ العقد بقوة القانون بمجرد وفاة المقاول، إلا إذا تقدم الورثة بعرض للإدارة صاحبة المشروع بغية الإستمرار في التنفيذ بدل مورثهم، ووافقت الإدارة على عرضهم متى قدرت بأن ذلك يحقق الصالح العام، هنا تستمر الرابطة العقدية ويواصل الورثة تنفيذ الإلتزامات المنصوص عليها في العقد.

ويتساءل بعض الفقهاء عن حال لم يرد بدفتر الشروط مثل هذا النص، ويغفل المشرع معالجة إحتمال وفاة المتعامل المتعاقد، كما أن العقد ذاته لم ينص على الحكم الواجب تطبيقه في حالة الوفاة، فما مصير الرابطة العقدية في حال خلت النصوص من فرض الحل؟

¹ - وليد سعود فارس، العبادي، محمد وليد حامد، المرجع السابق، ص16.

² - نصت المادة 123 ف 2 من المرسوم التنفيذي رقم 21-219، المتضمن الموافقة على دفتر البنود الإدارية العامة المطبق على الصفقات العمومية للأشغال على " يبر الفسخ التعاقدى بظروف خارجة عن إرادة المقاول وهذا لا سيما في حالة:

- وفاة المقاول عندما لا سضمن الورثة متابعة الخدمات موضوع الصفقة العمومية للأشغال التي كان يحوزها.
- الإفلاس والتسوية القضائية، إلا إذا وافقة المصلحة المتعاقدة، في حالة قد يرخص وكيل الدائنين للوصي عن طريق المحكمة، بمتابعة استغلال المؤسسة ومنه التقدم بعروض لمتابعة النشاط، يقبل اتمام تنفيذ الصفقة العمومية للأشغال مع نفس المقاول في هذه الحالة يجب أن يتم التكفل بهذه الوضعية في ملحق يتضمن تحويل التسيير .
- العجز الجسدي للمقاول الظاهر والدائم، والذي يعيق حسن التنفيذ للصفقة العمومية للأشغال، وفي هذه الحالة يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تقوم بفسخها"

يرى هؤلاء الفقهاء بأن واقعة الوفاة في حد ذاتها لا يترتب عنها إنقضاء الرابطة بقوة القانون، ولكن إذا تحققت فالإدارة يجوز لها فسخ العقد متى رأت بأن شخصية المتعاقد المتوفى تمثل ضمانا أساسية لتنفيذ المشروع على أكمل وجه، غير أن للإدارة المتعاقدة ألا تستعمل هذه الرخصة، وهو ما يعني واجب إستمرار الورثة في تنفيذ ما ألتزم به مورثهم. ونحن لا نؤيد هذا الرأي الذي من شأنه أن يؤدي إلى تحميل الورثة عبئا لا يد لهم فيه، وحسنا ما فعل المشرع الجزائري من إعطاء حرية الإختيار للورثة بتقديم عرضهم والإدارة توافق عليه وإلا فينقضي العقد وهذا ما منطقي ومقبول وهو ما أقره المشرع المصري¹.

وإذا كان التعاقد قد أبرم مع أكثر من مقاول وتوفي أحدهم، فإن المشرع الجزائري لم يتعرض لمثل هذا الاحتمال، ونرى بأن الأمر في مثل هذه الحالة يرتبط بوضعية المقاول المتوفى في العقد، وعلاقته بنظرائه في العقد، فإذا كان العقد ينص على أن جميعهم يشترك في تنفيذ الأشغال، فيعني أنهم متضامنون في مواجهة الإدارة وعليه فالمنطقي أن يستمر تنفيذ العقد مع باقي المقاولين، أو أن وفاة المقاول الأخر هي موضوع بين ورثته وباقي المقاولين يتفقون بما يرونه مناسبا لهم.

أما إذا كان العقد يحدد لكل مقاول مهام والتزامات خاصة به، ففي هذه الحالة يبقى حكم المشرع الواردة بالمادة السابقة هو الواجب التطبيق، أي أن تبقى للإدارة الحرية في إستخدام رخصة الفسخ طبقا للقانون أو قبول مواصلة التنفيذ مع الورثة إن هم تقدموا بعرض ذلك.

والخلاصة أنه كما يقرر غالبية الفقهاء، فإن الموت لا ينهي في حد ذاته الرابطة العقدية بقوة القانون، وإما يفتح للإدارة باب الإختيار بين الفسخ وبين الإستمرار مع الورثة، ولكن بشرط أن يعبروا بإرادتهم ورضاهم بذلك بأن يقدموا لها عرضا بمواصلة التنفيذ².

أما في حالة الإفلاس والتسوية القضائية للمتعاقد نص المشرع الجزائري عليها بموجب الفقرة الثانية من المادة 37 ف 2 من دفتر الشروط الإدارية العامة بقولها " .. يفسخ العقد كذلك بحكم القانون وبدون تعويض في حالة إفلاس المقاول، وبإستثناء

¹ - المادة 76 من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزيدات المصرية رقم: 89-1998.

² - بن شعبان علي، المرجع السابق، ص 237.

الحالة التي تقبل بها الإدارة العروض التي يمكن أن يتقدم بها وكيل دائني التفليسة لمتابعة المقابلة وذلك في الحالة التي تسمح له فيها المحكمة بمتابعة إستغلال المشغل.

ويفسخ العقد كذلك في حالة التسوية القضائية التي لا يسمح فيها للمقاول بمتابعة إستغلال مشغله..".

فالمشرع الجزائري قضى بذات الحكم سواء لوفاء المقاول أو لإفلاسه وفرض التسوية القضائية على أعماله وذلك برفع يده عن أمواله، وتعيين وكالة التفليسة ليتولى تصفية و سداد ديون.

فقرر في الحالتين جعل مصير الرابطة العقدية بيد الإدارة صاحبة المشروع، وراعية الصالح العام لتقرر ما تراه كفيلا بتحقيق النفع العام الذي هو هدفها من خلال المرافق العامة، فإن رأت بأن شخصية المقاول لها دور جوهري في تنفيذ الأشغال و لا يمكن تعويضه بوكيل دائن (المقاول أو المصفي)، تقرر فسخ العقد على حساب المقاول المفلس و إلا فيمكن لها أن تقرر مواصلة تنفيذ العقد مع وكيل الدائنين متى توافرت شروط ذلك، والمتمثلة خاصة في ضرورة الحصول على إذن من المحكمة من قبل وكيل الدائنين بمواصلة تشغيل مقابلة المتعاقد المفلس، متى رأت أن الإفلاس لم يكن نتيجة غش أو تدليس من المقاول .

وقد كان المشرع المصري، أكثر صرامة في مواجهة المفلس أو المعسر، حيث قرر الفسخ الإجباري للعقد في حالة إفلاس أو إعسار المتعاقد مع الإدارة ولم يمنح للإدارة السلطة التقديرية في ذلك¹.

وأخيرا فإن الإعتبار الشخصي الذي أعتمدت عليه الإدارة في عقدها يبقى قائما، و لا يتأكد مدة توفيقها فيه إلا بعد إتمام الأشغال بالمواصفات المتفق عليها وتسليمها للإدارة صاحبة المشروع ومخالفة أحكامه من طرف المتعامل المتعاقد يمكنها من توقيع الجزاء الإداري بشأنه.

¹ - بن شعبان علي، المرجع السابق، 237.

ثانياً: عدم إلتزام المتعاقد بتنفيذ العقد في المدة المحددة

عادة يكون العقد المبرم بين الإدارة والمتعاقد محددًا بفترة زمنية معينة، ولذا يتطلب من المتعاقد أن يحترم المدة المنصوص عليها في العقد، وفي حالة خلو العقد أو دقتر الشروط من النص على فترة معينة يلتزم فيها المتعاقد بإنجاز العمل المطلوب منه ضمن مدة معقولة حسبما تقتضيه طبيعة العقد والنية المشتركة للطرفين، فإذا أمتنع عن ذلك فللإدارة حق توقيع الجزاءات المناسبة عليه بسبب خطأه، وتبدأ مدة التنفيذ من التاريخ المحدد بالعقد وإذا لم ينص العقد على تاريخ محدد للبدء في التنفيذ فتحسب من تاريخ إعلانه بموجب الأمر المصلحي، وفي حالة الشك بتاريخ البدء بالتنفيذ يتم البحث عن النية المشتركة للأطراف.

أما في عقود الأشغال العامة فتبدأ مدة التنفيذ من تاريخ التصديق على العقد من السلطة المختصة وتتحمل الإدارة المسؤولية الكاملة إذا أمتنعت عن إصدار الأمر المصلحي ببدء التنفيذ ضمن المدة المعقولة وتلتزم بتعويض المتعاقد عن الخسائر التي تحملها بسبب ذلك¹.

غير أن المتعامل المتعاقد إذا تأخر في تنفيذ التزاماته راجعاً إلى سبب الإدارة المتعاقدة ذاتها في التأخير كالأمر بتوقيف الأشغال مؤقتاً مثلاً أو إذا كان المقاول ضحية قوة قاهرة، أو إذا كان ذلك بسبب الغير فإن المسلم به فقها وقضاء هو أن المقاول يبرأ من كل مسؤولية عن التأخير في التنفيذ.

ولكن إذا كان التأخير يرجع إلى خطأ المقاول المتعاقد، فإنه يتحمل مسؤولية ذلك ويحق للإدارة أن توقع عليه جزاءات مالية تتمثل خاصة في الغرامة التأخيرية²، وهذه سنوضحها في الباب الثاني .

¹ - عبد المجيد فياض، نظرية الجزاءات الإدارية في العقد الإداري، المرجع السابق، 139، وليد سعود فارس، العبادي،

محمد وليد حامد، المرجع السابق، ص 17.

² - بن شعبان علي، المرجع السابق، ص 291.

ثالثاً: عدم إلتزام المتعاقد بضمان سير المرفق العام

إن المتعاقد مع الإدارة يعد شريكا أساسيا في ضمان سير المرفق العام بانتظام وإطراد، وبموجب ذلك لا يجوز له الدفع بعد التنفيذ أو التوقف عن التنفيذ مهما كانت الأسباب، وينبغي عليه ضمان سير المرفق العام بشكل كامل ومستمر ما دام ذلك بإستطاعته، ولا يوجد ما يسوغ امتناعه عن التنفيذ، مادام بإمكانه أن يرجع على الإدارة بالتعويض إذا كان له وجه حق، وبهذا الخصوص أكد مجلس الدولة الفرنسي الإلتزام المتعاقد بتأمين سير المرفق العام بانتظام وعدم قبوله للدفع بعد التنفيذ بإستثناء حالة القوة القاهرة، وبشرط أن يبذل كل ما بوسعه لضمان سير المرفق العام بانتظام وفي حالة تقصيره يعد مرتكبا لخطأ جسيم يستوجب تطبيق الجزاء ومن أهم أحكامه بهذا الصدد حكمه في قضية Casnos¹.

وعلى هذا الأساس فإن عدم إلتزام المتعامل المتعاقد بضمان سير المرفق العام يعد خطأ من قبله يوجب تطبيق الجزاء بحقه من قبل المصلحة المتعاقدة معه.

الفرع الثاني: إعدار المتعاقد

يعتبر الإعدار من الشروط الأساسية التي تلتزم بها الإدارة قبل توقيع الجزاء على المتعامل المتعاقد معها ومن الضمانات الهامة في نطاق العقود الإدارية، حتى لا يتفاجأ المتعاقد مع الإدارة على حين غرة بتوقيع الجزاء، وهو ما قد يتسبب بإلحاق خسائر فادحة به دون منحه الفرصة المناسبة ليصحح الخطأ أو الخلل الذي وقع فيه، وعلى ضوء ذلك يقع على عاتق الإدارة كقاعدة عامة الإلتزام بضرورة إعدار المتعاقد معها قبل توقيع الجزاء، وإلا أصبح قرارها غير المسبوق بالإعدار معيبا إجرائيا وقابلا للبطلان.

أولاً: مفهوم الإعدار

يمكن التعرف على مفهومه من خلال التطرق إلى تعريفه وشروطه على النحو التالي:

أ- تعريف الإعدار

لم يقم المشرع الجزائري بتعريفه وأكتفى بذكره كشرط قبل توقيع الجزاء من الإدارة على المتعامل المتعاقد معها المخل بإلتزاماته التعاقدية، وذلك ما نص عليه في المادة 149 من

¹ - حمدي عكاشة، العقود الإدارية في التطبيق العملي، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1997، ص 383.

المرسوم الرئاسي 15-247 و 35 من دفتر الشروط الغدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال الخاصة بوزارة تجديد البناء والأشغال العمومية والنقل ، وكذا المادة 119 ف1-1 من المرسوم التنفيذي رقم 21-219¹، تاركا ذلك للفقهاء فتم تعريفه على أنه هو التنبيه الذي توجهه الإدارة إلى المتعاقد وتوضح له فيه الخلل أو التقصير أو التأخير في تنفيذ العقد الإداري، وتأمرة فيه بضرورة الإلتزام بتنفيذ العقد وفق القواعد القانونية المعمول بها في مدة تحددها له، تحت طائلة إتخاذ الإجراء القانوني المناسب بحقه، الذي يتخذ في مجمل الأحوال طابع الجزاء الإداري، كما تم تعريفه أيضا بأنه تنبيه المتعاقد إلى مخالفته التي قد تضر بالمرفق، ومن ثم يمكن له بعد إعداره أن يصحح من هذه المخالفة، وتنتهي المشكلة عند هذا الحد، كما يعني الإعدار أيضا إنذارا له بتوقيع الجزاء الذي تراه الإدارة، إذا أستمتر في هذه المخالفة².

ويقصد بالإعدار طبقا للقواعد العامة إثبات حالة تأخير المدين في تنفيذ إلتزاماته إثباتا قانونيا، وتنبيهه إلى أنه متأخر في التنفيذ تأخر يربط عليه القانون بعض الآثار، وإعدار المتعاقد مع الإدارة هو وضعه في مركز المتأخر في تنفيذ الإلتزام إذا لم يوف به خلال المدة المحددة بالإعدار³.

وعليه فالإعدار يعد شرطا أساسيا لصحة الجزاء الذي توقعه الإدارة على المتعاقد المقصر في حالة التنفيذ على حسابه وأمر منطقي تقتضيه قواعد العدالة ويعد ضمانا من ضمانات المتعاقد لحماية حقوقه من تجاوز الإدارة في سلطتها في توقيع الجزاءات لذا لا بد من توفر فيه شروط سنوضحها ثانيا.

ب- شروط الإعدار

¹ - نصت المادة 149 من المرسوم الرئاسي 15/247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام على " إذا لم ينفذ المقاول إلتزاماته، توجه له المصلحة المتعاقدة إعدار..."، و نصت المادة 35 من القرار المؤرخ في 21-11-1964 المتضمن المصادقة على دفتر دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال الخاصة بوزارة تجديد البناء والأشغال العمومية والنقل على " إذا لم يتقيد المقاول بشروط الصفقة .. بعمد المهندس الرئيس إلى إنذاره..."، ونصت المادة 119 ف 1-1 من المرسوم التنفيذي رقم 21/219 المتضمن الموافقة على دفتر البنود الإدارية المطبقة على الصفقات العمومية للأشغال على " يجب ان يبلغ الإعدار للمقاول....".

² - نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص157

³ - بلاوى ياسين بلاوى، المرجع السابق، ص115.

لكي يكون الإعذار صحيحا في حدوث أثره، لابد من توافر عدة شروط أن يصدر عن الجهة الإدارية المختصة، وأن يكون مبينا للمخالفات المنسوبة للمتعاقد وأن يتضمن مدة زمنية يصلح فيها المتعاقد خلالها ما وقع منه من أخطاء في التنفيذ.

1- أن يكون صادرا عن الجهة الإدارية المختصة

يلزم أن يكون هذا الإعذار صادر عن الجهة المختصة، وبناء على ذلك لا يمكن اعتبار الأوامر المصلحية التي يصدرها المهندسون، أو بعض الموظفين إعدارا، ما لم تصدر أو يصادق عليها من الجهة المختصة التي أناط بها العقد اتخاذ الجزاء وهذا تطبيقا للقواعد العامة في القانون الإداري التي تستلزم ألا يصدر التصرف إلا ممن يختص به قانونا، ولا يجوز أن يقوم به غيره إلا عند التفويض المصرح به بموجب نص¹.

2- شرط وضوح الإعذار

يتعين أن يتضمن الإعذار بيان المخالفات التي أرتكبتها المتعاقد مع الإدارة وكيفية تقاضيها إن أمكن وهذا الأمر له ضرورته ذلك أن المتعاقد مع الإدارة قد لا يعلم عن المخالفات التي تم أرتكبتها، أو لا يعلم كيفية تقاضيها ومحاولة تصحيحها، ولا شك أن علمه بذلك قد يؤدي إلى تصحيح مسلكه وتجنب الأخطاء التي وقع فيها، بل ويجنب الإدارة أيضا تكاليف وأعباء التعاقد مع آخر لتنفيذ ذات العقد².

3- شرط المدة الزمنية

يجب تحديد مدة معينة بين الإعذار والجزاء، على أن تكون تلك المدة معقولة بحيث يستطيع المتعاقد أن يتجنب الأخطاء المرتكبة، وهو ما أكد عليه المشرع الجزائري في نص المادتين 149 من المرسوم الرئاسي 247/15 و35 من دفتر الشروط الإدارية العامة³،

¹ - عبد الله نواف العنزي، المرجع السابق، ص200.

² - جابر جاد نصار، الوجيز في العقود الادارية، المرجع السابق، ص217.

³ - المادة 35 من القرار المؤرخ 21-11-1964 المتضمن المصادقة على دفتر الشروط الادارية العامة المطبقة على صفقات الاشغال الخاصة بوزارة البناء والاشغال العمومية والنقل، المادة 149 من المرسوم الرئاسي 247/15، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتوقيضات المرفق العام.

وأكدتها آخر مرسوم تنفيذي رقم 21-219 المتضمن الموافقة على دفتر البنود الإدارية العامة المطبقة على الصفقات العمومية للأشغال¹.

وتظهر أهمية الإعذار من ناحيتين مختلفتين أولهما تنبيه المتعاقد إلى مخالفته وتقصيره الذي قد يضر بالمرفق العام، ومن ثم يمكن له بعد إعداره أن يتدارك أمره ويقوم بتنفيذ التزاماته بصورة صحيحة، ومن ناحية أخرى فإن الإعذار يتضمن إنذار المتعاقد المقصر بتعرضه للجزاء الذي تراه الإدارة مناسبا بحقه إذا أستمّر في مخالفة شروط العقد².

ثانيا: إلزامية الإعذار من عدمها

القاعدة العامة التي أستقر عليها مجلس الدولة الفرنسي تلزم الإدارة على ضرورة إنذار المتعاقد وتنبيهه على الأخطاء التي ارتكبها قبل توقيع جزاء الفسخ عليه، حتى لو خلا العقد من النص على هذا الشرط، وبناء على ذلك ذهب الفقه الفرنسي إلى أن عدم مراعاة الإدارة للإجراءات الشكلية السابقة في توقيع الجزاء، ومن بينها إعدار المتعاقد يكون دائما ذا أثر هام، متمثل في إعفاء هذا المتعاقد من النتائج الباهظة على هذا الجزاء، مهما كانت الأخطاء والمخالفات المنسوبة إلى هذا المتعاقد، بل ذهب إلى أبعد من ذلك حيث أعتبر عدم وجود نص في العقد أو دفتر الشروط على الإعذار، لا يعفي الإدارة من الإلتزام به وتطبيقا لذلك فإن قرار الإدارة والمتضمن فسخ العقد يكون مخالفا للقانون إذا لم يكن مسبقا بإعذار المتعاقد، غير أن هذا ليس معناه أن الإعدار إجراء واجب على الإدارة في جميع الحالات التي يتخذ فيها الجزاء ضد المتعاقد لأن الفقه والقضاء الفرنسي يتفق على وجوبه في حالات جزاء الفسخ فقط وهو ما يعني للإدارة التحلل منه إذا دعتا ظروف مصلحة المرفق إلى ذلك³.

أما في مصر فتشترط بعض النصوص الواردة في قانون المناقصات والمزايدات رقم 89 لسنة 1998 على ضرورة الإعدار للمتعاقد عند إخلاله بتنفيذ التزامه والبعض الآخر من النصوص تعفي جهة الإدارة من هذا الإجراء، فالمادة 83 تعفي جهة الإدارة من إنذار

¹ - المواد 119-120-122 من المرسوم التنفيذي رقم: 21-219، المؤرخ في 20 ماي 2021 المتضمن الموافقة على دفتر البنود الإدارية العامة المطبقة على الصفقات العمومية للأشغال.

² - بلاوى ياسين بلاوى، المرجع السابق، 117،

³ - عبد الله نواف العنزي، المرجع السابق، ص 203-204.

المتعاقد عند توقيع غرامة التأخير عليه فنصت على " فإذا تأخر المقاول جاز للسلطة المختصة إذا أقتضت المصلحة العامة إعطاء مهلة إضافية لإتمام التنفيذ توقع عليه غرامة التأخير إعتباراً من بداية المهلة و إلى أن يتم التسليم الابتدائي، بينما ورد في المادة 84 من نفس القانون أنه إذا أخل المقاول بأي من شروط العقد ولم يصلح أثر ذلك خلال خمسة عشر يوماً من إنذاره كان للسلطة المختصة إتخاذ أحد الإجراءات التالية وفقاً لما تقتضيه المصلحة العامة فسخ العقد أو سحب العمل من المقاول وتنفيذه على حسابه.

أما القضاء المصري فلم يتخذ موقفاً موحداً في أحكامه لناحية وجوب الإعذار قبل توقيع الجزاء فقد أوردت محكمة القضاء الإداري بتاريخ 17-03-1957 أنه " تتمتع جهة الإدارة بالحق في الفسخ دون حاجة إلى النص عليه في العقد ودون إنذار..".
وقد قضت محكمة القضاء الإداري بتاريخ 21-06-1953 " أن تخلف أحد المتعاقدين في التنفيذ على نحو يضار بالطرف الآخر لا ينشئ حقاً في التعويض إلا بإعذار الطرف الآخر...".

وقد قررت المحكمة الإدارية العليا في حكم مغاير لها أنه لا يشترط الإعذار عند المطالبة بالمبالغ المالية حيث جاء في هذا الحكم " من القواعد التي لا تتفق وطبيعة المنازعة الإدارية إلزام الدائن بإعذار المدين قبل المطالبة بالتعويض"¹.

أما بالنسبة للجزائر فالمرجع الجزائري ساير المشرع المصري أين جعل الإعذار شرطاً ضرورياً في عقد الأشغال العامة في جزاء سحب المشروع من المتعامل المتعاقد وذلك بتقييده المصلحة المتعاقدة قبل مباشرة هذا الإجراء بضرورة إعذار المتعاقد ومنحه أجالاً لتدارك تقصيره خلال مدة معينة يحددها هذا الإعذار وهذا ما نص عليه في نص المادة 35 من دفتر الشروط الإدارية العامة وكذا إلزامها بالإعذار كشرط وجوبي قبل توقيع جزاء الفسخ وهو ما نص عليه في المادة 149 من المرسوم الرئاسي 247/15 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام والمرسوم التنفيذي رقم 21-219 المتضمن الموافقة على دفتر البنود الإدارية العامة المطبقة على الصفقات العمومية للأشغال وسوف نتطرق إليها بالتفصيل عند دراستنا للباب الثاني الخاص بصور الجزاءات الإدارية، وبمفهوم المخالفة أن باقي الجزاءات الأخرى المخولة للمصلحة المتعاقدة في مواجهة المتعامل

¹ -نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص ص 159-160.

المتعاقد المخل بالتزاماته في عقد صفقة الأشغال العامة لا يشترط فيها إعداره بذلك ويخضع للسلطة التقديرية لها عكس جزاء الفسخ وسحب المشروع من المتعامل المتعاقد بالإعذار شرط إلزامي ومخالفتها له يترتب عليه عيب الإجراءات في قرارها وبالتالي بطلانه. وعليه نخلص أن القاعدة العامة وجوب التزام الإدارة بإعذار المتعامل المتعاقد معها المقصر في عقد الأشغال العامة قبل توقيع الجزاء عليه، واستثناء يمكنها توقيعها هذا الجزاء دون إعداره إذا لم يلزمها المشرع بذلك، وهذا ما سنوضحه عند التطرق لكل نوع من الجزاء على حدى في الباث الثاني.

الفرع الثالث: إفتراض الضرر الذي يصيب الإدارة

من المقرر أن فكرة الضرر تمثل نقطة ارتكاز لممارسة المصلحة المتعاقدة سلطتها في توقيع الجزاءات باعتبارها الأساس الذي تستند إليه لتحقيق هذا الغرض، ومن المعلوم أن الإدارة تملك سلطة تنفيذ الجزاءات على المتعاقد معها في حالة تقصيره في تنفيذ التزاماته العقدية سواء في حالة امتناعه عن التنفيذ أو تأخره أو ربما نفاذها على خلاف ما أتفق عليه أو عهد بالعمل إلى غيره دون موافقة الإدارة¹.

تجدر الإشارة أنه إذا كان إخلال المتعاقد بالتزاماته العقدية يترتب عليه مسؤولية عقدية فإن هذه المسؤولية العقدية تختلف في نطاق العقد المدني عما هو عليه في نطاق العقد الإداري، ويرجع السبب إلى أن الضرر مفترض نظراً لتأخر إيصال الخدمة العامة للمواطنين، وبذلك فإن العقود الإدارية تتميز بنظام خاص في فرض جزاءاتها التي تعطيها الوسائل الفعالة التي تضمن بها تنفيذ العقد في حالة تقصيره².

وإذا كان المستقر عليه قضاء أن الضرر المفترض هو الأساس التي تستند عليه الإدارة في فرض الجزاءات على المتعاقد المقصر معها فإنه مع ذلك ثمة إختلاف في قرينة

¹ -رياض عبد عيسى الزهيري، مظاهر سلطة الإدارة في تنفيذ المقاولات العامة، الطبعة الأولى، مطبعة العربي الحديثة، بغداد، 1976، ص 284.

² - ينظر حكم محكمة القضاء الاداري في مصر الصادر في 21-03-1970 الذي فيه ((من المبادئ المسلمة في فقه القانون الاداري أن غرامات التأخير في العقود الادارية مقررة ضمانا للتنفيذ هذه العقود في المواعيد المتفق عليها حرصا على حسن سير المرافق العامة بانتظام واطراد ولذا فإن الغرامات التي تنص عليها في تلك العقود توقعها جهات الادارة من تلقاء نفسها دون ان تلتزم حصول ضرر..))، سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص452.

إثبات هذا الضرر فالقضاء الفرنسي قد أسس حكمه القاضي بحق الإدارة في فرض الجزاءات على أساس الضرر المفترض دون الحاجة لإثبات وقوع الضرر بقرينة قابلة لإثبات العكس وليس قاطعة إستنادا إلى المادة 1152 من القانون المدني الفرنسي وقد سار القضاء الإداري المصري على هذا الاتجاه بالرغم من نص المادة 216 من القانون المدني المصري القاضي بخلاف ذلك، وأستمر الأمر هكذا حتى عام 1957 عندما شرعت لائحة المناقصات والمزايدات في المادة 93 منها " على أن الإدارة تستحق الغرامة بمجرد حصول التأخير ولو لم يترتب عليه أي ضرر"¹.

الفرع الرابع: إختصاص الادارة وحق المتعاقد في الدفاع عن نفسه

وفي هذا الفرع سنتطرق إلى الجهة التي لها صلاحية توقيع الجزاء على المتعاقد معها المخالف لإتزاماته التعاقدية أولا وثانيا حق المتعاقد في الدفاع عن نفسه قبل توقيع هذا الجزاءات عليه.

أولا: إختصاص الإدارة

يقصد بالإختصاص القدرة قانونا على مباشرة عمل إداري معين، فالقانون هو الذي يحدد لكل موظف نطاق إختصاصه ومن هنا فقواعد الإختصاص هي من صميم أعمال المشرع فيحدد للسلطة التشريعية إختصاصها ومجال عملها وللسلطة القضائية إختصاصها ومجال عملها ويحدد أيضا للسلطة التنفيذية إختصاصها ومجال عملها بما تتضمنه من هياكل إدارية كثيرة مركزية ومحلية ومرفقية.

تعد قواعد الإختصاص من النظام العام، ويترتب على ذلك أنه لا يجوز للإدارة إبرام اتفاق مع الأفراد لتغيير قواعد الإختصاص طالما تم ضبطها وتحديدها من جانب المشرع أو المنظم، ولا يجوز للإدارة التخلل من قواعد الإختصاص ولا التنازل عن اختصاصها أو إحالته إلى إدارة أخرى².

¹ - رشا محمد جعفر الهاشمي، المرجع السابق، ص226.

² - عمار بوضياف، القرار الإداري، دراسة تشريعية قضائية فقهية، الطبعة الأولى، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2007، ص ص89-90.

ويحتل الاختصاص مكانة مهمة في دائرة الجزاءات الإدارية لأنه يعد الوسيلة المستخدمة لمعرفة صفة الجزاء وهذه المسألة تركز على مسألتين مهمتين الأولى تتجلى في معرفة ما إذا كانت تلك الجهة من أشخاص القانون العام أو الأجهزة التابعة لها أم لا، أما الأمر الثاني فيتمثل بكون الجزاء يدخل في نطاق ما تتمتع به من امتيازات السلطة العامة أم لا، وقد حرص المشرع الدستوري الفرنسي وهو يتعرض لبحث دستورية الجزاءات الإدارية على هذه المسألة حيث قرر بأنه يجوز للمشرع أن يخول لأي جهة إدارية سلطة الردع ما دامت تدخل في نطاق ما لها من امتيازات السلطة العامة، لأن الجزاء الإداري وفقا لقواعد العامة يجب أن يفرضه المختص بذلك قانونا وموضوعيا ومكانيا وزمانيا¹.

الإختصاص وفقا لقواعد العامة يقوم على عناصر تتمثل في الإختصاص الشخصي، الإختصاص الموضوعي، الإختصاص الزمني والإختصاص المكاني، فالإختصاص الشخصي يعني أن يلزم صاحبه بأن يمارسه بنفسه وليس له حقا يسوغ له أن يعهد به إلى سواه، وبناءا عليه يجب أن يصدر القرار من شخص معين ومحدد أعترف له نص القانون او التنظيم بالقدرة على القيام بتصرف معين، و لا يجوز له إسناد مهمته إلى غيره، وهذا الأصل العام والإستثناء الوارد عليه هو التفويض الإداري ويقصد به أن يعهد الرئيس الإداري ببعض إختصاصاته التي يستمدها من القانون إلى معاونيه المباشرين بناءا على نص قانوني ويشترط فيه وجود نص قانوني يرخص بالتفويض و صدور قرار التفويض.

أما الإختصاص الموضوعي فيقصد به تحديد أنواع معينة ومحددة من الأعمال يلزم المسؤول الإداري بمراعاتها عند إصداره للقرارات الإدارية، فالمشرع هو الذي يوزع الأعمال والوظائف والصلاحيات بين الجهات الإدارية المختلفة المركزية والمحلية والمرفقية².

أما الإختصاص الزمني يعني أن يصدر من مسؤول إداري أو موظف له صفة تؤهله لمباشرة هذه صلاحيات، بينما الإختصاص المكاني يعني تحديد النطاق الجغرافي الذي ينبغي أن يصدر القرار الإداري في حدوده.

وعليه فقرار الجزاء مهما كان نوعه سواء جزاء مالي أو جزاء غير مالي الصادر في حق المتعامل المتعاقد المقصر مع الإدارة التي أبرم معها عقد إداري، بما فيها عقد الأشغال

¹ -رشا محمد جعفر الهاشمي، المرجع السابق، ص213.

² - عمار بوضياف، القرار الإداري، دراسة تشريعية قضائية فقهية، المرجع السابق، ص114-115.

العامة يشترط أن قرار الجزاء لا يصدر إلا من الجهات الإدارية التي أعطاهها المشرع حق إبرام الصفقات العمومية وبالرجوع إلى التشريع الجزائري نجد نص المادة 6 من المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق تحدد هذه الجهات الإدارية¹.

وكمثال على ذلك إذا أبرمت بلدية شلف صفقة أشغال عامة موضوعها بناء مدرسة إبتدائية مع متعامل متعاقد(أ)، وهذا الأخير أخل بالتزاماته التعاقدية إما بعدم إحترام أجال التنفيذ أو عدم الإلتزام بتنفيذ هذه الأشغال شخصيا هنا الجهة المختصة بتوقيع الجزاء مهما كان نوعه هو بلدية شلف دون غيرها، وإن صدر عن جهة أخرى كان يصدر الجزاء عن والي ولاية الشلف نكون حينئذ أمام عيب الإختصاص في قرار الجزاء الذي أصدره هذا الأخير ضد المتعامل المتعاقد ويجوز لهذا الأخير مخاصمته أمام المحكمة الادارية بالشلف بموجب دعوى الالغاء وهذا إعمالا لنص 802 من قانون الاجراءات المدنية والإدارية².

ثانيا: حق المتعاقد في الدفاع عن نفسه

يعد حق الدفاع شرط أساسي تنقيد به الإدارة قبل فرض الجزاء على المتعاقد معها، ومن ثم يعد من أهم الضمانات التي يتمتع بها المتعاقد، وينبع مبدأ حق الدفاع من فلسفة مؤداها رفض توقيع الجزاء ما لم يسبقه تحقيق معه ، وبالتالي يضمن هذا المبدأ للمتعاقد المخطأ الرد على التهم الموجهة إليه وإثبات ذلك بشتى طرق الإثبات من شهود أو وثائق أو مستندات أو ردود شفوية، في الوقت ذاته ينبغي على الإدارة أن تبين للمتعاقد معها الأخطاء المنسوبة إليه، وإذا تجاهلت ذلك عد الجزاء باطلا.

ولحق الدفاع حدود معينة، فإذا تم تحديد فترة زمنية معينة للمتعاقد فعليه أن يدافع عن نفسه خلالها، وإذا لم يقم بذلك فإن حقه يسقط، وإذا رفض الدفاع عن نفسه فإنه يكون قد تنازل عن حقه بما يجيز للإدارة أن تفرض عليه الجزاء المناسب دون دفاع، وهذا الحق يعطي نقطة توازن بين مصالح المتعاقد وبين حسن سير المرفق العام³.

¹ - المادة 6 من المرسوم الرئاسي 15/247 ، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام .

² - المادة 802 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

³ - محمد أبو يونس، أحكام القانون الإداري، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 1996، ص97.

الباب الثاني:

صور الجزاءات الإدارية في صفة الأشغال العمومية

الباب الثاني: صور الجزاءات الإدارية

في صفقة الأشغال العمومية

قد يرتكب المتعامل المتعاقد مع المصلحة المتعاقدة أثناء تنفيذ التزاماته التعاقدية المنصوص عليها في العقد الإداري بما فيها عقد الأشغال العامة مخالفات مختلفة، فقد يمتنع المتعاقد عن التنفيذ، أو يقوم بتنفيذ التزاماته تنفيذًا مخالفًا لدفتر الشروط أو يتأخر عن المواعيد المحددة في العقد أو لا يحترم تعليمات الإدارة عند ممارسة سلطتها في الرقابة والتوجيه، أو يعمد إلى الغش أثناء التنفيذ وغيرها من المخالفات ولهذه الأسباب للمصلحة المتعاقدة الحق في فرض جزاءات على المتعامل المتعاقد معها بإرادتها المنفردة ودون انتظار لحكم القضاء باستعمال سلطتها في التنفيذ المباشر، ففي هذا المجال تتمتع الإدارة بحرية التصرف التي لا مقابل لها في القانون الخاص.

وتتنوع الجزاءات التي يمكن لجهة الإدارة توقيعها على المفاوض عند إخلاله بتنفيذ التزامه المتولد عن عقد الأشغال العامة، فبعضها يطبق والعقد مستمر، ولا يكون من أثرها إنهاء العقد، والتي بعضها تمس بالذمة المالية للمتعامل المتعاقد، ويتعلق الأمر بالجزاءات المالية، والمتمثلة في غرامة التأخير، مصادرة التأمين والتعويض، والتي تكون الغاية منها مواجهة التأخير من جانب المتعاقد مع الإدارة في التنفيذ وهي وقائية، والمقصود بها تخويف المتعاقد وحثه على الوفاء بالالتزام الملقى على كاهله، وبعضها تكون الغاية منها الضغط على المتعامل المتعاقد لكي يقوم بتنفيذ التزاماته العقدية وهي من أشد أنواع الجزاءات الإدارية قسوة على المتعاقد لأنها لا تؤدي إلى إنهاء العقد بطبيعة الحال، بمعنى أنها مؤقتة، وهذه الجزاءات تكون موجهة ضد سلوكيات المتعاقد غير المشروعة مع الإدارة والتي تنطوي على قدر كبير من الجسامة وفيها تستطيع المصلحة المتعاقدة ان تحل محل المتعاقد معها، أو تستبدل به شخصا من الغير، كما أن تنفيذ العقد يتم على نفقة المتعاقد، كما انه يتحمل مخاطر التنفيذ، وهذه الجزاءات تسمى بالجزاءات الضاغطة وتشمل ثلاث صور وضع المشروع تحت الحراسة في عقد الامتياز والشراء على حساب المورد في عقد التوريد وسحب المشروع من المتعامل المتعاقد في عقد الأشغال العامة¹.

¹ - بن شعبان علي، المرجع السابق، ص 101، بلاوى ياسين بلاوى، المرجع السابق، ص 7.

كما أن هناك نوع من الجزاءات ينتهي بها العقد الإداري وهي ما تسمى بالجزاءات الفاسخة وتعد قمة الجزاء الذي توقعه الإدارة على المتعاقد معها والذي أخطأ خطأ جسيماً، ولم يعد قادراً على الوفاء بالتزامه التعاقدية على نحو ما ينبغي، وبه تنتهي الإدارة التعاقد معه بصورة نهائية تفرضها موجبات تحقيق المصلحة العامة في دوام سير المرفق العام بانتظام وإطراد وتلجأ إليه الإدارة بعد أن تكون كافة الوسائل قد فشلت في إصلاحه مما يفقدها الأمل، وتتأكد من أنه لا فائدة ترجى من تقويم المتعاقد وبالتالي يصبح هو الإجراء الأخير، وأيضاً قد تولد لديها اليقين ان التعامل مع هذا المتعاقد يضر بالمصلحة العامة حتى لو لم يرتكب خطأ فالمصلحة العامة تمنحها الحق الفسخ دون وجود أي خطأ غير أن الذي يخص موضوعنا الفسخ الناجم عن إخلال المتعامل المتعاقد بالتزامه التعاقدية، وهذه الجزاءات الفاسخة تتمثل في إسقاط الالتزام بالنسبة لعقد الالتزام والفسخ الجزائي بالنسبة لعقدي التوريد والأشغال العامة¹.

وتأسيساً لذلك سنقسم هذا الباب إلى فصلين الفصل الأول نخصه إلى الجزاءات المالية، والفصل الثاني نتطرق فيه إلى للجزاءات غير المالية.

¹ - ذنون سليمان يونس العبادي، المرجع السابق، ص ص 199-200.

الفصل الأول: الجزاءات المالية

من المسلم به فقها وقضاء وتشريعيا أن الإدارة لها سلطة توقيع العديد من الجزاءات المالية في مواجهة المتعامل المتعاقد معها عند إخلاله بالتزاماته التعاقدية المنصوص عليها في العقد أو دفتر الشروط، وهو ما أقره التشريع الجزائري¹.

وتعد الجزاءات المالية في العقود الإدارية، ومن بينها عقد الأشغال العامة من المواضيع الجوهرية والأساسية في استعمال المصلحة المتعاقدة لسلطتها وامتيازها في التنفيذ المباشر بما يكفل لها الحق في اللجوء إلى القرار الإداري دون الحاجة إلى اللجوء إلى القاضي لاستصدار حكم بشأن ذلك، وحيث أنها كذلك من الوسائل التي تلجأ إليها الإدارة لإبراز سلطتها وإظهار حقها في ذلك تماشيا مع مبدأ استقرار وانتظام المرفق العام وضمان تنفيذ المتعاقد بالتزاماته التعاقدية.

وتعرف هذه الجزاءات أنها عبارة عن المبالغ التي يحق للإدارة أن تطالب بها المتعاقد معها في حالة إخلاله بالتزاماته التعاقدية ويستوي في ذلك أن يكون أمتنع عن تنفيذ التزاماته بالكامل أو تأخر في تنفيذها أو نفذها بشكل غير مرضي أو في حالة إحلاله شخصا آخر محله من دون موافقة الجهة الإدارية².

كما عرفت على أنها عبارة عن مبالغ تلزم الإدارة بها المتعاقد الذي يخل بالتزاماته وهي على هذا النحو، وفق ما يجمع عليه الفقهاء، تختلف عن الشرط الجزائي أو التعويض الاتفاقي في القانون المدني اختلافا يبلور حقيقتها كجزاء إداري من حيث أن الإدارة توقعها على المتعاقد معها دون تدخل من جانب القضاء من جهة وبغير حاجة إلى إثبات ما لحقها من ضرر بسبب الإخلال بشروط العقد من جهة ثانية³.

وهذه الجزاءات التي تفرضها المصلحة المتعاقدة على المتعامل المتعاقد معها المخل بالتزاماته التعاقدية تخضع لنظام قانوني غير معروف في القانون الخاص، وتكون على

¹ - المادة 147 من المرسوم الرئاسي 15-247، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتقويضات المرفق العام، و121 من المرسوم التنفيذي رقم 21-219، المتضمن المرافقة على دفتر البنود الإدارية العامة المطبقة على الصفقات العمومية للأشغال.

² - محمد حسن مرعي الجبوري، المرجع السابق، ص108.

³ - عبد الله نواف العنزوي، المرجع السابق، ص31.

نوعين منها ما يكون الغرض منها تغطية ضرر حقيقي لحق الإدارة نتيجة لخطأ المتعامل المتعاقد وهو التعويض، منها ما يقصد به توقيع عقاب على المتعامل المتعاقد وحمله على تنفيذ التزاماته بصرف النظر عن أي ضرر لحق بالإدارة وتتمثل في الغرامة التأخيرية ومصادرة التأمين.

رغم أن البعض اعتبر النوع الأول وهو التعويض لا يعد من قبيل الجزاءات الإدارية على أساس عدم خروجها عن كونها تطبيقاً لأحكام القواعد العامة في القانون الخاص¹. وهذه الجزاءات ليست أغراضاً مقصودة بذاتها بل أنها توطئة لأغراض أخرى ووسيلة لترتيب نتيجة غاية في الأهمية تتمثل في سير المرافق العامة بانتظام وإطراد، وعلى هذا الأساس ستكون دراستنا في هذا الفصل في مبحثين رئيسيين نتطرق في المبحث الأول لغرامة التأخير و في المبحث الثاني لمصادرة التأمين والتعويض.

المبحث الأول: غرامة التأخير

تعد غرامة التأخير من أبرز الجزاءات المالية التي غالباً ما تلجأ إليها المصلحة المتعاقدة، وهو ما يفسر سهولة توقيعها، وتوافقها مع مبدأ سير المرفق العام بانتظام، واعتباراً بأنها تضمن الغاية، بشكل يحمل المتعاقد على تنفيذ التزاماته التعاقدية دون حاجة إلى الإلتجاء إلى جزاء منه للعقد أو مبطل لسريانه، وعلى هذا النحو فهي بمثابة مبلغ من المال تقدره الإدارة مسبقاً وتتضمنها نصوص العقد كجزاء يطبق على المتعامل المتعاقد الذي يتأخر في تنفيذ التزاماته التعاقدية.

كما أن غرامة التأخير تشكل اللبنة الأساسية في هرم الجزاءات، وتمثل نقطة البدء في سلسلة الجزاءات التي تملكها الإدارة، وتلجأ إليها عندما يتراخى أو يتأخر المتعامل المتعاقد في تنفيذ التزاماته التعاقدية، ويختلف هذا الجزاء عن الأنظمة المشابهة له في العقود المدنية كالشرط الجزائي، والغرامة التهديدية، وينفرد عنها بجملة من الخصائص، وللإدارة حق توقيع هذا الجزاء على المتعامل المتعاقد وإعفائه منه وفق حالات وشروط معينة، كما أن للمتعامل المتعاقد حق مخاصمة قرار توقيع غرامة التأخير عليه أمام القضاء الإداري في حالة عدم إحترام المصلحة المتعاقدة لشروط تطبيقها.

¹ - محمد حسن مرعي الجبوري، المرجع السابق، ص 115.

والمشروع الجزائري نص على هذا النوع من الجزاءات كغيره من التشريعات المقارنة محددًا شروط تطبيقه على المتعامل المتعاقد والإعفاء منه في المادة 147 من المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام¹ وكذا المادة 121 من المرسوم التنفيذي رقم 21-219 المتضمن الموافقة على دفتر البنود الإدارية المطبقة على الصفقات العمومية للأشغال² وفيها تدرك القصور الذي كان في المرسوم الرئاسي 15/247 بتخصيص مادة واحدة للعقوبات المالية وهي 147 منه وخص فيه مادة واحدة لها ب 14 فقرة وفيها تحدث عنها بالتفصيل.

وتأسيسًا على ما تقدم سنقسم هذا المبحث إلى ثلاث مطالب المطلب الأول نخصه لمفهوم غرامة التأخير والمطلب الثاني أحكام تطبيق غرامة التأخير والمطلب الثالث الرقابة القضائية على قرار توقيع غرامة التأخير.

المطلب الأول: مفهوم غرامة التأخير

غرامة التأخير هي من الجزاءات المالية، ومن الممكن أن يتم تحديدها بصورة إتفاقية، وإستباقية على إنشاء العقد، حيث تأخذ شكل شروط الجزاء.

وبحكم أنها من الجزاءات ذات الطابع الإتفاقي، فإن الإدارة تملك إصدارها، متى تحققت الوقائع المنصوص عليها في العقد والتي تسبب هذه الجزاء دون أن تلتزم الإدارة في ذلك بالتدليل على أن ثمة ضرر لحق بها.

وقد اختلف الفقه في تعريفه للغرامة التأخيرية فهناك اتجاه اعتبرها تعويضا جزافيا واتجاه اخر اعتبرها جزاء ماليا، كما اختلفوا في الأساس القانوني الذي تستند فيه المصلحة المتعاقدة في توقيعها هذا الجزاء.

¹ - نصت المادة 147 من المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام على "يمكن أن ينجر عن عدم تنفيذ الالتزامات التعاقدية من قبل المتعاقد في الاجال المقررة أو أو تنفيذها غير المطابق فرض عقوبات مالة دون الاخلال بتطبيق العقوبات المنصوص عليها في التشريع المعمول بها".

² - نصت المادة 121 من المرسوم التنفيذي رقم 21-219 المتضمن الموافقة على دفتر البنود الإدارية العامة المطبقة على الصفقات العمومية للأشغال على " دون الاخلال بتطبيق العقوبات المنصوص عليها في التشريع المعمول به، فإن عدم التنفيذ من المقاول، في الاجال المحددة أو التنفيذ غير المطابق للالتزامات التعاقدية، لا سيما تلك موضوع دفتر التعليمات التقنية المشتركة، يعرض المقاول لتطبيق العقوبات المالية"

للغرامة التأخيرية مميزات تميزها عن غيرها من الأنظمة المشابهة لها على وجه الخصوص الشرط الجزائي والغرامة التأخيرية.

وعلى ضوء ما تقدم سنقسم هذا المطلب إلى ثلاث فروع نتناول في الفرع الأول تعريف غرامة التأخير وأساسها القانوني والفرع الثاني خصائصها والفرع الثالث طبيعتها القانونية وتمييزها عن الأنظمة المشابهة لها.

الفرع الأول: تعريف غرامة التأخير وأساسها القانوني

المشعر الجزائري كغيره من التشريعات المقارنة لم يتطرق إلى تعريف غرامة التأخير تاركاً ذلك للفقه والقضاء غير أنه حدد الأساس القانوني الذي تستند عليه المصلحة المتعاقدة في توقيع هذا الجزاء على المتعامل المتعاقد المخل بالتزاماته التعاقدية إما بتأخره في تنفيذ التزامه أو مخالفة شروط العقد، وعليه سنتناول أولاً تعريفها وثانياً أساسها القانوني.

أولاً: تعريفها

يقنضي تحديد تعريف غرامة التأخير التطرق إلى تعريفها لغويًا وإصطلاحًا من ناحية ثم تعريفها تشريعيًا من ناحية أخرى.

أ- تعريفها لغويًا وإصطلاحًا

1- **الغرامة في اللغة:** الخسارة، في المال: ما يلزم أدائه تأديباً أو تعويضاً، يقال حكم القاضي على فلان بالغرامة- دفع غرامة مالية/ غرامة إجرائية/ غرامة تحكيمية/ غرامة جنائية/ غرامة مدنية/ غرامة إجمالية/ غرامة رهن.

أما التأخير يقال: تأخر الشيء أي جعله بعد موضعه، وفي الوقت بعد انقضائه¹.

2- **الغرامة في الإصطلاح:** انقسم الفقهاء حول تعريف غرامة التأخير إلى ثلاث اتجاهات، الأول يقول: بأنها عبارة عن تعويض جزافي، والثاني يقول: بأنها جزاء مالي، أما الثالث يرى بأنها من طبيعة مختلطة ولكنها في جميع الأحوال توقع في حق المتعاقد من طرف الإدارة نتيجة تراخيه في تنفيذ التزاماته التعاقدية².

¹ - معجم اللغة العربية المعاصرة، أحمد مختار عبد الحميد عمر، عالم الكتب مصر، 2008، د ص.

² - العتوم منصور ابراهيم، النظام القانوني لغرامة التأخير في العقود الادارية، دراسة تحليلية مقارنة، مجلة الشريعة والقانون، العدد 53، السنة 27، كلية القانون، جامعة الامارات العربية المتحدة، 2013، ص 346-389.

ب- تعريفها قانونا: بالرجوع إلى النصوص القانونية المتعلقة بتنظيم الصفقات العمومية وأخرها المرسوم التنفيذي رقم 21-219 المتضمن الموافقة على دفتر البنود الإدارية العامة المطبقة على الصفقات العمومية للأشغال لم يتطرق إلى تعريف غرامة التأخير تاركا ذلك للفقهاء كغيره من التشريعات المقارنة، ونجد ان المشرع الجزائري حسنا ما فعل بعدم تطرقه لتعريفها، وهذا منطقي لأن دور التشريع يبين النظام القانوني لهذا الجزاء أما مسألة التعريف تبقى فقهية.

والفقه سواء في مصر أو فرنسا في تناولهما لغرامة التأخير في العقود الإدارية، قد انطلقا من تعريف غرامة التأخير على هدى طبيعتها القانونية، لذا إنقسما في هذا الشأن بين اتجاهين أساسيين على النحو التالي:

1- الإتجاه الأول: غرامة التأخير تعويضا جزافيا

عبر عن هذا الإتجاه الأستاذ Bosc حيث وجد منذ عام 1921 أن الغرامات من زاوية طبيعتها القانونية، تعد تعويضات تستحق للإدارة في حالة التأخير أو عدم التنفيذ، والتي يحدد مقدارها مقدما من جانب الأطراف وبصورة جزافية وقت إبرام العقد، ثم أيد هذا الإتجاه جانب من الفقهاء المعاصر على الرغم من إقراره وتصنيفه لغرامة التأخير ضمن الجزاءات المالية، حيث تعتبر غرامة التأخير لديه بمثابة تعويضات جزافية يحدد مقدارها، وأن لها طابع الإصلاح والطابع التهديدي أو تلك التي تحدد مقدما وبصورة جزافية في العقد ويفترض إصلاحها الكامل للضرر الناتج عن التأخير¹.

وفي هذا الاتجاه عرفها الفقيه الدكتور حسان عبد السميع هاشم في مؤلفه بأنها "مبلغ جزافي كتعويض إتفاقي منصوص عليه في العقد يؤخذ من المتعاقد المتراخي في تنفيذ التزاماته".

وقد عرفها الدكتور محمود خلف الجبوري بأنها عبارة عن تعويض جزافي يكون من حق الإدارة توقيعه دون أن تلتزم بإثبات أن ضررا ما قد لحق بها.

¹ - مدحت أحمد يوسف غنايم، النظام القانوني لغرامة التأخير في العقود الادارية، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، 2014، ص 25-26.

وقد عرفها الدكتور عبد العزيز منعم خليفة بأنها جزاء تملك الإدارة حق توقيعه على المتعاقد معها المتأخر في الوفاء بالتزامه التعاقدية في الميعاد المنصوص عليه بالعقد وتستحق بمجرد هذا التأخير حتى ولم ينجم عنه ضرر أصاب الإدارة المتعاقدة.

ونجد هذا التعريف موفق كونه تضمن معظم خصائص غرامة التأخير باعتبارها جزاء توقعه الإدارة على المتعامل المتعاقد إذا تأخر هذا الأخير في تنفيذ التزامه في الميعاد المحدد ودون الحاجة في إثبات الضرر من عدمه.

عرفها كل من دويزو ديبر وبولاك بأنها تعويض جزائي محدد في العقد ولا مصدر لها سوى نصوص العقد ذاته ولا يشترط لتطبيقها إثبات الضرر، ونجد أن هذا التعريف جاء قاصرا كون أنه فيه أغفل أهم خاصية تقوم عليها غرامة التأخير وهي إخلال المتعامل المتعاقد في تنفيذ التزامه في الميعاد المحدد.

كما عرفها بيكينو بأنها تعويض جزائي منصوص عليه في العقد توقعه الإدارة على المتعاقد الذي تراخى في تنفيذ التزاماته التعاقدية¹، وهذا التعريف جاء قاصرا بسبب اغفاله أهم خاصية تقوم عليه غرامة التأخير وهي عدم اشتراط الضرر لتوقيع غرامة التأخير.

وعرفها الدكتور خليل صالح السامرائي "بأنها جزاء يتضمن معنى العقوبة توقعه الإدارة على مفاول الأشغال العامة بسبب تأخره في تنفيذ الأشغال في الوقت المقرر"²، وهذا التعريف جاء قاصر كونه لم يشر لعدم ضرورة توفر الضرر من عدمه وكذا عدم النص على أن يتم الإتفاق على مبلغ التعويض مسبقا في العقد أو دفتر الشروط .

الواقع أن اعتبار غرامة التأخير تعويضا جزافيا إما يعني بالضرورة حدوث ضرر للإدارة المتعاقدة، ومن ثم لا يستحق التعويض للإدارة إلا إذا كان تأخير التنفيذ قد تسبب في ضرر لها، وأن التعويض باعتباره محور إنعقاد المسؤولية المدنية التي تقوم أساسا على الخطأ والضرر، فإنه لا يكون جزافيا، وإنما يقدر الضرر الذي تتحمله الإدارة فعلا، فيشمل ما لحق الإدارة من خسارة وما فاتها من كسب وهو ما يتتافى أصالة مع مفهوم غرامة التأخير، حيث توقعها الإدارة دون حاجة لإثبات وقوع ضرر أو خطأ، فضلا عن أن الإدارة لا تضع في حساباتها قيمة الضرر المتوقع عند التأخير في التنفيذ، وإنما تقدر مبلغا من

¹ - طارق محمد عبد الرحمن سلطان، المرجع السابق، 151.

² - خليل صالح السامرائي، المرجع السابق، ص 178.

المال تقتضيه إذا تأخر المتعاقد عن الميعاد المتفق عليه في العقد، وما هذا إلا لإلزام المتعاقد بالميعاد المحدد.

لذا لا يمكن النظر إلى غرامة التأخير على أنها تعويضا جزافيا، لأن ذلك يحقق من ناحية أولى إعفاء الأطراف من إثبات الضرر في حالة عدم التنفيذ، ومن ناحية أخرى إعفائهم من إثبات المقدار الحقيقي للضرر، حيث أن التعويض يقوم أصالة على الضرر، ولا يمكن تقديره جزافيا نظرا لعدم احتمال توقع تقديره على وجه شامل عند إبرام العقد، وهذا ما يفسر ما ذهب إليه المحكمة الإدارية العليا في مصر في قرارها 1999-03-23 الطعن رقم: 4545 في " أن غرامات التأخير في العقود الإدارية مقررّة ضمنا لتنفيذ هذه العقود في المواعيد المتفق عليها حرصا على حسن سير المرافق العامة بانتظام وإطراد.."¹.

2- الإتجاه الثاني: غرامة التأخير جزاء ماليا

ذهب جانب من الفقه إلى تعريفه لغرامة التأخير على أنها عبارة عن مبالغ إجمالية تقدرها الإدارة مقدما وتنص على توقيعها متى أخل المتعاقد بالتزام معين لا سيما فيما يتعلق بالتأخير في التنفيذ².

في هذا الإتجاه عرفتھا الدكتورّة سعاد الشرقاوي بأنها تعويضات مالية إجمالية يتم النص عليها في العقد إذا تأخر المتعاقد مع الإدارة في التنفيذ أو إذا أخل بالتزام ما. وعرفها الدكتور سليمان الطماوي بأنها مبالغ إجمالية تقدرها الإدارة مقدما، وتنص على توقيعها متى أخل المتعاقد بالتزام معين، لا سيما فيما يتعلق بالتأخير في التنفيذ، وهذه الجزاءات لا يكاد يخلو منها عقد إداري.

عرفها الدكتورين محمد رفعت عبد الوهاب وماجد الحلو بأنها مبلغ من المال محدد مسبقا ويفرض على المتعاقد أدائه إذا لم يتم بتنفيذ التزاماته خلال المواعيد المتفق عليها في العقد.

¹ - مدحت أحمد يوسف غنايم، النظام القانوني لغرامة التأخير في العقود الإدارية، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، 2014، ص 27.

² - وليد سعود فارس، العبادي محمد وليد حامد، المرجع السابق، ص 22، مدحت أحمد يوسف غنايم، المرجع نفسه، ص 27.

عرفها الدكتور ابراهيم محمد علي "بأنها مبلغ من المال يحدد في العقد المبرم بين الإدارة والمتعاقد ويفرض على المتعاقد أدائه إذا لم يتم بتنفيذ التزاماته خلال المواعيد المتفق عليها في العقد لا سيما فيما يتعلق بالتأخير في التنفيذ".

عرفها الدكتور عادل عبد الرحمن "بأنها عبارة عن مبالغ مالية محددة سلفا في العقد أو في دفتر الشروط الملحق به يتحملها المتعاقد مع الإدارة في حالة تأخره عن التنفيذ دون حاجة لإثبات وقوع ضرر فعلي للإدارة أولا إستصدار حكم قضائي بالغرامة، فالضرر في هذه الحالة يفترض إفتراضا غير قابل لإثبات العكس".

عرفها كل من الدكتورين محمد عبد اللطيف وجورجي شفيق ساري "بأنها عبارة عن مبلغ مالي إجمالي يتم تحديده مقدما في العقد، و توقعه الجهة المتعاقدة بنفسها دون حاجة إلى اللجوء إلى القضاء متى تأخر المتعاقد في تنفيذ إلتزامه في المواعيد المتفق عليها في العقد"¹.

عرفتها الدكتورة عزيزة الشريف "بأنها مبالغ إجمالية تقدرها الإدارة مقدما وتنص على توقيعها متى أخل المتعاقد بالتزام معين وخاصة إلتزامه بإحترام مدة التنفيذ"².

عرفها الدكتور محمود حلمي "بأنها مبالغ مالية محددة ينص عليها في العقود الإدارية كجزاء توقعه الإدارة على المتعاقد معها في حالة تقصيره وإخلاله بالتزاماته، وهذا من الجزاء يرد على جميع العقود الإدارية، ويمكن توقيعه في حالة التقصير في أي نوع من الإلتزامات ولكن كثير ما تلجأ إليه الإدارة كجزاء للتأخير فعندئذ يطلق على الجزاء غرامة التأخير"³.

وقد عرفها الدكتور عمار عوابدي "بأنها المبالغ المالية التي يجوز للإدارة أن تطالب بها الطرف المتعاقد إذا ما أخل بالتزاماته التعاقدية أثناء تنفيذ العقود الإدارية"⁴.

ويتضح من الاتجاهين الفقهيين السابقين أن أصحابهما لا ينكرون كون غرامة التأخير تتمثل في مبلغ من المال تفرضه الإدارة على المتعاقد المخل بشروط العقد بصورة عامة وعدم احترام مدة العقد بصورة خاصة، ولكنهم اختلفوا في تحديد طبيعة غرامات التأخير،

1 - طارق محمد عبد الرحمن سلطان، المرجع السابق، ص 151.

2 - عزيزة الشريف، المرجع السابق، ص 160.

3 - محمود حلمي، العقد الإداري، دار الفكر العربي، القاهرة، 1977، ص 82

4 - مروان دهمه، الجزاءات الادارية في مجال تنفيذ الصفقات العمومية، دفاثر السياسة والقانون، عدد خاص جوان، كلية

الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قصدي مرياح، ورقلة، 2018، ص 361.

فأصحاب الاتجاه الأول يرون بأن لها طبيعة مزدوجة تشمل على الصفتين الجزائئية والتعويضية في أن واحد، بينما أصحاب الاتجاه الثاني يرون بأن لها طبيعة جزائية فقط. ونحن نرجع جميع هذه التعاريف الواردة بشأن غرامة التأخير بحجة أن معظمها أجمعت على وضع تعاريف تجمع عناصر غرامة التأخير والتي سنوضحها في المطلب الثاني، ونحاول إعطاء تعريف لغرامة التأخير على " أنها عبارة عن عقوبة مالية تتمثل في مبلغ مالي تحدده المصلحة المتعاقدة مسبقا وتفرضه على المتعامل المتعاقد إذا أخل في تنفيذ التزاماته في الميعاد المتفق عليه، أو نفذها بشكل غير مطابق للإلتزامات التعاقدية، وذلك من أجل ضمان سير المرفق العام بانتظام وإطراد".

ثانيا: أساسها القانوني

اختلف الفقه والقضاء في تحديد الأساس القانوني لغرامة التأخير بين اتجاه الأساس التعاقدية واتجاه الأساس غير التعاقدية، كما أن المشرع الجزائري هو الآخر حدد الأساس القانوني الذي تستند فيه المصلحة المتعاقدة في توقيع جزاء غرامة التأخير على المتعامل المتعاقد الذي تراخى في تنفيذ العقد خلال الأجل المحددة، أو خالف شروط العقد، وعليه سنتناول أولا موقف الفقه والقضاء في تحديد أساس غرامة التأخير وثانيا موقف التشريع في تحديد أساس غرامة التأخير.

أ-موقف الفقه والقضاء في تحديد أساس غرامة التأخير: اختلف الفقه حول تحديد سلطة المصلحة المتعاقدة في توقيع جزاء غرامة التأخير على المتعامل المتعاقد بين اتجاه أساس تعاقدية و اتجاه أساس غير تعاقدية.

1-الأساس التعاقدية:

-الفقه: يناصر جانب من فقهاء القانون العام الأساس التعاقدية لهذه الغرامة، بحيث لا يجوز للجهة الإدارية المتعاقدة تطبيقها، إذا لم يكن قد نص عليها في العقد، وتأسيسا على أن الجزاءات المالية ومنها غرامة التأخير تستند إلى العقد، أو تنتج عن المبادئ العامة للمسؤولية العقدية¹، فإنه لا يجوز للإدارة تطبيقها ما لم يكن منصوص عليها مسبقا في

¹ - بن صغير مليكة أسماء، غرامة التأخير في الصفقات العمومية، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم القانونية، تخصص حقوق فرع التجريم في الصفقات العمومية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجليلي ليايس، سيدي بلعباس، 2018-2019، ص 46.

العقد، مستندا في ذلك على اللائحة التنفيذية لقانون الصفقات العمومية، والذي يقتضي بتوقيع غرامة عن مدة التأخير طبقا للأسس، وفي الحدود التي تبينها اللائحة التنفيذية مما يعني توقيع هذه الغرامة وفقا لللائحة التنفيذية لقانون الصفقات العمومية حتى ولو لم ينص عليها العقد، إذ أنه طالما لم يستبعدا الأطراف صراحة، فإنها تندمج في عقودهم وتقدم أن قانون الصفقات العمومية ولائحته التنفيذية تسري أحكامه على وحدات الجهاز الإداري للدولة من وزارات ومصالح وأجهزة لها موازنات خاصة.

2- القضاء: وفي هذا الاتجاه استندت المصلحة المتعاقدة على الأساس التعاقدية في توقيع جزاء غرامة التأخير على المتعامل المتعاقد الذي أخذ به الفقه المبين أعلاه أخذ القضاء المصري نفس هذا الموقف، فقضت المحكمة الإدارية العليا، بوجود تقيد جهة الإدارة بما ورد في العقد، وليس لها كقاعدة عامة أن تخالفه أو تطبق في شأنه نصوص لائحة المناقصات، فنص في حكمها الصادر في 21 مارس 1970 بأنه "من المبادئ المسلمة في فقه القانون الإداري أن غرامات التأخير في العقود الإدارية مقررة ضمانا لتنفيذ هذه العقود في المواعيد المتفق عليها حرصا على حسن سير المرافق العامة بانتظام وإطراد، ولذا فإن الغرامات التي ينص عليها في تلك العقود توقعها جهات الإدارة من تلقاء نفسها دون أن تلتزم بإثبات حصول الضرر، كما لا يقبل ابتداء من المتعاقد إثبات عدم حصوله"¹، وكذلك أنتهى الرأي في إفتاء مجلس الدولة المصري بأن خلو العقد من النص على غرامة التأخير، لا يجيز للجهة الإدارية المتعاقدة توقيعها.

2- الأساس غير التعاقدية:

-الفقه: ذهب جانب من الفقه في تحديد الأساس القانوني الذي تستند عليه المصلحة المتعاقدة في توقيع جزاء غرامة التأخير على المتعاقد المخل بالتزاماته التعاقدية على أساس غير تعاقدية يتمثل في إمتيازات السلطة العامة و بموجبها يحق للإدارة توقيع جزاء غرامة التأخير على المتعاقد ولو لم ينص عليها في العقد، مبررين حق المصلحة المتعاقدة في التمتع بمجموعة من الجزاءات في حالة خطأ المتعاقد معها لها بالنسبة للقانون الخاص سمات أساسية حيث تتجه ليس فقط نحو تعويض الضرر وإنما أيضا نحو التنفيذ الفعلي وفقا

¹ - بن صغير مليكة أسماء، المرجع السابق، ص46.

لضرورات المصلحة العامة، فهي تطبق بقوة القانون، خارج توقعات العقد، تأسيساً على أن للجهة الإدارية المتعاقدة دائماً أن تقرر الجزاء العقدي الذي يتلائم مع الإخلال الثابت للالتزامات التعاقدية حتى عند سكوت العقد، وإنه لا يرد على هذه القاعدة إستثناء إلا فيما يتعلق بإسقاط إمتياز المرفق العام الذي لا يمكن تقريره إلا من جانب القاضي نظراً لجسامته¹.

-**القضاء:** دأب القضاء المصري على تأكيد مبدأ سلطة الإدارة في تطبيق الجزاء بإرادتها المنفردة وذلك دون حاجة إلى نص عقدي يمنحها هذا الحق. وقد بينت المحكمة الإدارية العليا في حكمها الصادر بتاريخ 25-05-1963 أساس هذه السلطة بقولها أن الإدارة تعمل في إبرامها للعقد الإداري بوصفها سلطة عامة تتمتع بحقوق وإمتيازات لا يتمتع بمثلها المتعاقد معها، وذلك بقصد تحقيق نفع عام أو مصلحة مرفق عام.

وفي حكم آخر للمحكمة الإدارية العليا صادر بتاريخ 28-12-1963 قضت بأن للإدارة الحق في توقيع الجزاءات على متعاقدها وهي في هذا لا تستند إلى العقد الإداري، بل إلى سلطتها الضابطة للمرافق العامة وعملاً بالقواعد الأصولية التي تقضي طبيعة العقود الإدارية وأهدافها وقيامها على فكرة حسن استمرار المرافق العامة.

وهكذا يمكن القول بأن إمتيازات السلطة العامة في توقيع الجزاءات العقدية تجد تبريرها في ضمان سير المرافق العامة بانتظام وإطراد الأمر الذي يتيح جواز توقيع جزاءات غير منصوص عليها بالعقد وبالتالي عدم جواز أن تنتازل الجهة الإدارية عن سلطتها في توقيع هذا الجزاء.

وهذا الاتجاه الذي كرسه الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا في عدة قرارات لها، لا سيما قرارها الصادر بتاريخ 28-07-1990 بخصوص قضية السيد (ت. ط) ضد والي ولاية عنابة².

ما يمكن استقراءه من الاتجاهين التعاقدية وغير التعاقدية كأساس لغرامة التأخير أن الأخذ بأحدهما دون الآخر في كل الأحوال لا يخلو من النقد، ويتعارض مع المنطق القانوني ولذا ينبغي الأخذ بكلا هذين الاتجاهين كأساس لغرامة التأخير وهي الأخذ كأصل

1 - مدحت أحمد يوسف غنايم، المرجع السابق، ص 60-61-62-67.

2 - رابحي حسن، المرجع السابق، ص 80.

عام المصلحة المتعاقدة سلطتها في توقيع غرامة التأخير على المتعامل المتعاقد المخل بالتزاماته التعاقدية استناد إلى ما هو موجود في العقد أو دفتر الشروط وإستثناءا إذا لم يتم النص على هذا الجزاء في العقد فإن المصلحة العامة واستنادا إلى امتياز سلطتها العامة وحماية لسير المرفق العام بانتظام وإطراد لها حق توقيع هذا الجزاء في حالة إخلال المتعامل المتعاقد بالتزاماته.

ب-موقف التشريع من تحديد أساس غرامة التأخير:

1-التشريع الجزائري:

تملك الإدارة المتعاقدة طبقا للمرسوم الرئاسي 15-247 سلطة توقيع جزاء غرامة التأخير، وتجد هذه السلطة أساسها القانوني في المادة 95 منه والتي جاءت فيها تحت عنوان البيانات الإلزامية بقولها " يجب أن تشير كل صفقة عمومية إلى التشريع والتنظيم المعمول بهما و إلى هذا المرسوم ويجب أن تتضمن على الخصوص البيانات الآتية... نسب العقوبات المالية وكيفية حسابها، وشروط تطبيقها أو النص على حالات الإعفاء منها...".

كما تجد أساسها في المادة 147 ف 1-2 والتي جاءت تحت عنوان العقوبات المالية حيث ورد فيها " يمكن أن ينجر عن عدم تنفيذ الالتزامات التعاقدية من قبل المتعاقد في الآجال المقررة وتنفيذها غير المطابق فرض عقوبات مالية دون الإخلال بتطبيق العقوبات المنصوص عليها في التشريع المعمول به.

تحدد الأحكام التعاقدية للصفقة نسبة العقوبات المالية وكيفيات فرضها أو الإعفاء منها طبقا لدفتر الشروط المذكور في المادة 26 من هذا المرسوم بإعتبارها عناصر مكونة للصفقات العمومية...".

كما تجد أساسها في المادة 121 من المرسوم التنفيذي رقم 21-219 المتضمن الموافقة على دفتر البنود الإدارية المطبقة على الصفقات العمومية للأشغال¹.

فالغرامة كعقوبة تسلط على المتعامل المتعاقد من جانب الإدارة المعنية تستمد وجودها القانوني والرسمي من المرسوم الرئاسي أولا إعتبارا أنه النص الخاص المنظم للصفقات

¹ - المادة 121 من المرسوم التنفيذي رقم 21-219، المتضمن المرافقة على دفتر البنود الإدارية العامة المطبقة على الصفقات العمومية للأشغال.

العمومية، وثانيا من العقد ذاته أو الصفقة إعتبارا أن هذه الأخيرة تضمنت بيانا إلزاميا بعنوان العقوبات المالية واحتوى على تفصيل بصدد ممارسة هذه السلطة وكيفية إجرائها¹.

وعلى ضوء ما سبق شرحه يتضح لنا أن التشريع الجزائري ساير موقف الفقه الذي أخذ بالأساس التعاقدى المتمثل في دفتر الشروط أو الصفقة كمبرر تعتمد عليه المصلحة المتعاقدة في توقيع غرامة التأخير على المتعامل المتعاقد بالإضافة إلى النص التنظيمي المرسوم الرئاسي 15-247، وبمفهوم المخالفة أنه لا يجوز للمصلحة المتعاقدة حق توقيع هذا الجزاء إذا لم يتم النص عليه في العقد أو التشريع وإذا خالفت ذلك تكون قد تعسفت في استعمال حقها وخالفت مبدأ المشروعية وأرتكب عيب مخالفة قانون في قرارها وبالتالي يجوز مخاصمته أمام القضاء الإداري المتمثل في المحاكم الإدارية بموجب دعوى القضاء الكامل².

2-التشريع المقارن:

وفي هذا الخصوص نجد التشريع المصري خول المصلحة المتعاقدة الأساس التعاقدى كمبرر تعتمد عليه في توقيع هذا الجزاء على المتعاقد وذلك في قانون المناقصات والمزيادات و لائحته التنفيذية، فهو يقضي بتوقيع غرامة عن مدة التأخير طبقا للأسس والنسبة وفي الحدود التي تبينها اللائحة التنفيذية، مما يعني توقيع هذه الغرامة وفقا لللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزيادات حتى ولو لم ينص عليها العقد، إذ أنه طالما لم يستبعدا الأطراف صراحة فإنها تندمج في عقودهم، وبالتالي أعتمد الأساس التعاقدى وهو العقد واللائحة التنفيذية وبالإضافة إلى النص التنظيمي قانون المناقصات والمزيادات وبهذا الموقف فهو يتشابه مع التشريع الجزائري المبين أعلاه³.

الفرع الثاني: خصائص غرامة التأخير

لغرامة التأخير العديد من الخصائص تميزها عن الجزاءات التعاقدية الأخرى والأنظمة القانونية المشابهة لها، وهذه الخصائص تتمثل فيما يلي:

¹ - عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية طبقا للمرسوم الرئاسي 15-247، القسم الثاني، المرجع السابق، ص 22-21.

² - المادة 802 من القانون رقم 08-09، المتضمن قانون الاجراءات المدنية والادارية.

³ - مدحت أحمد يوسف غنايم، المرجع السابق، ص61.

أولاً: غرامة التأخير هي غرامة إتفاقية بمعنى أنها تحدد مقدماً بالإتفاق بين الأطراف وينص عليها في العقد الإداري حال التعاقد، بحيث إذا خلا العقد من تحديد لقيمتها فلا تستطيع الإدارة مطالبة المتعاقد بقيمتها، و لا يملك المتعاقد مع الإدارة أن يحتج بعدم وجود دليل على الضرر.

فإذا أتفق الأطراف على شروط خاصة لتنظيم هذه الغرامات فإن هذه الشروط هي الواجب إعمالها دون النصوص اللائحية ولأنها تطابقت عليها إرادة المتعاقدين المشتركة بمعنى الإدارة لا تستطيع فرض الغرامات التأخيرية¹.

غير أنه إذا لم يتم تحديد غرامة التأخير في العقد، فإن هذا لا يمنعها من توقيعها وذلك بالرجوع إلى النصوص المنظمة لغرامة التأخير²، كما جعل المشرع الجزائري الأساس الذي تستند عليه المصلحة المتعاقدة في توقيع غرامة التأخير على المتعاقد الصفقة ودفتر الشروط والنص التنظيمي المتمثل في المرسوم الرئاسي 15-247 من خلال نص مادتيه 95 و 147 منه³.

والمشرع المصري فعل نفس الشيء بجعل أصل الغرامة تحدد في العقد وإذا لم يتم تحديدها في العقد يتم الرجوع إلى النصوص المنظمة لغرامة التأخير الواردة في اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات، وهو ما عبرت عنه المحكمة الإدارية العليا بقضائها بأن غرامة التأخير في العقود الإدارية مقررة ضمناً لتنفيذ هذه العقود في المواعيد المتفق عليها حرصاً على حسن سير المرافق العامة بانتظام وإطراد، وأن التكييف القانوني لغرامة التأخير إنها صورة من صور التعويض الجزافي⁴.

ويثور الإشكال في هذا الصدد أنه في أحيان كثيرة يترتب على التأخير في تنفيذ العقود الإدارية أضرار تفوق مقدار غرامة التأخير فهل يجوز لها تعديل هذه الغرامة بما يتناسب مع الأضرار التي لحقت بها.

1 - طارق محمد عبد الرحمن سلطان، المرجع السابق، ص162، عبد الله نواف العنزي، المرجع السابق، ص44.

2 - هيثم حليم غازي، المرجع السابق، ص112، وليد سعود فارس، العبادي محمد وليد حامد، المرجع السابق، ص 29.

3 - المادتين 95 و 147 من المرسوم الرئاسي 15-247، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتقويضات المرفق العام.

4 - هيثم حليم غازي، المرجع السابق، ص113.

وهذا الإشكال تم الإجابة عليه من طرف الدكتور عبد الله نواف العنزي بأن الإدارة لا يجوز لها تعديل غرامة التأخير إلا بالإتفاق مع المتعاقد معها، فالعقد شريعة المتعاقدين، وشرط الغرامة شرط عقدي، ثم إن غرامة التأخير ليس لها علاقة بالضرر بدليل إقتضائها من المتعاقد لو لم يترتب ضرر للإدارة، وتطبيقا لذلك لا يجوز للإدارة إلا تطبيق الشرط الوارد في العقد من حيث مقدار الغرامة وإقتضائها، وبالطريقة التي نص عليها العقد، لأن التعويض عن التأخير هو الذي يمثل في الغرامة التي أتفق طرفا العقد مقدما عليها، كما يجوز لها من جهة أخرى حق التعديل أو الزيادة أو النقصان إذا أجاز قانون المناقصات ذلك أو الشروط العامة للمناقصة أو دفتر الشروط¹.

ونحن نرجح هذا الرأي لأن الإلتزام بما ورد في العقد أو ما تم النص عليه في النصوص القانونية المنظمة للعقد الإداري يحمي المتعامل المتعاقد من تعسف الإدارة في اتخاذ قراراتها ويضمن إحترام الإدارة لمبدأ المشروعية وضمن سير المرفق العام بانتظام وإطراد.

ويثور الإشكال كذلك في حالة إذا كان مبلغ غرامة التأخير مبالغ فيه، هل يجوز للمتعاقد المطالبة المصلحة المتعاقدة بإنقاص قيمة الغرامة عن المعدل المنصوص عليه في العقد بحجة أنها تزيد عن قيمة الضرر الفعلي الناتج عن تأخيره.

ويرى الدكتور نصري منصور نابلسي بأنه لا يجوز إنقاص غرامة التأخير وينبغي القول بالزامية تطبيق أحكام الغرامة العقدية بالكيفية والشروط التي نص عليها العقد ودون تحديد أو قيود غير ملحوظة فيه حتى وإن تجاوزت قيمتها مقدار الإلتزام أو الكفالة.

إلا أن القضاء الإداري الحديث في فرنسا منح قاضي العقد حق تعديل العقوبات زيادة أو نقصانا حتى ولو كان منصوصا عليها في العقد، عندما تفرض الإدارة هذه العقوبات على المتعاقد في حال عدم تنفيذه للعقد الإداري ضمن المدة المحددة².

ونحن نؤيد هذا الموقف خصوصا إذا كان مبلغ غرامة التأخير مبلغ مبالغ فيه كثيرا ولا يمكن للمتعاقد أن يتحملة وحده خاصة في حالة وجود ظرف خارج عن إرادته ساهم في هذا الإخلال في التنفيذ كالقوة القاهرة أو فعل الغير.

¹ - عبد الله نواف العنزي، المرجع السابق، صص 44-45.

² - نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، صص 190-191.

ثانيا- غرامة التأخير توقع دون حاجة لإثبات ضرر: بمعنى أنها تطبق مباشرة دون حاجة من جانب الإدارة إلى إثبات أن ضررا قد أصابها، وكذلك لا يمكن رفعها إلى فئة أعلى حتى ولو كان الضرر يزيد عن قدرها المعين¹.

وهذه الغرامة تستحق بمجرد إخلال المتعاقد بالوفاء بالتزامه التعاقدية في الميعاد المحدد دون حاجة إلى إثبات حدوث الضرر فمجرد التأخير يكفي في ذاته كسند مشروع لتوقيع غرامة التأخير، وهو ما قرره المحكمة الإدارية العليا في مصر في حكمها الصادر بتاريخ 28-10-1997 تحت طعن رقم: 3761 بقولها " لا تلازم بين توقيع غرامة التأخير على المتعاقد مع الإدارة والزامه بالتعويض بحسب أن غرامة التأخير توقع على المتعاقد مع الإدارة عن واقعة التأخير فحسب، سواء ترتب على هذا التأخير أضرارا أصابت جهة الإدارة أو لم يترتب على ذلك أضرارا، فيما يستلزم لتحصيل المتعاقد مع الإدارة بالتعويض أن يصيب الإدارة ضررا نتيجة تأخير المتعاقد معها في تنفيذ التزامه خلال الميعاد المتفق عليه.

وفي حكم آخر لها صادر بتاريخ 3-11-1963 تحت رقم طعن: 1086 أكد نفس الموفق بقولها "الجزاءات تملك الإدارة توقيعها على المتعاقد معها في روابط العقد الإداري إذا ما خالف شروط العقد أو قصر في تنفيذ الإلتزامات المفروضة عليه بموجبه، وإنما تستهدف أساسا تأمين سير المرافق العامة فلا يشترط لتوقيعها إثبات وقوع ضرر أصاب المرفق، إذ أن هذا الضرر مفترض بمجرد تحقق سبب إستحقاقها المنصوص عليه في العقد، ذلك أن التراخي في تنفيذ العقود الإدارية ينطوي في ذاته على إخلال بالتنظيمات التي رتبته الإدارة شؤون المرفق وتأمين سيره على أساسها، فهي إتفاق ملزم لا يحتمل الترخيص في أعمال حكمه أو التقدير في تحديد مده² .

وقد أشار إلى ذلك الفقه والقضاء في فرنسا حيث اعتبر أن الغرامات تختلف عن التعويض من حيث أنها توجد بحكم القانون بمجرد إخلال المتعاقد بالتزاماته التعاقدية دون أن تكون الإدارة ملزمة بإثبات أن ضررا قد أصابها من جراء ذلك، ولذا يكون طابعها

¹ - سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص 517.

² - هيثم حليم غازي، المرجع السابق، ص 114. نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص 192.

التعويضي أقل ظهوراً من التعويض بل إن هذا الطابع يختفي كلياً إذا لم يلحق الإدارة أي ضرر وقضاء مجلس الدولة الفرنسي ثابت ومستقر في هذا الشأن¹.

ثالثاً: الغرامة التأخيرية تلقائية

تتقيد الإدارة بإنذار المتعاقد معها قبل فرض أي جزاء عليه وبذا يعد إنذار المتعاقد في هذا المضمار ضماناً من الضمانات الرئيسية التي يتمتع بها، وهذا عن الجزاءات بشكل عام ولكن ماذا عن غرامات التأخير.

وقبل تحديد إلزامية الإعذار من عدمه بخصوص غرامة التأخير في التشريع الجزائري والتشريعات المقارنة ينبغي تحديد معنى خاصية التلقائية، ويقصد بها أن تطبق غرامة التأخير من طرف المصلحة المتعاقدة بصفة تلقائية بمجرد التأخير في التنفيذ من طرف المتعاقد دون حاجة إلى تنبيهه أو إعداره أو اتخاذ أي إجراء آخر بشأنه².

المبدأ المعمول به في فرنسا هو أن الإدارة ملزمة بإعذار المتعاقد معها المقصر قبل توقيع الغرامة عليه وذلك تطبيقاً للخصائص المشتركة للجزاءات الإدارية والتي لا تسري إلا من يوم الإعدار بها.

أما الوضع في مصر يختلف عن فرنسا حيث أن نص المادة 23 ف 2 من قانون المناقصات والمزايدات رقم: 89 لسنة 1999 والتي تقابلها المادة 48 من الشروط العامة لمقاولات أعمال الهندسة المدنية والتي لم تشترط إنذار المتعاقد المتأخر عن تنفيذ إلتزامه³، وهو ما قضت به المحكمة الإدارية العليا في حكمها الصادر بتاريخ 1972-12-23 المجموعة رقم: 1163 بقولها "بأن غرامة التأخير تستحق بمجرد إنتهاء الفترة المحددة في العقد دون حاجة إلى التنبيه باستحقاقها"⁴.

أما بالنسبة للوضع في الجزائر فقد ساير الاتجاه المعمول به في مصر وهو تمتع الإدارة بسلطة فرض غرامة التأخير دون إلزامها بإنذار المتعاقد وهو ما يتضح من خلال

¹ - نصري منصور نابلسي، المرجع نفسه، ص 192.

² - طارق محمد عبد الرحمن سلطان، المرجع السابق، ص 126، وليد سعود فارس، العبادي محمد وليد حامد، المرجع

السابق، ص 36، محمد حسن مرعي الجبوري، المرجع السابق، ص 127.

³ - البنان، حسن محمد علي حسن، المرجع السابق، ص 442.

⁴ - طارق محمد عبد الرحمن سلطان، المرجع السابق، ص 126.

نص المادة 147 من المرسوم الرئاسي 15-247 والتي أكتفت بتحديد ضوابط توقيع غرامة التأخير جعلها متمثلة في عدم تنفيذ الالتزامات التعاقدية في الأجل المتفق عليه وعدم التنفيذ المطابق للشروط والمواصفات المتفق عليها دون الإشارة إلى شرط إعدار المتعامل المتعاقد وكذا المادة 36 من دفتر الشروط الإدارية العامة لم تشترط إلزام الإدارة بإعدار المتعامل المتعاقد المقصر قبل توقيع غرامة التأخير عليه ونصت على " إذا ورد في عقد الصفقة نصوص تتضمن عقوبات على التأخير، فيجري تطبيقها دون انذار سابق بعد التأكد العادي من تاريخ إنقضاء الأجل التعاقدى للتنفيذ وتاريخ إستلام الأشغال المؤقت...".

وكذا المادة 121 ف1 من المرسوم التنفيذي رقم 21-219 المتضمن الموافقة على دفتر البنود الإدارية العامة المطبقة على الصفقات العمومية للأشغال لم يشترط الإعدار لتوقيع غرامة التأخير¹.

وفي هذا الخصوص يذهب بعض الفقهاء إلى أنه إذا كانت الإدارة تملك أن توقع الغرامة دون حاجة إلى إنذار المتعاقد أو التنبيه عليه باستحقاقها أو اتخاذ أية إجراءات إدارية أو قضائية أخرى، إلا أنه مع ذلك يحسن إنذاره، فالإنذار إذن وإن لم يكن التزاما على الإدارة ولا يرتبط بحصوله المسبق استحقاق غرامة التأخير، إلا أنه يكون ذا فائدة في عدم استمرار التأخير في تنفيذ المتعاقد لإلتزاماته أو إبطائه في ذلك، وهو ما نميل إلى تأييده، لأنه يجمع بين الأصل في العقود الإدارية من أن جزاءاتها توقع مباشرة بغير إعدار، وبين ما تستوجبه الحيطة والحذر من اعتبارات يقوم عليها الإنذار أو التنبيه².

ما يلاحظ أنه حسنا ما فعل المشرع الجزائري بجعل استحقاق غرامة التأخير لا يحتاج لإنذار المتعامل المتعاقد المقصر بالتزاماته التعاقدية لأنه من المنطقي إذا ما أخل المتعامل المتعاقد في تنفيذ التزاماته أو تماطل في تنفيذها فإن توقع عليه غرامة التأخير كنتيجة حتمية عن هذا التأخير، كما أن ولو تم وضع شرط الإعدار من طرف المشرع الجزائري قبل توقيع عليه هذا الجزاء سيجعله ضريعة يمدد بها المتعاقد مدة التنفيذ إلى حين إعداره ومن ثم كسبه

¹ - نصت المادة 121 ف1 من المرسوم التنفيذي رقم 21-219 على " دون الإخلال بتطبيق العقوبات المنصوص عليها في التشريع المعمول به، فإن عدم التنفيذ من طرف المقاول في الأجل المحددة أو التنفيذ غير المطابق للإلتزامات التعاقدية، لا سيما تلك موضوع دفتر التعليمات التقنية المشتركة، يعرض المقاول لتطبيق العقوبات المالية".

² - عبد الله نواف العنزي، المرجع السابق، ص49.

المزيد من الوقت نتيجة طول إجراءات الإعدار وكذلك المدة التي يتعين فيها الإعدار والإمتثال له ومنه فتح له باب الدفاع ومن ثم فالإدارة ملزمة بإحترام حقوق الدفاع.

رابعاً: الغرامة توقع إدارياً

تستحصل جهة الإدارة مبلغ الغرامة التأخيرية من المتعاقد المقصر بموجب قرار إداري تصدره بإرادتها المنفردة، دون الحاجة إلى اللجوء إلى القضاء لاستصدار حكم قضائي بشأن ذلك، تنفيذاً للامتياز العام الذي تتمتع به الإدارة المتمثل بامتيازها في التنفيذ المباشر الذي تتمتع به بصورة عامة وفي دائرة جزاءات العقد الإداري بوجه خاص¹.

وعليه إن كان للإدارة صلاحية توقيع جزاءات على المتعاقد إذا قصر في تنفيذ التزاماته، فإنه يتعين الإفصاح عن رغبتها في استعمال سلطتها، فلا بد من صدور قرار إداري بتوقيع الغرامات التي هي جزاء مالي، و لا يكفي مجرد النص عليه ليصبح استحقاقه أمراً مقضياً تطالب به جهة الإدارة المتعاقدة في أي وقت تشاء وتطبق الإدارة الغرامات المالية بحق المتعاقد بإجراء إداري صادر عن إرادة الإدارة المنفردة دون أن تكون ملزمة بالالتجاء إلى القضاء لإيقاعها.

وبذلك تقرر الإدارة إنفرادياً هذا الجزاء المالي حتى دون تحقق أو تثبيت قضائي مسبق لخطأ المتعاقد أو لتقصيره أو تراخيه، وهذا ما أكده مجلس الدولة الفرنسي في أحكامه، وأقرته المحكمة الإدارية العليا في مصر، وقد قضت محكمة القضاء الإداري المصري في حكمها الصادر بتاريخ 17-03-1957 تحت رقم قضية 1728 بقولها "ومن حيث إنه وإن كان للإدارة سلطة توقيع جزاءات على المتعاقد إذا ما قصر في تنفيذ التزاماته فإن يتعين الإفصاح عن رغبة جهة الإدارة في استعمال سلطتها هذه و لا بد من صدور قرار إداري².

وقد أبرزت المحكمة الإدارية العليا في مصر هذه الخاصية في حكم صادر لها في 21-9-1960 بقولها "أن الغرامات التي ينص عليها في تلك العقود توقعها جهات الإدارة من تلقاء نفسها دون الحاجة إلى صدور حكم بها إذا توافرت شروط استحقاقها بخصوص الإخلال من جانب المتعاقد معها³..".

¹ - محمد حسن مرعى الجبوري، المرجع السابق، ص 128.

² - نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص ص 193-194.

³ - البنان، حسن محمد علي حسن، المرجع السابق، ص 442.

خامسا: لا محل للغرامة التأخيرية قبل إنتهاء مدة العقد

إن تطبيق الغرامة التأخيرية لا يكون إلا بالنسبة للمتعاقد المتراخي في تنفيذ العمل وفي تسليمه في الميعاد المحدد، لذا فهو لا يعمل به إلا بعد دخول العقد حيز التنفيذ وفوات مدته دون إتمامه، فإذا لم يبدأ التنفيذ أو بدء أو انتهى العقد قبل إنتهاء المدة المحددة لتنفيذ المتعاقد لالتزاماته فلا محل لها، وهذه الخاصية أكد عليها مجلس الدولة الجزائري في قرار صادر عنه بتاريخ 2017-07-06¹ في قضية بين (ع.م) ضد ديوان الترقية والتسيير العقاري لولاية تيبازة أين قرر مبدأً أنه لا يمكن توقيع عقوبة غرامة التأخير إلا بعد إنتهاء المشروع لارتباطها بالمدة الفاصلة بين التاريخ الإتفاقي للتسليم والتاريخ الفعلي للتسليم. وفي سبب هذا القرار تم التأكيد على أن قضاة المحكمة الإدارية جانبوا الصواب لما ألزموا المدعى عليه بدفع للمدعي مبلغ عقوبة التأخير ذلك أن عقوبة التأخير لا تسدد إلا بعد إنتهاء المشروع لأن المعاملة في حسابها تتضمن عقوبة التأخير التي تعد الفاصلة بين التاريخ الإتفاقي للإستلام والتاريخ الفعلي للتسليم وفي قضية الحال تم فسخ الصفقة المبرمة بين الطرفين وذلك كون لم يتم المشروع المتعلق بها وبالتالي لا يمكن حساب مدة التأخير المدعى بها.

وبالتالي في منطوقه لهذه الأسباب قضى في الشكل قبول الإستئناف شكلا وفي الموضوع إلغاء الحكم المستأنف وفصلا من جديد رفض الدعوى لعدم التأسيس وإبقاء المصاريف القضائية على عاتق المستأنف عليه ديوان الترقية والتسيير العقاري ولاية تيبازة.

الفرع الثالث: الطبيعة القانونية لغرامة التأخير وتمييزها عن الأنظمة القانونية المشابهة لها

حدد الفقه والقضاء الطبيعة القانونية لغرامة التأخير، كما أن هذه الأخيرة قد تتشابه مع بعض المفاهيم القانونية القريبة منها كالتعويض والشرط الجزائي لذا اقتضى التمييز بينها وبين هذه المفاهيم، وعليه سنتناول في هذا الفرع أولا الطبيعة القانونية لغرامة التأخير وثانيا تمييزها عن الأنظمة القانونية المشابهة لها.

¹ - قرار مجلس الدولة، المؤرخ في 2017-07-06 تحت رقم: 113121، م د ج، العدد 15، 2017، ص ص 24-

أولاً: طبيعتها القانونية

اختلف الفقه حول الطبيعة القانونية لغرامة التأخير، فذهب فريق إلى أن هذه الغرامة منصوص عليها في العقد الإداري، أو دفتر الشروط، أي أنها ذات طبيعة عقدية، كجزء عقدي وتعويض إتفاقي في أن واحد تهدف إلى ضمان تنفيذ المتعاقد لما ألتزم به في العقد، وهذا الإتجاه أكدته المحكمة الإدارية العليا المصرية في حكم حديث لها صادر في 20-1993-04 بقولها " أن الطبيعة القانونية لغرامة التأخير هي جزاء عقدي وأنها صورة من صور التعويض الإتفاقي إذا تراخى المتعاقد في تنفيذ إلتزاماته التعاقدية، فهي مقررة ضمناً لتنفيذ هذه العقود في المواعيد المتفق عليها"¹.

إذن فالغرامة التأخيرية لها طبيعة عقدية، فهي من بنود العقد وينص عليها في صلبه كونها جزاء عقدي، ويترتب على ذلك عدة نتائج أهمها:

أ- ليس للإدارة أن تطلب ما يزيد عن القيمة المحددة للغرامة بقصد تعويض الضرر الناتج عن التأخير، وليس من حق المتعاقد أن يطالب بانتقاص قيمة الغرامة عن معدلها المنصوص عليها في العقد مدعياً أنها تزيد على قيمة الضرر الفعلي الناتج عن تأخيره.

ب- أن الغرامة التأخيرية تطبق كما نص عليها العقد و لا توقع في فترة لاحقة لفسخ العقد.

ج- إذا لم ينص في العقد على الغرامة التأخيرية فلا يعني ذلك إغفال مدد التأخير بل تطبق الإدارة نظام التعويض عن ضرر التأخير إذ لا يكون التنازل إلا إذا تنازلت الإدارة بوجه قطعي ودون أدنى شك عن التمسك بهذه المدد².

د- أن توقيع غرامة التأخير متروك لتقدير جهة الإدارة التي تمارسها بناء على امتياز التنفيذ المباشر³.

بينما يرى فريق آخر أن غرامة التأخير هي تعويضات جزافية منصوص عليها في العقد توقعها الإدارة على المتعاقد الذي يتراخى في تنفيذ إلتزاماته.

¹ - رشا محمد جعفر الهاشمي، المرجع السابق، ص 44.

² - محمد حسن مرعي الجبوري، المرجع السابق، ص 122-123.

³ - رشا محمد جعفر الهاشمي، المرجع السابق، ص 45.

بينما يرى فريق آخر أن الغرامة التأخيرية هي جزء مالي اتفاقي تملك الإدارة إيقاعه بحق المتعاقد المقصر، فهي جزء لمخالفة المتعاقد للشروط التعاقدية المتفق عليها وعليه يمكن للإدارة توقيعها حتى لو لم يلحق بها أي ضرر، ويؤكد أحد الفقهاء هذا المعنى بقوله "أن الغرامات هي مبالغ إجمالية محددة تنص عليها العقود الإدارية كجزاء توقعه الإدارة على المتعاقد معها في حالة تقصيره وإخلاله بالتزاماته"¹.

ونحن نرجح الرأي الذي يعتبر غرامة التأخير من طبيعة عقدية كجزاء عقدي وتعويض اتفاقي في أن واحد تهدف إلى ضمان تنفيذ المتعاقد لما ألتزم به في العقد وهذا الاتجاه يجمع بين الفريقين الأخرين وهذا منطقي لأن غرامة التأخير هي جزء عقدي ويعني أن المصلحة المتعاقدة لا يمكنها تطبيق هذا الجزاء إلا إذا أخل المتعامل المتعاقد بأحد التزاماته التعاقدية وفي هذا الجزاء أن يتعلق الإخلال إما في تراخي المتعامل المتعاقد في تنفيذ التزامه في المدة المتفق عليها أو يكون التنفيذ مخالف للشروط والمواصفات المتفق عليها وهذين الشرطين الذي تنبهما المشرع في تبرير توقيع الإدارة هذا الجزاء وهذا ما سنوضحه عند تطرقنا في المطلب الثاني لأحكام غرامة التأخير وفيها نبين شروطها، كما أنه تعويض اتفاقي كون أن مبلغ التعويض يتم الاتفاق عليه مسبقا ويدرج في الصفقة أو دفتر الشروط و لا يمكن إنقاص هذا المبلغ أو الزيادة فيه إلا باتفاق الطرفين أو وجود نص قانوني يجيز للإدارة الزيادة أو النقصان في قيمة غرامة التأخير وبالتالي الرجوع إلى أحكام المادة 106 من القانون المدني التي تنص أن العقد شريعة المتعاقدين لا يجوز نقضه و لا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقرها القانون².

ثانيا- تمييز غرامة التأخير عن الأنظمة القانونية المشابهة لها: وفي هذا الخصوص سنميز بين غرامة التأخير عن بعض الأنظمة القانونية القريبة منها كالتعويض والشرط الجزائي والغرامة التهديدية.

أ- تمييز غرامة التأخير عن الشرط الجزائي: إن الشرط الجزائي في العقود المدنية هو تعويض إتفاقي متفق عليه مقدما يستحق في حالة إخلال أحد المتعاقدين بالتزاماته، فيشترط

¹ - البنان، حسن محمد علي حسن، المرجع السابق، ص419-420.

² - المادة 106 من الأمر رقم 75-58 ، المعدل و المتمم بالقانون رقم 07-05 المؤرخ في 13 مايو 2007 المتضمن القانون المدني.

لاستحقاقه نفس شروط التعويض بوجه عام من حصول ضرر للمتعاقد الآخر، وإعذار المخل بالتزاماته، وصدور حكم بشأنه، ويمكن للقضاء تخفيفه إن كان مبالغ فيه ولا يتناسب مع الضرر الذي يلحق بالمتعاقد.

بينما غرامة التأخير منصوص عليها في العقد هدفها ضمان تنفيذ العقد في المواعيد المتفق عليها وتستحق بمجرد حدوث التأخير في التنفيذ ولو لم يترتب على ذلك أي ضرر للإدارة وتفرض دون حاجة إلى إعدار المتعاقد أو أية إجراءات قضائية¹.

كما أن الضرر مفترض في كل من غرامة التأخير والشرط الجزائي ولكن القرينة قاطعة في غرامة التأخير لأن مجرد التأخير ينطوي على ضرر يمس المرفق العام حتى ولو لم يلحق بالإدارة ضرر حقيقي، ولكن القرينة غير قاطعة في الشرط الجزائي، إذ يجوز للمدين أن يثبت عكسها.

ويتميز الشرط الجزائي بأنه إلزام تابع للإلتزام أصلي، بمعنى أنه تعويض متفق عليه سابقا ويطبق في حالة قيام المدين بتنفيذ التزامه، وعليه فإن بطلان الإلتزام الأصلي يترتب عليه بطلان الشرط الجزائي والعكس غير صحيح، ولا يجوز للدائن أن يخير بين الإلتزام الأصلي أو الشرط الجزائي لأن العبرة بالإلتزام الأصلي.

وهناك من يرى بأن غرامة التأخير والشرط الجزائي يتشابهان وأن كليهما يكون تابعا للإلتزام أصيل، وهذا الرأي لا يمكن الأخذ به في أي حال من الأحوال لأنه لا يقوم على أي حجة وكونه يفتقد السند القانوني علما أن غرامة التأخير تكون مستحقة الدفع عند حصول التأخير في التنفيذ.

ب- تمييز غرامة التأخير عن الغرامة التهديدية:

تعرف الغرامة التهديدية بأنها طريقة ضغط تمارس على المدين لإجباره على التقيد بتنفيذ التزاماته، وبالتالي فهي مبلغ من المال يحدد عن كل فترة زمنية معينة يتأخر فيها المدين عن تنفيذ التزاماته العقدية، ولا تفرض مرة واحدة من أجل تحقيق الهدف من التهديد². وقد كرس المشرع الجزائري الغرامة التهديدية في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، حيث منح القضاء الإداري حق فرض الغرامة التهديدية على الإدارة في ضمان تنفيذ الأحكام

¹ - البنان حسن محمد علي حسن، المرجع السابق، ص 424.

² - وليد سعود فارس، العبادي محمد وليد حامد، المرجع السابق، ص 25-26.

القضائية من خلال نص مواده 980 إلى 984 منه¹، وقانون الاجراءات المدنية السابق من خلال نص الماديين 340 و 471 منه، وعرفت في هذا الخصوص على أنها وسيلة من وسائل الضغط على إرادة المدين قصد تحميله على تنفيذ التزامه أو وسيلة لحمل الإدارة على تنفيذ ما يصدر ضدها من أحكام قضائية².

مما تقدم يمكننا إستنتاج أن الغرامة التهديدية وغرامة التأخير كلاهما يتشابهان ويختلفان في عدة أمور من أبرز أوجه تشابههما أن لهما طبيعة تهديدية جزائية وتستحقان بصرف النظر عن الضرر الواقع فعلا وكلاهما يعبران عن مبلغ من المال. بينما أبرز أوجه الإختلاف بينهما تكمن فيمايلي:

- غرامة التأخير محددة المقدار أما الغرامة التهديدية فليست كذلك بمعنى أن غرامة التأخير منصوص عليها في العقد أو ملحق العقد وبنسب معينة عن كل يوم تأخير، بينما الغرامة التهديدية فإنها غير محددة المقدار، حيث أنها تحكيمية، يستطيع القاضي زيادتها أو تخفيضها، بل له أن يحوها تماما، إضافة إلى ذلك فإن الغرامة التهديدية لا تعتبر الحكم حقا للدائن و لادينا على المدين، وبالتالي لا يجوز للدائن أن يطلب تنفيذ الحكم بالغرامة التهديدية.

- يتطلب لفرض الغرامة التهديدية صدور حكم من القضاء بعكس غرامات التأخير تفرض بموجب قرار صادر عن الإدارة استناد الى امتياز السلطة العامة وسير المرفق العام بانتظام وإطراد دون اللجوء إلى القضاء.

- تطبق غرامة التأخير في حالة تأخر المتعاقد عن تنفيذ التزامه في المواعيد المحددة، بينما تطبق الغرامة التهديدية بمناسبة رفض المدين تنفيذ ما ألتزم به عينا.

ويرى الفقيه دي لوبادير بأن قضاء مجلس الدولة الفرنسي يفرض تطبيق نظام التهديد المالي في العقود الإدارية، ويؤسس قضاءه على أن جهة الإدارة تملك سلطات تهديدية

¹ - المواد من 980 إلى 984 من القانون 08-09، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

² - عبد القادر عدو، ضمانات تنفيذ الأحكام الإدارية ضد الادارة العامة، الطبعة الثانية، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، ص ص 201-204.

كافية، أشد قسوة من نظام التهديد المالي، وتستطيع ممارستها في حالة ما إذا قصر المتعاقد في تنفيذ التزامه¹.

ج- غرامة التأخير والتعويض: يتشابه كلا المفهومين في أن كل منهما التزام قانونيا يلزم بمقتضاه المتعاقد مع الإدارة بدفع مبلغ مالي للإدارة المتعاقدة، إلا أن كل منهما له نظامه القانوني الذي يجسد إختلاف كل منهما عن الآخر على النحو التالي:

1- من حيث الغاية: الغرامة التأخيرية تكون غايتها ضمان تنفيذ العقود الإدارية في مواعيدها المتفق عليها، بينما الغاية من التعويض هي جبر الضرر الذي أحدثه المتعاقد المقصر في أداء التزاماته.

2- من حيث المقدار: مقدار الغرامة التأخيرية ثابت حسب النسب المتفق عليها في العقد أو القانون الذي تم التعاقد وفقا لأحكامه، بينما مقدار التعويض متناسبا مع حجم الضرر الذي لحق بالمتعاقد.

3- من حيث الجهة المختصة بفرضها: تختص الإدارة بفرض غرامة التأخير بأوامر إدارية، بينما يختص القضاء بفرض التعويض بحكم قضائي.

4- من حيث شروط الإستحقاق: تفرض غرامات التأخير عند تأخير المتعاقد عن تنفيذ التزاماته، بينما لاستحقاق التعويض يجب إلحاق ضرر بالإدارة بسبب إخلال المتعاقد لالتزاماته التعاقدية وقيام الرابطة السببية بين الخطأ والضرر.

5- من حيث أحقية الإدارة في التنازل: لا يجوز تنازل الإدارة عن حقها في الغرامة التأخيرية، بينما يمكنها التنازل عن حقها في التعويض².

المطلب الثاني: أحكام غرامة التأخير

حتى يكون لجهة الإدارة الحق في فرض الغرامة التأخيرية على المتعامل المتعاقد يجب توفر ضوابط معينة حددتها التشريعات تستطيع بوجودها ممارسة هذه السلطة واتخاذ الإجراءات اللازمة لذلك، وبالرغم من ذلك فإن الإدارة لا تقوم بتوقيع هذا الجزاء على

¹ - حسين عبد العال، النظرية العامة في العقود الادارية، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، مكتبة الانجلو المصرية، القاهرة، 1958، ص29.

² - البنان، حسن محمد علي حسن، المرجع السابق، ص424.

المتعامل المتعاقد رغم توفر حالة من هذه الضوابط، وذلك متى وجدت حالات معينة يعفى المتعامل المتعاقد منها.

كما أن مختلف التشريعات حددت كيفية حساب غرامة التأخير، وعليه سنقسم هذا المطلب إلى ثلاث فروع الفرع الأول نتناول فيه ضوابط توقيع غرامة التأخير والفرع الثاني الإعفاء من غرامة التأخير والفرع الثالث كيفية حساب غرامة التأخير.

الفرع الأول: ضوابط توقيع غرامة التأخير

حدد التشريع الجزائري في المرسوم الرئاسي 15-247 في مادته 147 ف 1 منه وكذا في المرسوم التنفيذي رقم 21-219 في مادته 121 ف1 منه حالتين تعد بمثابة ضوابط محددة على سبيل الحصر تلتزم المصلحة المتعاقدة بتواجد حالة من هذه الحالتين المحددة قبل توقيع الجزاء عليه وتتمثل في عدم تنفيذ المتعامل المتعاقد لالتزاماته التعاقدية في الأجل المتفق عليه وعدم التنفيذ المطابق للشروط والمواصفات المتفق عليها مع إضافة التشريعات المقارنة لضابط أن يتضمن العقد نص يمنح الإدارة حق توقيع غرامة التأخير.

أولاً: عدم تنفيذ الالتزامات محل التعاقد في الأجل المتفق عليه

نصت المادة 1/147 من المرسوم الرئاسي 15-247 على هذه الحالة بقولها "... يمكن أن ينجر عن عدم تنفيذ الالتزامات التعاقدية من قبل المتعاقد في الآجال المقررة ... فرض عقوبات مالية دون الإخلال بتطبيق العقوبات المنصوص عليها في التشريع المعمول بها".

كما نصت كذلك المادة 1/121 من المرسوم التنفيذي رقم 21-219 على هذه الحالة بقولها "... فإن عدم التنفيذ من طرف المقاول في الآجال المحددة... يعرض المقاول لتطبيق العقوبات المالية".

وطبقاً لهاتين المادتين فإن عنصر الزمن يعد عاملاً مهماً، واستراتيجياً في تنفيذ الصفقات العمومية، ومنها صفقة الأشغال العمومية يتعين احترامه، والتقيّد به قصد التمكن من الدخول في علاقات تعاقدية أخرى أو تنفيذ جزء أو شطر من البرنامج المسطر والانتقال

إلى جزء آخر، لذلك فلا يمكن إغفال عنصر الزمن أو عدم إيلائه الأهمية البالغة التي تليق به، والأمر يتعلق بمرفق عام وخدمات عامة وبمصلحة عامة¹.

كما أن عنصر الزمن، وأجال التنفيذ يعد أحد عوامل وعناصر التقييم من قبل لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض، وهو بمثابة بيان إلزامي في الصفقة وأولاه المشرع أهمية خاصة حتى حين إبرام الملحق فلا يمكن من حيث الأصل الإغفال أو السكوت من جانب الإدارة على متعامل متعاقد أدخل بأجال التنفيذ.

ومن هذا المنطق وجب توقيع جزاء مالي على كل متعاقد ثبت إخلاله بالقيود الزمني أو المدة المقررة لتنفيذ العقد خاصة، وأن هذه المدة هي من اقتراح المتعهد أو المتعاقد مع الإدارة حينما أقبل على إيداع ملف طلب العروض، وتعهد بإحترام المدة المتفق عليها.

وأن المتعاقد مع الإدارة حينما يتعهد بتنفيذ موضوع العقد خلال مدة زمنية معينة متفق عليها في العقد، فإن العقد الإداري هنا يقترب مع العقد المدني في المبدأ الذي يحكمه أن العقد شريعة المتعاقدين، فالمتعاقد مع الإدارة يلتزم بتنفيذ العقد خلال المدة المتفق عليها، وإذا خالف فالوضع طبيعي أن يخضع لجزاء².

والمشرع الجزائري من خلال المرسوم التنفيذي رقم 21-219³ حدد كيفية تطبيق العقوبة المالية على المتعامل المتعاقد على مخالفة أجل تنفيذ الصفقة والنتائج الناجمة عن

¹ - عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية طبقا للمرسوم الرئاسي 15-247، المرجع السابق، ص23. مروان دهمه، المرجع السابق، ص361.

² - عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية طبقا للمرسوم الرئاسي 15-247، المرجع السابق، ص24.

³ - نصت المادة 121 من الفقرة 8 إلى 10 من المرسوم التنفيذي رقم: 21-219، المتضمن الموافقة على دفتر البنود الإدارية العامة المطبقة على الصفقات العمومية للأشغال بقولها "تطبق العقوبات المالية على التأخير لمجرد معابته من قبل المصلحة المتعاقدة، أو ممثلها و/أو من طرف صاحب الإستشارة الفنية، وفي حالة التأخير المنسوب إلى المقاول في تنفيذ الأشغال، سواء تعلق الأمر بخدمات الصفقة العمومية للأشغال أو جزء من الخدمات التي تم تحديد لها أجل التنفيذ الجزئي، يتم على التوالي تطبيق:

- عقوبة مالية على التأخير تحسب استنادا إلى المبلغ دون احتساب الرسوم بمجمل الصفقة العمومية للأشغال للتأخير بالنسبة لأجل تنفيذ الصفقة.

- عقوبة مالية على التأخير، تحسب استنادا إلى المبلغ الجزئي دون احتساب الرسوم لجزء من الخدمات التي لم يتم تنفيذها وذلك للتأخيرات الخاصة بالأجل الجزئي الموافق لجزء الخدمات المعني.

هذه المخالفة، أين أكد على أن تطبق العقوبات المالية على التأخير بمجرد معاينته من قبل المصلحة المتعاقدة، أو ممثلها أو من طرف المصلحة المتعاقدة، ويترتب عليها توقيع نوعين من العقوبات أولها عقوبة مالية على التأخير تحسب استنادا إلى المبلغ دون احتساب الرسوم بمجمل الصفقة العمومية للأشغال للتأخير بالنسبة لأجل تنفيذ الصفقة، وثانيهما عقوبة مالية على التأخير تحسب استنادا إلى المبلغ الجزئي دون احتساب الرسوم لجزء من الخدمات التي لم يتم تنفيذها، وذلك للتأخيرات الخاصة بالأجل الجزئي الموافق لجزء الخدمات المعني، وأضاف أنه في حالة التأخر على الأجل الجزئي المنصوص عليه في الصفقة العمومية للأشغال بالنسبة للزمانة المفصلة لتنفيذ الأشغال كما هو منصوص عليه في المادة 30 الفقرة 03 من نفس المرسوم¹، رغم احترام أجل التنفيذ الشامل فإنه لن يتم خفض الغرامات، وإذا كانت الغرامات المالية على التأخير موضوع خصومات تقوم المصلحة المتعاقدة بتعويضها، وحسنا ما فعل المشرع في هذا المرسوم أن تدرك ما أغفله المرسوم الرئاسي 15-247 الذي جاء بمبادئ عامة دون توضيح للمصلحة المتعاقدة كيفية التطبيق في حالة مخالفة المتعامل المتعاقدة أجل تنفيذ الصفقة وبالتالي سهل للمصلحة المتعاقدة كيفية تطبيق هذا الجزاء.

وبالتالي متى تجاوز المتعامل المتعاقدة مدة الإنجاز المتفق عليها في الأشغال يسقط حقه في استرجاع مبلغ غرامة التأخير، ويبقى له حق في طلب فوئد التأخير إذا لم يتم دفع قيمة وضعيات الإنجاز في الآجال المحددة قانونا، وهو ما أستقر عليه مجلس الدولة الجزائري في قرار صادر عنه بتاريخ 05-05-2016 تحت رقم: 094507 في قضية بين مؤسسة أشغال البناء في مختلف مراحلها ضد الصندوق الوطني لمعادلة الخدمات الإجتماعية من جهة وديوان الترقية والتسيير العقاري لولاية جيجل من جهة ثانية أين أقر مبدأ " متى تجاوز المتعامل المتعاقدة مدة الإنجاز المتفق عليها في الأشغال فإن حقه في استرجاع

وفي حالة التأخر على الأجل الجزئي المنصوص عليه في الصفقة العمومية للأشغال بالنسبة للزمانة المفصلة لتنفيذ

الأشغال كما منصوص عليه في المادة 30 ف 3 أعلاه، رغم احترام أجل التنفيذ الشامل فإنه لن يتم خفض الغرامات، وإذا كانت الغرامات المالية على التأخير، موضوع خصومات، تقوم المصلحة المتعاقدة بتعويضها".

¹ - المادة 30 فقرة 3 من المرسوم التنفيذي رقم: 21-219، المتضمن المرافقة على دفتر البنود الإدارية العامة المطبقة على الصفقات العمومية للأشغال.

مبلغ التأخير يسقط ويبقى للمتعاقد الحق في طلب فوائد التأخير قائما إذا لم يتم دفع قيمة وضعيات الإنجاز في الآجال المحددة قانونا¹.

كما نجد أن جزاء غرامة التأخير من طرف المصلحة المتعاقدة على المتعاقد المتعاقد في حالة إخلاله بالتزامه التعاقدية بتأخره في تنفيذه قد تم تفعيله تطبيقيا من طرف المصلحة المتعاقدة في الجزائر²، ويتم تحصيلها عن طريق سند التحصيل³.

والمشروع المصري هو الآخر نص على هذه الحالة من خلال نص المادة 23 من القانون رقم: 89 لسنة 1998 بشأن المناقصات والمزايدات القواعد الأساسية لغرامة التأخير، حيث تضمنت أنه في حالة تأخير المتعاقد في تنفيذ العقد عن الميعاد المحدد له، جاز للسلطة المختصة لدواعي المصلحة العامة إعطاء المتعاقد مهلة إضافية لإتمام التنفيذ، على أن توقع عليه غرامة عن مدة التأخير وتوقع هذه الغرامة بمجرد التأخير دون حاجة إلى تنبيه أو إنذار المتعاقد أو اتخاذ أي إجراء آخر بشأنه⁴، وهو ما أكدته المحكمة الإدارية العليا في حكمها الصادر بتاريخ 4-05-1993 رقم الطعن 3348 بقولها " غرامة التأخير في العقود الإدارية مقررة ضمنا لتنفيذ العقود في المواعيد المتفق عليها حرصا على حسن سير المرافق العامة بانتظام واطرد، ولذا فإن الغرامات التي ينص عليها في تلك العقود توقعها جهات الإدارة من تلقاء نفسها دون أن تلزم بإثبات هذا الضرر، كما لا يقبل ابتداء من المتعاقد إثبات عدم حصوله على اعتبار أن جهة الإدارة في تحديدها لمواعيد معينة لتنفيذ العقد يفترض فيها أنها قدرت أن حاجة المرفق تستوجب التنفيذ في المواعيد دون أي تأخير"⁵.

وفي حكم آخر لها بتاريخ 26-4-2005 الطعن رقم: 71 أكدت حالة الإخلال الموعد كضابط لتوقيع الجزاء بقولها " أنه على المقاول إنجاز الأعمال المسندة إليه في الموعد المحدد في العقد، وللجهة الإدارية حال تأخره عن إنهاء هذه الأعمال في موعدها منحه مهلة

¹ - قرار مجلس الدولة، المؤرخ في 05-05-2016 تحت رقم: 094507، م م د ، العدد 14، 2016، ص 25-26-

27-28-29، (ينظر الملحق رقم 01).

² - ينظر الملحق رقم :02.

³ - ينظر الملحق رقم:03.

⁴ - هيثم حليم غازي، المرجع السابق، ص 116، دنون سليمان يونس العبادي، المرجع السابق، ص 174.

⁵ - هيثم حليم غازي، المرجع نفسه، ص 117.

إضافية مع توقيع غرامة تأخير عليه لتراخيه في إنجاز الأعمال في موعدها، ولها أن تستنزل قيمة الغرامة من المبالغ التي تكون مستحقة له بموجب هذا العقد¹.

وعليه فلإدارة تبعا لهذه الحالة حق توقيع غرامة التأخير على المتعاقد معها بنفسها دون اتباع أي إجراءات قضائية وذلك بمجرد تأخره في تنفيذ العقد نتيجة عدم احترام المواعيد المتفق عليها، حتى وإن لم يترتب على ذلك أي ضرر، حيث أن الضرر مفترض بمجرد تأخره في التنفيذ واستحقاق الغرامة خاصة إذا أن تلك المواعيد المتفق عليها من اقتراحه حين إقباله على إيداع ملف طلب العروض والذي فيها تعهد بالتزامه باحترام موعد التنفيذ².

ثانيا: عدم التنفيذ المطابق للشروط والمواصفات المتفق عليها

توقع غرامة التأخير على المتعامل المتعاقد في حالة التنفيذ غير المطابق لأحكام وبنود الصفقة، من حيث عدم التزامه بتنفيذ الصفقة طبقا للمواصفات والشروط المتفق عليها، مثل الإخلال ببعض الجوانب الفنية والكمية في الأشغال العامة تتعلق بشق طريق أو بناء سد³ أوردت هذه الحالة المادة 1/147 من المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام بقولها "يمكن أن ينجر عن... وتنفيذها غير المطابق فرض عقوبات مالية دون الإخلال بتطبيق العقوبات المنصوص عليها في التشريع المعمول به".

كما نصت كذلك المادة 1/121 من المرسوم التنفيذي رقم 21-219 المتضمن الموافقة على دفتر البنود الإدارية العامة المطبقة على الصفقات العمومية للأشغال على هذه الحالة بقولها "... أو التنفيذ غير المطابق للالتزامات التعاقدية، لا سيما تلك موضوع دفتر التعليمات التقنية المشتركة يعرض المقاول لتطبيق العقوبات المالية".

ويفترض في هذه الحالة أن المتعاقد مع الإدارة أدخل بالشروط المتفق عليها وكيفية التنفيذ، فخرج عن الالتزامات التي تعهد بها، فالوضع طبيعي أيضا في هذه الحالة هو خضوعه لجزاء مالي⁴.

1 - خليل صالح السامرائي، المرجع السابق، ص 182.

2 - مروان دهمه، المرجع السابق، ص 361.

3 - محمد الصغير بعلي، المرجع السابق، ص 273.

4 - عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية طبقا للمرسوم الرئاسي 15-247، المرجع السابق، ص 25.

والمشروع الجزائري من خلال المرسوم التنفيذي رقم 21-219 حدد كيفية تطبيق غرامة التأخير لعدم إمتثال المتعامل المتعاقد لالتزاماته التعاقدية أو عدم احترام المواصفات التقنية التي لم يوضحها المرسوم الرئاسي رقم: 247/15 ، وجعل تطبيقها بعد التقييم الشامل للتكاليف الناتجة عن الهدم والتصحيحات والإستبدالات، والتعزيزات والأشغال الضرورية لإعادة تأطير جميع الأشغال في ظل الإحترام الصارم للالتزامات التعاقدية أو المواصفات التقنية المحددة في الصفقة العمومية للأشغال بشرط إلزامية أن يكون هذا التقييم الشامل موضوع موافقة من طرف المصلحة المتعاقدة بعد الرأي المطابق لصاحب الإستشارة الفنية، وبعد إصدار أمر من المصلحة المتعاقدة أو ممثلها أو صاحب المشروع وبموجب أمر بالخدمة، وفقا للأجل الصارم المحدد في هذه الوثيقة، يتعين على المقاول رفع عدم المطابقة التي تخص المنشآت وعناصر المنشأة أو خدمات الأشغال وإعادة مطابقتها بالنسبة للأحكام التعاقدية الخاصة بالصفقة العمومية للأشغال ولا تخضع هذه العقوبة المالية الناجمة عن عدم الإمتثال للالتزامات التعاقدية أو عدم احترام المواصفات التقنية للرسم على القيمة المضافة¹، وبالتالي حسنا ما فعل المشرع بمأتى به في هذا الخصوص لأنه قام بتوضيح إجراءات تطبيق عقوبة الغرامة الناجمة عن عدم الإمتثال للالتزامات التعاقدية أو عدم احترام المواصفات التقنية وهو ما يسهل للمصلحة المتعاقدة كيفية توقيع هذا الجزاء وبالتالي تجنب صدور قرار عنها مخالف للقانون.

كما نجد المرسوم التنفيذي رقم: 21-219 المتضمن الموافقة على دفتر البنود الإدارية العامة المطبقة على الصفقات العمومية للأشغال² نص على نوعين من عقوبة غرامة التأخير لم يذكرهما المرسوم الرئاسي رقم 247/15 وهما:

أ- **العقوبات المالية على التأخير:** وهي عبارة عن جزاء متمثل في مبلغ مالي توقعه المصلحة المتعاقدة على المتعامل المتعاقد في حالة عدم تنفيذ هذا الأخير لالتزاماته التعاقدية في أجل تنفيذ الصفقة أو الآجال الجزئية للتنفيذ، عندما تنص عليها الصفقة العمومية

¹ - المادة 121 الفقرات من 4 إلى 7 من المرسوم التنفيذي رقم 21-219، المؤرخ في 20-05-2021، المتضمن

الموافقة على دفتر البنود الإدارية العامة المطبقة على الصفقات العمومية للأشغال.

² - المادة 121 الفقرات 1 و2 من المرسوم التنفيذي رقم 21-219، المؤرخ في 20-05-2021، المتضمن الموافقة على

دفتر البنود الإدارية العامة المطبقة على الصفقات العمومية للأشغال.

للأشغال والمكيفة وفق رزمة مفصلة لتنفيذ الأشغال وحسب الشروط المحددة في المادة 30 ف3 من المرسوم التنفيذي رقم 21-219.

ويجوز للمصلحة المتعاقدة عند تطبيقها لغرامة التأخير على المتعامل المتعاقدة في حالة تأخره في تنفيذ إلتزماته في الأجل المحدد أن تحدد سقف لا يمكن تجاوزه في توقيعها لغرامة التأخير وتخضع لتدابير ردية والتي يمكن أن تؤدي في بعض الحالات إلى فسخ الصفقة العمومية للأشغال وتقع المسؤولية حصرا على المقاول، كما يمكنها أن لا تحدد سقف لها وهو ما نصت عليه المادة 121 ف2 من المرسوم التنفيذي رقم 21-219.

ب-العقوبات المالية الخاصة بالتنفيذ غير المطابق للإلتزامات التعاقدية والمواصفات التقنية : وهي عبارة عن جزاء توقعه المصلحة المتعاقدة على المتعامل المتعاقد تتمثل في مبلغ مالي وذلك في حالة تنفيذ إلتزماته التعاقدية بصورة غير مطابقة لها أو في حالة عدم إحترامه المواصفات التقنية في إطار الصفقة العمومية للأشغال.

والقضاء المصري تبنى هذه الحالة كمبرر للإدارة في توقيع جزاء غرامة التأخير على المتعاقد وهو يتجلى من خلال حكم المحكمة الإدارية العليا في مصر الصادر بتاريخ 8-04-1967 بقولها " بأن العقد الإداري شأنه في ذلك شأن سائر العقود يتم بتوافق إرادتين تتجهان إلى إحداث أثر قانوني معين وليس عملا شرطيا يتضمن إسناد مراكز قانونية عامة وموضوعية إلى أشخاص بذواتهم، فإذا ما توقع المتعاقدان في العقد الإداري خطأ معيناً ووضعاً له جزاء بعينه، فإنه يجب أن تنقيد جهة الإدارة والمتعاقد معها بما جاء في العقد و لا يجوز لهما مخالفته، كما لا يصح في القانون القضاء على غير مقتضاه"¹.

ثالثاً- تضمين العقد نصا يعطي الإدارة حق توقيع غرامة التأخير: معنى ذلك أنه يجب أن ينص في العقد الإداري وعقد الأشغال كصورة من صوره على حق الإدارة في فرض الغرامة التأخيرية على المتعامل معها إذا ما تأخر في تنفيذ الأعمال المنوطة به عن المدة المحددة للتنفيذ باعتبارها إتفاقية، وقد أكدت هذا الأمر محكمة القضاء الإداري في مصر في حكمها الصادر في 1-06-1961 إذ قررت " بأن شرط تطبيق هذه القاعدة فكرة

¹ - نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص196.

الغرامة التأخيرية أن ينص العقد صراحة على مقدار الجزاء مقدما والذي يلتزم به المتعاقد الذي أدخل بالتزاماته"¹.

و نلاحظ أن هذه الحالة وإن لم ينص عليها المشرع الجزائري صراحة كحالة في المادة 147 من المرسوم الرئاسي 15-247 والمادة 121 من المرسوم التنفيذي رقم 21-219 وباكتفائه بالحالتين المبينتان أعلاه وهي عدم تنفيذ الالتزامات التعاقدية في الأجل المتفق عليه وعدم التنفيذ المطابق للشروط والمواصفات المتفق عليها إلا أن هذين المادتين نصت على أنه يمكن أن ينجر على عدم تنفيذ الالتزامات التعاقدية من قبل المتعاقد في الأجل المقررة أو تنفيذها غير المطابق فرض عقوبات مالية دون الإخلال بتطبيق العقوبات المنصوص عليها في التشريع المعمول به.

تحدد الأحكام التعاقدية للصفقة نسبة العقوبات المالية وكيفية فرضها أو الإعفاء منها طبقا لدفتر الشروط المذكورة في المادة 26 من هذا المرسوم باعتبارها عناصر مكونة للصفقات العمومية.

ووفقا لهذا النص يتضح أن المشرع وإن لم يجعل هذه الحالة ضمن الحالتين السالفتين الذكر إلا أنه جعلها كشرط على المصلحة المتعاقدة تلتزم قبل توقيع غرامة التأخير على المتعاقد وذلك بأن تنص عليها في دفتر الشروط أو بنود الصفقة.

كما نجد أن التشريع الجزائري لم يشترط على المصلحة المتعاقدة من أجل توقيع غرامة التأخير على المتعامل المتعاقد إنذاره أو تنبيهه أو اتخاذ أي إجراء بشأنه وهو الموقف الذي تبناه التشريع المصري، عكس المشرع الفرنسي جعل إنذار المتعاقد كشرط قبل توقيع عليه غرامة التأخير وسبق التفصيل في هذا الخصوص أثناء تطرقنا لخصائص غرامة التأخير وبالضبط في خاصية عدم اشتراط إنذار المتعاقد في توقيع عليه غرامة التأخير.

الفرع الثاني: الإعفاء من الغرامة التأخيرية

إذا كان المبدأ المعمول به أن للإدارة الحق في فرض غرامة التأخير على المتعاقد المقصر الذي تراخى في تنفيذ التزاماته حسب المدة المحددة في العقد، فإن هذا المبدأ ترد عليه إستثناءات حيث تعفي المصلحة المتعاقدة من توقيع غرامة التأخير على المتعامل

¹ - محمد حسن مرعى الجبوري، المرجع السابق، ص131.

المتعاقد في أحوال معينة، لأن العدالة تتطلب ألا يترك المتعاقد المتعامل وشأنه في حالة تعرضه لصعوبات غير عادية أو إستثنائية لا يد له فيها مما ينجم عن تأخره في تنفيذ التزاماته، ويمكن حصر أهم الحالات التي يعفى فيها المتعاقد من توقيع عليه غرامة التأخير على النحو التالي:

أولاً- التأخير ناتج عن فعل الإدارة المتعاقدة: قد تتسبب الإدارة بتأخير المتعاقد عن تنفيذ التزامه، وفي هذه الحالة لا يحق لها فرض غرامة التأخير عليه بسبب عدم تنفيذه الإلتزام في الموعد المحدد، ولذا عليه مطالبته بإعفائه من هذه الغرامة، شريطة أن يثبت أنها بتصرفاتها قد أدت إلى تأخره في تنفيذ إلتزاماته التعاقدية، أو جعل تنفيذها عسيراً مثل تأخير المتعاقد في تسليم المبنى الذي بناه مع الإدارة بسبب تأخرها في تسليمه الأرض التي سيقام عليها في الموعد المحدد له في العقد¹.

وهذه الحالة نص عليها المشرع الجزائري في المادة 147 ف 4 من المرسوم الرئاسي 15-247 والتي جاء فيها "يعود قرار 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"، وأكد عليها في المرسوم التنفيذي رقم 21-219 المتضمن الموافقة على دفتر البنود الإدارية العامة المطبقة على الصفقات العمومية للأشغال في مادته 121 الفقرة 12 منه بقولها "تقع مسؤولية الإعفاء من تسديد الغرامات المالية على التأخير على عاتق المصلحة المتعاقدة، فتتدخل عندما لا ينسب التأخير إلى المقاول الذي سلمت له، في هذه الحالة أوامر بتوقيف الأشغال أو باستئنافها".

وعليه النصيين أعلاه اشترطاً توفر شرطين في حالة إعفاء المتعاقد من توقيع عليه غرامة التأخير بفعل الإدارة وهما أن لا يكون التأخير قد تسبب فيه المتعامل المتعاقد وأن يكون التأخير تسببت فيه المصلحة المتعاقدة وذلك بإصدارها أوامر للمتعامل المتعاقد بتوقيف الأشغال أو باستئنافها.

وفي هذه الحالة يترتب على إعفاء المتعاقد من غرامة التأخير إصدار شهادة إدارية لذلك وهو ما نصت عليه المادة 90 من المرسوم الرئاسي 10-236 السابق المتعلق بتنظيم

¹ - عبد الله نواف العنزي، المرجع السابق، ص 70.

الصفقات العمومية¹، والمادة 147 ف6 من المرسوم الرئاسي الساري المفعول 15-247²، وكذا المادة 121 الفقرة 14 من آخر مرسوم تنفيذي رقم 21-219 المتضمن الموافقة على دفتر البنود الإدارية العامة المطبقة على الصفقات العمومية للأشغال³ وهذا ما يقره الفقه فإذا قررت الإدارة إعفاء المقاول من الغرامة فلا تستطيع أن تعدل عن هذا الإعفاء⁴.

وفي مصر نصت المادة 23 من قانون المناقصات والمزايدات رقم 89 لسنة 1998 على إعفاء المتعاقد من الغرامة، بعد أخذ رأي إدارة الفتوى المختصة بمجلس الدولة، إذا ثبت أن التأخير لأسباب خارجة عن إرادته.

واستنادا لنص ذات المادة يتعين على جهة الإدارة الرجوع إلى إدارة الفتوى المختصة بمجلس الدولة لأخذ الرأي القانوني بشأن مدى مشروعية قرار الإعفاء، وهو إجراء استحدثه المشرع المصري في قانون المناقصات والمزايدات المعمول به حاليا في مصر، و ذلك لما يمثله هذا الإجراء من ضمان مزدوجة للإدارة والمتعاقد معها، حيث يمثل رأي إدارة الفتوى المشار إليها ضمان تطبيق الإدارة الصحيح حكم القانون وقد قرر مجلس الدولة الفرنسي أن أفعال الإدارة التي تؤدي إلى إعفاء المتعاقد من غرامة التأخير، تأخرها في تسليم المتعاقد صور المخططات والتصاميم اللازمة لبدأ تنفيذ العقد، أو أن تتأخر في تسليم موقع العمل⁵. وهذا الشرط التزام الإدارة بالرجوع إلى إدارة الفتوى المختصة بمجلس الدولة لأخذ رأيه القانوني لم ينص عليه المشرع الجزائري كشرط لتطبيق هذه الحالة كما تم تبيانه أعلاه وحسنا ما فعل إذ ما الغاية من فرضه ونص صريح حدد أن التأخير يكون بفعل الإدارة .

وهذا الاتجاه أكدته المحكمة الادارية العليا المصرية في حكمها الصادر بتاريخ 17-5-1994 الطعن رقم:2356 بقولها " إذا كان سبب التأخير في التسليم للأعمال المراد تنفيذها كان بسبب الشركة المتعاقدة لتأخرها في تنفيذ التزامها بتوصيل المياه والكهرباء إلى موقع العمل والتي بدونها لا يمكن تسليم الأعمال وتنفيذ الشركة لالتزاماتها ، فلا يمكن لجهة

1 - المادة 90 من المرسوم الرئاسي 10-236 ، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية.

2 - المادة:147 الفقرة 6 من المرسوم الرئاسي 15-247، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

3 - المادة 121 الفقرة 14 من المرسوم التنفيذي رقم 21-219، المتضمن الموافقة على دفتر البنود الإدارية المطبقة على الصفقات العمومية للأشغال.

4 - هارون عبد العزيز الجمل، المرجع السابق، ص 146.

5- نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص 205-206.

الإدارة توقيع غرامة التأخير على الشركة المنفذة، لأنها إذا فعلت ذلك، تكون قد خالفت القانون وأحكام القانون الخاص بالعملية المتعاقد عليها، لذلك من حق الشركة المنفذة استرداد غرامة التأخير الموقعة عليها بسبب ذلك من الجهة الإدارية المطعون ضدها¹.

ونرى أن إتفاق التشريعات ومنها التشريع الجزائري على إعفاء المتعاقد من غرامة التأخير إذا كان سبب التأخير بفعل الإدارة منطقي وسليم ويحقق العدالة بين مصالح المتعاقدين، لأن المتعاقد لم يكن السبب في تأخير تنفيذ الأشغال في الميعاد المتفق عليه، إذ لا يمكن توقيع عليه جزاء غرامة التأخير وهو ليس المذنب أو المتسبب في ذلك.

ثانيا: القوة القاهرة

تعتبر القوة القاهرة من أبرز أسباب الإعفاء من غرامة التأخير ويقصد بها في هذا المجال كل عذر قهري يمنع المتعاقد من تنفيذ التزاماته في الموعد المتفق عليه، والقوة القاهرة من حيث مدلولها لا تعدو أن تكون دلالة على ظرف استثنائي شاذ، تتصف من حيث مصدرها بأنها من فعل الطبيعة أو خطأ إنساني، وتتميز من ناحية طبيعتها بعدم قدرة المرء مهما أوتي من قوة الإدراك والحدس على توقعها، وعدم إستطاعته حال وقوعها على دفعها. كما عرف المشرع الجزائري القوة القاهرة في إطار صفقة الأشغال على أنها كل فعل أو حدث غير متوقع ولا يقاوم ومستعص ومستقل عن إرادة الأطراف المتعاقدة وتمنعهم بصفة مؤقتة أو نهائية عن تنفيذ إلتزاماتهم التعاقدية المتبادلة².

ويتفق الفقه على أنه إذا طرأ أثناء تنفيذ العقد الإداري ظروف غير متوقعة تسبب عرقلة لحسن تنفيذ العقد، فإن للمتعاقد مع الإدارة أن يطلب بإعفائه من تطبيق غرامة التأخير³.

¹ - خليل صالح السامرائي، المرجع السابق، ص 187.

² - نصت المادة 110 من المرسوم التنفيذي رقم: 21-219 المتضمن الموافقة على البنود الإدارية العامة المطبقة على دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على الصفقات العمومية بقولها " يشمل مفهوم القوة القاهرة في إطار الصفقة العمومية للأشغال كل فعل أو حدث غير متوقع ولا يقاوم ومستعص ومستقل عن إرادة الأطراف المتعاقدة وتمنعهم بصفة مؤقتة أو نهائية عن تنفيذ التزاماتهم التعاقدية المتبادلة".

³ - عبد الله نواف العنزي، المرجع السابق، ص 65. نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص 201.

وتكمن أهمية هذا الإعفاء في تحقيق مبدأ التوازن المالي للعقد، ذلك أن المتعاقد مع الإدارة، لو كان يعلم مقدما تعنت الإدارة في عدم التسامح معه، حفاظا على أموال الخزينة العامة، لأقدم على زيادة السعر عند إبرامه للعقد¹.

وهذه الحالة أوردها المشرع الجزائري في المادة 147 ف 5 من المرسوم الرئاسي 247-15 والتي جاء فيها " 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"، وكذا في المرسوم التنفيذي رقم 21-219 في مادته 121 الفقرة 13 منه بقولها " في حالة القوة القاهرة، يتم تعليق أجال التنفيذ، ولا تطبق الغرامات المالية عن التأخير، في الحدود المحددة بموجب أوامر توقيف الأشغال أو استئنافها التي تتخذها بالتالي المصلحة المتعاقدة".

وهذه الحالة يترتب عليها إعفاء المتعاقد من العقوبات المالية بسبب التأخر وتحرير شهادة إدارية وهذا ما نصت عليه المادة 147 ف 6 من المرسوم الرئاسي 247-15²، وكذا المادة 121 الفقرة 14 من المرسوم التنفيذي رقم: 21-219³.

وهذا النص لم يحدد الشروط الواجب توفرها في القوة القاهرة واكتفى بذكرها كحالة تعفي المتعاقد من توقيع غرامة التأخير عليه، عليه ينبغي الرجوع إلى الفقه، وهذا الأخير اشترط لتطبيق نظرية القوة القاهرة شروط تتمثل فيمايلي:

- أن يكون الحدث المكون للقوة القاهرة مستقلا عن إرادة الأطراف.
- أن يكون الحدث المكون للقوة القاهرة غير متوقع وغير قابل للتوقع وقت إبرام العقد.
- أن يجعل الحدث المكون للقوة القاهرة تنفيذ العقد مستحيلا⁴.

1 - مدحت أحمد يوسف غنايم، المرجع السابق، ص 110.

2 - المادة: 147 الفقرة 6 من المرسوم الرئاسي 247-15، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتوقيضات المرفق العام.

3 - المادة 121 الفقرة 14 من المرسوم التنفيذي رقم 21-219، المتضمن الموافقة على دفتر البنود الإدارية المطبقة على الصفقات العمومية للأشغال.

4 - وليد سعود فارس، العبادي محمد وليد حامد، المرجع السابق، ص42. البنان، حسن محمد علي حسن، المرجع السابق، ص428.

فإذا توافرت هذه الشروط بكاملها، قامت حالة القوة القاهرة، ويعفى عندها المتعاقد من الغرامة، لأن الخلل في التنفيذ لم يتسبب به المتعاقد مع الإدارة بل كان خارجا عن إرادته، ثم لا يمكن تجنبه وأدى إلى إستحالة التنفيذ.

غير أن هذه الشروط التي ذكرها الفقه تدراكها المشرع الجزائري من خلال المرسوم التنفيذي رقم: 21-219 من مادته 110 منه والتي سبق تبيانها في تعريف القوة القاهرة، أين أشرت أن يكون الفعل أو الحدث غير متوقع ولا يقاوم ومستعص ومستقل عن إرادة الاطراف المتعاقدة وأن يجعل الحدث تنفيذ الإلتزام بصفة مؤقتة أو نهائية وحسنا ما فعل لتسهيل مهمة تنفيذ هذا الإعفاء من المصلحة المتعاقدة على المتعامل المتعاقد.

في مصر نص على هذه الحالة في المادة 23 من القانون رقم: 89 لسنة 1998 السالفة الذكر عند تطرقنا لحالة فعل الإدارة وفيها اشترط إعفاء المتعاقد من غرامة التأخير بعد أخذ رأي ادارة الفتوى في مجلس الدولة المصري.

وهذا الاتجاه أيدته المحكمة الادارية العليا المصرية في حكمها 28-03-2006 الطعن رقم رقم 9686 بقولها " غلق الطرق المؤدية للموقع وكذا ارتباك العمل بعد الهزة الأرضية التي أصابت البلاد في 12-10-1992 وخلو منصب مدير الإدارة الهندسية هذه المدد تعتبر خارجة عن إرادة المتعاقد ولا يسأل عنها ولا يجوز تحصيل غرامة التأخير عنها"¹.

ثالثا: الإعفاء الإداري

استقر الفقه والقضاء على أنه وإن كان للإدارة أن توقع الغرامات المالية المنصوص عليها في العقد من تلقاء نفسها، وذلك دون ان تلتزم بإثبات حصول الضرر كأصل عام، إلا أنه من المسلم به كذلك أن إقتضاء الغرامات منوط بتقدير المصلحة المتعاقدة، باعتبارها القوامة على حسن سير المرافق العامة والقائمة تبعا لذلك على تنفيذ شروط العقد، ولذا فلها صلاحية إعفاء المتعاقد معها من الغرامات المالية المنصوص عليها في العقد كلها أو بعضها إذا هي قدرت لذلك محلا، كما لو رأَت الإدارة أن اعتبارات العدالة أو الصالح العام

¹ - خليل صالح السامرائي، المرجع السابق، ص 187.

تقتضي التجاوز عن الغرامة كلها، أو جزء منها، فلها في هذا الصدد أن تعفيه من تطبيق الغرامات المنصوص عليها في العقد كلها أو بعضها¹.

وفي هذا الخصوص في فرنسا قد قرر مجلس الدولة الفرنسي، أن من حق الإدارة أن تتغاضى عن الغرامات، فتوقع غرامة أقل من الغرامة المنصوص عليها، أو تتنازل عن الغرامة كلياً، لكن بشرط أن تكشف عن إرادتها صراحة²، ولم يساير الفقه هذا الإتجاه إذ يرى الفقيه بوسك (Bosque) أنه متى نشأ دين لصالح الدولة فإنه يكون من حق البرلمان وحده أن يعفي المدين من هذا الدين دون مقابل³، وأكد على ذلك الفقيه جيز (jeze) إذ يرى أنه من الخطأ أن تتنازل الإدارة دون مسوغ قانوني عن الغرامات المستحقة⁴، لأن ذلك يعتبر تنازلاً عن دين محقق الوجود ومستحق للدولة⁵.

وفي مصر استناداً إلى نص المادة 23 من القانون رقم: 89 لسنة 1998 السالفة الذكر في حالتي القوة القاهرة وفعل الإدارة فإنه للإدارة إعفاء المتعاقد من الغرامة إذا لم ينتج عن التأخير ضرر، ولكن يتعين على الإدارة الرجوع إلى إدارة الفتوى المختصة بمجلس الدولة لأخذ الرأي القانوني بشأن مدى مشروعية قرار الإعفاء⁶.

والإعفاء لا يكون صريحاً في كل الحالات، بل يمكن أن يكون ضمناً، وهو ما أكدته المحكمة الإدارية العليا في حكمها الصادر بتاريخ 04-05-1993 الطعن رقم: 3348 بقولها "إن إقتضاء الغرامات منوط بتقدير الجهة الإدارية المتعاقدة، باعتبارها القوامة على حسن سير المرافق العامة والقائمة تبعاً لذلك على تنفيذ شروط العقد، ومن ثم فلها تقدر الظروف التي يتم فيها تنفيذ العقد وظروف المتعاقد فتعفيه من تطبيق الجزاءات المنصوص عليها في العقد كلها أو بعضها فتعفيه من تطبيق الجزاءات المنصوص عليها في العقد كلها أو بعضها بما في ذلك غرامة التأخير، إذ هي قدرت أن لذلك محلاً، كما لو

1 - عبد الله نواف العنزي، المرجع السابق، ص 77.

2 - نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص 208.

3 - عبد المجيد فياض، المرجع السابق، ص 177.

4 - خالد محمد مصطفى المولى، الجزاءات المالية في العقد الإداري، دراسة مقارنة، مجلة بحوث مستقبلية، كلية الحداثة

الجامعة، العدد 18، 2007، ص 169.

5 - عبد المجيد فياض، المرجع نفسه، ص 178.

6 - نصري منصور نابلسي، المرجع نفسه، ص 209-210.

قدرت أنه لم يلحق المصلحة العامة أي ضرر من جراء التأخير، أو غير ذلك من الظروف، وبالتالي فإن الإدارة إذا أقرت صراحة أو ضمنا أنها لا تحرص على تنفيذ العقد في هذه المواعيد كان غير لازم ، فيعتبر ذلك بمثابة إعفاء ضمني للمتعاقد من تنفيذ الغرامة عليه، مما لا يكون معه محل لتوقيع غرامة عليه¹.

كما أفتت الجمعية العمومية بمجلس الدولة المصري بأن من المسلم به أن إقتضاء غرامات التأخير منوط بتقدير الجهة الإدارية المتعاقدة باعتبارها القوامة على حسن سير المرافق العامة، فلها أن تقدر الظروف التي يتم فيها تنفيذ العقد، وظروف المتعاقد، فتعفيه من تطبيق الجزاءات المنصوص عليها في العقد، بما في ذلك غرامة التأخير إن رأت لذلك محلا، كما لو قدرت أنه لم يلحق المصلحة العامة أي ضرر من جراء التأخير أو غير ذلك من الظروف، وقياسا على هذا النظر إذا استبان من الظروف والملابسات أن الإدارة لم تحرص على تنفيذ العقد في المواعيد المتفق عليها، فإن ذلك يعد بمثابة إعفاء ضمني للمتعاقد معها من تطبيق الغرامة عليه، ويكون مستحقا لإسترداد ما خصم من مستحقاته من غرامة التأخير².

كما أنه ليس بالضروري أن تصدر الإدارة قرار بالإعفاء حتى يتحقق بموجبه وإنما يكفي أن تصرح به، أو تتخذ موقفا يقطع دلالة على اتجاه نيتها إلى الإعفاء، كأن تقر بأنها غير حريصة على تنفيذ العملية محل العقد في المواعيد المتفق عليها وهو ما أكدته المحكمة الادارية العليا في حکها الصادر بتاريخ 21-03-1970 بقولها".... إن الإدارة إذا أقرت بأنها لم تحرص على تنفيذ العقد في المواعيد المتفق عليها لأن تنفيذها في هذه المواعيد كان غير لازم، بل قد يسبب ارتباكات أو يكفلها نفقات بدون مقتضى، كما لو حل ميعاد توريد أدوات صحية مثلا بينما لم يكن البناء الذي تعاقد آخر على تشييده قد أصبح مهينا لتكوين هذه الأدوات، أو لو كان قد حل ميعاد توريد الآلات أو تجهيزات ولم تكن لدى الإدارة مخازن لإيداعها، وكانت في الوقت ذاته في غنى عن تركيبها أو غير ذلك من الخصوصيات

1 - عبد الله نواف العنزي، المرجع السابق، ص 77.

2 - عبد الله نواف العنزي، المرجع نفسه، ص 77.

المماثلة، فيتعين اعتبار قرار الإدارة بصدد هذه الظروف والملابسات بمثابة إعفاء ضمني للمتعاقد من تنفيذ الغرامة مما لا يكون معه محل لتوقيع غرامة التأخير¹.

بالرجوع إلى المرسوم الرئاسي 15-247 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام في مادته 147 السالفة الذكر في شرحنا لحالتي القوة القاهرة وفعل الإدارة كسببين لإعفاء المتعاقد من توقيع الغرامة التأخيرية عليه نجده نص على هاتين الحالتين على سبيل الحصر، كما أن آخر مرسوم تنفيذي رقم 21-219 في مادته 121 الفقرتين 12-13 منه لم ينص عليها وأكتفى بذكر حالتي الإعفاء القوة القاهرة وفعل الإدارة وبالتالي فإن المشرع الجزائري حسب ذات المادتين لم يمنح للمصلحة المتعاقدة السلطة التقديرية في إعفاء المتعاقد من توقيع الغرامة عليه كلياً أو جزئياً المنصوص عليه في العقد أو دفتر الشروط إذ هي قدرت لذلك محلاً وعليه فإن هذه الحالة لم ينص عليها، وإذا طبقت المصلحة المتعاقدة هذه الحالة وأعفت المتعاقد من الغرامة التأخيرية كلياً أو جزئياً نكون أمام قرار إعفاء غير مشروع يشوبه عيب مخالفة القانون.

كما أنه لا يجوز كذلك للقضاء الإداري أن يطبق هذه الحالة ويجعل من قرار الإعفاء مشروع لأنه لا إجتهد مع نص مادام نص المادتين واضح حدد على سبيل الحصر حالتي القوة القاهرة وفعل الإدارة كمبررين لإعفاء المتعاقد من الغرامة دون غيرهما.

غير أن الباحث يرى أنه من المستحسن والأفضل على المشرع الجزائري أن يتدارك هذا الإغفال لعدم ذكره هذه الحالة ويضيفها في النص القانوني الذي سيعدل المرسوم الرئاسي 15-247، ونسائر في هذا الإتجاه موقف المحكمة الإدارية العليا المصرية التي ذهبت إلى القول أن من حق الإدارة باعتبارها القوامة على حسن سير المرفق العام والقائمة نتيجة لذلك على تنفيذ شروط العقد أن تقدر ظروف تنفيذها وظروف المتعاقد المقصر ومدى جديته وسعيه الحثيث لإتمام العقد ضمن المدة المتفق عليها، وعليه يمكن للمصلحة المتعاقدة إعفاء المتعاقد المقصر من تطبيق الغرامة التأخيرية كلها أو جزء منها متى قدرت سلامة الأسباب التي تدعوها إلى ذلك، وعلى رأس هذه الأسباب عدم الحاق ضرر بالمصلحة العامة نتيجة التأخير، مع إخضاع قرار هذا الإعفاء لرقابة ملائمة القاضي الإداري للنظر في مدى

¹ - نصري منصور نابلسي، المرجع نفسه، ص 209.

مشروعيته، أما الحالات الأخرى التي تلحق ضرر بالمصلحة العامة جراء التأخير يجب تطبيق الغرامة المنصوص عنها في العقد أو دفتر الشروط.

رابعاً: فعل الغير

يعفى المتعاقد من الغرامة التأخيرية إذا كان التأخير حصل بفعل الغير كما لو كان تنفيذ العقد منوطاً بعدة متعاقدين وكان تأخر أحدهم في تنفيذ التزامه في الوقت المقرر يعود إلى عدم قيام المتعاقد بإنجاز العمل المنوط به أو لتأخره بتنفيذه وكان عمل المتعاقد الأول يعتمد على إكمال عمل المتعاقد الثاني¹.

مما تقدم يمكننا القول أن المتعاقد مع الإدارة لا يسأل عن التأخير في تنفيذ التزاماته إذا كان التأخير راجعاً إلى فعل الغير وبالتالي يعفى من الغرامة التأخيرية.

هذه الحالة لم ينص عليها كذلك المشرع الجزائري حسب المادتين 147 من المرسوم الرئاسي 15-247 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام و121 من المرسوم التنفيذي رقم 21-219 المتضمن الموافقة على دفتر البنود الإدارية المطبقة على الصفقات العمومية للأشغال، ويرى الباحث من الأفضل عليه تدارك ذلك بالنص على هذه الحالة في النص القانوني الذي سيعدل المرسوم الرئاسي والمرسوم التنفيذي المبيين أعلاه وذلك حماية للمتعاقد وتحقيق مبدأ المساواة بين المتعاقدين حتى لا نحمله ما لم يتسبب فيه إذ ليس من المنطق فرض غرامة تأخيرية على المتعاقد وسبب التأخير في تنفيذ الصفقة في أجلها المتفق عليه في العقد ودفتر الشروط ليس هو المتسبب فيه وإنما الغير.

خامساً: التمديد الإداري لتنفيذ العقد

من القواعد المقررة في تنفيذ العقد الإداري أن المتعاقد يبرأ من كل مسؤولية عن تأخيره في تنفيذ التزاماته التعاقدية، إذا كانت الإدارة قد تسببت في زيادة المدة اللازمة لتنفيذ العقد، كأن تكون قد طلبت أثناء تنفيذ العقد إجراء بعض التعديلات والإضافات التي تقتضي بطبيعة الحال زيادة المدة اللازمة للعقد، في هذه الحالة لا يكون لها ثمة مبرر لاقتضاء غرامة التأخير عن الفترة التي أمتد إليها تنفيذ العقد، ومن الناحية الشكلية، قد يكون هذا التمديد صريحاً، وقد يكون ضمناً، ويتحقق التمديد الصريح إذا أفصحت الإدارة عن إرادتها

¹ - البنان، حسن محمد علي حسن، المرجع السابق، ص431.

صراحة في منح المتعاقد مهلة إضافية، ويأتي هذا التمديد الصريح عادة إستجابة لطلب المتعاقد نفسه، ويكون التمديد ضمنيا إذا ألزمت الإدارة جانب الصمت عند إنتهاء مدد التنفيذ، وبذلك يكون التمديد ضمنيا إذا قررت الإدارة المتعاقدة تسلم المشروع بعد فوات مدة التنفيذ دون أن تتخذ أي إجراءات في حق المتعاقد المقصر¹.

هذه الحالة لم ينص عليها المشرع الجزائري في المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام ولا المرسوم التنفيذي رقم 21-219 المتضمن الموافقة على دفتر البنود الإدارية المطبقة على الصفقات العمومية للأشغال وحسنا ما فعل لأن في غالب الأحيان تمديد مدة التنفيذ يكون بطلب من المتعامل المتعاقد وهذه المهلة الإضافية لا تعفيه من توقيع غرامة التأخير عليه إذا ما تم نص عليها في العقد أو دفتر الشروط.

أما في مصر هذه الحالة لا تعفي المتعاقد من توقيع غرامة التأخير عليه وهذا ما نصت عليه المادة 23 من القانون رقم: 89 لسنة 1998 ولائحته التنفيذية على أنه "إذا تأخر المتعاقد في تنفيذ العقد عن الميعاد المحدد جاز للسلطة المختصة لدواعي المصلحة العامة إعطاء المتعاقد مهلة إضافية لإتمام التنفيذ على أن توقع عليه غرامة عن مدة التأخير طبقا للأسس والنسب وفي الحدود التي بينها اللائحة التنفيذية بحيث لا يجاوز مجموعة الغرامة 3% من قيمة العقد، بالنسبة لشراء المنقولات وتلقي الخدمات والدراسات الاستشارية والأعمال الفنية و 10% بالنسبة لمقاولات الأعمال والنقل"².

الفرع الثالث: كيفية حساب غرامة التأخير واقتطاعها

تعد غرامة التأخير من الجزاءات المألوفة في العقود الإدارية ومنها عقد الأشغال العامة وقد حدد كل من التشريع الجزائري والتشريع المصري كيفية حساب غرامة التأخير واقتطاعها وعليه سنتناولها أولا في التشريع الجزائري وثانيا في التشريع المصري.

¹ - عبد الله نواف العنزي، المرجع السابق، ص74.

² - دنون سليمان يونس العبادي، المرجع السابق، ص 170.

أولاً: التشريع الجزائري

اعتبر المشرع الجزائري غرامة التأخير من الجزاءات ذو الطابع الاتفاقي طبقاً للمادة 147 ف3 من المرسوم الرئاسي 15-247 التي أفادت بقولها "تقتطع العقوبات المالية التعاقدية المطبقة على المتعاملين المتعاقدين بموجب بنود الصفقة من الدفعات التي تتم حسب الشروط والكيفيات المنصوص عليها في الصفقة"، وهذا ما أكدت عليه نص المادة 121 الفقرة 4 من المرسوم التنفيذي رقم 21-219 المتضمن الموافقة على دفتر البنود الإدارية العامة المطبقة على الصفقات العمومية للأشغال بقولها "يتم خصم الغرامات المالية التعاقدية المنصوص عليها والمطبقة على المقاول، بموجب بنود الصفقة العمومية للأشغال من التسديدات التي ستنتم حسب الشروط والكيفيات المحددة في إطار الصفقة العمومية المعنية للأشغال"

وهاتين الفقرتين هما الأساس القانوني التي تستند عليه المصلحة المتعاقدة في إقطاع غرامة التأخير على المتعامل المتعاقد.

وما يلاحظ على هاتين المادتين أنهما وإن حددتا صراحة كيفية إقطاع غرامة التأخير غير أنهما لم تعملا على تقدير غرامة التأخير ولا نسبها المئوية حسب طبيعة نوع الصفقة وبالتالي جعل تقديرها يخضع للسلطة التقديرية للمصلحة المتعاقدة عكس المشرع المصري وهذا ما سنوضحه لاحقاً عند تطرقنا إلى التشريع المصري في هذا الخصوص.

وبذلك يصبح المتعامل المتعاقد على علم بأن المصلحة المتعاقدة قد تمارس اتجاهه جملة من امتيازات السلطة المتعاقدة من بينها توقيع الجزاءات المالية بنسب محددة مسبقاً ضمن بنود الصفقة ودفتر شروطها وهو ما تؤكد المادة 36 من دفتر الشروط الإدارية العامة بقولها "إذا ورد في عقد الصفقة نصوص تتضمن عقوبات على التأخير، فيجري تطبيقها دون سابق إنذار بعد التأكد العادي من تاريخ انقضاء الأجل التعاقدية للتنفيذ وتاريخ استلام الأشغال المؤقت..."¹

¹ - مروان دهمه، المرجع السابق، ص363.

أما عن حساب غرامة التأخير فتسري في جميع الأحوال من بداية المدة المحددة لتنفيذ الإلتزام أو من بداية المدة الإضافية التي رأت المصلحة المتعاقدة منحها للمتعاقد في ضوء مقتضيات الصالح العام¹.

ثانياً: في التشريع المصري

إن التشريع المصري على خلاف التشريع الجزائري من خلال نص المادة 83 من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزيادات الصادر في سنة 1998 عمل على تقدير غرامة التأخير وتحديد نسبها، بحيث لا يجاوز مجموع الغرامة 10% بالنسبة لمقاولات الأعمال والنقل وبالرجوع إلى نص هذه المادة نجدها تنص على " يلتزم المقاول بإنهاء الأعمال موضوع التعاقد بحيث تكون صالحة تماماً للتسليم المؤقت في المواعيد المحددة، فإذا تأخر جاز للسلطة المختصة إذا اقتضت المصلحة العامة إعطاء مهلة إضافية لإتمام التنفيذ على أن توقع عليه غرامة تأخير اعتباراً من بداية هذه المهلة وإلى أن يتم التسليم الإبتدائي بواقع 01% عن كل أسبوع أو جزء منه بحيث لا يجاوز مجموع الغرامة 10% من قيمة العقد..."²

أما عن كيفية حساب قيمة غرامة التأخير فتتم تبعا للعملية الآتية :

الغرامة (العقوبة اليومية) $p =$ القيمة الإجمالية للعقد أو الصفقة مع الملاحق إن وجدت (M) على نسبة العقوبة (7) على ألا تتجاوز (10%) في المدة الزمنية للتنفيذ (D)³.

ويرمز حرف P لكلمة عقوبة Pénalité وحرف M قيمة الصفقة Montant du Marche وحرف D لأجل أو ميعاد التنفيذ باليوم، ويكون حاصل هذا المبلغ عن كل يوم تأخير بما في ذلك أيام العطل والراحة الأسبوعية.

¹ - بن عبد المالك بوفلجة، الغرامة التأخيرية في ظل المرسوم الرئاسي 15-247، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتقويضات المرفق العام، مجلة الاجتهاد القضائي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، العدد 15، 2017، ص 256.

² - طارق محمد عبد الرحمن سلطان، المرجع السابق، ص 155.

³ - بن شعبان علي، المرجع السابق، ص 105.

ويثور التساؤل هنا حول حكم زيادة قيمة الأضرار التي أصابت الإدارة من التأخير عن الحد الأقصى المقرر لغرامة التأخير.

فالمشرع المصري في المادة 23 من قانون المناقصات والمزايدات لسنة 1998 أعطى إجابة على هذا التساؤل حينما قررت أنه " لا يخل توقيع الغرامة بحق الإدارة في الرجوع على المتعاقد بكامل التعويض المستحق عما أصابها من أضرار بسبب التأخير". وهنا تتضح سلطة الإدارة التقديرية التي تجريها بغير معقب عليها مادامت الغاية منها المصلحة العامة حيث يكون لها الخيار بين حساب الغرامة إما على الحساب الختامي للعملية أو على الأعمال التي لم تستند منها أي الأعمال المناظرة حتى لا يكون ذلك إثراء لها على حساب المتعاقد بغير مبرر مشروع¹.

أما بالنسبة للتشريع الجزائري فلم يتطرق في النصوص القانونية المنظمة للصفقات العمومية إلى هذا الإشكال ولم يمنح الإدارة حق اللجوء إلى القضاء الإداري من أجل حصولها على التعويض عن الضرر الذي أصابها نتيجة تأخر المتعامل المتعاقد عن تنفيذ التزاماته التعاقدية في الأجل المتفق عليه في حالة إذا كان الضرر الذي أصابها يفوق قيمة غرامة التأخير المتفق عليها.

ونلاحظ في هذا الخصوص انه وإن لم يتطرق المشرع الجزائري في النصوص القانونية المنظمة للصفقات العمومية لهذا الإشكال فإنه لا مانع على الإدارة من اللجوء إلى القضاء الإداري من أجل المطالبة بالتعويض عن ما أصابها من أضرار تفوق قيمة غرامة التأخير وذلك استنادا إلى القواعد العامة في المسؤولية العقدية وتبقى مسألة قبول طلبها من عدمها من إختصاص السلطة التقديرية للقاضي الإداري.

كما يثور تساؤل آخر حول حالة اتفاق المتعاقد مع الإدارة على مبلغ معين يدفع كغرامة تأخير وكان هذا المبلغ أقل أو أكثر من المنصوص عليه في لائحة المناقصات والمزايدات الجديدة.

في القضاء المصري لقد كان للمحكمة الإدارية العليا السبق في الإجابة على هذا التساؤل، حيث قررت أن شروط العقد الإداري إذا حددت مبلغا معيناً يدفع كغرامة التأخير في حالة إخلال المتعاقد بالتزامه التعاقدية فإن مقدار هذه الغرامة هو الذي يطبق حتى ولو

¹ - طارق محمد عبد الرحمن سلطان، المرجع نفسه، ص 152.

تعارض هذا التحديد مع نص لائحة المناقصات والمزايدات لأن هذا التحديد هو ما ارتضا المتعاقدان وهو ما أيده الفقه المصري، مع ملاحظة أنه في حالة زيادة الغرامة عن الضرر الذي أصاب الإدارة تصبح الغرامة غير مشروعة ويكون بوسع قاضي العقد تخفيضها إلى القدر الذي يراه مناسباً¹.

أما التشريع الجزائري لم يتطرق إلى هذه النقطة في النصوص القانونية المنظمة للصفقات العمومية ونرى في هذا الخصوص أنه من المفروض على المصلحة المتعاقدة أن لا تتفق مع المتعامل المتعاقد على غرامة تأخير تفوق قيمة الحد الأقصى المقررة لغرامة التأخير إن كان النص القانوني المنظم للصفقات العمومية قد حددها وإذ تم مخالفة ذلك من المصلحة المتعاقدة نكون أمام قرار غير مشروع يجوز مخاصمته أمام القضاء الإداري، غير أنه بالرجوع إلى النصوص القانونية المنظمة للصفقات العمومية نجدها أنها لم تحدد الحد الأقصى لغرامة التأخير مما يجعل من هذا الإشكال في التشريع الجزائري مستبعد.

المطلب الثالث: الرقابة القضائية على قرار توقيع غرامة التأخير

انطلاقاً من ظهور القرار التنفيذي ومبادرة التنفيذ المباشر في مجال العقود الإدارية وعقد الأشغال العامة كأحدى صورته نجد من الضروري مناقشة هذا الإمتياز في مجال توقيع غرامة التأخير وبيان ضوابطه باعتبار أنها ضمانات للمتعاقد مع المصلحة المتعاقدة وتيسير الرقابة القضائية اللاحقة من جانب قاضي العقد سيستدعي معرفة القاضي المختص وسلطته في مجال القرارات الإدارية التي تتخذ طابع الجزاء في حق المتعاقد مع الإدارة وأسباب عدم مشروعية توقيع غرامة التأخير، ومن ناحية أخرى النتائج التي تترتب على عدم هذه المشروعية لغرامة التأخير والتحكيم ومنازعات غرامة التأخير.

بناءً على ما سبق قسمنا هذا المطلب إلى أربعة فروع الفرع الأول نتناول فيه القضاء المختص في الرقابة القضائية على قرار توقيع غرامة التأخير أما الفرع الثاني خصصناه أسباب عدم مشروعية قرار توقيع غرامة التأخير والفرع الثالث أثار عدم مشروعية قرار توقيع غرامة التأخير والفرع الرابع التحكيم ومنازعات غرامة التأخير.

¹ - طارق محمد عبد الرحمن سلطان، المرجع السابق، ص 152.

الفرع الأول: القضاء المختص في الرقابة القضائية على قرار توقيع غرامة التأخير

تجدر الإشارة بداية إلى أن القضاء الإداري قد توسع في مجال تكوين العقد الإداري وعقد الأشغال العامة كإحدى صورته، في مدى رقابة المشروعية (دعوى الإلغاء) استنادا إلى نظرية القرارات التي تقبل الانفصال في مرحلة تكوين العقد، قد أظهر تحفظا كبيرا في مرحلة تنفيذ أو وضع نهاية للعقد الإداري بشأن تطبيق هذه النظرية، لذا هناك من ذهب إلى إستبعاد الطعن لتجاوز السلطة (دعوى الإلغاء) بعد إبرام العقد الإداري، وهناك من أصل هذا الإستبعاد في صعوبة تطبيق نظرية القرارات التي تقبل الانفصال على تلك المتعلقة بتنفيذ العقد أو وضع نهايته، فضلا عن الحقوق التي يمكن التمسك بها في مواجهة مثل هذه القرارات، حيث يتعلق الأمر بحقوق تستمد من البنود العقدية ذاتها وبالتالي لا يمكن التمسك بها في دعوى تقام أصالة على رقابة المشروعية¹.

وهكذا متى توافرت في المنازعة حقيقة العقد الإداري، سواء كانت المنازعة خاصة بإنعقاده أو صحته أو تنفيذه أو إنقضائه فإنها كلها تدخل في نطاق ولاية القضاء الكامل دون ولاية الإلغاء، فالمنازعات المتعلقة بالإجراءات التي تتخذها جهة الإدارة قبل المتعامل المتعاقد معها تندرج تحت ولاية القضاء الكامل حتى لو أنصب النزاع على طلب الغاء قرار إداري اتخذته الإدارة في مواجهته، تأسيسا على أنه ما تصدره الإدارة من قرارات تنفيذ للعقد مثل قرار جزاء توقيع غرامة التأخير على المتعامل المتعاقد وغيرها من الجزاءات الادارية في مجال العقود الإدارية يدخل في دائرة العقد وتكون المنازعات المتولدة عن تلك القرارات والإجراءات هي منازعات حقوقية تدخل في ولاية القضاء الكامل دون قضاء الإلغاء، ومؤدى ذلك عدم نقض قرار توقيع غرامة التأخير بالإجراءات والمواعيد المتعلقة بدعوى الإلغاء².

فالمعامل المتعاقد الموقع عليه غرامة التأخير لا يستطيع أن يطعن في قرار المصلحة المتعاقدة الذي ألزمه بدفع غرامة التأخير إلا بمقتضى دعوى العقد أمام قاضي العقد وليس قاضي الإلغاء، نظرا لإن دعواه تستند إلى عقد إداري³.

¹- André De Laubadere , Franc Moderne et Pierre Delvolve, Traite de contrats administratifs,op . cit ., p.1055 ,no 1836

² -منصور محمد أحمد، مفهوم العقد الإداري وقواعد إبرامه، دار النهضة الحديثة، القاهرة، ص482، مدحت أحمد يوسف غنيم، المرجع السابق، ص 117.

³ - بن صغير مليكة أسماء، المرجع السابق، ص 136.

فجميع القرارات الصادرة من المصلحة المتعاقدة على أساس العقد أثناء تنفيذه لا يمكن أن تنشئ للمتعاقد إلا الحق في إقامة دعوى التعويض في نطاق القضاء الكامل وليس دعوى الإلغاء¹.

قد قضى مجلس الدولة في قرار له والمتعلق بقرار جزاء الفسخ والذي يعد بمثابة جزاء إداري كغرامة التأخير بأنه "لا يعد فسخ الصفقة من طرف الإدارة قرارا إداريا، قابلا للطعن فيه بالإبطال، وأنه تدخل المنازعات المتعلقة بالصفقة العمومية في اختصاص القضاء الكامل².

الفرع الثاني: أسباب عدم مشروعية قرار توقيع غرامة التأخير

أن غرامة التأخير في العقد الإداري بصفة عامة وعقد صفقة الأشغال العامة بصفة خاصة، قد توقع أحيانا على المتعامل المتعاقد مع المصلحة المتعاقدة في ظل حالات تظهر عدم المشروعية، وذلك استنادا إلى توقيعها بقرار إداري منفرد، وبعبارة أخرى ينبغي الوقوف على عدم المشروعية الخارجية والداخلية لقرار الإدارة في توقيع غرامة التأخير وعليه سنتناول أولا أوجه عدم المشروعية الخارجية وثانيا أوجه عدم المشروعية الداخلية.

أولا: أوجه عدم المشروعية الخارجية

تمثل أوجه عدم المشروعية الخارجية للقرار الإداري بصفة عامة في مخالفة قواعد الإختصاص والقواعد الإجرائية لممارسة هذا الإختصاص، لذا فإن مخالفة أي منها يصيب قرار الإدارة في توقيع غرامة التأخير بعدم مشروعيته.

أ-مخالفة قواعد الإختصاص: يقصد بقواعد الإختصاص صلاحية رجل الإدارة أو الجهة الإدارية للقيام بما عهد إليه في الحدود الموضوعية والمكانية والزمانية التي بينها

¹ -منصور محمد أحمد، مفهوم العقد الإداري وقواعد إبرامه، دار النهضة الحديثة، القاهرة، ص482، مدحت أحمد يوسف غنايم، المرجع السابق، ص 117.

¹ - بن صغير مليكة أسماء، المرجع السابق، ص 136.

¹ - Phelipe threnegre , la responsabilité contractuelle des personne publique en droit Administratif, économie ,Paris,1989,p285.

² - قرار مجلس الدولة الصادر بتاريخ 12-01-2012 تحت رقم: 063683، في قضية بلدية العلمة ض (ح ع)، العدد12، 2012، ص ص 108-109،(الملحق رقم:04).

القانون، وتعتبر هذه القواعد أصالة عن ذاتية القانون العام، فالعقد الإداري يعد بمثابة شكل للتعبير عن إختصاصات السلطة الإدارية.

كما يجمع الفقه على أن تخلف ركن الإختصاص في انعقاد القرار الإداري يؤدي إلى إنعدام التصرف القانوني وإلى عدم مشروعيته وذلك على مدى درجة جسامته الإعتداء على قواعد الإختصاص، وإن السلطات الإدارية المختصة بتوقيع الجزاءات العقدية تخضع في تحديدها لقواعد الإختصاص العادية، فهي السلطات المكلفة بالإشراف على تنفيذ العقد، وبالتالي يؤول الإختصاص في هذا الشأن للوزراء والأشخاص المفوضة بالنسبة لعقود الدولة، وللعضو التنفيذي بالنسبة للهيئات المحلية والمؤسسات العامة¹.

ب- مخالفة القواعد الإجرائية: تتمثل القواعد الاجرائية بشأن توقيع غرامة التأخير في الإعذار السابق الذي يستهدف تذكير المدين بالتزاماته وذلك قبل توقيع المصلحة المتعاقدة الجزاءات الخاصة بسبب تقصير بهذه الالتزامات، ثم يأتي بعده ضرورة إحترام الإدارة لحقوق الدفاع وإعلان الجزاء حتى يمكن الاحتجاج به².

وينبغي الإشارة إلى أن قاضي العقد يقف من حيث المبدأ بشأن هذه الإجراءات على النصوص العقدية ودفاتر الشروط، كما أنه أبرز مرونة فيما يتعلق بالشروط الشكلية في هذا الشأن على النحو التالي:

1- إستناد قاضي العقد من حيث المبدأ إلى إرادة الأطراف المتعاقدة: حيث يقوم عقد الأشغال العامة على غرار العقد المدني على توافق إرادتين بقصد إنشاء آثار قانونية، فركنه هو الرضا والآخر القانوني المتولد عنه ينشأ مباشرة من فاعلية إرادة أطرافه، يضاف إلى ذلك أن القاضي الإداري يستند غالبا إلى نية الأطراف المتعاقدة وذلك لتحديد الإلتزامات التعاقدية، فإذا أقرت الإدارة صراحة أو ضمنا أنها لم تحرص على تنفيذ العقد في المواعيد المتفق عليها، فيعتبر ذلك بمثابة إعفاء ضمني للمتعاقد من تنفيذ الغرامة عليه، وإذا كان التأخير في التنفيذ بسبب عدم وجود إعتقاد مالي ولم تصدر أوامر شغل للشركات المتعاقدة في فترة التأخير، ومن ثم تكون النية المشتركة للطرفين أن التنفيذ يتم في ضوء توافر الاعتمادات

¹ - بن صغير مليكة أسماء، المرجع السابق، ص138، مدحت أحمد يوسف غنايم، المرجع السابق، ص ص 120-

²- André De Laubadere , Franc Moderne et Pierre Delvolve, Traite de contrats administratifs, op . cit ., p110.

المالية، الأمر الذي يعد بمثابة إعفاء ضمني للشركات المتعاقدة معها من توقيع غرامة تأخير عليها، وهكذا يتضح أن سلطة القاضي في مواجهة جزاء غرامة التأخير واسعة فهو يستطيع أن يحكم بعدم أحقية الإدارة لهذه الغرامة ويردها للمتعاقد¹.

2- مبدأ الإعذار السابق: أعتبر مجلس الدولة الفرنسي الإعذار السابق بمثابة مبدأ عام ينطبق خارج النصوص العقدية، وذلك دون تمييز بين الجزاءات العقدية، إلا ما استثنى بنص في العقد².

وإذا كان المبدأ المعمول به في فرنسا هو أن الإدارة ملزمة بإعذار المتعاقد معها المقصر قبل توقيع الغرامة عليه على عكس التشريع الجزائري والمصري لم يشترط ذلك وهذا سبق تبيانه عند تطرقنا لخصائص غرامة التأخير في خاصية الغرامة التأخيرية تلقائية.

3- عدم ترادف الإعذار السابق مع أوامر المرفق أو الملاحظات الشفوية: لا يتحقق في قضاء مجلس الدولة الفرنسي إجراء الإعذار السابق مع التدابير التي تتدخل عادة بمناسبة تنفيذ العقد، وذلك كأوامر المرفق أو التعليمات الشفوية للجهة المتعاقدة، وهذا الإجراء لا يمكن تصوره في التشريع الجزائري والمصري مادام أنهما لم يشترطا الإعذار المسبق قبل توقيع غرامة التأخير حسنا ما فعلا لأن إعدار المتعامل المتعاقد يمنحه فرصة أخرى للتماطل في تنفيذ التزاماته .

4- ضرورة إعلان قرار الإدارة بالإعذار السابق: لقد تطلب مجلس الدولة الفرنسي ضرورة إعلان الإعذار السابق وذلك حتى يمكن الاحتجاج به في مواجهة صاحب الشأن، وأن يكون الإعذار صريحا بشأن الالتزامات التي تقصد الإدارة المتعاقدة تطبيق الجزاء لمخالفتها، بحيث لا يمكن أن يرد الجزاء إلا على الالتزامات التي أشار إليها الإعدار صراحة³.

5- ضرورة تمتع المتعاقد مع الإدارة على أثر الإعلان بمدة للوفاء بالتزاماته: إن مجلس الدولة الفرنسي لم يفرض مدة معينة على أثر إعلان الإعدار للمتعاقد لكي يفى

¹ - محمد باهي أبو يونس، الرقابة القضائية على شرعية الجزاءات الإدارية العامة-الغرامة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2000، ص ص 90-92.

² - مدحت أحمد محمد غنايم، المرجع السابق، ص 124.

³ - مدحت أحمد محمد غنايم، المرجع نفسه، ص 125.

بالتزاماته موضع الإعذار، وإنما تتحدد هذه المدة على أثر بنود العقد أو دفاتر الشروط، كذلك على ضوء الإستعجال أو الظروف الإستثنائية، ولكن تحديد مدة قصيرة أو توقيع جزاء قبل انقضائها، يصيب الجزاء بعيب عدم المشروعية، كذلك إذا تفاوضت الجهة المتعاقدة على مواصلة تنفيذ العقد على أسس جديدة، فإن الإعذار السابق يكون باطلا، حيث ينبغي تجديده على أثر هذا التفاوض الجديد، وفي المقابل طول المدة التي تتركها الجهة المتعاقدة بعد الإعذار دون توقيع الجزاء أو اتخاذ موقف إيجابي آخر لا يعد بالضرورة تنازلا ضمنيا عن تطبيق الجزاء، وبالتالي لا تلتزم بإجراء إعذار جديد¹.

6- مبدأ احترام حقوق الدفاع: يعتد مجلس الدولة الفرنسي بمبدأ احترام حقوق الدفاع في مجال الجزاءات العقدية وذلك إذا كانت بنود دفاتر الشروط تعفي السلطة من الالتزام بالإعذار السابق، حيث يمكن أن يحل مبدأ احترام حقوق الدفاع عند الضرورة الإلتزام بالإعذار السابق.

7- عدم تطلب الشكلية في الوفاء بمبدأ الإعذار السابق: إن قضاء مجلس الدولة الفرنسي لا يفرض عند غياب نص تعاقدي إتباع شكليات معينة لإثبات إخلال المتعاقد مع الإدارة بالتزاماته، فالحلول التي وضعها القانون المدني والتي تتطلب تنبيه رسمي أو ما يشابهه، لا يفرض على الإدارة المتعاقدة بالنسبة للإعذار السابق.

ثانيا: أوجه عدم المشروعية الداخلية

إن أوجه عدم المشروعية الداخلية التي يمكن أن تصيب قرار المصلحة المتعاقدة بتوقيع غرامة التأخير تتمحور حول عدم صحة أو كفاية السبب وعدم مشروعية مضمون الجزاء.

أ- عدم صحة أو كفاية السبب الواقع في توقيع غرامة التأخير: أي عدم وجود الواقعة المنسوبة للمتعاقد مع الإدارة، الأمر الذي يستبعد عدم ارتكابه لخطأ في تنفيذ العقد، أما عدم كفاية السبب فإنه يستفاد من التكييف الخاطيء لمسلك المتعاقد، بحيث يوجد عملا الفعل المنسوب للمتعاقد مع الإدارة، ولكن هذا الفعل لا يشكل خطأ من جانبه، ويعتد القضاء أيضا بصحة سبب القانون الذي يبرر توقيع الجزاء العقدي.

¹- André De Laubadere , Franc Moderne et Pierre Delvolve, Traite de contrats administratifs, op . cit ., p118-119

ب- عدم مشروعية مضمون الجزاء: بمعنى ضرورة تناسب الجزاء مع جسامه الخطأ المنسوب للمتعاقد المتعاقد، فأى جزاء مبالغ فيه يمكن أن يكون غير مشروع، فعدم تناسب الخطأ مع الجزاء يشكل في حد ذاته خطأ، كما أنه عندما ينص العقد على غرامة التأخير، فإن هذا الجزاء المالي بالنظر إلى طابعه الجزائي لا يمكن استبداله على نحو ما تقدم بتعويض أكثر ارتفاعاً في قيمة غرامة التأخير¹.

الفرع الثالث: آثار عدم مشروعية قرار توقيع غرامة التأخير

يترتب على عدم مشروعية الجزاء العقدي، أو التعسف في توقيعه دائماً الحكم على الجهة الإدارية المتعاقدة بتعويض المتعاقد معها، لكون لا يمكن إلغائه من جانب قاضي العقد كما أن المتعاقد مع الإدارة لا يتمتع أمام امتيازات السلطة العامة إلا بإثبات عدم الخطأ من جانبه أو عدم مشروعية الإجراء، حيث لا يمكن له إزاء الطابع الجزائي لغرامة التأخير أن يتمسك بغياب إثبات الضرر، لكي يصل إلى عدم استحقاق الغرامة، يضاف إلى ذلك أن القاضي لا يقبل الدفع بعدم تنفيذ الالتزامات العقدية من جانب المتعاقد، إلا في ظل ظروف استثنائية، ينقلب معها وضع المتعاقد أو تسبب أضراراً لحسين تنفيذ، وذلك كما في حالة عدم كفاية المشروع الذي تعده الإدارة في مجال الأشغال العامة.

تطبق هذه القواعد العامة على عموم العقود الإدارية وذلك باستثناء بعض العقود، عقود الالتزام المرافق العامة وعقود التزام الأشغال العامة وعقود مقاوله الأشغال العامة حيث تخضع هذه العقود لقواعد خاصة بالنظر إلى أهمية رأس مال بصددها أو الوضع الشخصي للمتعاقد، مما يبرر ضمانات لصالحه، تقف من ناحية على أن الجزاء العقدي الأكثر جسامه جزاء الفسخ لا توقعه الإدارة وإنما يؤول إلى قاضي العقد، ومن ناحية أخرى سلطة قاضي العقد في الحكم ببطولان الجزاء غير المشروع أو الذي يتسم بالتعسف².

الفرع الرابع: التحكيم ومنازعات غرامة التأخير

الواقع أن دراسة التحكيم في منازعات العقود الإدارية الخاصة بتطبيق جزاء غرامة التأخير ومنها عقد الأشغال العامة يقتضي منا تحديد سلطة القاضي في مواجهة جزاء غرامة

¹ - محمد باهي أبو يونس، المرجع السابق، ص ص 45-46.

² - مدحت أحمد محمد غنايم، المرجع السابق، ص ص 131-132.

التأخير ثم سلطة المحكم في مواجهة هذا الجزاء، وعليه سنتناول أولاً المنازعة القضائية في مجال توقيع غرامة التأخير وثانياً التحكيم في منازعات غرامة التأخير.

أولاً: المنازعة القضائية في مجال توقيع غرامة التأخير

إن للمتعاقد مع الإدارة أن يلجأ دائماً إلى قاضي العقد في مخاصمة قرار توقيع غرامة التأخير وإن الصفة المميزة لهذه الدعوى أنها تتضمن من حيث المبدأ بالنسبة للقاضي الإداري سلطة الحكم على الجهة المتعاقدة بتعويض مالي وذلك عندما تتخذ في مواجهة المتعاقد معها إجراء غير مشروع وليس إلغائه، وعلى غرار ما ذهب إليه الفقيه لافريير أن هذه المنازعة العقدية تشمل دعويين دعوى مشروعية ودعوى مسؤولية وأنه ليس للقاضي أن يقيدتها فهو يستطيع أن يقدر مشروعية الجزاء وفي ذات الوقت ملائمة ما تتخذه الإدارة من قرارات، أي أن يفصل في كافة النتائج المالية دون أن يلغي الجزاء محل الطعن¹، غير أن هذا المبدأ ترد عليه حدود إمكانية إثبات بطلان بعض التدابير، تقرير بطلان العقد وبعض القرارات التالية على البطلان، كذلك قبول اللجوء إلى قاضي الأمور المستعجلة وذلك على النحو التالي:

أ- سلطة إثبات بطلان بعض القرارات العقدية:

في هذا الخصوص نجد أن دعوى القضاء الكامل تجيز في العقود الإدارية للقاضي إمكانية أن يحكم على الجهة المتعاقدة عندما يفقد قرار توقيع غرامة التأخير إلى أساس، بأن ترد للمتعاقد المبالغ التي حصلت عليها دون وجه حق بل والحكم له بالتعويض، وفي المقابل إذا كان سبب عدم المشروعية يرجع إلى عدم المشروعية الخارجية لقرار توقيع الجزاء العقدي، فإن المتعاقد لا يستحق تعويضاً².

كما يستطيع القاضي أن يحكم على الإدارة بالتعويض المناسب، وهذا هو المسلك الأصيل للقضاء الإداري في هذا المجال ويقدر هذا التعويض عادة على الأسس المدنية لأنها تمثل القواعد العامة في هذا الصدد فيقدر التعويض وفقاً لدرجة الضرر لا الخطأ، ومع مراعاة دور كل من الطرفين في ارتكاب الخطأ، ومن أمثلة أخطاء الإدارة التي عرقلت تنفيذ المتعاقد لالتزاماته العقدية، وقد نتج عنها تأخير المتعاقد لتنفيذ العقد في المواعيد المحددة:

¹ - بن صغير مليكة أسماء، المرجع السابق، ص 145.

² - E. Laferriere, Traite de la jurisdiction adm. 2^e, 1896, T. P. 131.

- عدم قيام الإدارة بتنفيذ الأشغال التي التزمت بموجب العقد بتنفيذها بنفسها.
- تلف المواد المملوكة للمتعاقد بفعل من جانب الإدارة.
- عدم تسليم المتعاقد الموقع والخرائط والخطوط وغير ها الخاصة بالعملية في الوقت المنصوص عليه في العقد¹.

كما تجدر الإشارة إلى إمكانية استعارة أسلوب إحلال السبب في مجال دعوى الإلغاء، وتطبيقه في مجال المنازعة العقدية، وذلك في مجال عدم المشروعية الموضوعية لقرار توقيع غرامة التأخير، حيث يمكن أن يحل سبب ذات طبيعة تبرر توقيع الجزاء، محل السبب المعيب لقرار توقيع غرامة التأخير².

كما ينبغي الإشارة إلى أنه إذا كان ليس لقاضي العقد سلطة إلغاء التدابير التعاقدية غير المشروعة، فإنه يمكن إثبات بطلان بعض هذه التدابير، ذلك أن الطعون القضائية يمكن أن ترد على العقد ذاته أو على قرار يتعلق بتنفيذ أو بإنهاء العقد، الأمر الذي يحتاج إلى بعض التوضيحات على النحو التالي:

1- أن دعوى البطلان لا تعتبر مماثلة تماما لدعوى الإلغاء، ذلك أن دعوى البطلان تؤدي إلى إثبات قاضي العقد لعدم مشروعية القرار محل المنازعة، وأن يترتب على عدم هذه المشروعية آثار القرار الباطل استنادا لعدم مشروعية القرار على منح تعويض للمتعاقد المتضرر، ويجد هذا الإختلاف تفسيره في سلطات قاضي العقد، ذلك أن إلغاء القرار يعني إختفائه في حد ذاته منذ اتخاذه في حين أن إثبات البطلان يتجه بصفة أصلية إلى اختفاء الآثار التي تترتب على القرار محل المنازعة، وهكذا يوجد في الواقع تناسق يصعب غالبا إدراكه.

2- إن دعوى البطلان لا تكون إلا بالنسبة للعقود والقرارات التي لا تنفصل عن العقد، أما دعوى الإلغاء تكون في مواجهة القرارات المنفصلة عن العقد فسلطة قاضي العقد في إثبات البطلان تعد سلطة عامة فيما يتعلق بالعقد ذاته ولكنها مقيدة بالنسبة للقرارات التي تصدر في إطار العقد، ومنه يوجد تقارب بين دعوى البطلان التي تؤدي إلى محو آثار

¹ - نصر الدين بشير، غرامة التأخير في العقد الإداري وأثرها في تسيير المرفق العام، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2007، ص ص 221-222.

² - مدحت أحمد يوسف غنايم، المرجع السابق، ص 135.

القرار محل المنازعة ودعوى الإلغاء التي تؤدي إلى إلغاء القرار ذاته، وهذا الفارق الأساسي بينهما حيث تتعلق دعوى البطلان بالقضاء الكامل ويمكن أن تفسر عن تعويض، بينما دعوى إلغاء تقتصر على إلغاء القرار المطعون فيه إذا تحقق عدم مشروعيته¹.

ب- تقرير بطلان العقد وبعض التدابير التالية على البطلان: يجوز لقاضي العقد أن يحكم من تلقاء نفسه ببطلان العقد سواء في مجموعه أو في بعض بنوده، فعدم المشروعية المستمدة من قرار تحضيري يمكن التمسك بها في كل وقت، في إطار دعوى البطلان، ودون الحكم بعدم القبول بسبب عدم رفع دعوى الإلغاء في خلال الميعاد.

وينجم عن بطلان العقد بطلان آثاره القانونية، مع إمكانية إقرار حق التعويض للمتعاقد على أساس المسؤولية شبه التقصيرية أو شبه العقدية للإدارة ويعتبر إبطال آثار العقد الباطل عن تطبيق المبدأ العام الذي بمقتضاه أن التصرف القانوني الباطل يفترض عدم وجوده أصلاً، أي أن هذا العقد لا يولد أي التزام على الأطراف المتعاقدة، فإذا لم ينفذ أحد الأطراف التزاماته، فإن لا يتعرض للحكم عليه بالتعويض وكذلك يفسر بطلان العقد عن تطبيق قاعدة بمعنى الرد المتبادل لما أداه طرفي العقد بموجب العقد، وذلك كغرامة التأخير التي ينبغي ردها على أثر بطلان العقد².

ج- جوازية اللجوء إلى قاضي الأمور المستعجلة: إن اللجوء إلى قاضي الأمور المستعجلة يجيز لرئيس المحكمة الإدارية أو للقاضي الذي يفوضه اتخاذ كافة التدابير التحفظية الضرورية للحفاظ على المصالح التي تكفلها الإدارة، دون تلك المتعلقة بجبر المتعاقد على تنفيذ التزاماته فقاضي الأمور المستعجلة يمارس سلطته في حالة الإستعجال دون الإضرار بأصل النزاع بمعنى ضرورة صدور هذه التدابير بصفة مؤقتة إذ لا يمكن له أن يأمر بوقف تنفيذ القرارات العقدية والتي لا يمكن له إلغاؤها³.

¹ - محمد باهي أبو يونس، المرجع السابق، ص 49-50.

² - مدحت أحمد يوسف غنايم، المرجع نفسه، ص 136.

³ - بن صغير مليكة أسماء، المرجع السابق، ص 148.

غير أنه يمكن للمحكمة الإدارية أن تأمر المتسبب في الإخلال بالإمتثال للالتزاماته، وتحدد الأجل الذي يجب أن يمتثل فيه، ويمكن لها أيضا الحكم بغرامة تهديدية تسري من تاريخ انقضاء الأجل المحدد وهذا ما نصت عليه المادة 946 من ق إ م إ¹.

فالقضاء الإداري يفصل في الأمور المستعجلة إلا على اعتبار أنها من طلبات وقف التنفيذ المتفرعة من طلبات الإلغاء، وكذا من الطلبات الفرعية المستعجلة التي تعرض على قاضي العقد لاتخاذ إجراءات وقتية أو تحفظية لا تحتمل التأخير وتستدعي إليها الضرورة لدفع خطر أو نتائج يتعذر تداركها وحماية للحق إلى أن يفصل في موضوعه².

وإن القرارات التي تصدرها الإدارة بتوقيع غرامة التأخير يجوز دائما الطعن فيها طالما لم يسقط أصل الحق بمضي المدة³، ومن ثم فإنه يجوز للمصلحة المتعاقدة سحب أو تعديل ما تصدره من قرارات بتوقيع غرامة التأخير أو الإعفاء منها.

ثانيا: التحكيم في منازعات غرامة التأخير

يعتبر التحكيم من الطرق البديلة لحل المنازعات الإدارية وله أهميته وذاتيته الخاصة التي تميزه عن باقي الطرق المقررة لتسوية منازعات العقود الإدارية، ويستند التحكيم بتميزه من نظام التحكيم نفسه، وخصوصيته المنازعة الإدارية ذات الطبيعة التعاقدية، فالمشرع الجزائري في قانون الإجراءات المدنية الملغى في نص المادة 442 ف 1 منه نصت على منع التحكيم بالنسبة للدولة والجماعات المحلية والمؤسسات والدواوين العامة، غير أن بصور قانون الإجراءات المدنية والإدارية رقم : 08-09 فقد تراجع عن هذا المنع والحظر وخول بموجب المادة 975 منه⁴، للأشخاص القانون العام الواردة في المادة 800 من نفس القانون وهي الدولة والولاية والبلدية والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري جوازية اللجوء إلى التحكيم في حالتين وهما الواردة في الإتفاقيات الدولية التي صادقت عليها الجزائر وفي مادة الصفقات العمومية وهذه الجوازية أكدتها المادة 1006 من ق إ م إ⁵.

1 - المادة 946 من القانون رقم: 08-09، المتضمنق إ م إ.

2 - بن صغير مليكة أسماء، المرجع السابق، ص 148-149.

3 - المادة 947 من القانون رقم: 08-09، المتضمنق إ م إ.

4 - المادة 975 من القانون 08-09، المتضمنق إ م إ .

5 - المادة 1006 من القانون 08-09، المتضمنق إ م إ .

باعتبار أن غرامة التأخير هي من إحدى الجزاءات المالية في العقود الإدارية، لذلك فإن منازعات غرامة التأخير تخضع لما تخضع له منازعات العقود الإدارية من حيث جواز التحكيم فيها من عدمه.

يقصد بالتحكيم فض النزاع من طرف خواص يعينهم الأطراف أي المحكمين ليسوا قضاة بالمعنى الصحيح فالأصل أن الجهات القضائية هي صاحبة الولاية الكاملة في فض النزاعات، إلا أن المشرع أجاز للمتقاضين فض نزاعاتهم بواسطة محكمين يتم تعيينهم لهذا الغرض

للتحكيم أهمية بالنسبة للمتعاقد فهو يعتبر بمثابة ضمان له في مواجهة جزاء غرامة التأخير ذلك أن إدراج شرط التحكيم في العقد المبرم بين الدولة وأي طرف آخر يعتبر بمثابة نزول ضمني مقدما عن تمسك الدولة بسيادتها أو حصانتها أمام هيئة التحكيم، والدولة إذ تفعل ذلك فإنها تضع نفسها على قدم المساواة مع الطرف الآخر و لا يجوز لها من بعد الدفع بالحصانة أو السيادة أمام هيئة التحكيم¹.

المبحث الثاني: مصادرة التأمين والتعويض

سبق القول بأن الجزاءات المالية في العقد الإداري ومنها عقد الأشغال العامة تعد من المواضيع الجوهرية والأساسية في استعمال الإدارة لسلطتها وامتيازها في التنفيذ المباشر بما يكفل لها الحق في اللجوء إلى القرار الإداري دون الحاجة إلى اللجوء إلى القاضي.

وصور الجزاءات المالية التي تستطيع المصلحة المتعاقدة فرضها على المتعامل المتعاقد تتنوع وتدرج حسب خطاه ومدى إخلاله بالتزاماته التعاقدية، وتتعدد بين غرامة التأخير سبق توضيحها في المبحث الأول من الفصل الأول من الباب الثاني، وكذا جزاء مصادرة التأمين والتعويض، وهذا النوع الأخير بعض يرى بأنه لا يعد من قبيل الجزاءات المالية على أساس عدم خروجها عن كونها تطبيقا لأحكام القواعد العامة في القانون الخاص².

¹ - بن صغير مليكة أسماء، المرجع السابق، ص ص 150-151.

² - محمد حسن مرعى الجبوري، المرجع السابق، ص 115.

والمشرع الجزائري كغيره من التشريعات المقارنة نص على جزاء التعويض ومصادرة التأمين من خلال نص المواد 125-130-133-152 من المرسوم الرئاسي 15-247¹ و35 ف 7 من دفتر الشروط الادارية العامة²، والمادة 119 ف3 من المرسوم التنفيذي رقم: 21-219³.

وتأسيسا على ما تقدم سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين المطلب الأول نخصه مصادرة التأمين والمطلب الثاني جزاء التعويض.

المطلب الأول: مصادرة التأمين

يخضع عقد الأشغال العامة باعتباره عقدا اداريا في ابرامه لقاعدة مفادها لا عطاء بغير تأمين، بمعنى أنه لا يمكن قبول عطاء الراغبين في التعاقد مع المصلحة المتعاقدة دون إيداع مبلغ من المال يمثل نسبة من قيمة العطاء، وهو ما يسمى بمصادرة التأمين، ويعد كمقدمة أساسية لإبرام العقد عند رسو العطاء عليه، وهو إذن بمثابة ضمان مالي يؤمن الإدارة في مواجهة المتعاقد من أمرين، استيفاء المستحق لها قبله في حالة عدم قيامه بالتزاماته التعاقدية، وإصلاح العيوب التي يرتكبها المتعامل المتعاقد في تنفيذ الأعمال المتعاقد عليها.

والمشرع كغيره من التشريعات المقارنة نص على مصادرة التأمين من خلال نص المواد 125-130-133 من المرسوم الرئاسي 15-247، وعلى هذا الأساس سنقسم هذا المطلب إلى الفروع التالية:

الفرع الأول: مفهوم مصادرة التأمين

تعتبر مصادرة التأمين من أهم الجزاءات المالية التي تصدرها المصلحة المتعاقدة في حق المتعامل المتعاقد المخل بالتزاماته التعاقدية، وهذا النوع من الجزاء لا يقتصر على نوع

¹ - المواد 125، 130، 133 و152 من المرسوم الرئاسي 15-247، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتقويضات المرفق العام.

² - المادة 35 ف 7 من دفتر الشروط الادارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال الخاصة بوزارة تجديد البناء والأشغال العمومية والنقل .

³ - المادة 119 الفقرة 3 من المرسوم التنفيذي رقم 21-219، المتضمن الموافقة على دفتر البنود الإدارية المطبقة على الصفقات العمومية للأشغال.

معين من التأمين بل له أنواع، كما أن له جملة من الخصائص يتميز بها، والفقهاء الإداري اختلف حول تحديد الطبيعة القانونية لمصادرة التأمينات.

وعلى ضوء ما سبق ذكره سنتطرق في هذا الفرع إلى ثلاث نقاط على النحو التالي:

أولاً: تعريف مصادرة التأمين

لم يتطرق المشرع الجزائري على غرار التشريعات المقارنة في النصوص القانونية المنظمة للصفقات العمومية إلى تعريف مصادرة التأمين رغم أنه نص عليها كجزء مالي تاركا ذلك للفقهاء، غير أنه بالرجوع إلى المادة 619 من القانون المدني الجزائري نجد فيها أن المشرع حاول إعطاء تعريف للتأمين وفي هذا الصدد نصت ذات المادة على " التأمين عقد يلتزم بمقتضاه المؤمن أن يؤدي إلى المؤمن له أو إلى المستفيد الذي اشترط التأمين لصالحه مبلغا من المال أو إيراد مرتب أو عوض مالي آخر في حالة وقوع الحادث أو تحقق الخطر المبين في العقد، وذلك مقابل قسط أو أي دفعة مالية أخرى يؤديها المؤمن له للمؤمن".

ويبدو أن هذا التعريف قد جاء شاملا لجميع العناصر القانونية للتأمين رغم أن بعض الفقهاء يأخذون على هذا التعريف بأنه أهمل الجانب الفني، وفي هذا الصدد يعقب الأستاذ ابراهيم أبو النجا بقوله بأن هذا التعريف وإن كان يمتاز كما يرى البعض بأنه أبرز أشخاص التأمين وهم المؤمن والمؤمن له والمستفيد، وأبرز كذلك عناصر التأمين وهي الخطر والقسط والتأمين، كما أنه يمتاز بأنه يتجنب الإشارة إلى الصفة التعويضية لعقد التأمين مما يجعل هذا التعريف شاملا لكل أنواع التأمين، إذ ينطبق على تأمين الأضرار كما أنه ينطبق كذلك على تأمين الأشخاص¹.

ونرى وإن كان هذا التعريف الخاص بالتأمين على الأشخاص والأضرار في القانون الخاص ولا يتعلق بالعقود الإدارية ومنها عقد الأشغال عامة إلا أنه على العموم فهو تعريف ينطبق على مصطلح التأمين الوارد في قانون الصفقات وتفويضات المرفق العام وإن لم يتطرق لتعريف مصطلح مصادرة.

¹ - جديدي معراج، مدخل لدراسة قانون التأمين الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2000، ص 12.

وعليه بالرجوع إلى الفقه الإداري بخصوص تعريف مصادرة التأمين نجد هناك من عرفها على أنها هي استيلاء الإدارة على مبلغ التأمين الذي يودعه المتعاقد لمصلحة الإدارة عند إبرام العقد معها ليضمن لها ملائته لمواجهة مسؤوليته في حالة إخلاله بشروط العقد¹. وعرفها البعض على أنها هي مبلغ من المال يودع لدى الجهة الإدارية لتتقي بها آثار الأخطاء التي يرتكبها المتعاقد أثناء تنفيذ العقد ويضمن لها قدرته على مواجهة المسؤوليات الناتجة عن تقصيره².

وبالتالي فإن مصادرة التأمين هو جزء مالي يتمثل في حجز واستحواذ المصلحة المتعاقدة على هذه التأمينات التي يقدمها المتعاقد معها جراء إخلاله بالتزاماته التعاقدية، وتملك الإدارة توقيعه بإرادتها المنفردة دون الحاجة إلى صدور حكم قضائي ودون اشتراط تحقق خطر ما³.

ثانياً: أنواع مصادرة التأمين

يتنوع التأمين، وفق ما إذا كان قدم قبل رسو العطاء في مرحلة قبل إبرام العقد، أو قدم بعده إلى نوعين تأمين مؤقت أو ابتدائي وتأمين نهائي.

أ-التأمين المؤقت(الابتدائي): المشرع الجزائري في النصوص القانونية المنظمة للصفقات العمومية لم يتطرق إلى تعريف هذا النوع من التأمين رغم نصه عليه بموجب المادة 125 ف1 من المرسوم الرئاسي 15-247 تاركا ذلك للفقه، فتم تعريفه على أنه عبارة عن مبلغ من المال يحدد بنسبة معينة من القيمة التقديرية للعقد يقدم من مقدم العطاء لإثبات جديته في التعاقد مع جهة الإدارة، ويرد إليه بدون طلب إذا لم يرس العطاء عليه، ويؤخذ منه إذا عدل عن عطائه قبل جلسة فتح الأظرفة، ويسميه البعض بالتأمين الأولي أو الكفالة الأولية⁴.

1 - نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص213.

2 - البنان، حسن محمد علي حسن، المرجع السابق، ص414، رشا محمد جعفر الهاشمي، المرجع السابق، ص63،

محمود خلف الجبوري، العقود الإدارية، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2010، ص 137.

3 - سبكي ربيعة، سلطات المصلحة المتعاقدة اتجاه المتعامل المتعاقد معها في مجال الصفقات العمومية، مذكرة ماجيستر في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2013، ص 107.

4 - خليل صالح السامرائي، المرجع السابق، ص 191.

كما عرف على أنه هو التأمين الذي يدفع عند التقدم بالعطاء إلى العقد لضمان جدية المتقدم بالعطاء¹.

وعرف كذلك على أنه عبارة عن مبلغ من المال يدفعه المتعاقد لجهة الإدارة قبل أن يرسى عليه العطاء، والغرض منه تأكيد جدية المتعاقد في الدخول بالعطاء، وأن نيته انصرفت إلى تنفيذ بنود العقد إذا رسي عليه العطاء، وليكون المدفوع بمثابة جزء من التأمين النهائي، أما إذا لم يرسو العطاء على المتعاقد فيعاد إليه مبلغ التأمين².

فالتأمين المؤقت أو كما سماه المشرع الجزائري كفالة التعهد يجد أساسه القانوني في ذات المادة المبينة أعلاه والتي نصت على " يجب على المتعهدين فيما يخص الصفقات العمومية للأشغال واللوازم التي تتجاوز مبالغها الحدود المنصوص عليها في المظتين الأولى والثانية على التوالي من المادة 184 من نفس المرسوم، تقديم كفالة تعهد تفوق 01% من مبلغ العرض، ويجب النص على هذا الطلب في دفتر الشروط للدعوة للمنافسة وتعد كفالة بالرجوع لمبلغ العرض.

تصدر كفالة تعهد المؤسسات الخاضعة للقانون الجزائري من طرف بنك خاضع للقانون الجزائري أو صندوق ضمان الصفقات العمومية، وتصدر كفالة تعهد المتعهدين الأجانب من طرف بنك خاضع للقانون الجزائري يشملها ضمان مقابل صادر عن بنك أجنبي من الدرجة الأولى ... وترد كفالة المتعهد الذي لم يقبل، والذي لم يقدم طعنا، بعد يوم واحد من تاريخ انقضاء أجل الطعن كما هو محدد في المادة 82 من المرسوم الرئاسي 15-247، وترد كفالة المتعهد الذي لم يقبل، والذي قدم طعنا، عند تبليغ قرار رفض الطعن من طرف لجنة الصفقات المختصة" فالهدف من هذا الشرط هو قبول العرض و ضمان جدية صاحبه، ويصادر التأمين المؤقت إذا سحب مقدم العرض عرضه قبل انتهاء فترة سريان العروض أو إذا تخلف عن إيداع التأمين النهائي.

ويجد هذا النوع من التأمين كذلك أساسه في التشريع المصري من خلال نص المادة 17 من القانون رقم 89 لسنة 1998 والتي نصت على " أن يؤدي مع كل عطاء تأمين

¹ -مازن ليلو راضي، القانون الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2005، ص503، أحمد محمد نوميدي، التنظيم القانوني للجزاءات المالية في العقود الادارية(دراسة مقارنة)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2017، ص 80.

² - وليد سعود فارس، العبادي محمد وليد حامد، المرجع السابق، ص 53.

مؤقت، تحدد الجهة الإدارية مبلغه ضمن شروط الإعلان بما لا يجاوز 02% من القيمة التقديرية".

وقد حددت ذات المادة جزاء على عدم ايداع هذا التأمين يتمثل في استبعاد العطاء غير المصحوب بإيداع مبلغ التأمين كاملاً¹.

ب- التأمين النهائي: لم يتطرق المشرع الجزائري في النصوص القانونية المنظمة للصفقات العمومية إلى تعريف هذا النوع من التأمين رغم نصه عليه بموجب المادة 130 من المرسوم الرئاسي 15-247 تاركا ذلك للفقهاء، فتم تعريفه على أنه عبارة عن مبلغ نقدي يدفعه المتعاقد الذي رسي عليه العطاء ، ويتم إيداعه لدى جهة الإدارة والغرض منه طمأنة الإدارة بأن المتعاقد قد وضع لديها مبلغا من المال تستطيع مصادرتة إذا ما قصر في تنفيذ بنود العقد وإيداع هذا المبلغ يكون المتعاقد قد احتاط لأخطائه وقدم ضمانا لقيامه بواجباته على الوجه الأكمل².

وعرف كذلك على أنه المبلغ الذي يقدمه من رسا عليه العطاء بإيداعه بعد إخطاره بقبول عطائه تحقيقا للأغراض السابقة أي ضمان تحصيل ما قد يستحق للإدارة ضده من غرامات أو تعويضات³.

كما عرف أنه مبلغ من المال يودعه المتعاقد لدى جهة الإدارة ليضمن لها ملائته المالية، عند إخلاله في تنفيذ التزاماته المنصوص عليها في العقد ويسميه البعض بتأمين الأداء⁴.

فالتأمين النهائي أو كما سماه المشرع الجزائري كفالة حسن التنفيذ⁵ يجد أساسه القانوني في المادة 130 ف 1 من المرسوم الرئاسي 15-247 والتي نصت على " زيادة على كفالة رد التسبيقات المنصوص عليها في المادة 110 ، يتعين على المتعامل المتعاقد أن يقدم حسب الشروط كفالة حسن تنفيذ الصفقة.."، وأما عن مبالغها فقد حددتها المادة 133 من ذات المرسوم بنسب تتراوح بين (05%) و(10%) من مبلغ الصفقة وذلك حسب

1 - عبد الله نواف العنزي، المرجع السابق، ص104.

2 - وليد سعود فارس، العبادي محمد وليد حامد، المرجع السابق، ص 53.

3 - عبد الله نواف العنزي، المرجع نفسه، ص104.

4 - خليل صالح السامرائي، المرجع السابق، ص190.

5 - ينظر في ذلك الملحق رقم:05.

طبيعة وأهمية الخدمات الواجب تنفيذها، هذا ويلزم المتعامل المتعاقد إضافة لذلك بتقديم كفالة رد التسبيقات وهي كلها مبالغ مالية يلزم بوضعها تحت تصرف المصلحة المتعاقدة بواسطة بنك لتمارس عن طريقها الجزاء المالي في إطار ما حدده القانون¹.

وحتى تتمكن المصلحة المتعاقدة من ممارسة سلطة مصادرة مبلغ ما يتعين أولاً وجوده بين يديها أو تحت إمرتها في شكل مبلغ ضمان يسمى بضمان كفالة حسن التنفيذ، وتتم مصادرة التأمين بقرار صريح من السلطة المختصة تفصح فيه عن نيتها لترتيب هذا الأثر في حق المتعاقد معها دون الحاجة إلى اللجوء إلى القضاء، حيث يعد ذلك بمثابة إستعمالها لامتيان التنفيذ المباشر².

ويجد هذا النوع من التأمين كذلك أساسه في التشريع المصري من خلال نص المادة 18 من القانون رقم 89 لسنة 1998 والتي نصت على "على صاحب العطاء المقبول أن يؤدي خلال عشرة أيام تبدأ من اليوم التالي لإخطاره بكتاب موصى عليه بعلم الوصول بقبول عطائه، التأمين النهائي الذي يكمل التأمين المؤقت إلى ما يساوي (05%) من قيمة العقد وبالنسبة للعقود التي تبرم مع متعاقد في الخارج يكون الأداء خلال عشرين يوماً، ويجوز بموافقة السلطة المختصة مد المهلة المحددة للإدارة في الحالتين بما لا يجاوز عشرة أيام، وإذا جاوز التأمين المؤقت التأمين النهائي وجب رد الزيادة فوراً بغير طلب ويكون التأمين النهائي ضماناً لتنفيذ العقد، ويجب رده فور إتمام التنفيذ بغير طلب"³

وفي 2-4-2009 صدر قانون رقم:14 لسنة 2009 في تعديل بعض أحكام قانون المناقصات والمزايدات الصادر بقانون رقم:89 لسنة 1998 وذلك بإضافة مادة جديدة رقم 18 مكرر والتي نصت على "يجوز أن يكون التأمين النهائي للمشروعات التي يتم عليها بالشراكة بين الجهات التي تسري عليها أحكام هذا القانون وبين القطاع الخاص أو قطاع الأعمال العام في مجال البنية الأساسية، بما لا يقل عن (02%) و لا يجاوز (05%)

¹ - مروان دهمه، المرجع السابق، ص 364.

² - عبد العزيز عبد المنعم خليفة، تنفيذ العقد الإداري وتسوية منازعاته قضاءً وحكماً، المرجع السابق، ص 102.

³ - عبد الله نواف العنزي، المرجع السابق، ص 104-105.

من قيمة الأعمال المتفق على تنفيذها سنويا، طبقا للبرنامج الزمني للتنفيذ، ويتم تحديد نسبة التأمين النهائي بالإتفاق بين السلطة المختصة ووزارة المالية قبل طرح المشروع¹.

ثالثا: خصائص مصادرة التأمين

يتميز جزاء مصادرة التأمين بجملة من الخصائص نعرضها على النحو التالي:

أ- **جزاء مصادرة التأمين مصدره نص المشرع:** معنى أن الإدارة تستطيع فرض هذا الجزاء بحق المتعاقد المقصر في تنفيذ التزاماته التعاقدية حتى ولو لم ينص العقد على هذا الجزاء على أساس أن هذا الحق موجود بدليل أن الإدارة تشترط على المتعاقد أن يودع مبلغ التأمين قبل دخوله بالعطاء.

ب- **جزاء مصادرة التأمين يفرض بموجب قرار إداري:** حيث تستطيع الإدارة فرض جزاء مصادرة التأمين بإرادتها المنفردة بمقتضى مالها من سلطة التنفيذ المباشر وبدون حاجتها إلى استصدار حكم من القضاء، وللإدارة ممارسة هذا الحق سواء نص عليه في العقد أولم ينص، وسلطة الإدارة في هذا الصدد سلطة تقديرية لا تخضع للرقابة القضائية إلا في حالة الانحراف في استعمال السلطة.

ج- **جزاء مصادرة التأمين يفرض بدون إنذار أو تنبيه:** إذا كانت القاعدة العامة أنه لا يجوز للإدارة فرض أي جزاء على المتعاقد قبل تنبيهه إلى أخطائه لكون إنذار المتعاقد يعد ضمانا أساسية من الضمانات التي يتمتع بها².

وفي مدى جوازية إنذار المتعامل المتعاقد المقصر بالتزاماته التعاقدية قبل توقيع عليه هذا الجزاء نجد تباين بشأنها بين الفقه والتشريع وسنبينها في كل من الجزائر وفرنسا ومصر على النحو التالي:

1- الجزائر: بالرجوع إلى المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام نجده لم يشترط على المصلحة المتعاقدة قبل توقيع جزاء مصادرة التأمين على المتعامل المتعاقد إعداره واكتفى بهذا الشرط في توقيع جزاء الفسخ وهو ما

¹ - طارق محمد عبد الرحمن سلطان، المرجع السابق، ص 175-176.

² - وليد سعود فارس، العبادي محمد وليد حامد، المرجع السابق، ص 56.

يتجلى من خلال نص المادة 149 من المرسوم المبين أعلاه¹، وبالتالي للمصلحة المتعاقدة حق توقيع هذا الجزاء على المتعامل المتعاقد في حالة تقصيره في تنفيذ التزاماته دون حاجة إلى إعداره، كما أن المادة 36 من دفتر الشروط الإدارية العامة² هي الأخرى خولت المصلحة المتعاقدة إذا ورد في عقد الصفقة نصوص تتضمن عقوبات على التأخير حق توقيعها دون إنذار سابق وحسنا ما فعل لأن هذه المبالغ الذي أودعها المتعامل المتعاقد لدى المصلحة المتعاقدة بمثابة تأمين للأخطاء التي قد يرتكبها أثناء تنفيذ الصفقة إذا ما الفائدة من إعداره وهو عالم بذلك.

2- في فرنسا: اتفق الفقهاء على ضرورة قيام الإدارة بإصدار المتعاقد معها المقصر في تنفيذ التزاماته بالجزاء الذي سوف يفرضه عليه ، ويأخذ مجلس الدولة الفرنسي بهذا الرأي أيضا وعلى ذلك فإن الإدارة ملزمة بإصدار المتعاقد معها بجزاء مصادرة التأمين.

3- مصر: من خلال استقراء قانون المناقصات والمزايدات المصري رقم 89 لسنة 1998 نجد أن المادة 126 من هذا القانون قد أجازت للإدارة مصادرة التأمين النهائي دون الحاجة إلى إصدار المتعاقد معها المخل بالتزاماته التعاقدية بمصادرة التأمين، أما بالنسبة للائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات رقم 89 لسنة 1998 فقد أجازت المادة 84 للإدارة بمصادرة التأمين النهائي بعد فسخ العقد أو التنفيذ على حساب المقاول المخل دون حاجة إلى إصدار هذا المقاول المخل بالتزاماته التعاقدية بمصادرة التأمين.

كما أن هناك رأي في الفقه يرى أن جزاء مصادرة التأمين يمكن فرضه دون إنذار وذلك بسبب أن جزاء مصادرة التأمين وضع أصلا لضمان تنفيذ بنود العقد على الوجه الأكمل ومن أجل تحصيل الغرامات والتعويضات وغيرها من المبالغ التي تستحق على المتعاقد، كما أنه لا يجوز فرض جزاء مصادرة التأمين لمجرد تأخر المتعاقد في تنفيذ التزاماته العقدية فمن باب أولى ينبغي ألا يتم إنذار المتعاقد قبل توقيع جزاء المصادرة عليه و بما أن مبلغ التأمين موجود لدى جهة الإدارة فإنها تستطيع مصادره في أي وقت ترى فيه

¹ - المادة 149 من المرسوم الرئاسي 15-247، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتقويضات المرفق العام.

² - المادة 36 من القرار المؤرخ في 21-11-1964، المتضمن المصادقة على دفتر البنود الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال.

أن المتعاقد قد أخل بشروط العقد دون إنذاره لعلمه بأن الإدارة ستصادر المبلغ الذي أودعه لديها متى أخل بتنفيذ التزاماته¹.

د- للإدارة فرض جزاء مصادرة التأمين حتى ولو لم يلحقها ضرر فعلي: من المسلم به أن إخلال المتعاقد أو تقصيره في تنفيذ التزاماته يعد قرينة مفترضة على وجود ضرر ما قد أصاب الإدارة وعليه يحق للإدارة فرض هذا الجزاء بمجرد حدوث الإخلال أو التقصير من جانب المتعاقد دون أن تتحمل عبء إثبات وقوع الضرر².

هـ- جزاء مصادرة التأمين يمثل الحد الأدنى للتعويض الذي يمكن للإدارة الحصول عليه: ويترتب على ذلك عدة نتائج لعل من أبرزها:

1- لا يجوز للمتعاقد المخل بالتزاماته أن يدعي أن مبلغ التأمين الذي صادرته الإدارة أكثر من الضرر الذي لحقها³.

2- جزاء مصادرة التأمين لا يمثل الحد الأعلى للتعويض ومن ثم يحق للإدارة المطالبة بالتعويض عن الأضرار الحقيقية التي لحقت بها.

3- لا يجوز للإدارة المطالبة بتعويض آخر إذا جبر مبلغ التأمين الضرر الواقع فعلا باستثناء حالة ما إذا نص العقد على خلاف ذلك⁴.

و- للإدارة أن تعفي المتعاقد من مصادرة التأمين كما لها أن تخفض من قيمته: القاعدة العامة لا يجوز للإدارة التنازل عن سلطتها في تطبيق الجزاءات الإدارية ويستثنى من هذه القاعدة جزاء مصادرة التأمين إذ يجوز للإدارة بما لها من سلطة تقديرية أن تعفي المتعاقد من التأمين أو تخفضه في حالات معينة.

ففي مصر تستطيع الإدارة إعفاء الهيئات والمؤسسات العامة وشركات القطاع العام ودوائر الدولة بشكل عام من مبلغ التأمينات، ويجوز لها أن تخفض قيمته إلى 50 % كحد أقصى، على أن تأخذ باعتبارها أن المصلحة العامة لن تتضرر من هذا التخفيض وأن

1 - نصر الدين محمد بشير، المرجع السابق، ص 313.

2 - عبد المجيد فياض، العقد الإداري، المرجع السابق ص 197.

3 - أحمد عياد، مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1973، ص 345.

4 - محمد عبد الباسط، أعمال السلطة الإدارية، القرار الإداري، العقد الإداري، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 1989،

ص 519.

المتعاقد لديه القدرة على تنفيذ التزاماته مع مراعاتها لأهمية العقد المبرم¹، أما عن موقف المشرع الجزائري سنحدده عند تناولنا لنقطة إعفاء المتعامل المتعاقد من توقيع مصادرة التأمين عليه.

الفرع الثاني: الطبيعة القانونية لجزاء مصادرة التأمين وجواز الجمع بينه وبين الجزاءات المالية الأخرى

في هذا الفرع سنتناول أولاً الطبيعة القانونية لجزاء مصادرة التأمين وثانياً جواز الجمع بين جزاء مصادرة التأمين والجزاءات المالية الأخرى.

أولاً: الطبيعة القانونية لمصادرة التأمين

اختلف الفقه الإداري والقضاء الإداري حول الطبيعة القانونية لمصادرة التأمين من حيث اعتباره تعويضاً إتفاقياً (شرطاً جزائياً) أو جزاء يرجع إما إلى النصوص القانونية واجبة التطبيق أو إلى الشروط التعاقدية الخاصة بالموضوع والتي تسمو على نصوص القانون، وفيما لا مخالفة فيه للنظام العام إعمالاً للقاعدة التي تقضي بأن الخاص يقيد العام². إن الطبيعة القانونية لمصادرة التأمين لا تخرج عن كونها شرطاً جزائياً تقضي بتوقيع جزاء مالي على المتعاقد المقصر في حال إلغاء العقد بسبب تقصيره، وهذا الجزاء في حقيقته تعويض إتفاقي قدر في العقد بقيمة التأمين المقدم من المتعاقد المقصر كحد أدنى للضرر المتوقع حدوثه إذا ما أخل المتعاقد بما التزم به في العقد الإداري وقد ارتضى هذا الجزاء حين تعاقدته، وهذا ما أكدته المحكمة الإدارية العليا في حكمها الصادر بتاريخ 25-02-1961 رقم الطعن 1156. بقولها "إن مصادرة التأمين عبارة عن جزاء يحمل في طبيعته إتفاقاً على التعويض"³، وهذا الموقف كذلك أكدته في حكم آخر صادر عنها بتاريخ 22-04-1961 بقولها "إن التكييف القانوني للتأمين .. هو شرط جزائي يحدد مقدماً باتفاق الطرفين على قيمة التعويض عند الإخلال بشروط التعاقد..."⁴.

1 - وليد سعود فارس، العبادي محمد وليد حامد، المرجع السابق، ص ص 57-58.

2 - طارق محمد عبد الرحمن سلطان، المرجع السابق، ص 190.

3 - طارق محمد عبد الرحمن سلطان، المرجع السابق، ص 190.

4 - محمد حسن مرعي الجبوري، المرجع السابق، 140.

ومصادرة التأمين كجزاء تملكه الإدارة ليس معناه حرمانها من الحقوق التي تقرها القواعد القانونية العامة في القانون الخاص لكل متعاقد ومنها حق الإدارة كطرف متعاقد وليس كسلطة عامة في الرجوع على المتعاقد معها بالتعويضات عن الأضرار التي لحقت بها من جراء إخلاله بالتزاماته التعاقدية.

ويختلف جزاء مصادرة التأمين عن الشرط الجزائي في عقود القانون الخاص حيث تملك الإدارة فرضه بإرادتها المنفردة دون حاجة إلى اللجوء للقضاء حتى تتلاءم مع السرعة والمرونة التي يقتضيها حسن سير المرافق العامة ، وترجع هذه السلطة إلى حقها في التنفيذ المباشر كما تملك توقيعه حتى ولو لم يلحقها ضرر من هذا الإخلال ولا تكون الإدارة ملزمة بالإثبات بأن ضررا قد لحقها من الإخلال بشروط العقد ذلك لأن الإدارة لا تلتزم بإثبات ركن الضرر لأن الضرر يعتبر ركنا مفترضا في العقد الإداري وأن الإدارة لا تملك التنازل عن هذا الإمتياز في دائرة الجزاءات في العقود الإدارية كما أن الإدارة لا تستطيع التجاوز عنه. كما اعتبر الفقه والقضاء الفرنسي أن شرط مصادرة التأمين لصالح الإدارة المقرر في العقد بمثابة تقدير جزافي للتعويض عن عدم التنفيذ ، وبذلك لا تكون الإدارة على حق في طلب أية تعويضات أخرى متميزة عن التأمين الذي أصبح من حقها كما أن هذا الجزاء إنفاقي.

وقد ذهب جانب من الفقه الفرنسي إلى القول بأن جزاء مصادرة التأمين إنفاقي، وهذا ما قضى به مجلس الدولة الفرنسي بالقول « إذا اتفقت الإدارة والمتعاقد على تضمين العقد الإداري أو قوائم الشروط بندا يقضي بمصادرة التأمين لصالح الإدارة جراء الإخلال بالتزامات المتعاقد فإن هذا الشرط يعتبر جزائيا متفقا عليه عن عدم التنفيذ ،على هذا الأساس لا يحق للإدارة طلب أي تعويضات أخرى إلا أنه يجب إعدار المتعاقد عند توقيع جزاء مصادرة التأمين »

كما أن هذا الجزاء حق للإدارة تملكه دون حاجة إلى اللجوء للقضاء وأن الإدارة لا تملك التنازل عن هذا الإمتياز في دائرة جزاءات العقد الإداري¹.

ونحن نؤيد الاتجاه الذي يجعل من مصادرة التأمين كجزاء ذو طبيعة إنفاقية ونرى أن مصادرة التأمين هي عبارة عن شرط جزائي يتم الإتفاق عليه بين المصلحة المتعاقدة

¹ - طارق محمد عبد الرحمن سلطان، المرجع السابق، ص 195-196.

والمتعاقد في العقد المبرم بينهما ويتم تطبيقه على المتعامل المتعاقد من الجهة الإدارية في حال تقصيره بالتزاماته التعاقدية، ذلك أن للاتفاقية أثر واضحاً بالنسبة لسلطة الإدارة يمنحها حق مصادرة التأمين مباشرة بنفسها دون استصدار حكم قضائي بشأن ذلك، وفي حالة عدم النص على هذا الجزاء مسبقاً في العقد على المصلحة المتعاقدة اتخاذ إجراءاتها بإيقاع جزاء التعويض على المتعاقد ولا يكون ذلك إلا بتوفر شروطه وهي الخطأ والضرر والعلاقة السببية بينهما ووجوب اللجوء إلى القضاء للحصول عليه.

ثانياً: جواز الجمع بين جزاء مصادرة التأمين والجزاءات المالية الأخرى

تستطيع المصلحة المتعاقدة جمع جزاء مصادرة التأمين مع الجزاءات الإدارية الأخرى، فلها أن تجمع بينه وبين غرامة التأخير، وكذلك بينه وبين سحب العمل من المقاول في عقد الأشغال العامة وبينه وبين جزاء الفسخ والتعويض وهذا ما سنوضحه على النحو التالي:

أ- **الجمع بين مصادرة التأمين وغرامة التأخير:** ذهب رأي في الفقه إلى القول أن "من بين الغرامات المالية التي ينص عليها العقد الإداري حق الإدارة في مصادرة التأمين المدفوع من المتعاقد".

ولكن هذا الاتجاه يفتقر إلى الأسس القانونية لكون جزاء مصادرة التأمين مستقل بشكل كامل عن جزاء غرامات التأخير ويؤكد ذلك أنهما يتشابهان ويختلفان في عدة أمور، أما عن أوجه التشابه فيتم فرضهما بموجب قرار إداري صادر من الإدارة بإرادتها المنفردة وأن كلاهما يعبر عن مبلغ من النقود، كما أن للإدارة إعفاء المتعاقد معها من الغرامة وكذلك من التأمين في أحوال معينة وأنهما تستحقان حتى ولو لم يلحق بالإدارة ضرر فعلي ويتم فرضهما بدون إنذار أو تنبيه وأيضا يمكن الجمع بينهما وبين الجزاءات الإدارية الأخرى¹.

أما عن أوجه الاختلاف فتتمثل في أن غرامة التأخير مصدرها العقد بمعنى أنه لا يجوز فرضها إذ لم ينص العقد عليها بيد أن مصادرة التأمين يمكن للإدارة فرضها حتى ولو لم ينص عليها العقد، كذلك غرامة التأخير لا يمكن تخفيض قيمتها بينما التأمين النهائي يمكن تخفيض قيمته من قبل الإدارة و لا يجوز للإدارة أو حتى للمتعاقد المساس بمبلغ غرامة التأخير زيادة أو نقصان كون الغرامة محددة تحديداً نهائياً في العقد المبرم، بينما

¹ - وليد سعود فارس، العبادي محمد وليد حامد، المرجع السابق، ص 59.

يجوز للإدارة أن تحصل على تعويض يفوق مبلغ التأمين إذا أثبتت أن الضرر الذي لحقها يتجاوز قيمة التأمين الذي دفعه المتعاقد وأن غرامة التأخير تفرض على المتعاقد الذي يتأخر في تنفيذ التزاماته التعاقدية أما مصادرة التأمين فلا يحق للإدارة فرضه لمجرد تأخر المتعاقد في تنفيذ التزاماته¹.

ب - الجمع بين مصادرة التأمين والتعويض:

اختلف الفقه الإداري والقضاء الإداري حول ما إذا كان يجوز للإدارة فرض جزاء مصادرة التأمين والتعويض بحق المتعاقد المقصر في تنفيذ التزاماته وانقسموا في ذلك إلى ثلاث اتجاهات نعرضها على النحو التالي:

1- الإتجاه الأول: يرى الفقه في كل فرنسا ومصر أنه إذا نص العقد على مصادرة التأمين كجزاء في حالة إخلال المتعاقد بالتزاماته، فإنه لا يجوز لجهة الإدارة مطالبة المتعاقد بالتعويض عما لحقها من أضرار نتيجة لإخلاله بالتزاماته التعاقدية ولو كانت تلك الأضرار تفوق قيمة التعويض.

وهو الإتجاه الذي كانت تأخذ به المحكمة الإدارية العليا في مصر فقد جرى قضاؤها على عدم جواز الجمع بين مصادرة التأمين والمطالبة بالتعويض، تأسيساً على أن مصادرة التأمين المنصوص عليه في العقد هو في حقيقته تعويض إتفاقي أو شرط جزائي، ومن ثم يجب قصر التعويض عليه².

ولقد وجهت لهذا الإتجاه انتقادات شديدة تتمثل في أن عدم إعطاء الإدارة حق المطالبة بالتعويض عما يلحقها من أضرار في حالة عدم كفاية التأمين المودع يضع قيوداً على حق الإدارة في فرض الجزاءات الإدارية، كما أن الجزاء وضع من أجل تنفيذ العقد الإداري على الوجه الأكمل للمحافظة على حسن سير المرافق العامة، وينبغي على الإدارة تطبيقه إذا ما قصر المتعاقد في تنفيذ التزاماته حتى ولم يلحق بها أي ضرر حقيقي، وكذلك فإن الإدارة تستطيع تطبيقه حتى ولم ينص عليه العقد، كما أن جزاء مصادرة التأمين لا يمنع استحقاق التعويض وفقاً للقواعد العامة.

¹ - وليد سعود فارس، العبادي محمد وليد حامد، المرجع السابق، ص 59.

² - هيثم حليم غازي، المرجع السابق، ص 128.

الملاحظ أن هذا الاتجاه الذي لا يجيز الجمع بين التعويض ومصادرة التأمين قاصر وغير منطقي ولا يمكن مسابته لأنه يقيد المصلحة المتعاقدة من توقيع جزاء التعويض على المتعامل المتعاقد المخل بالتزاماته التعاقدية الذي يعد كإحدى الجزاءات المالية المستقلة عن جزاء مصادرة التأمين وبالتالي يعطي فرصة للمتعامل المتعاقد من الإفلات من مسؤوليته خاصة إذا كان مبلغ التأمين لا يغطي الضرر الذي لحق بالإدارة ونرى أنه لا مانع من الجمع بينهما مادام أن جزاء التأمين يشكل الحد الأدنى للتعويض.

2-الاتجاه الثاني: يذهب إلى أن مصادرة التأمين هي بمثابة شرط جزائي أتفق على تحديد قيمته في العقد المبرم بين الإدارة والمتعاقد معها لكنه يختلف عن التعويض الإتاقي المعروف في نطاق القانون المدني من حيث أن الإدارة تستطيع فرضه من تلقاء نفسها ولو لم يلحقها أي ضرر وعليه فإن المصادرة تمثل الحد الأدنى للتعويض ومن ثم يجوز للإدارة الجمع بينه وبين التعويض إذا كانت الأضرار التي لحقت بها من جراء تقصير المتعاقد أكبر من قيمة التأمين بحيث يتم جبر تلك الأضرار ويشترط في هذا الصدد مراعاة خصم قيمة التأمين عند حساب التعويض¹.

وهذا الاتجاه أكدته المحكمة الإدارية العليا المصرية في حكمها الصادر بتاريخ 10-12-1966 بقولها "أن فسخ العقد أيا كان هذا العقد يخضع لقاعدة قانونية عامة مؤداها أن للدائن في حالة فسخ العقد أن يرجع بالتعويض عما أصابه من ضرر على المدين، إذا كان عدم قيام هذا المدين بتنفيذ التزاماته راجعا إلى خطئه وترتب على هذا الخطأ ضرر للدائن وهذه القاعدة بحكم عموميتها تطبق في حالة فسخ العقد المدني والإداري على حد سواء ولكن بشرط أن لا ينص العقد على عدم جواز الجمع بينهما.."².

والاتجاه الحديث لمسلك القضاء الإداري، قد أصبح يعترف للإدارة بجواز الجمع بين جزاء مصادرة التأمينات وجزاء التعويض في حالة إخلال المتعامل المتعاقد بتنفيذ التزاماته التعاقدية، إلا أن جواز الجمع بينهما متوقف على شرطين أولهما أن يكون الضرر الذي لحق الإدارة من جراء إخلال المتعاقد معها في التنفيذ لا يزال موجودا بعد مصادرتها للتأمينات، لأنه إذا كانت مصادرة التأمينات قد أجبرت الضرر كله، فإنه لا مجال لإقتضاء الإدارة

¹ - وليد سعود فارس، العبادي محمد وليد حامد، المرجع السابق، ص 61-62.

² - هيثم حليم غازي، المرجع السابق، ص 129-131.

التعويض، ما لم يوجد إتفاق بغير ذلك وثانيهما أن يتضمن العقد الإداري أو دفتر الشروط الملحق به، ما يمنع الجمع بين جزاء مصادرة التأمين وجزاء التعويض¹.

وقد أتجه المشرع المصري إلى إقرار هذا الإتجاه بجواز الجمع بين مصادرة التأمين والتعويض من خلال نص المادة 26 من القانون رقم 89 لسنة 1998 التي قررت أحقية الإدارة في مصادرة التأمين النهائي في جميع حالات فسخ العقد، وأيضا في حالة تنفيذ على حساب المتعاقد، بالإضافة إلى أنه يكون للإدارة الحق في أن تخصم ما تستحقه من غرامات وقيمة كل خسارة تلحق بها من أية مبالغ مستحقة أو تستحق للمتعاقد لديها، وفي حالة عدم كفايتها تلجأ إلى خصمها من مستحقاته لدى أي جهة إدارية أخرى أيا كان سبب الاستحقاق دون حاجة إلى اتخاذ أي إجراءات قضائية وذلك كله مع عدم الإخلال بحقها في الرجوع عليه بما لم تتمكن من استيفائه من حقوق بالطريق الإداري.

موقف المشرع المصري المبين أعلاه سايره المشرع الجزائري وهو ما يتضح من خلال المرسوم الرئاسي 15-247 في مادته 112 التي تنص " لا يمكن الاعتراض على قرار المصلحة المتعاقدة بفسخ الصفقة عند تطبيقها البنود التعاقدية في الضمان والمتابعات الرامية إلى إصلاح الضرر الذي لحقها بسبب خطأ المتعاقد معها"².

وعليه طبقا لنص هذه المادة فإن المشرع الجزائري يمنع المتعامل المتعاقد من الاعتراض على قرار المصلحة المتعاقدة عند تطبيقها جزاء الفسخ، على تطبيق الجزاءات الأخرى من مصادرة التأمين والتعويض الفعلي الذي لم يغطيه مبلغ الضمان.

غير أن هذه المادة وإن أعطت المصلحة المتعاقدة حق اقتضاء التأمين والفسخ بإرادتها المنفردة دون اللجوء إلى القضاء غير أن اقتضاء التعويض يكون باللجوء إلى القضاء لتحصيله لأن نص المادة جاء فيها عبارة المتابعات الرامية إلى إصلاح الضرر ومصطلح المتابعات يكون أمام الجهات القضائية، غير أن هذا الغموض تداركه بموجب المرسوم التنفيذي رقم 21-219 المتضمن الموافقة على دفتر البنود الإدارية المطبقة على الصفقات العمومية للأشغال من خلال مادته 119 ف 3 منه بقولها " تقتطع من المبالغ

¹ - عبد الحميد الشوربي، العقود الإدارية في ضوء الفقه ، القضاء والتشريع، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2003، ص 41.

² - المادة 112 من المرسوم الرئاسي 247/15، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتقويضات المرفق العام.

المستحقة للمقاول المتقاعس مبلغا لإصلاح الضرر الذي ألحق بالمصلحة المتعاقدة بسبب خطأ المقاول والأعباء الإضافية المترتبة عن الصفقة أو الصفقات الجديدة، أو في حالة عدم وجودها، استخدام كفالة حسن التنفيذ، عند الاقتضاء، دون الإخلال بالحقوق التي يمكن ممارستها ضده في حالة وجود قصور"¹.

من خلال إستقراء نص هذه المادة نجد أن المشرع الجزائري خول المصلحة المتعاقدة صراحة حق الجمع بين التعويض ومصادرة التأمين وكذا اقتضاء التعويض من المبالغ المستحقة للمقاول المتقاعس لإصلاح الضرر الذي أصاب المصلحة المتعاقدة دون اللجوء إلى القضاء وجواز الجمع بينه وبين مصادرة التأمين وحسنا ما فعل المشرع الجزائري لأن منح المصلحة المتعاقدة حق اقتضاء تعويض بإرادتها المنفردة دون اللجوء إلى القضاء يضمن سير تأمين المرفق العام بانتظام وإطراد ويخفف الأعباء المالية عليها في حالة رفع دعوى ويجنبها من طول مدة تحصيل التعويض الذي عادة ما يستغرق مدة للفصل فيه من المحكمة الإدارية ويكون الحكم الصادر بشأنه قابل للإستئناف أمام مجلس الدولة، وأن جواز الجمع بين التعويض ومصادرة التأمين منطقي مادام أن مصادرة التأمين تشكل الحد الأدنى للتعويض.

3-الاتجاه الثالث: يرى بأن مصادرة التأمين هو أحد الجزاءات الإدارية التي يحق للإدارة فرضها على المتعاقد المقصر في تنفيذ التزاماته حتى ولو لم يلحقها أي ضرر فعلي، وبالتالي لا يوجد ما يسوغ منع الإدارة من المطالبة بالتعويضات عن الأضرار الفعلية التي تلحق بها عند مصادرتها للتأمين ، إذ لا يعتبر الجمع بينهما جمعا لتعويضين لأن الأساس القانوني لحق الإدارة في كل من مصادرة التأمين من جهة والتعويض من جهة أخرى مستقلا عن الآخر، ويشترط ألا يتم خصم قيمة مبلغ التأمين من التعويض المستحق للإدارة. وأنتقد هذا الاتجاه على أساس أنه لا يستند إلى أسس قانونية أو أحكام قضائية، وأن تكييف مصادرة التأمين حسب الأحكام القضائية يفيد بأنه شرط جزائي، وهذا الشرط يختلف عن التعويض الإتفاقي المعمول به في نطاق القانون المدني، وإن القول بأن الشرط الجزائي إلزام تابع لإلتزام أصلي قول صائب في نطاق القوانين الخاصة ولكن في مجال العقود

¹ - المادة 119 ف3 من المرسوم التنفيذي رقم 21-219، المتضمن الموافقة على دفتر البنود الإدارية المطبقة على الصفقات العمومية للأشغال.

الإدارية تستطيع الإدارة فسخ العقد ومصادرة التأمين بالإضافة إلى حقها في الحصول على التعويض المناسب مقابل ما يلحقها من أضرار وعندما تقرض الإدارة الجزاءات الإدارية فإنها لا تلتزم أحكامها بقواعد القانون الخاص وذلك للمحافظة على مبدأ سير المرافق العامة بشكل منظم ومستمر.

ويمكننا ترجيح رأي الإتجاه الثاني الذي يجيز الجمع بين التعويض ومصادرة التأمين غير أن هذا لا يمنعنا من مسايرة كذلك الإتجاه الثالث إلى ما توصل إليه باستثناء الشرط الذي يمنع الإدارة من خصم قيمة التأمين من التعويض الذي تستحقه ونرى أنه من المنطقي من حق الإدارة مطالبة المتعاقد معها بتعويضها إذا كانت الأضرار التي لحقتها جراء تقصير المتعامل المتعاقد بالتزاماته التعاقدية تفوق قيمة التأمين ولا يمكن لهذا الأخير أن يؤمن كافة الأضرار الفعلية التي لحقت بالمصلحة المتعاقدة.

ج- الجمع بين مصادرة التأمين وجزاء سحب العمل من المتعامل المتعاقد: يمكن للإدارة أن تجمع بين هذين الجزاءين في عقد الأشغال العامة وتفرضهما بحق المقاول الذي أخل بأي شرط من شروط العقد.

وينبغي الإشارة أن المصلحة المتعاقدة تستطيع مصادرة بعض أو كل مبلغ التأمين الذي يودعه المتعاقد لديها إذا قصر في تنفيذ التزاماته كجزاء لتعويضها عن الأضرار التي لحقتها بسبب سحب العمل من المقاول، كما لها الحق في مطالبتة بما تستحق من فروق أسعار التنفيذ على حسابه.

ونرى أن المشرع الجزائري وإن لم ينص على قاعدة الجمع بين جزاء مصادرة التأمين وسحب المشروع من المتعامل المتعاقد في نص المادة 112 من المرسوم الرئاسي 247/15¹ فإنه لا مانع أن تجمع المصلحة المتعاقدة بين هذين الجزائين لأن المشرع الجزائري أصلا في هذا المرسوم تغاضي الحديث عن سحب المشروع ولم يخصص له أي مادة واكتفى بما ورد في دفتر الشروط الإدارية العامة.

د- الجمع بين مصادرة التأمين وجزاء الفسخ: يجوز للإدارة أن تجمع بين جزاء مصادرة التأمين وجزاء الفسخ إذا أخل المتعاقد أكثر من مرة خلال مدة معينة بأي بند من بنود

¹ - نصت المادة 112 من المرسوم الرئاسي 247/15، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام على " يمكن أن يدفع التسيق الجزافي مرة واحدة، كما يمكن أن يدفع في عدة أقساط تنص الصفقة على تعاقبها الزمني "

العقد، أو إذا تعامل مع الإدارة بطريقة تتطوي على التلاعب أو الغش، أو إذا قدم بنفسه أو بغيره رشوة لآحد موظفي الوزارات أو الهيئات العامة أو وحدات الإدارة المحلية كما يفسخ العقد ويتم مصادرة التأمين إذا أشهر إفلاس المتعاقد أو إعساره¹.

الفرع الثالث: طريقة سداد التأمين

حدد قانون الصفقات العمومية الجزائري طريقة سداد التأمين فيما يخص الصفقات العمومية للأشغال التي تتجاوز مبالغها الحدود المنصوص عليها في الفقرة الأولى من المادة 184 من المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام وبالرجوع إلى هذه الفقرة نجدها تنص " تفصل اللجنة القطاعية للصفقات في كل مشروع منها دفتر شروط أو صفقة أشغال يفوق مبلغ التقدير الإداري للحاجات أو الصفقة مليار دينار (1000.000.000 دج)، وكذا كل مشروع ملحق بهذه الصفقة، في حدود المستوى المبين في المادة 139 من نفس المرسوم"، وفيها تكون مبلغا نقديا عن طريق تسليم المتعهد لكفالة تقدم من طرف بنك خاضع للقانون الجزائري أو صندوق ضمان الصفقات العمومية إذا كان المتعهد جزائري وإذا كان أجنبي فبنفس الطريقة ويشملها إضافة إلى ذلك ضمان مقابل من بنك أجنبي من الدرجة الأولى هذا بالنسبة للتأمين الإبتدائي أو ما يعرف بكفالة التعهد والتي يقدمها المتعهد ضمن العرض التقني كشرط واجب من بين مشتملاته والتي تكون بنسبة تفوق 1% من مبلغ العرض وهذا ما نصت عليه المادة 125 من المرسوم الرئاسي 15-247² وكانت تنص عليها كذلك المادة 51 من المرسوم الرئاسي السابق 10/236³.

أما عن كفالة حسن التنفيذ أو التأمين النهائي فهو مبلغ من النقود و حدد المشرع الجزائري نسبتها التي تتراوح ما بين خمسة بالمائة (5%) وعشرة بالمائة (10%) من مبلغ الصفقة حسب طبيعة وأهمية الخدمات الواجب تنفيذها وكما حددها بمبلغ تتراوح نسبته من واحد في المائة (1%) إلى خمسة في المائة (5%) من مبلغ الصفقة بالنسبة للصفقات التي لا تبلغ الحدود المنصوص عليها في المطات من 1 إلى 4 من المادة 184 من المرسوم

¹ - وليد سعود فارس، العبادي محمد وليد حامد، المرجع السابق، صص 60-63.

² - المادة 125 من المرسوم الرئاسي 15-247، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام .

³ - المادة 51 من المرسوم الرئاسي 10/236 ، المتضمن الصفقات العمومية.

الرئاسي 15-247¹ و ما يخص صفقة الأشغال المطة الأولى السابق تبيانها أعلاه، وكذا في حالة الصفقات العمومية للأشغال التي لا تبلغ الحد المنصوص عليه في المطة الأولى من المادة 184 من نفس المرسوم، يمكن أن تكون اقتطاعات حسن التنفيذ بنسبة خمسة في المائة (5%) من مبلغ كشف الأشغال، بديلا لكفالة حسن التنفيذ ويجب النص على هذه العملية في دفتر الشروط، ويحول الرصيد المكون من مجموع اقتطاعات حسن التنفيذ إلى اقتطاع ضمان لدى الإستلام المؤقت للصفقة وهذا ما نصت عليه المادة 133 ف 1-2-3 من المرسوم الرئاسي 15-247².

وبالنسبة للتشريع المصري فقد حدد طريقة تسديد التأمين بموجب القانون 89 لسنة 1998 في مواد 70-71 و72 منه وتكون نقدا أو عن طريق تقديم خطاب ضمان أو بشيك أو بطريقة المقاصة بين قيمة التأمين المطلوب سداؤه وبين أية مبالغ تكون مستحقة لمقدم العطاء لدى جهة الإدارة.

ويدور التساؤل حول مدى إمكانية اعتبار السندات المالية والأسهم تأمينا في حالة إيداعها في أحد البنوك لصالح الجهة الإدارية المتعاقدة .

أتفق الفقه على عدم الإعتداد بها كتأمين لمخالفتها للنظام العام لأن تكييفها من الناحية القانونية أنها عقد رهن حيازي طرفاه المدين الراهن والجهة الإدارية المتعاقدة وهي الدائن المرتهن، ويعتبر التعهد بها المشار إليه باطلا لمخالفته للنظام العام فيما يلي³:

- هذا التعهد مخالف لنص المادة 903 من القانون المدني الجزائري التي تنص على " يكون باطلا كل إتفاق يجعل للدائن الحق عند عدم إستيفاء الدين وقت حلول أجله في أن يمتلك العقار المرهون في نظير ثمن معلوم أيا كان أو في أن يبيعه دون مراعاة للإجراءات التي فرضها القانون ولو كان هذا الإتفاق قد أبرم بعد الرهن... "

- فضلا عن عدم ثبات أسعار الأسهم والسندات لتعرضها لتقلبات الأسعار في البورصة تبعا للظروف الإقتصادية مما يقلل قيمتها كضمان في حالة إنخفاض أسعارها.

¹ - المادة 184 من المرسوم الرئاسي 15-247، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

² - المادة 133 ف 1-2-3 من المرسوم الرئاسي 15-247، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

³ - طارق محمد عبد الرحمن سلطان، المرجع السابق، ص 187-189.

الفرع الرابع: سلطة الإدارة في مصادرة التأمين

أن توقيع المصلحة المتعاقدة لجزاء مصادرة التأمين على المتعامل المتعاقد معها المخل بالتزاماته التعاقدية لا يكون بصفة مطلقة وإنما وفق ضوابط معينة حددتها التشريعات يجب عليها مراعاتها قبل ممارسة هذه السلطة، غير أن للمصلحة المتعاقدة حق إعفاء المتعامل المتعاقد من توقيع عليه هذا الجزاء متى وجد نص يخولها ذلك رغم توفر ضوابط توقيع هذا الجزاء .

وعليه سنتناول في هذا الفرع أولاً ضوابط توقيع جزاء مصادرة التأمين وثانياً الإعفاء من مصادرة التأمين.

أولاً: ضوابط توقيع جزاء مصادرة التأمين

تتمثل هذه الضوابط في توفر حالات مصادرة التأمين ومدى إلزامية إغذار المتعامل المتعاقد من عدمها ووقوع ضرر فعلي .

أ- حالات مصادرة التأمين: يمكن تقسيم حالات المصادرة التأمينية، تبعاً للمراحل التي يمر بها إبرام العقد الإداري بما فيها عقد الأشغال العامة إلى نوعين حالات سابقة على إبرام العقد وحالات لاحقة على إبرام العقد.

1- الحالات السابقة على إبرام العقد: تتمثل في عدم تقدم المتعهد لتوقيع العقد بعد رسو العطاء عليه خلال المدة التي تحددها الإدارة لهذا الشأن و إذا لم يدفع الكفالة النهائية وفق الميعاد المحدد في إعلان المناقصة وإذا أعلن انسحابه من المناقصة بعد التقدم لها وإيداع التأمين الأولي¹، وهذه الحالات لم ينص عليها التشريع الجزائري المنظم للصفقات العمومية.

2- الحالات اللاحقة على إبرام العقد: وهي حالتان عدم تنفيذ المتعاقد للعقد بعد إبرامه، أو تنفيذه ولكن بشكل يخالف المتفق عليه وفي ذلك تقول إدارة الفتوى بأنه من المستقر عليه فقها وقضاء أن لجهة الإدارة في حالة إخلال المتعاقد معها بشروط العقد مصادرة التأمين والرجوع عليه بما يستحق لها من تعويضات ومصاريف²، وهاتين الحالتين لم ينص عليهما التشريع الجزائري المنظم للصفقات العمومية في مواده الخاصة بمصادرة التأمين.

¹ - عبد الله نواف العنزي، المرجع السابق، ص 107.

² - عبد الله نواف العنزي، المرجع نفسه، ص 109.

ما يمكن استنتاجه في هذا الخصوص وإن لم ينص المشرع الجزائري ضمن المواد المنظمة للصفقات العمومية على الحالات التي يجوز فيها للمصلحة المتعاقدة مصادرة التأمين هذا الأخير الذي يكون أساسا إما في شكل كفالة تعهد أو كفالة حسن التنفيذ التي سبق تبيانها سالفًا، غير أنه ومن المنطقي للمصلحة المتعاقدة أن تطبق هذا النوع من الجزاء المالي في حالة إخلال المتعامل المتعاقد بأحد التزاماته.

ب- مدى إلزامية الإعدار : لم يقيد المشرع الجزائري المصلحة المتعاقدة بإلزامية إعدار المتعامل المتعاقد قبل توقيع جزاء مصادرة التأمين وهو الاتجاه الذي تبناه المشرع المصري، عكس المشرع الفرنسي جعل إنذار المتعاقد كشرط إلزامي قبل توقيع عليه مصادرة التأمين وسبق التفصيل في هذا الخصوص أثناء تطرقنا لخصائص مصادرة التأمين¹.

ج- عدم اشتراط وقوع ضرر فعلي: مصادرة التأمين كجزاء شأنه شأن غرامة التأخير، فهو لا يحتاج إلى أن تقوم جهة الإدارة بإثبات أي ضرر أصابها من جراء إخلال المتعاقد بتنفيذ التزاماته، فالضرر هنا مفترض افتراضا لا يقبل إثبات العكس².

ثانيا: الإعفاء من مصادرة التأمين

نص المشرع الجزائري على نوعين مصادرة التأمين، وهما كفالة التعهد (التأمين الإبتدائي) وكفالة حسن التنفيذ (التأمين النهائي) غير أنه في حديثه عن إعفاء المصلحة المتعاقدة من توقيع هذا الجزاء اقتصر على كفالة حسن التنفيذ دون كفالة التعهد فبالرجوع إلى المرسوم الرئاسي 15-247 منه نجده نص على حالات معينة يتم فيها إعفاء المتعاقد من تقديم كفالة حسن التنفيذ وذلك كما جاء في نص المادة 130 ف 2-3-4 من المرسوم المبين أعلاه، فالفقرة الثانية بموجبها يعفى المتعامل المتعاقد من كفالة حسن التنفيذ ذلك في بعض صفقات الدراسات والخدمات وعليه الإعفاء خاص بهذا النوعين من الصفقات دون غيرها، كما أن صفقات الأشغال غير معنية بهذا الإعفاء.

¹ - ينظر الفرع الأول من المطلب الأول، المبحث الثاني، الفصل الأول من الباب الثاني، ص ص 262-263.

² - خليل صالح السامرائي، المرجع السابق، ص 191.

أما الفقرة الثالثة خولت إمكانية المصلحة المتعاقدة أن تعفي المتعامل معها من دفع كفالة حسن التنفيذ إذا لم يتعد أجل تنفيذ الصفقة 3 ثلاثة أشهر وهنا أعطى المشرع للمصلحة المتعاقدة السلطة التقديرية في ذلك.

أما الفقرة الرابعة فقد منحت المصلحة المتعاقدة إمكانية إعفاء المتعامل المتعاقد من تقديم كفالة حسن التنفيذ بالنسبة للصفقات المبرمة مع المتعاملين بالتراضي البسيط وبالنسبة للصفقات المبرمة مع المؤسسات العمومية وجاءت هذه الفقرة عامة نصت على الصفقات بصفة عامة دون تخصيص كما في الفقرة الثانية المبينة أعلاه وبالتالي يطبق هذا الإعفاء على صفقة الأشغال العامة.

هناك حالة يعفى فيها المتعاقد من دفع كفالة حسن التنفيذ ودون تدخل للسلطة التقديرية للإدارة في ذلك، وهو ما تم النص عليه بموجب المادة 133 ف 3 من المرسوم الرئاسي 15-247¹ إذ ورد فيها " يعفى الحرفيون الفنيون والمؤسسات المصغرة الخاضعة للقانون الجزائري من تقديم كفالة حسن تنفيذ الصفقة عندما يتدخلون في عمليات عمومية لترميم ممتلكات ثقافية" وهذه الحالة تطبق على صفقة الأشغال العمومية وخاصة وأنها نصت على فكرة الترميم وهذا يدخل ضمن مشتملات صفقة الأشغال العمومية.

وبالتالي فإن المشرع الجزائري حدد الحالات التي تستند عليها المصلحة المتعاقدة في إعفاء المتعامل المتعاقد من مصادرة التأمين النهائي دون كفالة التعهد على سبيل الحصر ولا يمكن للمصلحة المتعاقدة مخالفتها وإلا كفا أمام قرار غير مشروع يجب مفاصمته أمام القضاء الإداري.

الفرع الخامس: خضوع جزاء مصادرة التأمين لرقابة القضاء

بداية يتعين الإشارة إلى أن التأمين النهائي هو بمثابة تعويض إتفاقي ومن ثم فإنه يخضع لرقابة القضاء الذي له أن يعدل هذا التعويض²، ووفقا للتشريع الجزائري يجوز للقاضي أن ينقص من مقدار التعويض أو ألا يحكم به وهو ما نصت عليه المادة 177 من القانون المدني الجزائري بقولها " فإنه يجوز للقاضي أن ينقص مقدار التعويض أو ألا يحكم

¹ - المادة 133 ف 3 من المرسوم الرئاسي 247/15، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتوقيضات المرفق العام.

² - نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص 227.

بالتعويض، إذا كان الدائن بخطئه قد أشترك في إحداث الضرر أو زاد فيه"، وبالتالي بمفهوم المخالفة لا يجوز للقاضي أن يزيد من قيمة التعويض مادام تم الإتفاق بني الطرفين على أقصى مبلغ.

والمشرع المصري أعطى للقاضي صلاحية أن يخفض التعويض وهو ما نصت عليه المادة 234 من القانون المدني المصري بقولها "يجوز للقاضي أن يخفض هذا التعويض إذا أثبت المدين أن التقدير كان مبالغاً فيه إلى وجه كبير أو أن الإلتزام الأصلي قد نفذ جزء منه.

فالقاعدة القانونية المعمول بها في القانون الخاص تعطي للقضاء صلاحية تعديل البند الجزائي عند التنفيذ الجزئي للالتزامات التعاقدية، بحيث يكون للقضاء تخفيض البند المالي المتفق عليه تبعاً لما تم إنجازه من هذه الالتزامات.

وفي إطار القانون العام فإن ما تستحقه الإدارة من التأمين النهائي في حالة التنفيذ الجزئي يؤخذ في تقديره ما تم إنجازه من أعمال، بمعنى أن مصادرة التأمين هنا تكون كلية، ولكن جزئية بنسبة ما لم يتم تنفيذه من بنود العقد.

وإذا تم تجميد قيمة الكفالات من قبل الإدارة ولم تسلم إلى الملتزم في الوقت المحدد فإن الإدارة تلزم من قبل القضاء بدفع فوائد الكفالات.

قرار الإدارة بمصادرة الكفالة أو التأمين هو قرار غير منفصل عن العقد الإداري والطعن بهذا القرار يكون عن طريق القضاء الكامل أي قضاء التعويض ولا يمكن الطعن به عن طريق قضاء الإبطال وهو ما أكد عليه مجلس الدولة الجزائري¹.

على أنه وعلى وجه العموم يجب أن يكون استعمال الإدارة لحقها في توقيع جزاء مصادرة التأمين متوافق مع مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود الإدارية وذلك بألا يشوبه التعسف، ويراقب القضاء مشروعية وملائمة قرار الإدارة بمصادرة التأمين كأحدى الجزاءات المالية، تلك الرقابة التي يخضه لها جزاء غرامة التأخير، فالجزاءات المالية يستطيع القاضي دائماً الحكم بإعفاء المتعاقد منها متى تبين له أنها وقعت في خطأ².

¹ - قرار مجلس الدولة الصادر بتاريخ 12-01-2012 تحت رقم: 063683، السابق ذكره.

² - بن صغير مليكة أسماء، المرجع السابق، ص 169-170.

المطلب الثاني: التعويض

للمصلحة المتعاقدة الحق في أن تقتضي تعويضا عن الأضرار التي لحقت بها نتيجة تقصير أو إهمال أو عدم الوفاء من المتعامل المتعاقد بها، والتعويض وفقا للقانون المدني هو عبارة عن مبلغ من المال يحكم به على المدين في حالة عدم قيامه بتنفيذ التزاماته، وذلك لجبر الضرر الذي لحق بالطرف الأخر المتضرر وكذلك الحكم به في حالة تأخر المتعاقد في تنفيذ التزاماته، و مثل هذا الجزاء يمكن أن يطبق في نطاق العقود الإدارية ومنها عقد الأشغال العامة، غير أن الهدف منه في هذا الخصوص هو إرغام الطرف المتعاقد على تنفيذ إلتزامه أكثر من كونه تعويضا للإدارة عما لحق بها من ضرر .

والمشرع كغيره من التشريعات المقارنة نص على جزاء التعويض من خلال نص المادة 152 من المرسوم الرئاسي 15-247 والمواد 35 ف 7 من دفتر الشروط الادارية العامة و 119 ف3 من المرسوم التنفيذي رقم: 21-219.

وعلى هذا الأساس سنقسم هذا المطلب إلى ثلاث فروع، في الفرع الأول نتناول مفهوم التعويض وفي الفرع الثاني نتطرق الى أركان المسؤولية العقدية التي تستوجب التعويض، وفي الفرع الثالث تقدير التعويض وتحصيله وجواز الجمع بينه وبين الغرامة التأخيرية والفسخ.

الفرع الأول: مفهوم التعويض

لم يتطرق التشريع الجزائري ولا التشريع المقارن لتعريف التعويض تاركا ذلك للفقهاء، وهذا الأخير اختلف حول الطبيعة القانونية لجزاء التعويض في العقد الإداري ومنها عقد الأشغال العامة كإحدى صورته حول إن كان من الجزاءات المالية من عدمها، ويجد هذا النوع من الجزاء أصله في القانون الخاص ومن بعدها أنتقل إلى مجال العقود الإدارية ومجال القانون العام.

وبناء على ما سبق تبيانه سنتناول في هذا الفرع أولا تعريف التعويض وثانيا الطبيعة القانونية للتعويض وثالثا أصل التعويض.

أولا: تعريف التعويض

سنتطرق إلى تعريفه في كل من الفقه والتشريع.

أ-الفقه: تعددت تعاريف الفقهاء بشأن التعويض، فعرفه الدكتور ابراهيم محمد علي " بأنه هو المبلغ الذي يحق للإدارة أن تحصل عليه من المتعاقد في حالة إخلاله بالتزاماته التعاقدية لجبر الأضرار الناجمة عن ذلك"¹.

وعرفه الدكتور جابر جاد نصار " بأنه هو جبر لأضرار أصابت الإدارة من جراء مخالفة المتعاقد معها لإلتزاماته العقدية، وعلى ذلك فإن التعويض يكون لمواجهة أضرار لحقت بالإدارة ويقدر بقدر هذه الأضرار والناجئة بطبيعة الحال عن خطأ المتعاقد مع الإدارة"².

وعرفه الدكتور سليمان الطماوي" بأنه جزء للإخلال بالإلتزامات التعاقدية، وذلك إذا لم ينص على جزاءات مالية لمواجهة هذا الإخلال"³.

وعرفه الدكتور حسان عبد السميع هاشم" بأن التعويض من الجزاءات المالية التي تهدف إلى تغطية الضرر الذي تتعرض له الإدارة نتيجة تقصير المتعاقد وإخلاله بالتزاماته". كما تم تعريفه على أنه عبارة عن المبالغ التي يحق للإدارة أن تطالب بها المتعاقد معها إذا أخل بالتزاماته العقدية حالة سكوت العقد أو دفاقر الشروط عن النص على جزاء مالي آخر كالغرامات لمواجهة هذا الإخلال، وبذلك يتضح أن الغاية الرئيسية منه تتمثل جبر الصدع الناجم عن الضرر، الذي تسبب فيه المتعاقد"⁴.

ب- التشريع:

لم يتطرق المشرع الجزائري إلى تعريف مصطلح التعويض وأكتفى بذكر أحكامه في المواد من المادة 124 إلى المادة 187 من القانون المدني الجزائري⁵، مستمدا إياها من التقنين الفرنسي ناقلا الفكر الذي أستقر عليه هذا الأخير باعتبار أن وظيفة التعويض هو الإصلاح لا عقاب المخطئ وإن كان الأمر لا توضيح في الإصطلاح العربي المخصص لفكرة جبر الضرر وهو مصطلح التعويض باللغة الفرنسية ، والذي يترجم إلى العربية (réparation) فإن لإستعمال مصطلح (الإصلاح)، وبالرجوع إلى نص المادة 124 من

¹ - طارق محمد عبد الرحمن سلطان، المرجع السابق، 197.

² - جابر جاد نصار، المرجع السابق، ص 239.

³ - سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص 509.

⁴ - نصر الدين محمد بشير، المرجع السابق، ص 236، طارق محمد عبد الرحمن سلطان، المرجع السابق، ص 197.

⁵ - ينظر المواد 124 إلى 187 من الأمر رقم 75-58، المعدل و المتمم بالقانون رقم 07-05 المتضمن القانون المدني.

القانون المدني الجزائري فقد نصت على ما يلي " : كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه، ويسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض¹ ".
والمشرع المصري هو الآخر لم يتطرق الى تعريف التعويض واكتفى بذكر أحكامه من خلال نص المادة 170 من القانون المدني المصري بقولها " يقدر القاضي مدى التعويض عن الضرر الذي لحق المضرور طبقا لأحكام المادتين 221 و 222 مراعيًا في ذلك الظروف الملابسة فإن لم يتيسر له وقت الحكم أن يعين مدى التعويض يقينا نهائيا فله أن يحتفظ للمضرور بالحق في أن يطالب خلال مدة معينة بإعادة النظر في التقدير"².

ثانيا: الطبيعة القانونية للتعويض

لقد ثار خلاف فقهي حول طبيعة التعويض في نطاق العقود الإدارية ومنها عقد الأشغال العامة فقد أنكر البعض أن يكون التعويض من بين الجزاءات المالية و الجزاءات المالية في رأيهم هي غرامات التأخير ومصادرة التأمين فقط، أما التعويض فإنه لا يعد من الجزاءات المالية كونه يطبق في العقود الإدارية وفقا للقواعد العامة في القوانين الخاصة³، إلا أن هذا الرأي أنتقد واعتبر غير صحيح لأنه ما دامت الإدارة لديها القدرة على الحصول على التعويض بنفسها دون عرض الأمر على القضاء مقدما فإن ذلك يكفي للقول بأن سلطة الإدارة تظهر بشكل واضح وجلي وبما يكفي لإعتبار التعويض نوع من الجزاءات المالية⁴.
هذا الاتجاه غير منطقي لأن مسأيرته ستؤثر على سير المرفق العام بانتظام وإطراد خاصة وأن هذا الاتجاه لا يسمح للمصلحة المتعاقدة باقتضاء التعويض بإرادتها المنفردة بموجب قرار إداري وإنما عن طريق لجؤها إلى القضاء الإداري وهذا يستغرق وقت طويل باعتبار أن النظر في مسألة التعويض يكون على مستوى المحاكم الإدارية مهما كانت الجهة

¹ - المادة 124 من الأمر 75-58 المعدل والمتمم بالقانون رقم 07-05، المتضمن القانون المدني.

² - طارق محمد عبد الرحمن سلطان، المرجع السابق، ص 198.

³ - نواف كنعان، القانون الإداري، الطبعة الأولى، الدار العلمية الدولية، عمان، 1996، ص 303. رشا محمد جعفر الهاشمي، المرجع السابق، ص 55.

⁴ - محمد مقبل العندلي، آثار العقد الإداري، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار وائل للنشر والتوزيع، الأردن، 2015، ص

الإدارية التي أبرمت صفقة الأشغال العامة سواء مركزية كالدولة أو لامركزية كالبلدية أو الولاية ويتم استئنافها أمام مجلس الدولة¹.

بينما يؤكد أغلب الفقهاء بأن التعويض يعتبر من الجزاءات المالية ويدعمون اتجاههم بعدة أسباب تتمثل بأن الإدارة تستطيع تحديد قيمة التعويض بإرادتها المنفردة دون أن ترجع ذلك للجهة القضائية بعكس الوضع المعمول به في نطاق القوانين الخاصة إذ لا بد من الحصول على حكم من القضاء لتحديد قيمة التعويض ، وكذلك فإن إعطاء هذه السلطة للإدارة في نطاق العقود الإدارية يتفق مع حسن سير المرافق العامة فبمقتضى حق التنفيذ المباشر تستطيع الإدارة تحصيل حقوقها بشرط ألا يشوب تصرفاتها عيب إساءة استعمال السلطة ولذا ينبغي أن تقدر قيمة التعويض بموجب قواعد العدالة والإنصاف².

ونحن نرجح الرأي الأخير ونرى أن جزاء التعويض في نطاق العقود الإدارية يعد من الجزاءات المالية التي تستطيع الإدارة فرضها على المتعاقد المخل بالتزاماته العقدية دون اللجوء إلى القضاء لتمتعها بامتياز التنفيذ المباشر المخول لها قانونا عكس التعويض في القانون الخاص لا يكون إلا بموجب حكم قضائي ، بالإضافة لما يحتويه التعويض من جبر للضرر الذي يلحق بها، فإنه يعد سلاحا بيدها تستطيع استخدامه في وجه المتعاقد كلما قصر في تنفيذ التزاماته وبالتالي فإنه وسيلة تستخدمها المصلحة المتعاقدة من أجل إرغام وحمل المتعامل المتعاقد معها على تنفيذ التزامه التعاقدى من أجل المحافظة على مبدأ سير المرافق العامة بانتظام واضطراد ،وبذلك فإن التعويض يعتبر جزاء إداريا ماليا يحق للإدارة توقيعه على المتعامل المتعاقد إذا أخل في تنفيذ التزاماته التعاقدية.

وهذا الرأي الأخير وإن كان المشرع الجزائري لم يسايره صراحة في المرسوم الرئاسي رقم: 247/15 في مادته 152 منه لورود غموض في هذه المادة كونها لم توضح للمصلحة المتعاقدة في اقتضاء التعويض إن كان عن طريق قرار إداري بإرادتها المنفردة أو عن طريق اللجوء إلى القضاء، غير أننا باستقراء نص هذه المادة نجدها نصت على " لا يمكن الاعتراض على قرار المصلحة المتعاقدة بفسخ الصفقة العمومية عن تطبيقها البنود التعاقدية للضمان، والمتابعات الرامية إلى إصلاح الضرر الذي لحقها بسبب خطأ المتعاقد معها..."

¹ - المادتين 801 و902 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

² - القاضي وليد سعود فارس، المرجع السابق ، ص 51 وما بعدها.

وان ذكر المشرع مصطلح المتابعة لا يكون إلا أمام القضاء وهذا السبب الذي جعل المصلحة المتعاقدة لا تطبق هذا الجزاء عن طريق إرادتها المنفردة وإنما عن طريق اللجوء إلى القضاء وهذا ما تأكدنا منه على ضوء استفساراتنا للمصالح المتعاقدة.

غير أن القصور المبين أعلاه تداركه بموجب المرسوم التنفيذي رقم 21-219 المتضمن الموافقة على البنود الإدارية العامة المطبقة على الصفقات العمومية للأشغال من خلال نص مادته 119 ف 3 بقولها " تقطع من المبالغ المستحقة للمقاول المتعاقس مبلغا لإصلاح الضرر الذي ألحق بالمصلحة المتعاقدة بسبب خطأ المقاول والأعباء الإضافية المترتبة عن الصفقة أو الصفقات الجديدة .." وبالتالي حسنا ما فعل بمسايرته للرأي الأخير للأسباب السالفة الذكر لتبريرنا للرأي الأخير.

ثالثا: أصل التعويض

الأصل في نشأة التعويض هو القانون الخاص ، ثم أنتقل بعد ذلك إلى العقود الإدارية ومجال القانون العام، ففي القانون الإداري يضرب جزاء التعويض بجذوره في تربة العقود الإدارية ،حيث أن هناك إمتيازاً تتمتع به الإدارة في أنها تطلب مباشرة من المتعاقد معها أن يؤدي لها تعويضا عن الضرر الذي لحق بها نتيجة ما صدر عنه من تقصير وفي الوقت الذي تحدده¹.

وقد اختلف الفقهاء حول إمكانية اعتبار التعويض من الجزاءات الإدارية فذهب رأي للقول بأن التعويض لا يعتبر من الجزاءات الإدارية ، بل هو مجرد تطبيق للقواعد العامة في القانون الخاص².

ونرى من غير المعقول اعتبار هذا التعويض ليس من الجزاءات الإدارية وبإمكان المصلحة المتعاقدة تحصيل التعويض لصالحها عن الضرر الذي أصابها بفعل تقصير المتعامل المتعاقد عن طريق قرار إداري بإرادتها المنفردة دون اللجوء إلى القضاء الإداري. وذهب رأي آخر للقول بأن التعويض نوع من الجزاءات الإدارية ، وذلك لما للإدارة من مقدرة للحصول عليه بنفسها دون عرض الأمر على القضاء ،بالإضافة إلى كون العقود الإدارية تستهدف تسيير المرافق العامة ، ومن مقتضيات ذلك التسيير إعطاء الإدارة سلطة

¹ - طارق محمد عبد الرحمن سلطان، المرجع السابق، ص199.

² - البنان، حسن محمد علي حسن، المرجع السابق، ص408.

التنفيذ المباشر لاقتضاء حقوقها على ألا تتعسف في الحصول على التعويضات من المتعاقد معها وأن تقدره بإنصاف وفقا لمقدار الضرر الذي لحق بها.

وقد أيد الفقه والقضاء الفرنسي الرأي الثاني على اعتبار أن التعويض من الجزاءات الإدارية¹، مع ملاحظة أن التعويض في العقود الإدارية أقل من دوره في العقود المدنية، إذ أن أية تعويضات مهما كانت قيمتها لا تعتبر دائما عوضا عادلا عن الضرر الذي يحدث للإدارة وذلك لتعلق الفائدة من العقد الإداري بأشخاص هم ليسو من أطراف العقد بل منتفعين من خدمات المرفق الذي يتعلق به ذلك العقد ، فالأفراد هم المنتفعون من العقود الإدارية ولا يهمهم المبلغ من النقود الذي يدفعه المتعاقد المقصر، كما يهمهم أن تقوم المرافق بخدماتها وهنا يظهر دور التعويض فهو جزء مرن وسهل تطبيقه ومن السهل قياسه مع مدى خطورة الخطأ ، إذ أن خوف المتعاقد من دفع مبلغ مرتفع سوف يدفعه إلى تنفيذ التزاماته².

ويبقى اعتبار التعويض جزاء إداري هو الرأي الراجح بحجة أن تحصيل المصلحة المتعاقدة للتعويض الذي أصابها بسبب تقصير المتعامل المتعاقد بإرادتها دون التوجه إلى القضاء الإداري يضمن سير المرفق بانتظام وإطراد وحماية المال العام وكذا تجنب طول المدة التي يستغرقها القضاء الإداري للفصل في مسألة التعويض ومن عدمها.

والمشرع الجزائري من خلال قانون الصفقات العمومية نجده لم يتضمن جزاء التعويض الناجم عن تقصير المتعاقد في تنفيذ التزاماته في إطار العقود الإدارية بصورة واضحة وفي مادة مستقلة بل ذكره ضمن الفقرة الأولى للمادة 152 من المرسوم الرئاسي 247/15: وذلك تحت بند الفسخ بقولها " لا يمكن الاعتراض على قرار المصلحة المتعاقدة بفسخ الصفقة عند تطبيقها البنود التعاقدية للضمان والمتابعات الرامية إلى إصلاح الضرر الذي لحقها بسبب خطأ المتعاقد معها."

ويتضح من المادة إن المتعاقد إذا تسبب في خطأ لحق الإدارة فإن لها الحق متابعتها لإصلاح الضرر وإذا كان التعويض هو الجزاء الأصيل للإخلال بالالتزامات التعاقدية وذلك في حالة عدم نص العقد على جزاءات مالية لمواجهة الإخلال بالالتزامات فالهدف الأصيل

¹ - طارق محمد عبد الرحمن سلطان، المرجع السابق، ص 199.

² - محمد مقبل العندلي، المرجع السابق، ص 48، طارق محمد عبد الرحمن سلطان، المرجع نفسه، ص 200.

من التعويض هو مقابلة الضرر حيث أنه يعتبر الجزاء العام الذي يمكن أن يغطي جميع الجزاءات الإدارية خاصة الجزاءات المالية لجميع العقود الإدارية فالتعويض يحقق الهدف المرجو منه بالنسبة للعقد الإداري لضمان سير المرافق العامة، و تغطية الأضرار الفعلية التي لحقت بالإدارة.

الفرع الثاني: شروط التعويض

لممارسة المصلحة المتعاقدة لجزاء التعويض، لا بد من توافر شروط، وهي وإن كانت تحكمها المبادئ العامة في التعويض، إلا أنها تتميز في خصوص العقود الإدارية، بذات المميزات التي تميز هذه الأخيرة عن عقود القانون الخاص. وهذه الشروط هي الخطأ العقدي، الضرر والعلاقة السببية¹.

أولاً: الخطأ العقدي

الخطأ العقدي هو إخلال المدين بتنفيذ التزاماته التعاقدية بغض النظر عن سبب هذا الإخلال سواء كان إخلالاً ناجماً عن عمد أو إهمال والقانون المدني الجزائري يجبر المتعاقد على تنفيذ التزاماته التعاقدية والنصوص القانونية التي تفيد بهذا المعنى متعددة منها المادة 106 والمادة 107 من القانون المدني الجزائري والمادة 164 من نفس القانون². كما أن الخطأ العقدي يتمثل أيضاً في عدم تنفيذ المدين لالتزاماته سواء كان عمداً أو عن إهمال سابق كما يتمثل في عدم التنفيذ الجزئي أو التنفيذ المتأخر أو الامتناع عما يوجبه القانون أو كان بالتنفيذ غير مطابق لما تم الإتفاق عليه . ويتحقق الخطأ أيضاً إذا كان السبب في عدم التنفيذ راجع إلى غش المدين، أما إذا كان عدم التنفيذ راجع إلى أسباب خارجية لا يد للمدين فيها كالقوة القاهرة أو السبب الأجنبي فإنه لا يكون مسؤولاً وهذا حسب المادة 176 من القانون المدني الجزائري " إذا استحال على المدين أن ينفذ التزامه عينا حكم

¹ - عبد الودود يحي، الموجز في النظرية العامة للإلتزامات، القسم الأول مصادر الإلتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، 1987، ص 181.

² - إدريس فاضل ، الوجيز في النظرية العامة للإلتزام ، قصر الكتاب للنشر والتوزيع، الجزائر ، 2006، ص 144. بن صغير مليكة أسماء، المرجع السابق، ص 158-159.

عليه بتعويض الضرر الناجم عن تنفيذ التزامه ما لم يثبت أن الإستحالة التنفيذية نتجت عن سبب لا يد له فيه ويكون الحكم كذلك إذا تأخر المدين عن تنفيذ التزامه¹. وما تجدر الإشارة له بأن نص المادة 176 من القانون المدني الجزائري نصت على القاعدة العامة للعقود والتي تجعل المدين مسؤولاً بمجرد عدم الوفاء ما لم يثبت أن سببا أجنبيا هو الذي حال بينه وبين الوفاء وبالتالي فإن هذه المادة هي التي تحكم الخطأ العقدي في القانون المدني الجزائري.

ويتحقق الخطأ الذي تقوم عليه المسؤولية العقدية بتوافر ثلاثة شروط وهي أن يكون مصدر الإلتزام عقداً ، وأن يمتنع المدين عن القيام بتنفيذ التزاماته بشكل كامل أو جزئي أو عدم تنفيذه لالتزاماته في الوقت المحدد أو تنفيذه لها بشكل غير سليم².

أما في إثبات الخطأ العقدي فالدائن لا يطالب المدين بتنفيذ الإلتزام عينا ، بل يطالبه بالتعويض لعدم تنفيذ الإلتزام فالدائن هو الذي يدعي أن المدين لم ينفذ التزامه فإذا أثبت ذلك كان هذا إثباتا لخطأ العقد والإلتزام العقدي الذي يقع الإخلال به خطأ في المسؤولية العقدية إما أن يكون إلتزام بتحقيق نتيجة أو إلتزام ببذل عناية ويقع الخطأ العقدي من المدين الملتزم بتنفيذ العقد وهو المتعاقد مع الإدارة أو شخص آخر يسأل المدين عنه حينما لا يتم بذل العناية المطلوبة ونخلص من ذلك أن التعويضات لا تشكل فقط جزاء ولكن أيضا تعويض مالي عن الضرر الذي لحق بالإدارة والنتيجة عن الخطأ العقدي وهذا الجزاء قائم في كافة العقود الإدارية، وفي حالة عدم ثبوته لا تستحق الإدارة التعويض³.

ثانيا: الضرر

لا يكفي وقوع خطأ من المتعامل المتعاقد لاستحقاق التعويض، وإنما يلزم أن يكون قد رتب ضررا للإدارة، ويبدو من هذه الناحية ذاتية التعويض، كجزاء عقدي عن غيره من

¹ -العربي بلحاج ، النظرية العامة للالتزامات القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1999، ص 269.

² - القاضي وليد سعود فارس، المرجع السابق، ص 46.

³ - طارق محمد عبد الرحمن سلطان، المرجع السابق، ص 201-202.

الجزاءات التعاقدية الأخرى، لا سيما غرامة التأخير التي يمكن فرضها حتى ولو لم يقع ضرر أو الفسخ الذي لا يستلزمه¹.

ويقصد بالضرر الأذى الذي يصيب المضرور ويكون ناجما عن خطأ الغير ، والضرر ركن جوهري لقيام المسؤولية العقدية ويشترط لتعويض الطرف الآخر أن يثبت أن ضررا ما قد أصابه ، وأن هذا الضرر ناتج عن خطأ أقرته المتعاقد الآخر ، وفي حال عدم وقوع الضرر فلا مصلحة للمدعي بالتعويض ، واقتضاء الضرر يعد لازما لقيام المسؤولية العقدية

في القانون الخاص وكذلك في القانون الإداري.

وبالتالي فإن التعويضات لا يمكن فرضها إلا إذا كان عدم التنفيذ من المتعاقد قد سبب ضررا للإدارة².

وإذا كان الضرر أيضا وفي مجال العقود الإدارية يمثل مساسا بمصلحة أحد المرافق العامة، فإنه يلزم لاعتباره موجبا للتعويض توافر شروط وهي:

أ- يجب أن يكون الضرر مباشرا: ويعني به الضرر الذي يكون نتيجة طبيعية للخطأ الذي ارتكبه المتعاقد، أي يكون أثرا لعدم وفائه بالتزامه، أو التأخير في الوفاء به، وفق المجرى العادي للأمر.

ووصف الضرر بأنه مباشر لا يعني أنه يصيب حقا أو مصلحة للإدارة تلقائيا فحسب، وإنما يتبلور في إمكان تقديره مباشرة، بالخسارة التي لحقت الإدارة، والكسب الذي فاتها، وهو لا يكون كذلك إلا إذا قامت رابطة مسببة بينه وبين خطأ المتعاقد، بحيث يكون هذا الأخير هو سبب المباشر³.

كما يقصد بالضرر المباشر الذي يكون نتيجة طبيعية للخطأ الذي أحدثه، ولا يستطيع المتضرر توقعه بجهد معقول وهذا بالموازاة مع نص المادة 182 من القانون المدني الجزائري⁴.

1 - عبد الله نواف العنزي، المرجع السابق، ص 90.

2 - طارق محمد عبد الرحمن سلطان، المرجع نفسه، ص 202.

3 - عبد الله نواف العنزي، المرجع نفسه، ص 91.

4 - طارق محمد عبد الرحمن سلطان، المرجع السابق، ص 202.

وقد جرى القول أن الضرر قد يكون مباشرا إذا لم يكن في وسع الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول ومع ذلك إذا كان إخلال المدين بالتزامه يرجع إلى غشه أو خطئه الجسيم فيكون مسؤولا عن جميع الضرر المباشر المتوقع منه وغير المتوقع وهذا حسب نص 182 ف 2 من القانون المدني الجزائري¹.

ب- أن يكون الضرر حالا: بمعنى أنه تم وقوعه فعلا ، وأن يكون محقق الوقوع، أما إذا كان غير محقق الوقوع أو كان محتملا فلا تعويض عنه ، أما الضرر الذي يتحقق في المستقبل فيعوض عنه ومثاله حالة ما إذا تم إبرام عقد إنجاز أشغال متمثل في إنجاز مدرسة سيتم إنجازها في المستقبل القريب وأخل المتعامل المتعاقد أو تقاعس في إنجاز هذه الأشغال أو تأخر في إنجازها فإن الضرر لم يتحقق في تلك الفترة لكنه سيتحقق مستقبلا عندما يراد إنجاز هذه الأشغال ، وعندئذ يكون المتعاقد قد أصابه ضرر جراء تباطؤ المتعاقد الآخر في إنجاز هذه الأشغال بسبب عدم جلبه مواد البناء التي يعتمد عليها وفي هذه الحالة يكون للمصلحة المتعاقدة حق مطالبة المتعامل المتعاقد بالتعويض فورا.

ج- لا يلزم أن يكون الضرر جسيما: بمعنى أنه يكفي أن يكون على قدر ولو بسيط من الجسامة، وهذا بمعناه أنه لا يلزم أن يكون جسيما حتى يقتضي التعويض، وإنما يكفي الضرر البسيط، ويقع على الإدارة عبء إثبات ذلك، باعتبار التي تدعيه، اتباعا للأصل في إثبات بأن البيئة على من أدعى، وهذا معناه أن حدها لا يقتصر عند حد الإدعاء بما لحقها من ضرر، وإنما عليها بيان عناصر هذا الضرر، والتدليل على تداعي إصابتها به.

د- يتحقق الضرر بوقوع خطأ المتعاقد دون التحقق من نيته: بمعنى أن الضرر يتحقق سواء وقع الخطأ من المتعاقد عمدا أو عن إهمال أو قام بدون عمد أو بغير إهمال، إذ يكفي في قيام المسؤولية تحققه بذاته، بغض النظر عن الجانب أو الركن المعنوي، لأن العبرة فيما أحدثه من ضرر، و ما ترتب عليه من مساس بمصالح المرفق، لا بما إذا كان يقصده المتعاقد أم لا، ولذا قضت المحكمة الإدارية العليا في حكمها الصادر بتاريخ 19-02-2002 بقولها " بأن المستقر عليه في قضاء هذه المحكمة أن الخطأ العقدي هو عدم قيام

¹ - العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 288.

المدين بتنفيذ التزاماته الناشئة عن العقد، أي كان السبب في ذلك، يستوي في هذا أن يكون عدم التنفيذ ناشئاً عمداً أو إهمالاً، أو فعله دون عمد أو إهمال¹.

ثالثاً: العلاقة السببية بين الخطأ والضرر

لا يكفي لقيام المسؤولية العقدية أن يوجد خطأ وضرر، بل يتعين أيضاً أن يكون خطأ المتعاقد هو السبب في حدوث الضرر، وأن يكون هناك علاقة سببية ما بين الخطأ والضرر ولا يكلف الدائن بإثباتها، بل إن المدين هو الذي يكلف بنفي هذه العلاقة إذا ادعى أنها غير موجودة²، وبالتالي يقع عبء إثبات عدم وجودها أو نفيها على المدين، وتتقي العلاقة السببية بإثبات أن الضرر لم يسببه خطأ المدين وإنما يعود إلى سبب أجنبي لا يد له فيه كالقوة القاهرة أو الحادث الفجائي أو يرجع إلى فعل الغير أو خطأ المتعاقد المضرور، وسنرى بإيجاز حالات السبب الأجنبي التي يستطيع بها المتعاقد أن يدفع بها المسؤولية عنه وتؤدي إلى قطع العلاقة السببية بين الخطأ والضرر

أ- **القوة القاهرة أو الحادث الفجائي:** لا يفرق الفقهاء ولا القضاء بين القوة القاهرة والحادث الفجائي من حيث الآثار التي يترتبها كل منهما كما أن المشرع الجزائري جرى على اعتبارهما مترادفين حسب المادة 127 من القانون المدني الجزائري، ومثال القوة القاهرة أو الحادث الفجائي الحرب، الفيضانات، الزلازل (الكوارث الطبيعية) ويشترط فيها أن تكون أمراً لا يمكن توقعه، وأن تكون أمراً لا يمكن دفعه، وأن تجعل تنفيذ الإلتزام مستحيلاً، أن لا يكون ثمة خطأ من جانب المدين. وإذا كانت القوة القاهرة مانعة من تنفيذ الإلتزام بصفة نهائية فإن المدين

تبرئ ذمته من التزامه³.

ب- **فعل الدائن** إذا كان الضرر سببه فعل المضرور (الدائن)، فإن المدين تنتفي مسؤوليته وهو ما نص عليه القانون المدني الجزائري⁴.

1 - عبد الله نواف العنزي، المرجع السابق، ص 91-92.

2 - طارق محمد عبد الرحمن سلطان، المرجع السابق، ص 203.

3 - ادريس فاضلي، المرجع السابق، ص 146.

4 - نصت المادة 177 من القانون المدني بقولها "يجوز للقاضي أن ينقص من مقدار التعويض أو لا يحكم بالتعويض، إذا كان الدائن بخطئه قد أشترك في إحداث الضرر أو زاد فيه".

ج- **فعل الغير**: المراد بالغير الشخص الأجنبي عن العقد الذي لا يكون المدين مسؤولاً عنه وهو يعتبر سبباً أجنبياً ويترتب عليه نفي العلاقة السببية إذا توافرت فيه شروط القوة القاهرة، وبالتالي إنتفاء مسؤولية المدين من الإخلال بالإلتزام الذي رتبته العقد في ذمته ولا يكون للدائن أن يطالب بالتعويض¹.

ويقع على الدائن عبء إثبات العلاقة السببية بين عدم تنفيذ الإلتزام أو الخطأ العقدي والضرر الذي لحقه، أما العلاقة السببية بين عدم تنفيذ الإلتزام وسلوك المدين فهي مفترضة في نظر المشرع، وعلى المدين إذا كان يدعي عكس ذلك أن يقوم بنفي العلاقة السببية بين عدم التنفيذ و الضرر كما سبق تبيانه.

رابعا: لا تعويض إذا كان التنفيذ العيني ممكنا

من الأصول العامة للالتزامات والتي تسري على العقود الإدارية والعقود المدنية على حد سواء أنه إذا أمكن التنفيذ العيني وطلبه الدائن فإن المدين يجبر عليه، وإنه لا قيام للمسؤولية العقدية (التعويض) في حالة ما إذا كان الإلتزام بدفع مبلغ من النقود إذ يكون التنفيذ العيني ممكنا دائما فالأصل هو تنفيذ الإلتزام عينا كما هو منصوص عليه فإذا استحال ذلك صار النظر إلى التعويض²، وهو ما وضحته نص المادة 176 من القانون المدني الجزائري التي تقتصر على الحالات التي يستحيل فيها تنفيذ الإلتزام عينا وذلك لأن الإلتزام بدفع مبلغ من النقود يكون دائما ممكنا تنفيذه عينا فلا مجال فيه للمسؤولية العقدية، لأنه متى كان التنفيذ العيني ممكنا فلا مجال للتعويض عن عدم التنفيذ³.

الفرع الثالث: تقدير التعويض وتحصيله

إذا كان للمصلحة المتعاقدة حق في فرض جزاء غرامة التأخير بإرادتها المنفردة دون إنتظار حكم قضائي، ومبرر هذه السلطة هو ضمان حسن تنفيذ العقد المتصل بالمرفق العام و ضمان استمراره وانتظامه تحقيقا للصالح العام، لكن هل يجوز اعتماد هذا الإمتياز

¹ - العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 294.

² - طارق محمد عبد الرحمن سلطان، المرجع السابق، ص 204.

³ - ادريس فاضلي، المرجع السابق، ص 144.

المباشر التي تتمتع به المصلحة المتعاقدة في التعويض؟ وسنعالج هذا التساؤل من خلال التطرق إلى ذلك كل من فرنسا، مصر والجزائر.

أولاً- فرنسا:

من المسلم به في الوقت الحاضر، أن التعويض معترف به كجزاء، تملك الإدارة توقيعه على المتعاقد معها بمقتضى عقد من العقود الإدارية، ذلك أنه لم يكن معترفا للإدارة بهذا الجزاء، قبل صدور حكم دبلانك في عام 1907. وقد تأكدت سلطة جهة الإدارة في تقدير التعويض المستحق لها وإلزام المتعاقد به وتحصيله منه بإرادتها المنفردة دون اشتراط صدور حكم من القضاء بصدور حكم مجلس الدولة الفرنسي في قضية شركة ملاحه جنوب الأطلنطي. إذا ترتب على تقصير الشركة المتعاقدة ضرر للدولة يكون شأنه ثبوت الحق في التعويض، فإنه يجوز للوزير تحديد التعويض الذي تستحقه قبل المتعاقد بإرادتها المنفردة، دون حاجة إلى اللجوء إلى القضاء، لاستصدار حكم بذلك. ورغم ما سبق ذكره فإن لجهة الإدارة الحق في فرض التعويض وتحديد مقداره مقدما، فإنها تستطيع أن تعدل عن استعمال حقها في تحديد مقدار التعويض وتترك تقديره للقضاء¹. كما أن المشرع الفرنسي يسمح للإدارة في كثير من الحالات بأن تلجأ إلى تحصيل قيمة التعويضات بمقتضى أوامر بالدفع تصدرها بإرادتها المنفردة². كما أن في فرنسا هناك طريق آخر بموجبه يتم تحصيل التعويض وهو خصم التعويضات والأصل فيه أنه هذا ليس حق للإدارة، ولكن استثناء من الأصل، يسمح لجهة الإدارة بأن تقرر خصم التعويضات من التأمين المالي المقدم من المتعاقد إذا كان هناك شرط عقدي يسمح بذلك³.

¹ - نصر الدين محمد بشير، المرجع السابق، ص 282-283، هيثم حليم غازي، المرجع السابق، ص 109.

² - سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية دراسة مقارنة، ط 5، دار الفكر العربي، القاهرة، 2005، ص 510، هيثم حليم غازي، المرجع السابق، ص 110.

³ - نصر الدين محمد بشير، المرجع السابق، ص 283-284.

ويقدر التعويض بقيمة الضرر الذي تحملته الإدارة وقت وقوعه ويراعى في تقدير التعويض ما أسهمت به الإدارة من أخطاء أو أعمال أدت إلى حدوث الخطأ ووقوع الضرر أو ما سببه إخلال المتعاقد بالتزاماته¹.

ثانياً: في مصر

أقر المشرع بحق الإدارة في تحصيل التعويض عما لحقها من أضرار بدون حاجة إلى حكم من القضاء، حيث نصت المادة 26 من قانون المناقصات والمزايدات على أن " في جميع حالات فسخ العقد، وكذا في حالة تنفيذه على حساب المتعاقد، يصبح التأمين النهائي من حق الجهة الإدارية، كما يكون لها أن تخصم ما تستحقه من غرامات وقيمة كل خسارة تلحق بها من أية مبالغ مستحقة أو تستحق للمتعاقد لديها، وفي حالة عدم كفايتها تلجأ إلى خصمها من مستحقاته لدى أية جهة إدارية أخرى، أياً كان سبب الإستحقاق، دون حاجة إلى اتخاذ أي إجراءات قضائية، وذلك كله مع عدم الإخلال بحقها في الرجوع عليه بما لم تتمكن من إستيفائه من حقوق بالطريق الإداري"

ويتضح من هذه المادة أن المشرع المصري منح الإدارة سلطة تحديد التعويض بإرادتها المنفردة دون حاجة لاستصدار حكم من القضاء، فضلاً عن منحها سلطة تحصيل تلك التعويضات بأسلوب أوامر الدفع وهو ما يخالف تماماً قواعد القانون الخاص التي تستلزم اللجوء المسبق إلى القضاء للحصول على حكم لتقدير التعويض وإستيفائه².

وقد كانت أحكام مجلس الدولة ترفض التسليم بحق الإدارة في تحصيل التعويض من المتعاقد معها بدون حكم من القضاء، ما لم يتضمن العقد نصاً يعطي الإدارة هذا الحق، حيث قضت المحكمة الإدارية العليا في حكمها الصادر بتاريخ 27-11-1965 بقولها " لا وجه لإلزام الإدارة الطاعنة بأن تلجأ إلى القضاء لتحصل منه على حكم بالتعويض، ما دام أن العقد يخولها صراحة الحق في إجراء خصم مقاصة دون حاجة إلى اتخاذ إجراءات قانونية أو قضائية من أية مبالغ تكون مستحقة أو تستحق للمتعاقد، مهما كان سبب الاستحقاق لدى المصلحة نفسها أو أية مصلحة حكومية أخرى عن كل خسارة لتلحقها من جراء ذلك.

¹ - André De Laubadere , Franc Moderne et Pierre Delvolve, Traite de contrats administratifs,op . cit ., p146 .

² - هيثم حليم غازي، المرجع السابق، ص110.

فإذا كان العقد قد نص بعد ذلك على أن يكون ذلك بدون الإخلال بحق المصلحة في المطالبة قضائياً بالخسائر التي لا يتيسر لها استردادها، فهذا بالضرورة لا يعني إلزام المصلحة بالإلتجاء إلى القضاء، مادام أن في حوزتها قدر من المبالغ الكافية لجبر التعويض عن الأضرار، بل النص يعني تخويل الإدارة حق الإلتجاء إلى القضاء إذا لم تكف المبالغ التي في حوزتها لجبر الضرر كاملاً¹.

ثالثاً: في الجزائر

نجد بعض نصوص التشريع الجزائري المنظم للصفقات العمومية لم تشر لا صراحة ولا ضمناً إلى الكيفية أو الطريقة التي تحصل بها المصلحة المتعاقدة بمبالغ هذه التعويضات وبعضها أشارت لذلك ضمناً ، إذ أننا بالرجوع إلى أحكام الفقرة 7 من المادة 35 من دفتر الشروط الإدارية العامة نجدها نصت على " إن الزيادة في النفقات الناجمة من النظام المباشر أو من الصفقة الجديدة يجرى اقتطاعها من المبالغ التي يستحقها المقاول، وبخلاف ذلك فمن ضمانه ولا يحول ذلك بين ممارسة الإجراءات التي تتخذ بحقه في حالة عدم التسديد".

وباستقراءنا لنص هذه المادة نجدها خولت المصلحة المتعاقدة الطريقة التي تحصل بها المبالغ المالية الناجمة عن الزيادة في النفقات الناجمة من النظام المباشر أو الصفقة الجديدة والتي يكون عن طريق خصمها أو اقتطاعها من المبالغ التي يستحقها المتعامل المتعاقد وكذا ضماناته ولم تشر إطلاقاً إلى الكيفية التي تحصل بها المصلحة المتعاقدة مبلغ التعويض عن الضرر الذي أصابها جراء إخلال المتعامل المتعاقد بالتزاماتها التعاقدية، وبالتالي فإن المادة المبينة أعلاه لم تشر لا صراحة ولا ضمناً إلى كيفية تحصيل مبالغ التعويضات عن الضرر الناجم عن إخلال المتعامل المتعاقد بالتزاماته التعاقدية.

غير أن أحقية المصلحة المتعاقدة في التعويض تستشف من خلال ما أفادت به المادة 152 من المرسوم الرئاسي 15-247 بقولها " لا يمكن الاعتراض على قرار المصلحة المتعاقدة بفسخ الصفقة عن تطبيقها البنود التعاقدية للضمان، والمتابعات الرامية إلى إصلاح الضرر الذي لحقها بسبب خطأ المتعاقد معها"، وهذا بالإضافة إلى أن المتعاقد ملزم بدفع كفالة حسن التنفيذ وبذلك قد وفر المشرع للمصلحة المتعاقدة مصدر لاقتطاع

¹ - نصر الدين محمد بشير، المرجع نفسه، ص 284-285. هيثم حليم غازي، المرجع نفسه، ص 111.

التعويضات المستحقة في حق المتعاقد الذي أخل بالتزاماته¹، على أن لا يحول ذلك بين المتعاقد وحقه في اللجوء إلى القضاء للفصل في مشروعية تلك التعويضات ومقدراها في حالة الإستحقاق، أو حصوله على تعويض جازم إخلالها بالتزاماتها².

ونلاحظ بخصوص المادة 152، أن المشرع الجزائري لم يمنح المصلحة المتعاقدة حق تحصيل التعويض بإرادتها المنفردة بموجب أوامر دفع أو عن طريق خصم التعويضات كما فعل المشرع الفرنسي أو عن طريق خصم التعويضات كما فعل المشرع الفرنسي والمصري كما تم تبيانه أعلاه واكتفى بمنح المصلحة المتعاقدة حق اللجوء إلى المتابعات الرامية إلى إصلاح الضرر الذي لحقها بسبب خطأ المتعاقد معها، وهذا يفيد أن عليها اللجوء إلى القضاء من أجل إصلاح الضرر الذي أصابها بخطأ المتعاقد وخاصة وأنه نص على حق لجؤها إلى المتابعات، وهذه الأخيرة تكون إلا أمام القضاء.

كما أن توصلنا أمام المصالح المتعاقدة بخصوص تطبيق جزاء تعويض بإرادتها المنفردة كان بالسلب أنه لم يسبق لها وأن قامت بتطبيق هذا الجزاء بإرادتها المنفردة وإنما يكون باللجوء إلى القضاء في حالة إذا كان التأمين أو غرامة التأخير لا تغطي كافة الضرر الذي أصابها بسبب أن النص لم يكن واضح.

وعليه نرى أنه من الأفضل على المشرع الجزائري أن يكون أكثر وضوحا في أحقية المصلحة المتعاقدة في إقتضاء التعويض بإرادتها المنفردة بموجب أوامر دفع أو عن طريق خصم التعويضات كما فعلت التشريعات المقارنة ويترك للمتعاقد حق مخاصمة قرارات المصلحة المتعاقدة الخاصة بالتعويض أمام القضاء الإداري المختص، وهذا حماية لسير المرفق العام بانتظام واطراد وتحقيق المصلحة العامة، وأن ترك هذا الغموض باللجوء إلى القضاء سيطيّل الفصل في مسألة التعويض من عدمه عكس اقتضائه مباشرة من المصلحة المتعاقدة، وما يعزز هذا الغموض عدم وجود تطبيق لهذا الجزاء من طرف المصلحة المتعاقدة على المتعامل المتعاقد ميدانيا من خلال توجيهنا إلى بعض المؤسسات العمومية لاستفسارنا لذلك بسبب أن التشريع لم يوضح بدقة كيفية إقتضاء التعويض.

¹ - مروان دهمّة، المرجع السابق، ص ص 365-366.

² - قرار مجلس الدولة رقم: 006052، المؤرخ في 15-04-2003، (قضية ق-ع ضد بلدية مثليي، متضمن تعويض

عن ضرر، مجلة مجلس الدولة، العدد الرابع، 2003، ص 71.

كما نرى أنه لا هروب من الإقرار بحقيقة أن التعويض يعد أحد الجزاءات الإدارية التي نظمتها نظرية الجزاءات الإدارية التي كانت من إبتكار مجلس الدولة الفرنسي حتى وإن كانت العناصر التي تستلزم التعويض مستمدة من القانون الخاص والمتمثلة في خطأ والضرر والعلاقة السببية بين الخطأ والضرر، غير أن هذا لا يعني بالضرورة الالتزام الكامل والتام بهذه القواعد، ذلك أنه إذا كان هدف التعويض في عقود القانون الخاص هو تعويض الضرر الفعلي، فإنه في العقود الإدارية يهدف بالإضافة إلى الضغط على المتعامل المتعاقد من أجل تنفيذ التزاماته على الوجه الذي يكفل حسن سير المرفق العام بانتظام وإطراد. وعليه فإن أحكام التعويض في العقود الإدارية تختلف عن الأخرى في أنها تقر للإدارة بحقها في توقيع هذا الجزاء من تلقاء نفسها، أسوة ببقية الجزاءات ، وعلى أي حال هذا هو أسلوب القضاء الإداري ، لا سيما في فرنسا وهو البلد الذي نشأت فيه النظرية وهو النهج الذي تأيد في محيط الفقه.

ومن ثمة لا مشكلة من الناحية العملية لا سيما في حالة إذا ما تفق الطرفان المتعاقدين في العقد على تضمين حق التعويض للإدارة ، وكان التشريع لا ينص على هذا المنع.

غير أن هذا الإشكال الذي أثارته نص المادة 152 من المرسوم الرئاسي 15-247 في كيفية تحصيل التعويض عن الضرر الذي يصيب المصلحة المتعاقدة جراء إخلال المتعامل المتعاقد بالتزاماته التعاقدية للأسباب المبينة أعلاه تداركه المشرع الجزائري بموجب المرسوم التنفيذي رقم 21-219 المتضمن الموافقة على دفتر البنود الإدارية العامة للصفقات المطبقة على الصفقات العمومية للأشغال وسائر التشريع الفرنسي والمصري في عملية تحصيل التعويض عن طريق الخصم وبموجب مادته 119 الفقرة 3 منه¹ خول المصلحة المتعاقدة بصورة صريحة حق تحصيل المبالغ المستحقة لها من الضرر الذي أصابها من تقاعس المتعامل المتعاقد من المبالغ المستحقة لهذا الأخير بسبب خطأه وفي

¹ - نصت المادة 3/119 من المرسوم التنفيذي رقم 21-219 المتضمن المرافقة على دفتر البنود الإدارية العامة المطبقة على الصفقات العمومية للأشغال بقولها " تقطع من المبالغ المستحقة للمقاول المتقاعس مبلغا لإصلاح الضرر الذي ألحق المصلحة المتعاقدة بسبب خطأ المقاول والأعباء الإضافية المترتبة عن الصفقة أو الصفقات الجديدة، أو في حالة عدم وجودها، استخدام كفالة حسن التنفيذ، عند الإقتضاء دون الإخلال بالحقوق التي يمكن ممارستها ضده في حالة وجود قصور"

حالة عدم وجودها استخدام كفالحة حسن التنفيذ وبالتالي حسنا ما فعل لأن جزاء التعويض من الجزاءات الإدارية وأن تحصيله لا يكون إلا عن طريق التنفيذ المباشر من طرف المصلحة المتعاقدة دون اللجوء إلى القضاء وهو ما يضمن سير المرفق العام بانتظام واطراد.

الفرع الرابع: جزاء التعويض والجزاءات الإدارية الأخرى

من خلال هذا الفرع سنحاول معرفة إمكانية ارتباط جزاء التعويض أو تباعده عن باقي الجزاءات الإدارية الأخرى وعلى وجه الخصوص غرامة التأخير، الفسخ ومصادرة التأمين ومدى إمكانية الجمع بينهما.

أولاً: التعويض وغرامة التأخير

من المسلم به أن التعويض معترف كجزاء تملك الإدارة توقيعه على المتعاقد معها، فهو يشمل كافة العقود الإدارية، ويتشابه مع غرامة التأخير من كونها إلزام قانوني يلزم بمقتضاها المتعاقد مع الإدارة بدفع مبلغ مالي للإدارة المتعاقدة ولكن تختلف غرامة التأخير عن التعويض في الغاية التي يستهدف تحقيقها كل منهما فإذا كانت الغاية من غرامات التأخير هي ضمان تنفيذ العقود الإدارية في المواعيد المتفق عليها حرصاً على حسن سير المرافق العامة بانتظام واطراد، فإن الغاية من التعويض هي جبر الأضرار التي أحدثها إخلال المتعاقد بالتزاماته¹.

كما أن الفارق الأساسي بين التعويض والغرامة التأخيرية يكمن ، وبصورة جوهرية في الطابع الإتفاقي لغرامة التأخير، كما أن مقدارها لا يتنوع بالنظر إلى حجم الضرر الذي لحق بالإدارة، والغالب أن يكون الحال كذلك متى تحقق السبب الذي تم على أساسه وضع الغرامة، وبعبارة أخرى نستطيع القول بأن الغرامة التأخيرية تطبق بقوة القانون ودون حاجة لأن تبرر الإدارة أن ثمة ضرر قد لحق بها.

والغرامة التأخيرية لا يمكن أن تضاف إلى التعويض والنظر في تطبيق مثل هذه القاعدة يتحقق في الغرض الذي تقصد فيه الإدارة الحصول على تعويض مضاعف من

¹ - هارون عبد العزيز الجمل، المرجع السابق، ص ص 101-102.

خلال نموذجين للجزاءات المالية بشأن ذات التقصير الناجم عن المتعاقد وبالمقابل يلتزم المتعاقد مع الإدارة بدفع التعويض وكذلك الغرامة التأخيرية متى تستطيع الإدارة أن تفرض دفع الغرامة التأخيرية على المتعاقد معها في حالة التقصير في أداء الالتزامات المفروضة عليه. والحق أن المجال الحيوي للغرامات المالية يتعلق وبصورة جوهرية بمدد التنفيذ، ولكن من الممكن كذلك أن تتعلق بجوانب أخرى من العقد ، على سبيل المثال في حالة العيب في تنفيذ الالتزام، أو في مجمل عيوب التنفيذ.

نخلص من ذلك إلى القول بأن قاعدة عدم الجمع تنطبق إذن في الغرض الذي تكون معه الغاية من الغرامة هي التأخير ، والتعويض يكمن في إصلاح الضرر، كما أن التعويض يحكم به عادة القاضي، أما الغرامة فهي محددة في العقد من قبل المتعاقدين كما أن مقدار التعويض يرتبط بمقدار الضرر على خلاف غرامة التأخير فهي مبلغ يرتبط بمدد التنفيذ¹.

والمشرع الجزائري عبر نصوصه المنظمة للصفقات العمومية وأخرها المرسوم التنفيذي رقم: 21-219 المتضمن الموافقة على دفتر البنود الإدارية العامة المطبقة على الصفقات العمومية للأشغال لم ينص على قاعدة الجمع بين التعويض وغرامة التأخير وحسنا ما فعل لأن غرامة التأخير عبارة عن مبلغ إتفاقي يحدد مسبقا بين المتعامل المتعاقد والمصلحة المتعاقدة وتطبقه هاته الأخيرة في حالة إخلال المتعامل المتعاقد بأجال تنفيذ الصفقة أو تنفيذها بصورة غير مطابقة للالتزامات التعاقدية، بينما التعويض تحصله ويكون تقديره من المصلحة المتعاقدة مقابل الضرر الذي أصابها.

ثانيا: جزاء التعويض ومصادرة التأمين

يتفق حق جهة الإدارة من مصادرة التأمين النهائي مع حقها في فرض جزاء التعويض عن الأضرار التي تصيبها من جراء خطأ المتعاقد في أن كليهما من الجزاءات المالية التي تتضمن العقوبة والتي تلزم المتعاقد بدفع مبلغ من المال للإدارة، إلا أن أوجه الخلاف بينهما يكمن في عنصر الضرر حيث أن الإدارة تستطيع مصادرة التأمين النهائي إذا ما أخل المتعاقد معها بالتزاماته التعاقدية دون حاجة لإثبات حصول الضرر، أما جزاء التعويض

¹ - طارق محمد عبد الرحمن سلطان، المرجع السابق، ص 207-208.

فيلزم لتوقيعه إصابة جهة الإدارة بأضرار مادية جسيمة تزيد قيمتها عن قيمة التأمين على اعتبار أن التأمين النهائي يضمن الأضرار التي تقل قيمتها عن قيمته.

حيث رأي بعض الفقهاء اكد على إمكانية الإدارة من اقتطاع مبلغ التعويض من التأمين، فيما رأي آخر أكد على أنه يجوز الجمع بين مصادرة التأمين وبين التعويض، لكي تتمكن الإدارة من اقتضاء كامل قيمة الأضرار التي تسبب فيها المتعاقد ما لم ينص العقد صراحة على العكس، وذلك لأن مبلغ التأمين يمثل الحد الأدنى للتعويض المستحق للإدارة في حال الإخلال بشروط العقد، لذلك فليس من المجدي بالنسبة للمتعاقد أن يثبت أن مقدار التعويض اللازم لجبر الضرر الذي أصاب الإدارة يقل عن مبلغ التأمين، ويستند التعويض التكميلي الذي قد يستحق الإدارة بالإضافة إلى مبلغ التأمين إلى أحكام القانون الخاص إلى القواعد العامة في المسؤولية العقدية¹.

والمشرع الجزائري نص على قاعدة الجمع بين التعويض ومصادرة التأمين من خلال نص المادة 152 من المرسوم الرئاسي 247/15 و 119 من المرسوم التنفيذي رقم 21-219 وسبق توضيح هذه الفكرة في حديثنا عن الجمع بين جزاء مصادرة التأمين والتعويض².

ثالثا: التعويض والفسخ

هذا ما أكده الفقيه " روميو " في تعليقه على حكم ديبلانكو الشهير حيث أنهى إلى النتيجة التالية " إن كل التزام عقدي لصيق بالجزاء، وحينما لا توجد في العقد قواعد خاص ، فلا غنى في هذه الحالة عن تطبيق القواعد العامة ، فإما أن يتم فسخ العقد أو فرض التعويض على المتعاقد المقصر³، وبالرجوع إلى قانون الصفقات العمومية الجزائري فإنه قد أقر الجمع بين الفسخ والتعويض عن الأضرار من خلال نص المادة 152 من المرسوم الرئاسي 247/15 بنصها " : لا يمكن الاعتراض على قرار المصلحة المتعاقدة بفسخ الصفقة عند تطبيقها البنود التعاقدية في الضمان، والمتابعات الرامية إلى إصلاح الضرر الذي لحقها بسبب خطأ المتعاقد معها".

¹ - هارون عبد العزيز الجمل، المرجع السابق، ص 119.

² - الفرع الثاني من المطلب الأول المبحث الثاني للفصل الأول من الباب الثاني، ص 270.

³ - طارق محمد عبد الرحمن سلطان، المرجع السابق، ص 208-209.

وهناك قاعدة أساسية تطبق في فسخ العقد المدني والإداري على حد سواء ألا وهي أن الذي اضر من فسخ العقد أن يرجع بالتعويض عما أصابه من ضرر على المدين¹.

¹ - طارق محمد عبد الرحمن سلطان، المرجع السابق، ص 209.

الفصل الثاني: الجزاءات غير المالية

لا يقتصر حق المصلحة المتعاقدة في فرض الجزاءات الإدارية على حقها في توقيع الجزاءات المالية فحسب، وإنما تتمتع أيضا بسلطة فرض جزاءات غير مالية بحق المتعامل المتعاقد المخل بالتزاماته التعاقدية¹.

الغاية من هذه الجزاءات هي المحافظة على حسن سير المرافق العامة بإنظام واطراد، وهذه الجزاءات ليست لها طبيعة مالية فهي لا تنطوي على تحميل المتعاقد المخل بالتزاماته أعباء مالية مباشرة كالغرامة أو التعويض أو مصادرة التأمين، وبالتالي فإن هدفها ليس زيادة الأعباء المالية للمتعاقد المقصر بل قد تهدف إلى إرغامه وإجباره على تنفيذ واجباته من خلال الضغط عليه باستخدام هذه الجزاءات، وقد تهدف إلى إنهاء العقد ومن ثم إلى إنهاء أي علاقة تعاقدية تربط بين الإدارة والمتعاقد معها.

وتشمل الجزاءات غير المالية التي يحق للإدارة فرضها على المتعاقد المخل بالتزاماته التعاقدية على نوعين من الجزاءات النوع الأول يطلق عليه مصطلح الجزاءات الضاغطة وتتمثل في ثلاث صور وهي وضع المشروع تحت الحراسة في عقود إلزام المرافق العامة، والشراء على حساب المورد في عقود التوريد العامة، وسحب العمل من المقاول في عقود الأشغال العامة².

أما النوع الثاني فيعرف بالجزاءات الفاسخة، ويضمن صورتين الصورة الأولى هي فسخ العقد في كافة العقود الإدارية بما فيها عقد صفقة الأشغال العامة، والصورة الثانية هي إسقاط الإلتزام في حالة عقد الامتياز، وعلى هذا الأساس سنقسم هذا الفصل إلى مبحثين رئيسيين، نتطرق في المبحث الأول إلى الجزاءات الضاغطة والمبحث الثاني الجزاءات الفاسخة.

¹ - وليد سعود فارس، محمد وليد حامد، الجزاءات الإدارية في مجال العقود الإدارية، المرجع السابق، ص 66.

² - وليد سعود فارس، محمد وليد حامد، المرجع نفسه ص 66.

المبحث الأول: الجزاءات الضاغطة

من المبادئ المسلم بها في العقود مدنية كانت أو إدارية ، أن تنفيذ الالتزامات يكون تنفيذا عينيا، فإذا لم يتم التعاقد بتنفيذ ما التزم به جاز للطرف الآخر ومن غير المساس بحقه في التعويض عن الضرر الذي أصابه نتيجة الإخلال بالتنفيذ أن يجبر المتعاقد المقصر بتنفيذ التزامه تنفيذا عينيا.

والتنفيذ العيني في مجال القانون الخاص يتم عن طريق القضاء، أما في العقود الإدارية ومنها صفقة الأشغال العامة، فإنه يكون بواسطة الإدارة إذ تقوم به بنفسها وعلى حساب المتعامل المتعاقد وتحت مسؤوليته وتتمتع الإدارة بسلطة تقديرية في اللجوء إليه كوسيلة ضغط على المتعاقد المقصر ضمانا لحسن سير المرافق العامة بانتظام واطراد.

وتنفيذ الإدارة للالتزامات التي قصر المتعاقد في تنفيذها تنفيذا عينيا يكون باستخدام امتيازها بالتنفيذ المباشر عن طريق حلولها محل المتعاقد معها في تنفيذ التزاماته التعاقدية، أو أن تحل غيره محله في هذا التنفيذ، وذلك في حالة عجزه أو تقصيره عن الوفاء بالتزاماته. وحلول الإدارة أو الغير محل المتعاقد بتنفيذ التزاماته التعاقدية هي جزاءات مؤقتة لا تنهي العقد، بل يبقى المتعاقد مسؤولا عن تنفيذه أمام جهة الإدارة، ويكون تنفيذ العقد على حساب المتعامل المتعاقد المخل بالتزاماته التعاقدية وتحت مسؤوليته بذات الشروط والمواصفات المتفق عليها¹.

وتأخذ الجزاءات الضاغطة ثلاث صور وضع المشروع تحت الحراسة في عقود التزام المرافق العامة، والشراء على حساب المورد في عقود التوريد العامة وسحب المشروع من المتعامل المتعاقد في عقد الأشغال العامة، وبناء على ما سلف ذكره سيتم تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين، المطلب الأول نخصه مفهوم الجزاءات الضاغطة والمطلب الثاني أنواع الجزاءات الضاغطة والمطلب الثالث ضمانات المتعامل المتعاقد اتجاه قرار جزاء السحب .

¹ - بلاوى ياسين بلاوى، المرجع السابق، ص 69.

المطلب الأول: مفهوم الجزاءات الضاغطة

إلى جانب توقيع الجزاءات المالية على المتعامل المتعاقد المقصر في تنفيذ التزاماته التعاقدية، تستطيع الإدارة أن ترغمه على ذلك بواسطة حلولها محله في القيام بالتنفيذ المباشر أو عن طريق الغير الذي يقوم بإدارة المقاول، ويمثل هذا الإجراء وسيلة ضغط على المتعامل المتعاقد من أجل تنفيذ العقد لضمان حسن سير المرفق العام بانتظام واطراد¹. وتتميز الجزاءات الضاغطة بأنها جزاءات مؤقتة لا تنهي العقد، بل تؤدي إلى تنفيذ العقد تنفيذا عينيا، في حالة عجز المتعاقد مع الإدارة عن تنفيذ التزاماته التعاقدية، عن طريق قيام الإدارة بذلك التنفيذ أو من تراه مناسبا، وبنفس شروط العقد المبرم مع المتعاقد المقصر، الذي يظل مسؤولا عن التنفيذ أمام جهة الإدارة رغم حلولها محله في التنفيذ أو إحلال غيرها محله.

وتتخذ وسائل الضغط التي تستعملها الإدارة ثلاث صور بحسب نوع العقد²، وفيما يتعلق بعقد الأشغال العامة، فإن الطريقة هي حلول الإدارة محل المقاول في تنفيذ الأشغال بنفسها وهو ما يطلق عليه بسحب المشروع من المتعامل المتعاقد في التشريع المصري، أما المشرع الجزائري فاطلق عليه تسمية النظام المباشر وهو ما يتضح من خلال نص المادة 35 من دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال الخاصة بوزارة تجديد البناء والأشغال العمومية والنقل³.

وعليه سنقسم هذا المطلب إلى فرعين الأول نخصه لتعريف الجزاءات الضاغطة والفرع الثاني خصائص الجزاءات الضاغطة.

¹ - بلاوى ياسين بلاوى، المرجع السابق، ص71.

² - وفي عقد التزام المرافق العامة تكون الوسيلة هي وضع المشروع تحت الحراسة، وفي عقد التوريد فإن الوسيلة هي الشراء على حساب المتعاقد.

³ - نصت المادة 35 من القرار المؤرخ 21-11-1964، المنصم المصادقة على دفتر البنود الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال على "عند انقضاء الاجل، إذا لم ينفذ المقاول المقترضيات المفروضة، يجوز للمهندس الرئيس، باستثناء حالة الاستعجال بعد عرض المسألة على الوزير، ان يأمر باجراء النظام المباشر على نفقة المقاول"

الفرع الأول: تعريف الجزاءات الضاغطة

لم يتطرق التشريع الجزائري لتعريف الجزاءات الضاغطة تاركا ذلك للفقه، وفيه تم تعريفها على أنها هي جزاءات ذات طبيعة مؤقتة تملك الإدارة توقيعها على المتعاقد معها في حالة إخلاله بالتزاماته التعاقدية إخلالا جسيما، وذلك بقيامها بتنفيذ تلك الالتزامات أو أن تعهد بتنفيذها إلى شخص آخر على حساب المتعاقد المقصر وتحت مسؤوليته المالية.

ما يلاحظ على هذا التعريف انه جاء ناقصا لكونه أغفل الإشارة إلى طبيعة هذا الجزاء إن كان ينهي العلاقة التعاقدية من عدمها بسبب أن أهم ميزة تميز الجزاءات الضاغطة أنها جزاء تمارسه المصلحة المتعاقدة اتجاه المتعامل المتعاقد المخل بالتزاماته التعاقدية من أجل الضغط عليه وإرغامه على تنفيذ الالتزام عينيا ولا تنهي به العلاقة العقدية. كما عرفت الجزاءات الضاغطة على أنها تعد وسيلة قهرية للتنفيذ إلا أن ما تهدف إليه الإدارة من توقيعها على المتعاقد معها ليس مجرد معاقبته لعدم الوفاء بالتزاماته التعاقدية فحسب، بل يعد الهدف الأساسي لتلك الجزاءات هو استمرار سير المرافق العامة وتحقيق المصلحة المتوخاة من إبرام العقد الإداري كونها تحقق بذاتها تنفيذ العقد بواسطة إجراءات الضغط التي تلجأ إليها الإدارة لحل مشكلة المتعاقد المقصر، وهو ما استقرت عليه أحكام القضاء الإداري في مصر في حكمها الصادر بتاريخ 17-03-1957، أين ذهبت محكمة القضاء الإداري إلى أن "... الجزاءات في العقود الإدارية لا تستهدف في الواقع من الأمر تقويم إعوجاج في تنفيذ الالتزامات التعاقدية بقدر ما تتوخى تأمين سير المرافق العامة، والعقود الإدارية يجب أن تنفذ بدقة، لأن سير المرافق العامة يقتضي ذلك، ومن وسائل ضغط الإدارة على المتعاقد المقصر أن تحل هي بنفسها محله أو تعمل على إحلال شخص آخر محله في تنفيذ الالتزام، وقد أستقر قضاء المحكمة على أن هذا الإجراء لا يتضمن إنهاء العقد بالنسبة للمتعاقد المقصر بل يظل هذا المتعاقد مسؤولا أمام جهة الإدارة وإنما تتم العملية لحسابه وتحت مسؤوليته¹.

ونلاحظ أن هذا التعريف جاء ناقصا بسبب تركيزه على الغاية من هذا الجزاء فقط وبالمقابل إغفاله لمعظم مميزات الجزاءات الضاغطة وهي أن طبيعة هذا الجزاء مؤقت لا

¹ - بلاوي ياسين بلاوي، المرجع السابق، ص 73-77.

ينهي الرابطة التعاقدية بين الطرفين ويتم تنفيذه عن طريق الإدارة المباشرة أو عن طريق حلول الغير محل المتعامل المتعاقد وتحت مسؤوليته ونفقه وهذا بسبب خطأ جسيم يرتكبه. كما تم تعريفها على أنها تعد وسيلة تستخدمها الإدارة لإرغام المتعاقد على الوفاء بالتزاماته التعاقدية عن طريق حلولها محل المتعاقد المقصر أو بإحلال الغير محله وتنفيذ العقد على حسابه وتحت مسؤوليته، وليس من شأنها إنهاء العقد بل يستمر منتجا لأثاره العقدية بين أطرافه¹.

ونرى أن هذا التعريف الأقرب إلى الصواب بسبب أنه جاء شامل لمعظم خصائص الجزاءات الضاغطة رغم أن أغفل ضابط توقيعه أن يرتكب المتعامل المتعاقد خطأ جسيم.

كما عرفت على أنها عبارة عن إجراءات يمكن من خلالها لجهة الإدارة الحلول محل المتعاقد المقصر في تنفيذ العقد أو تحل طرفا آخر محلها وتختلف صور وتسمية هذه الإجراءات تبعا للعقود، ففي عقد المقاولة يأخذ الجزاء صورة سحب العمل من المقاول المقصر وتنفيذه على حسابه، أما بالنسبة لعقد الالتزام فيأخذ الجزاء صورة وضع المشروع تحت الحراسة، وفي عقد التوريد يأخذ صورة الشراء على حساب المورد².

هذا التعريف أكتفى بذكر خاصية الحلول دون الإشارة إلى طبيعة الجزاء أنه مؤقت لا ينهي الرابطة التعاقدية بين الطرفين ولا ضابط توقيع هذا الجزاء أن يرتكب المتعامل المتعاقد خطأ جسيم.

وهناك من عرفها على أنها تتمثل في فرض عقوبات معينة بحق المتعاقد مع الإدارة، بهدف ممارسة الضغط عليه، باللجوء إلى وسائل الاكراه المختلفة والمبررة قانونا، كعقاب له عما بدر منه من تصرفات على مستوى الخطورة واللامشروعية، أو بسبب تقصيره عن الوفاء بمجمل التزاماته التعاقدية المقررة في مضمون العقد³.

هذا التعريف ركز على الغاية من الجزاء فقط وبالمقابل اغفل معظم مميزات الجزاءات الضاغطة وهي أن طبيعة هذا الجزاء مؤقت لا ينهي الرابطة التعاقدية بين الطرفين ويتم

¹ - سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الادارية، المرجع السابق، ص 503.

² - André De Laubadere , Traite de Droit Administratifs, Sixieme Edition. L.G.D.J , Paris , 1973, P352.

³ - نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص 231.

تنفيذه عن طريق الإدارة المباشرة أو عن طريق حلول الغير محل المتعامل المتعاقد وتحت مسؤوليته ونفقه وهذا بسبب خطأ جسيم يرتكبه.

وعرفت الجزاءات الضاغطة في إطار عقد الأشغال العامة على أنها هي إحدى الطرق التي تستطيع بها جهة الإدارة إجبار المقاول في عقد الأشغال العامة على تنفيذ التزاماته، فهي إما تكون عن طريق حلولها محل المقاول في التنفيذ عن طريق سحب العمل وتنفيذ العقد بنفسها، أو تكل التنفيذ إلى الغير على حساب المقاول ومسؤوليته¹.

هذا التعريف اغفل طبيعة هذا الجزاء بأنه مؤقت لا ينهي العلاقة التعاقدية بين الطرفين وكذا ضابط توقيعه أن يرتكب المتعامل المتعاقد خطأ جسيم.

ونرى أنه ورغم تعدد هذه التعاريف بشأن الجزاءات الضاغطة إلا أن مضمونها كان واحد إذ بينت معظمها معنى الجزاءات الضاغطة من خلال إبرازها خصائص هذه الجزاءات وهذا ما سنوضحه في الفرع الثاني.

الفرع الثاني: خصائص الجزاءات الضاغطة

تتميز الجزاءات الضاغطة التي توقعها المصلحة المتعاقدة على المتعامل المتعاقد معها المقصر بقصد إرغامه على تنفيذ العقد، عن طريق حلوها محله أو بإحلال الغير محل في تنفيذ التزاماته التعاقدية، بأنها جزاءات مؤقتة تلجأ إليها الإدارة بقصد ضمان حسن سير المرافق العامة وتحقيق المصلحة المتوخاة من تنفيذ العقد، ولا تؤدي تلك الجزاءات إلى إنهاء الرابطة العقدية بل يظل المتعاقد المقصر مسؤولاً أمام جهة الإدارة، إذ يتم التنفيذ على مسؤوليته ولحسابه، ويكون القائم بالتنفيذ الإدارة أو الغير بتمثابة الوكيل في هذا الشأن، ومن ثم يجب طبقاً لذلك أن يلتزم الوكيل بنفس شروط العقد الأصلي.

وبناء على ما سبق سيتم تناول هذه الخصائص على النحو التالي:

أ- **جزاءات مؤقتة لا تنهي الرابطة العقدية:** معناه أنها تؤدي إلى حلول الإدارة أو الغير مؤقتاً محل المتعاقد المقصر في تنفيذ العقد، ولذلك لا يمكن توقيعها إلا مع قيام الرابطة العقدية.

¹ - خليل صالح السامرائي، المرجع السابق، ص 198.

فالعقد الإداري يظل قائماً بين طرفيه، ويظل المتعاقد مسؤولاً أمام جهة الإدارة عن كافة الالتزامات المترتبة عن هذا العقد، وحتى بعد الإنتهاء من تنفيذه، وبالرغم من عدم قيامه بتنفيذ العقد بنفسه أو بصورة مباشرة، حيث تتولى الإدارة ذلك التنفيذ بنفسها أو بواسطة الغير على حساب المتعاقد وتحت مسؤوليته¹.

التنفيذ على حساب المتعامل المتعاقد المقصر، لا يعد بذاته عقوبة توقع عليه بسبب عدم الوفاء بالتزاماته التعاقدية وإنما تطبيق لقاعدة التنفيذ العيني للإلتزام، ولا يمكن تصور تنفيذ الإلتزام عينا بدون الإبقاء على الرابطة العقدية.

وبما أن تنفيذ العقد على حساب المتعاقد المقصر يبقيه مسؤولاً أمام جهة الإدارة عن إلتزاماته التعاقدية، فإنه لا يجوز للإدارة أن تجمع بين جزاء التنفيذ على الحساب وجزاء فسخ العقد، لأن الفسخ معناه إنهاء الرابطة العقدية ويترتب عليه إنعدام العقد فيعتبر كأن لم يكن، في حين التنفيذ على حساب المتعاقد يفترض بقاء العقد قائماً وبقاء المتعاقد المقصر مسؤولاً أمام الإدارة عن تنفيذه، ولذلك لا يمكن توقيعه إلا مع قيام الرابطة العقدية².

ويجوز للمتعاقد المقصر أن يطلب من المصلحة المتعاقدة إنهاء إجراء تنفيذ العقد على حسابه وتحت مسؤوليته والسماح له بمباشرة تنفيذ إلتزاماته التعاقدية إذا أثبت أنه بإمكانه إتمام عملية تنفيذ العقد بصورة مرضية، وتتمتع الإدارة بسلطة تقديرية من مسألة إنهاء إجراءات التنفيذ على حساب المتعاقد من عدمه دون رقابة عليها من القضاء³.

ب- إلتزام الإدارة بشروط التنفيذ الأصلي:

إن قيام الإدارة بتنفيذ العقد على حساب المتعاقد وتحت مسؤوليته لا تؤدي إلى إنهاء الرابطة العقدية بينهما، بل يبقى العقد الأصلي قائماً، مما يتعين على المصلحة المتعاقدة الإلتزام بأحكامه الواردة بمضمون العقد أو دفاتر الشروط.

وتشمل دفاتر الشروط على وجه الخصوص دفاتر البنود الإدارية العامة، ودفتر التعليمات التقنية المشتركة التي تحدد الترتيبات التقنية المطبقة على كل الصفقات العمومية

¹ - فاروق أحمد خماس ومحمد عبد الله الدليمي، الوجيز في النظرية العامة للعقود الإدارية، دار الكتاب للطباعة والنشر، بغداد، 1992، ص 139.

² - بلاوى ياسين بلاوى، المرجع السابق، ص 89-90.

³ - عبد المجيد فياض، المرجع السابق، ص 236.

ودفاتر التعليمات الخاصة التي تحدد الشروط الخاصة بكل صفقة وهي ما نصت عليه المادة 26 من المرسوم الرئاسي 14-247¹.

وتعد هذه الشروط والمواصفات التي تستقل المصلحة المتعاقدة بوضعها لوحدها هي قانون التعاقد بمجرد الإعلان عن الصفقة إما وفق طلب العروض أو طلب التراضي مما يتعين الإلتزام بها وعدم مخالفتها.

ج- جزاءات تهدف تحقيق المصلحة العامة واستمرار سير المرفق العام:

إن دوام سير المرفق العام بانتظام واطراد يعد من المبادئ الأساسية التي تحكم عمل المرفق العام، نظرا لما يقدمه من خدمات أساسية للجمهور بهدف تحقيق المصلحة العامة، ومن ثم فإن توقف سير المرفق ولو لمدة قصيرة يؤدي إلى إرباك أحوال المجتمع، لذلك وجب ضمان سيره منتظما مطردا دون إنقطاع أو توقف².

وبما أن تنفيذ العقد الإداري يعد وسيلة لتسيير المرفق العام، فإن ضمان سير الأخير بانتظام واطراد يستلزم إرغام المتعاقد المقصر مع الإدارة على تنفيذ التزاماته التعاقدية بكل دقة وفي المواعيد المحددة، لأن تقصير الميعاد أو تراخيه في تنفيذ العقد قد يؤدي إلى الإخلال بحسن سير المرفق أو تعطيله، أو يمنع من استمرار سيره بانتظام، وبالتالي يؤدي إلى حرمان الجمهور من خدمات جوهرية يحتاجون إليها بانتظام واطراد³.

فالإدارة بإمكانها إذا لم يوف المتعاقد معها بالتزاماته التعاقدية أن تمتنع عن تنفيذ التزاماتها، غير أن هذا الإمتناع من قبل الإدارة يؤدي إلى المساس بسير المرفق العام، لذلك

¹ - نصت المادة 26 من المرسوم الرئاسي 15-247 على " توضح الدفاتر الشروط، المحينة دوريا، الشروط التي تبرم وتتفد وفقها الصفقات العمومية، وهي تشمل على الخصوص، ما يأتي:

- دفاتر البنود الإدارية العامة المطبقة على الصفقات العمومية للأشغال واللوازم والدراسات والخدمات الموافق عليها بموجب مرسوم تنفيذي،

- دفاتر التعليمات التقنية المشتركة التي تحدد الترتيبات التقنية المطبقة على كل الصفقات العمومية المتعلقة بنوع واحد من الأشغال أو اللوازم أو الدراسات أو الخدمات، الموافق عليها بقرار من الوزير المعني،

- دفاتر التعليمات الخاصة التي تحدد الشروط الخاصة بكل صفقة عمومية".

² - جابر جاد ناصر، الوجيز في القانون الإداري، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006، ص 187.

³ - ثروت بدوي، سلطة الإدارة في تعديل عقودها الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1963، ص 410.

تلجأ الإدارة إلى وسائل أخرى لمواجهة مشكلة إخلال المتعاقد بتنفيذ التزاماته التعاقدية أو تعهد بالتنفيذ إلى شخص آخر¹.

ذلك أن الهدف قيام الإدارة بتوقيع الجزاءات الضاغطة ليس مجرد معاقبة المتعاقد عن عدم وفائه بالتزاماته التعاقدية، وإنما يتجه أساسا إلى حسن سير المرافق العامة بانتظام واطراد تحقيق للمصلحة العامة².

وقد أوضحت ذلك المحكمة الإدارية العليا المصرية بقرارها المؤرخ في 19-0-2000 بقولها: "أن التنفيذ على الحساب في مجال العقود الإدارية هو وسيلة الإدارة في تنفيذ الالتزام عينا إعمالا لامتيازات الإدارة، ولا يعتبر عقوبة عقدية توقعها الإدارة على المتعاقد المقصر في التنفيذ، ولكن إجراء تستهدف الإدارة منه حسن سير المرافق العامة منعا من تعطيلها بما قد يعرض المصلحة العامة للضرر إذا توقفت هذه المرافق عن أداء الخدمات المنوطة بها، وهو تنفيذ تستقل جهة الإدارة باختيار الطريقة التي تراها ملائمة لإجرائه سواء بطرح الأعمال المتبقية في مناقصة عامة أو إسنادها إلى مقاول آخر بالممارسة بأمر مباشر، وهي بهذا الإجراء تعد نائبة عن المتعاقد معها في تنفيذ العقد على حسابه وتحت مسؤوليته المالية..."³.

المطلب الثاني: أنواع الجزاءات الضاغطة

هذا النوع من الجزاءات لا يهدف إلى تحميل المتعاقد مع الإدارة، أعباء مالية نتيجة إخلاله بالتزاماته التعاقدية، إنما يهدف إلى الضغط عليه لإجباره على التنفيذ. وتتخذ وسائل الإكراه حسب الفقه المصري ثلاث أنواع رئيسية وهي وضع المشروع تحت الحراسة في عقد الامتياز، والشراء على حساب المتعاقد في عقد التوريد، وحلول الإدارة محل المتعاقد في عقد الأشغال العامة⁴، وسنقتصر دراستنا في هذه النقطة على نوعين فقط هما الشراء على حساب المتعاقد ووضع المشروع تحت الحراسة في عقد الالتزام، بينما النوع

¹ - طعيمة الجرف، القانون الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، 1978، ص 615.

² - سعاد الشراوي، العقود الإدارية، المرجع السابق، ص 474.

³ - بلاوى ياسين بلاوى، المرجع نفسه، ص ص 84-85.

⁴ - علي عبد الأمير قبلان، أثر القانون الخاص على العقد الإداري، الجزء الأول، الطبعة الأولى، مكتبة زين الحقوقية والادبية، بيروت لبنان، 2011، ص 416.

المتعلق بسحب المشروع من المتعامل المتعاقد سنتناوله لا حقا بحجة أنه يتعلق بصفقة الأشغال العامة وفيه سنتطرق إلى مفهوم سحب المشروع من المتعامل المتعاقد في الفرع الأول وشروطه في الفرع الثاني وأثاره القانونية في الفرع الثالث.¹

1 -

أ- وضع المشروع تحت الحراسة في عقد الإلتزام

عقد الإلتزام المرفق العام هو عقد الغرض منه إدارة مرفق عام ذي صفة إقتصادية، ويكون هذا العقد بين جهة الإدارة المختصة بتنظيم المرفق وبين فرد أو شركة يعهد إليها باستغلال المرفق لفترة معينة من الزمن. يعني رفع يد الملتزم عن ادارة المرفق العام لمدة محدودة، وقيام السلطة مانحة الإلتزام بمباشرة الإدارة بنفسها، وبمن تعينه لذلك، لضمان سير المرفق العام بانتظام واطراد، ولا يترتب عليه الفسخ واسقاط حقوق الملتزم وإنما رفع يد الملتزم مؤقتا عن إدارة المشروع ، نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص 233.

كما عرف بأنه يتم بأن تضع جهة الإدارة المرفق موضوع العقد تحت الحراسة، وذلك في حالة التوقف الكلي أو الجزئي للمرفق، حتى ولو لم يكن هناك خطأ منسوباً إلى الملتزم فقد تفرض الإدارة هذا الإجراء بسبب التوقف الكلي أو الجزئي للمرفق للأسباب لا دخل لإدارة الملتزم بها كما لو كان التوقف راجعا لقوة قاهرة ضمانا لاستمرار سير المرفق، علي عبد الامير قبلان ، المرجع نفسه، ص 416.

وعرف على أنه هو إبعاد الملتزم المقصر عن إدارة المرفق وتباشر السلطة مانحة الإلتزام هذه الادارة بنفسها لتضمن للمرفق سيره المنتظم والمستمر، طارق محمد عبد الرحمان سلطان، المرجع السابق، ص 218.

-يذهب غالبية الفقه الى اعتبار سلطة الإدارة في وضع المرفق تحت الحراسة ذات طبيعة لائحية وليست عقدية، فيرى الفقيه الفرنسي جيز أن تلك السلطة تعد من طبيعة لائحية وليست عقدية حتى ولو تضمنتها نصوص العقد، لان مضمون سلطة فرض الحراسة الادارية وموضوعها أمر داخل في تنظيم أي مرفق عام مدار بطريق الإلتزام، فهي ذات مضمون عام ومجرد راجع إلى إلتزام الإدارة بضمان سير المرفق المدار بطريق الإلتزام على نحو مرض وذلك عن طريق وضع المرفق تحت الحراسة، عبد المجيد فياض، نظرية الجزاءات في العقد الإداري، المرجع السابق، ص 201.

وتلك قاعدة تنظيم أساسية متعلقة بالنظام العام ولا يجوز للإدارة أن تنتازل عنها، فالإدارة تبقى رغم الإلتزام مسؤولة عن سير المرفق ومن واجبها حماية المنتفعين بخدمات المرفق وهو ما يسمح بها بفرض الرقابة على نشاط الملتزم ومن ثم اقصاؤه عن ادارة المرفق وقيامها بدلا منه إذا لم يقم الملتزم بها أو عجز عن أدائها، عزيزة الشريف، المرجع السابق، ص 174.

يقر الفقه على وضع المرفق تحت الحراسة عند توافر الأسباب التالية:

-توقف الملتزم عن استغلال المرفق.

-ترك الملتزم للمرفق محل الإلتزام دون أن يقوم بتأمين استمرار تشغيله.

-تنازل الملتزم عن عقده للغير أو تعاقدته من الباطن بدون تصريح مسبق.

-عدم احترام الملتزم للتعريفات والرسوم المحددة بواسطة مانح الإلتزام ورفضه إمداد مانح الإلتزام بالحسابات الاصلية لعملياته.

-وجود قوة قاهرة تهدد استمرار المرفق عن العمل كالإضراب مثلا وبها يستحيل على الملتزم استمرار المرفق، طارق محمد عبد الرحمان سلطان، المرجع نفسه، ص 222.

- تترتب على وضع المرفق تحت الحراسة أثار قانونية هي :

- استبعاد الملتزم مؤقتاً عن إدارة المرفق أثناء فترة وضعه تحت الحراسة، وعلى ذلك فإن عقد الإلتزم لا ينتهي بهذا الإجراء بل يبقى ويظل للملتزم حقه في الإلتزام ، ويستطيع دائنوا الملتزم ان يتمسكو بحق الضمان العام على القيمة المالية لهذا الحق، على الرغم من فرض الحراسة، نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص 236.

- للملتزم أن يطلب إنهاء وضع المرفق تحت الحراسة إذا استعاد قدرته على الاستمرار في استغلال المرفق أو زالت الأسباب التي من أجلها فرضت الحراسة بشرط ألا يكون بخطأ من جانبه.

- تتولى الإدارة مسؤولية الاستغلال المؤقت للمرفق إما بنفسها أو عن طريق من يمثلها بواسطة وكلائها، أو أن تعهد به إلى مفاوض تعينه كحارس على المرفق أهل ثقة ويتولى هذا الحارس استغلال المرفق وكل ما يقوم به من تصرفات القانونية أو أعمال تتصرف أثارها للملتزم الذي يبقى مسؤولاً عن المرفق.

- من حق الإدارة الإستيلاء مؤقتاً على جميع ما يوجد في المرفق من منشآت ومعدات لازمة مملوكة للملتزم لتشغيل المرفق، وتسأل الإدارة عن أي تلف يحدث لها بسبب أعمال الحارس، وتلتزم الإدارة بالعناية بهذه المنشآت والأدوات وصيانتها أثناء حيازتها المؤقتة لها حتى يمكن إعادتها للملتزم عند نهاية الحراسة في حالة جيدة.

- تلتزم الإدارة بتنظيم إستغلال المرفق أثناء الحراسة وفقاً للشروط المنصوص عليها في دفتر الشروط، وعلى ذلك ليس من حقها أن تخفض رسوم الانتفاع وتزيد التكاليف.

- من حق الإدارة أثناء فترة الحراسة ان تحصل رسوم الانتفاع بالمرفق وكذا إرادته، طارق محمد عبد الرحمان سلطان، المرجع نفسه، ص ص 224 - 225.

- في حالة وضع المرفق تحت الحراسة بسبب خطأ جسيم من الملتزم، فإن الإستغلال المؤقت للمرفق يقع على نفقته وتحت مسؤوليته، وبذلك يتحمل الملتزم كافة المصروفات اللازمة لضمان سير المرفق، أما إذا كان وضع الحراسة بغير خطأ الملتزم، كالقوة القاهرة مثلاً فإن الإدارة هي التي تتحمل مخاطر الإدارة المالية، -ذنون سليمان يونس العبادي، المرجع السابق، ص 186.

ب- الشراء على حساب المتعامل المتعاقد في عقد التوريد: يرتبط هذا الجزاء بعقد التوريد، ويعرف هذا الأخير بأنه " اتفاق بين احد الأشخاص المعنوية العامة وأحد الأفراد أو الشركات على توريد منقولات لازمة لمرفق عام مقابل ثمن معين" وبناء على هذا التعريف فإن عقد التوريد ينصب على أشياء منقولة باستمرار كتوريد بضائع أو مواد غذائية ومستلزمات طبية ... إلخ، ولا يمكن أن يكون محل عقد التوريد عقاراً بطبيعته أو بالتخصيص وإلا أصبح عقد أشغال عامة، بلاوى ياسين بلاوى، المرجع السابق، ص 179.

بينما جزاء الشراء على حساب المورد عرف على أنه في حالة تخلف المتعاقد عن تنفيذ التزامه بالتوريد، تقوم الإدارة بالتنفيذ على حسابه ومسؤوليته، بلاوى ياسين بلاوى، المرجع السابق، ص 179.

كما تم تعريفه على أنه لا يعد عقوبة توقع على المورد، وإنما هو تطبيق لقاعدة تنفيذ الإلتزام عينياً تقوم به الإدارة عند امتناع المورد عن تنفيذ إلتزاماته أو إخلاله به ولا يتأتى ذلك إلا بالابقاء على العلاقة العقدية بين الإدارة والمتعاقد معها، بحيث تحل الإدارة محل المورد في تنفيذ إلتزاماته التي تخلف على تنفيذها على حسابه ومسؤوليته، ولها أن تقوم بالتنفيذ بنفسها أو أن تعهد به إلى متعاقد آخر، بلاوى ياسين بلاوى، المرجع نفسه، ص 185.

إن جزاء الشراء على حساب المورد لا يعد عقوبة عقودية توقعها الإدارة عليه، بل هو إجراء تستهدف به الإدارة تنفيذ الإلتزام عينياً، وذلك للضغط على المورد عند إخلاله بتعهدده، وقد شرع لحماية سير المرفق العام بانتظام واطراد، عاطف سعدي محمد علي، عقد التوريد الإداري بين النظرية والتطبيق، رسالة دكتوراه، جامعة عين الشمس، كلية الحقوق ، 2005، ص 477.

الفرع الأول: مفهوم سحب المشروع من المتعامل المتعاقد

لم يتناول المشرع الجزائري في المرسوم الرئاسي 15-247 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام هذا نوع من الجزاء الضاغط غير أنه نص عليه في دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال المتعلقة بوزارة تجديد البناء

وتستمد الإدارة حقها في توقيع هذا الجزاء من من مبادئ القانون العام وليس من العقد، فإذا خلت بنود العقد من الإشارة إليه فإن ذلك لا يعني حرمانها من سلطة اتخاذ هذا الإجراء.

ويتربط على ذلك أن للإدارة الحق في أن تقرر بنفسها تنفيذ عقد التوريد على حساب وتحتمسؤولية المورد المقصر دون حاجة اللجوء إلى القضاء مسبقا ودون اشتراط النص على هذا الحق في العقد، عبد المجيد فياض، نظرية الجزاءات في العقد الإداري، المرجع السابق، ص 239. يشترط الفقه لإعمال هذا الجزاء شرطين هما:

-**وقوع خطأ جسيم من المورد** : يشترط الفقه لقيام الإدارة باتخاذ هذا الإجراء ان يكون خطأ جسيما لدرجة تبرر التنفيذ على حسابه وتحت مسؤوليته، فليس كل خطأ من جانب المورد يبرر لجهة الإدارة الشراء على حسابه ، فمجرد التأخير ليس خطأ كافا لتبرير هذا الاجراء، بل يجب ان يترجم التأخير بعدم تنفيذ شروط العقد نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص 264. ومن أمثلة الخطأ الجسيم تقاعس المورد عن التسليم أو التأخير الممتد عن التسليم او رداءة الأشياء الموردة، أو الإهمال في تنفيذ الالتزامات بحيث يعرض المرفق للخطر، طارق محمد عبد الرحمان سلطان، المرجع السابق، ص 240.

-**انذار المورد المقصر**: يجب انذار المورد قبل توقيع جزاء الشراء على حسابه، وأن الإدارة ملزمة به حتى في حالة عدم النص عليه لعلة إمكانية تدارك المورد بتوقيع الجزاء عليه وحثه على الوفاء بالتزاماته في الوقت المحدد وبالشروط الواردة في العقد، ويعتبر الإنذار السابق هو التمهيد الطبيعي لأي إجراء ضاغط. ويتربط على جزاء الشراء على حساب المورد الآثار القانونية التالية:

-الشراء على الحساب لا ينهي العقد الأولي، أي انه تدبير مؤقت.

-استبعاد المورد وحلول الإدارة محله في تنفيذ عقد التوريد أو تعهد به إلى مورد آخر، بلاوى ياسين بلاوى، المرجع السابق، ص 191.

-التزام الإدارة بذات شروط العقد الأصلي الموقع بينهما عند الشراء على حساب المورد.

-تحميل المورد الأصلي الآثار المالية الناتجة عن تنفيذ الصفقة كفروق الأسعار وغرامات التأخير والمصاريف الإدارية.

-اعتبار الإدارة بمثابة الوكيل عن المورد ولهذا ينبغي ألا يكون تصرفها من شأنه الحاق ضرر به، ولذا فهي ملزمة بأن تبذل في قيامها بهذه الأعمال العناية التي تبذلها في أعمالها الخاصة، وإلا تحملت نتائج تصرفاتها إذا تسببت في زيادة أعباء هذا المورد.

-منع المورد المقصر أن يشترك في تنفيذ التوريدات المنفذة على حسابه سواء بطريقة مباشرة أو غير مباشرة، كما لا يجوز له التقدم بعبثائه في المناقصة الثانية المتعلقة باختيار المورد الجديد، نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص ص 270-271.

والاشغال العمومية والنقل من خلال المادة 35 منه¹ وكذا بموجب المادتين 119 و120 من المرسوم التنفيذي رقم: 21-219 المتضمن الموافقة على البنود الإدارية المطبقة على الصفقات العمومية للأشغال غير أنه لم يتطرق لتعريفه، و نظرا لإرتباط جزء سحب العمل من المتعامل المتعاقد بعقد الأشغال العامة بصفة خاصة دون غيره من العقود الإدارية الأخرى.

وبناء على ما تقدم ذكره سنتناول في هذا الفرع أولا تعريف سحب المشروع من المتعامل المتعاقد وثانيا طبيعته و ثالثا خصائصه.

أولا: تعريفه

أغفل المشرع الجزائري في المرسوم الرئاسي 15-247 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام تعريف هذا النوع من الجزاءات الإدارية، ولا النص عليه واكتفى بنص عليه في دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال المتعلقة بوزارة تجديد البناء والأشغال العمومية في مادته 35 الفقرة 3 منه والتي جاء فيها "... إذا لم ينفذ المقاول المقتضيات المفروضة يجوز للمهندس الرئيس، بإستثناء حالة الإستعجال بعد عرض المسألة على الوزير، أن يأمر بإجراء النظام المباشر..".

وباستقراء نص هذه المادة نلاحظ أن المشرع الجزائري أستعمل عبارة إجراء النظام المباشر بدلا من مصطلح الوضع تحت الإدارة المباشرة، كون هذا الأخير هو أحد الجزاءات الضاغطة التي تفرضها الإدارة على المتعاقد المخل في تنفيذ التزامه، وبموجبه تحل الإدارة في تنفيذ الأشغال على حسابه وتحت مسؤوليته، بينما مصطلح النظام المباشر يعتبر أسلوب من أساليب إدارة المرفق العام، بمقتضاه تتولى الإدارة بنفسها إدارة المرفق العام عن طريق موظفيها وتحت مسؤوليتها وبواسطة أموالها.

غير أنه في آخر مرسوم تنفيذي رقم 21-219 المتضمن الموافقة على دفتر البنود الإدارية العامة المطبقة على الصفقات العمومية للأشغال بموجب المادتين 119 و120

¹ - المادة 35 من القرار المؤرخ في 21-11-1964، المتضمن الموافقة على دفتر البنود الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال.

منه¹ تحت قسم الإجراءات الردعية حيال المقاول المتقاعس لم يعرفه وأغفل استعمال مصطلح الإدارة المباشرة واستعمل مصطلح حلول الوكيل محل المقاول المتقاعس.

الذي يقابله في القانون المصري مصطلح سحب المشروع من المتعاقد والذي كان يستعمله في القرار المؤرخ في 21-11-1964 المبين أعلاه مانحا المصلحة المتعاقدة بعد استشارة صاحب المشروع اللجوء إلى تطبيق الإجراءات الردعية أو الفاسخة المنصوص عليها في الأحكام التشريعية والتنظيمية²، وبالتالي فإن المشرع الجزائري عبر النصوص المنظمة للصفقات العمومية لم يعرف جزاء سحب العمل وترك ذلك للفقهاء والقضاء.

أ- **التعريف الفقهي:** تعددت التعاريف الفقهية في هذا الخصوص فعرف البعض جزاء سحب المشروع من المتعامل المتعاقد على أنه " إجراء تحل بمقتضاه الإدارة المتعاقدة بنفسها أو عن طريق مدير تعينه بمعرفتها محل المقاول المقصر على تنفيذ التزاماته التعاقدية وذلك لكفالة تنفيذ الأشغال لحساب المقاول وعلى مسؤوليته"³.

كما عرفه البعض الآخر " بأنه جزاء بمقتضاه تحل الإدارة المتعاقدة بنفسها أو عن طريق شخص آخر محل المقاول المقصر في تنفيذ التزاماته التعاقدية وذلك لكفالة تنفيذ الأشغال لحساب المقاول وتحت مسؤوليته"⁴.

ونرى أن هذين التعريفين أهملوا أهم خصائص جزاء سحب المشروع من المتعامل المتعاقد وهي أنه جزاء مؤقت لا ينهي الرابطة التعاقدية بين الطرفين وأن غايته إرغام المتعامل المتعاقد على تنفيذ التزامه عينيا، وكذا إغفالهما لضابط توقيع الجزاء وهو إرتكاب المتعامل المتعاقد خطأ جسيماً.

¹ - المادتين 119 و120 من المرسوم التنفيذي رقم 21/219 المتضمن الموافقة على دفتر البنود الإدارية العامة المطبقة على الصفقات العمومية على الأشغال.

² - نصت المادة 119 فقرتها 2 من المرسوم التنفيذي رقم 21-219، المتضمن الموافقة على دفتر البنود الإدارية العامة المطبقة على الصفقات العمومية على الأشغال، السابق ذكره على " عند تجاوز هذا الأجل الصارم، وفي حالة عدم معالجة المقاول التقصير المنسوب إليه، يمكن للمصلحة المتعاقدة بعد استشارة صاحب المشروع اللجوء إلى تطبيق الإجراءات الردعية أو الفاسخة المنصوص عليها في الاحكام التشريعية والتنظيمية"

³ - لحسن بن الشيخ آيت ملويا، المنتقى في قضاء مجلس الدولة، ج 1، دار هومة، الجزائر، 2002، ص 77 .

⁴ - بلاوى ياسين بلاوى، المرجع السابق، ص 155.

كما تم تعريفه على أنه وضع مشروع المقابلة تحت الإدارة المباشرة للإدارة يكون لضمان تنفيذه و لتأمين سير المرفق العام موضوع العقد.

وفي تعريف آخر عرف جازاء سحب العمل من المقاول على أنه "جزاء من الجزاءات التي تملك الإدارة حق ممارستها، فهو وسيلة ضغط وإجراء قهري بمقتضاه تحل الإدارة بنفسها أو عن طريق مقاول آخر تعهد له بذلك محل المقاول المتخلف عن التزاماته التعاقدية، لتنفيذ الأشغال على حساب هذا الأخير ومسؤوليته، كما يمكن الاستيلاء على أداوته وعماله بالقدر الذي يمكنها من إنجاز الأعمال"¹.

كما تم تعريفه على أنه هو وضع المقابلة تحت الإدارة المباشرة لصاحب الأشغال(الإدارة) فيحل محل المقاول أو يعين مدير يقوم بتسيير المقابلة وتنفيذ الأشغال التي لم ينفذها المقاول ويتم ذلك لحساب هذا الأخير وعلى مسؤوليته.

ونرى أن هذا التعريف الثلاث السالفة الذكر جاءت قاصرة لإغفالها أهم خصائص هذا الجزاء وهي أنه لا ينهي الرابطة التعاقدية بين الطرفين وغايته إرغام المقاول على تنفيذ التزامه عينيا وضابط توقيعه أن يرتكب خطأ جسيم.

كما ينبغي توضيح من خلال آخر تعريف الذي أشار إلى مصطلح الإدارة المباشرة كجزاء قسري تطبقه الإدارة صاحبة الأشغال على المقاول أنه يختلف عن الاستغلال المباشر الذي هو أسلوب من أساليب إدارة المرافق العامة، أين تتولى الإدارة بنفسها تسيير المرفق العام مستعملة أموالها وموظفيها، مستخدمة امتيازات السلطة العامة ومتحملة مسؤوليتها بذلك².

والبعض الآخر عرفه " بأنه قيام المصلحة المتعاقدة في حالة الخطأ الجسيم مقام المتعامل المتعاقد في تنفيذ التزاماته أو أن تحل غيره محله في القيام بها بصفة مؤقتة لحسابه وعلى مسؤولية المتعاقد"³.

هذا التعريف الأقرب إلى الصواب بسبب تحديده لطبيعة هذا الجزاء أنه مؤقت وضابط توقيعه بسبب ارتكاب المتعامل المتعاقد خطأ جسيم.

5-christophe lajoye .ib id.p 181

² - بن شعبان علي، المرجع السابق، ص109، هارون عبد العزيز الجمل، المرجع السابق، ص171.

4-christophe lajoye . droit des merches publics. Berti editionsK alger.2007. p175

من خلال هذه التعاريف يتضح لنا أن معظمها اتفقت على أن جزء سحب العمل من المقاول لا يعد عقوبة توقعها الإدارة على المتعامل المتعاقد معها، وإنما وسيلة وإجراء ضغط تستخدمه الإدارة للضغط على المتعامل المتعاقد المقصر في تنفيذ التزاماته التعاقدية وهذا التنفيذ إما يكون عن طريق الإدارة نفسها أو عن طريق متعاقد آخر على حسابه ومسؤوليته دون إنهاء العقد محل التنفيذ، وهذا الجزء توقعه الإدارة دون حاجة إلى النص في العقد، كما أنها لا تحتاج إلى حكم من القاضي، بل توقعه بقرار يصدر عنها.

ب-التعريف القضائي: لم تتفق الإجهادات القضائية على إعطاء تعريف موحد لجزء سحب العمل من المقاول فالرجوع إلى الإجهاد القضائي المصري نجد عرفته المحكمة الإدارية العليا بمصر في قرارها الصادر بتاريخ 1961/04/22 طعن رقم 1137 بأنه "جزء من الجزاءات التي تملك جهة الإدارة ممارستها، فهي وسائل ضغط وإجراءات قهرية يبررها أن العقود الإدارية يجب أن تنفذ بدقة لأن سير المرافق العامة يقتضي ذلك".¹

كما عرفته محكمة القضاء الإداري المصرية في قرارها الصادر بتاريخ 1956/12/09 المجموعة في 35 عاما من 1926-1961 بأنه "عندما يخل المقاول في تنفيذ التزاماته التعاقدية أو يتراخى في تنفيذها، فإن الإدارة لها من الإجراءات التي تكفي ضمان تنفيذ الأشغال لتأمين سير المرافق العامة، وعلى هذا الأساس فإن الإدارة تستطيع أن تحل محل المقاول المقصر في إنجاز العمل أو أن تعهد به إلى مقاول آخر لتنفيذه".²

من خلال ما سبق نرى أن جميع التعاريف سواء الفقهية أو القضائية ليست جامعة مانعة ولا موحدة، لكنها متكاملة ومتقاربة ولا تعطي التعريف المحدد والمطلوب لهذا الإجراء، بأنه من الجزاءات الضاغطة التي لا تنهي الصفقة بل تعهد بتنفيذه إلى غير المقاول الأصلي على حسابه ومسؤوليته.

¹ - صوفية عباد، سلطة الإدارة في توقيع جزء سحب العمل من المقاول في صفقة الأشغال العامة في التشريع الجزائري، مجلة العلوم القانونية والسياسية، المجلد 09، العدد 02، 2018، ص588.

² - محمد عبد الله حمود، إنهاء العقد بالإرادة المنفردة، الطبعة الأولى، دار العلمية الدولية للنشر والتوزيع، الأردن، 2002، ص 164.

ثانيا: طبيعته القانونية

سحب العمل من المقاول هو جزء من الجزاءات الضاغطة التي بمقتضاه تستطيع الإدارة أن ترفع يد المقاول عن تنفيذ الأشغال موضوع الصفقة، وتحل محله أو تحل غيره محله في تنفيذ الأشغال، وذلك على حساب المقاول الأصلي ومسؤوليته مستخدمة في ذلك أدواته وألاته، وذلك إعمالا لسلطتها في التنفيذ المباشر دون اللجوء مسبقا إلى القضاء وحتى ولو لم يكن منصوصا عليه في الصفقة.

وبالنظر إلى صفقة الأشغال العامة ما يزال ينظمها دفتر الشروط الإدارية العامة، فإن ممارسة جزاء سحب العمل من طرف المصلحة المتعاقدة يكون بقوة القانون بقدر ضرورتها لتنفيذ الأشغال العامة الكفيلة بحسن سير المرفق العام حتى ولم ينص عليه في الصفقة¹. وبهذا فقد اختلفت آراء فقهاء القانون في بيان الطبيعة القانونية لسحب العمل من المقاول بين هو من النظام العام أو إتفاق أنشأ بين العلاقة التعاقدية.

الرأي الأول:

يرى غالبية الفقهاء في هذا الخصوص أن جزاء سحب العمل من المقاول وتنفيذه على حسابه مرتبط بالنظام العام باعتباره أنه ضروري للمحافظة على تنفيذ العقد لضمان سير المرفق العام بانتظام واستمرار والمحافظة على عدم تعطل المرفق، وبذلك فإنه يتواجد بقوة القانون دون اشتراط أن ينص عليه العقد².

ويترتب على ذلك أن الإدارة لا يمكنها التنازل عن حقها في سحب العمل، وبالتالي فإنه لا يجوز أن يتضمن عقد الأشغال العامة نصا يحرم الإدارة من ممارسة حقها في سحب العمل، وإذا أدرج مثل هذا الشرط فإنه يكون باطلا و لا أثر له، وذلك لمخالفته النظام، لأنه يلغي في الواقع سلطة قانونية ضرورية لكفالة سير المرفق العام³.

الرأي الثاني: ويرى البعض أن أطراف العقد إذا اتفقوا على استبعاد سلطة الإدارة في سحب العمل فإنه يجب أن تفسر إرادتهم هذه بأن حق الإدارة في تطبيقه يجب أن لا يمارس

¹ - صوفية عباد، المرجع السابق، ص 590.

² - عبد الله الرحمن محمد سامح، سحب العمل من المقاول في عقود الأشغال العامة، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، مركز الدراسات العربية، مصر، 2016، ص 89.

6-Bonnard roger.precise de droit administratifs.04 eme edition. Librairie generale de droit et de jurispendence. Paris.1943.p266

في حالة الخطأ الجسيم التي يتعرض فيها المرفق العام للخطر بحيث يقتصر تطبيق هذا الإتفاق على حالات الخطأ العادي¹، في حين رفض بعض الآخر التسليم بهذا المبدأ معتبرا أن النص في عقد الأشغال العامة على استبعاد جزاء السحب يعتبر باطلا ولا يعتد به². كما أنه ومن ناحية أخرى سحب العمل من المقاول المقصر في عقد الأشغال العامة، وتنفيذه على حسابه، يعد وسيلة الإدارة في تنفيذ الإلتزام عينا وهو تنفيذ تقوم به الإدارة بنفسها أو بواسطة الغير على حساب المتعاقد معها وتحت مسؤوليته وذلك إعمالا لامتيازها في التنفيذ المباشر دون حاجة منها إلى اللجوء إلى القضاء لإصدار حكم قضائي يسمح لها بذلك.

و لا يعد التنفيذ على الحساب عقوبة عقدية توقعها الإدارة على المقاول المقصر، ولكنه إجراء تستهدف به الإدارة حسن سير المرفق العام بانتظام وإطراد منعا من تعطلها مما يعرض المصلحة العامة للضرر إذا توقف هذا المرفق عن أداء الخدمات المنوطة به، كما لا يعد القرار الصادر عن الإدارة في سحب العمل من المقاول في مقام التكييف القانوني قرارا إداريا، وإنما هو وسيلة ضغط مقررة لجهة الإدارة لإجبار المقاول على التنفيذ العيني للعقد. وسلطة الإدارة في سحب العمل من المقاول سلطة تقديرية لا يحدها إلا القاعدة العامة التي توجب أن يكون تصرف الإدارة بقصد تحقيق الصالح العام، وهي سلطة مقررة بقوة القانون لمصلحة الإدارة بقدر ضرورتها لتنفيذ الأشغال الكفيلة بحسن سير المرفق العام³. مما سبق تبيانه من آراء فقهية واتجاه قضائي حول الطبيعة القانونية لجزاء سحب العمل من المتعامل المتعاقد في عقد الأشغال العامة توصلنا إلى أنه إجراء مؤقت، لا يترتب عنه إنهاء العقد، بل يبقى العقد الأصلي قائما، وينفذ على حساب المقاول الأصلي وتستمده المصلحة المتعاقدة من النظام العام دون الحاجة إلى النص عليه في العقد ودون اللجوء في ممارسته إلى حكم قضائي صادر عن القضاء مسبقا.

¹ - بلاوى ياسين بلاوى، المرجع السابق، ص 162.

² - سعيد عبد الرزاق باخبيزة، سلطة الإدارة الجزائية في أثناء تنفيذ العقد الإداري، دراسة مقارنة، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2007-2008، ص 248.

³ - بلاوى ياسين بلاوى، المرجع نفسه، ص 161.

ثالثاً: خصائصه

يتميز سحب العمل من المقاول بعدة خصائص متمثلة فيما يلي:

أ-تستطيع الإدارة سحب العمل من المتعامل المتعاقد حتى ولو لم ينص عليه في العقد

إن هذا الجزاء متعلق بالنظام العام ومن ثم لا يجوز للإدارة التنازل عنه، كما لا يجوز أن يحتوي عقد الأشغال على أي نص يمنع الإدارة من ممارسة حقها في سحب العمل بصورة عامة، وإن وجد مثل هذا النص فإنه يعتبر باطلاً ولا يجوز الإحتجاج به باعتباره مخالفاً للنظام العام.

ب-يطبق هذا الجزاء إذا ارتكب المقاول خطأ جسيم

من الأمور المسلم بها في كل من الفقه والقضاء الإداري أنه لكي يتسنى للإدارة سحب العمل من المقاول أن يقترف هذا الأخير خطأ جسيم أثناء تنفيذ التزاماته التعاقدية فالأخطاء البسيطة لا يعتد بها لتطبيق هذا الجزاء¹.

ج-سحب العمل من المقاول له صفة مؤقتة

يعني أن المصلحة المتعاقدة عند ما تمارس هذا الجزاء لا تنهي الرابطة العقدية بينها وبين المتعامل المتعاقد وإنما وسيلة ضغط فقط الغاية منها إرغامه على تنفيذ التزاماته التعاقدية ويظل العقد الأصلي قائماً.

د-للإدارة فرض هذا الجزاء من تلقاء نفسها

للإدارة سحب العمل من المقاول دون أن تطلب ذلك من جهة القضاء بمعنى تمارس هذا الحق بواسطة قرار تصدره من جانبها بشكل منفرد، وينبغي أن يكون القرار مشروعاً خالياً من العيوب التي تشوب القرارات الإدارية².

هـ-لا يجوز سحب العمل بدون إنذار المقاول وإعلامه بذلك

ينبغي في هذا الخصوص إنذار المقاول قبل سحب العمل منه لإعطائه فرصة أخيرة من خلالها يتدبر أمره ويصحح أخطائه ليتفادى توقيع الجزاء عليه، ويحقق إنذار فائدة أخرى للإدارة حيث تتأني قبل توقيع الجزاء، لأن السرعة في اتخاذه قد تؤثر على المصلحة

¹ - وليد سعود فارس، العبادي، محمد وليد حامد، المرجع السابق، ص 80-81

² - سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص 520.

العامّة كون الإدارة هي التي ستتولى تنفيذ الأشغال إما بنفسها أو عن طريق غيرها إذا ما تم سحب العمل من المقاول.

الفرع الثاني: شروط سحب المشروع من المتعامل المتعاقد

إذا كانت المصلحة المتعاقدة تملك الحق في الحل محل المتعامل المتعاقد وتنفيذ الصفقة على حسابه، وعلى مسؤوليته وإيقاع هذا الجزاء عليه دون اللجوء إلى القضاء سواء نصت الصفقة على هذا الجزاء أم لم تنص عليه. وحماية للمتعامل المتعاقد من التعسف في استعمال هذا الجزاء من المصلحة المتعاقدة اتجاهه، قد حدد الفقه والقضاء شروط يجب مراعاتها من المصلحة المتعاقدة عند توقيع هذا الجزاء عليه وعمل التشريع الجزائري على تقنينها وتمثل هذا الشروط فيما يلي:

أولاً- وقوع خطأ جسيم من المتعامل المتعاقد

من الأمور المسلم بها لدى كل من الفقه والقضاء الإداري أنه لكي يتسنى لجهة الإدارة القيام بوضع المشروع تحت الإدارة المباشرة لها بعد سحب العمل من المتعامل المتعاقد لا بد من ارتكاب هذا الأخير لخطأ جسيم، فالأخطاء البسيطة والتي لا ترقى إلى هذه الدرجة لا تكفي لتبرير هذا الجزاء¹، إذ يكون باستطاعة المتعامل المتعاقد في حالة ما تم وضع المشروع تحت الإدارة المباشرة وسحب العمل منه أن يطلب تحميل الإدارة مسؤولية ما يترتب عن ذلك من نتائج بما في ذلك حقه في المطالبة بالتعويض²، ووفقاً لقضاء مجلس الدولة الفرنسي فإن أخطاء المقاول الرئيسية التي تبرر سحب العمل منه تنقسم إلى نوعين:

النوع الأول هو عدم مراعاة شروط العقد ومثالها عدم مراعاة المقاول لمدة التنفيذ المنصوص عليها في العقد، وبشرط أن يكون هناك تأخير منسوب من المقاول، أما إذا كان التأخير منسوباً للإدارة أو إلى سبب آخر ليس له صلة بالمقاول كالقوة القاهرة و الصعوبات الإستثنائية غير المتوقعة فلا يطبق هذا الجزاء و إلا كان خطأً يستوجب التعويض، و كذا

¹ - هيثم حليم غازي، المرجع السابق، ص 140.

² - نصري منصور النابلسي، المرجع السابق، ص 234.

التفويض المعيب للعمل كتنفيذ العمل بصورة غير كاملة أو عكس قواعد البناء المعمول بها أو مخالفة نصوص العقد والرسومات والتصميمات الهندسية الواجب عليه إتباعها. أما النوع الآخر فهو رفض المقاول الإمتثال للأوامر المصلحية الصادرة من جهة الإدارة إلى مقاول الأشغال العامة بقصد تحديد أوضاع تنفيذ العقد وتعد هذه الأوامر وسيلة الإدارة الأساسية في الرقابة على المتعاقد، وتصدر عادة من الموظفين الفنيين المهندسين المنوط بهم الإشراف على تنفيذ الأشغال العامة¹.

والأمر المصلي يتمثل في إشراف ورقابة توجيه الإدارة لأن التوجيه من إختصاصات الإدارة تمارسه في مواجهة المتعاقد عن طريق إصدار أوامر التشغيل المتعددة، والتزام المقاول بالخضوع لهذه الأوامر لا يقتصر على تلك التي تدخل في نطاق التنفيذ الدقيق للعقد، ولكن يمتد أيضا إلى التعديلات التي قد تفرضها الإدارة طالما أنها يمكن أن تدخل في تقديرات المتعاقدين أو في نطاق التسامح المقبول والمثال على ذلك أعمال تقتضيها قوه القاهرة أو أعمال ذات أهمية ضئيلة، أما إذا تضمن الأمر المصلي أعمالا لا يشملها العقد فإن رفض المقاول تنفيذها لا يبرر وضع المقاولة تحت الإدارة المباشرة لأن الإدارة لا يحق لها أن تغير من موضوع العقد أو أن تقبله رأسا على عقب وإن فعلت ذلك يحق للمتعاقد التعويض.

والأصل في أن يصدر الأمر المصلي في صورة كتابية وعلى المقاول الإلتزام به صراحة إلا أنه يمكن التحرر من هذه الشكلية بنص صريح في العقد إذا ما أقرت به الإدارة أو أقره العرف الإداري الجاري والظروف الحاصلة بتبريره².

ومن بين الحالات التي تنطبق على الخطأ الجسيم الذي قد يرتكبه المتعامل المتعاقد أثناء تنفيذه للعقد في نظر مجلس الدولة الفرنسي مايلي:

أ-ترك موقع العمل أو وقف الأعمال لمدة تزيد على خمسة عشر يوم دون سبب معقول.

ب- عدم استجابة المقاول للأوامر المصلحية الموجهة إليه من قبل الإدارة³.

¹ - بلاوى ياسين بلاوى، المرجع السابق، ص 108-109.

² - طارق محمد عبد الرحمن سلطان، المرجع السابق، ص 232-233.

³ - ولقد استقر مجلس الدولة الفرنسي على أن " عدم امتثال المقاول للأوامر المصلحية يعتبر من قبيل الخطأ الجسيم الذي يبرر توقيع جزاء شديد يتناسب مع ما قد يحدثه الامتناع عن تنفيذ الأوامر من اضطراب خطير من الناحية الاقتصادية،

ج- إذا قام المقاول بنفسه أو بواسطة غيره سواء بطريقة مباشرة أو غير مباشرة باستخدام وسيلة من وسائل الغش والتدليس أو التلاعب في الطريق المتفق عليها لتنفيذ العقد.

د- تواجد المقاول في مركز مالي سيء يحول بينه وبين تنفيذ التزاماته التعاقدية، أو بتقديمه لطلب خطي يعلن فيه عن إشهار إفلاسه¹.

هـ- إذا أهمل المقاول إهمالا جسيما في تنفيذ العقد أو أغفل القيام بإحدى التزاماته الجوهرية المقررة في العقد، ولم يباشر بإصلاح آثار ذلك.

و- إذا تنازل المقاول عن تنفيذ التزاماته التعاقدية، دون الحصول على موافقة محررة كتابيا من جانب الإدارة، أو صدر حكم بحقه من محكمة ذات اختصاص يقضي بحجز أمواله وكان من شأن هذا الحجز أن يؤدي إلى عجزه عن الإيفاء بالتزاماته².

وبالرجوع إلى المشرع الجزائري نجده في دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال المتعلقة بوزارة تجديد البناء خول للمصلحة المتعاقدة حالات تعتمد عليها في سحب العمل من المقاول على سبيل المثال لا الحصر، فالمادة 35 الفقرة 1 منه نصت على " إذا لم يتقيد المقاول بشروط الصفقة أو بأوامر العمل التي يتلقاها من مهندس الدائرة أو المهندس المعماري، يعمد المهندس الرئيسي إلى إنذاره بلزوم التقيد بتلك الشروط والأوامر في أجل يحدد بمقرر يجري إبلاغه له بموجب أمر المصلحة"، وهاته الحالات تتمثل فيما يلي:

1- **عدم التقيد بشروط الصفقة:** وذلك بالتنفيذ المخالف للشروط والمواصفات أو عدم التقيد بالآجال المتفق عليها ما لم يكن هذا التأخير راجع للإدارة بحد ذاتها أو لأسباب خارج عن إرادته قوة قاهرة.

2- **عدم الإمتثال لأوامر المصلحة المتعاقدة:** يلتزم المقاول في صفقة الأشغال العامة أثناء فترة المشروع بإستجابة لقرار الأمر المصلي فهو قرار إداري له طابع ملزم للمقاول يوجه إليه.

مما يعوق حسن سير المرافق العامة، وعلى ذلك فإن رفض المقاول الاذعان لهذه الأوامر يعطي الحق للإدارة في ان تسحب العمل منه او ان تلجا لفسخ الصفقة، سبكي ربيعة، المرجع السابق، ص122.

1 - سعيد عبد الرزاق باخبيرة، المرجع السابق، ص250.

2 - محمود خلف الجبوري، العقود الإدارية، 1998، المرجع السابق، ص134.

وتقرر هذه الخاصية عادة دفا تر الشروط والتزام المقاول بالخضوع أثناء فترة المشروع للأوامر المصلحية الصادرة من الإدارة ولا تقتصر على تلك التي تدخل في نطاق التنفيذ الدقيق للعقد ولكن يمتد إلى مختلف التعديلات التي تفرضها الإدارة¹.

ويشترط لإستجابة المقاول لقرار الأمر المصلحي الشروط التالية:

- أن يكون مكتوبا، وأن يكون مؤرخا ومرقما ومسجلا، ويترتب على ذلك أن المقاول لا يلتزم بتنفيذ الأوامر الشفهية إلا إذا كان العقد ينص على إمكان العمل بالأوامر الشفهية.
- أن يكون متعلقا بتنفيذ العقد، على أنه يجب ألا يتضمن تعديلا للعقد أو مساسا بشروطه الجوهرية.

- أن تكون مشروعه إذ لا يلتزم المتعاقد بتنفيذ الأوامر غير المشروعة، ولكن عليه الإمتثال لها، حتى لا تعطل مصالح المرفق العام، والإلتجاء إلى القضاء طالبا إلغائها والتعويض عنها إذا كان له مبرر، إذ يجوز له التعليل بعدم مشروعيتها وهذا ما نصت عليه المادة 12 الفقرة 7 من دفتر الشروط الإدارية العامة "... عندما يرتئي المقاول بأن مقتضيات أمر المصلحة تتجاوز إلتزاماته المتعاقد عليها بالصفقة، فيجب عليه تحت طائلة الفسخ، تقديم ملاحظة خطية ومعللة الأسباب إلى مهندس الدائرة أو المهندس المعماري خلال أجل عشرة أيام..."².

والحالتين المبينتين أعلاه التي حددتهما المادة 35 أكد عليهما المرسوم التنفيذي رقم 21-219 من مادته 119 ف 1 منه بقولها " في حالة عدم تقيد المقاول بأحكام الصفقة العمومية للأشغال أو لأوامر الخدمة المبلغة له، تقوم المصلحة المتعاقدة بإعذاره للتقيد بها في أجل محدد".

هذا ونشير إلى أن المشرع الجزائري ذكر حالة أخرى للمصلحة المتعاقدة تستند عليها في سحب العمل من المتعامل المتعاقد وتتعلق بالمركز المالي للمقاول ومتمثلة في إفلاس

¹ - علي عبد العزيز الفحام، سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري، دار الفكر العربي، مصر، 1975، ص 429.

² - صوفية عباد، المرجع السابق، ص 592.

المقاول، أو تقدم بطلب إشهار إفلاسه وذلك ما نصت عليه المادة 37 من دفتر الشروط الإدارية العامة¹.

وعليه نجد أن المشرع الجزائري ساير القضاء الفرنسي في الحالات التي تعد بمثابة أخطاء تستند عليها المصلحة المتعاقدة في سحب العمل من المتعامل المتعاقد وهي إما تتعلق بالمركز المالي للمقاول وهي التي بينتها المادة 37 من دفتر الشروط الإدارية وإما متعلقة بالشخص المقاول وهي التي بينتها المادة 35 من دفتر الشروط الإدارية العامة، وهذه الحالة لم ينص عليها المرسوم التنفيذي رقم: 21-219 المتضمن الموافقة على دفتر البنود الإدارية العامة المطبقة على الصفقات العمومية للأشغال .

وحسنا ما فعل المشرع الجزائري بجعل هاته الحالات التي تمكن المصلحة المتعاقدة من سحب العمل من المقاول على سبيل المثال لا الحصر، لأن جعل هذه الحالات على سبيل الحصر سيجعل سلطة المصلحة المتعاقدة مقيدة لا تقديرية وبالتالي هذا سيمكن المقاول من الإفلات من هذا الجزاء وسيؤثر على سير المرفق العام بانتظام واطراد وسيضر بالمال العام، وعليه بجعل المشرع الجزائري هاته الحالات على سبيل المثال لا الحصر تبين لنا أن أي إخلال من جانب المتعامل المتعاقد بأي التزام من التزاماته التعاقدية يتصف بالجسامة يعد سببا جدي لسحب المشروع من المتعامل المتعاقد وتنفيذه على حسابه وتحت مسؤوليته.

ثانيا- توجيه الإعدار للمتعامل المتعاقد

يتجه الفقه والقضاء الإداري والتشريع إلى أنه يلزم لصحة قرار سحب الأعمال إعدار المقاول بوضع المقاوله تحت الإدارة المباشرة، ومنحه مهلة كافية لإصلاح مخالفته، وإلا كان مسلكها بتوقيع هذا الجزاء معيبا².

ويقصد بالإعدار وضع المدين قانونا في حالة المتأخر في تنفيذ التزاماته، أو هو تنبيه المتعاقد بإخلاله وبأن هذا الإخلال بالتنفيذ من شأنه أن يعرضه لتوقيع الجزاءات ،

¹ - المادة 37 من القرار المؤرخ في 21-11-1964 ، المتضمن المصادقة على دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال الخاصة بوزارة تجديد البناء والأشغال العمومية والنقل.

² - هيثم حليم غازي، المرجع السابق، ص143.

ويعتبر الإعذار هو التمهيد الطبيعي لأي إجراء ضاغط وضمانة من ضمانات المتعاقد مع جهة الإدارة¹.

ويجب أن يتضمن قرار الإعذار ما يلي:

- المخالفات المنسوبة للمتعاقد مع إيضاح أوجه التقصير التي تعتري عملية تنفيذ التزاماته التعاقدية.

- الأعمال التي يجب القيام بها سواء كانت محددة مثل العيوب الواجب إصلاحها، أو تمس العقد في مجموعة مثل مطالبته أن يحسن التنفيذ.

- إنذار الإدارة للمتعاقد بأنها ستضع المقاوله تحت الإدارة المباشرة بسحبها منه وإسنادها لغيره تنفيذا لها على نفقته الخاصة في حالة عدم إستجابته².

أما القانون الجزائري فقد نصت المادة: 35 ف1-2 من دفتر الشروط الإدارية العامة المطبق على الصفقات العمومية على "إذا لم يتقيد المقاول بشروط الصفقة أو بأوامر الصفقة التي يتلقاها من مهندس الدائرة أو المهندس المعماري، يعمد المهندس الرئيسي إلى إنذاره بلزوم التقيد بتلك الشروط والأوامر في أجل يحدد بمقرر يجري إبلاغه له بموجب أمر مصلحة.

وهذا الأجل، باستثناء حالة الإستعجال لا يجوز أن يقل عن عشرة أيام ابتداء من تبليغ الإنذار".

وأكدت على هذا الشرط المادة 119 ف 1 من المرسوم التنفيذي رقم: 21-219³، غير أن المشرع الجزائري في هذا المادة لم يقيد المصلحة المتعاقدة بأجل ألا يقل عن 10 أيام كما فعل في دفتر الشروط الإدارية العامة وحسنا ما فعل.

وبالتالي يبقى بذلك الإعذار من الشروط الجوهرية التي يتعين على الإدارة التقيد بها، وفي حال ما إذا ما خالفت هذه القاعدة عد قرارها بسحب العمل من المقاول باطلا لعدم استيفائه الشروط الشكلية، ومع ذلك يبقى من شأنها أن تحل محل المقاول في الحالات

¹ - خليل صالح السامرائي، المرجع السابق، ص 204.

² - عبد الله نواف العنزي، المرجع السابق، ص 124.

³ - المادة 1.119 من المرسوم التنفيذي رقم: 21-219، المتضمن الموافقة على دفتر البنود الإدارية العامة المطبقة على الصفقات العمومية للأشغال.

الاستعجالية فقط وقد حدد المشرع الجزائري مهلة للمصلحة المتعاقدة احترامها بعد إعادها للمتعاقد والمقدرة بعشرة أيام من تاريخ التبليغ، ما عدا في الحالات المستعجلة¹، غير أن أجل 10 أيام وحالة الاستعجال تخلى عنها المشرع الجزائري بموجب المرسوم التنفيذي رقم: 21-219².

جاء المشرع الجزائري بإجراءات خاصة يجب مراعاتها في حالة التجمع المؤقت المشترك³ في المرسوم التنفيذي رقم: 21-219 المتضمن الموافقة على دفتر البنود الإدارية العامة المطبقة على الصفقات العمومية للأشغال فيما يخص ضابط الإعدار الذي تلتزم به المصلحة المتعاقدة قبل توقيع جزاء سحب العمل من المتعاقد المقصر، وهذا بموجب نص المادة 120 منه⁴، وهذه الحالة لم ينص عليها القرار المؤرخ في 21-11-1964 المتضمن المصادقة على دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال وتتمثل هذه الإجراءات الخاصة بالإعدار فيمايلي:

أ-إعدار المصلحة المتعاقدة لعضو التجمع المؤقت المشترك في أجل محدد.

¹ - سعيد عبد الرزاق باخبيزة، المرجع السابق، ص 256.

² - المادة 1.119 من المرسوم التنفيذي رقم: 21-219، المتضمن الموافقة على دفتر البنود الإدارية العامة المطبقة على الصفقات العمومية للأشغال.

³ - عرفت المادة 40 المتضمن الموافقة على دفتر البنود الإدارية العامة المطبقة على الصفقات العمومية للأشغال، التجمع المؤقت للمؤسسات على " أنه اتفاق مؤقت بين عدة مؤسسات قصد إعداد عرض مشترك بالنسبة للتعهد أو الترشح لتنفيذ صفقة عمومية، يشكل هذا التجمع الوضعية التي ينظم فيها متعاملين إقتصاديين أو عدة متعاملين إقتصاديين في تجمع مؤقت دون أن يحوز هذا التجمع المؤقت الذي تم إنشاؤه بموجب إتفاقية التجمع حسب مضمون المادة 6.40 منه على الشخصية القانونية، يسمح هذا التجمع للمؤسسات أن تترشح لصفقة عمومية يتعذر عنها ذلك إن ترشحت كل واحدة لوحدها".

يفترض التجمع المؤقت للمؤسسات أن يكون كل متعامل من المتعاملين الإقتصاديين في هذا الإطار طرفا في الصفقة العمومية الرئيسية للأشغال وهذا بصفة مباشرة".

وكما أن المادة 1.40 حددت أشكال التجمع المؤقت للمؤسسات والذي يمكن أن يأخذ شكل تجمع مؤقت لمؤسسات متضامنة أو تجمع مؤقت لمؤسسات مشتركة، غير أنه إذا اقتضت طبيعة الصفقة العمومية ذلك يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تلزم الشكل التضامني لهذا التجمع المؤقت في دفتر الشروط.

⁴ - المادة 120 من المرسوم التنفيذي رقم: 21-219، المتضمن الموافقة على دفتر البنود الإدارية العامة المطبقة على الصفقات العمومية للأشغال.

ب- يجب تبليغ الإعذار للوكيل عن طريق رسالة موسى بها، مقابل وصل الاستلام وينشر حسب الشروط المحددة في التنظيم المعمول به ويسري مفعول أجله حسب الشروط نفسها المنصوص عليها بموجب المادة 119 من نفس المرسوم التنفيذي رقم: 21-219 وذلك ابتداء من التاريخ الأول للنشر.

ج-يسري هذا الإعذار اتجاه الوكيل دون الحاجة لبيان صريح اتجاهه ويعد متضامن مع المقاول المتسبب وفي حالة إذا لم يمثل هذا الأخير (المقاول المتقاعس) لهذا الإعذار في الاجل التي حددتها المصلحة المتعاقدة يجب على الوكيل الحلول محل المقاول المتقاعس لتنفيذ الجزء الخاص به من الأشغال وبالتالي المشرع الجزائري جعل من مسؤولية تقاعس أحد أعضاء التجمع مسؤولية تضامنية وحسنا ما فعل لأن هذا يحافظ على المال العام ويضمن سير المرفق العام بانتظام واطراد.

د- إعذار الوكيل بصفته ممثل ومنسق المقاولين الآخرين في إطار التجمع المؤقت من أجل تنفيذ الأشغال التي تقاعس على تنفيذها المقاول المقصر وهذا في حالة عدم امتثاله لذلك وذلك حسب الكيفيات المحددة في المادة 1.1.120 من المرسوم التنفيذي رقم 21-219.

هـ - حالة ما بقي الإعذار دون جدوى تطلب المصلحة المتعاقدة من أعضاء التجمع المؤقت تعيين من بينهم وكيل جديد في حدود أجل مدته 15 يوما .

و- حالة عدم امتثال كل من المقاول المتقاعس أو الوكيل للمجمع المؤقت لهذا الاعذار يتم تطبيق الإجراءات المنصوص عليها في المادة 2.119 و 3.199 من نفس المرسوم التنفيذي فور استكمال التدابير المنصوص عليها السابقة يحل الوكيل الجديد محل الوكيل القديم بكل حقوقه وواجباته.

وما يلاحظ على هذه الاجراءات التي تضمنتها المادة 120 من المرسوم التنفيذي رقم : 21-219 المتضمن الموافقة على دفتر البنود الإدارية العامة المطبقة على الصفقات العمومية للأشغال فيما يتعلق بضابط الإعذار الخاص بالتجمع المؤقت المشترك أنه وإن جعل مسؤولية متضامنة بين أعضاء التجمع المشترك في تنفيذ الأشغال التي تسبب فيها المتعامل المتعاقد المتقاعس وهذا ما يضمن سير المرفق العام بانتظام واطراد إلا أنه ما يعاب عليه تكرار الاعذار بالنسبة للوكيل مرتين وفي حالة عدم إمتثاله يتم تعيين وكيل جديد في حدود أجل 15 يوم وإذا لم يمثل هذا الأخير لتنفيذ الأشغال المتقاعس عنها تلجأ

المصلحة المتعاقدة للإجراءات الردعية أو الفاسخة، وأن طول مدة الإعذار من شأنه تأثير على سير المرفق العام بانتظام واطراد وبالتالي من الأفضل على المشرع الجزائري مراجعة ذلك وتحديد إعذار واحد يلزم جميع أعضاء التجمع المؤقت المشترك لتنفيذ الأشغال المتسبب فيها المقاول المتقاعس .

أما بالنسبة للمشرع المصري فإنه يفرض على جهة الإدارة قبل قيامها بوضع المشروع تحت الإدارة المباشرة ضرورة توجيه إعذار إلى المقاول بأي حال من الأحوال، وذلك بإنذاره بكتاب موسى عليه بعدم الوصول بالقيام بإجراءات الإصلاحات اللازمة في خمسة عشر يوما من تاريخ إخطاره، مع مراعاة أن سلطة الإدارة بخصوص هذا الشأن هي سلطة تقديرية لا يحددها في ذلك سوى عيب الإنحراف في السلطة، وهو ما أشارت إليه المادة: 84 من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات المصري والتي جاء في منطوقها أنه "إذا أخل المقاول بأي شرط من شروط العقد أو أهمل أو أغفل القيام بأحد إلتزاماته المقررة ولم يصلح أثر ذلك خلال خمسة عشر يوم من تاريخ إنذاره بكتاب موسى عليه بعلم الوصول على عنوانه المبين بالعقد بالقيام بإجراءات هذا الإصلاح كان للسلطة المختصة إتخاذ أحد الإجرائيين التاليين:

أ- فسخ العقد.

ب - سحب العمل من المقاول وتنفيذ على حسابه بذات الشروط والمواصفات المعلن عنها والمتعاقد عليها وذلك بإحدى طرق التعاقد المقررة بقانون المناقصات والمزايدات والأحكام الواردة بهذه اللائحة¹ .

إذا كان الأصل العام وجوب الإعذار المتعاقد في هذا الخصوص غير أن هناك حالات تعفي الإدارة من هذا الإلتزام وهو الإعذار وهي:

- إذا نص في العقد على ذلك صراحة، أو إذا نص في العقد على أن جهة الإدارة توقع الجزاء دون تنبيه أو اعذار.

-إذا كانت الظروف تخضع بعدم جدوى الإعذار، كما لو قام المتعاقد طواعية بالإعلان صراحة عن نيته عدم تنفيذ العقد.

¹ - المادة: 84 من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات المصري الصادر بتاريخ 08-05-1998، ج. ر، عدد 19 مكرر الصادرة في 08-05-1998.

- إذا كانت الظروف تقضي على العقد طابع الإستعجال.
- إذا ألقى المشرع جهة الإدارة من الإغذار.
- إذا كان تنفيذ العقد يتم ضمن مدة محددة وانتهت تلك المدة فلا حاجة لإغذار المقاول¹.

الفرع الثالث: الآثار القانونية لجزاء سحب العمل من المتعامل المتعاقد

يترتب على توافر الشروط السالف ذكرها لسحب العمل من المتعامل المتعاقد في عقد الأشغال العامة آثار قانونية في غاية الأهمية والتي نتطرق لها على النحو التالي:

أولاً: آثار جزاء سحب العمل بالنسبة للمقاول المنفذ

إن قيام المصلحة المتعاقدة بسحب العمل من المقاول المقصر وإسنادها الأعمال لمقاول آخر ينتج عنها عدة نتائج :

أ- إستبعاد المقاول المقصر وتنفيذ العقد على حسابه بالطريقة التي تختارها الإدارة

إن جزاء سحب العمل من المقاول ما هو إلا إجراء عارض و مؤقت لا يترتب عنه إنهاء للعقد الأصلي، بل يبقى العقد قائماً، كما يبقى المقاول المعذر ملزماً به²، وتستمر مسؤولية المقاول عن تنفيذه، إلا أنه يستبعد مؤقتاً عن تنفيذ الأعمال التي تأخر في أدائها، وعجز عن القيام بها، وتحل الإدارة محله في تنفيذ تلك الأعمال بنفسها أو تعهد بذلك بالتنفيذ إلى مقاول آخر على مسؤولية المقاول وحسابه.

وقد أشارت المادة: 35 من دفتر الشروط الإدارية العامة والتي خولت المصلحة المتعاقدة إذا ما أخل المتعامل المتعاقد بأي شرط من شروط العقد أو أهمل أو أغفل القيام بأحد إلتزاماته المقررة ولم يصلح أثر ذلك خلال عشرة أيام من إنذاره كان للسلطة المختصة الحق في سحب العمل من المقاول وتنفيذه على حسابه بذات الشروط والمواصفات المعلن عنها والمتعاقد عليها³.

وفي مصر نفس الشيء بهذا الخصوص تشير المحكمة الإدارية العليا في قرارها المؤرخ في 01-06-1999 بقولها للإدارة إذا ما تخلف المتعاقد معها عن تنفيذ إلتزاماته

¹ - خليل صالح السامرائي، المرجع السابق، ص 205.

² - نصري منصور النابلسي، المرجع السابق، ص 243.

³ - مروان دهمه، المرجع السابق، ص 367.

سحب العمل منه وتنفيذ الأعمال على حسابه سواء عن طريق الإدارة أو عن طريق الغير بمناقصة أو ممارسة ويتحمل المتعاقد المخل بالتزاماته بفروق التنفيذ على الحساب¹. وفي فرنسا لا تنقيد الإدارة بطريقة معينة في تنفيذ الأعمال فهي تتولى تنفيذ هذه الأعمال بذاتها، وتقوم الإدارة عادة بتعيين مدير أو تستعين بأشخاص آخرين للقيام بتنفيذ الأعمال على حساب ومسؤولية المقاول وينبغي على الإدارة أن تبذل العناية اللازمة عند تنفيذ هذه الأعمال.

ب- إحتجاز الآلات والمواد الخاصة بالمقاول واستعمالها

للإدارة الحق في إحتجاز كل أو بعض ما يوجد في محل العمل من منشآت ومبان والآلات وأدوات والمهمات المملوكة للمقاول المقصر وحق استعمالها وفي هذا الخصوص في مصر نجد المادة:84 من اللائحة التنفيذية للقانون رقم:89 لسنة 1998 المصري تنص على " يكون للجهة الإدارية في حالة سحب العمل من المقاول الحق في إحتجاز كل أو بعض ما يوجد بمحل العمل من منشآت مؤقتة ومبان وآلات وأدوات ومواد وخلافه"، وحق الإدارة في حجز المواد والآلات والمهمات المملوكة للمقاول المقصر والموجودة بموقع العمل واستعمالها يقابله إلتزامها بإجراء جرد لتلك المواد والمهمات والآلات بحضور المقاول أو من ينوب عنه، مع إخطاره بنتيجة الجرد في الحالة الأخيرة وإعتبار تلك النتيجة نهائية إذا لم يبد ملاحظاته خلال أسبوع من تاريخ وصول الإخطار إليه².

وتملك الإدارة إستعمال الآلات والأدوات والمهمات الخاصة بالمقاول في تنفيذ الأعمال التي تضمنها قرار سحب العمل، سواء كان التنفيذ تقوم الإدارة بنفسها أو عن طريق مقاول أخر يعهد إليه ذلك ولا تلزم بإستعمالها إلا بالقدر الذي يلزم لإتمام العمل فقط على شرط أن تكون صالحة للإستعمال، أما ما يزيد عن ذلك فيكلف المقاول بنقله من محل العمل³.

¹ - بلاوى ياسين بلاوى، المرجع السابق، ص166.

² - محمد فؤاد عبد الباسط، العقد الإداري، المقومات والإجراءات والآثار، المرجع السابق، ص535.

³ - رياض عبد عيسى، مظاهر سلطة الادارة في تنفيذ مقاولات الأشغال العامة، رسالة ماجستير، جامعة بغداد، كلية القانون والسياسة، 1975، ص352.

ولم يشر المرسوم الرئاسي 247/15 إلى هذا الأثر الناجم عن سحب العمل من المتعامل المتعاقد غير أنه بالرجوع إلى القرار المؤرخ في 21-11-1964 المتضمن المصادقة على دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال الخاصة بوزارة تجديد البناء والأشغال العمومية والنقل في المادة 35 ف 4 منه نجدها تنص على " يعمد مباشرة بحضور المقاول أو بعد دعوته رسميا إلى تفقد الأشغال المنفذة وتموينات الأدوات وكذا إحصاء توصف فيه الآلات الخاصة بالمقاول ويجرى تسليمه الجزء الذي تستغنى الإدارة عنه لتنفيذ الأشغال".

باستقراء نص المادة 35 ف 4 نجد المشرع الجزائري ساير فيها المشرع المصري بخصوص استعمال الأدوات الخاصة بالمقاول وترد له الجزء من الأدوات التي تستغنى عنها الإدارة في تنفيذ عقد الأشغال العامة، غير أن هذا النص لم يساير التشريع المصري بخصوص حجز أدوات المقاول واكتفى بمنح المصلحة المتعاقدة حق إحصائها.

غير أن المشرع الجزائري في المرسوم التنفيذي رقم 21-219 في مادتيه 119 و120¹ الخاصة بالإجراءات الردعية حيال المقاول المتقاعس أغفل الإشارة إلى ذلك ومن الأفضل تدراكه لذلك.

وتلتزم الإدارة في فرنسا بالمحافظة على المواد والأدوات الخاصة بالمقاول وتتحقق مسؤوليتها عما يلحقها من تلف بفعل وكلائها، إلا أن اللائحة التنفيذية للقانون 89 لسنة 1998 في مصر قد أعطت للإدارة كما سبق ذكره الحق في احتجاز ما يوجد في موقع العمل من مستلزمات ومعدات خاصة بالمقاول المقصر وإستخدامها في إتمام العمل دون أي مسؤولية عما قد يصيب تلك المستلزمات والمعدات من تلف أو نقص لأي سبب كان أو دفع أي أجر عنها².

ولم يتطرق المرسوم الرئاسي 247/15 و لا القرار المؤرخ في 21-11-1964 المتضمن المصادقة على دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال الخاصة بوزارة تجديد البناء والأشغال العمومية والنقل ولا المرسوم التنفيذي رقم 21-219

¹ - المادتين 119 و120 من المرسوم التنفيذي رقم: 21-219، المتضمن الموافقة على دفتر البنود الإدارية العامة المطبقة على الصفقات العمومية للأشغال.

² - بلاوى ياسين بلاوى، مرجع سابق، ص 170.

المتضمن الموافقة على دفتر البنود الإدارية العامة المطبقة على الصفقات العمومية للأشغال إلى موضوع المسؤولية الإدارية عن التلف أو الضرر الذي يلحق بالمواد والآلات الخاصة بالمقاول الناجم عن إستعمالها خلال فترة سحب العمل منه، إلا أنه يمكن تطبيق القواعد العامة في المسؤولية الإدارية.

وفي مصر للمصلحة المتعاقدة حق في الإستمرار بحجز كل أو بعض الآلات والأدوات والمواد حتى بعد إنتهاء العمل وذلك ضمانا لإستيفاء حقوقها قبل المقاول، ولها أن تبيعها دون أن تسأل عن أي خسارة تلحق بالمقاول من جراء بيعها¹.

فاذا ما استوفت الإدارة حقوقها كاملة من المقاول تعين عليها تسليمه المهمات والأدوات والمواد التي حجزت منه بموقع العمل بصورة كاملة أو ما بقى منها بعد إستيفاء حقها.

وعند تعذر تسليم المعدات والمهمات الخاصة بالمقاول بعد إنتهاء العمل نجد المحكمة الإدارية العليا بمصر قضت بإلزام جهة الإدارة بدفع قيمتها للمقاول وذلك لثبوت فقدها في موقع العمل خلال فترة إستبعاده، حيث قضت بقرارها الصادر بتاريخ 1996/11/19 بأنه.. ومن حيث أنه لما كان الثابت من عريضة الدعوى وكافة الأوراق المودعة من المطعون ضده أنه لم يحدد ماهية المهمات والأدوات والمواد التي حجزت منه بموقع العمل إكتفاء المطالبة بقيمتها التي حددها بمبلغ 2000 جنيها وكان تقرير الخبير المودع ملف الدعوى قد أثبت تعذر بيان قيمة المهمات والأدوات المملوكة للمطعون ضده ونفى وجود مواد له بالموقع وفقا للثابت بمحضر الشرطة الذي حرره المطعون ضده برقم 3499 لسنة 1979 إداري قسم أول المجلة الكبرى والذي أطلع عليه الخبير وأوضح أنه لم يتضمن بيانا بالمعدات والمهمات التي يطالب المطعون ضده بقيمتها وأشار فقط إلى الأخشاب دون تحديد لكميتها ولم يشر إلى وجود تشوينات وإذا لم تتكرر الإدارة وجود مهمات ومعدات للمطعون ضده بالموقع وكان تقرير الخبير قد أثبت فقدها فإنها تكون ملزمة بأداء قيمتها للمطعون ضده².

¹ -موسى مصطفى شحادة، حقوق وسلطات الإدارة في العقود الإدارية في دولة الإمارات العربية المتحدة، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والإقتصادية، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد 2، 2006، ص 305.

² -بلاوى ياسين بلاوى، مرجع سابق، ص 171.

المشروع الجزائري سواء في المرسوم الرئاسي 247/15 أو القرار المؤرخ في 21-11-1964 أو المرسوم التنفيذي رقم 21-219 لم يساير المشرع المصري ولم يشر إلى عملية حجز أدوات المقاول ولا بيعها ولا تحديد مسؤولية المصلحة المتعاقدة في حالة تعذر تسليم المعدات والمهمات الخاصة بالمقاول بعد إنتهاء العمل ، غير أنه في نظرنا في هذه الحالة الأخيرة نلجأ إلى تطبيق قواعد المسؤولية الإدارية بتحميل المصلحة المتعاقدة بتعويض المقاول عن الأدوات الخاصة به التي تعذر عليها ردها له بعد إنتهاء من فترة تنفيذ الأشغال بعد سحب العمل من المقاول.

ثانيا: أثر جزاء سحب العمل بالنسبة للمقاول المقصر

لا يترتب على إتخاذ الإدارة إجراء سحب العمل من المقاول المقصر إنهاء الرابطة التعاقدية بينهما، إذ تظل الصفقة سارية المفعول ويترتب عليها إلتزامات بين الطرفين، وكل ما هناك أن الإدارة تحل محل هذا المتعامل المتعاقد فيما لم ينفذه، لتقوم بتنفيذه على نفقته. ويترتب على سريان صفقة الأشغال العمومية رغم قيام المصلحة المتعاقدة بالتنفيذ على حساب المتعامل المتعاقد عدة أمور وهي:

أ- تحمل المتعامل المتعاقد كافة النفقات والمصاريف

بالإضافة إلى الأثار السالفة الذكر يقع على المتعامل المتعاقد تحمل أي خسائر أو أضرار تلحق بالإدارة نتيجة قيامها بتنفيذ الأعمال المسحوبة منه، كما لها أن تطالبه بالنفقات الزائدة التي تكبدتها¹، وهذا الأثر نص عليه المشرع الجزائري في المادة: 35 ف6 من القرار المؤرخ في 21-11-1964 المتضمن المصادقة على دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال الخاصة بوزارة تجديد البناء والأشغال العمومية والنقل²، كما أنه يتحمل الزيادة الحاصلة في النفقات الناجمة من النظام المباشر أو من الصفقة الجديدة دون مطالبته بأي حصة من الربح الذي يعتبر حق مكتسب للدولة الناجم من خفض النفقات وهذا

¹ - وليد سعود فارس، العبادي ، محمد وليد حامد، المرجع السابق، ص 88.

² - نصت المادة 35 ف 6 من القرار المؤرخ في 21/11/1964، المتضمن المصادقة على دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال الخاصة بوزارة تجديد البناء والأشغال العمومية والنقل ، على " ...ويجوز رفع النظام المباشر عنه إذا أثبت بالوسائل الضرورية إمكانيته للسير بالأشغال وإيصالها إلى نهايتها الحسنة".

ما تم النص عليه بموجب المادة:35 ف7 و8 من دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال الخاصة بوزارة تجديد البناء والأشغال العمومية والنقل¹، غير أن المرسوم التنفيذي رقم 21-219 المتضمن الموافقة على دفتر البنود الإدارية العامة المطبقة على الصفقات العمومية للأشغال أكد على الحق المكتسب للمصلحة المتعاقدة في تقليص النفقات دون الإشارة إلى تحمل المقاول الزيادة في النفقات ومن الأفضل على المشرع تدارك ذلك، لأن إغفال المشرع لذلك ولو كان سهواً يمكن الإفلات المتعامل المتعاقد من تحمل الزيادة الحاصلة في النفقات².

ب- منع المتعامل المتعاقد من إعتراض المصلحة المتعاقدة في تنفيذ العقد

وفي هذا الخصوص يمنع المتعامل المتعاقد المقصر من إعتراض طريق المتعاقدة المنفذ أثناء تنفيذه للعقد، أو التدخل في طريقة تنفيذ الأعمال الموكلة إليه مع إحتفاظه بحق المراقبة والمتابعة في تنفيذ الأشغال دون عرقلة تنفيذ أوامر المهندسين³.

ونص المشرع الجزائري على هذا الأثر من خلال نص المادة:35 ف6 من القرار المؤرخ في 21-11-1964 المتضمن المصادقة على دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال الخاصة بوزارة تجديد البناء والأشغال العمومية والنقل⁴، غير أنه أغفل ذلك في المرسوم التنفيذي رقم 21-219 المتضمن الموافقة على دفتر البنود الإدارية العامة المطبقة على الصفقات العمومية للأشغال ومن الأفضل على المشرع تدارك ذلك، لأن هذا

¹ - نصت المادة 35 من ف 7 و8 من القرار المؤرخ في 21/11/1964 المتضمن المصادقة على دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال الخاصة بوزارة تجديد البناء والأشغال العمومية والنقل على " إن الزيادة الحاصلة في النفقات الناجمة من النظام المباشر أو من الصفقة الجديدة يجرى إقتطاعها من المبالغ التي يستحقها المقاول ... وإذا أدى النظام المباشر أو الصفقة الجديدة بالعكس إلى خفض في النفقات فلا يجوز للمقاول المطالبة بأي حصة من هذا الربح الذي يعتبر حق مكتسباً للدولة"

² - نصت المادة 2.3.119 من المرسوم التنفيذي رقم:21-219 ، المتضمن الموافقة على دفتر البنود الإدارية العامة المطبقة على الصفقات العمومية للأشغال ، السابق ذكره بقولها" في حالة ما إذا ترتب عن الصفقة أو الصفقات تقليص في النفقات، لا يحق المقاول المقصر، المطالبة بحصة من المبالغ المحررة التي تبقى مكتسبة للمصلحة المتعاقدة".

³ - عبد الله نواف العنزي، المرجع السابق، ص139.

⁴ - نصت المادة 35 ف6 من القرار المؤرخ في 21/11/1964 المتضمن المصادقة على دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال الخاصة بوزارة تجديد البناء والأشغال العمومية والنقل، على" في حالة قيام الأشغال على النظام المباشر وخلال مدته، يسمح للمقاول بمتابعة العمليات ولا يجوز له عرقلة تنفيذ أوامر المهندسين.."

الإغفال يسهل للمتعامل المتعاقد حق اعتراض المصلحة المتعاقدة في تنفيذ العقد في غياب نص يمنعه عن ذلك وهذا ما سيؤثر على سير المرفق العام بانتظام واطراد .

المطلب الثالث: ضمانات المتعامل المتعاقد

بالرغم من تخويل المصلحة المتعاقدة صلاحية سحب العمل من المقاول إذا ما أخل إخلالا جسيما في تنفيذ إلتزاماته التعاقدية، فإن ذلك لا يعني أن المشرع أغفل عن إيجاد ضمانات لصالح المتعامل المتعاقد، بإخضاع قرار الإدارة القاضي إلى توقيع جزاء السحب إلى رقابة القضاء الإداري وكذا إعفاء المتعامل من التعاقد من توقيع هذا النوع من الجزاء عليه في بعض الحالات وعليه سنتطرق في الفرع الأول إلى رقابة القضاء الإداري على جزاء سحب العمل والفرع الثاني حالات إعفاء المقاول من توقيع هذا الجزاء عليه.

الفرع الأول: رقابة القضاء الإداري على جزاء سحب العمل من المتعامل المتعاقد

تعد رقابة القضاء الإداري على جزاء سحب العمل من المتعامل المتعاقد من الضمانات الفعالة الممنوحة للمتعامل المتعاقد في مواجهة المصلحة المتعاقدة، إذ يعد الطعن في قرار جزاء السحب من النظام العام، لا يمكن للإدارة الإتفاق مع المتعامل المتعاقد على إستبعاد اللجوء إلى القضاء في صفقة الأشغال العامة.

وتعد القرارات التي تصدرها المصلحة المتعاقدة بتوقيع جزاءات معينة بحق المتعاقد معها بما فيها جزاء سحب العمل كأحدى صور الجزاءات الضاغطة، قرارات تصدرها الإدارة تنفيذا لبنود العقد وإستنادا إلى أحكامه وبالتالي تكون المنازعات المتولدة عنها هي منازعات حقوقية تدرج تحت ولاية القضاء الكامل، الذي يمارس رقابته على قرار جزاء السحب العمل من زاويتي المشروعية والملائمة¹، وعليه سنتناول في هذا الفرع مايلي:

أولا: إختصاص القضاء الكامل برقابة جزاء السحب

قد ميز جانب من الفقه الفرنسي بين المنازعات المتعلقة بالجزاءات التي توقعها الإدارة إستنادا إلى بنود العقد وبين تلك التي تستند إلى النصوص التشريعية واللائحية، ففي الحالة

¹ - بلاوى ياسين بلاوى، المرجع السابق، ص 204.

الأولى يكون قاضي العقد هو المختص، أما الحالة الثانية فيكون قاضي الإلغاء هو المختص بشرط أن يقصر المتعاقد طلباته على إلغاء القرارات الإدارية غير المشروعة. إلا أنه الإتجاه السائد في مصر وفرنسا أن القضاء الكامل هو صاحب الولاية في نظر كافة المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية، بما فيها الجزاءات الضاغطة ومنها جزاء سحب العمل، فقد ذهبت المحكمة الإدارية العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1999/06/02 بأن المنازعات المتعلقة بقرارات الإدارة بسحب العمل من المتعاقد وتنفيذها على حسابه لا تدخل في ولاية قضاء الإلغاء و إنما تدخل في ولاية القضاء الكامل، وذلك لكونها قرارات تدخل في منطقة العقد وتنشأ عنه ولا تعد من القرارات الإدارية بالمعنى المتعارف عليه.

وقد أستقر مجلس الدولة الفرنسي بتطبيق قاعدة عامة مفادها " أن قاضي المنازعات المتعلقة بعقود الأشغال العامة لا يملك كقاعدة عامة سلطة تقرير إلغاء التدابير من الإدارة صاحبة العمل ضد المقاول المتعاقد معها، وإنما يحق له أن يبحث عما إذا كانت التدابير قد صدرت في ظروف من شأنها أن تنشئ لصالح المقاول الحق في التعويض.

وتطبيقا لذلك فإن القاضي الإداري لا يملك سلطة إلغاء قرار الإدارة بسحب العمل من المقاول في عقد الأشغال العامة ولو كان هذا السحب غير مشروع، أو ليس له ما يبرره، ولكنه يستطيع فقط أن يبحث عما إذا كان هذا القرار الذي أصدرته الإدارة بمخالفة القانون ينشئ للمقاول حقا في التعويض أو لا¹.

وإختصاص القضاء الكامل لا يقتصر على المنازعات المتعلقة بهذه الجزاءات بل يختص أيضا بولاية نظر الطلبات المستعجلة التي ترتبط بتلك المنازعات غير ان هذه الطلبات المستعجلة لا يشترط أن تقدم مع الدعوى الأصلية بل يمكن تقديمها على إستقلال وبعد نظر الدعوى الأصلية².

وقد بررت المحكمة الإدارية العليا إختصاص محكمة القضاء الإداري بالنظر في الطلبات المستعجلة في قرارها المؤرخ في 1999/06/22 بقولها". أستقر قضاء هذه المحكمة أيضا على أن مفاد إختصاص محكمة القضاء الإداري بالفصل في المنازعات الخاصة بالعقود الإدارية طبقا لأحكام قانون مجلس الدولة إنما هو إختصاص مطلق وشامل

¹ - عبد الحميد مفتاح خليفة، إنهاء العقد الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2007، ص 433.

² - صبري محمد السنوسي، الإجراءات أمام القضاء الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998، ص 151.

لأصل المنازعات وما يتفرع عنها ومنها أصبحت وحدها قاضي العقد ولم تعد هناك جهة قضائية أخرى لها ولاية الفصل في شيء من هذه المنازعات وهذا التنظيم القضائي يجعل إختصاص محكمة القضاء الإداري بالفصل في الطلبات المستعجلة متفرعا من إختصاصها بنظر الموضوع الأصلي ومادامت مختصة بنظر الأصل فهي مختصة بنظر الفرع أي نظر الطلب المستعجل¹.

وعليه فإنه من المستقر عليه فقها وقضاء في فرنسا ومصر بأن الرقابة على الجزاءات الضاغطة التي توقعها الإدارة على المتعاقد معها تدخل في ولاية القضاء الكامل. وهو الإتجاه الذي سايره المشرع الجزائري بجعله المنازعات المتعلقة بالصفقات العمومية من إختصاص القضاء الإداري وهو ما نصت عليه المادتين 800 و804 الفقرة 2 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية فالمادة 800 منه جعلت وفقا للمعيار العضوي المنازعات التي يكون أحد أطرافها الدولة أو الولاية أو البلدية أو إحدى المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية طرفا فيها من إختصاص المحاكم الإدارية ولو كانت المصلحة المتعاقدة سلطة مركزية.

وعليه أخرج المشرع الجزائري منازعات الصفقات العمومية من ولاية مجلس الدولة بعنوان قضاء ابتدائي نهائي، حتى ولو كانت المصلحة المتعاقدة سلطة مركزية وزارة أو هيئة وطنية كالمجلس الشعبي الوطني أو مجلس المحاسبة.

وتحمل قواعد قانون الإجراءات المدنية والإدارية أحكاما لا تلائم طبيعة الصفقات العمومية، فالمادة 40 الفقرة الأولى رسمت قواعد الإختصاص الإقليمي في مادة الأشغال العمومية ونصت على أنه يؤول إلى الجهة القضائية التي يقع في دائرة إختصاصها مكان تنفيذ الأشغال، وهذا المعيار منتقد خاصة وأن مكان تنفيذ الأشغال قد يكون واسعا أو ممتدا كما هو الحال بالنسبة للطرق بما قد يمس إختصاص أكثر من محكمة إدارية واحدة.

وأقر المشرع في نص المادة 39 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الفقرة الثالثة قاعدة أخرى في مجال الإختصاص الإقليمي تعلقت بكل الصفقات العمومية وبجميع أنواعها بما فيها صفقة الأشغال العمومية تتمثل في إختصاص المحكمة الإدارية مكان إبرام العقد أو مكان التنفيذ.

¹ - بلاوي ياسين بلاوي، المرجع السابق، ص 208.

وقاعدة مكان الإبرام هي الأخرى منتقدة أيضا على أساس أن كثير من الصفقات نظرا لطابعها الوطني تيرم في العاصمة مما يؤدي إلى إرتفاع المنازعات المتعلقة بها أمام المحكمة الإدارية بالجزائر العاصمة¹.

كما أن القضاء الإداري الجزائري ساير القضاء الفرنسي وجعل كل المنازعات المتعلقة الصفقات بالعمومية هي من إختصاص القضاء الكامل².

ثانيا: نطاق الرقابة القضائية على قرار جزاء سحب العمل من المتعامل المتعاقد

لما كانت رقابة القضاء على سلطة الإدارة بتوقيع الجزاءات من قبيل القضاء الكامل، فإن سلطات القاضي تكون واسعة وتتناول قرار الجزاء الذي إتخذته الإدارة بحق المتعاقد معها من زاويتي المشروعية والملائمة ، ولما كان جزاء سحب العمل إحدى أنواع الجزاءات الضاغطة التي تتخذها المصلحة المتعاقدة إتجاه المتعامل المتعاقد في صفقة الأشغال العامة دون سواها فإنها تخضع لرقابة القضاء بنوعيتها رقابة مشروعية ورقابة ملائمة.

أ-رقابة مشروعية: المشروعية هي صفة كل ما هو مطابق للقانون، وتبعاً لذلك يجب على الإدارة لكي تتوفر هذه الصفة في تصرفاتها أن تباشر سلطاتها في الحدود المنصوص عليها في القانون، ولا يتحقق مبدأ المشروعية إلا بكفالة رقابة القضاء على نشاط الإدارة من حيث مدى توافقه مع القواعد القانونية المقررة سلفاً.

ويكون دور القاضي في رقابة المشروعية على هذا الجزاء الذي توقعه المصلحة المتعاقدة بحق متعاقدتها هو فحص قرار جزاء سحب العمل من حيث مطابقته أو عدم مطابقته للقواعد القانونية دون أن تمتد هذه الرقابة إلى بحث ملائمة الجزاء للخطأ المنسوب للمتعاقد³.

ويتصف قرار جزاء سحب المشروع بعدم المشروعية إذا إقترن بأحد العيوب التالية:

¹ - عمّار بوضياف، المنازعات الإدارية، القسم الثاني، الجوانب التطبيقية للمنازعات الإدارية، الطبعة الثالثة، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2018، ص ص327-328.

² - قرار مجلس الدولة الصادر بتاريخ 12-01-2012 تحت رقم:063683، القرار السابق الذكر.

³ - بلاوى ياسين بلاوى، المرجع السابق، ص215.

1- عيب الشكل والإجراءات:

فيقصد بعيب بالشكل هو عدم إفصاح الإدارة عن إرادتها وفقا أو تبعا للشكل والتدبير التي حددها القانون، والأصل أن الإدارة غير ملزمة بشكل أو إجراء معين عند إصدارها لقرارها مالم يقيد النص بشكل أو إجراء¹، وما يلاحظ على هذا التعريف على أنه جزء بصفة عامة بالنسبة للقرارات الإدارية الصادرة عن السلطة الإدارية دون تخصيص قرارات توقيع الجزاءات الإدارية في العقود الإدارية بما فيها صفقة الأشغال العمومية.

ويقصد بعيب الشكل بالنسبة لقرار جزاء السحب العمل هو عدم إلتزام المصلحة المتعاقدة بالإجراءات والشروط الشكلية الواجب إتباعها عند ممارستها لسلطتها في توقيع الجزاء، كأن ينص القانون أو العقد على وجوب إلتزام الإدارة بإتباع إجراء أو شكل معين كإعذار المتعامل المتعاقد قبل توقيع الجزاء عليه وهو ما نصت عليه المادة 35 الفقرة 1 من دفتر الشروط الإدارية العامة بقولها "إذا لم يتقيد المقاول بشروط الصفقة أو بأوامر المصلحة التي يتلقاها من مهندس الدائرة أو المهندس المعماري، يعمد المهندس الرئيس إلى إنذاره بلزوم التقيد بتلك الشروط والأوامر في اجل يحدد بمقرر يجرى إبلاغه له بموجب أمر المصلحة"، وأكد على إجراء الإعذار المرسوم التنفيذي رقم: 21-219².

غير أنه ينبغي التمييز بين الشكل والإجراء من خلال تقديم نماذج عنهما في القانون الجزائري فتسبب القرار الإداري يعد من قبيل الشكل وهو مأنصت عليه المادة 60 من قانون البلدية رقم 11-10 بخصوص بطلان المداولة بقرار معلل من الوالي³، وهذه المادة وإن لم تخص قرار جزاء سحب العمل وإن جاء عامة إلا أنها بينت كيفية شكل قرار أن يكون مسبب، وبالتالي فإن قرار جزاء السحب ينبغي على المصلحة المتعاقدة أن تسببه وإلا كان قرارها مشوب بعيب الشكل، كما أن وجوب إصدار القرار الإداري بلغة معينة وتحديثه وتوقيعه يعد من قبيل الشكل، بينما وجوب إتخاذ إجراء النشر وتمكين المعني من ممارسة حق الدفاع يعد من قبيل نماذج الإجراءات⁴.

1 - عمار بوضياف، القرار الإداري دراسة تشريعية قضائية فقهية، المرجع السابق، ص 138.

2 - المادة 1.119 فقرتها 1 و2 من المرسوم التنفيذي رقم: 21-219، المتضمن الموافقة على دفتر البنود الإدارية العامة المطبقة على الصفقات العمومية للأشغال.

3 - المادة 60 من القانون رقم 11-10، المتضمن قانون البلدية.

4 - عمار بوضياف، القرار الإداري دراسة تشريعية قضائية فقهية، المرجع السابق، ص 141-142-145.

ويلاحظ أن بعض الأشكال والإجراءات تكون مقررة لمصلحة الإدارة وحدها، وفي هذه الحالة لا يستطيع المتعاقد معها أن يطعن بتصرف الإدارة بعدم إتباعها هذه الأشكال، فالإجراءات والأشكال التي يجب مراعاتها من قبل الإدارة عند توقيعها الجزاء بحق متعاقدتها هي إعدار المتعاقد قبل توقيع الجزاء عليه واحترام بعض المواعيد بين تاريخ الإعدار وتاريخ توقيع الجزاء واحترام حقوق الدفاع للمتعاقد وإخطار المتعاقد بقرار الجزاء، فإذا ما أصدرت الإدارة قرارها بتوقيع الجزاء على المتعاقد معها بدون إتخاذ الإجراءات والأشكال التي يتطلبها القانون أو العقد كان قرارها غير مشروع من حيث الشكل.

وعيب الشكل لا يتعلق دائما بالنظام العام ولا يجوز للقاضي أن يحكم به من تلقاء نفسه إذا لم يثره أصحاب الشأن الذي يقع عليهم عبء إثباته¹.

وفي هذا الخصوص يسلم القضاء الفرنسي بأن عدم مراعاة الإجراءات الشكلية عند توقيع الجزاء يمكن أن تعطي للمتعاقد مع الإدارة الحق في التعويض عن الضرر الذي أصابه من جراء هذا الجزاء، وعلى هذا النحو قضى مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ 1957/01/09 بأن "عدم إعدار المقاول بوضع المقابلة تحت الإدارة المباشرة، مع اشتراط العقد ضرورة إعدار المقاول يجعل هذا الإجراء الجزائي غير مشروع، وعلى إثر ذلك إستند Daval في دعواه ضد بلدية Granville بالحكم عليها بأن تدفع له تعويضا عن الضرر الذي أصابه من جراء هذا الإجراء غير المشروع.

فالإعدار في القانون الفرنسي شرط أساسي قبل توقيع الجزاء وعدم إبلاغ المتعاقد به يعد عيبا في الشكل يؤدي إلى بطلان جزاءات التنفيذ العيني فيما يتعلق بحسب العمل من المقاول².

وقد أقرت المحكمة الإدارية العليا مبدأ وجوب إعدار المتعاقد المقصر في تنفيذ التزاماته التعاقدية قبل توقيع الجزاء عليه، وأعطت للمتعاقد الحق في التعويض عن عدم إخطاره بسحب العمل .

وقد قرر مجلس الدولة الفرنسي كذلك في حكمه الصادر في 1993/11/26 أن عدم إحترام الإدارة للمدة المحددة في الإعدار وقيامها بتوقيع الجزاء خلال مدة أقل من مدة المهلة

¹ بلاوى ياسين بلاوى، المرجع السابق، ص216.

² - نصر الدين محمد بشير، المرجع السابق، ص351.

الممنوحة للمتعاقد وعدم إحترام حقوق الدفاع وحرمان المفاوض من فرصة إبداء تبريراته وبيان دفعه يشكل خطأ في جانبها يثير مسؤوليتها قبل المتعاقد معها¹.

ومما تقدم فإن عدم مراعاة الإدارة للإجراءات الشكلية اللازمة قبل توقيعها الجزاء بحق متعاقدتها يعد خطأ من جانبها يترتب عليه عدم مشروعية الجزاء الموقع وتحقق مسؤوليتها اتجاه المتعاقد معها، فقاضي العقد عندما يراقب سلطة الإدارة في توقيع الجزاء فإنه يتحقق أولاً من قيام الإدارة بإتخاذ الإجراءات الشكلية قبل توقيع الجزاء على المتعاقد معها، وعندما يكشف عدم مراعاتها لهذه الإجراءات، فإنه يحكم بعدم مشروعية الجزاء الموقع من قبلها واستحقاق المتعاقد للتعويض إذا تسبب بتصرفها المعيب أو غير المشروع في إلحاق الضرر به².

2- عيب عدم الإختصاص:

يقصد به عدم القدرة قانوناً على مباشرة عمل معين، لأن المشرع جعله من إختصاص سلطة أو شخص آخر، فيجب أن يصدر قرار جزاء سحب العمل ممن يملك إصداره قانوناً.

ويمتاز عيب عدم الإختصاص بأنه العيب الوحيد المتعلق بالنظام العام وينجم عن ذلك النتائج التالية:

- إن القاضي يثيره من تلقاء نفسه حتى ولو لم يثيره أو يتمسك به أحد الخصوم.
- يجوز للخصم إبداء الدفع بعدم الإختصاص في أي مرحلة من مراحل الدعوى.
- القرار المعيب بعيب عدم الإختصاص لا يجوز تصحيحه بإجراء لاحق كالتصديق عليه أو بإقراره من السلطة المختصة.
- لا يجوز للإدارة إبرام إتفاق مع الأفراد لتغيير قواعد الإختصاص طالما تم ضبطها وتحديدها من جانب المشرع أو المنظم.
- وعليه يكون جزاء سحب المشروع من المتعامل المتعاقد غير مشروع إذا صدر من جهة إدارية غير مختصة.

¹- Rene chapus, Droit administratif general, Tome 1, 15 edition, Montchrestien, 2001 . p. 1204.

3- عيب مخالفة القانون:

حتى يكون القرار الإداري مشروعاً، لا بد أن تحترم النصوص القانونية، وتكون الإدارة أمام مخالفة النصوص القانونية في حالة عدم وجود الفعل أو الخطأ الذي تثيره لتبرير تطبيق جزائها، أو أن الفعل المثار من قبلها لا يقابله أي إلتزام مفروض على المقاتل، أو عدم إحترام قرار الجزاء للقواعد العامة أو تدرجها كالجوء الإدارة إلى قرار رفض جزاء سحب العمل دون إحترام حجية الشيء المقضي به¹.

4- عيب إنحراف السلطة:

يتعلق عيب إنحراف السلطة بالبواعث الكامنة والغاية المراد تحقيقها من وراء إصدار القرار ويتعين دائماً على جهة الإدارة تحقيق المصلحة العامة وهي غاية النشاط الإداري كله أياً كانت صورته².

ولا يثور عيب إنحراف السلطة إلا عندما تكون هذه السلطة تقديرية إذ هنا فقط يمكن إثبات أن الإدارة أنحرفت بالسلطة، أي إستعمالها لتحقيق هدف بعيد عن المصلحة العامة، ونظراً لطبيعة عيب الإنحراف وصعوبة إثباته فإن القضاء يعتبر هذا العيب إحتياطياً ولا يلجأ إليه إلا إذا لم يجد عيباً آخر يشوب القرار الصادر عن الإدارة، ولا يتعلق هذا العيب بالنظام العام، وبناء على ذلك فإن القاضي لا يفحصه من تلقاء نفسه وإنما يمد إليه رقابته إذا أثاره الخصوم.

ومما تقدم يمكن القول بأن قرار الجزاء الذي اتخذته الإدارة بحق المتعاقد معها بمناسبة تنفيذ العقد يعد سليماً إذا كان الغرض منه تأمين حسن سير المرافق العامة بانتظام وإطراد وتحقيق المصلحة العامة المتوخاة من تنفيذ العقد بما فيها صفقة الأشغال العامة، وعلى عكس من ذلك إذا أستخدمت الإدارة سلطتها في توقيع الجزاء في صورة لا تتفق والغرض الذي وضعه المشرع لها فإن تصرفها يكون غير مشروع ومشوب بعيب الإنحراف بالسلطة كما لو كان الهدف من قرار الإدارة بحسب العمل من المقاتل وتنفيذه على حسابه وتحت مسؤوليته هو الإضرار بالمقاتل أو تحقيق ربح مادي لجهة الإدارة³.

¹ - صوفية عباد، المرجع السابق، ص 597.

² - نصر الدين بشير، المرجع السابق، ص 217.

³ - بلاوى ياسين بلاوى، المرجع السابق، ص 219.

وفي الأخير يمكن القول أن سلطة المصلحة المتعاقدة عندما تكون مقيدة تخضع قراراتها لرقابة القضاء من زاوية المشروعية، أما عندما تكون سلطتها تقديرية فإن قراراتها لا يمكن مراقبتها إلا من زاوية الملائمة.

ب-رقابة الملائمة:

في هذه الرقابة تمتد رقابة القضاء على تقدير الإدارة لأهمية السبب وخطورته ومدى تناسبه مع الإجراء المتخذ على أساسه، بمعنى أن الرقابة القضائية لا تقتصر على التحقق من إرتكاب المتعاقد للأفعال التي تدعيها الإدارة من عدمه وإنما تقدر جسامه الجزاء الموقع عليه بالمقارنة مع خطورة المخالفات المنسوبة إليه، ويمكن للقاضي في حالة عدم تناسب الجزاء مع الوقائع المنسوبة للمتعاقد أن يقضي بعدم صحة الجزاء المبالغ فيه أو يعدل في الجزاءات الموقعة أو توقيع جزاء أخف من الجزاء الذي أتخذته الإدارة إذا اتضح أن الخطأ المنسوب للمتعاقد لم يكن جسيماً أو كافياً لتبرير الجزاءات المتوقعة¹.

كما يملك قاضي العقد، سواء في فرنسا أو مصر أن يحكم بالتعويض على الإدارة مت تسببت بتصرفها المعيب المتمثل في فرضها الجزاءات الضاغطة بصورة غير مشروعة إلحاق الضرر بالمتعاقد وذلك في ضوء القواعد العامة².

وبراعى في تقدير التعويض ما ساهمت به الإدارة من أخطاء وأعمال أدت إلى حدوث الخطأ وترتب على ذلك الضرر وهذا ما أكدته المحكمة الإدارية العليا في حكمها المؤرخ 1966/12/21 الذي تذهب فيه (.. من حيث أن الضرر الذي أصاب المؤسسة جاءت نتيجة خطأ كل من الإدارة والمؤسسة معا، فالفرض بأن المؤسسة عالمة بأحكام مرسوم الأوعية علمها القانون الذي لا يعذر أحد بالجهل به .. ويتمثل خطأ الإدارة في كونها طرحت المناقصة على أساس عينة نموذجية مخالفة لأحكام مرسوم الأوعية، ما يتوافر لديها من الإمكانيات الفنية.. وإذا كان الخطأ مشتركا كان للقاضي أن يقدر نصيب كل من المسؤولين عن الخطأ في التعويض..).

ويعد تعويض المتعاقد عما لحقه من أضرار الجزاء الأصيل لعدة أسباب تتمثل فيما يلي:

1-أنه الجزاء الأصيل في مجال مسؤولية الإدارة.

¹ - بلاوى ياسين بلاوى، المرجع السابق، ص 220.

² - هارون عبد العزيز جمل، المرجع السابق، ص 240.

2- بإعتبار أن الربح هو غايته من جراء إبرام العقد في حالة خطأ الإدارة أما إثبات هذا الحق فهو يقع على عاتق المتعاقد، فالإدارة تكون دائما مدى عليها في المنازعات الإدارية وهو مركز قوي بالنسبة للمدعي مع التشدد في ذلك وخاصة إذا كانت مخالفة الإدارة لالتزاماتها التعاقدية إعمالا لسلطتها المشروعة وحق المتعاقد في التعويض يقوم على أسس أن الخطأ مثل تقصير الإدارة في تنفيذ التزاماتها فعدم تنفيذ الإدارة للأشغال التي ألتزمت بتنفيذها بموجب هذا العقد وكذا الإثراء بلا سبب في حالة قيام المتعاقد بأعمال أو خدمات إضافية من تلقاء نفسه ولكنها لا زمة لزيادة فائدة المرفق وسند نظريات التوازن المالي للعقد سواء نظرية عمل الأمير أو الظروف الطارئة والصعوبات المادية غير المتوقعة.

والتعويض يجب أن يكون مقابل جميع ما أصاب المتعامل المتعاقد من أضرار (أي ما لحقه من خسارة وما فاته من كسب) وتقدير التعويض حسب مقدار الضرر لا مع جسامته الخطأ ويرجع السبب في ذلك أن التعويض في نطاق المسؤولية التقصيرية يقدر على أساس الخطأ ثم الضرر والعلاقة السببية.

أما في نطاق المسؤولية العقدية فإنه يقدر على أساس الضرر والقاضي يتولى تحديد مقدار التعويض ويكون في هذه الحالة مقيدا بالألا يتجاوز ما طلبه المضرور إستنادا إلى المبدأ القائل (بأن القاضي لا يجوز أن يحكم إلا في حدود طلبات المدعي بحيث لا يكون التعويض إلا مقابل الضرر الفعلي وفي حالة وجود نظام قانوني خاص يختص بتقدير التعويض يتقيد القاضي في هذه الحالة بأن الخاص يقيد العام ويتقيد القاضي أخيرا بالظروف والملابسات التي تحيط صاحب الفعل الضار كما في حالة إلغاء القرار الإداري لسبب بسيط في الشكل أو لمجرد عيب في الشكل¹.

وقد أستقر قضاء مجلس الدولة الفرنسي على التفرقة بين جزاء وضع المرفق تحت الحراسة الإدارية في عقد الإلتزام من ناحية وبين باقي الجزاءات الضاغطة من ناحية أخرى فأجيز للقاضي إلغاء قرار فرض الحراسة إذا كان القرار غير مشروع أو ليس ما يبرره أو غير متلائم مع جسامته الخطأ، بعكس سحب العمل في عقد الأشغال العامة إذ لا يمكن للمقاول طلب إلغاء هذا الإجراء وإنما يقتصر حقه في طلب التعويض².

¹ - رشا محمد جعفر الهاشمي، المرجع السابق، ص ص 252-253.

²-Andre de laubadere , op.cit,p352

ونجد بأن الدكتور سليمان الطماوي ينتقد هذه التفرقة التي قررها مجلس الدولة الفرنسي عن الحكم بإلغاء قرارات إجراءات الضغط غير المشروعة في عقد الأشغال العامة في الوقت الذي يقرره في عقد الإلتزام والحجة التي يستند عليها هو أن قضاء مجلس الدولة السابق ما هو إلا مرحلة من مراحل تطوره ويترد قائلاً بأن يفضل التسوية بين جميع العقود الإدارية في هذا الصدد، وهذا ما أكده حيث يذهب بالقول بأن المبدأ الذي سار عليه مجلس الدولة الفرنسي لا يتسم بالعدالة لأن هناك عقود إدارية لا تقل أهمية عن عقود الإلتزام مثل عقود الأشغال العامة التي تتعلق بمشروعات ضخمة كإنشاء سد عظيم كالسد العالي أو إقامة إستصلاح مساحات كبيرة من الأراضي بالإضافة إلى ذلك قابلية الجزاءات الضاغطة والفاسخة غير الصحيحة للإلغاء القضائي بالنسبة لجميع العقود الإدارية لا يناقضه أي مبدأ¹.

أما في مصر فإنه رغم ندرة الأحكام القضائية التي تتعلق بالجزاءات الضاغطة في مجال عقد الإلتزام، فإن الفقه في غالبية يرى أن القضاء المصري لا يعرف التفرقة التي أخذ بها قضاء مجلس الدولة الفرنسي، وأن قاضي العقد يمارس سلطته الكاملة في مجال إلغاء الجزاءات غير المشروعة والتعويض عنها سواء تعلق الأمر بعقد إلتزام أو الأشغال العامة أو التوريد، ومن الأحكام التي يستند إليها الفقه حكم محكمة القضاء الإداري الصادر بتاريخ 1956/12/23 الذي قضت فيه بإلغاء القرار الصادر من الإدارة بالاستيلاء على أدوات المقاول وهماثة الموجودة بمحل العمل حيث يعتبر هذا الإستيلاء وسيلة من وسائل الضغط².
بينما القضاء الإداري الجزائري جعل مبدأ عام أن القضاء الكامل هو المختص بالفصل في النزاعات المترتبة عن الصفقات العمومية لا قضاء إلغاء³.

الفرع الثاني: إعفاء المتعامل المتعاقد من جزاء سحب العمل

الأصل أن عدم تنفيذ المتعامل المتعاقد لإلتزاماته التعاقدية أو التأخير في تنفيذها يعد بدوره خطأ جسيماً موجباً لمسؤولية المتعاقد، لما له من تأثيرات وأضرار جانبية على سير

¹ - رشا محمد جعفر الهاشمي، المرجع السابق، ص ص 249-250.

² - هارون عبد العزيز الجمل، المرجع السابق، ص 245.

³ - قرار مجلس الدولة المؤرخ في 06-02-2014 تحت رقم: 078670، مجلة مجلس الدولة، ع 13، 2014، ص ص

المرافق العامة وانتظامها في تقديم الخدمات المنوطة بها لجمهور المنتفعين، الأمر الذي يوجب سحب العمل منه.

غير أنه يتوجب على الإدارة وقبل توقيعها لجزاء سحب العمل على المتعاقد معها تحري الأسباب والدوافع التي حالت بينه وبين تنفيذ التزاماته وذلك إعمالاً لمبادئ العدالة والإنصاف.

ومن ضمن أهم الأسباب التي تعفي المقاول من توقيع جزاء السحب عليه نجد حالة القوة القاهرة والتي جرى تعريفها على أنها عبارة عن حادث فجائي المستقل عن إرادة المتعاقدين، لم يكن متوقعا عند إبرامهم للعقد، بما يمكن أن يؤدي إلى استحالة تنفيذ الإلتزامات التعاقدية أو جزء منها، على أن يتصف الحادث الذي يكون سببا في تقصير المقاول عن تنفيذ إلتزاماته من قبيل القوة القاهرة بما يلي:

- أن يكون الحادث الخارجي المدعى به كعذر لتبرير حالة التقصير أو التأخير غير متوقع ولا يمكن توقعه أو التنبؤ به، ومثال ذلك ما اعتبره مجلس الدولة الفرنسي حادثا غير متوقع كهطول أمطار غزيرة ولمدة غير عادية تحول بين المتعاقد وبين الإلتزامات المنوط بتنفيذها، وكذا التقلبات الجوية غير الاعتيادية¹.

- أن يكون السبب أو الحادث الذي دفع بالمتعاقد إلى التقصير أو التأخير عن تنفيذ إلتزاماته التعاقدية مستقلا كلية عن إرادته، كما ليس في إمكانه دفعه أو درؤه².

- أن يؤدي الفعل القاهر إلى جعل تنفيذ الإلتزام مستحيل إستحالة مطلقة.

ونلاحظ أن المشرع الجزائري في المادة 35 من القرار المؤرخ في 21-11-1964 المتضمن المصادقة على دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال الخاصة بوزارة تجديد البناء والأشغال العمومية والنقل والمادتين 119 و 120 من المرسوم التنفيذي رقم: 21-219 المتضمن الموافقة على دفتر البنود الإدارية العامة المطبقة على الصفقات العمومية للأشغال التي نص فيها على سحب المشروع من المتعامل المتعاقد لم يتطرق إلى حالات إعفاء المتعاقد من توقيع هذا الجزاء عليه غير لا مانع للمتعامل المتعاقد في حقه في رفع دعوى قضاء كامل أمام القضاء الإداري من أجل إعفائه من توقيع هذا

¹ - نصري منصور النابلسي، المرجع السابق، ص 202.

² - لحسن بن الشيخ آث ملويا، المرجع السابق، ص 77.

الجزاء إذا توفرت أسباب تستدعي إعفائه كالقوة القاهرة مثلا، غير أن مسألة قبول الإعفاء من عدمه تخضع للسلطة التقديرية للقاضي الإداري.

المبحث الثاني: الجزاءات الفاسخة

إن العقود الإدارية بصفة عامة بما فيها صفقة الأشغال العامة قد ينتهي بطريقة طبيعية بتمام تنفيذ العقد أو انقضاء المهلة المحددة لسريانه، كما أنه قد ينتهي بطريقة غير طبيعية قبل اتمام التنفيذ عن طريق الفسخ الاتفاقي¹، أو الفسخ بقوة القانون¹، أو الفسخ القضائي²، أو الفسخ الإداري.

¹ - الفسخ الاتفاقي يعد حالة من الحالات العامة التي تؤدي إلى انقضاء العقد سواء في مجال العقود الإدارية أو العقود المدنية، فاذا اتفق المتعاقد مع جهة الإدارة على إنهاء العقد قبل نهايته الطبيعية، فإن هذا الإتفاق من شأنه أن يؤدي إلى فسخ العقد، ذلك أن الرضا بين المتعاقدين هو أساس الإلزام في العقد وهو أيضا أساس زوال هذا الإلزام. وهذا الفسخ يجب أن تظهر الإدارة فيه غدارتها بوضوح دون اشتراط شكل معين لذلك، إذ يمكن ان يتم بخطابات متبادلة بين طرفي العقد، وقد يكون الفسخ الاتفاقي متضمنا تعويضا يدفعه أحد الطرفين للآخر، أو قد سكون الفسخ الاتفاقي دون تعويض. ينظر علي عبد الأمير قبلان، المرجع السابق، ص 460، ابراهيم عبد العزيز شيحا، الوسيط في مبادئ وأحكام القانون الاداري، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، 1997 لبنان، ص 665.

ويجد الفسخ الإتفاقي أو المشترك أساسه القانوني في التشريع الجزائري في المادة 151 من المرسوم الرئاسي 247/15 والتي جاء فيها "زيادة على الفسخ من جانب واحد المذكور في المادتين 149 و 150 يمكن القيام بالفسخ التعاقدية للصفقة العمومية عندما يكون مبررا بظروف خارجة عن إرادة المتعامل المتعاقد حسب الشروط المنصوص عليها صراحة لهذا الغرض"

يتضح من فحوى النص أن المشرع الجزائري اجاز للمصلحة المتعاقدة بعد الموافقة على طلب المقاول اللجوء إلى الفسخ الإتفاقي وهو يتسم بالطابع الإتفاقي، لذلك أوجب المشرع الجزائري في المادة 152 من المرسوم الرئاسي 247/15 توقيع الإتفاقية أو وثيقة الفسخ من الطرفين، ووجب أن يتضمن كشوف الحسابات التي تبين مبلغ الأشغال المنجزة والأشغال المتبقية، وعلى هذا الأساس تقوم المصلحة المتعاقدة بتحليل الوضعية وغمكانية قبول الفسخ أم لا، ولكن في غالب الأحيان من الجانب الواقعي والتطبيقي تقوم الإدارة بالموافقة على الفسخ حفاظا على المصلحة العامة التي تقتضيها، والمبلغ المتبقي من الصفقة فإن المصلحة المتعاقدة تقوم بإجراءات جديدة للقيام بتحديد متعامل جديد لتكملة المشروع، ويتميز الفسخ الإتفاقي عن باقي أنواع الفسخ الأخرى (الفسخ القضائي، الفسخ بقوة القانون، الفسخ الإداري) أنه نابع من ارادة الأطراف المتعاقدة، وانها أنسأقت إليه طوعا فهو بمثابة العقد الجديد الذي يضع نهاية لعقد قديم، ولا سيء يمنع ان ينص في العقد الفاسخ على أحقية المتعامل المتعاقد في الحصول على تعويض لتغطية الضرر الذي لحقه جراء اللجوء إلى الفسخ الإتفاقي. ينظر عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، المرجع السابق، ص 207 .

ومع ذلك فإن الفسخ بهذه الطريقة يخضع لرقابة القضاء، ويقتصر دور القاضي على التحقق من انطباق الشرط القاضي بالفسخ، قد يحدث بعد إبرام عقد الأشغال العامة المتعاقدان على إنهاء العقد قبل نهايته أو قبل تمامه، وبهذا يكون اتفاقا مستندا على رضا الطرفين، لأن الرضا المتبادل هو الذي يبعث بالعقد إلى الوجود فلا مشكلة أن يزيله، وإلزام العقد تقرر

إرادة أطرافه وهي تقرر أنقائه أيضا. ينظر سامال اسكندر محمد الباجلان، سلطات الإدارة والقيود الواردة عليها في العقود الإدارية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر الطبعة الأولى، 2017، ص 243 .

1 - الفسخ بقوة القانون : تنقضي الصفقة بقوة القانون في حالات محددة قانونا عند تحقق شروط نص عنها هذا القانون ، ويحدث الفسخ أثاره عند تحقيق الوقائع التي تنهي العقد، وفي أغلب الحالات، يكون الفسخ بقوة القانون دون تعويض، بينما في حالات أخرى يترتب على الفسخ تعويض للمتعاقد، وأهم صور الفسخ نتيجة هلاك موضوع العقد، والفسخ المنصوص عليه في العقد، والفسخ بناء على نص في القانون .

-الفسخ نتيجة هلاك موضوع العقد : ويكون إما لسبب خارجي أو بفعل الإدارة ، فالأول يحدث إذا طرأ سبب اجنبي أدى إلى استحالة تنفيذ العقد استحالة مطلقة وهو السبب غير المتوقع، والذي يخرج عن إرادة المدين، كتمير المنشآت التي يقوم المقاول بانشائها، وفي هذه الحالة يتعين أن يكون تنفيذ الإلتزام قد أصبح مستحيلا لكي يتم فسخ العقد بقوة القانون. أما إذا كان العقد من عقود الإلتزام فإن تدمير المنشآت لأي سبب قاهر (حرب مثلا) لا يترتب عليه فسخ العقد، وإنما يؤجل تنفيذه، وقد قضى مجلس الدولة الفرنسي بوقف عقد الإلتزام في مثل هاته الحالات وكذلك الحال إذا انتقلت السيادة على الأراضي المقام عليها المرفق العام إلى دولة أجنبية، فإن استحالة التنفيذ يجعل عقد الإلتزام مفسوخا بقوة القانون. وقد يهلك موضوع العقد بسبب فعل الإدارة وهنا نكون أمام حالة تتأرجح بين الفسخ بقوة القانون والفسخ بفعل الإدارة وهنا يميز De Laubadare بين عمل الإدارة الذي يشكل خطأ، وهنا يتعين تعوض للمتعاقد بناء على المسؤولية العقدية، وبين عمل الإدارة المشروع الذي يؤدي إلى زوال موضوع العقد، وهنا تطبق قواعد الفسخ بناء على فعل الإدارة. ينظر علي عبد الأمير قبالن، المرجع نفسه ص462.

- الفسخ نتيجة تحقق شروط معينة منصوص عليها : قد ينص في العقد على أن تحقق شروط معينة يترتب عليها انقضاء العقد، فإذا تحققت هذه الشروط انفسخ العقد بقوة القانون من تاريخ تحققها.

- الفسخ نتيجة تحقق أسباب حددتها القوانين والتنظيمات: قد يصدر المشرع تشريعا مقتضاه إنهاء بعض أنواع العقود التي أبرمتها جهة الإدارة كما لو كانت الإدارة قد أبرمت بعض العقود لمواجهة ظروف الحرب وأصدر المشرع قانون بإلغاء هذه العقود لانتهاء الحرب. ينظر ابراهيم عبد العزيز شيجا، المرجع نفسه، ص 666.

2 - الفسخ القضائي : وهذا الفسخ لا سكون إلا بفعل القضاء، ويتم الفسخ بهذه الطريقة بطلب يتقدم به أحد الطرفين إلى القاضي لفسخ العقد، ويترتب آثار الفسخ إلى تاريخ رفع الدعوى لأن سبب الفسخ في هذه الحالة يكون عادة عند عدم تنفيذ أحد طرفي العقد لإلتزاماته ، مفاد ذلك ان يرتكب أحد أطراف العقد من الأخطاء ما يجعل الطرف الآخر لا يستطيع الإستمرار في تنفيذ العقد، هنا يلجأ هذا الطرف للقضاء طالبا الحكم بفسخ العقد، فإذا اتضح للمحكمة سلامة ادعاءات المدعي قضت بفسخ العقد، وإذا تبين للمحكمة عدم صحة ادعاءات المدعي أو كانت ادعاءات صحيحة ولكن لا تمثل جسامة تجعل التنفيذ مستحيلا أو صعبا، قضت المحكمة برفض الدعوى، ينظر عبدلي سهام، الفسخ بين الطبيعة الإدارية للصفقة العمومية والقانون الخاص، مجلة الإجتهد للدراسات القانونية والاقتصادية، المركز الجامعي لتمنغست، الجزائر، 2015، ص 66.

والأسباب التي يمكن أن يصدر بها حكم قضائي بالفسخ عديدة ومتنوعة، ويمكن تصنيفها إلى ثلاث أصناف، الفسخ القضائي بسبب القوة القاهرة، الفسخ القضائي كجزاء على الإخلال بالعقد، والفسخ القضائي كتوازن لسلطات الإدارة الإستثنائية والتي تمكنها من التدخل في تنفيذ العقد.

ويعد الفسخ الإداري بمثابة إمتياز سلطوي للمصلحة المتعاقدة تنهي به العلاقة التعاقدية بارادتها المنفردة دون اللجوء إلى القضاء عن طريق فسخ الصفقة لدواعي المصلحة العامة دون أي خطأ منه، أو عن طريق الفسخ نتيجة إرتكاب المتعامل المتعاقد لأخطاء جسيمة وهذا الفسخ الأخير وهو الذي محل دراستنا في صفقة الأشغال العامة وهو ما يصطلح عليه بالفسخ الجزائي¹.

ويعتبر الفسخ الجزائي أشد وأخطر الجزاءات التي يمكن توقعها الإدارة على المتعاقد معها، لأنه يؤدي إلى إنهاء الرابطة التعاقدية، ولا يحق للإدارة اللجوء إليه إلا عند إرتكاب المتعاقد خطأ جسيما أو عند إخلاله بالتزاماته التعاقدية إخلالا خطيرا يؤثر على حسن سير المرفق العام بانتظام واطراد.

غير أن حق الإدارة في الفسخ، ليس حقا مطلقا تتصرف فيه كيف ما تشاء وإنما حق مقرر للمصلحة العامة، ولذلك لا يجوز لها التنازل عنه، وهو ما يقال عنه لا يجوز للإدارة أن تتنازل بصفة عامة عن إستخدام سلطتها في الفسخ لأن تلك السلطة ليست حقا شخصيا لها بل وظيفة تضطلع بالقيام بها أيا كان مبرر الفسخ².

وسلطة الإدارة في توقيع هذا الجزاء غير مطلقة وإنما يجب عليها إحترام شروطه وحالاته وتجنبها لتعسف الإدارة في تطبيقه قد أخضعها لرقابة القضاء.

والتشريع الجزائري تطرق إلى هذا النوع من الجزاءات في المرسوم الرئاسي 247/15 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام في المادة 149 منه³، وكذا في المرسوم التنفيذي رقم: 21-219 من خلال نص مواد 122 إلى 127 منه.

ولأهمية الفسخ الجزائي كجزء تلجأ إليه الإدارة فإننا نتعرض لدارسته في ثلاث مطالب الأول نخصه لمفهوم الفسخ الجزائي والثاني القواعد الإجرائية للفسخ الجزائي والثالث الرقابة القضائية على قرار الفسخ الجزائي.

¹ - ننون سليمان يونس العبادي، المرجع السابق، ص 201.

² - عبد الله نواف العنزي، المرجع السابق، ص 136.

³ - نصت المادة 149 من المرسوم الرئاسي 247-15، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام على " إذا لم ينفذ المتعاقد التزاماته، توجه له المصلحة المتعاقدة إعدارا ليفي بالتزاماته التعاقدية في أجل محدد. وإذا لم يتدارك المتعاقد تقصيره في الأجل الذي حدده الاعذار المنصوص عليه أعلاه، فإن المصلحة المتعاقدة يمكنها أن تقوم بفسخ الصفقة العمومية من جانب واحد ويمكنها كذلك القيام بفسخ جزئي للصفقة".

المطلب الأول: مفهوم الفسخ الجزائي

إذا كان الأصل العام في العقود المدنية أن فسخ العقد لا يتم إلا عن طريق القضاء في حالة إخلال أحد المتعاقدين بالتزاماته التعاقدية عن طريق رفع دعوى فسخ طبقاً لنص المادة 119 من القانون المدني¹، غير أن هذه القاعدة لا تطبق على العقود الإدارية بما فيها صفقة الأشغال العامة إذ يجوز للمصلحة المتعاقدة توقيع فسخ الصفقة مع المتعامل المتعاقد محل بالتزاماته إخلالاً خطيراً دون اللجوء إلى القضاء وهو ما يطلق عليه الفسخ الجزائي تمييزاً له عن النوع الثاني المتمثل في سلطة الإدارة في فسخ العقد قبل إنتهاء مدته وبدون خطأ من جانب المتعاقد، وذلك لدواعي متطلبات المصلحة العامة²، ولتحديد الفسخ الجزائي ينبغي التطرق إلى تعريفه، طبيعته، حالاته وأنواعه.

¹ - المادة 119 من الأمر 58-75، المعدل والمتمم بالقانون رقم 07-05، المتضمن القانون المدني.

² - الفسخ لدواعي المصلحة العامة دون خطأ المتعاقد: وهو سلطة استثنائية تتمتع بها المصلحة المتعاقدة لا نظير لها في العقود المدنية وبموجبها يحق للإدارة فسخ الصفقة بإرادتها المنفردة بموجب قرار إداري دون أي خطأ من المتعامل المتعاقد وبدون الحاجة إلى نص يقرر لها ذلك.

واختلف آراء الفقهاء حول الأساس القانوني لسلطة الفسخ دون خطأ من المتعاقد بين أساس فكرة الصالح العام، فكرة السلطة العامة وامتيازات القانون العام وأساس مزدوج يجمع بين فكرة الصالح العام وفكرة السلطة العامة. ينظر مفتاح عبد الحميد، إنهاء العقد الإداري، أبو العزم للطباعة، الإسكندرية، مصر، 2006، ص 78.

ونجد المشرع الجزائري قد اعتمد على المصلحة العامة كأساس لإنهاء الصفقة دون خطأ من المتعاقد وهو ما نصت عليه المادة 150 من المرسوم الرئاسي 247/15 بقولها "يمكن للمصلحة المتعاقدة القيام بفسخ الصفقة العمومية من جانب واحد عندما يكون مبرراً بسبب المصلحة المتعاقدة بدون خطأ من المتعامل المتعاقد".

وما يلاحظ على نص المادة 150 من المرسوم الرئاسي 247/15 أن المشرع الجزائري لم يبين أسباب المصلحة العامة وتركها مطلقة، ترجع إلى السلطة التقديرية للمصلحة المتعاقدة، وهو ما يضر بمصالح المتعاقد من خلال تعسف الإدارة في استعمال هذا الحق .

والعكس من ذلك، فإن الإدارة لا تستطيع أن تمارس سلطتها في إنهاء العقد الإداري من أجل باعث أو سبب خلاف المصلحة العامة، ولذلك الفقه والقضاء الفرنسي لا يقران للإدارة باستخدام سلطتها السابقة من أجل الأسباب التي لا تتوافر فيها وصف المصلحة العامة ومن هذه الأسباب شخصية، و المتعلقة بحرية العقيدة الدينية وذات الطابع السياسي أو النشاط النقابي للمتعاقد.

ينظر محمد ماهر أبو العينين، العقود الإدارية، دار أبو المجد للطباعة بالهرم، 2003، ص 253.

ويترتب على هذا الفسخ لدواعي المصلحة العامة أن للمتعاقد الحق في الحصول على تعويض مقابل هذا الفسخ . ينظر مفتاح عبد الحميد ، إنهاء العقد الإداري، المرجع نفسه، ص 319.

الفرع الأول: تعريف الفسخ الجزائي

لتحديد تعريف للفسخ الجزائي الذي تمارسه المصلحة المتعاقدة في حالة إخلال إرتكاب المتعامل المتعاقد لخطأ جسيم أثناء تنفيذ الصفقة مهما كان نوعها سواء صفقة توريد أو صفقة أشغال وهي موضوع دراستنا ينبغي التطرق إلى التعريفات الفقهية ومن بعدها التشريعية إن وجدت.

أولاً: التعريف الفقهي للفسخ الجزائي

تتوعدت آراء الفقهاء حول تعريف الفسخ وتعددت وجهات نظرهم فهناك من عرفه على أنه جزء توقعه المصلحة المتعاقدة على المتعاقد معها، الذي لم يعد قادراً على الوفاء بالتزامه التعاقدية، أي أن للإدارة حق الفسخ سواء انطوى هذا الحق على نص يخولها هذا الحق أم خلا من ذلك دون اللجوء للقضاء، حيث أن الفسخ يعد من مظاهر السلطة العامة، والإدارة تملك حق إستعماله بإرادتها المنفردة دون اللجوء للقضاء.

هذا التعريف أغفل خاصية هذا الجزاء بأنه ينهي العلاقة التعاقدية بين الطرفين وهي أهم ميزة يتميز بها الفسخ الجزائي عن باقي الجزاءات الإدارية السالفة الذكر.

وهناك من عرفه على أنه جزء يجوز للإدارة توقيعه على المتعاقد يضع نهاية للرابطة التعاقدية بينهما، وفي الغالب تستخدم الإدارة هذا الجزاء في حالة إرتكاب المتعاقد خطأ جسيماً في تنفيذ إلتزاماته التعاقدية، فتملك الإدارة فسخ العقد بإرادتها المنفردة حتى ولو لم ينص العقد على هذا الحق، دون الحاجة إلى إنتظار موافقة القضاء على إيقاعه¹.

كما عرف فسخ العقد كجزء لخطأ المقاول، على أنه هو جزء عقدي شديد الجسامة توقعه الإدارة على المقاول الذي أحل بإلتزاماته التعاقدية إخلال جسيماً يترتب عليه إنقضاء العلاقة العقدية، وإبعاد المقاول بشكل نهائي عن تنفيذ العقد.²

عرفه الدكتور عمار بوضياف على أن الفسخ عبارة عن حدث إستثنائي وعارض يترتب عليه نهاية مسبقة أو مبكرة للصفقة ويؤدي إلى إيقاف تنفيذ العقد قبل أوانه³.

¹ - مازن ليلو راضي، العقود الإدارية في القانون الليبي والمقارن، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2003، ص 118.

² - دنون سليمان يونس العبادي، المرجع السابق، 233.

³ - عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، القسم الثاني، المرجع السابق، ص 30.

و ما نلاحظه من خلال هذه التعاريف أن غالبية فقهاء القانون أجمعوا على أن الفسخ هو إنهاء الرابطة التعاقدية بين المصلحة المتعاقدة والمتعامل المتعاقد نتيجة إخلاله بالتزاماته التعاقدية، ما عدا التعريف الأول الذي أغفل ذلك ، كما أنهم ربطوا تعريف الفسخ بعدم تأدية المتعامل المتعاقد لالتزاماته التعاقدية المنصوص عليها في العقد ووفق دفتر الشروط، مع أن هناك فسخ للصفقة العمومية يكون بدون خطأ ويكون مراعاة للمصلحة العامة، كما أن هذه التعاريف جاءت عامة بالنسبة لجميع العقود الإدارية دون تخصيص صفقة الأشغال العامة التي موضوع دراستنا غير أنه ليس هناك أي مانع من تطبيق هذه التعاريف في الفسخ المطبق على صفقة الأشغال العامة مادام أن هذه الصفقة هي إحدى صور العقد الإداري.

غير أن هناك بعض الفقهاء قدموا تعاريف للفسخ الجزائري في صفقة الأشغال العامة فعرف على أنه ذلك الجزاء المتشدد المتشدد الذي توقعه الإدارة صاحبة العمل على المقاول الذي أخل بتنفيذ التزاماته التعاقدية بشكل جسيم والذي يترتب عنه إستبعاد المقاول بشكل نهائي من الإستمرار في تنفيذ الأشغال موضوع العقد¹.

كما أنه من خلال إستقراء التعاريف الفقهية للفسخ الجزائري نجد أنها كلها تدور في معنى واحد ومتقارب ومنها أقترح تعريف للفسخ الجزائري في صفقة الأشغال العامة " على أنه جزاء توقعه المصلحة المتعاقدة في حق المتعامل المتعاقد المخل بأحد التزاماته التعاقدية إخلال خطير أثناء تنفيذ الأشغال، وتوقعه دون اللجوء إلى القضاء وبموجبه تنهي العلاقة التعاقدية بينهما بصفة نهائية.

ثانيا: التعريف التشريعي للفسخ الجزائري

سنتطرق في هذه النقطة إلى تعريف الفسخ من ناحية التشريع الجزائري والتعديلات التي واجهت قانون الصفقات العمومية وان كان تطرق فيها إلى تعريفه من عدمها وكذا التشريع المقارن.

¹ - محمد صلاح عبد البديع السيد، سلطة الإدارة في إنهاء العقد، دراسة مقارنة، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه، جامعة الزقازيق، جمهورية مصر العربية، 1993، ص 170.

أ- تعريفه في التشريع الجزائري:

لم يتطرق المشرع الجزائري عبر النصوص القانونية المنظمة للصفقات العمومية إلى تعريف الفسخ الجزائري، فبالرجوع إلى القرار الوزاري المؤرخ في 1964/11/21 المتضمن المصادقة على دفتر الشروط الإدارية نجده لم يتطرق إلى تعريفه واكتفى بذكر حالاته الوجوبية التي تقوم فيها الإدارة بفسخ العقد بحكم القانون وبدون تعويض والمتعلقة بوفاء المقاول، والإفلاس والتسوية وهو ما نصت عليه المادة 37 من دفتر الشروط الإدارية العامة¹.

وكذا بالرجوع إلى المرسوم الرئاسي رقم: 250/02 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية المعدل والمتمم من خلال نص مادته 99²، نلاحظ أنه لم يتم بتعريف صريح للفسخ وإنما تعرض إلى شروط الفسخ في حالة إخلال المتعامل المتعاقد بالتزاماته، أنه إذا لم ينفذ المتعاقد التزاماته توجه له المصلحة المتعاقدة إعدار ليفي بالتزاماته التعاقدية في أجل محدد، وإذا لم يتدارك المتعاقد تقصيره في الأجل الذي حدده الإعدار المنصوص عليه أعلاه يمكن

¹ - نصت المادة 37 من القرار الوزاري المؤرخ في 1964/11/21، المتضمن المصادقة على دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على الأشغال الخاصة بوزارة تجديد البناء والأشغال العمومية والنقل على " وفاة المقاول أو إفلاسه وتسوية إفلاسه القضائية

- الوفاة : يفسخ العقد بحكم القانون وبدون تعويض في حالة وفاة المقاول، باستثناء الحالة التي تقبل فيها الإدارة العروض التي يتقدم بها إليها ورثته لتكميل الأشغال.

-الإفلاس والتسوية القضائية: يفسخ العقد كذلك بحكم القانون وبدون تعويض، في حالة إفلاس المقاول وباستثناء الحالة التي تقبل بها الإدارة العروض التي يمكن أن يتقدم بها وكيل دائني التفليسة لمتابعة المقاول وذلك في الحالة التي تسمح له فيها المحكمة بمتابعة استغلال المشغل.

ويفسخ العقد كذلك في حالة التسوية القضائية التي لا يسمح فيها للمقاول بمتابعة استغلال مشغله

- وعلى كل تتخذ الإدارة تلقائيا وعلى عهدة المقاول التدابير الاحتياطية أو التأمينية التي يتجلى أمر استعجالها بانتظار قرار المحكمة النهائي".

² - نصت المادة 99 من المرسوم الرئاسي 02-250، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية على "إذا لم ينفذ المتعاقد التزاماته توجه له المصلحة المتعاقدة إعدار ليفي بالتزاماته التعاقدية في أجل محدد.

وإذا لم يتدارك المتعاقد تقصيره في الأجل الذي حدده الإعدار المنصوص عليه أعلاه، يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تفسخ الصفقة من جانب واحد.

لا يمكن الاعتراض على قرار المصلحة المتعاقدة بفسخ الصفقة عند تطبيقها البنود التعاقدية في الضمان، والملاحظات الرامية إلى إصلاح الضرر الذي لحقها بسبب سوء تصرف المتعاقد معها.

يحدد الوزير المكلف بإبمالية بقرار البيانات الواجب ادراجها في الاعذار، وكذلك أجل نشره في شكل إعلان قانوني".

للمصلحة المتعاقد أن تفسخ العقد من جانب واحد، والمرسوم الرئاسي رقم: 36/10 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية المعدل والمتمم من خلال نص مادتيه 112 و 113¹، لم يتم بالتعديل وأبقى نفس ما جاء به المرسوم السالف الذكر واكتفى بتحديد شروط دون تعريفه. وبالرجوع إلى المرسوم الرئاسي 247/15 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام نجد أنه لم يتطرق إلى تعريف الفسخ الجزائي واكتفى بتحديد شروطه مع إضافة نوع جديد من الفسخ من جانب واحد من المصلحة المتعاقدة عندما يكون مبررا بسبب المصلحة العامة حتى بدون خطأ من المتعامل المتعاقد وهذا طبقا لنص المادتين 149 و 150 منه².

كما أنه يرجوع إلى آخر نص تنظيمي منظم للصفقات العمومية ويتعلق الأمر بالمرسوم التنفيذي رقم: 21-219³ المتضمن الموافقة على دفتر البنود الإدارية العامة المطبقة على الصفقات العمومية للأشغال أكتفى على تحديد إجراءات الفسخ بكل أنواع سواء فسخ جزائي أو إتفاقي أو لدواعي المصلحة العامة دون تعريفه للفسخ. وحسنا ما فعل المشرع الجزائري في عدم تطرقه إلى تعريف الفسخ الجزائي تاركا ذلك للفقهاء لأن هذا الأخير المختص في تحديد المفاهيم والمصطلحات.

¹ - المادتين 112 و 113 من المرسوم الرئاسي رقم: 10-236، المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية.

² - نصت المادة 149 من المرسوم الرئاسي 247/15، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام على " إذا لم ينفذ المتعاقد التزاماته توجه له المصلحة المتعاقدة إعدار ليفي بالتزاماته التعاقدية في أجل محدد. وإذا لم يتدارك المتعاقد تقصيره في الاجل الذي حدده الاعذار المنصوص عليه أعلاه، يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تفسخ الصفقة من جانب واحد ويمكنها كذلك القيام بفسخ جزئي للصفقة.

لا يمكن الاعتراض على قرار المصلحة المتعاقدة بفسخ الصفقة عند تطبيقها البنود التعاقدية في الضمان، والملاحظات الرامية إلى إصلاح الضرر الذي لحقها بسبب سوء تصرف المتعاقد معها.

يحدد الوزير المكلف بأبالية بقرار البيانات الواجب ادراجها في الاعذار، وكذلك أجال نشره في شكل إعلانات قانونية"، ونصت المادة 150 من نفس المرسوم على " يمكن المصلحة المتعاقدة القيام بفسخ الصفقة العمومية من جانب واحد عندما يكون مبررا بسبب المصلحة العامة، حتى بدون خطأ من المتعامل المتعاقد".

³ - المواد من 122 إلى 127 من المرسوم التنفيذي رقم: 21-219، المتضمن الموافقة على دفتر البنود الإدارية المطبقة على الصفقات العمومية للأشغال.

ب- تعريفه في التشريع المقارن:

المشرع المصري ساير التشريع الجزائري ولم يعط تعريفا صريحا للفسخ من خلال قانون تنظيم المناقصات والمزايدات الصادر بالقانون رقم: 89 لسنة 1998 الملغى بموجب المادة 03 من القانون رقم 182 لسنة 2018 المتعلق باصدار قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة واكتفى بذكر حالات الفسخ التلقائي وذلك من خلال نص 24 منه، وشروط الفسخ من خلال مواد 25-75 و 84 منه¹.

كما أنه في القانون رقم 182 لسنة 2018 لم يتطرق إلى تعريف الفسخ الجزائري واكتفى بذكر حالتيه المتمثلتين في الفسخ الوجوبي والجوازي من خلال مادتيه 50 و 52 منه²، ونفس الشيء بالنسبة للقرار الوزاري رقم 89 لسنة 2019 الملغى للائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات بموجب المادة 02 منه لم يتطرق إلى تعريف الفسخ الجزائري واكتفت بذكر حالتيه المذكورتين اعلاه³.

كما أن التشريع الفرنسي من خلال دفتر الشروط الإدارية العامة في فرنسا المطبقة على عقود الأشغال العامة الصادر بتاريخ 01-01-2010⁴، والمرسوم رقم 2018/1075 المؤرخ في 03/12/2018 المتعلق بالجزء التنظيمي من قانون التشريعات العامة⁵، وكذا الأمر رقم 1075/2018 المؤرخ في 26/11/2018 المتعلق بالجزء التشريعي من قانون المشتريات العامة⁶ لم يتطرق إلى تعريف الفسخ الجزائري .

¹ - المواد 25-75-48 من القانون رقم 89 لسنة 1998، المتضمن قانون المناقصات والمزايدات المصري، الجريدة الرسمية، العدد 19 مكرر، الصادرة في 08/05/1998.

² - المادتين 50 و 51 من القانون رقم 182 لسنة 2018، المتضمن قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة، الجريدة الرسمية، العدد 39 مكرر(د)، الصادرة في 03/10/2018.

³ - المادتين 100 و 101 من القرار الوزاري رقم 692 لسنة 2019، المتضمن اصدار اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة الصادر بالقانون رقم 182 لسنة 2018، الجريدة الرسمية العدد 244 تابع(ب)،

الصادرة في 31/10/2019.

⁴ --CAHIER DE CLAUSES ADMINISTRATIVES APPLIQUES AUX MARCHES PUBLICS DE TRAVAUX,01-01-2010 .

⁵ -Decret n 2018-1075 du 03/12/2018 portant partie reglementaire du code de la commande publique, jorf n 0281 du 05/12/2018.

⁶ - Ordonnance n 2018-1074 du 26/11/2018 portant partie legislative du code de la commande publique , jorf n 0281 du 05/12/2018 .

الفرع الثاني: طبيعته

اختلف الفقه حول الطبيعة القانونية للفسخ الجزائي في صفقة الأشغال العامة بحيث اعتبره أغلبية الفقهاء من النظام العام، بينما أقلية من الفقه أعتبرته ليس من النظام العام وهو ما سنوضحه على النحو التالي:

أولاً: الفسخ الجزائي من النظام العام

يرى غالبية الفقه الفرنسي وعلى رأسهم الفقيه جيز وبلومان أن الفسخ يعد جزءاً من النظام العام ومعنى ذلك أن الإدارة تملك سلطة توقيع الجزاء على المقاول ولو لم ينص العقد أو دفتر الشروط على ذلك دون حاجة للجوء إلى القضاء، إذا هذا الحق يمثل مظهراً من مظاهر السلطة العامة وحق مخول لصالح الإدارة في جميع الأحوال بقوة القانون وهو مخصص لضمان سير المرافق العام¹.

وتكون هذه السلطة ثابتة للمصلحة المتعاقدة لأنها تستمد سلطتها من حيث المبدأ من نصوص العقد، وإنما من طبيعته كونه عقد إدارياً، وليس بإستطاعتها التنازل عن هذه السلطة فالعقد حين ينص على حق الإدارة في الفسخ يكون منظماً للحق لا منشأ له، ومقتضى ذلك المصلحة العامة².

ومع ذلك ينبغي الإشارة إلى أن مجلس الدولة الفرنسي³ أستقر على أن الفسخ الجزائي المجرد والبسيط لعقد الأشغال العامة، هو الذي يقرر لصالح الإدارة بوجه عام حتى ولو لم يكن منصوصاً عليه في العقد أو دفاतर الشروط، أما بالنسبة للفسخ الجزائي لعقد الأشغال العامة على مسؤولية المتعاقد مستبعد، ونعني بذلك حالة فسخ العقد مع طرح الأشغال في مناقصة جديدة على مسؤولية المقاول فإنه لا يعتبر من النظام العام و لا يوجد دائماً لصالح الإدارة بل يستوجب النص عليه صراحة في العقد أو دفتر الشروط.

ويترتب على القول بأن سلطة الإدارة في الفسخ حق أصيل ومستمد من مبادئ القانون، ولا يجوز للإدارة التنازل عنه لأنه جزء متعلق بالنظام العام، عدم جواز الإتفاق

1 - نصري منصور النابلسي، المرجع السابق، ص279.

2 - دنون سليمان يونس العبادي، المرجع السابق، ص243.

3 - محمد صلاح عبد البديع السيد، المرجع السابق، ص 244.

على إستبعاده بصورة عامة ومطلقة لأن مثل هذا الإتفاق يعتبر إتفاق باطلا لمخالفته النظام العام.

ويذهب الدكتور سليمان الطماوي بهذ الصدد إلى أن وجود نص في البند الإداري على توقيع جزاء لمخالفات معينة لا يحجب حق الإدارة في الإلتجاء إلى جزاء الفسخ عند إرتكاب المتعاقد لمخالفات أخرى غير منصوص عليها في العقد.

وقد أستقر الفقه المصري وذهب في هذا الإلتجاه، حيث اعتبروا في حالة عدم وجود نص في العقد ودفاتر الشروط، فإن حق المصلحة المتعاقدة في فسخ العقد يكون قائما بذاته باعتبارها حق للإدارة مستقل عن العقد ودفاتر الشروط، فالإدارة بمقدورها إصدار قرار الفسخ إعمالا لسلطتها في التنفيذ المباشر دون حاجة إلى اللجوء للقضاء للحصول على حكم بفسخ العقد¹.

ويترتب على إعتبار الفسخ الجزائي من النظام العام في صفقة الأشغال العامة النتائج التالية:

- أ- أن جزاء فسخ عقد الأشغال العامة يوجد دائما لصالح الإدارة حتى ولو لم ينص في العقد أو دفتر الشروط على ذلك بمقدور الإدارة توقيع الفسخ الجزائي بقوة القانون.
- ب- كما لا يمكن الإتفاق على إستبعاد سلطة الإدارة في الفسخ الجزائي لعقد الأشغال العامة بوجه عام ومطلق لأن وجود مثل هذا الشرط يماثل شرط عدم المسؤولية، وعندئذ يتنافى مع النظام العام ويعد باطلا في القانون الخاص².
- ج- الأصل تملك المصلحة المتعاقدة حق توقيع جزاء الفسخ على المتعامل المتعاقد دون اللجوء إلى قاضي العقد بمقتضى إمتيازها في التنفيذ المباشر، وبمقتضى حقها في توقيع الجزاء على متعاقديها³.

¹ - ذنون سليمان يونس العبادي، المرجع السابق، ص244.

² - G- Jeze, Les principes generaux du droit administrative, theorie generale des contrats de ladminstration,1934-1934,T .p911 .

³ - محمد صلاح عبد البديع السيد، المرجع السابق، ص 186.

ثانيا: الفسخ الجزائي ليس من النظام العام

وهذا الإتجاه يمثله أقلية من الفقه الفرنسي على رأسهم الفقيه ببيركيو والذي يرى أن جزاء فسخ عقد الأشغال العامة ليس من النظام العام ولا بد من النص عليه في العقد أو دفتر الشروط حتى يعتبر من النظام العام¹.

وقد أستقرت أحكام مجلس الدولة الفرنسي على أن الفسخ الجزائي لعقد الأشغال العامة على مسؤولية المتعاقد، يجب أن يكون منصوص عليه في العقد أو دفتر الشروط، وبخلاف ذلك فإنه ليس بمقدور جهة الإدارة أن توقعه على المتعاقد.

وترتبيا على ذلك فإذا لم يوجد نص في العقد أو دفتر الشروط فإن الإدارة ليس بإمكانها أن توقع جزاء فسخ الأشغال العامة، وإنما يجب أن تلجأ إلى القضاء تطلب الفسخ لصالحها أسوة بالطرف الآخر وبناء على نص المادة 1184 من القانون المدني الفرنسيين المفهوم منها ضمنا بوقوع الشرط الفاسخ في العقود الملزمة للجانبين في حالة إخلال أحد المتعاقدين بالتزاماته اتجاه المتعاقد الآخر والأصل يكون الإختصاص في هذه الحالة قضائي².

ونحن نرجح فريق الفقه الذي أعتبر الفسخ في عقد الأشغال العامة من النظام العام وبنوعيه المجرّد والبسيط وعلى حساب مسؤولية المتعاقد لتغليب المصلحة العامة على الجانب الخاص وضمان سير المرفق العام بانتظام وإطراد وبالتالي هذا الحق مقرر للمصلحة المتعاقدة بقوة القانون ولا يجوز لها التنازل عنه لأنه سلطة مقررة لها أصلا لحماية وضمان سير المرافق العامة أي أنها وجدت للصالح العام وليس حقا شخصيا تمارسه المصلحة المتعاقدة أو تتنازل عنه بإرادتها ولكن بشرط أن يكون الفسخ على حساب مسؤولية المتعاقد منصوص عليه في العقد أو دفتر الشروط لشدته وخطورة أثاره على المتعامل المتعاقد.

الفرع الثالث: أنواعه

يعرف القانون الجزائري و الفرنسي نوعين من الفسخ في عقد الأشغال العامة التي تملك الإدارة حق توقيع أي منهما على المتعامل المتعاقد المقصر في تنفيذ إلتزاماته الناشئة

¹ - عبد الله نواف العنزي، المرجع السابق، ص 137.

² - عبد المجيد محمد فياض، المرجع السابق، ص 273.

عن العقد وهما الفسخ المجرد والفسخ على مسؤولية المتعاقد بينما المشرع المصري نص على نوع واحد وهو الفسخ المجرد وسوف نتناولهما كالآتي:

أولاً: الفسخ المجرد

يعني الفسخ المجرد إنهاء الرابطة التعاقدية تماماً وإعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كان عليها قبل التعاقد، ويكون للمصلحة المتعاقدة الحق في إقتضاء غرامات التأخير أو المطالبة بالتعويضات عن الأضرار التي تلحقها نتيجة لفسخ العقد لخطا المتعاقد¹.

ويتصف الفسخ الجزائي المجرد في عقد الأشغال العامة بالبساطة واليسر وتنتهي الرابطة التعاقدية في حالة تطبيقه من قبل الإدارة دون أية قيود أو شروط وبدون أن تحمل المقاول المفسوخ عقده آثار هذا الفسخ، وتكتفي الإدارة في هذا النوع بفسخ العقد دون تحمل المقاول النتائج المالية الباهضة المترتبة نتيجة إبرام عقد جديد مع مقاول جديد لأجل تنفيذ عقد الأشغال العامة موضوع العقد الأصلي وذلك مع عدم الإخلال بحق الإدارة في توقيع جزاءات مالية كغرامات التأخير أو المطالبة بالتعويض عن الأضرار التي تلحق المرفق العام².

ويشير الفقه الفرنسي أنه من الضروري أن توضح الإدارة صراحة في إعلانها للفسخ بأنه مجرد وذلك لأنه يستبعد كل تعويض لصالح المقاول المتعاقد أو لصالح الإدارة المتعاقدة، ولا تستطيع الإدارة أن تحمل المتعاقد معها النفقات المالية لعقد جديد أبرمته³.

وتلجأ الإدارة إلى تطبيق الفسخ الجزائي المجرد لعقد الأشغال العامة في الحالات التي تقدر بأن أخطاء المتعامل المتعاقد لم تصل إلى درجة عالية من الجسامه ومن أمثلة ذلك عدم سداد المتعاقد للتأمين في المدة المحددة أو إفلاسه⁴.

وإذا نص العقد أو دفتر الشروط على أنه في حالة الإفلاس أو التنازل عن العقد دون موافقة الإدارة سيكون الفسخ مجرداً فيجب أن تلتزم الإدارة بذلك ولا تستطيع أن تحوله إلى فسخ على مسؤوليته⁵.

1 - مفتاح خليفة عبد الحميد، إنهاء العقد الإداري، أبو العزم للطباعة، الإسكندرية، مصر، 2006، ص 75.

2 - ذنون سليمان يونس العبادي، المرجع السابق، ص 251.

3 - طارق محمد عبد الرحمن سلطان، المرجع السابق، ص 262.

4 - عزيزه الشريف، المرجع السابق، ص 189.

5 - ذنون سليمان يونس العبادي، المرجع السابق، ص 262.

ونصت اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات رقم 89 لسنة 1998 الملغاة بموجب القرار الوزاري رقم 692 لسنة 2019 على بعض الأخطاء التي يمكن أن تقع من جانب المتعاقد والتي تبرر حق الإدارة في توقيع جزاء الفسخ تحديدا المادة 57 و84 من اللائحة والتي تعتبر من المواد التي قد أجازت الفسخ المجرد في عقد الأشغال العامة، كما أن القرار الوزاري المبين اعلاه أكد على حالات الفسخ بنوعيه الوجوبي والجوازي دون الإشارة صراحة إلى الفسخ المجرد أو على مسؤولية المتعاقد، كما ان القانون رقم 182 لسنة 2018 اكتفى بما اكد عليه القرار الوزاري السالف الذكر¹.

والمشرع الجزائري وان لم ينص على هذا النوع من الفسخ الجزائي المجرد صراحة في المرسوم الرئاسي 247/15 إلا أنه بالرجوع إلى هذا الأخير في مادته 149 منه نجده تحدث عن الفسخ من جانب واحد الذي يتم من طرف المصلحة المتعاقدة بإرادتها المنفردة دون أي قيد أو شرط أو إظهار مسؤولية المتعامل المتعاقد الناجمة عن الفسخ بسبب تقصيره و بالتالي وإن هذه المادة لم تشر صراحة إلى هذا النوع إلا أنها تضمنت أحكام فسخ تتفق مع الفسخ الجزائي المجرد.

غير أنه بالرجوع إلى القرار المؤرخ في 21-11-1964 المتضمن الموافقة على دفتر البنود الإدارية المطبقة على الصفقات الأشغال الخاصة بوزارة تجديد البناء والأشغال العمومية والنقل نجده أشار صراحة إلى هذا النوع من الفسخ من خلال نص المادة 35 ف 5 منه " ... أن يأمر بإجراء مناقصة على ذمة المقاول المتخلف أو بفسخ الصفقة دون قيد أو بمتابعة النظام المباشر بالإدارة".

غير أن المشرع الجزائري تدارك هذا الغموض ونص صراحة على هذا النوع من خلال نص المادة 122 ف 2 من المرسوم التنفيذي رقم: 21-219 وحسنا ما فعل حتى يبعد الغموض واللبس عن المصلحة المتعاقدة في تطبيق هذا النوع من الفسخ².

¹ - المادتين 50 و51 من القانون رقم 182 لسنة 2018، المتضمن قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة، المادتين 100 و101 من القرار الوزاري رقم 692 لسنة 2019، المتضمن اصدار اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة .

² - المادة 122 ف 2 من المرسوم التنفيذي رقم: 21-219 ، المؤرخ في 20-05-2021، المتضمن الموافقة على دفتر البنود الإدارية العامة المطبقة على الصفقات العمومية للأشغال.

ثانياً: الفسخ على مسؤولية المتعاقد

يعتبر هذا النوع أشد وأقصى من جزاء الفسخ المجرد فالمصلحة المتعاقدة لا تكتفي بإنهاء الصفقة الأصلية وتعويضها عن فسخها، ولكن يكون أيضاً مصحوباً بإبرام صفقة جديدة لإستئناف إنجاز الأشغال على مسؤولية المقاول المقصر، ويلتزم بأن يتحمل هذا الأخير الزيادة في المصروفات الناجمة عن هذا الإجراء.

ونظراً لخطورة هذا الفسخ فإن الفقه والقضاء الفرنسي لم يعتبره من النظام العام، وإنما يجب النص عليه في العقد أو دفتر الشروط وأن يكون النص عليه بالألفاظ واضحة صريحة لا تترك مجالاً للشك حول قصدتها وحول نوع الفسخ الذي تريده¹، وذلك راجع لما لهذا الفسخ من آثار ونتائج باهضة، حيث أنه لا ينهي العقد بالنسبة للمستقبل فقط ولكن لأنه يكون مصحوباً بإبرام عقد جديد لإتمام التنفيذ على مسؤولية المتعاقد المتخلف عن الوفاء بالتزامه مع الإدارة بحيث يتحمل الأخير أي زيادة تطراً على التعاقد الحالي، وهذا النوع من الفسخ غالباً ما يوقع على المقاول في حالة قيامه بأي تصرفات تنطوي على غش أو تدليس أو عدم خضوعه للأوامر المصلحية².

ومن المتعين الإشارة إلى أن موقف المقاول عند تطبيق هذا الشكل من الجزاء لا يتجلى إلا بعد معرفة نتيجة طلب المناقصة الجديدة، ولا يكون بمقدوره مطالبة الإدارة تنبي الأعمال التي نفذها أو بإسترداد التأمينات المقدمة من قبله إلا بعد معرفة النتائج المالية المترتبة على عملية إرساء المناقصة الجديدة³.

ومن الملاحظ أن دفتر الشروط العامة في فرنسا قد عمل بكلا النموذجين من الفسخ، ونصت على أن فسخ العقد لصدور خطأ من المقاول يمكن أن يكون فسخاً مجرداً وبسيطاً، أو فسخاً على حساب المقاول ومسؤوليته⁴.

أما المشرع المصري فلم يأخذ بهذا النوع من الفسخ سواء في أحكام القانون رقم 236 لسنة 1954 والخاص بتنظيم المزايدات أو القانون الملغى رقم 9 لسنة 1983 ولائحته التنفيذية الخاصة به أو قانون المناقصات والمزايدات رقم 89 لسنة 1998 ولائحته التنفيذية

¹- Andre Laubadere. Et autres, Contrats administrative . Op. Cit. p163.

² - طارق محمد عبد الرحمن سلطان، المرجع السابق، ص 264.

³ - هارون عبد العزيز الجمل، المرجع السابق، ص 190.

⁴ - عيسى عبد القادر الحسن، المرجع السابق، ص 170.

الملغتين على التوالي بموجب القانون رقم 182 لسنة 2018 والقرار رقم 692 لسنة 2019 ووفقا لهذا القانون الأخير الساري المفعول ولائحته التنفيذية يكون الفسخ جزاء وجوبي أو جوازي.

أما بالنسبة للقضاء المصري في الحكم الصادر بتاريخ 11/01/1956 عن محكمة القضاء الإداري فقد أخذ بالفسخ البسيط أو المجرّد لعقد الأشغال العامة ولم يأخذ بالفسخ على مسؤولية المتعاقد¹.

وقد إنقسم الفقه الإداري المصري إلى رأيين الأول يأخذ بنظام الفسخ على مسؤولية المتعاقد المعترف به في القانون الفرنسي لأنه يبدو أثر عدلا ويضيف جانب من الفقه المؤيد للرأي السابق إلى أن الشرط الذي ينص على هذه القاعدة يعتبر من قبيل الشروط الإستثنائية التي يتميز بها العقد الإداري خاصة وأن هذا النوع من الفسخ يقع بقوة القانون وهذا هو ما يعنيه الفسخ على مسؤولية المتعاقد، مما يساعد على قبول هذا التفسير ان فسخ العقد المنصوص عليه قد يكون بسبب الغش أو الرشوة من جانب المتعاقد، كذلك فإن إعادة طرح الأعمال التي لم تتم كلها أو بعضها في مناقصة جديدة مع حذف استرداد جميع ما تكبدته الإدارة من مصروفات وخسائر زيادة على قيمة العقد يؤدي حتما إلى فسخ العقد².

وذهب رأي آخر مخالف للإتجاه السابق، حيث يرى أن المشرع المصري لم يأخذ بنظام الفسخ الجزائي للعقد على مسؤولية المتعاقد وأن القوانين السابقة أو الحالية لم تأخذ به واقتصرت على الفسخ البسيط أو المجرّد³.

أما المشرع الجزائري وإن لم ينص على هذا النوع من الفسخ الجزائي على مسؤولية المتعامل المتعاقد صراحة في المرسوم الرئاسي 247/15 إلا أنه بالرجوع إلى هذا الأخير في مادته 152 منه⁴ نجدها تحدثت عن ميزات الفسخ على مسؤولية المتعامل المتعاقد

1 - نون سليمان يونس العبادي، المرجع السابق، ص 265.

2 - طارق محمد عبد الرحمان سلطان، المرجع السابق، ص 265.

3 - هارون عبد العزيز الجمل، المرجع السابق، ص 272.

4 - نصت المادة 152 من المرسوم الرئاسي 247/15 المتضمن التنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، السابق ذكره على " لا يمكن الاعتراض على قرار المصلحة المتعاقدة بفسخ الصفقة العمومية عند تطبيقها البنود التعاقدية للضمان، والمتابعات الرامية لإصلاح الضرر الذي لحقها بسبب خطأ المتعاقد معها، زيادة على ذلك يتحمل هذا الأخير التكاليف الإضافية التي تنجم عن الصفقة الجديدة.

المقصر المبينة أعلاه في التشريع والفقہ والقضاء الفرنسي ولا سيما تحمل المتعاقد المقصر التكاليف الإضافية التي تتجم عن الصفقة الجديدة وبالتالي فإنه ساير المشرع الفرنسي الذي أخذ بهذا النوع من الجزاء عكس المشرع المصري الذي أغفله، وبالتالي حسنا ما فعل المشرع الجزائري بأخذه بهذا النوع من الفسخ لأنه ذلك يعود بالفوائد المالية التي تعود للخرينة العمومية وكذا ضمانا لسير المرفق العام بانتظام وإطراد .

غير أنه بالرجوع إلى دفتر الشروط الإدارية العامة المطبق على صفقات الأشغال العامة نجده أشار ضمنا إلى هذا النوع من الفسخ من خلال نص المادة 35 ف 5 منه " التي تحدثت عن ميزات الفسخ على مسؤولية المتعامل المتعاقد بإعادة إجراء مناقصة غير أن هذا الإجراء أقتصرته على الوزير فقط دون غيره، ونرى أن هذا الإجراء غير منطقي بإقتضاره على الوزير دون ممثلي الجماعات المحلية والمؤسسات العمومية وبالتالي جعل من تطبيقها محصور على الدولة دون باقي الأشخاص المعنوية العامة التي لها حق إبرام الصفقة العمومية والتي حددتها المادة 6 من المرسوم الرئاسي 247/15 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

غير أن المشرع الجزائري تدرك هذا الغموض ونص صراحة على هذا النوع من الفسخ في نص المادة 122 ف2-3 من المرسوم التنفيذي رقم 21/219 المتضمن الموافقة على دفتر البنود الإدارية العامة المطبقة على الصفقات العمومية للأشغال بقولها " للمصلحة المتعاقدة أن تقر إنهاء الصفقة العمومية ويمكن أن يكون هذا الفسخ بسيط أو تحت مسؤولية المقاول دون سواه وفي الحالة الأولى تتحمل المصلحة المتعاقدة النتائج المحتملة، أما في الحالة الثانية، يتحمل المقاول التبعات المالية القائمة عن استكمال الأشغال " وحسنا ما فعل لأنه بموجبه تستطيع المصلحة المتعاقدة توقيع هذا النوع من الفسخ دون أي غموض أو لبس برجوعها إلى تطبيقه.

غير أن هذا النوع من الفسخ الجزائي نجد أنه تم تفعيله ميدانيا من طرف المصلحة المتعاقدة في الجزائر حتى قبل صدور المرسوم التنفيذي رقم : 21-219 المتضمن الموافقة على دفتر البنود الإدارية العامة المطبقة على الصفقات العمومية للأشغال¹ .

¹ - ينظر في ذلك الملحق رقم: 06.

وفي الأخير يمكننا تأييد غالبية الفقه الفرنسي في أن الفسخ المجرد في عقد الأشغال العامة يعتبر من النظام العام وأنه يوجد لصالح المصلحة المتعاقدة في جميع الأحوال بقوة القانون حتى ولو لم ينص عليه في العقد أو دفتر الشروط، أما الفسخ على مسؤولية المتعاقد لا يعتبر من النظام العام ولا يوجد بقوة القانون لحساب المصلحة المتعاقدة و إنما يجب النص عليه في العقد أو دفتر الشروط وذلك بسبب شدة وخطورة هذا الجزاء، وبالتالي يجب النص بوضوح وصراحة على هذا الجزاء في دفتر الشروط أو العقد من طرف المصلحة المتعاقدة وهذا بسبب الآثار الوخيمة التي يتحملها المتعامل المتعاقد بعد إبرام صفقة جديدة وتحمل نفقاتها.

الفرع الرابع: حالاته

قد تكون المخالفة المرتكبة من المتعامل المتعاقد على جانب كبير من الخطورة، بحيث تشكل خطأ جسيماً أو أن ظروف المتعامل المتعاقد لا تمكنه من الوفاء بالتزامه التعاقدية الأمر الذي دفع بالمشروع إلى إلزام الإدارة بفسخ التعاقد معه.

وقد تكون المخالفة على خلاف ذلك، فيترك المشروع للمصلحة المتعاقدة حرية تقدير مدى ضرورة اللجوء إلى هذا الجزاء وفقاً لظروف الحال ومن ثم فإن الفسخ الجزائي يكون وجوبياً وليس للإدارة سلطة تقديره وإما يكون جوازياً ويكون للإدارة سلطة تقديرية في تقديره.

والمشروع المصري نص على حالتين من الفسخ وهما الفسخ الوجوبي والفسخ الجوزاي ولكل حالة حدد فيها للمصلحة المتعاقدة حالاتها التي تستند عليه في الفسخ بينما المشروع الجزائري لم يميز بين هاتين الحالتين الفسخ واكتفى بذكر حالات متفرقة عبر النصوص المنظمة للصفقات العمومية يمكن للمصلحة المتعاقدة أنها تستند عليها في عملية الفسخ، غير أن المشروع تدرك حالات الإعلان عن الفسخ في آخر مرسوم تنفيذي رقم: 21-219 دون تمييزه بين الفسخ الوجوبي والجوزاي .

وعليه سنتناول حالات الفسخ في كل من التشريع المصري والتشريع الجزائري.

أولاً: التشريع المصري

إن المشروع المصري نص على حالتين من الفسخ وهما الفسخ الوجوبي والفسخ الجوزاي.

أ- الفسخ الوجوبي

المشعر المصري نجده نص على هذا النوع من الفسخ الوجوبي بموجب المادة 24 من قانون المناقصات والمزايدات وبموجبها تكون الإدارة ملزمة بفسخ العقد متى ارتكب المتعاقد معها غشا في تعامله معها أو إفلاسه ففي هاتين الحالتين لا تملك المصلحة المتعاقدة أدنى سلطة تقديرية في الفسخ حيث يقع بقوة القانون.

1- حالة ثبوت إستعمال المتعامل المتعاقد الغش

ثبوت إستعمال المتعامل المتعاقد بنفسه أو بواسطة غيره الغش أو التلاعب في تعامله مع الجهة المتعاقدة، أو في حصوله على العقد، فالغش يؤدي إلى فسخ العقد، وأساليب الغش عديدة منها على سبيل المثال تقديم بيانات غير حقيقية أو مزورة عن مركزه المالي أو سابقة أعماله، والفسخ هنا يجد مبرره في ان للمتعاقد بسلوكه هذا فقد ثقة الإدارة المفترض توافرها فيه إضافة إلى إفتقاده لشرط تنفيذ العقد بحسن النية.

2- حالة إفلاس أو إعسار المتعامل المتعاقد

تجد هذه الحالة مبررها في عدم قدرة المتعاقد على الإضطلاع بالأعباء المالية للعقد، الأمر الذي يجعل من إستمرار التعاقد معه غير مجدي باعتباره لم يحقق الفائدة المرجوة من التعاقد¹.

ب-الفسخ الجوازي : وفيه ترك المشعر للإدارة سلطة تقديرية في بعض الحالات لإعتبارات قدرها تترخص فيها في فسخ ، وفقا لما تقدره من ظروف التعاقد و في ضوء ما يحقق الصالح العام وهو ما اكده المشعر المصري بنص المادة 25 من قانون المناقصات والمزايدات والتي جاء فيها " أنه يجوز للجهة الإدارية فسخ العقد أو تنفيذه على حساب المقاول إذا أخل بأي شرط من شروطه وكذا نص المادة 84 من اللائحة التنفيذية التي جاء فيها " أنه إذا أخل المقاول بأي شرط من شروط العقد أو أهمل أو أغفل القيام بأحد إلتزاماته المقررة جاز للإدارة في ضوء ما تقتضيه المصلحة العامة أن تلجأ إلى فسخ التعاقد².

¹ - هيثم حليم غازي، سلطات الادارة في العقود الادارية دراسة تطبيقية، ط 1، دار الفكر الجامعي الاسكندرية، 2014، ص160-162.

² - عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الادارية، المرجع السابق، ص 224.

وتلجأ الإدارة إليه حينما تقدر لزوميته وأنه لا مفر من إستخدامه لأن إستمرار العقد قد يضر بالمرفق العام، وتملك الإدارة توقيعه حتى لو لم ينص عليه في العقد أو في دفتر الشروط، ومن غير حاجة إلى اللجوء إلى القضاء لتبريره¹.

ثانيا: في التشريع الجزائري

أ - الفسخ الوجوبي

لم ينص المشرع الجزائري في المرسوم الرئاسي 247/15 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام على حالات الفسخ الوجوبية واكتفى في المادة التي خصصها للفسخ من جانب واحد 149 منه بقوله " إذا لم ينفذ المتعاقد إلتزاماته، توجه له المصلحة المتعاقدة إعدارا ليفي بالتزاماته التعاقدية في أجل محدد.

وإذا لم يتدارك المتعاقد تقصيره في الأجل الذي حدده الإعدار المنصوص عليه أعلاه، فإن المصلحة المتعاقدة يمكنها أن تقوم بفسخ الصفقة العمومية من جانب واحد.. " وهو ما نص عليه كذلك في نص المادة 112 من المرسوم الرئاسي 236/10².

والملاحظ أن المشرع الجزائري إستعمل عبارات عامة من شأنها تطبيقها الحرفي من قبل الإدارة للجوء إلى الفسخ في كل صغيرة وكبيرة خاصة وأنه حين تكلم عن التقصير الخطير من جانب المقاول في المادة 35 الفقرة 11 من دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال الخاصة بوزارة تجديد البناء والأشغال العمومية والنقل³، فقد نص على جزاء أشد من الفسخ والذي يتمثل في إمكانية إقصاء المقاول من قبل الوزير (قمة الهرم للإدارة المتعاقدة) إما بصفة مؤقتة أو نهائية من المشاركة من العقود التي تبرمها إدارته مستقبلا، وذلك في حالات تكرار وقوع المخالفات في التنفيذ، وحالة التدليس وحالة التقصير الخطير.

وهذا ما يجعلنا نفهم أن حالات الخطأ الأخرى غير هذه الثلاث المذكورة يمكن توقيع جزاء الفسخ بشأنها، وهو أمر غير منسجم .

1 - طارق محمد عبد الرحمن سلطان، المرجع السابق، ص 260.

2 - المادة 112 من المرسوم الرئاسي 236/10 ، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية.

3 - المادة 35 ف 11 من القرار الوزاري المؤرخ 1964/11/21، المتضمن المصادقة على دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال.

ونرى أنه كان من الأفضل على المشرع الجزائري في هذين المرسومين أن يحدد حالات الفسخ الوجوبي تحديدا دقيقا، باعتبار أن منح المصلحة المتعاقدة صلاحية تقدير ذلك قد يفتح المجال الواسع أمام إستغلال سلطتها في حق المتعاقد أو يذكر على الأقل بعض الحالات التي يمكن اللجوء فيها إلى الفسخ على أن يكون على سبيل المثال وكمؤشر فقط كما فعل المشرع المصري في موقفه المبين أعلاه من حالات الفسخ الوجوبي.

ما نلاحظه أن المشرع الجزائري وإن لم ينص على الفسخ الوجوبي في هذين المرسومين كما فعل المشرع المصري من خلال نصه على حالتين تتعلق بغش المتعامل المتعاقد وإفلاس أو إعسار المتعاقد فإن هذا لا يعني أنه لم ينص عليها إطلاقا في النصوص المنظمة للصفقات العمومية وذلك أنه بالرجوع دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال الخاصة بوزارة تجديد البناء والأشغال العمومية والنقل من خلال نص المادة 35 ف 2 منه نجد نص على حالة إفلاس المتعاقد كمبرر لفسخ العقد بقوة القانون دون أي تعويض وبالتالي إذا ما توافرت هذه الحالة فالمصلحة المتعاقدة ملزمة بفسخ العقد بقوة القانون بإستثناء الحالة التي تقبل بها الإدارة العروض التي يمكن أن يتقدم بها وكيل دائني التفليسة لمتابعة المقاوله وذلك في الحالة التي تسمح له فيها المحكمة بمتابعة إستغلال المشغل.

غير أن إغفال المشرع الجزائري ذكر حالات الفسخ في المرسوم الرئاسي رقم: 15-247 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام تدركه من خلال المرسوم التنفيذي رقم: 21-219 المتضمن الموافقة على دفتر البنود الإدارية العامة المطبقة على الصفقات العمومية للأشغال في مادته 126 ف 1 منه أين نص على عدة حالات تعتمد عليها المصلحة المتعاقدة في فسخ العقد وحسنا ما فعل لأنه يسهل على المصلحة المتعاقدة توقيع هذا الجزاء غير أنه لم يميز بين الفسخ الجزائي والوجوبي واكتفى بنصه على الفسخ الجزائي لعدم ورود صيغة الوجوب في هذه المادة وبالتالي تبقى مسألة تطبيقه تخضع للسلطة التقديرية للمصلحة المتعاقدة، وحالات الإعلان عن الفسخ التي نصت عليها هاته المادة تعود للأسباب التالية:

- 1- عدم إعتداد بديل للمقاول (الورثة في حالة الوفاة، المصفي أو المتصرف ، في حالة الإفلاس أو التسوية القضائية)، وكذا عندما لم تصبح للمقاول الصفقة القانونية بعد منحه الصفقة العمومية للأشغال.
- 2- بسبب مساهمة المناول حسب الشروط المنصوص عليها في المادة 41 من نفس المرسوم التنفيذي.
- 3- بسبب عدم تصريح المقاول لصاحب الإستشارة الفنية أو للمصلحة المتعاقدة أو عند الإقتضاء، وعدم تصريح المناول المعتمد قانونا، حسب الشروط المنصوص عليها في المادة 41 من نفس المرسوم التنفيذي¹، بإكتشاف أي أعمال كيدية لا سيما فيما يخص الأشغال التي تخص الدفاع الوطني.
- 4- بسبب الزيادة في قوام الأشغال والتي تكون في حالتين وهي إما الزيادة في قوام أشغال المنشآت وعناصر المنشأة أو قوام خدمات الأشغال التي تتجاوز نسبتها عشرين بالمائة، أو زيادة في قوام الأشغال المتعلقة بخدمات الصيانة والإصلاح التي تتجاوز نسبتها خمسين بالمائة.
- 5- بسبب التخفيض في قوام الأشغال والتي تكون في حالتين وهي إما التخفيض في قوام أشغال المنشآت أو قوام خدمات الأشغال التي تتجاوز نسبتها عشرين بالمائة، أو التخفيض في قوام الأشغال المتعلقة بخدمات الصيانة والإصلاح التي تتجاوز نسبتها خمسة وثلاثين بالمائة.
- 6- بسبب تأجيل الأشغال بمفهوم المادة 114 من نفس المرسوم التنفيذي ، أو التوقف الكلي للأشغال، بمفهوم المادة 115 من نفس المرسوم التنفيذي، لمدة تزيد عن سنة واحدة².
- 7- بسبب تقصير المقاول وعند الإقتضاء بعد الرقابة القضائية.

¹ - المادة 41 من المرسوم التنفيذي رقم: 21-219 ، المتضمن الموافقة على دفتر البنود الإدارية العامة المطبقة على الصفقات العمومية للأشغال.

² - المادتين 114 و115 من المرسوم التنفيذي رقم: 21-219، المتضمن الموافقة على دفتر البنود الإدارية العامة المطبقة على الصفقات العمومية للأشغال.

8- بسبب وفاة المقاول أو الإفلاس أو التسوية القضائية وفي هاته الحالة يتم الشروع مع المقاول أو ذوي الحقوق الحاضرين الذين تم إستدعائهم قانونا في القيام بالعمليات المنصوص عليها في المادة 124 ف 1 من نفس المرسوم التنفيذي والمتعلقة بالمعاينات المتعلقة بالمنشآت وعناصر المنشأة وخدمات الأشغال وجرد مواد البناء الممونة والجرد الوصفي للعتاد ومعدات الورشة.

ب-الفسخ الجوازي

هذا النوع من الفسخ نص عليه المشرع الجزائري في المرسوم الرئاسي 247/15 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام من خلال نص المادة 149 منه وذلك بقولها "... فإن المصلحة المتعاقدة يمكنها أن تقوم بفسخ الصفقة العمومية من جانب واحد ويمكنها كذلك القيام بفسخ جزئي للصفقة..." ومايستتبط من خلال إستقراء نص المادة المبينة أعلاه أن صيغتها في منح صلاحية المصلحة المتعاقدة سلطة الفسخ جاءت بصيغة الجواز بعبارة " يمكنها " ولم تأت بصيغة يجب وبالتالي للمصلحة المتعاقدة حق توقيع جزاء الفسخ على المتعامل المتعاقد المقصر بعد إعداره وعدم تدارك تقصيره متى شاءت بمجرد توفر هذه الشروط دون تقيدها بحالات معينة تستند عليها في توقيع هذا الجزاء وعليه فإنها تملك حق توقيعه حتى ولم ينص عليه في العقد أو في دفتر الشروط ودون حاجة منها إلى اللجوء إلى القضاء لتقرير هذا الجزاء.

والإشكال الذي يبقى بالنسبة للمصلحة المتعاقدة في توقيع الفسخ الجزائي هو في الحالات التي تستند عليه في توقيعه، هل تخضع للسلطة التقديرية للمصلحة المتعاقدة أو أنها توقعه بمجرد توفر حالاته خاصة مع إيراد المشرع الجزائري صيغة الجواز في المادة 149 من المرسوم الرئاسي 247/15 في مسألة توقيع الفسخ الجزائي، و ما يفهم منه أنه نص على نوع واحد من الفسخ الجوازي فقط دون الوجوبي، كما أنه وبالرغم من ذكر حالات الفسخ في المادة 126 من المرسوم التنفيذي رقم: 21-219 إلا أنها لم تتضمن صيغة الوجوب في عملية الفسخ بتوفر هاته الحالات وبالتالي أبقى مسألة توقيع الفسخ الجزائي يخضع للسلطة التقديرية رغم أن بعض الحالات تستوجب الفسخ بقوة القانون مثل تقصير المقاول أو سبب وفاة المقاول أو إفلاسه أو تسويته القانونية ولا تحتاج

لسلطة تقديرية للإدارة، وعليه كان من الأفضل على المشرع الجزائري أن يميز بين الفسخ الوجوبي والجزائي وأن يحدد الحالات الوجوبية بصفة حصرية التي تستند عليها المصلحة المتعاقدة في توقيع الفسخ الجزائي وباقي الحالات تبقى تخضع للسلطة التقديرية للمصلحة المتعاقدة كما فعل المشرع المصري .

المطلب الثاني: القواعد الإجرائية للفسخ الجزائي

تتمتع المصلحة المتعاقدة بسلطة تقديرية في تقرير جزاء فسخ العقد بسبب أخطاء المتعامل المتعاقد ولكن هذه السلطة ليست مطلقة وإنما يتعين عليها أن تمارسها وفق الشروط المحددة من طرف التشريع والقضاء وفي حالة توفر شروط الفسخ وتوقيع هذا الجزاء فإنه يترتب عليه آثار هامة، وعليه سنتناول في هذا المطلب فرعين الفرع الأول نخصه لشروط توقيع الفسخ الجزائي والفرع الثاني الآثار القانونية للفسخ الجزائي.

الفرع الأول: شروط توقيع الفسخ الجزائي

نظرا لخطورة هذا الجزاء فإن سلطة الإدارة في توقيعه لا تعتبر مطلقة، بل هي مقيدة حيث تخضع الإدارة في ممارسته لعدة شروط جوهرية يشترطها الفقه والقضاء والتشريع ، وهذه الشروط متمثلة فيما يلي:

أولاً: وقوع خطأ جسيم من المتعامل المتعاقد

يتطلب جزاء فسخ العقد صدور خطأ جسيم من المقاول، والخطأ الجسيم هو عبارة عن إخلال المقاول بالتزام تعاقدي أو قانوني جوهر¹، و المشرع الجزائري في المرسوم الرئاسي رقم: 247/15 المنظم للصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام لم ينص على طبيعة الخطأ إن كان بسيطاً أو جسيم لتوقيع الفسخ واكتفى في مادته 149 بذكر عبارات إذا لم ينفذ المتعاقد إلتزاماته وإذا لم يتدارك المتعاقد تقصيره، غير أنه تدرك هذا الإغفال في المرسوم التنفيذي رقم 21-219 ونص على أن يكون الخطأ كبير².

¹ - عيسى عبد القادر الحسن، المرجع السابق، ص 171.

² - نصت المادة 123 من المرسوم التنفيذي رقم 21-219 ، المتضمن الموافقة على دفتر البنود الإدارية العامة المطبقة على الصفقات العمومية للأشغال، على " يكون الفسخ من طرف واحد وتتسبب المسؤولية الحصرية فيه إلى المصلحة المتعاقدة وتكون أسبابه:

ونستطيع القول بوجه عام أن الأفعال التي تبرر تطبيق الجزاءات التهديدية الضاغطة إن كانت على درجة كافية من الخطورة والجسامة تصلح لأن تكون مبررا لفسح جزاء عقد الأشغال العامة، والإدارة هي التي تقدر إبتداء مدى خطورة وجسامة المخالفة التي أرتكبها المتعاقد وعلى ذلك تمثل كل المخالفات التي تصدر عن المتعاقد خطأ تعاقديا هذا من ناحية أولى وتمثل من ناحية ثانية خطأ مرتكبا ضد مرفق عام في ذات الوقت.

وبناء على ذلك، لا يمكن إعتبار كل خطأ يصدر عن المتعامل المتعاقد سببا مبررا لتوقيع الفسخ الجزائي، بل يشترط أن يرتكب المتعاقد خطأ على درجة كبيرة من الجسامة¹.

ومن أمثلة الأخطاء الجسيمة المبررة للفسخ في نظر الفقه والقضاء الفرنسي للفسخ الجزائي في عقد الأشغال العامة نجد مايلي:

أ- عدم تنفيذ الأوامر المصلحية الموجهة من قبل رجال الإدارة.

ب- ترك مواقع العمل وإيقاف تنفيذه بسبب توقف أو تأخر الإدارة في سداد مستحقاته ولو كان قد لجأ إلى القضاء بطلب فسخ العقد، إذ أنه ملزم في كافة الأحوال بتنفيذ إلتزاماته التعاقدية، فخطأ الإدارة ولو كان جسيما لا يببرر للمتعاقد الإمتناع عن الوفاء بإلتزاماته، بل يتعين عليه الإستمرار في التنفيذ متى كان ذلك في إستطاعته، ثم يطالب الإدارة بالتعويض عما لحقه من أضرار جراء إخلالها بإلتزاماتها التعاقدية اتجاهه فالأصل في العقود الإدارية أن المتعاقد مع جهة الإدارة لا يستطيع أن يمتنع عن تنفيذ إلتزاماته بحجة أن الإدارة قد قصرت من جانبها في تنفيذ ما يفرضه عليها العقد من إلتزامات، إلا إذا ترتب على تقصير الإدارة إستحالة التنفيذ بطبيعة الحال، لأن قاعدة سير المرافق العامة بانتظام وإطراد تأبى أن يعطل المتعاقد أداء الخدمة لسبب من الأسباب.

كما أنه من الواجب ألا ينظر المتعاقد بإعتباره متعاقد فحسب بل يتعين أن يوضع في الإعتبار صفة المتعاقد في تسيير المرفق العام، وبالتالي لا يسوغ للمتعاقد مع الإدارة أن يمتنع عن الوفاء بإلتزاماته حيال المرفق العام بحجة أن ثمة إجراءات إدارية قد أدت إلى

- في حالة خطأ كبير يرتكبه المقاول وبعد استفاد الوسائل البديلة فيما يخص الإعتذرات...

- دون إرتكاب المقاول لخطأ لكن بمبرر المصلحة العامة

¹ - ذنون سليمان يونس العبادي، المرجع السابق، ص 270.

إخلال الإدارة بالوفاء بأحد التزاماتها قبله، ويتعين عليه أن يستمر في التنفيذ ثم يطالب الجهة الإدارية بالتعويض¹.

ج- حالة التنازل عن العقد أو التعاقد بشأنه من الباطن دون إذن سابق من الإدارة.

د- عجز المقاول عن تكملة التأمين المالي خلال المدة المقررة.

هـ- الغش من جانب المتعاقد في تنفيذ الأعمال.

و- قيام المتعاقد بمنع ممثلي الإدارة من مراقبة أماكن العمل وسير الأعمال.

وفي مصر قد أورد القانون رقم 98 لسنة 1998 الخاص بتنظيم المناقصات

والمزايدات الملغى بعض الحالات يفسخ فيها العقد والمتمثلة فيما يلي:

أ- إذا لم يتم صاحب العطاء المقبول بأداء التأمين النهائي في المهلة المحددة جاز إلغاء العقد.

ب- إذا ثبت أن المتعاقد أستعمل بنفسه أو بواسطة غيره الغش أو التلاعب في تعامله مع الجهة المتعاقدة أو في حصوله على العقد.

ج- إذا أفلس المتعاقد أو أعسر².

وهذه الحالات المبينة أعلاه وردت على سبيل المثال لا على سبيل الحصر، غير أنه بصدر القانون رقم 182 لسنة 2018 المتضمن إصدار قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة أورد حالات على سبيل الحصر لا المثال يفسخ فيها العقد وجوباً وتكمن فيما يلي:

إ- إذا تبين أن المتعاقد استعمل بنفسه أو بواسطة غيره الغش أو التلاعب في تعامله مع الجهة الإدارية المتعاقدة أو في حصوله على التعاقد.

- إذا تبين وجود تواطؤ أو ممارسات احتيالية أو فساد أو احتكار.

إ- إذا أفلس المتعاقد أو أعسر.

وباقى الحالات التي تستند عليها المصلحة المتعاقدة كخطأ في فسح العقد من غير الحالات

المبينة أعلاه تخضع للسلطة التقديرية لها ويعد فيها الفسخ جوازي لا وجوبي¹.

¹ -- هيثم حليم غازي، المرجع السابق، ص ص 124-125.

² - نون سليمان يونس العبادي، المرجع السابق، ص 273.

بالرجوع إلى المادة 149 من المرسوم الرئاسي 247/15 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام نجدها قد فسحت المجال أمام المصلحة المتعاقدة لتقدير جسامة الخطأ، وقد كان من الأفضل على المشرع أن يعمل على تحديد حالات الفسخ الإنفرادي تحديدا دقيقا، بإعتبار أن منح المصلحة المتعاقدة صلاحية تقدير ذلك قد يفتح المجال الواسع أمام إستغلال سلطاتها في حق المتعاقد.

غير أنه وطبقا لدفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال الخاصة بوزارة تجديد البناء والأشغال العمومية والنقل فقد اعتبرت المادة 35 ف 11 منه قيام المتعاقد بأعمال الغش والتدليس أثناء تنفيذ الأشغال من الأخطاء الجسيمة تبرر فسخ الصفقة، وهذا ويتعدى الأمر إلى الحرمان في المشاركة في الصفقات².

أيضا يفرض دفتر الشروط الإدارية العامة المذكور أعلاه، إتمام الأشغال وفق الأجل المحددة في الأوامر المصلحية، كما يخضع للتغيرات المفروضة عليه خلال العمل³.

كما يعتبر التنازل عن عقد دون موافقة المصلحة المتعاقدة في حد ذاته خطأ عقدي من المقاول⁴ يقيم مسؤولية المتعاقد المقصر ويبرر فسخ الصفقة، وذلك دون الإخلال بمطالبته بالتعويضات الناجمة عن الفسخ وذلك لأن شخصية المقاول محل إعتبار في إبرام

¹ - المادتين 50 و51 من القانون رقم: 182 لسنة 2018، المتضمن قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة، المادتين 100 و101 من القرار الوزاري رقم 692 لسنة 2019، المتضمن الاثحة التنفيذية لقانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة.

² - المادة 11/35 من دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال الخاصة بوزارة تجديد البناء والأشغال العمومية والنقل.

³ - المادة 1/12 من دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال الخاصة بوزارة تجديد البناء والأشغال العمومية والنقل.

⁴ - المادة 1/11 من دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال الخاصة بوزارة تجديد البناء والأشغال العمومية والنقل.

الصفقة وتنفيذها، كما أن مؤهلاته الفنية وخبرته تكون محلا لتقدير المصلحة المتعاقدة في مجال تنفيذ صفقات الأشغال العمومية والتي تتطلب دراية عالية بأصول المهنة¹.

لذلك أعتمد المشرع الجزائري على عدة معايير ليصل إلى إختيار سديد للمقاول، وعليه فإن موت أو إفلاس أو التسوية القضائية للمتعاقد، أو إستعماله للغش أو التدليس أثناء إنجاز الأشغال كل ذلك يعرض الصفقة للفسخ بالإرادة المنفردة ومن جانب واحد، من طرف المصلحة المتعاقدة، وذلك بقوة القانون، ودون الحاجة للجوء إلى القضاء².

ويعتبر الفسخ من جانب المصلحة المتعاقدة أخطر جزاء يوقع على المتعاقد المقصر، نتيجة إخلاله بالتزاماته التعاقدية، وبرغم أن المشرع الجزائري لم يحدد الأخطاء حصرا أو أغفل ذكرها، إلا أنها لا تكون عائقا أمام المصلحة المتعاقدة في ردع المقاول المتعاقد إذا ما أخل بالتزاماته نتيجة أخطاء أخرى والتي تكون نتائجها خطيرة³.

وما نلاحظه أن المشرع الجزائري وإن أغفل ذكر بعض الحالات على سبيل المثال في المرسوم الرئاسي 247/15 التي تعد بمثابة سند تعتمد عليه المصلحة المتعاقدة في توقيع جزاء فسخ على المتعامل المتعاقد نتيجة إخلاله بالتزاماته التعاقدية، غير أن هذا لا يعني أنه لم يشر في نصوص أخرى منظمة للصفقة العمومية والتي تعد بمثابة حالات أوردها الفقه والقضاء الفرنسي وكذا التشريع المصري والمشار إليها أعلاه والتي وإن لم ينص عليها صراحة كسبب تستند عليه في فسخ الصفقة وهو ما تم تبياناه أعلاه في دفتر الشروط الإدارية العامة، وحسنا ما فعل المشرع في نص على بعض هذه الحالات في دفتر الشروط الإدارية العامة على سبيل المثال لا الحصر، لأن تحديد هذه الحالات سيجعل من المصلحة

¹ - عبد القادر رحال، سلطة المتعامل العمومي في توقيع الجزاءات على المقاول المتعاقد معه في القانون الجزائري، دراسة مقارنة، مذكرة مقدمة لنيل درجة الماجيستر في الإدارة والمالية، جامعة مولود معمري، معد العلوم القانونية والإدارية، تيزي وزو، 1989-1990، ص 209.

² - حابي فتيحة، فسخ صفقات إنجاز الأشغال العمومية، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، المركز الجامعي لتمنراست، الجزائر، العدد 09، سبتمبر 2015، ص84.

³ - عبد القادر رحال، المرجع السابق، ص210.

المتعاقدة مقيدة بهذه الحالات دون غيرها في توقيع جزاء الفسخ، كما أنه يساعد المتعامل المتعاقد من الإفلات من جزاء توقيع الفسخ .

هذا ونشير أن المشرع الجزائري تدارك إغفال عدم ذكر الحالات التي تستند عليها المصلحة المتعاقدة في توقيع جزاء الفسخ التي لم ينص عليها في المرسوم الرئاسي 15-247 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام أو تلك التي ذكرها في القرار المؤرخ في 21-11-1964 ولكن ضمنا لا صراحة لورود هذه الحالات متفرقة في نصوصه دون وضعها تحت عنوان حالات الإعلان عن الفسخ ، ونص صراحة على ثمانية حالات تؤدي إلى الفسخ وهو ما نص عليه في المادة 126 ف 1 من المرسوم التنفيذي رقم 21/219 المتضمن الموافقة على دفتر البنود الإدارية العامة المطبقة على الصفقات العمومية للأشغال¹ والمتعلقة بسبب عدم اعتماد بديل للمقاول، مساهمة المناول حسب الشروط المنصوص عليها في المادة 41 من هذا المرسوم، عدم تصريح المقاول لصاحب الإستشارة الفنية أو للمصلحة المتعاقدة ، الزيادة في قوام الأشغال أو تخفيضها أو تأجيلها، تقصير المقاول وبسبب وفاة المقاول أو الإفلاس أو التسوية.

ونرى أن المشرع الجزائري في هذا المرسوم التنفيذي وإن تدارك الإغفال الوارد في المرسوم الرئاسي 15/247 بذكر حالات إعلان الفسخ غير أنه لم يميز بين حالات الفسخ الوجوبي والجوازي كما فعل المشرع المصري لأن ذلك يضمن سير المرفق العام بانتظام وإطراد وحماية المال العام ولكن رغم ذلك فإنه حسنا ما فعل بذكر هذه الحالات والتي وردت على سبيل المثال لا الحصر حتى لا يتسنى للمصلحة المتعاقدة التعسف في إستعمال هذه السلطة المخولة لها اتجاه المتعامل المتعاقد.

ثانيا: الإعذار

يعتبر الإعذار شرط أساسيا لتطبيق جزاء الفسخ على المتعامل المتعاقد، وسابق عن هذا الأخير حتى يستطيع المتعامل المتعاقد المقصر تدارك أخطائه وتصحيحها، ما عدا في حالة الإستعجال، لأن الهدف من إبرام صفقة الأشغال العمومية هو إنجاز المشروع والأشغال، مهما كانت الظروف لإرتباطها بالصالح العام، لذلك فإن إجراء الفسخ يجب أن

¹ - المادة 126 من المرسوم التنفيذي رقم: 21-219، المتضمن الموافقة على دفتر البنود الإدارية العامة المطبقة على الصفقات العمومية للأشغال.

يكون آخر جزء تلجأ إليه المصلحة المتعاقدة لأنه جزء يؤدي إلى إنهاء الرابطة التعاقدية، وتعطيل مشروع موضوع عقد الأشغال¹.

ويعتبر الفسخ غير المسبوق بالإعذار معيب، ويعفي المقاول المتعاقد من نتائجه الباهظة وفي حالة حصول ضرر له، يحصل بالإضافة إلى ذلك على تعويض².

ولقد أهتم المشرع الجزائري بموجب المرسوم الرئاسي رقم: 247/15 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام بالإعذار حيث ألزم المصلحة المتعاقدة بإعذار المتعاقد المقصر دون أي إستثناء، ومنحه مدة لتدراك أخطائه، فإذا أنقضت المهلة ولم يتدراك أخطائه خلالها أجاز التنظيم للمصلحة المتعاقدة اللجوء إلى فسخ الصفقة من جانب واحد³، كما نص عليه كذلك في دفتر الشروط الإدارية العامة⁴، وكذا في المرسوم التنفيذي رقم 219/21⁵.

كما أقر مجلس الدولة الجزائري في قرار صادر عنه بتاريخ 05-10-2017 تحت رقم: 114905 في قضية بين ولاية عين الدفلى ضد شركة (أ.ع) ومن معها مبدأ " يعد الطلب الرامي إلى الأمر باستئناف الأشغال مؤسس قانونا طالما أن أجل إنجاز المشروع لا تزال سارية وعليه فإن رفض الإمتثال للأمر بعد الإعذار يشكل إخلالاً بالالتزامات التعاقدية يترتب عنه فسخ الصفقة تحت مسؤولية المتعاقد مع الإدارة"⁶.

1 - عبد القادر رحال، المرجع السابق، ص 211.

2 - هارون عبد الجمل، مرجع السابق، ص 277.

3 - المادة 149 من المرسوم الرئاسي، 15-247، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

4 - المادة 35-1 من القرار المؤرخ 21-11-1964، المتضمن المصادقة على دفتر البنود الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال.

5 - نصت المادة 122-2 من المرسوم التنفيذي رقم: 21-219، المتضمن الموافقة على دفتر البنود الإدارية العامة المطبقة على الصفقات العمومية للأشغال على " في حالة وجود نقائص خطيرة تنسب إلى الحاصل على الصفقة، رغم إعذار المسلم من طرف المصلحة المتعاقدة، يمكن لهذا الأخير إنهاء الصفقة العمومية ويمكن أن يكون الفسخ بسيط أو تحت مسؤولية المقاول دون سواه".

6 - - قرار مجلس الدولة، المؤرخ في 05-10-2017 تحت رقم: 114905، مجلة مجلس الدولة، العدد 15، 2017، ص 28-29-30-31 (ينظر الملحق رقم: 07).

ولقد ألزم القرار الصادر عن وزير المالية المؤرخ في 28/03/2011 والذي يحدد البيانات التي يتضمنها الإعذار وأجال نشره¹، المصلحة المتعاقدة بوجوب إصدار إذارين قانونيين، إذا ما لجأت إلى الفسخ من جانب واحد، تخطر بهما المقاول أو المتعاقد العاجز². يجب أن يتضمن الإعذار الذي توجهه المصلحة المتعاقدة إلى المقاول المقصر، بيانات إلزامية دون أن يرتب جزاء في حالة إغفال المصلحة المتعاقدة عن ذكر إحدى البيانات أو بعضها، كما بين كيفية تبليغها ونشرها وهي مذكورة كالتالي:

أ- بيانات الإعذار:

- تعيين المصلحة المتعاقدة وعنوانها.
- تعيين المتعامل المتعاقد وعنوانه.
- التعيين الدقيق للصفقة ومرجعها.
- موضوع الإعذار.

- الأجل الممنوح لتنفيذ الإعذار.

- العقوبات المنصوص عليها في حالة رفض التنفيذ.

ب- كيفية تبليغ ونشر الإعذار: يجب أن يتسلم تبليغ الإعذار برسالة موصى عليها، ترسل إلى المتعامل المتعاقد مع إشعار بالإستلام ونشره حسب الشروط المحددة في القرار³، وهي كالتالي:

- يجب أن ينشر الإعذار في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي وعلى الأقل في جريدتين يوميتين وطنيتين موزعتين على المستوى الوطني، ويحرر باللغة العربية وبلغة أجنبية واحدة على الأقل.

- يجب أن يرسل طلب نشر الإعذار في نفس الوقت الذي يتم فيه تبليغه للمتعامل المتعاقد.

- يسري مفعول الإعذار ابتداء من تاريخ النشر الأول في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي أو في الصحافة.

¹ - المادة 1 من القرار المؤرخ في 28/03/2011، المتضمن البيانات التي يتضمنها الإعذار وأجال نشره، ج ر ، عدد 24، ص 22.

² - تنص المادة 2 من القرار ذاته " إن الفسخ من جانب واحد للصفقة من طرف المصلحة المتعاقدة لا يتم إلا بعد إذارين قانونيين للمتعامل المتعاقد العاجز".

³ - المادتين 3 و4 من القرار المؤرخ في 28/03/2011، المتضمن البيانات التي يتضمنها الإعذار وأجال نشره.

نخلص مما سبق ذكره ، على أن على المصلحة المتعاقدة الإلتزام بذكر هذه البيانات بكل وضوح ودون غموض، دون إغفالها أي بيان منها، وبالمقابل يجب على المقاول الذي تم إعداره الإمتثال للإعذار والنقيد بالتزاماته التعاقدية وبحسب ما ورد في الإعذار، مع إحترام الأجل الممنوحة له لتدراك أخطائه، وإنجاز الأشغال المنفق عليها، فإذا لم يتمثل المتعاقد المقصر حتى بعد تلقيه إعدارين قانونيين جاز للمصلحة المتعاقدة فسخ صفقة الأشغال العمومية.

ومن المسلم به في فرنسا وجوب إعدار المتعاقد مسبقا بالفسخ الجزائي قبل توقيعه على المتعاقد، وقد أستقر قضاء مجلس الدولة الفرنسي على مبدأ إلتزام الإدارة بإعذار المقاول المتعاقد قبل إعلانها جزاء الفسخ، مع ضرورة تحديد مهلة معقولة لتنفيذ إلتزامه. ومع ذلك يتوجب على الإدارة أن تلتزم بإعذار المتعاقد حتى ولو لم ينص العقد أو دفتر الشروط على ذلك، ولا يعفيها سكوت العقد عن ذلك، وتؤكد أحكام مجلس الدولة الفرنسي بأن الفسخ الجزائي غير المسبوق بإعذار يكون معيبا ومخالفا للقانون¹. كما أشرتت أيضا المادة 2/49 من دفتر الإدارية العامة في فرنسا المطبقة على عقود الأشغال العامة الصادر 21 يناير 1976 ضرورة إعذار المقاول قبل تطبيق جزاء الفسخ²، وأكد على ذلك دفتر الشروط الإدارية العامة في فرنسا المطبقة على عقود الأشغال العامة الصادر بتاريخ 01-01-2010³، وكذا المرسوم رقم 1075-2018 المؤرخ في 03-12-2018 المتعلق بالجزء التنظيمي من قانون المشتريات العامة⁴، وكذا الأمر رقم 1075-2018 المؤرخ في 26 نوفمبر 2018 المتعلق بالجزء التشريعي من قانون المشتريات العامة⁵.

¹ - ذنون سليمان يونس العبادي، المرجع السابق، ص 277.

² - نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص 287.

³-CAHIER DE CLAUSES ADMINISTRATIVES GENERALES APPLIQUES AUX MARCHES PUBLICS DE TRAVAUX ,01/01/2010.

⁴-Decret n 2018—1075 du 03/12/2018 portant partie réglementaire du code de la commande publique, JORF N 0281 DU 05/12/2018.

⁵ - Ordonnance n 2018—1074 du 26/11/2018 portant partie législative du code de la commande publique, JORF N 0281 DU 05/12/2018.

وعلى الرغم من إلتزام الإدارة كقاعدة عامة بضرورة إعدار المقاول قبل توقيع جزاء الفسخ سواء ورد نص في العقد أو دفتر الشروط يشير إلى ذلك أم لم يرد نص، فإن هذه القاعدة ليست مطلقة دائما ترد عليها إستثناءات، يترتب على تحقيق إحداها إعفاء الإدارة من ضرورة إعدار المقاول قبل توقيع جزاء الفسخ لعقده وقد وردت هذه الإستثناءات وفقا لأراء الفقه وأحكام القضاء الفرنسي وهي:

أ-وجود نص صريح في العقد أو دفتر الشروط، أو إذا سبق الفسخ إجراء من إجراءات الضغط التي سبقها إعدار وكان الفسخ لذات الأسباب التي بررت الإجراءات السابقة، أما إذا كان الفسخ قد أعلن لأخطاء أخرى خلاف التي أدت إلى توجيه الإعدار ، فيلزم إعدار جديد

ب-إعلان المقاول صراحة عدم قدرته على تنفيذ العمل موضوع العقد، أو رفض تنفيذ إلتزاماته.

ج-إذا ارتكب المقاول أفعال الغش في بعض إلتزاماته.

د- لا ضرورة للإعدار عن تنازل المتعاقد عن العقد للغير، وكذلك إذا أرتكب واقعة التعاقد من الباطن وبدون نص تصريح مسبق من الإدارة¹.

أما في مصر فإن المشرع تطلب وجوب إعدار المتعاقد قبل فسخ العقد في بعض الحالات واكتفى بإخطار المتعاقد في حالات أخرى بعد صدور قرار الفسخ فالمادة 84 من القانون رقم 89 لسنة 1998 الملغى أوجبت إعدار المقاول الذي يهمل أو يغفل القيام بأحد إلتزاماته المقررة ولا يصلح ذلك خلال 15 يوما من الإعدار عندها يحق للإدارة فسخ العقد، بينما المادة 25 من نفس القانون اكتفت بإخطار المتعاقد المفسوخ عقده على عنوانه المبين بالعقد، بعد صدور قرار الفسخ²، بينما في القانون رقم 182 لسنة 2018 الملغى القانون المبين أعلاه والساري المفعول لم يشترط الإعدار لتوقيع جزاء الفسخ إلا بشأن الفسخ الجزائي، بينما الفسخ الوجوبي لم يشترط ذلك³، وهذا عكس المشرع الجزائري كما تم تبيانه

¹ - بن شعبان علي، المرجع السابق، ص 121-122.

² - هيثم حليم غازي، سلطات الإدارة في العقود الإدارية، دراسة تطبيقية، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2014 ، ص 166.

³ - المادة 51 من القانون رقم: 182 لسنة 2018، المتضمن قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة.

أعلاه فقد جعل من شرط إعدار المصلحة المتعاقدة للمتعاقد المقصر إلزامي دون أي إستثناء.

أما فيما يخص القضاء المصري فقد منح الإدارة حق فسخ العقد بدون إعدار المتعاقد معها، إذا أخل بالتزاماته التعاقدية إخلالا جسيما حيث أرست محكمة القضاء الإداري في قرارها بتاريخ 1957/03/17 المبدأ التالي " ... تتمتع جهة الإدارة بالحق في الفسخ دون حاجة إلى النص عليه في العقد، ودون إعدار، والدفع بعدم قبول الدعوى لرفعها قبل الأوان، بحجة عدم حصول إعدار طبقا للمادة 157 من القانون المدني على غير أساس متعين الرفض".

وقد أستندت في حكمها على أساس أن العقد الإداري يحكمه نظام قانوني يختلف إختلافا تاما عن النظام القانوني الذي تخضع له العقود المدنية، فالمصلحة العامة تنوب عنها جهة الإدارة ومن جهة أخرى تقابلها المصالح الخاصة للأفراد، من أجل ذلك تميز العقد الإداري عن العقد المدني حيث تحتفظ الإدارة لنفسها في تنفيذ العقد بإمميزات تخرج عن مبدأ المساواة بين المتعاقدين وعلى هذا الأساس ردت طعن المدعي به ولم تشتت الإنذار المسبق لتقرر قانونية الفسخ الجزائي للعقد الإداري¹.

ثالثا: التزام المصلحة المتعاقدة بتمكين المقاول من تقديم أوجه دفاعه قبل فسخ العقد

وهذا يعني ضرورة إلتزام الإدارة بإحترام حقوق الدفاع للمتعاقد وتمكينه من إبداء ملاحظاته والأسباب التي أدت إلى تلك النتائج التي كانت حائلا دون قيامه بالتزاماته التعاقدية، على الوجه الأكمل وكما منصوص في العقد أو دفتر الشروط.

وعلى ذلك يؤكد مجلس الدولة الفرنسي على وجوب إحترام حقوق الدفاع للمتعاقد وإعتبار ذلك قاعدة ملزمة للإدارة حيث ذهب في حكمه الصادر بتاريخ 1959/10/02 على أنه " لا يوجد نص في العقد أو شرط في دفتر الشروط يعفي الإدارة في حالة عدم تنفيذ المتعاقد لإلتزاماته من أن تجعل هذا المتعاقد قادرا على تقديم أوجه دفاعه وتبريراته لعدم تنفيذ إلتزاماته قبل توقيع جزاء الفسخ عليه ، وهذا الشرط لم ينص عليه المشرع الجزائري في النصوص القانونية المنظمة للصفقات العمومية ولا دفتر الشروط الإدارية العامة ولا آخر

¹ - نصري منصور نابلسي، المرجع نفسه، ص288.

مرسوم تنفيذي رقم: 21-219 الذي أشتراط هذا في الإجراءات الردعية دون إجراءات الفسخ لورود هذه المادة تحت عنوان القسم الأول لإجراءات الردعية¹.

رابعاً: إلتزام الإدارة بتسبب قرار الفسخ الجزائي للعقد وإبلاغه إلى المتعاقد معها

أ- إلتزام الإدارة بتسبب قرار الفسخ الجزائي: إن المصلحة المتعاقدة في فرنسا لم تكن ملزمة قبل صدور قانون 11 جوان 1979 بتسبب قرارات الجزاء الصادر ضد متعاقديها، ومن بينها الفسخ الجزائي في عقد الأشغال العامة وبصدور هذا القانون الخاص بتسبب قرارات الإدارة بهذا الشأن أصبح لزاماً على الإدارة تسبب قراراتها وهذا ما أتفق عليه الفقه الفرنسي.

ونضيف إلى ما سبق ذكره بأن المنشور الدوري لرئيس الوزراء في 31 أوت 1979 والذي أشار إلى أن الجزاءات التي توقعها الإدارة ضد متعاقديها من الجزاءات الواجبة التسبب، ومن بينها فسخ العقود، هذا بالإضافة إلى المنشور الصادر بتاريخ 18 سبتمبر 1987 والمتضمن تسبب القرارات الإدارية المتعلقة بالعقود الإدارية، وعلى ذلك أصبح على الإدارة لزاماً القيام بتسبب قراراتها الخاصة بالفسخ من بينها عقد الأشغال العامة أمر وجوبياً².

أما في مصر فلا نجد نصاً في قانون المناقصات والمزايدات الحالي ولائحته يلزم جهة الإدارة بتسبب قراراتها في الفسخ الجزائي³ وهو الموقف الذي سايره المشرع الجزائري فلم يلزم المصلحة المتعاقدة بتسبب قراراتها المتعلقة بفسخ عقد صفقات العمومية بما فيها صفقة الأشغال العامة سواء في المرسوم الرئاسي 247/15 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام ولا دفتر الشروط الإدارية العامة ولا المرسوم التنفيذي رقم 21-219 المتضمن الموافقة على دفتر البنود الإدارية العامة المطبقة على الصفقات العمومية للأشغال.

¹ - نصت المادة 119 ف 5 من المرسوم التنفيذي رقم: 21-219 ، المتضمن الموافقة على دفتر البنود الإدارية العامة على الصفقات العمومية للأشغال، على " قبل اللجوء إلى كل إجراء ردعي يطل من المقاول تقديم عناصر الدفاع الخاصة به في أجل تحدده المصلحة المتعاقدة بواسطة تبليغ رسمي".

² - ننون سليمان يونس العبادي، المرجع السابق، ص 283-286.

³ - سيد أحمد محمد جاد الله، سلطة القاضي إزاء العقد الإداري، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه ، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2007، ص542.

وقد أنتقد جانب من الفقه المصري ذلك، على أساس أن إلزام الإدارة بالتسبب يمثل ضماناً وحماية حقوق المتعاقد ضد تعسف وإساءة استعمال الإدارة لسلطتها من توقيع هذا الجزاء، ولذا ناد جانب من الفقه بضرورة إلزام الإدارة في مصر القيام بتسبب قرارات الجزاء ومن بينها الفسخ الجزائي لعقد الأشغال العامة التي توقعها على متعاقديها في مجال العقود الإدارية كما هو الحال في فرنسا لضمان حقوق المتعاقد ضد القرارات الإدارية غير المشروعة والتي لا موجب أو مبرر لتوقيعها وخاصة قرارات الفسخ الجزائي التي تضع نهاية حاسمة للعقد¹.

ب- إلزام الإدارة بإبلاغ المقاول بقرار الفسخ الجزائي: تطبيقاً للمبادئ في العقود الإدارية أن القرار الإداري لا يمكن الإحتجاج به في مواجهة صاحب الشأن إلا من يوم وصوله إلى علمه عن طريق إعلان وإشعار صاحب العلاقة بذلك، وعليه يجب على الإدارة أن تقوم بإبلاغ المتعاقد معها بقرارها الصادر بالفسخ الجزائي لعقده.

وقد ألزم قضاء مجلس الدولة الفرنسي الإدارة بإعلان قرار الفسخ وإبلاغه للمقاول المفسوخ عقده طبقاً لما منصوص عليه في العقد أو دفتر الشروط. وقد أستقر الفقه الفرنسي على ضرورة مراعاة الإدارة للإجراءات الشكلية السابقة على إصدار قرار الجزاء ضد متعاقدتها، وأن إغفالها لأحد الإجراءات سيؤدي إلى إعفائه من النتائج المالية الباهظة، مهما كانت جسامة المخالفات المرتكبة من قبله.

أما في مصر فقد نص المشرع المصري بقانون المناقصات والمزايدات رقم 89 لسنة 1998 واللائحة التنفيذية على أن تقوم الإدارة بإخطار المقاول بقرار الفسخ بموجب كتاب موصى عليه بعلم الوصول²، وفي الجزائر فالمشرع الجزائري لم ينص على ذلك سواء في المرسوم الرئاسي 247/15 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام ولا دفتر الشروط الإدارية العامة ولا المرسوم التنفيذي رقم: 21-219.

ونرى من الضروري تسبب قرار الفسخ الجزائي في عقد الأشغال العامة لأن ذلك يجنب الإدارة من الإنحراف في استعمال سلطاتها وكذا حماية المتعاقد والحفاظ على حقوقه عند لجوئه إلى القضاء وعدم تمكين الإدارة من إصطناع التسبب لصالحها لاحقاً أمام

¹ - محمد صلاح عبد البديع، الوسيط في القانون الإداري، الجزء الأول، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003، ص 224.

² - نون سليمان يونس العبادي، المرجع السابق، ص 289.

القضاء الإداري، كما أنه يسهل مهمة قاضي العقد من ممارسة دوره الرقابي وييسره على الأسباب التي أستخدمت عليها الإدارة في توقيع الجزاء على المتعاقد من ناحيتي الملائمة والمشروعية وإن لم يكن منصوصا على ذلك في العقد أو دفتر الشروط ومن ناحية المشروعية وإن كان في ذلك نصا.

الفرع الثاني: الآثار القانونية للفسخ الجزائي

يفرق الفقه والقضاء الفرنسي بين نوعين الفسخ الجزائي في عقد الأشغال العامة وهما الفسخ الجزائي البسيط أو المجرّد والفسخ الجزائي على حساب ومسؤولية المتعاقد، وهذين النوعين من الفسخ نص عليهما المشرع الجزائري في المرسوم التنفيذي رقم 21-219 صراحة وجمعهما آثار مشتركة بالإضافة إلى أفراد كل منهما ببعض الآثار الخاصة به، وعلى هذا الأساس نعرض لهذه الآثار على النحو التالي:

أولاً- الآثار العامة والمشاركة بين نوعي الفسخ الجزائي

تتمثل الآثار العامة والمشاركة التي تجمع بين الفسخ الجزائي البسيط أو المجرّد والفسخ الجزائي على مسؤولية المتعاقد فيما يلي:

أ- يترتب على الفسخ الجزائي بنوعيه إنهاء العقد الإداري وبمعنى إنهاء الرابطة التعاقدية بين الإدارة والمتعاقد معها ويعود المتعاقدان إلى الحالة التي كان عليها قبل إجراء عملية التعاقد¹.

يتضح من مؤدى فسخ العقد سواء كان إداريا أم مدنيا إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كان عليها قبل التعاقد، مما يعرف ذلك بالآثر الرجعي للفسخ غير أنه قد يحول دون ذلك صعاب عمله ، ولاسيما في العقود الزمنية حيث يتعذر على أحد المتعاقدين أن يرد إلى المتعاقد الآخر ما أداه إليه، وفي هذه الحالة لا مناص من احتفاظ كل متعاقد بما أداه إليه المتعاقد الآخر كما هو الحال في عقود التوريد الزمنية كتوريد وجبات يومية لقوات الأمن أو مرضى المستشفيات.

وعلى ذلك تنتهي الرابطة التعاقدية من تاريخ قرار الفسخ الجزائي الصادر عن السلطة المختصة أو من تاريخ إعلانه للمتعاقد¹.

¹ - عادل عبد الرحمن خليل، المبادئ العامة في آثار العقود الإدارية وتطبيقاتها، دار النهضة العربية، القاهرة، 1994-1995، ص 65.

ويترتب على ذلك توقف المقاول عن تنفيذ الإلتزامات المثبتة في العقد حتى ولو كان جزء الفسخ غير مشروع أو مبرر لأن جزء الفسخ جزء نهائي، ولا يمكن أن يلغى من قبل القاضي ولا تستطيع الإدارة أن تقرر جزء الفسخ إلا خلال فترة سريان العقد، ويعني ذلك عدم مقدور الإدارة توقيع جزء الفسخ بعد إنجاز المقاول للأشغال وإستلام الإدارة الأشغال إستلاما نهائيا تطبيقا لقواعد العدالة والإنصاف².

ب- يكون الفسخ الجزائي فسخا كلياً، ومن ثم لا يجوز للإدارة أن تفسخ العقد بشكل جزئي، بمعنى أن تفسخ جزء منه دون الآخر، كما لو قامت بفسخ الجزء الذي يعود بالفائدة على المتعاقد وتركت الجزء الذي يشكل خسارة له بدون فسخ كون ذلك يؤدي إلى الإخلال بمبدأ التوازن الإقتصادي للعقد.

وليس من العدالة أن تخل الإدارة بالتوازن المالي للعقد، حتى في حالة خطأ المقاول، بفسخ الجزء المفيد للمقاول وإبقائها على الجزء الخاسر، فإما أن تطبق الفسخ على العقد كله أو لا يطبق، وهذا ما قضى به مجلس الدولة الفرنسي منذ فترة طويلة في حكمه الصادر بتاريخ 18/03/1904³، غير أن هذا الأثر خالفه المشرع الجزائري وخول المصلحة المتعاقدة إمكانية فسخ جزئي للصفقة وهو ما نص عليه في المادة 149 الفقرة 02 من المرسوم الرئاسي 247/15 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام⁴، والمرسوم التنفيذي رقم: 21-219⁵.

ج- يستبعد الفسخ الجزائي المقاول نهائياً، ويترتب على ذلك إخلاء مواقع وأماكن العمل في المواعيد التي تقررها الإدارة له وهو ما نص عليه المشرع الجزائري بموجب المرسوم التنفيذي

1 - نون سليمان يونس العبادي، المرجع السابق، ص 314-315.

2 - محمد صلاح عبد البديع السيد، المرجع السابق، ص 235-236.

3 - عزيزه الشريف، المرجع السابق، ص 189.

4 - المادة 02/149 من المرسوم الرئاسي 15-247، المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

5 - نصت المادة 1/123 من المرسوم التنفيذي رقم: 21-219 المتضمن الموافقة على دفتر البنود الإدارية العامة المطبقة على الصفقات العمومية للأشغال على " .. يمكن للمصلحة المتعاقدة أيضا إصدار فسخ جزئي للصفقة العمومية للأشغال تحت مسؤولية المقاول دون سواه"

رقم 21-219¹ ، فإذا رفض أو تأخر في الإخلاء فإنه يكون مسؤولاً مباشراً أمام الإدارة، لأن من شأن ذلك الرفض أو التأخير إعاقه تنفيذ العمل واستمراره، وتحجز الإدارة على المبالغ المستحقة له كتعويض عن الضرر الذي قد يلحقها جراء هذا التأخير.

وحق الإدارة في التعويض عن الضرر الذي يصيبها سواء كان الضرر ناتجا عن وقف تنفيذ الأشغال العامة حتى تاريخ الفسخ أو كان الضرر ناتجا عن توقيع جزاء الفسخ بحد ذاته.

د- يتحمل المتعامل المتعاقد النفقات الناتجة عن الإجراءات اتخذها مثل إغلاق أماكن العمل لضمان صيانة وأمن وسلامة الأعمال المنفذة، فضلا عن ذلك يتحمل نفقات ومصروفات هدم الأشغال إذا ما وجد مبرر يدعو لذلك².

هـ- يجب تصفية العقد وتحديد مصير الأدوات والمواد الخاصة بالمتعامل المتعاقد حسب ما هو منصوص عليه في العقد ودفتر الشروط، أو الإتفاق المشترك بين المصلحة المتعاقدة والمتعامل المتعاقد.

ويستنتج من ذلك الرجوع إلى نصوص العقد أو دفتر الشروط في هذا الصدد وإن لم يوجد ما يشير إلى ما يخص تصفية أدوات ومهمات ولوزام المقاول المفسوخ عقده، فتبقى هذه اللوازم ملكا للمقاول، وكقاعدة عامة لا تفرض على الإدارة، وبالمقابل للمقاول حرية رفض التنازل عنها مالم يوجد شرط تعاقدى يقضي بخلاف ذلك.

و- سلطة الإدارة في الفسخ الجزائي بنوعيه سواء كان فسحا مجردا أو على حساب المقاول هي من السلطات التي تخضع لرقابة القضاء وعليه بإستطاعة المقاول المفسوخ عقده أن يطعن في قرار الفسخ الصادر ضده.

ز- حق الإدارة في توقيع غرامة التأخير مع الفسخ وتم تفعيل هذا الأثر من طرف المصلحة المتعاقدة في الجزائر³.

¹ - نصت المادة 4/126 من المرسوم التنفيذي رقم: 21-219، المتضمن الموافقة على دفتر البنود الإدارية العامة المطبقة على الصفقات العمومية للأشغال على " في جميع حالات الفسخ، يتعين على المقاول إخلاء الورشات والمخازن والأماكن الضرورية لتنفيذ الأشغال في الاجل الصارم الذي يحدده صاحب الإستشارة الفنية..".

² - عيسي عبد القادر لحسن، المرجع السابق، ص 175.

³ - ينظر في ذلك الملحق رقم: 08.

ح- إذا كانت قيمة التأمين المصادر لا تكفي وحدها لجبر الضرر يتعين الحكم بالتعويض الكافي لجبره مع مراعاة خصم التأمين عند حساب التعويض المستحق.

وقد قضت المحكمة الإدارية العليا بمصر بجلسة 1994/10/25 بقولها "... ومن حيث أنه يحق لجهة الإدارة إزاء عدم قيام المطعون ضده بسداد التأمين النهائي إلغاء العقد ومصادرة التأمين المؤقت وهو ما قامت به فعلا عملا بأحكام المادة 24 من القانون رقم: 9 لسنة 1983 ويحق لها أن تطالبه بما رتبته مسلكه الذي تترتب عليه فسخ العقد معه أضرار لحقت بها تمثلت في الفرق بين الأجرة التي رسا بها المزداد عليه هي 520 جنيها شهريا وبين الأجرة التي رسي بها المزداد الذي أجرى مع غيره وتحرر بها عقد إستغلال الكافيتريا البالغة 360 جنيها شهريا على فترة ثلاث سنوات مدة العقد وهي الأضرار البالغة 5760 ويتعين أن يخصم منها التأمين الذي صادرته الإدارة"¹.

ط- تنظيم محضر أصولي بالأشغال والأجزاء التي تم تنفيذها من قبل المقاول المقصر، وجرد بمواد التموين واللوازم والعتاد الموجود في موقع العمل وبحضور طرفي العقد².

ي- كما يجوز للمصلحة المتعاقدة إسترجاع كليا أو جزئيا المشنات وعناصر المنشأة أو خدمات الأشغال المؤقتة التي وافق صاحب الإستشارة الفنية على شروط تنفيذها ومطابقتها، والعتاد خصيصا لتنفيذ أشغال المؤسسة وغير قابل للإستعمال بالشكل المعتاد في ورشات أخرى وهو ما نص عليه المشرع الجزائري بموجب المرسوم التنفيذي رقم 21-219³.

ر- حق الإدارة في توقيع مصادرة التأمين مع الفسخ وتم تفعيل هذا الأثر من طرف المصلحة المتعاقدة في الجزائر⁴.

ثانيا: الآثار الخاصة بالفسخ الجزائي المجرّد أو البسيط

بالإضافة للآثار العامة للفسخ الجزائي المجرّد توجد آثار خاصة له نعرض لها

كمايلي:

¹ - ذنون سليمان يونس العبادي، المرجع السابق، ص ص 316-318.

² - عيسي عبد القادر لحسن، المرجع السابق، ص 175.

³ - المادة 2/126 من المرسوم التنفيذي رقم: 21-219 المتضمن الموافقة على دفتر البنود الإدارية العامة المطبقة على الصفقات العمومية للأشغال.

⁴ - ينظر في ذلك الملحق رقم: 09.

أ- بمقدور الإدارة الجمع بين الفسخ الجزائي البسيط وتوقيع غرامة التأخير أو التعويضات على المقاول المقصر، إذا نجمت أضرار عن هذا الفسخ، على أن تكون غرامات التأخير التي تقررها الإدارة على المقاول يجب أن تكون سابقة لصدور قرار الفسخ الجزائي.

ولا تثريب أن أجمع في حالة الفسخ الجزائي بين مصادرة التأمين وإستحقاق التعويض شرط عدم وجود نص في العقد يحظر هذا الجمع، وأن يبقى الضرر قائما أي أن مصادرة التأمين بحد ذاته لا يجبر الضرر، بمعنى آخر أن يكون الضرر مجاوزا لقيمة التأمين المصادر، أما إذا كانت مصادرة التأمين قد أجبرت الضرر فلا محل عندئذ للتعويض ما لم يتفق على غير ذلك، وهذا ما قضت به المحكمة الإدارية العليا بجلسة 1970/12/19 بقولها "... ومادام السبب في كل من مصادرة التأمين من جهة والتعويض من جهة أخرى مستقلا والطبيعة والوجهة والغاية في كل منهما متباينة، فلا تثريب أن اجتمع حالة الفسخ الإداري مع مصادرة التأمين وإستحقاق التعويض، إذ لا يعتبر الجمع بينهما إزدواجا للتعويض محظورا حتى ولو لم ينص العقد الإداري على إستحقاق التعويض لأن إستحقاقه هو تطبيق للقواعد العامة، وغني عن البيان أن الجمع بين مصادرة التأمين والتعويض رهن بألا يحظر العقد الإداري صراحة هذا الجمع أو يكون الضرر لا يزال موجود بعد مصادرة التأمين بمعنى أن يكون قدر الضرر أكبر من مبلغ هذا التأمين، فإذا كانت مصادرة التأمين قد جبرت الضرر له فلا محل إذن للتعويض تطبيقا للقواعد العامة ما لم يتفق على خلاف ذلك"¹.

ب- تلتزم كل من المصلحة المتعاقدة والمتعامل المتعاقد برد ما تحصل عليه من الطرف الأخر فتقوم الإدارة بتسليم المتعاقد قيمة ما قام به من أشغال والتأمينات التي دفعها، وفي المقابل يقوم المتعاقد بدوره برد ما يكون قد حصل عليه من الإدارة من أموال تنفيذ للعقد وقيمة المبالغ المدفوعة له بعنوان التسبيق أو حساب على الرصيد وقيمة العقوبات المالية بسبب التأخير ويتم تصفيته بموجب مقرر من المصلحة ويبلغ للمقاول المفصول في أجل أقصاه شهران (2) المواليان لتاريخ توقيع المحضر المنصوص عليه في المادة 124 من نفس المرسوم التنفيذي². و تخصم على حساب المقاول وهذا ما نص عليه المشرع الجزائري

¹ - ننون سليمان يونس العبادي، المرجع السابق، ص 320-321.

² - المادة 124 من المرسوم التنفيذي رقم: 21-219، المتضمن الموافقة على دفتر البنود الإدارية العامة المطبقة على الصفقات العمومية للأشغال.

من خلال نص المادة 125 فقرتها 1 و2 من المرسوم التنفيذي رقم 21-219 المتضمن الموافقة على دفتر البنود الإدارية العامة المطبقة على الصفقات العمومية للأشغال¹، وحسنا ما فعل لأنه سهل للمصلحة المتعاقدة مسألة عملية التصفية وحسابها الذي يكون بالخصم على حساب المقاول، وهذا الأثر لم ينص عليه المرسوم الرئاسي 15/247 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام والقرار المؤرخ في 21-11-1964 المتضمن الموافقة على دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال الخاصة بوزارة تجديد البناء والأشغال العمومية والنقل.

ج- يجب على المقاول المفسوخ عقده أن يقوم بإخلاء أماكن العمل خلال المهلة الزمنية التي تحددها الإدارة.

د- بمجرد توقيع جزاء الفسخ الجزائي البسيط يتم إستلام الأشغال المنفذة من قبل المتعامل المتعاقد المستبعد ويتم تصفية الحساب النهائي للعقد بعد إنتهاء مدة الضمان للأعمال المنفذة، مع رد التأمين المتبقي إن كان له محل، ولا يعفى المقاول المفسوخ عقده من التزاماته الناتجة من سوء الصنعة ما لم يراع قرار فسخ العقد بتخفيض المقابل المستحق للمقاول².

هـ- ليس بمقدور الإدارة مطالبة المقاول المفسوخ عقده بالتبعات المالية المستقبلية التي تتفقها الإدارة عند إجراء تعاقد جديد، وإنما تقع على عاتق الإدارة³، وهذا الأثر نص عليه المشرع الجزائري بموجب المرسوم التنفيذي رقم 21-219 المتضمن الموافقة على دفتر

¹ - نصت المادة 125 في فقرتها الأولى والثانية من المرسوم التنفيذي رقم: 21-219، المتضمن الموافقة على دفتر البنود الإدارية العامة المطبقة على الصفقات العمومية للأشغال على " ... يتم تحديد حساب التصفية الخاص بالصفقة العمومية للأشغال الذي يحل محل الحساب العام، بموجب مقرر من المصلحة المتعاقدة ويبلغ للمقاول. يتضمن حساب التصفية ما يأتي :

- خصم على حساب المقاول :

*قيمة المبالغ المدفوعة بعنوان التسييق أو حساب على الرصيد،

*القيمة المحددة من طرف الصفقة وملاحقها المحتملة، والوسائل الموكلة لصاحب الصفقة التي لا يمكن لهذا الأخير أن يسترجعها، وكذا قيمة الوسائل المتنازل عنها من طرف السلطة المزيدة لصاحب الصفقة بالتراضي،

*قيمة العقوبات المالية بسبب التأخير "

² - هارون عبد العزيز الجمل، المرجع السابق، ص 283.

³ - محمد صلاح عبد البديع السيد، مرجع سابق، ص 245.

البنود الإدارية العامة المطبقة على الصفقات العمومية للأشغال من خلال نص المادة 122 ف 3 منه بقوله " في الحالة الأولى ويقصد بها الفسخ البسيط تتحمل المصلحة المتعاقدة النتائج المحتملة .

و- لا يحق للمتعاقد المطالبة بأي تعويضات بسبب الفسخ الجزائي المجرد، وهو الأثر الذي نص عليه المشرع الجزائري بموجب المادة 123 من نفس المرسوم التنفيذي المبين أعلاه بقوله " في حالة قوع الفسخ من جانب واحد والمبرر بالخطأ الكبير الذي أرتكبه المقاول ... لا يمكن إشتراط أي تعويض عنه".

ز- تكتفي المصلحة المتعاقدة بفسخ العقد دون إبرام عقد جديد على حساب المقاول ومسؤوليته، ويكون للإدارة الحق في إقتضاء التعويضات والغرامات نتيجة فسخ العقد لخطأ المتعاقد، ولكن لا تستطيع أن تطالب المتعاقد بتحمل التبعات المالية للعقد الجديد الذي تبرمه الإدارة¹.

كما يقوم كل من طرفي العقد برد ما تحصل عليه من الطرف الآخر، فتقوم الإدارة بتسليم المتعاقد معها قيمة ما قام به من أشغال والتأمينات التي دفعها، وفي المقابل يقوم المتعاقد بدوره برد ما يكون قد حصل عليه من الإدارة من أموال تنفيذ العقد².

ثالثا: الآثار الخاصة للفسخ الجزائي على مسؤولية المتعاقد

بالإضافة للآثار العامة للفسخ الجزائي على مسؤولية المتعاقد توجد آثار خاصة له نتطرق لها على النحو التالي:

أ- في الواقع تنجم عن الفسخ الجزائي لعقد الأشغال العامة على مسؤولية المتعاقد المفسوخ عقده نفس الآثار المترتبة عن توقيع الفسخ الجزائي المجرد مع فارق جوهري كبير بينهما وهو تحمل المقاول في النوع الأول النفقات المالية الباهظة عن إبرام عقد جديد مع مقاول جديد في حين الفسخ المجرد البسيط لا يتحمل الأعباء والتكاليف المالية جراء ذلك وهو الأثر الذي نص عليه المشرع الجزائري بموجب نص المادة 152 من المرسوم الرئاسي 15-247 بقوله " .. وزيادة على ذلك يتحمل المتعامل المتعاقد

¹ -نصري منصور نابلسي، مرجع سابق، ص 294.

² -هيثم حليم غازي، مرجع سابق، ص 167.

التكاليف الإضافية التي تتجم عن الصفقة الجديدة"، وكذا بموجب المادة 122 ف3 من المرسوم التنفيذي رقم 21-219 المبين أعلاه بقوله " .. أما الحالة الثانية ويقصد بها الفسخ تحت مسؤولية المقاول يتحمل هذا الأخير التبعات المالية القائمة عن استكمال الأشغال".

وعلى ذلك تكون نتائج هذا النوع من الفسخ أشد و أقسى وقعا على المقاول المفسوخ عقده، لأن الإدارة لا تكتفي في هذا النوع بالتعويض كما هو الحال بالفسخ المجرد ولكنها تحمل المتعاقد النتائج والآثار المتولدة عن إبرام العقد الجديد ويكون الفسخ في هذه الصورة مصحوبا بإعادة طرح الأشغال في مناقصة عامة على حساب المقاول المقصر في عقد الأشغال العامة¹.

وغالبا تلجأ الإدارة بتوقيع جزاء الفسخ على مسؤولية المتعاقد عند ارتكابه أخطاء عمدية مخالفة وعلى درجة عالية من الجسامة، ولا سيما في حالة استعماله الغش أو التدليس أو تركه العمل أو عدم احترامه الأوامر المصلحية الصادرة عن الإدارة وبصورة متكررة².

ب- يتحمل المتعامل المتعاقد المفسوخ عقده كافة النفقات الإضافية الناتجة عن إبرام صفقة على حساب ومسؤولية صاحب الصفقة، كما يتم حساب التصفية بالخضم على حساب المقاول فيما تم تبيانه أعلاه بالنسبة للفسخ المجرد مع إضافة الاعتماد على حساب المقاول فيما يتعلق بالقيمة التعاقدية للأشغال المنفذة، بما في ذلك الفوائد المستحقة عند الاقتضاء ومبالغ الاسترداد أو الإيجار ولن يتم تبليغ حساب التصفية للمقاول المفسوخ إلا بعد التسوية النهائية للصفقة العمومية المبرمة لإتمام الأشغال وهو ما نص عليه المشرع الجزائري بموجب المرسوم التنفيذي رقم 21-219³.

ج- ينفق الفقه والقضاء الفرنسي على أن الإدارة لا تستطيع أن تقرر جزاء الفسخ على مسؤولية المتعاقد إلا إذا كان منصوصا عليه صراحة في عقد الأشغال العامة، أو في

¹ - نون سليمان يونس العبادي، المرجع السابق، ص 323.

² - عمر حلمي، أثار العقود الإدارية، دار الثقافة الجامعية، القاهرة، 1991، ص 139.

³ - المادة 125 ف 2 و3 من المرسوم التنفيذي رقم: 21/219، المتضمن الموافقة على دفتر البنود الإدارية العامة المطبقة على الصفقات العمومية للأشغال.

دفتر الشروط والسبب يكمن في خطورة وشدة هذا الجزاء الفاسخ، والأثار المترتبة عند توقيعه وتحمل المقاول المفسوخ عقده الأعباء المالية للعقد الجديد، ولذلك كان ضروريا أن يقر هذا الجزاء من المتعاقد مع الإدارة وعلمه بإمكانية تطبيقه على عقده عند توافر الشروط¹.

د- إن النص في عقد الأشغال العامة أو دفتر الشروط على الفسخ الجزائي المجرد والبسيط في حالات محددة ومعينة، لا يمنح الإدارة حقا في تقرير توقيع جزاء الفسخ على مسؤولية المقاول، كما لو نص في دفتر الشروط على الفسخ بقوة القانون في حالة الإفلاس فإن إجراء إعادة طرح المناقصة على مسؤولية المقاول لا يمكن أن تقرره الإدارة لأنه يتناقض مع الفسخ الجزائي البسيط الناتج عن الإفلاس، وكذلك الحال في مسؤولية المقاول عن التأخير وعن الأضرار التي تلحق الإدارة من الفسخ الجزائي البسيط لاتعطي حقا للإدارة بإعادة طرح الأشغال العامة في مناقصة جديدة على مسؤولية المتعاقد المستبعد، لأن هذا الإجراء يتناقض مع الفسخ الجزائي البسيط أو المجرد الذي قررته الإدارة².

ه- أن جزاء الفسخ لعقد الأشغال العامة لا يصدر إلا من الجهة الإدارية المختصة بتقرير العقد حصرا، ولا يمكن أن يصدر عن القاضي مطلقا، وتكون الإدارة حرة في إختيار المقاول الذي يعهد إليه بهذه المهمة، دون تدخل من المقاول الأصلي، بل يمكن للإدارة أن تستبعد من ترى إستبعاده من المقاولين ولا يحق للمقاول المستبعد الاعتراض على ذلك³.

و- تحكم عملية إعادة طرح الأشغال العامة في مناقصة جديدة على مسؤولية وحساب المقاول المفسوخ عقده وإختيار مقاول جديد مجموعة من القواعد والإجراءات التي يجب على الإدارة تصفية دين المقاول المفسوخ عقده، وهذه القواعد والإجراءات تتمثل فيمايلي:

1 - هارون عبد العزيز الجمل، المرجع السابق، ص 260.

2 - محمد صلاح عبد البديع السيد، مرجع سابق، ص 250.

3 - محمود أبو السعود، سلطة الإدارة في الرقابة على تنفيذ العقد الإداري، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، العدد الثاني، جامعة عين شمس، القاهرة، 1997، ص 275.

1- يجب على الإدارة أن تسعى إلى إجراء مناقصة جديدة في أسرع وقت ممكن بعد فسخ العقد لأن تأخير هذا الإجراء قد يعرض المتعاقد المفسوخ عقده إلى أضرار مالية لا سيما فيما إذا أساءت الأحوال الإقتصادية.

2- يجب أن تجرى المناقصة الجديدة طبقاً للشروط الشكلية والموضوعية للمناقصة الأصلية، وأن لا تتعدى الأشغال التي تم إجراء المناقصة الأولى من أجلها، وإلا فإن المتعاقد الجديد لا يحتج به في مواجهة المقاول المفسوخ عقده.

3- يلتزم المقاول المفسوخ عقده بإستلام إعلان الإدارة له بإبرام عقد جديد على مسؤوليته فضلاً عن الاعلان بإختيار وتحديد المتعاقد الجديد، ويستطيع المقاول الأصلي أن يراقب المناقصة الجديدة والإجراءات الخاصة بتنفيذ العمل المنفذ على حسابه حتى يتمكن من المحافظة على حقوقه ولكن بشرط ألا يؤدي إستعمال هذا الحق إلى عرقلة تنفيذ الأشغال بواسطة المقاول الجديد¹ ، فإذا لم تراع الإدارة الإجراءات السابقة فإن قرارها بفسخ العقد الأصلي والتعاقد من جديد مع مقاول جديد وعلى مسؤولية المقاول المستبعد يكون مخالفاً للمشروعية ويترتب على ذلك إعفاء المقاول المفسوخ عقده من النتائج الباهظة التي يربتها العقد الجديد².

4- إذا تم إختيار مقاول جديد بطريق مناقصة جديدة أو عن طريق الممارسة أو غيرها يتحمل المقاول المفسوخ عقده جميع النفقات التي أنفقتها الإدارة من أجل إبرام العقد الجديد دون تحمله النفقات الناتجة بسبب أخطاء الإدارة أو المقاول الجديد.

ز- يجب على الإدارة تصفية دين المقاول المفسوخ عقده وهذه المسألة تثير تساؤلاً، متى يكون الدين المترتب بذمة المقاول المستبعد والناشئ عن إعادة طرح الأشغال العامة في مناقصة جديدة وعلى مسؤوليته واجب الأداء قانوناً؟

وهذا التساؤل تم الإجابة عليه بموجب تقرير مفوض الحكومة بمناسبة حكم مجلس الدولة الفرنسي في قضية pechwerty

بتاريخ 1989 /05/31 أين تم إقتراح ثلاث حلول بصددها المسألة على النحو التالي:

1 - محمود أبو السعود، سلطة الإدارة في الرقابة على تنفيذ العقد الإداري، المرجع نفسه، ص 275.

2 - محمد صلاح عبد البديع السيد، سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري، مرجع سابق، ص 253.

1- يعتبر الدين مستحق على المقاول المفسوخ عقده معين المقدار وواجب الأداء منذ حدوث المناقصة الجديدة ومصادقتها من السلطة المختصة، وقد أنتقد هذا الحل على أساس أن الكميات المحددة في القائمة تقدر جزافا في سبيل الإستدلال، وإن هذه القائمة في الحقيقة لا تدخل ضمن وقائع العقد وأن دورها لا يتعدى إلا التوقعات المحتملة للنفقات والمصروفات لأن كمية الأعمال في واقع الحال لا يحددها إلا صافي الحساب.

2- أما الطريقة الثانية في الحل تقوم على أساس تصفية الدين المستحق على المقاول المفسوخ عقده بصفة وقتية عند إجراء المناقصة الجديدة على أن يكون له الحق في تقديم دعوى إسترداد ماد دفعه للخزينة دون وجه حق في حال لم يتم تنفيذ الأعمال .

3- الحل الأخير يخلص إلى أن الدين المستحق على المقاول الأصلي يعتبر محققا من حيث المبدأ بمجرد رسو المناقصة الجديدة على المقاول الجديد¹.

وقد أيد جانب من الفقه الفرنسي هذا الحل في حين أنتقد الفقيه الفرنسي JEZE ذلك بقوله " أن هذا الحل خطير جدا في حالة إفلاس أو إفسار المقاول المفسوخ عقده².

وتجدر الإشارة إلى أن هذا الحل أيده المفوض إلا أن مجلس الدولة الفرنسي لم يأخذ بهذا المقترح وأنتهج منذ القدم حلا آخر يتسم بقدر من الحكمة والدراية قوامه أن التصفية التي يفترضها العقد الأصلي الأول تنتج أساسا جراء حدوث المناقصة الجديدة، فإذا أجريت مناقصة ورست على مقاول جديد بثمن أقل تتاسبا من المناقصة الأولى، فيكون في هذه الحالة المقاول الأصلي ملزما بدفع الفرق بين مقادري تخفيض الثمن فيهما، وتستطيع جهة الإدارة قانونا مطالبتة بدفع مبلغ الفرق فورا.

أما في حالة ما إذا كانت قيمة الأعمال المنفذة بأقل مما كانت مقدرا لها، أو عدول الإدارة عن تنفيذها فيكون المقاول المفسوخ عقده في حل من كل أو بعض التزاماته، كما يحق له المطالبة بإسترداد كل أو بعض المبالغ التي سبق وأن دفعها كضمانات للدولة.

ويؤيد جانب من الفقه الفرنسي هذا الحل ومنهم الفقيه fougerolle على أساس أنه يعطي كل ذي حق حقه، واستخلص من ذلك أنه في حالة تجاوز الكميات المنصوص عليها يكون بمقدور الإدارة نظرا لتشابه الأسباب مطالبة المقاول بمساهمة تكميلية³.

¹ - نون سليمان يونس العبادي، المرجع السابق، ص 328.

² - G-JEZE, OP.cit., T. VI. P1058.

³ - H.Fougerolle, these precitee, p86.

ولا ينكر الفقيه البلجيكي flamme بأن هذا الحل القضائي له ميزتين هامتين الأولى يكون بمقدور الإدارة أن تسترد حقها من المقاول المفسوخ عقده والزيادة في النفقات والمصروفات فوراً وتتحاشى بذلك التزاحم المحتمل مع دائني المقاول في حالة إشهار إفلاسه أو إعساره والثانية أنه يحفظ حقوق المقاول ويمكنه مطالبة الإدارة بإسترداد حقه من المبالغ المدفوعة في حالة التغيير في كميات العمل أو عند تخلي الإدارة عن ذلك¹.

ومع ذلك أن المناقصة الجديدة يمكن الطعن فيها بالإلغاء بناء على دعوى تجاوز السلطة من أحد المشتركين ويكون بإستطاعة القاضي إلغائها متى تحقق من عدم مشروعيتها، لأن قرار الإدارة يعين القرارات المنفصلة في هذه المرحلة.

ومن المسلم في فرنسا، أن الإدارة هي التي تحدد من تلقاء نفسها ما لم يوجد نص أو شرط خاص في العقد أو دفاتر الشروط عن طريق أمر بالدفع مبلغ دين المقاول المفسوخ عقده دون حاجة للجوء إلى قاضي العقد².

ح- إن عملية إعادة طرح المناقصة من جديد على مسؤولية المتعاقد المستبعد وإبرام العقد الجديد مع مقاول جديد تعد إجراء تالياً على عملية الفسخ الجزائي لعقد الأشغال العامة، وليس للفسخ الجزائي بقوة القانون في حالة إفلاس المقاول أو التصفية القضائية لأن الفسخ بقوة القانون يقطع كل رابطة تعاقدية بين الطرفين ويمنع رب العمل من أن يحصل من المقاول المفسوخ عقده، النتائج المالية الباهظة المترتبة على عملية الفسخ للعقود المبرمة مع مقاولين جدد لإنجاز الأعمال³.

ط- يراقب قاضي العقد سلامة وصحة الأساس الذي أستندت إليه الإدارة في إصدارها قرارها بالفسخ والآثار المترتبة عليه⁴.

ي- أن استحالة تنفيذ عقد الأشغال العامة عملياً من جانب المقاول بسبب أخطاء فنية خطيرة في المشروع، جاز للمقاول المفسوخ عقده في هذه الحالة أن يتمسك بأن الفسخ

¹ - Flamme, traite des march public. T.2 precite, p.702.

² - هارون عبد العزيز الجمل، المرجع السابق، ص 288.

³ - محمد صلاح عبد البديع السيد، مرجع سابق، ص 257.

⁴ - هارون عبد العزيز الجمل، المرجع السابق، ص 289.

الجزائي الصادر ضده ليس له مسوغ قانوني وأنه من غير المنطقي والمعقول تحميله النتائج المالية الباهظة التي تترتب على نتيجة الفسخ الجزائي غير المشروع¹.

ر- تستطيع الإدارة مواصلة تنفيذ الأشغال موضوع العقد بنفسها وعلى مسؤولية المقاول المفسوخ عقده ضمانا لحسن سير وإستمرار العمل في المرفق العام إلى أن يتم التصديق من قبل السلطة المختصة على العقد الجديد المبرم على أثر الفسخ العقد الأصلي، كما تستطيع أن تأمر بمواصلة تنفيذ الأشغال العامة عن طريق الإدارة المباشرة عندما لا يسفر إعادة طرح الأشغال العامة في مناقصة جديدة عن أية نتيجة ويرجع السبب في ذلك إلى سلطة الإدارة في إختيار أفضل السبل والوسائل لضمان شير وإستمرار العمل بالمرفق العام.

ل- تستطيع المصلحة المتعاقدة أن توقع غرامات التأخير على المقاول المستبعد وهذا ما قضى به مجلس الدولة الفرنسي بأن فسخ عقد الأشغال العامة على حساب ومسؤولية المقاول لا يحول دون توقيع غرامات التأخير.

والواقع يثور تساؤلا في هذا الخصوص، هل ينطبق جزاء الفسخ على عقود الأشغال العامة الدولية أم لا؟

الحقيقة أيا كانت طبيعة العقد، دوليا أم داخليا، فتطبيق عليه القواعد الخاصة بفسخ العقد في حالة إخلال المتعاقد مع الدولة بالتزاماته، لأنه ليس هناك ما يتعارض مع الطبيعة المركبة للعقد الدولي للأشغال، إذ أنها لا زالت في أحضان حظيرة القانون العام وتخضع لأحكامه².

أما في مصر فإن قانون المناقصات والمزيادات رقم 89 لسنة 1998 ولائحته التنفيذية لم يأخذ بنظام الفسخ الجزائي على مسؤولية المتعاقد وإنما أقتصر على الأخذ بنظام الفسخ الجزائي المجرد والبسيط وقد نص في المادتين 24 و25 على ذلك، كما نصت المادة 75 من اللائحة التنفيذية للقانون بهذا الشأن.

أما عن موقف القضاء الإداري المصري فقد دأب وسار على نهج المشرع المصري فلم يأخذ بنظام الفسخ الجزائي على مسؤولية المتعاقد وقد أستقرت أحكامه على ذلك،

1 - محمد صلاح عبد البديع السيد، المرجع نفسه، ص 260.

2 - ذنون سليمان يونس العبادي، المرجع السابق، ص 332-334.

فقضت المحكمة الإدارية العليا في حكمها بجلسة 2006/03/07 بقولها "المقاول المتعاقد مع الإدارة يلتزم بتنفيذ الأعمال المتعاقد عليها طبقا للمواصفات فمن أخل بأي شرط من شروط العقد أو أخل بأي من إلتزاماته المقررة كان من حق الجهة الإدارية إما فسخ العقد أو سحب الأعمال وتنفيذها كلها أو ما تبقى منها على حسابه، ولا شك أن توقف المقاول عن العمل ورفضه إستكماله دون سند قانوني يبرر ذلك يعد إخلالا جسيما منه بإلتزاماته ويحق للإدارة معه اللجوء إلى أحد الإجراءين سالف الذكر، فإن أختارت سحب الأعمال وتنفيذها على حسابه فليس من شأن ذلك القول بإنهاء الرابطة التعاقدية..".

وذهبت أيضا في حكم لها بتاريخ 2001/06/26 بقولها "لا يجوز الجمع بين الفسخ والتنفيذ على حساب المتعاقد، إذا ما قامت جهة الإدارة بالإجراءين في هذه الحالة فلا يجوز لها أن تطالبه بالفرق الناتج عن التنفيذ على الحساب، لأن شرط ذلك مناطه هو الإبقاء على العقد ومرد ذلك إلى أن قرار التنفيذ على الحساب إنما هو إجراء تصدره الإدارة لتنفيذ العقد وليس قرارا إداريا، مقتضى ذلك ولازما أن يستمر العقد قائما إلى أن يتم التنفيذ على الحساب"¹.

وفيما يخص موقف الفقه المصري فيتمثل برأي الأغلبية لم يأخذ بنظام الفسخ الجزائي على مسؤولية المتعاقد مؤيدين بذلك إتجاه كل من المشرع والقضاء المصري في نهجهما في تطبيق نظام الفسخ المجرد والبسيط وقد يكون هذا الفسخ وجوبيا في حالات وجوازيا في حالات أخرى².

بينما ذهب أقلية من الفقه إلى أن المشرع المصري قد عرف نظام الفسخ الجزائي على مسؤولية المقاول المفسوخ عقده مستنديين في ذلك تفسيرهم لبعض من مواد اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات.

بينما حبذا بعض الفقهاء المصريين الأخذ بنظام الفسخ الجزائي للعقد على مسؤولية المتعاقد طبقا لما هو معمول به في القانون الفرنسي، ويتزعم هذه الإتجاه الدكتور فؤاد العطار فهو يرى بهذا الصدد أن نظام الفسخ الجزائي على مسؤولية المتعاقد المفسوخ

¹ - ذنون سليمان يونس العبادي، المرجع نفسه، ص335.

² - سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص558.

عقده أكثر ملائمة وعدلا وأنه لا يقتصر فقط على طبيعة الجزاء بل أنه أخذ في الإعتبار صالح الخزينة أيضا، فجزاء الفسخ هو نتيجة لأخطاء المقاول ويحمل صفة عقابية ردا على ما أرتكبه المقاول من مخالفات في تنفيذ التزاماته التعاقدية، ويجب أن يتحمل نتائج ذلك، ومتمى قدرت الإدارة من جانبها الإستمرار في تنفيذ الأشغال، عندئذ لا يكون مقورها إعفاء المقاول المفسوخ عقده من مسؤوليته المالية المفروضة عليه جراء أخطائه، لأن تنازل الإدارة عن الفائدة التي تعود إليها من إعادة طرق الأشغال في مناقصة جديدة على مسؤولية وحساب المقاول المقصر يتساوى في حقيقة الأمر تنازل عن دين مستحق للدولة دون مسوغ قانوني ، ويجب ان يتحمل المقاول المستبعد جميع النفقات الزائدة عن نفقات العقد الأصلي، وكل ذلك إذا ما قررت الإدارة الإستمرار في تنفيذ الأشغال، أما إذا ما عدلت الإدارة أو تنازلت عن الإستمرار في تنفيذ الأشغال، فيكون الحال على خلاف ذلك¹.

وكذا الدكتور محمد صلاح عبد البديع السيد يحبذ ضرورة الأخذ بنظام الفسخ على حساب مسؤولية المتعاقد كما هو معمول به بفرنسا بشرط أن ينص على ذلك صراحة في العقد أو دفتر الشروط ويشترط إعدار المقاول قبل توقيع هذا الجزاء عليه². أما المشرع الجزائري فقد أخذ بهذا النوع من الفسخ الجزائي وهو ما سبق توضيحه عند تطرقنا إلى أنواع الفسخ الجزائي³.

المطلب الثالث: الرقابة القضائية على قرار جزاء الفسخ

إذا كان من المسلم به قانونا⁴، أن القضاء الإداري هو المختص بالنظر في مادة العقود الإدارية مهما كانت طبيعتها أمام المحكمة الإدارية التي يقع في دائرة اختصاصها مكان إبرام العقد أو تنفيذه، فبطبيعة الحال يكون قرار الإدارة بالفسخ الجزائي للعقد الإداري بما فيها عقد الأشغال العامة خاضعا لرقابة القضاء الإداري.

1 - ذنون سليمان يونس العبادي، المرجع نفسه ، ص 337.

2 - محمد صلاح عبد البديع السيد ، مرجع سابق، ص365.

3 - ينظر الفرع الثالث في المطلب الأول من المبحث الثاني من الفصل الثاني من الباب الثاني، ص ص 358-363.

4 - المادتين 803-804 من ق إ م إ.

ولكن بخصوص رقابة القضاء الإداري حول الفسخ الجزائي يثار تساؤل حول القاضي المختص بالنظر في هذه المنازعة ونطاق رقابته على قرار الفسخ وسلطاته في مواجهة قرار الفسخ الجزائي.

وبناء على ما سبق ينبغي التطرق في هذا المطلب إلى كل من القاضي المختص في النظر في قرار الفسخ الجزائي في الفرع الأول ونطاق رقابة القاضي على قرار الإدارة بالفسخ الجزائي في الفرع الثاني وسلطات القاضي في مواجهة قرار الفسخ الجزائي في الفرع الثالث.

الفرع الأول: القاضي المختص في النظر في قرار الفسخ الجزائي

تجدر الإشارة أن الإدعاء أمام القضاء الإداري يتمثل في عدة دعاوى¹ ومن بينها دعوى الإلغاء ودعوى القضاء الكامل أو دعوى التعويض.

ومن المسلم به أن المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية تنتمي أصلا إلى القضاء الكامل، حيث يختص القضاء الإداري بالنظر في كافة المنازعات الإدارية الناشئة بين طرفي العقد بإستثناء المسائل الأولية التي تدخل بطبيعتها في إختصاص القضاء العادي مثل أهلية المتعاقد مع جهة الإدارة أو الفصل في ملكية خاصة وغيرها².

ودعوى الإلغاء وبالرغم من أهميتها لم يعرفها المشرع الجزائري لا في قانون الإجراءات المدنية السابق ولا قانون الإجراءات المدنية والإدارية الحالي، وحسنا ما فعل، إذ الوضع المعتاد والطبيعي أن يعزف المشرع عن تقديم تعريفات لمصطلحات قانونية تاركا هذا الأمر للفقهاء والقضاء.

وقد عرفها الفقيه الفرنسي A.delaubadere بأنها طعن قضاء يرمي إلى إبطال قرار إداري غير مشروع من طرف القاضي الإداري.

كما عرفها الدكتور سليمان محمد الطماوي بأنه "القضاء الذي بموجبه يكون للقاضي أن يفحص القرار الإداري فإذا ما تبين له مجانية القرار لقانون حكم بإلغائه ولكن دون أن يمتد حكمه إلى أكثر من ذلك فليس له تعديل القرار المطعون فيه أو إستبدال غيره له.

¹ - المادة 801 من ق إ م إ.

² - منصور محمد أحمد، المرجع السابق، ص 196.

وعرفها الدكتور عمار بوضياف على أنها "دعوى قضائية ترفع أم الجهة القضائية المختصة بغرض إلغاء قرار إداري غير مشروع طبقا لإجراءات خاصة ومحددة قانونا"¹. وتتعلق دعوى الإلغاء بالنظام العام وتهدف إلى حماية المشروعية ويترتب على ذلك عدم التنازل عن رفعها، وإذا ما تنازل صاحب الحق في رفعها فإنه يعتبر تنازلا باطلا لأنها تتعلق بالنظام العام ولا ينتج عن هذا التنازل أي أثر قانوني، كما لا يجوز التنازل عن الحكم الصادر بإلغاء القرار الإداري موضوع الإلغاء.

أما دعوى القضاء الكامل فهي عبارة عن خصومة بين طرفين يدعي أحدهما المساس بمركز ذاتي شخصي، وتتسع سلطات القاضي في هذه الدعوى حيث يكون بوسعه التحقق وفحص الوقائع والقانون وإصلاح الأعمال الخاطئة أو غير المشروعة، وله سلطة رقابية واسعة تنتهي بتقرير التزامات على عاتق أحد طرفي العقد وحقوقا للمتعاقدين الأخر. وتختلف أوجه دعوى القضاء الكامل عن أوجه دعوى الإلغاء في عدة وجوه إذ أنهما يختلفان من حيث الموضوع وأوجه الطعن لكل منهما وكذلك من حيث نوع الخصومة وميعاد الدعوى وشرط المصلحة، ومدى سلطات القاضي في كل من الدعويين.

فقد أستقرت أحكام مجلس الدولة الفرنسي والمصري على أن سلطة قاضي الإلغاء تقف عند مجرد الحكم بإلغاء القرار الإداري، دون أن يكون له الحق في إصدار الأوامر للإدارة أو الحلول محلها في إصدار القرارات الإدارية أو تعديلها.

أما القاضي في دعوى القضاء الكامل فإنه يتمتع بسلطات واسعة من سلطات قاضي دعوى الإلغاء، حيث تتفق هذه السلطات مع طبيعة النزاع في دعوى القضاء الكامل، فهو من يقوم في المقام الأول في دعوى القضاء الكامل بتقرير المركز القانوني للمدعي، ويحدد مداه، ومن ثم يحدد بعد ذلك حقوقه، ويلزم المدعى عليه، برد هذه الحقوق أو تنفيذ الإلتزامات المنوطة به، فالأمر في دعوى القضاء الكامل لا يتعلق بمجرد إلغاء قرار إداري صادر عن السلطة المختصة، وإنما يتعلق الموضوع بالحكم على خصم وقد يتضمن هذا الحكم إلغاء العمل القانوني أو إصلاح خطأ أو إحلال عمل آخر محله، أو تعديله أو إستبداله، كما يملك

¹ - عمار بوضياف، المنازعات الإدارية دراسة مدعمة بالإجتهاادات القضائية للمحكمة العليا ومجلس الدولة ومحكمة التنازع، المرجع السابق، ص ص 9-10.

أن يقضي بالحق المدعى به أو أن يرفضه إلى غير ذلك ما يتصل بموضوع النزاع المطروح أمامه.

والمتفق عليه فقها وقضاء كقاعدة أن قاضي العقد وليس قاضي الإلغاء وحده

المختص بالنظر في المنازعات التعاقدية التي تنشأ بين طرفي العقد الإداري والإدارة والمتعاقد معها.

وتطبيقا لذلك فقد قضى مجلس الدولة الفرنسي بأن قرار الإدارة لفسخ العقود الإدارية

يجب الطعن فيها أمام قاضي العقد بمقتضى دعوى العقد من جانب المتعاقدين مع الإدارة، ولا يجوز الطعن في هذه القرارات أمام قاضي دعوى الإلغاء بموجب دعوى الإلغاء¹.

كما قضى مجلس الدولة المصري أيضا بأنه" من المقرر في قضاء المحكمة الإدارية

العليا أن العقد يعتبر إداريا إذا كان أحد طرفيه شخصا معنويا عام، وكان إبرامه بشأن نشاط

متصل بمرفق عام، وتضمن شروطا غير مؤلوفة في نطاق القانون الخاص، ومتى إجتمعت

هذه السمات في العقد الذي أبرمته الجهة الإدارية كان الإختصاص بنظر المنازعات التي

تثور بشأنه معقودا لإختصاص القضاء الإداري وحدها دون غيرها إعمالا لأحكام الدستور

والقانون وهو إختصاص مطلق وشامل لأصل النزاع وما يتفرع إلى نصوص العقد لا تعد

قرارات إدارية بمعناها المستقر عليه حينما تكون تعبيرا عن الإرادة المنفردة للجهة الإدارية

بما لها من سلطة بمقتضى القوانين واللوائح وإنما تعد إجراء من إجراءات العقد حيث أستندت

إليه وأعملت ما تضمنته نصوصه وبالتالي تكون مخاصمة هذا الإجراء وإن سمي قرارا

بدعوى القضاء الكامل أمام قاضي العقد وليس بدعوى الإلغاء"².

ومما سلف ذكره يتضح بأن قرارات الفسخ الجزائي لعقود الأشغال العامة لا يمكن أن

تكون محلا لدعوى الإلغاء من جانب المقاول المفسوخ عقده على اعتبار أن قرار فسخ العقد

لا يعتبر قرارا منفصلا عن العلاقات التعاقدية التي تنشئ الرابطة العقدية بين هذا المقاول

مع الإدارة بمقتضى عقد الأشغال العامة المبرم بين الطرفين، وبمعنى آخر تعتبر دعوى

1 - محمد صلاح عبد البديع السيد، مرجع سابق، ص 271.

2 - ذنون سليمان يونس العبادي، المرجع السابق، ص 465.

القضاء الكامل هي الوسيلة القضائية الوحيدة التي يملكها أطراف أي عقد إداري للطعن في أي قرار إداري يتعلق بالعقد محل الذكر¹.

وينبغي التفرقة بين المنازعات التي تنشأ عن العقد ويقتصر نطاقها على المتعاقدين، وتلك التي تتصل بالغير باعتباره أجنبيا عن العقد، ففي الحالة الأولى المتمثلة في المنازعات الناشئة بين المتعاقدين وبطبيعة الحال تنشأ عن العقد سواء كانت سابقة على إبرام العقد لاتصالها بانعقاده أو صحته أو كانت لاحقة عليه، كذلك التي يتعلق بتنفيذه أو انقضائه أو تصفيته أو تكون متفرعة عن أصل النزاع، يكون النظر فيها من قبل محكمة القضاء الإداري بوصفها قاضي العقد وصاحبة ولاية القضاء الكامل.

أما في حالة الثانية أي فيما يخص غير المتعاقدين، كالمناقص أو المزايد أو بوجه عام كل من لحقه ضرر ترتب على إبرام العقد من غير المتعاقدين يكون له الطعن في القرارات السابقة على العقد أو التي أدت إلى إبرامه، كالقرارات الصادرة بوضع شروط المناقصة أو المزايد أو قرارات لجنة فحص العطاءات أو لجنة البت والقرار الصادر بإرساء المزايدة أو المناقصة فجميعها تعتبر من القرارات المنفصلة عن العقد، ومن ثم تكون النظر فيه من قبل محكمة القضاء الإداري، إستنادا لما لها من ولاية الإلغاء، وفي حدود الضوابط والشروط المقررة في دعوى الإلغاء².

الفرع الثاني: نطاق رقابة القاضي على قرار الإدارة بالفسخ الجزائي

إذا كان التشريع والقضاء يعترف للمصلحة المتعاقدة حق في توقيع جزاء الفسخ على المتعامل المتعاقد في عقد الأشغال العامة، في المقابل تكون قراراتها في هذا الخصوص محلا لرقابة القاضي الإداري.

ومن المسلم به أن الرقابة القضائية على قرار الفسخ الجزائي في عقد الأشغال العامة هي من إختصاص قاضي العقد الذي يفصل في قرار الفسخ من زاويتي المشروعية والملائمة.

1 - محمد صلاح عبد البديع السيد، مرجع نفسه، ص ص 270-271.

2 - فؤاد العطار، رقابة القضاء لأعمال الإدارة، الطبعة الثانية، مطابع دار الكتاب العربيين، القاهرة، 1960-1961، ص 385-386.

أولاً: رقابة المشروعية

يتصف قرار الإدارة بعدم المشروعية طبقاً لقضاء مجلس الدولة الفرنسي إذا أقرن بأحد العيوب التالية:

أ- **عيب عدم الاختصاص:** يكون القرار الإداري بالفسخ مشوباً بعيب عدم الاختصاص إذا صدر ممن لا ولاية له في إصداره، أو صدر عن يملك الاختصاص بإصداره ولكنه أصدره خارج حدود ولايته الزمنية والمكانية أو الموضوعية، لذلك يقوم القاضي بالتحقق مما إذا كانت السلطة التي فسخت العقد هي السلطة المختصة أم لا¹.

وعيب عدم الاختصاص بالنسبة للعقد الإداري يقصد به عدم القدرة القانونية على إبرام العقد الإداري، وتعتبر قواعد الاختصاص في القانون الإداري بين القواعد الهامة والأساسية التي تتعلق بالنظام العام، ويترتب على ذلك عدم قدرة أي عضو من أعضاء السلطة الإدارية أن يتخذ إجراء أو يصدر قرار ما لم يملك هذا الحق طبقاً للقواعد القانونية التي تنظم إختصاصات السلطة الإدارية، ويعتبر كل قرار يصدر مخالفاً لقواعد الاختصاص باطلاً لصدوره من جهة غير مختصة، وللمحاكم أن تقضي من تلقاء نفسها ببطان القرار الذي يصدر مشوباً بعيب عدم الاختصاص، حتى ولو لم يتمسك بهذا العيب أحد أطراف الخصومة، ويجوز إبداء الدفع بعيب عدم الاختصاص في كل مراحل الدعوى، والقرار المشوب بهذا العيب لا يجوز تصحيحه بمعرفة السلطة بإجراء لاحق، كما لا يجوز تعديل قواعد الاختصاص بالإتفاق².

ويكون قرار الفسخ الجزائي غير مشروع إذا صدر من جهة غير مختصة بإصداره، لذلك يتوجب على قاضي العقد التحقق مما إذا كانت السلطة التي فسخت عقد الأشغال العامة هي السلطة المختصة بفسخ العقد وفقاً لقانون³.

¹ - حسام فيصل، رقابة القضاء الإداري على قرار الإدارة بالفسخ الجزائي للعقد الإداري، رسالة ماجستير في العلوم الإدارية والمالية، قسم القانون العام، كلية الحقوق، جامعة دمشق، سوريا، 2017، ص 147.

² - صلاح الدين فوزي، المبادئ العامة غير المكتوبة في القانون الإداري، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998، ص ص 140-141.

³ - سيد أحمد محمد جاد الله، المرجع السابق، ص 497.

ب- عيب الشكل:

يقصد بالشكل إفصاح الإدارة عن إرادتها وفقا أو تبعا للشكل والتدابير التي حددها القانون، والأصل أن الإدارة غير ملزمة بشكل أو إجراء عند إصدارها للقرار الإداري ما لم يقيد بها النص بشكل أو إجراء¹، وبمفهوم المخالفة يرى الباحث أننا نكون أمام عيب الشكل في حالة إفصاح المصلحة المتعاقدة عن إرادتها في إبرام صفقة الأشغال العامة دون مراعاة الشكليات أو الإجراءات التي حددها القانون أو دفتر الشروط.

يقصد بعيب الشكل في دائرة العقود الإدارية بأنه العيب الذي يلحق بالسند ذاته وهو العيب المادي، كما أنه يتعلق بالعيوب التي تتعلق بإجراءات التصرف ذاته².

ويكون قرار الفسخ الجزائي غير مشروع في عقد الأشغال العامة إذا كان صادرا بدون إنذار مسبق للمقاول أو دون إخطار المقاول أو دون تصديق سلطة أعلى متى كان ذلك مطلوبا وفقا لنص العقد أو دفتر الشروط، ويجب مراعاة الإجراءات والأشكال عند صدور قرار الفسخ الجزائي وهي الإعذار، إحترام المواعيد بين تاريخ الإعذار وتاريخ صدور الجزاء أو إخطار المقاول وإحترام حقوق الدفاع للمقاول³.

ج- عيب إنحراف السلطة: يقصد به أن يمارس مصدر القرار سلطته التي خولها له القانون في تحقيق أهداف غير مرتبطة بالمصلحة العامة أو الهدف المخصص له قانونا، وذلك لقاء مصلحة شخصية لمصدره أو لشخص آخر.

وفي مجال عقد الأشغال العامة والتوريد، فقد أستقر قضاء مجلس الدولة الفرنسي على إقرار سلطة القاضي الإداري الحكم بتعويض المقاول أو المتعهد متى تسببت الإدارة بإلحاق الضرر به واعتبار قرار الإدارة بالفسخ و الوضع تحت الإدارة المباشرة من قبيل القرارات النهائية التي لا يمكن إلغائها وإن جاز التعويض عنها، وتشمل رقابة قاضي العقد قرارات الإدارة الفاسخة أو الضاغطة من زاويتي المشروعية والملائمة، ويملك القاضي سلطة تعديل الجزاء كأن يحول الفسخ إلى وضع تحت الإدارة المباشرة أو يستبدل جزاء الفسخ على

¹ - عمار بوضياف، المنازعات الإدارية دراسة مدعمة بالإجتهاادات القضائية للمحكمة العليا ومجلس الدولة ومحكمة التنازع، المرجع السابق، ص 55.

² - طارق محمد عبد الرحمن سلطان، المرجع السابق، ص 478.

³ - محمد صلاح عبد البديع السيد، المرجع السابق، ص 272-273.

مسؤولية المقاول بالفسخ المجرّد والبسيط، كما يمكن أن يحول إجراء الفسخ إلى إنهاء إنفرادي من جانب الإدارة لدواعي المصلحة العامة ويفضي ذلك إلى تعويض المقاول تعويضاً شاملاً، إلا أنه لا يملك كقاعدة عامة سلطة تقرير إلغاء جزء فسخ الأشغال العامة حتى ولو كان الجزء غير مشروع ويترتب على ذلك عدم إستطاعة القاضي بوقف تنفيذ القرارات غير المشروعة.

أما في مصر فإن غالبية الفقه المصري يرى أن قاضي العقد يمارس سلطته كاملة في مجال إلغاء القرارات غير المشروعة والتعويض عنها سواء تعلق الأمر بجزاءات فاسخة أو ضاغطة في عقد الإلتزام أو الأشغال العامة أو التوريد، ومن بين الأحكام التي أستند إليها الفقه نجد حكماً صادر بتاريخ 1976/05/21 عن محكمة القضاء الإداري قضت فيه بإلغاء قرار الإدارة الصادر عن منطقة بورسعيد الطيبة بفسخ عقد التوريد ألبان وما ترتب عليه من مصادرة التأمين وشطب إسم المدعي من سجلات المتعهدين وذلك لعدم صحة الوقائع المنسوبة إلى المتعاقد مع الإدارة والتي بني عليها هذا القرار.

وقد أنتقد جانب من الفقه المصري والفرنسي التفرقة التي أجراها مجلس الدولة الفرنسي بين عقود الإلتزام التي أجاز فيها للقاضي الإداري سلطة إلغاء تدابير الإدارة عندما تكون غير مشروعة وقيد سلطة القاضي في عقود الأشغال العامة على تعويض المتعاقد المستبعد فقط¹.

د- عيب مخالفة القانون: يقصد به العيب الذي يلحق بعنصر المحل، إذ يشترط في محل العقد أن يكون ممكناً ومعيناً، وأن يكون مشروعاً أي مطابق للقانون².

وبالتالي يجب أن يكون محل القرار الإداري متفقاً ومتسقاً مع القواعد القانونية التي يصدر القرار مستنداً إليها وتتمثل تلك القواعد في الدستور، التشريعات العادية واللوائح التنظيمية، العرف وأحكام القضاء والمبادئ العامة للقانون وفي حالة ما خالف تلك القواعد سواء المكتوبة أو غير المكتوبة نكون أمام عيب مخالفة القانون.

ورقابة القاضي بخصوص عيب مخالفة القانون هي رقابة داخلية تنصب على جوهر القرار وموضوعه لتكشف عن مدى مطابقته أو مخالفته للقانون¹.

¹ - ذنون سليمان يونس العبادي، المرجع السابق، ص ص 475-477.

² - طارق محمد عبد الرحمن سلطان، المرجع السابق، ص 488.

ثانيا: رقابة الملائمة

إن رقابة قاضي العقد لا تقتصر على التحقق مما إذا كان المتعاقد قد ارتكب بالفعل مخالفة لإلتزاماته التعاقدية، بل يقدر أيضا جسامه الجزاء الموقع على المتعاقد بالمقارنة بخطورة المخالفة التي عوقب المتعاقد بها، إذ أن رقابة القاضي لا تنحصر على التحقق من الوجود المادي لأسباب الجزاء وتكييفها القانوني، بل تمتد هذه الرقابة أيضا إلى رقابة مدى توافق الجزاء مع خطورة الأسباب التي أدت لاتخاذها، أي أن قاضي العقد يقدر ما إذا كانت جسامه الخطأ كافية لتبرير الجزاء، أم أن الجزاء زائد عن الحد.

وبناء على ذلك فإن قاضي العقد يمكنه أن يقضي بعدم مشروعية جزاء الفسخ². ومن المعلوم أن القرار الإداري له خمسة أركان وهي الإختصاص، الشكل، الغاية، المحل والسبب، فبالنسبة لركني الشكل والإختصاص، فالإدارة سلطتها مقيدة بشأنها وليست لها سلطة تقديرية بشأنهما، فإذا حادت عن الهدف أو كان باعثها من إتخاذ القرار مصلحة ذاتية جاء القرار معيبا بسوء إستعمال السلطة.

وبذلك تنحصر السلطة التقديرية لإدارة في نطاق ركني السبب والمحل. أ- ركن السبب: هو حالة واقعية أو قانونية تبرر تدخل الإدارة في شأن العقد الإداري عند تعرضه لأخطار من جانب المتعاقد، تهدد سيره على نحو يضر بجمهور المنتفعين به، وتتمتع الإدارة بسلطة تقديرية واسعة في هذه الحالة حيث يستند تقديرها على وقائع مادية ثابتة.

ب- ركن المحل: يكون محله قطع العلاقة التعاقدية بين المتعاقد والإدارة، وهنا تتجلى سلطة الإدارة التقديرية في تقدير مناسب للإجراء المتخذ مع الوقائع التي دفعت إلى اتخاذه، أي تناسب المحل مع السبب فيما يتعلق بالجزاءات التي توقعها الإدارة على المتعاقد، فهي تملك حرية تامة في اختيار الجزاء المناسب من بين الجزاءات التي حددها المشرع وأيضا في مواجهة الأخطار التي تهدد سير المرافق بالتوقف.

¹ - ذنون سليمان يونس العبادي، المرجع نفسه، ص474.

² - حسام فيصل، المرجع السابق، ص152.

أما بخصوص سلطات قاضي العقد في تقدير هذه المبادئ (خاصة مبدأ
المشروعية والملائمة)، إن هناك جدلا كبيرا يثار حولها خاصة في ظل تباين الآراء في
الفقه والقضاء.

القاعدة العامة طبقا لما أستقر عليه قضاء مجلس الدولة الفرنسي، أن قاضي العقد لا يملك
إلا سلطة الحكم بتعويض المتعاقد عن القرار الصادر ضده في حالة عدم مشروعية
هذا الجزاء ، أو عدم تناسبه مع الخطأ المنسوب لهذا المتعاقد، فالقاضي لا يملك سلطة
الحكم بإلغاء هذا الجزاء.

وهذه القاعدة نجد أصلها في منازعات عقود الأشغال العامة، فمنذ قرن من الزمن
يرفض مجلس الدولة الطلبات التي تستهدف الإجراءات الجزائية ضد المقاول مهما أتصفت
به من عيوب ، حيث قرر مجلس الدولة في أحكامه أن قاضي المنازعات المتعلقة بعقود
الأشغال العامة لا يملك سلطة إلغاء التدابير الصادرة من الإدارة صاحبة العمل في مواجهة
المقاول وإنما الحق له فقط أن يبحث عما إذا كانت هذه التدابير قد صدرت في ظروف من
شأنها أن تنشئ لصالح المقاول الحق في التعويض عن هذه التدابير¹.
ولا يملك القاضي الإداري في هذه الحالة سوى الحكم بتعويض المتعامل المتعاقد إذا تعسفت
المصلحة المتعاقدة في استعمال سلطة الفسخ دون الإلغاء، وهذا هو مسلك القضاء الجزائري
من خلال القرارات الصادرة عنه ويتسع نطاق الرقابة القضائية على قرار المصلحة
المتعاقدة بالفسخ الجزائري ليشمل رقابة الملائمة للتأكد من مدى التناسب بين الجزاء الموقع
على المتعاقد مع جسامة الخطأ المنسوب إليه².

الفرع الثالث: سلطات القاضي في مواجهة قرار الفسخ الجزائي غير المشروع

يثير موضوع سلطة قاضي العقد في مواجهة قرار الإدارة بالفسخ الجزائي لعقد
الأشغال العامة في حالة عدم مشروعية أو عدم وجود مسوغ له وسوف نعرض موقف
القضاء والفقه في كل من فرنسا ومصر والجزائر.

¹ - حسام فيصل، المرجع السابق، ص ص 57-58.

² - سبكي ربيحة، المرجع السابق، ص ص 153-154.

أولاً: موقف القضاء والفقهاء الفرنسيين

أ- موقف القضاء الفرنسي: كقاعدة عامة أُنقِر مجلس الدولة الفرنسي في أحكامه على " أن قاضي المنازعات المتعلقة بعقود الأشغال العامة لا يملك كقاعدة عامة سلطة تقرير إلغاء التدابير الصادرة من الإدارة صاحبة العمل ضد المقاول المتعاقد معها، وإنما يحق له فقط أن يبحث عما إذا كانت هذه التدابير قد صدرت في ظروف من شأنها أن تنشئ لصالح المقاول الحق في التعويض".

وبالتالي فإنه ليس لقاضي العقد سلطة إلغاء قرار الإدارة بالفسخ الجزائي لعقد الأشغال العامة حتى ولو كان هذا الفسخ غير مشروع، ولم يكن هناك ما يبرره، وإنما بمقدوره فقط أن يبحث عما إذا كان هذا الفسخ الذي أصدرته الإدارة مخالفة للقانون يمكن أن ينشأ حق للمقاول بالتعويض من عدمه، إلا إن وجد له مثل هذا الحق حكم له بالتعويض دون الإلغاء¹.

غير أن تتسع سلطة القضاء في مواجهة قرارات إسقاط الإمتياز لتشمل التعويض والإلغاء وقد تصدى مجلس الدولة الفرنسي لقرارات الفسخ الإدارية غير المشروعة فقرر أن قرار إسقاط الإلتزام يعتبر غير مشروع متى صدر من شخص أو جهة غير مختصة بإصداره، وإذا صدر بدون إتخاذ إجراء أو شكل يتطلبه القانون، وبناء على ذلك يعتبر قرار الإسقاط معيباً وغير مشروع إذا صدر بدون أن يكون مسبقاً بإنذار الملتزم وقاضي العقد يقدر جسامة الجزاء الموقع على المتعاقد بالمقارنة بخطورة المخالفة التي عوقب بها، أي إن قاضي العقد يقدر ما إذا كانت ساحة الخطأ كافية لتبرير الجزاء، لذلك فإن مجلس الدولة الفرنسي قضى بإلغاء قرار الإدارة بجزاء إسقاط الملتزم إذا أتضح له أن الخطأ المنسوب للملتزم لم يكن جسيماً ولم يكن كافياً لتبرير جزاء إسقاط².

ويترتب على إقتصار سلطات قاضي العقد في مواجهة قرارات الإدارة بالفسخ الجزائي لعقود الأشغال العامة في حالة عدم مشروعيتها النتائج التالية:

¹ - مفتاح خليفة عبد الحميد، حمد محمد حمد السلمي، العقود الإدارية وأحكام إبرامها في القانون الليبي، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2008، ص 433.

² - نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص 306-307.

- 1- يقتصر حق المتعاقد في مواجهة الإدارة ضد قرار الفسخ الجزائي غير المشروع على التعويض ويشمل الضرر الذي لحق بالمقاول والكسب الذي فات ويقدر وقت فسخ العقد ويذكر البعض في هذه الحالة يقتصر على جبر الخسارة فقط ولا يشمل ما فاته من كسب¹.
- 2- للقاضي أن يقرر إعفاء المقاول المفسوخ عقده من النتائج الباهظة المترتبة عن إبرام عقد جديد على مسؤوليته من جديد في حالة صدور قرار الإدارة بالفسخ الجزائي لعقد الأشغال العامة غير المشروع من حيث الشكل ولكن له ما يبرر من حيث الموضوع.
- 3- رفض القاضي طلبات وقف تنفيذ القرارات ويصبح أسلوب وقف التنفيذ لا محل له في مجال التدابير التعاقدية الصادرة عن الإدارة مع متعاقديها².
- 4- إذا كان قرار الفسخ الجزائي لعقد الأشغال العامة لا يستند إلى أسباب موضوعية فضلا عن عدم مشروعيته من حيث الشكل فإنه يمكن لقاضي العقد أن يعفي المتعاقد من النتائج الباهظة المترتبة على فسخ العقد، بالإضافة إلى منحه تعويضا شاملا عن ما لحقه من خسارة وما فاته من كسب، وله ان يطلب فسخ العقد على حساب ومسؤولية الإدارة، على أن يثبت أوجه الخسارة التي لحقت من هذا الإجراء المعيب³.
- 5- إمكانية قاضي العقد أن يحول الفسخ الجزائي الذي قرره المصلحة المتعاقدة على مسؤولية المتعاقد وجعله على مسؤولية الإدارة، متى ثبت له أن الإدارة قد أخطأت في إصدار قرارها⁴.
- 6- يملك قاضي العقد أن يحول جزاء الفسخ على مسؤولية المقاول إلى جزاء مجرد وبسيط متى تحقق أن خطأ المقاول كله أو بعضه يرجع إلى أخطاء الإدارة المتعاقدة⁵.
- 8- جوازية قاضي العقد أن يحول الفسخ الجزائي غير المشروع لعقد الأشغال العامة الصادر عن الإدارة لخطأ إلى إنهاء إنفرادي من جانب الإدارة لدواعي المصلحة العامة ويترتب على ذلك تعويض المقاول المفسوخ عقده تعويضا كاملا⁶.

1 - ذنون سليمان يونس العبادي، المرجع السابق، ص 499.

2 - سيد أحمد محمد جاد الله، المرجع السابق، ص 525.

3 - هارون عبد العزيز الجمل، المرجع السابق، ص 243-244.

4 - سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص 798.

5 - عزيزة الشريف، المرجع السابق، ص 190.

6 - ذنون سليمان يونس العبادي، المرجع السابق، ص 501.

ب-موقف الفقه الفرنسي

أنقسم الفقه الإداري الفرنسي إلى إتجاهين الإتجاه الأول يقضي بعدم قابلية قرارات الفسخ الجزائي للعقود الإدارية للإلغاء بما فيها عقد الأشغال العامة والإتجاه الثاني يرى عكس ذلك.

1-الإتجاه الأول الفقهي:

لقد اتجه فقهاء هذا الاتجاه إلى ترسيخ مبدأ عدم قابلية قرارات الإدارة الصادرة بفسخ العقود المبرمة مع متعاقدتها للإلغاء من جانب قاضي العقد يعتبر مبدأ عاما ومطلقا يسرى على كل العقود، وقد أعتبر الفقيه (LAFERRIERE) أول من نادى بعدم قابلية قرارات الفسخ للإلغاء من جانب قاضي العقد حيث ذهب منذ قرنا تقريبا إلى أن القاضي لا يملك الحق في ان يلغي قرار فسخ العقد الصادر من الإدارة.

كما قرر مفوض الحكومة (LAURENT) إن مبدأ عدم الإلغاء يعتبر مبدأ قضائيا أساسيا في العقود الإدارية.

وساير الفقيه (LLORENS) نفس هذا الإتجاه مبررا قاعدة عدم قابلية القرارات

الصادرة عن الإدارة أثناء تنفيذ العقد بما فيها قرارات الفسخ الجزائي للإلغاء من جانب

القاضي إلى أن الفائدة من التغيير الناتج عن سلطة الإلغاء لقرار الفسخ الجزائي لعقد

الأشغال العامة تعتبر هزيلة نظريا، أن للإلغاء أثر هو إعادة الحياة للعقد، ومع ذلك في

مجال التطبيق العملي، فإن الإلغاء سوف يتقرر بعد فترة طويلة من إنتاج قرار الفسخ لأثاره،

فربما تكون الإدارة قد عهدت من قبل تنفيذ الأشغال محل العقد إلى مقاول آخر خلاف

المقاول المفسوخ عقده، وربما تكون هذه الأشغال قد أنتهى تنفيذها أو على وشك الإنتهاء

وغذا لم تكن الإدارة قد نفذت مشروعها الأصلي، فإنه لا يمكن إجبارها على متابعة تنفيذ عقد

لم ترغب فيه، فالقاضي يمتنع عليه أن يوجه للإدارة أوامر ، وعلى فرض أن القاضي سوف

يلغي الجزاء فإن الإدارة تملك أيضا القدرة على أن تتخلص من التزاماتها بإنهاء العقد بإرادتها

المنفردة من جانب واحد لدواعي المصلحة العامة.

2-الإتجاه الفقهي الثاني:

سار أصحاب هذا الإتجاه موقفا معارضا لقاعدة عدم قابلية قرارات الفسخ الجزائي للعقود الإدارية للإلغاء من جانب قاضي العقد، ففي موضع الرد على ما يتعلق بالتبرير المقترح من قبل مفوض الحكومة (LAURENT) السالف الذكر تعرض للنقد الشديد من جانب كبير من الفقه الفرنسي، فإذا ما فرض على الإدارة من جديد متعاقد قد لم تعد ترغب الإستمرار معه في تنفيذ العقد، وقررت الانفصال عنه بشكل نهائي فإن ذلك من باب أولى ينطبق على العقود طويلة المدة والتي تتطلب تعاوننا مستمرا بين المتعاقدين سواء في عقود الإلتزام أو عقود الأشغال العامة والتي أقر القضاء صراحة قابلية قرارات الإدارة بخصوصها للإلغاء من جانب قاضي العقد في حالة عدم مشروعيتها¹.

وأن التبرير الذي سلكه مفوض الحكومة إذا كان يسري على عقود الأشغال العامة، فإنه من باب أولى أن يسري ذلك على عقود الإلتزام وكما يعتبر كل من الفقهاء دي لوبادير، مودرن وديلفولفي من أشد المعارضين للإتجاه الأول وذهبوا في فصولهم للعقود الإدارية إلى إنتقاد التفرقة التي أقامها مجلس الدولة الفرنسي بين الإعتراف بسلطة قاضي العقد في إلغاء عقد الإلتزام دون باقي العقود الإدارية الأخرى وقرروا أن سلطة الإلغاء تسري على كل من عقود إلتزام المرافق العامة، عقود إلتزام الأشغال العامة أو عقود مقاولات الأشغال العامة للتشابه الموجود بينها، كما يسري على عقود إلتزام المناجم وعقود إلتزام الدومين العام ويسري كذلك على عقود إيجار المرافق العامة والعقود الأخرى القريبة منها، وذلك للتشابه الموجود بين هذه العقود وعقود الإلتزام².

وبناء على ما سبق ذهب غالبية الفقه الفرنسي الحديث إلى ضرورة أن يعدل مجلس الدولة الفرنسي عن التفرقة التي أقامها في خصوص سلطة قاضي العقد في الإلغاء بين عقود الإلتزام وما يشابهها وبين العقود الأخرى ومن بينها عقد الأشغال العامة وناشدوا مجلس الدولة بتوحيد الحول والإعتراف لسلطة قاضي العقد في الإلغاء كقاعدة عامة في جميع العقود الإدارية دون تفرقة³.

¹ - S-BADAOU. Le Fait du prince dans Les contrats administratifs en droit Français et droit Egyptien these , paris,1954, p120 .

² - سيد أحمد محمد جاد الله، المرجع السابق، ص ص 531-532.

³ - ذنون سليمان يونس العبادي، المرجع السابق، ص 506.

ثانيا: موقفه القضاء والفقهاء المصري

أ- القضاء الإداري:

لم نجد قضاء لمجلس الدولة المصري صراحة لسلطة القاضي في إلغاء قرارات الإدارة بالفسخ الجزائي لعقود الأشغال العامة وإن كان قد ألغى في حكمه الصادر في 23-12-1956 قرارات تتعلق بمصادرة التأمين المقدم من المقاول، كما أنه حكم بإلغاء القرار الصادر من الإدارة بالإستيلاء على أدوات ومهمات المقاول الموجودة في العمل وهي وسيلة من وسائل الضغط لا شك في ذلك¹.

كما قضت محكمة القضاء الإداري في حكمها الصادر بتاريخ 21-05-1967 بإلغاء قرار الإدارة بالفسخ الجزائي لعقد التوريد لعدم صحة الوقائع المنسوبة للمتعاقد مع الإدارة والتي بني عليها هذا القرار.

وقد ذهب الدكتور محمود حلمي إلى أن الإتجاه الغالب في أحكام مجلس الدولة المصري هو التسوية بين العقود الإدارية بالنسبة لسلطات القضاء، فمن حق القضاء عند نظر المنازعة أن يحكم بالتعويض إذا كان الإجراء المتخذ غير مشروع أو غير ملائم، ومن حقه أيضا الحكم بإلغاء الإجراء المتخذ إذا لم يمس سير المرفق العام نفسه.

كما ذهب الدكتور عبد الفتاح حسن إلى أن للمتعاقد أن يرفع الأمر إلى القضاء شاكيا من عدم مشروعية الجزاء الموقع عليه، وللقاضي أن يراقب مشروعية الجزاء ويدخل في ذلك مدى تناسبه مع المخالفة غير أنه إذا رأى أن الجزاء غير مشروع فلا يقضي بإلغاءه، بل يقتصر على جهة الإدارة بالتعويض لصالح المتعاقد.

ب- الفقه:

غالبية الفقهاء المصري يذهب إلى إنتقاد موقف مجلس الدولة الفرنسي الذي يرفض الإعتراف لقاضي العقد بسلطة إلغاء قرارات الجزاءات الفاسخة للعقود الصادرة من الإدارة في مواجهة متعاقديها خلاف الملتزم حتى ولو كانت هذه القرارات غير مشروعة أو ليس هناك ما يبرر ذلك.

¹ - سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص 533.

وقد ذهب الدكتور فؤاد العطار إلى القول أن القاعدة السابقة لمجلس الدولة الفرنسي لا مبرر لها، يوجد في مصر ما يشفع للمقاول أن يطلب إلغاء الجزاء غير المشروع الصادر ضده، وهذه الأسباب هي:

- 1- أن القضاء الإداري في مصر يختص بقضاء الإلغاء مثلما يختص بقضاء التعويض.
- 2- إن عريضة إفتتاح الدعوى يمكن أن تتضمن طلبي التعويض والإلغاء معا.
- 3- إذا كان القضاء الإداري لا يستطيع تقدير عنصر الملائمة في القرار الإداري فإنه يحق له أن يبحث الوقائع التي بني عليها القرار والباعث عليه بقصد التثبت من مطابقتها أو عدم مطابقتها للقوانين واللوائح، فإذا قدر أن القرار الإداري قد تجرد من الصالح العام، أو أن الخطأ الذي استندت عليه الإدارة سببا للجزاء لم يحدث، فإنه يجب إلغاء القرار الصادر بالجزاء على أساس ما لحقه من عيب تجاوز السلطة.

كما يرى الدكتور العطار أن الحل الذي يمكن بمقتضاه للمقاول أن يطلب إلغاء القرار الصادر بجزاء ضده يعتبر حلا منطقيًا ألا سيما وأن القانون الخاص يقره، فالقاضي المدني المصري يحتفظ دائما برقابته حتى في حالة الإتفاق الصريح الذي يقضي بفسخ العقد دون اللجوء إلى القضاء إذ يرجع إليه للتحقق من أسباب الفسخ القائمة، وفي حالة عدم وجودها فإنه يقرر إستبقاء العقد¹.

ثالثا: القضاء الإداري الجزائري

لم يعالج الفقه الجزائري مسألة سلطات القاضي في مخاصمة قرار فسخ صفقة الأشغال العامة إن كانت تقتصر على التعويض فقط أم انها تتسع لتشمل التعويض والإلغاء، غير أن هذه المسألة تصدى لها القضاء الإداري الجزائري ولذا سنقتصر معالجة هذه المسألة على القضاء فقط دون الفقه ، وفيه نجد أن مجلس الدولة الجزائري كقاعدة عامة ساير ما أستقر عليه مجلس الدولة الفرنسي الذي خول للقاضي الإداري حق منح المتعامل المتعاقد حق التعويض الناجم عن قرار الفسخ الجزائي الصادر عن المصلحة المتعاقدة دون إلغائه في عدة قرارات صادرة عنه فنجد في القرار الصادر عنه تحت رقم 063683 بتاريخ 12-01-2012 في قضية بلدية العلمة ضد (ح.ع) والتي موضوعها يتعلق بفسخ صفقة

¹ - ذنون سليمان يونس العبادي، المرجع السابق، ص 507-508.

عمومية - قضاء كامل - قضاء الإبطال أقر مبدأ¹ لا يعد فسخ الصفقة من طرف إدارة قرارا إداريا، قابلا للطعن فيه بالإبطال.

تدخل المنازعات المتعلقة بالصفقات العمومية، في إختصاص القضاء الكامل". وفي تسببيه لهذا المبدأ من حيث الموضوع أكد " أنه ثابت من الملف أن موضوع الدعوى يتعلق بإلغاء قرار فسخ صفقة.

حيث أنه من المستقر عليه فقها وقضاء وقانونا أن النزاعات المتعلقة بالصفقات العمومية هي نزاعات القضاء الكامل وأن الإدارة ونظرا لما من سلطة تقديرية لها فسخ أي صفقة عمومية بإرادتها المنفردة ولا يبقى للمتعاقد إلا حق المطالبة بالتعويض في الحالات التي يثبت فيه أنه لا مسؤولية له في فسخ الصفقة كما أن القرارات الصادرة بالفسخ ليست قرارات إدارية بمفهومها التقليدي التي تخضع لدعوى الإلغاء لأنه لا يمكن إرغام الإدارة على التعامل مع متعاقد رغم إرادتها وبالتالي لا يبقى لهذا الأخير إلا المطالبة بالتعويض في الحالة التي لا يثبت فيها أنه لا مسؤولية له في فسخ العقد.

حيث أنه والحال كذلك بغض النظر عن الدفوع التي أثارها المستأنفة فإن قضاة الدرجة الأولى لما قضى بإلغاء قرار الفسخ وألزمو الإدارة بتنفيذ الصفقة يكونوا قد أخطأوا في تطبيق القانون والإجتهادات القضائية مما يتعين معه إلغاء القرار وفصلا من جديد رفض الدعوى لعدم التأسيس".

كما أكد هذا المبدأ في قراره رقم: 078670 المؤرخ في 06-02-2014 في قضية

ولاية بومرداس ضد الشركة ذات المسؤولية المحدودة فودميد" بأن القضاء الكامل هو المختص بالفصل في النزاعات المترتبة عن الصفقات العمومية ولا يعد إلغاء الصفقة أو فسخها قرارا إداريا، بالمعنى الإصطلاحي للقرار الإداري ولا يقبل الطعن فيه بالإبطال، وتنشأ العلاقة التعاقدية بالمنح النهائي وإبرام الصفقة وتوقيع الطرفين عليها وليس بالمنح المؤقت².

¹ - قرار مجلس الدولة، المؤرخ في 12-01-2012 تحت رقم: 063683 ، القرار السابق ذكره.

² - قرار مجلس الدولة، المؤرخ في 06-02-2014 تحت رقم: 078670 مجلة مجلس الدولة، العدد 13، 2014، ص 84-86، (ينظر الملحق رقم: 10).

وهو نفس المبدأ أكده في قرار صادر عنه يحمل رقم 117870 مؤرخ في 01-

02-2018 في قضية شركة ميديا للإنجاز الممثلة من طرف مسيرها ضد بلدية الدار البيضاء" بأن مقرر فسخ الصفقة لا يخضع لدعوى الإلغاء لأنه ليس قرار إداري بالمفهوم التقليدي، وإنما هو تصرف ناشئ عن عقد يربط بين طرفين.

في حالة فسخ الصفقة من طرف المصلحة المتعاقدة، فإن المتعامل المتعاقد لا يملك إلا طلب التعويض إذا أثبت أنه لم يكن المتسبب في فسخ الصفقة، وأن هذا الفسخ قد ألحق به ضرر¹.

غير أنه بالرجوع إلى قضاء الدرجة الأولى (المحاكم الإدارية) نجد أن هذا المبدأ يتم خرقه أحيانا وذلك بإلغاء قرار الفسخ الصادر عن المصلحة المتعاقدة وهو ما يتجلى من الحكم الصادر عن المحكمة الإدارية الشلف الغرفة رقم 01 بتاريخ 01/07/2020 تحت رقم فهرس 20/00521 الذي تم بين المدعية المتعاملة المتعاقدة مؤسسة اشغال البناء في مختلف مراحل الممثلة بوسطة أ والمدعى عليها المصلحة المتعاقدة ديوان الترقية والتسيير العقاري الشلف وفيه قضت في الشكل قبول الدعوى وفي الموضوع إلغاء مقررة الفسخ رقم: 502 المؤرخة في 20/02/2017 وفي تسبب إلغاء مقرر الفسخ المبين أعلاه أستند القاضي الإداري أنه وبتفحص مقرر الفسخ رقم 502 موضوع طلب الإلغاء تبين أنه غير مؤسس على تقرير مكتب الدراسات المؤرخ في 26/09/2016 الذي على أساسه تم فسخ الصفقة ولم يتم إرفاقه للإطلاع عليه ومراقبة مضمونه ، كما أسس مقرر الفسخ للصفقة على مجموعة من الإعذارات لكن لم يتم إرفاقها بالدعوى وبالتالي فإن قرار الفسخ صدر بصفة غير قانونية بالحالة التي هو عليها بالدعوى الحالية كون المدعى عليها لم تثبت عكس ما جاء به المدعي، مما يتضح أن مقرر الفسخ صدر تعسفيا مما يتعين إلغاؤه.

ونرى كباحثين في هذا الخصوص من أجل تجنب مخالفة إجتهد مجلس الدولة المبين أعلاه من طرف المحاكم الإدارية من الأفضل على المشرع الجزائري تقنين إجتهداه. وإذا كان المبدأ العام الذي أقره مجلس الدولة أن قرارات الفسخ الصادرة عن المصلحة المتعاقدة غير قابلة للإلغاء وإنما للمتعامل المتعاقد حق التعويض فقط، غير أن

¹ - قرار مجلس الدولة، المؤرخ في 01-02-2018 تحت رقم: 117879، مجلة مجلس الدولة، العدد 16، 2018، ص 49-50-51-52، (ينظر الملحق رقم: 11).

هذا المبدأ لم يطبق على جميع العقود الإدارية ففي عقد الإمتياز نجد سلطة القضاء في مواجهة قرارات إسقاط الإمتياز تتسع لتشمل الإلغاء هو ما يتجلى في قرار صادر عن مجلس الدولة الجزائري الحامل رقم 111473 المؤرخ في 28/09/2017 في قضية (ج.ع) ضد الديوان الوطني للأراضي الفلاحية أين أقر مبدأ " يعتبر القرار الإداري المتضمن فسخ عقد الإمتياز غير مشروع طالما أن المعني بالقرار كف عن إرتكاب المخالفة قبل تاريخ توجيه الإنذار له من طرف مدير املاك الدولة ، وبالتالي أقر بإبطال قرار فسخ عقد الإمتياز المحرر بتاريخ 26/12/2012 والمشهد بتاريخ 05/03/2013 حجم 88 رقم 87¹.

¹ - قرار مجلس الدولة، المؤرخ في 28-09-2017، مجلة مجلس الدولة، العدد 15، 2017، ص 187-188-189، (ينظر الملحق رقم: 12).

خاتمة

بات من المسلم أن يدرك القارئ الكريم، أن الهدف الأساسي الذي حاولنا إثباته من خلال أطروحتنا الموسومة بالجزاءات الإدارية في صفقات الأشغال العامة هو تأكيد خصوصية هذه الصفقة التي تعد بمثابة امتياز لها تمارسه وفق ما حدده القانون، ومن هنا جاء حق المصلحة المتعاقدة في توقيع مختلف الجزاءات الإدارية سواء المالية أو غير المالية بخصوص إخلال المتعامل المتعاقد بالتزاماته التعاقدية أثناء تنفيذ هذه الصفقة بإرادتها المنفردة دون الحاجة إلى اللجوء إلى القضاء لاستصدار حكم بشأن ذلك والتي تعد من مظاهر السلطة العامة سواء تم النص عليها في العقد أو لم ينص عليها، حيث في هذا الصدد تتسم بامتيازات وسلطات عديدة من خلال تقديم الخدمات العامة وتحقيق الصالح.

إذ سلطة المصلحة المتعاقدة في فرض الجزاءات الإدارية على المتعامل المتعاقد معها المقصر في تنفيذ التزاماته التعاقدية التي تفرضها عليه الصفقة أو دفتر الشروط أهمية كبيرة، باعتبارها أحد القواعد الجوهرية التي يشكل منها القانون العام لصفقة الأشغال العامة التي تعد إحدى صور العقد الإداري، وذلك باعتبارها أحد السمات المميزة للعقد الإداري المقارنة بعقود القانون الخاص وباعتبارها أحد الشروط الاستثنائية غير المألوفة التي تميز العقود الإدارية التي تبرمها الإدارة بوصفها سلطة عامة، عن العقود الأخرى التي تبرمها الإدارة مع الأفراد أو الجهات الإدارية الأخرى ليس بوصفها شخص عادي.

والحقيقة أن منح الإدارة حق فرض الجزاءات على المتعامل المتعاقد معها المخل بالتزاماته التعاقدية المفروضة عليه بموجب العقد المبرم بينهما هو من الوسائل الفعالة التي منحتها مختلف التشريعات للمصلحة المتعاقدة من أجل ضمانها سير المرافق العامة بانتظام وإطراد وعدم تعطلها وصولاً إلى إشباع حاجات الجمهور وكذا حماية على المال العام.

ويترتب على قيام المصلحة المتعاقدة بتوقيع مختلف الجزاءات على المتعامل المتعاقد المخل بالتزاماته التعاقدية بإرادتها المنفردة جملة من الآثار القانونية تختلف حسب صورة الجزاء فالجزاء المالي يصيب المتعامل المتعاقد في ذمته المالية ولا ينهي العقد القائم بينهما، بينما الجزاء غير المالي منها ما تهدف به الضغط على المتعاقد المقصر لحثه على تنفيذها وذلك عن طريق حلول الإدارة أو شخص من الغير محل المتعاقد المقصر في تنفيذ التزاماته

وبالتالي لا تنهي الرابطة التعاقدية والمتمثل في سحب المشروع من المتعامل المتعاقد ومنها ما تنهي به العقد والمتمثل في الفسخ الجزائي.

إن قرار المصلحة المتعاقدة الخاص بتوقيع الجزاء مهما كان نوعه يخضع لرقابة القاضي الإداري وتتسع هذه الرقابة لتشمل رقابة المشروعية التي يتم فيها التأكد من أركان قرار جزاء إن تم احترامها من عدمها وكذا رقابة الملائمة التي بموجبها يفحص القضاء مدى الخطأ المرتكب من المتعامل المتعاقد وملائمة الجزاء الموقع عليه من المصلحة المتعاقدة، وعلى ضوء ما سبق يمكن لنا إجمال النتائج والتوصيات التي توصلنا إليها من خلال هذه الدراسة بما يلي:

أولاً- النتائج

1- إن موضوع الجزاءات في مجال العقود الادارية وصفقة الأشغال العامة كأحدى صوره قد نشأ وتطور في كنف مجلس الدولة الفرنسي، أين كان في بدايته حتى نهاية القرن التاسع عشر أن توقيع الجزاءات الإدارية مهما كان نوعها من المصلحة المتعاقدة يقتصر على ما هو منصوص عليه في العقد أو دفتر الشروط دون سواها ومن بعدها أصبح يجوز لها فرض جزاءات غير العقودية و لكن بواسطة القاضي إلى أن حولها حق توقيع جزاءات غير عقودية بإرادتها المنفردة دون اللجوء إلى القضاء.

2- إن سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات على المتعاقد معها حق مقرر وثابت لها، وإن لم ينص عليه في العقد، تملك الإدارة فرضها بنفسها مباشرة دون اللجوء إلى القضاء، ولا يجوز للإدارة التنازل عن هذا الحق.

3- يكمن الأساس القانوني لسلطة الإدارة في توقيع الجزاءات على المتعاقد معها في فكرة مقتضيات سير المرافق العامة بانتظام وإطراد وكذا السلطة العامة.

4- إن سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات تخضع للرقابة اللاحقة من جانب القضاء، وتعد هذه الرقابة ضماناً للمتعاقدين توازن سلطة الإدارة بتوقيع الجزاء وتمنعها من الانحراف بتلك السلطة، وإن حق المتعاقد في الطعن أمام القضاء بقرار توقيع الجزاء الصادر ضده من الإدارة حق يكفله القانون ولا نزاع فيه، فهو من النظام العام وأي شرط في العقد يقضي باستبعاده يعد باطلاً ولا أثر له.

5- إن الغرامة التأخيرية لها طبيعة مختلطة، فهي جزء مالي توقعه الإدارة على المتعاقد معها لإخلاله بمدد التنفيذ، له طابع تعويضي وطابع تهديدي ويستهدف حسن سير العمل في المرافق العامة.

6- لا تستطيع الإدارة توقيع غرامة التأخير بحق المتعاقد معها إذا لم يتضمن العقد أو القانون نصا يخولها ذلك.

7- إن التشريع الجزائري ساير المشرع المصري ولم يشترط شرط الإعذار من أجل توقيع جزاء غرامة التأخير على المتعامل المتعاقد المخل بالتزاماته التعاقدية وهو ما يتضح من خلال نص المادة 147 من المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام والتي اكتفت بتحديد ضوابط توقيع غرامة التأخير بجعلها متمثلة في عدم تنفيذ الالتزامات التعاقدية في الأجل المتفق عليه وعدم التنفيذ المطابق للشروط والمواصفات المتفق عليها دون الإشارة إلى شرط إعذار المتعامل المتعاقد، كما أن آخر مرسوم تنفيذي رقم: 21-219 المؤرخ في 20-05-2021 المتضمن الموافقة على دفتر البنود الإدارية العامة المطبقة على الصفقات العمومية للأشغال في مادته 121 منه لم يشترط ذلك عكس المشرع الفرنسي فجعل من شرط إعذار ملزم للإدارة قبل توقيع غرامة التأخير على المتعامل المتعاقد.

8- إن الأساس القانوني لتوقيع غرامة التأخير يختلف بحسب مقتضى الحال فهو تعاقدية إذا كان منصوفا عليها في العقد، وإلا فهو غير تعاقدية ويتمثل في امتيازات السلطة العامة التي تجد تبريرها في ضمان سير المرفق العام.

9- حسب التشريع الجزائري لا تستطيع الإدارة توقيع غرامة التأخير بحق المتعاقد معها إذا لم يتضمن العقد أو القانون نصا يخولها ذلك وإذا خالفت ذلك تكون قد تعسفت في استعمال حقها وخالفت مبدأ المشروعية وارتكب عيب مخالفة قانون في قرارها وبالتالي يجوز مخاصمته أمام القضاء الإداري.

10- إن غرامة التأخير هي غرامة اتفاقية: بمعنى أنها تحدد مقدما بالاتفاق بين الأطراف وينص عليها في العقد الإداري حال التعاقد، بحيث إذا خلا العقد من تحديد لقيمتها فلا تستطيع الإدارة مطالبة المتعاقد بقيمتها، و لا يملك المتعاقد مع الإدارة أن يحتج بعدم وجود دليل على الضرر.

11- لا يجوز تخفيض الغرامة التأخيرية أو إعفاء المتعامل المتعاقد منها بحجة عدم حصول الضرر من قبل القضاء حتى ولو كان مبالغاً في تقديرها لأنها من المسائل التقديرية التي تخص الإدارة.

12- أن المشرع الجزائري لم يعمل على تقدير غرامة التأخير ولا نسبها المئوية حسب طبيعة نوع الصفقة وبالتالي جعل تقديرها يخضع للسلطة التقديرية للمصلحة المتعاقدة عكس المشرع المصري.

13- المشرع الجزائري نص على حالتين يعفى منها المتعامل المتعاقد من توقيع غرامة التأخير عليه دون غيرها ويتعلق الأمر بالتأخير الناتج عن فعل المصلحة المتعاقدة والقوة القاهرة ولم يتم بتحديد كيفية تحصيلها إن كان من طرف المصلحة المتعاقدة بصفة مباشرة عن طريق أمر أو عن طريق أمين الخزينة العمومية غير أنه عملياً يتم تحصيلها عن طريق سند تحصيل يرسل من طرف المصلحة المتعاقدة إلى أمين الخزينة العمومية .

14- إن حق الإدارة في مصادرة التأمين يتحقق بمجرد حدوث إخلال أو تقصير من جانب المتعامل المتعاقد معها في تنفيذ التزاماته التعاقدية، حتى ولو لم ينص على هذا الحق في العقد أو دفتر الشروط ، وإلا لما كان هناك محلاً أصلاً لاشتراط إيداع الضمان.

15- تباشر المصلحة المتعاقدة جزاء مصادرة التأمين حتى ولو لم يلحقها أي ضرر من جراء إخلال المتعامل المتعاقد معها ودون أن تكون ملزمة بإثبات الضرر .

16- حسب التشريع الجزائري والمصري يوقع جزاء مصادرة التأمين دون الحاجة إلى إنذار المتعامل المتعاقد عكس المشرع الفرنسي يشترط إلزامية الإعدار.

17- تمثل التأمينات المودعة لضمان حسن تنفيذ صفقة الأشغال العامة الحد الأدنى للتعويض الذي يحق للإدارة اقتضاؤه وبالتالي لا يجوز للمتعاقد المخل بالتزاماته أن يدعي أن مبلغ التأمين الذي صادرته الإدارة أكثر من الضرر الذي لحقها.

18- إن المشرع الجزائري نص على حالات الإعفاء من توقيع جزاء مصادرة التأمين دون تخفيضه عكس المشرع المصري نص على الإعفاء والتخفيض.

19- إن المشرع الجزائري نص على النسب المئوية لمصادرة التأمين مميّزا هذا النسب بين كفالة التعهد وكفالة حسن التنفيذ دون توضيح طريق اقتضاء هذا الحق من طرف المصلحة

المتعاقد سواء بواسطة مصالحها مباشرة عن طريق أمر أو عن طريق مصالح إدارية أخرى متمثلة إما في المراقب المالي أو أمين الخزينة العمومية.

20- إن جزاء التعويض من الجزاءات الإدارية المالية توقعه المصلحة المتعاقدة على المتعامل المتعاقد بقيام عناصر المسؤولية التي تستلزم التعويض وهي الضرر والخطأ والعلاقة السببية وبارادتها المنفردة دون اللجوء إلى القضاء ودون إعدار المتعامل المتعاقد.

21- إن المشرع الجزائري لم ينص صراحة كما فعل المشرع المصري والفرنسي في أحقية المصلحة المتعاقدة في اقتضاء التعويض بإرادتها المنفردة بموجب أوامر دفع أو عن طريق خصم التعويضات وإنما النص المتمثل في المادة 152 من المرسوم الرئاسي جاء غامض وغير واضح لذا لم نتمكن من الحصول على أي نموذج بخصوص المصلحة المتعاقدة لجزاء التعويض بإرادتها المنفردة وإنما يكون عن طريق اللجوء إلى القضاء، غير أنه تدارك ذلك ونص صراحة في المادة 1.3.119 من المرسوم التنفيذي رقم : 21-219 المتضمن الموافقة على دفتر الشروط الإدارية المطبقة على الصفقات العمومية للأشغال عن كيفية الاقتطاع التي تتم عن طريق الخصم من المبالغ المستحقة للمقاول المتقاعس وفي حالة عدم وجودها استخدام كفالة حسن التنفيذ، غير أن هذا غير كافي لتغطية الضرر اللاحق بالمصلحة المتعاقدة خاصة وأن مصادرة التأمين تشكل الحد الأدنى للتعويض وإذا كان الضرر الذي أصاب المصلحة المتعاقدة جد كبير فإنه لا يغطيه التأمين وهو ما يضطر بالمصلحة المتعاقدة للجوء إلى القضاء لإصلاح الضرر الذي أصابها، كما أنه أدرج المادة التي تنص على جزاء التعويض ضمن الإجراءات الردعية وليس الجزاءات المالية .

22- تخصيص المشرع الجزائري في المرسوم الرئاسي 247/15 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام نص مادة واحدة للعقوبات المالية وفيها تحدث عن غرامة التأخير فقط دون باقي العقوبات المالية المتمثلة في التعويض ومصادرة التأمين ورغم تدارك المشرع الجزائري لهذا القصور في ظل المرسوم التنفيذي رقم: 21-219 المؤرخ في 20-05-2021 المتضمن الموافقة على دفتر البنود الإدارية العامة المطبقة على الصفقات العمومية للأشغال بتخصيص مادة 121 منه بعدة فقرات تحدث فيها بشيء من التفصيل عن العقوبات المالية غير أنه هو الآخر وقع في نفس القصور الذي جاء في المرسوم

الرئاسي 15-247 باقتصاره على جزاء غرامة التأخير دون باقي الجزاءات المالية الأخرى المتمثلة في مصادرة التامين والتعويض.

23- للمصلحة المتعاقدة حق توقيع جزاء سحب العمل من المتعامل المتعاقد دون اللجوء إلى القضاء وإن هذا الجزاء حق مقرر وثابت لها بقوة القانون وإن أي شرط يلغي هذا الحق يعد باطلاً.

24- إن لجوء المصلحة المتعاقدة إلى جزاء سحب العمل يتطلب حصول الخطأ الجسيم من المتعامل المتعاقد وإعذار هذا الأخير من طرف المصلحة المتعاقدة وأي إخلال بهذين الشرطين يخول المتعامل المتعاقد حق مخاصمة قرار هذا الجزاء أمام القاضي الإداري بموجب دعوى القضاء الكامل.

25- إن حق الإدارة في اللجوء إلى جزاء سحب العمل لا يتقيد بوقت وزمن معين فمجرد بدء المشروع بالتنفيذ يتيح إيقاع هذا الجزاء إذا ما توافرت شروطه حيث يمكنها استبعاد المقاول مؤقتاً وحلولها محله في تنفيذ التزاماته أو إحالة العمل إلى متعامل متعاقد آخر على عاتق ومسؤولية المتعامل المتعاقد الأصلي.

26- يتميز جزاء سحب العمل بأنه من الجزاءات الضاغطة المؤقتة، تلجأ إليه الإدارة بقصد ضمان سير المرفق العام، ولا يؤدي إلى إنهاء صفقة الأشغال العامة بل يبقى المتعامل المتعاقد الأصلي مسؤولاً على تنفيذ الصفقة أمام جهة الإدارة، والتي بدورها تعد بمثابة الوكيل عن المتعاقد في تنفيذ التزاماته التعاقدية، يفترض بها الالتزام بشروط العقد والمواصفات المعلن عنها وأن تبذل العناية في التنفيذ ما تبذله في أعمالها الخاصة.

27- تفادى المشرع الجزائري الإشارة إلى الجزاءات الضاغطة بما فيها جزاء سحب العمل من المتعامل المتعاقد كإحدى صوره في المرسوم الرئاسي 15/247 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام وخصص له مادة واحدة غير واضحة بدقة في القرار المؤرخ في 21-11-1964 المتضمن المصادقة على دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال الخاصة بوزارة تجديد البناء والأشغال العمومية والنقل وأكد على ذلك بموجب المرسوم التنفيذي رقم: 21-219 المؤرخ في 20-05-2021 المتضمن الموافقة على دفتر البنود الإدارية العامة المطبقة على الصفقات العمومية للأشغال بموجب

المادتين 119 و 120 منه وفي هاته المادة الأخيرة جاء بإجراءات خاصة بالتجمع المؤقت المشترك لم يكن منصوص عليها سابقا .

28- استقر مجلس الدولة الفرنسي أن القاضي الإداري لا يملك سلطة إلغاء قرار الإدارة بسحب العمل من المقاول في عقد الأشغال العامة ولو كان هذا السحب غير مشروع، أو ليس له ما يبرره، ولكنه يستطيع فقط أن يبحث عما إذا كان هذا القرار الذي أصدرته الإدارة بمخالفة القانون ينشئ للمقاول حقا في التعويض أو لا، غير أنه أعطاه حق الإلغاء في عقد امتياز، وهو موقف تبناه مجلس الدولة الجزائري عكس القضاء المصري فإنه أستقر على أن لقاضي العقد أن يمارس سلطته الكاملة في مجال إلغاء الجزاءات غير المشروعة والتعويض عنها سواء تعلق الأمر بعقد التزام أو الأشغال العامة أو التوريد.

29- خص المشرع الجزائري نص مادة واحدة بجزء سحب المشروع متمثلة في المادة 35 من دفتر الشروط الإدارية العامة و 119 و 120 من المرسوم التنفيذي رقم: 21-219 المؤرخ في 20-05-2021 المتضمن الموافقة على دفتر البنود الإدارية العامة المطبقة على الصفقات العمومية دون أن تتضمن شروحات تفصيلية له ولا إلزام المصلحة المتعاقدة بتسيب قرارها .

30- بينت الدراسة أن المسلم به فقها وقضاء بأن الفسخ الجزائي هو الجزاء الأكثر جسامة وخطورة وأشد قسوة من الجزاءات الأخرى المطبقة على المتعامل المتعاقد المقصر، لأنه يؤدي إلى إنهاء الرابطة التعاقدية بين الطرفين.

31- لا تستطيع المصلحة المتعاقدة حق توقيع جزاء الفسخ على المتعامل المتعاقد المقصر بصفة مطلقة بل هي مقيدة بضوابط وشروط يجب توافرها وهي ارتكاب المتعامل المتعاقد خطأ جسيم وإعذاره وفي شرط الإعذار توصلنا إن المشرع المصري أوجب إعذار المتعاقد قبل فسخ العقد في بعض الحالات واكتفى بإخطار المتعاقد في حالات أخرى بعد صدور قرار الفسخ وهذا عكس المشرع الجزائري والفرنسي جعل من شرط إعذار المصلحة المتعاقدة للمتعامل المتعاقد المقصر إلزامي دون أي استثناء.

32- إن سلطة الإدارة في الفسخ مقررة حتى ولم ينص عليها في القانون أو في العقد وتمارسها بإرادتها المنفردة دون اللجوء إلى القضاء.

33- بينت الدراسة وجود نوعين من الفسخ وهما الفسخ المجرد والفسخ على مسؤولية المتعامل المتعاقد وهذين النوعين نص عليهما التشريع الفرنسي والجزائري بينما المشرع المصري نص على الفسخ المجرد فقط.

34- إن التشريع المصري ولا التشريع الجزائري لم يلزما المصلحة المتعاقدة بتسبب قراراتها المتعلقة بفسخ عقد صفقات العمومية بما فيها صفقة الأشغال العامة عكس التشريع الفرنسي. 35- يترتب على الفسخ الجزائي بنوعيه سواء الفسخ المجرد أو الفسخ على مسؤولية المتعامل المتعاقد إنهاء الصفقة وبالتالي إنهاء الرابطة التعاقدية بين الإدارة والمتعاقد معها ويعود المتعاقدان إلى الحالة التي كان عليها قبل إجراء عملية التعاقد المجرد غير أن الفارق الجوهرى الكبير بينهما وهو تحمل المقاول في النوع الثانى النفقات المالية الباهظة عن إبرام عقد جديد مع مقاول جديد في حين الفسخ المجرد البسيط لا يتحمل الأعباء والتكاليف المالية جراء ذلك.

36- بينت الدراسة اتفاق الفقه والقضاء الفرنسي على أن الإدارة لا تستطيع أن تقرر جزاء الفسخ على مسؤولية المتعاقد إلا إذا كان منصوفا عليه صراحة في عقد الأشغال العامة، أو في دفتر الشروط والسبب يكمن في خطورة وشدة هذا الجزاء الفاسخ، والآثار المترتبة عند توقيعه وتحمل المقاول المفسوخ عقده الأعباء المالية للعقد الجديد.

37- بينت الدراسة أن غالبية الفقه يرى أن الفسخ يعد جزاء من النظام العام وبالتالي الإدارة تملك سلطة توقيع الجزاء على المقاول ولو لم ينص العقد أو دفتر الشروط على ذلك دون حاجة للجوء إلى القضاء، إذا هذا الحق يمثل مظهرا من مظاهر السلطة العامة وحق مخول لصالح الإدارة في جميع الاحوال بقوة القانون وهو مخصص لضمان سير المرافق العام.

38- كشفت الدراسة أن مجلس الدولة الفرنسي والقضاء المصري والجزائري أخضع قرارات الفسخ الجزائي في مختلف العقود الإدارية لرقابة القضاء الإداري سواء من زاوية المشروعية أو من زاوية الملائمة، كما أعطى كل منهم للقاضي سلطات واسعة في مواجهة قرارات الفسخ الجزائي للصفقة في حالة عدم مشروعيتها أو عدم وجود ما يبررها، إلا أن موقف مجلس الدولة الفرنسي ومجلس الدولة الجزائري يختلف عن موقف القضاء المصري فهذا الأخير يعترف لقاضي العقد بسلطة إلغاء قرارات الإدارة بالفسخ الجزائي لكافة العقود بما فيها صفقة الأشغال وبسلطة الحكم للمتعاقد بالتعويض عن هذه القرارات في حالة عدم

مشروعيتها، أما موقف مجلس الدولة الفرنسي ومجلس الدولة الجزائري في هذا الشأن يعترف للقاضي بسلطة الحكم للمتعاقد بالتعويض في جميع الحالات دون إلغاء ما عدا عقد الالتزام أقر للقاضي سلطة إلغاء قرارات الإدارة بإسقاط الملتمزم.

39- بينت الدراسة فقها وقضاء أن جميع أنواع الجزاءات سواء المالية أو غير المالية سواء في الجزائر أو فرنسا أن القضاء الكامل هو صاحب الولاية في نظر كافة المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية، بما فيها صفقة الأشغال العامة ولا تدخل في ولاية قضاء الإلغاء، وذلك لكونها قرارات تدخل في منطقة العقد وتنشأ عنه ولا تعد بمثابة قرارات منفصلة عن العقد ولا قرارات إدارية بالمعنى المتعارف عليه.

40- كشفت الدراسة فعالية جميع الجزاءات سواء المالية باستثناء التعويض أو غير المالية المطبقة على المتعامل المتعاقد المقصر حتى وإن لاحظنا أن هذه الجزاءات لا تحمل معنى العقوبة أو العقاب على ما أرتكبه المتعاقد من أخطاء فحسب بقدر ما تحمل معنى الحث والضغط والتهديد للمتعاقد على الوفاء بالتزاماته التعاقدية أو إنهاء العقد فيما يخص الفسخ وثبتت هذه الفعالية من خلال تطبيق المصلحة المتعاقدة في التشريع الجزائري لجميع الجزاءات على المتعامل المتعاقد ميدانيا وهو ما توضحه الملاحق في هذا الخصوص وكذا أنها تؤدي لنتيجة إيجابية من توقيعها وهي الإسراع في إنجاز المشروع على أحسن وجه ممكن وهو ما يحافظ على سير المرفق العام بانتظام وإطراد بالإضافة إلى حماية المال العام.

41 - إن المشرع الجزائري في المرسوم التنفيذي رقم: 21-219 المتضمن الموافقة على دفتر البنود الإدارية العامة المطبقة على الصفقات العمومية للأشغال في مادته 119 منه الواردة تحت قسم الإجراءات الردعية أكد على الحق المكتسب للمصلحة المتعاقدة في تقليص النفقات دون الإشارة إلى تحمل المقاول الزيادة في النفقات التي كان ينص عليها القرار المؤرخ في 21-11-1964 المتضمن المصادقة على دفتر البنود الإدارية العامة المطبقة على الصفقات العمومية للأشغال الخاصة بوزارة تجديد البناء والأشغال العمومية والنقل.

42- إن المشرع الجزائري لم ينص على حالات الفسخ الوجوبي أو الجوازي في المرسوم الرئاسي 15-247 عكس التشريع المصري غير أنه تدارك ذلك ونص على حالات إعلان الفسخ بموجب المادة 126 من المرسوم التنفيذي رقم: 21-219 المتضمن الموافقة على

دفتر البنود الإدارية العامة المطبقة على الصفقات العمومية للأشغال غير أنها جعلها كلها جوازية لعدم ورود صيغة الوجوب في صياغة نص المادة وبالتالي نص على الفسخ الجوازي فقط دون الوجوبي.

43- إن التشريع الجزائري لم ينص على نوع الدعوى القضائية التي يخاصم بها المتعامل المتعاقد قرارات الجزاء التي توقعها المصلحة المتعاقدة عليه إن كانت دعوى قضاء كامل أو دعوى إلغاء وفي حالة كانت دعوى قضاء كامل يحدد صلاحيات القاضي الإداري كاملة ونفس الشيء بالنسبة للتشريع الفرنسي والمصري.

44- إصدار المشرع الجزائري للمرسوم التنفيذي رقم : 21-219 المؤرخ في 20-05-2021 المتضمن الموافقة على دفتر البنود الإدارية العامة المطبقة على الصفقات العمومية للأشغال جعله يتماشى مقتضيات التنظيم الحالي للصفقات العمومية المرسوم الرئاسي 247/15 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام الذي أكد صورها بموجب مرسوم تنفيذي بموجب المادة 26 منه.

45- إن المرسوم التنفيذي رقم: 21-219 المتعلق الموافقة على دفتر البنود الإدارية العامة المطبقة على الصفقات العمومية للأشغال جاء بإجراء جديد خاص بضابط الإعذار المتعلق بالتجمع المؤقت المشترك لم يكن منصوص عليه في ظل القرار المؤرخ في 21-11-1964 المتضمن المصادقة على دفتر البنود الإدارية العامة المطبقة على الصفقات العمومية للأشغال وفيه جعل مسؤولية متضامنة بين أعضاء التجمع المشترك في تنفيذ الأشغال التي تسبب فيها المتعامل المتعاقد المتقاعس وهذا ما يضمن سير المرفق العام بانتظام واطراد إلا أنه ما يعاب عليه تكرار الاعذار بالنسبة للوكيل مرتين وفي حالة عدم امتثاله يتم تعيين وكيل جديد في حدود أجل 15 يوم وإذا لم يمتثل هذا الأخير لتنفيذ الأشغال المتقاعس عنها تلجأ المصلحة المتعاقدة للإجراءات الردعية أو الفاسخة، وأن طول مدة الإعذار من شأنه تأثير على سير المرفق العام بانتظام واطراد.

ثانيا - التوصيات

1- ضرورة تدارك المشرع الجزائري لحالات اعفاء المتعامل المتعاقد من توقيع جزاء غرامة التأخير عليه التي أغفلها والمتعلقة بالإعفاء الإداري وفعل الغير التي تبناها التشريع والقضاء المصري حتى نحافظ على الموازنة بين مصالح المتعاقدين.

2- أكتفى المشرع الجزائري بالإحالة إلى تحديد نسب الغرامة التأخيرية إلى بنود العقد، كما انه لم يوضح كيفية تحصيلها وحبذا لو عمل على تحديد نسبها ضمن أحكام تنظيم الصفقات العمومية وذلك بأن يخص كل نوع من الصفقات بنسبتها تبعا للمسلك الذي أخذ به المشرع المصري كما كان عليه من الأفضل أن يحدد الطريقة التي تحصل بها المصلحة المتعاقدة هذه الغرامة تطبيقيا إن كان بموجب أمر أو عن طريق الخزينة العمومية بموجب سند تحصيل.

3- إن المشرع الجزائري حدد النسب المئوية لمصادرة التأمين دون تحديد طريقة اقتضاء هذا الحق، كما نص على حالات الإعفاء الخاصة بالمصادرة دون التخفيض حبذا لو عمل كما فعل المشرع المصري ونص على تخفيض جزاء المصادرة وكذا تحديد كيفية اقتضاء هذا الحق إن كان يتم خصمه مباشرة من طرف المصلحة المتعاقدة أو عن طريق جهات إدارية أخرى.

4- لم يفصح المشرع الجزائري على إمكانية اقتضاء الإدارة للتعويض وتقديره كجزء يمكن أن يفرض على المتعامل المتعاقد رغم أنه تطرق إليه في نص المادة 152 من المرسوم الرئاسي 247/15 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام غير أن هذا النص جاء غامضا وعليه حبذا ولو يتدارك المشرع الجزائري ذلك ويكون أكثر وضوحا في أحقية المصلحة المتعاقدة في اقتضاء التعويض بإراداتها المنفردة بموجب أوامر دفع أو عن طريق خصم التعويضات كما فعلت التشريعات المقارنة ويترك للمتعامل المتعاقد حق مخاصمة قرارات المصلحة المتعاقدة الخاصة بالتعويض امام القضاء الاداري المختص، لأن ما الغاية إذا جاء نص غامض وصعب تطبيق هذا الجزاء من طرف المصلحة المتعاقدة وهذا أستشف من خلال الناحية التطبيقية أين تبين أن هذا الجزاء لا يطبق وبالتالي اللجوء إلى القضاء وهذا ما سيطلق الفصل في مسألة التعويض من عدمه غير أن هذا القصور تداركه ونص صراحة في المادة 1.3.119 من المرسوم التنفيذي رقم : 21-219 المتضمن الموافقة على دفتر الشروط الإدارية المطبقة على الصفقات العمومية للأشغال عن كيفية الاقتطاع التي تتم عن طريق الخصم من المبالغ المستحقة للمقاول المتعاقس وفي حالة عدم وجودها استخدام كفالة حسن التنفيذ، غير أن هذا غير كافي لتغطية الضرر اللاحق بالمصلحة المتعاقدة خاصة وأن مصادرة التأمين تشكل الحد الأدنى للتعويض وإذا كان

الضرر الذي أصاب المصلحة المتعاقدة جد كبير فإنه لا يغطيه التأمين وهو ما يضطر بالمصلحة المتعاقدة للجوء إلى القضاء لإصلاح الضرر الذي أصابها، وعليه كان من الأفضل عليه أن يوسع من صلاحيات الخصم كما فعل المشرع المصري وذلك بمنح المصلحة المتعاقدة حق مستحققاتها لدى أية جهة إدارية أخرى، أيا كان سبب الاستحقاق، دون حاجة إلى اتخاذ أي إجراءات قضائية، وذلك كله مع عدم الإخلال بحقها في الرجوع عليه بما لم تتمكن من استيفائه من حقوق بالطريق الإداري.

5- ضرورة تسيب المصلحة المتعاقدة لقرارات سحب المشروع من المتعامل المتعاقد وفسخ صفقة أشغال العامة.

6- ضرورة تخصيص قسم يتضمن الجزاءات المالية ضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام فيه يتم توضيح أنواع هذه الجزاءات بدقة والتمثلة في غرامة التأخير ، مصادرة التأمين والتعويض خاصة وأنه في المرسوم الرئاسي 247/15 خص مادة واحدة فقط لها وهي 147 منه دون تحديد أنواع هذه الجزاءات وأكتفى بعبارة العقوبات المالية، وفيه أفترض دراسته على الجزاء المالي المتمثل في غرامة التأخير دون باقي الجزاءات المالية الأخرى وهي مصادرة التأمين والتعويض وهو نفس القصور وقع فيه في ظل المرسوم التنفيذي رقم: 12-219 المتضمن الموافقة على دفتر البنود الإدارية العامة المطبقة على الصفقات العمومية للأشغال الذي فيه عالج غرامة التأخير بشيء من التفصيل تحت قسم العقوبات المالية دون باقي الجزاءات المالية الأخرى المتمثلة في مصادرة التأمين والتعويض.

7- ضرورة حذف المادة الواردة في المرسوم التنفيذي رقم: 21-219 المؤرخ في 20-05-2021 المتضمن الموافقة على دفتر البنود الإدارية العامة المطبقة على الصفقات العمومية للأشغال تحت قسم الإجراءات الرديعية المتمثل في 1.3.119 منه الخاص بالتعويض وإدراجها تحت قسم العقوبات المالية مع تخصيص مواد خاصة بمصادرة التأمين تحت باب العقوبات المالية.

8- ضرورة تدارك عدم النص على الجزاءات الضاغطة بما فيها جزاء سحب المشروع من المتعامل المتعاقد كإحدى صوره في المرسوم الرئاسي 247/15 وذلك وفق توضيح يتضمن شروحات تفصيلية له دون الاكتفاء بالتلميح إلى الحالات التي يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تسحب فيها العمل من المقاول التي تضمنها دفتر الشروط الإدارية العامة.

9- إن المشرع الجزائري في المرسوم التنفيذي رقم: 21-219 المتضمن الموافقة على دفتر البنود الإدارية العامة المطبقة على الصفقات العمومية للأشغال في مادته 119 منه الواردة تحت قسم الإجراءات الردعية أكد على الحق المكتسب للمصلحة المتعاقدة في تقليص النفقات دون الإشارة إلى تحمل المقاول الزيادة في النفقات من الأفضل على المشرع تدارك ذلك، لأن إغفال المشرع لذلك ولو كان سهواً يمكن الإفلات المتعامل المتعاقد من تحمل الزيادة الحاصلة في النفقات ويسهل له حق اعتراض المصلحة المتعاقدة في تنفيذ العقد في غياب نص يمنعه عن ذلك وهذا ما سيؤثر على سير المرفق العام بانتظام واطراد.

10- ضرورة تمييز بين الفسخ الوجوبي والفسخ الجوازي وعدم اقتصره على الفسخ الجوازي كما فعل في المرسوم التنفيذي رقم 21-219 المتضمن الموافقة على دفتر البنود الإدارية العامة على الصفقات العمومية للأشغال أو المرسوم الرئاسي 15/247 المتضمن الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام بتحديد حالات الفسخ الوجوبي تحديداً دقيقاً، التي تلزمها بفسخ الصفقة وبقاء الأخرى يخضع للسلطة التقديرية للمصلحة المتعاقدة كمل فعل المشرع المصري.

11- من الأفضل على المشرع الجزائري تحديد إعدار واحد يلزم جميع أعضاء التجمع المؤقت المشترك لتنفيذ الأشغال المتسبب فيها المقاول المتقاعس دون تعدد الإعذارات حتى يضمن سير المرفق العام بانتظام واطراد وحماية المال العام.

12- إن التشريع الجزائري لم ينص على نوع الدعوى القضائية التي يخاصم بها المتعامل المتعاقد قرارات الجزاء التي توقعها المصلحة المتعاقدة عليه في المرسوم الرئاسي 15-247 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام حبذا لو يتدارك ذلك وينص عليها وإن كانت دعوى قضاء كامل أو دعوى إلغاء وفي حالة كانت دعوى قضاء كامل يحدد صلاحيات القاضي الإداري كاملة والتمييز بين كل نوع من الجزاء إن كانت سلطاته تقتصر على التعويض فقط أو على الإلغاء والتعويض معها أو الإلغاء أو التخفيض وهذا بالطبع بالرجوع إلى اجتهاد مجلس الدولة الجزائري وتقنين ما توصل إليه وبه نتجنب صدور أحكام مختلفة عن محاكم إدارية في مسألة مخاصمة القرارات الجزاءات الإدارية والتوصل إلى نتيجة واحدة دون نتائج متعددة.

وختامنا ندعو من الله سبحانه وتعالى أن نكون وفقنا في دراسة الموضوع والبحث فيه، مع اليقين من عدم خلو أي عمل إنساني من القصور والنقص والذي حاولنا جهد الطاقة لتوقيه وتحيينه، وحسبنا في ذلك أجر المجتهد المخطئ، والله من وراء القصد وبين يدي قدرته التوفيق والنجاح.

الملاحق

قرار رقم: 094507، بتاريخ: 2016/05/05

قضية: (مؤسسة أشغال البناء في مختلف مراحلها وح وأ ر)،
ضد: الصندوق الوطني لمعادلة الخدمات الاجتماعية من جهة،
و ديوان الترقية والتسيير العقاري لولاية جيجل من جهة ثانية.
الموضوع: غرامة وفوائد التأخير.

المبدأ : متى تجاوز المتعامل المتعاقد مدة الانجاز المتفق عليها في الأشغال فإن حقه في إسترجاع مبلغ غرامة التأخير يسقط، ويبقى للمتعامل الحق في طلب فوائد التأخير قائماً إذا لم يتم دفع قيمة وضعيات الانجاز في الآجال المحددة قانوناً.

إن مجلس الدولة:

في الجلسة العلنية المنعقدة بتاريخ:

الخامس من شهر ماي سنة ألفين وستة عشر

بمقتضى القانون العضوي رقم 01/98 المؤرخ في 04 صفر 1419 الموافق لـ 1998/05/30 والمتعلق باختصاصات مجلس الدولة وتنظيمه وعمله، المعدل والمتمم.

بمقتضى القانون رقم 09/08 المؤرخ في 18 صفر 1429 الموافق لـ 2008/02/25 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، لاسيما المواد 876، 884، 888، 889، 898، 899، 915 و916 منه.

بعد الإستماع إلى السيد (ة) ميسوري أعمارة مستشار الدولة المقرر في تلاوة تقريره (ها) المكتوب.

ملف رقم: 507/2016

الصلاحيات الدستورية

بعد الإطلاع على التقرير المكتوب للسيد (ة) درار دليلة محافظ الدولة والإستماع إلى ملاحظاته (ها) الشفوية. وبعد المداولة القانونية أصدر القرار التالي:
وعليه فإن مجلس الدولة

- من حيث الشكل:

- حيث أن الإستئناف الحالي جاء طبقاً للإجراءات القانونية مما يتعين قبوله

شكلاً

- حيث أن المدخل في الخصام ديوان الترقية والتسيير العقاري لم يحضر ممثله القانوني رغم تبايغه رسمياً بعريضة الإستئناف مما يتعين القضاء في حقه حضورياً اعتبارياً.

- من حيث الموضوع:

- حيث أن النزاع يتعلق بعدة طلبات هي: استرجاع المبلغ المقتطع كعقوبة تأخير وتفع غرامة التأخير في دفع الوضعيات، واسترجاع مبلغ الضمان وأخيراً حراسة المشروع بعد انتهاء الأشغال والتعويض عن الضرائب التي تم دفعها بدون وجه حق حسب ادعاء المستأنفة.

- حيث أن الحكم المستأنف رفض الدعوى لعدم التأسيس على أساس أن المبالغ المطالب بها لا يمكن إلزام المدعى عليه بدفعها إلا بعد تنفيذ المدعية لكل التزاماتها.

- حيث أن هذا التقرير غير سليم لأن قضاة أول درجة كان عليهم التعرض لكل طلب على حدة وتقرير رفضهم، وعليه يكونون بذلك قد عرضوا حكمهم للمراجعة ومن ثم يتعين على مجلس الدولة التعرض لكل طلب على حدة.

مجلة مجلس الدولة - العدد 14 - 2016

- حيث أنه وفيما يخص الطلب الأول استرجاع المبلغ المقتطع و عقوبة التأخير فإن الثابت من الملف أن مدة الانجاز المتفق عليها هي 18 شهراً و أن المستأنفة بلغت بالأمر بالبدء في 2006/02/05، و بالتالي فإن آجال الصفقة تنتهي في 2008/03/05 و أن الاستلام المؤقت لم يتم إلى غاية 2010/06/20.

- حيث أن المستأنفة تدعي أولاً أن هذه المهلة هي للأشغال الأصلية إلا أن هناك أشغال إضافية طبقاً للملحق رقم 1 وقد أغفل النص على تمديد الآجال في هذا الملحق، لكن هذا الدفع غير مؤسس لأن الملحق لم ينص على تمديد الآجال بل نص في المادة الرابعة منه على أن البنود الأخرى تبقى على حالها وبالتالي فإن الآجال تبقى كما هي محددة في الصفقة الأصلية.

- حيث أنه و فيما يخص الدفع الرامي إلى أن المستأنف عليه رفض الاستلام إلى غاية 2010/06/20 فإنه و بالرجوع إلى هذه الرسالة (وثيقة رقم 15) فإنه لا يوجد ما يفيد أنه تم تبليغها لصاحب المشروع طبقاً للمادة 47 من الصفقة حتى يعتد بها، و من تم يكون التأخير في الانجاز ثابتاً و يكون طلب استرجاع مبلغ الغرامة غير مؤسس.

- حيث أنه وفيما يخص الطلب الثاني فوائد التأخير عن تسديد الوضعيات المشار إليها في العريضة، فإنه و لما ثبت أن دفع قيمة هذه الوضعيات لم يتم في الآجال المحددة قانوناً فإن طلب فوائد التأخير عن الدفع يكون طلباً مؤسساً يتعين الاستجابة له و يتعين تعيين خبير للقيام بحساب ذلك حسبما جاء في القانون والاتفاقية المبرمة بين الطرفين لأنها لا تحسب بطريقة جزافية كما تطالب المستأنفة.

- حيث أنه وفيما يخص طلب استرجاع مبلغ الضمان فإن هذا المبلغ من المقرر قانوناً أنه يتم إرجاعه للمتعامل المتعاقد بعد شهر من تاريخ الاستلام النهائي لكن في دعوى الحال لم يتم تحرير هذا المحضر، ولما ثبت أن

المستأنفة طلبت من صاحبة المشروع الاستلام النهائي برسالة المؤرخ 2011/06/08 بلغت له وكذلك لمكتب التراسيات، وكذا برسالة ثانية مؤرخة 2011/08/11 و لم تستجب لذلك يتعين القول بأن الإدارة هي المسؤولة ذلك وأن الاستلام النهائي يكون قد تم بقوة القانون بعدما انتهت سنة مرور الاستلام المؤقت وعليه يتعين الأمر برفع اليد عن مبلغ الكفالة.

- حيث أنه وفيما يخص طلب مبلغ 2.000.000 دج مقابل الحراسة بطلب غير مؤسس ما دام أن الاستلام المؤقت الذي تم أخذه بعين الاعتبار المؤرخ في 2010/06/20.

- حيث أنه وفيما يخص طلب 1.000.000 دج مقابل الضرائب التي يكون قد دفعها نتيجة لعدم حصوله على فترة الأعباء فإن المستأنفة لم تثبت أن المبلغ دفعته فعلاً لإدارة الضرائب وتخص المشروع محل النزاع بالذات وعليه يتعين رفض هذا الطلب كذلك.

- حيث أن المصاريف القضائية تبقى محفوظة إلى غاية الفصل النهائي.

لهذه الأسباب

- يقرر مجلس الدولة: عطياً، حضورياً اعتبارياً في حق باقي الأطراف ونهائياً:

- في الشكل: قبول الاستئناف.

- في الموضوع: إلغاء الحكم المستأنف والقضاء من جديد بإلزام المستأنف عليه الصندوق الوطنية لمعالجة الخدمات الإجتماعية برفع اليد عن مبلغ الكفالة المقدرين إجمالياً ب: 1.410.138,76 دج (مليون وأربعمائة وعشرة آلاف ومائة ثمانية وثلاثون ديناراً وستة وسبعون سنتيم).

وقبل الفصل في طلب فوائد التأخير تعيين الخبير المحاسب فاتح قائل
الكائن مقروء ب: رقم 50 عن الشهاء جدول من أجل القيام بالمهام الآتية:

1- استدعاء الأطراف طبقاً للقانون والاطلاع على الوثائق.

2- حصر جميع الوضعيات التي تمت مخالفتها في إطار هذه الصيغة
وتحديد تاريخ إيداعها لمصالح المستأنف عليه و تاريخ المخالفة وتحديد فوائد
التأخير في حالة التأخر في الدفع طبقاً للمادة 77 من المرسوم الرئاسي
250/02 والمادة 26 من الصيغة.

3- على الخبير القيام بالمهام المسندة إليه خلال 03 أشهر من يوم توصله
بهذا القرار وعلى المستأنف إيداع مبلغ 10.000 دج (عشرة آلاف دج)
مصاريف مسبقة بأمانة الضبط لمجلس الدولة في خلال 04 أشهر من يوم
صدور هذا القرار.

4- رفض بالي الطلبات لعدم التأسيس.

- المصاريف القضائية تبقى محفوظة.

بذا صدر القرار و وقع التصريح به في الجلسة العلنية الملعقدة بتاريخ:

الخامس من شهر ماي سنة ألفين وستة عشر

من قبل الغرفة الأولى القسم الأول بمجلس الدولة المشكلة من السيدات و

السادة:

الرئيس

ميمون رتيبة

مستشار الدولة مقررأ

ميسوري أعمارة

مستشارة الدولة

بن منصور حفيظة

مستشار الدولة

رجال شعبان

REPUBLIQUE ALGERIENNE DEMOCRATIQUE ET POPULAIRE

MINISTERE DES RESSOURCES EN EAU
DIRECTION DES RESSOURCES EN EAU
DE LA WILAYA DE TISSEMSILT

DECOMPTE PENALITE DE RETARD

PROJET lot N° 03 : Etude du schéma directeur de la ville de LARBAA

- * BET : **GUERCH BACHIR**
- * MONTANT DE LA CONVENTION..... **1 253 070.00**
- * ODS DEFFINITIF : **24/09/2017**
- * DELAIS D'EXECUTION : **04 MOIS**
- * DATE DE LA SITUATION : **02/09/2018**
- * DATE D'EXPERATION DU DELAIS : **24/01/2018**
- * NOMBRE DE JOURS EN RETARD : **218 JOURS**

DECOMPTE DE PENALITE

$$\text{Formule : } P = \frac{M}{7 \times D} = \frac{1\,253\,070.00}{840} = \text{DA/J } 1\,491.75 \text{ DA}$$

$$P = 1\,491.75 \quad D/J \times 218 \quad J = 325\,201.50 \quad \text{DA}$$
$$P = 325\,201.50 > 10\%$$
$$P = 1\,253\,070.00 \times 10\% = 125\,307.00 \quad \text{DA}$$

Montant ST N° 01 = 1 134 070.00 DA
Montant de pénalité = 125 307.00 DA
Montant payé = 1 008 763.00 DA

LE DIRECTEUR

عن الوالي ويتفويض منه
مطهر الموارن المائية
ولاية تيممسيلت



الملحق 02

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

نموذج 3

أمر إصدار سند التحصيل

السنّة المالية:

رقم الترتيب: 04
(يذكر في الإصدار)

المسند:

عز سمسنة و سانسك و بيزنات و بركاب و سمالو ايرياي أيمطال المبرومة إيلياي
ساريج المبرومة و سمسنة و سانسك و بيزنات و بركاب و سمالو ايرياي أيمطال المبرومة
مطلوب منه يتفق للذاتة لأجل الضم في سطر
رقم الحساب: 15 24 45 15 24 45 15 24 45
المبلغ الأجنبي بالأسباب المتقدمة يتألفه

مبلغ الدفع	السبب الدفع
125 307 ٠٠	تغرامة تأخير 10% لمرور مدة الاشتغال رقم 02 المرفوق بـ 03/05/03 و 01/05/03 التي تم توقيعها في 03/05/03 المصاحبة لمرور طر من تاريخ الأثر، رجاء المجموع: 125 307 ٠٠

حدد هذا الأمر الإصدار بمتعلق: سانسك و سمسنة و بيزنات و بركاب و سمالو ايرياي أيمطال المبرومة
مبلغ المبرومة المبرومة المبرومة
التي تم توقيعها في 03/05/03 و 01/05/03
المصاحبة لمرور طر من تاريخ الأثر، رجاء
المجموع: 125 307 ٠٠

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

نموذج 2

سند التحصيل

السنّة المالية:

رقم الترتيب: 04
(يذكر في الإصدار)

المسند:

المسند:

عز سمسنة و سانسك و بيزنات و بركاب و سمالو ايرياي أيمطال المبرومة إيلياي
ساريج المبرومة و سمسنة و سانسك و بيزنات و بركاب و سمالو ايرياي أيمطال المبرومة
مطلوب منه يتفق للذاتة لأجل الضم في سطر
رقم الحساب: 15 24 45 15 24 45 15 24 45
المبلغ الأجنبي بالأسباب المتقدمة يتألفه

مبلغ الدفع	السبب الدفع
125 307 ٠٠	تغرامة تأخير 10% لمرور مدة الاشتغال رقم 02 المرفوق بـ 03/05/03 و 01/05/03 التي تم توقيعها في 03/05/03 المصاحبة لمرور طر من تاريخ الأثر، رجاء المجموع: 125 307 ٠٠

حدد هذا السند التحصيل التي سلم تحت الرقم المدين اعلاه يتعلق: سانسك و سمسنة و بيزنات و بركاب و سمالو ايرياي أيمطال المبرومة
مبلغ المبرومة المبرومة المبرومة
التي تم توقيعها في 03/05/03 و 01/05/03
المصاحبة لمرور طر من تاريخ الأثر، رجاء
المجموع: 125 307 ٠٠



صفحة عمومية

القرار رقم 063683 المؤرخ في 2012/01/12
قضية بلدية العلمة ضد (ح.ع)

الموضوع: صفقة عمومية- فسخ صفقة عمومية- قضاء كامل- قضاء الإبطال.

المبدأ: لا يعد فسخ صفقة من طرف إدارة قرارا إداريا، قابلا للطعن فيه بالإبطال.
تدخل المنازعات، المتعلقة بالصفقات العمومية، في اختصاص القضاء الكامل.

وعليه فإن مجلس الدولة

من حيث الشكل:

حيث أن الاستئناف الحالي جاء طبقا للإجراءات القانونية مما يتعين قبوله شكلا.

من حيث الموضوع:

حيث أن المستأنفة تطالب بإلغاء القرار المستأنف و فضلا من جديد رفض الدعوى لعدم التأسيس لأنه فسخ الصفقة تم بناء على إدانة المستأنف عليه بتهمة التزوير في شهادة التأهيل.

حيث أن المستأنف عليه يعرض طالبا رفض الاستئناف لأنه غير مؤسس.



حيث أنه ثابت من الملف أن موضوع الدعوى يتعلق بإلغاء قرار فسخ الصفقة.

حيث أنه من المستقر عليه فقها وقضاء وقانونا أن النزاعات المتعلقة بالصفقات العمومية هي نزاعات القضاء الكامل و أن الإدارة و نظرا لما لها من سلطة تقديرية لها فسخ أي صفقة عمومية بإرادتها المنفردة ولا يبقى للمتعاقل إلا حق المطالبة بالتعويض في الحالات التي يثبت فيها أنه لا مسؤولية له في فسخ الصفقة كما أن القرارات الصادرة بالفسخ ليست قرارات إدارية بمفهومها التقليدي التي تخضع لدعوى الإلغاء لأنه لا يمكن إرغام الإدارة على التعامل مع متعاقل رغم إرادتها و بالتالي لا يبقى لهذا الأخير إلا المطالبة بالتعويض في الحالة التي لا يثبت فيها أنه لا مسؤولية له في فسخ العقد.

حيث أنه والحال كذلك وبغض النظر عن الدفع التي أثارها المستأنفة فإن قضاة الدرجة الأولى لما قضاوا بإلغاء قرار الفسخ و ألزموا الإدارة بتنفيذ الصفقة يكونوا قد أخطأوا في تطبيق القانون والاجتهادات القضائية مما يتعين معه إلغاء هذا القرار و فضلا من جديد رفض الدعوى لعدم التأسيس.

حيث أن المصاريف القضائية يتحملها من خسر الدعوى.

لهذه الأسباب

يقرر مجلس الدولة، علنيا، حضوريا و نهائيا:

في الشكل: قبول الاستئناف.

في الموضوع: إلغاء القرار المستأنف و فضلا من جديد رفض الدعوى

لعدم التأسيس.

الملحق رقم: 05

Banking Nationale d'Algérie



البنك الوطني الجزائري

البنك الوطني الجزائري

شركة ذات أسهم

ذات رأسمال : 150.000.000.000,00 دج

المقر الإجتماعي: 08، نهج أرستو "شي" غيفارة-الجزائر

وكالة تنس « 279 »، شارع علال احمد رقم: 74. تنس. الشلف.

الهاتف: 027.76.83.63

الفاكس: 027.76.73.06

كفالة حسن التنفيذ

رقم: 2019/006

نحن الموقعون أدناه، البنك الوطني الجزائري، شركة ذات أسهم، ذات رأسمال قدره: 150.000.000.000,00 دج الكائن مقره: 08، نهج أرستو "شي" غيفارة-الجزائر، المنشأة بموجب الأمر رقم: 66.178 المؤرخ في: 1966/06/13، المعتمد تلقائيا مع الإعفاء من أي كفالة لضمان حسن التنفيذ الناتج عن صفقات الدولة، الدوائر، البلديات والمؤسسات العمومية الأئنة الذكور الممثلة من طرف السيد: لعجال عبد القادر مدير لوكالة تنس 279، المخولة له كافة السلطات لغرض هذه الكفالة.

نصرح بتشكيلنا كفيلا متضامنا وشخصيا للسيد: بلعاب علال

الساكن ب/حي 68 مسكن رقم: 03. تنس. الشلف

لمبلغ الكفالة التي يخضع لها هذا الأخير بصفته صاحب: الإتفاقية رقم: /

بتاريخ: 2018/02/04 لدى: مديرية الموارد المائية / ولاية تيسمسيلت.

والتي موضوعها: دراسة ثمانية أنظمة للتصفية الطبيعية عبر الولاية.

الحصة 03: دراسة نظام التصفية برج بونعامة .

ويقدر مبلغ الكفالة : 136 850,00 دج أي: مائة وستة وثلاثون ألف وثمانمائة

وخمسون دينار جزائري.

من إجمالي مبلغ الاتفاقية المذكورة أعلاه و المقدرتها قيمتها ب : 2.737.000,00 دج و نلتزم بالقيام بأمر للدفع للإدارة المتعاقدة بدون إمكانية تأجيل هذا الدفع أو الاحتجاج لأي سبب كان بما يعادل مبلغ الضمان المشار إليه أعلاه، دفع المبالغ التي يصبح صاحبها مدينا بها على أساس الصفقة السابقة الذكر.

هذه الكفالة لحسن التنفيذ ستتحول الى ضمان عند الاستلام المؤقت طبقا للمادة 137

من المرسوم الرئاسي رقم: 15-247 المؤرخ في: 02 ذي الحجة عام 1436 الموافق : 16

سبتمبر 2015 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام .

سيتم تحرير هذه الكفالة لحسن التنفيذ بعد شهر واحد ابتداء من تاريخ الإستلام النهائي للصفقة عن

طريق رفع اليد مسلم من طرف الإدارة المتعاقدة.

محرر بتنس في: 2019/04/08



المدير
الموافق رقم 5

الملحق رقم: 06

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
886 20/01/2020

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

ولاية تسمسيلت
مديرية الموارد المائية
لولاية تسمسيلت

مقرر رقم: 01/2020 بتاريخ: 2020/01/20

يتضمن فسخ الصفقة رقم : 2018/06 بتاريخ : 2018/02/27 المؤشر عليها من طرف المراقب المالي تحت رقم: 2018/233 بتاريخ : 2018/05/31 على عاتق المؤسسة و المتعلقة بمشروع: الحصة 01: تمديد مجمع الصرف الصحي لبلدية بوقايد و شبكة التطهير بمركز الهطائل على مسافة 7960 مط والمبرمة مع مؤسسة : (ETPH) الكائن مقرها ب: المنطقة 10 رقم 540 الشطية - ولاية الشلف بالسيد: ()

إن والي ولاية تسمسيلت

- بمقتضى القانون رقم 09/84 المؤرخ في 04 فيفري 1984 المتعلق بالتنظيم الإقليمي للبلاد
- بمقتضى القانون رقم 10/11 المؤرخ في 22 جوان سنة 2011 والمتعلق بالبلدية
- بمقتضى القانون رقم 07/12 المؤرخ في 21 فيفري سنة 2012 والمتعلق بالولاية
- بمقتضى المرسوم الرئاسي رقم 236/10 المؤرخ في 07 أكتوبر 2010 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية المعجل و المسمى و لاسيما المادة 112 منه.
- بمقتضى المرسوم الرئاسي المؤرخ في 2020/08/03 المتضمن تعيين السيد: () والي لولاية تسمسيلت
- بمقتضى المرسوم رقم 215/94 المؤرخ في 23 جويلية 1994 الذي يضبط أجهزة الإدارة العامة في الولاية وهيكلتها.
- بمقتضى المرسوم التنفيذي رقم 187/02 المؤرخ 26 مارس 2002 الذي يحدد قواعد تنظيم مديريات الري الولاية وعضائها
- بناء على مقرر التسجيل رقم 67 / 2015 المؤرخ في 06/04/2015 المتضمن العملية: العملية: إنجاز مجمعات الصرف الصحي عبر الولاية و إنجاز نظام التطهير ببني الشعيب (الشرط الثاني) .
- رقم العملية: NK 5 342 9 262 138 14 01
- بناء على الصفقة رقم : 2018/06 بتاريخ : 2018/02/27 المؤشر عليها من طرف المراقب المالي تحت رقم: 2018/233 بتاريخ : 2020/05/31 على عاتق المؤسسة و المتعلقة بمشروع: الحصة 01: تمديد مجمع الصرف الصحي لبلدية بوقايد و شبكة التطهير بمركز الهطائل على مسافة 7960 مط و المبرمة مع مؤسسة: (ETPH) الكائن مقرها ب: المنطقة 10 رقم 540 الشطية - ولاية الشلف الكائن مقرها ب: المنطقة 10 رقم 540 الشطية - ولاية الشلف
- و المؤشر عليها من طرف السيد المراقب المالي تحت رقم: 2018/233 بتاريخ: 2018/05/31
- بناء على الأمر بالخدمة رقم: 32 / 2018 بتاريخ: 2018/05/31
- بناء على مراسلة السيد والي الولاية (الأمين العام) رقم 2357/ع.أ/2018 بتاريخ 2018/06/20 والمتضمنة التنازل عن في انطلاق الأشغال بمنطقة الهطائل ببلدية بوقايد لمؤسسة الإنجاز (ETPH)
- بناء على مراسلة السيد رئيس دائرة الأزهرية رقم 2393/د.أ.ز/2018 بتاريخ 2018/09/16 والمتضمنة ضرورة سير الأشغال الإنجاز (ETPH) في عملية إنجاز أشغال شبكة التطهير بمنطقة الهطائل ببلدية بوقايد.
- بناء على مراسلة السيد والي الولاية (الأمين العام) رقم 2916/ع.أ/2018 بتاريخ 2018/09/24 والمتضمنة ضرورة سير أشغال شبكة التطهير بمنطقة الهطائل ببلدية بوقايد لمؤسسة الإنجاز (ETPH)
- بناء على الإعدار الكتابي رقم 9059/2018 بتاريخ 2018/09/23 لمؤسسة الإنجاز (ETPH)
- بضرورة البدء في انطلاق الأشغال.
- بناء على الإعدار الكتابي الثاني رقم 9088/2018 بتاريخ 2018/09/25 لمؤسسة الإنجاز (ETPH)
- بضرورة البدء في انطلاق الأشغال.
- بناء على مراسلة السيد رئيس دائرة الأزهرية رقم 1579/د.أ.ز/2019 بتاريخ 2019/05/08 والمتضمنة ضرورة سير الأشغال ماديا وبشريا ورفع التحفظات المسجلة خلال المعاينة الميدانية لهذا المشروع.
- بناء على مراسلة السيد رئيس دائرة الأزهرية رقم 3058/د.أ.ز/2019 بتاريخ 2019/07/29 والمتضمنة توقف الأشغال في الكبير لسكان الهطائل في وضعية الطريق المؤدي إلى سكناتهم.
- بناء على مراسلة السيد والي الولاية (الأمين العام) رقم 2289/ع.أ/2019 بتاريخ 2019/07/31 والمتضمنة ضرورة سير الأشغال لمؤسسة الإنجاز (ETPH) قصد استئناف الأشغال وتسريع وتيرة الإنجاز لإتمام المشروع في أجل أقصر.
- بناء على مراسلة السيد والي الولاية (الأمين العام) رقم 1327/ع.أ/2020 بتاريخ 2020/06/14 والمتضمنة توقف الأشغال ميدانية يوم 2020/06/20 على الساعة العاشرة (10.00) صباحا من أجل الوقوف على سير الأشغال بمشروع شبكة التطهير ببلدية بوقايد بحضور مسير مؤسسة الإنجاز والسيد رئيس دائرة الأزهرية ورئيس المجلس الشعبي البلدي ببلدية بوقايد قصد تمكين مصالح الأشغال العمومية من إنجاز مشاريعها المتعلقة بفتح الطرق بنفس الموقع ، حيث لوحظ بأن مؤسسة الإنجاز (ETPH) غائبة تماما في ورشة العمل.
- بناء على (الإعدار الأول) بتاريخ: 2020/06/30. الصادر بجريدة: الحياة.

- جاء على مراسلة السيد والي الولاية رقم 1728/و.د. بتاريخ 2020/06/30 والمتضمنة تسجيل تأخر في تسليم مشروع إنجاز شبكة الصرف الصحي بدوار الهطائل الأمر الذي كان محل احتجاج المواطنين في العديد من المرات، إلى جانب تسجيل التأخر من النفاض والتجاوزات من طرف مؤسسة الإنجاز وفقا للمعينة الميدانية التي قامت بها مصالح البلدية ، حيث أمر بتأجيل الإنجاز اللازمة قصد تسوية النفاض وتسليم المشروع في أقرب الأجل.
- * بناء على مراسلة السيد رئيس دائرة الأزهرية رقم 1346/أ.ز. بتاريخ 2020/07/12 والمتضمنة التأخر الكبير في مشروع تمديد المجمع الرئيسي لمدينة بوقايد مع إنجاز شبكة التطهير لمنطقة الهطائل على مسافة 7960 مط بالإضافة إلى توقف الإنجاز دون سبب، حيث سبب هذا الأمر تدمر كبير للمواطنين.
- بناء على (الاعدار الثاني) بتاريخ 2020/08/18 . الصادر بجريدة: النصر.
- بناء على محضر زيارة ميدانية للسيد والي الولاية (الأمين العام للولاية) الى بلدية بوقايد بتاريخ 2020/07/21 والذي تضمن توصيات بضرورة إكمال مؤسسة الإنجاز مقطع 405 مط المتبقية من القناة فسي ظرف أسبوع من القيام بالتصريف يوم 2020/07/26.
- بناء على محضر إجراء التجريبات و بحضور المصالح التقنية و مؤسسة الإنجاز التي رفضت امتصاص مياه الصرف الصحي و هذا بتاريخ: 2020/07/26 ، حيث تم تسجيل تحفظات لهذا المشروع و التي يجب رفعها في أقرب وقت.
- بناء على محضر المعاينة للمشروع بتاريخ: 2020/09/15 للوقوف على مدى رفع التحفظات المسجلة في المحضر تمديد بوقايد بتاريخ: 2020/07/26، حيث سجلنا تقاعسا كليا لهذه المؤسسة في هذا الشأن.
- نظرا لعدم استجابة المقاوله للإعذارات الموجهة لها.
- بناء على التعهد الذي التزم به صاحب المؤسسة بتاريخ 2020/10/28 بإتمام ما تبقى من الأشغال للمشروع في مدة 03 اشهر و جيزة ، لكن لم تستجب المقاوله بهذا التعهد لحد الآن .
- نظرا للأهمية التي يكتسبها هذا المشروع : تمديد مجمع الصرف الصحي لبلدية بوقايد و إنجاز شبكة التطهير بمرکز الهطائل على مسافة 7960 مط.

بقر

المادة الأولى: تفسخ الصفقة رقم : 2018/06 بتاريخ : 2018/02/27 المؤشر عليها من طرف المراقب المالي تحت رقم: 2018/02/23 بتاريخ : 2018/05/31 على عاتق المؤسسة و المتعلقة بمشروع: **الحصة 01:** تمديد مجمع الصرف الصحي لبلدية بوقايد و إنجاز شبكة التطهير بمرکز الهطائل على مسافة 7960 مط و المبرمة مع مؤسسة: (ETPH) بولاية الشلف و المكونة من السيد: () الكائن مقرها ب: المنطقة 10 رقم 540 الشطية - ولاية الشلف -

المادة الثانية: الحساب العام و النهائي للأشغال يبين الحالة المالية التالية :

- المبلغ الأصلي للصفقة: (01)..... 50 856 554,00 دج.
- مبلغ الأشغال المنجزة و المسددة: (02)..... 31 949 715,00 دج.
- مبلغ الأشغال المنجزة (غير المسددة): (03)..... 6 214 832,12 دج.
- مبلغ الأشغال المتبقية (غير المنجزة): (04)..... 12 692 006,88 دج.

المادة الثالثة: مبلغ الأشغال الذي يتم تحريره من الالتزام في إطار هذه الصفقة:..... 12 692 006,88 دج.

المادة الرابعة: كل المصاريف الإضافية الناجمة والتي قد تتجم عن إبرام صفقة أو اتفاقية أخرى لاتمام إنجاز هذه الأشغال على عاتق المؤسسة (ETPH) ، وهذا بإصدار سندات تحصيل تودع لدى خزينة الولاية.

المادة الخامسة: يكلف السادة: مدير الموارد المائية، المراقب المالي و أمين الخزينة كل في حدود اختصاصه بتدبير هذا المقرر.

تيسمىلت في :

المدير

هذا القرار رقم 1728/و.د. بتاريخ 2020/06/30 والمتضمنة تسجيل تأخر في تسليم مشروع إنجاز شبكة الصرف الصحي بدوار الهطائل الأمر الذي كان محل احتجاج المواطنين في العديد من المرات، إلى جانب تسجيل التأخر من النفاض والتجاوزات من طرف مؤسسة الإنجاز وفقا للمعينة الميدانية التي قامت بها مصالح البلدية ، حيث أمر بتأجيل الإنجاز اللازمة قصد تسوية النفاض وتسليم المشروع في أقرب الأجل.

ملف رقم: 114905

قسم الصفقات العمومية

ملف رقم: 114905، قرار صادر بتاريخ: 2017/10/05

قضية: ولاية عين الدفلى، ضد: شركة (أ.غ) ومن معها

الموضوع: تدخل الإدارة في مراقبة وتقدير الصفقة العمومية

المرجع القانوني: المرسوم الرئاسي رقم: 236/10 المؤرخ في 2010/10/07 المعدل والمتمم، المتضمن لتنظيم الصفقات العمومية،

المبدأ: بعد الطلب الرامي إلى الأمر باستئناف الأشغال مؤسس قانونا طالما أن آجال إنجاز المشروع لا تزال سارية وعليه فإن رفض الامتثال للأمر بعد الإعدار يشكل إخلالا بالالتزامات التعاقدية يترتب عنه فسخ الصفقة تحت مسؤولية المتعاقد مع الإدارة.

إن مجلس الدولة:

في الجلسة العلنية المنعقدة بتاريخ:

الخامس من شهر أكتوبر سنة ألفين وسبعة عشر

بمقتضى القانون العضوي رقم 01/98 المؤرخ في 04 صفر 1419 الموافق لـ 1998/05/30 والمتعلق باختصاصات مجلس الدولة وتنظيمه وعمله المعدل والمتمم.

بمقتضى القانون رقم 09/08 المؤرخ في 18 صفر 1429 الموافق لـ 2008/02/25 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، لا سيما المواد 876، 884، 888، 889، 898، 899، 915 و916 منه.

بعد الاستماع إلى السيد (ه) كروغلي مقداد مستشار الدولة المقرر

في ثلاثة تقاريره (ها) المكتوب

مجلة مجلس الدولة - العدد 15 - 2017

بعد الإطلاع على التقرير المكتوب للسيد (ة) درار دليلة محافظ الدولة والإستماع إلى ملاحظاته (ها) الشفوية. وبعد المداولة القانونية أصدر القرار التالي:
وعليه فإن مجلس الدولة

- في الشكل:

حيث أن الاستئناف الأصلي والاستئناف الفرعي مقبولان لورودهما طبق أحكام المادتين 950 و 951 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

- في الموضوع:

حيث أنه تبين من الوثائق والمستندات المودعة في الملف أنه بتاريخ 2013/02/24 أبرمت المستأنفة عقدا مع الشركة المستأنف عليها لإنجاز مشروع تشجير مساحة مائتي (200) هكتار على أربعة (04) مواقع على مستوى الولاية.

حيث أنه بتاريخ 2013/04/24، استلمت الشركة المستأنف عليها أمر الشروع في الختمة ولكن موسم التشجير كان قد انقضى فوجهت لها المستأنفة أمر الشروع في الخدمة بعد مرور أربعة (04) أيام تطلب فيه منها وقف الأشغال إلى غاية حلول موسم 2014/2013.

حيث أن الشركة المستأنف عليها رفضت استئناف الأشغال بحجة أن الأشغال التي اقترحت في 2012 لم تعد مناسبة لموسم 2014/2013 وطلب مراجعة أسعار الوحدة أو فسخ الصفقة.

حيث أن المستأنفة وجهت للشركة المستأنف عليها إعدارات بتاريخ 2013/11/28 و 24 و 2013/12/25 والتي لم تعط أي نتيجة ولهذا السبب اتخذت القرار رقم: 407 المؤرخ في 2014/03/24 الذي يتضمن فسخ العقد تحت مسؤولية الشركة المذكورة.

حيث أن المستأنفة، التي تتمتع بسلطة المراقبة والتقدير للصفقات العمومية، من حقها الأمر بوقف الأشغال ثم الأمر باستئنافها حسب المعطيات التي تخصها هي.

حيث أن مدة تنفيذ الصفقة حددت بثمانية عشر (18) شهرا، فكان من حق المستأنفة طلب وقف الأشغال بتاريخ 2013/04/28 ثم نطلب استئناف الأشغال المعنية بتاريخ 2013/09/17.

حيث أن الشركة المستأنف عليها رفضت استئناف الأشغال وطلبت فسخ العقد بطريقة ودية بموجب إرسالية مؤرخة في 2013/12/04.

حيث أن المستأنفة وجهت لها إعدارات طبقا لأحكام المادة 112 من المرسوم الرئاسي رقم: 236/10 المؤرخ في 2010/10/07 المعدل والمتمم، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، والتي بقيت من دون أي نتيجة ولهذا السبب اتخذت القرار رقم: 407 المؤرخ في 2014/03/24 المتعلق بفسخ العقد تحت مسؤولية الشركة المستأنف عليها.

وأن المستأنفة تصرفت في إطار صلاحياتها وأما الشركة المستأنف عليها، ونظرا لكونها رفضت استئناف الأشغال في أجل ثمانية عشر (18) شهرا المحدد في العقد، تعتبر أنها طرف مخل بالعقد.

حيث أنه من خلال اعتبارهم أن الشركة المستأنف عليها لم تخرق التزاماتها التعاقدية، فإن قضاة أول درجة لم يأخذوا بعين الاعتبار كون العقد المبرم بين الطرفين كان ساريا من 2013/02/24، تاريخ التوقيع، إلى غاية 2014/08/24، وأنه من خلال رفض الامتثال للإعدارات التي وجهت لها من أجل استئناف الأشغال ضمن هذه الأجل، فإن الشركة المستأنف عليها لم تحترم التزاماتها التعاقدية.

مف رقم: 114905

حيث أن المستأنفة كانت على صواب في اتخاذ قرار الفسخ تحت مسؤولية الشركة المستأنف عليها ويتعين بالتالي، تأييد الحكم المستأنف مبدئياً ورفض الدعوى الأصلية التي رفعتها المستأنف عليها والرامية إلى إلغاء القرار رقم: 407 المؤرخ في 2013/02/24 لعدم التأسيس.

لهذه الأسباب

- يقرر مجلس الدولة: علنياً حضورياً ونهائياً.
- في الشكل: قبول الاستئناف.
- في الموضوع: إلغاء الحكم المستأنف وفصلاً من جديد رفض الدعوى لعدم التأسيس.
- تحميل خاسر الدعوى المصاريف القضائية.
- بداً صدر الفرار ووقع التصريح به في الجلسة العلنية المنعقدة بتاريخ:
الخامس من شهر أكتوبر سنة ألفين وسبعة عشر
من قبل الغرفة الأولى القسم الأول بمجلس الدولة المتشكلة من السيدات
والسادة:

الرئيس	ميمون رتيبة
مستشار الدولة المقرر	كروغلي مقداد
مستشار الدولة	قارة تركي نسيمة
مستشار الدولة	رضوان مليكة
مستشار الدولة	غربي الهاشمي
محافظ الدولة	وبحضور السيد(ة): درار دليلة
أمين الضبط	وبمساعدة السيد(ة): بوسهوة صالح

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

ولاية تسمسيلت
مديرية الموارد المائية
لولاية تسمسيلت

مقرر رقم 01/2016 بتاريخ: 08 ديسمبر 2016 يتضمن فسخ الصفقة رقم 2011/178 المصادق عليها تحت رقم: 2011/178 بتاريخ: 18/12/2011 على عاتق المؤسسة و المتعلقة بمشروع: إنجاز حاجز (01) مائي نواب عيسى بلدية العيون- الحصة 05. والمرممة مع مؤسسة: (SARL GOU MIRI GENERAL CONSTRUCTION) الممثلة بالسيد: عمر الكائن مقرها ب: حي 1200 سكن تعاونية قرانيتكمس، عمارة 01 رقم 09 باب الزوار الجزائر

إن والى ولاية تسمسيلت

- بمقتضى القانون رقم 09/84 المؤرخ في 04 فيفري 1984 المتعلق بالتنظيم الإقليمي للبلاد
- بمقتضى القانون رقم 10/11 المؤرخ في 22 جوان سنة 2011 والمتعلق بالبلدية
- بمقتضى القانون رقم 07/12 المؤرخ في 21 فيفري سنة 2012 والمتعلق بالولاية
- بمقتضى المرسوم الرئاسي رقم 236/10 المؤرخ في 07 أكتوبر 2010 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية لاسيما المادة 112 منه المعدل و المتمم.
- بمقتضى البرقية رقم: 2104 المؤرخ في 2016/10/04 الصادرة عن وزارة الداخلية و الجماعات المحلية المتضمنة تعيين السيد: واليا لولاية تسمسيلت
- بمقتضى المرسوم التنفيذي رقم 187/02 المؤرخ 26 مارس 2002 الذي يحدد قواعد تنظيم مديريات الولاية لولاية وعملها.
- بمقتضى المرسوم رقم 215/94 المؤرخ في 23 جويلية 1994 الذي يضبط أجهزة الإدارة العامة في الولاية وهيكلها .
- بناء على مقرر التسجيل رقم 387 / 2007 المؤرخ في 2007/10/30 المتضمن العملية: إنجاز ثمانية (08) حواجز مائية عبر الولاية رقم العملية SF 5 333 1 262 138 07 01
- بناء على الصفقة رقم 2011/178 المصادق عليها بتاريخ: 2011/12/18 المبرمة بين والى ولاية تسمسيلت والسيد: مدير الموارد المائية لولاية تسمسيلت، والمقاولة: SARL GOU MIRI GENERAL CONSTRUCTION الممثلة بالسيد: قوميري عمر الكائن مقرها حي 1200 سكن تعاونية قرانيتكمس عمارة 01 رقم 09 باب الزوار-الجزائر-و المؤشر عليها من طرف السيد المراقب المالي تحت رقم 2011/12/29 بتاريخ: 2011/12/29.
- بناء على الأمر بالخدمة رقم: 2012/01 المؤرخ في 2012/01/02.
- بناء على المراسلات العديدة و محاضر الورشة المحررة من طرف الهيئة الوطنية لرقابة بناء التركيب التقنية (CTB) المكلفة بالمتابعة من أجل إنجاز حاجز (01) مائي: بلدية العيون- الحصة 05.
- بناء على الأعدار الأول الصادر بتاريخ 2016/01/04 في الجرائد اليومية: - Compétition و الشباب الجديد
- بناء على الأعدار الثاني الصادر بتاريخ 2016/01/19 في الجرائد اليومية: الممار العربي و Te rapporteur نظرا للتأخر الكبير في الإنجاز وعدم استجابة المقاولة للاعدارات الموجهة لها.
- نظرا لعدم التزام المؤسسة بتعهداتها بإتمام المشروع..
- نظرا لطلب مؤسسة الإنجاز فسخ الصفقة من خلال المراسلة الواردة إلى مصالحنا بتاريخ: 2016./10/26
- نظرا للأهمية التي يكتسبها هذا المشروع لتطوير المساحة المسقية للولاية .

الملاحق

يقرر

المادة الأولى: تفسخ الصفقة رقم 2011/178 المصادق عليها بتاريخ: 2011/12/18 على عاتق المؤسسة و المبرمة بين والى ولاية تسمسيلت ممثلا بالسيد: مدير الموارد المائية لولاية تسمسيلت، والمقاولة: SARL GOU MIRI GENERAL CONSTRUCTION الممثلة بالسيد: الكائن مقرها حي 1200 سكن تعاونية قرانيتكس، عمارة 01 رقم 09 باب الزوار -الجزائر المتعلقة بمشروع: انجاز حاجز (01)مائي بوان عيسى بلدية العيون- الحصة 05.

المادة الثانية: الحساب العام و النهائي للاشغال يبين الحالة المالية التالية:

- المبلغ الأصلي للصفقة: (01).....157 176 985.68 د.ج.
- مبلغ الملحق 01: (02).....0.00 د.ج.
- مبلغ الاجمالي للصفقة: (03)=(01)+(02).....157 176 985.68 د.ج.
- مبلغ الأشغال المنجزة و المسددة: (04).....55 772 676.83 د.ج.
- مبلغ الأشغال المنجزة غير المسددة في إطار الصفقة: (05).....5 697 100.65 د.ج.
- مبلغ التسبيقات الجزافية: (06).....23 576 547.85 د.ج.
- المبلغ المسدود من التسبيقات الجزافية (07):.....23 576 547.85 د.ج.
- مبلغ الأشغال المتبقية (غير المنجزة): (08).....95 707 208.20 د.ج.

المادة الثالثة: مبلغ الأشغال الذي يتم تحريره من الالتزام في إطار هذه الصفقة:.....95 707 208.20 د.ج

المادة الرابعة: مبلغ عقوبة التأخير لهذه الصفقة (10 %) هو: 15 717 698.56 د.ج

المادة الخامسة: كل المضاريف الاضافية الناجمة والتي قد تنجم عن إبرام صفقة أو اتفاقية أخرى لامتصاص إنجاز هذه الأشغال تؤخذ على عاتق المؤسسة (SARL GOU MIRI GENERAL CONSTRUCTION) وهذا بإصدار سندات تحصيل تودع لدى خزينة الولاية.

المادة السادسة: يكلف السادة: مدير الموارد المائية، المراقب المالي و أمين الخزينة كل في حدود اختصاصه بتنفيذ ما جاء في هذا المقرر.

تسمسيلت في :



الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

ولاية تسمسيلت

مديرية الموارد المائية لولاية تسمسيلت

- مقرر رقم 1112 / 2015 بتاريخ يتضمن فسخ الصفقة رقم 2013/207 المصادق عليها بتاريخ 2013/09/11 المتعلقة بمشروع التزويد بالمياه الصالحة للشرب لدوار أولاد عائشة والجوزاء (بلدية لرجام) حصة رقم 07 إن والي ولاية تسمسيلت
- بمقتضى القانون رقم 09/84 المؤرخ في 04 فيفري 1984 المتعلق بالتنظيم الإقليمي للبلاد
 - بمقتضى القانون رقم 10/11 المؤرخ في 22 جوان سنة 2011 والمتعلق بالبلدية
 - بمقتضى القانون رقم 07/12 المؤرخ في 21 فيفري سنة 2012 والمتعلق بالولاية
 - بمقتضى المرسوم الرئاسي رقم 236/10 المؤرخ في 07 أكتوبر 2010 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ولاسيما المادة 112 منه. المعدل والمتمم.
 - بمقتضى المرسوم الرئاسي المؤرخ في 2010/09/30 المتضمن تعيين السيد والي ولاية تسمسيلت.
 - بمقتضى المرسوم التنفيذي رقم 187/02 المؤرخ 26 مارس 2002 الذي يحدد قواعد تنظيم مديريات الري للولاية وعملها.
 - بمقتضى المرسوم رقم 215/94 المؤرخ في 23 جويلية 1994 الذي يضبط أجهزة الإدارة العامة في الولاية وهيكلها.
 - بناء على مقرر التسجيل رقم 122 / م.ب.م.م. / 2012 المؤرخ في 26 أفريل 2012 المتضمن إنجاز شبكة التزود بالمياه الصالحة للشرب للمراكز الريفية رقم : NK 5 341 2 262 138 12 03
 - بناء على الصفقة رقم 2013/207 المصادق عليها بتاريخ: 2013/09/11 المبرمة بين والي ولاية تسمسيلت ممثلًا بالسيد مدير الموارد المائية لولاية تسمسيلت الأسبق، والمقولة EURL ETPHT الممثلة بالسيد: الكائن مقرها ببوسماعيل
 - LOTISSEMENT POLICLINIQUE N°35 ولاية تيبازة و المؤشر عليها من طرف السيد المراقب المالي تحت رقم 968 بتاريخ 2013/09/19.
 - بناء على الأمر بالخدمة رقم 2013/72 المؤرخ في 2010/09/19.
 - نظرا للملحق 01 رقم : 2014/104 المؤرخ في 2014/04/20.
 - بناء على المراسلات العديدة ومحاضر الورشة المحررة من طرف الهيئة الوطنية لرقابة بناء الري التقنية (CTH) المكلفة بالمتابعة من أجل تزويد الورشة بالوسائل المادية والبشرية واستكمال التأخر في الأشغال.

الملاحق

- بناء على الإعذار الأول الصادر في الجرائد اليومية: جريدة صدى اليوم الصادرة باللغة العربية بتاريخ: 2014/11/06 و جريدة Reporters الصادرة باللغة الفرنسية بتاريخ: 2014/11/08
- بناء على الأعذار الثاني الصادر في الجرائد اليومية: جريدة صوت الأخر الصادرة باللغة العربية بتاريخ: 2015/04/04 و جريدة LANATION الصادرة باللغة الفرنسية بتاريخ: 2015/04/04.
- نظرا للتأخر الكبير في الإنجاز وعدم استجابة المقاوله للإعذارات الموجهة له .
- نظرا للأهمية التي يكتسبها هذا المشروع و إنجازها في آجاله التعاقدية .

باقتراح من السيد: رئيس مصلحة التزويد بالمياه الصالحة للشرب
يقرر

المادة الأولى: تفسخ الصفقة رقم: 2013/207 المصادق عليها بتاريخ: 2013/09/11 على عاتق المقاوله، المبرمة بين السيد والي ولاية تيسمسيلت ممثلا بالسيد مدير الموارد المائية لولاية تيسمسيلت والمقاوله EURL ETPHT الممثلة بالسيد: الكائن مقرها ببوسماعيل LOTISSEMENT POLICLINIQUE N°35 ولاية تيبازة و المتضمنة: توصيل المياه الصالحة للشرب لدوار أولاد عائشة والجوزاء (بلدية لرجام) حصة رقم 07.

المادة الثانية: الحساب العام و النهائي للأشغال يبين الحالة المالية التالية:

- المبلغ الأصلي للصفقة: (01).....	18.429.313,50 دج
- مبلغ الملحق 01: (02).....	921.433,50 دج +
- مبلغ الإجمالي للصفقة: (03) = (01) + (02).....	19.350.747,00 دج
- مبلغ الأشغال المنجزة و المسددة: (04).....	9.621.620,42 دج
- مبلغ الأشغال المنجزة غير المسددة في إطار الصفقة: (05).....	00,00 دج
- المبلغ غير المسدد من التسبيقات الجزافية: (06).....	00,00 دج
- مبلغ الأشغال المتبقية (غير المنجزة): (07).....	9.729.126,58 دج

المادة الثالثة: مبلغ الأشغال الذي يتم تحريره من الالتزام في إطار هذه الصفقة هو: 9.729.126,58 دج

المادة الرابعة: تتحمل المؤسسة (ا EURL ETPHT الممثلة بالسيد:) كل المبالغ الإضافية الناجمة عن إبرام صفقة جديدة و التي تقبض عن طريق إصدار رخصة إقتطاع ضد المؤسسة

المادة الخامسة: تحجز كفالة الضمان المقدرة بنسبة 05% الصادرة من بنك الوطني الجزائري و كالة حجوط بمبلغ إجمالي 967.537,34 دج مقسمة كمايلي:

- مبلغ كفالة الضمان لصفقة الأصلية : 921.465,67 دج بتاريخ 2013/12/29 .
- مبلغ كفالة الضمان للملحق : 46.071,67 دج بتاريخ 2014/07/22 .

المادة السادسة: لا تسدد الأشغال غير المكتملة والمتمثلة في حفر حفرة تثبيت الخزان المائي بسعة 60م³ بأولاد عائشة (Exécution des fouilles)

المادة السابعة: يكلف السادة: مدير الموارد المائية، المراقب المالي و أمين الخزينة كل في حدود اختصاصه بتنفيذ ما جاء في هذا المقرر.

تيسمسييلت في

المستدير

مجلة مجلس الدولة-العدد 13

صفقة عمومية

القرار رقم 078670 المؤرخ في 2014/02/06
قضية ولاية بومرداس ضد الشركة ذ.م.م «فودميد»

الموضوع: صفقة عمومية-منح مؤقت-منح نهائي-قضاء كامل-قضاء
الإبطال.
مرسوم رئاسي رقم 02-250.

المبدأ: القضاء الكامل هو المختص بالفصل في النزاعات المترتبة عن الصفقات العمومية.
لا يعد إلغاء الصفقة أو فسخها قرارا إداريا، بالمعنى الاصطلاحي للقرار الإداري ولا يقبل الطعن فيه بالإبطال.
تنشأ العلاقة التعاقدية بالمنح النهائي و إبرام الصفقة و توقيع الطرفين عليها و ليس بالمنح المؤقت.

وعليه فإن مجلس الدولة

من حيث الشكل:
حيث أن الاستئناف الحالي جاء طبقا للإجراءات القانونية مما يتعين قبوله شكلا.

من حيث الموضوع:
حيث أن المستأنفة تطالب بإلغاء الحكم المستأنف بناء على أوجه الاستئناف المذكورة أعلاه في الوقائع.

حيث أن المستأنف عليها تعرضت طالبة تأييد الحكم المستأنف لأن الاستئناف غير مؤسس.

حيث يجب الإشارة أولاً إلى أن المستأنفة تطالب فقط بإلغاء الحكم المستأنف رغم أنه من أبجديات التقاضي أن جهة الاستئناف عندما تلغى الحكم المستأنف فإنها تتصدى للدعوى الأصلية و تفصل فيها و لا يمكن بأي من الأحوال إلغاء الحكم المستأنف و عدم التصدي للدعوى الأصلية و تركها معلقة.

حيث أنه ثابت من الملف أن الدعوى الأصلية موضوعها إلغاء قرار إلغاء المنح المؤقت الصادر عن الإدارة لعدم مشروعيته كما تدعي المدعية المستأنف عليها الحالية و التعويض و أن قضاة أول درجة استجابوا لذلك و قضاة بإلغاء القرار الصادر عن الإدارة و القاضي بإلغاء المنح المؤقت للصفحة محل النزاع على أساس ذلك تم بدون مبرر قانوني مما يعد مساساً بمبدأ المشروعية.

حيث أن هذا التحليل في غير محله على الإطلاق أولاً لأن النزاعات المترتبة عن الصفقات العمومية هي دعوى القضاء الكامل لأنها عبارة عن نزاعات ناتجة عن عقود و مدى تنفيذ كل طرف لالتزاماته و التعويض المترتب عن ذلك و لا علاقة لها بدعوى الإلغاء للقرارات الإدارية أو تفسيرها أو فحص المشروعية و أن قرار إلغاء المنح المؤقت أو قرار فسخ الصفقة ليس قراراً إدارياً بمفهومه التقليدي و الذي يخضع لدعوى الإلغاء و ثانياً فإن الإدارة لها حق الفسخ أو إلغاء المنح المؤقت أو النهائي لأن ذلك يدخل في حرية التعاقد للإدارة و لا علاقة له بمبدأ المشروعية و بالتالي لها حق الفسخ بسبب أو بدون سبب و أن القرارات التي تصدرها في هذا الشأن تجسد فيها فقط نيتها في الفسخ و يبقى للمتعاقل مع الإدارة فقط طلب التعويض في الحالة التي يرى فيها أن الفسخ لم يكن على

مسؤوليته و هذا المبدأ قد استقر عليه اجتهاد مجلس الدولة كما أن الإلغاء فسخ يعني إجبار الإدارة على التعاقد مع متعامل معين و هذا يمس بمبدأ السلطة التقديرية للإدارة في اختبار المتعاملين معها و عليه يتعين إلغاء الحكم المستأنف في هذا الشأن ورفض طلب إلغاء قرار إلغاء المنح المؤقت لعدم التأسيس.

حيث أنه و فيما يخص طلب التعويض عن المنح المؤقت فهو الآخر طلب غير مؤسس لأن العلاقة التعاقدية تنشأ بالمنح النهائي و إبرام الصفقة والإمضاء عليها من الطرفين و أن المنح المؤقت هو إجراء أولي لا يثبت قيام العلاقة التعاقدية و لا يثبت أي التزام بين الطرفين و عليه فإن المستأنف عليها إذا كانت تدعي أنها قامت بشراء بعض المواد بمجرد المنح المؤقت فإن ذلك لا تتحمل مسؤوليته الإدارة و عليه يكون قضاة أول درجة قد أخطأوا في تطبيق القانون و يتعين معه إلغاء الحكم المستأنف و فصلا من جديد برفض الدعوى لعدم التأسيس.

حيث أن المصاريف القضائية يتحملها من خسر الدعوى.

لهذه الأسباب

يقرر مجلس الدولة، علنيا، حضوريا و نهائيا:

في الشكل: قبول الاستئناف.

في الموضوع: إلغاء الحكم المستأنف و فصلا من جديد رفض الدعوى لعدم التأسيس.

تحميل المستأنف عليها المصاريف القضائية.

الملحق رقم: 11

الصفقات العمومية

ملف رقم 117879

ملفنا رقم: 117879، قرار صادر بتاريخ 2018/03/01

فضيحة شركة «بيديا للإنجاز العمومية» من طرف مديرها ضد بلدية الدار البيضاء
الموظفين، طلب التعويض عن فسخ الصفقة.

المبدأ: كل الدعاوى الناتجة عن الصفقات العمومية هي دعاوى القضاء الكامل.

مقرر فسخ الصفقة لا يخضع لدعوى الإلغاء لأنه ليس قرار إداري بالمفهوم التقليدي، وإنما هو تصرف ناشئ عن عقد يربط بين طرفين.

في حالة فسخ الصفقة من طرف المصلحة المتعاقدة، فإن المتعامل المتعاقد لا يملك إلا طلب التعويض إذا أثبت أنه لم يكن المتسبب في فسخ الصفقة، وأن هذا الفسخ قد الحق به ضرر.

إن مجلس الدولة

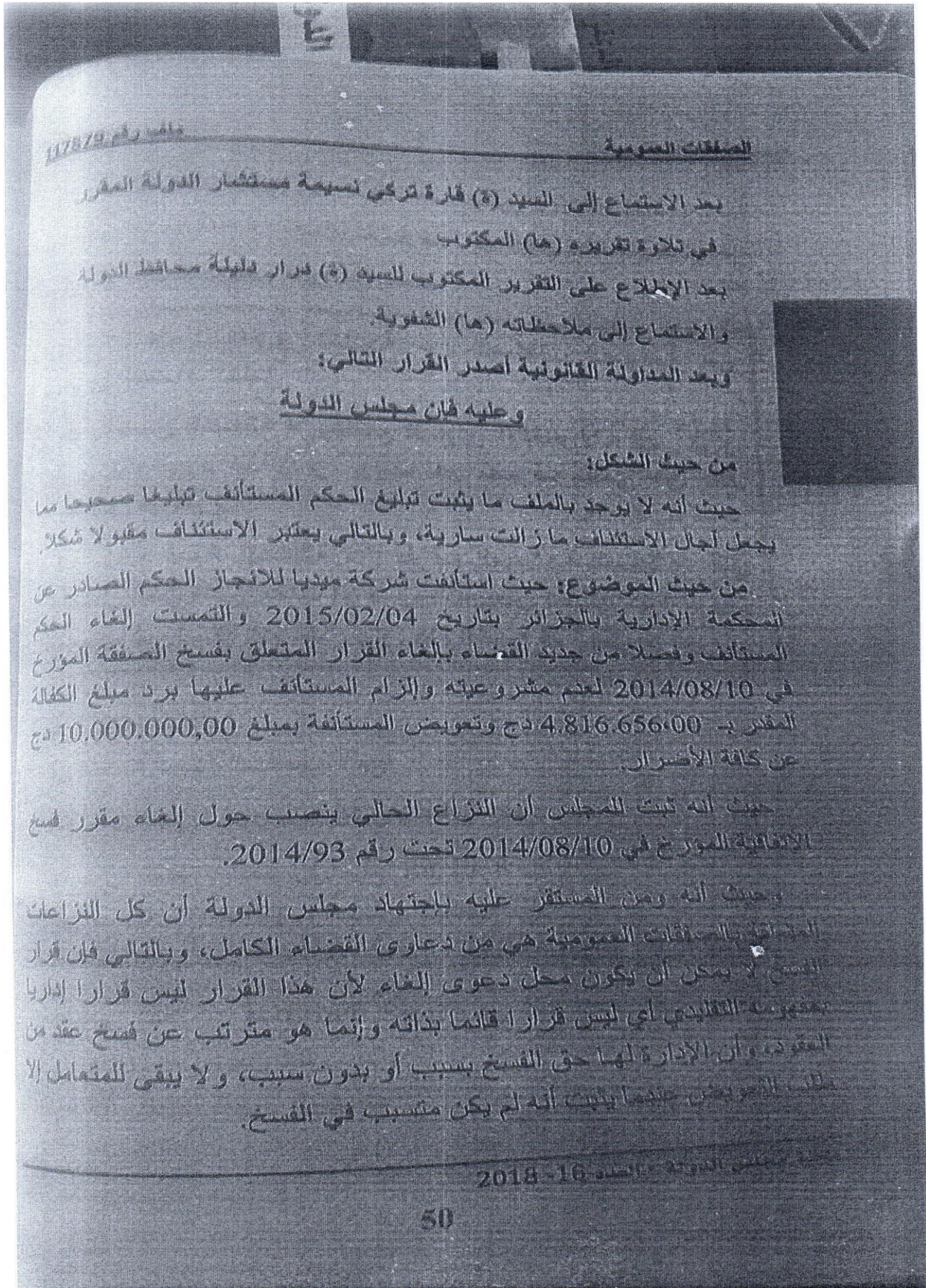
في الجلسة العلنية المنعقدة بتاريخ:

الأول من شهر فيفري سنة الفين وثمانية عشر

بمقتضى القانون العضوي رقم 01/98 المؤرخ في 04 صفر 1419 الموافق لـ 1998/05/30 والمتعلق باختصاصات مجلس الدولة وتنظيم أعماله المحل والمتمم.

بمقتضى القانون رقم 09/08 المؤرخ في 18 صفر 1429 الموافق لـ 2008/02/23 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، لا سيما المواد 876، 884، 888، 889، 898، 899، 915 و 916 منه.

جلسة مجلس الدولة - العدد 16 - 2018



الصفقات العمومية

ملف رقم 117879

حيث من المقرر قانونا أنه "للإدارة المتعامل العمومي الحق في فسخ الصفقة من جانب واحد ولا يمكن الاعتراض على ذلك متى طبقت المصلحة المتعاقدة البنود التعاقدية"، وهذا ما أكدته المادة 112 من المرسوم الرئاسي 236/10 المؤرخ في 2010/10/07 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية المعدل والمتمم بالمرسوم الرئاسي رقم 23/12 المؤرخ في 18 يناير 2012.

حيث أنه وعن طلب المستأنفة المتعلق ببرد مبلغ الكفالة، فقد ثبت للمجلس أنه وأمام انعدام محضر التسليم النهائي للأشغال يعتبر هذا الطلب غير مؤسس وهذا عملا بما جاء بالمادة 101 من المرسوم الرئاسي 236/10 المؤرخ في 2010/10/07 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية المعدل والمتمم بالمرسوم الرئاسي رقم 23/12 المؤرخ في 18 يناير 2012.

حيث أنه وعن طلب التعويض، فالمستأنفة كانت دفعت بكونها سبق لها وأن رفعت دعوى للمطالبة بتسديد الفواتير مقابل الأشغال المنجزة وهي محل استئناف أمام مجلس الدولة تحت رقم 111456 وقدمت عريضة استئناف تثبت ذلك.

حيث أنه من الثابت من خلال التحقيق أن المستأنفة سبق لها وأن التمسيت من خلال الدعوى المرفوعة تحت رقم 111456 منحها تعويض عن التأخير في التسديد وتعويضا عن الضرر وأن المجلس استجاب لطلبها، إذ أنه أصدر قرار في هذه الاستئناف مؤرخا في 2017/05/03 قضى للمستأنفة بفوائد التأخير وتعويض مما يتعين رفض طلبها الحالي.

حيث أن قاضي أول درجة طبق القانون صحيحا مما يتعين تأييد الحكم المستأنف.

حيث أن المصاريف القضائية يتحملها المستأنفة خاسرة الدعوى.

فلهذه الأسباب

يقرر مجلس الدولة علنيا: حضوريا، اعتباريا، ونهائيا:

- في الشكل؛ قبول الاستئناف.
- في الموضوع؛ تأييد الحكم المستأنف.
- تحويل المستأنفة المصاريف القضائية.
بذا صدر القرار وتوقيع التصريح به في الجلسة العلنية المتعقبة بتاريخ
الأول من شهر فيفري سنة الفين وثمانية عشر
من قبل الغرفة الأولى القسم الأول بمجلس الدولة المتشكلة من السيدات
والسادة:

الرئيس	كروغلي مقنن
مستشار الدولة مقرا	قارة تركي نسيم
مستشار الدولة	رضوان مليكة
مستشار الدولة	مسعودي فوسن
مستشار الدولة	تيرة عيسى
مستشار الدولة	كريميش أحمد
محافظ الدولة	ويحضور السيد (ة): درار دليلة
أمين الضبط	ويصاحبه السيد (ة): بوسهورة صالح

الملحق رقم: 12

المستثمرات الفلاحية، العبارة ومثلها غير

ملف رقم: 111473، قرار صادر بتاريخ 2017/09/28

قضية: (ج.ع)، ضد: الديوان الوطني للأراضي الفلاحية

الموضوع: فسخ عقد الامتياز

المرجع القانوني: قانون 03-10 المؤرخ في المؤرخ في 2010/08/15 الذي يحدد شروط وكيفيات استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأمالك الخاصة للدولة.

المبدأ: يعتبر القرار الإداري المتضمن فسخ عقد الامتياز غير مشروع طالما أن المعنى بالقرار كف عن ارتكاب المخالفة قبل تاريخ توجيه الإنذار له من طرف مدير أملاك الدولة.

ان مجلس الدولة:

في الجلسة العلنية المنعقدة بتاريخ:

الثامن والعشرون من شهر سبتمبر سنة ألفين وسبعة عشر

بمقتضى القانون العضوي رقم 01/98 المؤرخ في 04 صفر 1419 الموافق لـ 1998/05/30 والمتعلق باختصاصات مجلس الدولة وتنظيمه وعمله المعدل والمتمم.

بمقتضى القانون رقم 09/08 المؤرخ في 18 صفر 1429 الموافق لـ 2008/02/25 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، لا سيما المواد 876، 884، 888، 889، 898، 899، 915 و916 منه.

بعد الاستماع إلى السيد (ة) زارقة ضرار مستشار الدولة المقرر

في تلاوة تقريره (ها) المكتوب

ملف رقم: 111473
المستشارات اللائحة، العيارة ومثل عات اخرى

حيث انه انا فالن المستشار تدارك خطاه وذلك بالكف عن ارتكاب المخالفة وخرق نطق الشروط قبل القيام بإجراءات الخاصة بذلك من طرف الديوان الوطني للأراضي الفلاحية.

حيث وبالتالي فإن القرار المتخذ من طرف مدير أملاك الدولة في حق المستشار عمل غير مشروع وقراره معيب بسبب المشروعية ومنعهم الأسس الأسس القانوني له.

حيث أنه انا فالن المحكمة لم توفق في قضيتها ومنه يقرر المجلس إلغاء الحكم المستشار والفصل من جديد بإبطال قرار فسخ عقد الإمتياز المحرر بتاريخ 26/12/2012 والمشير بتاريخ 05/03/2013 حجم رقم 88 حيث أن المستشار عليهم معيقين من المصاريف القضائية.

لهذه الأسباب

- يقرر مجلس الدولة: علانيا، اعتباريا بحضورها الولاية وحضورها للباقي وبهايا:

- في الشكل: قول الاستئناف.

- في الموضوع: إلغاء الحكم المستشار والفصل من جديد بإبطال قرار فسخ عقد الإمتياز المحرر بتاريخ 26/12/2012 والمشير بتاريخ 05/03/2013 حجم رقم 88.

مع إعفاء المستشار عليهم من المصاريف القضائية.

بدا صدر القرار ووقع التصريح به في الجريدة الوطنية المفضقة بتاريخ: الثامن والعشرون من شهر سبتمبر سنة الفون وسبعة عشر

ملف رقم: 111473
المستشارات اللائحة، العيارة ومثل عات اخرى

بعد الاطلاع على التقرير المكتوب للسيد (ف) ملاحق السيد محافظ الدولة والاستماع إلى ملاحظاته (هـ) الشفوية.

بعد المداولة القانونية أصدر القرار التالي:

وعليه فإن مجلس الدولة

من حيث الشكل:

حيث أن الاستئناف جاء وفق الأوضاع القانونية المقررة وعليه يتعين التصريح بقبوله.

من حيث الموضوع:

حيث أنه يتبين من ملف القضية أن الدعوى المرفوعة تهدف إلى المطالبة إلى إلغاء القرار الإداري تحت رقم 564/2012 المشير بتاريخ 05/01/2012 حجم رقم 82 المتضمن فسخ عقد الإمتياز المحرر لقلادة المدعي المستشار الحالي.

حيث أن هذه الدعوى آلت إلى صدور الحكم المستشار الذي قضى برفض الدعوى لعدم التأسيس بحجة أن المدعي لم يلتزم بفترة الشروط التي ينص على أنه يمنع الإيجار في الباطن الشيء الذي ارتكبه المدعي.

حيث أنه يتبين من ملف القضية أن المستشار استغاد من حق إمتياز وفقا لأحكام القانون رقم 10/03 بموجب عقد تحت رقم 255/2011 المحرر بتاريخ 28/11/2011 وأنه قام بتأجير مستودع بموجب عقد إيجار مؤرخ في 17/12/2011 وأنه قام بفسخ العقد بتاريخ 19/06/2012، وهذا قبل تاريخ توجيه له إنذار من طرف الديوان الوطني للأراضي الفلاحية بموجب محضر قضائي المحرر بتاريخ 13/09/2012.

قائمة المصادر المراجع

أولاً: المصادر

معجم اللغة العربية المعاصرة، أحمد مختار عبد الحميد عمر، عالم الكتب مصر، 2008.

ثانياً: المراجع باللغة العربية

أ/ النصوص القانونية الوطنية:

1- الدساتير

– القانون رقم 16-01، المؤرخ في 06/03/2016، المتضمن التعديل الدستوري، ج ر ج ج، العدد 14، الصادرة بتاريخ 07/03/2016.

– المرسوم الرئاسي رقم 20-442 المؤرخ 30 ديسمبر 2020، يتعلق بإصدار التعديل الدستوري، المصادق عليه في استفتاء أول نوفمبر 2020 ج ر ج ج، العدد 82، الصادرة بتاريخ 30 ديسمبر 2020.

2- القوانين :

– القانون رقم 88-01 المؤرخ في 12 يناير 1988، المتعلق بالقانون التوجيهي لاستقلالية المؤسسات الاقتصادية، ج ر ج ج، العدد 02 الصادرة في 13 يناير 1988.

– القانون رقم 06-01 المؤرخ في 20-02-2006، المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، الجريدة الرسمية العدد 14، المؤرخة في 08-03-2006.

– القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فبراير 2008 المتضمن قانون الاجراءات المدنية والإدارية، ج ر ج ج، العدد 21، الصادرة في 23 أبريل 2008.

– القانون رقم 11-04، المؤرخ في 17 فبراير 2011، المحدد للقواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية، ج ر ج ج، العدد 14، الصادرة 06 مارس 2011.

– القانون رقم 11-10 المؤرخ في 22 يونيو 2011 المتعلق بالبلدية، ج ر ج ج، العدد 37، الصادرة في 3 يونيو 2011، المعدل والمتمم بالأمر رقم : 21/13 المؤرخ في 21 غشت 2021.

– القانون رقم 12-07 المؤرخ في 21 فبراير 2012، المتعلق بالولاية، ج ر ج ج، العدد 12 الصادرة في 29 فبراير 2012

3- الأوامر:

- الأمر 67-90 لمؤرخ في 17 جوان 1967 المتضمن قانون الصفقات العمومية، ج ر ج ج، العدد 52، الصادرة في 27 جوان 1967، الملغى.
- الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975 المتضمن القانون المدني، ج ر ج ج، العدد 78، الصادرة في 30 سبتمبر 1975، المعدل و المتمم بالقانون رقم 07-05 المؤرخ في 13 مايو 2007 المتضمن تعديل القانون المدني، ج ر ج ج، العدد 31 الصادرة في 13 مايو 2007.
- الأمر رقم 75-59 المعدل والمتمم بالقانون رقم 05-02 المؤرخ في 06 فبراير 2005 المتعلق بالقانون التجاري، ج ر ج ج، العدد 11 الصادرة في 09 فبراير 2002.
- الأمر رقم 06-03، المؤرخ في 15 يوليو 2006، المتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العامة، ج ر ج ج، العدد 46، الصادرة في 16 يوليو 2006.

4- المراسيم

- المرسوم الرئاسي 82-145 المؤرخ في 10 أبريل 1982 المتضمن الصفقات العمومية التي يبرمها المتعامل العمومي، ج ر ج ج، العدد 45، الصادرة في 13 أبريل، 1982، الملغى.
- المرسوم التنفيذي 91-434 المؤرخ في 09 نوفمبر 1991 المتضمن الصفقات العمومية، ج ر ج ج، العدد 57، الصادرة في 13 نوفمبر، 1991، الملغى.
- المرسوم الرئاسي 02-250 المؤرخ في 24 يوليو 2002، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج ر ج ج، العدد 52، الصادرة في 28 يوليو 2002، الملغى.
- المرسوم الرئاسي 10-236 المؤرخ في 07 أكتوبر 2010 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية، ج ر ج ج، العدد 58، الصادرة في 07 أكتوبر 2010، الملغى.
- المرسوم الرئاسي 15-247 لمؤرخ في 16 سبتمبر 2015 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، ج ر ج ج، العدد 50، الصادرة في 20 سبتمبر 2015.
- المرسوم التنفيذي رقم 11-110 المؤرخ في 06 مارس 2011، المتمم المرسوم التنفيذي رقم 93-289 المؤرخ في 28 نوفمبر 1993 الذي يوجب على جميع المؤسسات التي

تعمل في إطار انجاز الصفقات العمومية في ميدان البناء والأشغال العمومية والري أن تكون لها شهادة التخصص والتصنيف المهنيين، ج ر ج ج، العدد 15، الصادرة بتاريخ 2011/03/09.

- المرسوم التنفيذي رقم 21-219، المؤرخ في 20 ماي 2021 المتضمن الموافقة على دفتر البنود الإدارية العامة المطبقة على الصفقات العمومية للأشغال، ج ر ج ج، العدد 50، الصادرة بتاريخ 24 يونيو 2021.

5- القرارات:

- القرار الوزاري المؤرخ 21-11-1964، المتضمن المصادقة على دفتر البنود الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال، ج ر ج ج، العدد 46، الصادرة بتاريخ 19 جانفي 1965.

- القرار الوزاري المؤرخ في 28/03/2011، المتضمن البيانات التي يتضمنها الإصدار وأجال نشره، ج ر، عدد 24، الصادر بتاريخ 20 أبريل 2011.

6- القوانين الأجنبية

- قانون رقم 89 لسنة 1998، المتضمن تنظيم المناقصات والمزيدات المصري، ج ر م، العدد 19 مكرر، الصادرة بتاريخ 08-05-1998.

- دفتر الشروط العامة للطرق والجسور الفرنسي 1976.

- اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزيدات المصرية رقم 89-1998.

- قانون رقم 182 لسنة 2018، المتضمن قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة المصري، الجريدة الرسمية، العدد 39 مكرر(د)، الصادرة في 2018/10/03.

- القرار الوزاري رقم 692 لسنة 2019، المتضمن اصدار اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة المصري الصادر بالقانون رقم 182 لسنة 2018، الجريدة الرسمية العدد 244 تابع(ب)، الصادرة في 2019/10/31.

- Cahier De Clauses Administratives Generales Appliques aux marchés publiques de travaux, 01/01/2010.

- Decret n2018-1075 du 03/12/2018 portant partie réglementaire du code de la commande publique, JORF n0281 du 05/12/2018.

- Ordonnance n 2018-1074 du 26/11/2018 portant partie législative du code de la commande publique, n0281 du 05/12/2018.

ب/ الكتب:

1-الكتب العامة:

- ابراهيم عبد العزيز شيحا، الوسيط في مبادئ وأحكام القانون الاداري، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، 1997.
- أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي الخاص، جرائم الفساد والمال والأعمال والتزوير، الجزء الثاني، ط الثامنة، دار هومة، الجزائر، 2008.
- أحمد عياد، مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1973.
- أحمد محيو، محاضرات في المؤسسات الادارية، الطبعة الرابعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1986.
- إدريس فاضل، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، قصر الكتاب للنشر والتوزيع، الجزائر، 2006.
- العربي بلحاج ، النظرية العامة للالتزامات القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1999.
- أمال عثمان، شرح قانون العقوبات الاقتصادي في جرائم التموين، دار النهضة العربية، 1983.
- أمين مصطفى محمد، النظرية العامة لقانون العقوبات الإداري، المكتبة القانونية، 1997.
- أنس جعفر، العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003.
- أنس جعفر، العقود الادارية، دراسة مقارنة لنظم المناقصات والمزايدات وتطبيقه لقانون 1998، الخاص بالمناقصات والمزايدات في مصر ولأئحته التنفيذية وفقا لآخر تعديلات 2006، مع دراسة عقد البوت، ط 4، دار النهضة العربية، 2007.
- ثروت بدوي، سلطة الادارة في تعديل عقودها الادارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1963.

- جابر جاد نصار، العقود الادارية، دار النهضة العربية، 2000.
- جابر جاد ناصر، الوجيز في القانون الإداري، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006.
- جديدي معراج، مدخل لدراسة قانون التأمين الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2000.
- حسين درويش عبد العال، النظرية العامة في العقود الإدارية، ج 2، مكتبة لانجلو المصرية، 1958.
- حسين عبد العال، النظرية العامة في العقود الادارية، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، مكتبة الانجلو المصرية، القاهرة، 1958.
- حمدي عكاشة، العقود الإدارية في التطبيق العملي، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1997.
- رابحي أحسن، الأعمال القانونية والإدارية، دار الكتاب الحديث، القاهرة، 2013.
- سعاد الشرقاوي، العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007.
- سعيد حسين علي، القانون الاداري، الطبعة الأولى، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، 2018.
- سعيد عبد اللطيف، النظرية العامة للجزاء الجنائي، العقوبات والتدابير الاحترازية، دراسة مقارنة بالشرعية الاسلامية، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، 1991.
- سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، دراسة مقارنة، ط 5، دار الفكر العربي، القاهرة، 2005.
- سليمان محمد الطماوي، مبادئ القانون الإداري، دراسة مقارنة، الكتاب الثاني، دار الفكر العربي، دار الفكر العربي، القاهرة، 1979.
- سليمان الطماوي، الوجيز في القانون الإداري، دار الفكر العربية، القاهرة، 1996.
- شفيق عبد المجيد الحديثي، النظام الانضباطي لموظفي الدولة في العراق، ط 1، مديرية مطبعة الإدارة المحلية، بغداد، 1975.
- صبري محمد السنوسي، الإجراءات أمام القضاء الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998.

- صلاح الدين فوزي، المبادئ العامة غير المكتوبة في القانون الإداري، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998.
- صلاح الدين فوزي، قانون المناقصات والمزايدات، رقم 98 لسنة 1989، المشاكل العملية والحلول القانونية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000.
- طعيمة الجرف، القانون الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، 1978.
- عادل عبد الرحمن خليل، المبادئ العامة في آثار العقود الإدارية وتطبيقاتها، دار النهضة العربية، القاهرة، 1994-1995.
- عبد الحميد مفتاح خليفة، إنهاء العقد الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2007.
- عبد الحميد الشواربي، العقود الإدارية في ضوء الفقه، القضاء والتشريع، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2003.
- عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية في ضوء المناقصات والمزايدات ولأحته التنفيذية، دار محمود للنشر، القاهرة، 2015.
- عبد العزيز عبد المنعم خليفة، تنفيذ العقد الإداري وتسوية منازعاته قضاءً وحكماً، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2009.
- عبد العزيز المنعم خليفة، ضوابط العقود الإدارية العام، دار الكتاب الحديث، القاهرة، 2008.
- عبد القادر عدو، ضمانات تنفيذ الأحكام الإدارية ضد الإدارة العامة، الطبعة الثانية، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر.
- عبد الودود يحي، الموجز في النظرية العامة للإلتزامات، القسم الأول مصادر الإلتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، 1987.
- عزيزة الشريف، دراسات في نظرية العقد الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، 1981.
- علي عبد الأمير قبلان، أثر القانون الخاص على العقد الإداري، الجزء الأول، الطبعة الأولى، مكتبة زين الحقوقية والادبية، بيروت لبنان، 2011.
- علي عبد العزيز الفحام، سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري، دار الفكر العربي، مصر، 1975.

- عمار بوضياف، القرار الإداري، دراسة تشريعية قضائية فقهية، الطبعة الأولى، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2007.
- عمار بوضياف، المنازعات الإدارية، القسم الثاني، الجوانب التطبيقية للمنازعات الإدارية، الطبعة الثالثة، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2018.
- عمار بوضياف، الوجيز في القانون الإداري، دار الريحانة، الجزائر، 2001.
- عمار بوضياف، الوجيز في القانون الإداري، الطبعة الثالثة، جسور النشر والتوزيع، الجزائر، 2013.
- عمار عوابدي، القانون الإداري، النشاط الإداري، الجزء الثاني، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2007.
- عمار عوابدي، القانون الإداري، الجزء الثاني، النشاط الإداري، ديوان المطبوعات الجامعية، 2000.
- عمار عوابدي ، دورس في القانون الإداري، الطبعة الثالثة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1990.
- عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية طبقا للمرسوم الرئاسي رقم: 15247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015، القسم الأول، ط 5، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2017.
- عمر حلمي، آثار العقود الإدارية، دار الثقافة الجامعية، القاهرة، 1991.
- عمار بوضياف، المنازعات الإدارية، القسم الثاني، الجوانب التطبيقية للمنازعة الإدارية، الطبعة الثالثة، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2018.
- فاروق أحمد خماس ومحمد عبد الله الدليمي، الوجيز في النظرية العامة للعقود الإدارية، دار الكتاب للطباعة والنشر، بغداد، 1992.
- فؤاد العطار، القانون الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، 1972.
- فؤاد العطار، رقابة القضاء لأعمال الإدارة ، الطبعة الثانية، مطابع دار الكتاب العربي، القاهرة، 1960-1961.
- كنعان نواف، القانون الإداري، الكتاب الثاني، الطبعة الأولى، دار العلمية الدولية ودار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2003.

- لحسن بن الشيخ آث ملويا، المنتقى في قضاء مجلس الدولة ، ج 1، دار هومة، الجزائر، 2002.
- ماجد راغب الحلو، القانون الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1996.
- مازن ليلو راضي، العقود الإدارية في القانون الليبي والمقارن، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2003.
- مازن ليلو راضي، القانون الإداري، الطبعة الثالثة، د د ن، عمان، دون سنة نشر.
- مازن ليلو راضي، القانون الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2005.
- مازن ليلو راضي، دور الشروط الاستثنائية في تمييز العقد الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2002.
- محمد أبو يونس، أحكام القانون الإداري، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 1996.
- محمد الصغير بعلي، القرارات والعقود الإدارية، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، 2017.
- محمد الصغير بعلي، القانون الإداري، ب ط، دار العلوم، الجزائر، 2005.
- محمد أنس قاسم، العقود الإدارية، دار النهضة العربية، 2000.
- محمد سعيد حسين أمين، دراسة وجيزة في فكرة العقود الإدارية وأحكام إبرامها، دار الثقافة الجامعية، 1992.
- محمد صلاح عبد البديع، الوسيط في القانون الإداري، الجزء الأول، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003.
- محمد عبد الله حمود، إنهاء العقد بالإرادة المنفردة، الطبعة الأولى، دار العلمية الدولية للنشر والتوزيع، الأردن، 2002.
- محمد علي الخلايلة، القانون الإداري، الكتاب الثاني، كلية الحقوق، جامعة مؤتة، 2012.
- محمد فؤاد عبد الباسط، أعمال السلطة الإدارية، القرار الإداري، مكتبة الهداية للطبع والنشر، الإسكندرية، 1989.
- محمد فؤاد عبد الباسط، القانون الإداري، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2005.
- محمد فؤاد عبد الباسط، العقد الإداري، المقومات والإجراءات والآثار، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2006.

- محمد فؤاد مهنا، مبادئ وأحكام القانون الإداري في جمهورية مصر العربية، الناشر مؤسسة شبابي الجماعة، د س ن.
- محمد محمد عبد اللطيف، القانون الإداري للأموال، الكتاب الثاني، الأشغال العامة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2014.
- محمد مقبل العنجلي، آثار العقد الإداري، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار وائل للنشر والتوزيع، الأردن، 2015.
- محمود حلمي، العقد الإداري، دار الفكر العربي، القاهرة، 1977.
- محمود خلف الجبوري، العقود الإدارية، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2010.
- مسعود شيهوب، المبادئ العامة للمنازعات الإدارية، نظرية الاختصاص، الجزء الثاني، الطبعة السادسة، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 2013.
- مفتاح خليفة عبد الحميد، حمد محمد حمد السلماي، العقود الإدارية وأحكام إبرامها في القانون الليبي، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2008.
- مفتاح خليفة عبد الحميد، إنهاء العقد الإداري، أبو العزم للطباعة، الإسكندرية، مصر، 2006.
- منصور محمد أحمد، مفهوم العقد الإداري وقواعد إبرامه، دار النهضة الحديثة، القاهرة.
- منصور محمد أحمد، العقود الإدارية، الجزء الأول، مفهوم العقد الإداري وقواعد إبرامه، الجزء الأول، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000.
- محمد ماهر أبو العينين، العقود الإدارية، دار أبو المجد للطباعة بالهرم، 2003.
- نصري منصور النابلسي، العقود الإدارية، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، منشورات زين الحقوقية، لبنان، 2010.
- نواف كنعان، القانون الإداري، الطبعة الأولى، الدار العلمية الدولية، عمان، 1996 .
- نواف كنعان، القانون الإداري، الكتاب الثاني، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2010.

2-الكتب المتخصصة

- أحمد محمد توميد، التنظيم القانوني للجزاءات المالية في العقود الادارية(دراسة مقارنة)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2017.
- النوي خرشي، الصفقات العمومية، دراسة تحليلية ونقدية وتكميلية لمنظومة الصفقات العمومية، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2018.
- بلاوى ياسين بلاوى، الجزاءات الضاغطة في العقد الإداري، دار الكتب القانونية، دار شتات للنشر والبرمجيات، مصر - الإمارات، 2011.
- دنون سليمان يونس العبادي، مظاهر السلطة العامة في إنهاء العقد الإداري، دار الكتب القانونية ، مصر، 2015.
- رياض عبد عيسى الزهيري، مظاهر سلطة الإدارة في تنفيذ المقاولات العامة، الطبعة الأولى، مطبعة العربي الحديثة، بغداد، 1976.
- طارق محمد عبد الرحمن سلطان، سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات على المتعاقدين معها في العقود الإدارية وضوابطها، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2010.
- عبد الله الرحمن محمد سامح، سحب العمل من المقاول في عقود الأشغال العامة، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، مركز الدراسات العربية، مصر، 2016.
- عبد الله نواف العنزي، النظام القانوني للجزاءات في العقود الإدارية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2010.
- عبد المجيد فياض، نظرية الجزاءات الإدارية في العقد الاداري، ط1، دار الفكر العربي، القاهرة، 1975.
- عبد المجيد فياض، نظرية الجزاءات في العقد الاداري، الطبعة الأولى، 1985.
- عماد صوالحية، الجزاءات الإدارية العامة، الطبعة الأولى، دار الوفاء لندنيا الطباعة والنشر، الإسكندرية، 2014.
- محمد أنس قاسم جعفر، النظرية العامة لأحكام الإدارة والأشغال العامة، الطبعة الثالثة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1992.
- محمد باهي أبو يونس، الرقابة القضائية على شرعية الجزاءات الإدارية العامة-الغرامة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2000.

- محمد حسن مرعى الجبوري، سلطة الإدارة في فرض الجزاءات الجنائية والمالية في العقود الإدارية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2014.
- محمد فؤاد الحريري، تعديل عقود الأشغال العامة وفقا لنظام أوامر التغيير، دراسة مقارنة بين القانون المصري وعقود الفيديك النموذجية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2011.
- محمود خلف الجبوري، العقود الادارية، الطبعة الثانية، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 1998.
- مدحت أحمد يوسف غنايم، النظام القانوني لغرامة التأخير في العقود الادارية، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، 2014.
- نصر الدين بشير، غرامة التأخير في العقد الإداري وأثرها في تسيير المرفق العام، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2007.
- هيثم حليم غازي، سلطات الإدارة في العقود الإدارية، دراسة تطبيقية، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2014.

ج/ الأطاريح والرسائل والمذكرات:

1- أطاريح الدكتوراه:

- بن شعبان علي، آثار عقد الأشغال العامة على طرفيه في التشريع الجزائري أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه في القانون العام، جامعة منتوري، قسنطينة 2011-2012.
- بن صغير مليكة أسماء، غرامة التأخير في الصفقات العمومية، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم القانونية، تخصص حقوق فرع التجريم في الصفقات العمومية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجيلالي ليابس سيدي بلعباس، 2018-2019.
- جليل موني، المنافسة في الصفقات العمومية في الجزائر، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه، القانون العام، كلية يوسف بن خدة، جامعة الجزائر 1، 2015.
- سعيد عبد الرزاق باخبيرة، سلطة الإدارة الجزائرية أثناء تنفيذ العقد الإداري، دراسة مقارنة، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2007-2008.

- سيد أحمد محمد جاد الله، سلطة القاضي إزاء العقد الإداري، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2007.
- عليوات ياقوته، تطبيقات النظرية العامة للعقد الإداري، الصفقات العمومية في الجزائر، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق جامعة منتوري، قسنطينة، 2008-2009.
- عيسى عبد القادر الحسن، التزامات وحقوق المتعاقدين في تنفيذ الأشغال العامة، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه، جامعة القاهرة، 1997.
- عاطف سعدي محمد علي، عقد التوريد الإداري بين النظرية والتطبيق، رسالة دكتوراه، جامعة عين الشمس، كلية الحقوق، 2005.
- فهد مرزوق فهد العنزي، النظام القانوني لإبرام عقود الأشغال العامة في دولة الكويت، دراسة مقارنة، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2008.
- محمد صلاح عبد البديع السيد، سلطة الإدارة في إنهاء العقد، دراسة مقارنة أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه، جامعة الزقازيق، جمهورية مصر العربية 1993.
- هاشمي فوزية، أثار تنفيذ الصفقات العمومية على الطرفين، أطروحة دكتوراه علوم، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجيلالي الياصب، سيدي بلعباس 2017-2018.
- هارون عبد العزيز الجمل، النظام القانوني للجزاءات في عقد الأشغال العامة دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، جامعة عين شمس، مصر، 1979.

2-رسائل الماجستير:

- بحري إسماعيل، الضمانات في مجال الصفقات العمومية في الجزائر، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير، تخصص قانون الدولة والمؤسسات العمومية، كلية الحقوق، جامعة بن يوسف خدة الجزائر، 2009.
- جوادي نبيل، دفاتر الشروط في القانون الإداري الجزائري(دراسة متعلقة بعقود الإدارة)، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الإدارة والمالية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2005-2006.

- حسام فيصل، رقابة القضاء الإداري على قرار الإدارة بالفسخ الجزائي للعقد الإداري، رسالة ماجستير في العلوم الإدارية والمالية، قسم القانون العام، كلية الحقوق، جامعة دمشق، سوريا، 2017.
- خليل صالح السامرائي، عقد الأشغال العامة، دراسة مقارنة، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة منصور، الاسكندرية 2017.
- رشا محمد جعفر الهاشمي، الرقابة القضائية على سلطة الإدارة في فرض الجزاءات على المتعاقد معها، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، القانون العام جامعة بغداد، 2010.
- رياض عبد عيسى، مظاهر سلطة الادارة في تنفيذ مقاولات الأشغال العامة رسالة ماجستير، جامعة بغداد، كلية القانون والسياسة، 1975.
- زوزو زوليخة، جرائم الصفقات العمومية وآليات مكافحتها في ظل القانون المتعلق بالفساد، مذكرة مقدمة لنيل شهادة ماجستير في الحقوق تخصص قانون جنائي جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، الجزائر، 2011-2012.
- سبكي ربيعة، سلطات المصلحة المتعاقدة اتجاه المتعامل المتعاقد معها في مجال الصفقات العمومية، مذكرة ماجستير في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2013.
- سهام بن دعاس، المتعامل المتعاقد في النظام القانوني للصفقات العمومية، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة عنابة، 2005.
- شايب نوال، صفقات الأشغال العمومية في النظام القانوني الجزائري، رسالة ماجستير، القانون العام، كلية الحقوق بن عكنون، الجزائر، 2012-2013.
- عبد القادر رحال، سلطة المتعامل العمومي في توقيع الجزاءات على المقاول المتعاقد معه في القانون الجزائري، دراسة مقارنة، مذكرة مقدمة لنيل درجة الماجستير في الإدارة والمالية، جامعة مولود معمري، معهد العلوم القانونية والإدارية، تيزي وزو، 1989-1990.

- عريس عبد الرزاق، شنطاوي علي خطار، صلاحية الادارة في التعديل الانفرادي لعقد الاشغال العامة، دراسة مقارنة في فرنسا، المغرب والأردن، رسالة ماجستير كلية الدراسات العليا، الجامعة الأردنية، 1998.
- فاطمة زهراء فرقان، رقابة الصفقات العمومية الوطنية في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون، فرع الدولة والمؤسسات العمومية، كلية الحقوق جامعة يوسف بن خدة، بن عكنون، الجزائر، 2006-2007.
- فتيحة حابي، النظام القانوني لصفقة إنجاز الأشغال العمومية في ظل المرسوم الرئاسي رقم: 10-236 المعدل والمتمم، مذكرة لنيل درجة ماجستير في القانون العام، جامعة مولود معمّر، تيزي وزو، الجزائر، 2013.
- قدوج حمامة، عملية إبرام العقود الادارية في نطاق صفقات المتعاقد العمومي في الجزائر، تحليل ومقارنة، مذكرة لنيل درجة الماجستير فرع الادارة والمالية.
- وليد سعود فارس العبادي، محمد وليد حامد، الجزاءات في مجال العقود الإدارية دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية الدراسات الفقهية والقانونية، جامعة أل البيت، الأردن، 2000.

3- المقالات والمدخلات:

- احمدياتو محمد، الضمانات البنكية المقدمة في الصفقات العمومية، مداخلة مقدمة ضمن فعاليات الملتقى الدولي الذي نظّمته كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة محمد بوضياف المسيلة، بعنوان الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام في ظل المرسوم الرئاسي 15-247 والتشريعات المقارنة يومي 18-19 أكتوبر 2016.
- البنان حسن محمد علي حسين، الجزاءات المالية في العقد الاداري، دراسة مقارنة، مجلة الرافدين للحقوق، كلية الحقوق، جامعة الموصل، العدد 54، 2012.
- العنوم منصور ابراهيم، النظام القانوني لغرامة التأخير في العقود الادارية، دراسة تحليلية مقارنة، مجلة الشريعة والقانون، العدد 53، السنة 27، كلية القانون جامعة الامارات العربية المتحدة، 2013.

- بن عبد المالك بوفلجة، الغرامة التأخيرية في ظل المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، مجلة الاجتهاد القضائي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، العدد 15، 2017.
- حابي فتيحة، فسخ صفقات إنجاز الأشغال العمومية، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، المركز الجامعي لتمنراست، الجزائر، العدد 09، سبتمبر 2015.
- خالد محمد مصطفى المولى، الجزاءات المالية في العقد الاداري، دراسة مقارنة مجلة بحوث مستقبلية، كلية الحداية الجامعة، العدد 18، 2007.
- صوفية عباد، سلطة الإدارة في توقيع جزاء سحب العمل من المقاول في صفقة الأشغال العامة في التشريع الجزائري، مجلة العلوم القانونية والسياسية، المجلد 09، العدد 02، 2018.
- غنام محمد غنام، القانون الإداري الجنائي والصعوبات التي تحول دون تطوره مجلة الحقوق الكويتية، العدد الثاني، جويلية 1994.
- عبدلي سهام، الفسخ بين الطبيعة الإدارية للصفقة العمومية والقانون الخاص، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، المركز الجامعي لتمنغست، الجزائر، 2015.
- لعلام محمد صابري مولود، ملتقى حول تسيير الصفقات العمومية ملقى على إطرار ولاية تيزي وزو بتاريخ 30 و 31/01/2008.
- محمود أبو السعود، سلطة الإدارة في الرقابة على تنفيذ العقد الإداري، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، العدد الثاني، جامعة عين شمس، القاهرة، 1997.
- مروان دهمة، الجزاءات الادارية في مجال تنفيذ الصفقات العمومية، دفاثر السياسة والقانون، عدد خاص جوان، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قصدي مرياح، ورقلة، 2018.
- موسى مصطفى شحادة، حقوق وسلطات الإدارة في العقود الإدارية في دولة الإمارات العربية المتحدة، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد 2، 2006

ج/ المجلات القضائية:

- مجلة مجلس الدولة الجزائري، العدد الرابع، 2003.

- مجلة مجلس الدولة الجزائري ، العدد12، 2012.
- مجلة مجلس الدولة الجزائري ، العدد 13، 2014.
- مجلة مجلس الدولة الجزائري، العدد 14، 2016
- مجلة مجلس الدولة الجزائري، العدد 15، 2017.
- مجلة مجلس الدولة الجزائري ، العدد 16، 2018.

ثالثا/المراجع باللغة الأجنبية

- E. Laferriere, Traite de la jurisdiction adm. 2^e, 1896.
- Andre De Laubadere, traite élémentaire de droit administratif, 5^{eme} ed.1970.
- Hugues perinet, Marquet Marches Privés de Travaux in Malinvaud « Philippe »(S-D), « Droit de la construction », DALLOZ , Le Moniteur,2001.
- CE 10 MAI 1996 F.N.T .P Rec 164 :C.J.E.G1996, R.F.D.A 1997-73Concl . Frah acci .
- V. not. G. Jese, Les contrat administratifs de l'Etat, des établissements, des communes et des établissements publics, éd. Giard, 1927,1934,T . II.
- M. Degoffe, Droit de La Sanction non penale,1ere ed, Economica,2000.
- C.E,11 Janvier 1884.Level Département du pas-de- Calais, D., 1885,III,p. 7. ; C.E.,15 Juli 1881, Chemin de Fer dorleandd Rourn R.P.,706.
- A.Christophle, Traite Théorique et pratique de Travaux publics, T. II,2 e éd chevalier- Marsescq , paris, 1890.
- Laurent Richer, Droit des Contrats Administratifs,3e édition, L.G.D.J,Paris,2002.

- Jacqueline Morand-Deville, Cours de Droit Administratif des Biens, Montchrestien, Paris, 1999.
- Chninot R Les privileges Dirages Dexection Doffice de LAoffice ministration, These. Paris, 1945.
- Andre laubadere , Contrats administratifs Op. Cit.
- André De Laubadere , Franc Moderne et Pierre Delvolve, Traite de contrats administratifs, op . cit, no 1836
- Phelipe threnegre , la responsabilité contractuelle des personne publique en droit Administratif, économie , Paris, 1989.
- André De Laubadere , Franc Moderne et Pierre Delvolve, Traite de contrats administratifs, op . cit.
- André De Laubadere , Franc Moderne et Pierre Delvolve, Traite de contrats administratifs, op . cit.
- André De Laubadere , Franc Moderne et Pierre Delvolve, Traite de contrats administratifs, op . cit.
- André De Laubadere , Traite de Droit Administratifs, Sixieme Edition. L.G.D.J , Paris , 1973.
- [christophe lajoye . droit des merches publics. Berti editionsK alger.2007. p175](#)
- Bonnard roger. precise de droit administratifs. 04 eme edition. Librairie generale de droit et de jurispendence. Paris. 1943.
- Rene chapus, Droit administratif general, Tome 1, 15 edition, Montchrestien, 2001.
- G- Jeze, Les principes generaux du droit administrative, theorie generale des contrats de ladminstration, 1934-1934, T.
- Andre Laubadere. Et autres, Contrats administrative . Op. Cit.

- S-BADAOUL. Le Fait du prince dans Les contrats administratifs en droit Français et droit Egyptien these , paris,1954

فهرس المحتويات

فهرس المحتويات

كلمة شكر

إهداء

قائمة المختصرات

5..... مُقَدِّمَة

الباب الأول:

الأحكام العامة للجزاءات الإدارية في صفقة الأشغال العامة

الفصل الأول: ماهية عقد الأشغال العامة

16..... المبحث الأول: مفهوم عقد الأشغال العامة.

16..... المطلب الأول: تعريف عقد الأشغال العامة

17..... الفرع الأول: التعريف الفقهي

19..... الفرع الثاني: التعريف القضائي

21..... الفرع الثالث: التعريف التشريعي

24..... المطلب الثاني: شروطها وأطرافها

24..... الفرع الأول: شروطها

25..... أولاً: الشروط العامة

34..... ثانياً: الشروط الخاصة

35..... الفرع الثاني: أطرافها

36..... أولاً: الإدارة المتعاقدة:

42..... ثانياً: المتعامل المتعاقد

43..... ثالثاً: الأطراف الأخرى

43..... المطلب الثالث: الطبيعة القانونية لصفقة الأشغال العامة

44..... الفرع الأول: تحديد معايير التشريعية لصفقة الأشغال العمومية وموقف القضاء منها

44..... أولاً: المعايير التشريعية لصفقات الأشغال العمومية حسب المرسوم الرئاسي 15-247

49..... ثانياً: تطبيقات القضاء الإداري للمعايير التشريعية

50..... الفرع الثاني: تمييز صفقة الأشغال العمومية عن بعض العقود الإدارية الأخرى

50..... أولاً: تمييز صفقة الأشغال العمومية مع غيرها من الصفقات العمومية

55..... ثانياً: تمييز صفقة الأشغال العمومية مع غيرها من العقود الإدارية الأخرى

59..... الفرع الثالث: مجال صفقة الأشغال العمومية حسب المرسوم الرئاسي 15-247

59..... أولاً: العملية

60..... ثانياً: المنشأة

61..... المبحث الثاني: النظام الإجرائي لصفقة الأشغال العمومية

62..... المطلب الأول: أساليب إبرام صفقة الأشغال العمومية

63..... الفرع الأول: طلب العروض

64..... أولاً: تعريف طلب العروض

66..... ثانياً: أشكال طلب العروض

76.....	الفرع الثاني: التراضي
76.....	أولاً: تعريف التراضي:
78.....	ثانياً: أشكال التراضي وحالاته
86.....	المطلب الثاني: إجراءات إبرام صفقة الأشغال العامة
87.....	الفرع الأول: إجراءات طلب العروض
87.....	أولاً: تحضير الغلاف المالي
88.....	ثانياً: إعداد دفتر الشروط وعرضه على لجنة الصفقات المعنية للمصادقة عليه
92.....	ثالثاً: مرحلة الإعلان عن الصفقة
96.....	رابعاً: مرحلة إيداع العروض
97.....	خامساً: مرحلة فتح الأظرفة وتقييم العروض
99.....	سادساً: مرحلة الإعلان عن المنح المؤقت
100.....	سابعاً-إعتماد الصفقة:
100.....	الفرع الثاني: إجراءات التراضي
101.....	أولاً- في أسلوب التراضي البسيط:
101.....	ثانياً: في أسلوب التراضي بعد الإستشارة
103.....	المطلب الثالث: إلتزامات المتعامل المتعاقد
104.....	الفرع الأول: الإلتزام بالتنفيذ الشخصي للعقد
104.....	أولاً: مضمون التنفيذ الشخصي
106.....	ثانياً: التنازل الكلي عن العقد
110.....	ثالثاً: التعاقد من الباطن
112.....	الفرع الثاني: وفاء المتعاقد بإلتزاماته التعاقدية وفق الشروط المحددة في الصفقة
112.....	أولاً-تنفيذ الإلتزام بطريقة سليمة وفق ما تمليه الشروط:
113.....	ثانياً: قيام المتعاقد بتنفيذ إلتزاماته بحسن النية
114.....	الفرع الثالث: إحترام الأجال اللازمة لتنفيذ وإستلام صفقة الأشغال
114.....	أولاً: إحترام أجال التنفيذ
117.....	ثانياً: إلتزام المتعاقد بتسليم صفقة الأشغال
120.....	الفرع الرابع: الإلتزام بتقديم الضمانات المالية
121.....	أولاً: الإلزامية القانونية للضمانات القانونية
121.....	ثانياً: أنواع الضمانات
الفصل الثاني: التأصيل النظري للجزاءات الإدارية	
124.....	المبحث الأول: مفهوم الجزاءات الإدارية
125.....	المطلب الأول: تعريف الجزاءات الإدارية
126.....	الفرع الأول: معنى الجزاء الإداري
126.....	أولاً: تعريف الجزاء
128.....	ثانياً: مضمون الجزاء الإداري
135.....	المطلب الثاني: خصائص الجزاءات الإدارية

- 136..... الفرع الأول: سلطة الإدارة في توقيع الجزاء بإدارتها المنفردة.
- 140..... الفرع الثاني: حق الإدارة في توقيع الجزاءات بدون نص تعاقدي.
- 144..... الفرع الثالث: حق الإدارة في إختيار موعد توقيع الجزاء.
- 146..... الفرع الرابع: تعدد الجزاءات التي تفرضها الإدارة على المتعاقد.
- 146..... الفرع الخامس: خضوع قرار الإدارة لرقابة القضاء.
- 147..... الفرع السادس: الضرر ليس شرطا لتوقيع الجزاء.
- 148..... الفرع السابع: الجمع بين الجزاءات المتعددة وعدم إعاقة الإدارة في فرضها
- 148..... أولا: جواز الجمع بين الجزاءات المتعددة.
- 149..... ثانيا: عدم إعاقة الإدارة في فرض الجزاء الإداري.
- 150..... المطلب الثالث: التكييف القانوني للجزاءات الإدارية.
- 150..... الفرع الأول: الجزاء الإداري تعويض للإدارة.
- 152..... الفرع الثاني: الجزاء الإداري إجراء غايته تحميل المتعاقد على تنفيذ إلتزاماته.
- 152..... الفرع الثالث: الجزاء الإداري عقوبة للمتعاقد.
- 155..... المبحث الثاني: حق الإدارة في فرض الجزاءات.
- 157..... المطلب الأول: تطور حق الإدارة في فرض الجزاءات.
- 157..... الفرع الأول: الإكتفاء بالجزاءات العقدية.
- 160..... الفرع الثاني: فرض جزاءات غير عقدية بوساطة القاضي.
- 162..... الفرع الثالث: سلطة الإدارة في فرض جزاءات غير عقدية بنفسها.
- 165..... المطلب الثاني: الأساس القانوني لسلطة الإدارة في فرض الجزاءات.
- 166..... الفرع الأول: فكرة السلطة العامة كأساس لسلطة الإدارة في فرض الجزاءات.
- 166..... أولا: معنى فكرة السلطة العامة.
- 168..... ثانيا: موقف الفقه من فكرة السلطة العامة كأساس لسلطة الإدارة في فرض الجزاءات.
- 170..... الفرع الثاني: فكرة المرفق العام كأساس لسلطة الإدارة في فرض الجزاءات.
- 171..... أولا: معنى فكرة المرفق العام.
- 172..... ثانيا: موقف الفقه من فكرة المرفق العام كأساس لسلطة الإدارة في فرض الجزاءات.
- 175..... الفرع الثالث: موقف القضاء من الأساس القانوني لسلطة الإدارة في توقيع الجزاء.
- 176..... أولا: القضاء الفرنسي.
- 177..... ثانيا: القضاء المصري.
- 178..... ثالثا: القضاء الجزائري.
- 179..... المطلب الثالث: شروط فرض الجزاءات من طرف الإدارة.
- 179..... الفرع الأول: مخالفة المتعاقد.
- 180..... أولا: عدم إلتزام المتعاقد بالتنفيذ الشخصي.
- 185..... ثانيا: عدم إلتزام المتعاقد بتنفيذ العقد في المدة المحددة.
- 186..... ثالثا: عدم إلتزام المتعاقد بضمان سير المرفق العام.
- 186..... الفرع الثاني: إعدار المتعاقد.
- 187..... أولا: مفهوم الإعدار.

- 189..... ثانيا: إلزامية الإعذار من عدمها
- 191..... الفرع الثالث: إفتراض الضرر الذي يصيب الإدارة.....
- 192..... الفرع الرابع: إختصاص الادارة وحق المتعاقد في الدفاع عن نفسه
- 192..... أولا: إختصاص الإدارة.....
- 194..... ثانيا: حق المتعاقد في الدفاع عن نفسه

الباب الثاني:

صور الجزاءات الإدارية في صفقة الأشغال العمومية

الفصل الأول: الجزاءات المالية

- 199..... المبحث الأول: غرامة التأخير
- 200..... المطلب الأول: مفهوم غرامة التأخير.....
- 201..... الفرع الأول: تعريف غرامة التأخير وأساسها القانوني.....
- 201..... أولا: تعريفها.....
- 206..... ثانيا: أساسها القانوني.....
- 210..... الفرع الثاني: خصائص غرامة التأخير
- 211..... أولا: غرامة التأخير هي غرامة إنفاقية.....
- 213..... ثانيا- غرامة التأخير توقع دون حاجة لإثبات ضرر
- 214..... ثالثا: الغرامة التأخيرية تلقائية.....
- 216..... رابعا: الغرامة توقع إداريا
- 217..... خامسا: لا محل للغرامة التأخيرية قبل إنتهاء مدة العقد.....
- 217..... الفرع الثالث: الطبيعة القانونية لغرامة التأخير وتمييزها عن الأنظمة القانونية المشابهة لها
- 218..... أولا: طبيعتها القانونية.....
- 219..... ثانيا- تمييز غرامة التأخير عن الأنظمة القانونية المشابهة لها
- 222..... المطلب الثاني: أحكام غرامة التأخير
- 223..... الفرع الأول: ضوابط توقيع غرامة التأخير
- 223..... أولا: عدم تنفيذ الالتزامات محل التعاقد في الأجل المتفق عليه
- 227..... ثانيا:عدم التنفيذ المطابق للشروط والمواصفات المتفق عليها
- 229..... ثالثا- تضمين العقد نصا يعطي الإدارة حق توقيع غرامة التأخير
- 230..... الفرع الثاني: الإعفاء من الغرامة التأخيرية.....
- 231..... أولا- التأخير ناتج عن فعل الإدارة المتعاقدة.....
- 233..... ثانيا: القوة القاهرة
- 235..... ثالثا: الإعفاء الإداري
- 239..... رابعا: فعل الغير
- 239..... خامسا: التمديد الإداري لتنفيذ العقد.....
- 240..... الفرع الثالث: كيفية حساب غرامة التأخير وإقتطاعها
- 241..... أولا: التشريع الجزائري.....
- 242..... ثانيا: في التشريع المصري.....

244.....	المطلب الثالث: الرقابة القضائية على قرار توقيع غرامة التأخير
245.....	الفرع الأول: القضاء المختص في الرقابة القضائية على قرار توقيع غرامة التأخير
246.....	الفرع الثاني: أسباب عدم مشروعية قرار توقيع غرامة التأخير
246.....	أولاً: أوجه عدم المشروعية الخارجية
249.....	ثانياً: أوجه عدم المشروعية الداخلية
250.....	الفرع الثالث: آثار عدم مشروعية قرار توقيع غرامة التأخير
250.....	الفرع الرابع: التحكيم ومنازعات غرامة التأخير
251.....	أولاً: المنازعة القضائية في مجال توقيع غرامة التأخير
254.....	ثانياً: التحكيم في منازعات غرامة التأخير
255.....	المبحث الثاني: مصادرة التأمين والتعويض
256.....	المطلب الأول: مصادرة التأمين
256.....	الفرع الأول: مفهوم مصادرة التأمين
257.....	أولاً: تعريف مصادرة التأمين
258.....	ثانياً: أنواع مصادرة التأمين
262.....	ثالثاً: خصائص مصادرة التأمين
265.....	الفرع الثاني: الطبيعة القانونية لجزاء مصادرة التأمين وجواز الجمع بينه وبين الجزاءات المالية الأخرى
265.....	أولاً: الطبيعة القانونية لمصادرة التأمين
267.....	ثانياً: جواز الجمع بين جزاء مصادرة التأمين والجزاءات المالية الأخرى
273.....	الفرع الثالث: طريقة سداد التأمين
275.....	الفرع الرابع: سلطة الإدارة في مصادرة التأمين
275.....	أولاً: ضوابط توقيع جزاء مصادرة التأمين
276.....	ثانياً: الإعفاء من مصادرة التأمين
277.....	الفرع الخامس: خضوع جزاء مصادرة التأمين لرقابة القضاء
279.....	المطلب الثاني: التعويض
279.....	الفرع الأول: مفهوم التعويض
279.....	أولاً: تعريف التعويض
281.....	ثانياً: الطبيعة القانونية للتعويض
283.....	ثالثاً: أصل التعويض
285.....	الفرع الثاني: شروط التعويض
285.....	أولاً: الخطأ العقدي
286.....	ثانياً: الضرر
289.....	ثالثاً: العلاقة السببية بين الخطأ والضرر
290.....	رابعاً: لا تعويض إذا كان التنفيذ العيني ممكناً
290.....	الفرع الثالث: تقدير التعويض وتحصيله
291.....	أولاً- فرنسا:
292.....	ثانياً: في مصر

293.....	ثالثا: في الجزائر
296.....	الفرع الرابع: جزاء التعويض والجزاءات الإدارية الأخرى
296.....	أولا: التعويض وغرامة التأخير
297.....	ثانيا: جزاء التعويض ومصادرة التأمين
298.....	ثالثا: التعويض والفسخ

الفصل الثاني: الجزاءات غير المالية

301.....	المبحث الأول: الجزاءات الضاغطة
302.....	المطلب الأول: مفهوم الجزاءات الضاغطة
303.....	الفرع الأول: تعريف الجزاءات الضاغطة
305.....	الفرع الثاني: خصائص الجزاءات الضاغطة
308.....	المطلب الثاني: أنواع الجزاءات الضاغطة
311.....	الفرع الأول: مفهوم سحب المشروع من المتعامل المتعاقد
312.....	أولا: تعريفه
316.....	ثانيا: طبيعته القانونية
318.....	ثالثا: خصائصه
319.....	الفرع الثاني: شروط سحب المشروع من المتعامل المتعاقد
319.....	أولا- وقوع خطأ جسيم من المتعامل المتعاقد
323.....	ثانيا- توجيه الإحذار للمتعامل المتعاقد
328.....	الفرع الثالث: الآثار القانونية لجزاء سحب العمل من المتعامل المتعاقد
328.....	أولا: آثار جزاء سحب العمل بالنسبة للمقاول المنفذ
328.....	أ- إستبعاد المقاول المقصر وتنفيذ العقد على حسابه بالطريقة التي تختارها الإدارة
329.....	ب- إحتجاز الآلات والمواد الخاصة بالمقاول وإستعمالها
332.....	ثانيا: أثر جزاء سحب العمل بالنسبة للمقاول المقصر
332.....	أ- تحمل المتعامل المتعاقد كافة النفقات والمصاريف
333.....	ب- منع المتعامل المتعاقد من إعتراض المصلحة المتعاقدة في تنفيذ العقد
334.....	المطلب الثالث: ضمانات المتعامل المتعاقد
334.....	الفرع الأول: رقابة القضاء الإداري على جزاء سحب العمل من المتعامل المتعاقد
334.....	أولا: إختصاص القضاء الكامل برقابة جزاء السحب
337.....	ثانيا: نطاق الرقابة القضائية على قرار جزاء سحب العمل من المتعامل المتعاقد
345.....	الفرع الثاني: إعفاء المتعامل المتعاقد من توقيع جزاء سحب العمل عليه
346.....	المبحث الثاني: الجزاءات الفاسخة
349.....	المطلب الأول: مفهوم الفسخ الجزائي
350.....	الفرع الأول: تعريف الفسخ الجزائي
350.....	أولا: التعريف الفقهي للفسخ الجزائي
352.....	ثانيا: التعريف التشريعي للفسخ الجزائي
355.....	الفرع الثاني: طبيعته
355.....	أولا: الفسخ الجزائي من النظام العام

357.....	ثانيا: الفسخ الجزائي ليس من النظام العام
358.....	الفرع الثالث: أنواعه
358.....	أولا: الفسخ المجرد
360.....	ثانيا: الفسخ على مسؤولية المتعاقد
363.....	الفرع الرابع: حالاته
364.....	أولا: التشريع المصري
365.....	ثانيا: في التشريع الجزائري
369.....	المطلب الثاني: القواعد الإجرائية للفسخ الجزائي
370.....	الفرع الأول: شروط توقيع الفسخ الجزائي
370.....	أولا: وقوع خطأ جسيم من المتعامل المتعاقد
375.....	ثانيا: الإعدار
380.....	ثالثا: إلزام المصلحة المتعاقدة بتمكين المقاول من تقديم أوجه دفاعه قبل فسخ العقد
381.....	رابعا: إلزام الإدارة بتسبب قرار الفسخ الجزائي للعقد وإبلاغه إلى المتعاقد معها
383.....	الفرع الثاني: الآثار القانونية للفسخ الجزائي
383.....	أولا- الآثار العامة والمشاركة بين نوعي الفسخ الجزائي
386.....	ثانيا: الآثار الخاصة بالفسخ الجزائي المجرد أو البسيط
389.....	ثالثا: الآثار الخاصة للفسخ الجزائي على مسؤولية المتعاقد
397.....	المطلب الثالث: الرقابة القضائية على قرار جزاء الفسخ
398.....	الفرع الأول: القاضي المختص في النظر في قرار الفسخ الجزائي
401.....	أولا: رقابة المشروعية
404.....	ثانيا: رقابة الملائمة
406.....	الفرع الثالث: سلطات القاضي في مواجهة قرار الفسخ الجزائي غير المشروع
406.....	أولا: موقف القضاء والفقهاء الفرنسي
410.....	ثانيا: موقفه القضاء والفقهاء المصري
412.....	ثالثا: القضاء الإداري الجزائري

خاتمة

الملاحق

461.....	قائمة المصادر المراجع
----------	-----------------------------