جامعة ابن خلدون –تيارت
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق

مذكرة مقدمة لنيل متطلبات شهادة ماستر تخصص قانون اداري

الشعبة: الحقوق

بعنـــوان:

الجزاءات الإدارية كألية لتنفيذ الصفقات العمومية

من اعداد الطالبة :

- خطاب وفاء

تحت اشراف الأستاذ

–الدكتورة بوبكر عفاف

لجنة المناقشة

أعضاء اللجنة	الصفة
عيسى علي	رئيسا
بوبكر عفاف	مشرف مقررا
ميسوم خالد	عضوا مناقشا
قايد ليلى	عضوا مدعوا

السنة الجامعية :2021/2020

بسم الله الرحمن الرحيم

إهداء

الصلاة و السلام على اشرف المرسلين سيدنا محمد صلى الله عليه و سلم اما بعد

اهدي بمناسبة تخرجي هذا النجاح البسيط لكل عائلتي الكبيرة والصغيرة التي كانت بمثابة السند الحقيقي لي منذ بداية مشواري الدراسي الى نهايته

أولا الى "جدي" و "جدتي" الكريمين اطال الله في عمرهما و الى جميع عائلة "خطاب" و عائلة "سعيد" من صغيرهم الى كبيرهم و الى ابي الروحي "رحماني بن عيسى" الذي دعمني في جميع اختياراتي في الحياة

قال الله تعالى : "و قل رب ارحمهما كما ربياني صغيرا "

الى نبع الحنان الى معلمتي في الحياة "امي" التي علمتني اول كلماتي و حرصت على جميع نجاحاتي .

"ابي " الذي كان صديقي و رفيقي في جميع مسيراتي في الحياة و الدراسة و الذي دعمني و كان له الفضل في اختيار تخصص كان بمثابة الرفيق الأول في جميع ابحاثي و انجازاتي

الى زهراتي "هاجر" "باتول " "اية"

اليوم بتوفيق من الله ها انا سوف ارتدي ثوب التخرج هذه اللحظة التي لا طالما انتظرتها سأرفع قبعتي لتوديع كليتي التي افتخر بانني انتميت لها .

يقول النبي صلى الله عليه و سلم :

"لا يشكر الله من لا يشكر الناس "

انه مهما تقدمت و فتحت امامي طرق النجاح ووصلت لكل ما احلم به هذا بفضل الأساتذة الذين اقدم لهم جزيل الشكر و الاحترام الذين كانوا سببا في طريق للنجاح فلهم اسمى التحية و التقدير دون ان انسى الطاقم الإداري الذين يقدمون مجهودات جبارة لدوام و تقدم الكلية

كما اخص بالشكر الأستاذة المحترمة التي أشرفت على مذكرتي "بوبكر عفاف " التي كانت السند الأول لي في اختياراتي منذ اختيار موضوع المذكرة الى نهايتها اسال الله ان يسدد خطاها و يحفظها من كل شر

و في الأخير اقدم شكري لهاجر و اسلام و لكل من ساندني ماديا او معنويا في انجاز لهذه المذكرة

مقدمة

تحتل الصـــفقات العمومية جانبا مهما من أعمال الدولة وذلك نظرا الى مكانتها المهمة، اذ تعتبر الشـريان الذي يدعم عملية التنمية الوطنية، وتعد من أهم العقود الادارية التي تعرف بمسار تكوينها وظهورها على أرض الواقع.

لقد حرص المشـــرع الجزائري على توفير منظومة قانونية متكاملة عبر كم هائل من النصـــوص و المراســـيم الرئاســـية بداية من الأمر 67-90 وصـــولا الى المرســـوم الرئاسي274-15 المتعلق بتنظيمات الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام ،الذي يحمل في طياته ميكانيزمات و تدابير جذابة تفصل مجرى و نجاعة الصفقات العمومية .

لذلك تستند هذه الأخيرة لآليات لحماية المال العام و تسيير الصفقات العمومية على الوجه المطلوب ووفقا لقانون الجزاءات الإدارية تكرس الحفاظ الصـــالح العام و التي تحكم الروابط الناشـــئة عن العقد ، التي تتمتع بالتزامات التي يرتبها العقد في ذمة الإدارة من جهة و ما يقابلها المتعامل المتعاقد من جهة أخرى ، فإذا أخل المتعامل المتعاقد في تنفيذ التزاماته التي تضمنها العقد الإداري , كان للإدارة الحق في توقيع الجزاءات عليه .

على اعتبارات المصـــلحة المتعاقدة تعد طرفا ممتازا في العلاقة العقدية بموجب صـــفقة عمومية، فان القانون خول لها جملة من الامتيازات كســـلطتها في توقيع الجزاء بإرادتها المنفردة ، و التي تتجلى بصـورة واضـحة في حال تقاعس المتعامل المتعاقد على تنفيذ التزاماتـه و توقيع الجزاء ليس مؤذي و إنما هو جزاء لمنع كل من يعرقل ســـير الصفقة و الاضطرابات الاقتصادية أو المالية التي تلحق بالمرفق العام .

إن الجزاء التي توقعه الإدارة بمناسبة القيام بنشاطها عرف تطورا كبيرا نظرا لما يتسم به بصفات وقائية إذ صح القول دون الحاجة لإتباع الجزاءات التي يسير عليها قانون العقوبات ، بالإضافة إلى فاعليته في مواجهة بعض المخالفات التي تستدعي معها التوجه للقضاء و توقيع عقوبات جنائية هذا من جهة ، و من جهة أخرى للجزاءات عدة صور تمثلت في الجزاءات المالية تفرض على المتعامل المتعاقد و التي تمس الجانب المالي للصفقة ، أضف إلى ذلك جزاءات ضاغطة تهدف أساسا إلى إرغام المتعاقد على تنفيذ التزاماته و لا تهدف إلى إنهاء الرابطة العقدية.

لذلك فان هذا الموضوع يتناول الجزاءات الإدارية كآليات للحفاظ على الصفقات العمومية و منه على المال العام على اعتبار أنه يلم بجميع الجزاءات كيفية توقيها من طرف الإدارة كاختصاص أصيل لها دون اللجوء إلى القضاء .

من هنا تبرز أهمية الموضوع المتمثلة في أن هذه الجزاءات صمام أمان لتتميم الأعمال محل الانجاز ، و التأكيد على دور الذي تلعبه الإدارة في فرض هيبة الدولة بما أنها الطرف الممتاز في العلاقة .

ترجع أسباب اختياري لموضوع البحث بالأكثر لإثراء المكتسبات القبلية فيما يخص الجزاءات الإدارية وتسليط الضوء على الدور الذي تلعبه الإدارة في تسيير الأموال العامة.

أن القضاء لا يقوم بمهمة تطبيق الجزاء وحده كما يعتقد الكثيرون ، و إنما الإدارة أيضا لها سلطات واسعة في توقيع مختلف الجزاءات و الهدف الأساسي من ذلك

هو الصـالح العام و الحفاظ على سـير المرافق العامة بانتظام و اطراد و تحقيق الحاجات التي يرغب بها المواطن بما أن الصفقات العمومية وسيلة للتنمية و تحقيق سبل الرفاهية .

أسـاسـا إلا أنه خلال البحث في هذا الموضـوع واجهت بعض الصـعوبات التي تمثلت في أن الفقه الجزائري في معظم الدراسـات و الأبحاث القانونية قد تطرق لموضـوع الجزاءات بشكل سطحي ، وقد اعتمدت كثيرا في دراستي هذه لفقهاء مصـرين و فرنسـيين وحتى السـودانيين ،أضـف إلى ذلك قلة الأحكام القضـائية الجزائرية و اسـتنادا الى أحام قضائية معظمها مصرية لإثراء الموضوع و لسد النقص خصوصا في الفصل الأول .

و علية فان إشكالية البحث في هذا الموضوع تقوم على طرح السؤال الاتي :

*هل اقتصـــرت الجزاءات الإدارية في مجال الصـــفقات العمومية على جزاء واحد ام تعددت في حالة تقاعس المتعامل المتعاقد على التنفيذ ؟

وللإجابة على هذه الإشكالية، وجب توظيف مناهج مختلفة منها :

كالمنهج التحليلي و المنهج المقارن.

ولتسـهيل عملية دراسـة البحث للوصـول إلى الحلول المناسـبة للإشـكال المطروح ارتأيت اختيار منهجين للبحث . تمثلا في:

المنهج التحليلي: الذي لا يمكن أن تخلو منه أي دراسـة قانونية هادفة 'خاصـة بالنسـبة للنصـوص القانونية لتحليل المواقف الفقهية و اسـتنباط طبيعة و تكييف الجزاءات الإدارية

أما المنهج المقارن مثل جوانب فقط من الموضـــوع لبيان أســـاس ســـلطة توقيع الجزاءات بالنسبة للجزائر والدول المقارنة.

و عليه اسـتدعت الدراسـة لهذا الموضـوع إلى ضـبط الخطة قدر الإمكان لتشـمل العناصر التي استوجبت البحث عنها و الإجابة عن الإشكالية المبينة أعلاه .

حيث تناولنا دراسـة الجزاءات الإدارية كآليات في الصـفقات العمومية وتم تقسـيم الموضوع إلى فصلين

الفصـل الأول : النظام القانوني للجزاءات الإدارية في الصـفقات العمومية وقد قسـم إلى مبحثين التالين :

المبحث الأول : ماهية الجزاءات الإدارية ، أما المبحث الثاني : حالات توقيع الجزاءات الإدارية.

وقد تمت دراسة صور الجزاء في الصفقات العمومية في الفصل الأول و أيضا تم تقسيمه إلى مبحثين و هما:

المبحث الأول: الجزاءات المالية، و المبحث الثاني: الجزاءات الضاغطة.

الفصل الأول

الفصل الأول: النظام القانوني للجزاءات الإدارية في الصفقات العمومية.

تعد الصفقات العمومية عقودا إدارية و بإعتبارها تصرفات قانونية ، وضعها المشرع في يد للمصـــلحة المتعاقدة من أجل تنفيذ البرامج و المخططات التنموية الوطنية و المحلية فهي ذات صـلة وثيقة بالخزينة العمومية و لضـمان نجاعتها و الحفاظ على المال العام كفل المشرع ضرورة إرغام الإدارة على إتباع إجراءات الإبرام و التنفيذ مع إحترام مبادئ الصفقات العمومية.

ان لسلطة الإدارة في توقيع الجزاءات يجعلها تتسم بالتميز على باقي السلطات الأخرى المخولة لها تنفيذ العقود الادارية ، فهي ســـلطة اســـتثنائية تفرض فقط عند الاخلال بتنفيذ الإلتزامات القانونية من قبل المتعاقد معها ،وقد مر الاعتراف للإدارة بحقها في توقيع الجزاءات على المتعاقد معها في حالة إخلاله بتنفيذ التزاماته التعاقدية بمراحل تطور في قضاء مجلس الدولة الفرنسي إلى أن استقلت بنظام قانوني مصدره القانون العام، وبموجبه أصبح لنظرية الجزاءات في العقد الإداري خصائصها المشتركة في أساسها القانوني، الذي تقوم عليه وهو ما يتميز به نظام الجزاءات في مجال تنفيذ العقود الإدارية عن نظام الجزاءات المعمول به في نظام القانون الخاص .هذه الجزاءات تختلف في مجال تطبيقها عن الجزاءات المقررة في مجال العقود المدنية.

سافصل في هذه الجزاءات المعمول بها في الصفقات العمومية في شكل خطة منهجية اعتمدتها للالمام بالموضوع و تتمثل في :

المبحث الأول: ماهية الجزاءات الإدارية

المبحث الثاني: حالات توقيع الجزاءات الإدارية

المبحث الأول: مفهوم الجزاءات الإدارية

ان الجزاء الإداري غايته هو العقاب على التقصـير في أداء التزام ما وهو يرتكز على الأخطاء ويكتسـي من حيث المبدأ بطابع شـخصـي وهو إحدى الآليات التي تلجأ إليها الدول من أجل تحقيق أهدافها و خصوصا في صفقاتها العمومية التي تعتمدها لتنفيذها .

للجزاء الإداري خاصية ينفرد بها هو انه يصدر من جهة غير قضائية ولكن بواسطة سـلطة إدارية وهو ما يضـفى عليه شـكل القرار الإداري تنطوي الجزاءات الإدارية على طابع غير مألوف . انها تأثر على أحد الأشكال اعتراضا من الناحية التارخية على الامتيازات التي من شأنها أن يعترف بها للإدارة .

لذلك يقتضي علينا تسليط الضوء حول تحديد مفهوم الجزاءالادارية و التطرق الى اهم خصائصها بالإضافة الى طبيعتها القانونية ثم اللجوء الى الأساس القانوني لفكرة سلطة توقيع الجزاء و هذا ما سنبينه من خلال المطلبين التاليين:

المطلب الأول : ماهية الجزاءات الإدارية

المطلب الثاني : الطبيعة القانونية لسلطة توقيع الجزاء

المطلب الأول : ماهية الجزاءات الإدارية

ان القانون الإداري لم يضـــع الضـــوابط القانونية الكافية لفكرة الجزاء الإداري. إلا أن هذه الفكرة تحدد اليوم تطبيق النظام القانوني, اما بابرازها العناصـــر التي اعتبرها القضـــاء إدارية, والأخرى دستورية, والفقه يقدم جانبا عريضًـا من التعريفات, فمن التعريف الواسع الى التعريف الضيق .

مع تزايد الجزاءات الإدارية أصـــبح على عاتق المشـــرع بأن يتبنى نظاما يرتكز على خصائص متعددة وتناسب كل جزاء مع خطأ و أن يتوافر على كل سلطة منوطة به توقيعه.

سنحدد من خلال مايلي تعريف الجزاءات الإدارية و اهم خصائصها و طبيعتها القانونية

الفرع الأول : تعريف الجزاءات الإدارية

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

أما في الاصطلاح الفقهي القانوني فيقصد بالجزاء:" ذلك الأثر الذي يترتب وفقا للقانون على مخالفة القاعدة القانونية من خلال اتخاذ الدولة ممثلة في سلطاتها المختلفة كافة الوسائل في

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

الاجراءات لضـــمان نفاذ القاعدة القانونية وفعاليتها ســـواء كان ذلك عن طريق منع وقوع المخالفة أو عن طريق معالجة الوضـــع الذي أدت إليه المخالفة أو عن طريق ردع من قام بالمخالفة[1] ." ومعنى ذلك إنه إذا خالفها أي شخص تحرك عناصر الجزاء ليترتب أثره وفي نفس الوقت تبرز مكانة القاعدة القانونية ودرجة الزامها[2] فالجزاء بهذا المعنى هو ركن القاعدة القانونية وعنصر من العناصر المكونة لها بحيث لا يمكن فصل أحدهما عن الآخر.

قد عرف " الدكتور عبد العزيز خليفة " الجزاءات الإدارية على انها قرارات إدارية فردية ذات طبيعة عقابية جزاء مخالفات التزامات قانونية او قرارات إدارية توقها الادراة كسلطة عامة بمناسبة مباشرتها لنشاطها وفق للشكل و الإجراءات المقررة قانونا غايتها ضبط أداء الأنشطة الفردية بما يحقق المصلحة العامة [3].

وفقا لهذه التعاريف نجد أن وصـــف الجزاء بأنه بمثابة الركن الجوهري للقاعدة القانونية وبدونه تصبح مجرد أحرف ميتة لا وجود لها من الناحية العلمية[4] .

---

[1] أحمد الرفاعي ,**مدخل العلوم القانونية** (نطرية القانون) ,كلية الحقوق جامعة نبها السعودية ,سنة 2007 ,ص 32

[2] عمار بوضياف ,**المدخل للعلوم القانونية** (النظرية العامة للقانون و تطبيقاتها في التشريع الجزائري) , الطبعة الثالثة جسور النشر و التوزيع الجزائر, 2003 ,ص 27

[3] علي فلالي ,**مقدم في القانون** ,مرقم للنشر و التوزيع ا,لجزائر ,سنة 2005 ,ص33

[4] عمار بوضياف ,المرجع السابق, ص 26 .

ومن الأكيد أنه توجد لهذه الجزاءات الإدارية خصـــائص تميزها عن باقي الجزاءات الأخرى و التي بنفس المعنى تقريبا كالجزاءات الجنائية وســـوف نذكرها بتقنية المقارنة باراز جوهر خصائص هذه الجزاءات الإدارية.

الفرع الثاني: خصائص الجزاءات الإدارية.

أصـــبحت الجزاءات الإدارية اليوم طريقا مألوفا لتنفيذ القانون فهي لم تنشـــأ بلا هدف وإنما لها معالم تحدده وأهداف تستوجبه وهي التي تحدد خصائصه كالآتي:

أولا: الجزاءات الإدارية توقعه سلطة إدارية:

امتياز المبادرة وهو يعني حق الإدارة في توقيع الجزاء بنفســـها دون حاجة إلى اللجوء إلى القضـــاء من خلال الســـندً التنفيذي مما يجعل المتعاقد معها دائما موقف المدعي ونادرا ما تكون الإدارة مدعيا وهذه الخاصية في القانون العام أو الخاص[1] .

وهنا نشير إلى أن الجزاء الإداري حتى يكتسب هذه الصفة أن نتأكد من أن كان يدخل في نطاق ما تتمتع به الإدارة من امتيازات السلطة العامة من عدمه[2].

[1] سليمان الطماوي ,**الأسس العامة للعقود الإدارية** ,دراسة مقارنة - الطبعة 05- دار الفكر العربي – مصر ,سنة 1991 ص501 ,و كذلك عصمت **الشيخ مبادئ أساسية في العقود الإدارية** ,ص61 .

[2] - مصطفى فهمي أبو زيد, **القانون الإداري** ,منشأ المعارف الإسكندرية, سنة 1955 ,ص601.

فقد اصـــبحت الإدارة تملك ســـلطة توقيع الجزاءات على المتعاقد معها إذا قصـــر بالتزاماته التعاقدية ودون اللجوء للقضـــاءً وما يبرر تمتع الإدارة بهذه الســـلطة هو تقصـــير المتعاقد مع الإدارة وتراخيه في تنفيذ التزاماته بسبب الضرر .

و عليه فإن الإدارة لها سلطة توقيع الجزاءات بنفسها ودون تدخل القضاء لما يتصف به القضاء من بطء قد يهدد للمرفق العام[1] وتجنبا سيره .

حســـب المحكمة الإدارية العليا المصـــرية بقولها "إن الإدارة تعمل في ابرامها للعقد الإداري بوصـــفها ســـلطة عامة تتمتع بحقوق وامتيازات لا يتمتع بمثلها المتعاقد معها وذلك بقصـــد تحقيق نفع عام أو مصـــلحة مرفق من المرافق العامة [2] كما تعتمد في ابرامه وتنفيذه على أسـاليب القانون العام، فكلا المتعاقدين فيه غير متكافئتين، مما يجعل للإدارة تعتمد في ابرامه سلطة التنفيذ مراقبة شروط العقد، وكذا توقيع جزاءات على المتعاقدين على متعاقديها بإرادتها المنفردة .

وقد أقرت أيضـــا أن للإدارة الحق في توقيع الجزاءات على متعاقديها ولا تســـتند في ذلك الى العقد الإداري بل الى ســـلطتها الضـــابطة الى المرفق العام و العمل على القواعد

[1] - د.جابر جاد نصار ا,**لوجيز في العقود الإدارية** ,مصر القاهرة ,دار الفكر العربي, سنة 1995 ,ص 165.
[2] نجوى محمد الصادق المهدي ,**حفظ الدعوى الجنائية اكتفاء بالجزاء الادارس** ,مجلة القانون و الاقتصاد ,الجمعية القانونية للقانون الجنائي ,بحث مقدم في المؤتمر الدولي -الثالث عشر- لقانون العقوبات, سنة 1984 ,ص10.

الأصولية التي تقتضي بها طبيعة العقود الإدارية و أهدافها و قيامها على فكرة حسن استمرار المرافق العامة .

ثانيا : الجزاء الإداري ذو طبيعة ردعية :

ان للجزاء الإداري والجزاء الجنائي خاصية مشتركة تتمثل في الردع الذي يوقع على كل سلوك آثم أما من ناحيتهما الاجابية لكل منهما ينطوي على اعتداء لمصلحة يحميها القانون بغض النظر عن طبيعتها، وليس بالضرورة أن تكون المصلحة الواقع عليها هذا الاعتداء تحته إدارية.

تتلخص العبرة من وقوع الاعتداء على مصلحة بلغت أهميتها في نظر المشرع و كانت له المسؤولية في وضع حدا لحمايتها أيا كان صاحب تلك المصلحة[1].

فمثال سحب رخصة القيادة إداريا [2]بسبب السكر يمثل جزاء عن فعل هدد مرتكبه مصلحة جديرة بالاعتبار تتمثل في حق مستعملي الطرق العمومية و السائق في حياته.

على ذكر ذلك فالملاحظ هنا أن المصلحة الإدارية ليست محل اعتبار ورغم ذلك يبقي الجزاء إداريا وعليه فإنه يتميز بالنزعة الردعية حتى يضمن تطبيقه التزام الأفراد باحترام أحكامه، فنجد أن اذا ما كان الجزاء مفروضا لعبرة منه اذ لم يكن له صفة الردع و التي

[1] - نجوى محمد الصادق المهدي, المرجع السابق ,ص10.

[2] - محمد باهي أبو يونس, **الرقابة القضائية على شرعية الإدارية** ,دار النشر الجامعة الجديد ا,لإسكندرية, سنة 2000 ,ص10.

تلزمه الخضـــوع لذات المبادئ العقابية التي يخضـــع لها الجزاء الجنائي عموما من الناحية الشرعية الموضوعية[1]أو كان القصد منه ضمان مشروعيته الإجرائية .

لقد ابدى المجلس الدستوري الفرنسي في إخضاع الجزاء الإداري الى المبادئ المتمثلة في مبدأ الشرعية و شخصية التناسب و غيرها بأنها " مبادئ لا تتعلق بحسب العقوبات التي يحكم بها القضـاء الجنائي وإنما يسـتلزم توافرها بالنسـبة لكل جزاء ذو طبيعة ردعية حتى لو خوله المشرع بسلطة اتخاذه إلى جهة غير قضائية".

ثالثا : توقيع الجزاء الإداري دون الحاجة الى نص يقرره :

تمتلك الادارة حق توقيع الجزاءات على المتعاقد معها ولو لم ينص على ذلك في العقد. ويرجع ذلك الى صلة العقود الادارية بالمرافق العامة بحيث لا يجوز أن يحمي سكوت العقد المتعاقد مع الادارة من اخلاله بالتزاماته واذا نص العقد على بعض الجزاءات فان ذلك لا يعني ان تقتصـــر الجزاءات التي يجوز توقيعها على تلك المنصـــوص عليها في العقد بل تســـتطيع الادارة ان توقع على المتعاقد جميع انواع الجزاءات المقررة، على انه يجب التمييز بين أمرين، فالنص على جزاءات معينة لبعض المخالفات لا يقيد الادارة في توقيع جزاءات على المخالفات الاخرى، في حين تتقيد الإدارة بالجزاء الذي نص عليه في هذه الحالة[2] .

---

[1]- محمد سامي الشوا ,**قانون الإداري الجزائري** ,دار النهضة العربية ,القاهرة ,ص 43.

[2]- محمود عاطف البنا ,**العقود الإدارية دار الفكر العربي للنشر** ,و التوزيع الطبعة الأولى ,مصر سنة 2007 ,ص 248-249 .

رابعا : عمومية الجزاء الإداري

يتصـــف الجزاء الإداري بالعمومية أي أنه لا يقتصـــر على فئة معينة من المواطنين، وإنما تمتد سلطة الإدارة بتوقيعه على جميع الأفراد الذين يخالفون النص القانوني والمتخاطبين به، أو القرار المتعلق بهم بحيث لا يتوقف توقيعه على رابطة خاصـــة أو علاقة معينة تربط الإدارة بالأفراد الخاضعين له[1]

خامسا: عدم اشتراط الضرر لتوقيع الجزاء الإداري و حل الإدارة في اختيار موعد اقاعه .

إن نظام الجزاءات في العقود الإدارية لا يستهدف فقط اعادة التوازن بين الالتزامات المتبادلة التي تنشـأ بين طرفي العقد، وانما هدفه الاسـاسـي هو الوصـول الى تنفيذ الالتزام المتصـــل بالمرفق العام أو مجازات المتعاقد على امتناعه أو تأخره عن التنفيذ تحقيقا للغاية نفسها

أما فكرة تعويض الضـــرر المترتب على خطأ المتعاقد فتأتي في المرتبة الثانية لان ضمان سير المرفق العام أهم بلا شك للمصلحة العامة من تعويض الضرر[2]

[1] -محمد سعد فودة ,دار الجامعة الجديد ,الإسكندرية سنة 2006-2007 ,ص 82-83.
[2] - محمود عاطف البنا, المرجع السابق ,ص 246.

فالجزاءات تفرض بالإرادة المنفردةً للإدارة دون حاجة للجوء الى القضـــاء أو اثبات الخطأ من جانب المتعاقد فالضرر مفترض افتراضا قانونيا غير قابل لإثبات العكس لاتصال العقد بالمرفق العام أو المصلحة العامة [1]

الفرع الثالث: الطبيعة القانونية لسلطة توقيع الجزاءات الإدارية.

كما ســبق القول بأن الجزاءات الإدارية هي تلك الجزاءات التي تفرضــها جهة إدارية مخولة بموجب القانون على المتعاقد معها في حالة اخلاله بتنفيذ شـــروط العقد الإداري و لتحديد التكييف أو الطبيعة القانونية لهذه الســلطة (ســلطة الإدارة في توقيع الجزاءات)هي تحديد الوصف الذي تاخذه الجزاءات حينما تفرضها الإدارة على المتعاقد معها . فانقسمت أراء الفقه على هذا الأساس سوف نتطرق لتحديد هذه الطبيعة القانونية على حسب ما يلي

أولا : الجزاءات التعويضية من المتعاقد للإدارة :

تعد الجزاءات التي تفرضـــها الإدارة، وهي بصـــدد تنفيذها لعقودها الإدارية بمثابة تعويض جزائي لها، وذلك نتيجة الأضـــرار التي تحملتها من جراء إخلال المتعاقد معها في تنفيذ التزاماته التعاقدية[2].

[1] -ماهر صالح علاوي, **القانون الإداري**, جامعة الموصل ,سنة 1989 ,ص 237.
[2] -دكتور محمد حسن المرعى الجبوري ,**العقود الإدارية** ,دار الثقافة للنشر و التوزيع ,الطبعة الأولى ,الجزائر, سنة 2010 ,ص 45 .

حسب القضاء المصري " إن غرامة التأخير التي تتضمنها العقود الإدارية هي وفقا للتكييف القانوني الصحيح صورة من صور التعويض الاتفاقي يرتضيه الطرفان سلفا نظير الضرر الناشئ[1]".

وعليه ان كل خطأ سواء كانت نتيجة لإخلال بالتزام تعاقدي أو نتيجة لإخلال بالتزام حسب المادة 124 من ق.م.ج فرضه القانون سبب ضررا لغيره يلزم من ارتكبه بالتعويض إلا أن الطبيعة القانونية لهذا غير مؤسس ذلك للسبب التالي:

حيث أن الجزاءات التي تفرضها الإدارة في مجال تنفيذ عقودها الإدارية ليست تعويضا[2] ذي طابع مالي فقط، بل تتخذ الجزاءات في مجال تنفيذ العقود الإدارية صورا وأنواعا ،كما سيتم التعرض عديدة، منها ما هي ذي طبيعة مالية، ومنها ما هي ذي طبيعة غير مالية[3] لذلك لاحقا عند التطرق لأنواع الجزاءات الإدارية في مجال تنفيذ العقود الإدارية.

ثانيا: الجزاءات العقابية من الإدارة للمتعاقد معها.

تعد الجزاءات في مجال تنفيذ العقود الإدارية عقوبة تفرضها الإدارة على المتعاقد معها لأن إخلال المتعاقد في تنفيذ التزاماته التعاقدية[2] يقضي توقيع الجزاءات عليه من قبل الإدارة

[1] - فتوى مجلس الدولة المصري, بتاريخ 10-05-1959 ,نقلا عن مرجع حسن مرعى الجبوري نفسه ,ص 45 .
[2] -رشا محمد جعفر الهاشمي **,الرقابة القضائية** ,سلطة الإدارة في فرض الجزاء على المتعاقد –دراسة مقارنة – الطبعة الأولى, منشورات الحلبي الحقوقية ,بيروت, لبنان 2010 ,ص 46.

المتعاقدة معه بهدف ردعه واجباره، مما يدفعه ذلك إلى تنفيذ ما أخل به من التزاماته المفروضة عليه بموجب العقد الإداري الذي يربط بينهما.

ان الجزاءات التي تفرض في مجال العقود الإدارية تهدف الى إصـــلاح المخالفات التي تحدث أثناء مرحلة التنفيذ من خلال تعويض الطرف المتعاقد عن الأضـــرار التي لحقته ان الأســاس الجزاءات يســتهدف معنى العقوبة . فيعد ضــمانة لدوام اســتمرارية المرفق العام بانتظام و اطراد هذا ما يجعلها بمثابة أليات هدفها الأساسي العمل على ضمان العقد الإداري مما يجعلها تستعمل سلطتها في توقيع الجزاءات .

ثالثا: الجزاءات الاجبارية على المتعاقد المتعامل .

ان اجبار الإدارة لفرض الجزاءات على المتعاقد معها لتنفيذ التزاماته الذي أخل بأدائها . اجراء يكفل في طياته وســيلة لحمل المتعاقد و ضــمان دوام اســتمرارية المرفق العام وذلك بشــكل يجعله دائما يؤدي وظيفته في انتظام واطراد وعلى الوجه المطلوب، و للعلاقة التي تربط تنفيذ العقود الإدارية بالمرافق العامة التي تدار بواسطتها[1]

كما نعلم أن الإدارة هي المسؤولة أساسا عن إدارة المرافق العامة والإشراف عليها من حيث التنظيم والتســيير بالرغم من أنه يجب على الإدارة بالتمتع بســلطة توقيع الجزاءات في

[1]- محمد حسن مرعى الجبوري, المرجع السابق ,ص 48.

مجال توقيع العقود الإدارية لأجل اجبار المتعاقد معها وحمله على تنفيذ التزاماته التعاقدية على وجه أفضل.

لقد رجح الفقه الإداري هذا الجزاء لكونه يجسد تنفيذ و تكييف القانون السليم للجزاءات في مجال العقود الإدارية .

المطلب الثاني : الأساس القانوني لتوقيع الجزاءات الإدارية

لتحديد الأساس القانوني لسلطة الجزاءات في العقود الإدارية يرجع إلى تحديد أساس القانون الإداري بحسب ما يقتضيه إذا كان يقوم على أساس فكرة المرفق أم على أساس فكرة السلطة، ولقد مر تحديد الأساس القانوني لهذه السلطة بعدة مناقشات فقهية حول هذا الموضوع فهو بمثابة معركة حامية طويلة[1] .

تعددت فيها الأراء و القرارات بداية من الفقه المصري مقارنة بالفقه السوداني و الفرنسي و هذا الاشكال يدور حول اذا كان المرفق العام[2] أساسا أو فكرة السلطة العامة دون أن ننسى نصيب المشرع الجزائري من موقفه .

و للإجابة عن هذا التنوع الفقهي سنبين هذا من خلال الفرعين الاتيين

[1] - دكتور عبد العزيز الجمل ,**النظام القانونى للجزاءات فى عقود الأشغال** ,دراسة مقارنة ر,سالة حقوق عين شمس ,1979 ص 83 .

[2] - د.خالد خليل ظاهر. **قانون الإدارى**. دراسة مقارنة دار الميسرة –عمان- الطبعة الأولى 1997 .ص 261 .

الفرع الأول: فكرة السلطة العامة كأساس قانوني لتوقيع الجزاءات الإدارية .

اذا كان فقهاء القانون الإداري يجمعون على حق الإدارة في توقيع الجزاءات على المتعاقد معها المقصر في تنفيذ التزاماته التعاقدية بناءا على امتياز التنفيذ المباشر الا أن ارائهم لم تكن موحدة لهذا الحق أو هذه السلطة و ذلك من ناحية رؤيتها لأحكام القضاء الإداري الذي استندت عليه .

فيرى بعض الفقهاء أن الأساس القانوني لسلطة الإدارة في توقيع الجزاءات على المتعاقد معها في حالة اخلاله بتنفيذ التزاماته [1]. يكمن في فكرة السلطة العامة باعتبارها مجموعة من الامتيازات تستخدمها الإدارة في نطاق تنفيذ عقودها بهدف تحقيق الصالح العام .اذ تعتبر القرارات الصادرة عن الإدارة بتوقيع الجزاء على المتعاقد معها المقصر بتنفيذ التزاماته من أعمال السلطة العامة .

على حسب الفقيه (Hauriou)

ان امتياز التنفيذ المباشر هو الدعامة الأساسية للسلطة العامة في نطاق تنفيذ عقد متصل بالمرفق العام . فالادارة أن تتخذ أي إجراء تراه في مواجهة المتعاقد معها المقصر في تنفيذ

[1] عصمت الشيخ. **مبادئ الأساسية في العقود الإدارية** .المرجع السابق. ص 135 .دكتور هارون عبد العزيز. النظام القانوني للجزاءات في عقود الأشغال.المرجع السابق. ص 88.

التزاماته .بمجرد قرار بســـيط تصـــدره من جانبها دون أن تكون ملزمة بعرض الأمر على القضاء ليقضي لها بهذه الجزاءات [1].

أما الفقيه (vedel)

بقولـه "أن الامتيـازات الرئيســـيـة التي تملكهـا الإدارة تطبيق الجزاءات على المتعـاقد المقصـر بنفسـها و التي تنتج بقوة القانون من نظام السـلطة العامة .و يمكن للإدارة تطبيقها متى ادعت الضـرورة ضـمان سـير المرفق العام ذلك .و هذا دون حاجة لان تتضـمنها بنود العقد[2] .

كما يرى **الفقيه البلجيكي (Maurice andré flame)**

"حق الجزاء المعترف به للإدارة من جانب واحد في مواجهة المتعاقد المخل بالتزاماته .يعد امتيازا أصـيلا لسلطة العامة موجودا من تلقاء نفسـه لصـالح الإدارة و اختصـاصـا متعلقا بالنظام العام[3].

[1]- نقلا عن مرجع حسن الجبوري المرجع السابق ص 24

[2] علي شعبان. **أثار عقد الأشغال العامة على طرفيه في التشريع.** رسالة دكتوره في القانون العام .كلية الحقوق و العلوم السياسية. جامعة المنتوري قسنطينة .السنة الجامعية 2011-.2012 ص 99

[3] نقلا عن مرجع مرعى الجبوري .المرجع ص 25

أما موقف القانون السوداني :

نصت المادة05 من قانون الشراء والتعاقد والتخلص من الفائض لسنة 2010م على سلطات الإدارة العامة حيث جاء فيها (تكون الإدارة العامة في سبيل اختصاصاتها المنصوص عليها في هذا القانون السلطات الاتية) الفقرة د/ الدخول خلال ساعات العمل الرسمية الي مباني يشغلها أي شخص الجراء التحريات أو فحص المستندات أو السجلات أو الممتلكات التي تعتبر لازمة وضرورية الجزاء أي تحقيق واتخاذ الإجراءات القانونية في حالة المخالفة[1].

نجد أن المشرع السوداني اقر بسلطة توقيع الجزاءات في حالة المخالفة [2]القانونية، إذن المشرع السوداني يقر بسلطة توقيع الجزاءات كسلطة أصيلة للإدارة العامة في سبيل تحقيق الصالح العام. ويرتأى من نص المادة أعاله أن المشرع السوداني خول للإدارة العامة هذه السلطة إعمال لكونها صاحبة السلطة ولكونها تحقق النفع العام.

فيسلم مجلس الدولة المصري بمبدأ سلطة الإدارة في تطبيق الجزاء بإرادتها المنفردة ذلك دون الحاجة الى نص عقدي يمنحها هذا الحق .كما يلتزم به قضاء محكمة النقض

[1] قانون الشراء و التعاقد و التخلص من الفائض السوادني سنة 2010 المادة 05

المصرية .و في حكم المحكمة الإدارية بتاريخ 1963/12/28 .بررت سلطة الإدارة في توقيع الجزاء بضمان تنفيذ العقد المتصل بالمرفق العام و ضمان استمراره تحقيقا للمصلحة الإدارة.

هنا لا تستند الى نصوص العقد بل الى سلطتها الضابطة بسير المرفق العام [1]

في حكم محكمة القضاء الإداري بررت هذه السلطة على أن أساس الإدارة تعمل في ابرامها للعقد و تنفيذه على أساليب القانون العام .حيث أن كافة المتعاقدين غير متكافئين .

الفرع الثاني: المرفق العام كأساس قانوني:

إن الإدارة العامة استنادا إلى مقتضيات سير المرفق العام، قد ظهر لها عد التعاقد أن المرفق لم يعد في حاجة إلى هذا العقد، وعليه فمن مصلحة المجتمع إنهاء هذا العقد الذي أصبح يتنافى والمصلحة العامة له، على اعتبار أنه عبارة عن مشروع لعمل بانتظام واطراد تحت أشرف الدولة لسد حاجات عامة، مع خضوعه لنظام قانوني معين.

ومن القائلين بهذا الراي الأستاذ "بينكو" الذي يرى أن للإدارة الحق في فسخ عقودها إذا ما اقتضى ذلك الصالح العام، لأنه من غير المقبول أن يصبح العقد حائلا بين الإدارة وبين تحقي أهدافها وتأمين المنفعة العامة.

[1] حكم المحكمة الإدارية العليا في 25 /1963/05 الطعن رقم 4186 لسنة 9 ق

ويرى الأستاذ "بنوا" أن سلطة الإدارة في فسخ العقد تستند إلى مصلحة المرفق الذي يقتضـــي إنهاء العقود التي أصـــبحت غير متلائمة مع احتياجاته أو التي تشـــكل عبئا ثقيلا عليه.

أما المشـرع الجزائري : فكان موقفه صـريحا في قانون 88-01 بموجب نص المادة 34 ،والتي تنص على أنه:

" تنجز مخططات المؤسسات العمومية الاقتصادية بواسطة عقود يرتضيها الأطراف بحرية قصـــد تبادل مواردهم وخدماتهم في اطار الأهداف والمقاييس المنصـــوص عليها في المخطط الوطني."[1]

تبرز العلاقة هنا بين الصـــفقات العمومية باعتبارها عقد بالمخطط الوطني . بحيث تصـبح الصـفقة شـرطا أسـاسـيا لانجاز المخطط الوطني في مختلف المجالات .لأن انجاز الجزاء من المخطط نفسه .[2]

فمن اجل ضـمان هذا التنفيذ وضـعت القوانين الضـوابط القانونية اللازمة و الجزاءات المادية لتسلط على الطرف المتعاقد المخل بتنفيذ التزاماته التعاقدية .بقصد ارغامه على الوفاء

[1] القانون رقم 88 -01 المؤرخ في 12 نيابر 1988 المتعلق بالتخطيط ج ر ج ع 02 سنة 1988

[2] عبد القادر رحال .**سلطة المتعامل العمومي في توقيع الجزاءات على المقاول المتعاقد معه** . في القانون الجزائري دراسة مقارنة مذكرة ماجيستر في الفانون العام ادراة مالية معهد العلوم القاونية و الإدارية .جامعة تيزي وز سنة 1989 -1990 .ص 91

بها .وفقا لما هو منصـوص عليه في بنود العقد .وذلك في جميع القوانين المنظمة للصـفقات العمومية في الجزائر .

فبالرجوع إلى المرسـوم الرئاسـي رقم 15-247 المنظم للصـفقات العمومية والمرفق العام في الجزائر حاليا وتحديدا في نص المادة 01/147 ،والتي فحواها ما يلي:

" يمكن أن ينجر عن عدم تنفيذ الالتزامات التعاقدية من قبل المتعاقد في الأجال المقررة أو تنفيذها غير المطابق، فرض عقوبات مالية دون الإخلال بتطبيق العقوبات المنصوص عليها في التشريع المعمول به ".

المبحث الثاني : حالات توقيع الجزاءات الإدارية في عقد الصفقة العمومية

ان الصـفقة العمومية في عقودها كباقي العقود لها التزامات عديدة يجب ان يوفى بها لانها من حق الإدارة على المتعاقد معها تستطيع توقيع جزاءات عليه اذا ثبت اهماله او تقصيره في تنفيذ احكام العقد او عدم مراعاته أجال التنفيذ كتقاعسه في الحالات العادية و الاستثنائية منه .

فتجب على الإدارة توقيع الجزاءات و فرضـها على المتعاقد المتعاقس في تنفيذ التزاماته هذا ما سنطرحه من خلال المطلبين اللاتين :

المطلب الأول : تقاعس المتعامل المتعاقد في الحالات العادية

المطلب الثاني: تقاعس المتعامل المتعاقد في الحالات الاستثنائية

المطلب الأول : تقاعس المتعامل المتعاقد في الحالات العادية

تتمتع الإدارة بسلطة توقيع الجزاء بنفسها دون اللجوء الى القاضي كما أشرنا سابقا ان هذه الممارسة لهذا الحق ليست على اطلاقها بل هناك شروط خاصة للمتعاقد يجب ان يقع منه خطا لتوقيع الجزاء عليه كعدم تنفيذه لالتزماته الشخصية او عدم تنفيذه في الوقت المحدد في عقد الصفقة العمومية .

الفرع الأول : حالات عدم تنفيذ المتعاقد في عقد الصفقة العمومية

أولا : عدم تنفيذ التزامه في الوقت المحدد

ان العقد الذي يبرم بين الإدارة و المتعاقد محدد لفترة زمنية معينة لذا يتطلب من المتعاقد ان يحترم المدة المنصوص عليها في العقد , و في حالة خلو العقد او دفتر الشروط من النص على فترة زمنية معينة يلتزم المتعاقد بإنجاز العمل المطلوب ضمن مدة معقولة حسب ما تقتضيه طبيعة العقد و نيته المشتركة للطرفين فاذا امتنع عن ذلك فللإدارة حق توقيع الجزاءات المناسبة عليه بسبب خطاه هذا وهنا تبدا مدة التنفيذ من

التاريخ المحدد بالعقد اذ لم ينص العقد على تاريخ محدد للبدء في التنفيذ فتحسب من تاريخ إعلانه بموجب الامر المصلحي.[1]

ثانيا : عدم تنفيذ التزامه شخصيا .

توجد قاعدة عامة تسود العقود الإدارية تتجلى في أن يلتزم المتعاقد بتنفيذ العقد شخصيا ويرجع ذلك إلى أن الإدارة تهتم بشخصية المتعاقد وتوليها عناية فائقة فيتعاقد معه على أساس قدرته المالية، والفنية وحسن سمعته، فأساس هذه القاعدة اتصال العقد بالمرفق العام ، والقضاء الإداري كما يرى الفقيه "جيز" يتطلب إعمال هذه القاعدة بعناية فائقة في عقود الامتياز ، نظرا لسيطرة الملتزم على المرفق الذي يقوم بإدارته .[2]

ان هذه القاعدة تؤدي إلى نتيجتين مهمتين، النتيجة الأولى تتعلق بالتنازل عن العقد والتعاقد من الباطن وبالتنازل عن العقد قيام المتعاقد بإحلال غيره محله في تنفيذ التزاماته المنصوص عليها في العقد، أي قيام الغير الذي حل محل المتعاقد الأصلي بتنفيذ العقد كليا ويقصد بالتعاقد من الباطن اتفاق المتعاقد الأصلي مع الغير لكي يقوم بتنفيذ جزء من محل

[1] وليد سعود فارس القاضي , **جزاءات في المجال العقود الإداري**ة دراسة مقارنة رسالة ماجيستر كلية الدراسات الفقهية و القانونية جامعة أل بيت الأردن . سنة 2000 .ص 47

[2] نصر الدين محمد بشير , **غرامة التاخير في العقد الإداري و اثرها في سير المرفق العام** .دراسة مقارنة دار الفكر الجامعية الإسكندرية 1998 .ص 263

العقد وفي حال قيام المتعاقد بالتنازل عن العقد فإن تصـــرفه يعد غير جائز إلا في حالة حصوله على موافقة جهة الإدارة.

ويترتب عن التنازل عن العقد عدة نتائج من أبرزها أن التنازل عن العقد بدون موافقة الإدارة لا يعتد به ويبقى المتعاقد الأصلي مسؤولا عن تنفيذ التزاماته المالية كما يسمح للإدارة بتوقيع أقصـــى الجزاءات عليه باعتباره ارتكب خطأ في تنفيذ العقد .أما التنازل عن العقد الموافق عليه من الإدارة يؤدي إلى حلول المتنازل إليه محل المتعاقد الأصـــلي ويعد المتنازل إليه مسؤولا عن تنفيذ العقد أمام الإدارة ما لم ينص القانون على خلاف ذلك . [1]

الفرع الثاني عدم تســـليم الأشـــغال العمومية في الوقت المحدد في عقد الصـــفقة العمومية .

ان الصفقات العمومية مرتبطة ارتباطا كبيرا بالمصلحة العامة فمن المصلحة المتعاقدة أن يلتزم المتعامل المتعاقد بأداء الخدمة ضـمن الأجال المتفق عليها في دفتر الشـروط و ان لم ينص في العقد على تاريخ بداية التنفيذ كما تحدثت سابقا في (الفرع الأول) فالبداية تحسب من تاريخ اخطار المتعامل المتعاقد بالبدء في تنفيذ الأعمال و لهذا فالمتعامل مقيد بمدة انجاز مشـــروع الصـــفقة .و ان لم يلتزم بالأجال المفررة تفرض عليه غرامات مالية أي توقع

[1] سليمان الطماوي .**الوجيز في القانون الإداري.** دارالفكر العربي ,القاهرة 1996 ,ص 439

عليه الجزاء الإدارة المتعاقدة و هذا ما نصـــت عليه المادة 09 من المرســوم الرئاســي 10-236 المعدل و المتمم . [1]

ولا يمكن للمتعامل المتعاقد التباطؤ في التنفيذ و انما عليه احترام المدة .و تختلف هذه الأخيرة حسب طبيعة العقد .و يقوم المتعامل المتعاقد بوضع مخطط انجاز حيث يشير فيه الى جميع المراحل التي ســيتم من خلالها انجاز الصــفقة و الذي يضــم الفترة الممتدة بين اصــدار الامر ببدء الخدمة و الأشــغال الى غاية الاســتلام المؤقت و يضــع فيه المتعامل المتعاقد نوع الأجال اذا كانت بالأجال الواحد[2] أو الأجال المجزأة[3]

و عند انتهاء المتعامل المتعاقد من التنفيذ تقوم المصـــلحة المتعاقدة من التأكد من احترام مواعيد الإنجاز و يحرر ذلك محضر استلام مؤقت للصفقة.

المطلب الثاني: تقاعس المتعامل المتعاقد في الحالات الاستثنائية.

أثناء تنفيذ العقود الإدارية قد تطرأ ظروف معينة خارجة عن إرادة الأطراف المتعاقدة وغير متوقعة تؤدي إلى وقف تنفيذ العقد واســـتحالة متابعة التنفيذ مما قد يؤدي إلى إلحاق

[1] انظر المادة 09 من الرسوم الرئاسي رقم 236- 10 المعدل و المتمم المرجع السابق
[2] نقصد بالاجال هو ذلك الاجل الذي يلتزم فيه المتعامل المتعاقد في يوم نهاية الاجالل بتسليم الصفقة و لا يجبر الإسراع في الاعمال
[3] نقصد بالاجال المجزاة تلك الاجال التي تقسم فيها المتعامل المتعاقد انجاز الموضوع الصفقة الى عدة مراحل جزئية و يجب عليه ان ينتهي من تنفيذ الاشغال طبقا لما يعتمد به في مخطط الإنجاز

الضـــرر بالمتعاقد مع الإدارة ويطرح مســـألة مصـــير تنفيذ الالتزامات التعاقدية في ظل نظرية الاعمال المادية غير المتوقعة و استحالة تنفيذ العقد في ظل الظروف الطارئة .

وهذا ما سوف نوضحه في الفرعين التاليين:

الفرع الأول: الظروف الطارئة التي تطرأ على تنفيذ عقد الصفقة العمومية .

الفرع الثاني: نظرية الاعمال المادية الغير متوقعة اثناء تنفيذ عقد الصفقة العمومية.

الفرع الأول: الظروف الطارئة التي تطرأ على تنفيذ عقد الصفقة العمومية.

تتلخص نظرية الظروف الطارئة فما قد يصـيب المتعامل المتعاقد من إرهاق في تنفيذ للعقد ولم يكن في الامكان توقعها آنذاك ومثال هذه الظروف الأزمات الاقتصـــادية والحروب وعموما كل ظرف من شـــأنه إلحاق خســـائر فادحة تحتل معها التزامات الطرفين في العقد فيكون مبررا لطلب المتعاقد من جهة الإدارة المشـــاركة في تحمل الاعباء الإضـــافية أي لا يكون التعويض المقرر في هذه الحالة شـــاملا و مغطيا لكافة الخســـائر الناتجة، بل يكون جزئيا يجعل الضرر موزع بين طرفي العقد بشكل متوازن .[1]

[1] صدراني – صدراني **نظريات التوزان المالي للعقد الإداري** ,رسالة ماجيستر, جامعة الجزائر 1984 ,ص 120 .

ثانيا : شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة .

1-وقوع حوادث استثنائية غير متوقعة اثناء التنفيذ .

تعد من قبيل الظروف الاســتثنائية الغير متوقعة , ارتفاع أســعار بعض المواد المســتعملة في تنفيذ المشــروع ارتفاعا غي عاديا و ذلك الارتفاع البســيط و الطبيعي امر يقدره اطراف العقد و يضعونه بعين الاعتبار ساعة التعاقد اما لو كان الارتفاع يســير بوتيرة متســارعة و مرتفعة فان ذلك يعود ظرفا اســتثنائيا و طارئ لإعادة توازن العقد .

2-ان يكون الحادث الطارئ خارجا عن إرادة الطرفين:

لا يســتفيد المتعامل المتعاقد من هذه النظرية اذا كان متســببا بإحداث الظرف الذي جعل تنفيذ التزاماته مرهقا.

كذلك يلزم ان لا تكون الإدارة هي التي تســببت في احداث هذا الظرف بخطئها او بفعلها فتكون ملزمة في هذه الحالة بتعويض المتعاقد عن ما لحقها من ضــرر وفق قواعد المسؤولية. [1]

[1] عبد الحميد الشواربي ,**العقد الإداري,** في ضوء الفقه و التشريع , بدون طبعة الإسكندرية , منشاة المعارف ,2003 ص 232

3-ينبغي ان ينجم عن الحدث الطارئ خسائر غير واقعية :

يقصد بالخسائر غير مالوفة ان الظروف الطارئة أدت الى قلب الوضع الاقتصادي للمتعامل المتعاقد راسا على عقب حيث الحقت به خسائر كبيرة غير طبيعية و غير متوقعة كأن تقبل السلطة المختصة على زيادة الضرائب او تقبل على استحداث رسوم جديدة و نسب عالية تتعلق بالمواد المستعملة في تنفيذ المشروع ...[1]

4-ينبغي ان يكون الحادث الطائر غير متوقع:

الا يكون بوسع أطراف العقد توقعه كحدوث ازمة اقتصادية او صدور نصوص قانونية او تنظيمية جديدة وغيرها مما ينفع المتعامل المتعاقد بطلب حقه.

الفرع الثاني: نظرية الاعمال المادية الغير متوقعة اثناء تنفيذ عقد الصفقة العمومية.

تعريف نظرية الاعمال المادية الغير متوقعة:

تتلخص هذه النظرية في انه صادفت المتعاقد مع لادارة عند تنفيذه للعقد صعوبات مادية و استثنائية و التي لم يكن على علم بها وقت التعاقد مما تؤدي الى جعل تنفيذ العقد مرهقا فان لهذا المتعاقد الحق في مطالبة الإدارة المتعاقدة معه بتعويض كامل عما سببته له الصعوبات المادية من اضرار [2]و مثال الصعوبات المادية التي

[1] عمار بوضياف ,**شرح تنظيم الصفقات العمومية** ,المرجع السابق , ص 233

[2] علاء الدين عشي, **مدخل للقانون الإداري** ,الجزء الأول, ط بدون الجزائر, دار الهدى 2010 , ص 151

تصـادف المتعاقد اثناء تنفيذ العقد حدوث زلزال شـديد و أسـاس تعويض الطرف المتعاقد مع الإدارة في هذه النظرية هو اعتبارات العدالة المجردة فقط مما يقرره الراي الراجح في الفقه .

ثانيا : شروط تطبيق هذه النظرية :

1-ان تكون الصعوبة مادية

يجب ان تكون الصـــعوبات التي تواجه المتعاقد ذات طابع مادي حيث تخرج عن اطار النظرية اذا كانت الصعوبة ذات طبيعة إدارية او اقتصادية او طبيعية كم يجب ان تكون ذات طابع استثنائي

2-عدم توقع الصعوبة المادية وقت التعاقد

يتعين ان تكون الصـعوبة مفاجأة للمتعاقد بحيث لم يتوقع مصـادفتها له اثناء التنفيذ و لم يكن بوسـعه توقع ذلك في ضـوء ما قام به و هو و من ينوب عنه من تحريات و اختبارات في طبيعة الاعمال في محل التعاقد فيتعين على الإدارة تمكينه من ذلك كلما امكن .

3-إصابة الصعوبة المادية المتعاقد بضرر:

يتعين ان تؤدي الصـعوبة التي اعترضـت سـبل تنفيذ العقد الى اصـابة المتعاقد بضـرر يستوي في ذلك ان يكون هذا الضرر بسيطا او جسيما.

ثالثا: الاثار المترتبة على تطبيق نظرية الصعوبات المادية الغير متوقعة.

يجب على المتعامل المتعاقد أن يتابع تنفيذ التزاماته التعاقدية، على الرغم من الظروف الغير المتوقعة، التي تؤدي إلى قلب اقتصاديات العقد, وفي حال توقف المتعاقد عن تنفيذ التزاماته التعاقدية عند تحقق شروط هذه نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة، فإنه يحرم من التعويض المستحق، كما يجوز للإدارة توقيع الجزاءات عليه، ولكن وجود هذه الصعوبات يمكن أن يؤدي إلى تأخير تنفيذ الالتزامات التعاقدية وفي هذه الحالة فإن اعتراض الصعوبات لعميلة التنفيذ وتأخير هذه العملية يمكن أن يؤدي إلى إعفاء المتعاقد من غرامة التأخير اذا تعدى الحدود الزمنية المقررة للالتزامات التعاقدية .[1]

[1] عبد المنعم عبد العزيز خليفة ,**مسؤولية الإدارة عن تصرفاته القانونية** , المرجع السابق, ص 153 .

الفصل الثاني

الفصل الثاني :صور الجزاء في الصفقات العمومية.

تعرف الصـــفقات العمومية العديد من التجوزات في مجالاتها العديدة و نظرا لتمتع المصلحة المتعاقدة في مجال الصفقات العمومية بسلطة الإدارة في توقيع الجزاءات الإدارية عليها .و هذا ما تتميز به الإدارة عن سائر السلطات .

ان تنوع الجزاءات التي تملكها الإدارة اثناء مرحلة تنفيذ العقد في الصـــفقات العمومية كذا وجه التقصير الذي يمكن ان يقع فيه المتعاقد بفرض عليه هذه الجزاءات على حسب الحالة التي يقع فيها استنادا الى حالات اخلاله .

يتمثل التنوع في العقد الإداري في الطبيعة التي يمكن أن يأخذها الجزاء الإداري فمنها ما يمكن أن يأخذ طابعا نقديا (ماليا) كغرامة التأخير و مصـــادرة التأمين .و منها ما يأخذ صـــفة الجزاء الضـــاغط تســـتعمله الإدارة للضـــغط على المتعاقد المقصـــر في تنفيذ التزاماته دون انهاء العقد .كسحب العمل من المقاول في عقد الأشغال العامة و الشراء على حساب المورد في عقود التوريد .

و سوف نتحدث عن كل نوع من تلك الأنواع مع الإشارة الى ما قد يتطلبه كل نوع من شروط خاصة لتطبيقه او ما يختلف فيه كل نوع عن الاخر و سنتطرق اليها في المبحثين الآتيين و نقسم هذه الجزاءات الى :

المبحث الأول : الجزاءات المالية

المبحث الثاني : الجزاءات الضاغطة

المبحث الأول :الجزاءات المالية

تملك المصلحة المتعاقدة من أجل تحقيق أهداف الصفقة العمومية و مواجهة حالات الاخلال بالالتزامات العقدية من قبل المتعامل المتعاقد , سلطات واسعة لتغليب المصلحة العامة و الحفاظ على النظام العام . فقط خولها تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام منها فكرة امتياز فرض الجزاءات دون اللجوء الى القضاء و ازاء هذه الاهمية البالغة كون هذه الجزاءات تعد ضمان لتنفيذ الصفقات العمومية.

ان تلك الابعاد القانونية والاقتصادية مكنت للإدارة الحق في توقيع الجزاء على الطرف الثاني بغية إلزامه على تنفيذ العقد وفق بنود الصفقة العمومية او الاسراع في اكمال اشغاله في حالة التراخي بفرض جزاء مالي ضاغط في شكل غرامة التأخير او في شكل تعويض ومصادرة الضمان.

لذا سنعرض هذه الجزاءات بالتفصيل من خلال المطلبين الآتيين:

المطلب الأول: الغرامة التأخيرية

يبقى تحديد ماهية الغرامة التأخيرية او تحديد طبيعة أي تصرف قانوني من المسائل الأكثر بحثا و عمقا في أي دراســة قانونية و الجدل يكبر عندما يمس ذلك بحقوق الغير و لتبيان هذا بشــيء من التحليل للمرسـوم الرئاسـي رقم 15-247 المتعلق بتنظيم الصـفقات العمومية و تفويضــات المرفق العام، و على ضــوء هذا ســنتعرض لهذه الغرامة التأخيرية بالتفصيل من خلال ما يلي:

الفرع الأول :تحديد مفهوم الغرامة التأخيرية

أولا: تعريف الغرامة التأخيرية

يمكن ابراز تعريف الغرامة التأخيرية من خلال تناول مختلف التعاريف الفقهية للغرامة التأخيرية والتي في مجملها تبرز الطبيعة القانونية لهذا الجزاء بحيث عرفها الأستاذ Laubadaire De André بأنها" تعويضات جزافية متفق عليها في العقد الإداري توقع على المتعاقد في حالة إخلاله بتنفيذ التزماته التعاقدية[1]"

[1]Les pénalités de retard se destigne des dommages intérêts en qu'elles sont fixes a l'avance contractuellement et se présentent ainsi comme des dommages intérêts forfaitaires , voir : André de laubadaire , Jean Claude Vane zia , Yves Gandet , tracté de Détroit administratif , T01 , 15 ème édition LGDJ , Paris 1999, p 824

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

بالرجوع الى المرسوم الرئاسي 247- 15 نجده لم يعطي تعريفا واضحا للغرامة لكنه اقر للمصلحة المتعاقدة بحق توقيع الغرامة في المادة 84 ف 3والمادة 95من نفس المرسوم. فقد خول المشرع للإدارة المتعاقدة حق توقيع الجزاءات المالية في شكل غرامة و قيد مجال ممارستها في حالتين للمادة 147 من المرسوم[2] السالف الذكر .

ومن جهة أخرى يوجد من الفقهاء من وسع في حالات فرضها لتشمل أيضا حالة التنفيذ المعيب أو غير المطابق للعقد الإداري، وذلك بشكل لا ينسجم مع الشروط المتفق عليها من حيث مواصفات وكيفيات التنفيذ[3] .

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

[1] سليمان الطماوي **الأسس العامة للعقود الإدارية** مرجع سابق ص 490

[2] المرسوم الرئاسي 247 -15 المؤرخ في 2015/09/16 **المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام**

[3] محمد خلف الجبوري **العقود الإدارية ,** دار الثقافة للنشر و التوزيع , ط الأولى, سنة 2010 , ص 135

المتفق عليها، ومن هذا المنطلق وجب على الإدارة فرض جزاء مالي في شـكل غرامة تأخيرية على كل متعاقد معها ثبت إخلاله بالمدة المقررة لتنفي العقد الإداري.

ثانيا : خصائص الغرامة التأخيرية

تتميز الغرامة التأخيرية بالعديد من الخصـائص التي تميزها عن الجزاءات الإدارية الأخرى، فهي تحدد مسبقا، وذات طبيعة عقابية، كما أنها توقع إداريا، فضـلا عن كونها توقع تلقائيا .وسنبين ذلك على النحو التالي:

أ- **الغرامة التأخيرية تحدد مسبقا:**

تتميز الغرامة التأخيرية بالطبيعة الاتفاقية، أي أنها تحدد مقدما في العقد أو ،وهذا ما تحرص عليه في الغالب بالنص في العقود الإدارية التي تبرمها ودفاتر شروطها على اشـتراط توقيعها للغرامة التأخيرية على المتعاقد معها، وذلك كجزاء في حالة وقوع تأير من جانب المتعاقد في انجاز موضـوع العقد في الآجال المنصـوص عليه في العقد المبرم[1].

[1] عبد القادر رحال **سلطة المتعامل العمومي** .. مرجع سابق ص 36

كما صـرح المشـرع الجزائري بقوله : "تقتطع العقوبات المالية[1] التعاقدية المطبقة على المتعاملين المتعاقدين، بموجب بنود الصـفقة من الدفعات التي تتم حسـب الشـروط وفي الجهة المقابلة لا يمكن للمتعاقد أن يتفادى والكيفيات المنصوص عليها في الصفقة."[2]

ان فرض الغرامة المالية التأخيرية من جانب الإدارة المتعاقدة، بحجة أنه مبالغ فيها وأن تأخيره في التنفيذ في الأجل المحدد لم يترتب عنه وقوع ضرر لها أو أن الضرر غير كبير ولا يتناسب مع قيمة الغرامة، فالعبرة هنا ليست في وقوع الضرر بل في حصول التأخير.

ب – **الغرامة التأخيرية ذات طبيعة عقابية:**

ان الإدارة تفرض الغرامة التأخيرية على المتعاقد معها المتأخر في تنفيذ التزاماته دون الحجة لإثبات وقوع ضـرر لها لأن هذا الضـرر مفترض وقوعه بقرينة قاطعة غير قابلة لإثبات العكس وذلك بمجرد وقوع التأخير أو التقصـير في التنفيذ من جانب المتعاقد معها، على العكس[3] .

[1] انظر المادة 01 -09 من المرسوم الرئاسي 10 -236 **المتضمن تنظيم الصفقات العمومية و المعدل و المتمم**

[2] انظر المادة 01-147 الى المرسوم الرئاسي 15 -247 المرجع السابق ص 36

[3] ربيحة سبكي **مصلحة المتعاقد اتجاه المتعاقد المتعامل معها في مجال الصفقة العمومية ,** مذكرة ماجيستر قانون عام , فرع قانون الإجراءات الإدارية , كلية الحقوق و العلوم السياسية , جامعة مولود معمري تيزي وزو ,ص 99

اعتبار أن الإدارة المتعاقدة عندما حددت أجلا لتنفيذ موضـــوع العقد، فإنها قد أخذت بعين الاعتبار في ذلك حاجات ومتطلبات تســـيير المرفق العام التي تســـتوجب تنفيذها خلال هذا الاجل[1].

كما أنه يجوز للإدارة المتعاقدة الجمع بين الغرامة التأخيرية والجزاءات الإدارية الأخرى إذا ما توفرت أسـباب كل منهما، فيجوز لها مثلا أن تفرض على المتعاقد معها المخل بتنفيذ التزاماته 3 جزاء الشـراء على حسـابه، فضـلا عن توقيع الغرامة التأخيرية عليه.[2]

ج –الغرامة توقع إداريا :

إذا كانت الغرامة التأخيرية تعتبر كجزاء مالي لا يكفي مجرد النص عليها ليصـبح استحقاقها أمر مقضـيا تطالب به الإدارة المتعاقدة في أي وقت تشـاء، بل أنها تفرض من جانب الإدارة المتعاقدة بإرادتها المنفردة، وذلك بموجب قرار إداري صـادر عنا ودون أن تكون ملزمة باللجوء كما أنه يجب على المصلحة المتعاقدة أن تتأكد من لاستصدار حكم قضـائي يقضـي بتوقيعها،[3] تأخر المتعاقد معها بالفعل في تنفي التزاماته، لأنه لا يجوز فرض هذا الجزاء المالي على مجرد افتراضـات أو قناعات غير مبررة وثابتة، وفي المقابل يحق للمتعاقد أن ينازع أمام القضاء في صحة الغرامة المفروضة عليه.

---

[1] سليمان محمد الطماوي, مرجع سابق, ص 123

[2] محمد حسن مرعى الجبوري ,مرجع سابق ص 183

[3] منصور إبراهيم العتوم ,**النظام القانوني للغرامة التاخير في العقود الادراية** , دراسة تحليلية مقارنة مجلة الشريعة في القانون كلية القانون جامعة الامارات المتحدة ,يناير2013 ,ص 350 .

د –**الغرامة التأخيرية توقع تلقائيا :**

تستحق بمجرد وقوع التأخير من جانب المتعاقد في تنفيذ لالتزاماته في الآجال مادام أن العقد الإداري قد تضمن أجلا محددا المحددة، ودون الحاجة إلى تنبيه أو اعذار[1] .

لقد كرس المشـــرع للتنفيذ ومن ثم فإن علم المتعاقد بها قائم لا محالة الجزائري في المادة 36 من دفتر الشـروط الإدارية العامة لسـنة 1964 ،والتي تنص على أنه ": إذا وردت في عقد الصفقة نصوص تتضمن عقوبات (جزاءات) على التأخير، فيجري تطبيقها دون إنذار سابق، بعد التأكد العادي من تاريخ انقضاء الأجل التعاقدي في تاريخ استلام الأشغال المؤقت[2]".

ثالثا : تقدير الغرامة التأخيرية

يتم تحديد الغرامة التأخيرية اما بالقانون أو من خلال العقد الاداري يعني ذلك ان ينص القانون على اعطاء الادارة حل توقيع غرامات مالية . وهو ما نصـــت عليه بعض التشريعات كالقانون الفرنسي والمصري. [3]

[1] نواف كنعان , **القانون الإداري** , الكتاب الثاني , **الوظيفية العامة القرارات الادراية الأموال العامة** ,ط 01, دار الثقافة للنشر و التوزيع , عمان الاردن, سنة 2005 ص 360

[2] القرار المؤرخ في 1964/11/21 المتضمن المصادقة على الدفتر الشروط الادراية العامة المطبقة على الصفقات الاشغال الخاصة ,لعدد 06 , الصادرة ب 19 يناير 1965

[3] طبقا للمادة 23 من القانون المناقصات المصري, رقم 89 سنة 1989 معدلا بقانون رقم 05 ,من سنة 2002 (بحيث لا تتجاوز مجموع الغرامة 3% من قيمة العقد بالنسبة لشراء المنقولات و تلقي الخدمات و الدراسات الاستشارية و الاعمال الفنية و 10% بالنسبة لمقاولات الاعمال و النقد) ,انظر عبد الله نواف العنزي النظام القانوني للجزاءات في العقود الإدارية , الإسكندرية مصر, بدون طبعة سنة 2010 ,ص 50

واظهرت محكمة التمييز الكويتية في حكم جدير الاهتمام، الى انه اذا لم يتضـــمن العقد نصا صريحا يضع حدا اقصى للغرامة . فان نسبة 10 % من قيمة العقد تكون هي النسبة الملائمة التي يتعين ألا تتجاوز فيه الغرامات المتوقعة على المتعاقد.

وأشـار المشـرع الجزائري في المادة (147)من ذات التنظيم في الفقرة (03) " تقطع العقوبات المالية التعاقدية المطبقة على المتعاملين المتعاقدين بموجب بنود الصـــفقة من الدفعات التي تتم حسب الشروط و الكيفيات المنصوص عليها في الصفقة ".

ان تقدير الغرامة التأخيرية في جميع الأحوال تسـري من بداية المدة المحددة لتنفيذ الالتزام أو من بداية المدة االاضـافية التي رأت الادارة منحها للمتعاقد في ضـوء مقتضـيات الصالح العام.[1]

الفرع الثاني : حالات الاعفاء من الغرامة التأخيرية

ان تنظيم الصـفقات العمومية فرض توقيع جزاء غرامة التأخير، كأصـل في عملية التعاقد، بحيث ان الضـرر مفترض في تأخير التنفيذ وهو – توقيع الجزاء– قصـد به ضـمان تنفيذ المتعامل المتعاقدة .لكن هل هناك حالات موجبة للإعفاء ومنع إعمال هذا الإمتياز الذي تتمتع به ؟ وهل يتعارض ذلك مع المصـلحة العامة ؟ لدراسـة ذلك سـندرج المصـلحة المتعاقدة كسبب مباشر في الإعفاء نتعرض إلى الإعفاء نتيجة ظروف خارجة عن الصفقة .

[1] المرسوم الرئاسي رقم 247 -15 ,مرجع سابق

أولا: المصلحة المتعاقدة سبب مباشر في الإعفاء

إذا كان السبب في التأخير يرجع إلى جهة الإدارة يعفى المقاول من الغرامة، ومن ثم لا يرفع عن عاتق المتعاقد تبعة التأخير في تنفيذ التزاماته ونتائجه، إلا الاسباب التي ترجع إلى جهة الادارة[1] ذاتها .كذلك يعد التأخير في صرف مستحقات المقاول المالية في مواعيدها المحددة والتي ينتج عنها تأخر المقاول في إنهاء الأعمال سببا للاعفاء من غرامة التأخير لأنه ينفيا المسؤولية عن المقاول .كما لايجوز للادارة توقيع غرامة التأخير إذا استلمت الاعمال المسندة للمقاول تسليما ابتدائيا، أما إذا لم يتم التسليم دون حاجة إلى تنبيه أو اعذار أو صدور حكم من القضاء **إعمالا** منها لسلطتها في التنفيذ المباشر.[2]

يقصد بفعل الامير، جميع الأعمال المشروعة الصادرة عن الإدارة المتعاقدة التي ترتب آثارا ضارة بالمتعاقد وتزيد في أعبائه التعاقدية كما هي محددة بالعقد[3]، فيؤدي ذلك إلى إلزام جهة الإدارة المتعاقدة بتعويض المتعاقد عن كافة الأضرار التي تلحق به من جراء ذلك بما يعيد التوازن المالي للعقد يجد مبدأ التوازن المالي أساسه في التشريع الجزائري في نص المادة (153) من ذات المرسوم الرئاسي[4]

---

[1] عبد العزيز عبد المنعم خليفة ,**الأسس العامة للعقود الادارية** ,مرجع سابق ,ص 287

[2] احمد شرف الدين , **عقود عمليات البناء و تسوية منازعاتها** ,جامعة عين الشمس , بنك التعمير و الإسكان , بدون طبعة , سنة 2008 www.hdb-egy.com ,ص 127 -131

[3] محمد القصري , **القاضي الاداري و المنازعات الصفقات العمومية**, مقال منشور بالمجلة العربية للفقه و القضاء العدد 465, بحوث و دراسات, ص 125

[4] بحيث جاء في نص المادة 147 الفقرة 04 : " يعود القرار بالاعفاء من دفع العقوبات المالية بسبب التاخير الى مسؤولية المصلحة المتعاقدة و يطبق هذا الاعفاء عندما لا يكون التاخير قد تسبب فيه المتعامل المتعاقد الذي أوامر بتوقيف الاشغال او استأنفاها

ثانيا : الإعفاء نتيجة الظروف القاهرة

تعتبر القوة القاهرة من ابرز أســـباب الاعفاء من غرامة التأخير ، ويقصـــد بالقوة القاهرة في هذا المجال: كل عذر قهري يمنع المتعاقد من تنفيذ التزاماته في الموعد المتفق عليه. وإذا كان القضـــاء يســـتقل بتقدير هذا العذر ليرتب عليه إعفاء المتعاقد من غرامة التأخير، إلا انه يلزم توافر شـــروط، لكي يكون للقوة القاهرة أثرهاالمعفى من الغرامة من أبرزها شـرطان الأول أن يحول تنفيذ الالتزام إلى أمر مسـتحيل اسـتحالة مطلقة، والشـرط الثاني هو عدم إمكان توقعه.

وعلى الرغم من ان القوة القاهرة تعد ســـببا منطقيا لأعفاء من الغرامة، باعتبارها أهنا تمثل تطبيقا للقواعد العامة، فيما تقضـــي به من انه لا تكليف بمســـتحيل، لذا يجب إعمالها بغير نص.[1]

لقد نص المشـرع الجزائري على نظرية الظروف الطارئة في نص المادة (107) من القانون المدني الجزائري [2]ثم انه جاء في القســـم الثامن " العقوبات المالية " نص المادة (147) الفقرة (05) "...وفي حالة القوة القاهرة، تعلق االآجال ولا يترتب على التأخير فرض العقوبات المالية بسبب تأخير، ضـمن الحدود المسطرة في أوامر توقيف واسـتئناف الخدمة

[1] عبد الله النواف العنزي ,مرجع سابق, ص 68 -70
[2] قانون رقم 07-05الصادر في 2007/5/13 ,**المتضمن القانون المدني المعدل و المتمم,** لأمر 58 -75 المؤرخ في 1975/09/26 ,الصادر بالجريدة الرسمية ,العدد 31 المؤرخ في 13 ماي2007

التي تتخذها، نتيجة ذلك المصـــلحة المتعاقدة وفي كلتا الحالتين، يترتب على الإعفاء من العقوبات المالية، بسبب التأخير تحرير شهادة إدارية ".

نجد ان نظرية الظروف الطارئة تتميز على القوة القاهرة، فهذه الأخيرة رغم أنها هي الاخرى لا يد لأطراف العقد في حدوثها، إلا انه تجعل تنفيذها مســـتحيلا، وهذا خلافا لنظرية الظروف الطارئة التي تجعل تنفيذ الصـــفقة ممكنا لكنه مرهق، ويبقى من حق المتعامل المطالبة بإعادة التوازن المالي[1] إضـــافة إلى ذلك فإن ما مميز نظرية الظروف الطارئة عن نظرية الصـــعوبات المادية أيضـــا، هو ان التعويض في الحالة الاولى، يكون تعويضـــا جزئيا مؤقتا، بينما في الحالة الثانية فيكون التعويض كاملا وعلاوة على ذلك، فان نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة لا ترد إلا على العقود الإدارية.

لذا يجب على المتعامل المتعاقد الذي تواجهه صـعوبات مادية غير متوقعة، ان يستمر في تنفيذ العقد ما دام ذلك ممكنا ليس مســـتحيلا، فإذا توقف عن تنفيذ العقد بحجة الصـــعوبات المادية التي تواجهه، فانه يكون مخطئا ويتحمل نتيجة هذا التوقف، إذ يجوز للادارة توقيع الجزاءات التأخيرية عليه. إلا انه يجوز إعفائه من الغرامات التأخيرية إذا ما كانت هذه الصعوبات هي السبب في هذا التأخير. [2]

[1] بن احمد حورية ,**دور القاضي في حل المنازعات المتعلقة بالصفقات العمومية,** مذكرة ماجستير في القانون العام, جامعة أبو بكر بالقايد تلمسان, سنة 2011 ,ص 122

[2] حسن محمد علي حسن البنان, **اثر الظروف الطارئة في العقد الإداري** , دراسة مقارنة مجلة ا لرافدين للحقوق ,العراق مجلد 19 , العدد 58

المطلب الثاني : مصادرة مبلغ التامين

تخضــع العقود الإدارية في إبرامها لقاعدة مفادها لاعطاء بغير تأمين [1] وهو عند رسـو العطاء يصـبح هذا التأمين بمثابة ضـمان مالي نهائي[2] ليكفل للإدارة في مواجهة المتعاقد معها عليه لدفعه بتنفيذ التزاماته، وذلك وفقا للشـروط المنصـوص عليها في العقد الإداري ودفتر الشروط الملحق به .وبالتالي فإن أي إخلال من جانبه سوف يدفع بالإدارة المتعاقدة الى مصـادرة هذا التأمين، ونظرا لأهمية هذا الإجراء أي مصـادرة التأمين كجزاء مالي يقتضي بيانه الوقوف بداية بتعريفه ثم التطرق إلى أهم خصائصه.

الفرع الأول :تحديد مفهوم مصادرة مبلغ التأمينات.

يمكن تعريف التأمينات على أنها ":كفالة مالية تعتبر كضـمان للإدارة وذلك حتى تتوفى بها أثار الأخطاء التي من شــأنها أن يرتكبها المتعاقد معها في أثناء تنفيذ العقد الإداري ومدى تحمل قدرته على تحمل المسؤوليات الناتجة عن أخطائه التي يرتكبها.

فمصـادرة التأمينات كجزاء مالي يتمثل في اسـتحواذ وحجر الإدارة المتعاقدة على ضـده التأمينات، وذلك في حالة اخلال المتعاقد بتنفيذ التزاماته في اثناء التنفيذ حيث تقوم المصــلحة المتعاقدة بمصــادرة هذه التأمينات بإرادتها المنفردة، حتى ولو لم يترتب عن

[1] هو ما يعرف بالتامين النهائي فهو مضان للدارة اتجاه متعاقد معها من اجل تنفيذ ما التزم به العقد الإداري فهو نهائي لان المتعاقد يلزم بعد رسوم العطاء عليه كضمان لحسن التنفيذ محمد حسن مرعى الجبوري المرجع السابق ص 188

[2] و هو ما يعرف بالتامين المؤقت و الذي يكون في العادة نسبة محددة من قيمة العطاء في الموضوع التعاقد و ذلك لضمان جدية المتقدم للعطاء فيصادر اذا سحب مقدم العطاء عطائه قبل انتهاء فترة سيران العطاءات أي اذا تخلف عن إيداع التامين النهائي محمد حسن مرعى الجبوري مرجع سابق ص 118

إخلاله وقوع ضـرر لها ودون أن تكون هناك حاجة للجوء الى القضـاء لاسـتصـدار حكم يقضي بذلك .

وفي هذا السـياق نجد أن المشـرع الجزائري قد ألزم المصـلحة المتعاقدة على أن تحرص على ايجاد الضمانات الضرورية، سواء من الناحية التقنية أو المالية أو التجارية، والتي تضـمن وجودها في وضـعية مالية حسـنة وبما يكفل لها حسـن تنفيذ العقود الإدارية التي تبرمها .

وكل ذلك بهدف الوصـول إلى نتيجة تتمثل في إبرام العقد مع متعاقد مأمون من جميع الجوانب، وحتى لا يتسـبب في تأخيرها أو إنجازها بغير الكيفية المتعاقد عليها في مضمون الصفقة[1].

و لن يتأتى ذلك إلا بفرض ضمانات مالية تتراوح قيمتها ما بين% 5 و% 10 من القيمة الاجمالية للعقد[2].

ومن هنا يبرز الفرق الجوهري بين جزاء مصادرة التأمينات وجزاء الغرامة التأخيرية من حيث غاية كل واحد منها، فإذا كان جزاء مصادرة التأمينات ينصب على محمل العقد في أنه يواجه مخاطر عدم تنفيذ المتعاقد لشروط العقد، في حين أن جزاء الغرامة التأخيرية

[1] عمار بوضياف , **شرح تنظيمات الصفقات العمومية**, مرجع سابق, ص 22
[2] انظر المادة 133- الفقرة 01 من المرسوم الرئاسي 247 -15

ينصــب على مدة التنفيذ أنه يواجه في الغالب مجرد التأخير في تنفيذ المتعاقد لالتزاماته في الأجال المتفق عليها[1].

ثانيا: خصائص مصادرة التأمينات .

خصائص مصادرة التأمينات :يتميز جزاء مصادرة التأمينات بمجموعة من الخصائص، من أبرزها كالاتي:

أ /إن حق الإدارة المتعاقدة في مصادرة التأمينات يتحقق بمجرد حدوث إخلال أو تقصير من جانب المتعاقد في تنفيذ التزاماته التعاقدية حتى ولو لم ينص على هذا الحق في العقد الإداري والا لما كان هناك محل أصلا لاشتراط إيداع هذا الضمان.[2]

ب /تباشر المصلحة المتعاقدة جزاء مصادرة التأمينات حتى لو لم يلحقها أي ضرر من جراء إخلال المتعاقد معها ودون أن تكون ملزمة بإثبات هذا الضرر[3].

ج /يتطلب جزاء مصــادرة التأمينات لتوقيعه ضــرورة صــدور قرار اداري من جانب المصلحة المتعاقدة، ودون أن تكون هناك حاجة لتقرير من طرف القضاء.[4]

[1] منصور ناصري النابلسي ,**العقود الإدارية**, دراسة مقارنة منشورات زين الحقوقية, ط 01 , سنة ,2010 ص 217
[2] ماجد راغب الحلو, **العقود الإدارية**, دار الجامعة الجديدة , الإسكندرية , مصر , سنة 2009, ص 156
[3] عبد الحميد الشواربي, **العقود الإدارية في ضوء الفقه القضاء التشريع** ,منشاة المعارف الإسكندرية , مصر 2003, ص 41
[4] رشى محمد جعفر الهاشمي ,مرجع سابق, ص 66 ص 67

د /تمثل التأمينات المودعة لضـمان حسـن تنفيذ العقد الحد الأدنى للتعويض الذي يحق للإدارة اقتضاءه، وعليه فإنه لا يحق للمتعاقد أن يثبت أن الضرر اللاحق بالإدارة المتعاقدة من جراء إخلاله يقل عن التأمين .[1]

هـ /يمكن للإدارة المتعاقدة بناء على سلطتها التقديرية أن لا تصـادر الضـمان، وذلك إذا قدرت مثلا أنه لم يلحقها أي ضـرر من جراء إخلال المتعاقد معها، لكن لا يمكنها أن تتنازل عنه مقدما[2] .

و /إن سـلطة الإدارة في مصـادرة التأمينات تدخل في نطاق السـلطة التقديرية لها وبذلك فهي تنأى عن رقابة القضـاء الإداري الا إذا خرجت على مبدأ المشروعية واقترنت بإساءة استعمال السلطة[3].

الفرع الثاني : تحديد مفهوم التعويض

أولا :تعريف التعويض

يعتبر التعويض من الجزاءات المالية شـــأنه في ذلك شـــأن غرامات التأخير و مصـــادرة التأمين، و هو «الجزاء الأصـــيل للإخلال بالالتزامات التعاقدية، و ذلك إذا لم تنص الصـــفقة على جزاءات مالية لمواجهة هذا الإخلال»[4]، أو بعبارة أخرى هو «جزاء

[1] ربيحة سبكي المرجع السابق ص 110 ص111
[2] مفتاح خليفة عبد الحميد, **انقضاء العقود الإدارية** في القانون المقارن , دراسة مقارنة , دار المطبوعات الجامعية ,الإسكندرية, مصر سنة 2013 ص204
[3] يوسف بركان ابودقة ,**امتيازات الإدارة** في مواجهة المتعاقد معها في النظرية العامة , و في قانون الصفقات العمومية بالجمهورية الجزائرية ,مذكرة ماجيستر في القانون العام ,معهد الحقوق و العلوم السياسية , بن عكنون الجزائر أكتوبر 1977, ص 125
[4] سليمان الطماوي **,الأسس العامة** ,المرجع السابق ص 503

يفرض على المتعامل المتعاقد عند إخلاله بالتزاماته التعاقدية بقصد إصلاح الضرر الذي أصاب المصلحة المتعاقدة صاحبة الصفقة من جراء هذا الإخلال».

يتضح من خلال ذلك أنّ التعويض يتم فرضه على المتعامل المتعاقد بقصد إصلاح لذلك فإنّ الأضرار التي لحقت .

بالمصلحة المتعاقدة بسبب إخلال المتعاقد معها بالتزاماته، و التعويض هو جزاء المسؤولية العقدية التي يتحملها المتعامل المتعاقد و هو الجزاء الأساسي لعدم وفاء المدين في القانون المدني .[1]

لذا يمكن القول أن النظام القانوني لهذه التعويضات قريب من النظام المدني لها و معذلك فإنّ تقارب أحكام التعويض في العقود الإدارية بصفة عامة و في الصفقات العمومية بصفة خاصة، مع مثيلتها في عقود القانون الخاص لم تمنع من وجود بعض الاختلافات بين النظامين.

ثانيا :خصائص التعويض

ان التعويض هو جزاء الإخلال بالالتزامات التعاقدية فمن خصائصه أجبر الضرر الذي تتعرض له المصلحة المتعاقدة، بالتالي فإنّ التعويض في الصفقات العمومية يرمي إلى كفالة حسن سير المرافق العامة، و ذلك باقتضاء التعويض من المتعامل المتعاقد

[1] تنص المادة 124 من الامر رقم 75 -58 المتضمن القانون المدني الجزائري المعدل و المتمم على انه كل فعل أي كان يرتكبه الشخص بخطئه و يسبب ضرر للغير يلزم من كان سبب في حدوثه بالتعويض .

المخل بالتزاماته، حيث أن خوف المتعامل المتعاقد من دفع مبلغ مرتفع سيدفعه إلى تنفيذ التزاماته طواعية كما أنّ التعويض كمبدأ عام لا يكون محددا و مقدرا مقدما في الصفقة لا أصبح في حكم الغرامات.

فالنصوص المنظمة للصفقات العمومية و كذلك دفاتر الشروط الإدارية العامة المتعلقة بصفقات الأشغال العامة، لم تتطرق و لم توضح طريقة تحديد مبلغ التعويض، فقد اكتفت بالحث على وجوب تعويض المصلحة المتعاقدة عن الأضرار[1] التي تلحقها من جراء الأخطاء التي ارتكبها المتعامل المتعاقد[2] معها لجبر هذه الأضرار يمكن القول أنّ المصلحة المتعاقدة لا تملك إمكانية تحديد مقدار التعويض بنفسها طالما انعدم وجود النصوص القانونية أو العقدية التي تخول لها ذلك و من ثم فهي مجبرة على اللجوء إلى القضاء للحصول على التعويض المناسب للأضرار التي لحقت بها من جراء تقصير المتعامل المتعاقد في تنفيذ التزاماته التعاقدية. و عليه،فإنّ القاضي هو الذي يحدد قيمة التعويض الواجب دفعه من قبل المتعامل المتعاقد و يقدر التعويض وفقا لجسامة الضرر الذي تحملته المصلحة المتعاقدة.

[1] تنص الفقرة في 03 من المادة 26 من الدفتر الشروط العامة على ان تحمل المقاول النفقات الناتجة عن العملية عندما يكون فساد البناء محققا و معترف به دون الاخلال بالتعويض الذي يمكن ان تطالب به الدولة

[2] على عكس الامر في فرنسا فان الإدارة قد تحررت من قيد اللجوء الى القضاء في حالة طلب التعويض عن الاضرار اذ ا قضت الاحكام بحق الإدارة في تحديد قيمة التعويض الذي تستحقه من المتعاقد المقصر بارادتها المنفردة دون اللجوء القضاء لاستصدار حكم يقضي بذلك و هذا لم يكن معترف به قبل صدور حكم مجلس الدولة في قضية Déplanque سنة 1907 الذي تاكد بصدور مجلس الدولة في قضية شركة الملاحة الجنوب الأطلسي لسنة 1929 لمزيد من التفاصيل على هذه الاحكام راجع سعيد عبد الرزاق با خبيرة سلطة الادراة الجزائية اثناء تنفيذ العقد الإداري , رسالة الدكتوره , كلية الحقوق , جامعة الجزائر سنة 2008 ص 47 -52

لا يجوز للدائن كقاعدة عامة المطالبة بالتعويض إلاّ بعد اعذار المدين بالقيام بالتزاماته،[1] غير أنّه في مجال الصفقات العمومية فإنّ النصوص التي تنظمها تشترط قبل فسخ الصفقة توجيه إعذار إلى المتعامل المتعاقد لتنبيهه. أما فيما يخص التعويض فإن النصوص سكتت عن ذلك، كون التعويض عن الأضرار التي تصيب المصلحة المتعاقدة يتم عن طريق القضاء[2] يجوز للمتعامل المتعاقد مطالبة المصلحة المتعاقدة بالتعويض إذا تسببت في إحداث ضرر له و في كل الحالات وجب اللجوء للقضاء المختص و أن يثبت المتعامل المتعاقد إما خطأ الإدارة أو تجاوزها لأحد بنود العقد أو حتى القيام بأعمال ثانوية أو تحمل أعباء إضافية و غيرها[3].

ثالثا: كيفية تحصيل التعويض

يشير (DE LAUBADERE) [4] انه من المسلم به أن التعويض معترف به كجزاء تملك الإدارة توقيعه على المتعاقد معها بمقتضى عقد من العقود الإدارية ، و فرنسا أنه يحق للإدارة أن تلجأ إلى تحصيل قيمة التعويض بمقتضى أوامر بالدفع تصدرها بإرادتها المنفردة ، و يقابل ذلك من جانب المتعاقد معها الحق في أن ينازع في هذا التقدير أمام القضاء ، و يجوز للقاضي الحكم بإنقاص قيمة التعويض إذا كان مبالغا في تقديره أو إعفاء المتعاقد منه نهائيا إذا لم يكن لهذا التعويض أساس قانوني[5] أما بالنسبة للجزائر فإنّ للمصلحة

[1] للمادة 179 من الامر رقم 58 -75 ،مرجع سابق
[2] عبد القادر رحال، , مرجع سابق ص 179 .
[3] عمار بوضياف ,مرجع سابق ص 165ص166
[4] مجلس الدولة قرار رقم 006052 المؤرخ في 2003/04/15
[5] سعيد عبد الرزاق با خبيرة,مرجع سابق ص 230 -231

المتعاقدة الحق في الحصـــول على التعويض المناســـب جراء إخلال المتعامل المتعاقد عن تنفيذ التزاماته، و الضـــرر الذي يصـــيبها من ذلك، أنّ ه لم تشـــر النصـــوص المنظمة للصـفقات العمومية و دفاتر شـروطها إلى كيفية تحصـيل إلا لم تشـر النصـوص المنظمة للصفقات العمومية و دفاتر الشروط الى كيفية تحصيل التعويض المستحق بصفة واضحة، فبالرجوع إلى المواد 48 ،36 ،35/7 من دفتر الشـروط الإدارية العامة نجد أن التعويض يقتطع من المبالغ التي يســتحقها المتعاقد، أو من ضـــمانه، لا يحول ذلك دون ممارســـة الإجراءات التي تتخذ بحقه في حالة عدم التسديد. فى فهم مما سبق أن التعويض يمكن أن تقدره و تحصله الإدارة من تلقاء نفسها، على أن ينازع المتعاقد هذا التقدير أمام القضاء إذا أراد ذلك أما المشرع الجزائري من خلال المرسوم الرئاسي رقم 236-10 في مادته 112/3 التي نص أنّه: «لا يمكن الاعتراض على قرار المصـــلحة المتعاقدة بفســـخ الصـــفقة عند تطبيقها البنود التعاقدية في الضـمان، والمتابعات الرامية إلى إصـلاح الضـرر الذي لحقها بسبب خطأ المتعاقد معها».

أشـــير من خلال هذه الفقرة إلى التعويض الذي توقعه المصـــلحة المتعاقدة، و مع ذلك لا اسـتطيع التأكيد بأنّ رغبة المشـرع قد اتجهت إلى النحو الذي سـارت عليه تماما الحالة الفرنســية، فيجب على المشــرع الجزائري أن يفصــح بوضــوح عن حق الإدارة في تحصـيل التعويض من تلقاء نفسـها أو تترك هذا الأمر للقضـاء، حتى يزول أي لبس بهذا الصدد.

و عليه فإنه باعتبار التأمين النهائي يمثل الحد الأدنى للتعويض الذي يحق للإدارة اقتضاؤه، فإنّه يتعين على المصلحة المتعاقدة أن تثبت وقوع ضرر لها، يفوق مقدار قيمة التأمين.

ذلك في حالة الخطأ الجسيم يتطلب الأمر تحديد التعويض وفقا لدرجة هذا الخطأ لتغطية الضرر الناجم عنه، و من ثم لا ينبغي أن يكون مبلغ التأمين قيدا على المصلحة المتعاقدة من اقتضاء التعويضات المستحقة عن الأضرار الفعلية التي لم يغطيها التأمين. و بهذا المعنى جاءت الفقرة الثالثة من المادة 112 من المرسوم الرئاسي رقم 236-10التي تنص على أنّ ه: «لا يمكن الاعتراض على قرار المصلحة المتعاقدة بفسخ الصفقة عند تطبيقها البنود التعاقدية في الضمان، و المتابعات الرامية إلى إصلاح الضرر الذي لحقها بسبب خطأ المتعاقد معها».

و بناء عليه، فإذا كان المشرع يمنع المتعامل المتعاقد من الاعتراض على قرار المصلحة المتعاقدة عند تطبيقها جزاء الفسخ، على تطبيق الجزاءات الأخرى من مصادرة التأمين و تعويض الأضرار، فمن باب أولى عدم الاعتراض عليه في الجمع بين مصادرة التأمين و التعويض لتغطية الضرر الفعلي الذي لم يغطيه مبلغ الضمان.

بالتالي يمكن الجمع بين جزاء مصادرة التأمين و التعويض[1] إذا كان الضرر قد تجاوز قيمة التّأمين النهائي المحدد سلفا في العقد أو دفتر الشروط، على أن لا يكون قد

[1] سعيد عبد الرزاق باخيبرة , **سلطة الإدارة الجزائية** ... ,مرجع سابق ص 226

حضـر على جواز الجمع بين جزائي مصـادرة التأمين و التعويض. أما إذا كان مصـادرة التأمين النهائي قد جبرت الضرر كله فلا محل للتعويض ما لم يتفق على خلاف ذلك .[1]

المبحث الثاني : الجزاءات الضاغطة.

تتمتع الإدارة في أثناء تنفيذ عقودها الإدارية في حالة إخلال المتعاقد معها بتنفيذ التزاماته التعاقدية بسلطة توقيع جزاءات ضاغطة من أجل الضغط عليه لإجباره على تنفي التزاما المنوطة به وذلك بأن تحل الإدارة المتعاقدة محله في التنفيذ بنفسـها وأموالها وأن تعهد بذلك إلى متعاقد أخر.

ونظرا لشدة هذا النوع من الجزاءات الضاغطة فإن الإدارة المتعاقدة لا تلجأ اليها الا اذا كان اخلال المتعاقد معها درجة من الجسامة .وتختلف الجزاءات الضاغطة، باختلاف نوع العقد الإداري المبرم، بحيث أنه سوف تقتصر دراستنا فقط بالنسبة للجزاءات الشائعة في العقود الإدارية الأكثر تطبيقا من الناحية العملية والمتمثلة في سـحب العمل من المتعاقد في عقد الاشغال العامة) أولا , (الدفع على الحساب) ثانيا.

المطلب الاول : الشراء على حساب المورد.

يتعلق هذا الجزاء عقود التوريد حيث تهدف الصـفقات العمومية للوازم طبقا للمادة 29 من المرسـوم الرئاسـي 15/274 الى اقتناء او ايجار او بيع بالإيجار بخيار او بدون

[1] عبد العزيز عبد المنعم خليفة **, تنفيذ العقد الإداري** ... ,مرجع سابق ص 103

خيار الشــراء من طرف المصــلحة المتعاقدة .بعتاد او مواد مهما كان شــكلها موجه لتلبيه الحاجات المتصلة بنشاطها لدى المورد ... بحيث يلزم المتعامل المتعاقد بموجب هذه النوع من الصفقات بأداء مهمات تحتاج اليه الإدارة في اداء مهامها . وتبعا لذلك فان اي فان اي تأخير او اخلال في توريد الكميات او توريدها بمواصــفات غير تلك المواصــفات التي تم الاتفاق عليها يخول للمصــلحة المتعاقدة ممارســة هذا النوع الجزاءات و ذلك بحلولها محل المتعاقد بالشكل الذي يضمن لها توريد الاصناف على حسب الموارد وتحت مسؤوليته.

لذلك ســوف نتطرق لتعريف ثم خصــائص الشــراء على حســاب المورد و أثارها القانونية المترتبة عنه

الفرع الأول :تحديد مفهوم الشراء على حساب المورد

أولا :تعريف الشراء على حساب المورد :

يمكن تعريف هذا الجزاء على أنه عبارة عن إجراء متبع في حالة مخالفة المورد لالتزاماته، فهو يعد وسيلة أخرى من وسائل الضغط التي تلجأ إليها الإدارة بالنسبة لعقد التوريد الإداري[1] .المتعاقدة أثناء تنفيذ التوريد الإداري وذلك لمواجهة ما يمكن أن يترتب عن عجز المورد المتعاقد بمهامه .ويمكن تعريفه أيضــا على أنه إجراء تتخذه الإدارة

[1] تعرف الأستاذة نباب نادية عقد التوريد بانه " اتفاق بين شخصين من اشخاص القانون العام او الفرد او شركة يتعهد بمقتضى الفرد او الشركة بتوريد منقولات معينة لشخص معنوي لازمة لمرفق عام مقابل ثمن معين " نسرين شريفي , مريم عمارة , سعيد بوعلي , **القانون الإداري** (التنظيم الإداري , النشاط الإداري) دار بلقيس الجزائر سنة 2014 ص 168

المتعاقدة اتجاه المتعاقد معها الذي تخلف عن توريد الأصـــناف المتعاقد عليها بموجب العقد المبرم، وذلك بأن تقوم بتنفيذ العقد على حسابه تحت مسؤوليته.[1]

ثانيا : خصائص الشراء على حساب المورد.

خصـــائص الشـــراء على حســـاب المورد في عقد التوريد الإداري :كبقية أنواع الجزاءات الضـــاغطة الأخرى يتميز جزاء الشـــراء على حســـاب المورد في عقد التوريد بمجموعة من الخصائص، حيث تتمثل أهمها كالأتي:

:أ /إن جزاء الشـــراء على حســـاب المورد في عقد التوريد الإداري هو اجراء مؤقت لا يترتب عنه إنهاء العقد الأصـــلي بل تظل الرابطة التعاقدية قائمة ويظل المورد المقصـــر ملتزما أمام الإدارة بتنفيذ كافة الالتزامات الناشئة عن العقد.[2]

ب /تقوم الإدارة المتعاقدة بشـراء الأصـناف التي قصـر المورد في توريدها على حسـابه وتحت مسـؤوليته وهي تقوم بهذا الإجراء إما بنفسـها أو بالتعاقد مع مورد أخر دون إنهاء العقد الأصلي[3].

[1] سعيد عبد الرزاق با خبيرة ,المرجع السابق ,ص 262
[2] رشا محمد جعفر الهاشمي المرجع السابق ص 84
[3] بلاوي ياسين بلاوي , **الجزاءات الضاغطة في العقد الإداري** , دار الكتب القانونية , مصر , سنة 2011 ص 137-136

ج /يصـدر جزاء[1] الشـراء على حسـاب المورد بموجب قرار إداري صـادر عن الإدارة المتعاقدة بإرادتها المنفردة، ودون الحاجة لاستصدار حكم قضائي بذلك.[2]

.د /تلتزم الإدارة المتعاقدة كقاعدة عامة بضرورة إعذار المورد المتعاقد معها بتقصيره قبل اتخاذ إجراء الشراء على حسابه ومسؤوليته، كما هو الشأن بالنسبة لجزاء سحب العمل من المتعاقد في عقد الأشغال العامة .

هـ / إن جزاء الشراء على حساب المورد كما هو المبدأ بالنسبة لبقية الجزاءات الضاغطة الأخرى، حيث تمتلك الإدارة حق توقيع الجزاء الضاغط سواء نص عليه العقد أم لم ينص عليه، وعادة ما تتضمن دفاتر الشروط كيفية تطبيق هذا الجزاء.

ثالثا : ضوابط الشراء على حساب المورد:

تتقيد المصـلحة المتعاقدة في توقيعها للجزاءات بما فيها الشـراء على حسـاب المورد و مسؤوليته بضوابط معينة يجب مراعاتها و تتمثل هذه الضوابط في :

أ- جسامة الخطأ:

حيث يشترك بان يكون الفعل المرتكب من قبل المورد على درجة من الجسامة و من قبيل ذلك تأخر المورد في تسـليم ما تم الاتفاق عليه ضـمن الصـفقة او رداءة الأصناف و المواد الموردة عدم مطابقتها لمواصفات المطلوبة او الامتناع عن توريدها

[1] عبد القادر دراجي , **سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات الإدارية** , مجلة الفكر العدد 10 كلية الحقوق و العلوم السياسية جامعة محمد خيبر بسكرة جانفي 2014 ص 103

[2] رشا محمد جعفر الهاشمي , المرجع نفسه ص 87

و هذه الأفعال تعد على درجة من الجسامة بالشكل الذي يبرر قيام المصلحة بالشراء على حساب المتعاقد و تحت مسؤوليته و هو ما تؤكده المادة 94 من قانون المناقصات و المزايدات المصري التي افادة بقولها "في حالة عدم قيام المورد بالتوريد في المعاد المحدد او خلال المدة الإضافية فعلى الجهة الإدارية ... شراء الأصناف التي لم يقم المورد بتوريدها من غيره على حسابه بذات الشروط و المواصفات المعلن عنها و المتعاقد عليها بإحدى الطرق المقررة بقانون تنظيم لمناقصات و المزايدات ..." ," وهذا يمكن للجهة الإدارية ان تخصم ما تستحقه من غرامات و قيمة كل خسارة تلحق بها , بما في ذلك فروق الأسعار و المصاريف الإدارية من ايت مبالغ مستحقة او تسحق للمتعاقد لديها و في حالة عد كفايتها تلجئ الى خصمها من مستحقاته لدى أي جهة إدارية أخرى أي كان سبب الاستحقاق دون الحاجة الى اتخاذ إجراءات قضائية ... " [1]

ب-ضرورة اعذار المورد :

تلتزم المصلحة المتعاقدة قبل مباشرة هذا الجزاء بضرورة توجيه اعذار للمورد المقصر قصد تدارك تقصيره في التزماته التي اخل بها مع توقيع غرامة اذا اقتضى الامر ذلك و يعد الاعذار شرطا جوهريا . تقتضيه طبيعة هذا الجزاء بالنظر للاثار المترتبة على المورد الا اذا نص العقد او دفاتر الشروط على اعفاء الإدارة من هذا الاجراء [2].

[1] دهمة مروان ,**الجزاءات الإدارية** في مجال تنفيذ الصفقات العمومية, مجلة دفاتر السياسة و القانون ,جامعة ورقلة عدد خاص ,جوان 2018, ص369

[2] محمد خلف الجبوري,مرجع سابق, ص 137

الفرع الثاني الأثار القانونية المترتبة على الشراء على حساب المورد

1-قيام الإدارة بتنفيذ العقد على حساب المورد المقصر و تحت مسؤوليته سواء بنفسها أو بواسطة مورد أخر . يجب أن يكون بنفس شروط التوريد االأصلي و مدته [1]وبالتالي فانه لا يجوز للإدارة تعديل المواصفات الفنية التي قصر المورد في توريدها عند اجرائها للشراء على حسابه بل لا بد ان تتقيد في شرائها بما هو في دفتر الشروط[2] .

2-تقتصر مسؤوليته المورد الجديد فقط على وجود التوريدات التي تضمنها التنفيذ على حساب المورد المستبعد .فهو ليس مسؤولا لهذا الأخير أو وكيلا عنه . كما أنه لا يقوم بالتوريد لحسابه [3]

3-لا يجوز للإدارة أن تجمع بين جزاء الشراء على حساب المورد وبين جزاء انهاء العقد لان التنفيذ على حساب المورد المقصر يقوم على أساس استمرار عقد التوريد الأصلي منتجا لأثاره .الا أنه يجوز للإدارة أن تجمع بين جزاء الشراء على حساب المورد و جزاءات أخرى لا تتعارض معه .كغرامة التأخير أو مصادرة التأمينات طالما تحقق السبب لتوقيع كل منها[4] .

[1] رشا محمد جعفر الهاشمي ,مرجع سابق ص 87
[2] عبد القادر دراجي , مرجع سابق, ص 103
[3] إسماعيل بحري, **الضمانات في مجال الصفقات العمومية في الجزائر**, مذكرة ماجستير في القانون العام (فرع قانون الدولة و المؤسسات العمومية),كلية الحقوق جامعة الجزائر 2008-2009 ,ص 68
[4] يوسف بركات أبو دقة, مرجع سابق, ص 129

المطلب الثاني : السحب العمل من المتعاقد في عقد الاشغال العامة.

الجزاء بصفة عامة هو الأثر الذي يرتبه القانون على مخالفة أحكامه و يستهدف ضمان احترامها و اذا كان سحب العمل من المقاول هو احد الجزاءات الضاغطة المؤقتة و الهدف منه المحافظة على سير المرفق العام بانتظام و اطراد فينبغي التعرض لتعريفه و اهم خصائصه .

الفرع الأول : تحديد مفهوم السحب العمل من المتعاقد في عقد الاشغال العامة

أولا : تعريف السحب العمل من المتعاقد في الاشغال العامة

لا يختلف تعريف جزاء سحب العمل من المقاول في مجال الصفقات العمومية، عن التعريفات التي قدمت لسحب العمل من المقاول بصفة عامة .وستعرض فيما يلي تلك التعريفات.

.أ – المحاولات الفقهية لتعريف جزاء سحب العمل من المقاول :

عرفه الأستاذ عبد المجيد محمد فياض بأنه" :أن تحل الإدارة محل المقاول المقصر في تنفيذ أعماله، وقيامها بتنفيذ العمل بنفسها على حسابه، وتعهد إلى الغير بتنفيذ هذه الأعمال إنجاز العمل[1]."

[1] سهام بن دعاس ,**المتعامل المتعاقد في ظل النظام القانوني للصفقات العمومية**, مذكرة ماجستيرالقانون الإداري و المؤسسات الدستورية ,كلية الحقوق جامعة باجي مختار ,عنابة ص 125

وعرفه فقهاء آخرون على النحو التالي:

"يقصد بجزاء سحب العمل من المقاول، أن تجبر الإدارة المتعاقد معها، إذا أخل بتنفيذه أو عدم تنفيذه على الوجه المطلوب، بأن تسحب منه العمل وتحل محله في إدارته أتعهد به إلى غيره."

"سحب العمل من المقاول وهو عبارة عن جزاء، توقعه الإدارة في أثناء تنفيذ عقود الأشغال العامة بمقتضاه تحل الإدارة نفسها محل المقاول المقصر عن تنفيذ التزاماته، او المتباطئ في أدائها، أو أن تعهد إلى غيره بتنفيذ الأعمال، وذلك على حساب المقاول وتحت مسؤوليته."

الاجتهادات القضائية لتعريف جزاء سحب العمل من المقاول :لم تتفق الاجتهادات القضائية على إعطاء تعريف موحد لجزاء سحب العمل من المقاول وهذه بعض اجتهاداتها:

عرفته المحكمة الإدارية العليا بمصر في قرارها الصادرة بتاريخ 1961-04-22 : طعن رقم 1137 بأنه" :جزاء من الجزاءات التي تملك جهة الإدارة ممارستها، فهي وسائل ضغط وإجراءات قهرية يبررها أن العقود الإدارية يجب أن تنفذ بدقة ألن سير المرافق العامة يقتضي ذلك[1]."

[1] فتيحة حابي , **النظام القانوني لصفقة الإنجاز العمومية** (في ظل المرسوم الرئاسي 2010/236) ,كلية الحقوق جامعة تيزي وزو, 2013 , ص 286

كما عرفته محكمة القضـاء الإداري المصـرية في قرارها الصـادر بتاريخ-12-9 1956المجموعة في 35 عاما من 1961-1926 بأنه" :عندما يخل المقاول في تنفيذ التزاماته التعاقدية ويتراخى في تنفيذها، فإن الإدارة لها من الإجراءات التي تكفي ضـمان تنفيذ الأشغال لتأمين سير المرافق العامة .وعلى هذا الأساس فإن الإدارة تستطيع أن تحل بنفسها محل المقاول المقصر في إنجاز العمل أو أن تعهد به إلى مقاول أخر لتنفيذه.

فهذه التعاريف ليسـت موحدة ولا هي جامعة مانعة، لكنها متكاملة ومتقاربة و لا تعطي المفهوم المحدد والمطلوب لهذا الإجراء، بأنه من الجزاءات الضاغطة التي لا تنهي الصـفقة بل تعهد بتنفيذه إلى غير المقاول الأصـلي على حسـابه ومسـؤوليته، إلا أنه إذا اتضح للإدارة أن عجز المقاول قد صار نهائيا وأن هذا الجزاء لا جدوى منه وأصبح غير مناسب يكون للإدارة أن تستبدله بجزاء آخر مناسب كفسخ الصفقة، وهذا ما يدل على أن جزاء سـحب العمل من المقاول جزاء تمهيدي لفسـخ الصـفقة .وبالرغم من ذلك فإن هذه القاعدة لا يمكن للإدارة أن تتبعها، فيجوز للإدارة فسخ الصـفقة بدون حاجة لان يسبقه جزاء سحب العمل.

وعليه فالجزاء سـحب العملية من المتعاقد في عقد الأشـغال العامة هو ":جزاء بمقتضاه يتم وضع المقاولة تحت الإدارة المباشرة لصاحب الأشغال) الإدارة(، فيحل محل المتعاقد المتخلف ويتم ذلك على حساب هذا الأخير وتحت مسؤوليته .

ثانيا : شروط سحب العمل من المتعاقد في عقد الاشغال العامة

1- خطأ المقاول في تنفيذ التزامه التعاقدي

تنص المادة 1/35من دفتر الشروط الإدارية العامة على أنّه: «إذا لم يتقيد المقاول بشـــروط الصـــفقة أو بأوامر المصـــلحة التي يتلقاها من مهندس الدائرة أو المهندس المعماري، يعمد المهندس الرئيس إلى إنذاره بلزوم التقيد بتلك الشـروط والأوامر في أجل يحدد بمقرر يجرى إبلاغه له بموجب أمر المصلحة».

يتضـح من خلال هذه الفقرة أنّ الخطأ التعاقدي [1]الذي يحول للمصلحة المتعاقدة سلطة اتخاذ إجراء سـحب العمل من المقاول، يأخذ صـورتين أولها عدم التزام المقاول بشـروط الصفقة وثانيها عدم امتثاله للأوامر المصلحية.

أ-عدم التزام المقاول بشروط الصفقة

يتمثل عدم التزام المقاول بشروط الصفقة في الحالات التالية:

[1] ان قانون الصفقات العمومية سكت عن النص عن الأخطاء العقدية التي تبرر السحب او الحالات التي يجوز للمصلحة المتعاقدة فيها سحب لعمل من المقاول فنجد المشرع اكتفى مما ذكره في دفتر الشروط الإدارية ألعامة رغم ان نصوصه ذات عبارات العامة على خلاف التشريعات الأخرى فنجدها قد ذكرت في نصوصها هذه الأخطاء انظر فيما يخص التشريع المصري سليمان الطماوي **الأسس العامة** ... مرجع سابق ص 526

-خلال المقاول وعدم مراعاته لمدد التنفيذ المنصوص عليها في الصفقة، هذا يبرر تدخل المصلحة المتعاقدة لسحب العمل من المقاول ومباشرته بنفسها أوبواسطة مقاول آخر [1]، ما لم يكن هذا التأخير راجعا إلى سبب أجنبي لا يد للمقاول في وقوعه.

-وقف المقاول للأشغال أو التخلي عنها جزئيا أو كليا يبرر سحب العمل منه ولا يمكنه الاحتجاج بأنّ تعطيل الأشغال كان نتيجة لتأخر المصلحة المتعاقدة في دفع الأقساط المقررة عن قيمة الأشغال المنجزة.

ب-عدم امتثال المقاول للأوامر المصلحية

يلتزم المقاول بمقتضى صفقة الأشغال العامة بالخضوع للأوامر المصلحية الصادرة إليه من طرف المصلحة المتعاقدة، فالأمر المصلحي ذو طابع إلزامي للمقاول الموجه إليه.

استقر قضاء مجلس الدولة الفرنسي على أنّ عدم امتثال المقاول للأوامر المصلحية يعتبر من قبيل الخطأ الجسيم الذي يبرر توقيع جزاء شديد يتناسب مع ما قد يحدثه الامتناع عن تنفيذ هذه الأوامر من اضطراب خطير من الناحية الاقتصادية مما يعوق حسن سير المرافق العامة.

[1] انظر للمادة 35 الفقرة 03 من دفتر الشروط الإدارية العامة مرجع سابق
- المادة 09 من المرسوم الرئاسي 10 -236 المعدل و المتمم

وعلى ذلك، فإنّ رفض المقاول الإذعان لهذه الأوامر يعطي للإدارة المتعاقدة الحق في أن تسحب العمل منه أو أن تلجأ إلى فسخ الصفقة لا يقتصر التزام المقاول بالخضوع للأوامر المصلحية على تلك التي تدخل في نطاق التنفيذ الدقيق للصفقة.

2- وجوب اعذار المقاول :

يشترط المشرع لسحب العمل من المقاول المقصر في تنفيذ التزاماته اعذاره بذلك من قبل المصلحة المتعاقدة صاحبة المشروع حتى يكون على علم من أنّها عازمة على توقيع الجزاء عليه، وهذا ما نصت عليه الفقرة 1 من المادة 35 من دفتر الشروط الإدارية العامة.

وقبل تسليط الجزاء على المقاول يمنح له أجل بعد اعذاره حتى يتدارك تقصيره فيجب احترام هذه المدة فلا يوقع الجزاء إلاّ بعد نفاذها، وا لا كان الإجراء غير صحيح من الناحية القانونية. وهذا الأجل لا يجوز أن يقل عن عشرة أيام ابتداء من تبليغ الاعذار.

يهدف اشتراط الإعذار قبل توقيع جزاء السحب، إخطار المقاول بما ستقوم به المصلحة المتعاقدة وما ستطبقه من إجراءات زجرية ضده، بالتالي يتدارك أخطاءه فيصلحها لأن المصلحة المتعاقدة تسعى إلى انجاز المشروع في الظروف الطبيعية وليس إلى معاقبة المقاول هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإنّ الهدف من الإعذار يتمثل في الإثبات القانوني لتقصير أو إهمال المقاول في تنفيذ التزاماته أي إثبات عدم الوفاء بها .

غير أنّه في حالة الاستعجال والحالات الخاصة يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تسحب العمل من المقاول المقصر دون إعذاره ويتحمل النفقات المترتبة على هذا الإجراء رغم عدم

(4)، كما تعفى الإدارة من شرط الإعذار في حالة ما إذا تضمن العقد نصا صريحا بإعفاء المصلحة المتعاقدة من الاعذار و كذلك في حالة عدم جدوى الإعذار.

ثالثا: خصائص السحب العمل من المتعاقد في عقد الاشغال العامة :

يتميز إن هذا الجزاء كبقية الجزاءات المذكورة سـابقا بجملة من الخصـائص، تتمثل أبرزها فيما يلي

:أ /جزاء سـحب العمل من المتعاقد في عقد الأشـغال العامة هو إجراء مؤقت لا يترتب عنه إنهاء انما تظل الرابطة التعاقدية قائمة كما يظل المتعاقد الأصـلي ملتزما أمام الإدارة صاحبة العقد والأشغال بتنفيذ كافة الالتزامات المتولدة عن هذا العقد[1].

[1] بلاوي ياسين بلاوي , المرجع السابق, ص 140

ب /يصدر جزاء سحب العمل من المتعاقد في عقد الأشغال العامة بموجب قرار إداري، صادر عن الإدارة المتعاقدة صاحبة الأشغال بإرادتها المنفردة ودون اللجوء إلى القضاء لاستصدار حكم قضائي بذلك[1].

ج /تلتزم الإدارة كقاعدة عامة بضرورة سحب العمل من المتعاقد في عقد الأشغال منه وتنفيذها على حسابه، وذلك على عكس الوضع كما سبق لنا التطرق بالنسبة لجزاء وضع المرفق تحت الحراسة في عقد الامتياز الإداري، أين يمكن للإدارة المانحة فرض الحراسة الإدارية دون إعذار صاحب الامتياز المقصر.

د /إن جزاء سحب العمل من المتعاقد وتنفيذه على حسابه مرتبط بالنظام العام باعتباره ضمانة هامة لإتمام تنفيذ الأشغال محل التعاقد ضمانا لسير المرفق العام، ويترتب على ذلك أنه لا يجوز أن تتضمن عقود الأشغال نصا يحرم الإدارة من وضع المشروع تحت الإدارة مباشرة، وإذا أدرج مثل هذا الشرط فإنه يكون باطلا لمخالفته النظام العام، لأته يلغي سلطة قانونية ضرورية لكفالة سير المرفق العام .

هـ /إن أعمال الإدارة المتعاقدة صاحبة الأشغال لسطتها في توقيع جزاء سحب العمل من المتعاقد أمر تفرضه اعتبارات الصالح العام، فهو يتعدى في حد ذاته فكرة أنه حق للإدارة

[1] عبد العزيز عبد المنعم الخليفة , **الأسس العامة للعقود الإدارية** ,المرجع السابق, ص 282 -283

انما هو إجراء واجب عليها تباشـــره حتى دون الحاجة إلى النص عليه صـــراحة في وامتيازاتها والعقد[1].

رابعا الأثار القانونية المترتبة عن جزاء سحب العمل من المتعاقد في عقد الأشغال العامة

1-ان الجزاء سحب العمل من المقاول هو اجراء مؤقت لا ينتهي على اثره العقد الأصلي . بل يبقي قائما ويظل المقاول الأصلي [2]مسؤولا عن تنفيذ الأشغال الجديدة التي عجز عن تنفيذها على الرغم من استبعاده بشكل مؤقت[3] مع احتفاظه بحف مراقبة و متابعة عمليات انجاز الأشغال بشرط ألا يعرقل التنفيذ.[4]

2-يترتب على الجزاء ســحب العمل من المقاول المقصــر حرية الإدارة المتعاقدة صــاحبة الأشــغال في اختيار الطريقة المناســبة لتنفيذ الأشــغال محل التعاقد . فإنما أن تتولى ذلك بنفسها عن طريق تعيينها لمسير يتصرف بدلا من المقاول العاجز . أو بواسطة مقاول أخر عن طريق إعادة طرح الصـفقة في المزاد العلني و على حسـاب المقاول العاجز . فتدفع له السعر المتفق عليه في العقد الأصلي .

[1] رشا محمد جعفر الهاشمي , مرجع سابق ص 76

[2] La Mise, En Regie Met Pas Fin En Marche Elle En Dessissit Jusqau Ce Quil Puisse Reprendre Les Traveaux ,,,Cristophe Lajoye …Op0 Cit Page 175

[3] هيثم حليم غعازي **سلطات الإدارة في العقود الإدارية** (دراسة تطبيقية) , ط 01 , دار الفكر الجامعي الإسكندرية, مصر, 2014 ,ص 144

[4]تنص المادة 06/35 من دفاتر الشروط الإدارية لسنة 1964 على انه في حالة قيام لاشغال على النظام المباشر و خلال مدته يسمح للمقاول بمتابعة العمليات و لا يجوز له عرقلة تنفيذ أوامر المهندسين

3-يتم تنفيذ العمل على حساب المقاول بذات الشروط و المواصفات المتفق عليها في العقد الأصلي .[1]

الفرع الثاني: جزاء الفسخ.

أولا: تعريف جزاء الفسخ

يستهدف هذا الجزاء إنهاء الرابطة التعاقدية، وبالتالي فإنه يفترض أن المتعاقد أخطأ خطأ جسيما، ولا تلجأ الإدارة إلى هذا الجزاء إلا مضطرة، وإذا وجدت أنه لا فائدة ترجى من تقويم المتعاقد، و جزاء الفسخ على مسؤولية المتعاقد، يتناول جميع الصفقات العمومية.

والفسخ يعد من أشد أنواع الجزاءات التي تضع نهاية للصفقة العمومية، لأنه يفترض أن المتعاقد قد ارتكب خطئا جسيما، وهذا الخطأ يجعل الإدارة تفقد الأمل والثقة من استمرارية المتعاقد في تنفيذ التزاماته مستقبلا، ومن خلال فقدها للثقة في الاستمرارية تلجأ إلى هذا الجزاء من أجل إنهاء الرابطة التعاقدية نتيجة إخلاله [2].

والإدارة تنهي العقد دون أن تنتظر حكما قضائيا بذلك مع إبرام عقد جديد آخر مع الغير لكفالة سير المرافق العامة بانتظام واطراد وذلك على مسؤولية المتعاقد الأصلي، والذي يتحمل في هذه الحالة كافة المخاطر من توقيع العقد الجدي، إذ يلتزم بالتعويض عن كافة

[1] سليمان محمد الطماوي, **الأسس العامة للعقود الإدارية** ... ,مرجع سابق ,ص 510 -511
[2] منصور نصري النابلسي , ...مرجع سابق, ص 277

الأضـــرار المالية التي لحقت بالإدارة بســبب خطأ المتعاقد الجســيم و التي أدت إلى تحمل الإدارة نفقات مالية أكبر من جراء تعاقدها مع الغير.[1]

ويعتبر بعض الفقهاء أن الفســخ الجزائي للعقد الإداري من النظام العام، ومن ثم فلا يشـترط النص عليه في العقد، كما لا يجوز الاتفاق على اسـتبعاده بوجه عام ومطلق، ومن حق الإدارة فسخ العقد بنفسها دون وساطة القاضي ودون اشتراط النص على هذا الحق في العقد، ولا يفترض تنازل الإدارة عن حقها في الفســـخ الجزائي للعقد، وإذا منح المقاول مهلة جديدة لتنفيذ العقد، فهو أمر من قبيل التسامح، ولا يسقط حق الإدارة في أن تفسخ العقد إذا اســتمر المقاول في عدم الوفاء بالتزاماته، ويمكن للإدارة أن تلجأ للقاضـــي بطلب الحكم له بفسـخ العقد بدلا من أن تقرره بنفسـها، ولا يحول دون الفسـخ 2الجزائي ما سـبق أن وقعته الإدارة من جزاءات على المتعاقد.[2]

ثانيا: شروط ممارسة جزاء الفسخ

[1] احمد عثمان عياد , **مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية** مجموعة رسائل الدكتوره, بدون طبعة و سنة ,النشر ص 362

[2] عبد العزيز عبد المنعم خليفة , **تنفيذ العقد الإداري تسوية منازعات قضايا** , مرجع سابق ص 132

حتى تلجأ المصـــلحة المتعاقدة إلى توقيع جزاء الفســخ على المتعامل المتعاقد، لابد من توفر عدة شروط وهي:

1-**وجود خطأ جسيم من جانب المتعاقد** :وجود الخطأ الجسيم يكون كما لو أهمل المتعاقد الأعمال أو وقف التوريد أو رفض تنفيذ الأوامر الإدارية الموجهة له من جانب الإدارة، أو لجأ إلى الغش في تنفيذ التزاماته التعاقدية، أو ، أو تسليمه بضائع رديئة التنازل عن العقد أو التعاقد من الباطن دون موافقة الإدارة ، ومهما قيل عن أنواع الأخطاء التي تعتبر جسيمة تبقى مذكورة على سبيل المثال وليست على سبيل الحصر لأن للإدارة المتعاقد في هذا المجال الســلطة التقديرية في تقدير متى يكون الإخلال بالتزام تعاقدي أو قانوني خطأ جسيما يستوجب تطبيق وتوقيع جزاء الفسخ .[1]

2-الإعذار: ومن المســـلم به وجوب الإعذار متبعا بالفســـخ الجزائي ومنحه فترة معقولة تسمح بأداء التزاماته، ما لم ينص العقد على إعفاء الإدارة منه، غير أنه لا ضرورة للإعذاره في حالة ما إذا كان للفسخ أثرا عن إجراء ضاغط سبق إعذار المتعاقد به ومن أجل ذات الأخطاء.

ونظرا لأهمية الإعذار لا ســيما باعتباره ينبه المتعامل المتعاقد بإخلاله، إلا أنه يعد فرصة ثانية له لتدراك تقصيره وتنفيذ التزاماته التعاقدية، فقد نص عليه المشرع الجزائري في

[1] l'administration peut procure la résiliation unilatéralement en cas de faute grave du cocontractant rachid zouaima marie christine roulate droit administratif Edition berti Alger 2009 p 191 .

المادة 99 من المرسوم الرئاسي رقم 02 -250 والتي أفادت في فقرتيها الأولى والثانية على أن "إذا لم ينفذ المتعاقد التزاماته، توجه له المصلحة المتعاقدة إعذارا ليفي بالتزاماته التعاقدية في أجل محدد.

"وقد نصت المادة 112 من المرسوم الرئاسي 10 -236 على انه إذا لم ينفذ المتعاقد التزاماته، توجه له المصلحة المتعاقدة إعذارا ليفي بالتزاماته التعاقدية في أجل محدد وإن لم يتدارك المتعاقد تقصيره في الآجل الذي حدده الإعذار، يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تفسخ المصفقة من جانب واحد إلا أنه قد صدر قرار مؤرخ في 23 ربيع الثاني عام 1432 الموافق 28 مارس 2011 ،محددا للبيانات التي يتضمنها الإعذار وآجال نشره، فقد نصت المادة 02 منه "على أن الفسخ من جانب واحد لصفقة من طرف مصلحة متعاقدة لا يتم إلا بعد إعذارين قانونيين للمتعامل المتعاقد العاجز".

وهذا القرار مصداقا لما هو موعود به في المادة 12 المرسوم الرئاسي 10-236 في فقرتها البيانات الواجب إدراجها في الإعذار ' الثالثة حيث جاء فيها "يحدد الوزير المكلف بالمالية بموجب قرار وكذلك آجال نشرة في شكل إعلان قانوني".

ولا 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، وزيادة على الفسخ من جانب واحد وفق المادة 112، يمكن القيام بالفسخ التعاقدي للصفقة.

ثالثا : الاثار المترتبة على جزاء الفسخ .

إذا ما صدر قرار الفسخ من المصلحة المتعاقدة وتم إبلاغه للمتعامل المتعاقد تترتب الآثار التالية:

-إنهاء العقد وانفصام الرابطة العقدية بين طرفيه، ومن المسلم به أن الفسخ يشمل العقد كله فلا يجوز فسخ جزئي إذ لا يجوز للإدارة أن تخل بالتوازن المالي للعقد، بأن تفسخ حتى "في حالة خطأ المتعاقد الجزء المربح وتبقى على الجزء الخاسر، كما يشمل الفسخ بالنسبة لعقد التوريد جميع الالتزامات الباقية دون تنفيذ[1]. "

-تسوية مصير الأدوات والمواد الخاصة بالمقاول، وعادة ما ينظم العقد هذه المسألة، فإذا لم ينص على ذلك في الصفقة لا تكون الإدارة ملزمة باكتسابها كما أن المقاول له أن يرفض التنازل عنها.

-إمكانية مطالبة الإدارة المتعاقدة بالتعويض: بالإضافة إلى فسخ العقد فإن الإدارة المتعاقدة نجدها تطالب المتعاقد بالتعويض عن الأضرار التي لحقتها نتيجة خطأه الجسيم وكذلك عن النفقات التي أنفقتها جراء هذا الخطأ.[2]

[1] سعيد عبد الرزاق با خبيرة , **سلطة لادارة الجزائية** ... ,مرجع سابق, ص 361

[2] Gvibal M.Memento Des Marche Publics 2eme Lemoniter Paris 1998 P 241

-شطب اسم المتعاقد: نصت المادة 24 من قانون المناقصات والمزايدات المصري الفقرة الثانية على أنه "ويشطب اسم المتعاقد في الحالة المنصوص عليه في البند (أ) من سجل الموردين أو المقاولين.[1]

[1] يوسف بركات أبو دقا **, امتيازات الإدارة** ...., مرجع سابق ,ص 145

خاتمة

نصـــل الى أن الجزائر اعتمدت الجزاءات الادارية كآليات لانجاع الصـــفقات العمومية و تســير برامجها التنموية للحفاظ على الأموال العامة و ســير مرافقها بنظام و اطراد بحسب الشروط التي يجب أن تتوفر حسب القانون.

ان الطرفين المهمين في الصـفقة يعتمد على المصـلحة المتعاقدة أي صـاحبة الصـفقة من جهة و المتعامل المتعاقد من جهة أخرى .

كما أن للادارة ســلطة في فرض الجزاءات على المتعاقد التي تعد بمثابة امتياز من امتيازات الادارة ,التي بموجبها تســتطيع تنفيذ العقود التي تبرمها مع المتعاقدين معها ضــمن الصــفقات العمومية للمحافظة على تحقيق الصــالح العام , وتنفيذ عقودها بشــكل مرض .

واتضــح لنا من خلال هذه الدراســة أن في حالة تقاعس المتعامل المتعاقد ســواءا تقصيره أو اهماله في تنفيذ التزاماته ,أو الحاق الضرر و التي من شأنه التأثير على حسن سير المرفق العام .

لذلك كان الزاما التصـــدي لمثل هذه التصـــرفات المخلة للالتزامات بالجزاءات المتناسبة معها من قبل الادارة .

كما يمكن الاشـــارة اليه أن المشـــرع الجزائري قد اعترف بحق الادارة في توقيع الجزاءات الادارية أثناء التنفيذ الصـفقة العمومية , لكنه تفادى التفصـيل الدقيق فيما يخص

الجزاءات المالية فيما يخص الغرامة التأخيرية على الرغم من أهميتها في الواقع العملي , حيث نجدها بكثرة في حالات تخلف المتعامل المتعاقد عن تنفيذ التزاماته .

ولم يشـــر المرســـوم الرئاســـي 15-247 المتعلق بتنظيم الصـــفقات العمومية و تفويضـات المرفق العام الى الجزاءات الضـاغطة كما هو بالنسبة الى التشريع المقارن (التشـريع الفرنســي و الفقه المصــري و الســوداني) غير بعض التلميحات التي تطرق لها تتطلب جهدا لاستخلاصها و استنباطها .

مما نصـــل الى القول أن الفقه الجزائري قد تعرض لموضـــوع الجزاءات الادارية بشكل سطحي فقط , بالرغم من اعترافه بسلطة الادارة في توقيع الجزاءات .

وعلى ضـــوء مما ســـبق فانه يمكن لنا الاجمال النتائج التي توصـــلنا اليها من خلال هذه الدراســـة الى أن هذه الســـلطة الممنوحة للإدارة في فرض الجزاءات الإدارية على المتعاقد معها المقصـر في تنفيذ التزاماته تعد امتيازا ممنوحا لها من اجل تنفيذ العقد الإداري و هو الأساس القانوني الذي تستند اليه في هذه السلطة .

كما تمنح الإدارة سـلطة توقيع هذه الجزاءات بنفسـها دون اللجوء الى القضـاء و اصدار قرار قضائي لايقاع الجزاء و ما يتطلبه الامر من إجراءات قضائية تستلزم الوقت الطويل فكان لزاما منحه هذا الامر و ذلك بعدم تعريض المرفق العام الى التوقف كما منحت لها هذه الســـلطة حتى و لم يوجد نص على توقيع هذا الجزاء

الى ان تجدر الاشرة الى ان هذه السلطة يستثنى منها جزاء اسقاط الالزام او اسقاط الامتياز و لسد هذه النقائص اقترحت بعض الحلول تمثلت في .

- فيما يخص المرسوم الرئاسي 247 -15 : تخصيص قسم خاص بالجزاءات الإدارية ضمن تنظيم الصفقات العمومية في الجزائر
- الغاء العمل بدفتر الشـــروط الإدارية العامة لســـنة 1964 المطبق على صـــفقات الاشـــغال العامة او على الأقل تعديله وفقا ما يتماشـــى مع نصوص التنظيم الحالي للصفقات العمومية .
- على المصـلحة المتعاقدة ان تلتزم بالقيود المفروضـة عليه قبل الولوج في توقيع الجزاءات خاصـــة اذا تعلق الامر بمتعاقد وطني بحيث يجب تشجيعه و مساعدته على تنفيذ التزماته دون توقيع الجزاء عليه .

و في الأخير بعد ذكر هذه الاقتراحات امل قد وفقت في تقديم مساهمة متواضعة في اثراء هذا الموضوع و إعطائه اكثر فاعلية من الناحية القانونية العلمية بغية المساهمة في تحقيق التمية الاقتصادية في الجزائر .

قائمة المراجع

أولا: المراجع العامة

1-اللغة العربية

1. أحمد الرفاعي، مدخل العلوم القانونية (نطرية القانون)،كلية الحقوق جامعة نبها السعودية ,سنة 2007
2. جابر جاد نصار ا,لوجيز في العقود الإدارية ,مصر القاهرة ,دار الفكر العربي, سنة 1995 ,
3. خالد خليل ظاهر. قانون الإداري. دراسة مقارنة دار الميسرة –عمان– الطبعة الأولى 1997
4. عبد الحميد الشواربي, العقود الإدارية في ضوء الفقه القضاء التشريع ,منشاة المعارف الإسكندرية , مصر 2003 ,
5. علاء الدين عشي, مدخل للقانون الإداري ,الجزء الأول, ط بدون الجزائر, دار الهدى 2010
6. علي فلالي ,مقدم في القانون ,مرقم للنشر و التوزيع ا,لجزائر ,سنة 2005
7. ماجد راغب الحلو, العقود الإدارية, دار الجامعة الجديدة , الإسكندرية , مصر , سنة 2009 ,
8. ماهر صالح علاوي, القانون الإداري, جامعة الموصل ,سنة 1989 ,
9. محمد حسن المرعى الجبوري ,العقود الإدارية ,دار الثقافة للنشر و التوزيع ,الطبعة الأولى ,الجزائر, سنة 2010 ,
10. محمود عاطف البنا ,العقود الإدارية دار الفكر العربي للنشر ,و التوزيع الطبعة الأولى ,مصر سنة 2007
11. مصطفى فهمي أبو زيد, القانون الإداري ,منشأ المعارف الإسكندرية, سنة 1955,

12. مفتاح خليفة عبد الحميد, انقضاء العقود الإدارية في القانون المقارن , دراسة مقارنة ,
13. منصور ناصري النابلسي ,العقود الإدارية, دراسة مقارنة منشورات زين الحقوقية, ط 01 , سنة ,2010

2- اللغة الفرنسية:

1. Andre de laubadere , gean-claude vanzia , yves gaudmet , traite de droit administratif , T 01 15 eme ed L.G.D.G . PARIS 1998
2. Christophe Lojoye Droit des marches public, ED berti, Alger ,2000

ثانيا :المراجع المتخصصة

1. احمد شرف الدين , عقود عمليات البناء و تسوية منازعاتها ,جامعة عين الشمس , بنك التعمير و الإسكان , بدون طبعة , سنة 2008
2. بلاوي ياسين بلاوي , الجزاءات الضاغطة في العقد الإداري , دار الكتب القانونية , مصر , سنة 2011
3. -رشا محمد جعفر الهاشمي ,الرقابة القضائية ,سلطة الإدارة في فرض الجزاء على المتعاقد -دراسة مقارنة – الطبعة الأولى, منشورات الحلبي الحقوقية ,بيروت, لبنان ,2010
4. حسن محمد علي حسن البنان, اثر الظروف الطارئة في العقد الإداري , دراسة مقارنة مجلة ا لرافدين للحقوق ,العراق مجلد 19 , العدد 58
5. عمار بوضياف ,المدخل للعلوم القانونية (النظرية العامة للقانون و تطبيقاتها في التشريع الجزائري) , الطبعة الثالثة جسور النشر و التوزيع الجزائر, 2003,

6. محمد باهي أبو يونس, الرقابة القضائية على شرعية الإدارية ,دار النشر الجامعة الجديد ا,لإسكندرية, سنة 0200
7. محمد سامي الشوا ,قانون الإداري الجزائري ,دارالنهضة العربية ,القاهرة
8. –محمد سعد فودة ,النظام القانوني للعقوبات الإدارية,,دار الجامعة الجديد ,الإسكندرية سنة 2006–2007
9. نصر الدين محمد بشير , غرامة التاخير في العقد الإداري و اثرها في سير المرفق العام .دراسة مقارنة دار الفكر الجامعية الإسكندرية 1998 .
10. نواف كنعان , القانون الإداري , الكتاب الثاني , الوظيفية العامة القرارات الادراية الأموال العامة ,ط 01, دار الثقافة للنشر و التوزيع , عمان الاردن, سنة 2005
11. هيثم حليم غازي سلطات الإدارة في العقود الإدارية (دراسة تطبيقية) , ط 01 , دار الفكر الجامعي الإسكندرية, مصر, 2014

ثالثا : اطروحات الدكتوره و مذكرات الماجيستر

1–اطروحات الدكتوره

1. احمد عثمان عياد , مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية مجموعة رسائل الدكتوره, بدون طبعة و سنة ,النشر
2. سعيد عبد الرزاق با خبيرة سلطة الإدارة الجزائية في اثناء تنفيذ لعقد الإداري دراسة مقارنة رسالة دكتوره في القانون العام جامعة بن عكنون الجزائر, 2007–2008
3. علي شعبان . أثار عقد الأشغال العامة على طرفيه في التشريع. رسالة دكتوره في القانون العام .كلية الحقوق و العلوم السياسية. جامعة المنتوري قسنطينة .السنة الجامعية 2011–.2012

2-رسائل الماجيستر :

1. إسماعيل بحري, الضمانات في مجال الصفقات العمومية في الجزائر, مذكرة ماجستير في القانون العام (فرع قانون الدولة و المؤسسات العمومية),كلية الحقوق جامعة الجزائر 2008-2009,
2. بن احمد حورية ,دور القاضي في حل المنازعات المتعلقة بالصفقات العمومية, مذكرة ماجستير في القانون العام, جامعة أبو بكر بالقايد تلمسان, سنة 2011,
3. ربيحة سبكي مصلحة المتعاقد اتجاه المتعاقد المتعامل معها في مجال الصفقة العمومية , مذكرة ماجيستر قانون عام , فرع قانون الإجراءات الإدارية , كلية الحقوق و العلوم السياسية , جامعة مولود معمري تيزي وزو
4. سهام بن دعاس ,المتعامل المتعاقد في ظل النظام القانوني للصفقات العمومية, مذكرة ماجستيرالقانون الإداري و المؤسسات الدستورية ,كلية الحقوق جامعة باجي مختار ,عنابة
5. صدراني – صدراني نظريات التوزان المالي للعقد الإداري ,رسالة ماجيستر, جامعة الجزائر 1984,
6. فتيحة حابي , النظام القانوني لصفقة الإنجاز العمومية (في ظل المرسوم الرئاسي 2010/236) ,كلية الحقوق جامعة تيزي وزو, 2013
7. عبد القادر رحال .سلطة المتعامل العمومي في توقيع الجزاءات على المقاول المتعاقد معه . في القانون الجزائري دراسة مقارنة مذكرة ماجيستر في الفانون العام ادراة مالية معهد العلوم القاونية و الإدارية .جامعة تيزي وز سنة 1989 -1990

8. وليد سعود فارس القاضي , جزاءات في المجال العقود الإدارية دراسة مقارنة رسالة ماجيستر كلية الدراسات الفقهية و القانونية جامعة أل بيت الأردن . سنة 2000
9. يوسف بركان ابودقة ,امتيازات الإدارة في مواجهة المتعاقد معها في النظرية العامة , و في قانون الصفقات العمومية بالجمهورية الجزائرية ,مذكرة ماجيستر في القانون العام ,معهد الحقوق و العلوم السياسية , بن عكنون الجزائر أكتوبر 1977

رابعا : المقالات و المجالات

1. نجوى محمد الصادق المهدي ,حفظ الدعوى الجنائية اكتفاء بالجزاء الادارس ,مجلة القانون و الاقتصاد ,الجمعية القانونية للقانون الجنائي ,بحث مقدم في المؤتمر الدولي – الثالث عشر – لقانون العقوبات, سنة 1984
2. المنجد في الوسيط في العربية المعاصرة , الطبعة الأولى ,دار المشرق بيروت لبنان 2003
3. عبد القادر دراجي , سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات الإدارية , مجلة الفكر العدد 10 كلية الحقوق و العلوم السياسية جامعة محمد خيبر بسكرة جانفي 2014
4. منصور إبراهيم العتوم ,النظام القانوني للغرامة التاخير في العقود الادراية , دراسة تحليلية مقارنة مجلة الشريعة في القانون كلية القانون جامعة الامارات المتحدة ,جانفي 2013

خامسا: النصوص القانونية

1. القانون رقم 88 -01 المؤرخ في 12 يناير 1988 المتعلق بالتخطيط ج ر ج ع 02 سنة 1988
2. قانون رقم 07-05الصادر في 2007/5/13 ,المتضمن القانون المدني المعدل و المتمم, لأمر 58 -75 المؤرخ في 1975/09/26 ,الصادر بالجريدة الرسمية ,العدد 31 المؤرخ في 13 ماي2007
3. المرسوم الرئاسي 10 -236 المؤرخ في 28 شوال 1433 الموفق ل 2010/10/07 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية و المعدل و المتمم الجريدة الرسمية صادرة بتاريخ 2010/12/08
4. المرسوم الرئاسي 247 -15 المؤرخ في 2015/09/16 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام
5. القرار المؤرخ في 1964/11/21 المتضمن المصادقة على الدفتر الشروط الادراية العامة المطبقة على الصفقات الاشغال الخاصة ,لعدد 06 , الصادرة ب 19 يناير 1965
6. انظر مجلس الدولة قرار رقم 006052 المؤرخ في 2003/04/15

سادسا: الاجتهادات القضائية

1. حكم المحكمة الإدارية العليا في 25 /1963/05 الطعن رقم 4186 لسنة 9 ق

سابعا: المعاجم والقواميس

1. المنجد في الوسيط في العربية المعاصرة , الطبعة الأولى ,دار المشرق بيروت لبنان 2003

ثامنا: المواقع الالكترونية

1. **www.hdp-egy.com**

الفهرس

الفهرس

الاهداء .....

الشكر.....

مقدمة .....

الفصل الأول: النظام القانوني الجزاءات الإدارية في الصفقات العمومية

المبحث الأول: مفهوم الجزاءات الإدارية..... 7

المطلب الأول: ماهية الجزاءات الإدارية 8

الفرع الأول : التعريف الجزاءات الإدارية..... 8

الفرع الثاني : خصائص الجزاءات الإدارية.....10

الفرع الثالث : الطبيعة القانونية لسلطة توقيع الجزاءات الإدارية..... 15

المطلب الثاني : الأساس القانوني لتوقيع الجزاءات الإدارية 18

الفرع الأول : فكرة السلطة العامة كأساس قانوني لتوقيع الجزاءات الإدارية..... 19

الفرع الثاني : فكرة المرفق العام كاساس قانوني لتوقيع الجزاءات الإدارية 22

المبحث الثاني : حالات توقيع الجزاءات الإدارية في عقد الصفقة العمومية 24

المطلب الأول : تقاعس المتعامل المتعاقد في الحالات العادية..... 24

الفرع الأول: حالات عدم تنفيذ المتعاقد في عقد الصفقة العمومية.....25

الفرع الثاني : حالة عدم تسليم الاشغال العمومية في المدة المحددة في عقد الصفقة العمومية... 27

المطلب الثاني: تقاعس المتعامل المتعاقد في الحالات الاستثنائية..... 28

الفرع الأول : الظروف الطارئة التي تطرأ على تنفيذ عقد الصفقة العمومية.....29

الفرع الثاني :نظرية الاعمال المادية الغير متوقعة اثناء تنفيذ عقد الصفقة العمومية..... 31

الفصل الثاني : صور الجزاء في الصفقات العمومية

المبحث الأول : الجزاءات المالية..... 36

المطلب الأول : غرامة التأخير.....37

الفرع الأول : تحديد مفهوم غرامة التأخير.....37

الفرع الثاني : حالات الاعفاء من الغرامة التاخيرية..... 43

المطلب الثاني : مصادرة مبالغ التأمين و اقتضاء التعويض.....46

الفرع الأول : تحديد مفهوم مصادرة التأمينات.....47

الفرع الثاني : التعويض 50

المبحث الثاني: الجزاءات الضاغطة 56

المطلب الاول: الشراء على حساب المورد.....56

الفرع الأول: تحديد مفهوم الشراء على حساب المورد.....57

الفرع الثاني: الاثار القانونية المترتبة على خصائص الشراء على حساب المورد.....61

المطلب الثاني : سحب العمل من المتعاقد في الاشغال العامة..... 62

الفرع الأول : تحديد مفهوم سحب العمل من المتعاقد في الاشغال العامة.....62

الفرع الثاني: الجزاء الفاسخ.....70

خاتمة 77

قائمة المراجع والمصادر 81

الملخص :

تعتبر الصفقات العمومية من بين العقود الإدارية الهامة المعمول في التشريع الجزائري, بالنظر إلى كونها أهم وسائل تمويل مشاريع للمنفعة العامة.

غير أنه قد يرتكب المتعاقد أثناء فترة التعاقد أخطاء ,مما يتوجب على الإدارة توقيع الجزاء عليه و تعد هذه الجزاءات إحدى الامتيازات التي تتمتع بها في مواجهة المتعاقد و إجباره على احترام شروط العقد دون اللجوء إلى القضاء .

و يعود ذلك إلى فكرة تأمين سير المرفق العام بانتظام و اطراد , فان الجزاءات التي يمكن للإدارة توقيعها على المتعاقد متنوعة فمنها توقع والعقد مستمر كالجزاءات المالية و الجزاءات الضاغطة و قد تلجأ الإدارة كآخر حل إلى الجزاءات الفاسخة لإنهاء العقد .