

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي



جامعة د. الجيلالي ليابس - سيدي بلعباس

كلية الحقوق والعلوم السياسية

19 مارس 1962



سلطة الإدارة في فرض الجزاءات على المتعاقد معها بين مبدأ
الفاعلية ومبدأ الضمان

أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم

تخصص: علوم قانونية- فرع: قانون عام

إشراف الأستاذ الدكتور:

- أ.د/ بودالي محمد

إعداد الطالبة:

- مقداد زينة

أعضاء لجنة المناقشة

السيد: ميلوى زين	أستاذ التعليم العالي	جامعة سيدي بلعباس	رئيسا.
السيد: بودالي محمد	أستاذ التعليم العالي	جامعة سيدي بلعباس	مشرفا ومقررا.
السيد: عبد اللاوي جواد	أستاذ محاضر - أ.	جامعة مستغانم	عضوا.
السيد: دوبي بونوة جمال	أستاذ محاضر - أ.	المركز الجامعي غليزان	عضوا.

السنة الجامعية 2018/2019 م الموافق لـ 1440 هـ

بسم الله الرحمن الرحيم

" وَقُلْ أَعْمَلُوا فَسَيَرَى اللَّهُ عَمَلَكُمْ وَرَسُولُهُ وَالْمُؤْمِنُونَ وَسَتُرَدُّونَ إِلَى عَالَمِ
الْغَيْبِ وَالشَّهَادَةِ فَيُنَبِّئُكُم بِمَا كُنتُمْ تَعْمَلُونَ "

صدق الله العظيم

سورة التوبة، الآية (105).

شكر وتقدير:

بسم الله الرحمن الرحيم ، الحمد لله والصلاة والسلام على رسول الله، أشرف المرسلين وخاتم الأنبياء أجمعين، بلغ الرسالة وأدى الأمانة.

أولا أحمد الله تعالى وأشكره إذ هداني وأرشدني لإعداد هذه الأطروحة.

ومن لا يكشر الناس لا يشكر الله، إذ ليس هناك أجمل من الاعتراف بفضل شخص علينا، والأفضل من هذا توجيه رسالة مليئة بكلمات الشكر والتقدير تعبر عن امتناننا لما قام به من أجلنا. ولكنه في الحقيقة تقف الكلمات عاجزة والعبارات تائهة والأفكار قاصرة حينما نريد أن نتقدم بالشكر.

فلي من الشرف العظيم أن أسطر كلمات الشكر والتقدير والامتنان، لمشرفي الأستاذ الدكتور بودالي محمد، على قبوله الإشراف على رسالتي المتواضعة، فمنحني من وقته الثمين وجهده الوفير ولم يبخل علي بفكره وعلمه رغم انشغالاته.

فأتقدم لك أستاذي بجزيل الشكر والعرفان والتقدير لشخصكم الكريم، على كل ما قدمته لي من عون، وما قدمته للعلم ومازلت تقدم. وأسأل الله أن يجزيك خير الجزاء وأن يجعل ما تقدمه في ميزان حسناتك.

كما أتقدم بخالص الشكر والتقدير لأعضاء لجنة المناقشة على ما أبدوه من استعداد لمتابعة الرسالة، وتخصيصهم جزءا من وقتهم الثمين لمناقشتها.

شكرا لمن حملوا أقدس رسالة في الكون، فأناروا طريقنا بالعلم ، إلى جميع الأساتذة.

وأخيرا أتقدم بالشكر والامتنان والعرفان إلى كل من مد لي يد العون في إعداد هذه الرسالة.

إهداء:

مهما تقدمنا وفُتحت الطرق أمامنا ووصلنا لكل ما نحلم به، علينا أن نتذكر من كانوا سببا في نجاحنا، مَنْ ساندنا وأمسك بيدنا للاستمرار والمضي قدما، مَنْ وجودهم حفزنا وشجعنا، فمهما عبرنا لهم فالكلمات قليلة:

إلى النور الذي أنار دربي والسراج الذي لا ينطفي نوره أبدا، إلى من كان مصدر إلهامي وشجاعتي، وتمنى دائما أن أعتلي سلاسل النجاح، إلى من أحمل اسمه بكل افتخار، إلى من أفنقه منذ الصغر، ويرتعش قلبي لذكره، إلى روح أبي الغالي.

إلى التي جعل الله الجنة تحت أقدامها، إلى التي غمرتني بفيض حنانها، إلى التي ربّنتي صغيرة ونصحتني كبيرة وتعبت لأرتاح وحصدت الأشواك عن دربي لتمهد لي طريق العلم، إلى من دعاءها لي سهل علي الصعاب، قرة عيني أُمي الغالية، صاحبة البيت الدافئ والعين الساهرة والقلب الحنون، بارك الله في عمرها.

إلى من أظهروا لي ما هو أجمل في الحياة، إلى من كانوا ملاذي وملجئي، إلى من تذوقت معهم أجمل اللحظات، إلى من كنا يدا واحدة في السراء والضراء، إلى إخوتي وأخواتي.

إلى سندي وقوتي في الحياة، رفيق دربي زوجي، إلى القلوب الطاهرة الرقيقة والنفوس البريئة، رمز الصدق والعفوية، رياحين حياتي ومصدر فرحتي وسعادتي وقوتي، أولادي.

إلى أهل زوجي الغاليين.

إلى كل عائلتي.

إلى كل أصدقائي، وزملائي الأساتذة.

إلى كل هؤلاء أهدي هذا العمل المتواضع.

قائمة المختصرات:

ج. الجزء.

ص. صفحة.

ط. الطبعة.

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

A.J.D.A. l'actualité juridique du droit administratif.

C.C.A.G. cahier des clauses administratives générales.

C.E. consiel d'état.

éd. édition.

J.A.F. jeunesse arménienne de France.

L.G.D.J. librairie generale de droit et jurisprudence.

L.P.A. les petites affiches.

Op. cit. opéro citato (ouvrage précité).

P. page.

P.U.F. presses universitaires de France.

R.D.P. revue international de droit penal.

R.E.C. Recueil du Conseil d'Etat.

T. tome.

تمارس الإدارة العامة في الأنظمة القانونية الحديثة نوعين من الأعمال، أعمال مادية تقوم بها تنفيذًا لقانون معين أو تنفيذًا لقرار إداري، وأعمال قانونية أو ما يسمى بالتصرفات القانونية والتي يمكن تعريفها بأنها كل ما تجريه الإدارة بغية إحداث أثر قانوني تجاه الغير وتجاه نفسها. وهذا بعد أن توسع دورها من دور الدولة المحدود في القرن التاسع عشر حيث كانت مهامها مقتصرة على المحافظة على الأمن والدفاع، حيث كانت دولة حارسة، إلى دور الدولة المتدخلة حيث أخذت تضطلع بمهام كثيرة، ومن بينها التدخل في النشاطات الاقتصادية.

وتمارس التصرفات القانونية للإدارة بأساليب مختلفة إذ تقوم هذه الأخيرة بالتصرف القانوني بإرادتها المنفردة ويتجلى هذا الأسلوب في القرار الإداري. وقد تحتاج إرادتها إلى إرادة أخرى تتوافق معها على إحداث أثر قانوني وهذا ما يسمى بالعقد الإداري.

غير أن العقود التي تبرمها الإدارة ليست كلها عقودا إدارية، بل تنقسم تلك العقود إلى قسمين هما:

- 1- عقود الإدارة المدنية التي تبرمها الإدارة بأسلوب وشروط القانون الخاص، وتخضع لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين، ولولاية القضاء العادي.
- 2- والعقود الإدارية التي تبرمها الإدارة بوصفها سلطة عامة، بقصد ضمان حسن سير المرافق العامة، وتحقيق المنفعة العامة من تلك المرافق لجمهور المواطنين وكذا إشباع حاجاتهم. وتخضع لقواعد وأحكام القانون العام، ولولاية القضاء الإداري.

فقد استقر الفقه والقضاء الإداريين على أن العقد الإداري هو العقد الذي يبرمه شخص من أشخاص القانون العام بقصد إدارة مرفق عام أو بمناسبة تسييره وتظهر نيته في الأخذ بأسلوب القانون العام وذلك بتضمين العقد شرطا أو شروطا غير مألوفة في عقود القانون الخاص، ونستخلص من ذلك أن للعقد الإداري ثلاثة عناصر هي:

- 1- أن يكون أحد طرفي العقد شخصا معنويا عاما.
- 2- أن يتعلق العقد بإدارة أو تنظيم أو استغلال أحد المرافق العامة.

3- أن يتضمن العقد شروطا استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص.

وعليه فإن الإدارة العامة تهدف دائما من خلال التعاقد إلى تحقيق المصلحة العامة، باعتبارها الحريصة على تسيير المرافق العامة بانتظام واضطراد لسد حاجة الجمهور، ومن أجل تحقيق هذه الغاية منحت الإدارة سلطات وامتيازات استثنائية تفرضها طبيعة هذه العقود التي تجعل الإدارة العامة دائما في مركز أعلى من مركز الأفراد، وبهذا تختلف العلاقة بين الإدارة العامة والمتعاقد معها اختلافا جذريا عن العلاقة التي تربط المتعاقدين بعقد مدني، إذ لا مجال لانطباق قاعدة العقد شريعة المتعاقدين على إطلاقها في مجال العقود الإدارية.

1- نطاق البحث:

هذه الدراسة تفترض أننا إزاء عقد إداري قد تحددت معالمه من قبل لذا سيتحدد نطاق هذا البحث بجانب مهم من جوانب سلطات الإدارة في العقود الإدارية يتمثل في سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات على المتعاقد معها.

إن العقد الإداري بين الإدارة والمتعاقد يرتب حقوقا والتزامات على طرفي العقد، ويعد الالتزام بتنفيذ العقد الإداري بحسن نية من أهم وأشد التزامات المتعاقد مع الإدارة، إذ بهذا الالتزام يكفل المتعاقد استمرار وانتظام سير المرفق العام. وبعدم تنفيذ هذا الالتزام أو التأخر في تنفيذه أو تنفيذه بشكل غير مطابق كما تم الاتفاق عليه سيؤدي بالضرورة إلى اختلال وعدم انتظام المرفق العام وهذا بدوره سيؤدي إلى اختلال أساسي في الحياة القومية وبالتالي حصول نتائج لا يمكن تداركها.

من هنا جاءت ضرورة منح الإدارة الوسائل التي تكفل بها انتظام وسير المرفق العام وبذا حماية المصلحة العامة، فهي تواجه إخلال المتعاقد بحزم وصرامة، وتتمثل في سلطة الإدارة في فرض الجزاءات على المتعاقد معها. هذه السلطة الممنوحة للإدارة لا تستهدف فقط إعادة التوازن بين التزامات الطرفين. كما لا تتسم بطابع العقوبات كجزاء رادع. إنما الهدف الأساسي منها هو الوصول إلى تنفيذ الالتزام الضروري لتسيير المرفق العام.

وتختلف الجزاءات التي يحق للإدارة فرضها عن الجزاءات المقررة قانونا لإجبار الأفراد على تنفيذ التزاماتهم التعاقدية كالدفع بعدم التنفيذ أو الالتجاء إلى القضاء للحكم بجزاءات على المتعاقد المقصر، كون هذه الأخيرة لا تتلاءم مع مقتضيات تسيير المرفق العام باعتبارها تعطل المرفق وتوقفه لما تتضمنه من إجراءات قد تطول.

وفكرة فرض الجزاءات الإدارية في المجال التعاقدي من إبداع مجلس الدولة الفرنسي، ظهرت في نهاية القرن التاسع عشر وبداية القرن العشرين، وتطورت ومرت بعدة مراحل حتى أصبحت فكرة مسلم بها فقها وقضاء في معظم الدول سواء تلك التي تأخذ بنظام القضاء الموحد أو المزدوج ومن بينها الجزائر، إذ نجدها تعالج الأحكام المتعلقة بالعقود الإدارية بما فيها ما تعلق منها بسلطة فرض الجزاءات الواردة في القانون.

لكن إذا منحت الإدارة سلطة فرض الجزاءات التعاقدية باعتبارها مسؤولة عن تحقيق حسن سير المرفق العام بانتظام واضطراب، ذلك أنها تستند في ذلك إلى سلطتها الضابطة للمرافق العامة وليس إلى نصوص العقد الذي يربطها مع المتعاقد. إلا أن هذه السلطة لا ينبغي أن تكون مطلقة إذ يجب أن تخضع لضوابط مشروعية واجبة الاحترام وذلك خوفا من المساس بمركز المتعاقدين مع الإدارة ومن تعسف هذه الأخيرة في مواجهتهم بل وخوفا من نفور وعزوف أشخاص القانون الخاص عن التعامل مع الإدارة. حيث تتنوع الجزاءات التي يجوز للإدارة توقيعها بحق المتعاقد معها، إذ يختلف أثرها على العقد الإداري حسب نوعية الجزاء الموقع، فمن الجزاءات ما يُبقي العقد مستمرا ولا يكون من أثرها إنهائه، كالجزاءات المالية والجزاءات الضاغطة ومنها ما ينتهي بها العقد الإداري كالجزاءات الفاسخة. وفي هذا الإطار تأتي هذه الدراسة تحليلية للنصوص القانونية الجزائرية و النصوص القانونية في القانون المقارن والتي لها صلة بالموضوع، مع الاسترشاد بآراء الفقهاء وأحكام القضاء أملا أن تكون هذه الدراسة إطارا عاما لوضع الحلول والتوصيات المناسبة.

2- مشكلة الدراسة:

إن سلطة الإدارة في فرض الجزاءات على المتعاقد معها تعتبر من أهم وأخطر السلطات الاستثنائية التي تملكها الإدارة في إطار العقود الإدارية، هذه الأخيرة التي أضحت تحتل مكانة مهمة في وقتنا الحاضر سواء في الجزائر أو في الدول الأخرى نظرا لارتباطها الوثيق بالمرافق العامة وتلبية الاحتياجات العامة، خاصة مع اتساع دور الدولة وتدخلها في جميع النشاطات خاصة الاقتصادية منها.

وتتميز الإدارة في العقد الإداري لم يكن لجعلها طرفا ذي شأن في العقد وإنما لأنها تمثل مصالح الجمهور أي المصلحة العامة، وهي المسؤولة عن إدارة المرفق العام وسيره بانتظام واضطراد بما يتطلبه ذلك من اتخاذ إجراءات سريعة وفعالة لإلزام المتعاقد معها على تنفيذ العقد الإداري في الوقت المحدد ودون تكاسل أو إبطاء، ومن ثم الاعتراف لها باتخاذ مجموعة من الجزاءات بنفسها دون وساطة القاضي. هذا ما يحقق (مبدأ الفاعلية).

وموضوع الجزاءات في العقد الإداري موضوع شائك ودقيق لذلك يجب تتبع النصوص القانونية التي تعالج هذا الموضوع وفي شروح القانون الإداري في محاولة للوصول إلى توضيح مبادئ هذه النظرية وتحديد ضوابطها لمنع تعسف الإدارة في مواجهة المتعاقد من أجل تحقيق (مبدأ الضمان)، ودراسة صور تلك الجزاءات من الناحية العملية وتفصيلها، وذلك بغية إعطاء نظرة شاملة من أجل مواجهة المشاكل الناتجة عن الإخلال بتنفيذ العقود الإدارية.

وعليه فإنه من خلال ما تقدم تتحدد المشكلة الرئيسية لهذه الدراسة في التساؤل الآتي: كيف يتم تحقيق التوازن بين منطق الفاعلية (المصلحة العامة) ومنطق الضمان (المصلحة الخاصة) في إطار استعمال الإدارة لسلطتها في توقيع الجزاءات التعاقدية المتعددة والمتنوعة على المتعاقد معها في العقود الإدارية، وذلك بالنسبة للنظام القانوني الجزائري والمقارن ؟

وبتعبير آخر هل حظي موضوع سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات التعاقدية المختلفة على المتعاقد معها بالاهتمام التشريعي والقضائي والفقه الكافي في النظام القانوني الجزائري والمقارن بشكل يمكن الإدارة من تحقيق المصلحة العامة وحسن سير المرفق العام بانتظام واضطراد من جهة، وفي نفس الوقت يوفر الحماية الكافية لمركز المتعاقد مع الإدارة من جهة أخرى؟

3- أهمية البحث:

إن أي دراسة يكون موضوعها مرتبط بال عقود الإدارية وخاصة إذا كان له علاقة بتنفيذها تفرض أهميتها بذاتها، وذلك لارتباط العقد الإداري ارتباطا وثيقا بالمرافق العامة التي يشكل وجودها والحرص على الاستمرار في أداء خدماتها للمنتفعين بها بانتظام أهمية بالغة بالنسبة للأفراد، وشعورنا بهذه الأهمية هو ما دفعنا إلى اختيار موضوع دراستنا هذه في محاولة منا للإحاطة بجوانبه المتشعبة، كما أن هناك أسباب أخرى دفعتنا إلى اختيار هذا الموضوع منها:

إن التطبيق العملي يكشف الكثير من الإشكالات القانونية التي تثيرها سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات على المتعاقد معها، إذ تعتبر من أدق وأخطر الموضوعات الجوهرية التي اشتملت عليها نظرية العقد الإداري التي تحتاج إلى كثير من الدراسة والبحث، وذلك لإيضاح بعض الغموض الذي يكتنفها.

إن المخالفات التي يرتكبها المتعاقد مع الإدارة تعتبر من المشاكل والعقبات التي تحول دون أداء الدولة لمهامها من أجل تحقيق الرفاهية وتقديم الخدمات الأساسية للمواطنين، هذه المخالفات على درجة من الأهمية والخطورة تعطي بدورها الأهمية الكبيرة للعقوبة المفروضة عليه من قبل الإدارة والتي تمس عميقا بمركزه القانوني.

كما أن سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات التعاقدية بصورها المختلفة تكون بقرار إداري صادر عنها دون اللجوء إلى القضاء، مستخدمة سلطتها التقديرية باعتبارها سلطة عامة تهدف إلى تحقيق حسن سير المرفق العام بانتظام واضطراد، وبالطبع فإن استخدام

هذه السلطة الخطرة له تأثير كبير على حقوق المتعاقد مع الإدارة خاصة إذا استخدمتها الإدارة على نحو غير مشروع، لذا فضلنا دراسة هذه السلطة الخطيرة للإلمام بأحكامها ومدى تأثيرها على حسن سير المرفق العام عندما تقدم الإدارة على استخدامها ومعالجة الضوابط التي على الإدارة احترامها حتى لا تتعسف في حق الأفراد وتكون هذه الضوابط بمثابة الضمانات التي تشكل حماية لهؤلاء الأفراد.

قد تفيد هذه الدراسة كل من المشرع وجهة الإدارة في معرفة أهم الثغرات فيما يتعلق بسلطة فرض الجزاءات، كما آمل أن تفيد هذه الدراسة طلبة كلية الحقوق حيث تقل الدراسات المتخصصة في هذا الموضوع، فمكتباتنا تفتقر لمثل هذه الدراسات المتخصصة اللهم بعض الإشارات العامة للموضوع في كتب عامة وإن وجدت فإنها تكون متخصصة في قانون دولة معينة غير الجزائر، لذا فيمكن أن تكون هذه الدراسة مفيدة للباحثين في مجال القانون الإداري. كما أنها تفيد حتى الأفراد المتعاقدين مع الإدارة والذين توقع عليهم هذه الجزاءات إذا علموا ماهيتها، مبرراتها، كيفية توقيعها، وعلى الأخص ضوابطها التي تشكل ضمانات بالنسبة لهم. فصيغة نظرية عامة للجزاءات يمكن الاستناد إليها قد يحث المتعاقد على تنفيذ عقده مع الإدارة في الميعاد المحدد وبالشروط المتفق عليها.

4- أهداف الدراسة:

- الهدف من هذه الدراسة هو تبيان الحالات التي يكون فيها للإدارة سلطة توقيع الجزاءات التعاقدية، وكذا صور هذه الجزاءات وإبراز الضوابط والحدود التي يجب التقيد بها عند فرض هذه الجزاءات، ويكون، ذلك بإبراز الإشكاليات العامة وخاصة العملية منها في إطار موضوع سلطة فرض الجزاءات على المتعاقد مع الإدارة في كل من القانون الجزائري والمقارن ومعالجتها وفقا للأسس القانونية الصحيحة مستنديين إلى آراء الفقه وأحكام القضاء بغية الوصول إلى أفكار تساعد فعلا في خلق حلول للمشاكل العملية المثارة في هذا المجال.

- تحليل النصوص القانونية في التشريعات الجزائرية والمقارنة ذات الصلة بالموضوع وإبراز مواطن الاختلاف وكذا الثغرات التي تنتاب كل منها ما يساعد على الوصول إلى توصيات تقترح حلولاً تعالج مواطن الخلل والنقص في كل من التشريعين.
- تهدف هذه الدراسة إلى رسم الضوابط والحدود التي تعين الإدارة على ممارسة سلطتها في فرض الجزاءات المسموح لها بتوقيعها من جهة، من جهة أخرى توعية الأفراد المتعاقدين مع الإدارة بما تملكه من سلطات في مواجهتهم وما هي أبعاد هذه السلطة وما هي مبرراتها وما هي الضمانات القانونية المقررة لصالحهم والتي يمكن لهم استعمالها إذا انحرفت الإدارة بسلطاتها في مواجهتهم.
- هذه الدراسة تهدف بشكل رئيسي إلى تحديد كيفية تحقيق التوازن بين منطق الفاعلية (المصلحة العامة) ومنطق الضمان (المصلحة الخاصة) في النظام القانوني الجزائري والمقارن.

5- منهج البحث:

سيتم الاعتماد في هذه الدراسة على المنهج القانوني بأبعاده الثلاثة: التشريعي، القضائي والفقهية. حيث أن طبيعة الموضوع محل الدراسة تفرض عدم الاعتماد على منهج معين بذاته.

فكون الموضوع يعتمد على دراسة تحليلية للقانون الجزائري والمقارن. هذا ما يستلزم منا إتباع المنهج المقارن الذي يقوم على إبراز مواطن التشابه والاختلاف بين التشريع الجزائري والمقارن للوصول إلى نتائج وتوصيات في مجال سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات التعاقدية على المتعاقدين معها خاصة بعد إبراز الجوانب الايجابية وكذا جوانب القصور والثغرات في كلا من التشريعين مما يساعد على إثراء الدراسة. وتطبيقاً للمنهج العلمي الصحيح، وحرصاً على سهولة إلمام القارئ بأهم جوانب الموضوع فسوف نتبع أسلوب المقارنة الموضوعية عند عرض كل فكرة من أفكار البحث وذلك بأن نبين في كل فكرة موقف القانون والقضاء الجزائري والمقارن في باب واحد أو فصل واحد أو مبحث

واحد حتى لا يتشتت الباحث أو القارئ ويستطيع الوصول إلى المعلومة بطريقة سهلة وبسيطة .

إلى جانب المنهج المقارن تقتضي طبيعة الموضوع إتباع المنهج الوصفي والمنهج التحليلي وكذا المنهج النقدي وذلك بتناول النصوص التي لها صلة بالموضوع وتحليلها والإجابة على الإشكاليات التي تثيرها وذلك لإعطاء رأي الباحثة في الموضوع، وخاصة فيما تعلق بضمانات المتعاقد مع الإدارة في مواجهة سلطتها في فرض الجزاءات عليه وذلك لمنع تعسف الإدارة.

وعند إبداء الباحثة لرأيها في الموضوع سوف تبرر ذلك في موضعه كلما دعت الحاجة إلى ذلك وحسب ما تقتضيه طبيعة المسألة المطروحة.

وترتبيا على ما سبق ذكره، فقد قسمت هذه الدراسة مبدئيا إلى بابين:

تناول الباب الأول: نظرة عامة لنظرية الجزاءات في العقد الإداري.

وتناول الباب الثاني: دراسة تطبيقية لأنواع الجزاءات التي تفرضها الإدارة في العقود الإدارية.

الباب الأول : نظرة عامة لنظرية الجزاءات في العقد الإداري.

الباب الأول: نظرة عامة لنظرية الجزاءات في العقد الإداري.

إن العقد الإداري يعتبر في هذا العصر جزءا أساسيا من أجزاء التنظيم الاقتصادي للدول، ذلك أنه هو سبيل الإدارة العامة في تسيير المرافق العامة وتلبية الاحتياجات الجماعية، خاصة وأن الإدارة تستعمل كل ما يمكن استغلاله خدمة للأهداف النبيلة في رعاية المجتمع.

فالعقد الإداري هو الأداة الوحيدة التي ترتب أفضل النتائج المرجوة خاصة من الناحية المالية للدولة لكونه يحقق الأهداف بسرعة خصوصا وأن الخطط العامة للدول واستراتيجياتها مرتبطة بأوقات محددة.

وحتى تكون الإدارة قادرة على مسايرة حاجات المجتمع المتطورة والمتجددة وقادرة على إشباع الحاجات العامة بدون توقف يتم إخضاع العقد الإداري لنظام خاص ترجح فيه كفة الإدارة المتعاقدة على كفة المتعامل المتعاقد معها. فإذا كانت عقود الأفراد تخضع لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين وتقوم على المساواة، فإنه في العقود الإدارية يتم التعاقد بين طرفين غير متساويين، فالإدارة تسعى لتحقيق مصلحة عامة عند التعاقد أما المتعاقد معها فإنه يسعى لتحقيق مصلحة خاصة، وهو في نفس الوقت معاون للإدارة لتنظيم سير المرفق العام محل التعاقد¹.

ونتيجة لطبيعة العقد الإداري وارتباطه الوثيق بتسيير المرافق العامة لإشباع الحاجات العامة، ومن أجل ضرورة استمرارية سير هذه المرافق العامة بانتظام واضطراد تعيين تغليب الصالح العام على الصالح الخاص للمتعاقد مع الإدارة وذلك بمنحها العديد من السلطات والامتيازات الاستثنائية التي تستطيع الإدارة بواسطتها تنفيذ عقودها الإدارية من خلال إجبار المتعاقد معها على القيام بما تأمره به من أعمال من أجل سير المرفق العام دون أن يكون له اعتراض على ممارسة الإدارة لهذه السلطات مادامت تلك الممارسة في إطار المشروعية. ولعل أبرز وأهم تلك الامتيازات وأخطرها هي سلطة فرض الجزاءات

¹ - عصمت عبد الله الشيخ، مبادئ ونظرية القانون الإداري، امتيازات السلطة العامة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، سنة 1998/1999، ص 151.

على المتعاقد مع الإدارة العامة والتي تختلف عن نظيرتها المقررة في عقود القانون الخاص وذلك للضغط أكثر عليه وإجباره على احترام شروط العقد والتقيّد بأجال وكيفيات التنفيذ. وتجد هذه السلطة المخولة للإدارة تبريرها في إخلال المتعاقد مع الإدارة بالتزاماته لا يقتصر على إخلاله بالتزام تعاقدى فحسب بل يمثل أيضا مساسا بحسن سير المرفق العام المتصل بالعقد، فغاية الإدارة من توقيعه الجزاء ليس إعادة التوازن بين الالتزامات المتبادلة التي ينشئها العقد وإنما تنفيذ الالتزام المتصل بسير المرفق العام أو استبعاد الاختلال الذي لحقه¹.

وتستطيع الإدارة اكتشاف إخلال المتعاقد بالتزاماته في تنفيذ العقد الإداري وفق الشروط والكيفيات المتفق عليها وفي الآجال المحددة للعقد من خلال استعمالها لامتياز أو سلطة أخرى استثنائية في العقد الإداري ألا وهي سلطة الرقابة والتوجيه أي حق الإدارة في مراقبة التنفيذ و التأكد أنه يتم وفقا لما تضمنه العقد من شروط بل وأكثر من ذلك فلها أن تتدخل لتغيير من وضع لتنفيذ الالتزامات التعاقدية وهنا تتجسد العلاقة بين سلطة فرض الجزاءات التعاقدية وسلطة الإشراف والرقابة والتوجيه.

ونظرية الجزاءات الإدارية في هذا المجال من إبداع مجلس الدولة الفرنسي، ظهرت في نهاية القرن التاسع عشر وبداية القرن العشرين، وهي تتميز بجملة من الخصائص والمميزات المشتركة والتي تجعلها مختلفة عن الجزاءات المعروفة في القانون الخاص، إذ يمكن للإدارة أن تفرض الجزاءات على المتعاقد معها إذا ما أخل بالتزاماته التعاقدية وإن لم يتم النص عليها في العقد ودون حاجة للجوء إلى القضاء وإن كانت تخضع لرقابة القضاء اللاحقة، كما لا يمكنها التنازل عن هذه السلطة لكونها تعد حق لها في مواجهة المتعاقد معها تستمدّها من سلطاتها الدستورية والقانونية في تنظيم وإدارة المرافق العامة والتي هي محور نشاطها.

¹- بوعمران عادل، النظرية العامة للقرارات والعقود الإدارية - دراسة تشريعية، فقهية، قضائية-، دار الهدى، الجزائر، 2010، ص111.

الباب الأول : نظرة عامة لنظرية الجزاءات في العقد الإداري.

والواقع أن الهدف الأساسي للعقود الإدارية هو تحقيق المصلحة العامة بضمان حسن سير المرفق العام بانتظام واطتراد، فلضمان تحقيق هذا الهدف يجب على المتعاقد مع الإدارة أن يقوم بحسن تنفيذ العقد الإداري وفق ما تم الاتفاق عليه من شروط وكيفيات التنفيذ، وضمن المدة المحددة له، فلا يمكن للمتعاقد مع الإدارة أن يتحلل من التزاماته إلا إذا طرأت ظروفًا جعلت من تنفيذ العقد مستحيلاً.

وهذا ما أدى إلى الاعتراف للإدارة بهذه السلطة أي سلطة توقيع الجزاءات على المتعاقد معها والتي تتميز بسمات وخصائص مشتركة مستمدة من طبيعة العقد الإداري في حد ذاته، هذه الميزات المشتركة تجعل من السلطة الجزائية للإدارة كنظام قانوني متميزة تماماً عن نظام الجزاءات في عقود القانون الخاص.

والجدير بالذكر أن خصائص سلطة فرض الجزاءات تتباين تبعاً للزاوية التي ينظر إليها منها. ولقد لعب كل من الفقه والقضاء دوراً كبيراً في تحديد هذه الخصائص المشتركة.

والواقع أنه إذا كانت الإدارة تتمتع بسلطة تقديرية في توقيع الجزاءات على المتعاقد معها، فإنه بالمقابل يتمتع المتعاقد مع الإدارة بضمانات قانونية تحمي حقوقه ضد محاولة الإدارة تجاوز سلطتها المحددة.

هذه الضمانات، ليست مقررة محاباً للإدارة ولا مجاملة للمتعاقد وإنما هدفها هو ضمان عدم خروج الإدارة المتعاقدة عن حدود المشروعية وعن نطاق المصلحة العامة.

وتتمثل أهم هذه الضمانات في، ضرورة قيام الإدارة بإعذار المتعاقد معها قبل فرض الجزاء عليه، والرقابة القضائية اللاحقة على قرار الإدارة بفرض الجزاء. إذ لا يجوز ترك هذه السلطة مطلقة بدون قيد.

وبالتالي فإن هذه الضمانات تشكل قيوداً على سلطة الإدارة بفرض الجزاء على المتعاقد معها.

الباب الأول : نظرة عامة لنظرية الجزاءات في العقد الإداري.

وعلى ضوء ما تقدم سوف نقسم هذا الباب إلى فصلين كما يلي:

الفصل الأول: الأصول العامة لسلطة الإدارة في فرض الجزاءات على المتعاقد معها.

الفصل الثاني: حدود سلطة الإدارة في فرض الجزاءات على المتعاقد معها.

الفصل الأول: الأصول العامة لسلطة الإدارة في فرض الجزاءات على المتعاقد معها.

تمثل سلطة الإدارة بفرض الجزاءات على المتعاقد معها إذا ما أخل بالتزاماته التعاقدية أحد الشروط الاستثنائية غير المألوفة في عقود القانون الخاص بفروعه المختلفة، والتي يكفي وجودها في العقد لإضفاء الطابع الإداري عليه.

وتملك الإدارة سلطة فرض الجزاءات في العقد الإداري وفقا لامتياز المبادرة وامتيار التنفيذ المباشر، فهي لها الحق أن توقع تلك الجزاءات على المتعاقد معها بإرادتها المنفردة ودون حاجة للجوء إلى القضاء كما هو معروف في عقود القانون الخاص، ولو كان للقضاء حق الرقابة اللاحقة على هذه السلطة. وبهذا المعنى فالجزاءات في العقد الإداري تختلف في مجال تطبيقها عن الجزاءات في العقد المدني، ذلك أنه إذا كانت هذه الأخيرة تستهدف إصلاح الأخطاء وتعويض المتعاقد بحيث تعيد التوازن إلى الالتزامات المتبادلة الناشئة بين طرفي العقد، فإن جزاءات العقد الإداري تستهدف ضمان تنفيذ المتعاقد مع الإدارة لالتزاماته التعاقدية بما يكفل تأمين سير المرافق العامة بانتظام واضطراد¹.

ولقد تطورت سلطة الإدارة في فرض الجزاءات التعاقدية ومرت بعدة مراحل في قضاء مجلس الدولة الفرنسي حتى أصبحت مسلم بها فقها وقضاءً في معظم الدول سواء تلك التي تأخذ بنظام وحدة القضاء أو بنظام ازدواجية القضاء.

إلا أن الاختلاف ظل قائما بالنسبة لأساسها القانون، فقسم من الفقه يفسر هذا الأساس القانوني بفكرة السلطة العامة، بينما يفسره قسم آخر بمبدأ وجوب حسن سير المرفق العام بانتظام واضطراد باعتبار أن الإدارة مسئولة بطبيعتها وظيفتها عن سير المرفق العام.

وسلطة توقيع الجزاءات على المتعاقد مع الإدارة تتميز بسمات وخصائص مشتركة مستمدة من طبيعة العقد الإداري في حد ذاته، هذه الميزات تجعل من السلطة الجزائية للإدارة كنظام قانوني، متميزة تماما عن نظام الجزاءات في عقود القانون الخاص. وهذه الخصائص تتباين تبعا للزاوية التي ينظر إليها منها. ولقد لعب كل من الفقه والقضاء دورا كبيرا في تحديدها.

¹ - جابر جاد نصار، العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2005، ص 282.

والواقع أن الهدف الأساسي للعقود الإدارية هو تحقيق المصلحة العامة بضمان حسن سير المرفق العام بانتظام واضطراد، فلضمان تحقيق هذا الهدف يجب على المتعاقد مع الإدارة أن يقوم بحسن تنفيذ العقد الإداري وفق ما تم الاتفاق عليه من شروط وكيفيات التنفيذ، وضمن المدة المحددة له، فلا يمكن للمتعاقد مع الإدارة أن يتحلل من التزاماته إلا إذا طرأت ظروفًا جعلت من تنفيذ العقد مستحيلًا.

وعلى أساس ما تقدم فإن دراسة الأصول العامة لسلطة الإدارة في فرض الجزاءات في العقد تستلزم تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين:

المبحث الأول: مضمون سلطة الإدارة بفرض الجزاءات في العقد الإداري.

المبحث الثاني: المميزات العامة المشتركة للجزاءات في العقد الإداري ومبررات فرضها.

المبحث الأول: مضمون سلطة الإدارة بفرض الجزاءات في العقد الإداري.

قبل الخوض في الجزاءات بالنسبة للعقد الإداري بالبحث والتفصيل من الضروري جدا أن نتعرف أولا على مضمون سلطة الإدارة وامتيازها في فرض هذه الجزاءات والتي سبق وأن أشرنا إلى أنها من أخطر السلطات التي تتمتع بها الإدارة في العقد الإداري، إذ تطبقها الإدارة بإرادتها المنفردة من دون حاجة للجوء إلى القضاء كما هو عليه الحال بالنسبة لقواعد القانون الخاص لما يتصف به طريق القضاء من بطء قد يهدد سير المرافق العامة وذلك إذا ما قصر المتعاقد في تنفيذ التزاماته التعاقدية.

ومضمون السلطة الجزائية للإدارة في هذا الإطار إنما يتحدد بالوقوف على معنى الجزاءات الإدارية في العقد الإداري، وتكييفها وفقا للمعيار المميز لها عن الجزاءات في الأنظمة المشابهة. وتحديد الكيفية التي ولدت بها علما أن المبادئ والأحكام التي تنظمها إنما هي ذات نشأة قضائية يرجع الفضل فيها إلى مجلس الدولة الفرنسي عبر مراحل مختلفة تبرز من خلال أحكامه القضائية، وكذلك تحديد الأساس القانوني لفرضها.

ولقد كان لفقه القانون العام دورا هاما في إرساء مبادئ وأحكام هذه السلطة وكل هذا سنعرض له ونحاول كشف النقاب عنه في هذا المبحث من خلال مطلبين كما يلي:

المطلب الأول: تعريف الجزاء في العقد الإداري.

المطلب الثاني: الأساس القانوني لسلطة الإدارة الجزائية في العقد الإداري.

المطلب الأول: تعريف الجزاء في العقد الإداري.

إن الجزاءات الإدارية تنطوي على طابع غير مألوف، كما أنها تمثل أحد الأشكال الأكثر جدلا من الناحية التاريخية، على الامتيازات التي من شأنها أن يعترف بها للإدارة¹. إلا أن فقه ما قبل الحرب العالمية الأخيرة استقر على الاعتراف بها متخذاً من خصوصية الرابطة التي تقوم بين الإدارة وأولئك الخاضعين لها مسوغاً لقبولها معتبرا في ذات الآن أن قبول الأفراد بإرادتهم الدخول معها في علاقة قانونية تعاقدية يمثل مبررا لمشروعيتها².

ونظرا لهذه الأهمية التي تتمتع بها الجزاءات الإدارية التي يجوز للإدارة توقيعها على المتعاقد في العقود الإدارية، كان من الضروري قبل الخوض فيها أن نحدد معناها بدقة ونحدد طبيعتها بشكل يميزها عن ما يشتهب معها من جزاءات في الأنظمة المشابهة.

والواقع أن معظم التشريعات ومن بينها التشريع الجزائري في إطار العقود الإدارية تعتبر خالية من تعريف جامع مانع لهذه الجزاءات، وإن كانت قد تناولت أنواعها والنتائج المترتبة عنها . وهذا يدل على أن المشرع ترك مهمة تعريفها للفقه هذا ما يدفعنا إلى اللجوء لفقهاء القانون الإداري في مؤلفاتهم للبحث عن تعريف للجزاءات في العقد الإداري وفقا للتقسيم الآتي:

الفرع الأول: معنى الجزاء في العقد الإداري وطبيعته القانونية.

الفرع الثاني: التمييز بين الجزاءات في العقد الإداري والجزاءات في الأنظمة المشابهة.

¹ - Délaubadère (A), Gaudemet (Y), Venezia (J.C), droit administratif, 2^{ème} edition, T 1, L.G.D.J, Paris, France, 1990, p 594.

² - Mourgeon (J), la repression administrative, L.G.D.J, Paris, France, 1967, p 82 et ss.

الفرع الأول: معنى الجزاء في العقد الإداري وطبيعته القانونية.

أولاً: مدلول الجزاء في العقد الإداري.

الجزاء لغة يأتي من الفعل جزى جزاه بما صنع يجزيه جزاءً وجزى عنه هذا بمعنى جازاه أي قضى¹. ومن ذلك قوله تعالى: "واتقوا يوماً لا تجزي نفس عن نفس شيئاً"².

والجارية، الجزاء: اسم للمصدر كالعافية، والجزاء يكون ثواباً ويكون عقاباً³.

ويتنوع الجزاء بحسب نوع القاعدة التي تمت مخالفتها، فإذا خالف الفرد قاعدة أخلاقية يوقع عليه جزاءاً أدبي، وإذا خالف قاعدة دينية يوقع عليه جزاء ديني، وإذا خالف قاعدة قانونية نص عليها القانون الوضعي، فالجزاء هو جزاء قانوني.

والجزاء في الاصطلاح القانوني إذن هو الأثر القانوني المترتب على مخالفة الأحكام التي نص عليها المشرع ضمن القواعد القانونية المختلفة في القانون الوضعي. وبهذا المعنى يكون الجزاء ركن في القاعدة القانونية وعنصر من العناصر المكونة لها بحيث لا يمكن فصل أحدهما عن الآخر⁴.

والجزاء القانوني بدوره يتنوع بحسب تنوع القواعد القانوني ضمن فروع القانون المختلفة التي تتم مخالفتها. وعلى هذا الأساس فإن كل فرع من فروع القانون له جزاءات خاصة به. فنجد الجزاء المدني والجزاء الجنائي والجزاء الإداري الذي يعتبر من أبرز الجزاءات القانونية وأهمها. والواقع أن لهذه الجزاءات وجه الردع الخاص لشخص المعاقب جراء سلوكه ووجه الردع العام لغيه من أبناء المجتمع بضرورة تجنب الإقدام على إتيان السلوك ذاته، هذا ما من شأنه أن يوحى باحتمال درء وقوع حالات مماثلة في المستقبل توخياً لاستقرار المجتمع واحترام تشريعاته النافذة⁵.

¹- زين الدين محمد بن أبي بكر عبد القادر الرازي، مختار الصحاح، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1985، ص 103.

²- سورة البقرة، آية رقم 48.

³- ابن منصور، لسان العرب، دار المعارف، مصر، ص 619.

⁴- علي فيلاي، مقدمة في القانون، موفم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2005، ص 50.

⁵- رشا محمد جعفر الهاشمي، الرقابة القضائية على سلطة الإدارة في فرض الجزاءات على المتعاقد معها - دراسة مقارنة - ، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2010، ص 16.

فالجزاء المدني، هو الجزاء الذي يوقع على إثر مخالفة قاعدة قانونية تحمي مصلحة خاصة، الهدف منه هو إعادة الوضع إلى ما كان عليه قبل وقوع المخالفة، بذلك فإن أثره يسري على الماضي لتحقيق الهدف الاجتماعي المتوخى من توقيعه، وهو تعزيز حكم القاعدة القانونية وتقويت الغرض الذي كان الفاعل يسعى إلى تحقيقه من هذه المخالفة¹.

والجزاء الجنائي: هو انتقاص أو حرمان من كل أو بعض الحقوق الشخصية، يتضمن إيلا ما ينال مرتكب الفعل الإجرامي كنتيجة قانونية لجريمته، ويتم توقيعها بإجراءات خاصة وبمعرفة جهة قضائية². فهدفه إذن هو تحقيق وجهي الردع الخاص والعام كما سبق شرحه.

والجزاء الإداري هو الجزاء الذي يوقع نتيجة لمخالفة قواعد القانون الإداري، فهو الجزاء الذي يوقع على إثر خطأ من جانب شخص طبيعي أو معنوي أيا كانت طبيعة هذا الخطأ (إداري أو جنائي أو تعاقدية)، تتخذ الإدارة بناءً على مبادرة منها³.

هذا ما يضيف عليه شكل القرار الإداري من جانب واحد، ومن خلال هذا التفرد الأساسي يكمن بالضرورة تعريف الجزاء الإداري⁴.

أو هو تلك العقوبات التي توقعها سلطات إدارية بواسطة إجراءات إدارية وهي بصدد ممارستها بشكل عام لسلطتها العامة اتجاه الأفراد بهدف ردع بعض الأفعال المخالفة للقوانين واللوائح⁵.

وبالنظر إلى تعدد مجالات فرع القانون الإداري وتشعبها فإنه تعددت معها أيضا أنواع الجزاءات التي يمكن فرضها في إطاره، فنجد الجزاءات التأديبية التي توقعها الإدارة

¹- د. رمسيس بهنام، النظرية العامة للمجرم والجزاء، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1991، ص 110 وما بعدها.

²- عزاوي عبد الرحمان، "العقود الإدارية سبيل قانوني للحد من سلبات الوصمة الاجتماعية للعقاب"، مجلة العلوم القانونية الإدارية والسياسية، جامعة تلمسان، عدد 10، سنة 2010، ص 253.

³- د. زكي محمد النجار، حدود سلطات الإدارة في توقيع عقوبة الغرامة - دراسة تأصيلية للجزاءات المالية وضوابط توقيعها في كل من النظام التأديبي والعقود الإدارية والقانون الإداري الجنائي، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، سنة 1999/2000، ص 116.

⁴- د. محمد سامي الشوا، القانون الإداري الجزائي وظاهرة الحد من العقاب، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، سنة 1996، ص 43.

⁵- د. محمد سعد فوده، النظرية العامة للعقوبات الإدارية - دراسة فقهية قضائية مقارنة - الغرامة الإدارية، المصادرة ودستوريتها، سحب وإلغاء التراخيص، الغلق، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، سنة 2008، ص 66.

على موظفيها المخلين بالتزاماتهم الوظيفية المقررة عليهم في إطار قانون الوظيفة العامة، والجزاءات التي تفرضها الإدارة كأسلوب من أساليب الضبط الإداري لحماية النظام العام ووقايته من الإخلالات المختلفة كالمصادرة، وكذا الجزاءات الإدارية في إطار القانون الإداري الجنائي ضمن ظاهرة الحد من العقاب، إذ توقع الإدارة جزاءات متنوعة مالية وغير مالية على جمهور الأفراد الذين لا تربطهم بها علاقة خاصة إثر ارتكابهم جرائم قليلة الأهمية وذات الصبغة الاقتصادية¹.

وهناك أيضا الجزاءات التي تفرضها الإدارة في مجال نشاطها الإداري التعاقدية أثناء تنفيذ العقد الإداري.

ومن المعروف أن أهم أثر للعقد بصفة عامة هو نشوء التزام أو التزامات معينة على كاهل كل من طرفيه أو على كاهل أحدهما.

والقانون هو الذي يقرر إلزام ما يتضمنه العقد من أحكام ويحيط ذلك بالجزاء يكفل احترامها².

وعلى هذا الأساس فإن الجزاء في مجال العقود عامة هو الأثر الذي يترتب بقوة القانون نتيجة إخلال أحد أطرافها بالتزاماته التعاقدية. وبهذا يتحدد المقصود بالجزاءات في مجال تنفيذ العقود الإدارية أنها سبيل عقابي تلجأ إليه الإدارة لمواجهة خلل المتعاقد معها في تنفيذ التزاماته التعاقدية³.

أو بعبارة أخرى هي تلك الجزاءات التي تفرضها جهة إدارية مخولة بحق المتعاقد معها في حالة مخالفته لشروط العقد والتشريعات المخولة بها بموجب القانون⁴.

¹- زكي محمد النجار، المرجع السابق، ص 100.

²- محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري - النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، التصرف القانوني، العقد والإرادة المنفردة، الطبعة الثانية، الجزء الأول، دار الهدى، الجزائر، سنة 2004، ص 286.

³- Vedel (G), droit administrative, 2eme ed, P.U.F, Paris, France, p 642.

⁴- رشا محمد جعفر الهاشمي، المرجع السابق، ص 18؛ محمد حسن مرعي الجبوري، سلطة الإدارة في فرض الجزاءات الجنائية والمالية في العقود الإدارية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2014، ص 43.

فالجزاء التعاقدية ليس هدفا في ذاته إنما هو مجرد سبيل إجبار لعودة المتعاقد إلى نطاق المشروعية في تنفيذ التزاماته التعاقدية، أو وسيلة إكراهية تتمكن من خلالها الإدارة من فرض احترام هذه الالتزامات عليه كضمان للسير المنتظم للمرفق العام، وعلى ذلك فإن هذه الجزاءات تستمد مبررها من مقتضيات سير المرفق العام¹. وبالتالي ليس الهدف من هذه الجزاءات إعادة التوازن للالتزامات المتبادلة بين الإدارة والمتعاقد.

والجدير بالذكر أن اعتبار أن السلطة الإدارية قوامة على الحفاظ على سير المرفق العام بانتظام من خلال الوظيفة الجزائية ليس معناه أن سلطتها في ممارستها مطلقة إنما هي مقيدة بمراعاة المصلحة العامة كأصل عام، وتنقيد على وجه الخصوص بأمرين، أولهما: لزوم أن يكون العقد الذي تستمد منه سلطتها الجزائية قائما فإذا نفذ واستنفذ غرضه، فإنه يكون لا محل لها. والآخر أن تقوم الإدارة بتنفيذ التزاماتها المنصوص عليها في العقد، إذ لا يعقل أن تقصر في تنفيذ ما التزمت به وتطالبه بالقيام بانجاز التزاماته. والمتعاقد مع الإدارة لا يمكنه الامتناع عن تنفيذ التزاماته العقدية بحجة أن الإدارة لم تنفذ بدورها التزامها على نحو ما يعرف بالدفع بعدم التنفيذ طالما أن التنفيذ يمكن أن يتم دون قيام الإدارة بتنفيذ التزامها. وألا يكون قد بدأ التنفيذ، إذ لا يجوز الامتناع أو التوقف بعد أن بدأ في التنفيذ فإن فعل ذلك استعادت الإدارة سلطتها في الجزاء. ذلك أن الدفع بعدم التنفيذ أمر غير جائز في العقود الإدارية حتى ولو نصت هذه الأخيرة على ذلك، لما تتميز به من خصائص ولا اتصالها بالمرفق العام الذي يجب أن يسير بانتظام واضطراد، ولا يكون للمتعاقد إلا الحق في التعويضات إن كان لها وجه حق².

ثانيا: الطبيعة القانونية للجزاءات في العقد الإداري.

يقصد بالطبيعة القانونية للجزاءات، تحديد الصفة التي تتخذها هذه الجزاءات عندما تفرضها الإدارة على المتعاقد معها في حالة تقصيره بتنفيذ التزاماته. إلا أن الفقه لم يكن على رأي واحد في هذا المجال إنما انقسم إلى عدة آراء، فذهب بعض الفقهاء إلى أنها

¹- د. ماجد راغب الحلوة، العقود الإدارية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، سنة 2007، ص 113.
²- د. عبد الله نواف العنزي، النظام القانوني للجزاءات في العقود الإدارية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2010، ص 15، 18.

عقوبة تفرض على المتعاقد من قبل الإدارة كأحد الامتيازات الممنوحة لها طبقا للعقد الإداري، بينما ذهب البعض الآخر إلى أنها تعويض جزافي من المتعاقد للإدارة لجبر الضرر الحاصل لها جراء إخلاله بالتنفيذ، أما البعض منهم فاعتبرها إجراء يقصد منه حمل المتعاقد على تنفيذ التزاماته.

1- الجزاءات في العقد الإداري عقوبة من الإدارة المتعاقدة على المتعاقد معها.

فوفقا لهذا الرأي من الفقه أن الجزاءات في العقد الإداري تعتبر عقوبة تفرضها الإدارة المتعاقدة على المتعاقد معها ذلك أن إخلال المتعاقد في تنفيذ التزاماته يقتضي توقيع الجزاء عليه من قبل الإدارة من أجل رده، وحمله على تنفيذ التزاماته التعاقدية¹. هذا ما أكدته القضاء الإداري المصري في حكمه كما يلي: " إن كل إخلال من جانب المتعاقد مع الإدارة لا يقتصر على أن يكون إخلالا بالتزام تعاقدي فحسب وإنما فيه أيضا مساس بالمرفق العام الذي يتصل بالعقد، واتصال العقد الإداري بالمرفق العام وضرورة الحرص على حسن سير هذا المرفق بانتظام واضطراد يوجب أن تكون الجزاءات سلطة توقيع الغرامة عند التأخير في التنفيذ ثم سلطة معنى العقوبة ... وهذه هي العلة في انطواء مثل هذه الجزاءات في الواقع على معنى العقوبة بل هي في الواقع عقوبة يجري توقيعها على المتعهد المتخلف بمجرد قيام سببها وبصرف النظر عن القواعد التي يقرها القانون الخاص"².

والواقع فإن الأخذ بهذا الرأي يجعل الجزاء الإداري يتماثل مع الجزاء الجنائي في أن لكليهما خاصية الردع. هذا ما يجعله يستلزم لفرضه كالجزاء الجنائي أن يتوافر في المخالفة المستوجبة الركن المادي والمعنوي معا سواء تمثل هذا الأخير في صورة العمد أو الخطأ، فالمسؤولية التي تثور عنه ليست كما يزعم البعض من قبيل المسؤولية الموضوعية التي يكفي لإثارتها مجرد وقوع المخالفة اكتفاء الركن المادي دون المعنوي، ذلك لأن الطبيعة الردعية تأبى ذلك³.

¹- د. عزيزة الشريف، دراسات في نظرية العقد الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1981، ص 152.
²- حكم محكمة القضاء الإداري المصرية الصادر بتاريخ 1957/11/24 في القضية رقم 4186 لسنة (01) قضائية، للسيد صلاح الدين جلال ضد وزارة الحربية والبحرية، أشار إليه د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية - دراسة مقارنة -، طبعة 2011، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، سنة 2011، ص 475، 476.
³- رشا محمد جعفر الهاشمي، المرجع السابق، ص 37.

وعلى هذا الأساس فإنه يمكن القول أن التكليف القانوني وفقا لهذا الرأي غير سديد، ذلك لأن التسليم بالقول بالجزاءات في العقد الإداري عقوبة للمتعاقد، يعني ذلك خضوعها لذات المبادئ التي تخضع لها الجزاءات الردعية سواء ما لزم منها لضمان شرعيتها الموضوعية أو ما كان غرضه كفالة المشروعية الإجرائية، مثل مبدأ الشرعية، ومبدأ الشخصية، ومبدأ التناسب بين الجرم والجزاء¹.

2- الجزاءات في العقد الإداري هي تعويض من المتعاقد للإدارة.

فوفقا لهذا الرأي، تعتبر الجزاءات في العقد الإداري تعويض اتفاقي يرتضيه الطرفان نظير الضرر الناشئ². أو تعويض جزافي توقعه الغدارة نتيجة للأضرار التي تتحملها من جراء إخلال المتعاقد في تنفيذ التزاماته التعاقدية³. وإن كانت القاعدة العامة هي وجوب إثبات الضرر في سبيل اقتضاء التعويضات في مقابلها، فإنه في العقود الإدارية يكون الضرر مفترض لاتصالها بالمرفق العام⁴.

هذا ما أكدته مجلس الدولة المصري في الفتوى التي أداها بقوله: "أن غرامة التأخير التي تتضمنها العقود الإدارية هي وفقا للتكليف القانوني الصحيح صورة من صور التعويض الاتفاقي يرتضيه الطرفان سلفا نظير الضرر الناشئ"⁵.

فالقاعدة المسلم بها إذن وفقا لهذا الرأي أن كل خطأ سواء كان إخلالا بالتزام عقدي أو بالتزام فرضه القانون سبب ضررا للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض⁶.

إلا أن هذا الرأي أيضا غير سديد، وذلك يرجع لسببين، الأول هو: أن الجزاءات التي تفرضها الإدارة في مجال تنفيذ العقود الإدارية ليست تعويضا ذو طابع مالي فقط، إنما تتخذ

¹- محمد حسن مرعي الجبوري، المرجع السابق، ص 48.

²- نصر الدين بشير، غرامة التأخير في العقد الإداري وأثرها في تسيير المرفق العام - دراسة مقارنة - الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، مصر، سنة 2007، ص 8؛ وليد سعود فارس القاضي، الجزاءات في مجال العقود الإدارية، رسالة ماجستير، جامعة آل البيت، مفرق، الأردن، 2000، ص 23.

³- محمد حسن مرعي الجبوري، المرجع السابق، ص 45.

⁴- Pequignot (G), les contrats de l'administration, J.A.F, Paris, France, 1961, p 13.

⁵- رشاد محمد جعفر الهاشمي، المرجع السابق، ص 34.

⁶- فتوى قسم الرأي بمجلس الدولة المصري رقم 323، الصادر بتاريخ 1959/05/10. أشارت إليه رشاد محمد جعفر الهاشمي، المرجع السابق، ص 34؛ محمد حسن مرعي الجبوري، المرجع السابق، ص 45.

⁶- رشاد محمد جعفر الهاشمي، المرجع السابق، ص 35.

هذه الجزاءات صوراً وأنواعاً مختلفة وعديدة، منها ما هي ذات طبيعة مالية، ومنها ما هي ذات طبيعة غير مالية¹. فالجزاءات الإدارية ذات الطبيعة المالية هي الغرامات، التعويضات ومصادرة مبلغ الضمان. والجزاءات ذات الطبيعة غير المالية قد تكون ضاغطة مثل سحب العمل أو المشروع، أو الشراء على حساب المتعاقد. كما قد تكون فاسخة للعقد الإداري ومنهية له. أما السبب الثاني: فيتمثل في أن فكرة التعويض لجبر الضرر الناجم عن خطأ المتعاقد تأتي في المرتبة الثانية، ذلك أن الهدف الأساسي من فرض الجزاءات في العقد الإداري إنما هو لإجبار المتعاقد على التنفيذ لأن ضمان سير المرفق العام أهم بلا شك بالنسبة للمصلحة العامة من تعويض الضرر².

3- الجزاءات في العقد الإداري إجراء يقصد منه إجبار المتعاقد مع الإدارة على تنفيذ التزاماته التعاقدية.

وفقاً لهذا الرأي فإن الجزاءات التي تفرضها الإدارة على المتعاقد معها في العقد الإداري عند إخلاله بتنفيذ التزاماته التعاقدية هي إجراء يحمل بين طياته إرغام المتعاقد ودفعه إلى تنفيذ التزاماته التعاقدية التي أخل بها وذلك لضرورة ضمان حسن سير المرفق العام بانتظام واضطراد³.

إذ تعتبر الإدارة هي المسؤولة عن إدارة المرفق العم وحسن سيره بانتظام واضطراد، وبما أن المتعاقد مع الإدارة هو متعاون معها في إدارة المرفق العام، لذا يعتبر إي إخلال منه بالتزاماته التعاقدية ليس خطأ عقدياً فقط وإنما هو أيضاً خطأ ضد المرفق العام ذاته، لذا فإنه لمواجهة هذا الإخلال يكون من حق الإدارة أن تتمتع بسلطة توقيع الجزاءات الإدارية⁴. وذلك لإجبار المتعاقد وحمله على تنفيذ التزاماته على أفضل وجه.

¹ - محمد حسن مرعي الجبوري، المرجع السابق، ص 46.

² - محمد فؤاد مهنا، مبادئ وأحكام القانون الإداري في جمهورية مصر العربية، مؤسسة شباب الجامعة، مصر، دون سنة نشر، ص 766.

³ - رشا محمد جعفر الهاشمي، المرجع السابق، ص 39.

⁴ - د. حمدي حسن الحلفاوي، ركن الخطأ في مسؤولية الإدارة الناشئة عن العقد الإداري - دراسة تأصيلية لصور خطأ الإدارة في إبرام وتنفيذ العقود الإدارية على ضوء أحدث أحكام وفتاوى مجلس الدولة -، الطبعة الأولى، بدون دار نشر، مصر، سنة 2002، ص 368.

هذا ما أكدته المحكمة الإدارية العليا المصرية في العديد من أحكامها منها حكمها الذي ينص على: "... من المبادئ المسلمة في فقه القانون الإداري أن غرامات التأخير في العقود الإدارية مقررّة ضماناً لتنفيذ هذه العقود في المواعيد المتفق عليها حرصاً على حسن سير المرافق العامة بانتظام واضطراد، ولذا فإن الغرامات التي ينص عليها في تلك العقود توقعها جهات الغدارة من تلقاء نفسها دون أن تلتزم بإثبات حصول ضرر..."¹.

والواقع أن الفقه الإداري يرجح هذا الرأي الأخير في تحديد الطبيعة القانونية للجزاءات الإدارية لأنه التكييف القانوني السليم للجزاءات في مجال تنفيذ العقود الإدارية².

فإذا كانت الجزاءات التعاقدية إذن سبيلاً عقابياً تلجأ إليه الإدارة لمواجهة خلل المتعاقد معها في تنفيذ التزاماته التعاقدية. فإنها لا تبتغي بها مجرد أن تنزل به العقاب، أو محض تعويضها عما أصابها من ضرر نتيجة هذا الخلل، وإنما تستهدف غاية أبعد وهي تحقيق السير المنتظم للمرفق العام، إذ تتمكن من خلاله مقاومة تقاعس المتعاقد في التنفيذ أو تأخره فيه، أو القيام به ولكن على غير النحو المطلوب وفق ما نص عليه العقد أو على خلاف ما جرى عليه الاتفاق³.

فالجزاءات الإدارية إذن هي الجزاءات التي تفرضها الإدارة على المتعاقد معها بهدف ضمان تنفيذ المتعاقد مع الإدارة للأعمال المكلف بها بموجب العقد، وهذا ما أكدته مجلس الدولة الجزائري في حكمه الذي قضى ب: "... حيث أنه يستخلص من الوثائق والمستندات المودعة بالملف البلدية المستأنف عليها كانت قد أبرمت صفقة مع المستأنفة قصد إنجاز جدارين سائدين بهضبة... وحددت مدة الإنجاز بستة أشهر ابتداء من تاريخ الأمر ببدء الأشغال الموافق لـ 2000/09/19، حيث أن الأشغال لم تنجز في وقتها وحيث أن التأخير

¹- حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية، الصادر في 21 مارس 1970، (السنة 15، ص 222)، وكذلك حكمها المتعلق بجزاء الشراء على حساب المتعاقد كوسيلة لإرغام المتعاقد على تنفيذ العقد الصادر بتاريخ 17 مارس 1962، (السنة 7، ص 459)، أشار إليهما د. سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 476، 477.

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

³- د. عبد الله نواف العنزي، المرجع السابق، ص 13، 14.

في الإنجاز ثابت وقائم في دعوى الحال يترتب عنه الحق لصاحبة المشروع لفرض عقوبة التأخير وفق ما نص عليه عقد الصفقة وأحكام لمرسوم السالف ذكره¹.

الفرع الثاني: التمييز بين الجزاء في العقد الإداري والجزاءات في الأنظمة المشابهة.

قد يخلط القارئ بين الجزاءات في العقد الإداري وبين جزاءات مشابهة لها ضمن أنظمة قانونية أخرى في نقاط معينة لذا سنقف من خلال هذا الفرع على الكشف عن نقاط الاختلاف، وهذا ما يؤكد أكثر ذاتية الجزاءات في العقد الإداري.

أولاً: التمييز بين الجزاءات في العقد الإداري والجزاءات في عقود القانون الخاص (العقود المدنية).

إن الجزاءات التي تستخدمها الإدارة في العقد الإداري تختلف بصفة أصلية عن تلك التي يعرفها القانون المدني². وهذا لأن قواعد القانون الخاص تعد غير كافية في مجال العقد الإداري. ذلك أن جميع الجزاءات التي يقررها القانون المدني من فسخ أو تنفيذ عيني مع التعويض في الحالتين إن كان له مقتضى لا يكفي للحيلولة دون عبث المتعاقد مع جهة الإدارة وإخلاله بالصالح العام، بل لابد لصيانة المصلحة العامة من وجود جزاءات رادعة يجري توقيعها على المتعهد المتخلف أو المقصر دون إتباع أي قواعد أو إجراءات ضيقة أو بطيئة كقواعد القانون المدني، لأن قواعد هذا القانون لا تستقيم مع السرعة والليونة التي يستلزمها حسن سير المرفق العام³. فالجزاءات التي ترتبط بالعقد الإداري لا تستهدف إعادة التوازن بين الالتزامات التعاقدية المتبادلة وإنما تهدف إلى ضمان سير المرافق العامة بانتظام واضطراد.

هذا ما يفسر أن تطبيق الجزاءات العقدية المختلفة في العقد الإداري يستند غالباً إلى قرارات منفردة. فالإدارة على خلاف ما هو مقرر في القانون الخاص ليست بحاجة إلى

¹- قرار مجلس الدولة الجزائري رقم 0397692 بتاريخ 12 سبتمبر 2009، (غير منشور)؛ قرار مجلس الدولة الجزائري رقم 036089 بتاريخ 17/10/2007، قضية مديرية التعمير والبناء لولاية المدية ضد مقولة الأشغال العمومية لصاحبها (ح.ي)، (غير منشور).

²- Lefoulon (J), « les formalités en matière de sanction dans le contrat administratif », A.J.D.A, France, 1974, p 565.

³- حكم محكمة القضاء الإداري المصرية بتاريخ 1957/11/24 السابق ذكره.

اللجوء إلى القضاء لتقرير جزاء تعاقدى وإنما يكون لها بصفة عامة أن تستخدم في هذا الشأن امتياز المبادرة "privilège préalable"¹.

فالإدارة مثلاً: إذا كان لها الحق على أساس المسؤولية العقدية في تعويض ما تحملته من أضرار من جراء خطأ المتعاقد، فإنها تحدد بنفسها قيمة هذا التعويض وتخصمها من مستحقاته لديها. كذلك فإنها تقرر بذاتها إجراءات الضغط والفسخ، بينما يملك المتعاقد معها وسائل محدودة أقل بكثير من ذلك في حالة عدم تنفيذ الإدارة لالتزاماتها².

ثانياً: التمييز بين الجزاءات في العقد الإداري والجزاءات الجنائية.

إن الجزاءات في العقد الإداري تعد من أهم الامتيازات الممنوحة للإدارة، وهي تعتبر إجراءً استثنائياً وغير مألوف ذلك أن توقيع الجزاءات إنما هي سلطة مخولة أساساً للقضاء، إلا أنها تبقى مختلفة وبصفة جوهرية أيضاً عن الجزاءات الجنائية كما يلي:

إن الجزاء الجنائي يفرض عند مخالفة قواعد قانون العقوبات، إذ يعتبر من أشد الجزاءات المقررة من قبل المشرع لكونه يتضمن عقوبات بدنية كالإعدام أو جزاءات سالبة للحرية كالسجن أو حتى جزاءات مالية كالغرامة³. أما الجزاءات في العقد الإداري إنما تفرضها الإدارة نتيجة تقصير المتعاقد معها في تنفيذ التزاماته التعاقدية بأن لم ينفذها أو نفذها بطريقة مخالفة لما تم الاتفاق عليه أو تأخره في تنفيذها. وهي تختلف في أنواعها عن أنواع الجزاءات الجنائية ولا تصل إلى درجة شدة العقوبات الجزائية المتمثلة في العقوبات البدنية أو السالبة للحرية، إنما أشد تلك الجزاءات ممكن أن يصل إلى فسخ العقد وحتى في الجزاءات المتماثلة بينهما وهو جزاء الغرامة فإنهما يتماثلان في الاسم فقط إنما يختلفان تماماً من حيث الأحكام المطبقة على كل منهما. فمثلاً: الإدارة هي التي تحدد مقدار الغرامة وليس القضاء على العكس من الغرامة الجزائية التي يحددها القضاء⁴.

¹ - د. مدحت أحمد يوسف غنایم، النظام القانوني لغرامة التأخير في العقود الإدارية - دراسة مقارنة -، الطبعة الأولى، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، مصر، سنة 2014، ص 13.

² - رشا محمد جعفر الهاشمي، المرجع السابق، ص 17.

³ - علي فيلالی، المرجع السابق، ص 63.

⁴ - د. غنام محمد غنام، "القانون الإداري الجنائي والصعوبات التي تحول دون تطوره، - القسم الأول والثاني -"، مجلة الحقوق الكويتية، المجلد 18، العدد (02)، سنة 1994، ص 326.

كما أن الغرامة الجنائية يتحدد مقدارها بواسطة تفاوت بين قيمتين إحداها تمثل الحد الأدنى والثاني الحد الأقصى، بينما الغرامة الإدارية يتحدد مقدارها على نحو مختلف¹. فالغرامة الإدارية غالبا ما يتفق عليها المتعاقدين في العقد الإداري.

كما أنه تكيف الجزاءات في العقد الإداري على أنها أعمال إدارية تخضع للنظام القانوني للقرارات الإدارية خاصة من حيث الطعن فيها إداريا وقضائيا عن طريق القضاء الإداري، بينما تكيف الجزاءات الجنائية على أنها قضائية تخضع لنظام آخر ومغاير للطعون فيها طبقا لقانون الإجراءات الجزائية.

تختلف كذلك الجزاءات في العقد الإداري عن الجزاءات الجنائية أنها لا تأخذ بعين الاعتبار ظروف شخص المعاقب أو سوابقه كما هو الحال بالنسبة للعقوبات الجزائية، إذ تهتم بعنصر الردع أكثر من اهتمامها بتحقيق تفريد المعاملة العقابية لكن مع ذلك يشترط توافر عنصر التناسب بين العقوبة الإدارية والخطأ المنسوب للمتهم بالتقصير².

كذلك فالجزاءات في العقد الإداري لا يشملها قانون العفو العام على خلاف الجزاءات الجنائية التي يشملها هذا القانون.

ثالثا: التمييز بين الجزاءات في العقد الإداري والجزاءات الإدارية الأخرى.

تصدر الإدارة مجموعة من الجزاءات الإدارية تختلف باختلاف نشاطها المتشعب الذي تمارسه بوسائل مختلفة. ومن أهم هذه الجزاءات نجد الجزاءات في العقد الإداري، الجزاءات في مجال تدابير الضبط الإداري، الجزاءات التأديبية، الجزاءات الإدارية العامة. ورغم أن الجزاءات في العقد الإداري تشترك مع الجزاءات الإدارية المذكورة في أنها تصدر عن نفس السلطة وهي السلطة الإدارية، والتي تصدرها بصفة مستقلة عن القضاء. كما أنها تعتبر كلها جزاءات بالنظر إلى نتائجها الخطيرة وشدة وطأتها على الحرية، إلا أنها تختلف معها في عدة نقاط تجعلها في مفترق طرق معها وذلك كما يلي:

¹- د. محمد سعد فوده، المرجع السابق، ص 122.

²- د. محمد سعد فوده، المرجع نفسه، ص 122.

1- التمييز بين الجزاءات في العقد الإداري وتدابير الضبط الإداري.

تتخذ الإدارة عدة تدابير إدارية تنعكس على حقوق الأفراد بحرمانهم من بعض الامتيازات وتقييد ممارستهم لتلك الحقوق. ويمكن تعريفها على أنها: نشاط وقائي مخصصة الهدف ذو حدود وضوابط تمارسها الإدارة باستخدام أعمال قانونية ومادية من أجل حفظ النظام العام¹.

وجوهر التفرقة بين هذه التدابير والجزاءات في العقد الإداري أن هذه الأخيرة نهايتها توقيع العقاب المستحق على مخالفة قد وقعت بالفعل فيلجأ إليها بعد حدوث الخلل فعلا. أما الأولى فلا تهدف إلى إنزال العقاب بشخص من ينذر تصرفه بالإخلال بالنظام العام. من ثم فإنه إذا كانت وظيفة الضبط وقائية فإن وظيفة الجزاء في العقد الإداري عقابية².

بالتالي فالجزاءات في العقد الإداري توقع على إثر خطأ من جانب شخص المتعاقد مع الإدارة، أما الإجراء الضبطي فليس كذلك³. فهذا الأخير يوقع قبل وقوع الإخلال بالنظام العام.

ويبرز الاختلاف بينهما أيضا في أن الجزاءات في العقد الإداري تتخذ بناء على مبادرة منها بإصدار قرار إداري، ولا تكون في شكل رفض طلب قدمه صاحب الشأن⁴. إذ يستند الرفض إلى مبدأ الملائمة إعمالا للسلطة التقديرية للإدارة وليس استنادا لفكرة الخطأ⁵. ومثال ذلك: رفض منح ترخيص معين كرخصة بناء أو رخصة ممارسة نشاط معين، حماية للنظام العام من باب استعمال الإدارة لسلطتها في ممارسة تدابير الضبط الإداري.

1- عادل السعيد محمد أبو الخير، البوليس الإداري، دار الفكر الجامعي، القاهرة، 2008، ص 90، 91.

2- د. عبد الله نواف العنزي، المرجع السابق، ص 13.

3- د. زكي محمد النجار، المرجع السابق، ص 116.

4- د. غنام محمد غنام، المرجع السابق، ص 31.

5- د. محمد الصغير بعلي، القرارات الإدارية، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، الجزائر، سنة 2005، ص 111.

2- التمييز بين الجزاءات في العقد الإداري والجزاءات التأديبية.

إن الموظف بالجهاز الإداري يخضع لنظام تأديبي يتمثل في مختلف العقوبات التأديبية المفروضة عليه بموجب قرار نتيجة خروجه عن مقتضيات وظيفته أو لإتيانه سلوكا مخلا بكرامة الوظيفة¹.

وإن كانت الجزاءات التأديبية تتشابه مع الجزاءات التعاقدية في العقد الإداري من حيث الجهة التي تصدرها كونها جهة إدارية كما سبق ذكره، وكذلك من حيث أن كل منهما لا يوقع إلا على إثر خطأ معين، كما أنه قد يشتركان في بعض الضمانات القانونية لتوقيعها كحق الطعن. إلا أنهما يختلفان في المفهوم ذلك أن العقوبات التأديبية تصدر عن الإدارة لمواجهة الإخلال بالالتزامات الوظيفية من قبل الموظف أثناء قيامه بوظائفه أو بمناسبتها². بينما الجزاءات في العقد الإداري إنما تصدر عن الإدارة لمواجهة الإخلال بالالتزامات التعاقدية من قبل المتعاقد بأن امتنع عن تنفيذها أو نفذها بشكل مخالف لما تم الاتفاق عليه أو لم ينفذها شخصيا أو تأخر في تنفيذها، وذلك بهدف تأمين سير المرفق العام بانتظام واضطراب.

كما أنه إذا كانت الرابطة الوظيفية هي السند القانوني لتطبيق الجزاءات التأديبية، فإن الرابطة التعاقدية هي السند القانوني لتطبيق الجزاءات التعاقدية. وبالتالي فخصوصية هاتين الرابطتين هي معيار التمييز بينهما إذ كل منهما يخضع لنظام قانوني مختلف.

3- التمييز بين الجزاءات في العقد الإداري و الجزاءات الإدارية العامة.

تملك الإدارة حق توقيع عقوبات إدارية عامة على الأفراد بوجه عام دون أن تربطها معهم علاقة تعاقدية أو وظيفية في إطار ظاهرة الحد من العقاب التي أخذت في الانتشار حديثا، أو ما يسمى بالقانون الإداري الجنائي، باعتباره قانونا ليس جنائيا خالصا ولا إداريا خالصا بل هو ثمرة تعاون بين القانونيين.

¹- مريم محمد أحمد، سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات على المتعاقد معها في العقود الإدارية - دراسة مقارنة- (مصر، فرنسا، العراق)، الطبعة الأولى، دار الحقانية، القاهرة، مصر، سنة 2016، ص25.
²- رشا محمد جعفر الهاشمي، المرجع السابق، ص17.

والجزاءات الإدارية العامة هي جزاءات ذات خصيصة عقابية توقعها سلطات إدارية بما لها من سلطة عامة تجاه الأفراد بغض النظر عن هويتهم الوظيفية وذلك لردع مخافة بعض القوانين واللوائح¹. وهي عديدة ومتنوعة كالغرامة، سحب وإلغاء التراخيص، الغلق، ... الخ. وهذه الجزاءات الإدارية العامة ليست بتدابير ضبط إداري ذلك أنه إذا كان الباعث من هذه الأخيرة هو المنع والوقاية للنظام العام، فإن الأولى الباعث منها هو العقاب على مخالفة قد وقعت فعلاً². وهي بهذا ذات فحوى عقابي يجعلها تقترب أكثر من الجزاءات الجنائية، وهي تنطوي على طابع غير مألوف³.

فهذه الجزاءات الإدارية العامة إن كانت تتشابه مع الجزاءات الإدارية في العقد الإداري من حيث الجهة التي تصدرها وهي جهة الإدارة، وكذلك من حيث وجوب وقوع خطأ لتوقيع كل منها. كما يتشابهان أيضاً في بعض الحقوق التي يتمتع بها الشخص الذي توقع عليه هذه الجزاءات، كحق الطعن مثلاً على النحو الذي سبق ذكره، إلا أن جوهر الاختلاف بينهما يكمن في أن الجزاءات التعاقدية التي توقعها الإدارة تكون مقصورة فقط على تلك الطائفة من الأفراد المتعاقدين معها في حدود ما تم الاتفاق عليه، إذ يمكن أن تكون هذه الجزاءات منصوصاً عليها صراحة بالعقد، أو يمكن أن تنجم عن تطبيق قواعد عامة متعلقة بالعقود الإدارية⁴. كما أنها توقع على المتعاقد إذا قصر في تنفيذ التزاماته التعاقدية. عكس الجزاءات الإدارية العامة التي تطبق على كافة المواطنين بغض النظر عن هويتهم إذ تفترض عدم وجود علاقات سابقة بين الإدارة وشخص المعاقب فتطبق على جميع الذين يخالفون القانون المخاطبين به أو القرارات الإدارية المتعلقة بهم⁵. وهذا ما يجعلها تتصف بصفة العمومية في التطبيق. وبالتالي تحل الإدارة محل القاضي لكي تعاقب على الجرائم المنصوص عليها في القوانين واللوائح. وقد تم إقرار هذه الجزاءات حقيقة مع سن التشريع والنظام الخاص بحكومة "vichy" الفرنسية وعلى وجه الخصوص في مجال الاقتصاد

¹- د. محمد سعد فوده، المرجع السابق، ص 313.

²- د. زكي محمد النجار، المرجع السابق، ص 107.

³- Delaubadère (A), Gaudemet (Y), Venezia (J.C), droit administratif, op. cit , T 1, p 594.

⁴- د. محمد سعد فوده، المرجع السابق، ص 105.

⁵-Huberch Hbert (G), la notion de sanction administrative, L.P.A, Paris, France, 1990, p 27.

والتموين¹. والواقع أن ما يبرر هذا الطابع غير المؤلف لهذه الجزاءات هو خضوع هذه الجزاءات الإدارية لقواعد حمائية خاصة مستمدة من قانون العقوبات، كمبدأ الشرعية " لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص "، مبدأ المسؤولية (شروط الإسناد، أسباب الإغفاء أو التخفيف من المسؤولية)، إثبات الجريمة والتحقيق في الدعوى... الخ².

فإذن بقدر ما تعتبر هذه الجزاءات الإدارية العامة متماثلة مع الجزاءات الجنائية بقدر ما يعتبر هذا دليلاً على الاختلاف بينها وبين الجزاءات في العقد الإداري سواء من حيث المفهوم أو من حيث النظام القانوني المطبق على كليهما.

المطلب الثاني: الأساس القانوني لسلطة الإدارة الجزائية في العقد الإداري.

تعد سلطة فرض الجزاءات التعاقدية من أخطر السلطات التي تتمتع بها الإدارة في مواجهة المتعاقد معها عند تقصيره في أداء التزاماته.

وهذه الجزاءات قد يكون منصوصاً عليها في العقد الإداري، لكن هذا الأخير قد يخلو من أية جزاءات للمخالفات التي يمكن أن يرتكبها المتعاقد. كما قد يتضمن جزاءاً عاماً لا يتناسب مع جسامة تلك المخالفات أو درجة إخلاله بالتزاماته³. فهل يجوز إذن للإدارة فرض جزاءات على المتعاقد ولو لم ينص عليها العقد تتناسب مع درجة إخلاله بالتزاماته؟

لقد ثار جدل فقهي حول سلطة فرض الجزاءات في العقد الإداري، أهى ذات أساس عقدي أم أنها مستقلة عن نصوص العقد. فذهب رأي إلى أن الجزاءات التي يجوز توقيعها على المتعاقد هي تلك التي ينص عليها في العقد دون غيرها. أما في حالة عدم وجود نص في العقد يخول الإدارة استعمالها للجزاء اتجاه المتعاقد معها، فلا يكن من الجائز قانوناً أن تستعمل من عندها سلطة توقيع الجزاء، وحتى القضاء لا يجوز له هو الآخر أن يفترض وجود تلك السلطة بيد الإدارة⁴.

1- د. محمد سامي الشوا، المرجع السابق، ص 45.

2- د. محمد سامي الشوا، المرجع نفسه، ص 140 وما بعدها.

3- بلاوي ياسين بلاوي، الجزاءات الضاغطة في العقد الإداري، دار الكتب القانونية ودار شتات للنشر والبرمجيات، مصر، سنة 2011، ص 17.

4- د. محمود خلف الجبوري، العقود الإدارية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، سنة 2010، ص 133، 134.

ورأي آخر ذهب إلى أن سلطة الإدارة في توقيع الجزاء تعتبر سلطة مستقلة عن نصوص العقد، وعليه فإن الإدارة لها ممارسة توقيع الجزاءات سواء كانت واردة في نصوص العقد أم غير واردة فيه. كما لها توقيع جزاءات أخرى غير ما نص عليه في العقد ترى الإدارة أنها مناسبة لإخلال المتعاقد بالتنفيذ¹.

ولقد كان للقضاء الفرنسي الدور والفضل الأكبر في حسم هذا الخلاف إذ اعترف للإدارة بحق توقيع الجزاءات في العقد الإداري بنفسها ولو لم ينص عليها العقد.

وكان ذلك بعد عدة مراحل تطور مر بها هذا القضاء، فأكدت العديد من قرارات مجلس الدولة الفرنسي على أن سلطة توقيع الجزاءات مستقلة عن نصوص العقد، وتوجد ولو لم ينص عليها فيه، أما إذا نص العقد على بعضها فإن ذلك لا يعني تقييد حرية الإدارة فيما عدا ما نص عليه، بل تستطيع الإدارة تحت رقابة القضاء أن توقع على المتعاقد أنواع الجزاءات المقررة جميعها².

وأصبح بهذا المبدأ المستقر عليه في الفقه والقضاء أن للإدارة المتعاقدة الحق في توقيع جزاءات إدارية مختلفة على المتعاقد الذي يقصر في تنفيذ التزاماته التعاقدية بإرادتها المنفردة ودون حاجة للجوء إلى القضاء³.

وبعد التطورات التي تستلزمها ضرورات الحياة خاصة في مجال العقد الإداري، فإن أساس حق الإدارة في توقيع الجزاءات في مجال العقود الإدارية تجاوز في حقيقة الأمر فكرة أنه مستمد من النصوص التعاقدية أم أنه مستقل عن نصوص العقد فيستمد من النصوص التشريعية أو المبادئ العامة في نظرية العقد الإداري المتميزة عن قواعد ومبادئ القانون الخاص نظراً لوجود مبررات واعتبارات قانونية تتجاوز ذلك جعلت من الفقه ينقسم

¹ - Andre (A), Delaabadère, traite des contrats administratifs, T 2, L.G.D.J, Paris, France, p 838.

² - د. عبد الحميد الشواربي، العقود الإدارية في ضوء الفقه- القضاء- التشريع، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2003، ص 36؛ د. مازن ليلو راضي، العقود الإدارية، في القانون الليبي والمقارن، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2002، ص 90؛ جمال عباس عثمان، النظرية العامة وتطبيقاتها في مجال إلغاء العقود الإدارية في الفقه وقضاء مجلس الدولة، المكتب العربي الحديث، الإسكندرية، مصر، سنة 2007، ص 411.

³ - د. أحمد عثمان عياد، مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1973، ص 334.

مرة أخرى حول تفسير هذا الأساس القانوني بين اعتبارين كلاهما مهم، الأول هو اعتبار السلطة العامة، والثاني هو اعتبار المرفق العام وضرورة سيره بانتظام واضطراد.

وعليه سنعالج هذا المطلب في فرعين كما يلي:

الفرع الأول: التطور التاريخي لسلطة فرض الجزاءات في العقد الإداري ولأساسها القانوني.

الفرع الثاني: الاعتبارات القانونية العامة للأساس القانوني للسلطة الجزائية في العقد الإداري.

الفرع الأول: التطور التاريخي لسلطة فرض الجزاءات في العقد الإداري ولأساسها القانوني.

لقد عرفت سلطة فرض الجزاءات التعاقدية في العقد الإداري تطورا عبر عدة مراحل تاريخية مهمة في ظل قضاء مجلس الدولة الفرنسي الذي يعتبر المنشأ الأصلي ومهد نظرية الجزاءات في العقد الإداري، إلى أن أصبحت مبدأ مستقر عليه في الفقه والقضاء الإداري عامة.

فكانت الإدارة تستمد سلطتها الجزائية في بادئ الأمر في نطاق العقود الإدارية من النصوص العقدية للعقد الإداري. إلا أن مجلس الدولة الفرنسي عدل عن هذا المبدأ لاحقا واعترف بأن سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات على المتعاقد توجد بذاتها مستقلة عن أي نص، أي أنها توجد حتى ولو لم ينص العقد على أي من هذه الجزاءات¹.

وعليه سنعرض إلى هذه المراحل التاريخية المهمة في نشأة السلطة الجزائية للإدارة في العقد الإداري بشيء من التفصيل نظرا للدور الذي لعبته في إرساء دعائم هذه السلطة أو النظام.

¹- محمد صلاح عبد البديع، سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري، أطروحة دكتوراه، جامعة الزقازيق، الزقازيق، مصر، سنة 1993، ص 16.

أولاً: مرحلة الاكتفاء بالجزاءات العقدية.

كان المبدأ المقرر في قضاء مجلس الدولة الفرنسي أن العقد الإداري يستقل وحده بيان جزاءاته، وبذلك لم يكن مسموحاً بتطبيق جزاء خارج العقد¹.

ففي حالة عدم وجود نص في العقد يخول الإدارة استعمالها للجزاء اتجاه المتعاقد معها، فلم يكن من الجائز قانوناً أن تستعمل من عندها سلطة توقيع الجزاء. كما أن القضاء هو الآخر لا يجوز له أن يفترض وجود تلك السلطة بيد الإدارة².

ولقد أقر مجلس الدولة هذا المبدأ مقررًا الاكتفاء بالجزاءات العقدية في حكمين مشهورين، كان الأول بتاريخ 1881/07/15 في قضية "chemins de fere d'orleans a Rouen". والذي قضى فيه بأنه : "إذا ما رأت الإدارة المتعاقدة أنه من غير المناسب إسقاط الالتزام المنصوص عليه في دفاتر الشروط للاعتبارات التي تراها فبالتالي لا يجب القضاء بتعويض الإدارة من قبل الشركة المتعاقدة، إذ أن العقد ينص صراحة على جزاء وحيد في حالة عدم تنفيذ الالتزام، إسقاط الالتزام ومصادرة التأمين"³.

ولقد أوضح مفوض الحكومة (Marguerie) في تقريره بهذا الشأن أن "... عقود الالتزام إنما تحدد نتائج عدم تنفيذ العقد، وتحدد طبيعته ومداه، ولكنها لا تسمح للجهة مانحة الالتزام بأن تلجأ للقواعد العامة للمطالبة بتعويضات غير منصوص عليها في العقد، إذ أن نصوص دفتر الشروط المقررة لصالح الإدارة، لا يمكن أن تعتبر كحد أدنى للتعويض... إذ يتعلق الأمر بتعويضات محددة مقدماً لتجنب صعوبات التقدير، تلك، تلك الصعوبات التي بسبب العناصر المختلفة التي تشكل عقد الالتزام لابد أن تحدث إذا لم يحتط العقد بأن ينظم بنفسه حقوق الإدارة في جميع الاحتمالات الممكنة..."⁴.

¹- جمال عباس عثمان، المرجع السابق، ص 409.

²- د. محمود خلف الجبوري، المرجع السابق، ص 130، 131.

³- بلاوي ياسين بلاوي، المرجع السابق، ص 19.

⁴- د. عبد المجيد فياض، نظرية الجزاءات في العقد الإداري - دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار الفكر العربي، القاهرة، 1975، ص 18؛ د. توفيق شحاتة، مبادئ القانون الإداري، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، دون دار نشر، القاهرة، مصر، سنة 1954، 1955، ص 795 وما بعدها.

وكان الحكم الثاني بتاريخ 1884/01/11 في قضية (level) والذي لم يبتعد عن الحكم الأول إذ قضى المجلس بأنه: "... لا يحق للإدارة المتعاقدة المطالبة بتعويضها عن الضرر الذي أصابها من عدم التنفيذ في حالة خلو نصوص العقد من ذلك إذ العقد قد نص في المادة 37 من دفاتر الشروط على أن الملتزم يتحمل إسقاط الالتزام ما لم يوف بمختلف الالتزامات التي تقع عليه، ولم يشترط العقد أي جزاء آخر ما لم يبدأ الملتزم الأعمال في المواعيد..."¹.

وقد جاء في تعليق المفوض (Gomel) على هذا الحكم بمناسبة تقريره في هذا الشأن: "... إن الإدارة قد رتبت عقودها بالالتزام المرافق العامة بحيث يمكن أن تكفي هذه العقود نفسها بذاتها، وأن كل واحد منها يشكل كلا متكاملًا، وأن نصوص تنظيم جميع الحالات التي يمكن أن تحدث أثناء تنفيذ العقد، وترتيبًا على ذلك فإن دفتر الشروط الالتزام يكون كافيا بذاته، ويجب أن يقتصر على تطبيق الجزاءات المقررة فيه دون غيرها... وأن قاضي العقد ما كان يستطيع أن يقضي بالتعويض باعتبار أن إسقاط الالتزام كان الجزاء الوحيد المنصوص عليه في دفتر الشروط..."².

فيتضح لنا إذن أنه خلال هذه المرحلة استقر مجلس الدولة الفرنسي على أن الإدارة تستمد سلطتها الجزائية في نطاق العقود الإدارية من النصوص العقدية هو ما يترتب عليه أنه من المستحيل عليها أن توقع جزاءات لم ينص عليها في العقد، ومن ثم فإذا حدد العقد أو دفاتر الشروط جزاءات معينة لبعض المخالفات ولم يقرر للمخالفات الأخرى جزاءات، فلا تستطيع الإدارة مخالفة هذه الشروط³. فلا يجوز لها إذن أن توقع جزاءات بديلة عن الجزاءات المحددة في العقد لتلك المخالفات⁴.

وبالتالي لم يبق أمام الإدارة المتعاقدة في حال إخلال المتعاقد بتنفيذ التزاماته التعاقدية سوى أحد الحلين: إما غض النظر عن المخالفات غير الجسيمة وهذا فيه إخلال بالمصلحة

¹- بلاوي ياسين بلاوي، المرجع السابق، ص 20.

²- جمال عباس عثمان، المرجع السابق، ص 409.

³- د. مفتاح خليفة عبد الحميد، إنهاء العقد الإداري - دراسة مقارنة- دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، ص 171.

⁴- د. عبد الله نواف العنزي، المرجع السابق، ص 19.

العامة¹. وإما أن تقوم بفسخ العقد الإداري وإنهائه. مما يفرض عليها اللجوء لإبرام عقد إداري آخر أو أن تتولى استغلال المرفق بنفسها وهذا ما يكلفها الوقت والجهد². وبالتالي فهذا الحل الأخير قد يؤدي إلى تهديد المرفق بالتوقف والاضطراب. ولقد رفضت الإدارة اللجوء إلى هذا الحل المتطرف.

ولقد أيد بعض الفقه موقف مجلس الدولة الفرنسي المتعلق بكافية الجزاءات العقدية خلال هذه المرحلة³. إلا أن معظم الفقه الفرنسي انتقد هذا المبدأ على أساس أنه من غير المعقول أن يثبت أن التزاما قانونيا منصوبا عليه في العقد يكون مجردا من الجزاء فإرادة المتعاقدين أن كل التزام يجب تنفيذه، وهذا التنفيذ يستلزم بالضرورة جزاء. ففي القانون الخاص ينظم القانون المدني هذا الجزاء عندما يكون الأطراف قد أثروا الصمت، ولا يبدو معقولا في نطاق القانون العام حيث تكون المصلحة العامة هي السمة البارزة ألا يوجد جزاء. ودون شك فإن عدم وجود جزاء سوف يدفع الملتزم إلى الإهمال، وهذا ما يتمخض بالنسبة لجمهور المنتفعين عن اضطرابات اقتصادية واجتماعية، لذلك يتطلب مبدأ اضطراب المرفق العام أن يكون لجميع التزامات الملتزم جزاء حاسم⁴.

وعلى أساس ما سبق ذكره، ونتيجة للانتقادات الكثيرة التي وجهت لمسلك مجلس الدولة الفرنسي فقد عدل هذا الأخير عن هذا الاتجاه وتبنى موقفا آخر جريء في مرحلة ثانية.

ثانيا: مرحلة توقيع الجزاءات غير العقدية بواسطة القاضي.

عدل القضاء الفرنسي عن موقفه الأول الذي كان مستقرا عليه والذي يرسخ مبدأ كفاية الجزاءات العقدية، إلى موقف آخر، يعد في ذاته البداية الحقيقية لنشوء أحكام النظام القانوني العام للجزاءات في العقد الإداري. إذ تجاوز بموجبه مجلس الدولة المبدأ السابق وأعطى للإدارة الحق في اللجوء إلى القاضي من أجل أن يحكم لها بجزاء خارج نصوص العقد. وذلك في حكمه الشهير بتاريخ 03 ماي 1907 في قضية السيد (Deplanque) إذ تلتخص

¹- د. محمود خلف الجبوري، المرجع السابق، 131.

²- محمد حسن مرعي الجبوري، المرجع السابق، ص 15.

³- د. مفتاح خليفة عبد الحميد، المرجع السابق، ص 171.

⁴- بلاوي ياسين بلاوي، المرجع السابق، ص 21؛ جمال عباس عثمان، المرجع السابق، ص 409.

وقائع قضيته في أن السيد (Deplanque) أبرم عقد التزام مع مدينة (نوزون) في فرنسا لغرض توفير الإنارة، وقد ورد نص عقد الامتياز على توقيع بعض الجزاءات المختلفة التي تقابل مخالفات معينة، ومنها الفسخ أو إسقاط الالتزام ووضع المرفق تحت الإدارة المباشرة. ولم يكن التعويض منصوصا عليه في كراسة الشروط، وبعد ذلك نسب للملتزم (ديبلانك) التقصير في أداء بعض التزاماته المقررة بمقتضى العقد، وعند عرض الأمر على القضاء الإداري أن يقضي ضد ملتزمها بإسقاط التزامه واحتياطيا بوضع المرفق تحت إدارتها المباشرة، وإلزامه بالتعويض ولم يكن هذا الأخير منصوصا عليه في دفتر الشروط. وقضت المحكمة الإدارية كأول درجة تقاضي في القضاء الإداري بتاريخ 1904/03/10 بالرفض لطلب إسقاط الالتزام لعيب شكلي، وكذلك وضع المرفق تحت تصرف الإدارة المباشرة بحجة أن هذا الإجراء يدخل في اختصاصات المدينة بصفة مطلقة.

أما عن التعويض فقررت أن تراخي الملتزم في تنفيذه لعقده يبرر طلب التعويض المقدم من المدينة ضده. وقد استأنف الملتزم هذا القرار أمام مجلس الدولة الفرنسي لتعارضه مع المبدأ القائل بكفاية الجزاءات المنصوص عليها في دفتر الشروط. إلا أن مجلس الدولة أقر بصحة القرار المستأنف فيه الخاص بالتعويض جراء المخالفات التي ارتكبتها الملتزم وذلك على الرغم من أن العقد لم ينص على جزاء معين جراء ارتكابها، إذ اعتبر ارتكابها من الملتزم خطأ موجب لمسؤوليته بالتعويض¹. إذ جاء فيه: "ولو أن دفتر شروط الالتزام لم ينص على جزاء الوقائع المنسوبة للمقاول بصفة صريحة. فإنها تعتبر مع ذلك من جانب هذا المقاول بمثابة عدم تنفيذ لالتزاماته ومن طبيعة تبرر منح تعويض لمدينة "نوزون" نظرا للضرر الذي لحقها مكن جراء ذلك"². وزاد على ذلك: "إن عدم النص في العقد على جزاء معين لمخالفة بذاتها من المتعاقد مع الإدارة لا يعني بقاء تلك المخالفة بدون جزاء، وإنما يمكن لقاضي العقد توقيع الجزاء المطابق للقواعد العامة"³.

¹- بلاوي ياسين بلاوي، المرجع السابق، ص 23؛ د. عبد المجيد فياض، المرجع السابق، ص 29؛ د. عبد الله نواف العنزي، المرجع السابق، ص 19.

²- رشا محمد جعفر الهاشمي، المرجع السابق، ص 23.

³- حمدي ياسين عكاشة، العقود الإدارية في التطبيق العملي - المبادئ والأسس العامة، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1998، ص 238.

فطبقاً لهذا الحكم سمح المجلس بتطبيق التعويض وهو جزاء غير عقدي مستمد من القواعد العامة وليس من نصوص العقد، وبذلك يكون قد أعطى للإدارة سلطة توقيع الجزاءات غير العقدية ولكن عن طريق القضاء على أساس أنها المسؤولة عن المرفق العام وحسن سيره بانتظام واضطراد.

وهذا ما يتبين أكثر من خلال اقتراح المبادئ الجديدة الذي قدمه مفوض الحكومة (Romieu) (روميو) في تقريره بشأن هذه الدعوى والتي تتلخص كالآتي¹:

- 1- إذا كان العقد مع تحديده لالتزامات الطرفين قد أغفل تحديد جزاءات مقابلة، فإن ذلك لا يعني عدم وجود جزاءات.
- 2- إذا كان العقد قد حدد جزاءات لبعض المخالفات الجسيمة وأغفل تحديد جزاءات لباقي المخالفات، فلا يترتب على ذلك بقاءها بدون جزاء.
- 3- إن كل التزام تعاقدى يقابله جزاء في حالة الإخلال به، وعلى القاضي أن يطبق القواعد العامة إذا لم يتضمن العقد نصوصاً صريحة على خلاف ذلك. أي أنه يجب على القاضي في الحالة المعروضة وإعمالاً للقواعد العامة أن يقرر إما فسخ العقد أو الحكم بالتعويضات.
- 4- إذا توقع المتعاقدان خطأ معين ووضعاً له جزاء بعينه فيجب أن تتقيد الإدارة بهذا الجزاء بحيث لا يجوز لها - كقاعدة عامة - أن تستبدل به غيره.

" on ne saurait substituer une sanction autre que celle dont les parties sont convenues dans le car marché "

ولكن الملاحظ أن القضاء لم يعمل الحكم الأخير على إطلاقه إلا بالنسبة للجزاءات المالية فقط².

¹- بلاوي ياسين بلاوي، المرجع السابق، ص 24؛ د. مفتاح خليفة عبد الحميد، المرجع السابق، ص 172؛ د. سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 481.

²- د. سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 481، 482.

أما فيما عداها من جزاءات فإن مجلس الدولة الفرنسي يأخذ بما تضمنه تقرير مفوض الحكومة¹.

وعلى العموم فإنه قضى بتعويض الإدارة عن المخالفات التي ارتكبتها الملتزم في قضية "Deplanque"².

إن هذا الاتجاه يعتبر خطوة هامة في القضاء الفرنسي، إذ لم يعد سكوت العقد يحمي المتعاقد مع الإدارة من إخلاله بالتزاماته وتحمله المسؤولية عن ذلك، وأصبح بالإمكان الحكم عليه بجزاءات مقابل تقصيره في تنفيذ عقده، عن طريق القضاء حتى وإن لم يكن منصوصا عليها في العقد، فالقاضي يستلهم حلوله من القواعد العامة. ذلك أن تحقيق المصلحة العامة وضرورة سير المرفق بانتظام واضطرابه، والذي تعتبر الإدارة مسؤولة عنه، تعتبر أولى بالحماية من المصلحة الخاصة للمتعاقد.

ورغم أهمية هذه الخطوة في تطور نظام الجزاءات في العقد الإداري، إلا أنها لم تكن كافية لاكتمال مظهر هذا النظام ودعائمه، ذلك أنه لا يستجيب بالقدر الكافي لمقتضيات المرفق العام. إذ لا تزال الجزاءات خارج يد الإدارة، فقسم منها عقدية والقسم الآخر قضائية. وما يفسر هذا أنها أبقت قيدين على سلطة الإدارة في فرض الجزاءات هما: القيد الأول يتمثل في وجوب لجوء الإدارة للقضاء إذا أرادت الحصول على تعويض مقابل الأضرار التي لحقت المصلحة العامة من جراء إخلال المتعاقد بالتزاماته التعاقدية. والثاني فهو وجوب أن تنقيد الإدارة بالشروط التي ينظمها العقد في شأن توقيع الجزاءات والمخالفات المحددة المقابلة لها، فإذا نص العقد على جزاء لخطأ معين، فإنه لا يجوز للإدارة أن تخالفه وتطبق جزاءً آخر على نفس ذلك الخطأ³.

¹- الدليل على أن مجلس الدولة الفرنسي خرج في بعض الأحكام عن الجزاء المتفق عليه بالنسبة إلى مخالفة معينة إما بالتخفيف إذا قدر أن العقوبة المتفق عليها مغالى فيها، كإكتفائه بوضع المرفق تحت الحراسة بدلا من الفسخ. أو التشديد إذا قدر أن جسامة المخالفة لا تتفق مع العقوبة المنصوص عليها في العقد كالأستعاضة عن العقوبة المنصوص عليها بالفسخ؛ د. سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 482.

²- د. مفتاح خليفة عبد الحميد، المرجع السابق، ص 172، 173.

³- د. أحمد عثمان عياد، المرجع السابق، ص 337؛ د. مفتاح خليفة عبد الحميد، المرجع السابق، ص 173.

إلا أنه في واقع الأمر مقتضيات المصلحة العامة المتعلقة بالمرافق العامة تستدعي منح الإدارة ذاتها سلطة توقيع الجزاء ولكن تحت الرقابة اللاحقة للقضاء. وهذا ما أخذ به مجلس الدولة الفرنسي في مرحلة ثالثة.

ثالثا: مرحلة الاعتراف للإدارة بحق توقيع الجزاء غير العقدي بنفسها.

شهد قضاء مجلس الدولة الفرنسي خلال هذه المرحلة تطورا يعتبر أكثر أهمية بالنسبة لسلطة الإدارة في توقيع الجزاءات في العقد الإداري، ذلك أنه حرر الإدارة من القيد السالف ذكرهما. وذلك في حكمه في قضية (شركة ملاحه جنوب الأطلسي بتاريخ 1929/10/11 "compagnie de navigation sud- atlantique" والتي تتلخص وقائعها في أن الشركة المدعية كانت ملتزمة بمرفق خطوط بحرية، وبمقتضى دفتر شروط الالتزام كانت هذه الشركة ملتزمة بأن تعرض على قضاء التحكيم المنازعات ذات الطابع الجماعي التي تحدث بينها وبين مستخدميها بخصوص شروط العمل، وقد حدث أن رفضت الشركة الملتزمة العمل بذلك في ظرف معين، مما حدا بالوزير المختص بالبحرية التجارية إلى أن يصدر قرارا تنفيذيا مباشرا بتحميل الشركة بمبلغ تعويض للدولة. وكانت شرعية هذا القرار من حيث مدى حق الوزير في تقرير التعويض، وتحميل الملتزم به بإجراء مباشر منه أحد أوجه المنازعة في هذه القضية¹.

وقد جاء في الحكم أنه: "... نظرا لعدم وجود جزاء للمخالفة المنسوبة للملتزم منصوص عليه في دفتر الشروط، فليس ما يمنع أن يكون فعل الملتزم عدم تنفيذ من جانبه لالتزاماته، فالمعارضة المنظمة التي أبدتها الشركة الملتزمة برفضها تنفيذ شرط مذكور في العقد للمصلحة العامة المتمثلة في حسن سير المرفق، قد سبب للدولة ضررا، وهي - تبعا لذلك- من طبيعة تبرر منح تعويض لصالح الدولة، هذا التعويض الذي كان من اختصاص الإدارة أن تحمل الشركة الملتزمة به"².

¹- بن سديرة جلول، الجزاءات في مجال تنفيذ العقود الإدارية، رسالة ماجستير، جامعة تلمسان، الجزائر، 2014/2015، ص 34، 35.

²- بن سديرة جلول، المرجع نفسه، ص 35.

ومن شأن هذا التطور في قضاء مجلس الدولة الفرنسي أن أصبح نظام الجزاءات الذي يطبق في العقود الإدارية متمایزا عن ذلك الذي يطبق في العقود المدنية، فبينما يشترط عقود القانون الخاص صدور حكم قضائي لتعويض المتعاقد المتضرر نجد أنه في العقد الإداري يحق للإدارة أن توقع على المتعاقد المقصر الجزاء الذي تراه مناسبا لكفالة تنفيذ الالتزامات الناشئة عن العقد بصورة سليمة دون انتظار لصدور حكم من القضاء¹.

وليس ذلك فحسب بل ذهب مجلس الدولة إلى الإقرار بحق الإدارة في حالات معينة في إحلال جزاءات أخرى محل الجزاءات التعاقدية، فأجاز للإدارة توقيع جزاء أخف من الجزاء المنصوص عليه إذا قدرت أن هذا الأخير مغالي فيها: كوضع المرفق تحت الحراسة بدل إسقاط الالتزام المنصوص عليه في العقد، أو توقيع جزاء أشد من الجزاء الذي حدده العقد كاستعاضة عن الجزاء المنصوص عليه في العقد بالفسخ².

وهكذا أصبح من المسلم به في قضاء مجلس الدولة الفرنسي أن سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات هي سلطة مستقلة عن نصوص العقد، إذ لا يشترط لوجودها أن ينص عليها العقد، وإن سكت هذا الأخير على النص على بعضها فهذا لا يغل يد الإدارة عن توقيع ما لم يتم النص عليه في العقد. كما أن نص العقد على بعضها لا يعني اقتصار حق الإدارة في توقيع الجزاءات على ما تم النص عليه. لكن هذه السلطة المستقلة للإدارة في توقيع الجزاءات مقيدة بالرقابة القضائية اللاحقة.

ولقد استقر الفقه والقضاء الإداريين في غالبية الدول على نفس هذا الموقف بمجلس الدولة الفرنسي وبذلك أصبحت سلطة الإدارة في هذا المجال ليست حقا مقررًا لها فحسب وإنما هي واجب تتطلبه المصلحة العامة المرتبطة بحسن سير المرفق العام بانتظام واضطراد والذي تعتبر الإدارة مسئولة عنه. وبالتالي لا تملك هذه الأخيرة التنازل عن هذا

¹- بلاوي ياسين بلاوي، المرجع السابق، ص 25، 26.

²- د. سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 482؛ د. مفتاح خليفة عبد الحميد، المرجع السابق، ص 174.

الحق مقدما لأنه من النظام العام، وإن كانت تبعا لظروف الحال تملك أن تقرر إعفاء المتعاقد من الجزاءات كليا أو جزئيا¹.

وهكذا غدت سلطة الإدارة الجزائية في العقد الإداري نظرية مسلم بها في الفقه والقضاء الإداريين لها خصوصيتها التي استقتها من قواعد القانون العام عامة وقواعد نظرية العقد الإداري على وجه الخصوص.

وهذا ما قرره المحكمة الإدارية العليا المصرية بتاريخ 1960/09/21 في قرارها الذي جاء فيه: "... أن الحكمة من الغرامات التي ينص عليها في العقود الإدارية، هي الحرص على سير المرفق العام بانتظام واضطراد، لذا فإن هذه الغرامات توقعها الإدارة دون حاجة إلى صدور حكم بها إذا توافرت شروط استحقاقها بتأخر المتعاقد في تنفيذ العقد على الميعاد المحدد له..."².

وكذا قرار مجلس الدولة الجزائري: "... حيث أنه يستخلص من الوثائق والمستندات المودعة بالملف أن البلدية المستأنفة عليها كانت قد أبرمت صفقة مع المستأنفة قصد إنجاز جدارين سائدين لهضبة، ... حيث أن الأشغال لم تنجز في وقتها وحيث أن التأخير في الإنجاز ثابت وقائم في دعوى الحال يترتب عنه الحق لصاحبة المشروع لفرض عقوبة تأخير وفق ما نص عليه عقد الصفقة وأحكام المرسوم السالف ذكره..."³.

والاعتراف للإدارة بهذه السلطة المستقلة في توقيع الجزاءات في العقد الإداري دون حاجة للنص عليها في العقد لا يمثل مخالفة لمبدأ الفصل بين السلطات، إذ ليس فيه اعتداء على سلطة القاضي المسندة إليه دستوريا للحكم بالجزاءات، ذلك لأن الفصل بين السلطات ليس فصل مطلق وإنما هو فصل مرن يستوعب مثل هذا الاعتراف، كما أن هذه السلطة

¹ - د. حمدي عطية مصطفى عامر، الأعمال القانونية للسلطة الإدارية - القرار الإداري، العقد الإداري -، - دراسة مقارنة -، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2015، ص 498.

² - حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن رقم 61، لسنة 2 ق، ب 1960/09/21، مجموعة الأربعين، ص 490. أشار إليه خالد مصطفى حواطمة، سلطة الإدارة في فرض الجزاءات على المتعاقد معها - دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، جامعة عمان العربية، عمان، الأردن، 2003 ص 83؛ حكمها بتاريخ 1968/04/08. أشار إليه جمال عباس عثمان، المرجع السابق، ص 410.

³ - قرار مجلس الدولة الجزائري رقم 0397692، بتاريخ 2009/09/12، (غير منشور)؛ قراره رقم 036089، بتاريخ 2007/10/17، (غير منشور)، السابق الذكر.

الجزائية في العقد الإداري الممنوحة للإدارة لا تغتصب سلطة القاضي لأنها لا تصل إلى حد سلب حرية المتعاقد أو النيل من أحد الحقوق المعترف له بها كما أنها لا تتم إلا وفق ضوابط وحدود معينة فهي ليست مطلقة¹.

إلا أنه إذا اتفق الفقه على ثبوت هذه السلطة الجزائية للإدارة بصفة مستقلة عن نصوص العقد إلا أنهم اختلفوا حول الاعتبارات التي تفسر الأساس القانوني لهذه السلطة.

الفرع الثاني: الاعتبارات القانونية العامة للأساس القانوني للسلطة الجزائية في العقد الإداري.

إن سلطة الإدارة في فرض الجزاءات على المتعاقد معها تعتبر من المسلمات التي استقر عليها كل من الفقه والقضاء الإداريين في نطاق العقود الإدارية. إذ تمارسها الإدارة بنفسها. فتصدرها وتنفذها عند إخلال المتعاقد بالتزاماته التعاقدية وإن لم يوجد نص بذلك في العقد أو دفا تر الشروط، ودون حاجة للالتجاء إلى القضاء مقدما لتقريره. وذلك على أساس ما تتمتع به من امتياز المبادرة أو امتياز التنفيذ المباشر، هذا لضمان تنفيذ العقد المتصل بسير المرفق العام بانتظام واضطراد تحقيقاً للصالح العام.

وامتياز التنفيذ المباشر "privilège d'action d'office" هو بصفة عامة سلطة الإدارة في أن تصدر قرارات في مواجهة الأفراد وتنفذها بنفسها دون حاجة للجوء إلى القضاء².

وفي إطار العقد الإداري، فإن هذا الامتياز هو الذي يسمح للإدارة بأن تحدد بنفسها كل ما يتضمنه تنفيذ العقد الإداري بأن تفرض على المتعاقد معها القرار الذي تراه. أي أنها بمقتضى سلطتها هذه تستطيع أن تنشئ لنفسها من جانب واحد حقوقاً إزاء المتعاقد معها بعلاقة عقدية³.

¹- د. عبد الله نواف العنزي، المرجع السابق، ص 20، 21.

²- د. أحمد عثمان عياد، المرجع السابق، ص 343.

³ - Pequingnot (G), théorie générale de contrat administratif, thèse, Montpellier, France, 1945, p 419.

أما في إطار نظرية الجزاءات في العقد الإداري فهو كما سبق ذكره حق الإدارة في إصدار قرارات إدارية فردية بتوقيع الجزاء تجاه المتعاقد المقصر في تنفيذ العقد، وتنفيذها بنفسها دون اللجوء إلى القضاء مقدماً.

هذا مع الأخذ في الاعتبار الاختلاف بين التنفيذ المباشر على نحو ما سبق شرحه والتنفيذ الجبري الذي يقوم على استعمال القوة الجبرية من طرف الإدارة طبقاً لما ينص عليه التشريع وضمن الحدود التي يقررها في حالة امتناع الأفراد عن تنفيذ قراراتها الإدارية طواعية.

وعليه فإن التسليم بسلطة الإدارة الجزائية بهذا المعنى يجد أساسه فيما تنص عليه التشريعات المعمول بها ودفتر الشروط الإدارية العامة، وكذا نصوص العقد ودفتر شروطها في حد ذاتها والتي تنص كلها على حق الإدارة في توقيع الجزاءات على المتعاقد معها عند تقصيره في تنفيذ العقد.

وعلى هذا الأساس فإن البحث في الأساس القانوني لسلطة الإدارة في فرض الجزاءات في العقد الإداري إنما يتجاوز في حقيقته الإجابة عن التساؤل المتعلق بمدى حق الإدارة في توقيع جزاءات ولو لم ينص عليها العقد الإداري على المتعاقد الذي يقصر في تنفيذه؟ وبمعنى آخر لهذا التساؤل، هل الأساس القانوني للسلطة الجزائية للإدارة يستند إلى النصوص التعاقدية أم إلى النصوص التشريعية التي لا يتم اللجوء إليها إلا عند غياب النص الصريح في العقد؟ وذلك لأنه قد تم حسم هذا الأمر على نحو ما سبق شرحه في العنصر السابق. وبالتالي فأساس سلطة الإدارة في فرض الجزاءات في العقد الإداري إنما يرد إلى اعتبارات قانونية تتجاوز ذلك. حيث ثار خلاف آخر في الفقه حول هذه الاعتبارات. ففي حين ذهب البعض إلى رد ذلك الأساس القانوني لاعتبار وفكرة السلطة العامة، ذهب البعض الآخر إلى رده لفكرة المرفق العام.

ويرى رأي في الفقه أن تحديد الأساس القانوني لسلطة توقيع الجزاءات في العقود الإدارية يرجع إلى تحديد أساس القانون الإداري وما إذا كان هذا القانون يُفهم كقانون المرافق العامة أو كقانون ممارسة السلطة العامة¹.

وعليه سنتناول تلك الآراء الفقهية المتعلقة بالاعتبارات التي يُرد إليها الأساس القانوني لسلطة الإدارة الجزائية في العقد الإداري من خلال النقطتين التاليتين:

أولاً: اعتبار (أو فكرة) السلطة العامة كأساس لسلطة الإدارة في فرض الجزاءات في العقد الإداري.

ثانياً: فكرة المرفق العام كأساس لسلطة الإدارة في فرض الجزاءات في العقد الإداري.

أولاً: اعتبار (أو فكرة) السلطة العامة كأساس لسلطة الإدارة في فرض الجزاءات في العقد الإداري.

يذهب قسم من الفقه إلى أن الأساس القانوني لسلطة الإدارة في فرض الجزاءات التعاقدية يقوم على فكرة السلطة العامة. والتي يمكن تعريفها على أنها مجموعة الامتيازات التي تتمتع بها الإدارة وتستخدمها في تنفيذ أحكام القانون العام من أجل إشباع الحاجات العامة في الدولة².

ولقد سادت هذه الفكرة خلال القرن التاسع عشر (19) في فرنسا، ووفقاً لهذا المعيار فإن الإدارة عندما تقوم بأعمالها إما أن تلجأ إلى سلطتها وسلطانها أو تنزل إلى مستوى الأفراد، فإذا اتبعت هذا المسلك الأخير في تصرفاتها تكون محكومة بقواعد القانون الخاص وتخضع للقضاء العادي. أما إذا اتبعت المسلك الأول في تصرفاتها بأن تمارس نشاطاتها بوصفها سلطة أمرة فإنها تتمتع بالكثير من الامتيازات، ولعل أبرزها هو حق الإدارة في التنفيذ المباشر والذي يقصد به حق الإدارة في تقرير حقوقها تجاه الأفراد بقرارات إدارية صادرة منها بإرادتها المنفردة دون أن تلجأ إلى القضاء مع مراعاة عدم الاعتداء على حقوق

¹ - Duguit (L), traite de droit constitutionnel, 3 eme edition, T 1, 1927, p 680.

² - د. أحمد عثمان عياد، المرجع السابق، ص (ب).

الأفراد التي يحميها القانون. وهنا تكون محكومة بالقانون الإداري، وتخضع للقضاء الإداري فإذا ما خالف قرارها القانون جاز للأفراد الطعن فيه أمامه¹.

وعلى هذا الأساس فإن سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات على المتعاقد معها تجد أساسها في هذه الفكرة أي فكرة السلطة العامة، فيكون من حق الإدارة استعمال امتيازها بالتنفيذ المباشر الذي يعد الدعامة الأساسية للسلطة العامة في نطاق تنفيذ أي عقد يتصل بالمرافق العامة للدولة. فلها أن تفسخ العقد أو أن تحل محل المتعاقد معها إذا قصر في تنفيذ التزاماته وذلك بمجرد قرار بسيط من جانبها دون أن تكون ملزمة باللجوء للقضاء ليحكم لها بهذه الإجراءات².

فإن تتهدف فكرة السلطة العامة إلى تحقيق الصالح العام وتغليبه على المصلحة الفردية، وهي تمثل إهدارا لقاعدة المساواة بين المتعاقدين بخلاف الأمر في العقود المدنية.

فالجزاءات التي توقعها الإدارة على المتعاقد إذا ما قصر في تنفيذ التزاماته هي مظهر من مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية، وهي تطبيق وإعمال لامتياز من أهم امتيازات السلطة العامة التي تملكها الإدارة قبل الأفراد وهو امتياز التنفيذ المباشر³.

ولقد وجد هذا الأساس تطبيقاً له في أحكام مجلس الدولة الفرنسي في قضية (شركة ملاحه جنوب الأطلسي) "compagnie de navigation sud atlantique"، حيث قرر المجلس في حكمه الصادر بتاريخ 1929/10/11 المتعلق بهذه القضية السابق ذكرها، بطلب التعويض عن الأضرار التي لحقتها جراء تقصير المتعاقد معها دون حاجة للجوء إلى القضاء لإصدار حكم بذلك فجاء في الحكم أنه: "إذا ترتب على تقصير الشركة المتعاقدة ضرر للدولة، يكون من طبيعته ترتب الحق في التعويض، فإنه يجوز للوزير تحديد التعويض الذي تلتزم به الشركة"⁴.

¹- فكرة السلطة العامة أخذت صورتها الكاملة على لسان الفقيه "لافريير" "lafferiere" في كتابه الشهير القضاء الإداري.
²- ولقد أخذ بهذا الرأي عدة فقهاء منهم: الفقيهان الفرنسيين هوريو وفيدل. كما أخذ به الفقيه العربي ثروت بدوي في كتابه القانون الإداري؛ ثروت بدوي، القانون الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2009، ص 150 وما بعدها.

³- د. أحمد عثمان عياد، المرجع السابق، ص 342.

⁴- مريم محمد أحمد، المرجع السابق، ص 31.

هذا الحكم لمجلس الدولة الفرنسي أكد استعمال الإدارة لامتياز المبادرة في مادة الجزاءات الإدارية، حيث أصبح هذا الامتياز هو القاعدة في توقيع الجزاءات في العقود الإدارية. إذ تعتبر سلطة الإدارة في هذا المجال سلطة تقديرية لا يقيدتها إلا القاعدة العامة التي توجب أن يكون تصرف الإدارة بقصد تحقيق الصالح العام¹.

كما وجد هذا الأساس تطبيقاً له أيضاً في أحكام المحكمة الإدارية العليا المصرية في حكمها الصادر في 1962/12/16، والذي قضى بأن: " التأمين في حقيقته هو ضمان لتنفيذ العقد الإداري، فلا يمكن تصور قيام هذا الضمان ما لم يكن للإدارة حق مصادرة التأمين، أي اقتضاء قيمته بطريق التنفيذ المباشر دون حاجة للاتجاء إلى القضاء"².

ولقد وُجهت العديد من الانتقادات لأنصار هذا الاتجاه أهمها:

- صعوبة التمييز بين أعمال السلطة العامة التي تقوم بها باعتبارها سلطة عامة، وأعمال الإدارة العادية التي تقوم بها باعتبارها شخص عادي. هذا فضلاً على أن هذا التمييز في الشخصية التي تتصرف على هذا أساسها الدولة إنما يخلق لها شخصية مزدوجة. الأمر الذي يتنافى مع وحدة الدولة³. إلا أن هذا القول مردود ذلك أن الدولة واحدة لا يمكن أن تكون مزدوجة الشخصية القانونية.
- أن فكرة السلطة العامة تؤدي إلى تهيئة الفرصة لتعسف الإدارة وإساءة استعمال سلطتها⁴. سيما وأن دور الدولة يزداد يوماً بعد يوم في التدخل في النشاط الاقتصادي. مما قد يترتب عنه عزوف الأفراد عن التعاقد معها خوفاً من مجابهتهم تلك السلطة.
- فكرة السلطة العامة تحصر القانون الإداري في مجال ضيق وذلك بحصرها أعمال السلطة في الأوامر الإدارية الصريحة فقط وسلطات الضبط الإداري، وإخراج جميع

¹ - د. حمد محمد حمد الشلحاني، امتيازات السلطة العامة في العقد الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2007، ص 175.

² - حكم المحكمة الإدارية العليا بمصر الصادر بتاريخ 1962/12/16، المجموعة، السنة العاشرة، رقم 34، ص 313.

³ - مريم محمد أحمد، المرجع السابق، ص 33.

⁴ - د. عاطف سعدي محمد علي، عقد التوريد الإداري بين النظرية والتطبيق - دراسة مقارنة-، دار الفكر العربي، مصر، 2005، ص 454.

أعمال الإدارة التي لا تتضمن الأوامر والنواهي الصريحة كالعقد الإداري¹. فالعقد الإداري هو عقد بالمعنى الفني للكلمة وليس عملاً من أعمال السلطة². أو بمعنى أدق العقد الإداري يعتبر من بين الأعمال القانونية الكثيرة ذات الطبيعة المختلطة، إذ يحتوي اتفاقات رضائية كاتفاقات الأفراد بينهم. بالإضافة إلى احتوائه على شروط استثنائية مستمدة من فكرة السلطة العامة والتي يبرر خضوعها لقواعد استثنائية. هذا ما غاب عن الرأي المساند لفكرة السلطة العامة كأساس للسلطة الجزائية للإدارة³.

- كما أنه وفقاً لأنصار هذا الاتجاه، فإن الإدارة لا تضيي الصفة الإدارية، إلا إذا كان العمل المراد القيام به ذو طبيعة إدارية، وبذلك يكون استخدام الإدارة لمظاهر السلطة العامة في تصرفاتها القانونية نتيجة من نتائج الصفة الإدارية لهذا العمل⁴. وبذلك لا يمكن الاعتماد على السلطة العامة كأساس قانوني لأنها لا يجب أن تكون سلطة قانونية في ذاتها بل وسيلة لتقديم الدولة الخدمات للأفراد عن طريق المرافق العامة⁵.

ونظراً لهذه الانتقادات الموجهة لفكرة السلطة العامة كأساس قانوني للسلطة الجزائية للإدارة في العقد الإداري، أصبح الفقه والقضاء يبحثان عن أساس آخر لهذه السلطة. وقد ظهر فعلاً هذا الأساس القانوني وتمثل في فكرة المرفق العام، وكان هذا بفضل جهود اتجاه آخر من الفقه الإداري.

¹- د. عبد الغني بسيوني عبد الله، القانون الإداري - دراسة مقارنة لأسس ومبادئ القانون الإداري وتطبيقها في مصر، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1991، ص 85.

²- د. عاطف سعدي محمد علي، المرجع السابق، ص 454.

³- مريم محمد أحمد، المرجع السابق، ص 33.

⁴- بن سديرة جلول، المرجع السابق، ص 51.

⁵- د. عبد المجيد فياض، المرجع السابق، ص 65.

ثانياً: فكرة المرفق العام كأساس لسلطة الإدارة في فرض الجزاءات في العقد الإداري.

يرى هذا الاتجاه من الفقه الإداري¹. أن الأساس القانوني لسلطة الإدارة في توقيع الجزاءات على المتعاقد معها في العقد الإداري يقوم على فكرة المرفق العام وضرورة سيره بانتظام واضطراد. فالدولة من وجهة نظر القائلين بهذا المعيار عبارة عن جسم خلاياه المرافق العامة. إذ يقصد بها: مشروعات عامة تتكون من أشخاص وأموال تهدف إلى إشباع حاجة عامة، كمرفق التعليم والصحة والدفاع... الخ².

إن الإدارة ما كان ليتم الاعتراف لها بامتيازات السلطة العامة لولا فكرة المرفق العام والذي تعتبر مسئولة عن ضرورة حسن سيره بانتظام واضطراد. هذا المبدأ الذي يقصد به أن المرفق العام يجب أن يقدم خدماته للجمهور بشكل مستمر متواصل دون انقطاع، إذ لا يمكن تصور توقف أحد المرافق كمرفق الدفاع مثلاً. عن أداء خدماته، ذلك أن توقفه سينجم عنه لاشك إلحاق بالغ الضرر بالمصلحة العامة وحقوق الأفراد³.

وبما أن الإدارة هي المسؤولة بطبيعة وظيفتها عن تأمين سير المرافق العامة لذلك فمن حقها وفقاً لهذا الرأي من الفقه. أن تتخذ الإجراءات التي تكفل إجبار المتعاقد معها على تنفيذ التزاماته في العقد الإداري المتصل بالمرفق العام كاملة وعلى أحسن وجه، فضرورة السير المنتظم والمستمر للمرفق العام هو الذي يتطلب أن تكون لالتزامات المتعاقد مع الإدارة جزاءات حازمة. إذ لا يقدم القانون الخاص نظاماً ملائماً بالجزاءات المناسبة التي تحتاجها الإدارة لكونه يستلزم تدخل القضاء مقدماً لتوقيع الجزاء بينما يسمح القانون العام للإدارة بتوقيع الجزاءات التي تهدف إلى استمرارية المرفق العام بانتظام، لذلك فمتطلبات المرافق

¹ - يعتبر ليون ديجي "Lion Duguit" (كان عميد لكلية الحقوق بجامعة بوردو)، وقاستون جيز "Gaston jeze"، وبونارد "Bonnard"، و أندري ديلوبادير "André Delaabadere"، رواد هذا المعيار في الفقه الفرنسي. وهناك من الفقهاء العرب الذين أخذوا بهذا المعيار ونجد منهم د. سليمان الطماوي في كتابه الأسس العامة للعقود الإدارية؛ د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص 497 وما بعدها. وكذلك نجد د. عبد المجيد فياض في كتابه نظرية الجزاءات في العقد الإداري؛ د. عبد المجيد فياض، نظرية الجزاءات في العقد الإداري، المرجع السابق، ص 67.

² - د. عمار بوضياف، الوجيز في القانون الإداري، ط 3، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2013، ص 131.

³ - د. عمار بوضياف، المرجع نفسه، ص 443.

العامة هي التي تعتبر أساس جزاءات القانون العام التي تطبقها الإدارة لمواجهة تقصير المتعاقد معها دون اللجوء إلى القضاء¹.

فهذا الجانب من الفقه إذن يؤكد في هذا الإطار أن سلطة الإدارة المقررة لها بفرض الجزاءات التعاقدية بغرض ضمان حسن سير المرفق العام بانتظام واضطراد. إنما يستند إلى امتيازها في التنفيذ المباشر. ذلك أن الإدارة تستطيع توقيعها بسبب إخلال المتعاقد بالتزاماته ولو لم يكن منصوصا عليها في العقد ودون حاجة للجوء إلى القضاء وهذا الامتياز يعد استعماله التزاما وليس رخصة.

وهذا ما أكدته الفقيه "جيز" الذي يذهب بالقول إلى أن ضمان السير المنتظم للمرافق العامة يتطلب دقة في تنفيذ العقد الإداري لذلك فمن الضروري أن تكون الجزاءات المترتبة على الإخلال مؤثرة. ومبرر ذلك أن احتياجات المرافق العامة هي أساس وقياس جزاءات القانون العام وهذا ما يجعل اتخاذ هذه الجزاءات يكون على الفور ودون وساطة القاضي، وهذا الرأي أخذ به أيضا الفقيه "بيكينوه"².

ولقد أكد مجلس الدولة الفرنسي هذا الموقف في حكمه الصادر بتاريخ 22 يونيو 1944، حيث أقر بحق الحكومة في وضع المرفق تحت الحراسة في حال ارتكاب الملتزم مخالفات جسيمة لشروط الالتزام، ف قضى ب صحة القرار الصادر في 1936/09/03 من الحكومة بوضع شركة "سكة حديد وتراموايات فاروجار" تحت الحراسة لعدم قيامها بدفع الزيادة التي تقررت في أجور العمال بمقتضى اتفاق يوليو لسنة 1935، وقد استند في ذلك إلى مبدأ ضمان سير المرافق العامة بانتظام واضطراد³.

كما استقر القضاء الإداري المصري على هذا الأساس في العديد من أحكامه القضائية ومنها حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية بتاريخ 1963/12/28، والذي جاء فيه: " أن

¹- بلاوي ياسين بلاوي، المرجع السابق، ص 65.

²- رشا محمد جعفر الهاشمي، المرجع السابق، ص 204؛ وقد أخذ بهذا الرأي أيضا: الفقيه المصري، عبد المجيد فياض، المرجع السابق، ص 28؛ وكذا هارون عبد العزيز الجمل، حيث قال: "إن الأساس القانوني لسلطة الإدارة في توقيع الجزاءات على المتعاقدين معها بموجب العقد الإداري، ينبع أساسا من فكرة المرفق العام بأوسع معانيه"؛ هارون عبد العزيز الجمل، الجزاءات في عقود الأشغال العامة، مجموعة رسائل الدكتوراه، بدون مكان وسنة النشر، ص 88.

³- مريم محمد أحمد، المرجع السابق، ص 39.

للإدارة الحق في توقيع الجزاءات على المتعاقد معها ومنها فسخ العقد ومصادرة التأمين، وشطب الاسم وهي في هذا لا تستند إلى العقد الإداري بل إلى سلطتها الضابطة للمرافق العامة وعملا بالقواعد الأصولية التي تقضي بها طبيعة العقود الإدارية وأهدافها وقيامها على فكرة حسن استمرار المرافق العامة¹.

ولقد تعرضت فكرة المرفق العام هي الأخرى إلى انتقادات من قبل جانب من الفقه، حيث رأى الفقيه " لافيريير " "Lafferiere" أن فكرة المرفق العام تجرد القانون العام من فكرة السلطة العامة، في حين أن هذه الأخيرة تمثل المرتبة الأولى في القانون العام عند مقارنتها بفكرة المرفق العام².

أما أحد الفقهاء العرب فرأى أن تأسيس سلطة الإدارة الجزائية في العقد الإداري على أساس سير المرفق العام بانتظام واضطراد إنما فيه خلط بين الغاية والوسيلة. فالغاية من تصرف الإدارة هي استهداف ضمان سير المرفق، ووسيلة ذلك ما تتمتع به من امتيازات ، من أبرزها التنفيذ المباشر³.

لكن بالرغم من الانتقادات الموجهة لفكرة المرفق العام إلا أن معظم فقه القانون العام يتجه للأخذ بها كأساس للسلطة الجزائية للإدارة في العقد الإداري.

وبالتالي نرى أن الفقه والقضاء اختلفا حول الأساس القانوني للسلطة الجزائية للإدارة في العقد الإداري والاعتبارات التي يقوم عليها. وتأرجحا بين امتيازها في التنفيذ المباشر على أساس فكرة السلطة العامة، وامتيازها في التنفيذ المباشر على أساس فكرة المرفق العام.

¹- حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في القضية رقم 1109، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا، السنة التاسعة، ص 326.

²- مريم محمد أحمد، المرجع السابق، ص 41.

³- د. عبد الله نواف العنزي، المرجع السابق، ص 24.

والواقع أنه وكما سبق ذكره فإن تحديد الأساس القانوني لسلطة توقيع الجزاءات في العقود الإدارية يرجع إلى تحديد أساس القانون الإداري وما إذا كان يفهم كقانون المرافق العامة أو كقانون ممارسة السلطة العامة¹.

ولا أحد يُنكر بأن الأخذ بمعيار السلطة العامة لوحده أو الأخذ بمعيار المرفق العام لوحده من شأنه أن يعرضنا للنقد الذي تعرض له كل معيار. وعلى هذا الأساس نميل إلى الأخذ بالرأي الصائب الذي يجمع بين هذين المعيارين دون ترجيح أحدهما على الآخر.

فالقانون الإداري عامة وفقا لهذا الرأي لا ينطبق إلا إذا كان الأمر متعلقا بمرفق عام ويتمتع هذا المرفق بامتيازات السلطة العامة في القيام بنشاطاته².

وبالنسبة للأساس القانوني لسلطة الإدارة في فرض الجزاءات في العقد الإداري باعتبارها أحد أهم النظريات في القانون الإداري فإنها تتبع من مفهوم السلطة العامة في العقود الإدارية وهي تطبيق لمعيار التنفيذ المباشر، حيث تكون الإدارة ملزمة باستخدام هذا الامتياز أو السلطة حفاظا على حسن سير المرافق العامة بانتظام واضطراد. أي تستخدم السلطة العامة كوسيلة لتحقيق حسن سير المرفق بانتظام واضطراد. وعليه فإننا نساند الأستاذ الدكتور "محمود خلف الجبوري" أستاذ القانون الإداري فيما ذهب إليه بهذا الشأن حينما قال: "ومع أن الفقه والقضاء مستقران على ثبوت سلطة الإدارة على توقيع الجزاءات في العقد. إلا أن هناك إختلافاً في أساسها القانوني. ففريق يؤسسها على مبدأ استمرار وانتظام المرفق العام، وآخر يؤسسها على فكرة السلطة ذاتها، والحقيقة أن كلا الفكرتين تلتقيان في نقطة واحدة هي تحقيق المصلحة العامة من خلال السيرة المنتظمة للمرفق المتعلق بالعقد"³.

وبالنسبة للتشريع والقضاء الجزائريين فلم يبيننا مسألة استقلال سلطة الإدارة في فرض الجزاءات التعاقدية في العقد الإداري بشكل صريح. وإن كان كل منهما قد اعترف للإدارة

¹ -Duguit (L), op cit, p 680.

² - ومن أنصار تطبيق المعيار المزدوج هم الفقيهين الفرنسيين "أندري ديلوبادير" و "هوريو"، إذ أصبح الفقه الحديث في فرنسا وخارجها يميل إلى ترجيح المعيار المزدوج بالنسبة لأساس القانون الإداري بصفة عامة وذلك لما له من ثقل على المستوى الفقهي.

³ - د. محمود خلف الجبوري، المرجع السابق، ص 132.

بسلطة فرض الجزاءات في العقد الإداري على المتعاقد المقصر في تنفيذ التزاماته، لكن دون أن يوضح مسألة استقلالها بهذه السلطة وفقا لامتنياز المبادرة بشكل واضح كما هو عليه الحال بالنسبة للقضاء الإداري الفرنسي والمصري كما سبق ذكره¹.

ومع ذلك فإنه يمكن القول أن بالنسبة للنظام القانوني الجزائري. تتمتع الإدارة بكامل السلطة في توقيع الجزاءات في العقد الإداري على المتعاقد معها الذي أخل بالتزاماته التعاقدية وذلك بغض النظر عن النص عليها في العقد أم لا. فالنص في العقد على بعض الجزاءات، لا يحول دون توقيع الإدارة لجزاءات أخرى غيرها. بل إن وضع جزاءات لبعض المخالفات لا يعني مصادرة حق الإدارة في توقيع جزاءات على أية مخالفات أخرى. مع الأخذ بعين الاعتبار أنه إذا اتفق المتعاقدان على جزاء محدد لخطأ معين في العقد، فلا بد للإدارة من الالتزام بذلك، إذ لا يجوز لها أن توقع جزاء آخر على المتعاقد غير ذلك الجزاء المتفق عليه لخطأ معين في العقد. مما يجعل في هذه الحالة لسلطة الجزاء أساس عقدي. وهذا ما أكدته المحكمة العليا الجزائرية في أحد اجتهاداتها حيث قررت أن : " بعض من هذه العقوبات (الجزاءات) قد يرد النص عليها في العقد الإداري، ومن ثم لا يمكن ممارسة هذه السلطة إلا في هذا الإطار"². إلا أن هذا المبدأ كان محل خلاف بين قضاء مجلس الدولة الفرنسي والقضاء المصري على نحو ما سيتم شرحه لاحقا مع إبراز رأينا في الموضوع.

¹- المادة 147 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15 المؤرخ في 02 ذي الحجة 1436هـ الموافق ل 2015/09/16. المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتقويضات المرفق العام، المنشور في الجريدة الرسمية رقم (50) المؤرخة في 6 ذو الحجة 1436هـ الموافق ل 2015/09/20 والتي تنص على أنه: "يمكن أن ينجر عن عدم تنفيذ الالتزامات التعاقدية من قبل المتعاقد في الأجل المقررة أو تنفيذها غير المطابق، فرض عقوبات مالية دون الإخلال بتطبيق العقوبات المنصوص عليها في التشريع المعمول به.

تحدد الأحكام التعاقدية للصفقة نسب العقوبات المالية وكيفيات فرضها أو الإعفاء منها طبقا لدفتر الشروط المذكور في المادة 26 من هذا المرسوم باعتبارها عناصر مكونة للصفقات العمومية". وكذلك مثلا قرار مجلس الدولة الجزائري رقم 0397692، بتاريخ 2009/09/12، (غير منشور)، السابق الذكر. حيث اعترفا (التشريع والقضاء الجزائريين) للإدارة بحقها في توقيع غرامة التأخير على المتعاقد معها الذي تأخر في تنفيذ التزاماته، طبقا لنصوص العقد والرسوم المتعلقة بالصفقات العمومية، دون أن يبين مسألة استقلاليتها بذلك ودون حاجة للجوئها إلى القضاء، بشكل واضح كما فعل القضاء الإداري المصري.

²- قرار الغرفة الإدارية للمحكمة العليا الجزائرية المؤرخ في 1968/12/13 في قضية شركة (V.B) ضد الدولة. نقلا عن حسين طاهري، القانون الإداري والمؤسسات الإدارية (التنظيم الإداري، النشاط الإداري) - دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار الخلدونية، الجزائر، 2007، ص 121.

والواقع أنه سواء كانت سلطة وامتياز الإدارة في فرض الجزاءات في العقد الإداري مستندة إلى نصوص العقد أم غير مستندة إليه بل إلى نصوص القانون واللوائح والقواعد العامة في العقود الإدارية في النظام القانوني الجزائري، فهي مرتبطة بضرورة الحفاظ على المرفق العام وحسن سيره بانتظام واضطراد. وهذا ما ذهب إليه أغلب الفقه الجزائري إن لم نقل كله¹. وذلك أن غاية توقيع الجزاءات في العقد الإداري في نظر هذا الفقه هي ليس إعادة التوازن بين الالتزامات المتبادلة التي يُنشئها العقد. وإنما هي تنفيذ الالتزام المتصل بسير المرفق العام واستبعاد الاختلال الذي لحق به.

المبحث الثاني: المميزات العامة المشتركة للجزاءات في العقد الإداري ومبررات فرضها.

لقد استقر الفقه والقضاء الإداريين على صياغة نظرية مستقلة لنظام الجزاءات في العقد الإداري، لها مقوماتها وذاتيتها التي تنبع من طبيعة الجزاءات العامة ووجوب سيرها على وجه الانتظام والاستمرار².

بالتالي غدت السلطة الجزائية للإدارة في العقد الإداري طريقاً مألوفاً لتنفيذ هذا الأخير. وأصبحت ضرورة فرضتها متطلبات التوازن بين واجب الإدارة في الحفاظ على المرفق العام وسيره بانتظام واضطراد وحق المتعاقد معها في التمتع بما يُكفل له من حقوق و ضمانات بموجب القانون. ومن هنا فلم تكن هذه السلطة مسخاً بلا معالم، ولم تنشأ عبثاً بلا هدف، وإنما لها معالم تحددها وأهداف تستوجبها، وهذه المعالم وتلك الأهداف هي التي تحدد خصائصها وتمثل ذاتيتها.

هذه الذاتية تتحدد في ضوء خصائص تتباين تبعاً للزاوية التي يُنظر إليها منها. إذ حاول الكثير من فقهاء القانون الإداري، وكذلك القضاء الإداري، تحديد خصائص الجزاءات الإدارية مما جعل لها نظاماً قانونياً خاصاً يميزها عن غيرها من الجزاءات، خاصة عن تلك المعروفة في عقود القانون الخاص، وذلك من خلال تمييزها بسمات وخصائص مشتركة

¹- نذكر منهم: الأستاذ الدكتور "عمار بوضياف" والأستاذ "بوعمران عادل". ونجد رأيهما في هذا الشأن كما هو موضح أعلاه في مؤلفيهما كما يلي: د. عمار بوضياف، الصفقات العمومية في الجزائر - دراسة تشريعية وقضائية وفقهية، دار جسر للنشر والتوزيع، الجزائر، 2007، ص 151؛ بوعمران عادل، المرجع السابق، ص 111.

²- د. عبد المجيد فياض، المرجع السابق، ص 14.

تجمع كل أنواع تلك الجزاءات التي تملك الإدارة توقيعها. إلا أن هذا لا يمنع الإقرار بوجود بعض الخصائص التي يمكن أن يتميز بها نوع من أنواع الجزاءات عن غيره وذلك تبعاً لطبيعة ونوع العقد الإداري، إذ قد توجد في عقد ولا توجد في عقد آخر، كما سنرى ذلك لاحقاً عند الحديث عن أنواع الجزاءات في الفصل الثاني من هذا الباب.

إن الجزاءات الإدارية التي تستطيع الإدارة توقيعها على المتعاقد معها والتي تخضع لمجموعة من القواعد والخصائص المشتركة إنما توقعها الإدارة في واقع الحال إذا ما أخل المتعاقد بالتزاماته مع الإدارة حيث أن الالتزامات التعاقدية يرتبط بمبدأ أساسي وهو مبدأ حسن النية فعلى المتعاقد أن ينفذ التزاماته وفقاً لموجبات هذا المبدأ فيقع عليه أن ينفذ العقد بنفسه وخلال المدة المحددة له ووفقاً لما تم الاتفاق عليه في العقد من كفاءات وشروط التنفيذ.

حيث أن التزامات المتعاقد مع الإدارة تختلف عن الالتزامات في إطار العقود الخاصة وتعتبر أشد منها ذلك أنه يعتبر متعاون مع الإدارة في تسيير مرفق عام لذا هو مجبر بالأخذ بكل ما من شأنه إدامة سيره وإدارة نشاطه. لذا فإن أي إخلال منه لا يعد في حد ذاته إخلالاً بالتزام تعاقدية فحسب، وإنما يعتبر بمثابة مساس بذلك المرفق المتصل بالعقد مما يترتب عليه إلحاق ضرر بالمصلحة العامة.

فإن أي إخلال في الوفاء من قبل المتعاقد يكون مبرر لفرض الجزاء عليه من قبل الإدارة المتعاقدة معه، ما لم يقدم عذراً يثبت أنه يكفي مسوغاً لعدم الوفاء بالتزامه التعاقدية واكتشاف الإدارة لذلك الإخلال بالالتزامات التعاقدية من قبل المتعاقد إنما يكون من خلال إعمالها لسلطة أخرى تملكها هي سلطة الرقابة والتوجيه وهنا تتجسد علاقة هذه الأخيرة بسلطة فرض الجزاءات.

هذا ما سنتعرض له من خلال المطالبين التاليين:

المطلب الأول: الخصائص العامة المشتركة للجزاءات في العقد الإداري.

المطلب الثاني: مبررات سلطة فرض الجزاءات التعاقدية على المتعاقد مع الإدارة.

المطلب الأول: الخصائص العامة المشتركة للجزاءات في العقد الإداري.

يتميز نظام الجزاءات المتنوع في العقد الإداري بمجموعة منة السمات والخصائص العامة المشتركة والتي تميزه عن الجزاءات المعروفة في القانون الخاص، إذ يمكن للإدارة بموجبه أن توقع الجزاء على المتعاقد الممتنع أو المقصر في تنفيذ التزاماته بنفسها ودون حاجة للجوء إلى القضاء مقدماً وإن كان ذلك يتم تحت رقابة القضاء اللاحقة، وحقها في ذلك هو حق مكفول وإن لم ينص عليه في العقد، ولها اختيار الوقت الذي تراه مناسباً لتوقيعه ودون حاجة لإثبات ضرر أصابها كمبرر لتوقيع الجزاء.

وهذا ما سنحاول إلقاء الضوء عليه في الفروع الآتية، مع الأخذ بعين الاعتبار أنه في معرض البحث في هذا المطلب توجد بعض الخصائص التي تمثل عناصر سنتطرق لها بالبحث والتفصيل سواء في هذا الباب أو الباب الثاني، لذا سنعرض لها بإيجاز لحين التفصيل فيها تجنباً منا للتكرار والإطناب. وهذه العناصر هي: خاصية ضرورة وقوع خطأ من المتعاقد لفرض الجزاء عليه، وهذه سنتطرق لها بالتفصيل في المطلب الثاني من هذا المبحث، كما سنتطرق لها عند دراسة كل جزاء من أنواع الجزاءات على حدة وبالتفصيل في الباب الثاني من هذه الدراسة. وكذلك خاصية الرقابة القضائية اللاحقة على سلطة فرض الجزاءات التعاقدية في العقد الإداري، والتي سنشرحها بالتفصيل في الفصل الثاني من الباب الأول من هذه الدراسة كضمانة للمتعاقد في مواجهة سلطة الإدارة بفرض الجزاء عليه. لذا سنتحدث عنها بمعرض الحديث عن خاصية حق الإدارة في توقيع الجزاء بنفسها.

الفرع الأول: حق الإدارة في توقيع الجزاء بنفسها دون حاجة للجوء إلى القضاء مقدماً لكن تحت رقابته اللاحقة.

الفرع الثاني: حق الإدارة في توقيع الجزاء دون حاجة لنص يقرره.

الفرع الثالث: حق الإدارة في توقيع الجزاءات التعاقدية دون اشتراط إثبات الضرر.

الفرع الأول: حق الإدارة في توقيع الجزاء بنفسها دون حاجة للجوء إلى القضاء مقدما لكن تحت رقابته اللاحقة.

تتمتع الإدارة في هذا المجال بحرية التصرف "le privilège de préalable" التي لا مقابل لها في القانون الخاص، ومن ثم فإنها تستطيع أن توقع الجزاءات بنفسها أي بإرادتها المنفردة عن طريق ما تصدره من قرارات إدارية ودون حاجة للالتجاء إلى القضاء مقدما¹. ولكن ذلك تحت رقابة القضاء بطبيعة الحال². وهذا هو المبدأ المستقر عليه فقها وقضاء، فنجد في هذا الصدد حكم محكمة القضاء الإداري المصرية في حكمها الصادر في 1975/03/17 والذي قضى ب: "...ومن حيث أنه وإن كان للإدارة سلطة توقيع جزاءات على المتعاقد إذا ما قصر في تنفيذ التزاماته، فإنه يتعين الإفصاح عن رغبة جهة الإدارة في استعمال سلطتها هذه ولا بد من صدور قرار إداري"³.

ومبرر هذه السلطة هو ضمان حسن تنفيذ العقد المتصل بسير المرافق العامة وضمن استمرارها وانتظامها تحقيقا للمصلحة العامة. فإذن الإدارة تستند في مباشرة هذه السلطة إلى سلطتها الضابطة لضمان حسن سير المرافق العامة بانتظام واضطراد⁴.

فالقاعدة المتبعة في العقود المدنية، (وهي ضرورة استصدار حكم قضائي عند إخلال المتعاقد بتنفيذ بنود العقد)، تتطلب وقتا طويلا وإجراءات معقدة لا تتناسب إطلاقا مع ضرورة المحافظة على المرافق العامة والمصلحة العامة، ذلك أن إخلال المتعاقد بتنفيذ العقد ينعكس سلبا عليها، مما لا يحتمل انتظار صدور قرار قضائي لمعالجة الخلل الذي وقع، لا بل يجب على الإدارة اتخاذ قرارها بالسرعة المطلوبة⁵.

ولا يكون أمام المتعاقد في هذه الحالة سوى اللجوء إلى القضاء الإداري المختص لكي ينازع في مدى اختصاص الإدارة بتوقيع العقوبة عليه، فهذا حق ثابت ولا ولاية للقضاء

1- د. عبد الغني بسيوني عبد الله، المرجع السابق، ص 546.

2- د. سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 478.

3- د. سليمان الطماوي، المرجع نفسه، ص 478.

4- رشا محمد جعفر الهاشمي، المرجع السابق، ص 20.

5- د. نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص 148.

بشأنه، وإنما للطعن في مشروعية قرار الإدارة بتوقيع الجزاء¹. وفي حالة عدم مشروعيته يحكم له بالتعويض².

والاعتراف للإدارة بهذه السلطة المستقلة في توقيع الجزاء بنفسها في العقد الإداري لا يمثل مخالفة لمبدأ الفصل بين السلطات إذ ليس فيه اعتداء على سلطة القاضي المسندة له دستوريا للحكم بالجزاءات. ذلك لأن الفصل بين السلطات هو فصل مرن. كما أن هذه السلطة الجزائية الممنوحة للإدارة لا تغتصب سلطة القاضي لأنها لا تصل إلى حد سلب حرية المتعاقد أو النيل من أحد حقوقه المعترف له بها، كما أنها لا تتم إلا وفقا لضوابط وحدود معينة فهي ليست مطلقة³.

وعلى هذا الأساس فإنه إذا كانت الإدارة تملك هذه السلطة الواسعة في توقيع الجزاءات على المتعاقد معها فإن استخدامها مقيد بعدة قيود منها: أنه يجب أن يكون خطأ المتعاقد مع الإدارة هو سند الجزاء التعاقدي الذي توقعه عليه، إذ يستوي في ذلك أن يتخذ هذا الخطأ صورة سلبية بأن امتنع المتعاقد عن القيام بعمل يدخل في إطار وفائه بالتزامه التعاقدي أو صورة إيجابية بأن أتى عملا محظورا عليه بنص تعاقدي أو لائحي كما في حالة ارتكابه الغش في تعامله مع الإدارة أو في الحصول على العقد الأمر الذي يترتب للإدارة حقا في فسخ التعاقد معه.

ومن صور الخطأ الإيجابي عدم تنفيذ المتعاقد لالتزامه كلية، وكذلك ثبوت بطل المتعاقد في التنفيذ بصورة تؤكد عدم قدرته على الوفاء بالتزامه التعاقدي في خلال المدة المحددة لإنهائه⁴.

¹- د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، تنفيذ العقد الإداري وتسوية منازعاته قضاءً وتحكيمًا، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2010، ص 68.

²- د. نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص 148.

³- د. عبد الله نواف العنزي، المرجع السابق، ص 20، 21.

⁴- د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، تنفيذ العقد الإداري، المرجع السابق، ص 70.

ومن ناحية أخرى فإن الإدارة تلتزم بإعذار المتعاقد معها قبل توقيع الجزاء، ولا تعفى من هذا الالتزام إلا بالنص الصريح على إعفائها في القانون أو بسبب حالة الاستعجال كما أن القضاء الإداري يراقبها في استعمالها لهذا الحق وسلطته في هذا الشأن لا تقف عند مراقبة مشروعية الجزاءات، بل تمتد إلى ملائمتها للخلل الذي وقع من جانب المتعاقد مع الإدارة¹.

ويتوازى مع حق الإدارة في توقيع الجزاء التعاقدي بإرادتها المنفردة ودون حاجة منها للجوء إلى القضاء، حقها في إعفاء المتعاقد معها من تطبيق كل أو بعض الجزاءات المنصوص عليها بالعقد في ضوء ما تراه من ظروف المتعاقد وظروف تنفيذه لتعاقده².

وإن كان الأصل أن الإدارة توقع الجزاء التعاقدي من تلقاء نفسها، فإن ذلك لا يمنعها أن تسلك الطريق الأحوط بالجوء إلى القضاء مسبقا والطلب منه توقيع الجزاء المناسب على المتعاقد بدلا من استعمال سلطتها بنفسها عملا بالأصل العام إن من يملك الأكثر يملك الأقل³. فالأصل في اقتضاء الحقوق يتم عن طريق القضاء، ويكون ذلك بمثابة تنازل طوعي منها عن حق قرره لها القانون⁴.

ومن هنا فهي من جهة تأمن جانب المسؤولية في حالة عدم مشروعية الجزاء، بالتالي تتجنب تحمل أعباء تعويض الأضرار التي يولدها قرار الجزاء المقضي بعدم مشروعيته⁵.

ومن جهة أخرى فإنه تتوافر القناعة لدى المتعاقد بمشروعية الجزاء لما يتسم به القضاء من حييدة واستقلال ويتوافر معهما إيمانه بعدالته، الأمر الذي ينعكس إيجابا على أدائه لالتزاماته التعاقدية مع إقلاعه عن الطعن القضائي⁶.

¹- د. عبد الغني بسيوني عبد الله، المرجع السابق، ص 548.

²- د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع السابق، ص 69؛ حمدي عطية مصطفى عامر، المرجع السابق، ص 498.

³- د. عاطف سعدي محمد علي، المرجع السابق، ص 449.

⁴- د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع السابق، ص 69.

⁵- د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع نفسه، ص 69.

⁶- د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع نفسه، ص 69.

وإذا كان بإمكان الإدارة اللجوء إلى القضاء لإصدار حكم بتوقيع الجزاء على المتعاقد معها، إلا أنه لا يجوز لها أن تتنازل عن سلطة توقيع الجزاء ذاتها وكل اتفاق على حرمان الإدارة من توقيع الجزاء بنفسها أو عن طريق القضاء يقع باطلا¹.

فالإدارة يمكن لها أن تتخلى عن استخدام أحد امتيازاتها ولكن لا يمكن لها التنازل عن تلك الامتيازات بصورة عامة².

وبالتالي فتخلي الإدارة عن سلطتها في توقيع الجزاء للقضاء إنما هو مقيد بشرطين هما:

الأول: ألا يكون العقد يحتفظ بحق توقيع الجزاءات عن المخالفات التي يرتكبها المتعاقد لجهة إدارية أخرى (كجهة الوصاية مثلا) وعلى هذا الأساس فقد رفض مجلس الدولة الفرنسي في حكمه الصادر في 24 يوليو 1952 في قضية (Déplanque) أن يجيب المجلس البلدي إلى طلبه بفسخ عقد الامتياز، لأن العقد المطلوب فسخه يحتفظ بهذا الحق للمحافظ (préfet)³.

والثاني: ألا يكون ذلك في الحالات التي تستوجب سرعة توقيع تلك الجزاءات⁴.

ففي هذه الحالة الإستعجالية لا يمكن للإدارة التخلي عن حقها في توقيع الجزاءات التعاقدية للقضاء، فنجد أنواع من الجزاءات كالجزاءات الضاغطة مثلا أنها تعتبر في حد ذاتها وبطبيعتها إجراءات سريعة تتطلبها الضرورة لمواجهة حالة الاستعجال تهدد انتظام سير المرفق العام، فلا يبدو مقبولا في هذا الإطار أن تتنازل الإدارة عن حقها في توقيع الجزاء على المتعاقد باللجوء إلى القضاء كالشراء على حساب المورد أو وضع المرفق تحت الحراسة في عقد الالتزام أو سحب العمل في عقد الأشغال العامة حيث يحول ببطء إجراءات التقاضي دون اتخاذ إجراء سريع لمواجهة حالة الاستعجال⁵.

1- مريم محمد أحمد، المرجع السابق، ص 65.

2- بلاوي ياسين بلاوي، المرجع السابق، ص 34.

3- د. سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 480.

4- د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع السابق، ص 69.

5- بلاوي ياسين بلاوي، المرجع السابق، ص 34، 35.

وإذا كانت جهة الإدارة في مصر تتمتع بحق توقيع جميع الجزاءات على المتعاقد معها في حالة إخلاله بالتزاماته العقدية بإرادتها المنفردة، فإن مجلس الدولة الفرنسي قد استثنى جزاءً واحداً لا يمكن للإدارة أن تفرضه بنفسها وهو جزاء إسقاط الالتزام (la déchéance du concessionnaire) حيث يجب عليها اللجوء إلى القضاء وإصدار حكم قضائي لغرض توقيع هذه العقوبة على المتعاقد المقصر¹. إلا إذا وجد نص صريح في العقد الإداري يخول للإدارة المتعاقدة حق توقيع هذا الجزاء². وذلك لما يتضمنه جزاء فسخ عقد الامتياز من خطورة بالغة بالنسبة إلى الملتزم الذي يتكلف عادة مبالغ طائلة في سبيل إعداد المرفق وتهيئته لأداء الخدمة المنوطة به³.

فقد ذهبت المحكمة الإدارية العليا المصرية في حكمها الصادر في 17 يونيو 1972 إلى أن : "... ومن حيث إن الإدارة عندما قامت بسحب الالتزام من المدعي ومصادرة التأمين النهائي بالتطبيق لأحكام المادتين 29 و30 من شروط الالتزام، إنما كان ذلك بسبب إخلال المدعي بشروط العقد وهو جزاء من قبيل الجزاءات التي تملك جهة الإدارة توقيعها على المتعاقد معها عند إخلاله بالتزاماته"⁴.

وفي الجزائر كما هو الوضع في مصر فإن للإدارة سلطة توقيع الجزاءات على المتعاقد معها بإرادتها المنفردة ودون اللجوء إلى القضاء⁵. وسلطتها في ذلك واسعة تشمل جميع الجزاءات حتى جزاء فسخ الالتزام والذي يكون في صورة إسقاط الحق، وهو فسخ العقد من قبل الإدارة بإرادتها المنفردة كعقوبة بسبب قيام صاحب الامتياز بخطأ جسيم⁶.

وما يؤكد ذلك ما نصت عليه المادة 149 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15 المؤرخ في 2015/09/16 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام: " إذا لم ينفذ المتعاقد التزاماته، توجه له المصلحة المتعاقدة إعدارا ليفي بالتزاماته التعاقدية في أجل محدد وإذا لم يتدارك المتعاقد تقصيره في الأجل الذي حدده الإعدار المنصوص عليه أعلاه،

¹- مريم محمد أحمد، المرجع السابق، ص 65.

²- حمد محمد حمد الشلحاني، المرجع السابق، ص 175.

³- د. سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 522.

⁴- د. سليمان الطماوي، المرجع نفسه، ص 479.

⁵- بوعمران عادل، المرجع السابق، ص 111.

⁶- ظريفي نادية، تسيير المرفق العام والتحويلات الجديدة، دار بلقيس، الجزائر، 2010، ص 199.

فإن المصلحة المتعاقدة يمكنها أن تقوم بفسخ الصفقة العمومية من جانب واحد، ويمكنها كذلك القيام بفسخ جزئي للصفقة.¹ فهذه المادة تؤكد صراحة على حق الإدارة في توقيع جزاء الفسخ بإرادتها المنفردة على المتعاقد المخل بالتزاماته في العقد الإداري دون حاجة للجوء إلى القضاء مسبقاً.

كما أن مجلس الدولة الجزائري اعترف في قضية شركة نقل المسافرين ضد رئيس بلدية وهران حيث تعلق موضوع النزاع باستغلال محطة نقل المسافرين باختصاصه في النظر في الدعاوى الناتجة عن عقد الامتياز واعترف في ذات القرار للإدارة بحق استرداد المرفق إن رغبت في ذلك ولا يجوز لصاحب الامتياز التمسك بحق شخصي دائم اتجاه الإدارة¹.

فإذا كان مجلس الدولة الجزائري قد اعترف للإدارة بحق استرداد المرفق إن رغبت في ذلك بنفسها، حيث يعرفه "ديلوبادير" بأنه: " إجراء منفرد صادر عن الإدارة المانحة في أثناء تنفيذ الامتياز بغرض إنهائه قبل انقضاء مدته العادية مقابل دفع تعويض لصاحب الامتياز"². فهو يعتبر فسخ لدواعي مصلحة المرفق العام وبذلك المصلحة العامة. فإنه من باب أولى يعترف للإدارة بحقها في إسقاط الالتزام إذا ارتكب طرف الملتزم أي صاحب الامتياز خطأ جسيم في تنفيذ العقد الإداري.

الفرع الثاني: حق الإدارة في توقيع الجزاء دون حاجة لنص يقرره واختيارها الوقت المناسب لذلك.

ينص العقد عادة على مختلف الجزاءات التي يجوز للإدارة أن توقعها على المتعاقد المقصر لكن في الواقع لا يُشترط كي تمارس الإدارة سلطتها في توقيع الجزاءات على المتعاقد معها أن تكون تلك السلطة منصوصاً عليها في العقد، فسلطة توقيع الجزاء إنما هي

¹- قرار مجلس الدولة الجزائري رقم 11950، بتاريخ 2004/03/09، عن الغرفة الثالثة، قضية شركة نقل المسافرين (ربيع جنوب) ضد رئيس بلدية وهران، مجلة مجلس الدولة الجزائري، العدد 5، منشورات الساحل، الجزائر، سنة 2004، ص 212.

² -Delaubadere(A), traite de droit administratif, T 1, 8 eme éd, L.G.D.J, Paris, France, 1980, p 898.

سلطة مستقلة عن نصوص العقد وهي ناتجة عن اتصال العقد بالمرفق العام، فهي تعتبر أحد امتيازات السلطة العامة التي تتمتع بها الإدارة في مجال تنفيذ العقود الإدارية.

وهذا هو المسلم به في قضاء مجلس الدولة الفرنسي إذ استقر على أن سلطة توقيع الجزاءات هي سلطة مستقلة عن نصوص العقد، توجد حتى ولو لم ينص عليها في العقد، وإذا نص العقد على بعضها فإن ذلك لا يعني تقييد حرية الإدارة فيما عدا ما نص عليه بل تستطيع الإدارة تحت رقابة القضاء أن توقع على المتعاقد جميع أنواع الجزاءات المقررة¹. وهذا ما قضى به مجلس الدولة الفرنسي من تاريخ متقدم في حكمه الرئيسي الصادر في 13 مايو 1907 في قضية (Déplanque)².

وهذا ما أخذت به المحكمة الإدارية العليا المصرية حيث قررت في حكمها الصادر بتاريخ 1963/12/28 بأن: " للإدارة الحق في توقيع الجزاءات على متعاقديها. وهي في هذا لا تستند إلى العقد الإداري بل إلى سلطتها الضابطة للمرافق العامة. وعملا بالقواعد الأصولية التي تقضي بها طبيعة العقود الإدارية وأهدافها، وقيامها على حسن استمرار المرافق العامة"³.

لكن إذا تم النص في العقد على جزاء محدد يواجه ارتكاب مخالفة بعينها، لا يجوز للإدارة الحياد عنه وتوقيع جزاء آخر بحجة أنه أكثر ملائمة لمواجهة المخالفة، ذلك لأن الجزاء المنصوص عليه في هذه الحالة هو الذي انصرفت إليه إرادة الإدارة والمتعاقد معها على أساس أنه كافيا لمواجهة المخالفة⁴. كما لا يمكن أن تطبق في شأنه نصوص قانون

¹- معناه إذا نص العقد على بعض الجزاءات لا يحول ذلك دون توقيع جزاءات أخرى غيرها، بل إن وضع جزاءات لبعض المخالفات لا يعني مصادرة حق الإدارة في توقيع جزاءات على أية مخالفات أخرى. فالنص على حق الإدارة في توقيع الجزاءات على المتعاقد معها في العقد يعد كاشفا وليس منشئا لهذا الحق.

²- د. سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 480، 481؛ جمال عباس عثمان، المرجع السابق، ص 411؛ د. عبد الغني بسيوني عبد الله، المرجع السابق، ص 546، 547.

³- حكم المحكمة الإدارية العليا، الطعن 1109، جلسة 1963/12/28، السنة 9، ص 324؛ د. حمدي ياسين عكاشة، المرجع السابق، ص 238؛ حكم محكمة القضاء الإداري المصرية، القضية رقم 1998 لسنة 10 قضائية، جلسة 1957/11/17، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها محكمة القضاء الإداري، لسنة 12، ص 18؛ حكم مجلس الدولة الفرنسي في قضية (Giro) بتاريخ 2 يوليو 1924. أشارت إليه رشا محمد جعفر الهاشمي، المرجع السابق، ص 26.

⁴- د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، تنفيذ العقد الإداري، المرجع السابق، ص 78، 79.

المناقصات لأن الأحكام التي يتضمنها القانون كانت ماثلة أمامها عند إبرام العقد، بل ولا يجوز للمحكمة أن تقضي على غير مقتضاه (أي العقد)¹.

هذا ما أكدته المحكمة الإدارية العليا المصرية في حكمها بتاريخ 1971/11/13 حيث قررت بأن: " العقد الإداري شأنه في ذلك شأن سائر العقود يتم بتوافق إرادتين تتجهان إلى إحداث أثر قانوني معين، وليس عملاً شرطياً يتضمن إسناد مراكز قانونية عامة أو موضوعية إلى أشخاص بذواتهم... فإذا ما توقع المتعاقدان في العقد الإداري خطأ معيناً ووضعاً له جزاءً بعينه، فإنه يجب أن تتقيد جهة الإدارة والمتعاقد معها بما جاء في العقد ولا يجوز لأيهما مخالفته، كما لا يصح في القانون القضاء على غير مقتضاه"².

ولقد أقر القضاء الجزائري هذا المبدأ حيث ذهبت المحكمة العليا الجزائرية إلى أنه قد يرد النص على بعض الجزاءات في العقد الإداري من ثم لا يمكن ممارسة سلطة الجزاء إلا في هذا الإطار³.

وعلى عكس ما استقر عليه القضاء المصري في هذا الشأن فقد أكد مجلس الدولة الفرنسي على ضرورة تحرير الإدارة من قيد الجزاءات المنصوص عليها لمواجهة مخالفات بعينها وذلك فيما عدا الجزاءات المالية⁴.

فلم يُعمل ذلك المبدأ على إطلاقه إلا بالنسبة للجزاءات المالية أما فيما عداها من جزاءات، فقد خرج على الجزاء المتفق عليه بالنسبة إلى مخالفات معينة، إما بالتخفيف إذا قدر أن العقوبة المتفق عليها مغالى فيها ومثال ذلك اكتفاؤه بوضع المرفق تحت الحراسة بدل عقوبة توقيع الفسخ المنصوص عليها في العقد، وإما بالتشديد إذا قدر أن جسامة

¹- د. نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص 154.

²- حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية، الطعن رقم 501 لسنة 14 القضائية، بجلسة 1971/11/13، مجموعة المبادئ القانونية لسنة 1917، ص 9.

³- قرار الغرفة الإدارية للمحكمة الإدارية العليا الجزائرية، الصادر بتاريخ 1968/12/13 في قضية شركة (V.B) ضد الدولة السابق الإشارة إليه.

⁴- د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع السابق، ص 80.

المخالفة. لا تتفق مع العقوبة المنصوص عليها في العقد، كالاستعاضة عن العقوبة المنصوص عليها بالفسخ¹.

والواقع أن غالبية الفقه الإداري يؤيد مسلك قضاء مجلس الدولة الفرنسي وذلك على أساس أنه غالبا ما تكون مخالفة المتعاقد على قدر كبير من الجسامة بحيث لم تكن الإدارة قد توقعت حدوثها عند إبرام العقد².

ولقد تأثر المشرع الجزائري بهذا الموقف لمجلس الدولة الفرنسي وهذا ما نستشفه من خلال استعراض نصوص مواد قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام الجزائري³. فنجد نص المادة 147 منه: " يمكن أن ينجر عن عدم تنفيذ الالتزامات التعاقدية من قبل المتعاقد في الآجال المقررة أو تنفيذها غير المطابق فرض عقوبات مالية دون الإخلال بتطبيق العقوبات المنصوص عليها في التشريع المعمول به.

تحدد الأحكام التعاقدية للصفقة نسبة العقوبات المالية وكيفيات فرضها أو الإعفاء منها طبقا لدفاتر الشروط المذكور في المادة 26 من هذا المرسوم باعتبارها عناصر مكونة للصفقات العمومية".

والمادة 95 من نفس القانون: "... ويجب أن تحتوي الصفقة العمومية فضلا عن ذلك على البيانات التكميلية الآتية:.... نسب العقوبات المالية وكيفيات حسابها، وشروط تطبيقها أو النص على حالات الإعفاء منها...".

ومن خلال استقراء المادتين السابقتين الذكر والإطلاع على باقي أحكام قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام الجزائري، نجد بأن هذا الأخير قد خص بالذكر العقوبات المالية التي تفرضها الإدارة على المتعاقد معها في حالة إخلاله بتنفيذ العقد الإداري الملتزم به والتقصير في ذلك. وأكد على ضرورة أن يتم الاتفاق عليها في العقد وعلى نسبها وكيفية

¹- د. سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 482.

²- د. مازن ليلوا راضي، العقود الإدارية، الطبعة الأولى، دار قنديل للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2011، ص 144.

³- المرسوم الرئاسي رقم 247/15 المؤرخ في 2015/9/16 يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، السابق الذكر.

فرضها وشروط تطبيقها وإدراج ذلك كبيان في الصيغة العمومية، وهذا إن دل على شيء فإنما يدل على ضرورة التزام الإدارة بما تم الاتفاق عليه بالنسبة للعقوبات المالية، أما غيرها من العقوبات المالية فلم يشر إليها القانون السابق. هذا ما يعطي للإدارة سلطة تقديرية في توقيعها سواء نص عليها العقد أم لم ينص عليها ولعل الحكمة في خصه العقوبات المالية بضرورة الاتفاق عليها في العقد دون العقوبات الأخرى، تتمثل في إجبار الإدارة من جهة على ضرورة احترام تلك الأرقام في العقد. فلا تستطيع أن تطالب بأكثر منها، وفي هذا حماية للمتعاقد معها من جهة ومن جهة أخرى إجبار المتعاقد على ضرورة الالتزام بتلك الأرقام، إذا ما أخل بتنفيذ العقد فلا يكون له أن ينازع الإدارة في مدى استحقاقها لها ولا الاحتجاج بأنها غير متناسبة مع الأضرار الحقيقية التي لحقت بالإدارة من جراء تقصيره في التنفيذ، وفي هذا حماية للإدارة الممثلة للمصلحة العامة. ونجد في هذا الصدد قرار مجلس الدولة الجزائري حيث قرر بأنه : "... حيث وكما هو متفق عليه بصريح العبارة في العقد، العارضة وجدت نفسها مجبرة على تطبيق عقوبات التأخير حسب الكيفية المبينة في المادة (1/29) من الصيغة باعتبار أن مبلغ العقوبة التأخيرية لا يقل عن 10% من مبلغ الصيغة..."¹.

ورأينا في هذه النقطة أنه إذا توقع المتعاقدان جزاءً معيناً لخطأ معين فإنه من الضروري الالتزام بذلك الجزاء سواء كان هذا الجزاء جزاء مالي أم غير مالي وذلك حتى لا يفاجأ المتعاقد مع الإدارة بعقاب لم ينص عليه لمواجهة ذلك الخطأ وبالتالي يعتبر بمثابة حماية للمتعاقد من تعسف الإدارة وإلا ما هي الفائدة المرجوة لتحديد ذلك الجزاء إذا لم تنقيد به الإدارة، هذا ما يقي الإدارة من الوقوع في إشكال عزوف الأشخاص عن التعاقد معها. هذا من جهة ومن جهة أخرى احتراماً لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين في حدودها الضيقة التي تطبق في إطار العقد الإداري والاهتمام بمبدأ حجية القوة القانونية للنصوص التعاقدية التي تجسد إرادة الأطراف القائمة على التراضي.

¹- قرار مجلس الدولة الجزائري رقم 037552، بتاريخ 2007/06/13، قضية (ع.ق) ضد مديرية السكن والتجهيزات العمومية لولاية المدية ومن معها، (غير منشور).

لكن يجدر التنويه إلى أن إعمال هذا المبدأ لا يجب أن يؤدي إلى المساس بمبدأ أهم وهو استمرار المرفق العام وانتظامه واضطراده أو هدمه ذلك أنه ليس من باب العدالة أن تقف الإدارة وهي المسؤولة عن سير المرفق العام بانتظام واضطراد عاجزة عن صد خطر يهدد سير هذا المرفق ويكون ناتجا عن خطأ المتعاقد في تنفيذ التزاماته في العقد الإداري على أساس أن هذا الخطأ بذاته له جزء محدد في العقد الإداري ويجب الالتزام به لا بل لها في هذه الحالة أن تتخذ جزءاً آخر أكثر فاعلية من ذلك المتفق عليه.

فمثلا التأخير أو الإهمال في التنفيذ قد يكون على درجة من الجسامة بحيث أن الغرامة المتفق عليها في العقد غير كافية لذلك فللإدارة الحق في أن تفرض على المتعاقد جزاءً وفق القواعد العامة دون أن تكون مقيدة بهذا الجزاء العقدي¹.

وبالتالي فإنه ينجم عن استقلالية سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات على المتعاقد معها المخل بتنفيذ التزاماته عن نصوص العقد، أن لها الحق في اختيار الجزاء المناسب كقاعدة عامة لتوقيعه على المتعاقد معها الذي يقصر بتنفيذ التزاماته. ومقتضى ذلك ألا تغلو السلطة المعنية بتحديد الجزاء في اختياره، وألا ترتكب متن الشطط في تقديره، وإنما عليها أن تتخير ما يكون على وجه اللزوم ضروريا لمواجهة الخرق القانوني أو المخالفة الإدارية، وما يترتب على اقترافها من آثار².

وعلى هذا الأساس فإنه يمكن للإدارة إما التخفيف من الجزاء المتفق عليه في العقد إذا قدرت أنه مبالغ فيه، أو التشديد فيه إذا قدرت أن جسامة المخالفة لا تتفق مع الجزاء المنصوص عليه في العقد³.

ويتفرع عن مبدأ التناسب بين الجزاء والمخالفة المرتكبة من المتعاقد، حظر تعدد الجزاءات الإدارية عن مخالفة واحدة وهذا هو الأصل العام إذ لا يجوز للإدارة توقيع جزاءين منصوص عليهما في القوانين أو اللوائح عن مخالفة واحدة⁴.

¹- د. عبد المجيد فياض، المرجع السابق، ص 89.

²- د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، تنفيذ العقد الإداري، المرجع السابق، ص 74.

³- هارون عبد العزيز الجمل، الجزاءات في عقود الأشغال العامة، المرجع السابق، ص 55.

⁴- عبد العزيز عبد المنعم خليفة، تنفيذ العقد الإداري، المرجع السابق، ص 84.

لكن يحق لها توقيع جزاءات متعددة على المتعاقد معها، طالما وجدت الأسباب التي تستوجب ذلك وبحسب ما تراه مناسباً وصالحاً لضمان سير المرافق العامة¹. فكل سبب من الأسباب التي تؤدي إلى توقيع هذه الجزاءات يستقل عن الآخر في الطبيعة والوجهة والغاية². وهذا ما أكدت عليه محكمة القضاء الإداري المصرية حيث قالت في أحد أحكامها: "... ليس ثمة ما يمنع من الجمع بين جزاءات متعددة في العقد الإداري طالما قد تحقق السبب المخول لتوقيع كل منها..."³.

لكن حق الإدارة في توقيع أكثر من جزاء في نفس الوقت مرهون بتوفر شروط وهي:

- ألا يحظر الجمع بموجب نص صريح في العقد الإداري أو دفتر الشروط⁴. وهنا نجد حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية الصادر في 1965/11/27 (س 11، ص 52) والتي أكدت على هذا الشرط بقولها: "وغني عن البيان أن الجمع بين مصادرة التأمين والتعويض رهين بالألا يحظر العقد الإداري صراحة هذا الجمع، وأن يكون الضرر لا يزال موجوداً بعد مصادرة التأمين، بمعنى أن يكون قدر الضرر أكبر من مبلغ هذا التأمين"⁵.

- أن يستقل سبب توقيع كل جزاء عن سبب الجزاء الآخر وفي ذلك ذهبت المحكمة الإدارية العليا في حكمها الصادر في 1964/2/22 والمتعلق بالجمع بين جزاء الفسخ ومصادرة التأمين والتعويض حيث قررت: "... ومن ثم فإن هذا التعويض الذي مرده إلى القواعد القانونية العامة مستقل في سببه، كما أنه مختلف في طبيعته ووجهته وغايته عن شرط مصادرة التأمين الذي هو أحد الجزاءات المالية التي جرى العرف الإداري على اشتراطها في العقد الإداري والتي مردها إلى ما يتميز به العقد الإداري عن العقد المدني من طابع خاص مناطه احتياجات المرفق العام

¹- رشا محمد جعفر الهاشمي، المرجع السابق، ص 26.

²- د. حمدي عطية مصطفى عامر، المرجع السابق، ص 499.

³- حكم محكمة القضاء الإداري، جلسة 1957/11/24، القضية رقم 4186، السنة التاسعة قضائية، المجموعة، بند 17، ص 23.

⁴- مريم محمد أحمد، المرجع السابق، ص 67.

⁵- وبذات المعنى حكمها الصادر في 10 ديسمبر 1966 س 12، ص 260، د. سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 482.

الذي يستهدف العقد تسييره وتغليب وجه المصلحة العامة في شأنه على مصلحة الأفراد الخاصة... ومادام السبب في كل من مصادرة التأمين والتعويض مستقلا والطبيعة والوجهة والغاية في كل منهما متباينة فلا تثريب إن اجتمع في حالة فسخ العقد الإداري مع مصادرة التأمين استحقاق التعويض إذ لا يعتبر الجمع بينهما ازدواجا للتعويض محظورا، حتى ولو لم ينص في العقد الإداري على استحقاق التعويض لأن استحقاقه كما سلف البيان إنما هو تطبيق للقواعد العامة...¹.

فالتعويض يشترط وجود ضرر قد أصاب الإدارة لاستحقاقها له أما مصادرة التأمين فلا يشترط إثبات وقوع ضرر لجهة الإدارة كما سنرى لاحقا، وبالتالي هنا تستقل سبب وغاية كل جزاء عن سبب وغاية الجزاء الآخر مما يسمح بتوقيعها معا².

- عدم تعارض الجزاءات مع بعضها البعض أو بمعنى أدق عدم تنافرها، وتطبيقا لذلك فإنه قضت المحكمة الإدارية العليا المصرية بأنه لا يجوز الجمع بين فسخ التعاقد وتنفيذه على حساب المتعاقد مع الإدارة وحيث أن الفسخ يؤدي إلى إنهاء الرابطة التعاقدية، في حين أن مقتضى التنفيذ على حساب المتعاقد يقتضي وجوب أن يستمر العقد قائما إلى أن يتم هذا التنفيذ³. في حين أجاز قضاء المحكمة الإدارية العليا المصرية الجمع بين الجزاءات في بعض الأحوال لعدم تنافرها مع بعضها كما هو الحال بالنسبة لإجازة الجمع بين جزائي فسخ العقد ومصادرة التأمين⁴، هذا من جهة.

من جهة أخرى فإنه يحق للإدارة إختيار الوقت المناسب لتوقيع الجزاء وفق تقديرها لما فيه مصلحة المرفق باعتبارها أمينة على مصالح المرافق العامة وتسييرها بانتظام، وباعتبار أن أساس سلطتها الجزائية في مجال العقود الإدارية تتأسس على رعاية مصلحة المرفق العام، إذ لها أن تبادر بإنجاز الجزاء وقت حدوث المخالفة العقدية إذا رأت أن في

¹ - حكم المحكمة الإدارية العليا في القضية رقم 1316 لسنة (07) القضائية، جلسة 1964/2/22، المجموعة السنة 9، ص 643.

² - مريم محمد أحمد، المرجع السابق، ص 69.

³ - حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية رقم 5327 لسنة 41 ق جلسة 1999/4/27. أشار إليه د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع السابق، ص 84.

⁴ - حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية رقم 3378 لسنة 42 ق، جلسة 1999/6/29. أشار إليه د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع السابق، ص 84.

ذلك ما يحث المتعاقد على التدخل سريعا لتنفيذ التزاماته بشكل يمتنع معه الإضرار بالمرفق، ولها التريث في اتخاذه إن رأت ذلك لعل هذا ما يدفعه إلى تنفيذ التزاماته¹.

لكن هذه السلطة مقيدة بشرط عدم وجود نص (في العقد أو في القانون) يلزم الإدارة بأن توقع الجزاء على المتعاقد معها في وقت معين².

وفي جميع الأحوال فإنه لا يجوز أن يتخذ المتعاقد من تراخي الإدارة معه في توقيع الجزاء ذريعة للقول بأنها قد تنازلت عن ممارسة سلطتها الجزائية مما لا يجوز لها معه توقيع الجزاء عليه بعد هذا التراخي وذلك من جهة أن الغدرة لا تملك التنازل عن حقها في إنزال الجزاء على المتعاقد المخالف، وإن كان لها وفقا لما تراه محققا لمصلحة المرفق أن تعفيه من الجزاء كلياً أو جزئياً³.

كما أن المتعاقد مع الإدارة ليس له الحق في الاعتراض على استعمال الإدارة اللاحق لسلطتها الجزائية ذلك لأن تأجيل استعمال الحق لا يسقطه⁴. ومن جهة أخرى فإن زعم المتعاقد بأن في تراخي الإدارة في توقيع الجزاء قد أساء إليه، وأضر بمركزه القانوني لا معنى له إذ لا يسوّغ للمخطئ أن يستفيد من خطئه أو تقصيره⁵.

وهذا ما ذهبت إليه المحكمة الإدارية العليا حيث قررت أنه: " باستثناء النص على إلزام الإدارة بتوقيع الجزاء على المتعاقد معها في وقت معين، فإن الإدارة تترخص في اختيار الوقت المناسب لتوقيع الجزاء بحسب ما تراه صالحا لضمان سير المرافق العامة ومن ثم فإنه لا تثريب عليها إذا رأت في حدود سلطتها التقديرية أن تتريث في إيقاع الجزاء على المتعاقد المقصر حتى يفيء إلى الحق من حيث النهوض بالتزاماته، وقد يكون في هذا التريث تحقيق لهذه المصلحة، إذا كان في أحكام العقد ما يكفل حمل المتعاقد على المبادرة إلى التنفيذ، كأن يتضمن العقد النص على التزامه بدفع مبلغ معين، ولا يملك المتعاقد

¹- د. عبد الله نواف العنزي، المرجع السابق، ص 297.

²- د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الوجيز في الأسس العامة للعقود الإدارية، دار الكتاب الحديث، القاهرة، مصر، 2008، ص 282.

³- د. عبد الله نواف العنزي، المرجع السابق، ص 298.

⁴- د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، تنفيذ العقد الإداري، المرجع السابق، ص 83.

⁵- د. عبد الله نواف العنزي، المرجع السابق، ص 298.

المحاجة بأن الإدارة تراخت في توقيع الجزاء عليه، وأن تراخيها قد أساء إليه، إذ لا يسوغ للمخطئ أن يستفيد من تقصيره..."¹.

الفرع الثالث: حق الإدارة في توقيع الجزاءات التعاقدية دون اشتراط إثبات الضرر.

إن الإدارة تملك توقيع الجزاءات على المتعاقد معها بدون حاجة إلى إثبات وقوع ضرر معين وذلك لأنه من جهة يعتبر ركن الضرر مفترض كنتيجة لإخلال المتعاقد بالتزاماته، أو لتأخره في التنفيذ ولو لم يترتب عن هذا الإخلال حدوث أضرار للإدارة بصورة فعلية. ومن جهة أخرى لأن الهدف من هذه الجزاءات ليس مجرد معاقبة المتعاقد على خطأ ارتكبه وإنما يكمن في تأمين سير المرافق العامة بانتظام واضطراد².

وتأكيدا لذلك ذهببت المحكمة الإدارية العليا في مصر بهذا الشأن إلى: " إن الجزاءات التي تملك الإدارة توقيعها على المتعاقد في روابط العقد الإداري إذا ما خالف شروط العقد أو قصر في تنفيذ الالتزامات المفروضة عليه بموجبه، إنما تستهدف أساسا تأمين سير المرافق العامة فلا يشترط لتوقيعها إثبات وقوع ضرر أصاب المرفق، إذ أن هذا الضرر مفترض بمجرد تحقق سبب استحقاقها المنصوص عليه في العقد، ذلك أن التراخي في تنفيذ العقود الإدارية ينطوي في ذاته على إخلال بالتنظيمات التي رتببت الإدارة شؤون المرفق وتأمين سيره على أساسها..."³.

ومن هنا يتضح اتساع سلطة الإدارة في توقيع الجزاء على المتعاقد معها حيث أن ذلك الجزاء واقع لا محالة متى انصرفت إليه إرادة الإدارة بمجرد ارتكاب المتعاقد لفعل أو امتناعه عن إتيان فعل يشكل مخالفة دون التقيد بتسببها في ضرر ملحوظ حيث لا تلزم الإدارة بإثباته لأن وقوعه مفترض افتراضا غير قابل لإثبات العكس. ويكون قرار الإدارة بتوقيع الجزاء في هذه الحالة صحيحا في سببه وهو المخالفة الثابت ارتكابها⁴.

¹- حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن رقم 988 لسنة 9 قضائية، جلسة 1967/5/20. أشار إليه د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، تنفيذ العقد الإداري، المرجع السابق، ص 82، 83.

²- د. نصر الدين بشير، المرجع السابق، ص 247.

³- حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية، الطعن رقم 1086، لسنة 7 ق، جلسة 1963/11/30، مجموعة أحكام السنة التاسعة، ص 161.

⁴- د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، تنفيذ العقد الإداري، المرجع السابق، ص 81، 82.

وبالتالي فإنه لا يجوز للمتعاقد أن يلجأ إلى القضاء للطعن في مشروعية الجزاءات المتخذة بحقه من قبل الإدارة بحجة غياب الدليل على حدوث الضرر بالمرفق العام¹. كما لا يجوز له إثبات أن تقصيره لم ينتج عنه أية أضرار للإدارة². ذلك أن مجرد ارتكابه المخالفة في تنفيذ التزاماته يشكل قرينة قاطعة غير قابلة لإثبات العكس على إصابة الإدارة بضرر³. وإنما يجوز له إثبات غياب الخطأ من قبله، أو أن هذه الجزاءات قد أوقعتها الإدارة عليه بصورة مخالفة للقانون. ومرجع ذلك هو خطورة إخلال المتعاقد بالتزاماته التعاقدية بصورة لا يتحقق معها الهدف المبتغى من إبرامه. ولا يضير المتعاقد مع الإدارة منحها سلطة توقيع الجزاء عليه تلقائياً دون حاجة لإثبات الضرر، ذلك لأنه كان عالماً وقت إبرامه لتعاقدته معها بمدى ما تتمتع به من سلطة في هذا الشأن⁴.

لذا فإنه إذا أراد التحرر من هذا الجزاء أمام القضاء فإنه يجوز له إثبات غياب الخطأ من قبله، أو أن هذه الجزاءات قد أوقعتها الإدارة عليه بصورة مخالفة للقانون⁵.

والواقع أن هذه الخاصية المتمثلة في إسناد سلطة الإدارة في توقيع الجزاء في العقد الإداري إلى ضرر مفترض غير قابل لإثبات العكس من جراء مخالفة المتعاقد لتنفيذ العقد الإداري، تنطبق بالنسبة لكافة أنواع الجزاءات الإدارية المقررة لتلك المخالفات، باستثناء التعويض الذي يشترط فيه أن يكون هناك ضرر محقق لحق الإدارة بسبب تقصير المتعاقد معها⁶. كما سنرى ذلك لاحقاً عند دراسة التعويض كنوع من أنواع الجزاءات في الفصل الثاني من هذه الدراسة. حيث يستند ذلك الرجوع إلى أحكام القواعد العامة في أي عقد كان،

¹ - بلاوي ياسين بلاوي، المرجع السابق، ص 40.

² - C.E 14 Juin 1944, sekoul lonos, R.P. 169.

أشار إليه د. نصر الدين بشير، المرجع السابق، ص 247. وهذا ما أكدته أيضاً القضاء الإداري المصري حيث قررت المحكمة الإدارية العليا المصرية ذلك بقولها: "لا تكلف الإدارة بإثبات الضرر، لأن الضرر مفترض بفرض غير قابل لإثبات العكس"، حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية، الطعان 251. 290، لسنة 25 ق، الصادر في جلسة 1982/1/16، مجموعة السنة 27، بند رقم 31، ص 224.

³ - د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، تنفيذ العقد الإداري، المرجع السابق، ص 81.

⁴ - د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع نفسه، ص 82.

⁵ - Laurent (R), droit des contrats administratifs, 3eme éd, L.G.D.J, Paris, France, 2002, p 242.

⁶ - C.E 26 Avril 1950 soc, électricité de Madagascar, R.P. 235.

أشار إليه د. نصر الدين بشير، المرجع السابق، ص 247.

وتلك الأحكام تقضي بأن كل خطأ ترتب عليه ضرر يلزم من ارتكبه بالتعويض وبقدر قيمة الضرر¹.

المطلب الثاني: مبررات سلطة فرض الجزاءات على المتعاقد مع الإدارة.

من المسلم به في العقود الإدارية، شأنها في ذلك شأن العقود المدنية، تخضع لأصل عام من أصول القانون يقضي بأن يكون تنفيذها بطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية². والمقصود بهذا المبدأ هو الوصول إلى الحل الأمثل بافتراض أن الدائن في موقف المدين، أي أنه يفترض أحسن الحلول للوفاء بالتزاماته ومثال ذلك فإنه عندما لا يتم الاتفاق على نوعية معينة من السلعة المراد توريدها فإن المبدأ يوجب توريد أحسن النوعيات في حدود السعر المتفق عليه³.

وفي ذلك أكدت المحكمة الإدارية العليا المصرية في قرار لها: " أن العقود تخضع لأصل عام من أصول القانون، يقضي بأن يكون تنفيذها بطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية وهذا الأصل يطبق في العقود الإدارية، شأنها في ذلك شأن العقود المدنية..."⁴.

والواقع أن إتباع هذا المبدأ من جانب المتعاقد مع الإدارة أولى في العقود الإدارية، فالتزاماته تتصل بالمرافق العامة، ولذلك فكل إخلال بها لا يشكل فقط إخلال بالتزام عقدي وإنما ينطوي على مساس بموضوع العقد أي بالمرافق العام لذلك أجاز القانون للإدارة أن توقع جزاءات على المتعاقد المقصر⁵.

¹- حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في 1965/1/2 مجموعة، السنة 10، ص 313. أشار إليه د. نصر الدين بشير، المرجع نفسه، ص 247.

²- د. ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية والتحكيم، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2004، ص 107.

³- عاطف سعدي محمد علي، المرجع السابق، ص 358.

⁴- حكمها رقم 1520-2، بتاريخ (1975/4/20) 937/97/2. أشار إليه د. ماجد راغب الحلو، المرجع السابق، ص 107؛ فتوى الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع بمجلس الدولة المصري الصادرة في جلستها بتاريخ 19 يناير 1994. أشار إليه أحمد محمود جمعه، العقود الإدارية طبقاً لأحكام قانون المناقصات والمزايدات الجديد، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2002، ص 209.

⁵- حسين عثمان محمد عثمان، أصول القانون الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2004، ص 586.

وما يسمح للإدارة باكتشاف إخلال المتعاقد وتقصيره في تنفيذ التزاماته مما يخولها السلطة لفرض الجزاءات عليه، إنما استعمالها لامتياز آخر مهم في أثناء تنفيذ العقد الإداري وسلطة لا تقل أهمية عن سلطة فرض الجزاءات ألا وهي سلطة الرقابة والتوجيه.

ومعنى هذه السلطة هو حق الإدارة في مراقبة تنفيذ العقد والتأكد من أنه يتم وفقاً لما يتضمنه العقد من شروط وغالباً ما يأخذ صورة أعمال مادية كدخول أماكن استغلال المرافق والمخازن والورش والمصانع، أو الإطلاع على بعض الوثائق وفحصها أو إجراء التحريات أو تلقي الشكاوى من المنتفعين والبت فيها، بل أكثر من ذلك فلها الحق في توجيه أعمال التنفيذ واختيار أنسب الطرق التي تؤدي إليه، وهذه تأخذ صورة إصدار تعليمات باتباع طريقة معينة في التنفيذ، أو إصدار أوامر تنفيذية لتوجيه وتوقيت أعمال التنفيذ¹. إذ مخالفتها تولد حق الإدارة في فرض الجزاءات على المتعاقد معها.

وعلى العموم فإنه يمكن تعريف الخطأ العقدي الذي يبرر سلطة فرض الجزاءات بصفة عامة هو عدم قيام المدين بتنفيذ التزاماته الناشئة عن العقد أياً كان السبب في ذلك، يستوي في ذلك أن يكون عدم التنفيذ ناشئاً عن عمد أو إهماله أو عن فعله دون عمد أو إهمال².

والالتزام العقدي الذي يعد الإخلال به خطأ في المسؤولية العقدية، إما أن يكون التزاماً بتحقيق نتيجة أو التزاماً ببذل عناية. وبمعنى آخر الخطأ العقدي هو انحراف إيجابي أو سلبي في سلوك المدين يؤدي إلى مؤاخذته³. ويقع الخطأ العقدي من المدين الملتزم بتنفيذ العقد وهو المتعاقد مع الإدارة أو شخص آخر يُسأل المدين عنه⁴.

¹- د. خليل الظاهر، القانون الإداري - دراسة مقارنة- الكتاب الثاني، المرفق العام الضبط الإداري، القرار الإداري، العقود الإدارية، الأموال العامة، الطبعة الأولى، دار المسيرة للنشر والتوزيع والطباعة، عمان، الأردن، 1997، ص 258، 259.

²- د. حمدي عطية مصطفى عامر، الأعمال القانونية للسلطة الإدارية، المرجع السابق، ص 593. وهكذا عرفه القضاء الإداري المصري، أنظر الطعن رقم 6413 لسنة 44 ق، عليا، جلسة 2005/3/29. أشار إليه خالد عبد الفتاح محمد، الشامل في العقود الإدارية في ضوء أحكام المحكمة الإدارية العليا حتى عام 2008، الطبعة الأولى، لمركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، مصر، 2009، ص 8.

³- د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، المجلد الثاني، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر 1981، ص 1361.

⁴- د. حسان عبد السميع هاشم، الجزاءات المالية في العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2002، ص 114.

وتقضي القاعدة بأن كل التزام عقدي يقابله جزاء¹. والأخطاء في العقد الإداري تقابلها جزاءات صارمة لا يعرفها القانون الخاص ذلك أنها ليست أخطاء عقدية فقط بل هي تعد أخطاء ضد المرفق العام لما تحدثه من خلل به. والخطأ التعاقدية هو مناط مشروعية توقيع الجزاء على المتعاقد مع الإدارة، فقد دأب قضاء مجلس الدولة على إبطال كل جزاء تعاقدي لا تستند الإدارة في توقيعه لخطأ ثبت في حق المتعاقد معها².

وما دام الخطأ التعاقدية مرتبط مع الالتزامات التعاقدية للمتعاقد مع الإدارة فإنه تجب الإشارة إلى أن التزامات المتعاقد مع الإدارة تختلف في صورها وأوضاعها باختلاف عقودها مع الإدارة، فقد تنصب على توريد بضائع، أو نقل إنسان أو حيوان أو مواد...الخ. أو المساهمة في تسيير مرفق عام، أو تقديم خدمات للإدارة، أو القيام بأشغال عامة...الخ، مما لا يمكن حصرها³.

فهي تختلف بحسب طبيعة كل عقد من العقود الإدارية، ومع ذلك فإنه يجب أن نترك التفاصيل ونقف عند الأصول التي تصدق على كل عقد إداري بغض النظر عن الطبيعة الخاصة لكل منها، وعلى هذا الأساس فإنه يمكن إجمالها في أن يقوم المتعاقد بتنفيذ العقد على مسؤوليته الخاصة وأن يلتزم بالتنفيذ شخصيا ويستمر فيه، أن ينفذ التزاماته بطريقة سليمة وبعباية تامة، وأن يحترم المدة المحددة للوفاء بالتزاماته، وأن ينفذ المتعاقد التزاماته كما هو عليه في العقد أو في دفاتر الشروط العامة ووفقا للشروط المحددة فيها⁴.

مع العلم أن التزام المتعاقد بالتنفيذ لا يكون مصدره الوحيد العقد وإنما يضاف إليه ما هو منصوص عليه في دفاتر الشروط العامة أو النصوص الآمرة في القوانين والتعليمات التي تنظم التعاقد، وكذلك ما يجري عليه العرف أو تقضي به العادات المتبعة في المهنة التي

¹- د. مفتاح خليفة عبد الحميد و د. حمد محمد حمد الشلحاني، العقود الإدارية وأحكام إبرامها، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2008، ص 146.

²- د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، تنفيذ العقد الإداري، المرجع السابق، ص 71.

³- د. سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 416.

⁴- د. محمود خلف الجبوري، المرجع السابق، ص 182.

تكون موضوعها العقد الإداري، حيث يمكن الرجوع إلى العادات التجارية المرعية في هذه العقود لتكملة ما يكون في شروطها من نقص¹.

وبالتالي فإنه تتنوع صور الخطأ التعاقدي بحسب تنوع الالتزامات المفروضة على المتعاقد مع الإدارة، فكلما أخل هذا الأخير بالتزام ما واقع على عاتقه في إطار عقد إداري، يكون قد ارتكب مخالفة أو خطأ تعاقدية يبرر فرض الجزاء عليه من قبل الإدارة، إلا أنه وكما سبق أن أوضحنا بالنسبة للالتزامات التعاقدية بأنه من الضروري أن نقف بصددنا على الأصول العامة التي تطبق على كافة العقود الإدارية بغض النظر على طبيعتها، نفس الشيء ينطبق على صور الخطأ التعاقدية إذ يمكن إجمالها بحسب الالتزامات التعاقدية العامة التي سبق أن عددناها كما يلي: الصورة الأولى تتمثل في الامتناع عن التنفيذ أو عدم تنفيذ العقد شخصياً بالتنازل عنه، أو التعاقد بشأنه من الباطن دون موافقة جهة الإدارة، أو بترخيص منها، أما الصورة الثانية فتتمثل في عدم تنفيذ الالتزامات التعاقدية في الأجل المتفق عليه، أما الصورة الثالثة والأخيرة فتتمثل في التنفيذ غير المطابق للالتزامات التعاقدية.

وقبل الخوض في شرح هذه الصور لخطأ المتعاقد المبرر لسلطة فرض الجزاءات عليه من قبل الإدارة يجدر أن ننوه إلى أن خطأ المتعاقد مع الإدارة في تنفيذ أي من التزاماته التعاقدية لا يعطيها الحق التلقائي في توقيع ما تشاء عليه من جزاءات، إذ يتعين توافر شرطين لذلك، وهي أن تتناسب تلك الجزاءات في جسامتها مع درجة جسامه الخطأ²، على نحو ما سبق شرحه في المطلب السابق المتعلق بالخصائص العامة المشتركة للجزاءات التعاقدية وبالضبط ضمن خاصية حق الإدارة في توقيع الجزاء دون حاجة لنص يقرره، بالإضافة إلى ضرورة ألا تكون الإدارة هي التي دفعت المتعاقد معها بتصرف خاطئ منها إلى الوقوع في الخطأ و ألا يكون خطأ الإدارة قد استغرق خطأ المتعاقد ، ويكون ذلك متى ثبت أنه لو لا خطأ الإدارة لما وقع المتعاقد في الخطأ، فمثلاً لا يجوز توقيع غرامة التأخير على المقاتل إذا كان سبب تأخيره في التنفيذ عن الميعاد المحدد بالعقد عدم توافر الاعتماد

¹- د. محمود خلف الجبوري، المرجع نفسه، ص 181.

²- د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، تنفيذ العقد الإداري، المرجع السابق، ص 73، 74، 75، 76.

المالي اللازم، ذلك لأن تنفيذ العقود الإدارية في إطار مبدأ افتراض توافر حسن النية بين طرفيها ومبادئ العدالة تتنافر مع محاسبة المتعاقد مع الإدارة، عن أمور لا دخل لإرادته في إحداثها، وهي ذات المقننات التي قامت عليها نظرية القوة القاهرة في مجال العقود الإدارية¹. كما سنشرحه لاحقاً في الباب الثاني من هذه الدراسة في إطار مناقشة عنصر الإعفاء من جزاء غرامة التأخير في العقد الإداري.

إلا أن هذا لا يعني أن للمتعاقد الحق في أن يمتنع عن الوفاء بالتزاماته حيال المرفق العام الذي أبرم العقد بهدف تسييره بحجة أن الجهة الإدارية المتعاقدة قد أصدرت إجراءات أدت إلى الإخلال بأحد التزاماتها قبله كما هو الحال في القانون الخاص، بل يتعين عليه أن يستمر في التنفيذ ما دام ذلك في استطاعته وما دام التنفيذ ممكناً، ثم يطالب جهة الإدارة بالتعويض عن إخلالها بالتزاماتها ضمن السبيل المشروع لذلك، إذا كان لذلك مقتضى وكان له فيه وجه حق.

فلا يسوغ إذا للمتعاقد مع السلطة العامة الامتناع عن تنفيذ العقد الإداري بإرادته المنفردة و إلا حقت مساءلته عن هذا التصرف²، هذا ما سنشرحه ونبينه عند دراسة هذه الصورة من صور الخطأ التعاقدية ضمن هذا المطلب.

وعلى أساس كل ما تقدم فإننا سنتعرض لصور الخطأ التعاقدية كمبررات لفرض الجزاء على المتعاقد من قبل الإدارة وفقاً للتقسيم الآتي:

الفرع الأول: الامتناع عن التنفيذ.

الفرع الثاني: عدم تنفيذ العقد شخصياً من قبل المتعاقد.

الفرع الثالث: التنفيذ غير المطابق للالتزامات التعاقدية.

¹- د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، تنفيذ العقد الإداري، المرجع السابق، ص 73، 76، 77.
²- ولقد أكدت ذلك المحكمة الإدارية العليا في قرارها بتاريخ 5 يوليو سنة 1969، مجموعة مجلس الدولة في خمسة عشرة عاماً، ص 1876. أشار إليه حسين عثمان محمد عثمان، أصول القانون الإداري منشورات الحلب الحقوقية، بيروت، لبنان، سنة 2006، ص 630؛ علي الدين زيدان ومحمد السيد أحمد، الموسوعة الشاملة في القانون الإداري، معلقاً عليها بأحدث آراء الفقه والقضاء الإداري وأحكام المحكمة الإدارية العليا، المحكمة الدستورية العليا، الجزء الثاني، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2002، ص 874، 875.

الفرع الرابع: عدم تنفيذ الالتزامات التعاقدية في الأجل المتفق عليه.

الفرع الأول: الامتناع عن التنفيذ.

إن مبدأ سير المرفق العام بانتظام واضطراد قاعدة أساسية لا خلاف عليها في تنفيذ العقود الإدارية، إذ أنه يهيمن على عملية تنفيذ العقد دون حاجة لنص تشريعي صريح، ولا شرط خاص يدرج في العقد، فهذا المبدأ يستنتج ضمناً وبالضرورة من فكرة المرفق العام، ويترتب على هذا نتائج بالغة الخطورة، ذلك أن هذا المبدأ هو الذي يفسر السلطات الخطيرة التي تتمتع بها الإدارة في مواجهة المتعاقد معها¹.

وأهم هذه النتائج هو أنه لا يجوز للمتعاقد مع الإدارة أن يمتنع عن تنفيذ العقد أو إيقافه، ذلك أنه يعتبر شريكاً للإدارة ومتعاوناً معها في الالتزام بضمان سير المرفق العام بانتظام واضطراد والذي يعتبر أولى واجباتها².

ولما كان موضوع العقد الإداري هو احتياجات المرافق العامة وتنظيمها وتسييرها كان من الضروري متابعة تنفيذ العقد الإداري وعدم التوقف عن التنفيذ نظراً للأخطار التي تنجم عن ذلك والتي تلحق ضرراً بالمصلحة العامة.

فلا يسمح القانون الإداري بإمكانية الرفض أو الممانعة في التنفيذ من قبل المتعاقد، أي من جانب واحد كما في العقود المدنية³.

حيث أن الأصل العام في عقود القانون الخاص أنه في العقود الملزمة لجانبين إذا كانت الالتزامات المتقابلة مستحقة الوفاء، جاز لكل من المتعاقدين أن يمتنع عن تنفيذ التزاماته، إذا لم يقدّم المتعاقد الآخر بتنفيذ ما التزم به، غير أن هذا الأصل لا يسري في نطاق العقود الإدارية⁴.

¹- د. عاطف سعدي محمد علي، عقد التوريد الإداري بين النظرية والتطبيق، المرجع السابق، ص 346 و 347.
²- حكم محكمة القضاء الإداري في الدعوى رقم 8/6600 ق بتاريخ 1956/04/06، 273/287/10. أشار إليه حمدي ياسين عكاشة، العقود الإدارية في التطبيق العملي، المرجع السابق، ص 384.
³- د. نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص 40.
⁴- د. عاطف سعدي محمد علي، المرجع السابق، ص 347.

بالتالي فلا يجوز للمتعاقد مع الإدارة أن يتمسك بالدفع بعدم التنفيذ بحجة وفاء الجهة الإدارية المتعاقدة بالتزامها نحوه، ذلك أنه من المبادئ المقررة أن إبرام العقد الإداري مناطه هو احتياجات المرفق العام الذي يستهدف العقد تسييره، و في سبيل تلك الغاية الهامة فإنه يتم تغليب المصلحة العامة المتمثلة في استمرار المتعاقد في تنفيذ تعاقدته على مصلحته الخاصة، والتي تبرر له التوقف عن هذا التنفيذ للضغط على الإدارة للوفاء بالتزامها تجاهه¹.

و قد طبق مجلس الدولة الفرنسي هذا المبدأ في العديد من أحكامه، حيث قرر أنه تبقى مسؤولية الملتزم قائمة نتيجة توقفه عن استثمار المرفق حتى ولو ارتكبت السلطة مانحة الالتزام من جانبها أخطاء عقدية²، كما قرر أنه لا يمكن تبرر للملتزم التوقف النهائي والانفرادي من جانبه عن استغلال المرفق، حتى ولو رفضت الإدارة طلبه بفسخ العقد أو تعديله، ولذلك فإن الملتزم الذي يتوقف عن استغلال المرفق بعد رفض الإدارة لطلبه بفسخ العقد أو تعديله يرتكب خطأ جسيماً من شأنه أن يقيم مسؤوليته تجاه الإدارة مانحة الالتزام³.

كما استقر قضاء المحكمة الإدارية العليا المصرية على ذلك حيث قررت بأنه لما كان العقد الإداري يتعلق بمرفق عام فلا يسوغ للمتعاقد مع الإدارة أن يمتنع عن الوفاء بالتزاماته حيال المرفق بحجة أن ثمة إجراءات إدارية قد أدت إلى الإخلال بالوفاء بأحد التزاماتها قبله، بل يتعين عليه إزاء هذه الاعتبارات أن يستمر في التنفيذ ما دام ذلك في استطاعته، ثم يطالب جهة الإدارة بالتعويض عن إخلالها بالتزاماتها إن كان لذلك مقتضى ومن ثمة فلا يسوغ له الامتناع عن تنفيذ العقد بإرادته المنفردة، وإلاّ حقت مساءلته عن تبعة فعله السلبي⁴.

¹- د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، تنفيذ العقد الإداري ، المرجع السابق ، ص 252.

² - C.E. 7 mai 1993, sté samson et spitzner, Rec , p 480.

أشار إليه د. نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص 41.

³ - C.E. 5 fév 1986, sté pationair de vitry - sur – seine Gazette du palais, 1986.

أشار إليه د. نصري منصور نابلسي، المرجع نفسه، ص 41.

⁴- حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن رقم 767 لسنة 11 ق، جلسة 1969/07/05، مجموعة العقود في الأربعين عاماً، السابق الإشارة إليه، أشار إليه د. عاطف سعدي محمد علي، المرجع السابق، ص 348.

كما أنه عدم قيام جهة الإدارة بصرف المستخلصات عن الأعمال التي تمت للمتعاقد معها لا يصلح مبرر للامتناع عن تنفيذ العملية العقدية¹.

بالتالي لا يجوز للمتعاقد مع جهة الإدارة أن يوقف سير المرفق العام لأي سبب حتى ولو كان الخطأ أو التقصير من جهة الإدارة في تنفيذ التزام من التزاماتها التعاقدية².

إلا أنه استقر مجلس الدولة الفرنسي على جواز التمسك بالدفع بعدم التنفيذ في حالة القوة القاهرة وبشرط أن يبذل ما بوسعه من الجهد لاستمرار سير المرفق العام³.

وعليه يعفى المتعاقد مع الإدارة من تنفيذ التزاماته أو التقصير في أدائها عند وقوع الحادث الفجائي أو القوة القاهرة وهي الحوادث التي لا يمكن توقعها عند التعاقد ويستحيل دفعها عند وقوعها لأنها خارجة عن إرادته⁴.

وبالتالي يمكن كذلك الخروج على مبدأ عدم جواز الدفع بعدم التنفيذ والذي بموجبه يمتنع المتعاقد مع الإدارة عن تنفيذ العقد بحجة أن ثمة إجراءات إدارية أدت إلى إخلال الإدارة بالتزاماتها تجاهه إذا أخلت الإدارة بالتزام أساسي بالعقد لا يستمر التنفيذ بدونه بأن امتنعت دون مبرر عن سداد مستحقات المقاول عما أداه من أعمال تنفيذا لتعاقده، متى كانت مبالغ التعويض كبيرة تؤثر في إمكانية استمراره في تنفيذ التزاماته التعاقدية، لأن من شأن ذلك وقف مصدر التمويل الذي يعتمد عليه المتعاقد في الاضطلاع بأعباء العقد الأمر الذي يؤدي إلى تعثره بصورة قد توقفه عن تنفيذ العقد اضطراراً، حيث يتعارض موقف الإدارة هنا مع مبدأ حسن النية الواجب تنفيذ العقود الإدارية في إطاره⁵.

إن التخفيف من مبدأ عدم جواز الدفع بعدم التنفيذ من قبل الإدارة كما سبق شرحه، إنما يعتبر بمثابة ضغط على الإدارة لتنفيذ التزاماتها التعاقدية هي الأخرى خاصة وأنها هي

¹- أحمد محمود جمعة، العقود الإدارية طبقاً لأحكام قانون المناقصات و المزايدات الجديد، المرجع السابق، ص 217.
²- حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن رقم 15/1027 ق جلسة 1978/01/28، سنة 23، ص 52. أشار إليه حمدي ياسين عكاشة، المرجع السابق، ص 286، 287.
³- حمدي ياسين عكاشة، المرجع السابق، ص 284.
⁴- د. عبد الغني بسيوني عبد الله، المرجع السابق، ص 361.
⁵- د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، تنفيذ العقد الإداري، المرجع السابق، ص 253.

القوامة على المرفق العام وحسن سيره بانتظام وباضطراد وأن ذلك التحقيق من المبدأ السابق ذكره، ليس إلّا ضمانا لاستمرار عمل تلك المرافق.

ولقد أكدت المحكمة الإدارية العليا المصرية بذلك، حيث قررت: " الأصل أن الدفع بعدم التنفيذ لا يجوز أن يتمسك به المتعاقد مع الإدارة في العقود الإدارية ... " إلّا أنه يجوز للطرفين عند التعاقد أن يخرجوا عن هذا الأصل، وفي هذه الحالة يجوز للمتعاقد مع الإدارة أن يتمسك بالدفع بعدم التنفيذ وبالتالي لا يحق للإدارة أن توقع عليه غرامات تأخير ما دامت قد تراخت في تنفيذ التزاماتها مما أعجزه عن تنفيذ التزامه قبلها¹، فمبدأ عدم جواز الدفع بعدم التنفيذ على نحو ما سبق شرحه لا يجوز أن يؤخذ على إطلاقه لتعرض ذلك مع مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود الإدارية، حيث يتعين لالتزام المتعاقد مع الإدارة بهذا المبدأ توافر ضابطين²:

أولهما: أن يكون بوسعه التغلب على أثر إخلال الإدارة بالتزامها التعاقدى نحوه بغير ضرر جسيم يصيبه.

وثانيهما: ألا يكون من شأن هذا الإخلال تعثره عن تنفيذ التزامه التعاقدى بإفقاده مصدر تمويل هذا التنفيذ كما في حالة امتناع الإدارة دون مبرر عن سداد مستحقاته المالية التي أداها شريطة أن تكون مبالغ كبيرة تفوق قدراته المالية على الاستمرار في التنفيذ.

الفرع الثاني: عدم تنفيذ العقد شخصيا من قبل المتعاقد.

يتم اختيار الإدارة للمتعاقد معها بإجراءات دقيقة الغرض منها التوصل لأفضل العناصر المتقدمة للتعاقد لإبرام العقد مع من يتفوق على سواه في قدراته المالية وكفاءاته الفنية والإدارة اللازمة للاضطلاع بأعباء التعاقد³، ومن ثم فإن الاعتبار الشخصي يوضع في المقام الأول سواء فيما يتعلق باختيار المتعاقد أو تنفيذ العقد.

¹- حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن رقم 11/76 (1971/12/18)، بتاريخ 97/17/17. أشار إليه حمدي ياسين عكاشة، المرجع السابق، ص 386.

²- د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، تنفيذ العقد الإداري، المرجع السابق، ص 255.

³- د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع السابق، ص 256.

أما فيما يتعلق باختيار المتعاقد فتملك الإدارة سلطة تقديرية في الامتناع عن التعاقد لا ترتضيه، حتى و لو اختارته لجنة البت¹، إذ أن نطاق فكرة الاعتبار الشخصي في هذا الشأن تتحدد بمجموعة من الصفات الجوهرية التي تكون محلا للاعتبار في التعاقد، منها الكفاية المالية، المقدرة الفنية، حسن السمعة، الجنسية².

أما فيما يتعلق بالتنفيذ فإن القضاء يعتبر أنه من المبادئ الأساسية أن يقوم المتعاقد بالتنفيذ بنفسه³.

وقد قضت في هذا الشأن المحكمة الإدارية العليا بأنه: " ... من المسلمات أن يقوم المتعاقد بنفسه بالتنفيذ، فالتزامات المتعاقد مع الإدارة التزامات شخصية، لا يجوز له أن يحل غيره فيها"⁴، ولأن هذا الالتزام أي التزام المتعاقد بتنفيذ العقد بنفسه تفرضه القواعد العامة في العقود الإدارية، فإن عدم انطواء العقد الإداري على نص صريح يؤكد، لا يعني المتعاقد مع الإدارة من واجب احترامه⁵.

والتزام المتعاقد بتنفيذ التزاماته شخصيا هو التزام بتحقيق نتيجة وليس ببذل عناية، إذ يقوم بتنفيذه بالطريقة المتفق عليها وفقا للشروط الواردة في العقد أو في دفاتر الشروط وبما يتفق ومبدأ حسن النية⁶.

وبالتالي يلتزم المتعاقد مع الإدارة بتحقيق الغاية التي استهدفها العقد، سواء كان عقد امتياز أو أشغال عامة أو توريد أو غيرها، فلا تبرأ ذمته إلا بالوفاء بالعمل وموضوع التعاقد.

¹- د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص 418.

²- د. نصري منصور النابلسي، المرجع السابق، ص 63، 64.

³- د. نصري منصور النابلسي، المرجع نفسه، ص 59.

⁴- حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية، جلسة 1963/12/28، مجموعة أحكام السنة 8، ص 324. أشار إليه د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الوجيز في الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، 2008، ص 192.

⁵- حكم المحكم الإدارية العليا المصرية، طعن رقم 935 لسنة 12 قضائية، جلسة 1970/04/11 المجموعة، ص 264. أشار إليه د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع السابق، ص 256.

⁶- عبد المجيد عبد الحليم، فكرة الاعتبار الشخصي في مجال العقود الإدارية، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2003، ص 55.

ويرتبط التزام المتعاقد الشخصي بتنفيذ العقد، بمدى ارتباط هذا العقد بالمرفق العام، بحيث تطبق هذه القاعدة بغاية الصرامة كلما اشتدت صلة العقد بالمرفق العام.¹ ولهذا يذهب الفقيه "جيز" إلى أن القضاء الإداري يلتزم تلك القاعدة بغاية الصرامة في مجال عقود الامتياز، نظرا لهيمنة الملتزم التامة على المرفق الذي يتولى شؤون إدارته.²

ولا يعفى المتعاقد من تنفيذ التزاماته بصورة شخصية إلا في حالة القوة القاهرة التي تعرف عموما على أنها كل حادث لا يمكن توقعه وقت التعاقد، كما أنه يستحيل دفعه أو تلاقي آثاره ويكون خارجا عن إرادة المتعاقدين، وفيما عداها يجب على المتعاقد أن ينفذ التزاماته العقدية بنفسه.³

وكأثر لهذا الالتزام فانه يحظر على المتعاقد مع الإدارة التنازل عن العقد الإداري للغير أو التعاقد مع الغير على انجاز العمال محل التعاقد أو التعاقد من الباطن في شأنها إلا بموافقة جهة الإدارة أو بترخيص منها.⁴

وعلى هذا الأساس وبمفهوم المخالفة لهذا القول فان كل تنازل عن العقد أو تعاقد بشأنه من الباطن من قبل المتعاقد بدون موافقة الإدارة أو بترخيص منها يشكل خطأ تعاقديا يبرر فرض الجزاء عليه من قبلها، هذا ما أكدته المحكمة الإدارية العليا المصرية بقولها: "... التزامات المتعاقد مع الإدارة التزامات شخصية يجب أن ينفذها بنفسه ويترتب على ذلك أنه لا يجوز له أن يحل غيره فيها أو أن يتعاقد بشأنها مع الغير من الباطن إلا بموافقة الإدارة، فإذا حصل التنازل دون موافقة الإدارة فان التنازل يعتبر باطلا بطلانا يتعلق بالنظام العام، ولا يحتج به في مواجهة الإدارة ولا تنشأ بين المتعاقد من الباطن وبين الإدارة أية علاقة ويبقى المتعاقد الأصلي مسؤولا في مواجهة الإدارة في كلتا الحالتين".⁵

¹- د. نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص 59.

²- د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص 418، 419.

³- مريم محمد أحمد، المرجع السابق، ص 50.

⁴- رشا محمد جعفر الهاشمي، المرجع السابق، ص 216.

⁵- حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن 1109 لسنة 8 بتاريخ 1963/12/28 السابق الذكر، أشار إليه عدنان عمرو، مبادئ القانون الإداري، نشاط الإدارة ووسائلها، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2004، ص 200.

ويقصد بالتنازل عن العقد (la cession) أنه اتفاق بموجبه يتنازل المتنازل إلى المتنازل له عن مركزه التعاقدى بكل ما يترتب على ذلك من حقوق والتزامات وكافة الآثار القانونية¹، أو بعبارة أخرى هو التصرف القانوني الذي يبرمه المتعاقد مع الغير بقصد إحلال ذلك الغير محله في أداء التزاماته واكتساب حقوقه الناشئة عن العقد المبرم بينه وبين جهة الإدارة².

وبالتالي فإن التنازل عن العقد يؤدي إلى حلول متعاقد آخر محل المتعاقد الأصلي وهو بذلك يعتبر إهدارا واضحا لقاعدة الاعتبار الشخصي التي يقوم عليها العقد الإداري³.

أما التعاقد من الباطن (la sous traité) فهو تصرف قانوني يعهد بموجبه المتعاقد مع الإدارة إلى شخص آخر وهو المتعاقد من الباطن بتنفيذ جزء من محل العقد الأصلي، على أن يبقى المتعاقد الأصلي مسؤولا عن تنفيذ العقد برمته وضامنا للمتعاقد من الباطن⁴.

وبطبيعة الحال فإن التعاقد من الباطن يستلزم أن يكون محل العقد قابلا للتجزئة، وهذا أمر ممكن في نطاق العقود الإدارية، ذلك أن اعتبارات التقدم الفني وما يتبعه من التخصص وتقسيم العمل جعلت من مساهمة أكثر من شخص في تنفيذ موضوع العقد أمرا ضروريا وبالتالي أصبح التعاقد من الباطن حقيقة لا مراء فيها⁵.

فمثلا تعاقد شخص مع الإدارة على بناء مجمع سكني ضخم، فنظرا لاعتبارات التخصص وتقسيم العمل أن يقوم المقاول المتعاقد مع الإدارة بالتعاقد من الباطن مع شركة متخصصة لحفر الأساسات، ومع أخرى متخصصة في أعمال الخرسانات المسلحة، ومع شركة أخرى على تركيب المصاعد... الخ⁶.

¹ - نبيل إبراهيم سعد، التنازل عن العقد، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، بدون سنة نشر، ص 66.

² - د. نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص 66.

³ - نجم حمد الأحمد، التعاقد من الباطن في نطاق العقود الإدارية، أطروحة دكتوراه، جامعة عين شمس، القاهرة، مصر، سنة 2001، ص 45.

⁴ - د. نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص 80.

⁵ - د. عاطف سعدي محمد علي، المرجع السابق، ص 370.

⁶ - د. نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص 79.

وعلى هذا الأساس فإن التعاقد من الباطن لا يخل بفكرة الاعتبار الشخصي لأن المتعاقد الأصلي يبقى ضامناً ومسؤولاً شخصياً عن تنفيذ العقد كلياً في مواجهة الإدارة، فالاعتبار الشخصي يعني بالمسؤولية الشخصية للمتعاقد وليس بالتنفيذ المادي¹.

وهذا هو جوهر التفرقة بين التعاقد من الباطن والتنازل عن العقد، حيث أن التعاقد من الباطن لا يشكل إخلالاً كاملاً بفكرة الاعتبار الشخصي بما أن دور المتعاقد من الباطن يقتصر على تنفيذ جزء من العقد فيؤدي إلى الإطاحة بفكرة الاعتبار الشخصي، ذلك أنه يترتب عليه حلول شخص آخر جديد حلاً كاملاً محل المتعاقد الأصلي.

الهدف في التعاقد من الباطن هو تنفيذ جزء من العقد الأصلي، أما التنازل عن العقد فإن التنازل يهدف إلى ترك المسرح التعاقدي². كما أنه في التعاقد من الباطن توجد استمرارية، حيث يحل المتنازل إليه محل المتنازل في كافة حقوقه والتزاماته في مواجهة الإدارة³.

لذلك هو في الأصل غير مباح ما لم ينص على جوازه، وعند النص على إباحته يجب أن تكون موافقة الإدارة صريحة بهذا الشأن⁴.

وعلى أساس ما تقدم فإنه إذا وافقت الإدارة على التنازل الكلي عن العقد لمقتضيات الصالح العام وحسن سير المرفق العام كأن يكون المتعاقد الأصلي في حالة إفلاس مما لا يمكنه من متابعة تنفيذ العقد، أو وافقت على التعاقد من الباطن فإن ذلك لا يشكل إخلالاً من قبل المتعاقد بالتزاماته التعاقدية، ويترتب على موافقة الإدارة على التنازل عن العقد ظهور عقد جديد يحل محل العقد الأصلي المبرم بين الإدارة والمتعاقد معها المتنازل عن العقد فتنشأ علاقة عقدية مباشرة بين الإدارة والمتعاقد الجديد (المتنازل إليه) ويترتب عليه أن هذا الأخير يتحمل أمام الإدارة مسؤولية تنفيذ العقد إلا إذا نص القانون على خلاف ذلك، كأن

¹- مريم محمد أحمد، المرجع السابق، ص 51.

²- د. نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص 81؛ د. غازي خالد أبو عرابي، المقالة من الباطن في ضوء أحكام القضاء والتشريع، دراسة مقارنة مع الفقه الإسلامي، ط 1، دار وائل للنشر، عمان، الأردن، 2009، ص 30.

³- د. نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص 81.

⁴- عبد القادر الحسين عيسى، التزامات وحقوق المتعاقد في تنفيذ عقد الأشغال العامة، أطروحة دكتوراه، جامعة القاهرة، القاهرة، مصر، 1992، ص 33.

ينص على المسؤولية المشتركة للمتعاقد الأصلي والمتعاقد الجديد، في حين يتحرر المتعاقد مع الإدارة الأصلي من كافة الالتزامات ولا يكتسب الحقوق المترتبة على العقد¹.

أما آثار موافقتها على التعاقد من الباطن، أن هذا الأخير يتم تحت مسؤولية المتعاقد الأصلي الخاصة، فالمتعاقد من الباطن يبقى المسؤولية الكاملة على المتعاقد الأصلي عن تنفيذ العقد حتى في الجزء الذي تعاقد عليه من الباطن، وتتواجد هذه المسؤولية حتى ولو لم ينص عليها في العقد ما لم يكن هناك شرط عقدي مخالف، وبالتالي فإنه تنعقد المسؤولية الشخصية للمتعاقد الأصلي في مواجهة جهة الإدارة عن أخطاء المتعاقد من الباطن أو تأخره في تنفيذ الالتزامات المعهودة إليه بموجب اتفاق التعاقد من الباطن².

أما إذا تنازل المتعاقد مع الإدارة عن العقد أو تعاقد بشأنه من الباطن دون موافقة الإدارة فإنه يكون قد ارتكب خطأ عقديا يبرر توقيع أقصى الجزاءات عليه، أي فسخ العقد سواء نص في العقد أم لم ينص عليه بالإضافة إلى ذلك أن المتعاقد الأصلي يظل مسؤولا حتى عن خطأ المتعاقد من الباطن أو المتنازل إليه³. ومن ثمة فلا يستطيع المتعاقد الذي توافرت لديه شروط التعاقد التي قصدتها الإدارة التوصل من واجب تنفيذ التزاماته التعاقدية بإيكاله لغيره وإجبار الإدارة على التعامل معه في حين أن نيته لم تنصرف إلى التعاقد معه⁴.

هذا ما أكد عليه مجلس الدولة الفرنسي حيث قضى بأن تنازل الملتزم عن عقده للغير أو تعاقد من الباطن مع الغير بدون تصريح مسبق من السلطة مانحة الالتزام يعتبر من قبل الأخطاء الجسيمة التي تبرر جزاء الإسقاط⁵.

وهذا ما أكدت عليه أيضا محكمة القضاء الإداري المصرية في حكمها الصادر بتاريخ 1957/01/27، حيث قضت بأنه: " إذا حصل التنازل عن العقد بدون موافقة الإدارة، فإن

¹-عليوات ياقوتة، تطبيقات النظرية العامة للعقد الإداري - الصفقات العمومية في الجزائر، أطروحة دكتوراه، جامعة منتوري، قسنطينة، الجزائر، سنة 2009/2008، ص 203.

²- د. نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص 89، 90؛ نجم حمد الأحمد، المرجع السابق، ص 156.

³- رشا محمد جعفر الهاشمي، المرجع السابق، ص 218.

⁴- د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، تنفيذ العقد الإداري، المرجع السابق، ص 258.

⁵ - C.E 20 janvier 1905, Rec, p 61.

أشار إليه، نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص 95.

التنازل يعتبر باطلا بطلانا يتعلق بالنظام العام، ويكون خطأ من جانب المتعاقد يترتب عليه توقيع الجزاءات المنصوص عليها في العقد أو إلغاؤه اعتبارا بأن الخطأ المذكور خطأ جسيم، وكذلك الحال في شأن التعاقد من الباطن إذ أنه ما لم توافق جهة الإدارة على التعاقد من الباطن فليس للمتعاقد أن يعهد بتنفيذ الأعمال المطلوبة أو الالتزامات التي ارتبط بها الشخص الآخر...¹.

بالإضافة إلى ما سبق فإن التعاقد من الباطن أو التنازل بغير موافقة الإدارة، لا يمكن أن يحتج به في مواجهة الإدارة فلا يكون بين المتنازل أو المتعاقد من الباطن وبين الإدارة أي علاقة، ويبقى المتعاقد الأصلي مسؤولا في مواجهة الإدارة كما لو كان التنازل أو التعاقد من الباطن غير قائم، هذا ما أكدته مجلس الدولة الفرنسي، حيث قرر أنه ليس للمتنازل إليه أو المتعاقد من الباطن بدون موافقة الإدارة أن يرجع عليها بأي حقوق تعاقدية، وأن كان أن يرجع عليها على أساس آخر، لاسيما فكرة الإثراء بلا سبب، كما أنه يستطيع كدائن للمتعاقد أن يطالب الإدارة بحقوق مدينه وفقا للقواعد المقررة في هذا الخصوص².

وتجدر الإشارة إلى أن السلطة الإدارية المختصة بالموافقة على التعاقد من الباطن والتنازل عن العقد هي ذاتها المختصة بإبرام العقد طبقا لقاعدة توازي الاختصاصات³.

كما أنه يجب أن نوضح بأنه إذا كان تنازل المتعاقد عن تنفيذ العقد للغير هو أمر في الأصل محظور، إلا إذا تم النص على جوازه في العقد، وكانت موافقة الإدارة صريحة بشأنه على أساس تحقيق الصالح العام على نحو ما سبق شرحه. فإن رفض الإدارة السماح للمتعاقد معها بأن يتعاقد من الباطن مع الغير لتنفيذ جزء من التزامه التعاقدية يجب أن يستند إلى أسباب معقولة تتصل بالصالح العام، كما في حالة ضعف كفاءة من يرغب المتعاقد في التعاقد معه من الباطن من الناحية المالية والفنية، فإذا كانت الأسباب التي تذرعت بها الإدارة في رفض طلب المتعاقد في التعاقد مع الغير من الباطن غير وجيهة جاز له اللجوء

¹- حكم محكمة القضاء الإداري المصرية الصادر في 1957/01/27. أشار إليه د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص 420.

²- د. سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 423.

³- د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، تنفيذ العقد الإداري، المرجع السابق، ص 263. ولقد حصر المشرع الجزائري هذه السلطات الإدارية في نص المادة 04 من المرسوم الرئاسي 247/15 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، السابق الذكر.

إلى قاضي العقد للحصول على حكم منه بإلغاء القرار الصادر برفض الموافقة، كما أن له حق طلب فسخ العقد لخطأ الإدارة أو الحكم بالتعويض عن الأضرار التي تلحقه من جراء هذا الرفض، فحق الإدارة في الرفض يندرج في باب السلطة التقديرية، وهذه السلطة مشروطة بحسن استعمالها ومقيدة باستهداف الصالح العام دائماً¹.

بقي لنا أن نشير إلى أنه يجب التمييز بين التنازل عن العقد كلياً أو جزئياً، وبين الاتفاقات التي قد يبرمها المتعاقد بقصد تسهيل مهمته في تنفيذ التزاماته التعاقدية، سواء فيما يتعلق بحصوله على الموارد المالية أو الاستعانة بالخبرات الفنية أو شراء الأصناف المطلوب توريدها... الخ. فهذا النوع الثاني من التعاقد جائز كقاعدة عامة، ذلك أن هذه الاتفاقات الخاصة بطلب المعاونة والتي تسهل عملية التنفيذ هي من صميم اختصاص المتعاقد تفريعاً على حريته في اختيار أسلوب الوفاء بالتزاماته ولا يقيد بشأنها إلا بنص صريح في العقد أو في اللوائح والقوانين بهذا الصدد².

كما أنه من المنطقي أن يستعين المتعاقد بمعاونين إذا كانت طبائع الأمور والعرف تتطلب ذلك، هذا ما أكدت عليه المحكمة الإدارية العليا بمصر، حيث قررت أنه: " لا يسوغ القول بأن يقوم المتعهد الأصلي بتنفيذ التزامه وحده من غير الاستعانة بمجهودات غيره في أعمال التنفيذ وإلاّ وضع أمام استحالة مطلقة، وأنه بالبناء على ما تقدم وإذا جرى العرف على السماح بهذه الاستعانة في الحدود المقررة والجائزة في العقود الإدارية ... " ³.

ورأينا أنه لا يقصد بالأداء الشخصي للعمل أو الخدمة موضوع الصفقة أن يلتزم المتعامل المتعاقد بأداء الخدمة دون مساعدة من الغير أو الاستعانة بهم لتنفيذ المشروع محل العقد، لأن ذلك أمر مستحيل، ذلك لأنه عادة ما يحتاج المتعاقد إلى الغير لتنفيذ عقده الإداري، ويكون ذلك طبعاً تحت إشرافه ضمن مسؤولياته الكاملة.

¹- د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الوجيز في الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص 194، 195.

²- د. سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 421.

³- حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية بتاريخ 1966/05/14، سنة 16، ص 658. أشار إليه د. نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص 99.

أما بالنسبة للحال في الجزائر فيما يتعلق بهذا الالتزام فإن المتعامل المتعاقد ملزم بالتنفيذ شخصيا لعقده وبالطريقة والكيفية التي ارتضاها واختارها وإلاّ تعرض للجزاء، وإذا لم ينص المشرع الجزائي في تشريع الصفقات العمومية على حالة التنازل عن العقد إلاّ أنه تناول التعاقد من الباطن في المواد من 140 حتى 144 من المرسوم الرئاسي 247/15 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام تحت عنوان "المناولة"، إذ سمح للمتعامل للمتعاقد التعاقد من الباطن من أجل تنفيذ جزء من الصفقة، شريطة أن لا تتجاوز المناولة 40% من المبلغ الإجمالي للصفقة مع احترام الشروط الواردة في المادة 143 من نفس المرسوم، أهمها أن يحدد المجال الرئيسي لتدخل المناولة صراحة في دفتر الشروط إذا أمكن ذلك وفي الصفقة شرط أن يحظى اختيار المناول وشروطه المتعلقة بالدفع من طرف المتعامل المتعاقد وجوبا بموافقة المصلحة المتعاقدة مقدما وكتابيا وذلك بعد التأكد من قدراته التقنية والمهنية والمالية، وضرورة أن تسلم وجوبا نسخة من عقد المناولة للمصلحة المتعاقدة من طرف المتعامل المتعاقد.

ويبقى حسب المادة 141 من نفس القانون المتعامل المتعاقد هو المسؤول الوحيد تجاه المصلحة المتعاقدة عن تنفيذ جزء الصفقة المتعامل فيها بالمناولة.

وقد تناولت المادة 142 من نفس المرسوم حالة التعاقد من الباطن أو المناولة بدون موافقة المصلحة المتعاقدة، والذي يشكل خطأ تعاقديا ومنحت الحق للإدارة بتوقيع الجزاءات على المتعاقد الأصلي بعد اعذاره، وهذا اتجاه محمود للمشرع الجزائري إذ وفر ضمانا للمتعاقد مع الإدارة رغم إخلاله بالتزاماته وهي ضرورة اعذاره قبل توقيع الجزاء عليه مما قد يدفعه إلى تدارك تقصيره، هذا ما يجنبه حتما توقيع الجزاء عليه، حيث نصت المادة 142 من نفس المرسوم أنه: "... تلزم المصلحة المتعاقدة التي تعلم بتواجد مناوّل غير مصرح به في مكان تنفيذ الصفقة بإعذار المتعامل المتعاقد بتدارك هذا الوضع في أجل (08) أيام وإلاّ اتخذت ضده تدابير قسرية".

هذا ما أكدت عليه أحكام دفتر الشروط الإدارية العامة المتعلقة بوزارة تجديد البناء والأشغال العمومية والنقل¹. سواء فيما تعلق بالتعاقد من الباطن أو التنازل عن العقد بدون إذن صريح من الإدارة. حيث نصت المادة 11 منه تحت عنوان حظر التنازل للغير أو المشاركة بدون إذن أنه: "

1- لا يجوز للمقاول التنازل عن جزء أو كل مقاولته لمقاولين فرعيين أو تقييم مساهمة منها لشركة أو جماعة بدون إذن صريح من الإدارة.

2- وفي كل الأحوال يبقى المقاول مسؤولاً شخصياً سواء كان تجاه الإدارة أو اتجاه العمال والغير.

3- إذ قام المقاول دون إذن بالتعاقد مع مقاول فرعي أو قام بالمشاركة على الصفقة مع شركة أو جماعة يجوز عند ذلك ودون إعدار سابق تطبيق الإجراءات المنصوص عليها بالمادة 35 الواردة فيما بعد ". والمادة 35 من نفس المرسوم، دفتر الشروط تتعلق بالتدابير القسرية أي الجزاءات التي توقع على المقاول الذي يخل بالتزامه.

ومما تقدم فانه من الواضح أنه بالنسبة لالتزام المتعاقد بتنفيذ العقد شخصياً في إطار العقد الإداري بالنسبة للنظام القانوني الجزائري لا يختلف عما سبق شرحه، إذ المستقر عليه أنه يلتزم المتعاقد بتنفيذ عقده شخصياً، ومتى لجأ المتعاقد إلى تنفيذ العقد كلياً أو جزئياً عن طريق متعاقد آخر ما سميناه سابقاً التنازل عن العقد أو التعاقد من الباطن الذي يسميه المشرع الجزائري المناولة دون موافقة من الإدارة أو إذن صريح منها، فان ذلك يشكل خطأ عقدياً من قبله يستلزم توقيع الجزاء عليه من قبل الإدارة المتعاقدة معه.

وبقي لنا في هذا المقام أن نبين الحلول الواجبة الإلتباع في حالة وفاة المتعاقد أو في حالة إفلاسه وإعساره وحالة انحلال الشركة إذا كان المتعاقد عبارة عن شركة، هذا ما يفيدنا فيما بعد في كيفية توقيع الجزاءات بالنسبة لهذه الحالات.

¹- دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الشغل المتعلقة بوزارة تجديد البناء والأشغال العمومية و النقل لسنة 1964، المصادق عليه بموجب القرار الصادر عن وزير تجديد البناء والأشغال العمومية والنقل، المؤرخ في 16 رجب 1384هـ الموافق ل 21 نوفمبر 1964، المنشور بالجريدة الرسمية رقم (06)، المؤرخة في 17 رمضان 1384 الموافق ل 19/01/1965.

فبالنسبة لوفاة المتعاقد فانه في فرنسا يرجع مجلس الدولة الفرنسي عادة إلى شروط العقد وإلى دفاتر الشروط لترتيب الآثار التي تتولد عن هذه الواقعة، فإذا لم يرد فيها شيء بهذا الخصوص فإن الفقه يرجح حق الإدارة في فسخ العقد، والتزام الورثة بالاستمرار في تنفيذ التزامات المتعاقد المتوفي إذا لم ترد الإدارة فسخ العقد¹. ويبقى للإدارة حق الفسخ إذا ما قدرت أن شخصية المتعاقد المتوفي تمثل الضمانة الأساسية أحسن التنفيذ².

وفي مصر فقد حسم المشرع الموضوع في المادة 77 اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات رقم 89 لسنة 1998 حيث اتفق مع الوضع السائد في فرنسا. إذ الموت بذاته لا ينهي العقد بقوة القانون، ولكنه يخول الإدارة بين فسخه وبين السماح للورثة بالاستمرار في التنفيذ. بشرط أن يعينوا عنهم وكيلًا بتوكيل مصدق على التوقيعات فيه ويوافق عليه رئيس الإدارة المركزية المختص، كما أن المشرع المصري عالج حالة جديدة، وهي حالة تعدد المتعاقدين وموت أحدهم أو بعضهم وقد أُجري عليها الحكم الخاص بالورثة³.

أما بالنسبة للوضع في الجزائر فالمشرع الجزائري لم ينظم هذه المسألة في قانون الصفقات العمومية، وإذا حدث مشكل من هذا النوع نرجع إلى دفتر الشروط العامة أو دفتر الشروط الخاصة، حيث نجد نص المادة 37 من دفتر الشروط العامة المطبقة على صفقات الأشغال لسنة 1964 حيث تنص على: " وفاة المقاول أو إفلاسه و تسوية إفلاسه القضائية :

1- الوفاة: يفسخ العقد بحكم القانون وبدون تعويض في حالة وفاة المقاول، باستثناء الحالة التي تقبل فيها الإدارة العروض التي قد يتقدم بها إليها ورثته لتكميل الأشغال". ففي كل الأحوال تكون السلطة التقديرية للإدارة المتعاقدة لتقدير الاستمرار في تنفيذ العقد مع الورثة إذا توافرت فيه الشروط القانونية اللازمة أو تقدير الفسخ إذا كان ذلك محققا للصالح العام.

¹- د. سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 427.

²- د. نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص 102.

³- د. سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 429.

ومما يتصل بهذه الحالة حالة انحلال الشركة المتعاقدة، إذ يؤدي انحلالها إلى إنهاء العقد لأن الشركة وهي شخص مجازي معنوي لا ورثة لها، ولكن العقد لا ينتهي إلا بعد إتمام إجراءات الحل نهائياً، أما في فترة التصفية تكون الشركة قائمة قانوناً وبالتالي يكون عليها - ولها- الاستمرار في تنفيذ العقد¹.

وليس للإدارة أن تستند إلى مجرد حالة التصفية لإنهاء العقد بشرط ألا ينص العقد على غير ذلك².

وبالنسبة لحالة إفلاس المتعاقد أو إعساره فأولاً لا بد من الإشارة إلى أنه لا يقرر الإفلاس إلا بموجب حكم قضائي يقدر التوقف عن الدفع فيرتب عليه شهر إفلاس المدين التاجر، ويرتب الإفلاس أثراً تتعلق بذمة المفلس وتتمثل بصفة أساسية في غل يده عن أمواله عقب صدور حكم الإفلاس، ويضاف إلى ذلك أن المشرع لا يقر جميع التصرفات التي قام بها المدين في الفترة بين تاريخ توقفه عن الدفع وتاريخ صدور حكم الإفلاس³.

وفي فرنسا فإن مجلس الدولة الفرنسي يرجع هنا إلى شروط العقد لمعرفة أثر الحالة الجديدة على استمرار العقد ، ويعمل تلك الشروط فإذا لم يجد فيها حلاً فإنه يطبق القاعدة التي بمقتضاها لا يؤدي الإفلاس أو الإعسار بذاته إلى إنهاء العقد، وإنما يكون للإدارة في هذه الحالة أن تفسخ العقد إذا رأت أن الصالح العام يقتضي ذلك⁴.

ولقد حسم المشرع المصري هذه المسألة كذلك في المادة 24 من القانون الحالي لتنظيم المناقصات والمزايدات رقم 89 لسنة 1998 إذ لم يمنح للإدارة سلطة تقديرية في فسخ العقد في حالة إفلاس المتعاقد أو إعساره، بل جعل الفسخ إجبارياً في هذه الحالة، أي لم يترك لها حرية الاختيار بين فسخ العقد أو عدم فسخه، إنما فرض عليها وجوب إصدار قرار بفسخه في هذه الحالة⁵.

1- د. سليمان الطماوي، المرجع نفسه، ص 429.

2- د. نصر الدين بشير، المرجع السابق، ص 149.

3- د. نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص 105، 106.

4- د. سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 429، 430.

5- د. نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص 108؛ د. نصر الدين بشير، المرجع السابق، ص 149.

أما بالنسبة لموقف المشرع الجزائري فيما يخص هذه الحالة، فيمكننا القول بأن المشرع لم يتعرض لهذه المسألة، لذا ترجع الإدارة إلى دفتر الشروط العامة أو الخاصة لتبحث عن حل لهذه الحالة، وهل تؤدي إلى فسخ العقد أم لا، وفي هذا الصدد نجد نص المادة 37 من دفتر الشروط العامة المطبق على صفقات الأشغال لسنة 1964 تنص على : " 2- الإفلاس أو التسوية القضائية.

أ- يفسخ العقد كذلك بحكم القانون وبدون تعويض في حالة إفلاس المقاول وباستثناء الحالة التي تقبل بها الإدارة العروض التي يمكن أن يتقدم بها وكيل دائنين التفليسة لمتابعة المقاول وذلك في الحالة التي تسمح له فيها المحكمة بمتابعة استغلال المشغل. ويفسخ العقد كذلك في حالة التسوية القضائية التي لا يسمح فيها للمقاول بمتابعة استغلال مشغله.

ب- وعلى كل تنفذ الإدارة تلقائيا وعلى عهدة المقاول التدابير الاحتياطية أو التأمينية التي يتجلى أمر استعجالها بانتظار قرار المحكمة النهائي".

والأصل إذن طبقا لهذه المادة أنه يتم فسخ العقد بقوة القانون وبدون تعويض في هذه الحالة، إلا إذا سمحت المحكمة بمتابعة استغلال المشغل ويتقدم وكيل دائنين التفليسة بعرض للإدارة بمتابعة تنفيذ المقاول وقبلت الإدارة بذلك.

أما إذا لم يسمح للمقاول بمتابعة استغلال مشغله في حالة التسوية القضائية عند إفلاسه أو إعساره فإن العقد يفسخ.

وعلى العموم فإنه تجدر الإشارة إلى أنه لا يجوز للإدارة العامة التعاقد مع مقاول تعرض للإفلاس قبل إبرام العقد. لأنه توجد في كل إدارة عمومية قائمة المقاولين المفلسين وقائمة للمقاولين المسجلين في القائمة السوداء حتى تتجنب الإدارة التعامل معهم لكي لا تعرض المصلحة العامة للخطر.¹

¹- المادة 75 من المرسوم الرئاسي 247/15 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام التي تؤكد على ذلك، والتي تندرج ضمن القسم الرابع المعنون ب: حالات الإقصاء من المشاركة في الصفقات العمومية؛ عليوات ياقوتة، المرجع السابق، ص 208.

الفرع الثالث: التنفيذ غير المطابق للالتزامات التعاقدية.

يلتزم المتعاقد مع ككل متعاقد بالوفاء بالتزاماته التعاقدية وفقا لشروط العقد و القواعد العامة المقررة بهذا الشأن من نصوص قانونية أو لائحية أو أوامر إدارية وأعراف وعادات مرعية في العقود ذات الصلة بالأعمال التجارية.¹

بالإضافة إلى ذلك يتعين على المتعاقد مع الإدارة احترام دفاتر الشروط باعتبارها تشكل جزءا من العقد الإداري، وضرورة الالتزام بما توجهه إليه الإدارة من تعليمات خاصة بالتنفيذ في الحدود المقررة لها حسب مبادئ القانون العام.²

حيث أنه غالبا ما يتضمن دفتر شروط العقود الإدارية بيانا أو بندا تكميليا يوضح شروط دخول الصفقة حيز التنفيذ إلى جانب تبيان موضوع العقد محددا وموصوفا وصفا دقيقا.³ فبموجب العقد يتحدد موضوع الالتزام المالي على عاتق المتعاقد مع الإدارة وبموجبه أيضا تتحدد أوصافه ومقاديره ومواعيد تنفيذه، فالعقد يعتبر وثيقة واجبة الاحترام بين الطرفين لأنها عبرت عن اتفاق إرادتيهما.

والنقطة الجوهرية بهذا الصدد هي معرفة محل العقد بصورة تامة من قبل المتعاقد، وذلك لكي يقوم بتنفيذ التزاماته على الوجه المطلوب وبطبيعة الحال يشترط في محل الالتزام المذكور ما يشترط في سائر الالتزامات وفق القواعد العامة في القانون المدني، وذلك بأن يكون أمرا أو شيئا موجودا أو قابلا للوجود، وأن يكون معينا أو قابلا للتعين وأن يكون أمرا مشروعا أو شيئا مما يجوز التعامل فيه، وبالتالي تكليف المتعاقد مع الإدارة بمستحيل يعتبر أمرا غير ممكن وكذلك لا يجوز تكليف المتعاقد بشيء غير ممكن إيجاده في المستقبل أو بعمل شيء خلاف النظام العام والآداب العامة.⁴

¹- عدنان عمرو، المرجع السابق، ص 200.

²- د. نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص 39.

³- المادة 95 من قانون تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام الجزائري رقم 247/15، السابق الذكر.

⁴- د. محمود خلف الجبوري، العقود الإدارية، المرجع السابق، ص 187، 188.

وبالتالي إن كان نص العقد يفرض على المتعاقد من الإدارة التزاما باستخدام مهندس تتوافر فيه شروط صلاحية معينة وإلاّ وقع عليه جزاء معين، فيجب عليه أن ينفذ هذا النص لأنه يستهدف تحقيق مصلحة المرفق العام الذي أبرمه العقد من أجله¹.

كذلك الحال إذا تعاقدت الإدارة مع أحد المقاولين على بناء مدرسة فتعيين هذه المدرسة يكون بمقتضى مواصفات وخرائط وتصاميم تفصيلية تتضمن بيان حجم وعدد الغرف والمرافق والصالات وغير ذلك مما يتفق عليه الطرفين، وعليه فحقوق كل من الطرفين والتزاماتهما تتحدد بناء على هذه المواصفات، عليه فإن المتعاقد يجب أن يلتزم بكل ما تم الاتفاق عليه من مواصفات وإلاّ كان عرضة لتوقيع الجزاءات عليه من قبل الإدارة.

وعليه فإن على المتعامل المتعاقد أن يتحمل نتيجة تعهده والتزامه بأن ينفذ موضوع العقد حسب ما تم الاتفاق في بنود العقد، بحيث تقوم مسؤوليته عن كل ما يتضمنه التنفيذ من عيوب لضمان العيوب².

حيث أنه من المسلم به أن المتعاقد مع الإدارة يلتزم بانجاز الأعمال محل التعاقد وفقا لما تم الاتفاق عليه في العقد، إلاّ أن مسؤوليته لا تنتهي بانجاز وتسليم الأشغال محل التعاقد بل تظل قائمة ويتحمل مسؤولية الضرر التي قد تترتب على أي عيب يظهر بعد استلام الأشغال³.

فكل مخالفة من المتعاقد لشروط العقد أو القواعد العامة المقررة أو ما يصاحب من وثائق كدفاتر الشروط الإدارية، أو نصوص قانونية أو لائحة لأوامر الإدارة وتعليماتها بالنسبة للعقد، أو حتى الأعراف والعادات المرعية في إطاره، تعتبر خطأ عقديا يستوجب توقيع الجزاءات عليه، خاصة وأن التزامه هذا هو التزام في الغالب الأعم التزام بتحقيق

¹- حكم المحكمة الإدارية العليا رقم 866 لسنة 11 قضائية بتاريخ 1969/11/08. أشار إليه أنس جعفر، العقود الإدارية دراسة مقارنة لنظم المناقصات والمزايدات وتطبيقية للقانون 89 لسنة الخاص بالمزايدات والمناقصات في مصر ولائحته التنفيذية مع دراسة لعقود الB.O.T ، ط 3، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2003، ص 173.

²- إسماعيل بحري، الضمانات في مجال الصفقات العمومية في الجزائر، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، الجزائر، سنة 2008/2009، ص 111.

³- عليوات ياقوتة، المرجع السابق، ص 211.

نتيجة، حيث يلتزم بتحقيق الغاية التي استهدفها المتعاقد بأدائه للعمل محل التعاقد، ولا يكفي لإبراء ذمته من الوفاء بهذا الالتزام إثباته أنه بذل عناية وجهدا في سبيل هذا الوفاء.

وهذه القاعدة تستند إلى فكرة سير المرفق العام بانتظام واضطراد وعدم تعريض هذا السير المستمر والمنتظم للخطر¹.

ولأنه لا تكليف بمستحيل ولا عقاب إلا عن خطأ فلا قيام للمسؤولية العقدية للمتعاقد إذا حالت قوة القاهرة دون وفائه بالتزامه التعاقدية بتنفيذ العقد، هذا ما أكدت عليه المحكمة الإدارية العليا المصرية حيث قدرت أن القوة القاهرة تؤدي إلى انقضاء الالتزام التعاقدية، كما ذهبت إلى أنه لا يجوز أن يعدل المتعاقدين باتفاقيهما، من أثر القوة القاهرة، فيتفقا مثلا على أن يتحمل المدين " المتعاقد " هذا الأثر².

بالإضافة إلى ما سبق ذكره فإنه يجب على المتعاقد مع الإدارة أن ينفذ التزاماته بطريقة سليمة وعناية تامة، وهذا الواجب يتطلب من المتعاقد دراية كافية بالشؤون الفنية وخبرة في مجال الأعمال التي يمارسها وذلك حسب طبيعة العقد، ففي عقود الأشغال العامة مثلا على المقاول أن يهيئ ويوفر جميع مستلزمات العمل التي تمكنه من أداء عمله بشكل مرضي، بما في ذلك استخدام مهندسين وعمال ماهرين ومساعدین فنيين للإشراف على العمل بشكل صحيح ويكون المتعاقد مسؤولا عن هؤلاء أمام الإدارة من كافة الوجوه. كما يلتزم بالنسبة لهذا النوع من العقود بوضع قائمة بأسماء المستخدمين في ورشاتهم تحت تصرف المصلحة المتعاقدة أو مفتشية العمل، فمن الواجب عليه أن يوفر الجو الملائم لتنفيذ المهمة الموكلة له ولمستخدميه، كاتخاذ الاحتياطات الكافية لوقايتهم من أخطار العمل والحوادث أو دفع أجورهم المستحقة لهم³.

كذلك الأمر بالنسبة لعقد التوريد فإذا كان منصبا مثلا على توريد مكائن ومعدات فإن المجهز يلتزم بتغليفها وتعبئتها في صناديق عند الاقتضاء (خاصة في العقود التي تبرم مع

1- د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، تنفيذ العقد الإداري، المرجع السابق، ص 251.

2- حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية رقم 1130 لسنة 12 قضائية جلسة 1969/02/15 والجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع لمجلس الدولة. فتوى رقم 337 في 1993/04/29 جلسة 1993/03/02. أشار إليها د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع نفسه، ص 250، 251.

3- إسماعيل بحري، المرجع السابق، ص 111.

شركات أجنبية)، وذلك بغية تأمين إيصالها بحالة سليمة مع بيان أرقامها إذا كان عددها كبيرا ووضع علامات أو تنبيهات على الصناديق مثل عبارة (القسم العلوي) أو (لا تقلب المادة) أو (قابلة للكسر) أو (تحمل بعناية) أو تحفظ في محل جاف ... الخ، وكذلك يجب أن تكون نوعية المكان والمعدات والمواد المجهزة طبقا للمواصفات الفنية المتعاقدة عليها، كما سبق ذكره.

كما عليه أن يزود الإدارة بالوثائق والمستمسكات الآتية: وثيقة التعليمات والكتالوجات الخاصة بقطع الغيار وخرائط الصيانة، تعليمات الصيانة وتكون على نوعين، النوع الأول تعليمات الصيانة الوقائية التي تبين أساليب التنظيف ... الخ، النوع الثاني تعليمات التصليح والتنظيم التي توضح كيفية رفع واستبدال الأجزاء التركيبية للمعدات ودليل اكتشاف ما يطرأ من خلل عليها ... الخ، كتالوجات الأدوات الاحتياطية، الخرائط التفصيلية التي يجب تجهيزها بحيث تمكن عاملي الصيانة من القيام بالصيانة على الوجه الأكمل¹.

وعلى هذا الأساس وبصفة عامة فانه على المتعاقد مع الإدارة أن يبذل عناية تامة في تنفيذ التزاماته التعاقدية بما يجعل الأعمال المنفذة من قبله تتسجم مع الغرض المطلوب، وكذلك العناية بالظروف الطارئة على العقد كتوفير تأمين المواد ومستلزمات العمل القائم به².

ومع ذلك فان النواقص الطفيفة التي تنتاب العقد في تنفيذه لا تستوجب فسخه³.

وعليه فان كل مخالفة لهذا الالتزام من قبل المتعاقد يشكل خطأ عقديا ويجعل تنفيذه للعقد غير مطابق مما يبرر للإدارة استخدام أخطر سلطاتها، وهي سلطة توقيع الجزاءات عليه وكل هذا مرتبط بتنفيذ المتعاقد مع الإدارة لالتزاماته وفقا لمبدأ حسن النية، على نحو ما سبق شرحه. والذي يفترض فيمن يتعاقد مع الإدارة أن يكون أمينا وحريصا على المصلحة

¹- د. محمود خلف الجبوري، العقود الإدارية، المرجع السابق، ص 189، 190.

²- د. عاقب نبيلة، مرجع السابق، ص 34.

³- د. محمود خلف الجبوري، المرجع السابق، ص 192.

العامة التي يريد تحقيقها بواسطة العقد وهو يعتبر أصل عام من أصول القانون يطبق في العقود الإدارية والعقود المدنية¹.

وعلى هذا الأساس فإنه يجب على المتعاقد أن لا يكون مغاليا في الإفادة من العقد بأرباح طائلة على حساب تحقيق المصلحة العامة وإلا كان ذلك سببا لتوقيع الجزاء عليه.

الفرع الرابع: عدم تنفيذ الالتزامات التعاقدية في الأجل المتفق عليه.

يقع على المتعاقد مع الإدارة التزامه بتنفيذ العقد في المدة المتفق عليها في العقد وأن لا يتباطئ في ذلك التنفيذ وإلا كان مخلا بالتزاماته كما يترتب عليه لجوء الإدارة إلى توقيع جزاءات عليه بفرض الغرامات التأخيرية عليه.

والتزام المتعاقد بالتنفيذ في المواعيد المحددة يعتبر التزاما جوهريا وأساسيا، على اعتبار أن تحديد مدة التنفيذ ومواعيده تفترض أن حالة المرفق العام تستلزم أدائه في هذا الوقت دون تباطؤ وهو ما ينعكس أثره على تأمين وضمان سير المرفق العام بانتظام واضطراد².

وفكرة ميعاد التنفيذ في العقود الإدارية بالمفهوم الأكثر اتساعا تأخذ مظهرين، حيث أن العقد قد ينص على تنفيذ المتعاقد لالتزاماته في تاريخ معين (تنفيذ أشغال عامة أو توريد كمية معينة) وقد يقضي بأن تمتد التزاماته حتى الوصول إلى أجل معين كعقد التزام المرفق العام الذي يبرم لمدة محددة، ومما لا شك فيه أن المظهر الأول لفكرة ميعاد التنفيذ في العقود الإدارية هو الذي يعبر عن المعنى المحدد والوثيق الصلة بميعاد تنفيذ الالتزامات التعاقدية، حيث أن الفرض الثاني يعبر بالأحرى عن مدة العقد والتي تخرج عن نطاق دراستنا³.

¹- فتوى الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع بمجلس الدولة بجلستها المنعقدة ب 1994/01/19 السابق ذكرها؛ أحمد محمود جمعة، المرجع السابق، ص 209.

²- د. نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص 47.

³- د. مدحت أحمد يوسف غنايم، المرجع السابق، ص 40.

ففي هذا المظهر الأخير ينص العقد على امتداد نشاط المتعاقد إلى نهاية الأجل، وذلك يدخل في نطاق مدة العقد والتي تعتبر عنصرا في نطاق العقود الزمنية، كعقد الالتزام الذي يبرم لمدة محددة من السنين¹.

فمدة أو ميعاد التنفيذ الذي هو موضوع بحثنا وفقا للمظهر الأول السابق ذكره يعرف على أنه المواعيد المنصوص عليها بالعقد أو كراسة الشروط الخاصة به لإنهاء العمل محل العقد².

وعادة ما تحدد العقود الإدارية مدة تنفيذ العقد والتي تختلف من عقد إلى آخر بنصوص صريحة، فيتم التوافق عليها برضا أطراف العقد، والإدارة من حيث المبدأ لا تستطيع فرض مهل غير متوافق عليها في العقد، وهذا المبدأ ينطبق على كافة العقود الإدارية³، إلا إذا قضى العقد ذاته بحق الإدارة في تحديد ميعاد التنفيذ عن طريق أوامر المرفق⁴.

وتجدر الإشارة إلى أن عدم النص في العقد على مواعيد التنفيذ فإن ذلك لا يعني تحرر المتعاقد مع الإدارة من احترام أي ميعاد للتنفيذ وحرية في تأجيل تنفيذ التزاماته إلى ما لا نهاية، فالنصوص الخارجية عن العقد يمكن أن تحدد الميعاد الذي ينبغي أن ينجز المتعاقد خلاله التزاماته التعاقدية⁵. وإذا لم يحدد ميعاد تنفيذ العقد على أي نحو، فتقدر المدة العادية للتنفيذ بمراعاة ظروف كل حالة وقدرات المتعاقد وما يجري عليه العمل في العقود المماثلة والنية الحقيقية للطرفين وما شابه ذلك مما قد يساعد على تحديد هذه المدة⁶.

وإذا اتفق المتعاقد على تحديد مدة التنفيذ في العقد فإنه إعمالا لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين تكون هذه المدة هي المعول عليها في احتساب مدة التنفيذ، والأصل أن ينص العقد أو كراسة الشروط على مدة محددة لتنفيذ كافة أعمال التعاقد، ولكن قد يتفق المتعاقدان

¹- مريم محمد أحمد، المرجع السابق، ص 56.

²- د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، تنفيذ العقود الإدارية، المرجع السابق، ص 219.

³- د. نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص 48.

⁴- C.E 7 Fév. 1951, ville de Paris, p 76.

أشار إليه د. مدحت أحمد يوسف غنايم، المرجع السابق، ص 40.

⁵- C.E 13 Oct 1982, quettier, RD, p 1982. No 82.

أشار إليه د. مدحت أحمد يوسف غنايم، المرجع نفسه، ص 42.

⁶- عبد المجيد فياض، المرجع السابق، ص 140. وهذا ما أكدته فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في مصر بتاريخ 1902/11/01. أشار إليها، د. نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص 251.

على تقسيم التنفيذ إلى مراحل تحدد لكل مرحلة مدة زمنية معينة ضمن جدول زمني، وعلى المتعاقد احترام المدة أو المدد المحددة للتنفيذ.

وقد يحدث أحيانا أن يتقدم المتعاقد في عطائه بقدرته على التنفيذ في مدة محددة فإذا قبلت جهة الإدارة العطاء المحدد به المدة المقدرة للتنفيذ فجميع ما احتواه العطاء التزام عقدي، إذ قد تكون المدة المقترحة للتنفيذ من قبل المتعاقد هي سبب إرساء العقد عليه وقبوله من طرف الإدارة¹.

ويبقى لجهة الإدارة استنادا لطبيعة العقود الإدارية وأهدافها الحق في تعديل الأجل المقرر لإتمام الأعمال والذي سبق أن حددته حسبما تقتضيه ظروف المرفق الذي تستهدف تسييره، يستوي في ذلك أن يتم هذا التعديل قبل انتهاء الميعاد المتفق عليه أم بعد انقضائه وسواء بموافقة المفاوض من عدمه، بيد أنه في حالة قيام جهة الإدارة بتعديل الأجل المقرر لإتمام الأعمال يسقط حقها في على نحو ما تقدم في اقتضاء غرامة التأخير المستحقة على الفترة التي امتد إليها الأجل الجديد².

وتبدأ مدة التنفيذ من التاريخ المحدد بالعقد أو بعمل مادي تقوم به الإدارة كتسليمها المتعاقد معها موقع العمل بالنسبة لعقد المفاوضة أو تسليمه العينات بالنسبة لعقد التوريد³، والواقع فإن كراسات الشروط الإدارية العامة تحدد نقطة انطلاق ميعاد التنفيذ من حيث المبدأ من تاريخ إعلان العقد، كما يعتد القضاء بهذا التاريخ وذلك عندما لا يتضمن العقد نصا بهذا الشأن⁴، كما أنه إذا خلا العقد من تحديد موعد البدء في تنفيذه، يبدأ كما يراه بعض الفقه من تاريخ الإخطار بالعقد⁵.

¹- د. نصر الدين بشير، المرجع السابق، ص 131.

²- فتوى رقم 364 في 2003/05/25 ملف رقم 402/1/54. أشار إليه د. مدحت أحمد يوسف غنايم، المرجع السابق، ص 41.

³- د. نصر الدين محمد بشير، المرجع السابق، ص 132، 133.

⁴- د. مدحت أحمد يوسف غنايم، المرجع السابق، ص 43.

⁵- د. نصر الدين محمد بشير، المرجع السابق، ص 132.

وفي العقود التي تتضمن مراحل مختلفة فإن ميعاد تنفيذ كل سلسلة أو مرحلة يبدأ ما لم يوجد تحديدا في العقد من تاريخ إعلان أمر تنفيذ المرحلة المعنية.¹

وتجدر الإشارة إلى أن هناك أهمية بالغة لتحديد بدء سريان مدة تنفيذ العقد الإداري باعتبارها النقطة التي يبدأ منها حساب هذه المدة، وقد يكون بدأ تحديد مدة سريان العقد مرتبطا وفق العقد بقرار يصدر عن الإدارة يتضمن إعلانه عن تاريخ بدء تنفيذ الأعمال.

وفي هذه الحالة الأخيرة لا يجوز احتساب مدة التنفيذ من تاريخ المصادقة على العقد، على أنه يجب أن يصدر الأمر من الإدارة في مدة معقولة وبخلافه لا تستطيع الإدارة أن تنسب عدم تنفيذ العقد إلى المفاوض.²

ويبقى التاريخ المحدد في العقد هو التاريخ المعول عليه حتى لو بدأ المتعاقد بتنفيذ العقد قبل هذا التاريخ، إلا أن المتعاقد يستطيع أن يتمسك بتاريخ البدء بالتنفيذ الفعلي في مواجهة الإدارة عندما تهمل هذه الأخيرة إعطائه أمر بدء التنفيذ المنصوص عليه في العقد.³

وتجدر الإشارة كذلك أنه إذا تم الاتفاق على الميعاد في العقد فيجب ألا تقتصر المدة المتفق عليها بأية تحفظات، كأن يوجد المتعاقد شروطا للبدء في التنفيذ، أو أن توجد الإدارة عوائق في ميعاد البدء بالتنفيذ يكون من شأنها الحيلولة دون البدء في تنفيذ العقد الإداري.⁴

ولميعاد تنفيذ الالتزامات القانونية طابع ملزم فالمتعاقد يلتزم بتنفيذ التزاماته في المواعيد المحددة، وعليه فيفترض في المتعاقد مع الإدارة أن يعمل ما بوسعه من أجل إنجاز جميع التزاماته التعاقدية خلال المهلة الزمنية المحددة في العقد تحت طائلة إنزال العقوبات بحقه من قبل الإدارة لأنه في حالة التأخير في تنفيذ العقد وفق المدة المحددة يتعرض المتعاقد مع الإدارة لفرض العقوبات عليه من قبل الإدارة وقد تكون هذه العقوبات قاسية أو خفيفة، وتخضع هذه العقوبات لرقابة قاضي العقد حتى في حالة النص عليها في بنود العقد، وعند

¹- د. مدحت أحمد يوسف غنايم، المرجع السابق، ص 43.

²- مريم محمد أحمد، المرجع السابق، ص 57، 58؛ نجد حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن رقم 1118/25/118، جلسة 1986/01/16 أشار إليه د. نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص 49.

³- د. عبد المجيد فياض، المرجع السابق، ص 140 وما بعدها.

⁴- مريم محمد أحمد، المرجع السابق، ص 57.

عدم النص عليها فان ذلك لا يعني أنه لا يوجد مسؤولية على المتعاقد ، فهذه المسؤولية تبقى قائمة حين يسبب التأخير ضررا للإدارة¹.

ولعل أهم الجزاءات التي تملك الإدارة اتخاذها حيال المتعاقد معها المتأخر في الوفاء بالتزامه التعاقدية يتمثل في توقيع غرامة التأخير عليه، كما تملك الإدارة سحب العمل من المتعاقد و التنفيذ على حسابيه، كإجراء قصد به الحرص على تنفيذ أعمال العقد الإداري في الميعاد و لحث المتعاقد على الاستمرار في هذا التنفيذ². كل هذا غايته تحقيق المصلحة العامة المنشودة من التعاقد.

فالتزام تنفيذ العمل ضمن المدة المتفق عليها هو التزام بتحقيق نتيجة وليس ببذل عناية، فلا يعفى المتعاقد من المسؤولية في هذه الحالة حتى ولو أثبت أنه بذل عناية الشخص المعتاد بل يشكل ذلك خطأ جسيما³.

ولقد أكدت المحكمة الإدارية العليا المصرية على ضرورة التزام المتعاقد بمدد التنفيذ حيث قررت : "... وتأتي في مقدمة الالتزامات الملقاة على عاتقه (المتعاقد) التزامه باحترام مدد التنفيذ المنصوص عليها صراحة أو ضمنا وذلك على نحو يستلزم منه بذل جهده لضمان تنفيذ التزاماته الناشئة عن العقد الإداري في المواعيد المتفق عليها نزولا على مقتضى قاعدة سير المرافق العامة بانتظام واستمرار ... وإلا تعرض لتوقيع جزاءات عليه تملئها اعتبارات النفع والمحافظة على سير المرفق العام بانتظام واضطرابه"⁴.

وعليه فلا بد من أن نحدد مدة التأخير عن التنفيذ باعتبار أنها تكون السبب في توقيع غرامة التأخير على المتعاقد، فهي الفترة التي تكون عقب انتهاء المدة المقررة لتنفيذ الالتزام وتستمر حتى تمام تنفيذ العقد الإداري، والعقد الإداري هو الذي يحدد القاعدة التي تتبع في حالة التأخير من حيث تحديد فترات متعاقبة محدودة وبمعدلات غرامة متدرجة ارتفاعا أو ترك الفترة مفتوحة و بمعدل واحد ... الخ، والأصل في حساب مدة التأخير التالية لانتهاء

¹- د. نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص 56.

²- د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع السابق، ص 275.

³- مريم محمد أحمد، المرجع السابق، ص 60.

⁴- الطعن رقم 7957 لسنة 48 قضائية، جلسة 24 يناير 2006، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا المصرية، ص 322. أشار إليه، مريم محمد أحمد، المرجع السابق، ص 58، 59.

المدة المقررة للتنفيذ أنه يجري بصفة متصلة طوال مدة سير العمل كاملة وما دام التأخير مستمرا ولا وجه لأن يسقط منها أيام العطل والأعياد الرسمية، بدون أية استثناءات أو توقفات، إذ يجب التشديد في تطبيق عدم وقف فترة التأخير، إلا إذا ورد نص صريح في العقد بذلك، وبتفسير ضيق لأسباب الإيقاف، وكذلك لأسباب القوة القاهرة وفعل الإدارة، بأن عدلت الأجل الذي سبق لها وأن حددته، مثلا نصا يسقط حقها في اقتضاء غرامة التأخير المستحقة عن الفترة التي امتد إليها الأجل الجديد كما يمكن أن يتوقف حساب مدة التأخير إذا استعدت ذلك المصلحة العامة¹.

ويمكن أن يدخل في أسباب فرض غرامة التأخير على أساس التأخر في تنفيذ العقد عدم البدء في تنفيذ العقد، تخلف المتعاقد مع الإدارة عن تنفيذ العقد كليا².

والجدير بالذكر أنه إذا كان المتعاقد مع الإدارة ملزما بتنفيذ العقد وفقا للمدة المحددة في هذا العقد إلا أنه من الممكن إطالة مدة العقد عندما تستجد ظروف لم تكن متوقعة، وإطالة مدة العقد يمكن أن تتم بالتوافق بين الإدارة والمتعاقد أو بقرار من الإدارة، كذلك أيضا يكون تساهل من قبل الإدارة إذا كان سبب تأخير المتعاقد في تنفيذ العقد قوة القاهرة أو سبب فعل الإدارة³.

فإن قد تمنح الإدارة مهلة إضافية للمتعاقد معها للتنفيذ، ويكون ذلك اتفاقا على استكمال التنفيذ في زمن معين أي امتداد للعقد وبالتالي عدم الالتزام بالموعد الجديد يعد إخلالا بهذا العقد لعد الالتزام بالمدد الإضافية⁴، مما يخول لجهة الإدارة الحق في فرض الغرامة التأخيرية⁵.

وفي الجرائر فإنه كذلك يقع على عاتق المتعاقد مع الإدارة تنفيذ التزامه وإلا كان مخلا بالتزامه، مما يترتب عليه إمكانية لجوء الإدارة إلى توقيع جزاءات عليه بفرض

¹ - د. نصر الدين بشير، المرجع السابق، ص 138، 141.

² - منصور إبراهيم العنوم، "النظام القانوني لغرامة التأخير في العقود الإدارية - دراسة تحليلية مقارنة -"، مجلة الشريعة والقانون، كلية القانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، العدد 53، السنة 27، 2012، ص 359، 362.

³ - د. نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص 50، 51.

⁴ - د. نصر الدين بشير، المرجع السابق، ص 141، 142.

⁵ - عبد الرحمن عباس أديين، "الغرامات التأخيرية في العقود الإدارية"، مجلة جامعة بابل، كلية العلوم الانسانية، جامعة بابل، العراق، العدد 3، المجلد 22، 2014، ص 560.

الغرامات التأخيرية، ونظرا لأهمية مدة التنفيذ في العقد الإداري فيجب على الإدارة إدراج هذا الالتزام في العقد وفي كراسة الشروط. حيث نصت المادة 95 من المرسوم 247/15 السابق ذكره والمتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام والمندرجة تحت عنوان البيانات الإلزامية: " يجب أن تشير كل صفقة عمومية إلى التشريع والتنظيم المعمول بهما وإلى هذا المرسوم ويجب أن تتضمن على الخصوص البيانات الآتية : ... أجل تنفيذ الصفقة ..."¹.

فأجل تنفيذ الصفقة يعتبر من البيانات الإلزامية وفقا لنص هذه المادة، بالتالي فمدة التنفيذ يجب أن تحدد في نص العقد مما لا يجعل للمتعاقد أي عذر للتوصل من التنفيذ أو التراخي فيه وإدراج مدة التنفيذ في العقد إنما هي لضرورات سير المرفق العام بانتظام واضطراد، وإذا أخل المتعاقد مع الإدارة بالتزامه بالتنفيذ في الأجل المتفق عليه فانه يكون للإدارة الحق في توقيع الجزاءات عليه، وأخطر هذه الجزاءات هي الجزاءات المالية، وأهمها غرامة التأخير، حيث أن تجديد مدة التنفيذ في العقد تفيدنا في حساب عقوبات التأخير لصالح المصلحة المتعاقدة ، وتنص في هذا الصدد المادة 147 من قانون تنظيم الصفقات العمومية وتعويضات المرفق العام السابق الإشارة إليه تحت عنوان العقوبات المالية على أن: " يمكن أن ينجر عن عدم تنفيذ الالتزامات التعاقدية من قبل المتعاقد في الآجال المقررة...فرض عقوبات مالية دون الإخلال بتطبيق العقوبات المنصوص عليها في هذا التشريع المعمول به".

تحدد الأحكام التعاقدية للصفقة نسبة العقوبات المالية وكيفيات فرضها أو الإعفاء منها طبقا لدفاتر الشروط المذكورة في المادة 26 من هذا المرسوم باعتبارها والمادة 95 من نفس القانون والآنفه الذكر تنص أيضا على: "... ويجب أن تحتوي الصفقة العمومية فضلا عن ذلك على البيانات التكميلية الآتية : ... - نسب العقوبات المالية وكيفيات حسابها وشروط تطبيقها أو النص على حالات الإعفاء منها ...".

¹- المادة 12 من دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال العمومية والنقل، السابق ذكره تحت عنوان تحضير وتنفيذ الأشغال وأوامر المصلحة: "1- يجب على المقاول مباشرة الأشغال في الآجال المحددة في أوامر المصلحة الصادرة عن مهندس الدائرة أو المهندس المعماري". وعبرة يجب تتضمن التزاما على عاتق المقاول، إذ لا يجب عليه مخالفته.

عليه وحسب نصوص هذه المواد فإن المشرع الجزائري أقر للإدارة الحق في توقيع عقوبات مالية على المتعاقد معها الذي يخل بمدة التنفيذ المقررة في نصوص العقد ومنح للمتعاقدين حرية الاتفاق بصدد هذه العقوبات المالية وإدراجها في الصفقة.

وغاية هذه العقوبات المالية هو إجبار المتعاقد على التنفيذ، وذلك للحفاظ على استمرارية المرفق العام بانتظام واضطراب، مما يحقق النفع العام، سنفصل فيها لاحقا في الفصل الثاني من هذا الباب، ولقد أكد مجلس الدولة الجزائري على موقف المشرع في قراره المؤرخ 2009/09/12 الذي قضى ب: "... حيث أنه يستخلص من الوثائق والمستندات المودعة بالملف أن البلدية المستأنف عليها كانت قد أبرمت صفقة مع المستأنفة قصد انجاز جدارين سائدين لهضبة بتاريخ 2000/06/04 ... وحددت مدة الانجاز ب 06 أشهر ابتداء من تاريخ الأمر ببدء الأشغال الموافق ل 2000/09/19، حينئذ الأشغال لم تنجز في وقتها. وحيث أن التأخير في الانجاز ثابت وقائعه في دعوى الحال يترتب عنه الحق لصاحبة المشروع بفرض عقوبة التأخير وفق ما نص عليه عقد الصفقة وأحكام المرسوم السالف الذكر"¹.

لذلك فإن المتعامل المتعاقد عادة ما يقوم بوضع ما يعرف بخطط الانجاز، حيث يتطرق فيه إلى المراحل التي ستتم من خلالها انجاز الصفقة والذي يضم الفترة الممتدة بين إصدار الأمر ببدء الخدمة والأشغال إلى الاستلام المؤقت، ويضع نوع الآجال إذا كانت بالآجل الواحد الذي يلتزم فيه المتعاقد في يوم نهاية أجل الانجاز بتسليم الصفقة، ولا يجبر على الإسراع في الأعمال، أو الآجال المجزأة التي يقسم فيها المتعامل المتعاقد انجاز موضوع الصفقة إلى عدة مراحل جزئية، وعليه أن ينتهي من تنفيذ الأشغال طبقا لما تعهد به في مخطط الانجاز وعندما ينتهي من التنفيذ تتأكد المصلحة المتعاقدة من احترام مواعيد التنفيذ ويحرر بذلك محضر استلام مؤقت لموضوع الصفقة، وتؤسس كفالة الضمان التي تدوم عادة في صفقات الأشغال سنة وهذا كضمان للعيوب الخفية، أما العيوب الظاهرة فيتم اكتشافها عند الاستلام المؤقت.

¹- قرار مجلس الدولة الجزائري رقم 397692 المؤرخ في 2009/09/12 (غير منشور)، السابق الذكر؛ قراره رقم 036089 المؤرخ في 2007/10/17 (غير منشور)، السالف الذكر.

وبعد مرور أجل الضمان يتم ما يسمى بالتسليم النهائي أين يستلم المتعامل المتعاقد في أجل شهر واحد من تاريخ إمضائه محضر الاستلام النهائي بدون أي تحفظ أو عيب.¹

¹ - إسماعيل بحري، المرجع السابق، ص 112.

الفصل الثاني: حدود سلطة الإدارة في فرض الجزاءات على المتعاقد معها.

تعد العقود الإدارية من الوسائل المهمة التي تستخدمها الإدارة لتسيير مرافقها، لذلك تقوم الإدارة بتضمين العقد شروطا استثنائية بقصد ضمان تنفيذ العقد على الوجه الذي يحقق المصلحة العامة، هذا ما يجعل الإدارة في مركز أقوى من مركز المتعاقد معها.

فالإدارة تتمتع بامتيازات وسلطات واسعة في نطاق تنفيذ العقود الإدارية، ومن أهم تلك السلطات سلطة فرض الجزاءات التعاقدية. حيث تبين لنا مما تقدم أن الإدارة تتمتع بسلطة توقيع الجزاءات على المتعاقد معها بإرادتها المنفردة ودون حاجة للنص عليها في العقد، وحتى ولو لم يحصل للإدارة ضرر من جراء تقصير المتعاقد. ودون حاجة للجوء إلى القضاء مقدما. لكن تحت رقابته اللاحقة.

وإذا كانت سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات على المتعاقد في العقود الإدارية تمثل امتيازاً كبيراً للإدارة لا يعرفه العقد المدني، إلا أن هذا لا يعني أنها سلطة مطلقة، بل إن هناك حدوداً لممارسة هذه السلطة.

تمثل هذه الحدود أو الضوابط بشكل عام، ضمانات للمتعاقد في العقود الإدارية في مواجهة سلطة الإدارة بفرض الجزاءات عليه. وبالتالي تخلق هذه الضوابط بصفة عامة، نوعاً من التوازن بين حق الإدارة في ضمان سير المرافق العامة بانتظام واضطراد، وحق المتعاقد في معاملة عقدية عادلة. بالتالي لا تخرج الإدارة عن حدود المشروعية في إطار سلطاتها الجزائية، ولا يخرج المتعاقد معها عن نطاق المصلحة العامة. وعليه يمكن القول يتحقق التوازن بين مبدأ الفاعلية (المصلحة العامة) ومبدأ الضمان (مصلحة المتعاقد مع الإدارة) في إطار سلطة الإدارة في فرض الجزاءات على المتعاقد معها.

وبالتالي، يمكن القول أن هذه الضوابط لا تشكل فقط ضمانات للمتعاقد في مواجهة سلطة الإدارة بفرض الجزاءات عليه فقط، وإنما تتعدى ذلك لتشكل حماية لمبدأ المشروعية من جهة، وصيانة للمصلحة العامة من جهة ثانية.

وأهم ضمانات المتعاقد في هذا الإطار، تتمثل في ضمانات أو ضوابط تسبق اتخاذ الجزاء عليه، وهي ضرورة إعداره قبل اتخاذ الجزاء في حقه. وبالنسبة لهذه الضمانة يجدر بنا أن ننوه إلى أننا سنتناول دراسة الإعذار ونفصل في أحكامه باعتباره قاعدة عامة في نظرية الجزاءات في العقد الإداري. وهذا لا يعفينا من التطرق له في الباب الثاني من هذه الدراسة والذي يعتبر الجزء التطبيقي منها، إذ يتناول بالدراسة المفصلة كل جزاء على حدى. وبالتالي نتطرق للإعذار ضمن هذا الباب، عند دراسة كل نوع من تلك الجزاءات. وضمانة لاحقة لاتخاذ الجزاء وهي الرقابة القضائية على قرار الإدارة بفرض الجزاء عليه.

وعليه سنقسم الدراسة في هذا الفصل إلى مبحثين كما يلي:

المبحث الأول: الإعذار بتوقيع الجزاء على المتعاقد مع الإدارة.

المبحث الثاني: الرقابة القضائية على سلطة الإدارة في فرض الجزاءات على المتعاقد معها.

المبحث الأول: الإعذار بتوقيع الجزاء على المتعاقد مع الإدارة.

يجب على الإدارة أن تصدر الجزاء على المتعاقد معها في ظروف تضمن له التطبيق والنفاد، وهذا الأمر لن يتحقق ما لم تقم الإدارة بمراعاة الضوابط التي وضعها المشرع الإداري قبل اتخاذ أي إجراء جزائي.

ولا شك أن الإعذار باعتباره ضابطاً إجرائياً مهماً في العقود المدنية والإدارية على وجه العموم، يعتبر من الضوابط الأساسية لتوقيع الجزاء الإداري، ذلك أنه من المبادئ التي تقرها قواعد العدالة والإنصاف وتحرص على تحقيقها. وهو من الضمانات الهامة في نطاق العقود الإدارية. فمادام أن الهدف منه هو إعلام المتعاقد أنه قصر في تنفيذ التزاماته هذا ما قد يلحق الضرر بالمرفق العام المتصل بالعقد وهذا ما قد يخل بالمصلحة العامة. فإن هذا يلفت انتباهه إلى تدارك تقصيره في تنفيذ التزاماته، وتصحيح أخطائه تفادياً منه لتوقيع الجزاء عليه.

الفصل الثاني : حدود سلطة الإدارة في فرض الجزاءات على المتعاقد معها.

وبالتالي فالإعذار يمنح فرصة للمتعاقد لتصحيح أخطائه، قبل توقيع الجزاء عليه. فبالإعذار لا يكون الجزاء مفاجئاً على حين غرة للمتعاقد مع الإدارة، هذا ما يجنبه الخسائر الفادحة التي قد تلحق به لولا إعذار الإدارة له قبل توقيع الجزاء عليه.

فالإعذار إجراء ضروري لازم لصحة توقيع الإدارة للجزاءات التعاقدية. وأي قرار للإدارة بالجزاء، غير مسبوق بالإعذار، يكون معيباً من الناحية الإجرائية، يصبح قابلاً للبطلان.

إلا أن التزام الإدارة بضرورة إعذار المتعاقد معها قبل توقيع الجزاء عليه ليس التزاماً مطلقاً، بل ترد عليه بعض الاستثناءات التي بموجبها تعفى الإدارة من توجيه الإعذار السابق للمتعاقد المقصر، إذا ما اتجهت نيتها إلى توقيع الجزاء عليه.

وحتى يمكن معرفة هذا الضابط الإجرائي، وأثره في تحقيق مشروعية الجزاء الإداري، نقسم هذا المبحث كما يلي:

المطلب الأول: تعريف الإعذار ومدى وجوبه.

المطلب الثاني: شروط الإعذار.

المطلب الثالث: الإطار الشكلي للإعذار وحالات الإعفاء منه.

المطلب الأول: تعريف الإعذار ومدى وجوبه.

إن الإعذار بالجزاء يعد ضماناً من ضمانات المتعاقد مع الإدارة في العقود الإدارية في مواجهة سلطة الإدارة بفرض الجزاءات عليه كما تقدم.

وعليه سنتطرق إلى تعريفه. وتبيان مدى وجوبه. وذلك كما يلي:

الفرع الأول: تعريف الإعذار.

الفرع الثاني: مدى وجوب الإعذار.

الفرع الأول: تعريف الإعذار¹.

يقصد بالإعذار من الناحية الاصطلاحية الفقهية القانونية، طبقاً للقواعد العامة، وضع المدين الذي لم ينفذ التزاماته في موضع المقصر في التنفيذ بتسجيله عليه وفقاً للأوضاع التي يقررها القانون².

فالإعذار يعتبر بمثابة إعلان من جانب الدائن عن إرادته بشأن اقتضاء تنفيذ الالتزام الواقع عليه، وبالتالي فإن الغاية من الإعذار تكمن في إثبات تأخير المدين في الوفاء بالالتزام الواقع حيال دائنه، وفي القانون الفرنسي استقرت القاعدة على أن المدين متى لم يلتزم بالوفاء بالالتزام الواقع عليه، فإن على الدائن أن يبادر من فوره بإعذاره بالتنفيذ. وبناءً عليه، متى لم يبادر الدائن بإعذار المدين فإن التأخير في مثل هذه الحالة لن يكون له ثمة أهمية تذكر، ومن ثم لا يمكن اعتبار أن الدائن قد أضر من هذا التأخير، لأنه وكما سبقت الإشارة أن الإعذار هو إعلان عن إرادة الدائن في توجيه مدينه إلى أن يسارع بتنفيذ الالتزام. وفي سبيل إزالة هذه القرينة، يجب على الدائن أن يعذر مدينه بالطريق الرسمي. ومن تاريخ هذا الإعذار يعتبر المدين قد تأخر في الوفاء بالتزامه³. واعتباراً من هذا الوقت فقط يستحق التعويض العقدي⁴.

وبهذا فالإعذار هو إثبات حالة تأخير المدين في تنفيذ التزاماته إثباتاً قانونياً⁵. وعليه فالإعذار لا يمثل وسيلة يمكن من خلالها استبيان إرادة الإدارة في إحداث أثر قانوني جديد، وإنما هو إجراء تمهيدي يسبق توقيع العقوبة في حالة إخلال المتعاقد بالتزامه، وعليه يمثل الإعذار لفت انتباه للمتعاقد بضرورة مراجعة حساباته وتنفيذ التزامه على الوجه المطلوب سواء في إطار القانون الإداري أو المدني، وهو في ذات الوقت يمثل ضماناً مهمة للمتعاقد

¹ - الإعذار في الاصطلاح اللغوي، مصدره أعذر. وهو: رفع عنه الذنب واللوم فيه وأوجب له العذر. وأعذر من أنذر: كان معذوراً عنده، لأنه أنذره بما سيحل له؛ جبران مسعود، معجم الرائد، دار العلم للملايين، بيروت، لبنان، سنة 1992، ص 170.

² - د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، أحكام الالتزام، مؤسسة دار الكتب، الكويت، طبعة 1998، ص 49.

³ - د. طارق سلطان، سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات على المتعاقدين معها في العقود الإدارية وضوابطها - دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2010، ص 448.

⁴ - د. عبد المجيد فياض، المرجع السابق، ص 94.

⁵ - د. عبد المجيد فياض، المرجع نفسه، ص 93.

قبل الإدارة لحماية حقوقه من تسلط الإدارة وهيمنتها، حيث أنه لا يجوز لها توقيع هذه الجزاءات – كقاعدة- إلا بعد إعداره بالقيام بالتزاماته¹.

وتظهر أهمية إعدار المتعاقد من ناحيتين مختلفتين: أولهما تنبيهه إلى مخالفته وتقصيره التي قد تضر بالمرفق العام، ومن ثم يمكن له بعد إعداره أن يتدارك أمره ويقوم بتنفيذ التزاماته بصورة صحيحة، ومن ناحية أخرى فإن الإعدار يتضمن إنذار المتعاقد القصر بتعرضه للجزاء الذي تراه الإدارة مناسباً بحقه إذا استمر في مخالفة شروط العقد².

ونحن نؤيد الرأي الفقهي الذي يرى أن هذه الرخصة المخولة لجهة الإدارة في وجوبية أو جوازية الإعدار قبل توقيع الجزاء تبدو أكثر انسجاماً وتمشياً مع الأسس التي بني عليها القانون الإداري، في تحقيق المصلحة العامة، وبالتالي ومن باب الملائمة مع هذا الهدف لا يوجد تعارض بين وجوب الإعدار وإطلاق يد الإدارة في توقيع الجزاءات الإدارية، لما فيه من مراعاة أكثر لتحقيق العدالة والإنصاف³.

والمستقر عليه فقها وقضاء أن الإعدار إجراء واجب حتى في حالة عدم وجود نص يتطلبه. وعلى هذا الأساس قضى مجلس الدولة الفرنسي في قضية (veuve trompier)، بأنه طبقاً للمبادئ العامة للقانون المطبقة بذاتها حتى في حالة عدم وجود نص، أن الجزاء لا يمكن توقيعه قانوناً دون أن يحاط صاحب الشأن علماً بالاتهامات الموجهة إليه حتى يعد دفاعه، وأنه يجب تبعاً لذلك - أن يخطر صاحب الشأن مقدماً بأساس الاتهامات المنسوبة إليه، بحيث يتمكن من أن يبدي في هذا الموضوع جميع الملحوظات التي يقدر ضرورتها⁴.

ولا يقتصر الإعدار فقط، على إنذار موجه إلى المتعاقد، ولكنه يفرض على الإدارة منح مهلة معقولة للملتزم الذي لم يبذل كل جهده لتنفيذ التزاماته، وأن تناقش الإدارة معه ملاحظاته وأوجه دفاعه، وهو على هذا النحو - إذن - يعتبر من أهم الضمانات التي يتعين

¹ - نويميد أحمد محمد، التنظيم القانوني للجزاءات المالية في العقود الإدارية - دراسة مقارنة -، رسالة ماجستير، جامعة الإسكندرية، الإسكندرية، مصر، سنة 2016، ص 96، 97.

² - بلاوي ياسين بلاوي، المرجع السابق، ص 117.

³ - رأي، سعد محمد علي المري، نظرية الجزاءات في عقد الأشغال العامة - دراسة مقارنة في القانون المصري وقوانين دول مجلس التعاون الخليجي -، أطروحة دكتوراه، جامعة الزقازيق، الزقازيق، مصر، دون سنة، ص 118.

⁴ - Long, Weil, Braibant, Dellvolvé, et Genevois, les grands arrêts de la jurisprudence administrative, Dalloz, Paris, France, 2003, p 161.

الفصل الثاني : حدود سلطة الإدارة في فرض الجزاءات على المتعاقد معها.

توفيرها للمتعاقد، خاصة عند اتخاذ بعض الإجراءات، كفسخ العقد أو التنفيذ على حسابه، أو غيره من الجزاءات العقابية¹.

ولذا قُضي بأنه يتعين لتنفيذ العملية على حساب المَقول إخطاره بوقوع المخالفة بكتاب موصى عليه بعلم الوصول، حتى يتسنى له إصلاح تلك المخالفة، فإذا ثبت عدم إخطاره فلا وجه لإلزامه بالمبالغ الناجمة عن التنفيذ على حسابه².

وعلى ذلك فالإعذار يرتبط ارتباطاً وثيقاً بضمانة الدفاع التي لا تستهدف تحقيق مصلحة خاصة، بل يتعدى ذلك إلى تحقيق المصلحة للمجتمع، واعتباره ضمانة من ضمانات حق الدفاع، على النحو السابق، يفرض على الإدارة عدة التزامات من أهمها: ضرورة تمكين المتعاقد من إبداء ملاحظاته وبيان الأسباب التي أدت به إلى الإخلال بها، أو التقصير في تنفيذها. ومن جهة أخرى منح المتعاقد مدة معقولة لإصلاح ما اقترفه من خطأ في أداء التزاماته، أو ما وقع فيه من تقصير في تنفيذها ولذا قُضي بأنه إذا كان الثابت أن الجهة الإدارية قد وقعت على المتعاقد معها غرامات مقابل المخالفات التي اقترفها إلا أنها لم تنذره، ولم تنتظر الوقت الكافي لتلافي الإخلال في تنفيذ التزامه، الأمر الذي يقتضي معه تعويض المتعاقد معها تعويضاً مناسباً، لجبر الضرر الذي أصابه من جراء فسخ الوزارة لعقدها معه³.

ونحن من جانبنا نؤيد الرأي الفقهي الذي يرى أن كلا من الإعذار واحترام حقوق الدفاع يمكن أن يغني أحدهما عن الآخر خاصة إذا تضمن الإعذار دعوة المتعاقد إلى تقديم دفاعه، فدعوة المتعاقد إلى تقديم تبريراته وأوجه دفاعه يعتبر إجراءً بديلاً للإعذار، ويمكن أن يغني عنه، نظراً لأنه يحقق ذات الغاية التي يسعى الإعذار إلى تحقيقها⁴.

¹- د. عبد الله نواف العنزي، المرجع السابق، ص 197، 198.

²- حكم المحكمة الإدارية العليا، جلسة 2004/2/24م، في الطعن رقم 45/8229، ق. عليا، مجموعة المبادئ القانونية، 2005م، الجزء الأول، ص 84. أشارت إليه، فوزية سكران، سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات الإدارية على المتعاقدين معها في العقود الإدارية، رسالة ماجستير، جامعة الإسكندرية، الاسكندرية، مصر، سنة 2016، ص 151.

³- د. عبد الله نواف العنزي، المرجع السابق، ص 198، 199.

⁴- رأي الفقيه "ديلوبادير"، أشار إليه المرجع نفسه، ص 199.

ومما تقدم يمكن القول أن الإعذار يتمتع بالخصائص الثلاثة الرئيسية التالية¹:

- **يعتبر الإعذار عملاً فعالاً:** بحكم كونه بمثابة التصرف القانوني الذي يترتب نتائج، وبالتالي فإن الإعذار يشكل إعلاناً إيجابياً. إذ من غير الممكن إعذار المدين المتأخر عن الوفاء بدينه، بطريق الإغفال، أو بطريق الصمت، أو بأي تصرف سلبي. ولقد استخدم الرومانيون مصطلح (moram facere) لإبراز الطابع الحيوي لهذا التصرف، الذي لا يمكن أن يترتب نتائجه إلا من خلال الشكل الرسمي.
- **يعتبر الإعذار تصرفاً شخصياً:** فالإعذار شخصي في المقام الأول، فالمقصود من هذا التصرف المدين ولا أحد غير المدين. وبالتالي لا يمكن توجيه الإعذار إلى الغير، ولا يمكن فهم الإعذار إلا من هذا المنظور الشخصي، والنسبي بالنظر إلى المدين، حيث يسعى الدائن إلى إثبات هذا التأخير بصورة رسمية. في الواقع، إن الصفة الشخصية للإعذار مأخوذة من تلك الصلة العقدية بين الدائن والمدين.
- **يعتبر الإعذار تصرفاً مؤقتاً:** وبالتالي فالإعذار لا ينهي بطبيعته الصلة العقدية بين الدائن والمدين، أما عن كونه مؤقتاً فذلك لكونه لصيقاً بفكرة الانتظار بمعنى انتظار رد فعل المدين بالتنفيذ، أو بالامتناع عن التنفيذ. باختصار لا يعتبر الإعذار في حد ذاته بمثابة الدعوى التي يحركها الدائن ضد المدين.

وفي الأخير نشير إلى أن أهم النتائج القانونية التي تترتب على الإعذار، هي من جهة يصبح المدين مسؤولاً عن التعويض لتأخره في تنفيذ الالتزام، وذلك من وقت الإعذار، أما في الفترة التي سبقت الإعذار فلا يعرض المدين الدائن عن التأخر في التنفيذ. ومن جهة أخرى فالإعذار ينقل تبعة الهلاك من طرف إلى آخر².

¹- د. طارق سلطان، المرجع السابق، ص 448، 449.

²- د. نصر الدين بشير، المرجع السابق، ص 87.

الفرع الثاني: مدى وجوب الإعذار.

يتباين الرأي في ضرورة الإعذار من عدمه في كل من فرنسا، مصر الجزائر. لذلك سنعرض لمدى وجوب الإعذار في كل من فرنسا، مصر والجزائر كما يلي:

أولاً: الوضع في فرنسا.

يتعين – كما جرى الوضع في فرنسا – أن تنص وثائق العقود وكراسات الشروط على وجوب إعذار المتعاقد لاسيما بالنسبة للجزاءات الجسيمة كالفسخ، إلا أن مجلس الدولة الفرنسي ذهب إلى اعتبار الإعذار شرطاً ضرورياً للقضاء بالفسخ، حتى لو خلا العقد من النص على هذا الشرط¹.

ولم يقتصر مجلس الدولة الفرنسي على اشتراط الإعذار فقط بل قيد جهة الإدارة بضرورة منح المتعاقد معها مدة إضافية تسمح له بتنفيذ التزاماته العقدية، إذن هو التزام واقع على عاتق الإدارة، وإلا أصبح قرار الإدارة غير المسبوق بالإعذار معيباً من الناحية الإجرائية ومن ثم قابلاً للبطلان².

والتزام الإدارة بإنذار المتعاقد حتمي بالنسبة إلى بعض الجزاءات، مثل غرامة التأخير، وفي حالة الفسخ، ويشكك بعض الفقهاء في ضرورته بالنسبة إلى بعض الجزاءات الأخرى كوضع المشروع تحت الحراسة، ولكن بعض أحكام مجلس الدولة الفرنسي يستفاد منها تعميم الالتزام السابق، لا سيما حكمه الصادر في 11 يوليو سنة 1941 في قضية (Grenouiller).

ولا يجب أن يؤخذ المتعاقد على تراخيه في التنفيذ إلا من وقت إعذاره، واعتباراً من هذا الوقت فقط يستحق التعويض العقدي³.

¹ - C.E 21/1/1921, compagnie, Rec: p 65.

أشار إليه د. عبد الله نواف العنزي، المرجع السابق، ص 203.

² - د. نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص 157.

³ - C.E 10 juin 1953, commune de Saint – Denis en, Rec, p 276.

أشار إليه د. عبد المجيد فياض، المرجع السابق، ص 94.

بل أن مجلس الدولة الفرنسي ذهب إلى أبعد من ذلك، حيث اعتبر أن عدم وجود نص في العقد أو كراسة الشروط على تطلب الإعذار، لا يعفي الإدارة من الالتزام به، وتطبيقا لذلك فإن قرار الإدارة والمتضمن فسخ العقد قد يكون مخالفا للقانون إذا لم يكن مسبقا بإعذار المتعاقد¹.

كما يسلم مجلس الدولة الفرنسي، بأن عدم مراعاة الإجراءات الشكلية عند توقيع الجزاء يمكن أن تعطي المتعاقد مع الإدارة الحق في التعويض عن الضرر الذي أصابه من جراء هذا الجزاء، وعلى هذا النحو قضى بتاريخ 1957/1/9، بأن : " عدم إعذار المقاول بوضع المقولة تحت الإدارة المباشرة، مع اشتراط العقد ضرورة إعذار المقاول يجعل هذا الإجراء الجزائي غير مشروع، وعلى أثر ذلك استند (Daval) في دعواه ضد بلدية (Granville) بالحكم عليها بأن تدفع له تعويضا عن الضرر الذي أصابه من جراء هذا الإجراء غير المشروع"².

كما استقر مجلس الدولة الفرنسي في أحكامه، ومن بينها حكمه بتاريخ 1925/8/6، في قضية (Simonnet)، على أنه متى كان الإعذار ضروريا، فإن الشروط الجزائية تسري من اليوم الذي تم فيه الإعذار. وبالتالي متى لم تكن هناك ثمة ضرورة للإعذار، فإن الشروط الجزائية يجب أن تبدأ من اليوم الذي يثبت فيه الخطأ من جانب المتعاقد³.

وعليه يتبين مما سبق ضرورة قيام جهة الإدارة بإعذار المتعاقد معها سواء ورد نص في العقد أو كراسة الشروط يتطلب هذا الإعذار، أو لم يرد نص بذلك، وفي حالة الشك حول شرط الإعفاء من الإعذار، فإنه يكون واجبا وملزما للإدارة⁴.

ويتضح أن ذلك يعد تطبيقا لنص المادة 1146 من القانون المدني الفرنسي: " لا تكون التعويضات مستحقة الأداء إلا حينما يكون المدين قد وجه إليه إنذار". كما نجد نص المادة 1139 من القانون السابق عرفت الإنذار بكونه: " أن المدين يوجه إليه الإنذار إما بطريقة

¹ - C.E 6/5/1988, Mableau, R.D.P. 1988, p 1429.

أشار إليه د. عبد الله نواف العنزي، المرجع السابق، ص 203.

² - بلاوي ياسين بلاوي، المرجع السابق، ص 227، 228.

³ - د. طارق سلطان، المرجع السابق، ص 455.

⁴ - د. نصر الدين بشير، المرجع السابق، ص 89.

الإخطار، وإما بطريق كل مستند آخر مكافئ، وإما بفعل الاتفاقية التي تؤكد على أن المدين وجه إليه الإنذار بدون حاجة للإثبات، وبفعل وجود أجل محدد". ويتضح من خلال هذه المادة أن الشكليات المنصوص عليها في القانون الخاص لا تنطبق على القانون العام¹.

كما استقر رأي الفقه الفرنسي على أن عدم مراعاة الإدارة الإجراءات الشكلية السابقة على توقيع الجزاء، ومن بينها إنذار المتعاقد، يكون دائماً ذا أثر مهم يتمثل في إعفاء هذا المتعاقد من النتائج الباهظة المترتبة على هذا الجزاء، مهما كانت درجة الخطأ والمخالفات المنسوبة إلى هذا المتعاقد².

كما يحق للمتعاقد مع الإدارة المطالبة بالتعويض عن الضرر الخاص الذي سببه توقيع هذا الجزاء بدون إعدار³.

وإذا أردنا تقدير الموقف الفقهي والقضائي في فرنسا، فإنه لا شك أن هذا الموقف جدير بالتأييد لما يترتب عليه من دفع الإدارة إلى الاهتمام بالإجراءات التي تسبق توقيع الجزاء الإداري. نظراً لأهمية هذه الإجراءات ومن بينها: الإعدار، وذلك على اعتبار أن هذا الأخير – وكما سبق القول – يعد ضماناً هامة، لاسيما للمتعاقد مع الإدارة الذي يفتقد إلى الضمانات المتنوعة التي يتمتع بها نظيره في العقود المدنية. غير أن هذا ليس معناه أن الإعدار إجراء واجب على الإدارة في جميع الحالات التي يتخذ فيها الجزاء ضد المتعاقد، لأن الفقه والقضاء الفرنسي يتفق على وجوبه في حالات جزاء الفسخ، فقط سواء أكان بسيطاً أم غير بسيط، على النحو السابق إيضاحه، وهو ما يعني أنه للإدارة التحلل منه إذا دعت ظروف مصلحة المرفق إلى ذلك، ولكن يكون عليها الالتزام بتعويض المتعاقد إذا ترتب عليه ضرر من ذلك، أو كان في إمكانه إصلاح المخالفات التي وقعت منه، على النحو الذي يتفق ومقتضيات تنفيذ العقد، ولكن تعجلت واتخذت ضده الجزاء دون أن تعطيه فرصة لإصلاحه، أو إذا كان العقد ذاته ينص على عدم تطلب الإعدار، لأن توقيع المتعاقد

¹- د. طارق سلطان، المرجع السابق، ص 455.

²- د. نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص 158.

³- نوميدي أحمد محمد، المرجع السابق، ص 97.

على العقد يعني تنازله عن ضمانته الإعذار المقررة لمصلحته، مما لا يلزم الإدارة به، تطبيقاً لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين¹.

ثانياً: الوضع في مصر.

إن الالتزام بالإعذار منصوص عليه صراحة في المادة 218 من القانون المدني المصري والتي تقضي بأنه: "لا يُستحق التعويض إلا بعد إعذار المدين ما لم ينص على غير ذلك"².

أما عن موقف المشرع المصري حول الإعذار بالنسبة للعقود الإدارية. فهناك نصوص في لائحة المناقصات المزايادات المصرية، توجب الإدارة بأن تعذر المتعاقد معها قبل توقيع الجزاء عليه، ونصوص أخرى أعفت الإدارة صراحة في بعض الحالات من أن تعذر المتعاقد قبل قيامها بتوقيع الجزاء عليه³.

فمن المواد التي أوجبت الإعذار من قانون المناقصات والمزايدات رقم 89 لسنة 1998 المصري ولائحته التنفيذية، نجد نص المادة 84 منه والتي تقضي بما يلي: "إذا أخل المقاول بأي شرط من شروط العقد أو أهمل أو أغفل القيام بأحد التزاماته المقررة، ولم يصلح أثر ذلك خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ إنذاره بكتاب موصى عليه بعلم الوصول على عنوانه المبين بالعقد بالقيام بإجراء هذا الإصلاح، كان للسلطة المختصة الحق في اتخاذ أحد الإجراءات التالية وفقاً لما تقتضيه المصلحة العامة:

أ- فسخ العقد.

ب- سحب العمل من المقاول وتنفيذه على حسابه بذات الشروط والمواصفات المعلن عنها والمتعاقد عليها وذلك بأحد طرق التعاقد المقررة بقانون تنظيم المناقصات والمزايدات والأحكام الواردة بهذه اللائحة".

¹ -Morgean (J), les contrats administratifs, L.G.D.J, Paris, France, 2003, p 412.

² - د. طارق سلطان، المرجع السابق، ص 451.

³ - د. خميس السيد إسماعيل، الأصول العامة والتطبيقات العملية للعقود الإدارية والتعويضات، دار الطباعة الحديثة، القاهرة، مصر، 1994، ص 100.

المادة 94 من ذات القانون التي ورد فيها: "... في حالة عدم قيام المورد بالتوريد في الميعاد المحدد بالعقد أو خلال المهلة الإضافية فعلى الجهة الإدارية أن تتخذ أحد الإجراءات التالية طبقا لما تقررره السلطة المختصة وفقا لما تقتضيه مصلحة العمل وذلك بعد إخطاره بكتاب موصى عليه بعلم الوصول على عنوانه المبين بالعقد:

- أ- شراء الأصناف التي لم يقم المورد بتوريدها من غيره على حسابه وبذات الشروط والمواصفات المعلن عنها والمتعاقد عليها بأحد الطرق المقررة بقانون تنظيم المناقصات والمزايدات والأحكام الواردة بهذه اللائحة.
- ب- إنهاء التعاقد فيما يختص بهذه الأصناف..."

كما نجد المادة 21 من ذات القانون، التي نصت على إخطار المتعاقد بكتاب موصى عليه بعلم الوصول، وذلك إذا لم يقم بأداء التأمين النهائي في المدة المحددة وذلك قبل إلغاء العقد أو تنفيذه على حسابه بواسطة أحد مقدمي العطاءات التالية لعطائه بحسب ترتيب أولوياتها.

ومن النصوص الواردة في قانون المناقصات والمزايدات المصري رقم 89 لسنة 1998 والتي أعفت جهة الإدارة من إعدار المتعاقد معها قبل توقيع الجزاء عليه، نجد نص المادة 83 من القانون التي نصت على: "... وتوقع غرامة التأخير بمجرد حصول التأخير دون حاجة إلى تنبيه أو إنذار أو اتخاذ أي إجراء آخر..."

وعليه نستنتج من خلال هذه المادة أن غرامة التأخير تستحق بمجرد حصول واقعة التأخير من قبل المتعاقد مع الإدارة.

ولم يتخذ القضاء المصري موقفا موحدا في أحكامه لناحية وجوب الإعدار قبل توقيع الجزاء¹. فوجد محكمة القضاء الإداري المصرية قد قضت في حكمها بتاريخ 21 يونيو سنة 1953 بأنه: " إذا كان العقد المبرم بين المدعي ومصلحة المباني صريح في إنهاء الأعمال موضوع العقد خلال ستة أشهر من تاريخ الإذن للمدعي بالبدا في هذه الأعمال، أي أنه

¹- د. نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص 160.

التزام تحدد لتنفيذه أجل معين والأصل فيه أن تخلف أحد المتعاقدين في التنفيذ على نحو يضار به الطرف الآخر لا ينشئ حقا في التعويض إلا بإعذار الطرف المتخلف وفقا لأحكام المادة 120 من القانون المدني الملغي والمادة 218 من القانون المدني الجديد إذ أن المسؤولية التعاقدية الناشئة عن التأخير يجب لاستحقاق التعويض عنها إعذار المدين كما يجب أن يتم هذا الإعذار فور التأخير وأن يتضمن تكليفا صريحا جازما بالتنفيذ"¹.

وبالتالي هذا الحكم ألزم الإدارة بإعذار المتعاقد قبل توقيع الجزاء مستهديا في ذلك بالنصوص المدنية المنبثقة من القانون المدني في مجال الجزاءات الإدارية بوصفها قواعد عامة².

كما نجد أن القضاء الإداري المصري يلزم الجهة الإدارية المتعاقدة في عقد التزام المرافق العامة وبخصوص فسخه فقط بتنبيه أو إنذار المتعاقد المقصر قبل توقيع هذا الجزاء عليه. وفي هذا تقول المحكمة الإدارية العليا أنه: "... يثبت لمانح الالتزام دائما - بجانب الجزاءات الأخرى - إسقاط الالتزام، غاية الأمر أنه يشترط في هذا الصدد توافر شرطين: أولهما: أن يرتكب الملتزم مخالفات جسيمة أو يتكرر إهماله أو يعجز عن تسييره بانتظام.

وثانيهما: وجوب إنذار الملتزم قبل توقيع هذا الجزاء"³.

كما عدت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة المصري توقيع الجزاء قبل إخطار المتعاقد بالمخالفات المنسوبة له أمرا مخالفا لصحيح حكم القانون والعقد ولا يتفق مع ما يتطلبه تنفيذ العقد من حسن نية، فقد ذهبت الجمعية في رأيها المؤرخ في 1992/6/8⁴، بأنه: "...حيث أصدر أمر التوريد رقم 75 بتاريخ 1994/11/30 قبل

¹ - حكم محكمة القضاء الإداري في القضية رقم (719) لسنة 5 القضائية، جلسة 21 يونيو 1953، المكتب الفني، مجموعة مجلس الدولة لأحكام القضاء الإداري، السنة السابعة، ص 1643. أشارت إليه مريم محمد أحمد، المرجع السابق، ص 80.

² - د. طارق سلطان، المرجع السابق، ص 452.

³ - حكم المحكمة الإدارية العليا: طعن 110 لسنة 13 ق. جلسة 1977/12/30، مجموعة أحكام المحكمة في 15 سنة، جزء 2، ص 1931. أشار إليه د. عبد الله نواف العنزي، المرجع السابق، ص 205.

⁴ - الجمعية العمومية، لقسمي الفتوى والتشريع، فتوى رقم 602، جلسة 1992/6/8. أشار إليه بلاوي ياسين بلاوي، المرجع السابق، ص 229، 230.

إخطار الكلية بسحب الكمية المرفوضة لمتعهد آخر لتوريد كمية من نفس الصنف المشار إليه، فمن غير المتصور التنفيذ على الحساب قبل إخطار المتعهد بسحب الكميات المرفوضة... وعلى ذلك يغدو ما قام به المتعهد في التنفيذ على حساب الكلية في الحالة المعروضة يغدو مخالفا لصحيح حكم القانون والعقد...".

إلا أنه في قضاء آخر لمحكمة القضاء الإداري، رفضت أن تأخذ بمبدأ وجوب الإعذار قبل أن تشرع الإدارة في فسخ العقد، وهو الإجراء الذي تقرر المادة 157 من القانون المدني¹. فقد أوردت محكمة القضاء الإداري بتاريخ 1957/3/17 أنه: "تتمتع جهة الإدارة بالحق في الفسخ، دون حاجة إلى النص عليه في العقد ودون إنذار..."².

إلا أن هذه المحكمة في - في قضاء آخر لها - لم تعتد بالإعذار كإجراء لازم، ولكنها استحسنت إنذار المتعاقد الآخر بما تعتزمه جهة الإدارة من توقيع الجزاء عليه، ففي هذا الإجراء - على حد قولها - ما يحول دون الاستمرار في التأخير والإبطاء³. ومنها حكمها الصادر في 11 يناير 1956 والذي جاء فيه: "إذا نص عقد التوريد على تاريخ معين لتسليم المواد فإن المتعهد يكون في حالة التأخير بعد حلول هذا التاريخ، وإذا نص العقد على فترة معينة من الزمن فإنها تبدأ من تاريخ إخطار المتعهد بأن الجهة الإدارية العليا قد اعتمدت التعاقد، وإذا انقضت الفترة المذكورة أضحى المتعهد في حالة تأخير دون حاجة إلى إنذار، ومع ذلك يحسن إنذاره بما تعتزمه جهة الإدارة من توقيع الجزاء عليه ففي هذا الإجراء ما قد يحول دون الاستمرار في التأخير والإبطاء..."⁴.

وقد ذهب بعض الفقه المصري إلى القول بأنه لا يشترط إعذار الملتزم قبل توقيع الجزاء. بينما ذهب البعض الآخر إلى أن الإدارة لا تُعفى من ضرورة الإعذار، إلا في حالة وجود نص صريح في العقد أو دفاتر الشروط ينص على ذلك⁵.

¹- د. عبد المجيد فياض، المرجع السابق، ص 97.

²- د. نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص 160.

³- د. عبد المجيد فياض، المرجع السابق، ص 97.

⁴- حكم محكمة القضاء الإداري المصرية في القضية رقم (1062) لسنة 7 القضائية، جلسة 11 يناير 1956، المكتب الفني، مجموعة مجلس الدولة لأحكام القضاء الإداري المصري، السنة العاشرة، ص 140.

⁵- د. نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص 161.

ثالثا: الوضع في الجزائر.

إن الالتزام بالإعذار منصوص عليه صراحة في القانون المدني الجزائري¹، حيث نجد المادة 164 منه تنص على أنه: " يجبر المدين بعد إعذاره طبقا للمادتين 180 و 181 على تنفيذ التزامه تنفيذا عينيا، متى كان ذلك ممكنا". وكذلك نجد نص المادة 179 من نفس القانون تنص على أن: " لا يستحق التعويض إلا بعد إعذار المدين ما لم يوجد نص مخالف لذلك". والمادة 180 من نفس القانون تنص على أنه: " يكون إعذار المدين بإنذاره، أو بما يقوم مقام الإنذار، ويجوز أن يتم الإعذار عن طريق البريد على الوجه المبين في هذا القانون، كما يجوز أن يكون مترتبا على اتفاق يقضي بأن يكون المدين معذرا بمجرد حلول الأجل دون حاجة إلى أي إجراء آخر"، أما المادة 181 من ذات القانون تنص على حالات الإعفاء من الإعذار، تلك هي أحكام إعذار المدين طبقا للقواعد العامة.

والواضح أن المشرع قد تأثر بهذه القواعد العامة للإعذار بالنسبة للعقود الإدارية، حيث نجد أنه اشترط صراحة في بعض الحالات الإعذار قبل توقيع الجزاء. فنجد نص المادة 1/149 من قانون تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق حيث تنص على أنه: "إذا لم ينفذ المتعاقد التزاماته، توجه له المصلحة المتعاقدة إعذارا ليفي بالتزاماته التعاقدية في الأجل المحدد". كما نصت نفس المادة في فقرتها الثالثة على أنه: "يحدد الوزير المكلف بالمالية بموجب قرار، البيانات الواجب إدراجها في الإعذار، وكذلك آجال نشره في شكل إعلانات قانونية".

وبالفعل قد صدر قرار وزير المالية بتاريخ 2011/03/28²، ضبط قواعد الإعذار. وبهذا فإن المشرع الجزائري قد كان موفقا باشتراطه الإعذار صراحة وضبطه لأحكامه.

¹ - الأمر رقم 58/75 المؤرخ في رمضان 1395هـ الموافق ل 1975/09/26 يتضمن القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم.

² - قرار وزير المالية المؤرخ في 23 ربيع الثاني عام 1422، الموافق ل 28 مارس 2011، يحدد البيانات التي يتضمنها الإعذار وأجل نشره، منشور بالجريدة الرسمية رقم (24)، الصادرة بتاريخ 20 أبريل سنة 2011.

كما نجد نص المادة 35 من دفتر الشروط الإدارية العامة لسنة 1964 (CCAG)¹. والتي تنص على أنه: "إذا لم يتقيد المقاول بشروط الصفقة أو بأوامر المصلحة التي يتلقاها من مهندس الدائرة أو المهندس المعماري، يعتمد المهندس الرئيس إلى إنذاره بلزوم التقيد بتلك الشروط والأوامر في أجل يحدد بمقرر يجري إبلاغه له بموجب أمر المصلحة".

وبالتالي فإن المشرع اشترط على الإدارة ضرورة إعدار المتعاقد ومنحه أجلا معقولا لتنفيذ التزاماته، وذلك ليتدارك المتعاقد تقصيره، وإعطائه فرصة لتصحيح أخطائه. فإذا انقضت المدة ولم يصلحها، يكون للإدارة الحق في توقيع الجزاء عليه.

إلا أننا نجد أن المشرع لم يشترط الإعدار بالنسبة لبعض الجزاءات. حيث تنص المادة 36 من نفس الدفتر لسنة 1964 تنص على أنه: "إذا وردت في عقد الصفقة نصوص تتضمن عقوبات على التأخير، فيجري تطبيقها دون انذار سابق بعد التأكد العادي من تاريخ انقضاء الأجل التعاقدى للتنفيذ وتاريخ استلام الأشغال المؤقت، ودون الإخلال بتطبيق المادة 35 أعلاه". ونجد أنه يتوافق مع هذا النص، نص المادة 147 من قانون تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، والذي تناول العقوبات المالية بسبب التأخير، ولم يشترط الإعدار فيها صراحة².

ونجد أن القضاء الإداري الجزائري اشترط ضرورة الإعدار المسبق للمتعاقد قبل توقيع الجزاء عليه، فمثلا ما جاء في قرار الغرفة الإدارية للمحكمة العليا: "إن الإدارة لم توجه إنذارا للمتعاقد قبل توقيع جزاء الفسخ، لاسيما وأن المادة (6) والمادة (35) من العقد تقتضيان ضرورة الإعدار المسبق، قبل توقيع جزاء الفسخ، وأن نص المادة (102)

¹- دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال الخاصة بوزارة تجديد البناء والأشغال العمومية والنقل، السابق ذكره.

²- تنص المادة 1/147 من قانون تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام على أنه: "يمكن أن ينجر عن عدم تنفيذ الالتزامات التعاقدية من قبل المتعاقد في الآجال المقررة أو تنفيذها غير المطابق، فرض عقوبات مالية دون الإخلال بتطبيق العقوبات المنصوص عليها في التشريع المعمول به".

الفصل الثاني : حدود سلطة الإدارة في فرض الجزاءات على المتعاقد معها.

من المرسوم 82-145 المؤرخ في 10/04/1982¹، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية يقضي صراحة بضرورة الإعذار².

ومن جانبنا نؤيد ضرورة إعذار المتعاقد قبل توقيع الجزاءات عليه، لأنه ضرورة تقتضيها القواعد العامة وقواعد العدالة. كما أنه ينبه المتعاقد إلى أخطائه فعّله يتحفز للتنفيذ على أحسن وجه. وبذلك توفر الإدارة عناء فرض الجزاء عليه. مما يحقق حسن سير المرافق العامة وبالتالي تحقيق المصلحة العامة كما يحقق المصلحة الخاصة للمتعاقد أيضا.

المطلب الثاني: شروط الإعذار.

حتى يكون الإعذار صحيحا ومنتجا لأثره، لابد من توافر عدة شروط وهي: أن يصدر من الجهة الإدارية المختصة، أن يبين المخالفات المنسوبة للمتعاقد، وأن يتضمن مدة زمنية يصلح خلالها المتعاقد ما وقع منه من أخطاء في التنفيذ. وعليه سنتناول هذا المطلب من خلال الفروع الآتية:

الفرع الأول: أن يكون الإعذار صادرا من الجهة الإدارية المختصة.

الفرع الثاني: أن يبين الإعذار المخالفات المنسوبة إلى المتعاقد.

الفرع الثالث: شرط المدة الزمنية.

¹- المرسوم رقم 82/145 مؤرخ في 16 جمادى الثانية 1402 الموافق ل 10 أبريل سنة 1982 يتضمن تنظيم الصفقات التي يبرمها المتعامل العمومي، الجريدة الرسمية رقم (15) ملغى.

²- قرار الغرفة الإدارية للمحكمة العليا المؤرخ في 28/07/1990، في قضية السيد "توهامي الطاهر" ضد والي ولاية عنابة (غير منشور).

الفرع الأول: أن يكون الإعذار صادرا من الجهة الإدارية المختصة.

يجب أن يكون الإعذار صادرا من الجهة المختصة بإصداره. فلا تعد الأوامر المصلحية التي يصدرها المهندسون إعذارا، فالإعذار توجهه السلطة المختصة التي يحددها العقد أو دفاتر الشروط¹.

وهذا يعتبر تطبيقا للقواعد العامة في القانون الإداري التي تستلزم ألا يصدر التصرف إلا ممن يختص به قانونا، ولا يجوز أن يقوم به غيره إلا عند التفويض المصرح به بنص².

ويجب أن يكون الإعذار معبرا عن إرادة الإدارة، على نحو قاطع وجلي. فإذا لم تخطر الإدارة المتعاقدة بما نسب إليه من مخالفات عقدية بشكل صريح فإنه لا وجه لإيقاع الجزاء عليه³.

وفي حالة غموض عبارات الإعذار يقوم القاضي الإداري بتفسير الإرادة المفترضة لطرفي العقد⁴.

الفرع الثاني: أن يبين الإعذار المخالفات المنسوبة إلى المتعاقد.

يشترط لكي يكون الإعذار صحيحا أن يتضمن مايلي⁵:

- المخالفات المنسوبة إلى المتعاقد.
- الأعمال التي يجب القيام بها أو الأعمال التي يجب أن يمتنع عن القيام بها. سواء كانت محددة مثل العيوب الواجب إصلاحها، أو تمس العقد في مجموعه مثل مطالبته بأن يحسن التنفيذ.

¹- د. طارق سلطان، المرجع السابق، ص 461.

²- حكم محكمة الإستئناف الدائرة الإدارية، جلسة 1982/6/15، في الطعن رقم 1982/133، مجموعة المبادئ القانونية في العقود الإدارية، ص 247. أشار إليه د. عبد الله نواف العنزي، المرجع السابق، ص 201.

³- إدارة الفتوى والتشريع: فتوى رقم 3497/2 في 1979/12/31، مجموعة المبادئ القانونية في العقود الإدارية، ص، 22. أشار إليه د. عبد الله نواف العنزي، المرجع السابق، ص 200.

⁴- د. طارق سلطان، المرجع السابق، ص 461.

⁵- أحمد خورشيد المفرجي، سلطة الإدارة في سحب العمل في عقود الأشغال العامة، رسالة ماجستير، جامعة بغداد، بغداد، العراق، 1989، ص 127؛ د. عبد المجيد فياض، المرجع السابق، ص 226.

والواقع أن هذا الأمر له ضرورته، ذلك أن المتعاقد مع الإدارة قد لا يعلم عن المخالفات التي تم ارتكابها، أو لا يعلم كيفية تفادي هذه المخالفات ومحاولة تصحيحها، ولا شك إن علمه بذلك قد يؤدي إلى تصحيح مسلكه وتجنبه الأخطاء التي وقع فيها. بل ويجنب الإدارة - أيضا - تكاليف وأعباء التعاقد مع آخر لتنفيذ ذات العقد¹.

كما يجب على الإدارة أن تبين الجزاء الذي تنوي تطبيقه على المتعاقد، لأن المتعاقد متعاون مع الإدارة وليس خصما، ويتوجب أن يعرف الجزاء الذي تخصصه الإدارة، فلا يجوز لها تطبيق جزاء غير الجزاء المبين في الإعذار².

وعليه فإن المتعاقد مع الإدارة غير ملزم إلا بما ورد في الإعذار، وينتج من ذلك³ :

- أنه إذا تبين أن هناك مخالفات جديدة، فإنه يجب أن يوجه بشأنها إعذارا آخر.
- يجب أن تكون المخالفات المبينة في قرار الجزاء، هي ذاتها التي تضمنها الإعذار، فإذا لم تكن كذلك، فإن هذا القرار يعتبر معيبا.

الفرع الثالث: شرط المدة الزمنية.

يجب تحديد مدة معينة بين الإعذار والجزاء، على أن تكون تلك المدة معقولة، بحيث يستطيع المتعاقد أن يتلافى الأخطاء المرتكبة، لذا قضت المحكمة الإدارية العليا المصرية في حكمها بتاريخ 1961/11/3 بأنه: "يتعين على الإدارة - إن هي رأت توقيع الجزاءات المنصوص عليها في العقد على المتعاقد معها الذي يقصر في تنفيذ التزامه - أن تقوم بإنذاره بضرورة تنفيذ هذه الالتزامات ... ويتعهد بضرورة القيام بتنفيذ التزامه طبقا للعقد، أو على الأقل بمطالبته بتقديم ملاحظاته ودفاعه مع إعذاره، ... وأن الإنذارات الشفوية التي يوجهها المختصون إلى المتعاقد لا تقوم بمقام الإنذار في هذا الشأن"⁴.

¹- د. عبد الله نواف العنزي، المرجع السابق، ص 201.

²- محمد صبار محمد المشهداني، سلطة الإدارة في فرض الجزاءات غير المالية في العقد الإداري - دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، جامعة الإسراء، عمان، الأردن، 2014، ص 54.

³- د. عبد المجيد فياض، المرجع السابق، ص 227.

⁴- حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية، بتاريخ 1961/11/03. أشار إليه د. عبد الله نواف العنزي، المرجع السابق، ص 201.

إن تحديد مهلة للمتعاقد بعد إعداره لتنفيذ التزاماته لا يحرم الإدارة من سلطتها التقديرية في إطالة هذه المدة إذا رأت أن الصالح العام يقتضي ذلك دون إعدار جديد، قبل تطبيق الجزاء عليه. وإذا تأخرت الإدارة بعد إعدارها المتعاقد معها في توقيع الجزاء عليه، بعد نهاية المدة المحددة في الإعدار، فلا يحق للمتعاقد الاحتجاج في مواجهة الإدارة ببطالان الجزاء¹.

ويرى جانب من الفقه أنه إذا كانت الإدارة تترخص في إطالة المدة المحددة بداءة في الإعدار، فإن لها حق توقيع الجزاء بصرف النظر عن المدة التي تفصل بين الإعدار وتوقيع الجزاء. وذلك لأن من شأن الإعدار، ثبوت تخلف وتقصير المتعاقد قانوناً عن الوفاء بالتزاماته هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى إذا لم يقم المتعاقد بالامتثال للإعدار اللهم إلا إذا كانت المدة المحددة بين الإعدار وتوقيع الجزاء مبالغاً فيها إلى حد كبير، فإن هذا التأخير المبالغ فيه يمكن أن يعتبر ظرفاً من الظروف التي يعتد بها القاضي عند تقصي إرادة المتعاقدين لتحديد ما إذا كان من شأن هذا الظرف إعفاء المتعاقد من الإعدار السابق².

وإذا كان يتعين على الإدارة احترام المدد المحددة في الإعدار إذا وُجدت، فلا يجوز لها فسخ العقد مثلاً خلال مدة أقل من المدة المحددة في الإنذار وإلا غدا الفسخ غير مشروع ويشكل خطأ من جانبها يثير مسؤوليتها قبل المتعاقد معها³.

إلا أن هذه القاعدة يرد عليها استثناء. حيث أن إذا تأخر المتعاقد في تنفيذ العقد عن الميعاد المحدد يجوز للسلطة المختصة لدواعي المصلحة إعطاء المتعاقد مهلة إضافية لإتمام التنفيذ، ولا يمكن التعلل بحالة الاستعجال، إلا أنه بالإمكان تقليل تلك المدة في هذه الحالة⁴.

والواقع أن ما يؤكد على أهمية شرط الإعدار، أن مجرد منح الجهة الإدارية المهلة للإصلاح أو لتنفيذ المتعاقد التزاماته التي تقاعس عن تنفيذها، يعد بمثابة إعدار في حد ذاته، لأن منح هذه المهلة يكون القصد منه حث المتعاقد على تنفيذ التزاماته بالشكل المتفق عليه،

¹- سعد محمد علي المري، المرجع السابق، ص 125.

²- سعد محمد علي المري، المرجع نفسه، ص 125.

³- هذا ما استقر عليه قضاء مجلس الدولة الفرنسي من خلال أحكامه. أشار إليها طارق سلطان، المرجع السابق، ص 463.

⁴- د. عبد الله نواف العنزي، المرجع السابق، ص 201.

ومواجهة العيوب التي حدثت في التنفيذ، وهو ما يعني - في حقيقته - إعدارها للمتعاقد. وفي ذلك تقر المحكمة الإدارية العليا المصرية في حكمها بتاريخ 1964/02/08 أن: "منح الجهة الإدارية للمورد المتأخر مهلة، مقصود به إعدار ذلك المورد، واستنهاض همته وحثه على القيام بسرعة توريد ما تعهد به. والمفروض أن المهلة لا تمنح إلا بعد انتهاء الميعاد المحدد بالعقد وأنها تمنح للمورد المتعاقد إذا ما أقيمت عليه رغم تجاوزه المدة المحددة للقيام بالتنفيذ، ليقوم بنفسه بتنفيذ العقد وتوريد الكميات المتعاقد عليها معه"¹.

أما إذا عدلت الإدارة عن الإعدار بعد إعلانه للمتعاقد فإنه يتعين عليها أن تعيده من جديد إذا أرادت العودة إلى التمسك بذات الخطأ المنسوب إلى المتعاقد². ولكن يجب أن يكون هنا العدول صريحا ونتيجة موقف إيجابي من الإدارة، ولا يكفي في هذا الصدد مجرد التراخي أو مرور وقت طويل بين الإعدار وبين توقيع الجزاء³.

وفي هذا الإطار يجدر بنا الإشارة إلى حالة سقوط الإعدار، إذ قد يحدث - بعد أن تعذر الإدارة متعاقدتها المقصر - بعض الوقائع التي يمكن أن يُستخلص منها صراحة أو ضمنا أن هذا الإعدار لم يعد قائما، وعلى ذلك يتطلب الأمر إجراء إعدار جديد إذا رأت الإدارة العودة إلى التمسك بالخطأ المنسوب للمتعاقد. ومثال ذلك - من واقع قضاء مجلس الدولة الفرنسي - أن الإدارة إذا تفاوضت مع المتعاقد معها - بعد إعداره - من أجل استئناف الأعمال على أسس جديدة تنفيذا للعقد. ولكن هذا المسعى لم يحقق أية نتيجة، فإن هذا الإعدار لا يعتبر في هذه الحالة قائما ولا يمكن - إذن - للإدارة أن توقع الجزاء المعذر به دون إعدار جديد توجهه له. على أن فوات وقت طويل بعد الإعدار دون أن تتخذ الإدارة أي جزاء أو أي مسلك إيجابي معين، لا يتضمن بالضرورة تنازلا عن تطبيق الجزاء، ولا يلزم معه إعدار آخر⁴. - كما سبق ذكره -

¹ - حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن رقم 8/923، بتاريخ 1964/02/08. أشار إليه د. عبد الله نواف العنزي، المرجع نفسه، ص 202.

² - سعد محمد علي المري، المرجع السابق، ص 125.

³ - د. طارق سلطان، المرجع السابق، ص 463.

⁴ - د. عبد المجيد الفياض، المرجع السابق، ص 95، 96.

ويرى جانب من الفقه أن أهمية الإعذار واعتباره ضماناً هامة للمتعاقد، لا تلزم الإدارة بوجوب مراعاته، حتى ولو توافرت هذه الشروط، ذلك أن الإدارة – باعتبارها قائمة على تقدير مصلحة المرفق – يمكنها إذا رأت مصلحة المرفق تستوجب ذلك، أن توقع الجزاء بغير إتباع إجراء الإعذار، على أن يكون للمتعاقد الرجوع عليها بالتعويض إذا كان لذلك محل، ولذلك ذهبت المحكمة الإدارية العليا في حكمها بتاريخ 1964/02/08 - السابق ذكره -، إلى أن: "الشراء على حساب المورد المتأخر، إنما يكون بسبب تأخره في التوريد عن المدة المحددة بالعقد". ولذا فإن لجهة الإدارة في حالة التأخير في التوريد – وإذا رأت ألا ضرورة من ذلك – أن تعذر المورد المتأخر، وتمنحه مهلة إضافية للتوريد مع توقيع غرامة التأخير المنصوص عليها في المادة 93 من اللائحة، وكذلك للإدارة أن تلجأ ابتداء إلى الطريقة الثانية، وهي الشراء على حسابه مباشرة إذا رأت أن صالح المرفق يقتضي هذا الإجراء¹.

المطلب الثالث: الإطار الشكلي للإعذار وحالات الإعفاء منه.

سوف نتناول هذا المطلب من خلال فرعين كما يلي:

الفرع الأول: الإطار الشكلي للإعذار.

الفرع الثاني: حالات الإعفاء من الإعذار.

الفرع الأول: الإطار الشكلي للإعذار.

وسنتناول في هذا الإطار، وسيلة الإعذار وشكله ومضمونه كما يلي:

أولاً: وسيلة الإعذار.

ثانياً: شكل الإعذار.

ثالثاً: مضمون الإعذار.

¹ - د. عبد الله نواف العنزي، المرجع السابق، ص 202.

أولاً: وسيلة الإعذار.

الواقع أن لا يشترط في الإعذار شكلاً محدداً ما لم ينص القانون أو العقد على خلاف ذلك، فقد يتفق المتعاقدان أو ينص المشرع على أن يكون الإعذار بخطاب موصى عليه بعلم الوصول، فإذا تم الإعذار في هذه الحالة على خلاف النص أو الاتفاق فإنه لا ينتج أثراً في توقيع الجزاء¹.

ففي فرنسا، وطبقاً للقواعد العامة، فإن الإدارة تقوم بإعذار المقاول حسب الطرق المحددة في العقد الإداري المبرم بين الطرفين، كما يمكن أن يتم عن طريق تسجيل رسالة موجهة إلى المقاول².

ولقد نصت المادة 84 من قانون المناقصات والمزايدات المصري رقم 89 لسنة 1998، السابقة الذكر على أن الإعذار يكون بكتاب أو خطاب موصى عليه بعلم الوصول.

وفي مصر، نجد نص المادة 87 من ذات القانون تؤكد على ذلك حيث أنها تفرض على المقاول بمجرد إتمام العمل أن يخلي الموقع من جميع المواد والأثربة، وأن يمهده وإلا كان للجهة الإدارية الحق – بعد إخطاره بكتاب موصى عليه – في تنفيذ ذلك على حسابه... ويوجه للمتعاقد على موطنه المبين في العطاء. وهذا يتفق مع القواعد العامة في إجراءات تنفيذ العقود الإدارية التي تنص على قيام السلطة المختصة بإخطار متعاقدتها بكتاب موصى عليه بعلم الوصول على عنوانه المبين في العقد³.

وهذا يتفق مع المادة 219 من القانون المدني المصري التي نصت على أن يكون إعذار المدين بإنذاره، أو ما يقوم مقام الإنذار. ويجوز أن يتم الإعذار عن طريق البريد على الوجه المبين في قانون المرافعات، كما يجوز أن يكون مترتباً على اتفاق يقضي بأن يكون المدين معذراً بمجرد حلول الأجل دون حاجة إلى إجراء آخر⁴.

¹- مريم محمد أحمد، المرجع السابق، ص 84.

²- فوزية سكران، المرجع السابق، ص 154.

³- المواد: (75 خاصة بالفسخ، 77 خاصة بالوفاء، 87 خاصة بالتنفيذ على الحساب، 86 الخاصة بسحب العمل من المقاول)، من لائحة المناقصات والمزايدات، قانون رقم 98 لسنة 1998.

⁴- فوزية سكران، المرجع السابق، ص 154.

والأصل في إعدار المدين يكون بإنذاره، والإنذار ورقة رسمية من أوراق المحضرين يبين فيها الدائن في وضوح أنه يطلب من المدين تنفيذ التزامه، وهذا هو الطريق المعتاد لإعدار المدين. وليس الإنذار هو الطريق الوحيد لإعدار المدين، فهناك ما يقوم مقام الإنذار. وأية ورقة رسمية تظهر منها بجلاء رغبة الدائن في أن ينفذ المدين التزامه تقوم مقام الإنذار. من ذلك التنبيه الرسمي الذي يسبق التنفيذ. ومن ذلك أيضا صحيفة الدعوى: ولو رُفعت الدعوى أمام محكمة غير مختصة، ومن ذلك محضر الحجز، وهو من أعمال التنفيذ¹.

وفي الجزائر نجد أن القاعدة العامة في القانون المدني بالنسبة للإعذار نصت عليها المادة 180 منه والتي سبق ذكرها، حيث أنه طبقا لهذه المادة: " يكون إعدار المدين بإنذاره، أو بما يقوم مقام الإنذار، ويجوز أن يتم الإعذار عن طريق البريد على الوجه المبين في هذا القانون، كما يجوز أن يكون مترتبا على اتفاق يقضي بأن يكون المدين معذرا بمجرد حلول الأجل دون حاجة إلى أي إجراء آخر".

أما بالنسبة لوسيلة الإعذار في إطار العقود الإدارية فقد تضمنته المادة 4 من قرار وزير المالية الذي يحدد البيانات التي يتضمنها الإعذار لسنة 2011 السالف ذكره، حيث تنص هذه المادة على أنه: " يجب تبليغ الإعذار برسالة موصى عليها ترسل إلى المتعامل المتعاقد مع إشعار بالاستلام، ونشره حسب الشروط المحددة في المادة 5 أدناه".

والمادة 5 من نفس القرار تنص على أنه: " يجب أن ينشر الإعذار في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي (ن. ر. ص. م. ع)²، وعلى الأقل في جريدتين يوميتين وطنيتين، موزعتين على المستوى الوطني، ويحرر باللغة العربية، وبلغة أجنبية واحدة على الأقل.

يجب أن يرسل طلب نشر الإعذار في نفس الوقت الذي يتم فيه تبليغه للمتعامل المتعاقد.

¹- د. نصر الدين بشير، المرجع السابق، ص 86.

²- المرسوم رقم 116/84 المؤرخ في 11 شعبان 1404هـ الموافق ل 12 مايو 1984، يتضمن إحداث نشرة رسمية خاصة بالصفقات التي يبرمها المتعامل العمومي.

يسري مفعول الإعذار ابتداء من تاريخ النشر الأول في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي (ن.ر.ص.م.ع) أو في الصحافة".

إلا أنه في عقد الأشغال العامة بالذات نجد أن الإدارة كثيرا ما تستعمل وسائل الإعلام المكتوبة (الجرائد) لتنبيه المعني قبل ممارسة الإدارة لسلطة الجزاء. وهذا ما تؤكدته الإعذارات الكثيرة المنشورة يوميا في الجرائد¹.

ثانيا: شكل الإعذار.

الإعذار كإجراء شكلي لا يشترط فيه شكل معين. إلا أنه يفترض فيه عدم الغموض أو الالتباس في الفهم².

وإذا كانت المادة 1139 من القانون المدني المصري تنص على أن الإعذار يتم تحت أي شكل من الأشكال. وبذلك يعتبر هذا النص غامضا إذ قصر عن بيان الشروط الأخرى الشكلية فيه، مما يفتح الباب على مصراعيه أمام القضاة للتفسير والتقدير، ولاسيما متى تعلق الأمر بتحديد المعنى الصحيح للفظ. مما أدى بالقضاء إلى وضع الشروط الشكلية، انطلاقا من التصور الواسع لفكرة الإعذار³.

فإن المشرع الجزائري كان أكثر توفيقا في هذا الإطار حين اشترط في نص المادة 3/149 من قانون الصفقات العمومية، إصدار قرار من وزير المالية يحدد البيانات الواجب إدراجها في الإعذار وآجال نشره في شكل إعلانات قانونية، و فعلا صدر هذا القرار – سلف ذكره.

حيث نصت المادة 2 من ذلك القرار، على ضرورة توجيه إذارين قانونيين للمتعامل المتعاقد العاجز.

¹- د. عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية طبقا للمرسوم الرئاسي 15-247، المؤرخ في 16 سبتمبر 2015، الطبعة الخامسة، القسم الثاني – التنفيذ، الرقابة على الصفقات، المنازعات، جرائم الصفقات، نهاية الصفقات، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، سنة 2017، ص 209.

²- د. طارق سلطان، المرجع السابق، ص 460.

³- د. طارق سلطان، المرجع نفسه، ص 459، 460.

أما المادة 3 منه، فقد تناولت البيانات التي يجب أن يتضمنها الإعذار الذي توجهه المصلحة المتعاقدة إلى المتعامل المتعاقد. وسنفصل في مضمون هذه المادة في العنصر الموالي، المتعلق بمضمون الإعذار.

ثالثا: مضمون الإعذار.

قبل كل شيء يجب أن نشير إلى أنه يجب أن تكون عبارات الإعذار واضحة وقاطعة في الدلالة عليه، وفي حالة غموض عبارات الإعذار يقوم القاضي الإداري بتفسير الإرادة المفترضة لطرفي العقد¹.

يجب أن يتضمن الإعذار بيان المخالفات التي ارتكبتها المتعاقد مع الإدارة وكيفية تفاديها².

كما يجب أن يتضمن الإعذار أيضا تحديد مهلة كافية للمتعاقد. على سبيل المثال ما نصت عليه المادة 1/39 من دفتر الشروط الخاص بعقود الأشغال العامة في فرنسا وهي مهلة 15 يوما خمسة عشر يوما فيما إذا كانت هناك حالة استعجال، وللقاضي السلطة التقديرية في مدى كفاية هذه المهلة من عدمه³. وكذلك ما نصت عليه المادة 35 من دفتر الشروط الإدارية العامة الخاص بعقود الأشغال العامة الجزائري لسنة 1964. حيث تنص على أنه لا يجوز أن يقل أجل الإعذار الموجه للمقاول - باستثناء حالة الاستعجال - عن عشرة أيام ابتداء من تبليغ الإنذار.

كذلك يجب أن يتضمن الإعذار، الجزاء الذي تنوي الإدارة توقيعه بحقه⁴. وبالتالي يكون الجزاء غير مشروع متى صدر لسبب مختلف عن الأمر المتضمن في الإعذار⁵.

¹ - د. طارق سلطان، المرجع نفسه، ص 461.

² - د. طارق سلطان، المرجع نفسه، ص 460.

³ - فوزية سكران، المرجع السابق، ص 155.

⁴ - بلاوي ياسين بلاوي، المرجع السابق، ص 230.

⁵ - د. طارق سلطان، المرجع السابق، ص 461.

الفصل الثاني : حدود سلطة الإدارة في فرض الجزاءات على المتعاقد معها.

وبالتالي يمكن القول أن الإعذار يقوم بدور وقائي في المقام الأول، وبالتالي فمضمونه يسمح للمتعاقد بالاحتجاج بحقوقه ضد المآخذ الموجهة ضده¹.

ولقد ورد النص على مضمون الإعذار في المادة 3 من قرار وزير المالية المتعلق بالبيانات التي يتضمنها الإعذار وأجال نشره، السالف الإشارة إليها: والتي تنص على أنه: " يجب أن يتضمن الإعذار الذي توجهه المصلحة المتعاقدة إلى المتعامل المتعاقد البيانات الآتية:

- تعيين المصلحة المتعاقدة وعنوانها،
- تعيين المتعامل المتعاقد وعنوانه،
- التعيين الدقيق للصفة ومراجعتها،
- توضيح إن كان أول أو ثاني إعذار، عند الاقتضاء،
- موضوع الإعذار.
- الأجل الممنوح لتنفيذ موضوع الإعذار،
- العقوبات المنصوص عليها في حالة رفض التنفيذ".

الفرع الثاني: حالات الإعفاء من الإعذار.

إن إعذار المتعاقد المتراخي في تنفيذ التزاماته يعد ضرورة لا غنى عنها تقتضيها قواعد العدالة والقواعد العامة، إذ ينبه المتعاقد إلى ضرورة تفادي خطئه وجعله ينفذ التزاماته على أحسن وجه مما يساعد على حسن سير المرفق العام بانتظام واضطراد. إلا أن القضاء الإداري اعترف ببعض الاستثناءات أجاز فيها توقيع الجزاء دون إعذار وهي²: في حالة

¹ د. طارق سلطان، المرجع نفسه، ص 462.

² - تنص المادة 180 من القانون المدني الجزائري على أنه: "... كما يجوز أن يكون [الإعذار] مترتباً على اتفاق يقضي بأن يكون المدين معذراً بمجرد حلول الأجل دون حاجة إلى أي إجراء آخر".
كما تنص المادة 181 القانون المدني الجزائري على حالات الإعفاء من الإعذار كما يلي: "لا ضرورة لإعذار المدين في الحالات الآتية:

- إذا تعذر تنفيذ الالتزام أو أصبح غير مجد بفعل المدين.
 - إذا كان محل الالتزام تعويضاً ترتب عن عمل مضر
 - إذا كان محل الالتزام رد شيء يعلم المدين أنه مسروق، أو شيء تسلمه دون حق وهو عالم بذلك.
 - إذا صرح المدين كتابة أنه لا ينوي تنفيذ التزامه".
- ونجد أن هذه المواد تقابلها المواد 219، 220 على التوالي من القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948.

الفصل الثاني : حدود سلطة الإدارة في فرض الجزاءات على المتعاقد معها.

وجود نص قانوني يعفي الإدارة من الإعذار أو الاتفاق في العقد على إعفاء الإدارة منه. وإذا كانت طبيعة العقد والظروف التي أحاطت به تقتضي إعفاء الإدارة من الإعذار. وكذلك عندما يصبح الإعذار غير مجد في رد المتعاقد للوفاء بالتزاماته أو عدم مقدرته على الوفاء بها. وعليه سنقسم هذا الفرع كما يلي:

أولاً: الإعفاء من الإعذار بناء على نص.

ثانياً: الإعفاء بسبب طبيعة العقد والظروف المحيطة به.

ثالثاً: الإعفاء بسبب عدم الجدوى من الإعذار أو عدم مقدرة المتعاقد على الوفاء بالتزاماته.

أولاً: الإعفاء من الإعذار بناء على نص.

من الاستثناءات التي ترد على ضرورة الإعذار المسبق أن يوجد نص يقطع بعدم تطلبه. وهذا النص إما أن يرد في تشريع كقانون المناقصات والمزايدات أو لائحته التنفيذية مثلاً، وإما أن يوجد ضمن نصوص العقد¹.

ومثال الحالة الأولى، ما نصت عليه المادة 36 من دفتر الشروط الإدارية العامة لسنة 1964 على أنه: " إذا وردت في عقد الصفقة نصوص تتضمن عقوبات على التأخير، فيجري تطبيقها دون إنذار سابق بعد التأكد العادي من تاريخ انقضاء الأجل التعاقدى للتنفيذ وتاريخ استلام الأشغال المؤقت".

وكذلك ما نصت عليه المادة 83 من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات المصري والتي جاء فيها: "... وتوقع الغرامة بمجرد حصول التأخير دون حاجة إلى تنبيه أو اتخاذ أي إجراء آخر...".

وعليه من خلال النصين الواردين أعلاه يكون للإدارة فرض غرامة التأخير بمجرد تحقق التأخير ودون حاجة للإعذار أو أي إجراء آخر أو اثبات أي ضرر لحق بها.

¹- د. عبد الله نواف العنزي، المرجع السابق، ص 210.

والواقع أن الإعفاء من الإعذار في هذه الحالة له ما يبرره، لعدم جدواه حيث لن يكون بوسع المتعاقد الوفاء بالتزامه في الميعاد¹.

أما بالنسبة للحالة الثانية، فإنه تعفى الإدارة من توجيه الإعذار للمتعاقد المقصر في تنفيذ التزاماته التعاقدية عند اتجاه نيتها لتوقيع الجزاء عليه، إذا اتفقت مع المتعاقد على إعفائها من ذلك، ويعد هذا الإعفاء أو الاستثناء من الإعذار مظهرا واضحا من مظاهر احترام إرادة الطرفين وإعمال مبدأ الرضائية في مجال العقد الإداري الذي ينبغي مراعاته في نطاق العقود الإدارية كما هو الحال في نطاق العقود المدنية. ومفاد ذلك أن قاعدة وجوب الإعذار ليست متعلقة بالنظام العام².

ولقد نصت على جواز الاتفاق على عدم ضرورة إجراء الإعذار المادة 180 من القانون المدني الجزائري، والمادة 219 من القانون المدني المصري السالف ذكرهما.

حيث يجوز للمتعاقدين الاتفاق على أن يقوم المدين بتنفيذ التزاماته التعاقدية دون حاجة إلى إعذار، وبمجرد حلول أجل تنفيذه هذه الالتزامات كان للدائن الرجوع عليه بالتعويض دون حاجة لاتخاذ أي إجراء، ويتحمل الدائن إثبات الإعفاء من الإعذار فقد يكون واردا بالعقد أو في ورقة منفصلة عنه³.

وتجدر الإشارة إلى أنه قد يرد إعفاء الإدارة من الإعذار ضمن بنود العقد أو في دفاتر الشروط، ففي هذه الحالة يجب تفسير النص تفسيراً ضيقاً، وما ذلك إلا بسبب ما ينطوي عليه من مخاطر جمة بالنسبة للمتعاقد فضلاً على أنه يمثل استثناء على القاعدة العامة بهذا الشأن، ولذلك يجب أن تكون عبارة العقد واضحة وقاطعة الدلالة على إعفاء الإدارة من الإنذار، فعلى سبيل المثال أن عبارة إسقاط الالتزام بقوة القانون، لا تؤدي إلى استبعاد الإنذار⁴.

¹- د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، تنفيذ العقد الإداري، المرجع السابق، ص 113.

²- بلاوي ياسين بلاوي، المرجع السابق، ص 123.

³- أنور طلبة، دعوى التعويض، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، مصر، 2005، ص 29.

⁴- د. نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص 163.

ويذهب فريقا من الفقه إلى أن هذا الاتفاق قد يكون صريحا وقد يكون ضمنا في مجال عقود القانون الخاص، وعرفوا الاتفاق الصريح بأنه الاتفاق الدال دلالة قاطعة لا تحتمل الشك أو التأويل على الإعفاء من شرط الإعذار. أما الاتفاق الضمني فهو الذي يستخلصه القاضي من أحكام العقد وفقا للقواعد العامة لتفسير العقد¹.

وبناء عليه لا يكفي في رأي البعض النص في العقد الإداري على وقوع جزاء الفسخ بقوة القانون لإعفاء الإدارة من الالتزام بإعذار المتعاقد معها قبل توقيع جزاء الإنهاء عليه. كما أنه في حالة الشك حول تطبيق شرط الإعفاء من الإعذار فإن الشك يفسر لصالح المتعاقد. كطرف أضعف في الرابطة العقدية الإدارية، وهو ما يكون من أثره اعتبار الإعذار أمرا ملزما للإدارة، يترتب البطلان والتعويض حال توقيع الجزاء دون مراعاته، لاسيما بالنسبة للجزاءات الجسيمة كالفسخ².

وفي رأينا أنه يدخل ضمن هذه الحالة لإعفاء الإدارة من الإعذار، إعطاء المتعامل المتعاقد مهلة إضافية بموجب ملحق للعقد، من أجل تنفيذ العقد الإداري، ويعد هذا الأخير نوعا من الإنذار، يغني عن إعذار المتعاقد عند انتهاء مدة التمديد.

ثانيا: الإعفاء بسبب طبيعة العقد والظروف المحيطة به.

إن إعفاء الإدارة من الإعذار قبل توقيعها الجزاءات على المتعاقد، يمكن استخلاصه من الظروف الخاصة بكل منازعة، وفي هذه الحالة يختص قاضي العقد بتقدير هذه الظروف أخذا في اعتباره على الأخص طبيعة العقد والعبارات التي جرى بها النص الخاص بالجزاء. فإذا كانت الظروف – مثلا – تضي على تنفيذ العقد طابع الضرورة والملحة كم هو الشأن لتوريدات المواد العسكرية خلال زمن الحرب، فإن المتعاقد يعتبر كأنه قد أعذر بمجرد انتهاء المدة المقررة للتنفيذ³.

¹- بلاوي ياسين بلاوي، المرجع السابق، ص 124.

²- د. عبد الله نواف العنزي، المرجع السابق، ص 211.

³- د. عبد المجيد فياض، المرجع السابق، ص 94.

كما أنه كما يتم التجاوز عن الإعذار لأسباب خارجة عن الإرادة بسبب الظروف الاستثنائية كالحرب [كما سبق ذكره] يتم أيضا التجاوز عنه لأسباب خارجة عن الإرادة بسبب القوة القاهرة التي تؤدي إلى تعطيل ضمانات الدفاع، ويشترط لاعتبار الحادث قوة القاهرة، إذا كان من عدم الإمكان توقعه، ومستحيل دفعه، فإذا تخلف أحد هذين الشرطين انتفت عن الحادث صفة القوة القاهرة¹.

كذلك تُعفى الإدارة من الإعذار في الحالة التي تتطلب اتخاذ إجراء جزائي سريع لضمان استمرار وانتظام المرفق من خطر يهدده كما في حالة وضع المرفق تحت الحراسة².

إذ يرى جانب من الفقه الفرنسي عدم ضرورة إعذار الملتزم قبل وضع المرفق المدار بطريق الالتزام تحت الحراسة الإدارية، وذلك لأن الطبيعة الجوهرية للالتزام بعمل تكون دائما التنفيذ المنتظم والمستمر، فإذا ما تخلف المتعاقد عن أداء التزاماته يعتبر مخطأ دون أي إعذار. ولهذا السبب تُمكن الإدارة من استعمال سلطتها في وضع المرفق العام المدار بطريق الالتزام تحت الحراسة دون حاجة إلى إنذار لما يتطلبه هذا الإجراء من سرعة وفورية لمواجهة حالة عاجلة تهدد سير المرفق العام³.

كما أنه لا ضرورة للإعذار إذا ما كانت مخالفة المتعاقد مع الإدارة لالتزامه التعاقد ي مرجعها ارتكابه غشا وتحايلا في تعامله معها⁴.

ويمثل الغش في أثره المانع من الإعذار أن يكون المتعاقد سيء النية، وهذا اتجه محمود إلا أنه يجب على الإدارة أن لا تتوسع في مفهوم الغش أو سوء النية، لاسيما وأنه لا يوجد معيار ثابت للقول بأن هذا الطرف ارتكب غشا، أو كان سيء النية⁵.

1- د. عبد الله نواف العنزي، المرجع السابق، ص 214.

2- د. عبد المجيد فياض، المرجع السابق، ص 98.

3- بلاوي ياسين بلاوي، المرجع السابق، ص 126.

4- د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع السابق، ص 114.

5- د. عبد الله نواف العنزي، المرجع السابق، ص 212.

وكذلك لا تكون هناك ضرورة للإعذار قبل توقيع الجزاء، إذا تنازل المتعاقد عن العقد للغير أو إذا ارتكب واقعة التعاقد من الباطن بدون تصريح مسبق من الإدارة¹. بل يعتبر ذلك مثلاً لخروج المتعاقد على مبدأ حسن النية الذي يخضع له تنفيذ العقد الإداري².

ثالثاً: الإعفاء بسبب عدم الجدوى من الإعذار أو عدم مقدرة المتعاقد على الوفاء بالتزاماته.

وتُعفى الإدارة من إعذار المتعاقد معها قبل توقيع الجزاء عليه إذا ما أصبح هذا الإعذار غير مُجد في تحقيق غايته من إعادة التعاقد للوفاء بالتزاماته التعاقدية، كما في حالة إعلان المتعاقد رفضه الصريح للوفاء بتلك الالتزامات، أو كانت مخالفة المتعاقد لالتزامه من الجسامة لدرجة يتعذر عليه معها تدارك المخالفة أو إصلاحها³.

وكذلك يصبح الإعذار غير ذي جدوى في حالة عدم قدرة المتعاقد بصفة نهائية على تنفيذ التزاماته التعاقدية [كما في حالة إفلاس المتعاقد]، كما أنه قد تُعفى الإدارة من الإعذار إذا كان الجزاء الإداري لا ينطوي على خطورة بالغة تضر بمصالح المتعاقد بشرط ألا يوجد نص على خلاف ذلك⁴.

وتجد هذه الحالة لإعفاء الإدارة من الإعذار تبريرها في أن الغاية من الإعذار دعوة المدين إلى التنفيذ، إلا أنه ضمن هذه الحالة هذا التزام قد فقد قيمته وجدواه ، طالما أن هذا التنفيذ قد صار غير ممكن أو غير مجد للإدارة، فالتنفيذ أو عدمه سيان، لذا فلم يعد هناك أي معنى أو داعي لإلزام الإدارة بإعذار المتعاقد.

وقد نصت على هذه الحالة المادة 181 من القانون المدني الجزائري، ونص المادة 220 من القانون المدني المصري السالف ذكرهما.

¹- د. نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص 165.

²- إدارة الفتوى والتشريع، الفتوى رقم 99/163/2، 2472، صادرة في 1999/10/6، مجموعة المبادئ القانونية للفتوى والتشريع، يونيو 2007، الجزء الثالث، ص 198. أشار إليه د. عبد الله نواف العنزي، المرجع السابق، ص 213.

³- د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع السابق، ص 113-114.

⁴- د. عبد الله نواف العنزي، المرجع السابق، ص 212-213.

وقد قرر مجلس الدولة الفرنسي في هذا الإطار، في أحد أحكامه بتاريخ 1945/6/29، أنه لا محل للإعذار إذا كانت الظروف تقطع بعدم الفائدة منه، نظرا لأن المتعاقد قد أعلن من تلقاء نفسه رفضه تنفيذ العقد واعتباره لا غيا وكأنه لم يكن¹.

كما نجد حكم محكمة النقض المصرية الصادر في 5 أبريل 1966 الذي قضى ب أنه: " لا ضرورة للإعذار إذا أصبح تنفيذ الالتزام غير ممكن وغير مجد بفعل المدين، وإذا كان يبين من الحكم المطعون فيه أنه اعتبر الأخطاء الفنية التي وقع فيها المقاول مما لا يمكن تداركه فإن مفاد ذلك أن الالتزام المترتب على عقد المقاول قد أصبح غير ممكن تنفيذه، ومن ثم فإن الحكم المطعون فيه إذا قضى بفسخ العقد وبالتعويض دون سبق إعذار المدين بالتنفيذ العيني لا يكون قد خالف القانون"².

ونحن نؤيد الرأي الفقهي الذي يدعو إلى تحديد الحالات المستثناة من تطبيق قاعدة الإعذار على سبيل الحصر حتى لا تتحرر الإدارة من هذا الإجراء، وتتوسع في تقدير الحالات التي تعفى فيها من هذا الإجراء لاسيما في بعض الجزاءات الجسيمة والتي يجب تقييد الإدارة في ممارستها إلى أضيق نطاق ممكن، خاصة إذا علمنا أن إعذار المتعاقد مع الإدارة ليس إجراء صعب تحقيقه، بل أنه قد يكون في صالحها في أحيان كثيرة، وخاصة عندما يقوم المتعاقد بتصحيح ما وقع فيه من أخطاء على أثر إعداره، كما أن إعذار المتعاقد مع الإدارة يفيدها ويعزز موقفها عند الطعن في الجزاء الإداري³.

¹- بلاوي ياسين بلاوي، المرجع السابق، ص 127.

²- حكمها في الطعن رقم (431) لسنة 31 القضائية، المكتب الفني، مجموعة الأحكام الصادرة من الهيئة العامة للمواد المدنية والتجارية ومن الدائرة المدنية ومن دائرة الأحوال الشخصية، السنة السابعة عشر، العدد الأول، ص 797. أشارت إليه مريم محمد أحمد، المرجع السابق، ص 87.

³- د. عبد الله نواف العنزي، المرجع السابق، ص 214.

المبحث الثاني: الرقابة القضائية على سلطة الإدارة في فرض الجزاءات على المتعاقد معها.

لا يمكننا أن نتصور في العصر الحالي وجود دولة حديثة لا تتبنى مبدأ الشرعية الذي يمكن أن يعبر عنه بسيادة حكم القانون، أي إخضاع الدولة للقانون في صور نشاطها جميعا ومختلف الأعمال والتصرفات التي تصدر عنها، وهذا يعني أن الأنشطة والفعاليات كافة التي تقوم بها سلطات الدولة ومنها السلطة الإدارية يجب أن تحترم الشرعية القانونية، كما يجب وضع نظام فعال كفيل برقابة أعمال الإدارة ومنعها من الخروج على الحدود المرسومة لها في القواعد القانونية¹.

وهذا النظام الفعال يتمثل في الرقابة القضائية. وعلى أية حال فإن حق التقاضي حق مكفول دستوريا في كل الدول بنص الدساتير النافذة، كما تنظم هذا الحق أيضا التشريعات العادية وتفصله بموجب نصوصها السارية المفعول².

ويقصد بالرقابة القضائية بصفة عامة فصل الخصومات والمنازعات بين الأفراد³. وفي إطار القانون الإداري يقصد بها : " تلك السلطات والصلاحيات الممنوحة للمحاكم الاعتيادية أو الإدارية، استنادا إلى نصوص القانون أو العقد والتي تكون بموجبها لهذه المحاكم سلطة الفصل وإصدار أحكام في المسائل التي تكون الإدارة طرفا فيها بما يكفل حقوق وحريات الخصوم"⁴.

¹- بشار أحمد الجبوري، سحب العمل في عقود المقاولات العامة - دراسة مقارنة-، الطبعة الأولى، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، مصر، سنة 2017، ص 241؛ د. بكر القباني و د. محمود عاطف البنا، الرقابة القضائية لأعمال الإدارة - عموميات: تنظيم الرقابة القضائية على أعمال الإدارة العامة في الجمهورية العربية المتحدة-، المجلد الأول، مكتبة القاهرة الحديثة، القاهرة، مصر، دون سنة نشر، ص 35.

²- تنص المادة 157 من القانون رقم 16- 01 المؤرخ في 26 جمادى الأولى عام 1437هـ الموافق ل 2016/03/06 المتضمن التعديل الدستوري الجزائري. المنشور في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية رقم 14 المؤرخة في 27 جمادى الأولى عام 1437هـ الموافق ل 2016/03/07 على: " تحمي السلطة القضائية المجتمع والحريات، وتضمن للجميع ولكل واحد المحافظة على حقوقهم الأساسية"؛ وتنص المادة 158 من نفس القانون على: " أساس القضاء مبادئ الشرعية والمساواة.

الكل سواسية أمام القضاء، وهو في متناول الجميع ويجسده احترام القانون"

³- ضياء شيت خطاب، فن القضاء، دون دار نشر، بغداد، العراق، 1984، ص 13.

⁴- د. محمد محمد بدران، رقابة القضاء على أعمال الإدارة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1985، ص 61.

وعليه فإن سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات التعاقدية بإرادتها المنفردة، وإن كان مبعث منحها تحقيق المصلحة العامة من خلال تأمين سير وانتظام المرافق العامة في أداء خدماتها، إلا أن ذلك لا يعني ترك هذه السلطة بدون قيد لأن ذلك يؤدي إلى التضحية الكاملة بحقوق المتعاقد مع الإدارة هذا ما يدفعه إلى العزوف عن التعاقد معها مجدداً، وهذا يضر بالصالح العام طبعاً. كما أن لا يمكن للمتعاقد مع الإدارة أن يقتض بنفسه من الإدارة. لذا كان من الواجب إخضاع سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات التعاقدية لرقابة القضاء لطمأنة المتعاقد مع الإدارة من جهة ولتحقيق نوع من التوازن بين سلطات الإدارة الاستثنائية وبين حقوق المتعاقد معها من جهة أخرى.

وبالتالي فالرقابة القضائية تعتبر أقوى ضمانة للمتعاقد في مواجهة الإدارة. وذلك لأنها تتميز بميزة أساسية تتمثل في صدورها من جهة مستقلة ومحيدة، بالإضافة إلى ما تتمتع به الأحكام القضائية بحجية الشيء المقضي به وذلك بخلاف القرارات الإدارية التي لا تتمتع بتلك الحجية. هذا ما دفع الكثير من الفقهاء إلى وصف هذه الرقابة على أعمال الإدارة بأنها أكمل أنواع الرقابات وأكثرها فاعلية.

وعليه فإن حق المتعاقد مع الإدارة في أن يلجأ إلى القضاء بالطعن في قرار الجزاء، مكفول قانوناً ولا نزاع فيه، فهذا الحق من النظام العام وأي شرط في العقد يقضي باستبعاده يعتبر باطلاً ولا أثر له¹.

وعلى أساس ما تقدم سوف نقسم هذا المبحث إلى مطلبين كما يلي:

المطلب الأول: القضاء المختص بالرقابة على سلطة الإدارة في فرض الجزاءات التعاقدية.

المطلب الثاني: نطاق الرقابة القضائية على سلطة الإدارة في فرض الجزاءات التعاقدية.

¹ - د. عبد المجيد فياض، المرجع السابق، ص 99.

المطلب الأول: القضاء المختص بالرقابة على سلطة الإدارة في فرض الجزاءات التعاقدية.

تأخذ معظم الدول المعاصرة – وهي دول قانونية – بمبدأ إخضاع أعمال الإدارة العامة للرقابة القضائية. إذ تعتبر هي الضمانة الحقيقية للأفراد في مواجهة الإدارة، ذلك أنها تُوازن سلطتها بتوقيع الجزاء وتمنعها من الانحراف بتلك السلطة. حيث أنها تمارس طبقاً للنصوص القانونية.

إلا أن الدول تباينت في إناطة أمر هذه الرقابة، إذ تنقسم إلى قسمين أساسيين، دول تأخذ بنظام القضاء الموحد وأخرى تأخذ بنظام القضاء المزدوج.

فبالنسبة لدول القضاء الموحد مثل إنجلترا، تكون فيها جهة قضائية واحدة وهي جهة القضاء العادي، هي ذات اختصاص شامل لجميع المنازعات، تمارس مهمة رقابة أعمال الإدارة والفصل في المنازعات الإدارية. وبالنسبة لدول القضاء المزدوج مثل فرنسا، فإنه تنشأ جهة قضائية مستقلة للفصل في المنازعات الإدارية والرقابة على أعمال الإدارة فقط والتي تتصرف الإدارة فيها بوصفها سلطة عامة، دون النظر بالمنازعات الأخرى. ولقد اعتنقت الجزائر نظام ازدواجية القضاء.

ومن المسلم به أن القضاء الإداري هو صاحب الولاية في نظر كافة المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية، وهذا الاختصاص من النظام العام، وبذلك لا يمكن للأطراف الخروج على ذلك بنص في العقد¹. باستثناء تلك المسائل الأولية التي تدخل بطبيعتها في اختصاص القضاء العادي مثل أهلية المتعاقد مع جهة الإدارة وغيرها².

وعليه سنقسم الدراسة في هذا المطلب إلى فرعين كما يلي:

الفرع الأول: طبيعة اختصاص القضاء الإداري بنظر الطعن ضد الجزاءات التعاقدية في العقد الإداري.

¹- د. عبد المجيد فياض، المرجع السابق، ص 99.

²- د. نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص 169.

الفرع الثاني: القضاء المختص بنظر الطعن ضد الجزاءات التعاقدية في العقد الإداري في النظام القانوني الجزائري.

الفرع الأول: طبيعة اختصاص القضاء الإداري بنظر الطعن ضد الجزاءات التعاقدية في العقد الإداري.

إن اختصاص القضاء الإداري يشمل جميع العقود الإدارية ولا يقتصر على عقد بعينه. وهو صاحب الاختصاص الأصيل بالفصل في منازعات الجزاءات العقدية الإدارية، واختصاصه هذا إنما هو امتداد لاختصاصه بالمنازعات التي تثور عن العقد الإداري بوجه عام.

وبالتالي تخرج هذه المنازعات عن اختصاص القضاء العادي، كما أن القاضي الإداري لا يختص بالجزاءات العقدية غير الإدارية.

أي أن معيار إسناد الاختصاص للقاضي الإداري يتمثل في اعتبار الجزاء إدارياً، وهو يستمد هذه الصفة من كونه ناتجاً عن تنفيذ أحد العقود الإدارية، وهذا معناه أن القاضي الإداري لا يكون مختصاً بالفصل في منازعة الجزاء العقدي إلا إذا كان العقد إدارياً، أي العقد الذي تبرمه جهة الإدارة بقصد سير المرفق العام بما تتضمنه من شروط استثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص¹. علماً أن الإدارة قد تبرم عقوداً بصفقتها فرد عادي لا تتمتع بامتيازات السلطة العامة، وبالنسبة لهذا النوع من العقود (أي عقود الإدارة الخاصة) تدخل منازعاتها في نطاق اختصاص القضاء العادي.

واختصاص القضاء الإداري بنظر منازعات العقد الإداري، ومن بينها المنازعات المتعلقة بالجزاءات التعاقدية يتميز بالشمولية، أي أنه صاحب الولاية العامة في الفصل في جميع المنازعات، وهذا معناه أن هذا الاختصاص يمتد إلى جميع دعاوى العقد الإداري، سواء ما كان متعلقاً منها بانعقاده أو تنفيذه أو انقضائه².

¹- د. عبد الله نواف العنزي، المرجع السابق، ص 240.

²- د. عبد الله نواف العنزي، المرجع نفسه، ص 245، 246.

الفصل الثاني : حدود سلطة الإدارة في فرض الجزاءات على المتعاقد معها.

وتعتبر الدعوى الإدارية هي الآلية أو الوسيلة القانونية الوحيدة لتطبيق الرقابة القضائية على أعمال الإدارة، وهي – أيضا- الوسيلة القانونية الأصلية والوحيدة لحل منازعات الإدارة حلا قضائيا رسميا وشرعيا¹.

وتعرف الدعوى الإدارية بأنها الوسيلة والمكنة التي يخولها القانون للشخص في اللجوء إلى القضاء الإداري للمطالبة بحقوق مستتها تصرفات الإدارة وأعمالها وأضرت بها².

ومن المعروف أن اختصاص القضاء الإداري يمكن رده بصفة عامة إلى القضاء الكامل أو قضاء التعويض وقضاء الإلغاء³، وقضاء فحص المشروعية⁴.

والمعروف أن سلطة قاضي الإلغاء تقف عند الحكم بإلغاء قرار معيب، دون أن يوجه القاضي إلى الإدارة أوامر محددة بعمل أو امتناع عن عمل⁵. أما القضاء الكامل أو قضاء التعويض فيخول القاضي تقرير تعويض للأفراد عن الضرر الذي يصيبهم بفعل عمال الإدارة أو نتيجة لسير المرافق العامة، أو نتيجة لمسؤولية الإدارة عن عقد مبرم بينها وبين الأفراد. وأما قضاء فحص المشروعية، فيخول القاضي فحص القرارات الإدارية لتقرير مخالفتها أو عدم مخالفتها للقانون وذلك في حالة الدفع بعدم الشرعية أثناء نظر إحدى الدعاوى، فإذا تبينت مخالفتها للقانون استبعدت تطبيقها على الدعاوى المعروضة عليها، أي إنها رقابة مشروعية فقط⁶.

ويعتبر قضاء الإلغاء و القضاء الكامل هما النوعان الرئيسيان في دعاوى القضاء الإداري. فقضاء الإلغاء هو قضاء مشروعية أو قضاء موضوعي يهدف إلى حماية المراكز القانونية الموضوعية التي يشغلها الأفراد من الاعتداء عليها، الأمر الذي يجعل محله دائما الأعمال القانونية التي يشوبها أحد عيوب عدم المشروعية، وعلى العكس من ذلك فإن

¹ - زينب سالم، الرقابة القضائية على العقد الإداري في مرحلة التنفيذ، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، سنة 2016، ص 65.

² - عمار عوابدي، النظرية العامة للمنازعات الإدارية في النظام القضائي الجزائري – نظرية الدعوى الإدارية -، الجزء الثاني، الطبعة الخامسة، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، سنة 2014، ص 226 وما بعدها.

³ - د. سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 187.

⁴ - د. بكر القباني ود. محمود عاطف البناء، المرجع السابق، ص 32.

⁵ - د. سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 187.

⁶ - د. طارق سلطان المرجع السابق، ص 470.

القضاء الكامل هو قضاء شخصي أو ذاتي، تدور المنازعة فيه حول اعتداء أو تهديد به على مركز قانوني شخصي للطاعن، ومن ثم فهو يستهدف مخاصمة الأعمال القانونية الذاتية التي تؤثر على حقوق الأفراد المكتسبة¹.

والقاعدة العامة أن دعوى العقود الإدارية تدخل أساسا في اختصاص القضاء الكامل². فهذا الأخير هو القضاء الأصل فيما يتعلق بالمنازعات التي تترتب على العقود الإدارية³. فمتى توافرت في المنازعة حقيقة العقد الإداري، سواء أكانت خاصة بانعقاد العقد بصحته، أو تنفيذه، أو انقضائه فإنها كلها تدخل في نطاق ولاية القضاء الكامل دون ولاية الإلغاء⁴.

وبما أن ما تملكه الإدارة من حق في توقيع الجزاءات التعاقدية يدخل في إطار تنفيذ العقد الإداري، فإن الطعن على تلك الجزاءات يخضع لولاية القضاء الكامل دون قضاء الإلغاء. والحكمة في إخضاع هذه المنازعات لولاية القضاء الكامل، تكمن في أن تلك الولاية بما تتسم به من شمول ورحابة نطاق هي الأكثر تناسبا مع الطبيعة الحقوقية لتلك المنازعات، إذ لا يتصل الأمر فقط بتقرير مشروعية أو عدم مشروعية تصرف الإدارة، وإنما يمتد ليشمل أيضا حقوق مالية للمتعاقد معها يعجز قاضي الإلغاء بحكمه الذي يقف دوره عند حد إبطال التصرف في منحها له، حيث لا يملك قاضي الإلغاء ترتيب التزامات مالية على عاتق الإدارة⁵. كما أن العقود الإدارية وليدة إرادتي جهة الإدارة والمتعاقد معها، وذلك خلافا للمنازعات المتعلقة بمشروعية القرارات الإدارية التي تكون محلها دعاوى قضاء الإلغاء ذلك أنها تصدر عن إرادة الإدارة وحدها بما لها من سلطة بمقتضى القوانين واللوائح⁶.

¹- د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، تنفيذ العقد الإداري، المرجع السابق، ص 117، 118.

²- د. مفتاح خليفة عبد الحميد، د. حمد محمد حمد الشلحاني، المرجع السابق، ص 347.

³- د. سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 187.

⁴- حكم محكمة القضاء الإداري المصرية الصادر بتاريخ 1965/11/18، مجموعة السنة العاشرة، ص 180. أشار إليه علي محمد مظفر، سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات في العقود الإدارية في اليمن - دراسة مقارنة- أطروحة دكتوراه، جامعة القاهرة، القاهرة، مصر، 2012، ص 297.

⁵- د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع السابق، ص 117، 118.

⁶- د. شعبان أحمد رمضان، مدى جواز الطعن بالإلغاء في منازعات العقود الإدارية، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، سنة 2016، ص 6.

وخلاصة القول إذن، أن القرار الصادر من الإدارة بفرض الجزاء على المتعاقد هو من قبيل القرارات الإدارية ولكنه لا يقبل الطعن فيه بالإلغاء من المتعاقد لأن له دعوى أخرى للمنازعة في هذا القرار هي دعوى القضاء الكامل التي تحقق له مزايا أكثر¹.

وهذا هو ما استقر عليه الوضع في قضاء مجلس الدولة الفرنسي من حيث أنه داخل القضاء الإداري يعتبر قاضي العقد هو المختص فقط بالفصل في المنازعات التعاقدية، وهذا ما أيده القضاء الإداري المصري، وتم استخلاصه من النصوص القانونية المنظمة لمجلس الدولة الفرنسي والمصري².

ف نجد مجلس الدولة الفرنسي قد قضى بأن الجهة المختصة أصلاً للنظر في المنازعات القضائية الناتجة عن العقود الإدارية هو قاضي العقد أي جهة القضاء الكامل وليس قضاء الإلغاء³.

وقد تأكد ذلك بقضاء المحكمة الإدارية العليا المصرية والذي ذهب فيه إلى أن دعوى الإلغاء جعلت لمواجهة مخالفة المشروعية، بينما الالتزامات المترتبة على العقد الإداري هي التزامات شخصية ينعقد الاختصاص للقضاء الكامل بنظر ما يثور بشأنها من منازعات⁴. حيث قضت في قرار آخر بأن: " ومن حيث أنه يتعين الإشارة في ضوء واقعات النزاع المائل إلى أن القرارات التي تصدرها جهة الإدارة المتعاقدة تنفيذا لأحكام العقد مثل القرار الصادر بتوقيع جزاء معين من الجزاءات التعاقدية كفسخ العقد، لا تعتبر تلك القرارات طبقاً لما جرى به قضاء هذه المحكمة قرارات إدارية تدخل المنازعة بشأنها في نطاق قضاء الإلغاء، بل هي إجراءات تعاقدية لا تخضع للأحكام الخاصة بإلغاء القرارات الإدارية قضائياً وإنما تكون محلاً للطعن على أساس استدعاء ولاية القضاء الكامل"⁵.

¹ - د. محمد حسن مرعي، الجزاءات الجنائية والمالية في العقود الإدارية - دراسة تحليلية مقارنة، الطبعة الأولى، المركز العربي للنشر والتوزيع، الإسكندرية، مصر، سنة 2018، ص 204.

² - د. طارق سلطان، المرجع السابق، ص 479، 480.

³ - C.E 20 Janvier 1965, Sté des pompes funèbres générales, Rec, p 42.

أشار إليه د. نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص 169.

⁴ - حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن رقم 1645، جلسة 1994/3/22، السنة 36 ق. أشار إليه د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع السابق، ص 118.

⁵ - قرار المحكمة الإدارية العليا المصرية رقم 8836 لسنة 45 ق. ع، جلسة 2004/03/23، مجموعة أحكام المحكمة الإدارية العليا لسنة 2002-2004، طبعة المكتب الفني لهيئة قضايا الدولة، الجزء الأول، 846، المبدأ (431).

وفي إطار الطعن بالتعويض، يستطيع القاضي الإداري وبناء على طلب أحد الأطراف أن يقضي بالبطلان الجزئي، أو الكامل للعقد، وأن يفصل في المنازعات المتعلقة بتنفيذ العقد، أو تعديله، أو فسخه من جانب واحد بطريق الإدارة، وأن يقضي للمتعاقد بالتعويض في حالة ما إذا ثبت أن هناك خطأ صادرا عن الإدارة، أو في حالة انعقاد مسؤوليتها، بمعنى أن تؤسس أوجه الطعن في القضاء الكامل على الخطأ العقدي أو مخالفة نصوص العقد أو مخالفة الشرعية¹.

وعلى أية حال، فإنه من الملاحظ أن التطورات الحديثة خاصة بالنسبة للقضاء الإداري في فرنسا ومصر، قد أفسحا المجال لقضاء الإلغاء من أجل النظر في دعاوى إلغاء القرارات الإدارية المتعلقة بالعقود الإدارية وهي الحالة التي تعرف بالقرارات الإدارية المنفصلة أو القرارات الإدارية القابلة للانفصال عن العقد الإداري.

ولا شك أن مفهوم "القرارات المنفصلة" غامض ويصعب تحديده بصفة مجردة أكثر من تحديد تطبيقه في العديد من القضايا المعروضة أمام القاضي، لأن تعداد حالات تطبيق مفهوم الانفصالية أظهر وجود لائحة طويلة ومتنوعة ولكن محرومة من الوحدة. فإذا كان القاضي يفصل القرارات الإدارية، فإنه ليس هناك معايير محددة بل هي مجرد اتجاهات تختلف حسب الحالات المعروضة، فكان لابد من اجتهاد الفقه والقضاء لتحديد معيار منضبط لمنح الاختصاص لقاضي الإلغاء، باعتبار "نظرية القرارات المنفصلة" من بين صمامات الأمان التي تسمح لقاضي الإلغاء بالتدخل وتفعيل معايير الاختصاص².

وعلى العموم فإن الانفصالية تعني: " عزل تصرف عن مجموع التصرفات الأخرى التي تتمتع بنظام قانوني متميز وذلك بهدف إخضاع التصرف القانوني المنعزل إلى نظام قانوني آخر، وبالتالي تأكيد استقلاليته تجاه العملية التي تم إصدارها لإتمامها أو بمناسبتها سواء أكانت تصرفا قانونيا أو تصرفا ماديا "³.

¹- د. محمد عبد العال السناري، التطورات الحديثة للطعن بالإلغاء في عقود الإدارة - دراسة تحليلية ونقدية لأحكام القضاء الإداري في فرنسا ومصر، دار النهضة العربية، بدون سنة نشر، ص 24 وما بعدها.

²- مارينا هاشم شعبان الحنيطي، القرارات الإدارية القابلة للانفصال عن العقود الإدارية - دراسة مقارنة بين القانونين الفرنسي والأردني -، رسالة ماجستير، جامعة عمان العربية للدراسات العليا، عمان، الأردن، سنة 2007، ص 22.

³ - Guerard (S), la notion de détectabilité en droit administratif Français, thèse, Lille 2, France, 1997, p 3.

والواقع أن مجلس الدولة الفرنسي اعتنق في بداية الأمر نظرية مفادها أن العقد الإداري عبارة عن وحدة واحدة غير قابلة للتجزئة، وأن القرارات التي تصدرها جهة الإدارة وتتعلق بالعقد تندمج فيه ولا تقبل الانفصال عنه، وبالتالي فإنه يرفض قبول الطعن بتجاوز السلطة العقد الإداري نفسه والإجراءات التي تدخل في تكوينه أيضاً. بعدها تغير موقف مجلس الدولة الفرنسي ابتداء من عام 1905 في قضية "Martin" والذي بني على أساس مطالعة مفوض الحكومة "Romeo" والذي نادى بضرورة قبول الطعن في القرارات الإدارية المتصلة بالعقد والقابلة للانفصال عنه ومؤدى هذه النظرية أنه إذا كان العقد الإداري يتكون من سلسلة من العمليات المركبة، فإن العمليات التي تصدر عن إرادة جهة الإدارة وحدها، وهي قابلة للانفصال عن العقد الإداري المتصلة به، فإنه لا شيء يمنع من الطعن فيها بتجاوز السلطة¹.

فبالنسبة للقرارات السابقة على تكوين العقد، لا خلاف أنها مستقلة عن العقد وبالتالي يمكن الطعن فيها بدعوى تجاوز السلطة وقد أوضحت محكمة القضاء الإداري في مصر هذا المعنى بقولها يجب التفرقة بين العقد ذاته أو بعبارة أدق الرباط التعاقدي وبين القرارات الإدارية التي يتوقف عليها انعقاده، إذ أن هذه القرارات تعتبر مستقلة عن العقد ويجوز الطعن فيها². ومن أمثلة هذه القرارات نجد: القرارات المتضمنة الإعلان عن الصفقة العمومية، القرارات الصادرة بالترخيص أو بالإذن بالتعاقد، القرار الصادر باستبعاد بعض العطاءات أو بقبولها، القرارات الصادرة بحرمان أو باستبعاد أحد المتعهدين المتنافسين دون وجه حق، قرارات المنح المؤقت للصفقة، القرار الصادر برفض إبرام العقد... الخ، فهذه قرارات إدارية نهائية، ينطبق عليها جميع الأحكام الخاصة بالقرارات الإدارية النهائية.

أما القرارات الصادرة من جهة الإدارة أثناء مرحلة التنفيذ - فهي قرارات متصلة بالعقد الإداري وليست مستقلة عنه - لذلك فإن القاعدة العامة هي عدم قبول الطعن بالإلغاء فيها بعكس مرحلة إبرام العقد. والجدير بالذكر أن هذه القاعدة العامة إنما تقتصر على عدم قبول

¹- د. عادل الطبطباني، "الطعن بتجاوز السلطة في مجال العقود الإدارية - دراسة خاصة بقضاء مجلس الدولة الفرنسي-"، مجلة الحقوق الكويتية، الكويت، العدد الثالث، السنة الحادية عشر، سبتمبر 1987، ص 22، 23.

²- د. شعبان أحمد رمضان، المرجع السابق، ص 22.

الطعن بالإلغاء من جانب المتعاقدين على القرارات الصادرة من جهة الإدارة بصفتها التعاقدية أثناء مرحلة تنفيذ العقد¹. وأساس ذلك أن القرارات الصادرة عن الإدارة أثناء مرحلة تنفيذ العقد أو إنهائه، يصعب فصلها عن العقد من ناحية، كما أنها تتعلق بالحقوق الناتجة عن بنود العقد والتي يختص بنظرها قاضي العقد من ناحية أخرى². ومن أمثلة القرارات الإدارية المتصلة بتنفيذ العقد، قرارات الإدارة بفرض الجزاءات التعاقدية على المتعاقد معها، كقرارها بمصادرة التأمين أو بسحب العمل من المقاول...الخ.

ولقد توسع مجلس الدولة الفرنسي في تطبيقات "نظرية القرارات الإدارية القابلة للانفصال عن العقد الإداري" في مجال العقود الإدارية، فلم يقتصر نطاقها على تلك القرارات السابقة على إبرام العقد الإداري، وإنما شملت في حكمها أيضا القرارات المتعلقة بتنفيذ العقد أو إنهائه³.

وعليه أضحت هناك استثناءات على القاعدة العامة بعدم جواز الطعن بالإلغاء في القرارات الصادرة عن الإدارة في مرحلة تنفيذ العقد أو إنهائه. إذ استقر كل من مجلس الدولة المصري والفرنسي على إعطاء الغير وهم كل ما عدا الطرفين في العقد – الحق في الطعن بالإلغاء على القرارات الصادرة من جهة الإدارة سواء في مرحلة إبرام العقد أو في مرحلة تنفيذه، وذلك عملا بقواعد العدالة والإنصاف حيث أن الغير محظور عليه استعمال دعوى العقد طبقا لقاعدة نسبية أثر العقود⁴. لكن شريطة أن تكون لهم مصلحة شخصية مباشرة في هذا الطعن⁵.

كما عمد مجلس الدولة الفرنسي – وحتى مجلس الدولة المصري وسائرهما في ذلك الفقه – إلى قبول الطعن بالإلغاء التي يقيمها المتعاقدين مع الإدارة ضد القرارات الخاصة بتنفيذ العقد أو إنهائه، وذلك في حالتين: الأولى القرارات الإدارية الصادرة عن الإدارة بما لها من سلطة عامة، أي بغير صفتها التعاقدية ولكنها تؤثر على وضع المتعاقد معها وتنفيذه

¹- عاطف محمد شوقي سيد أحمد الشهاوي، القرارات الإدارية القابلة للانفصال في قضاء مجلس الدولة الفرنسي والمصري، أطروحة دكتوراه، جامعة عين شمس، القاهرة، مصر، سنة 2007، ص 360، 361.

²- د. شعبان أحمد رمضان، المرجع السابق، ص 63.

³- د. عادل الطبطباني، المرجع السابق، ص 24.

⁴- عاطف محمد شوقي سيد أحمد الشهاوي، المرجع السابق، ص 360.

⁵- شعبان أحمد رمضان، المرجع السابق، ص 68.

للعقد¹. كقراراتها المتعلقة بالضبط الإداري التي تتخذ لتحقيق أهداف الضبط – أي حماية النظام العام بمدلولاته الثلاثة – والمتمثلة في حماية الأمن العام والصحة العامة والسكينة العامة. وتكون متصلة بتنفيذ عقودها أو تؤثر على تنفيذها². والحالة الثانية تخص القرارات التي تتخذها الإدارة في حق المستخدمين المرتبطين معها بعقد إداري وتكون علاقتهم مع الإدارة علاقة تنظيمية أو لائحية، إذ قد تلجأ الإدارة للتعاقد مع بعض المستخدمين للعمل لديها بموجب عقود إدارية، حيث تعد المركز القانونية لهؤلاء ذات طبيعة مختلطة مكونة من عنصرين أحدهما تعاقدي، والآخر لائحي، فالعنصر التعاقدي يتمثل في النصوص التي يحتويها العقد من حيث مدته ومقدار الأجر المستحق للعامل، ونوع العمل، والمستقر عليه أن المنازعات التي تثور بين العمال والإدارة بشأن هذه النصوص يختص بنظرها قاضي العقد وذلك ضمن الشروط الخاصة بالقضاء الكامل. أما العنصر اللائحي فإنه يتمثل في إجراءات العمل والقواعد الخاصة بتنظيمه، ويمكن اللجوء إلى قاضي الإلغاء للطعن في القرارات التي تصدرها الإدارة بناءً على سلطتها المستمدة من النصوص اللائحية³.

وكنتيجة نقول أن القرارات الخاصة بجزاء من الجزاءات التعاقدية، أو بفسخ العقد أو بإنهائه، يخرج عن مفهوم القرارات الإدارية المنفصلة إذ يعد إجراء تعاقدي متصل بالعقد ولا يمكن فصله عنه، ومن ثم فهذه القرارات تعتبر منازعاتها من قبيل المنازعات الحقوقية الإدارية التي صدرت عن الإدارة المتعاقدة، ومرتبطة بنصوص العقد الإداري والتزاماتها الناشئة عنه، ومن ثم لا تخضع للأحكام العامة المتعلقة بإلغاء القرارات الإدارية حتى ولو اقتضت دعوى المتعاقد على طلب إلغاء ذلك القرار الإداري الذي أصدرته جهة الإدارة، بل إنها تدخل في ولاية القضاء الكامل⁴.

¹- شعبان أحمد رمضان، المرجع نفسه، 65، 66.

²- عبد الله سيد أحمد أحمد، نظرية القرارات الإدارية القابلة للانفصال في القانون الإداري – دراسة مقارنة -، أطروحة دكتوراه، جامعة أسيوط، أسيوط، مصر، سنة 2008، ص 183.

³- د. شعبان أحمد رمضان، المرجع السابق، ص 65- 67، 68.

⁴- زينب سالم، المرجع السابق، ص 136.

ويترتب على اختصاص القضاء الكامل بالفصل في منازعات الجزاءات التعاقدية دون قضاء الإلغاء أمر هام مفاده: عدم خضوع الطعن في القرارات العقدية الجزائية لأحكام دعوى الإلغاء، لا سيما شروط القبول، كشرط الميعاد أو التظلم السابق¹.

الفرع الثاني: القضاء المختص بنظر الطعن ضد الجزاءات التعاقدية في العقد الإداري في النظام القانوني الجزائري.

لقد كرس المشرع الجزائري نظام ازدواجية القضاء في دستور سنة 1996²، وذلك بإنشائه مجلس الدولة كأعلى هيئة قضائية إدارية. وكذلك محكمة التنازع للفصل في تنازع الاختصاص بين هيئات القضاء الإداري والعادي.

حيث تنص المادة 152 / 2، 3، 4 منه على ما يلي: "... يؤسس مجلس دولة كهيئة مقومة لأعمال الجهات القضائية الإدارية.

تضمن المحكمة العليا ومجلس الدولة توحيد الاجتهاد القضائي في جميع أنحاء البلاد ويسهران على احترام القانون.

تؤسس محكمة تنازع تتولى الفصل في حالات تنازع الاختصاص بين المحكمة العليا ومجلس الدولة".

وتنص المادة 153 منه على ما يلي: "يحدد قانون عضوي تنظيم المحكمة العليا، ومجلس الدولة، ومحكمة التنازع، وعملهم، واختصاصاتهم الأخرى".

¹- د. عبد الله نواف العنزي، المرجع السابق، ص 257.
²- نص تعديل الدستور الجزائري المصادق عليه في استفتاء 17 رجب 1417هـ الموافق ل 28 نوفمبر 1996، المنشور بالجريدة الرسمية رقم (76) المؤرخة في 27 رجب 1417هـ الموافق ل 08 ديسمبر 1996.

وتطبيقاً لنص هذه المادة أصدر المشرع القانون العضوي 01/98 المتعلق باختصاصات وتنظيم وعمل مجلس الدولة¹، والذي بموجبه تمت إحالة القضايا المسجلة أو المعروضة على الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا إلى مجلس الدولة.

كما أصدر المشرع القانون العضوي 03/98 المتعلق باختصاصات وتنظيم وعمل محكمة التنازع²، والتي تعتبر الدعامة الأساسية لنظام الازدواجية القضائية باعتبارها تفصل في تنازع الاختصاص بين الهيئات القضائية العادية والإدارية.

وزاد المشرع في تأكيد دعمه للازدواجية القضائية واستقلال القضاء الإداري عن القضاء العادي بإنشاء المحاكم الإدارية كقاعدة للهرم القضائي الإداري بموجب القانون العضوي 02/98 المتعلق باختصاصات وتنظيم وعمل المحاكم الإدارية³.

وباستطلاع نص المادة 800 من القانون رقم 09/08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية⁴، التي تنص على أن : "المحاكم الإدارية هي جهات الولاية العامة في المنازعات الإدارية.

تختص بالفصل في أول درجة بحكم قابل للاستئناف في جميع القضايا، التي تكون الدولة أو الولاية أو البلدية أو إحدى المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية طرفاً فيها.

والمادة 801 من نفس القانون التي تنص على أنه : "تختص المحاكم الإدارية كذلك بالفصل في: ... 2- دعاوى القضاء الكامل...".

¹ القانون العضوي رقم 01/98 المؤرخ في 30 مايو 1998، المتعلق باختصاصات مجلس الدولة وتنظيمه وعمله، المنشور بالجريدة الرسمية رقم (37) المؤرخة في 01 جوان 1998، المعدل والمتمم بالقانون العضوي رقم 13/11 المؤرخ في 26 يوليو 2011، المنشور بالجريدة الرسمية رقم (43) المؤرخة في 2011/08/03.

² القانون العضوي رقم 03/98 المؤرخ في 03 يونيو 1998، المتعلق باختصاصات محكمة التنازع وتنظيمها وعملها، المنشور بالجريدة الرسمية رقم 39 المؤرخة في 07 جوان 1998.

³ القانون العضوي رقم 02/98 المؤرخ في 30 مايو سنة 1998، المتعلق بالمحاكم الإدارية، المنشور بالجريدة الرسمية رقم 37 المؤرخة في 1998/06/01.

⁴ القانون رقم 09/08 المؤرخ في 18 صفر 1429هـ الموافق ل 25 فبراير 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

والمادة 804 من القانون ذاته التي تنص على أنه: "خلافًا لأحكام المادة 803 أعلاه¹، ترفع الدعاوى وجوبًا أمام المحاكم الإدارية في المواد المبينة أدناه:.. 3- في مادة العقود الإدارية، مهما كانت طبيعتها، أمام المحكمة الإدارية التي يقع في دائرة اختصاصها مكان إبرام العقد أو تنفيذه...".

من خلال هذه المواد نستنتج أن المحاكم الإدارية في الجزائر هي صاحبة الولاية في نظر المنازعات الإدارية²، ومعيار اختصاصها في ذلك عضوي يعتمد على نوع الجهة التي تعتبر طرفًا في النزاع، فكلما كان أحد أطرافه - أي النزاع - شخصًا كان القضاء الإداري هو المختص في الفصل فيه.

وعليه فإن منازعات العقود الإدارية سواء تعلق الأمر بإعدادها أو تكوينها أي إبرامها وكذا تنفيذها ومنها المنازعات المتعلقة بسلطة توقيع الجزاءات التعاقدية، تدخل في اختصاص القضاء الإداري ممثلًا في المحاكم الإدارية كهيئة قضائية ابتدائية ولو كانت الإدارة المتعاقدة ضمن السلطة مركزية أو هيئة عمومية وطنية ، ضمن منازعات القضاء الكامل.

وعليه أخرج المشرع الجزائري منازعات العقود الإدارية كأصل عام من ولاية مجلس الدولة بعنوان قضاء ابتدائي نهائي، حتى ولو كانت الإدارة المتعاقدة سلطة مركزية وزارة أو هيئة وطنية كالمجلس الشعبي الوطني أو مجلس المحاسبة، ما لم يتعلق الأمر بالطعن في قرار إداري منفصل له علاقة بعقد إداري صادر عن أحد الجهات المحددة في المادة 09 من القانون العضوي 01/98 المعدل والمتمم السالف ذكره³. حيث تنص على أنه: "يختص مجلس الدولة كدرجة أولى وأخيرة، بالفصل في دعاوى الإلغاء والتفسير وتقدير المشروعية

¹- المادة 803 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية تحيل في قواعد الاختصاص الإقليمي للمحاكم الإدارية إلى المادتين 37 و38 من نفس القانون.

²- تعتبر المحاكم الإدارية جهات قضائية للقانون العام في المادة الإدارية، هذا ما أكدت عليه أيضا المادة 1 من القانون العضوي 02/98 المتعلق بالمحاكم الإدارية. والمادة 02 من المرسوم التنفيذي رقم 356/98 المؤرخ في 1998/11/14، المحدد كليات تطبيق أحكام القانون 02/98 المتعلق بالمحاكم الإدارية المؤرخ في 30 ماي 1998، المنشور في الجريدة الرسمية رقم 85 المؤرخة في 1998/11/15. المعدل بموجب المرسوم التنفيذي رقم 195/11 المؤرخ في 22 مايو 2011، المنشور في الجريدة الرسمية رقم 29 المؤرخة في 2011/05/22.

³- د. عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية طبقا للمرسوم الرئاسي 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015، المرجع السابق، ص 153.

الفصل الثاني : حدود سلطة الإدارة في فرض الجزاءات على المتعاقد معها.

في القرارات الإدارية الصادرة عن السلطات الإدارية المركزية والهيئات العمومية الوطنية والمنظمات المهنية الوطنية.

ويختص أيضا بالفصل في القضايا المخولة له بموجب نصوص خاصة". وهذا ما أكدته المادة 901 من (ق.إ.م.إ) السابق ذكره.

ولقد حدد المشرع طبيعة اختصاص المحاكم الإدارية، واعتبره من النظام العام طبقا للمادة 807 من (ق.إ.م.إ)، وبالتالي لا يجوز للخصوم الاتفاق على مخالفتها سواء بصفة ضمنية أو صريحة.

وتجدر الإشارة إلى أنه إذا كان الأصل في منازعات العقود الإدارية ومنها المتعلقة بتنفيذها وبسلطة توقيع الجزاءات التعاقدية من اختصاص المحاكم الإدارية كهيئة قضائية ابتدائية طبقا لنص المادة 800 من (ق.إ.م.إ) السالفة الذكر. فإن قراراتها الصادرة بهذا الشأن تقبل الطعن بالاستئناف أمام مجلس الدولة، الذي يتولى مهمة الرقابة عليها، فينظر النزاع من جديد باعتباره هيئة الدرجة الثانية، وهذا طبقا للمادة 10 من القانون العضوي 01/98 السالف ذكره التي تنص على أنه: " يختص مجلس الدولة بالفصل في استئناف الأحكام والأوامر الصادرة عن الجهات القضائية الإدارية.

ويختص أيضا كجهة استئناف في القضايا المخولة له بموجب نصوص خاصة."

وأكدت على ذلك المادة 902 من (ق.إ.م.إ).

وحتى الاجتهاد القضائي يؤكد اختصاص القضاء الإداري بمنازعات العقود الإدارية، فنجد قرار الغرفة الإدارية للمحكمة العليا (سابقا) والتي أصبحت مجلس الدولة حاليا، بتاريخ 13/01/1990، ورد فيه: "...حيث أن نتيجة لذلك فإن إخلال أحد طرفي الصفقة لا يمكن أن يعاقب عليه إلا من قبل القاضي الطبيعي للإدارة خاصة في هذه الحالات"¹.

¹- قرار الغرفة الإدارية للمحكمة العليا في قضية (ب.م.ب) ضد وزير المالية ووالي ولاية المسيلة، بتاريخ 13/01/1990، (غير منشور).

كما فصل مجلس الدولة كذلك في العديد من منازعات الصفقات العمومية التي يعتبر أحد أطرافها شخص عام¹.

كما أصدرت محكمة النزاع الجزائرية قرارا يؤكد اختصاص القضاء الإداري بمنازعات العقود الإدارية بتاريخ 2000/05/08، جاء فيه: "...حيث أنه من الثابت أن النزاع القائم بين الطرفين يرجع الفصل فيه للاختصاص المانع للجهة القضائية الإدارية، على أساس:

1- أن أحد الطرفين المتخاصمين هو بلدية (الرايس حميدو)، وتطبيقا لمقتضيات المادة 7 من قانون الإجراءات المدنية.

2- وأن موضوع النزاع، بالإضافة إلى ما ذكر أعلاه يخص تنفيذ صفقه عمومية وفقا لمقتضيات المرسوم التنفيذي فيه رقم 91- 434، المؤرخ في 09 نوفمبر 1991..."².

ولابد أن نشير إلى أن، المرسوم الرئاسي 247/15 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، كرس أيضا حق المتعاقد في اللجوء إلى القضاء في حالة عدم التوصل إلى التسوية الودية للنزاع مع الإدارة.

حيث تنص المادة 153 منه على أنه: " تسوى النزاعات التي تطرأ عند تنفيذ الصفقة في إطار الأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها.

يجب على المصلحة المتعاقدة، دون المساس بتطبيق أحكام الفقرة أعلاه، أن تبحث عن حل ودي للنزاعات التي تطرأ عند تنفيذ صفقاتها كلما سمح هذا الحل بما يأتي:

¹ - ومن أمثلتها: قرار مجلس الدولة في قضية (ق.ع.ق) ضد رئيس المجلس الشعبي البلدي لبلدية متليلي، رقم 00605، بتاريخ 2003/04/15، منشور بمجلة مجلس الدولة عدد 4، سنة 2003، ص 74؛ قرار مجلس الدولة في قضية مقالو الأشغال العمومية (ل.م) ضد بلدية تنس، رقم 008072، بتاريخ 2003/04/15، منشور بمجلة مجلس الدولة العدد نفسه، ص 80.

² - قرار محكمة النزاع في قضية (ص.ج) ضد رئيس بلدية الرايس حميدو ، رقم 01، بتاريخ 08 ماي 2000، منشور بمجلة مجلس الدولة عدد 2، سنة 2002، ص 99؛ وفي نفس الصدد قرارها (بناء على إحالة) في قضية المورد (ب.ك.ع) ضد بلدية زمورة، رقم 45، بتاريخ 2007/12/09، منشور بمجلة مجلس الدولة عدد 9، سنة 2009، ص 150.

- إيجاد التوازن للتكاليف المترتبة على كل طرف من الطرفين،
- التوصل إلى أسرع إنجاز لموضوع الصفقة،
- الحصول على تسوية نهائية أسرع وبأقل تكلفة.

وفي حالة عدم اتفاق الطرفين، يعرض النزاع أمام لجنة التسوية الودية للنزاعات المختصة، المنشأة بموجب أحكام المادة 154 أدناه لدراسته، حسب الشروط المنصوص عليها في المادة 155 أدناه.

يجب على المصلحة المتعاقدة أن تدرج في دفتر الشروط، اللجوء لإجراء التسوية الودية للنزاعات هذا، قبل كل مقاضاة أمام العدالة.

ويجب على اللجنة أن تبحث على العناصر المتعلقة بالقانون أو الوقائع لإيجاد حل ودي ومنصف، حسب الشروط المذكورة أعلاه، للنزاعات الناجمة عن تنفيذ الصفقات والمطروحة أمامها...".

ومن الواضح جدا من خلال نص هذه المادة الوارد تحت القسم الحادي عشر من ذات القانون المعنون ب التسوية الودية للنزاعات، أن المشرع الجزائري قد كرس مبدأ التسوية الودية للنزاعات التي تثور في إطار مرحلة تنفيذ الصفقات العمومية (والتي تعتبر نوع من أنواع العقود الإدارية). وبالتالي لم يعد القضاء وحده هو الطريق الوحيد لحل كل النزاعات التي تثور بين الإدارة والمتعاقد وهذا يوفر للمتعاقد ضمانا أخرى في مواجهة سلطات الإدارة وامتيازاتها وذلك توفيراً للجهد والوقت والمصاريف، خاصة مع بطء القضاء في حل النزاعات في معظم دول العالم. فهذا الاتجاه محمود للمشرع الجزائري.

وبذلك لا تتعطل المشاريع العمومية، ويتمكن أطراف النزاع من إيجاد حل يناسبهم يضعون به حدا لمنازعة طرأت أثناء التنفيذ، ويتم بهذا الحسم في أمر المنازعة مواصلة التنفيذ بما يضمن في النهاية استلام المشروع في آجاله. وهو يتمشى وهدف خطة الصفقات العمومية في القطاعات المختلفة للدولة¹.

فحسب المادة 2/153 أعلاه فإنه يجب أولاً على المصلحة المتعاقدة أن تبحث عن حل ودي للنزاعات التي تطرأ عند تنفيذ الصفقة في إطار الأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها، لكن شريطة أن تراعي في هذا الحل: إيجاد التوازن للتكاليف المترتبة على كل طرف من الطرفين، التوصل إلى أسرع إنجاز لموضوع الصفقة، الحصول على تسوية نهائية أسرع وبأقل تكلفة.

وتجدر الإشارة إلى أن المادة 153 أعلاه لم تبين الإجراء الواجب إتباعه في حالة اتفاق الطرفين على الحل الودي، عكس المادة 115 من المرسوم الرئاسي 236/10 المعدل والمتمم والمتضمن تنظيم الصفقات العمومية²، والتي تنص على أنه في حالة ما إذا تم الاتفاق على حل النزاع ودياً، فإنه تتولى المصلحة المتعاقدة (الوزير المعني أو مسؤول الهيئة الوطنية المستقلة أو الوالي أو رئيس المجلس الشعبي البلدي) إصدار مقرر يثبت فيه هذا الاتفاق ويبين طبيعة الالتزامات الجديدة. وحذا لو يتدارك المشرع هذا الفراغ بالنسبة لهذه الحالة ويكرس مجدداً هذا الحل المنصوص عليه في المادة 115 السالفة الذكر. خصوصاً وأن هذا الحل يخدم المتعاقد مع الإدارة. طالما أنه يملك إثباتاً رسمياً على حالة التصالح، فلا يمكن لها إنكارها.

وحسب الفقرة الثالثة من المادة 153 السالفة الذكر، ففي حالة عدم اتفاق الطرفين أي حالة فشل المصلحة المتعاقدة في إيجاد حل ودي للنزاع، فإنه يتم عرضه (أي النزاع) أمام "لجنة التسوية الودية للنزاعات الناجمة عن تنفيذ الصفقات العمومية" المختصة والمنشأة

¹- د. عمار بوضياف، "منازعات الصفقات العمومية في الجزائر"، جريدة القانونية (أول جريدة قانونية إلكترونية احترافية بالمغرب)، العدد 95، نُشر بتاريخ 2014/08/27، عن الموقع: <http://www.alkanounia.com>، تم فحص الموقع يوم 2018/11/22، على الساعة، 8:32 صباحاً.

²- المرسوم الرئاسي 236/10 المؤرخ في 2010/10/07، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية، المنشور بالجريدة الرسمية عدد 58، الصادرة بتاريخ 2010/10/07، المعدل والمتمم بموجب المرسوم الرئاسي رقم 03/13، المؤرخ في 2013/01/13، المنشور بالجريدة الرسمية عدد 02، الصادرة بتاريخ 2013/01/13.

بموجب المادة 154، حيث أن هذه الأخيرة أنشأت هذه اللجنة على ثلاث مستويات على مستوى الوزارة، وعلى مستوى الهيئة العمومية وعلى مستوى الولاية وحسنا فعل المشرع وذلك للتخفيف من الطابع المركزي، وبالتالي يكون هناك تخصص أكثر في حل النزاعات.

فتختص الأولى والثانية بدراسة نزاعات الإدارة المركزية ومصالحها الخارجية أو الهيئة العمومية والمؤسسات العمومية الوطنية التابعة لها¹. وتختص الثالثة بدراسة نزاعات الولاية والبلديات والمؤسسات العمومية المحلية التابعة لها والمصالح غير الممركزة للدولة².

وإذا كان التظلم كشرط سابق على رفع الدعوى الإدارية قد أصبح جوازيا في منازعات القانون العام أمام هيئات القضاء الإداري (محاكم إدارية ومجلس دولة) سواء تعلق الأمر بدعوى الإلغاء أو بدعوى قضاء كامل، وبالتالي لا يعد من النظام العام ولا يعد من الشروط الإلزامية لقبول الدعوى. وبالإضافة إلى أنه قد أصبح جوازيا، فإنه تم الاكتفاء بنوع واحد من أنواعه وهو التظلم الولائي. وهذا حسب نص المادة 1/830 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي تنص على أنه : "يجوز للشخص المعني بالقرار الإداري، تقديم تظلم إلى الجهة الإدارية مصدرة القرار في الأجل المنصوص عليه في المادة 829 أعلاه...". فإن إجراء التظلم أمام لجنة التسوية الودية للنزاعات يعتبر إجراء وجوبي على كل من الإدارة والمتعاقد قبل كل مقاضاة أمام العدالة، ويجب على المصلحة المتعاقدة أن تدرج النص على وجوبية هذا الإجراء في دفتر الشروط المتعلقة بالصفقة.

وعليه فنلاحظ أن المشرع قد تشدد في تكريس مبدأ الحل الودي للنزاع وهذا يخدم مصلحة المتعاقد ويخلق له ضمانات جديدة في مواجهة سلطات الإدارة عامة وأشدّها خاصة وهي سلطة توقيع الجزاءات عليه.

وتجدر الإشارة أن إجراءات اللجوء إلى التسوية الودية السالفة الذكر تنطبق على المنازعات الناجمة عن تنفيذ الصفقات العمومية مع المتعامل المتعاقد الوطني، أما تلك

¹ - المادة 2/154 من المرسوم الرئاسي 247/15 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

² - المادة 4/154 من نفس المرسوم.

المتعلقة بتنفيذ الصفقات مع المتعاملين المتعاقدين الأجانب فتتم التسوية الودية عن طريق هيئة تحكيم دولية¹.

المطلب الثاني: نطاق الرقابة القضائية على سلطة الإدارة في فرض الجزاءات التعاقدية.

من المسلم به أن رقابة القضاء على قرارات الجزاءات في العقد الإداري هي رقابة قضاء كامل، يبسطها القاضي الإداري عليها باعتباره قاضي العقد. وتتناول هذه الرقابة القرارات من زاويتي المشروعية والملائمة². فالرقابة القضائية لجميع الجزاءات التعاقدية في إطار منازعات العقود الإدارية يجب أن تكون عوناً للمتعاقد من أجل الحفاظ على حقوقه، وهي رقابة يجب أن تكون حَكماً وسطاً بين الإدارة والمتعاقد لتضمن مبدأي المشروعية والملائمة. فلا تتوقف عند البحث في مدى توافر صحة عناصر القرار بفرض الجزاء المتمثلة في الشكل أو الاختصاص أو المحل أو الغاية أو السبب، وإنما تمتد لفحص البواعث التي أدت بالإدارة إلى فرض الجزاء من أجل التأكد من حقيقة خطأ المتعاقد ومدى تناسب الجزاء الموقع عليه مع ذلك الخطأ المنسوب له. وذلك من أجل الحكم له بالتعويض في حالة تأكد القاضي من عدم مشروعية قرار الجزاء أو عدم ملائمته. ومع ذلك فإن هناك مدى لسلطة القاضي في الرقابة على الجزاءات لموقعة إذا كانت فير مشروعة أو غير متناسبة مع قدر الخطأ الذي وقع من المتعاقد، حيث تضيق هذه السلطة بالنسبة لبعض الجزاءات وتتوسع بالنسبة للبعض الآخر.

وعليه سنقسم هذا المطلب كما يلي:

الفرع الأول: رقابة المشروعية على القرار بفرض الجزاء.

الفرع الثاني: رقابة الملائمة على القرار بفرض الجزاء.

الفرع الثالث: مدى سلطة القاضي في مواجهة قرار الجزاء غير المشروع وغير الملائم.

¹ - المادة 7/153 من نفس المرسوم.

² - د. عبد المجيد فياض، المرجع السابق، ص 102.

الفرع الأول: رقابة المشروعية على القرار بفرض الجزاء.

إن المبدأ العام في سائر النظم هو ضرورة التزام الإدارة في ممارستها للوظيفة الإدارية بالقواعد الموجودة في الدولة. ويعبر عن هذا المبدأ بالمشروعية الإدارية. ويُقصد بمبدأ الشرعية سيادة القانون، أو التطابق مع القانون، أو سمو القانون. وبالتالي يقصد بالمشروعية الإدارية تطابق أعمال الإدارة مع القانون، أي القانون بمفهومه العام، أي كافة القواعد القانونية السائدة في الدولة مهما كان مصدرها¹.

وعليه فإن القرار الإداري حتى يكون صحيحا يجب أن تجتمع فيه جميع عناصر المشروعية من حيث الاختصاص والشكل والإجراءات والمحل والسبب والغاية. وعليه فإن الطعن في قرار الجزاء إنما ينبني على أساس مخالفة قواعد المشروعية، بتوافر أحد العيوب التالية: عيب الشكل، عيب عدم الاختصاص، عيب مخالفة القانون وعيب إساءة استعمال السلطة.

أولاً: عيب الشكل والإجراءات.

تقضي القاعدة العامة بخضوع كل القرارات الإدارية إلى مجموعة من الأشكال والإجراءات، تعد بمثابة ضمانات لاحترام مشروعية القرارات الإدارية. ويقصد بالشكل، المظهر الخارجي الذي يتخذه القرار الإداري، أي قالب المادي الذي يُفرغ فيه. أما الإجراءات فهي مجموعة الخطوات والمراحل التي يتعين على الإدارة احترامها قبل إصدارها قرارها الإداري².

ويجب أن نفرق بين الأشكال والإجراءات الجوهرية والأشكال والإجراءات الثانوية. فالأولى هي التي تشكل ضمانات لحقوق الأفراد أو تلك التي يكون من شأن استيفائها تغيير ماهية القرار المخاصم أو التي اشترط القانون صراحة استيفائها. أما الثانية فهي التي لا تؤثر على محتوى القرار أو تمس بحقوق الأفراد - وضماناتهم - ومنها الشكليات المقررة

¹- د. عبد القادر عدّو، المنازعات الإدارية، الطبعة الثانية، دار هوم، الجزائر، سنة 2014، ص 14.
²- سعيد بوعلي، المنازعات الإدارية في ظل القانون الجزائري - سلسلة مباحث في القانون-، دار بلقيس للنشر، الجزائر، الجزائر، سنة 2014، ص 170، 173.

الفصل الثاني : حدود سلطة الإدارة في فرض الجزاءات على المتعاقد معها.

لصالح الإدارة (انعدام مصلحة المدعي)، أو تلك التي يمكن تداركها وإصلاحها بسهولة، كنسيان الإدارة مصدرة القرار المخاصم تثبيت مرجعه ورقمه¹. ومن أمثلة الأشكال الجوهرية نجد: الإمضاء، تصديق السلطة الأعلى درجة من السلطة المصدرة للقرار المطلوب، التاريخ، التسبيب إن كان مطلوباً. أما الإجراءات الجوهرية فمنها مثلاً: التبليغ والإشهار، الاستشارة الإجبارية، احترام حق الدفاع، مبدأ توازي الأشكال.

وعليه فإن حماية حقوق المتعاقد في كافة مراحل العقد الإداري تستند إلى هذه القاعدة أيضاً. فالإدارة المتعاقدة ملزمة بالتقيد بالشكل الذي رسمه القانون أو العقد، وكذلك بالإجراءات التي رسمها المشرع، أو التي فرضها القضاء، أو التي تضمنها العقد عند شروعه في مجازاة المتعاقد بما يكفل تحقيق الحكمة من تلك الإجراءات، ويضمن عدم تسرع السلطة الإدارية في إيقاع الجزاء على المتعاقد².

ومن أهم الإجراءات التي يشترط المشرع احترامها قبل فرض الجزاء، هو إعدار المتعاقد ومنحه مهلة من أجل إصلاح خطئه قبل توقيع الجزاء عليه، ما عدا الحالات التي تعفى فيها الإدارة من الإعدار – سبق شرحها – أو كان سبب فرض الجزاء مخالفاً للسبب المحدد في الإعدار، حق المتعاقد في الدفاع عن نفسه، تبليغ قرار الجزاء للمتعاقد. وعليه يعتبر غير مشروع كل قرار بالجزاء مخالفاً لهذه الإجراءات.

وعلى العموم فإن عدم احترام الإدارة للإجراءات الشكلية يكون له دائماً أثر مهم جداً وهو إعفاء المتعاقد من النتائج الباهظة المترتبة على الجزاء مهما كانت جسامة المخالفات المنسوبة لهذا المتعاقد³.

¹- عمور سلامي، " الوجيز في قانون المنازعات الإدارية – نسخة معدلة ومنقحة طبقاً لأحكام قانون 09/08 المتضمن ق.إ.م.إ. -"، محاضرة للسنة الثالثة ليسانس، كلية الحقوق، جامعة بن عكنون بالجزائر، الجزائر، 2009/2008، ص 117.

²- د. عبد الله نواف العنزي، المرجع السابق، ص 266.

³- د. طارق سلطان، المرجع السابق، ص 487.

ثانيا: عيب عدم الاختصاص.

إن مفهوم الاختصاص عموما هو القدرة على القيام بتصرف معين، سواء كان مصدر ذلك الدستور أو القانون أو اللائحة¹. ومن الناحية الواقعية يقوم النظام القانوني في كافة أفرع القانون المختلفة على فكرة الاختصاص، التي هي ثمرة ونتائج مبدأ الفصل بين السلطات، وتوزيع الاختصاصات في نطاق السلطة الواحدة، وهذا معناه أن فكرة الاختصاص تشكل أساسا لكل قواعد القانون العام².

ومن ثم فإنه يقصد بعيب عدم الاختصاص، عدم القدرة على مباشرة عمل قانوني معين جعله المشرع من سلطة هيئة أو فرد آخر³.

أو هو عدم أهلية الجهة الإدارية المعنية بالقيام بعمل معين، لأنه لا يدخل في صلاحياتها⁴.

والاختصاص كركن من أركان القرار الإداري، يعد من النظام العام، وبالتالي لا يمكن الاتفاق على مخالفة قواعده، ويمكن إثارته من أحد الخصوم أو من طرف القاضي من تلقاء نفسه في أي مرحلة كانت عليها الدعوى، كما لا يمكن للإدارة تصحيحه لاحقا من خلال تدخل صاحب الاختصاص بل يجب اتخاذ قرار جديد، فلا يغطي الاستعجال عيب الاختصاص⁵.

وعيب عدم الاختصاص قد يكون جسيما، بصور قرار من شخص لا ينتمي للسلم الإداري أو من سلطة إدارية تخالف المبادئ القانونية العامة للاختصاص (باعتدائها على مجال سلطة عمومية أخرى، كالسلطة التشريعية أو القضائية)، وقد يكون بسيطا، بصور قرار إداري من جهة إدارية دون احترام القيود الزمنية لإصداره، أو دون احترام نطاق إقليمها المحدد قانونا، بإصدار قرار إداري من جهة إدارية هو من اختصاص جهة إدارية

1- د. طارق سلطان، المرجع نفسه، ص 487.

2- د. مصطفى أبو زيد فهمي، القضاء الإداري، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، سنة 2004، ص 418.

3- عمور سلامي، المرجع السابق، ص 111.

4- سعيد بو علي، المرجع السابق، ص 166.

5- سعيد بو علي، المرجع نفسه، ص 166.

أخرى موازية لها ، أو أعلى منها أو أدنى منها¹. لكن مع مراعاة الاستثناءات الواردة في هذه الحالة الأخيرة المتعلقة بالتفويض والحلول والإنابة².

وتبدو أهمية الاختصاص بالغة الوضوح في العقود الإدارية، وذلك حتى لا يتعرض المتعاقد لأي جزاءات من غير السلطة المختصة باتخاذها، لأن التساهل في قواعد الاختصاص يؤدي إلى الافتئات على ضمانات المتعاقد وحقوقه تجاه الإدارة على اعتبار أن احترام قواعد الاختصاص هو بذاته ضمانة جوهرية للمتعاقد ولذا فإن القرار الجزائي يخضع كغيره من القرارات الإدارية لهذه القواعد، ويعد غير مشروع إذا صدر من غير المختص³.

فعدم الاختصاص بفرض الجزاء هو صدور القرار بفرض الجزاء من شخص أو سلطة غير مختصة بإصداره، أي صدوره من غير الجهة التي حددها القانون لإبرام العقد الإداري (لأن الأصل أن الجهة المبرمة للعقد هي التي تفرض الجزاء على المتعاقد معها)، أو الجهة التي حددها العقد أو كراسة الشروط لفرض الجزاء.

فالإختصاص بالجزاء إما أن ينص عليه القانون، كما فعل قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام الجزائري في المادة 2/149 منه التي تنص على: "...وإذا لم يتدارك المتعاقد تقصيره في الأجل الذي حدده الإعذار المنصوص عليه أعلاه، فإن المصلحة المتعاقدة يمكنها أن تقوم بفسخ الصفقة العمومية من جانب واحد..."، أو يحدد العقد الجهة المختصة بتوقيع الجزاء، شريطة أن لا يتعارض ذلك مع ما يقرره القانون في هذا الشأن. كما أنه إذا تطلب القانون تصديق جهة معينة على الجزاء بعد إصدار القرار من السلطة المختصة، فإن هذا القرار لا يعتبر مشروعاً إلا بعد تصديق هذه الجهة⁴. وعليه فإنه يكون على قاضي العقد التحقق مما إذا كانت السلطة التي فرضت الجزاء هي فعلاً المختصة بفرضه.

¹- سعيد بوعلي، المرجع السابق، ص 166 - 170.
²- د. عبد القادر عتّو، المرجع السابق، ص 151 - 153.
³- د. عبد الله نواف العنزي، المرجع السابق، ص 260.
⁴- د. عبد الله نواف العنزي، المرجع السابق، ص 262.

وتطبيقا لما سبق فإن العقود وكراسات الشروط في فرنسا تنص عادة على تحديد السلطة الإدارية المختصة بجميع الجزاءات الإدارية في العقد، فمثلا بالنسبة لعقود الأشغال العامة والتوريدات العامة التي تبرمها الدولة يكون الاختصاص للوزير أو من يفوضه طبقا للقاعدة التي مؤداها أن السلطة المختصة بإبرام العقد هي التي تختص بتوقيع جزاءات العقد¹.

ومن ناحية أخرى أيضا اعتُبر أن قرار فرض غرامة التأخير على المتعاقد يعتبر مشوبا بعدم الاختصاص لصدوره من غير الجهة المختصة، إذ أن هذه الأخيرة هي في صحيح القانون، الجهة التي أبرمت العقد طالما لم ينص القانون أو العقد ذاته على خلاف ذلك².

وتجدر الإشارة إلى أن الأصل المتفق عليه في فرنسا لا يجوز تصحيح عيب عدم الاختصاص لأنه يتعلق بالنظام العام. وهذا على خلاف الوضع في مصر إذ يجوز لجهة الإدارة تصحيح قرارها المشوب بعيب عدم الاختصاص، بإصدار القرار من جديد من السلطة المختصة بإصداره، أو بقيام هذه السلطة المختصة باعتماد القرار الجزائي ذاته. غير أنه في جميع الأحوال يجب لكي يرتب التصحيح أثره في مشروعية القرار الجزائي، عدم تعديل القرار الذي تم تصحيح الاختصاص به، وأن يتم التصحيح قبل صدور الحكم في الطعن في القرار الجزائي لعيب عدم الاختصاص³. ونحن من جانبنا نؤيد الأصل المتفق عليه في فرنسا على أساس أن الاختصاص من النظام العام.

وعليه يمكن القول أن الاختصاص بتوقيع الجزاء على المتعاقد يفرض على الإدارة المختصة التزامين: الأول: هو أن تتخذ الجزاء بنفسها، والثاني: أن لا تفوض اختصاصها بفرض الجزاء إلا وفقا للقانون. حيث أن تفويض الاختصاص حكمته تتمثل في المساهمة الفعالة في حسن سير الجهاز الإداري، وزيادة كفاءته، وتخفيف العبء على الرئيس الإداري⁴.

¹- د. نصر الدين بشير، المرجع السابق، ص 216.

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

³- د. عبد الله نواف العنزي، المرجع نفسه، ص 263، 264.

⁴- د. محمد باهي أبو يونس، أصول الإدارة العامة، مطبوعات وزارة الداخلية، الكويت، سنة 2006، ص 358.

وتجدر الإشارة إلى أن هناك جانب من القفه يذهب إلى عدم جواز التفويض في الاختصاصات الجزائية على أساس أن مهمة الجزاء تنتمي إلى مهام القضاء وهي من الأمور التي يعد الاختصاص فيها من النظام العام فلا يجوز التنازل عنه أو التفويض فيه¹. ونحن لا نؤيد هذا الرأي خاصة و أننا نجد المشرع قد أجاز التفويض في نص المادة 4 من قانون الصفقات العمومية الجزائري وتفويضات المرفق العام، والتي تنص على: " لا تصح الصفقات العمومية ولا تكون نهائية إلا إذا وافقت عليها السلطة المختصة المذكورة أدناه، حسب الحالة...".

ويمكن كل سلطة من هذه السلطات أن تفوض صلاحياتها في هذا المجال إلى المسؤولين المكلفين، بأي حال، بإبرام وتنفيذ الصفقات العمومية طبقاً للأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها ".

ثالثاً: عيب مخالفة القانون.

وهو عيب يتعلق بالمشروعية الداخلية للقرار الإداري، إذ ينصب على السبب الذي بني عليه القرار أو على موضوعه². ويقصد بالقانون هنا بمفهومه الواسع، أي كل قاعدة قانونية تشكل مصدراً لمبدأ المشروعية³. سواء كانت قواعد مكتوبة أو غير مكتوبة تخضع لها الإدارة، كالدستور، التشريع، النصوص التنظيمية، الأحكام القضائية الحائزة لحيية، العرف، المبادئ العامة للقانون.

ويتجسد هذا العيب في صورتين أساسيتين هما: المخالفة المباشرة للقاعدة القانونية مهما كان مصدرها، وهذا بإتيان عمل تمنعه هذه القاعدة أو الامتناع عن عمل تستلزمه - وهنا عدم المشروعية تتعلق بمحل القرار أي أثره المباشر - . والغلط القانوني والغلط المادي، وهنا عدم المشروعية لا تتعلق بمحل القرار ولكن بأسبابه القانونية والمادية التي تدفع الإدارة إلى إصداره، ويتمثل الغلط القانوني في تطبيق الإدارة لنص قانوني أو مبدأ قانوني بصفة خاطئة عند إصدارها لقرارها الإداري وهذا إما بالخطأ في تفسير القاعدة القانونية

¹- د. عبد الله نواف العنزي، المرجع السابق، ص 265.

²- سعيد بوعلي، المرجع السابق، ص 178.

³- عمور سلامي، المرجع السابق، ص 122.

التي استندت عليها، أو الخطأ في مد نطاقها لتشمل حالات أو شروط لا تدخل في نطاقها أصلاً. أما الغلط المادي فيكون إما بعدم صحة الوقائع المادية التي استندت عليها الإدارة في إصدار قرارها المخاصم. أو بعدم ملائمة القاعدة القانونية للوقائع المادية، أي عدم صحة التكييف القانوني للوقائع المستند عليها لإصدار القرار¹.

وعليه يجب أن يكون قرار الجزاء تطبيقاً صحيحاً للنصوص القانونية أو العقدية، وبطبيعة الحال إذا لم يوجد الفعل الذي تثيره الإدارة لتعليل جزائها، أو لا يشكل بذاته خطأ، أو لا يقابل أي التزام مفروض على المتعاقد، أو لم يلتزم هذا القرار القواعد القانونية العامة، فنه يكون مخالفاً للقانون. وتطبيقاً لذلك فقد قضى مجلس الدولة الفرنسي بأن قرار الغرامة الذي اتخذته الإدارة دون اعتداد بحجية الشيء المقضي فيه، يعتبر غير مشروع².

رابعاً: عيب الانحراف في استعمال السلطة.

ويقصد به استخدام الإدارة لسلطتها من أجل تحقيق غاية غير مشروعة، سواء باستهداف غاية بعيدة عن المصلحة العامة أو بابتغاء هدف مغاير للهدف الذي حدده القانون، والذي من أجله منحت لها هذه السلطات³. فهو يتصل بعنصر الغاية في القرار الإداري، وهو الهدف الذي تسعى الجهة المصدرة له لتحقيقه وهو دائماً المصلحة العامة وحسن سير المرفق العام بانتظام واضطراد. وهو يرتبط بالسلطة التقديرية للإدارة، عندما يترك المشرع للإدارة جانباً من الحرية في التدخل أو عدمه وفي اختيار الوقت الملائم لذلك.

وهذا العيب يتعلق بالمشروعية الداخلية للقرار الإداري، لأنه يمس فحواه. كما أن دور القاضي لا يقتصر على البحث عن الأسباب - أو الدوافع - التي أدت إلى صدور القرار، بل أيضاً عن نية وقصد مصدر القرار، لذلك يشكل اكتشاف هذا العيب صعوبة كبيرة، إذ يتطلب من المدعي تقديم قرينة جدية وكافية لإثبات هذا العيب، كما يتطلب البحث عن هذا العيب من القاضي قدرة وتحكم كبيرين واستعمال تقنيات تحقيق قضائية مناسبة⁴.

¹- عمور سلامي، المرجع نفسه، ص 122-124.

²- د. عبد المجيد فياض، المرجع السابق، ص 103، 104.

³- عمور سلامي، المرجع السابق، ص 118.

⁴- سعيد بوعلي، المرجع السابق، ص 175.

وتتمثل صور هذا العيب في أن يهدف القرار إلى تحقيق غرض أجنبي عن المصلحة العامة، وذلك باستهداف مصدر القرار تحقيق هدف شخصي، أو سياسي، أو لتحقيق نفع للغير (محاباة)، أو بمخالفة القرار لقاعدة تخصيص الأهداف، إذ أن غاية القرار لا تتنافى مع المصلحة العامة، ولكنها تخالف الغاية التي حددها المشرع قانوناً. أو بالانحراف في الإجراءات، والتي تتمثل في لجوء الإدارة من أجل تحقيق أهدافها إلى استعمال إجراء قانوني بدل الإجراء القانوني الملائم والمحدد قانوناً من أجل بلوغ نفس الأهداف، وهذا ليس الإجراء الأول وتجنب بعض الشكليات والتعقيدات، أو حرمان المخاطبين به من الضمانات التي نص عليها الإجراء الثاني¹.

وعليه فحتى يكون الجزاء التعاقدي مشروعاً فإنه يتعين أن يكون الهدف من إصداره تحقيق المصلحة العامة وذلك بأن تفرض توقيعه مصلحة المرفق الذي لأجله أبرم العقد الإداري، بما ينطوي عليه من ردع عقابي للمتعاقد إما لإعادته لجادة الصواب أو إقصاءه تماماً عن تنفيذ العقد لعدم مقدرته على تنفيذه وفق ما يحقق المصلحة العامة².

فتوقيع الجزاء التعاقدي ليس الهدف منه الإضرار أو الإساءة للمتعاقد، ولا يقوم على القصاص أو الانتقام، بل يستهدف غاية رئيسية هي الصالح العام بتأمين سير المرافق العامة بانتظام واضطراد، فإذا استهدفت الإدارة غاية أخرى بقرارها في هذا الصدد فإنه يكون مشوباً بعيب إساءة استعمال السلطة³.

فمتى ما ثبت للقاضي أن الإدارة لم تقصد من قرارها بالجزاء تحقيق المصلحة العامة، كأن تقصد مثلاً الضغط على المتعاقد من أجل تقديم تنازلات تعاقدية أو الكيد له لعدم رضوخه لرغباتها التي يخرج تنفيذها عن إطار التعاقد، فإنه يقضي بعدم مشروعية قرار الجزاء وتعويض المتعاقد⁴.

¹- عمور سلامي، المرجع السابق، ص 119-121.

²- د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، تنفيذ العقد الإداري، المرجع السابق، ص 122.

³- د. عبد الله نواف العنزي، المرجع السابق، ص 268.

⁴- د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع السابق، ص 122.

ومثال ذلك قرار إسقاط الالتزام الذي لم يتخذ إلا من أجل إتمام عقد جديد أبرم مع آخر، أو قرار وضع المرفق تحت الحراسة الذي لم يتخذ إلا بقصد أن تستفيد الإدارة مانحة الالتزام من فترة الإدارة المباشرة لكي ترفع مرتبات العاملين لدى الملتزم¹.

الفرع الثاني: رقابة الملائمة على القرار بفرض الجزاء.

يتسع نطاق الرقابة القضائية على سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات التعاقدية ليشمل إلى جانب الرقابة على مشروعية قرار الجزاء الرقابة على مدى ملائمته، حيث يبسط القضاء رقابته للتأكد من مدى التناسب بين الجزاء الموقع على المتعاقد مع جسامه الخطأ المنسوب إليه ارتكابه².

وبالتالي لا يكتف القاضي برقابة الوجود المادي للوقائع أي لأسباب الجزاء وتكييفها القانوني فقط بل تمتد رقابته أيضا إلى تكييف هذا الجزاء مع مدى خطورة الأسباب التي دعت لاتخاذها.

وفي هذا الإطار يجدر القول بأن الرأي الغالب في الفقه يعرف التناسب بأنه تقدير أهمية السبب - وهو المخالفة المرتكبة - ومدى توافق هذا السبب مع محل القرار - وهو الجزاء الموقع - وهو يعتبر أحد ملائمتات القرار الإداري بل اعتبره البعض أهم عناصر الملائمة في القرار الإداري، إذ يعد هذا المبدأ مبدأ قانونيا عاما على جهة الإدارة أن تلتزم به في تصرفاتها ولو لم ينص عليه القانون³. حيث أن هذا المبدأ منصوص عليه في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان⁴، إذ تنص المادة 2/11 منه على أنه: "... كما لا توقع عليه أية عقوبة أشد من تلك التي كانت سارية في الوقت الذي ارتكب فيه الفعل الجرمي"، وإعمال هذا المبدأ لا يقتصر على نطاق العقوبات الجنائية بل يمتد أيضا إلى نطاق الجزاءات الإدارية.

¹ - د. عبد المجيد فياض، المرجع السابق، ص 103.

² - د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع السابق، ص 123.

³ - محمد سيد أحمد محمد، التناسب بين الجريمة التأديبية والعقوبة التأديبية مع التطبيق على ضباط الشرطة -دراسة مقارنة-، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة أسيوط، مصر، سنة 2002، ص 351، 352.

⁴ - منظمة الأمم المتحدة، الجمعية العامة، " الإعلان العالمي لحقوق الإنسان"، القرار رقم 217 ألف، باريس، فرنسا، 10 ديسمبر 1948، عن الموقع: <http://www.un.org>، تم فحص الموقع يوم 2018/12/19، على الساعة، 10:28 صباحا.

والحقيقة أن القرار الإداري يوصف بأنه ملائم إذا ما صدر في توقيت ملائم وظروف ملائمة وبكيفية مناسبة، وكذلك يوصف بأنه ملائم إذا تناسب الإجراء المتخذ مع سبب القرار، فالملائمة تتكون من ثلاثة عناصر هي: تقدير وجوب التدخل أو الامتناع، اختيار وقت التدخل، وتقدير الإجراء الذي يتناسب مع خطورة وأهمية السبب. وللملائمة علاقة بالسلطة التقديرية، فإذا منح المشرع الإدارة السلطة التقديرية فهو يمنحها حرية ملائمة تصرفاتها، أي أن في إطار السلطة التقديرية تمارس الملائمة. حيث تراعي الإدارة في مجال سلطتها التقديرية بعض الأمور التي تجعل تصرفها ملائماً¹. ومن ثم فإذا كان تقدير الجزاء من الأمور المتروكة للإدارة بوصفها الأقرب للوقائع اليومية والأكفاً على تقدير بعض الأمور التي تختلف من حالة إلى أخرى، فإن للقضاء أن يتدخل ويفرض رقابته إذا جاء تقدير الإدارة هذا مفرطاً وبعيداً على كل حد معقول سواء كان بالتشديد أم بالتخفيف على حد سواء².

وإذا كانت الملائمة تعني بحث ما إذا كان تصرف ما موافق أو مناسباً من حيث الزمان والمكان والظروف المحيطة، فهي فكرة نسبية، أما مشروعية تصرف ما تعني ملازمة ذلك التصرف للقواعد القانونية، بالتالي فالشرعية والملائمة ليستا فكرتين متناقضتين³. فيمارس القاضي رقابة الملائمة - في إطار المشروعية - أي دون تجاوز حدود وظيفته كقاض للمشروعية⁴.

وتجدر الإشارة إلى أن القضاء الإداري الفرنسي قد قطع خطوات تطور واسعة في الرقابة على أعمال الإدارة لتشمل رقابته على تقدير الإدارة للوقائع وملائمة قرارها للصالح العام فأنشأ في هذا النطاق نظريتين: نظرية الغلط البين في التقدير ونظرية الموازنة بين منافع وتكاليف القرار الإداري، وبواسطة هذه النظريات أخذ يلغي القرارات الإدارية التي

¹- محمد سيد أحمد محمد، المرجع السابق، ص 355، 356.

²- د. محمد حسن مرعي، المرجع السابق، ص 212.

³- د. سعاد الشرقاوي، الوجيز في القضاء الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، سنة 1981، ص 100.

⁴- د. سامي جمال الدين، قضاء الملائمة والسلطة التقديرية للإدارة، دار النهضة العربية القاهرة، مصر، سنة 1992، ص 219.

يشوبها الغلط البين من جانب الإدارة في التقدير أما بالنسبة للقضاء المصري فقد أنشأ في هذا المجال نظرية الغلو¹.

وبالنسبة لرقابة القضاء على الملائمة بالنسبة للجزاءات التعاقدية، فإن القاضي يبحث في التناسب بين الجزاء وحجم الخطأ المنسوب إلى المتعاقد، فلا تلجأ جهة الإدارة إلى الغلو في تقدير الجزاء ولا التهاون فيه². أي لا يكون الجزاء قاسياً يمثل اعتداءً على حقوق المتعاقد ولا يكون في الوقت نفسه هيئاً مما يؤدي إلى هدر مصالح أساسية. وعليه يكون للقاضي أن يقرر عدم صحة الجزاء المبالغ فيه إذا كانت الوقائع المنسوبة للمتعاقد لا تمثل طابعاً من الخطورة كافياً لتبريره³. فهنا يمكن أن يحكم بمسؤولية الإدارة التعاقدية عن ذلك بتعويض المتعاقد عما أصابه من ضرر جراء عدم الملائمة لقرار الجزاء مع ما ارتكبه من مخالفات. إذ يشمل التعويض الأضرار المادية والأدبية بشرط أن تكون ثابتة ثبوتاً يقينياً منعا للإثراء بلا سبب على حساب الإدارة⁴.

فيكون للقاضي مثلاً أن يقضي بعدم صحة جزاء وضع المرفق تحت الحراسة إذا اتضح له أن الخطأ المنسوب إليه لم يكن جسيماً أو كافياً لتبرير الجزاء. أو يقضي بعدم أحقية الإدارة لغرامة التأخير إذا وقعت دون سبب صحيح، ويحكم بردها للمتعاقد كما يستطيع أن يُخفف منها بما يعادل نصيب الإدارة في تأخير التنفيذ، أو يقضي بمسؤولية الإدارة التعاقدية تجاه الملتزم إذا أسقطت التزامه بالرغم من كونه ارتكب خطأ يسيراً وليس على درجة من الجسامه من جانبه⁵.

وتجدر الإشارة في هذا الإطار أن مبدأ الملائمة الذي يجب على الإدارة احترامه، يفرض التزامها بعدم تعدد الجزاءات الإدارية على المخالفة الواحدة، علة ذلك أن الجزاء يحقق غايته بمجرد إنزاله على المخالف وعقابه أكثر من مرة يعد إفراطاً في العقاب لا مبرر

¹- د. محمد حسن مرعي، الجزاءات الجنائية والمالية في العقود الإدارية، المرجع السابق، ص 209.

²- د. محمد باهي أبو يونس، الرقابة القضائية على شرعية الجزاءات الإدارية العامة، دار الجامعة الجديد، الإسكندرية، مصر، سنة 2000، ص 113.

³- د. عبد المجيد فياض، المرجع السابق، ص 104.

⁴- بلاوي ياسين بلاوي، المرجع السابق، ص 240.

⁵- د. طارق سلطان، المرجع السابق، ص 491، 492.

له¹. إلا أنه استثناء من ذلك يجوز الجمع بين الجزاءات في بعض الأحوال لعدم تنافرها مع بعضها كما هو الحال بالنسبة للجمع بين جزائي فسخ العقد ومصادرة التأمين². أو الجمع بين التعويض والفسخ ومصادرة التأمين.

كما تجدر الإشارة إلى أن النص في العقد على جزاء ما لا يمنع القاضي من تقدير مدى ملائمة الجزاء مع الخطأ المنسوب للمتعاقد³.

ومن المهم أن نشير إلى أنه ما يسهل دور القاضي في رقابة الملائمة على قرار فرض الجزاء، هو قيام الإدارة بتسببيه⁴. وإذا كانت التشريعات محل الدراسة وكذلك كراسات الشروط والعقود قد نصت على الأسباب التي تسمح للإدارة بتوقيع الجزاءات إلا أنها لم تلزمها بتسبيب قراراتها تلك. لذلك وحتى تسهل مهمة القاضي في هذا الإطار ندعو المشرع الجزائري إلى النص صراحة وبطريقة واضحة على إلزامية تسبيب قرار الجزاء على المتعاقد. وبالتالي يحذو حذو المشرع الفرنسي في هذا الإطار والذي كان سابقا كعادته فأصدر قانون 11 يولييه 1979 الخاص بتسبيب قرارات الإدارة والمنشورات اللاحقة له، والذي ينطبق على قرارات الإدارة بتوقيع الجزاءات على المتعاقدين معها أيا كانت هذه الجزاءات⁵. فأصبحت الإدارة بعد صدور هذا القانون ملزمة بتسبيب قراراتها بفرض الجزاءات التعاقدية.

الفرع الثالث: مدى سلطة القاضي في مواجهة قرار الجزاء غير المشروع وغير الملائم.

تتفاوت سلطة قاضي العقد إزاء الجزاءات غير المشروعة أو المغالى فيها من جزاء إلى آخر، فهي تضيق بالنسبة لبعض الجزاءات وتتسع بالنسبة لبعضها الآخر⁶.

¹- د. محمد باهي أبو يونس، المرجع السابق، ص 115.

²- د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع السابق، ص 84.

³- د. طارق سلطان المرجع السابق، ص 493.

⁴- د. نصر الدين بشير، المرجع السابق، ص 219.

⁵- د. نصر الدين بشير، المرجع نفسه، ص 218، 219.

⁶- د. عبد المجيد فياض، المرجع السابق، ص 105.

ففيما يتعلق بالجزاءات المالية، يستطيع القاضي أن يحكم بالإعفاء منها أو بتخفيضها أو بردها بحسب الأحوال¹. فيحكم بالإعفاء منها متى تبين له أنها وقعت خطأ، وله تخفيضها إذا كانت مبالغاً فيها، كما له أن يقضي بالإلزام الإدارة بأن ترد للمتعاقد معها ما حصلته منه – بصفة تعويضات أو غرامات أو ما تمت مصادرته من تأمينه – دون وجه حق².

أما فيما يخص الجزاءات الضاغطة والفاسخة، فبالنسبة للوضع في فرنسا، فقد استقر مجلس الدولة الفرنسي على أن قاضي العقد يستطيع دائماً أن يلزم الإدارة بتعويض المتعاقد الآخر – أي المتعاقد مع الإدارة – عما أصابه من أضرار من جراء هذه الجزاءات غير الصحيحة، فهو لا يستطيع الحكم بإلغائها. وهو الأمر الذي قوبل باستهجان واسع من قبل الفقه، وهذا بالرغم من أن المجلس عاد واستثنى من ذلك عقد الالتزام، وحكم بإمكانية قبول الطعن بإلغائها في إطاره، أمام قاضي العقد. وقد نادى جانب من الفقه بضرورة أن يعدل المجلس هذا المسلك، وأن يشمل العقود الإدارية كافة، وليس عقد الالتزام فقط³.

ذلك أنه إذا كان موقفه يستند إلى ضخامة الأموال التي تنفق في حالة عقد الامتياز وإلى ما يخوله هذا العقد للملتزم من سلطات خاصة فيما يتعلق بالمرفق العام تجعله جديراً بالرعاية، فإن هذه الاعتبارات قد تصدق على المقاول في الأشغال العامة، إذ أن بعض عقود الأشغال العامة تتعلق بمشروعات ضخمة كإنشاء سد عظيم أو جسر ضخم، فتتطلب مثل هذه العمليات إمكانيات مالية واسعة وقدرة هائلة لدى المقاول يخصصها لتنفيذ ما التزم به. ولا يمكن أن يقل المقاول في هذه الحالة عن أي ملتزم في عقود الالتزام، ومن أجل ذلك تصدق عليه تلك الاعتبارات التي أمنت حماية الملتزم. ولهذا فإن قضاء هذا المجلس ما هو إلا مرحلة من مراحل تطوره، ولا محل للتفرقة التي يسير عليها في التمييز بين عقد الامتياز وسائر العقود الإدارية، ومن الأفضل التسوية بين جميع العقود الإدارية⁴.

وبالنسبة للوضع في مصر، فإنه رغم ندرة الأحكام القضائية التي تتعلق بالجزاءات الضاغطة – أو الفاسخة – في مجال عقد الالتزام، إلا أن الفقه في غالبيته يرى أن القضاء

¹ - د. سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 486.

² - د. عبد المجيد فياض، المرجع السابق، ص 105.

³ - Waline (M), Précis de droit administratif, Paris, France, 1970, p 202.

⁴ - د. عبد المجيد فياض، المرجع السابق، ص 116 - 118، 119.

المصري لا يعرف التفرقة التي أخذ بها قضاء مجلس الدولة الفرنسي، وأن قاضي العقد يمارس سلطته الكاملة في مجال إلغاء الجزاءات غير المشروعة والتعويض عنها سواء تعلق الأمر بعقد الالتزام أو الأشغال العامة أو التوريد¹.

ويرى جانب من الفقه أن قابلية الجزاءات الضاغطة والفاسخة غير الصحيحة للإلغاء القضائي بالنسبة لجميع العقود الإدارية لا يناقضه أي مبدأ من القانون، وقد يكون صالح الإدارة يتطلب ذلك، إذ يمكن أن يكون التعويض الذي تلتزم به الإدارة من جراء الجزاء غير الصحيح أكثر تكلفة وعبئاً عليها من الاستمرار في العقد².

¹- بلاوي ياسين بلاوي، المرجع السابق، ص 221.

²- د. عبد المجيد فياض، المرجع السابق، ص 119.

الباب الثاني: دراسة تطبيقية لأنواع الجزاءات التي تفرضها الإدارة في العقود الإدارية.

تملك الإدارة سلطة توقيع الجزاءات على المتعاقد معها إذا قصرت في تنفيذ التزاماته الناشئة عن العقد، على نحو ما سبق سرده وتعد هذه السلطة أخطر السلطات التي تتمتع بها الإدارة في مواجهة المتعاقد معها، بقرار تصدره دون اللجوء إلى القضاء.

إذ يستمد ذلك النظام القانوني للجزاءات في العقد الإداري أساسه من مقتضيات المصلحة العامة وضمان استمرارية المرافق العامة بانتظام واضطراد هذا يضيف على هذا النظام طابعا خاصا يجعله يتميز عن النظام القانوني للجزاءات المطبق بالنسبة لعقود القانون الخاص، كما سبق ذكره. حيث يهدف هذا الأخير إلى إصلاح الأخطاء التعاقدية وتعويض المتعاقد، بحيث تعيد التوازن للالتزامات المتبادلة التي تنشأ بين طرفي العقد. من ثمة فلا يوجد في الجزاءات المدنية معنى العقوبة، هذا المعنى الذي ينطوي عليه الجزاء الإداري بالإضافة إلى معنى التعويض. هذا ما يجعل عدم التوازن بين كفة الإدارة من جهة وكفة المتعاقد معها من جهة أخرى هو الأصل العام في إطار العقود الإدارية التي تخضع للقانون العام. كما أنه ثمة جزاءات في المجال الإداري لا نصير لها في القانون المدني والعكس، وحتى الجزاءات المتشابهة في القانونين تخضع لنظام قانوني مختلف.

وسلطة الإدارة في توقيع الجزاءات تعتبر قائمة ومقررة طالما وجدت مبرراتها التي تستوجبها. هذه المبررات تتمثل في أخطاء المتعاقد معها وإخلالاته المتعلقة بالتزاماته بالتنفيذ المتنوعة على حسب ما سبق شرحه ومع هذا التعدد لمخالفات المتعاقد في تنفيذ العقد الإداري تتعدد معه الجزاءات التي يمكن للإدارة تطبيقها ضده وبحسب ما تراه مناسبا وصالحا لضمان سير المرافق العامة.

فبعض هذه الجزاءات توقع والعقد مستمر ولا يكون من أثرها إنهاءه، كالجزاءات المالية والجزاءات الضاغطة. والبعض الآخر من هذه الجزاءات ينتهي بها العقد الإداري، وتلك هي الجزاءات الفاسخة.

والأمر لا يخفى بأن لهذا التنوع فائدته، المتمثلة في منح فرصة للإدارة في اختيار الجزاء المناسب الذي يحقق دوماً تسيير المرفق العام بانتظام في ضوء قيود تحقق في المقابل حماية مصلحة المتعاقد. إذ كلما كانت مخالفة المتعاقد على قدر من الأهمية كلما كان الجزاء متناسب معها شديداً، وكلما كانت المخالفة بسيطة كان الجزاء بسيطاً.

ولقد بينت محكمة القضاء الإداري في مصر الجزاءات التي تملك الإدارة توقيعها على المتعاقد معها في حكمها الصادر في 24/11/1957، والذي قضى بـ: "... إن كل إخلال من جانب المتعاقد مع الإدارة لا يقتصر على أن يكون إخلالاً بالتزام تعاقدي فحسب، وإنما فيه أيضاً مساس بالمرفق العام الذي يتصل بالعقد واتصال العقد الإداري بالمرفق العام، وضرورة الحرص على حسن سير هذا المرفق بانتظام واضطراد ... يوجب أن تكون الجزاءات سلطة توقيع الغرامة عند التأخير في التنفيذ ... ثم سلطة التنفيذ المباشر بأن تحل الإدارة بنفسها محل المتعاقد معها في تنفيذ الالتزام أو أن تعهد بتنفيذه إلى شخص، ويتم هذا الإجراء على حساب وتحت مسؤولية المتعاقد مع الإدارة، فيتحمل نتائجه المالية، وثالث هذه الجزاءات حق الإدارة في الفسخ، أي إلغاء العقد بدون الالتجاء إلى القضاء، وذلك في حالة تقصير المتعاقد تقصيراً جسيماً ... ومن حيث أن هذه الجزاءات هي ضمانات جرى العرف الإداري على ذكرها في العقود الإدارية ..."¹.

وعلى هذا الأساس تنقسم الجزاءات التي تملك الإدارة فرضها على المتعاقد المخل بالتزاماته إلى جزاءات مالية تتمثل في مبالغ مالية تحصل عليها الإدارة من المتعاقد في حال إخلاله بتنفيذ العقود الإدارية، تتمثل غالباً في غرامة التأخير ومصادرة التأمين، وجزاءات ضاغطة مؤقتة تستطيع الإدارة من خلالها إرغام المتعاقد على تنفيذ ما التزم به في العقد.

وذلك بأن تحل نفسها محله في هذا التنفيذ أو أن تعهد به إلى غيره ليتولى تنفيذه على مسؤوليتها. فتتنوع صورها بتنوع العقد الذي توقعه الإدارة تنفيذاً لنصوصه.

¹- حكم محكمة القضاء الإداري، القضية 4186 لسنة 9 القضائية، جلسة بتاريخ 24/11/1957، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها محكمة القضاء الإداري، السنة 12، ص 23.

ونظرا لكثرة العقود الإدارية التي تبرمها الإدارة فإنه يتعذر دراسة الجزاءات بالنسبة لكل منها على حد، خاصة وأن فرض الجزاءات يمتد إلى كافة العقود الإدارية دون استثناء، لذا سنركز الدراسة على الجزاءات التي تفرضها الإدارة في هذا الإطار بالنسبة لأهم العقود الإدارية فقط. وهي عقود الالتزام والأشغال العمومية والتوريد، حيث أن هذه العقود الإدارية هي التي يكثر تطبيق الجزاءات الإدارية فيها في الواقع العملي، وذلك يرجع إلى أهمية هذه العقود الإدارية في حياة الإدارة في حد ذاتها وكثرة الأخذ بها في الواقع العملي، وتتمثل هذه الجزاءات في وضع المرفق تحت الحراسة بالنسبة لعقد الالتزام وسحب المشروع وتنفيذه على حساب المتعاقد في عقد الأشغال العامة، والشراء على حساب المورد بالنسبة لعقد التوريد.

وتجدر الإشارة إلى أن كل الأحكام التي سنتناولها بالدراسة بالنسبة لهذه الجزاءات الضاغطة المتعلقة بأهم العقود الإدارية السابق ذكرها، يمكن اعتبارها أحكاما عامة يصدق تطبيقها على كافة العقود الإدارية الأخرى.

كما يجدر بنا أن ننوه إلى أن الجزاءات المالية والضاغطة السابقة الذكر يشتركان في كونهما لا ينهيان العقد القائم بين الإدارة والمتعاقد بأي شكل من الأشكال. كما أن لكلا النوعين صور مختلفة لتوقيعها وليست صورة واحدة فقط. وهما يشتركان في العنصر المالي، لكن الفرق بينهما أن الجزاءات المالية تمس الذمة المالية للمتعاقد مباشرة، أما الجزاءات الضاغطة فلا تنال من ذمته بصفة مباشرة وإنما ترتب عليه آثار مالية تتمثل في القيام بذات العمل الذي تعاقد عليه على نفقته.

والقسم الأخير من هذه الجزاءات هو الجزاءات النهائية أو إجراءات الردع النهائية أو الجزاءات الفاسخة والتي من شأنها إنهاء الرابطة التعاقدية، وتتمثل في جزاء إسقاط الالتزام في عقد الالتزام للمرافق العامة، والفسخ الجزائي في العقود الإدارية بصفة عامة.

وتجدر الإشارة إلى أن الحكمة من توقيع الجزاءات في العقود الإدارية والمتمثلة في تأمين تسيير المرافق العامة المتصلة بالعقد الإداري بانتظام واضطراد لا تتحقق إلا إذا كان هناك عقد إداري يجري تنفيذه فعلا. أما إذا كان العقد قد استنفذ أغراضه بانتهاء الأعمال

التي أبرم من أجل القيام بها فلا يجوز للإدارة استعمال سلطتها الاستثنائية بتوقيع جزاءات على المتعهد الذي كان متعاقدًا معها.

ولقد ثار جدل فقهي حول مدى إمكانية تطبيق جزاءات جنائية على المتعاقد المخل بالتزاماته. إلا أنه رغم ذلك الجدل الفقهي الذي كان وما زال قائماً، فإن هذا الموضوع يحكمه الأصل العام الذي يقضي بأنه "لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص"، وعليه فإنه لا يجوز للإدارة كقاعدة عامة أن توقع عقوبات جنائية على المتعاقدين معها مهما كانت جسامة المخالفات التي يرتكبونها. وبالتالي فلا يمكن لها أن تضمن العقد شروطاً تخولها توقيع مثل تلك العقوبات على المتعاقد، لأن هذا أمر مخالف للنظام العام حتى ولو قبلها المتعاقد¹.

وهناك بعض الحالات الاستثنائية التي توقع فيها الإدارة عقوبات جنائية على المتعاقد المقصر، إلا أن قدرتها في فرض هذه الجزاءات لا تستمدّها بصفقتها طرفاً في العقد وإنما بوصفها سلطة عامة، تملك إصدار لوائح الضبط المتضمنة إصدار عقوبات جنائية في الحدود المعترف بها في إطار ممارستها لسلطة البوليس بغاية الحفاظ على النظام العام. وبذلك فالإدارة توقع تلك العقوبات على كل من يخالف تلك اللوائح سواء كان المتعاقد معها أو أي مواطن آخر². أي أن الإدارة في هذه الحالة توقع الجزاء الجنائي على المتعاقد معها ليس بسبب مخالفته لالتزام تعاقد أو بصفته متعاقدًا معها في عقد إداري، وإنما بسبب مخالفته للوائح البوليسية بصفته مواطناً عادياً. لذلك يقع على الإدارة أن لا تتحرف باستعمال هذه السلطة من أجل إجبار المتعاقد على الوفاء بالتزاماته التعاقدية، بأن تضيف لائحة البوليس على دفتر من دفاتر الشروط، أو أن تقوم بوضع لائحة بوليس متضمنة جزاءات جنائية بغرض ضمان تنفيذ المتعاقد لالتزاماته التعاقدية، وإلا اعتبر تصرفها هذا منطوياً على إساءة استعمال السلطة ومن ثم جاز للمتعاقد الطعن فيه³.

¹- د. سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 535.

²- رشا محمد جعفر الهاشمي، المرجع السابق، ص 105، 106؛ بلاوي ياسين بلاوي، المرجع السابق، ص 57؛ د. سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 536.

³- د. عزيزة الشريف، المرجع السابق، ص 156، 157.

إلا انه قد يرد النص في القوانين على اعتبار خطأ معين من أخطاء المتعاقد جريمة يعاقب عليها جنائيا، كمخالفات الطرق بالنسبة للالتزامات مرفق النقل في فرنسا والتي يرتكبها ملتزم المرفق العام والتي نص عليها قانون 15 يونيو سنة 1845 في شأن بوليس السكك الحديدية¹، وكذلك مثلا نص المادة 116 مكرر (ب) من قانون العقوبات المصري التي تنص على: "كل من أخل عمدا بتنفيذ كل أو بعض الالتزامات التي يفرضها عليه عقد مقولة أو نقل أو توريد أو التزام أو أشغال عامة ارتبط به مع إحدى الجهات المبينة في المادة 119، أو مع إحدى شركات المساهمة، وترتب على ذلك ضرر جسيم، أو إذا ارتكب أي غش في تنفيذ هذا العقد، يعاقب بالسجن، وتكون العقوبة الأشغال الشاقة المؤبدة أو المؤقتة إذا ارتكبت الجريمة في زمن حرب، وترتب عليها أضرارا بمركز البلاد الاقتصادي أو بمصلحة قومية لها..."².

وفي جميع الحالات التي يتعرض فيها المتعاقد للعقوبات الجنائية بسبب أخطائه التعاقدية التي تعد في نظر المشرع الجنائي جريمة أو مخالفة يعاقب عليها بنص القانون، يكون على الإدارة أن تلجأ إلى الطريق المقرر لتوقيع تلك العقوبات، وهو الطريق القضائي، فتطلب من القاضي الجنائي تطبيق تلك العقوبات المقررة لكل الجرائم والمخالفات، فلا توقعها بنفسها. وهذه تعتبر ضمانا للمتعاقد في مواجهة سلطة الإدارة الجزائية في العقد الإداري.

وعلى أساس ما تقدم فإننا سنتناول الجزاءات التي يجوز للإدارة توقيعها على المتعاقد في ثلاثة مباحث كما يلي:

الفصل الأول : الجزاءات المالية.

الفصل الثاني: الجزاءات غير المالية.

¹- بلاوي ياسين بلاوي، المرجع السابق، ص 58.

²- د. سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 538.

الفصل الأول: الجزاءات المالية.

تملك الإدارة سلطة توقيع العديد من الجزاءات المالية في مواجهة المتعاقد معها عند إخلاله بالالتزامات المترتبة عليه بموجب نصوص العقد ومن ثم فإن الفقه يعرفها على أنها المبالغ التي يحق للإدارة أن تطلب بها المتعاقد إذا اخل بالتزاماته التعاقدية، وهي نوعان : منها ما يقصد به تغطية الضرر الحقيقي الذي يلحق الإدارة نتيجة لخطأ المتعاقد، ومنها ما يقصد به توقيع عقاب على المتعاقد بغض النظر عن أي ضرر يلحق الإدارة. وهي بنوعها تختلف اختلافاً بيّناً عن نظائرها في القانون الخاص¹.

كما أن قيمتها قد تكون محددة مسبقاً في العقد الإداري، أو بدفتر شروطه، أو تكون قيمتها غير محددة مسبقاً²، في هذه الحالة الأخيرة تكون الجزاءات تعويضاً تحدده الإدارة من تلقاء نفسها في حال خلو النص عليها، وكذلك في حال كون العقوبات المحددة في النص لا تفي الغرض الذي يخدم أهداف المرفق³، ومن جهة أخرى فإنها تعتبر تبعا لطريقة توقيعها مباشرة، أي تنفذ بذاتها ولا تحتاج الإدارة للحصول عليها إلى إتباع سبيل آخر⁴.

ويجب على الإدارة عند فرضها للجزاءات المالية أن تتناسب مع الأخطاء التي يرتكبها المتعاقد عند تنفيذ العقد، وأن لا تتجاوز المستوى المنطقي في تطبيقها.

وتعتبر الجزاءات المالية من أكثر الجزاءات تطبيقاً، فهي أكثر الجزاءات التي تلجأ إليها الإدارة إلى توقيعها، وذلك لسهولة من جهة ومن جهة أخرى فإنها تحث وتجبر المتعاقد على الإسراع في تنفيذ التزاماته العقدية⁵.

¹- د. سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 487.

²- عمار عوابدي، القانون الإداري (النشاط الإداري)، الجزء الثاني، الطبعة الثالثة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005، ص 219؛ بوعمران عادل، المرجع السابق، ص 112.

³- د. نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص 183.

⁴- د. عبد الله نواف العنزي، المرجع السابق، ص 34.

⁵- د. عبد الله نواف العنزي، المرجع نفسه، ص 34.

وخلاصة القول، أن هذه الجزاءات المالية تتمثل في غرامة التأخير، مصادرة التأمين، والتعويض، دون أن يفوتنا الإشارة إلى أن هناك جزاءات توقع بالتبعية لهذه الجزاءات الأصلية على حد ما اعتبرها الفقه وهي المصاريف الإدارية، التي تتكبدها الإدارة في البداية وتحمل المتعاقد بها فيما بعد، نظرا لتأخره في تنفيذ التزاماته خاصة بعد المهلة التي تعطى له لتصحيح أوضاع التنفيذ، وكذلك الفوائد التأخيرية، وهي تعويض الضرر الذي يفترض القانون وقوعه كنتيجة مباشرة لتأخر المدين عن الوفاء بالتزامه¹، والأصل في اقتضائها هو المطالبة القضائية، إلا أنه يجوز الاتفاق بأن تقوم جهة الإدارة بما لديها من امتياز سلطة التنفيذ المباشر باقتضاء الفوائد التأخيرية الخاصة بغرامة التأخير دون انتظار الحكم القضائي، مما يحقق حسن سير المرفق العام بانتظام واضطراد، إلا أنه يجب النص عليها في العقد².

وتجدر الإشارة إلى أنه يجب أن نفرق بين فوائد التأخير التي تفرض كجزاء مالي تبغي على المتعاقد الذي يتأخر عن تسديد غرامة التأخير المفروضة عليه كجزاء مالي أصيل، حيث أنه متى استحققت غرامة التأخير أصبح الملتزم محملا بها فإذا قصر في ذلك يكون قد ارتكب خطأ يختلف عن خطئه الأصلي المتمثل في عدم تنفيذ التزاماته التعاقدية، هذا ما يؤدي إلى التزامه بأداء تلك الفوائد القانونية عن المبلغ المستحق طوال مدة التأخير في سداده باعتباره مبلغا معلوم المقدار مستحقا في ذمته من وقت قيام سببه³، وبين فوائد التأخير التي تفرض على الإدارة كمقابل لغرامة التأخير التي تفرض على المتعاقد معها والتي يخول هذا الأخير استفتاءها، إذ لم يتم صرف الدفعات على حساب من قبلها في الأجل المحدد وبدون أي إجراء والتي نصت عليها المادة 122 من المرسوم 247/15 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام الجزائري، لابتغاء إضفاء العدالة بين طرفي العقد وضمان التوازن في التزامات المتعاقدين وهي تحسب على أساس نسبة الفائدة

¹ - د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط - نظرية الالتزام بوجه عام - الجزء الثاني، أثار الالتزام، 1982، ص 1168. وللتفصيل أكثر في الفوائد التأخيرية والمصاريف الإدارية كجزاءات تبعية للجزاءات الأصلية التي تملك الإدارة توقيعها، أنظر د. نصر الدين بشير، المرجع السابق، ص 318-330.

² - للتفصيل أكثر في هذه الجزاءات التبعية والتي لم يعتبرها الفقه من الجزاءات المالية الأصلية، أنظر، د.حسان عبد السميع هاشم، الجزاءات المالية في العقود الإدارية، المرجع السابق، ص 90 إلى 98.

³ - د. محمد فؤاد عبد الباسط، أعمال السلطة الإدارية (القرار الإداري، العقد الإداري)، دار النشر لا يوجد، مصر، 1989، ص 424.

التوجيهية لبنك الجزائر زائد نقطة، ابتداء من اليوم الذي يلي تاريخ نهاية هذا الأجل حتى اليوم الخامس عشر (15) مدرجا، الذي يلي تاريخ صرف الدفعات على الحساب¹.

وعليه سنقسم هذا الفصل إلى ثلاثة مباحث كما يلي:

المبحث الأول: غرامة التأخير.

المبحث الثاني: مصادرة التأمين.

المبحث الثالث: التعويض.

¹- أكروم ميريام، السعر في الصفقات العمومية، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، الجزائر، 2008/2007، ص 96؛ أ. خرشي النوي، تسيير المشاريع في إطار تنظيم الصفقات العمومية، دار الخلدونية، الجزائر، سنة 2011، ص 342 إلى 345؛ د. نصر الدين بشير، المرجع السابق، ص 318؛ د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، تنفيذ العقد الإداري، المرجع السابق، ص 290، 294.

المبحث الأول: غرامة التأخير.

لا يكاد عقد إداري يخلو من النص على بعض الغرامات التي توقعها الإدارة على المتعاقد في حالة مخالفته لنصوص العقد. ويمكن تعريف الغرامات المالية على أنها مبالغ مالية منصوص عليها مقدما في العقد، كجزاء توقعه الإدارة بنفسها على المتعاقد معها في حالة إخلاله بالتزاماته التعاقدية، دون اللجوء إلى القضاء، أو إثبات ما أصابها من ضرر، وهذا الجزاء يرد على جميع العقود الإدارية ويمكن الاتفاق على توقيعه في حالة ارتكاب المتعاقد لأية مخالفة عند تنفيذه لالتزاماته، ولكن يكثر التجاء الإدارة إليه كجزاء للتأخير¹، إذ كل تعويض محدد منصوص عليه مسبقا في العقد يعتبر من قبيل الغرامات وليس من قبيل التعويضات².

ويعتبر جزاء غرامة التأخير الصورة الغالبة للغرامات، إذ كثيرا ما تلجأ إليه الإدارة عند تأخر المتعاقد معها في تنفيذ التزاماته فهي إذا تعتبر من أبرز الجزاءات المالية على الإطلاق وأكثرها تطبيقا في الواقع العملي. كما تجدر الإشارة إلى أنه يمكن للإدارة أن تعفي المتعاقد من غرامة التأخير.

لذا سنتناولها بالدراسة كما يلي:

المطلب الأول: مفهوم جزاء غرامة التأخير.

المطلب الثاني: احتساب غرامة التأخير واقتضاءها.

المطلب الثالث: الإعفاء من غرامة التأخير.

¹- د. حسين درويش عبد العال، النظرية العامة في العقود الإدارية، الطبعة الأولى، الجزء الثاني، مكتبة الأنجلومصرية، القاهرة، مصر، سنة 1985، ص 40.

²- د. حسين درويش، السلطات المخولة لجهة الإدارة في العقد الإداري، الطبعة الأولى، مكتبة الأنجلو مصرية، القاهرة مصر، سنة 1961، ص 123.

المطلب الأول: مفهوم جزاء غرامة التأخير.

لتحديد مفهوم جزاء غرامة التأخير لابد أن نعرف غرامة التأخير ونحدد طبيعتها القانونية، ونعرض مميزاتها المتنوعة، هذا ما يسمح لنا بتمييزها عن غيرها من النظم القانونية المشابهة لها. وعليه سنتناول هذا المطلب كما يلي:

الفرع الأول: تعريف غرامة التأخير وتحديد طبيعتها القانونية.

الفرع الثاني: خصائص غرامة التأخير.

الفرع الثالث: تمييز غرامة التأخير عن النظم القانونية المشابهة لها.

الفرع الأول: تعريف غرامة التأخير وتحديد طبيعتها القانونية.

أولاً: تعريف غرامة¹ التأخير².

الغرامة اصطلاحاً هي: ما يلزم أدائه تأديب أو تعويض بعد انقضاء الوقت³.

وسميت بغرامة التأخير لأنها غالباً ما توقع بسبب تأخر المتعاقد مع الإدارة في تنفيذه لالتزاماته التعاقدية وهي أكثر الجزاءات التعاقدية اتصالاً بمجال القانون العام⁴. والتي غالباً ما تلجأ إليها الإدارة باعتبارها متوافقة مع حسن سير المرفق العام بانتظام واضطراب، لأنها تحمل المتعاقد على تنفيذ التزاماته دون الحاجة للالتجاء للقضاء.

ولقد تعددت وتنوعت التعاريف الفقهية لغرامة التأخير، وذلك نتيجة لاختلافها حول تحديد طبيعتها القانونية كما سنرى.

¹ - الغرامة لغة: هي الخسارة؛ مجمع اللغة العربية، المعجم الوسيط، الجزء الثاني، مطبعة مصر، سنة 1961، ص 657.

² - التأخير من آخر، تأخر، الشيء جعله بعد موضعه وفي الوقت بعد انقضائه؛ مجمع اللغة العربية، المعجم الوسيط، الجزء الأول، مطبعة مصر، سنة 1960، ص 80.

³ - د. نصر الدين بشير، المرجع السابق، ص 8.

⁴ - معنى هذا أنها جزاء لا يعرفه القانون الخاص، والذي لا يعرف غير الغرامة التهديدية؛ د. عبد الله نواف العنزي، المرجع السابق، ص 35.

إلا أنه بصفة عامة هي مبلغ من المال تقدره الإدارة مقدما، تتضمنها نصوص العقد كجزاء يوقع على الطرف المتعاقد عند تراخيه أو تأخره في التنفيذ، وذلك ضمانا لانتظام سير المرافق العامة¹.

وبالتالي فإن أساس فرض غرامة التأخير هو حسن سير المرفق العام بانتظام واضطراد، حيث تفرضها الإدارة لضمان تنفيذ العقود الإدارية في المواعيد المحددة حرصا على حسن سير المرفق العام المتصل بتلك العقود التي تبرمها الإدارة، فالإدارة عندما تتعاقد تضع بعين الاعتبار عنصر الزمن الذي يتم من خلاله تنفيذ عقودها الإدارية وهي التي تحدد مواعيد خاصة لذلك وبناء على ذلك فهي تقدر حاجة المرفق إلى هذه المواعيد. مما يسمح لها أيضا الانتهاء من عملية تعاقدية والدخول في علاقة جديدة أو تنفيذ جزء من البرنامج المسطر والانتقال إلى جزء آخر. لذا تلجأ إلى فرض غرامة التأخير على المتعاقد معها، لحثه على تنفيذ التزاماته في الميعاد المحدد². فالحالة الوحيدة التي يمكن فيها للإدارة توقيع غرامة التأخير هي تراخي المتعاقد عن تنفيذ عمله وتسليمه في الموعد المتفق عليه ويعتبر باطلا توقيعها في غير هذه الحالة³.

إلا أنه هناك من الفقهاء من وسع من حالات فرضها لتشمل أيضا حالة التنفيذ المعيب، أو غير المطابق للعقد الإداري وذلك بشكل لا ينسجم مع الشروط المتفق عليها من حيث مواصفات وكيفيات التنفيذ. إلا أن ما يجري العمل هو فرضها كجزاء عن عدم احترام مدة العقد⁴.

إلا أنه ما يمكن قوله في هذا الصدد وكما سبق شرحه، فإنه في إطار العقد الإداري يمكن للإدارة أن توقع الغرامات بصفة عامة على الإخلال بالالتزامات التعاقدية سواء بعدم تنفيذ العقد أو تنفيذه السيئ وغير المطابق أو التأخر في التنفيذ وإن الغرامة المطبقة غالبا في

¹ - د. عبد الله نواف العنزي، المرجع السابق، ص 35؛ د. أحمد عثمان عياد، المرجع السابق، ص 345؛ حمدي خليفة عامر، المرجع السابق، ص 507؛ د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع السابق، ص 276.

² - محمود خليل خضير، الغرامات التأخيرية في العقود الإدارية، رسالة ماجستير، جامعة بغداد، العراق، 1991، ص 43.

³ - د. مجدي مدحت النهري، مبادئ القانون الإداري في دولة الإمارات العربية المتحدة، مكتبة الرشيد، الزقازيق، سنة 2006، ص 281.

⁴ - د. محمود خلف الجبوري، المرجع السابق، ص 135.

الواقع من قبل الإدارة هي الغرامة المقترنة بالتأخر في التنفيذ والتي تسمى غرامة التأخير دون أن تقع في الخلط بينها وبين الغرامات التي يمكن للإدارة أن توقعها بصدد الإخلال بالالتزامات الأخرى غير الالتزام باحترام مدة التنفيذ. وهذه الغرامات لا يمكن تسميتها عندئذ بغرامة التأخير، لأنه في هذه الحالة يبقى السؤال مطروح حول ما هو التأخير المقصود في هذه الحالة إذا كانت الالتزامات التي تم الإخلال بها لا تتعلق بمدة التنفيذ وإنما بكيفياته وشروطه.

ولقد كرس الاجتهاد القضائي الجزائري مبدأ أن غرامة التأخير توقع من جانب الإدارة في حالة تأخر المتعاقد معها في تنفيذ التزاماته التعاقدية على مستوى الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا في قرارها الذي قضى بأنه: "من المقرر قانوناً أن غرامات التأخير تطبق عند عدم تكملة الأشغال في الآجال على أساس مواجهة بسيطة بين تاريخ انقضاء الأجل المتفق عليه وتاريخ الاستلام ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بمخالفة القانون غير سديد" ¹.

وبالتالي فتأخر المتعاقد في الوفاء بالتزاماته التعاقدية هو الخطأ التعاقدية الذي يمنح للإدارة الحق في توقيع جزاء غرامة التأخير عليه. ولقد تناولناه بالتفصيل وشرحنا من خلاله مدة أو ميعاد التنفيذ وبدء التنفيذ وكل ما يتعلق بالإخلال بهما في المبحث الثاني من الفصل الأول من هذا الباب في مطلب مبررات سلطة فرض الجزاءات على المتعاقد مع الإدارة. ومن ثم فلا داعي للحديث عنه في هذا الإطار تجنباً للإطناب و التكرار.

وهذه الغرامة توقعها الإدارة من تلقاء نفسها بمجرد حصول التأخير في تنفيذ العقد الإداري في الميعاد المحدد له، دون التزام منها بإثبات حصول الضرر. وهنا تختلف الغرامة عن التعويض ذلك أن هذا الأخير يهدف دوماً إلى جبر الضرر، أما الغرامة فلا تستلزم حدوث ضرر ².

¹- قرار الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا الجزائرية رقم 145 المؤرخ في 1992/12/16، قضية (ع ، ط) ضد (و، ق)، المجلة القضائية، العدد 1، لسنة 1990، ص 133.

²- د. عبد الله نواف العنزي، المرجع السابق، ص 39.

ولا تستهدف تعويض الإضرار التي لحقت الإدارة، أو تحقيق إيراد مالي، بل تستهدف التنفيذ الفعلي و الحقيقي للعقد طبقا لمقتضيات المصلحة العامة وذلك بإجبار المتعاقد وحته على احترام مدة التنفيذ¹.

وعلى هذا الأساس فانه لا يقبل ابتداء من المتعاقد إثبات عدم حصول الضرر، لأنه في حالة التأخير في التنفيذ يكون الضرر مفترضا وقائما حكما بمجرد حصول التأخير، لما ينطوي عليه التراخي في تنفيذ هذه العقود في حد ذاته، وبغض النظر عما عساه أن يقع من أضرار أخرى من إخلال بالتنظيم والأهداف التي تتغياها الإدارة من إبرام العقد الإداري².

وتوقع غرامة التأخير بمجرد حصول التأخير بعد منح المتعاقد مهلة إضافية دون حاجة إلى صدور قرار صريح من الإدارة بتوقيع هذه الغرامة. وغاية ذلك هو حث المتعاقد على عدم التراخي في تنفيذ شروط عقده. ضمانا لحسن سير المرفق العام بانتظام حتى لا يتخذ من المهلة الإضافية فرصة جديدة للتقاعس عن التنفيذ³.

وتجدر الإشارة إلى أن الإدارة لا تستطيع مطالبة المتعاقد معها بتعويض يزيد على مقدار الغرامة إذا كان الضرر الذي أصابها فعلا يجاوز المبلغ المنصوص عليه في العقد. كما لا يستطيع المتعاقد أن يعترض على توقيع الغرامة استنادا إلى عدم تناسبها مع الضرر الحادث للإدارة⁴، وهنا تجدر بنا أن ننوه إلى أنه لا يجوز للإدارة أن تترك مقدار الغرامة المحدد في العقد وتطبق ما ينص عليه القانون⁵.

وحق الإدارة في اقتضاء غرامة التأخير من المتعاقد معها لا يحول بينها وبين الحصول على تعويض بجبر الإضرار التي خلفها تأخره عن الوفاء بالتزامه التعاقدي في الميعاد، وذلك لاختلاف الغرامة عن التعويض من حيث سند ومقتضى استحقاق كل منهما. ففي حين يستند استحقاق الإدارة للغرامة إلى نص في العقد لا تستحق بدونه، فان الحق في التعويض

1- د. نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص 189.

2- د. عبد الله نواف العنزي، المرجع السابق، ص 39، 40.

3- د. حمدي عطية مصطفى عامر، المرجع السابق، ص 508.

4- د. أحمد عثمان عياد، المرجع السابق، ص 345، 346.

5- بلاوي ياسين بلاوي، المرجع السابق، ص 47.

لا يستلزم مثل هذا النص. بالإضافة إلى أن الضرر شرط لازم لاستحقاق التعويض على عكس الغرامة¹، كما سبق شرحه.

ويكون لها هذا الحق خاصة عندما يجاوز الضرر الذي أصابها فعلا مقدار الغرامة المحدد في العقد. فهنا يجوز لها اللجوء إلى القضاء ليطلب التعويض عما أصاب من ضرر². وكذلك في حالة إغفال العقد النص على غرامة التأخير، وإذا لم يمكن للإدارة الجمع بين الغرامة والتعويض، فإنها تستطيع أن تجمع بينها وبين الجزاءات التي تستهدف الضغط على المتعاقد أو الفسخ³. وذلك طالما قد تحقق السبب المخول لتوقيع كل منها⁴.

وتملك الإدارة السلطة التقديرية الكاملة في فرض غرامة التأخير أو الإعفاء منها. إذ يسلم مجلس الدولة الفرنسي بأن من حق الإدارة أن تتغاضى عن الغرامات، فتوقع غرامة أقل من الغرامة المنصوص عليها، أو تنزل عن الغرامة كلية، كل ذلك بشرط أن تكشف عن إرادتها صراحة ولو أن محكمة المحاسبات في فرنسا، كثيرا ما انتقدت هذا المسلك بحجة أن الغرامات تصبح من حق الدولة بمجرد حدوث المخالفة التي تبرر توقيعها⁵.

ثانيا: الطبيعة القانونية لغرامة التأخير.

اختلف الفقه في تحديد التكييف القانوني لغرامة التأخير، فقليل أنها تعويض جزائي، وأنها تعويض اتفاقي، وأنها مبالغ مالية إجمالية وأنها عقاب. إلا أنه رغم ذلك الاختلاف، إلا أن كل تلك الاتجاهات اتفقت على أن غرامة التأخير ما هي إلا وسيلة لإجبار المتعاقد على تنفيذ العقد الإداري، وعدم التراخي في ذلك.

¹- د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع السابق، ص 277.

²- ولقد أكد المشرع الجزائري إمكانية الجمع بين التعويض وغرامة التأخير هذا ما نستنتجه من نص المادة 147 من المرسوم 247/15 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام التي تنص على: "... يمكن أن ينجز عن عدم تنفيذ الالتزامات التعاقدية من قبل المتعاقد في الأجل المقررة أو تنفيذها غير المطابق، فرض عقوبات مالية دون الإخلال بتطبيق العقوبات المنصوص عليها في التشريع المعمول به".

³- د. سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 493.

⁴- د. أحمد عثمان عياد، المرجع السابق، ص 349؛ عمر الخولي، الوجيز في العقود الإدارية - دراسة قانونية، تحليلية، تطبيقية - وفقا لأحكام نظام المناقصات والمزايدات الحكومية ولائحته التنفيذية، الطبعة الثانية، بدون دار النشر أو بلد النشر، سنة 2012، ص 134؛ عبد القادر دراجي، "سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات الإدارية"، مجلة المفكر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بسكرة، الجزائر، العدد 10، دون سنة، ص 99.

⁵- د. سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 493، 494.

1- غرامة التأخير تعويض جزافي:

اعتبر هذا الاتجاه غرامة التأخير تعويضا جزافيا منصوص عليه في العقد، توقعه الإدارة على المتعاقد الذي يتراخى في تنفيذ التزاماته التعاقدية¹.

إلا أن هذا الاتجاه انتقد على أساس اعتباره للغرامة أنها تعويض، إذ فاته هنا التوفيق في الدقة حيث لا ترتبط الغرامة أبدا بما يحدث التأخير من ضرر قل أو كثر، ولعل هذا الاتجاه أدرك ذلك فأضاف أنها تعويض جزافي، وإن كان ذلك لا يمثل الدقة المطلوبة، فغرامة التأخير تتوقف على طبيعة العقد وليس على التخمين والمجازفة². ومن جهة أخرى فإن التعويض باعتباره محور انعقاد المسؤولية المدنية التي تقوم أساسا على الخطأ والضرر، فإنه لا يكون جزافيا، وإنما بقدر الضرر الذي تتحمله الإدارة فعلا. فيشمل ما لحق الإدارة من خسارة وما فاتها من كسب وهو ما يتنافى أصالة مع مفهوم غرامة التأخير³.

كما أن اعتبار غرامة التأخير توقع نتيجة إخلال المتعاقد في تنفيذ التزاماته التعاقدية أمر غير صحيح ذلك أنها ليست جزاءا عاما على الإخلال بكافة الالتزامات العقدية، إنما هي خاصة بإخلال المتعاقد بالتزام واحد فقط هو التأخير في تنفيذ العقد الإداري بمدة زيادة عن المدة المحددة فيه⁴.

¹ - BOX (A) , de la nature et du régime juridique des penalities dans les marches de la fournitures, R.D.P, France, 1921, P 219 . Pequignot (G), les contrats administratifs, op. cit , P13. De laubadère (A), traite des contrats administratifs, op , cit, P939.

² - د. نصر الدين بشير، المرجع السابق، ص 11.

³ - د. مدحت أحمد يوسف غنايم، المرجع السابق، ص 26.

⁴ - د. نصر الدين بشير، المرجع السابق، ص 11.

2- الغرامة تعويض اتفاقي:

يرى أنصار هذا الاتجاه أن غرامة التأخير هي مبلغ من المال أو مبلغ جزافي في صورة تعويض اتفاقي منصوص عليه في العقد يرتضية الطرفان سلفا توقعها الإدارة في العقد على المتعاقد الذي يتراخى في تنفيذ التزاماته نظير الضرر الناشئ عن التأخير¹.

وننقد هذا الاتجاه لنفس الأسباب السابقة وزيادة على ذلك فإنه بما أن هذا الاتجاه ربط بين وقوع الضرر في التأخير وبين توقيع الغرامة، فإنه إذا استطاع المتعاقد إثبات عدم وقوع الضرر عن التأخير في التنفيذ يحق إعفائه من غرامة التأخير، وهذا أمر مرفوض لأنه يهدم الفكرة التي يقوم عليها الحق في توقيع الجزاء المالي من أساسها².

3- الغرامة مبالغ إجمالية:

يرى هذا الاتجاه أن غرامة التأخير هي عبارة عن مبالغ مالية إجمالية تقدرها الإدارة مقدما منصوص عليها في العقد تحصلها الإدارة من المتعاقد في حالة إخلاله بالتزام معين. لاسيما فيما يتعلق بالتأخير في التنفيذ³ ومن خلال هذا التعريف فإن المبالغ الإجمالية التي تفرضها الإدارة على المتعاقد نتيجة إخلاله بالتزام معين المقصود منها ليس غرامة التأخير فقط وإنما هي تشمل الغرامات بصفة عامة بما فيها غرامة التأخير باعتبار بعض فقهاء أضافوا عبارة لاسيما فيما يتعلق بالتأخير في التنفيذ للتعريف⁴.

¹- د. حسان عبد السميع هاشم، المرجع السابق، ص 60؛ محمد صلاح عبد البديع، المرجع السابق، ص 24؛ فتوى قسم الرأي رقم 323، بتاريخ 1959/05/10، مجموعة الأستاذ أبو شادي، ص 752، أشار إليها د. سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 499. هذه الفتوى أكدت على أن افتراض وقوع الضرر بمجرد التأخير ليس قرينة قاطعة غير قابلة لإثبات العكس.

²- د. سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 499. حيث علق على فتوى قسم الرأي رقم 323 السابقة الذكر بأنه قد جانبها التوفيق لأن هذا القول يهدم الفكرة التي يقوم عليها حق توقيع الجزاء المالي من أساسها.

³- من أنصاره د. سليمان الطماوي، المرجع السابق ص 490. د. عبد الله نواف العنزي، المرجع السابق، ص 36. د. ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية والتحكيم، المرجع السابق، ص 114.

⁴- د. نصر الدين بشير، المرجع السابق، ص 12.

4- غرامة التأخير عقاب أو جزاء:

تعرف الغرامة وفقا لهذا الاتجاه أنها جزاء مالي توقعه الإدارة بحق المتعاقد معها لإخلاله بمدة التنفيذ إذ يستوي أن يستند هذا الجزاء إلى العقد الإداري نفسه أو إلى نص القانون¹.

انتقد هذا الاتجاه أيضا على أساس أن غرامة التأخير ليس المقصود منها معاقبة المتعاقد عن أخطائه كما هو الحال في عقود القانون الخاص، وإنما تهدف أساسا إلى حسن تنفيذ العقد المتصل بسير المرفق العام وضمان استمراره وانتظامه تحقيقا للمصلحة العامة مثلها مثل جميع الجزاءات الإدارية².

ولقد أخذ المشرع الجزائري بهذا الاتجاه، حيث نصت المادة 147 من المرسوم الرئاسي 247/15 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتعويضات المرفق العام على أن: "يمكن أن ينجر عن عدم تنفيذ الالتزامات التعاقدية من قبل المتعاقد في الآجال المقررة أو تنفيذها غير المطابق، فرض عقوبات مالية دون الإخلال بتطبيق العقوبات المنصوص عليها في التشريع المعمول به". حيث اعتبر المشرع الجزائري صراحة غرامة التأخير عقوبة، كما أكد ذلك مجلس الدولة الجزائري، حيث قضى: "... بالرجوع إلى القرار المستأنف فإنه ألزم المستأنفة بدفع للبلدية تعويض عن الفسخ ومبلغ عقوبة التأخير، استنادا للخبرة التي أمر بها والمنجزة، حيث أن ما حدده قضاة الدرجة الأولى من تعويض للبلدية عن الأضرار الناتجة عن فسخ الصفقة، والتأخير في الانجاز جاء متناسبا والتشريع الخاص بالصفقات العمومية والصفقة المبرمة بين الطرفين، وبالتالي يستحق قضاؤهم التأييد مع القول بالاستئناف جاء غير مؤسس".

ورأينا هو بطبيعة الحال أن غرامة التأخير تعتبر جزاء، ودراستنا هذه تتمحور حول سلطة الإدارة الجزائية في العقد الإداري، وهي تعتبر من الجزاءات المالية، إلا أنه لا بد من تعريفها تعريفا دقيقا يسمح بإبراز طبيعتها القانونية بدقة مما يسهل أمر تمييزها عن غيرها

¹- د. نصر الدين بشير، المرجع نفسه، ص 12.

²- علي خطار الشطناوي، "صلاحية الإدارة في فرض غرامة التأخير بحق المتعاقد معها"، مجلة الحقوق الكويتية، الكويت، العدد 24، المجلد رقم 01، 2000، ص 67.

من الجزاءات الأخرى خاصة وأنها من ابرز الجزاءات التي توقعها الإدارة في الواقع العملي، وبما أن الفقهاء اختلفوا في تعريفها إلا أننا وكما سبق وأن شرحناه نتفق مع الرأي الذي يعرفها على أنها: مبلغ نقدي يحدد عادة في العقد بنسبة معينة من قيمة الأعمال تفرضها الإدارة إذا ما أخل المتعاقد معها بميعاد تنفيذ التزاماته العقدية، وذلك ضمانا لانتظام سير المرفق العام.¹

وهذا هو التعريف الأصح والذي يتفق مع الواقع والقانون، إذ يحوي على عناصر الدقة، كما أنه شامل لكل ما يتعلق بأحكام غرامة التأخير، وأبرز الطبيعة القانونية الصحيحة لها، والتي تميزها عما شابه من جزاءات سواء في النظام القانوني العام الذي تنتمي إليه أو الخاص.

الفرع الثاني: خصائص غرامة التأخير.

تعتبر غرامة التأخير من أبرز الجزاءات الإدارية على الإطلاق في مجال نظرية العقد الإداري، والأكثر تطبيقا في الواقع العملي من قبل الإدارة. وباعتبارها تنتمي إلى نظرية الجزاءات في العقود الإدارية بصفة عامة، فإنها بديهيّا تتمتع بجملة الخصائص المشتركة للجزاءات الإدارية والتي تناولناها في الفصل الأول من هذا الباب، وبهذا فإن غرامة التأخير توقع بموجب قرار إداري، أي توقعها الإدارة بنفسها ودون حاجة للجوء إلى القضاء للحكم بها. وهي ذات طبيعة عقابية، فيكون للإدارة الحق في استيفائها دون التزام منها بإثبات إصابتها بضرر من جراء التأخير، ذلك أن الضرر مفترض افتراضا غير قابل لإثبات العكس.

كما لها الحق في اختيار الوقت المناسب لتوقيع الجزاء وفقا لما تراه محققا لضمان حسن سير المرفق العام. كما أن غرامة التأخير محددة الأسباب فلا يجوز للإدارة المتعاقدة

¹ - قرار مجلس الدولة الجزائري رقم 36 790، بتاريخ 2007/10/17، قضية مؤسسة البناء ضد بلدية سكيكدة، (غير منشور).

فرضها لمجرد قناعتها فقط بأن المتعاقد معها لن يستطيع تنفيذ التزاماته المتفق عليها، إنما يجب عليها انتظار تحقق الأسباب ثم تقوم بفرضها عليه¹.

كما أنه يجوز الجمع بينها وبين الجزاءات الأخرى في العقد الإداري (الجزاءات الضاغطة والفاسخة) على نحو ما سبق شرحه، طالما تحقق السبب المخول لتوقيع كل منها، ولم تكن هذه الجزاءات متنافرة مع بعضها البعض، ولم يحضر الجمع بموجب نص صريح في العقد أو دفتر الشروط، إلا أنه بالإضافة إلى ما سبق ذكره من خصائص فغرامة التأخير تتسم بخصائص أخرى تميزها عن باقي الجزاءات التعاقدية التي تفرض على المتعاقد، تتمثل في: أنها اتفاقية وتلقائية.

هذا ما سنشرحه كما يلي:

أولاً: غرامة التأخير اتفاقية.

تتميز غرامة التأخير بأنها محددة مسبقاً في العقد أو دفتر الشروط، بالاتفاق بين جهة الإدارة والمتعاقد، إذ تتضمن بنود العقد الإداري دائماً، من الناحية العملية نصوصاً تتعلق بالجزاءات، حيث تنص على تحديد غرامة التأخير وكيفية حسابها كما أن كراسات الشروط الإدارية العامة تقضي غالباً بإدراج هذه الجزاءات في العقود. وبهذا يتأكد المصدر الاتفاقي لغرامة التأخير².

وعليه فغرامة التأخير تتحدد بمبلغ من المال ينص عليه في العقد يدفعه المتعاقد عند تأخره في إتمام الأعمال الموكلة إليه بموجب العقد وتسليمه في المواعيد المحددة³.

وينجم عن ذلك أنه يجب على الإدارة الالتزام بالمقدار المحدد بالعقد لهذه الغرامات بحيث لا تستطيع أن تطالب بأكثر منها⁴. وذلك حتى ولو نتج عن تقصير المتعاقد ضرر

¹- حيث أن تطبيق غرامة التأخير لا يكون إلا بالنسبة للمتعاقد المترخي في تنفيذ العمل وفي تسليمه في الميعاد المحدد، ولذلك فهو يقترن ببدء التنفيذ فعلاً وفوات مدته دون إتمامه. فإذا لم يبدأ التنفيذ أو بدأ وانتهي العقد قبل انتهاء المدة المحددة لتنفيذ المتعاقد لالتزاماته فلا محل لها؛ د. حمدي عطية مصطفى عامر، المرجع السابق، ص 512.

²- د. مدحت أحمد يوسف غنايم، المرجع السابق، ص 28.

³- د. عبد الغني بسيوني عبد الله، القانون الإداري، المرجع السابق، ص 548.

⁴- د. سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 493.

يزيد على مقدار الغرامة¹. وهذا لأن الغرامة لا تفرض كمقابل للضرر الحاصل للإدارة، إنما تفرض لمجرد حصول التأخير، ذلك أن في حد ذاته يعتبر مبررا لفرضها لأنه يضر بالمصلحة العامة باعتبار أنه يمس بحسن سير المرفق العام بانتظام واضطرابه، لأن الإدارة عندما تحدد موعدا معيناً لتنفيذ العقد فإنها بذلك قدرت أن حاجة المرفق العام تستوجب تنفيذه خلال هذا الموعد، وبناءً على ذلك فإنه يحق للإدارة أن توقع جزاء الغرامة دون حاجة لإثبات وقوع ضرر لها من جراء ذلك التأخير لأن الضرر هنا مفترض افتراضاً غير قابل لإثبات العكس كما سبق شرحه.

ويقع أيضاً على المتعاقد أن يلتزم بالمقدار المدد بالعقد ولا ينازع في مدى استحقاق الإدارة لها ولا الاحتجاج بأنها لا تتناسب مع الأضرار الحقيقية التي لحقت بالإدارة من جراء المخالفة².

كما تجدر الإشارة إلى أن المقدار المحدد للغرامة في العقد هو الذي يعمل به حتى ولو كان هذا المقدار مخالفاً لنصوص القوانين، لأن ذلك نتيجة طبيعية لتمتع الغرامة بكونها ذات خاصية اتفاقية³. لأنه هو الذي ارتضاه المتعاقدان، ولا يتغير هذا الحكم حتى ولو نص في العقد على اعتبار نصوص تلك القوانين مكتملة ومتممة لأحكامه، لأنه ما دام قد ورد شرط خاص بالغرامة في العقد، فإن هذا الشرط يكون هو الواجب التطبيق دون حكم القانون أخذاً بقاعدة أن الخاص يقيد العام⁴.

كما ينجم عن هذه الصفة لغرامة التأخير أنه يجوز الاتفاق في العقود الإدارية على عدم جواز توقيع الإدارة لغرامة التأخير على المتعاقد معها المتأخر في الوفاء بالتزامه، إذا كان

¹- وفي هذه الحالة أي الحالة التي يتجاوز فيها الضرر الحاصل للإدارة من جراء التأخير مقدار الغرامة المنصوص عليه في العقد الإداري، لا تستطيع الإدارة أن ترفع من نسبة الغرامة المتفق عليها؛ د. جابر جاد نصار، الوجيز في العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، سنة 2001، ص 220 .

²- د. سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 493.

³- محمد بكر حسين، الوسيط في القانون الإداري، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2007، ص 322.

⁴- د. حمدي عطية مصطفى عامر، المرجع السابق، ص 511 .

سبب هذا التأخير تراخي الإدارة في تنفيذ التزاماتها مما أعجزه عن الوفاء بالتزامه قبلها، أي أن سبب تأخير المتعاقد هو إخلال الإدارة بأحد التزاماتها¹.

وعلى الأساس فانه من حق الإدارة أن تتغاضى عن الغرامات فتوقع غرامة أقل من الغرامة المنصوص عليها، أو تنزل عن الغرامة كلية، كل ذلك بشرط أن تكشف عن إرادتها صراحة².

ومن الإشكالات التي قد تثور في هذا الصدد هي: أنه قد يحدث أن ينص العقد على الغرامة دونما تحديد لمقدارها. فما هو إذن المقدار الذي تلتزمه الإدارة في هذه الحالة ؟

وللإجابة عن هذا التساؤل نقول أنه ما دام أن العقد حدد مبدأ الغرامة، فانه يمكن الرجوع للنص القانوني الذي يفرض على الإدارة الحد الأقصى الذي لا يمكن تجاوزه لتلك الغرامة³، لكن شريطة أن يكون ذلك العقد من العقود التي تخضع لتلك النصوص القانونية⁴، فإذا لم يورد نص القانون نسبة عقوبة غرامة التأخير أو لم يكن العقد من العقود الإدارية التي تخضع لذلك النص القانوني يمكن الرجوع إلى العرف الجاري به العمل لتحديد⁵.

وإذا لم تحدد وفقا لذلك، فيمتنع على جهة الإدارة المتعاقدة أن تطبقها على المتعاقد معها، وسيرد حينها القاضي سلطاته في تقدير التعويض، وفي هذه الحالة تطبق قواعد المسؤولية، فيشترط لاستحقاق التعويض أن يوجد خطأ هو الإخلال بالتزام عقدي يترتب عليه ضرر فعلي، ولكون التعويض يقدر الضرر الحادث⁶.

كما قد يغيب النص على غرامة التأخير في العقد إلا أن قائمة الشروط الملحقة بالعقد تتضمن حق توقيعها، فإذا كانت هذه القائمة مكملة لنصوص العقد يجوز للإدارة توقيع غرامة التأخير المنصوص عليها فيها⁷، إلا أن الإشكال الذي ما زال قائما ومحل خلاف في

¹ - د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الوجيز في الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص 289.

² - د. سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 493.

³ - د. عبد الله نواف العنزي، المرجع السابق، ص 45.

⁴ - د. حمدي عطية مصطفى عامر، المرجع السابق، ص 511.

⁵ - د. عبد الله نواف العنزي، المرجع السابق، ص 45.

⁶ - د. حمدي عطية مصطفى عامر، المرجع السابق، ص 511.

⁷ - محمود حلمي، العقد الإداري، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، 1977، ص 86 وما بعدها؛ عبد الرحمان عباس ادعيين، المرجع السابق، ص 559.

العقد والقضاء يدور حول التساؤل الآتي: عند سكوت العقد الإداري عن النص على غرامة التأخير أصلاً، هل يبقى للإدارة مع ذلك حق فرضها على المتعاقد المخل في تنفيذ التزامه المرتبط بميعاد العقد، خاصة مع وجود النص التشريعي الذي ينظمها أم أن ذلك السكوت يعتبر بمثابة استبعاد لها أو تنازل عنها من قبل الإدارة ؟

ولقد ثار خلاف في الفقه والقضاء للإجابة على هذه الإشكالية، فيرى جانب من الفقه أنه يفترض في نصوص القانون العلم اليقين للكافة وعلى ذلك فإن غرامة التأخير تعد اتفاقية رغم غياب النص عليها في شروط العقد وذلك بالنص عليها في القانون¹.

حيث أن السكوت عن النص عليها في العقد لا يفهم أنه تنازل عن تطبيقها. وبالتالي طالما لم يستبعدا الأطراف صراحة في العقد فهي تندمج في عقودهم وتأخذ في ذلك حكم الشروط العقدية².

وبهذا الاتجاه قضت المحكمة الإدارية العليا المصرية ب: "إن القوانين واللوائح التي يتم التعاقد في ظلها إنما تخاطب الجميع و علمهم بمحتواها مفروض، فإن اقبلوا حال قيامها، على التعاقد مع الإدارة، فالمفروض أنهم ارتضوا كل ما ورد بها من أحكام وحينئذ تندمج في شروط عقودهم، وتصير جزءاً لا يتجزأ منها حيث لا فكاك من الالتزام بها ما لم ينص العقد صراحة على استبعاد أحكامها كلها أو بعضها عدا ما تعلق منها بالنظام العام، وعلى ذلك فإنه يجب تطبيق لائحة المناقصات والمزايدات ما لم ينص العقد على استبعادها"³.

¹- د. نصر الدين بشير، المرجع السابق، ص 62. ومن أنصار هذا الاتجاه نجد د. محمود خلف الجبوري، المرجع السابق، ص 135؛ محمود حلمي، المرجع السابق، ص 86 وما بعدها؛ د. مدحت أحمد يوسف غنايم، المرجع السابق، ص 30 .

²- د. عبد المجيد فياض، نظرية الجزاءات في العقد الإداري، المرجع السابق، ص 170.

³- حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية بتاريخ 1969/11/08، مجلة قضايا الحكومة، السنة 14، العدد الثاني، ص 532 ، أشار اليه منصور إبراهيم العتوم، المرجع السابق، ص 349، 350.

أما الاتجاه الثاني وهو الاتجاه الغالب، فيرى أنه يجب النص على الغرامة في العقد فإذا لم يتضمن العقد نصا على حق الإدارة في فرض الغرامات التأخيرية، فإن الإدارة لا تستطيع توقيعها على المتعاقد¹.

إلا أن أصحاب هذا الاتجاه وأن اتفقوا على هذا الرأي إلا أنهم في الإجراء الواجب اتخاذه في مواجهة الإخلال الواقع من قبل المتعاقد في ظل غياب النص على غرامة التأخير.

إذ ذهب رأي إلى أنه إذا لم ينص العقد على غرامة التأخير فلا يجوز للإدارة أن تسعى إلى تطبيقها على المتعاقد وإذا كان التأخير مما يجوز أن يشبه بحالة عدم التنفيذ لأحكام الالتزام فإن للإدارة أن تلجأ إلى فسخ العقد ومصادرة التأمين، وتقوم بشراء ما يستلزمه المرفق على المتعهد المقصر². أي أجاز هذا الرأي للإدارة الاستعاضة عن جزاء غرامة التأخير بجزاءات أخرى أشد منها لإجبار المتعاقد على تنفيذ التزاماته التعاقدية.

إلا أنه هناك رأي آخر منهم ذهب إلى أنه لا يجوز الاستعاضة عن الجزاءات المنصوص عليها في العقد بغيرها حتى ولو تبين أن الجزاء العقدي غير كاف³.

وعلى هذا الأساس فإنه في الأخير استقر أغلب الفقه والقضاء الإداريين في إطار القانون العام على أن عدم إدراج شرط الغرامة في نصوص العقد لا يعني تنازلا من الإدارة على مدد التنفيذ المنصوص عليها، وعن جزاء عدم الالتزام بها ولكن يعني فقط أن النظام العادي للتعويضات هو ما يجب أن يطبق في حالة التأخير، ولا يكون الحال خلاف ذلك، إلا إذا تنازلت الإدارة بوجه قطعي ودون أدنى شك ممكن عن التمسك بهذه المدد⁴.

¹- حكم محكمة القضاء الإداري المصري الصادر في 1961/06/25 المجموعة، السنة 15 رقم 198، ص268. أشار إليه د. أحمد عثمان عباد، المرجع السابق، ص347. وهو من المؤيدين لهذا الاتجاه ومنهم أيضا زكي محمد النجار، المرجع السابق، ص 55، 58؛ د. حسان عبد السميع هاشم، المرجع السابق، ص65؛ بلاوي ياسين بلاوي، المرجع السابق، ص 47.

²- حكم محكمة القضاء الإداري المصري بتاريخ 1956/01/11، وهو من الأحكام المفصلة، أشار إليه د. سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 495؛ د. نصر الدين بشير، المرجع السابق، ص 79، 80.

³- د. حسان عبد السميع هاشم، المرجع السابق، ص 66. ومن أنصار هذا الرأي توفيق شحاتة، مبادئ القانون الإداري الجزء 2، الطبعة الأولى، القاهرة، مصر، سنة 1955، ص 27.

⁴- ومن أنصاره الفقيه الفرنسي "جيز"؛ د. نصر الدين بشير، المرجع السابق، ص 64؛ د. أحمد عثمان عباد، المرجع السابق، ص 346، 347.

وبالتالي يترتب على ذلك أنه إذا لم ينص العقد على غرامة التأخير فلا يجوز للإدارة أعمال هذا الجزاء، إلا أنها تملك حق التعويض تحصل عليه من قبل قاضي العقد، عن الضرر الناتج عن التأخير وبذلك تتحقق اتفاقية غرامة التأخير عند سكوت النص عليها في العقد، بأن إرادتي طرفي العقد اتجهت لتطبيق القواعد العامة لاقتضاء غرامة التأخير¹.

ولقد أكد المشرع الجزائري صراحة على الخاصية الاتفاقية لغرامة التأخير من خلال نص المادة 147 فقرة 2 و3 من المرسوم 247/15 الأنف ذكره والمتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتعويضات المرفق العام، حيث تنص على: "تحدد الأحكام التعاقدية للصفقة نسبة العقوبات المالية وكيفيات فرضها أو الإعفاء منها طبقا لدفاتر الشروط المذكورة في المادة 26 من هذا المرسوم باعتبارها عناصر مكونة للصفقات العمومية. تقتطع العقوبات المالية التعاقدية المطبقة على المتعاملين المتعاقدين بموجب بنود الصفقة، من الدفعات التي تتم حسب الشروط والكيفيات المنصوص عليها في الصفقة ..."².

وهو الأمر الذي أكد عليه القضاء الإداري الجزائري، حيث جاء في قرار المحكمة العليا الجزائرية (الغرفة الإدارية) بتاريخ 1963/12/23 في قضية شركة U. B، ضد الدولة، حيث أعلنت الإدارة وفقا لبنود العقد عن عقوبات بسبب التأخير فحددت ما قيمته 0.01 % من المبلغ المستوجب لكل يوم تأخير، ولكن نظرا لأن الإدارة كانت مسؤولة جزئيا عن التأخر فقد خفض القاضي قيمة العقوبة. ويمكن الاتفاق في العقد الإدارة على عدم جواز توقيع الجهة الإدارية لغرامة التأخير على المتعاقد معها إذا كان مرد ذلك تراخي الإدارة في تنفيذ التزاماتها.

¹- د. نصر الدين بشير، المرجع السابق، ص 64، 65.

²- كما أكدت هذه الطبيعة الاتفاقية للغرامة نص المادة 95 من نفس المرسوم والمتعلقة ببيانات الصفقة والتي تنص على: "... ويجب أن تحتوي الصفقة العمومية فضلا عن ذلك على البيانات التكميلية الآتية: نسب العقوبات المالية و كيفيات حسابها، وشروط تطبيقها أو النص على حالات الإعفاء منها"، وكذلك نص المادة 36 من دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الإشغال السابق الذكر، حيث تنص على: "إذا وردت في عقد الصفقة نصوص تتضمن عقوبات على التأخير فيجري تطبيقها".

وقرر كذلك مجلس الدولة الجزائري الذي قضى ب: " ... وحيث أن التأخير في الانجاز ثابت الوقائع في دعوى الحال، يترتب عنه الحق لصاحب المشروع لفرض غرامة تأخير وفق ما نص عليه عقد الصفقة وأحكام المرسوم السالف الذكر ... " ¹.

أما عن رأينا فان نرى مناصرة هذا الرأي الأخير الذي يرى أن وجود غرامة التأخير يرتبط بنصوص العقد فلا يجوز للإدارة توقيعها إلا إذا نص عليها العقد. أما إذا أغفل العقد ذلك فان هذا لا يعني أبدا أن الإدارة قد تنازلت عن مدد التنفيذ المنصوص عليها خاصة وأنها هي القوامة على حسن سير المرفق العام وانتظامه، أو عن جزاء عدم الالتزام به، إنما ذلك يعني فقط أن النظام العادي للتعويضات يجب أن يطبق في حالة التأخير، وهنا هنا تحصل الإدارة عن التعويض اللازم لجبر الضرر الذي لحقها فعلا من جراء التأخير في التنفيذ، والواقع فالإدارة عمليا لا تغفل النص على جزاء غرامة التأخير في العقود الإدارية، حيث أن أغلب العقود الإدارية أن لم نقل كلها في الواقع تنص على نسب العقوبات المالية في نص العقد بذاته، أو تحيل ذلك إلى دفاتر الشروط التي تحكمها، وان حصل وأن أغفلت الإدارة هذا النص، فالواضح أن هذا تعبيراً منها عن التنازل عن توقيع هذا الجزاء والاستعاضة عنه بالتعويض. أما إذا أغفلته سهوا فهي تتحمل مسؤولية ذلك إذ لا تستطيع أن توقع جزاء غرامة التأخير حينئذ، ولو أن حقها حتى في هذه الحالة لا يمكن أن يضيع إذ يحق لها التعويض على نحو ما سبق ذكره.

ثانيا: غرامة التأخير تلقائية.

وفقا لهذه الخاصة فانه: توقع الإدارة غرامة التأخير في العقد الإداري من تلقاء نفسها ودون حاجة إلى صدور حكم بها بمجرد حصول التأخير ولو لم يترتب عليه أي ضرر ². وهي بذلك تستحق بموجب قرار إداري وذلك تنفيذا لامتياز التنفيذ المباشر الذي تتمتع به الإدارة ³.

¹- قرار مجلس الدولة الجزائري رقم 0397692، بتاريخ 2009/09/12، السابق الذكر.

²- د. حمدي عطية مصطفى عامر، المرجع السابق، ص 508.

³- د. فؤاد العطار، القانون الإداري، الطبعة الثالثة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، بدون سنة النشر، ص 598؛ د. عبد المجيد فياض، المرجع السابق، ص 69.

وعليه فان غرامة التأخير تطبق مباشرة دون حاجة الإدارة إلى إثبات أن الضرر قد أصابها، وكذلك لا يمكن رفعها إلى فئة أعلى حتى ولو كان الضرر يزيد على مقدارها المعين¹. وإن كان لها في هذه الحالة الحق في الحصول على تعويض مناسب لجبر الأضرار التي لحقت بها من جراء التأخير².

كما لا يقبل من المتعاقد إثبات عدم تسبب التأخر في إصابة الإدارة بضرر، حيث أن الضرر مفترض افتراضا غير قابل لإثبات العكس بمجرد التأخير، على اعتبار أن الجهة الإدارية حينما حددت موعدا معيناً لتنفيذ العقد، قدرت أن حاجة المرفق العام تستوجب تنفيذه خلال هذا الموعد³.

كما أنه لا يستطيع أن يعترض على توقيع الغرامة استنادا إلى عدم تناسبها مع الضرر الحادث للإدارة⁴.

والإشكال الذي يثور في هذا الصدد هو هل تستحق غرامة التأخير مباشرة وبمجرد حصول التأخير دون حاجة لإنذار المتعاقد أم أن أعذاره واجب يقع على عاتق الإدارة باعتباره ضمانا للمتعاقدين في مواجهة سلطتها الجزائية ؟

وقبل الخوض في الإجابة على هذه الإشكالية فإنه يجدر بنا تنبيه القارئ في هذا الصدد إلى أن الإعذار يعتبر من أهم الضمانات التي يتمتع بها المتعاقد في مواجهة السلطة الجزائية للإدارة. وقد سبقت دراسته في الباب الأول من هذه الدراسة في الجزء المتعلق بحدود سلطة الإدارة في فرض الجزاءات على المتعاقد معها. أما الآن فسنكتفي بالإجابة على هذه الإشكالية وفقا لما يخدم هذا العنصر الذي نحن بصدد، وعليه فإجابة على هذه الإشكالية

¹- د. سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 495.

²- د. جابر جاد نصار، المرجع السابق، ص 220؛ د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، تنفيذ العقد الإداري، المرجع السابق، ص 277.

³- حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعينين 620، 627 لسنة 12 قضائية، جلسة 1970/03/21، الموسوعة الإدارية الحديثة، جزء 18، ص 960، أشار إليه د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الوجيز في الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص 289، 290.

⁴- C.E, 14 juin 1944, se koulonos, Rec. P.169.

وحكم المحكمة الإدارية العليا المصرية الصادر في 1960/09/21، المجموعة، السنة الخامسة رقم 136، ص 1317. الذي قضى بأنه: "لا تلتزم الإدارة بإثبات حصول الضرر، كما لا يقبل ابتداء من المتعاقد إثبات عدم حصوله". أشار إليه د. أحمد عثمان عياد، المرجع السابق، ص 346.

نقول أنه: يوجد رأيين متعارضين بالنسبة لضرورة الإعذار بتوقيع غرامة التأخير خاصة في كل من فرنسا ومصر (اللذان يعتبران المرجع الأساسي لقواعد ومبادئ القانون الإداري عامة بما فيها ما يتعلق بنظرية العقد الإداري وكذا نظرية الجزاءات الإدارية في إطار العقد الإداري).

وإذا كان الرأي المسلم به في فرنسا هو ضرورة إنذار المتعاقد من قبل جهة الإدارة قبل توقيع غرامة التأخير، وأنها لا تستحق إلا من تاريخ ائذار المتعاقد، وإخلال الإدارة بالاعذار يعطي الحق للمتعاقد بالمنازعة في صحتها واستردادها قضائياً¹. ولا تعفى الإدارة من الإعذار إلا إذا وجد نص في العقد يقضي بذلك أو كانت طبيعة العقد أو الظروف التي أحاطت به تقضي بهذا الإعفاء². بأن تكون الظروف تضي على تنفيذ العقد طابع الضرورة الملحة³.

فالأمر في مصر على خلاف ذلك، والرأي المسلم به هو أن غرامة التأخير تستحق دون إئذار عند استحقاقها⁴. وبمعنى آخر فإن غرامة التأخير توقع بصورة تلقائية من الإدارة بمجرد حدوث تقصير من جانب المتعاقد أي بمجرد حصول التأخير دون حاجة إلى تنبيه أو إنذار أو اتخاذ أي إجراء آخر⁵.

حيث أن ذلك ثابت بموجب لائحة المناقصات والمزايدات (المصرية)⁶. وأيضاً بموجب أحكام القضاء الإداري حيث نجد من أحكام محكمة القضاء الإداري المصرية حكمها الصادر في 1956/01/11 (من الأحكام المفصلة) الذي يقضي ب: "... وتتميز الغرامة بأنها: ... وأنها تستحق عن التأخير بمجرد انقضاء الفترة المحددة في العقد ودون حاجة إلى

¹- د. نصر الدين بشير، المرجع السابق، ص 91.

²- د. عبد المجيد فياض، المرجع السابق، ص 173.

³- د. نصر الدين بشير، المرجع السابق، ص 92.

⁴- د. نصر الدين بشير، المرجع نفسه، ص 91.

⁵- بلاوي ياسين بلاوي، المرجع السابق، ص 48؛ د. أحمد عثمان عياد، المرجع السابق، ص 348؛ د. محمود خلف الجبوري، المرجع السابق، ص 135، 136؛ د. زكي محمد النجار، المرجع السابق، ص 54؛ د. حسان عبد السميع هاشم، المرجع السابق، ص 67.

⁶- المادة 23 من لائحة المناقصات والمزايدات المصرية رقم 89 لسنة 1998، إذا تنص على حق الإدارة في توقيع الغرامات بمجرد حصول التأخير ودون حاجة إلى تنبيه أو إنذار أو اتخاذ أي إجراء آخر.

التنبيه باستحقاقها، فهي تختلف بذلك عن وضع الفوائد التي تحصل عن التأخير في ميدان القانون الخاص ...¹.

وفي الواقع إن وجهة النظر القانونية والقضائية في مصر هي المستقر عليها في أغلب الدول ومن بينها الجزائر، حيث جاء في نص المادة 36 من دفتر الشروط الإدارية العامة المتعلقة بصفقات الأشغال العامة، أنه: "إذا ورد في عقد الصفقة نصوص تتضمن عقوبات على التأخير، فيجري تطبيقها دون إنذار سابق بعد التأكد العادي من تاريخ انقضاء الأجل التعاقدى للتنفيذ وتاريخ استلام الأشغال المؤقت".

خاصة وأن نص المادة 147 من قانون تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، والذي تناول النص على العقوبات المالية بسبب التأخير لم يشترط الإعذار فيها صراحة.

ومن جهتنا نحن وإن كنا نؤيد وجهة النظر هذه والمتعلقة بأن غرامة التأخير تستحق بمجرد انتهاء المدة المحددة في العقد ودون حاجة إلى التنبيه أو الإعذار المسبق لتوقيعها، وذلك لأن هذا يوفر ضمانا أكبر لتنفيذ العقد الإداري بالسرعة الممكنة من قبل المتعاقد. فتصبح تلك الغرامة المفروضة عليه بمثابة دافع لتراجعه على إخلاله بمواعيد التنفيذ هذا ما يمثل ضمانا لحسن سير المرفق العام المتصل بانتظام، ولو كان الإعذار واجب على الإدارة قبل توقيع الغرامة لكان ذلك بمثابة ضمانا للمتعاقد معها مما قد يفتح الباب للإشكالات أمام الإدارة في الواقع العملي بأن يصبح المتعاقد ينازع في الإعذار من حيث توجيهه له أو عدم توجيهه، خاصة إذا ثمة ظروف عرقلت وصوله إليه، أو ينازع في شروطه، مما يحقق تعطىلا حقيقيا وفعليا لسير المرفق العام المتصل بالعقد، لأن ذلك يساهم في التأخير في التنفيذ أكثر فأكثر.

¹ - د. سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 495.

هذا من جهة ومن جهة أخرى فانه وبما أننا قد سبق و أن قلنا أن غرامة التأخير اتفاقية وشرحناها، فان هذا في حد ذاته يدفعنا إلى التأكيد أن الغرامة يجب أن توقع بدون إنذار المتعاقد وذلك لأنه وبما أن أجال العقد محددة في متنته وحدد مبلغ الغرامة فيه مسبقا، إذ لا يحق للإدارة توقيعها ما لم يكن منصوص عليها في العقد فبطبيعة الحال أن المتعاقد على علم يقيني بها سلفا وقبل بدء التنفيذ أصلا، لذا فما الحاجة لاعذاره عندئذ وهو على علم بمواعيد التنفيذ وجزاء عدم احترامها الموافق عليه أصلا سابقا.

إلا أنه من المستحسن أن توجه الإدارة اعذارا للمتعاقد معها قبل توقيع جزاء غرامة التأخير عليه. لعل ذلك يحفزه على تنفيذ العقد على الوجه المطلوب وفي هذا أيضا تحقيقا للمصلحة العامة. هذا من جهة. ومن جهة أخرى فإن تنبيه المتعاقد إنما فيه حفاظ على مصلحة المتعاقد، خاصة أمام قلة تنوع الضمانات لهذا الأخير في مواجهة سلطة الإدارة بفرض الجزاء عليه.

يبقى لنا أن ننوه أخيرا إلى أنه متى استحققت غرامة التأخير فانه على المتعاقد أدائها، وإذا قصر في ذلك يعد قد ارتكب خطأ آخر بخلاف خطئه الأول المتمثل في التأخير في التنفيذ، هذا ما يؤدي إلى وجوب أدائه لفوائد قانونية، عن المبلغ المستحق كغرامة تأخير طوال مدة التأخير في سداده، باعتباره مبلغا معلوم المقدار مستحق في ذمته وقت قيام سببه.¹

¹- د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، تنفيذ العقد الإداري، المرجع السابق، ص 290 ، 294.

الفرع الثالث: تمييز غرامة التأخير عن النظم القانونية المشابهة.

تتميز غرامة التأخير بجملة من الخصائص تجعلها متميزة عن باقي الإجراءات في العقد الإداري سواء المالية منها الأصلية والتبعية كفوائد التأخير على نحو ما سبق ذكره، أو غير المالية، كما تميزها أيضا عن النظم القانونية المشابهة بها والمعروفة في إطار القانون الخاص، ومن الشرط الجزائي والغرامة التهديدية.¹ والواقع أن مرد هذا الاختلاف أصلا راجع إلى الاختلاف الموجود بين العقد الإداري وعقود القانون الخاص، إذ توجد قواعد خاصة للعقد الإداري لا يمكن تطبيقها في القانون الخاص ذلك أن المتعاقد مع الإدارة يوجد في مركز لا يساوي مع مركز تلك الإدارة لأنها هي المسؤولة عن سير المرفق العام بانتظام واضطراد والذي يعتبر موضوعا لذلك العقد، فيكون إذا المتعاقد في إطار العقد الإداري محمل بالتزام عدم عرقلة سير ذلك المرفق وتسهيل أدائه، وهذا ما لا يوجد في إطار عقود القانون الخاص.

أولاً: تمييز غرامة التأخير عن الشرط الجزائي.

الشرط الجزائي في العقود المدنية هو اتفاقي تبقي لا يقصد لذاته ولا يستقل بنفسه دائماً يقع بمناسبة الاتفاق على التزام آخر يقصد حمل الطرف على تنفيذه وأنه يحدد التزاماً جزئياً في صورة تعويض مقدر لا ينشأ إلا نتيجة الإخلال بالتزام أصلي.²

فإذا كان الأصل في نطاق القانون الخاص أن القاضي هو المكلف بتقدير التعويض عن التخلف عن أداء المدين لالتزاماته، إلا أنه يمكن أن يرد على ذلك استثناء، فيتفق الدائن والمدين على مقدار التعويض الذي يستحقه الدائن في حالة إخلال المدين بتنفيذ التزاماته،

¹- تجدر الإشارة إلى أن أننا ركزنا على تمييز غرامة التأخير عن الشرط الجزائي والغرامة التهديدية لأنهما يعتبران من أهم الجزاءات ذات الطابع المالي في القانون الخاص. فيوجد كذلك الفوائد التأخيرية في إطار القانون الخاص والتي تطبقها خاصة المؤسسات الخاصة كجزاء مقابل تأخر المدين عن أداء التزاماته في الميعاد المحدد، وهي تتميز عن غرامة التأخير في العقد الإداري في كونها تستلزم إنذار المدين قبل استحقاقها حتى ولو تضمن العقد شرطاً جزائياً عن التأخير عكس غرامة التأخير والتي تستحق بمجرد حصول التأخير في تنفيذ العقد على نحو ما سبق شرحه؛ د. سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 495.

²- د عبد الباقي البكري، أحكام الالتزام، الطبعة الأولى، الجزء الثاني، مؤسسة دار الكتاب للطباعة والنشر، بغداد، العراق، 1980، ص 2 و 62.

أي عدم تنفيذه لالتزاماته أو إذا تأخر عن التنفيذ وهذا ما يسمى بالشرط الجزائي¹، فالشرط الجزائي لا ينشئ التعويض إنما يقتصر على تحديد مبلغه، لأن التعويض ينشأ بسبب الإخلال بتنفيذ الالتزام².

وبالتالي يمكن تعريفه بأنه اتفاق يحدد فيه المتعاقدان مقدراً التعويض الذي يستحقه الدائن إذا لم ينفذ المدين التزاماته أو أخل به أو تأخر في تنفيذه، وفي الغالب يدرج المتعاقدان هذا الشرط عند إنشائهما العقد ولكن لا يوجد ما يمنع من الاتفاق على مثل هذا الشرط في اتفاق لاحق³.

وفائدة هذا الشرط تتمثل في أنه يجنب المتعاقدين تدخل القضاء في تقدير التعويض فهما يحددانه مقدماً وجزافاً⁴.

فإذن يشترط فيه ما يشترط لاستحقاق التعويض بشكل عام، من حصول ضرر للمتعاقد الآخر وإخطار للطرف المقصر وصدور حكم به⁵. ويسمى هذا الشرط بالجزائي، لأن مبلغ التعويض المتفق عليه يكون عادة أكبر من الضرر الحقيقي الذي يصيب الدائن⁶. ويكون للقضاء تخفيضه إذا ثبت أنه لا يتناسب مع الضرر الذي لحق بالمتعاقد⁷.

ولقد نص عليه المشرع الجزائري في نص المادة 183 من القانون المدني الجزائري⁸:
"يجوز للمتعاقدين أن يحددا مقدماً قيمة التعويض بالنص عليها في العقد، أو في اتفاق لاحق" و عليه يمكن أن نبين مواطن الاختلاف بين الشرط الجزائي وغرامة التأخير كما يلي:

¹- د. حسن درويش عبد العال، النظرية العامة في العقود الإدارية، المرجع السابق، ص 49.

²- مريم محمد أحمد، المرجع السابق، ص 145، 146.

³- عبد الرحمان عباس ادعين، المرجع السابق، ص 556.

⁴- د. محمود خلف الجبوري، المرجع السابق، ص 140.

⁵- حكم المحكمة الإدارية العليا جلسة 2002/12/31، في الطعن رقم 347 لسنة 44، ق.عليا، مجموعة القوانين والمبادئ القانونية، 2006، ص 378، أشار إليه د. عبد الله نواف العنزي، المرجع السابق، ص 38.

⁶- د. محمود خلف الجبوري، المرجع السابق، ص 139.

⁷- حكم المحكمة الإدارية العليا في جلسة 2002/12/31، السابق ذكره، أشار إليه، د. عبد الله نواف العنزي، المرجع السابق، ص 38.

⁸- الأمر رقم 58/75 المؤرخ في رمضان 1395هـ الموافق لـ 1975/09/26 يتضمن القانون المدني المعدل والمتمم.

الشرط الجزائي وجد لأجل تجنب تدخل القضاء في تقدير قيمة التعويض¹. وهو يهدف دوماً إلى جبر الضرر الذي لحق المتعاقد، أما الغرامة لا تستلزم حدوث ضرر وهي شرعت ضماناً لتنفيذ العقود الإدارية في المواعيد المتفق عليها، حرصاً على حسن سير المرافق العامة بانتظام واضطراد، وتملك جهة الإدارة حق توقيعها لمجرد حصول التأخير ولو لم يترتب عليه ضرر².

يشترط لاستحقاق الشرط الجزائي من قبل الدائن وقوع ضرر فعلي له، فإذا استطاع المدين أن يثبت أن الدائن لم يلحقه أي ضرر فلا يكون الشرط الجزائي حينئذ مستحق³. بالتالي لا يستطيع القاضي أن يحكم به إلا إذا توافرت كافة الشروط اللازمة لاستحقاق التعويض من خطأ وضرر وعلاقة سببية بينهما، وبذلك لا يستحقه الدائن إلا إذا كان الضرر ناجم عن إخلال المدين بالتزاماته أو تأخره فيه⁴. عكس غرامة التأخير التي لا يكون استحقاقها مبنياً على وجود الضرر بالذات لأن الضرر مفترض بمجرد تأخر المتعاقد في تنفيذ التزاماته في العقد. وسبب هذا الافتراض هو اتصال العقد بنشاط المرافق العامة وبفكرة النفع العام⁵.

ويشترط لاستحقاق الشرط الجزائي صدور حكم به من القضاء⁶. أما الغرامة التأخيرية فتتسم بالطابع الإداري، إذ تقوم الإدارة بفرضها بموجب قرار إداري كجزء من سلطتها في التنفيذ المباشر ودون حاجة للجوء إلى القضاء⁷.

¹ - عبد الرحمان عباس ادعين، المرجع السابق، ص 557.

² - د. عبد الله نواف العنزي، المرجع السابق، ص 38، 39.

³ - المادة 184 من القانون المدني الجزائري، السابق ذكره.

⁴ - عبد الرحمان عباس ادعين، المرجع السابق، ص 557.

⁵ - د. محمود خلف الجبوري، المرجع السابق، ص 140.

⁶ - د. عبد الله نواف العنزي، المرجع السابق، ص 38.

⁷ - د. محمود خلف الجبوري، المرجع السابق، ص 141؛ د. محمود حلمي، العقد الإداري، المرجع السابق، ص 87.

إذا كان الشرط الجزائي يجب أن يكون منصوص عليه في العقد سواء مقدما أو لاحقا، فان عدم النص على غرامة التأخير في العقد الإداري لا يعد تنازلا من الإدارة على فرضها¹.

كما أنه إذا كان الشرط الجزائي يمكن تحديده في العقد سواء مسبقا أثناء إبرامه أو لاحقا عليه، فان غرامة التأخير مسألة تعاقدية تحددها دفا تر الشروط مسبقا، أو النظم القانونية المعمول بها في مجال تنفيذ العقود الإدارية، وبالتالي فانه لا يجوز الاتفاق عليها بعد إبرام العقد الإداري².

إن الشرط الجزائي يمكن تخفيضه من قبل القضاء إذا ثبت أنه لا يتناسب والضرر الذي يلحق بالمتعاقد، وذلك إلى الحد الذي يتناسب فيه مقدار ذلك الضرر³. في حين أن مبلغ الغرامة التأخيرية لا يجوز تخفيضه⁴.

إن الشرط الجزائي لا يمكن استحقاقه إلا بعد اعدار المدين⁵. بينما غرامة التأخير تكون مستحقة بمجرد تأخر المتعاقد في تنفيذ التزامه عن المدة المحددة دون أن تقوم الإدارة بإعداره⁶. وعليه فان الشرط الجزائي يختلف تماما عن غرامة التأخير، وإن تشابه الاثنين في بعض الأوجه مثل غرامة التأخير تكون محددة مقدما في العقد مثل الشرط الجزائي لا ينال من الطبيعة الخاصة لغرامة التأخير، ذلك أن خصائصها الأخرى تكفل لها التميز عن الشرط الجزائي وعدم الاختلاط به.

¹- وإن كان في هذا الصدد انقسم الفقه إلى قسمين منهم من اعتبر أن الغرامة أمر مفترض في العقود الإدارية تفرضها الإدارة، دون حاجة للنص عليها في العقد الإداري أو في اتفاق لاحق. ومنهم: د. محمود خلف الجبوري، المرجع السابق، ص، 141. ومنهم من يرى أن غياب النص عليها في العقد كذلك لا يعد تنازلا من الإدارة عن مدد التنفيذ المنصوص عليها في العقد، وعن جزاء عدم الالتزام بها، لكن مفاد ذلك أن النظام العادي للتعويضات هو ما يجب أن يطبق في هذه الحالة، ومنهم: د. مدحت أحمد يوسف غنايم، المرجع السابق، ص 58.

²- عبد القادر رحال، سلطة المتعامل العمومي في توقيع الجزاءات على الما قول المتعاقد معه في القانون الجزائري - دراسة مقارنة -، رسالة ماجستير، جامعة تيزي وزو، الجزائر، 1990/1989، ص 153، 154.

³- رشا جعفر الهاشمي، المرجع السابق، ص 45؛ عبد الرحمان عباس أدين، المرجع السابق، ص 557.

⁴- بن سديرة جلول، المرجع السابق، ص 70.

⁵- زكي محمد النجار، المرجع السابق، ص 59.

⁶- مريم محمد أحمد، المرجع السابق، ص 148.

ثانيا: التمييز بين غرامة التأخير والغرامة التهديدية.

الغرامة التهديدية أو الإكراه المالي هي إلزام القضاء للمدين بتنفيذ التزاماته عينا خلال مدة معينة، فإذا تأخر في التنفيذ كان ملزما بدفع مبلغ معين عن كل يوم أو كل ساعة أو أية وحدة زمنية أخرى، أو عن كل مرة يخل فيها بالتزاماته، حتى يقوم المدين بتنفيذ التزاماته أو يمتنع نهائيا عن الإخلال بالالتزام، أي أنه يشترط في الحكم بالتهديد المالي أن يمتنع المدين عن التنفيذ مع أن التنفيذ العيني لا زال ممكنا وأن تكون شخصيته محل اعتبار أو بعبارة أخرى أن يكون التنفيذ غير ملائم إلا بالتدخل الشخصي للمدين وأن يتم طلب توقيع غرامة التهديد على المدين بطلب من الدائن¹.

فالغرامة التهديدية إذن في عقود القانون الخاص وسيلة للإجبار على التنفيذ، فالمدين ملتزم بتنفيذ التزامه عينا، فإذا امتنع وكان التنفيذ غير ممكن إلا إذا قام به المدين نفسه، جاز للقاضي إلزامه بدفع الغرامة التهديدية إلى أن يقوم بتنفيذ التزامه عينا².

وإذا ما قام المدين بتنفيذ التزامه بعد ذلك أو أنه أصر على الرفض والامتناع فإن المحكمة في هذه الحالة تصرف النظر عن الغرامة التهديدية وتحكم للدائن بتعويض كامل بما فاتته من ربح وما أصابه من خسارة من جراء ذلك الامتناع³.

فإذا سواء قام المدين بتنفيذ التزامه أو أصر على عدم التنفيذ فلا يكون هناك جدوى من الغرامة التهديدية. وعليه لا يبقى للدائن سوى اللجوء إلى القضاء للمطالبة بتصفية الغرامة التهديدية والحكم على المدين بتعويض نهائي.

وعليه فإن الغرامة التهديدية تتمتع بخاصية التبعية، فهي تصدر بموجب أمر لضمان تنفيذ حكم إلزام صادر عن القضاء، فهي تدور مع هذا الحكم وجودا وعدما.

كما أنها تتمتع بخاصية التحكم لأنها تخضع للسلطة التقديرية للقاضي وحده، سواء تقدم أحد الخصوم بطلبها أو قدر القاضي ملائمة الأمر من تلقاء نفسه، كما أنه يدخل ضمن تلك

¹- د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص 807.

²- مريم محمد أحمد، المرجع السابق، ص 142.

³- فائق حطاب ضمّد، "الغرامة التأخيرية في العقد الإداري"، مجلة العدالة، مركز البحوث القانونية في وزارة العدل، بغداد، العراق، العدد 4، السنة الخامسة، 1979، ص 1054 - 1087.

السلطة تحديد مدة سريان الغرامة ومقدارها، فله أن يحددها بمبلغ أعلى من الذي طلبه الدائن، أو قد يحددها جزافيا وذلك للضغط على المدين وحمله على تنفيذ الحكم، مع الأخذ في الاعتبار أنه في جميع الأحوال يجب إلا يعتد بالضرر الذي أصاب الدائن، حيث يمكن له أن يحكم بالغرامة حتى في حالة عدم وجود ضرر¹. كما أنها تنقرر ولو بغير النص عليها في العقد².

وقد أشار إليها المشرع الجزائري في المادة 174 من القانون المدني التي تنص: " إذا كان تنفيذ الالتزام عينا غير ممكن أو غير ملائم إلا إذا قام به المدين نفسه، جاز للدائن أن يحصل على حكم بإلزام المدين بهذا التنفيذ وبدفع غرامة إجبارية إن امتنع عن ذلك.

وإذا رأى القاضي أن مقدار الغرامة ليس كافيا لإكراه المدين الممتنع عن التنفيذ جاز له أن يزيد في الغرامة كلما رأى داعيا للزيادة"، وكذلك نص المادة 625 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري³: " دون الإخلال بأحكام التنفيذ الجبري، إذا رفض المنفذ عليه تنفيذ التزام بعمل، أو خالف التزاما بالامتناع عن عمل، يحرر المحضر القضائي محضر امتناع عن التنفيذ، ويحيل صاحب المصلحة إلى المحكمة للمطالبة بالتعويضات، أو المطالبة بالغرامات التهديدية ما لم يكن قد قضي بها من قبل ...".

وعلى أساس ما تقدم فإن الغرامة التهديدية تعد وسيلة قانونية يتم بموجبها إجبار المدين على تنفيذ العقود الإدارية. إلا أنها في الواقع يختلفان عن بعضهما كما يلي:

- إن الغرامة التهديدية تطبق عند امتناع المدين عن تنفيذ التزامه أما الغرامة التأخيرية فتطبق عند تأخر المتعاقد عن تنفيذ التزامه⁴.

- الغرامة التهديدية لا توقع إلا بصدد حكم قضائي من المحكمة المختصة بذلك، ولها السلطة التقديرية في فرضها أو عدم فرضها، أما الغرامة التأخيرية فإن الإدارة تقوم

¹- علي الشحات الحديدي، الجوانب الإجرائية للغرامة التهديدية كوسيلة للإجبار على التنفيذ في القانون المصري والمقارن، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1999، ص 28 وما بعدها.

²- د. عبد الله نواف العنزي، المرجع السابق، ص 40.

³- القانون 09/08 المؤرخ في 2008/02/25، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

⁴- د. عبد الله نواف العنزي، المرجع السابق، ص 40.

بإرادتها المنفردة بإصدار قرار إداري بفرضها على الطرف الثاني لتأخره في تنفيذ الأعمال المكلف بها في مواعيدها وتعتبر مبالغ الغرامة التأخيرية جزءا من أموال الدولة وبالتالي لا يجوز للإدارة إعفاء المتعاقد معها منها إلا إذا كان التأخير لأسباب لا يد له فيها¹.

- إن الغرامة التهديدية تقدر تقديرا بعديا، إذا تقرر بموجب حكم قضائي، يكون فيه للقاضي السلطة التقديرية في تحديد مقدارها، وذلك إما بتخفيضها أو زيادتها، أما الغرامة التأخيرية فتقدر تقديرا قبليا مسبقا، وذلك لأنها تدرج ضمن العقد عند إبرامه أو في دفاتر الشروط الملحقة به، أو تكون محددة بنص القانون الذي يخضع له ذلك العقد الإداري.

- إن الغرامة التهديدية لها طابع مؤقت، بحيث تنتهي علة فرضها بمجرد تنفيذ المدين لالتزاماته تنفيذا عينيا وذلك على عكس الغرامة التأخيرية التي تستحق للإدارة المتعاقدة بمجرد تأخر المتعاقد معها في تنفيذ التزاماته التعاقدية في الأجل المحدد².

- يستطيع القاضي بالنسبة للغرامة التهديدية تحديد مبلغ أعلى من المبلغ الذي يطلبه الدائن، أو يحددها جزافيا، أما الغرامة التأخيرية فلا تستطيع الإدارة زيادة مقدار الغرامة عن النسبة المحددة في العقد أيا كانت الأضرار التي لحقتها، ولا يحق للمتعاقد أن يطلب بإنقاص الغرامة لسبب أنها تزيد عن قيمة الضرر الفعلي الذي أصاب الإدارة³.

¹- رياض عبد عيسى، مظاهر سلطة الإدارة في تنفيذ مقاولات الأشغال العامة، الطبعة الأولى، مطبعة الغري، النجف الأشرف، العراق، 1986، ص 329.

²- فتيحة حابي، النظام القانوني لصفقة انجاز الأشغال العمومية في ظل المرسوم الرئاسي رقم 236/10 المعدل و المتمم، رسالة ماجستير، جامعة مولاي معمري تيزي وزو، الجزائر، 2013، ص 277.

³- مريم محمد أحمد، المرجع السابق، ص 144.

أما بالنسبة لإمكانية تطبيق الغرامة التهديدية في مجال العقد الإداري، فإن الرأي الغالب هو عدم تطبيقها في مجال العقود الإدارية، لأن الإدارة تملك من سلطات أشد قسوة من نظام التهديد المالي تلجأ إليها عندما يخل المتعاقد بالتزاماته¹.

ولو أن هناك بعض الأحكام الحديثة لمجلس الدولة الفرنسي قضى فيها بإمكانية تطبيق الغرامة التهديدية في مجال العقود الإدارية، إذ أصبح قادرا على تسليط الغرامة التهديدية على المتعاقدين مع الإدارة، وكذلك الأمر بالنسبة للقضاء الإداري المصري في أحكام حديثة له، بخلاف ما كان سائدا فيما مضى، حيث نجد حكم المحكمة الإدارية العليا في 1987/12/12 في الطعن رقم 245 قضى بـ " إن التهديد المالي لحث المدين على الوفاء بالتزاماته التعاقدية هو من الأمور الجائزة في مجال العقود الإدارية ".

أما في الجزائر فيبدو أن بعض أحكام مجلس الدولة قد قرر فيها عدم اختصاصه كمبدأ عام بالنظر في المسائل الإدارية المتعلقة بالغرامة التهديدية. هذا الأمر الذي خالفه بعض الفقهاء على أساس أن هذا الموقف الراض للغرامة التهديدية حتى بالنسبة إلى المتعاقدين مع الإدارة من شأنه الأضرار بمصالح هذه الأخيرة عندما لا تملك الوسائل القانونية اللازمة لإكراه المتعاقدين معها على تنفيذ التزاماتهم².

¹- محمود حلمي، المرجع السابق، ص 95؛ د. عبد المجيد محمد فياض، العقد الإداري في التطبيق العملي، المكتبة القانونية، مصر، 1983، ص 208.

²- سعيد عبد الرزاق باخبيزة، سلطة الإدارة الجزائرية في أثناء تنفيذ العقد الإداري - دراسة مقارنة- أطروحة دكتوراه، جامعة الجزائر، الجزائر، سنة 2008/2007، ص 214 ، 215 .

المطلب الثاني: احتساب غرامة التأخير واقتضائها.

إن تأخر المتعاقد مع الإدارة في تنفيذ التزاماته ضمن المدة العقدية يعرضه لتوقيع جزاء غرامة التأخير، وإذا قامت الإدارة بتعديل مدة تنفيذ العقد حسب ما يتطلبه المرفق العام، فلا يحق لها استيفاء غرامة التأخير عن الفترة التي امتد إليها العقد كما سبق شرحه .

الفرع الأول: احتساب (تحديد) غرامة التأخير:

يقصد بتحديد الغرامة، المبلغ المالي المستحق لجهة الإدارة، حيث تحصل هذه الأخيرة على غرامة التأخير بالمعدل الوارد بالعقد أو بكراسات الشروط، أو طبقاً لللائحة إذا نص عليها أنها مكتملة للعقد، وهذا المعدل يحسب على أساس طبيعة العقد و أهميته، والعوامل الاقتصادية الأخرى المتصلة بالعقد، والحياة الاقتصادية في المجتمع¹.

فهناك إذن عدة أساليب أو طرق يتحدد بها مقدار غرامة التأخير، وذلك أما عن طريق القانون أو من خلال العقد.

ويكون التحديد بطريق القانون بأن ينص هذا الأخير على إعطاء الإدارة حق توقيع غرامة مالية وهو ما نصت عليه بعض التشريعات كالقانون الفرنسي والمصري، وترد غالباً في القوانين المنظمة للمناقصات والمزايدات، والعبرة في التحديد هنا بالقانون أو اللائحة التي كانت سارية المفعول وقت إبرام العقد، وفي جميع الأحوال لا حق للإدارة في الغرامة التأخيرية إذا ثبت أنها تسلمت الأعمال المسندة للمتعاقدين، حتى لو كان التسليم ابتدائياً أو أنه لم يتم بدقة طالما كان هذا التسليم غير مقترن بالتحفظ.

إلا أنه إذا كان لهذا الأسلوب مزايا أهمها أنه ضروري لحد كبير حتى يكون المتعاقد على بينة من أمره، وأن تحديدها ضمن قواعد عامة ومجردة، أمر يمنع بتدخل الاعتبارات الشخصية. إلا أنه له عيوبه التي تتمثل في أن النص على الغرامة التأخيرية وتحديدها في القانون، والذي يحتاج تعديله وقتاً طويلاً وإجراءات طويلة، أمر يتعارض مع طبيعة المعاملات التعاقدية الإدارية، وما تتطلبه من سرعة ومرونة، والتي أصلاً كانت سبباً في

¹- د. نصر الدين بشير، المرجع السابق، ص 144.

الاعتراف للإدارة بسلطة توقيع الجزاءات التعاقدية مباشرة، وبغير حاجة للالتجاء الى القضاء¹.

لذا نجد أسلوباً آخر لتحديد غرامة التأخير هو أسلوب التحديد بواسطة العقد الإداري لغرامة التأخير، خاصة وأن النسب المحددة للغرامة التأخيرية بالقانون ليست من النظام العام، فيجوز الاتفاق على نسب مغايرة في العقد مع وجوب الالتزام بنسبة الغرامة المنصوص عليها في العقد دون القانون، وذلك تأسيساً على أن العقد شريعة المتعاقدين، وأن الخاص يقيد العام².

وعليه فإن هذا الأسلوب الغالب في تحديد الغرامة التأخيرية، فتحدد في العقود الإدارية أو في ملحقاتها، وذلك لأنها رضائية بطبيعتها القانونية.

وفي إطار هذا الأسلوب لتحديد غرامة التأخير فإنه لا يمكن صياغة مبدأ عام في هذا الشأن، إذ يختلف تحديد مقدارها من عقد إداري إلى آخر.

والواقع فإن السؤال الذي يطرح نفسه في هذا الصدد هو في إطار تحديد الغرامة التأخيرية من قبل الإدارة في العقود الإدارية. هل تقوم باحتسابها استناداً إلى قيمة العقد أم استناداً إلى قيمة الأعمال المتأخر تنفيذها؟. وكذلك إذا لم تتضمن العقود الإدارية نصاً صريحاً يحدد نسبة معينة كحد أقصى للغرامات التأخيرية، التي توقع على المتعاقد معها. فهل يجوز للإدارة اقتضاء مبالغ كبيرة تفوق أحياناً قيمة العقد ذاته؟

وللإجابة على هذين السؤالين وضع القضاء الإداري معيارين يمكن أن يتم التحديد على أساسهما وذلك رغبة منه و على وجه الخصوص في الحد من إطلاق سلطة الإدارة في تحديد الغرامة بطريق العقد، وهما معيار قيمة صافي العملية ومعيار قيمة الأعمال المتأخرة، فوفقاً للمعيار الأول يتم حساب أو تحديد غرامة التأخير على أساس قيمة صافي العملية إذا كانت الأعمال المتأخر في تنفيذها تحول دون الاستفادة من المشروع المتعاقد عليه على الوجه الأكمل. أما بالنسبة للمعيار الآخر، فإنه يطبق عندما تكون الأعمال

¹- د. عبد الله نواف العنزي، المرجع السابق، ص 50، 51.

²- د. مدحت أحمد يوسف غنايم، المرجع السابق، ص 38.

المتأخرة لا تبلغ من الأهمية الحد الذي يحول دون استفادة الإدارة من المشروع رغم تراخي المتعاقد في تنفيذها¹. فيكون حساب غرامة التأخير في هذه الحالة من قيمة الأعمال المتأخرة فحسب². وبذلك فالإدارة تملك كامل السلطة التقديرية في تحديد أهمية الأعمال المتأخرة، وفيما إذا كان لها تأثير على الاستفادة من المشروع، وذلك في ضوء ظروف تنفيذ العقد وبما يحقق الصالح العام من خلال السهر على حسن سير المرافق العامة³.

ويلاحظ أنه قد يكون معدل الغرامة يوميا أو بالساعة أو الوحدة الزمنية التي ينص عليها في العقد. وأنه قد يحدد نسبة من الثمن أو بمبلغ محدد من المال عن كل يوم أو جزء منه، والملاحظ أيضا أنه قد يكون هذا المعدل تصاعديا مع فترة التأخير، وقد يكون ثابت المقدار لا يتغير بتغير فترة التأخير. وقد لا يحدد معدل معين في العقد لاقتضاء غرامة التأخير وبالتالي يفسر ذلك برغبة جهة الإدارة في اتخاذ طريق التعويض لجبر الضرر عن التأخير.

كما يجب التنويه إلى أن القاعدة العامة أن جزء اليوم يحسب كيوم، فجزء الساعة يحسب كالساعة وجزء الأسبوع يحسب كأسبوع، وجزء الشهر يحسب كشهر وذلك كله إذا لم ينص العقد الإداري على غير ذلك وإذا كانت الغرامة محددة بالنسبة فتحسب النسبة من الثمن ثم يتم تحويلها إلى مبلغ نقدي محدد هو الذي تحصله جهة الإدارة من المتعاقد⁴.

كما تجدر الإشارة إلى أنه يستحسن بهذا الشأن اختبار المعدل التصاعدي لغرامة التأخير مع فترة التأخير. بحيث تزداد حدة العقوبات المالية بتمادي المتعامل المتعاقد في التأخر في الانجاز، مما قد يحفزه ليبذل كل الجهد لاستئناف الأشغال أو لتدعيم المشروع بالوسائل المادية والبشرية، وفق شروط معينة، مثال ذلك أن تحدد عقوبات التأخير بنسبة 1000/1 من مبلغ الصفقة أو مبلغ باقي الانجاز كعقوبات مالية عن كل يوم تأخير وذلك من اليوم الأول إلى اليوم العاشر مثلا، ثم تصعد النسبة إما برفع المقام أو تخفيض البسط (500/1)

¹ - د. عبد الله نواف العنزي، المرجع السابق، ص 54، 55. ولقد أكدت على ذلك المحكمة الإدارية العليا المصرية في جلسة 1994/05/17 في الطعن رقم 33/3365 ق.عليا، مجموعة المكتب الفني في العقود الإدارية في أربعين عاما، ص 527. أشار إليه د. عبد الله نواف العنزي، المرجع نفسه، ص 55.

² - منصور إبراهيم العتوم، المرجع السابق، ص 362؛ د. مدحت أحمد يوسف غنايم، المرجع السابق، ص 39، 38؛ حمادة عبد الرزاق حمادة، النظام القانوني لعقد امتياز المرفق العام، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2012، ص 607.

³ - منصور إبراهيم العتوم، المرجع السابق، ص 363، 364.

⁴ - د. نصر الدين بشير، المرجع السابق، ص 145.

أو (1000/2) مثلا بالنسبة لفترة التأخير الملاحظة من اليوم الحادي عشر إلى اليوم الثلاثون، ثم في مرحلة أخيرة تصعد النسبة بنفس المنوال (500/2) عن كل يوم تأخر للفترة من اليوم الواحد و الثلاثون فما فوق، ثم يتم تجميع المبالغ المحصل حسابها من هذه الفترات الثلاث التي تمثل مجموع عقوبات التأخير. مع العلم أنه في الغالب عندما يصل مجموع العقوبات المالية الناتجة عن التأخر إلى سقف عشر المبلغ الإجمالي للصفقة، يمكن للمصلحة المتعاقدة اللجوء إلى فسخ الصفقة مع الأخذ في الاعتبار أن تسبب العقوبات المالية كما هو موضح أعلاه يجب أن تحدد بالنظر إلى الفترة التي تأجل فيها استلام المشروع¹. فيتم حسابها عن كل يوم يتأخر فيه المتعا² قد عن التنفيذ، كما يدخل فيها أيام العطلات والأعياد².

وما يمكن قوله أخيرا أن الكيفية التي تمت بها معالجة احتساب غرامة التأخير قد اختلفت بين الدول المقارنة، فمنها ما أهتم فيها المشرع بتحديد مقدارها في قانون المناقصات والمزايدات كمصر³. ومنها من ترك تلك المهمة للعقد الإداري ذاته، أو دفاتر الشروط التابعة له، كذلك الأمر بالنسبة للجزائر، فلقد ترك المشرع الجزائري مهمة تحديد نسبة جزاء غرامة التأخير للعقد ودفاتر الشروط المختلفة، وهذا ما نستشفه من خلال نص المادة 147 من المرسوم 247/15 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية و تعويضات المرفق العام السابق الذكر، حيث جاء فيها: "تحدد الأحكام التعاقدية للصفقة بنسبة العقوبات المالية وكيفيات فرضها أو الإعفاء منها طبقا لدفاتر الشروط المذكورة في المادة 26 من هذا المرسوم باعتبارها عناصر مكونة للصفقات العمومية ...". المادة 26 من المرسوم نفسه "توضح دفاتر الشروط، المحينة دوريا، الشروط التي تبرم وتنفذ وفقها الصفقات العمومية ...". والمادة 95 من نفس المرسوم "... ويجب أن تحتوي الصفقة العمومية فضلا عن ذلك على البيانات التكميلية الآتية: ... نسب العقوبات المالية وكيفية حسابها وشروط تطبيقها أو النص على حالات الإعفاء منها ...".

¹- أ. خرشي النوي، المرجع السابق، ص 339، 340.

²- د. عبد الله نواف العنزي، المرجع السابق، ص 61. أنظر في هذا الصدد ما سبق شرحه في عنصر التأخير في التنفيذ كمبرر لفرض الجزاءات في العقد الإداري من هذه الدراسة.

³- المادة 83 من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات رقم 89 لسنة 1998 المصري السابق ذكره، والمتعلقة بالغرامة التأخيرية في عقود المقاولات. والمادة 94 من اللائحة تخص الغرامة التأخيرية في عقود التوريد.

وهكذا فإن هذا المرسوم لم يحدد مقدار غرامة التأخير، بل أحال في شأن تحديدها وتقدير نسبها وكيفية حسابها إلى بنود العقد ودفاتر الشروط المتعلقة بها، فهي إذن ذات طابع تعاقدية وهذا ما أكد عليه مجلس الدولة الجزائري في قراراته، حيث قضى في أحدها أن:

"... حيث وأخيرا فإن تحديد عقوبة التأخير مقررة بالصفقة المبرمة في مادتها العاشرة (10). حيث نصت هذه المادة أن عقوبة التأخير لا تتجاوز (10/1) من مبلغ الصفقة مضافا إلى مبلغ الملاحق المحتملة..."¹.

ومما سبق ذكره نلاحظ أن غرامة التأخير لم تحظى باهتمام وتنظيم المشرع الجزائري إذ لم يضع القواعد الأساسية لغرامة التأخير والمتعلقة خاصة بكيفية حسابها ومقدارها إذ ترجع معظم هذه القواعد إلى العقد المبرم بين الإدارة والمتعاقد معها، وهذا الموقف من المشرع الجزائري غير محمود، ذلك أن جزاء غرامة التأخير يعتبر من أولى وأهم الجزاءات وأخطرها في مجال العقود الإدارية، وتركها دون تنظيم يؤدي إلى تضارب الحلول العملية التي تعطيها الإدارة في الكثير من المسائل التي تثيرها الغرامات مما يؤدي إلى الإخلال بمبادئ العدالة والإنصاف والمساواة، خاصة وأن هدف الكثير من المتعاقدين عند تعاقدهم مع الإدارة هو الربح، إلا أنهم في بعض الحالات يجدون أنفسهم يدفعون أضعاف قيمة العقد عند تأخرهم في تنفيذه، مما قد يؤدي إلى عزوفهم عن التعاقد مع الإدارة مجددا، لذا ندعو من جانبنا المشرع الجزائري إلى إدراج نصوص صريحة تعالج القواعد الأساسية المنظمة لغرامة التأخير وتحديدها والتي تحول دون إسراف جهة الإدارة في إبقائها بدون ضابط أو حد أقصى تنقيد به، هذا ما يشكل ضمانا عامة ضد التحكم الإداري في تحديدها أو فرضها، كما أنها تشكل نصوصا مكملة لإرادة الأطراف إذا اتفقوا على ذلك في عقدهم الإداري الذي ينطبق عليه ذلك القانون، عند إغفالهم تنظيم غرامة التأخير وتحديد نسبها في متنه أو في دفاتر الشروط التابعة له.

¹- قرار مجلس الدولة الجزائري رقم 36790، بتاريخ 2007/10/17، السابق الذكر.

مع الإشارة إلى أن أهم شيء يجب تحديده والنص عليه من قبل المشرع هو الحد الأقصى للغرامة التأخيرية والتي لا يجوز للإدارة أن تتجاوزه عند فرضها لغرامة التأخير للحفاظ على حقوق المتعاقدين على نحو ما سبق ذكره¹.

الفرع الثاني: اقتضاء غرامة التأخير.

بادئ ذي بدء فإن المقصود من الغرامة هو حث المتعاقد مع الإدارة على عدم التراخي في تنفيذ شروط عقده ضمانا لحسن سير المرافق العامة، حتى لا يتخذ من المهلة الإضافية فرصة جديدة للتقاعس عن التنفيذ، وهنا ثمة تفرقة بين استحقاق الغرامة لمجرد التأخير إعمالا لصريح النص وليس رهنا بالقرار التي تصدره جهة الإدارة في هذا الشأن وبين إلزام المتعاقد المقصر بها، إذ في هذه الحالة يجب صدور قرار صريح بذلك، فإذا لم يكن ثمة قرار صريح بذلك تعين على الإدارة أن تطلبها في صحيفة الدعوى، فان لم تفعل فلا تملك المحكمة الحكم بها، ويتعين توجيه مطالبة جديدة لمبلغ الغرامة ما لم يقع بسبب قانوني يحول دون ذلك².

وعليه فإنه يتم تحصيل قيمة غرامة التأخير بعد إصدار قرار فرضها عن كل مدة التأخير، وبذلك تكون أيام العطل و الأعياد الرسمية ضمن هذه المدة³.

والأصل أن المتعاقد هو المسؤول في مواجهة الإدارة عن دين الغرامة، إذا ما تحقق الخطأ العقدي في حقه، فالتنازل عن الأعمال بغير رضا الإدارة لا يحتج به في مواجهتها⁴.

أما في حالة التنازل الكلي الذي وافقت عليه جهة الإدارة، يتحرر المتعاقد الأصلي من التزاماته، إلا إذا نص العقد على بقاء المتعاقد الأصلي ضامنا للمتنازل إليه، وهذا هو ما

¹ - عادة لا تتجاوز قيمة الغرامة التأخيرية 10 % من مبلغ الصفقة مع إدراج الملاحق، وإذا ما تجاوز المبلغ الأقصى يمكن للمصلحة المتعاقدة استعمال الكفالة؛ أكرام ميريام، المرجع السابق، ص 97.

² - د. زكي محمد النجار، المرجع السابق، ص 68، 69.

³ - قرار المحكمة الإدارية العليا المصرية رقم 1086 بتاريخ 1963/11/30، أشار إليه وليد سعود فارس القاضي، المرجع السابق، ص 40.

⁴ - مع العلم أنه في مصر يبقى المتعاقد الأصلي دائما مسؤولا عن غرامة التأخير سواء وافقت الإدارة أم لم توافق، في حالة التنازل عن العقد؛ د. حسان عبد السميع هاشم، المرجع السابق، ص 73.

يجري عليه العمل في فرنسا، وهذا خلاف التعاقد من الباطن الموافق عليه من جهة الإدارة، حيث يبقى المتعاقد الأصلي هو المسؤول أمام الإدارة، ترجع عليه في حالة التقصير¹.

فمن باب أولى يبقى المتعاقد الأصلي نفسه هو المسؤول في حالة التعاقد من الباطن غير الموافق عليه من قبل الإدارة في فسخ العقد أو السماح للورثة بالالتزام بالاستمرار في تنفيذ التزامات المتعاقد المتوفى في مدة التأخير، إذا لم ترى الإدارة فسخ العقد، مع تحملهم أيضا بغرامة التأخير.

وكذلك الحال في حالة وفاة المتعاقد المشترك مع أكثر من متعاقد، فقط مع حلول المتعاقدين الآخرين محل الورثة في شأن الالتزامات التعاقدية، وبالتالي دين غرامة التأخير، وذلك إذا لم ينص العقد أو كراسات الشروط أو اللوائح على غير ذلك².

وفي حالة انحلال الشركة المتعاقدة تبقى هذه الأخيرة مسؤولة عن التنفيذ وبذلك عن دين غرامة التأخير حتى في فترة التصفية، وليس للإدارة أن تستند إلى مجرد حالة التصفية لإنهاء العقد، بشرط ألا ينص العقد على غير ذلك، ويبقى التأمين النهائي ضمانا لدين غرامة التأخير في جميع الحالات³.

وفي حالة إفلاس المتعاقد أو إعساره فهناك اختلاف في موقف الفقه والقضاء الإداري إذ هناك ما يعتبر في هذه الحالة فسخ العقد إجباريا ويصادر التأمين وبالتالي تقتضي هنا جهة الإدارة غرامة التأخير من التأمين المصادر أو من مستحقات المتعاقد ليها أو لدى أي جهة إدارية أخرى. فالمتعاقد الأصلي رغم إفلاسه وإعساره يبقى مسؤولا عن دين الغرامة التأخيرية الذي تنفذ عليه جهة الإدارة في مبلغ التأمين والذي تصدره طبقا للقانون⁴.

وهناك من يرجع إلى شروط العقد بمعرفة أثر هذه الحالة الجديدة على استمرار العقد ليعملها، فإذا لم يجد حلا، فانه يطبق القاعدة التي مقتضاها أن لا يؤدي الإفلاس أو الإعسار بذاته إلى إنهاء العقد، وإنما يكون للإدارة في هذه الحالة أن تفسخ العقد إذا رأت أن الصالح

¹- د. نصر الدين بشير، المرجع السابق، ص 147.

²- د. سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 428، 429، د. نصر الدين بشير، المرجع السابق، ص 148.

³- د. نصر الدين بشير، المرجع نفسه، ص 149.

⁴- هذا هو الموقف المصري، د. نصر الدين بشير، المرجع السابق، ص 149.

العام يقتضي ذلك¹. وفي هذه الحالة أيضا إذا لم ينص العقد على إعفاء المتعاقد في مثل هذه الحالات يبقى المتعاقد الأصلي مسؤولا عن دين غرامة التأخير إذا كانت حالة الإفلاس أو الإعسار تمت والتنفيذ في حالة تأخير².

وهناك عدة طرق تمكن الإدارة من اقتضاء غرامة التأخير بصفة مباشرة وهذه الطرق بمثابة ضمانات تستطيع الإدارة من خلالها الحصول على مبلغ الغرامة دون إتباع سبل المطالبة القضائية التي قد يطول أمدها.

واتباع هذه الطرق يعد تجسيدا لسلطة الإدارة في توقيع هذه الغرامة والتي تمتاز بأمرين، توقيعها من تلقاء نفسها، وإبقائها بمجرد التأخير³.

وتتمثل هذه الضمانات في وجود مبالغ مالية نقدية تحت يد الإدارة تخصم منها غرامة التأخير وهذه الضمانات هي مصادرة التأمين، خطاب التأمين، حق الحبس، ثم الحصول على غرامة التأخير عن طريق المقاصة⁴.

وللإدارة سلطة تقدير الوسيلة المناسبة للاقتضاء، باعتبارها القوامة على حسن سير المرافق العامة، والقائمة تبعا على تنفيذ شروط العقد⁵.

أولا: مبلغ التأمين النقدي.

هو مبلغ من المال يودعه المتعاقد بقصد تحصيل الغرامات وفروق الأسعار وسائر ما يتعلق بتنفيذ العقد.

وهو من منظور آخر يجسد مدى يسار المتعاقد وقدرته المالية على تحمل ما يترتب على تنفيذ العقد من آثار تقتضي مواجهتها ماليا، وهو على نوعين: مؤقت ونهائي، وهو في

¹ - وهذا هو موقف مجلس الدولة الفرنسي، د. سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 429، 430.

² - د. نصر الدين بشير، المرجع السابق، ص 149.

³ - د. عبد الله نواف العنزي، المرجع السابق، ص 56.

⁴ - د. حسان عبد السميع هاشم، المرجع السابق، ص 73، 74.

⁵ - فتوى إدارة الفتوى والتشريع: رقم 38 في 1998/01/05، مرجع رقم 97/333/2، مجموعة المبادئ القانونية في العقود الإدارية في أربعين عاما، المجلد الثاني، 2002، ص 134 أشار إليها د. عبد الله نواف العنزي، المرجع السابق، ص 56.

الحالتين لا يتخذ شكلا معينا، وكما يمكن أن يكون مبلغا يدفع نقدا، يمكن أن يكون شيئا أو خطاب اعتماد، أو بالخصم من المستحق للمتعاقد لدى الإدارة¹.

ولقد استقر القضاء الإداري المصري على أن التأمين النهائي هو ما يقدمه الراسي عليه العطاء، ضمانا لملاءته عند مواجهة المسؤوليات التي قد يتعرض لها من جراء إساءته تنفيذ أحكام العقد، وهو أيضا ضمانا لجهة الإدارة يؤمنها الأخطاء التي قد تصدر عن المتعاقد معها حين يباشر تنفيذ تعاقد، فهذا الضمان إنما شرع لمصلحتها وسن لحمايتها².

وكذلك ما أكدت عليه المحكمة الإدارية العليا المصرية، أن العديد من حقوق الإدارة شأن العقد يتوقف ممارستها على أداء هذا التأمين كاملا، ومن أبرزها:

خصم أو استثناء المستحق من الغرامات التي توقعها على المتعاقد حال تقصيره أو تأخيره في تنفيذ التزاماته³.

كما أنه إذا ارتبطت مصادرة التأمين في نصوص العقد أو القانون بسبب معين فلا محل لتوقيعها لغيره⁴. لذا فمن الضروري أن ينص في العقد على ارتباط مصادرة التأمين بغرامات التأخير إذا ما أرادت أن يكون التأمين ضمانا لاقتضاءها تبعا لأهمية وطبيعة العقد، وعدم التأخير فيه⁵.

هذا ما أكدت عليه إدارة الفتوى والتشريع في مصر، حيث قالت أنه: " لذا فانه للجهة الإدارية وفقا للشروط المتفق عليها في العقد المبرم بينها وبين المقاول أن تقوم بخصم قيمة

¹- حكم المحكمة الإدارية العليا: جلسة 1997/34 في الطعن رقم 38/3378 ق.عليا، الموسوعة الإدارية الحديثة، الجزء 49، ص 96، أشار إليه عبد الله نواف العنزي، المرجع السابق، ص 56.

²- حكم محكمة القضاء الإداري في جلسة 1952/04/08، رقم 414، س 3 ق، أشار إليه د. حسان عبد السميع هاشم، المرجع السابق، ص 75.

³- حكم المحكمة الإدارية العليا جلسة 2004/12/28 في الطعن رقم 5271 لسنة 46 ق.عليا، مجموعة المبادئ القانونية، 2006، ص 388، أشار إليه د. عبد الله نواف العنزي، المرجع السابق، ص 57.

⁴- المحكمة الإدارية العليا في خمسة عشر عاما (1965-1980)، الجزء الثاني حكمها في 1970/01/03، رقم 323، س 11 ق، ص 1890، أشار إليه د. نصر الدين بشير، المرجع السابق، ص 152.

⁵- د. نصر الدين بشير، المرجع السابق، ص 152.

غرامات التأخير التي استحققت على المتعاقد من قيمة الكفالة البنكية المقدمة منه، ضمانا لتنفيذ العقد، وذلك دون حاجة لإثبات وقوع ضرر أصاب المرفق¹.

ثانيا: خطاب الضمان.

هو أيضا وسيلة لضمان غرامة التأخير ويقصد به: بأنه تعهد نهائي يصدر من البنك بناءا على طلب عميله يسمى "الأمر" بدفع مبلغ نقدي معين أو قابل للتعيين بمجرد أن يطلب المستفيد ذلك من البنك خلال مدة محددة دون توقف على شرط آخر². والمستفيد هنا هو الجهة الإدارية غير انه إذا تم تحديد هذا الخطاب بمدة معينة، فانه يجوز للإدارة طلب تمديد هذه المدة أو رفضها، وفي حالة الرفض عليه إخطار جهة الإدارة "أو المستفيد" في وقت مناسب، حتى يمكنها المطالبة بأداء التأمين نقدا³.

وإذا لم يرد عليها البنك في الوقت المناسب بشأن مد سريان مفعول خطاب الضمان، فان هذا يفيد رفض المد في هذه الحالة⁴.

إلا أنه لو أخطر جهة الإدارة بالرفض على تجديد خطاب الضمان لاستطاعت أن تطالب بصرف قيمة الضمان نقدا خلال الأجل المحدد، وبالتالي فالأصل أن تطالب الجهة الإدارية مد أجل خطاب الضمان وعلى البنك إما أن يوافق على المد أو يخطر الهيئة في الوقت المناسب لكي تطالب بأداء التأمين نقدا، فان هو قعد عن ذلك فانه يكون ملتزما بالوفاء بقيمة الضمان نقدا⁵.

¹ - إدارة الفتوى والتشريع، فتوى بتاريخ 1988/06/08، مرجع رقم 88/132/2، مجموعة المبادئ القانونية في العقود الإدارية في أربعين عاما، المجلد الثاني، 2002، ص186. أشار إليه د. عبد الله نواف العنزي، المرجع السابق، ص57.

² - علي جمال الدين عوض، عمليات البنوك من الوجهة القانونية، دون دار ومكان نشر، سنة 1989، القاعدة 481، ص 569.

³ - حكم المحكمة الإدارية العليا، جلسة 1995/03/28 في الطعن رقم 33/131 ق.عليا، الموسوعة الإدارية الحديثة، الجزء 49، ص 93، أشار إليه د. عبد الله نواف العنزي، المرجع السابق، ص 58.

⁴ - د. نصر الدين بشير، المرجع السابق، ص 154.

⁵ - فتوى الجمعية العمومية للقسم الاستشاري بتاريخ 1964/06/20، مجموعة المبادئ في عشر سنوات، جزء ثان، ص 1975. أشار إليها د. نصر الدين بشير، المرجع السابق، ص 154، 155.

وبالتالي فيكون للإدارة الحصول على مبلغ الغرامات بطلب توجهه إلى البنك الذي أصدر خطاب الضمان طالبة تسييله، بحيث أنه إذا نفذ المتعاقد التزاماته تكون الإدارة ملزمة بإعطائه شهادة بذلك، لتقديمها إلى البنك لصرف قيمة خطاب الضمان¹.

ثالثاً: حق الحبس أو الحجز.

يكون لجهة الإدارة الحق في احتجاز كل أو بعض ما يوجد بمحل العمل من منشآت وقتية ومبان وآلات وأدوات ومواد وخلافه دون أن تكون مسؤولة قبل المقاول أو غيره عنها، وكما يصيبها من تلف أو نقص لأي سبب كان أو دفع أي أجر عنها، كما يكون لها الحق أيضاً في الاحتفاظ بها حتى بعد انتهاء العمل ضماناً لحقوقها، ولها أن تبيعها دون أدنى مسؤولية من جراء البيع². وذلك لأجل استيفاء حقها في الغرامة، واستيفاء غرامة التأخير وفقاً لحق الحبس أو الحجز للإدارة يعتبر من قبيل إجراءات التنفيذ المباشر³.

رابعاً: المقاصة.

يمكن للإدارة الحصول على مبلغ غرامة التأخير من مستحقات المتعاقد لدى أية جهة إدارية أخرى، وذلك دون اتخاذ أي إجراءات قضائية⁴.

هذا ما أكدت عليه المحكمة الإدارية العليا بمصر، حيث قضت بأنه: يحق للجهة الإدارية المتعاقدة الحصول على مستحقاتها مما يكون مستحقاً للمتعاقد معها، سواء لديها أو لدى أية جهة إدارية أخرى.

ولها أن تتخذ في سبيل ذلك إجراءات التنفيذ المباشر ... وهو حكم وضعه المشرع لتحصيل مستحقات الحكومة في ذمة الأفراد مراعيًا فيه تبسيط الإجراءات والسرعة وقلة النفقات⁵.

¹- د. عبد الله نواف العنزي، المرجع السابق، ص 58.

²- د. نصر الدين بشير، المرجع السابق، ص 155.

³- حكم المحكمة الإدارية العليا، جلسة 2000/02/15، في الطعن رقم 42/4125 ق.عليا، أشار إليه د. عبد الله نواف العنزي، المرجع السابق، ص 59.

⁴- د. نصر الدين بشير، المرجع السابق، ص 155.

⁵- حكم المحكمة الإدارية العليا في جلسة 2000/02/15 في الطعن رقم 42/4125 ق.عليا، السابق ذكره.

كما قضي بأنه متى كانت الجهة الإدارية المطعون ضدها قد أوقعت حجزا على مستحقات الطاعن، سواء لدى تلك الجهة ذاتها أو لدى الجهات الأخرى، فإنها تكون قد استعملت حقها المخول لها قانونا، ويكون حق الطاعن في هذا الشأن غير قائم على أساس من القانون¹.

ووضحت الجمعية العمومية لمجلس الدولة في فتوى صادرة عنها أنه يحق لأي جهة حكومية أن تحصل على مستحقاتها عن طريق المقاصة، مما يكون مستحقا للمتعاقد، ولو كانت الجهة المدنية للمتعاقد ذات شخصية معنوية مستقلة، فقد سمحت لوزارة الحربية بخضم مستحقاتها من المبالغ المستحقة للمقاول قبل الهيئة العامة للبريد، بقولها: " أنه لا يجوز للمقاول المذكور، والذي تطالب وزارة الحربية بخضم مستحقاتها من المبالغ التي له قبل هيئة البريد، أن يتمسك بالشخصية المعنوية لهذه الهيئة، لأن هذا الوضع الذي يتمسك به المقاول لا يفيد التنظيم الإداري في شيء. ومن ثمة يجب أن يغض النظر في هذه الواقعة عن فكرة الشخصية المعنوية المقررة لهيئة البريد، وتقف الهيئة بالنسبة إلى هذه الواقعة مجردة عن شخصيتها المعنوية لتعد كسائر المصالح الحكومية، وبهذه المثابة يكون جائزا وفقا لأحكام لائحة المناقصات والمزايدات اقتضاء المبلغ المستحق لوزارة الحربية، بطريق الخصم من مستحقات المقاول قبل هيئة البريد، دون حاجة إلى إتباع طريق حجز ما للمدين لدى الغير، كذلك ليست لهيئة البريد أن تتمسك في هذه الواقعة بشخصيتها المعنوية، لأن تمسكها بهذه الشخصية ليس مقررا لصالح التنظيم الإداري في هذا الخصوص، وأخذ بفكرة نسبية الشخصية المعنوية للمؤسسات والهيئات العامة"².

وعليه لا يمكن للمتعاقد التذرع بعدم إمكان الإدارة الحجز على ما يستحق لدى الجهات الإدارية التي تتمتع بالشخصية الاعتبارية، على أساس أن تمتعها بهذه الشخصية يحول دون

¹- حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية، جلسة 2000/01/12 في الطعن رقم 42/4146، ق.عليا، أشار إليه د. عبد الله نواف العنزي، المرجع السابق، ص 59.

²- فتوى الجمعية العمومية لمجلس الدولة المصري، في 1965/01/13، س 19 ق، ص 218. أشار إليه د.سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 59.

ذلك، تأسيساً على قاعدة عدم جواز الحجز على أموال الأشخاص الاعتبارية العامة¹. خاصة وأن هذا المتعاقد يستطيع أن يحمي حقوقه عن طريق الالتجاء إلى القضاء².

والمعلوم أن الإدارة تتمتع بسلطة تقديرية في اختيار أسلوب الحصول على المستحق لها من غرامات، ولكن شرط ذلك ألا يكون العقد قد حدد طريقة بعينها لتحقيق هذا الغرض، فإن كان قد حدد فلا يمكن للإدارة العدول عنها إلى غيرها وإلا كان ذلك مخالفة لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين، و يجب مراعاة أنه في جميع الأحوال يمكن للمقاول استرداد ما دفع من غرامات بغير وجه حق بشرطين هما: المطالبة بهذا الاسترداد خلال مدة معينة (في مصر 3 سنوات) من يوم العلم بالحق في الاسترداد من جهة، وألا تكون منازعته في مدى استحقاق الغرامة لا في قيمتها. أي ألا تكون منازعته مجرد المطالبة برد ما خصم منه بغير وجه حق، وإنما يكون في أصل استحقاق توقيع الغرامة³.

وبالنسبة للوضع في الجزائر فإنه يمنح النص على بند العقوبات التأخيرية للمصلحة المتعاقدة الحق في اقتطاعها من الدفعات بموجب بنود الصفقة، فيقتطع مبلغ الغرامات من الدفعات على الحساب أو على التسوية على رصيد الحساب⁴. أي التسوية على رصيد الحساب المؤقت، حيث تنص المادة 147 فقرة 3 من المرسوم الرئاسي 250/15 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام على أنه: "تقتطع العقوبات المالية التعاقدية المطبقة على المتعاملين المتعاقدين بموجب بنود الصفقة من الدفعات التي تتم حسب الشروط و الكيفيات المنصوص عليها في الصفقة"، وكذلك المادة 119 من نفس المرسوم تنص على أنه : "تهدف التسوية على رصيد الحساب المؤقت إذا نصت عليها الصفقة إلى دفع المبالغ المستحقة للمتعاقد بعنوان التنفيذ العادي للخدمات المتعاقد عليها، مع خصم ما يأتي: ... الغرامات المالية التي تبقى على عاتق المتعامل عند الاقتضاء ...".

¹- د. عبد الله نواف العنزي، المرجع السابق، ص 59.

²- ولقد اقر المشرع المصري هذه الطريقة في استيفاء غرامة التأخير أي المقاصة في نص المادة 29 من القانون الجديد رقم 09 لسنة 1983؛ د. سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 501 ، 502.

³- د. عبد الله نواف العنزي، المرجع السابق، ص 60 .

⁴- أكروم ميريام، المرجع السابق، ص 97؛ أ.خرشي نوي، المرجع السابق، ص 341.

وقرر مجلس الدولة الجزائري أن: "... الدعوى تهدف إلى استرجاع مبلغ العقوبة التأخيرية عن الانجاز المطبق على المقاول ب: 64000.00 دج، حيث أن مبلغ العقوبة التأخيرية تم اقتطاعه على مرتين الأولى مبلغ : 754.270.96 دج كان يمثل قيمة الكفالة ومبلغ 370.000.00 دج مقتطع من الفاتورة الأخيرة للأشغال ... حيث أن المعارض لم يأت بجديد في عريضة محل الدعوى، حيث أن القرار المعارض فيه جاء سليم وعليه يقضي مجلس الدولة بتأييده مع رفض المعارضة موضوعا لعدم تأسيسها"¹.

وأخيرا يمكن القول أن معظم الدول لا توجد فيها أنظمة فعالة لمعالجة المشكلات التي تنجم عن تطبيق غرامة التأخير، وأغلب الحلول تكون بالنظر إلى المشكلات التي يتعرض لها المتعاقد، فإذا كانت تلك المشكلات حقيقية ومقنعة يعفى المتعاقد من الغرامة، أما إذا كانت ناجمة عن تلاعب من قبله فيسحب منه المشروع². وعليه لا بد من بيان حالات الإعفاء من غرامة التأخير.

المطلب الثالث: الإعفاء من غرامة التأخير.

إذا كان للإدارة المتعاقدة الحق في فرض جزاء غرامة التأخير وفقا لما يحقق المصلحة العامة وذلك بتحقيق حسن سير المرفق العام بانتظام واضطراد. فإنه يجوز لها إعفاء المتعاقد معها من هذا الجزاء إما جزئيا أو كليا إذا وُجد ما يبرره في إطار الأحكام القانونية والعقدية الواجبة الإلتزام.

وبصفة عامة فإن حالات الإعفاء من غرامة التأخير تأخذ صورتين هما: حالة الإعفاء الجوازي وحالة الإعفاء الوجوبي.

¹- قرار مجلس الدولة الجزائري رقم 037552، بتاريخ 2007/06/13، قضية (ع. ق) ضد مديرية السكن والتجهيزات العمومية لولاية المدية ومن معها، (غير منشور) .

²- حقيقة وصلت إليها ندوة علمية عقدت في معهد(هارفرد) في (بوسطن كامبرج) تحت عنوان الحلقة، الدراسة الدولية السابعة عن وضع سياسات المشروعات العامة في الدول النامية من تاريخ 4 إلى 16 من شهر 11 عام 1983. أشار إليها، زين العابدين الحبيب، مشكلات العقود الإدارية و كيفية التغلب عليها من وجهة نظر وكالة الأشغال العامة، ندوة العقود الإدارية في معهد الإدارة العامة بالرياض، الرياض، 1990، ص 185.

وعليه سنتناول هتين الحالتين وموقف المشرع الجزائي منها في الفروع الآتية.

الفرع الأول: حالة الإعفاء الجوازي من غرامة التأخير.

الفرع الثاني: حالة الإعفاء الوجوبي من غرامة التأخير.

الفرع الثالث: موقف المشرع الجزائي من حالات الإعفاء من غرامة التأخير.

الفرع الأول: حالة الإعفاء الجوازي من غرامة التأخير.

إن الإدارة باعتبارها المسؤولة عن حسن سير المرفق العام بانتظام واضطرابه، يكون لها السلطة التقديرية في إعفاء المتعاقد معها من غرامة التأخير وذلك طبقاً للظروف المشتركة بينها وبين المتعاقد والتي قد تؤثر بطريقة ما على ميعاد التنفيذ¹.

لكن يشترط في هذه الحالة أن لا تكون الظروف التي تبرر الإعفاء من جزاء الغرامة مصنوعة من طرف المتعاقد هذا من جهة، ومن جهة أخرى المفروض أن لا يكون قد أصاب الإدارة ضرر من جراء التأخير. فمثلاً قد تقدر الإدارة أنه لم يلحق المصلحة المتعاقدة أي ضرر من جراء التأخير في توريد أدوات صحية قد حل ميعاد توريدها، لأن البناء الذي تعاقد آخر على تشييده لم يصبح مهياً بعد لتركيب هذه الأدوات.

والإعفاء في هذه الحالة قد يكون تحقيقاً للمصلحة العامة، من خلال استمرار المتعاقد في الوفاء بالتزامه التعاقدية، وذلك حين ترى الإدارة أن من شأن فرض الغرامة عليه إضعاف قدراته المالية على هذا الوفاء².

¹- د، نصر الدين بشير، المرجع السابق، ص 120. كما أكد المشرع الجزائي على هذه السلطة التقديرية للإدارة في الإعفاء من غرامة التأخير في المادة 4 / 147 من قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام الجزائي، السابق ذكره.

²- د، عبد العزيز عبد المنعم خليفة، تنفيذ العقد الإداري، المرجع السابق، ص 288.

وإفصاح الإدارة عن إرادتها في هذه الحالة قد يكون صريحا، كما قد يكون ضمنيا في حالة إقرار الإدارة بأنها لم تحرص على تنفيذ العقد في المواعيد المنصوص عليها فيه على اعتبار أن تنفيذه في هذا الوقت لم يكن لازما أو ضروريا¹.

وتجدر الإشارة إلى أنه متى قررت الإدارة في هذه الحالة، إعفاء المتعاقد معها من غرامة التأخير، تقديرا منها لظروفه أو لظروف العقد بموجب ما لها من سلطة تقديرية، فإنه لا يجوز لها العدول عن قرارها في هذا الشأن بأن تعود إلى فرض الغرامة طالما لم يقدّم الدليل على أن قرارها الأول بعدم فرض الغرامة قد صدر بناء على غش أو شابه عيب جسيم في الواقع والقانون حيث استنفذت جهة الإدارة سلطتها في شأن غرامة التأخير بتقديرها عدم فلاحها على المتعاقد معها².

الفرع الثاني: حالة الإعفاء الوجوبي من غرامة التأخير.

في هذه الحالة تكون الإدارة مجبرة إعفاء المتعاقد معها من غرامة التأخير، متى توافرت مبرراتها التي تدور كلها حول سبب رئيسي واحد وهو أن مرجع التأخير خارج عن إرادة المتعاقد مع الإدارة الذي يكون قد بذل كل جهده للتنفيذ خلال المدة المتفق عليها في العقد، ويمكن تصور هذه الحالة فيما يلي:

أولاً: الإعفاء من الغرامة في حالة موافقة الإدارة على طلب المتعاقد منها مهلة جديدة للتنفيذ.

إذا كان المتعاقد قد طلب من الإدارة رسميا مهلة جديدة للتنفيذ ووافقت عليه على ذلك دون تحفظ من جانبها، فلا يكون لها توقيع غرامة التأخير عليه إذا تأخر عن التنفيذ ضمن المدة الأصلية المتفق عليها لأن هذه الأخيرة قد تم تعديلها باتفاق الطرفين مجددا³. إلا أنه يقع على المتعاقد احترام المدة الجديدة وإلا يكون للإدارة توقيع عقوبة غرامة التأخير إذا تأخر عن التنفيذ خلالها دون سبب يبرر إعفاءه منها.

¹- د، سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، الطبعة الخامسة، مطبعة جامعة عين شمس، القاهرة، مصر، سنة 1991، ص 516.

²- د، عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع السابق، ص 288.

³- د، نصر الدين بشير، المرجع السابق، ص 113.

ثانيا: الإعفاء من الغرامة نتيجة إخلال الإدارة بالتزاماتها التعاقدية.

ينتج عن العقد الإداري التزامات عقدية في مواجهة الإدارة يكون عليها احترامها وتنفيذها بطريقة سليمة وبحسن النية. وأهم تلك الالتزامات هو احترام المدة المقررة لتنفيذ العقد سواء كان منصوفا عليها في العقد أم كان العقد خاليا من تحديدها، إذ يقع عليها في هذه الحالة احترام المدة المعقولة لتنفيذ العقد، فلا تتسبب بتصرفاتها في إطالة مدد التنفيذ إلى ما يجاوز الحد المعقول وإلا تعرضت للمسؤولية، كذلك يقع عليها احترام المدد المقررة لبدء التنفيذ، فهي إذن ملزمة باحترام العقد ككل فلا تقوم بأي عمل يتعارض مع صفتها كمتعاقدة أو يعرض المتعاقد معها لأعباء ومتاعب في تنفيذه لالتزاماته العقدية كما سبق شرحه¹.

فإذا قامت الإدارة بفعل ينقض احترامها لالتزاماتها التعاقدية بخطأ منها أو إهمال أو تعد منها، وأدى إلى إعاقة المتعاقد وتأخير عن تنفيذ التزاماته فيترتب على ذلك وجوبا لإعفاء من غرامة التأخير، شرط أن يكون هناك علاقة مباشرة بين فعل الإدارة وتأخير المتعاقد عن أداء التزاماته، ويكون هذا الفعل الذي قامت به الإدارة غير متوقع، ويؤدي إلى استحالة تنفيذه لالتزاماته خلال المدة المتفق عليها مع بذله كل العناية اللازمة لأدائها طالما كان في وسعه التنفيذ دون أن يحتج بتقصير جهة الإدارة². ومن أمثلة هذه الحالة: تأخير وتباطؤ الإدارة في تسليم المتعاقد المستندات والرسومات والتصميمات الضرورية لتنفيذ العقد في الوقت المحدد في العقد.

ثالثا: الإعفاء من الغرامة نتيجة القوة القاهرة.

القوة القاهرة: هي الحادث الخارجي أي (أنه أجنبي مستقل عن إرادة الأطراف) العام، الذي يستحيل دفعه، ولا يمكن توقعه، والذي يؤدي إلى استحالة التنفيذ مطلقة³. ومن أمثلتها: حدوث أمطار أو ثلوج ولمدة غير عادية، التغيرات الجوية، بعض أفعال الحرب كالإتلاف أو التخريب، سجن المتعاقد.

¹- د، سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، الطبعة الخامسة، المرجع السابق، ص 566 و571.

²- د، نصر الدين بشير، المرجع السابق، ص 123.

³- د، نصر الدين بشير، المرجع نفسه، ص 114 و117.

فالإدارة في هذه الحالة لا تستطيع إرغام المتعاقد على التنفيذ ولا أن توقع عليه عقوبات بقصد تحقيق هذه الغاية، ومنها عقوبة غرامة التأخير¹.

وإعفاء المتعاقد من تنفيذه لالتزاماته يقتصر فقط على فترة استحالة تنفيذها نتيجة للقوة القاهرة، فإذا زالت يعود الالتزام بالتنفيذ².

رابعاً: الإعفاء من الغرامة بسبب فكرة التوازن المالي للعقد.

تدور فكرة التوازن المالي للعقد حول تعديل التزامات المتعاقد مع الإدارة وزيادة في أعبائه المالية لسبب خارج عن إرادته. لذا فليس من العدل، ولا من دواعي المصلحة العامة نفسها أن يتحمل المتعاقد وحده تلك الأعباء، بل يكون له في مقابل ذلك أن يحتفظ بالتوازن المالي للعقد. فالتوازن المالي للعقد يهدف إلى الحفاظ على التناسب بين التزامات المتعاقد وحقوقه حتى يمكنه الوفاء بالتزاماته التعاقدية على النحو المقرر. وهو يقوم بالأساس على اعتبارات العدالة في المقام الأول بالنظر إلى ما هو مفترض في تنفيذ العقود الإدارية – وسائر العقود – من اعتبارات حسن النية، وكفالة انتظام سير المرفق العام مما يحقق الصالح العام³.

وهذه الفكرة ترتبط عموماً بثلاثة حالات أو نظريات هي: عمل الأمير، الظروف الطارئة والصعوبات المادية غير المتوقعة.

¹ - د، سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 123.

² - هذا ما أكدته المشرع الجزائري في نص المادة 5/147 من قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، السالف ذكره التي تنص على: "وفي حالة القوة القاهرة، تعلق الآجال ولا يترتب على التأخير فرض العقوبات المالية بسبب التأخير، ضمن الحدود المسطرة في أوامر توقيف واستئناف الخدمة التي تتخذها نتيجة ذلك المصلحة المتعاقدة". وهذا ما أكد عليه قضاء مجلس الدولة الجزائري أيضاً في قراره رقم 36885 المؤرخ في 2007/10/17 الذي قضى ب: "...حيث أن المستأنفة باشرت الأشغال موضوع عقد الصفقة... وبسبب سوء الأحوال الجوية التي عرفت المنطقة تم توقيف الأشغال، من جهة أخرى فإن المستأنفة قد تم إغذارها عن طريق صحيفة النصر وإنذارها باستئناف الأشغال وأمام عدم الاستجابة وتدارك التأخير قامت بتطبيق عقوبة التأخير المنصوص عليها في بنود عقد الصفقة، وحيث أن قضاة أول درجة لما رفضوا طلب المستأنفة المتضمن إرجاع المبلغ المقطوع كعقوبة التأخير المنصوص لم يقوموا سوى بتطبيق القانون ومنه يتعين تأييد القرار المستأنف..." وأنظر أيضاً في هذا الصدد نصر الدين بشير، المرجع السابق، ص 123.

³ - د. هيثم حليم غازي، التوازن المالي في العقود الإدارية، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، سنة 2015، ص 51.

فإذا كان لأحد هذه الحالات الثلاث تأثيراً على التنفيذ، بحيث يؤدي إلى تأخير المتعاقد في ذلك مع أنه بذل كل العناية لتنفيذ التزاماته، فإنه يجب إعفاؤه من غرامة التأخير¹.

فكل تلك الحالات تشكل ضمانات للمتعاقد في مواجهة جزاء غرامة التأخير².

الفرع الثالث: موقف المشرع الجزائري من حالات عدم فرض غرامة التأخير من قبل الإدارة.

لقد كرس المشرع الجزائري ضمانات عدم فرض غرامة التأخير على ابلمتعاقد مع الإدارة. في نصوص المواد 147 و 95 من قانون الصفقات العمومية، واتبعة الفقه والقضاء في ذلك.

فأجاز صراحة للإدارة عدم فرض عقوبة غرامة التأخير في نص المادة 147 السالفة الذكر. إذ قررت هذه المادة في فقرتها الرابعة الحالة الجوازية لعدم فرض غرامة التأخير والراجعة للسلطة التقديرية للإدارة حيث تنص على: "يعود القرار بالإعفاء من دفع العقوبات المالية بسبب التأخير إلى مسؤولية المصلحة المتعاقدة". إلا أن نفس الفقرة من المادة 147 وضعت شرطاً لإعفاء المتعاقد من غرامة التأخير في هذه الحالة وهو أن يكون التأخير خارج عن إرادة المتعاقد حيث أضافت المادة 4/147: "ويطبق هذا الإعفاء عندما لا يكون التأخير قد تسبب فيه المتعامل المتعاقد الذي تسلم له في هذه الحالة أوامر بتوقيف الأشغال أو باستئنافها." فمن خلال هذا النص نستنتج أن أي سبب يعرقل المتعاقد في التنفيذ ويؤخره عنه ويكون خارجاً عن إرادته ولم يتسبب فيه يكون مبرراً لإعفاؤه من دفع غرامة التأخير لكن ضمن الحدود المسطرة في أوامر توقيف الأشغال واستئناف الخدمة. أما بالنسبة للحالة الوجوبية لعدم فرض غرامة التأخير، فنجد أن المشرع الجزائري قد أعطى أهمية خاصة لإحدى تلك الحالات وهي حالة القوة القاهرة فنص عليها صراحة في الفقرة الخامسة

¹ - د. نصر الدين بشير، المرجع السابق، ص 186-187. كما يجدر بنا الإشارة إلى أن المشرع الجزائري قد أخذ بفكرة التوازن المالي للعقد في نص المادة 153/2 من قانون الصفقات العمومية السابق ذكره، والتي تنص على: " يجب على المصلحة المتعاقدة،...، أن تبحث عن حل ودي للنزاعات التي تطرأ عند تنفيذ صفقاتها كلما سمح هذا الحل بما يأتي: - إيجاد التوازن للتكاليف المترتبة على كل طرف من الطرفين..."

² - لمزيد من التفصيل في هذه الحالات أنظر مقالنا في هذا الصدد، مقداد زينة، "الإعفاء من غرامة التأخير في العقد الإداري"، مجلة البحوث القانونية والسياسية، جامعة سعيدة، العدد الخامس، ديسمبر 2015، ص 312 - 316.

من المادة 147 كما يلي: "وفي حالة القوة القاهرة، تعلق الآجال ولا يترتب على التأخير فرض العقوبات المالية بسبب التأخير، ضمن الحدود المسطرة في أوامر توقيف واستئناف الخدمة التي تتخذها نتيجة ذلك المصلحة المتعاقدة"¹.

ورتب المشرع الجزائري على حالات الإعفاء من العقوبات المالية بسبب التأخير تحرير شهادة إدارية بذلك من طرف المصلحة المتعاقدة².

وباستقراء نص المادة 2/147 من قانون الصفقات العمومية، تحت قسم العقوبات المالية: " تحدد الأحكام التعاقدية للصفقة نسبة العقوبات المالية وكيفيات فرضها أو الإعفاء منها طبقا لدفاتر الشروط المذكورة في المادة 26 من هذا المرسوم باعتبارها عناصر مكونة للصفقات العمومية". والمادة 2/95 مطة 6 ومطة 7 تحت قسم البيانات الإلزامية في الصفقة، من نفس القانون: "ويجب أن تحتوي الصفقة، فضلا عن ذلك، على البيانات التكميلية الآتية: ... - نسب العقوبات المالية وكيفيات حسابها، وشروط تطبيقها أو النص على حالات الإعفاء منها".

- كيفيات تطبيق حالات القوة القاهرة". نجد أن المشرع الجزائري بالإضافة لحالات الإعفاء من الغرامة التي قررها في المادة 147 السالفة الذكر، منح للمتعاقدین الاتفاق على حالات الإعفاء من غرامة التأخير والنص عليها في العقد، وحتى بالنسبة لحالة الإعفاء الوجوبي بسبب القوة القاهرة، منح لهم المشرع الاتفاق على كيفيات تطبيق حالات هذه القوة القاهرة. وبهذا الحال يجب الالتزام بما تم الاتفاق عليه في الصفقة.

¹- قرار مجلس الدولة الجزائري رقم 36885 المؤرخ في 2007/10/17 السابق ذكره في شأن القوة القاهرة.
²- نصت على ذلك المادة 6/147 من قانون الصفقات العمومية: "... وفي كلتا الحالتين، يترتب عل الإعفاء من العقوبات المالية، بسبب التأخر، تحرير شهادة إدارية." وهذا ما أكده قضاء مجلس الدولة الجزائري أيضا في قراره رقم 36501 المؤرخ في 2007/07/17 الذي قضى ب: "... يترتب على الإعفاء من الغرامة المالية بسبب التأخير تحرير شهادة إدارية مسلمة من طرف صاحبة المشروع...". وتحرر هذه الشهادة الإدارية لتثبيت المركز القانوني للمتعاقد، وتحفظ في ملف الصفقة.

المبحث الثاني : مصادرة التأمين.

مصادرة التأمين هو أحد الجزاءات المالية التي جرى العرف الإداري على اشتراطها في العقد الإداري، والتي مردها إلى ما يتميز به العقد الإداري عن العقد المدني من طابع خاص مناطه احتياجات المرفق الذي يستهدف العقد تسييره وتغليب وجه المصلحة العامة في شأنه على مصلحة الأفراد. وهذا الطابع الخاص هو الذي يترتب عليه تمتع الإدارة في العقد الإداري بسلطات متعددة منها سلطة توقيع الجزاءات المالية والتي من بينها مصادرة التأمين¹.

وعليه فإنه لبيان هذا الجزاء، لابد من التطرق إلى تعريفه وتمييزه عن غيره من الجزاءات المالية في المطلب الأول. وبيان خصائصه في المطلب الثاني. ثم بيان حالات فرضه في المطلب الثالث.

المطلب الأول: تعريف جزاء مصادرة التأمين وتمييزه عن غيره من الجزاءات المالية.

وعليه سنتناول في هذا المطلب تعريف جزاء مصادرة التأمين في فرع أول، وتمييزه عن غيره من الجزاءات المالية في فرع ثان.

الفرع الأول: تعريف جزاء مصادرة التأمين.

لما كان للعقد الإداري صلة بالخزينة العامة من جهة، وبحسن سير المرفق العام بانتظام واضطراد من جهة أخرى، وبالجمهور المنتفع من خدمات المرفق من جهة ثالثة، وجب أخذ الاحتياطات الضرورية لتأمين الإدارة والضغط أكثر على المتعاقد معها لجبره على تنفيذ التزاماته بالشروط والمواصفات والكيفيات المتفق عليها في العقد.

خاصة وأن هناك الكثير من المخاطر التي يمكن أن تتعرض لها المصلحة المتعاقدة بصدد إنجاز مشروع ما، مثلاً: عدم النية الجادة للعارض في البدء في تنفيذ التزاماته التعاقدية أو النكوص عن إمضاء الصفقة، تخلي المتعاقد عن تنفيذ التزاماته في أي مرحلة من مراحل إنجاز المشروع، إنجاز المشروع أو القيام بعمليات تسليم غير مطابقة... الخ وكل

¹- د. حمدي عطية مصطفى عامر، المرجع السابق، ص 515.

ما يمكن أن يدخل ضمن المسؤولية التعاقدية أو التقصيرية للمتعاقل المتعاقد سواء كان هذا الخطأ ناتجاً عن عمد أو إهمال أو عن غفلة¹.

فالعقد الإداري يشكل امتداداً زمنياً، يبدأ انطلاقاً من تعبير المنافسين عن عروضهم وإيداعها لدى المصلحة المتعاقدة، مروراً بمرحلة الإنجاز، فالاستلام المؤقت، وانتهاءً بالاستلام النهائي. وتشمل كل مرحلة التزامات تعاقدية خاصة بها، يتم ضمانها بكفالات يقدمها المتعاقل المتعاقد².

فالتأمين هو الضمان الذي تتوقى به جهة الإدارة آثار الأخطاء التي يرتكبها المتعاقد مع الإدارة بصدد تنفيذ العقد الإداري ويضمن لها قدرة وملاءمة هذا المتعاقد على مواجهة المسؤوليات الناتجة عن تقصيره في التنفيذ³.

فهو إذن بمثابة ضمان مالي، يؤمن الإدارة في مواجهة المتعاقد من أمرين: استيفاء المستحق لها قبله في حالة عدم قيامه بالتزاماته العقدية، وإصلاح العيوب التي يرتكبها في تنفيذ الأعمال المتعاقد عليها. وهو ما أكدته مجلس الدولة المصري⁴.

وإذا كان دور التأمين كضمان مالي أو ككفالة مالية هو الحرص على مصلحة المرفق العام وانتظام سيره، فإن مصادره تعد جزءاً مالياً تقوم على تحقيق الغرض ذاته⁵.

والتأمين نوعان: تأمين مؤقت وتأمين نهائي. فالتأمين المؤقت هو التأمين الذي يؤديه كل متقدم بعتاء وذلك كضمانة لجدية استمراره في إجراءات التعاقد، وبذلك فهو لا يقدم إلا قبل إرساء العطاء⁶.

¹- أ. خرشي النوي، المرجع السابق، ص 314، 315.

²- أ. خرشي النوي، المرجع نفسه، ص 318.

³- د. نواف كنعان، القانون الإداري، الكتاب الثاني: الوظيفة العامة، القرارات الإدارية، العقود الإدارية، الأموال العامة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2009، ص 361.

⁴- حكم المحكمة الإدارية العليا: جلسة 1962/1/2، في الطعن رقم 10/1289 ق. عليا، مجموعة السنة العاشرة، ص 313. أشار إليه د. عبد الله نواف العنزي، المرجع السابق، ص 101.

⁵- د. سمير صادق، العقد الإداري، الهيئة العربية للكتاب، القاهرة، مصر، 1985، ص 124.

⁶- د. زين بدر فراج، الأحكام العامة للتأمينات، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2003، ص 15 وما بعدها.

حيث تخضع العقود الإدارية في إبرامها لقاعدة مفادها لا عطاء بغير تأمين، بمعنى أنه لا يمكن قبول عطاء الراغبين في التعاقد مع الإدارة دون إيداع مبلغ من المال يمثل نسبة من قيمة العطاء كمقدمة أساسية لإبرام العقد عند رُسو العطاء عليه¹. كما أن الغاية من طلب تقديم هذا التأمين المؤقت هي تفادي مساهمة كل من تحدثه نفسه بالانصراف عن العملية إذا ما رسا عطاؤها عليه². ومن جهة أخرى هو يعد ضماناً للإدارة في حالة عدم التزامه بعطائه وإتمام إجراءات تنفيذ العقد في حالة رُسو المناقصة عليه³. حيث تصدر جهة الإدارة قيمة التأمين المؤقت إذا عجز الراسي عليه العطاء عن دفع قيمة التأمين النهائي على النحو وفي الوقت المطلوب⁴.

وهو يتميز بعدة صفات منها صفة العمومية ذلك أن جميع المتعاقدين مع الإدارة يلزمون به مع العطاءات التي يتقدمون بها إلا من أستثنى بنص، وأنه كامل بمعنى أن يتم إيداعه كاملاً في ذات الوقت الذي يتم تقديم العطاء فيه، غير أنه يجوز تأجيل ذلك إلى ميعاد آخر شريطة ألا يتجاوز الميعاد المسموح به لمقدم العطاء بالتعديل في عطائه، كما أنه إجراء عقدي جوهري يترتب على إغفاله بطلان العقد، وهو يعتبر أحد الحقوق المقررة للإدارة حتى دون نص يقرره، وذلك لما يترتب عليه ممارستها لحقوق عديدة من أبرزها: حقها في اعتباره حقاً لها دونما حاجة إلى إنذار حال سحب مقدم العطاء عطاءه قبل موعد فتح المظاريف، وحقها في اعتبار صاحب العطاء قابلاً للاستمرار في عطائه عند انتهاء مدة سريانه إلى أن يصل الإدارة إخطار بعدوله عن عطائه، وأيضاً حقها في مصادرة هذا التأمين في حالة تخلف صاحب العطاء المقبول عن أداء التأمين النهائي، إذ في هذه الحالة يكون لها مصادرته، فإذا لم يتم إيداعه فإن هذا معناه أن حقها في المصادرة يرد على غير محل، وهو إن كان حقاً للإدارة على هذا النحو، إلا أنه من الحقوق المقررة للمصلحة العامة، ولذا لا يجوز لها - وفق ما تقدم - النزول عنه⁵.

¹- حكم المحكمة الإدارية العليا بتاريخ 1862/1/2، في الطعن رقم 10/1289 السابق ذكره.

²- د. نصر الدين بشير، المرجع السابق، ص 298.

³- مال الله جعفر عبد الملك، ضمانات العقد الإداري، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2009، ص 191.

⁴- د. نصر الدين بشير، المرجع السابق، ص 298.

⁵- د. عبد الله نواف العنزي، المرجع السابق، ص 102، 103.

وبالتالي فإنه يحق للمصلحة المتعاقدة مصادرة التأمين المؤقت إذا لم يقدم صاحب العطاء المقبول بتقديم التأمين النهائي في المهلة المحددة أو قيام مقدم العطاء بسحب عطائه قبل الموعد المحدد لفتح المظاريف¹.

فهذا التأمين المؤقت يغطي الفترة الفاصلة بين إيداع العرض وإنهاء صفة العارض عن المتنافسين². ويرد إلى المتقدمين للاشتراك في المناقصة الذين لم تقبل عطاءاتهم فور انتهاء المدة المحددة لسريان العطاء دون توقف على طلب منهم³

وبالنسبة للمشرع الجزائري فقد أسماه بكفالة التعهد وهي نسبة محددة من قيمة العطاء موضوع التعاقد. وقد تناوله بالنص عليه في المواد 124 و125 من المرسوم الرئاسي 247/15 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتقويضات المرفق العام. حيث اشترط على المصلحة المتعاقدة أن تحرص على إيجاد الضمانات الضرورية التي تتيح أحسن الشروط لاختيار المتعاملين معها. ولقد ربط هذا التنظيم وجوب كفالة العرض من عدم وجوبها باختصاصات اللجان، فمشاريع صفقات الأشغال واللوازم المعروضة على اللجنة القطاعية للصفقات تستوجب إدراج كفالة تعهد تفوق 1% من مبلغ العرض. أما مثيلاتها المعروضة على اللجان الأخرى فلا تستوجب إدراج كفالة تعهد. كما أنه بموجب القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 2005/7/11 ضمن تحديده للقواعد الخاصة المطبقة على عقود التموين والربط بالغاز والكهرباء تم إعفاء شركة سونلغاز وفروعها بصفقتها عارضة من بعض مكونات ملف الصفقة عن طريق استثنائها من تقديم كفالة التعهد، وكفالة رد التسبيقات وكفالة حسن التنفيذ⁴.

¹- مريم محمد أحمد، المرجع السابق، ص 176.

²- أ. خرشي النوي، المرجع السابق، ص 320.

³- مريم محمد أحمد، المرجع السابق، ص 177.

⁴- أ. خرشي النوي، المرجع السابق، ص 319، 320.

فحسب هذا التنظيم إذن يجب أن تضع المصلحة المتعاقدة يدها على ضمان بنكي، يقوم العارض باستصداره وتقديمه ضمن ملفه كعربون وفاء بالعرض الذي قدمه بصدد مناقصة.

وطبقا لنص المادة 125 من المرسوم الرئاسي السابق الذكر فإنه يتم رفع اليد عن كفالة التعهد بعد يوم واحد من تاريخ انقضاء أجل الطعن بالنسبة للمتعهدين الذين لم يتم اختيارهم ولم يقدموا طعوناً، أما بالنسب للمتعهدين الذين قدموا طعوناً، فترد لهم كفالة التعهد عند تبليغ قرار رفض الطعن من طرف لجنة الصفقات المختصة، وبالنسبة للشريك المتعامل أي الحاصل على الصفقة، فيحرر تأمينه أي كفالة تعهده بعد وضعه كفالة حسن التنفيذ. وهذا اتجاه محمود للمشرع الجزائري لأنه قد يمتنع المتعامل المتعاقد عن تنفيذ التزاماته في الفترة بين إمضاء الصفقة وتأسيس كفالة حسن التنفيذ (التأمين النهائي) فيكون بيد المصلحة المتعاقدة ضمان فعلي وهو كفالة التعهد التي لم تحررها الإدارة بعد. ولو لم ينص المشرع على هذا الشرط لتحريز كفالة التعهد في هذه الحالة لما بقي ضمان للإدارة باعتبار أن كفالة التعهد قد حررت وكفالة التنفيذ لم تؤسس بعد.

أما النوع الثاني من التأمين أي التأمين النهائي فهو ما يقدمه صاحب العطاء المقبول كضمان لحسن قيامه بتنفيذ التزاماته التعاقدية من جهة، وضماناً لملاءته في مواجهة المسؤوليات التي قد تنشأ نتيجة عدم قيامه بالتنفيذ بالشكل المطلوب، ولتحصيل قيمة الجزاءات (الغرامات) وغير ذلك من المبالغ التي تستحق عليه وحسب نصوص العقد¹. ويعتبر هذا التأمين نهائي لأن المتعاقد يلزم بتقديمه بعد إحالة المناقصة عليه بصورة قطعية ضماناً لحسن التنفيذ².

وتجدر الإشارة إلى أن مصادرة التأمين في نطاق بحثنا هذا، المقصود به هو مصادرة التأمين النهائي كجزاء لإخلال المتعاقد بالتزاماته التعاقدية. إلا أننا رغم ذلك فضلنا أن نعرج أولاً على النوع الأول للتأمين وهو التأمين المؤقت بغية توضيح الفكرة بدقة وتجنباً للوقوع في الخلط بالنسبة لمصادرة التأمين كجزاء في إطار دراستنا هذه من قبل القارئ.

¹- د. زين بدر فراج، المرجع السابق، ص 12.

²- حسن عزيز عبد الرحمان، "حق الإدارة في توقيع الجزاءات المالية على المتعاقد"، مجلة العدالة، الامارات العربية المتحدة، العدد 4، السنة 24، سنة 1978، ص 704، 705.

وعليه فإنه تتحدد معالم التأمين النهائي بأنه يعتبر قيمة مالية لا يؤديها إلا الفائز بالصفقة، أي هو أثر مالي لرسو الصفقة عليه، لذا فإن غايته ليست كالتأمين المؤقت ضمان جدية المنافس في العطاء، وإنما ضمان استيفاء ما قد يترتب للإدارة من حقوق تجاهه ناتجة عن قصوره في تنفيذ العقد، من جهة أخرى فمن الضروري أن يكون هذا التأمين صالحاً لاقتضاء الحقوق منه طوال وقت تنفيذ العقد. وهو ما يمكن التحقق منه بإيداعه إحدى خزائن الحكومة¹، أو يكون خطاب ضمان يتمتع عليه تسويله، كما يمكن أن يكون بطريق حوالة بريدية بقيمة التأمين².

وتحتفظ الجهة الإدارية بالتأمين النهائي حتى تتأكد من تمام تنفيذ العقد وفقاً للشروط المتفق عليها، وبذلك فمدة الاحتفاظ به تختلف من عقد إلى آخر، وحسب مدة التنفيذ المحددة لكل عقد، على أن انتهاء المدة المقررة للتنفيذ في العقد لا يعني تمام التنفيذ بالفعل ولا يلزم الغدرة برد التأمين النهائي لأن المتعاقد قد يتراخى إلى ما بعد التاريخ المحدد للتنفيذ في العقد.

وعليه فإن العبرة في الاحتفاظ بالتأمين النهائي يكون بمدة التنفيذ الفعلي وليس بالمدة المحددة في العقد³.

وتجدر الإشارة إلى أن حق الإدارة في مصادرة التأمين النهائي نتيجة لإخلال المتعاقد في تنفيذ العقد الإداري يقابله حق المتعاقد الذي أوفى بالتزاماته العقدية باسترداد التأمين النهائي، وإذا امتنعت الإدارة عن رده دون سبب مشروع ثبتت مسؤوليتها التعاقدية، لتعارض ذلك مع مبدأ حسن النية من جهة ومن جهة أخرى فإن هذا التراخي يسبب أضراراً

¹ - بمعنى ممكن أن يؤدي نقداً بإيداعه خزينة الجهة الإدارية.

² - د. عبد الله نواف العنزي، المرجع السابق، ص 105، 106.

³ - د. زين بدر فراج، المرجع السابق، ص 214. وحسب هذا المؤلف فإنه ممكن أن يدخل ضمن فترة الاحتفاظ بالتأمين النهائي وهي فترة التنفيذ الفعلي مدة الضمان والتي يبدأ حسابها من تاريخ التسليم المؤقت إلى غاية انتهاء أجل الضمان.

لا مبرر لها للمتعاقد مع جهة الإدارة، كما ويجوز له المطالبة بالفوائد القانونية المترتبة على تأخر جهة الإدارة في رد هذه التأمينات وهو ما أخذت به المحكمة الإدارية العليا بمصر¹.

ولقد اتفقت التشريعات المقارنة بالنسبة لأحكام التأمين النهائي ومصادره بصفة عامة، إلا أنه كان هناك اختلافات فيما بينها خاصة فيما تعلق بنسبته.

وبالنسبة للتشريع الجزائري فإنه طبقا لنص المادة 124 من المرسوم الرئاسي 247/15 السابق ذكره يجب على المصلحة المتعاقدة أن تحرص على إيجاد الضمانات الضرورية التي تتيح أحسن الشروط لتنفيذ الصفقة حيث تحدد في دفاتر الشروط أو في الأحكام التعاقدية للصفقة استنادا إلى الأحكام القانونية أو التنظيمية المعمول بها وكذا كيفية استرجاعها، حسب الحالة، ولقد تناول هذا المرسوم التأمين النهائي تحت اسم كفالة حسن التنفيذ. حيث تعرف على أنها: التزام صادر عن بنك يتعهد بموجبه تحمل تبعات عدم تنفيذ زبونه المضمون لالتزاماته التعاقدية تنفيذا أو تسليما أو عدم مطابقة ما نفذه أو سلمه لما اتفق عليه أ للمعايير المعمول بها².

ولقد حددت المادة 133 من نفس المرسوم السابق ذكره مبلغ كفالة حسن التنفيذ بين 5 و10% من مبلغ الصفقة حسب طبيعة وأهمية الخدمات الواجب تنفيذها، أو بنسبة تتراوح بين 1 و5% من مبلغ الصفقة حسب طبيعة وأهمية الخدمات بالنسبة للصفقات العمومية التي لا تبلغ الحدود المنصوص عليها في المطات 1 إلى 4 من المادة 184 من نفس المرسوم والتي تخص الصفقات التي تخضع لرقابة اللجنة القطاعية للصفقات.

¹- مريم محمد أحمد، المرجع السابق، ص 184، 185. وفي هذا الصدد، حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية بتاريخ 2009/09/29 في الطعن رقم 14218 لسنة 51 قضائية، المجموعة، السنة 55 و56، ص219. مشار إليه في نفس المرجع ص 185، 186.

²- أ. خرشي النوي، المرجع السابق، ص 324.

ويجب تأسيس كفالة حسن التنفيذ في أجل لا يتجاوز تاريخ تقديم أول طلب دفع على الحساب من المتعامل المتعاقد¹.

ويمكن للمصلحة المتعاقدة إعفاء المتعاقد من كفالة حسن التنفيذ بالنسبة لبعض صفقات الدراسات والخدمات التي يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تتأكد من حسن تنفيذ الخدمات قبل دفع مستحققاتها ولا تكون صفقات الإشراف على إنجاز الأشغال معنية بهذا الإعفاء². إلا أنه ومع ذلك يمكن تعويض كفالة حسن التنفيذ فيما يخص هذا النوع من الصفقات باقتطاعات حسن التنفيذ عندما ينص دفتر شروط الدعوة للمنافسة على ذلك³. كما يمكنها الإعفاء من كفالة حسن التنفيذ إذا لم يتعد أجل الصفقة ثلاثة أشهر، أو بالنسبة للصفقات المبرمة مع المتعاملين بالتراضي البسيط وبالنسبة للصفقات المبرمة مع المؤسسات العمومية⁴. كما يعفى الحرفيون الفنيون ولمؤسسات المصغرة الخاضعة للقانون الجزائري من تقديم كفالة حسن تنفيذ الصفقة عندما يتدخلون في عمليات عمومية لترميم ممتلكات ثقافية⁵.

و يستمر ضمان حسن التنفيذ ليغطي كل مرحلة إنجاز الصفقة، ليتم رفع اليد عنه وتحريره عند الاستلام المؤقت، ما لم يتم تحويله إلى كفالة ضمان⁶.

¹- المادة 5/130 من المرسوم السابق ذكره المتعلق بالصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

²- المادة 2/130 من نفس المرسوم.

³- المادة 1/132 من نفس المرسوم.

⁴- المادة 3/130، 4 من المرسوم.

⁵- المادة 4/133 من نفس المرسوم.

⁶- أ. خرشي النوي، المرجع السابق ص 327.

وذلك عندما تنص الصفقة على أجل ضمان، في هذا الحالة تتحول كفالة حسن التنفيذ عند التسليم المؤقت إلى كفالة ضمان¹. وفي صفقات الدراسات والخدمات المعفاة من تأسيس كفالة حسن التنفيذ وعوضها المشرع باقتطاعات حسن التنفيذ، فإنه إذا نصت على أجل الضمان فإن مجموع اقتطاعات حسن التنفيذ هي التي تتحول عند التسليم المؤقت إلى كفالة ضمان². وفي كل الأحوال تسترجع هذه الأخيرة (كفالة الضمان) كلياً في مدة شهر واحد ابتداء من تاريخ التسليم النهائي للصفقة³. وبقي لنا أن نشير إلى أن كفالة حسن التنفيذ تحرر حسب نموذج يحدد بموجب قرار من الوزير المكلف بالمالية⁴.

وتجدر الإشارة أخيراً إلى أن هناك كفالات أخرى نظمتها التشريعات بالإضافة إلى كفالة حسن التنفيذ وهي كفالة رد التسيبقات وكفالة الضمان، إلا أن مصادرة التأمين كجزاء يخص كفالة حسن التنفيذ وليس هذه الضمانات، فهذه الأخيرة أحكامها تختلف عما هو مطبق بالنسبة للنظام القانوني المتعلق بجزاء مصادرة التأمين الذي نقصده في دراستنا هذه.

وعليه فيمكننا أن نعرف جزاء مصادرة التأمين على أنه: إستيلاء الإدارة على مبلغ التأمين الذي يودعه المتعاقد لمصلحة الإدارة عند إبرام العقد معها ليضمن لها ملاءته لمواجهة مسؤوليته في حالة إخلاله بشروط العقد⁵.

ولقد ثار اختلاف حول الطبيعة القانونية لمصادرة التأمين حيث يراه البعض عبارة عن شرط جزائي متفق عليه في العقد مقابل إخلال المتعاقد بالتزاماته التعاقدية، وهذا الجزاء يختلف عن التعويض الإتفاقي في القانون المدني في أن الإدارة توقعه بنفسها وبإرادتها المنفردة دون حاجة لصدور حكم من القضاء، ودون أن تلتزم بإثبات أن ضرراً ما قد لحقها

¹- المادة 131 من نفس المرسوم.

²- المادة 5/133 من نفس المرسوم.

³- المادة 134 من نفس المرسوم؛ المادة 48 من دفتر الشرط الإدارية العامة المطبق على صفقات الأشغال العامة السابق ذكره. بحيث اشترطت لرد الضمان خلال مدة الشهر أن يكون متعهد الصفقة قد أكمل لذلك التاريخ تعهداته تجاه الإدارة، وإذا أثبت المقاول خاصة تأديته التعويضات التي يكون ملزماً بها طبقاً للقانون المتعلق بالأضرار المسببة للملكية الخاصة حين تنفيذ الأشغال العمومية. وأضافت أنه يتوقف سريان مفعول الضمان بانقضاء مدة الشهر آلياً، إلا إذا أشارت الإدارة برسالة مضمونة موجهة إلى الضامن بان متعهد الصفقة لم يكمل جميع التزاماته. في هذه الحالة لا يجوز وضع حد لتنفيذ الضمان إلا برفع اليد الذي تجريه الإدارة المتعاقدة ويشكل سريان أثر الكفالة رغم حلول ميعاد استرجاعها وتحريرها، نوعاً من الحجز الإداري.

⁴- المادة 8/133 من المرسوم السابق ذكره.

⁵- د. نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص 213؛ د. ماجد راغب الحلوة، العقود الإدارية والتحكيم، المرجع السابق، ص 118.

من جراء الإخلال بشروط العقد¹. وذلك لأن مصادرة التأمين يعد جزاءا من قبيل الجزاءات التي تملك الإدارة توقيعها على المتعاقد عند إخلاله بالتزاماته والتي لا تستهدف توقيع اعوجاج في تنفيذ الالتزامات التعاقدية بقدر ما تتوخى تأمين سير المرافق العامة².

ويضيف هذا الاتجاه بأن التأمين يمثل الحد الأدنى للتعويض الذي يحق للإدارة اقتضاؤه، لذلك فلا يقبل من المتعاقد المقصر أن يثبت أن الضرر الذي أصاب الإدارة يقل عن مبلغ التأمين³.

ويرى البعض الآخر - وهو الرأي الأصح بالنسبة لنا - بأن مصادرة التأمين النهائي ينطوي على معنى العقوبة أو الجزاء المالي الذي توقعه الإدارة على المتعاقد معها إذا ما أخل بالتزاماته التعاقدية والذي جرى العرف الإداري على اشتراطه في العقد الإداري، والذي مرده إلى ما يتميز به هذا الأخير عن العقد المدني من طابع خاص مناطه احتياجات المرفق العام الذي يستهدف العقد تسييره، وهذا الطابع الخاص هو الذي يترتب عليه تمتع الإدارة في العقد الإداري بسلطات متعددة منها سلطة توقيع الجزاءات المالية التي من بينها مصادرة التأمين. وما دام السبب في كل من مصادرة التأمين والتعويض مستقلا والطبيعة والوجهة والغاية في كل منهما متباينة فلكل منهما سببه ومبرراته، ولا تعارض بين هذا الجزاء والتعويض ولا بين أيهما والفسخ. وليست مصادرة التأمين تعويضا أو جزاءا من التعويض المستحق للإدارة من جراء أخطاء المتعاقد معها.

ومن ثم فلا تقوم معه فكرة الجمع بين تعويضين⁴.

¹- د. أحمد عثمان عياد، المرجع السابق، ص 350؛ د. نواف كنعان، المرجع السابق، ص 361؛ د. محمود خلف الجبوري، المرجع السابق، ص 144؛ د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، تنفيذ العقد الإداري، المرجع السابق، ص 101؛ بلاوي ياسين بلاوي، المرجع السابق، ص 50، 51.

²- د. مفتاح خليفة عبد الحميد و د. حمد محمد حمد الشلحاني، العقود الإدارية وأحكام إبرامها، المرجع السابق، ص 161.

³- حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية الصادر في 1967/11/18 المجموعة، السنة 13، رقم 15، ص 93. أشار إليه د. أحمد عثمان عياد، المرجع السابق، ص 350؛ د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع السابق، ص 103.

⁴- د. حمدي عطية مصطفى عامر، المرجع السابق، ص 515. ومن أنصار هذا الاتجاه أيضا د. نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص 213؛ د. ماجد راغب الحلو، المرجع السابق، ص 119. ودعم رأيه بحكم المحكمة الإدارية العليا المصرية رقم 7-1316 في 1964/3/22. وكذلك حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في 17 يونيو 1972، والذي يؤكد على أن مصادرة التأمين جزاء تملك الإدارة توقيعها على المتعاقد معها عند إخلاله بالتزاماته، أشار إليه د. سليمان

وكذلك الفقه الفرنسي أكد على أن مصادرة التأمين جزاء من حق الإدارة فرضه دون اللجوء إلى القضاء¹. وتوقيع الإدارة لجزاء مصادرة التأمين مرتبط بوجوب توافر حسن النية في تنفيذ العقود الإدارية بأن لا يشوبه التعسف ويخضع لمراقبة قضاء المشروعية والملائمة².

الفرع الثاني: تمييز جزاء مصادرة التأمين عن غيره من الجزاءات المالية.

أولاً: جزاء مصادرة التأمين وجزاء غرامة التأخير.

إن كان جزاء مصادرة التأمين يشترك مع جزاء غرامة التأخير في مجموعة من الصفات والخصائص باعتبار كليهما جزاء إداري تملك الإدارة توقيعه في العقد الإداري عند الإخلال بالالتزامات التعاقدية، إلا أن جزاء مصادرة التأمين النهائي يختلف عن جزاء غرامة التأخير من حيث غاية كل منهما في أنه يواجه مخاطر عدم تنفيذ المتعاقد لشروط العقد، فيما يواجه جزاء غرامة التأخير مجرد التأخير في تنفيذ المتعاقد لالتزاماته خلال المواعيد المتفق عليها، فإذا كان جزاء مصادرة التأمين النهائي ينصب على محل العقد، فإن جزاء غرامة التأخير ينصب على مدة التنفيذ³. هذا من جهة.

من جهة أخرى فإنه على عكس غرامة التأخير التي يتم تحصيلها بعد التأخير في التنفيذ. التأمين النهائي يوضع في خزانة الإدارة قبل القيام بتنفيذ العقد، وذلك لكونه ضماناً تؤمن الإدارة ضد الأخطار التي يرتكبها المتعاقد في تنفيذ العقد كما يضمن ملاءته عند مواجهة مسؤولياته المالية عند التنفيذ، وهو يمثل ضماناً للجهة الإدارية لاستيفاء غرامة التأخير ذاتها⁴.

ثانياً: جزاء مصادرة التأمين والتعويض.

الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، طبعة 2011، المرجع السابق، ص 497. ود. حسان عبد السميع هاشم، المرجع السابق، ص 103.

¹ - Delaubadère (A), traite des contrats administratives, op, cit, T 2, p 136.

² - د. حسان عبد السميع هاشم، المرجع السابق، ص 104.

³ - د. نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص 218.

⁴ - د. نصر الدين بشير، المرجع السابق، ص 305.

يتفق حق جهة الإدارة في مصادرة التأمين النهائي مع حقها في فرض جزاء التعويض عن الأضرار التي تسببها من جراء خطأ المتعاقد في أن كليهما من الجزاءات المالية التي تتضمن معنى العقوبة والتي تلزم المتعاقد بدفع مبلغ من المال للإدارة، إلا أن أوجه الاختلاف بينهما يكمن في عنصر الضرر، حيث أن الإدارة تستطيع مصادرة التأمين النهائي إذا ما أخل المتعاقد معها بالتزاماته التعاقدية دون حاجة لإثبات حصول الضرر، أما جزاء التعويض فيلزم لتوقيعه إصابة جهة الإدارة بأضرار مادية جسيمة¹. كما أن التعويض يمثل جبرا لضرر تعاقدى طبقا للقواعد العامة في العقود المدنية والإدارية على السواء، أما مصادرة التأمين فتعد جزاءا ماليا للإدارة توقعه في العقود الإدارية وحدها². كما أنهما يختلفان من حيث السبب والطبيعة والوجهة والغاية، فلكل منهما سببه ومبرراته³.

وهنا تثار مسألة مهمة هي مدى جواز الجمع بين مصادرة التأمين والتعويض؟

لقد ذهب القضاء الإداري المقارن في البداية إلى عدم جواز الجمع بين مصادرة التأمين والمطالبة بالتعويض، واعتبرت أن مصادرة التأمين المنصوص عليه في العقد هو في حقيقته تعويض اتفاقي أو شرط جزائي، ومن ثم فيجب قصر التعويض عليه⁴. ولقد لاقى تأييدا من قبل الفقه على نحو ما سبق ذكره في الطبيعة القانونية ل مصادرة التأمين النهائي.

إلا أنه تم العدول عن هذا المسلك لاحقا، وحاليا يستقر القضاء الإداري الحديث على جواز الجمع بين مصادرة التأمين والتعويض على أساس اختلاف كل جزاء منهما عن الآخر⁵. حيث نجد حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية الذي قضى ب: "... فلا تثريب أن اجتمع في حالة فسخ العقد الإداري مع مصادرة التأمين استحقاق التعويض إذ لا يعتبر الجمع بينهما ازدواجا للتعويض ومحظورا، حتى ولو لم ينص في العقد الإداري على استحقاقه كما سلف البيان إنما هو تطبيق للقواعد العامة. وغني عن البيان أن الجمع بين مصادرة التأمين

¹ - د. نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص 218.

² - حكم المحكمة الإدارية المصرية العليا رقم 1316-7 مؤرخ في 1964/3/22 643/54/9. أشار إليه د. ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية والتحكيم، المرجع السابق، ص 119.

³ - حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن رقم 1001، بتاريخ 1970/12/19، السنة 13 قضائية. أشار إليه د. حمدي عطية مصطفى عامر، المرجع السابق، ص 515.

⁴ - د. نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص 220.

⁵ - د. نصري منصور نابلسي، المرجع نفسه، ص 320.

والتعويض رهين بالألا يحظر العقد الإداري صراحة هذا الجمع وأن يكون الضرر لا يزال موجودا بعد مصادرة التأمين، أي يجاوز قيمة هذا التأمين. فإذا كانت مصادرة التأمين قد جبرت الضرر كله، فلا محل للتعويض بالتطبيق للقواعد العامة ما لم يتفق على خلاف ذلك¹.

وعليه ليس هناك ما يمنع من الجمع بين مصادرة التأمين من قبل الإدارة والتعويض ولكن بتوافر شرطين: أولهما ألا يوجد نص يحظر صراحة الجمع بين الاثنين: مصادرة التأمين والتعويض. تأسيسا على اعتبار العقد شريعة المتعاقدين. وثانيهما يجب أن يكون الضرر الذي أصاب الإدارة من جراء مخالفة المتعاقد لشروط العقد أكبر من قيمة التأمين (أي يكون الضرر لا يزال موجودا)، لذا إذا كانت قيمته أقل من التعويض، وجب مصادرته وإلزام المتعاقد بفرق القيمة². فإذا كانت مصادرة التأمين النهائي قد جبرت الضرر كله فلا محل للتعويض، تطبيقا للقواعد العامة ما لم يتفق على خلاف ذلك في العقد³. والواقع أن هذا الاتجاه بجواز الجمع بين مصادرة التأمين والتعويض يتوافق مع مبادئ العدالة باعتباره يسمح للإدارة بالحصول على التعويض الكامل الذي يجبر الضرر الذي أصابها باعتبار أن مبلغ التأمين النهائي لم يكن كافيا لجبره.

وتجدر الإشارة إلى أن رجوع الإدارة بالتعويضات الأخرى على المتعاقد المقصر في حالة عدم كفاية التأمين لا يستند إلى أحكام العقد وإنما إلى القواعد القانونية العامة التي تقضي بأن كل خطأ ترتب عليه ضرر يلزم من ارتكبه بالتعويض⁴، وهذه القواعد القانونية العامة لا تتعارض فكرة التأمين في العقود الإدارية، ومن ثم فعلى الإدارة إذا رأت أن ترجع على المتعاقد المقصر بتعويض يجاوز مبلغ التأمين، أن تثبت وقوع خطأ من المتعاقد لإخلاله

¹- حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية بتاريخ 1970/12/19، في الطعن رقم 1001، السابق ذكره. أشار إليه د.

حمدي عطية مصطفى عامر، المرجع السابق، ص 515.

²- د. عبد الله نواف العنزي، المرجع السابق، ص 115.

³- د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، تنفيذ العقد الإداري، المرجع السابق، ص 103.

⁴- المادة 124 من القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم.

بالتزاماته التعاقدية، وأن تثبت أن ضرراً قد لحقها من جراء هذا الخطأ يفوق في مقداره قيمة التأمين المودع¹.

ولقد أيد المشرع الجزائي إمكانية الجمع بين مصادرة التأمين والتعويض ونجد ذلك من خلال نص المادة 152 من مرسوم الصفقات العمومية والتي تنص على أنه: "لا يمكن الاعتراض على قرار المصلحة المتعاقدة بفسخ الصفقة العمومية عند تطبيقها البنود التعاقدية للضمان، والمتابعات الرامية إلى إصلاح الضرر الذي لحقها بسبب خطأ المتعاقد معها. وزيادة على ذلك يتحمل التكاليف الإضافية التي تنجم عن الصفقة الجديدة"

فطبقاً لهذه المادة المشرع يمنع المتعاقد من الاعتراض على قرار الإدارة بالجمع بين قرار الفسخ ومصادرة التأمين والتعويض، وزيادة على ذلك التكاليف الإضافية التي تنجم عن الصفقة الجديدة نتيجة التنفيذ على حسابه. من ثم بالنتيجة ومن باب أولى فليس هناك ما يمنع حسب هذه المادة من الجمع بين مصادرة التأمين والتعويض.

بل ولا يوجد ما يمنع أيضاً من الجمع بين مصادرة التأمين عند تقصير المتعاقد مع الإدارة في تنفيذ التزام من التزامات العقد، وبين إلزامه بالفروق التي تحملتها جهة الإدارة نتيجة للتنفيذ على حسابه².

المطلب الثاني: خصائص جزاء مصادرة التأمين.

يتميز جزاء مصادرة التأمين بجملة من الخصائص يمكن أن نجمل أهمها فيما يلي:

إن للإدارة الحق في مصادرة التأمين النهائي بنفسها دون حاجة للجوء إلى القضاء أو انتظار لحكمه. وهذه السلطة ترجع إلى امتيازها في التنفيذ المباشر. وإن الإدارة لا تملك التنازل عن هذا الامتياز في دائرة جزاءات العقد الإداري، باعتبار أن هذا الامتياز تقرر لصالح الإدارة لتحاشي بطء القضاء الذي يمكن أن يكون حرج عثرة في حسن سير المرافق العامة بانتظام واضطراد. إلا أنه على وجه العموم يجب أن يكون استعمال الإدارة لحقها في

¹- د. أحمد عثمان عياد، المرجع السابق، ص 351.

²- هذا ما ذهب إليه أيضاً المحكمة الإدارية العليا المصرية في حكمها رقم (32-1219) بتاريخ (1992/7/7) 37. أشار إليه د. ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية والتحكيم، المرجع السابق، ص 121.

توقيع هذا الجزاء يتوافق مع مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود الإدارية، وذلك بألا يشوبه التعسف، ويراقب القضاء مشروعية وملائمة قرار الإدارة بفرض هذا الجزاء كأحد الجزاءات المالية، حيث يكون للقاضي الحكم بإلغائها وبذلك الإعفاء منها متى تبين له أنها وقعت خطأ¹.

وعليه فإن مصادرة التأمين النهائي تتم بقرار صريح من السلطة المختصة تفصح فيه عن نيتها لترتيب هذا الأثر في حق المتعاقد معها².

يحق للإدارة اتخاذ جزاء مصادرة التأمين دون حاجة لإثبات الضرر (أي أن ضرر ما قد لحقها) لأن ركن الضرر مفترض غير قابل لإثبات العكس³. وقد قضت بذلك المحكمة الإدارية العليا المصرية بقولها: "... حق الإدارة في مصادرة التأمين دون حاجة إلى الالتجاء إلى القضاء في حالة عدم التنفيذ، ولا تلزم الإدارة بإثبات ركن الضرر، وليس للمتعاقد مع الإدارة أن يثبت أن الضرر يقل عن التأمين، لأن قيمة التأمين هي الحد الأدنى للتعويض الذي يحق لجهة الإدارة اقتضاؤه..."⁴.

يحق للإدارة مصادرة التأمين وذلك سواء نص أو لم ينص في شروط العقد على ذلك، وإلا لما كان هناك محل أصلا لاشتراط إيداع التأمين مع العطاء⁵.

يجوز للإدارة الجمع بين مصادرة التأمين والتعويض، وكذا بينه وبين الفروق التي تحملتها جهة الإدارة نتيجة للتنفيذ على حسابه، على نحو ما سبق شرحه.

وإذا كان لا يجوز للإدارة التنازل مقدما على جزاء مصادرة التأمين مثله مثل سائر الجزاءات الإدارية التعاقدية، إلا أن توقيع هذا الجزاء فعلا يرتبط بسلطتها التقديرية، فلها أن تعفي المتعاقد منه إذا قدرت مثلا أنه لم يلحق بها ضرر ما. والإعفاء من هذا الجزاء قد

¹ - د. نصر الدين بشير، المرجع السابق، ص 307-309.

² - د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، تنفيذ العقد الإداري، المرجع السابق، ص 101.

³ - د. ماجد راغب الحلو، المرجع السابق، ص 119، د. عبد الله نواف العنزي، المرجع السابق، ص 112.

⁴ - حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن رقم 499، لسنة 24 قضائية - عليا- بتاريخ 1982/1/23. أشار إليه د. حسان عبد السميع هاشم، المرجع السابق، ص 103.

⁵ - د. ماجد راغب الحلو، المرجع السابق، ص 119. وكذلك حكم محكمة القضاء الإداري في جلسة 1957/11/17 في القضية رقم، 1998، السنة 10 ق، المجموعة، السنة 12، ص 18. أشار إليه د. حمدي مصطفى عطية عامر، المرجع السابق، ص 516؛ إسماعيل بحري، المرجع السابق، ص 119.

يكون صراحة أو ضمنا، وعلى ذلك قضت محكمة القضاء الإداري في القضية رقم 6600 بتاريخ 1956/4/1 بأنه: "إذا كان من الثابت أن للمدعي الملتمزم بالتوريد في ذمة جهة الإدارة مبلغ التأمين ولم تقم الوزارة بمصادرته لأنها لم تقل بأن ضررا ما قد أصابها من جراء عدم تنفيذ المدعي لالتزاماته فإنه يتعين القضاء له باسترداد هذا المبلغ"¹.

والسلطة التقديرية للإدارة لا تقتصر على مصادرة التأمين أو عدم مصادرته ، بل لها أيضا تحديد مدى المصادرة وما إذا كانت تشمل قيمة التأمين كلها أم تنصب على جزء منها، ولها تحديد توقيت المصادرة فتعجل بتوقيعها عند سحب العمل، أو تتراخى بها إلى حين انتهاء التنفيذ على حساب المتعاقد معها. وكل ذلك وفقا لظروف الحال وما تقدره الإدارة من مقتضيات المصلحة العامة².

إلا أن هناك من الفقه المصري من يعترض على هذه السلطة التقديرية للإدارة في هذا الصدد، ويرى أنها ملزمة بمصادرة التأمين النهائي متى توافر موجهه، وذلك ضمنا للدقة في تنفيذ العقود الإدارية، فالسلطة التقديرية في هذا الأمر ليس لها ما يبررها، لأننا نكون في هذه الحالة أمام متعاقد مقصر، كان يتعين عليه أن يضع في اعتباره أن نتاج تقصيره هو مصادرة ما دفعه من تأمين نهائي، وقد ارتضى هذا الجزاء حين تعاقد، فالتأمين النهائي هنا يكون بمثابة حد أدنى لتعويض اتفق عليه طرفي العقد³. إلا أننا نؤيد منح السلطة التقديرية للإدارة في فرض هذا الجزاء وذلك بحسب ظروف الحال وما تراه ملائما لتحقيق الصالح العام وحسن سير المرفق العام بانتظام واضطراد. كما أنه حتى وإن كانت الإدارة في مركز متميز عن المتعاقد معها في إطار العقد الإداري مما يخولها فرض الجزاء عليه إلا أن هذا لا يمنع أبدا من أن تعفيه من الجزاء إذا توافر ما يبرره كما لو كانت مخالفته في التنفيذ بسيطة لا تؤثر على الاستفادة من موضوع العقد. وهذا ما يسمح بتحقيق التوازن في إطار العلو.

¹- د. حمدي عطية مصطفى عامر، المرجع السابق، ص 517.

²- فتوى الجمعية العمومية رقم 238 في 1994/4/2 جلسة (1994/3/23) 48. أشار إليها د. ماجد راغب الحلو، المرجع السابق، ص 120.

³- ومن أنصار هذا الرأي: د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، تنفيذ العقد الإداري، المرجع السابق، ص 100، 101؛ د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الوجيز في الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص 293. وكذلك نجد د. نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص 225-227.

قد يعتبر قسم من التأمينات في بعض الأحيان بمثابة رسوم مالية تمثل جزءا من قيمة استخدام أدوات المرفق العام واندثار آلاته وهذا ما يمكن ملاحظته في عقود التزام المرافق العامة. وكذلك في عقود الأشغال العامة عندما يستعير المقاول أو يستأجر من الإدارة بعض الأدوات اللازمة لتنفيذ المقولة. حيث يكون باستطاعة الإدارة الاحتفاظ بمقدار من التأمينات المودعة لديها كتعويض عن اندثار الآلات.¹

المطلب الثالث: حالات فرض جزاء مصادرة التأمين النهائي.

يعد جزاء مصادرة التأمين النهائي من الجزاءات المالية التي تفرضها الإدارة على المتعاقد معها عند إخلاله بالتزاماته التعاقدية، فهو يواجه مخاطر عدم تنفيذ المتعاقد لشروط العقد.

وعليه فإنه يجب أن يثبت تقصير ومخالفة المتعاقد مع الإدارة لاستعمال حقها في مصادرة التأمين هذا ما أكنه أحكام مجلس الدولة الفرنسي. إذ يجب أن يتحقق سبب مصادرة التأمين النهائي قبل صدور قرار المصادرة، حيث قُضي بأن: "العبارة في وزن مدى مشروعية مصادرة خطاب الضمان كجزاء.. بقيام السبب المبرر لهذا الإجراء قبل توقيع الجزاء وليس بعد توقيعه"².

فإذا ما نفذ المتعاقد الأعمال المتفق عليها في العقد على النحو المطلوب، فإنه لا يكون هناك مبرر لمصادرة التأمين وتلتزم الإدارة برد التأمين كاملا أو ما تبقى منه في ضوء ما تسفر عنه عملية تصفية الحساب بينها وبين المتعاقد وهذا ما أكدته إدارة الفتوى والتشريع بمصر بأنه يتم الاحتفاظ بالكفالة النهائية أثناء مدة إنجاز الأعمال موضوع العقد، فإذا ما تبين أن الأعمال قد أنجزت بصورة مرضية وأنها اجتازت الاختبار النهائي، فإنه يجوز

¹- د. محمود خلف الجبوري، المرجع السابق، ص 145؛ رشا محمد جعفر الهاشمي، المرجع السابق، ص 68.
²- محكمة القضاء الإداري - الدعوى رقم 1603 لسنة 40 قضائية. جلسة 1987/4/12. د. حسان عبد السميع هاشم، المرجع السابق، ص 106، 108.

للمهندس أن يصدر شهادة استلام مؤقت أو انجاز للأشغال، ويفرج في هذه الحالة عن الكفالة النهائية¹.

كما أن الإدارة لاستحقاقها التأمين النهائي لابد أن لا تكون قد ارتكبت خطأ عقديا يبرر تعويض المتعاقد بقدر ما فاتته من كسب وما لحقته من خسارة، ويدخل في نطاق الكسب الفائدة، وما كان المتعاقد يأمل في الحصول عليه من كسب مادام لذلك أسباب مقبولة، ذلك أنه إذا كانت الفرصة أمرا محتملا فإن تفويتها أمر محقق يجب التعويض عنه. غير أنه لا يجب أن يكون خطأ المتعاقد قد استغرق خطأ الإدارة، إذ حينها يكون لها مصادرة التأمين، فإن كان لا يكفي لتعويضها عن الأضرار التي لحقت بها والنفقات التي تكبدتها، جاز لها المطالبة بالفرق².

ويمكن إرجاع حالات جزاء مصادرة التأمين إلى ما يلي:

إن مناط توقيع جزاء مصادرة التأمين بصفة عامة هو الامتناع عن التنفيذ أي عدم تنفيذ المتعاقد للعقد بعد إبرامه أو الإخلال بالقيام به أي تنفيذه لكن بشكل يخالف المتفق عليه، وذلك أن مهمة التأمين والغرض منه يعد بمثابة ضمان لإجراء العمل المتعاقد عليه على الوجه الأكمل. ويخضع تقدير ما يندرج تحت كلتا الحالتين من مظاهر لهذه المخالفة العقدية لجهة الإدارة، غير أنها مقيدة وفي جميع الأحوال، بوجود أسباب تخضع لتقديرها مقترنة باستهدافها المصلحة العامة³. ولقد تناولنا بالشرح والتفصيل هذين الحالتين في الفصل الأول من هذه الدراسة تحت عنوان مبررات السلطة الجزائية للإدارة. ومن الناحية العملية وبالرجوع إلى التشريعات والقضاء المقارن فإن جزاء مصادرة التأمين يكون إما جزاء تباعي مرتبط بجزاء الفسخ أو جزاء التنفيذ على حساب المتعاقد والذان يوقعان على المتعاقد نتيجة تلك المخالفة العقدية التي تضم حالتها الامتناع عن التنفيذ أو الإخلال بالقيام به، أو يوقع مباشرة كجزاء أصلي عند مخالفته شروط تنفيذ العقد.

¹ - إدارة الفتوى والتشريع: فتوى رقم 4126 في 2000/12/23، مجموعة المبادئ القانونية في العقود الإدارية، ص 195. أشار إليها د. عبد الله نواف العنزي، المرجع السابق، ص 112، 113.

² - عبد الله نواف العنزي، المرجع السابق، ص 113.

³ - د. عبد الله نواف العنزي، المرجع نفسه، ص 109، 110، 114.

فيكون لجهة الإدارة توقيع جزاء مصادرة التأمين في جميع حالات فسخ العقد¹. على أن قرار الفسخ الصادر من الإدارة يجب أن يكون مشروعاً له ما يبرره، أما إذا تبين أنه ليس ثمة ما يبرر قيام الإدارة بفسخ العقد فإنه يجب والحالة هذه رد التأمين إلى المتعاقد وتعويضه عن الفسخ غير المشروع².

كما يجب على الإدارة عند توقيع جزاء الفسخ أن تراعي مدى جسامة مخالفة المتعاقد، بحيث تبرر هذه المخالفة توقيع جزاء فسخ العقد مع مصادرة التأمين، ذلك أن مصادرة التأمين تعتبر في هذه الحالة جزاء تبعي للفسخ وليس جزاء أصلي، فالمخالفة يجب أن تبرر توقيع جزاء الفسخ باعتبارها خروج عن العقد ونقض له يستوجب انقضاءه بغير إنجاز العمل المتفق عليه³.

كما أن قيام الإدارة بتنفيذ العمل على حساب المتعاقد يعتبر مبرراً لحقها في مصادرة التأمين⁴. وقد قضي بأن: " لجوء الإدارة إلى التنفيذ على حساب المتعاقد معها ومصادرة التأمين المؤقت، وأنه لا يوجد ما يحول دون مصادرة التأمين عند تقصير المتعاقد مع الإدارة في تنفيذ التزام من التزامات العقد، وبين إلزامه بالفروق التي تحملتها جهة الإدارة نتيجة للتنفيذ على حسابه"⁵.

ولقد استقر قضاء المحكمة الإدارية العليا المصرية على أن المشرع أنشأ لجهة الإدارة عند إخلال المتعاقد معها بأي شرط من شروط التعاقد أن تفسخه أو تقوم بتنفيذه على حساب المتعاقد المقصر، وأنشأ لها في الحالتين الحق في مصادرة التأمين النهائي والحصول على

¹- د. عاطف سعدي محمد علي، عقد التوريد الإداري، المرجع السابق، ص 472.

²- زين بدر فراج، المرجع السابق، ص 278. وهذا ما أكدته أيضاً المحكمة الإدارية العليا المصرية في حكمها الصادر في 1994/4/26، في الطعن رقم 4682 لسنة 35 ق عليا، الموسوعة الإدارية الحديثة، الجزء 49، ص 270. أشارت إليه مريم محمد أحمد، المرجع السابق، ص 188، 189.

³- مريم محمد أحمد، المرجع السابق، 189.

⁴- د. حمدي عطية مصطفى عامر، المرجع السابق، ص 516. حيث أشار إلى نص المادة 26 من قانون المناقصات والمزايدات المصري رقم 89 لسنة 1998. والتي أجازت ذلك حيث تنص على: " في جميع حالات فسخ العقد، وكذا في حالة تنفيذه على حساب المتعاقد، يصبح التأمين النهائي من حق الجهة الإدارية".

⁵- حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن رقم 1219 لسنة 33 ق. عليا - جلسة 1992/7/7. أشار إليه د. حسان عبد السميع هاشم، المرجع السابق، ص 108.

مستحققاتها، إلا أن استعمالها لهذا الحق يرتبط بسلطتها التقديرية حيث لم يلزمها المشرع بتوقيع هذا الجزاء وإنما نص فقط على حقها في توقيعه¹.

وتجدر الإشارة إلى أنه لا يجوز الجمع بين فسخ العقد أو إلغائه ومصادرة التأمين وبين التنفيذ على حساب المتعاقد وتحميله بالخسائر والتعويضات لأن الجمع بين الأمرين يعني انحلال العقد واعتباره كأن لم يكن، وفي الوقت نفسه اعتبار العقد قائماً منتجا لآثاره، وهو يؤدي إلى حصول الإدارة على تعويض مزدوج².

ويمكننا القول بأن المشرع الجزائري يجيز الجمع بين مصادرة التأمين والفسخ أو بينه وبين التنفيذ على حساب المتعاقد على حد ما سبق شرحه، وهذا ما نستشفه من خلال المادة 152 من مرسوم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام السابق ذكرها حيث إذا كانت هذه المادة تمنع المتعاقد من الاعتراض على قرار الإدارة بالجمع بين قرار الفسخ ومصادرة التأمين والتعويض، وزيادة على ذلك التكاليف الإضافية التي تنجم عن الصفقة الجديدة نتيجة التنفيذ على حسابه. من ثم فإنه من باب أولى ليس هناك ما يمنع حسب هذه المادة من فرض جزاء مصادرة التأمين تبعاً لفرض الإدارة جزاء الفسخ، أو تبعاً لفرضها جزاء التنفيذ على حساب المتعاقد.

وإذا كان الأصل أن بوسع الإدارة مصادرة التأمين النهائي إذا اضطرت إلى فسخ العقد حال إخفاق المتعاقد في تنفيذه، إلا أن ذلك لا يمنع الإدارة من توقيع هذا الجزاء دون فسخ للعقد وبعد تنفيذه إذا لم يكن هذا التنفيذ متفقاً مع ما تم التعاقد عليه³. وفي ذلك تقول المحكمة الإدارية العليا المصرية في حكمها الصادر في 1961/4/22: "إن مصادرة التأمين عند التقصير في تنفيذ التزام من التزامات العقد بمعناه الواسع - نصوص العقد وما يشير إليه من تعليمات فضلاً عن اللوائح التنظيمية التي جرى العرف على التقيد بها - لا يرتبط بالضرورة بفسخ العقد، فلا يوجد ما يجول دون مصادرة التأمين بعد إتمام التنفيذ لسبق

¹ - حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن رقم 912 لسنة 36 ق، جلسة 2005/3/8 غير منشور، أشار إليه، د. عاطف سعدي محمد علي، المرجع السابق، ص 473.

² - د. السيد محمد مدني، القانون الإداري الليبي، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1965/1964، ص 450.

³ - د. عبد المجيد فياض، نظرية الجزاءات في العقد الإداري، المرجع السابق، ص 43.

تراخي المتعهد أو تقصيره أو تنفيذه على غير الوجه المطلوب أو بعد الميعاد المحدد أو غير ذلك¹.

وتجدر الإشارة هنا إلى أن مصادرة التأمين لا ترتبط بالتأخر في التنفيذ، لأن التأمين النهائي هو ضمان لإجراء العمل على الوجه الأكمل ولتحصيل الجزاءات والتعويضات². إلا أنه يمكن أن يكون التأخير في التنفيذ سبب لمصادرة التأمين لكن باعتبار هذا الأخير جزءا تبعية لجزاء سحب العمل من المتعاقد وذلك بشرط أن يكون المبرر لجزاء سحب العمل هو التأخر في التنفيذ من قبل المتعاقد، أما إذا استمر المتعاقد في التنفيذ رغم التأخير بإرادة الإدارة وقام به إلى أن أتمه وسلمه طبقا لدفتر شروط العقد ومواصفاته وأعملت في شأنه الإدارة الحكم الخاص بغرامات التأخير فإن هذه الجهة لا تستطيع في الحالة هذه أن تطالب المدعي بأكثر من ذلك ولا يسوغ لها أن ترتب عليه بعض الآثار المترتبة على سحب العمل التي انطوى عليها العقد من مصادرة التأمين أو المطالبة بالتعويض لأنها نتائج لا تقوم بها إلا على سبب، وهو سحب العمل الذي لم تنشط الإدارة إلى اتخاذه ضد المتعاقد³.

فإن إن رأت الإدارة أن مجرد التأخير لا يعد من قبيل التقاعس من المتعاقد عن القيام بالعقد الذي يستوجب سحب العمل منه، فلا يمكنها أن تعود وتزعم خلاف ذلك وتقرر مصادرة التأمين لأنها في هذه الحالة طالما لم تسحب العمل فلا يمكنها أن تصدر التأمين، ولا يكون لها إلا مجرد اقتضاء غرامة التأخير من التأمين وترد إليه ما تبقى. غير أنه لا يجوز للمتعاقد المطالبة برد فرق القيمة بين التكاليف الفعلية لتنفيذ العقد، وبين قيمة العقد من التأمين النهائي الذي أودعه، إذا كان هذا الفرق ناجما عن إخلاله بالتزاماته، هذا الإخلال

¹- حكما في الطعن رقم (1127) لسنة 5 ق، في 1961/4/22، الموسوعة الإدارية الحديثة، ج 18، ص 985. أشارت إليه مريم محمد أحمد، المرجع السابق، ص 189.

²- في معنى ذلك، حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن رقم 323 لسنة 11 ق- (1970/1/3) (1991/15/15) أشار إليه د. حسان عبد السميع هاشم، المرجع السابق، ص 108.

³- حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في جلسة 1970/1/3، في الطعن رقم 11/323، ق. عليا. أشار إليه د. عبد الله نواف العنزي، المرجع السابق، ص 114.

الذي توجب إحلال متعاقد آخر محله لتنفيذ العملية على حسابه، وهذا ما أكدته إدارة الفتوى والتشريع بمصر¹.

وهناك حالة أخرى لمصادرة التأمين تضيفها التشريعات المقارنة، وهي حالة اقتضاء الإدارة لحقوقها لدى المتعاقد، أي إذا ترتب على المتعاقد في سياق التنفيذ مبلغ ما تطبيقاً لأحكام دفاتر الشروط.

لأن الجزاءات المالية جميعاً في العقد الإداري، مرتبطة بمصلحة المرفق العام².

ولا تكون مصادرة التأمين النهائي كلية في كل الأحوال، حيث أن مصادرته تكون جزئية إذا ما نفذ المتعاقد مع الإدارة جزء من التزامه التعاقدى وبنسبة ما تبق من الالتزام دون تنفيذ، ومع ذلك فإن للإدارة اقتضاء التأمين النهائي كاملاً إذا كان الجزء الذي لم ينفذه المتعاقد من الأهمية بحيث يحول دون الاستفادة مما تم تنفيذه حيث أن المتعاقد لم يقم بتنفيذ التزامه الذي لأجله تم التعاقد معه في هذه الحالة³. وهذا إنما يعتبر من قبيل السلطة التقديرية للإدارة على حد ما سبق شرحه.

حيث أن استعمال الإدارة لحق فرض جزاء مصادرة التأمين يرتبط بسلطتها التقديرية، فإذا كان لا يجوز لها التنازل عنه مقدماً إلا أنه يجوز لها أن تعفي المتعاقد منه إذا قدرت أنه لم يلحق بها ضرر ما مثلاً⁴. كما تستقل في حالة المصادرة في تحديد مدى هذا الجزاء وما إذا كان يشمل قيمة التأمين النهائي كلها أو ينصب على جزء منها فقط. كما تترخص في توقيت توقيع هذا الجزاء سواء كان منجزاً عند اتخاذها إجراء سحب العمل من المتعهد والشراء على حسابه أو على سبيل التراخي عند انتهاء عملية الشراء على الحساب⁵.

¹- فتوى إدارة الفتوى والتشريع رقم 1230 بتاريخ 1990/5/30، مجموعة المبادئ القانونية في العقود الإدارية، ص 197. هذا ما أشار إليه د. عبد الله نواف العنزي، المرجع السابق، ص 114، 115.

²- د. حسان عبد السمیع هاشم، المرجع السابق، ص 108؛ د. نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص 221، 222. حيث أشار هذا الأخير إلى هذه الحالة التي نص عليها قانون المحاسبة العمومية اللبناني في المادة 135 منه.

³- د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، تنفيذ العقد الإداري، المرجع السابق، ص 102؛ فتوى الجمعية العمومية رقم 260 في 1955/5/13، المبادئ القانونية التي أقرتها الجمعية العمومية، ص 792. أشارت إليها مريم محمد أحمد، المرجع السابق، ص 192.

⁴- د. حمدي عطية مصطفى عامر، المرجع السابق، 517.

⁵- حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية الحديث في الطعن رقم 9112 في جلسة 2005/3/8. أشار إليه د. عاطف سعدي محمد علي، المرجع السابق، ص 473.

المبحث الثالث: التعويض.

إن القاعدة العامة في التعويض هي أن كل خطأ سواء كان إخلالا بالتزام عقدي أو بالتزام فرضه القانون يسبب ضررا للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض. أي أن هذا الأخير هو جزاء يواجه الخطأ في تنفيذ الالتزام بوجه عام، والالتزام العقدي بصفة خاصة وهذا هو المتفق عليه فقها وقضاء¹. إذ يترتب على العقد إنشاء التزامات تقع على كاهل كل من طرفيه، والقاعدة تقضي بأن يقوم كل طرف بتنفيذ التزامه العقدي، فإذا لم يتم المتعاقد بتنفيذ التزامه عينا فلا مناص من الحكم بالتعويض². والأصل في نشأة التعويض هو القانون الخاص، ثم انتقل التعويض بعد ذلك إلى مجال القانون العام ومجال العقود الإدارية.

ويؤكد غالبية الفقهاء أن التعويض في العقود الإدارية يقترب من فكرة التعويض في القانون الخاص فيما يتعلق بكيفية تقديره وفي اشتراطه ركن الضرر. ولكن النظامين يختلفان من حيث طريقة تحديده وكيفية تحصيله³.

ولنوضح هذا الجزاء وأحكامه في إطار العقد الإداري سنتطرق إلى تعريف التعويض وخصائصه في المطلب الأول، ثم إلى شروطه في المطلب الثاني، وأخيرا إلى تقديره واقتضائه (كيفية تحصيله) في المطلب الثالث.

¹- د. عبد الله نواف العنزي، المرجع السابق، ص 81.

²- د. محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، المرجع سابق، ص 327.

³- د. علي عبد الأمير قبلان، أثر القانون الخاص على العقد الإداري، الجزء الأول، دون دار نشر، بيروت، لبنان، دون سنة نشر، ص 414.

المطلب الأول: تعريف التعويض وخصائصه.

وعليه سنتناول في هذا المطلب تعريف التعويض في الفرع الأول، وخصائصه في الفرع الثاني.

الفرع الأول: تعريف التعويض.

إن التعويض هو الجزاء الأصل للإخلال بالالتزامات التعاقدية، وذلك إذا لم ينص على جزاءات مالية لمواجهة هذا الإخلال بموجبيات العقد¹. ويتفق معظم فقهاء القانون الإداري على تعريف التعويض أنه: "عبارة عن مبالغ يحق للإدارة أن تطالب بها المتعاقد معها إذا أخل بالتزاماته التعاقدية في حالة سكوت العقد أو دفتّر شروطه على النص على جزاء مالي آخر كالغرامات لمواجهة هذا الإخلال"². أو هو تعويض الإدارة عن الضرر الذي لحق بها نتيجة لخطأ المتعاقد أو تأخره في تنفيذ العقد³.

ويؤكد غالبية الفقهاء أن التعويض في العقود الإدارية يقترب من فكرة التعويض في القانون الخاص فيما يتعلق بكيفية تقديره وفي اشتراط ركن الضرر ولكن النظامين يختلفان من حيث طريقة تحديده وكيفية تحصيله⁴.

ويرى البعض أن التعويض لا يعتبر من الجزاءات الإدارية، لأنه مجرد تطبيق للقواعد العامة في القانون الخاص⁵.

¹ - عبد اللطيف قطيس، الصفقات العمومية تشريعا وفقها واجتهادا (دراسة مقارنة)، الطبعة الثانية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2013، ص 125.

² - ذكرى عباس علي، "الجزاءات الإدارية التي تفرض على المتعاقد مع الإدارة"، مجلة الفتح، جامعة ديالى، العراق، سنة 2009، ص 5؛ د. حسان عبد السميع هاشم، المرجع السابق، ص 112.

³ - عدنان عمرو، المرجع السابق، 197.

⁴ - د. عبد الحميد الشواربي، العقود الإدارية، المرجع السابق، ص 38.

⁵ - د. محمود خلف الجبوري، المرجع السابق، ص 134.

فلا يُستحق إلا إذا ثبت الضرر كما هو الشأن في القانون الخاص، ويُقدر وفقا لجسامة الضرر الذي تحملته الإدارة مع مراعاة الأخطاء التبادلية لكل من الطرفين وفقا للقواعد المدنية.¹

إلا أن بعض الفقه يقر بأنه من الصعب جدا تقدير الأضرار التي تصيب الإدارة المتعاقدة، ذلك أنه قد لا يقتصر أثرها فحسب على المرفق محل التعاقد، بل قد يمتد أثرها إلى مرافق أخرى بل إلى قدرة الإدارة ذاتها على أدائها لمهمتها في تسيير تلك المرافق.² كما أنه ليس هناك ما يعوض المستفيد من خدمات المرفق العام – وهو مجموع الشعب- من الأضرار الناجمة عن تعطيل هذه الإفادة إضافة إلى أنه مهما زادت قيمة التعويض فلا يمكن بأي حال أن تواجه الضرر الذي يترتب على المصلحة العامة، وذلك لأنه في بعض الحالات يصعب تقدير مثل هذا الضرر. وإلا فكيف يمكن أن يقدر الضرر المترتب على تأخير المتعاقد مثلا في توريد معدات حربية أثناء حالة الحرب.³

لذلك فقد ذهب آخرون إلى الاعتراف بالتعويض كجزاء تملك الإدارة توقيعه على المتعاقد معها.⁴ إذ يعتبر مثله مثل بقية الجزاءات في العقد الإداري ينبغي النظر إليها لا على أنها تعويض مادي عن ضرر، أو أنها عقوبات على المتعاقد فحسب، بل هي من قبل وسائل في أيدي الإدارة تبتغي بها تأمين سير المرافق العامة بانتظام واضطراد، فهي ليست مجرد أدوات لمعالجة إخلال الملتزم بالتزاماته.⁵

الفرع الثاني: خصائص جزاء التعويض.

والتعويض كجزاء مالي يمكن للإدارة توقيعه في العقد الإداري يتميز عن التعويض في القانون الخاص، وعن باقي الجزاءات المالية في العقد الإداري باعتباره يتميز بمجموعة من الخصائص تتمثل فيما يلي:

¹ - د. عاطف سعدي محمد علي، المرجع السابق، ص 474.
² - د. عبد القادر دراجي، المرجع السابق، ص 98.
³ - د. عبد الله نواف العنزي، المرجع السابق، ص 83.
⁴ - د. مازن ليلو راضي، دور الشروط الاستثنائية في تمييز العقد الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2002، ص 93؛ د. نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص 184؛ د. محمود خلف الجبوري، المرجع السابق، ص 134.
⁵ - د. عبد المنعم محفوظ، القانون الإداري، الكتاب الثاني، الطبعة الأولى، مكتبة عين شمس، القاهرة، مصر، ص 244.

إن التعويض ذو طبيعة مالية، إذ لا يخفي أن الإدارة تأخذه من المتعاقد المخل مالياً، ممثلاً في مبلغ يدفعه لا عمل يؤديه. كما أنه لا يحتاج إلى نص يقرره في العقد، بمعنى يمكن للإدارة توقيعه حتى ولو سكت عنه العقد، باعتباره يستمد وجوده من القواعد العامة في المسؤولية¹.

إن التعويض في نطاق العقود الإدارية ذو طابع ضاغط وهذا ما يميزها عن التعويض في القانون المدني، ذلك أن الخوف من دفع مبلغ من المال سوف يرغم المتعاقد على تنفيذ التزاماته طواعية خاصة ما إذا كان المبلغ مرتفعاً أحياناً، وهذا الطابع الخاص للتعويض في العقود الإدارية يبرز أهمية هذا الجزاء من حيث مرونته، وسهولة تطبيقه، وتناسبه مع خطأ المتعاقد². أما نظام التعويض في مجال العقود المبرمة في نطاق القانون الخاص يهدف إلى إصلاح الضرر الذي أصاب الطرف المضرور لا أكثر من ذلك³.

وهذا الطابع الضاغط للتعويض على المتعاقد مع الإدارة حتى يتوقى الإخلال بالتزامه التعاقدية، إنما يرجع إلى هدفه مثل جميع الجزاءات الإدارية إلى سير المرافق العامة بانتظام واضطراد، فالمتعاقد مع جهة الإدارة له سمة خاصة بالأداء التعاقدية الملزم، وذلك لأن المرافق العامة تؤدي خدمة عامة، والإخلال بالتعاقد معها يعتبر إخلالاً بالمصلحة العامة، التي تسمح للإدارة بالتعويض، سواءً إن كان تعويضاً عن التنفيذ أو التأخر فيه⁴.

إن التعويض وسيلة لتغطية الأضرار الحقيقية التي تلحق بالإدارة. فلا يستحق إلا إذا ثبت الضرر كما هو الشأن في القانون الخاص، ويقدر التعويض وفقاً لجسامة الضرر الذي تحمته الإدارة مع الأخذ بعين الاعتبار طبعاً ما تكون الإدارة قد ساهمت في حصوله بنسب معينة، بحيث يقع على عاتقها هذا الجزء من المسؤولية، نتيجة الخطأ الذي تتسبب به. هذا ما يجعل التعويض يختلف عن غرامات التأخير من حيث الغاية التي يستهدف تحقيقها كل منهما، فإذا كانت هذه الأخيرة ضماناً لتنفيذ العقود الإدارية في المواعيد المتفق عليها حرصاً

1- د. عبد الله نواف العنزي، المرجع السابق، ص 81، 82.

2- د. عبد المجيد محمد فياض، نظرية الجزاءات في العقد الإداري، المرجع السابق، ص 181.

3- أحمد سلامة بدر، العقود الإدارية وعقد البوت B.O.T، مكتبة دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2003، ص 181.

4- د. نصر الدين بشير، المرجع السابق، ص 276.

على حسن سير المرافق العامة بانتظام واضطراد، فإن الغاية من التعويض هي جبر الأضرار التي أحدثها إخلال المتعاقد بالتزاماته¹. وهذا ما يميزه ليس فقط عن جزاء غرامة التأخير بل باقي الجزاءات المالية الأخرى في إطار العقد الإداري (مصادرة التأمين)². خاصة وأن الجزاءات المالية والتي سبق لنا دراستها توقعها الإدارة دون حاجة لإثبات أن ضرر ما قد لحقها، بل ولو لم يلحقها ضرر أصلاً، ذلك أن مجرد الإخلال يمس بالمرفق العام وبالتالي المصلحة العامة مما يجعل الضرر مفترض على حد ما سبق شرحه.

بالرغم من الدور الضاغط الذي يطغى على التعويض كجزاء إداري تفرضه الإدارة، إلا أن دورها التعويضي في نطاق العقود الإدارية أقل مما هو عليه في القانون الخاص، والسبب في ذلك يرجع إلى أن الضرر الذي يلحق المنتفعين من المرفق العام لا يمكن تعويضهم عنه بشكل دقيق وبذلك لا يشكل عوضاً عادلاً لهم، حيث لا يهم المنتفعين من المرفق العام الحصول على مبلغ النقود بقدر ما يهم هو أن تقوم المرافق العامة بخدماتها³. أما في نطاق القانون الخاص فالتعويض يكون عادلاً ذلك أن المدين يُلزم بدفع مبلغ من المال يعادل الضرر الحقيقي والفعلي اللاحق بالدائن.

التعويض باعتباره جزاء إداري يُفرض على المتعاقد المخل بتنفيذ التزاماته، لا يكون محدداً ومقدراً في العقد الإداري أو دفتر الشروط الملحق به، وإلا أصبح في حكم غرامات التأخير أو مصادرة التأمينات، والسبب في ذلك أن مقداره متغير حسب حجم الضرر الذي لحق الإدارة المتعاقدة، أي أن مقداره يجب أن يتناسب مع حجم الضرر⁴.

من أبرز مظاهر تميز التعويض في العقود الإدارية عن العقود المدنية، إمكان الجمع بينه وبين غيره من الجزاءات التعاقدية الأخرى، يتخذ هذا الجمع مظاهر عديدة من أهمها: أنه يمكن للإدارة الجمع بين غرامة التأخير والتعويض، كما يمكن الجمع بين التعويض

1- د. نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص 184، 185.

2- نصر الدين بشير، المرجع السابق، ص 276.

3- رشا محمد جعفر الهاشمي، المرجع السابق، ص 57؛ د. عبد الله نواف العنزي، المرجع السابق، ص 83؛ د. نصر الدين بشير، المرجع السابق، ص 277.

4- بن سديرة جلول، المرجع السابق، ص 82.

ومصادرة التأمين¹. وهذا الجمع كما سبق شرحه يستند إلى اختلاف التعويض عنهما من حيث السبب والوجهة والغاية. كما لا يخل فسخ العقد ومصادرة التأمين دون رجوع الإدارة على المتعاقد بالتعويضات اللازمة².

فيجوز إذن للإدارة طلب التعويض في بعض حالات فسخ العقد³. كما يجوز الجمع بين التعويض والتنفيذ على حساب المتعاقد⁴.

إن جهة الإدارة لا تملك أن تتنازل عن حقها في التعويض أو تعفي المتعاقد معها المخل بتنفيذ التزاماته، وهذا على عكس الجزاءات المالية الأخرى والتي تملك الإدارة إعفاء المتعاقد منها إذا هي قدرت سلامة الأسباب التي تدعو إلى ذلك، كما لو قدرت أن المصلحة العامة لم يلحقها ضرر من جراء الإخلال بالالتزام، وسبب عم جواز إعفاء المتعاقد من التعويض من قبل الإدارة هو أن أحد شروط استحقاق التعويض هو توافر ضرر مباشر، وهذا ما يتنافى مع الحكمة من الإعفاء من الجزاءات، حيث أن الإعفاء منها يرتبط بكون المصلحة العامة لم يلحقها ضرر، والتعويضات لا يمكن فرضها إلا إذا كان عدم التنفيذ أو التأخير فيه من المتعاقد قد سبب ضررا. كما أن هدف التعويض هو تغطية الأضرار الحقيقية على خلاف هدف باقي الجزاءات المالية وهو الضغط على المتعاقد لتنفيذ التزاماته⁵.

¹- د. عبد الله نواف العنزي، المرجع السابق، ص 86، 88، عدنان عمرو، المرجع السابق، ص 197.

²- عدنان عمرو، المرجع السابق، ص 197.

³- د. حسان عبد السميع هاشم، المرجع السابق، ص 121، 122.

⁴- هذا ما نستشفه من رأي إدارة الفتوى والتشريع في 1990/5/30، رقم 1230، مرجع 90/125/2، مجموعة المبادئ القانونية في العقود الإدارية في أربعين عاما، ص 219. أشار إليها د. عبد الله نواف العنزي، المرجع السابق، ص 87، 88. حيث أجازت الجمع بين مصادرة التأمين في حالتها الفسخ أو التنفيذ على حساب المتعاقد (سحب العمل من المقاول)، من جهة وبين التعويض من جهة أخرى. فمن باب أولى فإنه يمكن الجمع بين التعويض والتنفيذ على حساب المتعاقد. وهذا ما نستشفه أيضا من موقف المشرع الجزائري، المادة 152 من مرسوم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام السابق ذكرها حيث إذا كانت هذه المادة تمنع المتعاقد من الاعتراض على قرار الإدارة بالجمع بين قرار الفسخ ومصادرة التأمين والتعويض، وزيادة على ذلك التكاليف الإضافية التي تنجم عن الصفقة الجديدة نتيجة التنفيذ على حساب. من ثم فإنه من باب أولى ليس هناك ما يمنع حسب هذه المادة الجمع بين جزاء التعويض وجزاء الفسخ، أو بين جزاء التعويض وجزاء التنفيذ على حساب المتعاقد.

⁵- د. نصر الدين بشير، المرجع السابق، ص 296، 297.

لكن يختلف الأمر إذا كان الضرر الناشئ بسبب أجنبي (كأن تكون قوة قاهرة مثلاً) أو بفعل الإدارة نفسها، فيكون للإدارة في هذه الحالة أن تعفي المتعاقد معها من التعويض¹.

المطلب الثاني: شروط التعويض.

يترتب على العقد بصفة عامة إنشاء التزامات تقع على كاهل كل من طرفيه، فإذا لم يقدّم المتعاقد بتنفيذ التزامه تقوم مسؤوليته العقدية. ولكي تقوم هذه المسؤولية العقدية للمتعاقد في إطار العقد الإداري، وتتمكن الإدارة من ممارسة سلطتها الجزائية بطريق التعويض لا بد من توافر عدة شروط وهي: الخطأ، الضرر، علاقة السببية بين الخطأ والضرر.

هذه الشروط وإن كانت تحكمها المبادئ العامة في التعويض، إلا أنها تتميز في خصوص العقود الإدارية، بذات المميزات التي تميز هذه الأخيرة عن عقود القانون الخاص².

وعليه سنتناول الخطأ العقدي في الفرع الأول، والضرر في الفرع الثاني، والعلاقة السببية بين الخطأ والضرر في الفرع الثالث.

الفرع الأول: الخطأ العقدي.

الخطأ في فقه القانون هو الإخلال بواجب قانوني³. الخطأ العقدي هو عدم قيام المدين بالتزاماته الناشئة من العقد أي كان السبب في ذلك⁴. أو هو انحراف في سلوك المدين بهذا الالتزام لا يأتيه الرجل المعتاد إذا وُجد في نفس ظروف المدين العادية، فالإنسان السوي، لا يمكن أن يُخل بالتزاماته إلا لأسباب خارجة عن إرادته⁵. وهو دوماً موجب لجبره بمقابل يؤديه المخطئ⁶.

¹ - محمد حسن مرعي الجبوري، سلطة الإدارة في فرض الجزاءات الجنائية والمالية في العقود الإدارية، المرجع السابق، ص 152، 153.

² - د. عبد الله نواف العنزي، المرجع السابق، ص 88.

³ - د. نصر الدين محمد بشير، المرجع السابق، ص 271.

⁴ - د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص 893.

⁵ - د. عدنان إبراهيم السرحان ود. نوري حمد خاطر، شرح القانون المدني، مصادر الحقوق الشخصية (الالتزامات) - دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، الإصدار الثاني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، سنة 2005، ص 302.

⁶ - د. عبد الله نواف العنزي، المرجع السابق، ص 88.

ويشترط لقيام الخطأ أو الإخلال بالتزام عقدي والذي به تقوم مسؤولية المدين، وجود التزام عقدي أولاً، وثانياً، عدم قيام المدين بتنفيذ التزامه كلياً أو جزئياً أو تأخره في تنفيذه أو تنفيذه له بشكل معيب، وثالثاً، أن ينسب هذا الإخلال إلى تعد أو تقصير من المدين¹.

ويجدر التنبيه إلى أن الشرطين الأخيرين للخطأ يمثلان العنصر المادي والعنصر المعنوي للخطأ على التوالي، فالعنصر المادي له يتمثل في عدم القيام بالواجب على الوجه المرضي، أما العنصر المعنوي فهو: نسبة هذه الواقعة إلى المكلف بهذا الواجب، بأن يكون قد تخلف عن القيام بواجبه رغم أنه كان في الوسع أن يتبينه وأن يقوم به².

والخطأ في مجال العقود الإدارية – كشأنه في غيرها- يتمثل في الإخلال بالتزام تعاقدي، وهذا الأخير إن كان يتمثل في سلوك مخالف للعقد، فإن له صورتين:

إحدهما: إيجابية، مفادها تنفيذ المتعاقد لالتزامه، ولكن بشكل غير مرض، إي ليس على النحو المتفق عليه، أو الذي يحقق الغاية المرجوة منه، أو بالشكل المتطلب اتفاقاً. والأخرى: سلبية، تتمثل في امتناع المتعاقد عن القيام بالتزاماته العقدية: أحدها أو جميعها³.

كما أن الخطأ سواء في مجال العقود المدنية أو الإدارية هو عدم قيام المدين بتنفيذ التزاماته الناشئة عن العقد أياً كان السبب في ذلك، يستوي أن يكون عدم التنفيذ ناشئاً عن عمد أو إهماله أو فعله دون عمد أو إهمال، فإذا استحال على المدين بالالتزام أن ينفذ التزاماته عينا كان مسئولاً عن التعويض لعدم الوفاء بها، ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبي لا يد له فيه⁴.

كما لا يشفع للمتعاقد أن يدفع عن نفسه الخطأ في تنفيذ التزامه بمقولة: إنه لم يفهم نصوص العقد، ولم يعرف على وجه الدقة إيجاب ما يلزمه به النص للتنفيذ، لأنه وكما تقول المحكمة الإدارية العليا المصرية: "الخطأ واقعة مجردة قائمة بذاتها، متى تحققت أوجب

¹- د. عدنان إبراهيم السرحان ود. نوري حمد خاطر، المرجع السابق، ص 302.

²- د. نصر الدين بشير، المرجع السابق، ص 271.

³- حكم محكمة الاستئناف الدائرة الإدارية (المصرية): جلسة 1982/6/15، في الطعن رقم 1982/133، مجموعة المبادئ القانونية في العقود الإدارية، ص 247. أشار إليه د. عبد الله نواف العنزي، المرجع السابق، ص 88.

⁴- فتوى الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع (المصرية)، رقم 266، بتاريخ 1990/3/7، جلسة 1990/2/21، ملف رقم 1834/2/32، المبادئ القانونية التي أقرتها الجمعية العمومية، ص 804. وكذلك حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن رقم 77 لسنة 47، ق. عليا، جلسة 2007/7/10. أشارت إليه مريم محمد أحمد، المرجع السابق، ص 197.

مسؤولية مرتكبها، بغض النظر عن الباعث على الوقوع منه، إذ لا يتبدل الخطأ بحسب فهم مرتكبه للقاعدة القانونية وإدراكه فحواها، لأن الخطأ في فهم الدافع أو القانون ليس عذرا مانعا من المسؤولية¹.

أما فيما يتعلق بمعيار الخطأ فإنه من الصعوبة بمكان وضع معيار محدد له، ففي القديم فرق الفقهاء بين أنواع عديدة من الخطأ وهي الخطأ التافه إلى اليسير إلى الجسيم وخصوا كل طائفة منها بمعيار خاص من هذه المعايير، وهذه التفرقة مهجورة، إلا أن مقياس الخطأ واحد وهو بمثابة الشخص المعتاد وبعبارة أخرى عناية رب الأسرة المحمود، فهذا المعيار مادي وليس شخصي يختلف باختلاف الأشخاص بل يُنظر فيه إلى رجل من الناس يعني بشؤون بيته عناية طيبة من غير إفراط في الحرص ولا تفريط².

وبالنسبة للعقود الإدارية فإنه تستقل جهة الإدارة في تقديرها للخطأ مستندة في ذلك على التزامات المتعاقد وفقا لنصوص العقد وما تقتضيه قواعد العدالة وما جرى عليه العمل، كما أن تقدير الخطأ يختلف بحسب ما إذا كان الالتزام ببذل عناية أم بتحقيق نتيجة³. ففي الالتزام بتحقيق نتيجة يجب على المدين تحقيق نتيجة مرجوة من العقد، فإن لم تتحقق اعتبر المدين مُخلا بالتزامه العقدي، وافترض الخطأ في جانبه، إلا أنه يكون للمدين رفع المسؤولية إذا أثبت عدم تحقق النتيجة المرجو جاء لسبب أجنبي خارج عن إرادته، ولا يمكن له نفيها بمجرد انعدام تعديه أو تقصيره.

أما الالتزام ببذل عناية، فلا يُفرض فيه على المدين الوصول إلى نتيجة مرجوة، وإنما عليه فقط بذل العناية للوصول إليها، فإن بذلها يكون قد وفى بالتزامه ولا تقوم مسؤوليته العقدية، والعناية المطلوبة هنا هي عناية الرجل المعتاد، أي لا بد من تقدير سلوك المدين بالموازنة بين ما فعله وما يجب أن يفعله على نحو يسمح بالكشف عن تقصيره أو تعديه⁴.

¹ - حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية، جلسة 2004/1/10، في الطعون أرقام 3115، 33137، 40/3143 ق. عليا، مجموعة المبادئ القانونية، 2005، ص 196. أشار إليه د. عبد الله نواف العنزي، المرجع السابق، ص 89.

² - د. منير محمود الوترى، العقود الإدارية وأنماطها التطبيقية ضمن إطار التحولات الاشتراكية، مطبعة الجامعة، بغداد، 1979، ص 152.

³ - حسن علي الذنون، شرح القانون المدني، أحكام الالتزام، الطبعة الثانية، العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، 2007، ص 32.

⁴ - د. عدنان إبراهيم السرحان، د. نوري حمد خاطر، المرجع السابق، ص 302، 303. يجدر التنبيه إلى أن بعض الفقه الجزائري لا يساند فكرة افتراض الخطأ في جانب المتعاقد الذي أخل بالالتزام بتحقيق نتيجة مما يعفي الدائن من عبء

ويقع على الدائن في هذه الحالة عبء الإثبات بأن يثبت إهمال المدين غير أنه لا يطلب منه أن يقدم دليلاً قاطعاً عليه، بل يكفي منه بما يجعل دعواه قريبة التصديق، فالإهمال واقعة مادية يجوز إثباتها بكافة الطرق، مما ينقل عبء الإثبات بمقتضاه إلى المدين الذي يتعين عليه نفي الخطأ عن نفسه بأنه قد بذل العناية المطلوبة، ولا سبيل له لنفي الخطأ عن نفسه بعد أن ثبتت واقعة ترجح إهماله، إلا أن يبين الظروف التي تمت فيها هذه الواقعة والتي من شأنها أن تنفي عنها وصف الإهمال¹.

وتجدر الإشارة إلى أن ليس يلزم أن يكون المتعاقد نفسه مصدر الخطأ هو المتعاقد نفسه، وإنما يمكن أن تثار مسؤوليته ويلتزم بالتعويض إذا وقع الخطأ من شخص آخر يكون هذا المدين مسؤولاً عنه². ولا يمكن القول في هذه الحالة بأن ذلك إخلال بمبدأ شخصية المسؤولية العقدية، لأن هذا يعد مجرد تطبيق لها، فالمسؤولية في الحالة الأولى عن خطأ شخصي، وفي الحالة الثانية عن إهمال الرقابة، وكلاهما نحض مسؤولية شخصية أي عن خطأ شخصي، تمثل حدوثه في الحالة الأولى فيما ارتكبه من إخلال، وفي الحالة الثانية فيما قصر فيه من رقابة وإشراف³.

وعلى نحو ما تقدم فإنه لا تعرف نظرية العقد الإداري في شأن الخطأ، فكرة المسؤولية بغير خطأ إذا نُظر إليها من جانب المتعاقد، وإن كان يمكن حدوث ذلك وقيامها في جانب الإدارية ذاتها، كقيامها بإنهاء العقد المبرم مع المتعاقد بغير خطأ منه، تحقيقاً للمصلحة العامة، هنا يكون للمتعاقد مطالبتها بالتعويض عما لحقه من أضرار نتيجة الإنهاء الفردي للعقد، وهي تلتزم به رغم أنه لم يقع خطأ من جانبها⁴.

الفرع الثاني: الضرر.

إثبات عدم تحقق النتيجة المرجوة، بل يشترط على الدائن إثبات عدم تحقيق هذه النتيجة التي استهدفها؛ د. محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 330.

¹- د. نصر الدين بشير، المرجع السابق، ص 272، 273. وتجدر الملاحظة إلى أنه لا يطلب من الدائن تقديم دليل قاطع على إهمال المدين في بذل العناية اللازمة لتنفيذ التزاماته راجع إلى صعوبة إثبات هذه الحالة؛ د. محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 330.

²- د. حسان عبد السميع هاشم، المرجع السابق، ص 90.

³- د. عبد الله نواف العنزي، المرجع السابق، ص 89، 90.

⁴- السلال سعيد جمعة الهويدي، سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري بالإرادة المنفردة - دراسة نظرية وتطبيقية مقارنة في الإمارات العربية المتحدة والدول الأجنبية، رسالة ماجستير، جامعة طنطا، طنطا، مصر، سنة 1994، ص 211.

لا يكفي وقوع الخطأ لاستحقاق التعويض، وإنما يلزم أن يكون قد رتب ضرراً للإدارة، ويبدو من هذه الناحية، ذاتية التعويض، كجزاء عقدي، عن غيره من الجزاءات التعاقدية الأخرى، لسيما غرامة التأخير التي يمكن فرضها حتى ولو لم يقع ضرر، أو الفسخ الذي لا يستلزمه، أو التنفيذ على حساب المتعاقد الذي لا يتطلبه¹. كما يجب أن يكون التعويض متناسباً مع الضرر ويقدر بمقداره بما يحقق جبر الضرر².

فالضرر هو الركن الثاني للمسؤولية العقدية، إذ يجب أن يترتب على الخطأ ضرر يصيب الدائن لعدم تنفيذ المدين التزامه التعاقدى أو التأخر فيه. فيمكن تعريف الضرر بأنه الأذى الذي يصيب الشخص نتيجة المساس بمصلحة مشروعة له أو بحق من حقوقه، والمصلحة المشروعة إما تكون مادية أو أدبية، وعبء إثبات الضرر يقع على عاتق الدائن، لأنه المدعي في دعوى المسؤولية³. ويقصد بالضرر الناشئ عن التزام عقدي هو ما يصيب الدائن من أذى نتيجة لإخلال المدين بالتزامه العقدي، وهو يشمل الضرر المباشر المتوقع الذي يسببه المدين للدائن⁴.

والضرر في مجال العقود الإدارية يمثل مساساً بمصلحة أحد المرافق العامة⁵.

إلا أنه يلزم لا اعتباره موجبا للتعويض توافر عدة شروط هي:

1- أن يكون محقق الوقوع سواء كان وقوعه حالاً أو مستقبلاً، أما الضرر غير محقق الوقوع فإنه لا يصلح كشرط في التعويض بل يجب الانتظار حتى يتحقق الضرر لتقوم بناءً عليه مسؤولية المتعاقد الذي ارتكب الخطأ⁶. وهذا الأخير يعبر عنه بالضرر الاحتمالي، الذي لا يلتزم المدين بتعويضه إلا إذا تحقق فعلاً⁷. وتحديد ما إذا

¹ -C.E. 2/10/1987. Kahin. P. 728.

أشار إليه د. عبد الله نواف العنزي، المرجع السابق، ص 90.

² - د. عبد الله نواف العنزي، المرجع نفسه، ص 90.

³ - د. محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 331.

⁴ - د. عدنان إبراهيم السرحان، ود. نوري حمد خاطر، المرجع السابق، ص 311.

⁵ - د. عصام الدين الجبالي محمد بوزيد، "أحكام الضرر في المسؤولية الإدارية"، مجلة معهد الإدارة العامة، الرياض، المجلد 43، جوان 2003، ص 202.

⁶ - د. جمال عثمان جبريل، الوسيط في العقود الإدارية، إبرام العقد الإداري وصحته، بدون دار نشر وسنة نشر، ص 352.

⁷ - د. عدنان إبراهيم السرحان، ود. نوري حمد خاطر، المرجع السابق، ص 313.

كان الضرر الذي أصاب الدائن متوقعا أم غير متوقع، يتوقف على ظروف كل حالة على حدة، غير أن هناك قواعد عامة واجبة الإلتباع وهي: أنه لا يشترط أن يكون في الإمكان توقع مقدار الضرر على وجه الدقة، بل يكفي أن يكون على وجه تقريبي ما دام كافيا لإعلام المدين بدرجة جسامته التعويض الذي قد يُلزم به. وأن العبرة في توقع الضرر بوقت التعاقد، فلو أن الضرر لم يكن متوقعا في ذلك الوقت، ولكنه صار ممكن التوقع بعد ذلك، أي في الفترة ما بين انعقاد العقد والإخلال بالالتزام، فلا يكون المدين مسؤولا عن تعويضه. كما أن معيار توقع الضرر موضوعي مجرد، وهو الضرر الذي كان يمكن أن يتوقعه الشخص العادي لو وُجد في مثل الظروف الخارجية التي وُجد فيها المدين، فليس المقصود هو الضرر الذي توقعه المدين فعلا أو الذي كان في استطاعة هذا المدين بالذات أن يتوقعه ومن ثم فإنه إذا كان للدائن ظرف خاص ليس في وسع المدين توقعه، ومن شأنه أن يصيبه بضرر خاص أو يزيد في مقدار الضرر الذي قد يصيبه إذا أخل المدين بالتزاماته، وسكت الدائن عن إخطار المدين به وقت التعاقد، فإن هذا الأخير لا يُسأل عن ذلك الضرر الخاص أو الزائد والذي ما كان ليصيب الدائن لولا هذا الظرف الخاص الذي سكت عنه، ويقتصر التعويض في هذه الحالة على الضرر الذي ينجم عن الإخلال بالالتزام في الظروف المعتادة¹. وتجدر الإشارة إلى أن في المسؤولية العقدية يقتصر التعويض على الضرر المتوقع في غير حالتي الغش والخطأ الجسيم². وعند تحقق هذين الحالتين (الغش أو الخطأ الجسيم) فإنه يُلزم المدين بتعويض الضرر المتوقع وغير المتوقع³.

2- أن يكون الضرر مباشرا، وهو الضرر الذي يكون نتيجة طبيعية للخطأ الذي ارتكبه المتعاقد وأحدثه، ولا يستطيع المضرور توقيه بجهد معقول. ولا يكون الضرر مباشراً إلا إذا كان نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو للتأخر فيه طبقا للمجرى العادي للأمر، أي أنه لا يكون مباشراً إلا إذا كان نتيجة ضرورية أو محققة للواقعة

¹- د. نصر الدين بشير، المرجع السابق، ص 267، 268.

²- د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المجلد الثاني، المرجع السابق، ص 1361؛ د. حسان عبد السميع هاشم، المرجع السابق، ص 116 المادة 182.

³- د. حسان عبد السميع هاشم، المرجع السابق، ص 117.

التي لحقها وصف الخطأ¹. فالأضرار المباشرة هي وحدها التي تحتفظ من الناحية القانونية بعلاقة السببية بينها وبين الخطأ². فيكون هذا الأخير هو سببها المباشر. أما الأضرار غير المباشرة فهي التي لا تكون نتيجة طبيعية للخطأ الذي أحدث الضرر، فتتقطع علاقة السببية بينها وبين الخطأ³. وهنا المتعاقد لا يكون مسؤولاً عنها حتى وإن كان سيء النية⁴. ووصف الضرر بأنه مباشر لا يعني أنه يصيب حقا أو مصلحة للإدارة – تلقائيا- فحسب، وإنما يتبلور في إمكان تقديره مباشرة، بالخسارة التي لحقت للإدارة والكسب الذي فاتها⁵. وهذين الأخيرين هما عنصران الضرر المباشر فهذان العنصران هما اللذان يقومان بالمال لأجل التعويض⁶. وقد أقرت ذلك فتوى الجمعية العمومية المصرية بقولها: "... وتقدر قيمة التعويض عن عدم تنفيذ الالتزام المشار إليه على أساس ما نشأ عن عدم التنفيذ من ضرر يتمثل فيما لحق الوزارة من خسارة وما فاتته من كسب بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام، ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول..."⁷.

3- بتحقيق الضرر يتحقق الخطأ الذي يتوافر، سواء انصرفت نية المتعاقد إليه أم لا. بمعنى أنه يتحقق سواء وقع من المتعاقد عن عمد أو عن إهمال، أو قام به دون عمد أو بغير إهمال، إذ يكفي في قيام المسؤولية تحقيقه بذاته. بغض النظر عن الجانب أو الركن المعنوي، لأن العبرة فيما أحدثه من ضرر وما ترتب عليه من مساس بمصالح المرفق، لا بما إذا كان يقصده المتعاقد أم لا. ولذا قضت المحكمة الإدارية العليا بأن: المستقر عليه في قضاء هذه المحكمة أن الخطأ العقدي هو عدم قيام

¹- د. حسان عبد السميع هاشم، المرجع نفسه، ص 115.

²- د. نصر الدين بشير، المرجع السابق، ص 265.

³- د. نصر الدين بشير، المرجع نفسه، ص 265.

⁴- د. سليمان مرقس، شرح القانون المدني، الجزء الثاني، في الالتزامات، المطبعة العالمية، القاهرة، 1964، ص 603.

⁵- د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 1361. وأشارت إلى هذين العنصرين للضرر المباشر المادة 182 من القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم.

⁶- د. نصر الدين بشير، المرجع السابق، ص 266.

⁷- فتوى رقم 516 في 16/8/1962، جلسة 10/1/1962، ملف رقم 11/1/93، المبادئ القانونية التي أقرتها الجمعية العمومية في شأن العقود. ص 802. أشارت إليه مريم محمد أحمد، المرجع السابق، ص 202. وأكدت ذلك أيضا المحكمة الإدارية العليا المصرية في حكمها بتاريخ 27/4/1999، في الطعن رقم 41/5327. أشار إليه د. عبد الله نواف العنزي، المرجع السابق، ص 91، 92.

المدين بتنفيذ التزاماته الناشئة عن العقد، أيا كان السبب في ذلك. يستوي في هذا أن يكون عدم التنفيذ ناشئا عن عمد أو إهمال، أو فعله دون عمد أو إهمال¹. كما تجدر الإشارة إلى أنه حتى اتفاق الجهة الإدارية والمتعاقد على فسخ العقد، لا يحول دون ما لها من حق المطالبة بالتعويض عما ترتب على إخلاله بالتزاماته من أضرار بالمرفق، طالما كانت هذه الأضرار سببها المخالفات العقدية التي ارتكبتها المتعاقد².

4- لا يُشترط في الضرر أن يكون على درجة معينة من الجسامة بل تستحق الإدارة التعويض حتى ولو كان الضرر بسيطا ولكن يجب أن تثبت إصابتها بالضرر تبعا للقواعد العامة في الإثبات بأن البيئة على من ادعى، إذ لا يكفي ادعاءها بما لحقها من ضرر، إنما يقع عليها بيان عناصر هذا الضرر، والتدليل على تداعي إصابتها به³. وهو ما أكدته المحكمة الإدارية العليا المصرية بقولها: "... ومن حيث إنه لما سبق كانت الهيئة الطاعنة لم تحدد عناصر التعويض المطالب به ولم تقدم ما يفيد إصابتها بأضرار مادية أو أدبية نتيجة إخلال المطعون ضده بالتزاماته فضلا عن إنها لم تبين الأضرار التي أصابتها بما يجاوز قيمة التأمين النهائي الذي تم مصادره بحسبانها الدائن الذي يطالب بالتعويض والملزمة قانونا بإثبات الأضرار التي أصابتها، ولا يغني الإدارة في هذا الشأن الإشارة إلى أنه ترتب على إخلال المطعون ضده بالتزاماته الإخلال بحسن سير المرفق العام نظرا لأن اتصال العقد بالمرفق العام مع توافر الشروط غير المألوفة يطبع العقد بطابع العقود الإدارية والتي تمنح الإدارة سلطات ومكنات ومنها سلطة توقيع الجزاءات المالية وفسخ العقد والتنفيذ على الحساب ومن ثم فليس من شأن هذا الإخلال في ذاته استحقاق الإدارة للتعويض والذي يقدر في ضوء الأضرار التي أصابت الإدارة..."⁴.

¹ - حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية، جلسة 2002/2/19، في الطعن رقم 36/2466 ق. عليا، مجموعة المبادئ القانونية، 2003، ص 242. أشار إليه د. عبد الله نواف العنزي، المرجع نفسه، ص 92.

² - د. عبد الله نواف العنزي، المرجع السابق، ص 92 و 93.

³ - د. عبد الله نواف العنزي، المرجع نفسه، ص 91.

⁴ - حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن رقم، 37/1383 ق، جلسة 1998/12/15، الدائرة الثالثة. أشار إليه د. محمد ماهر أبو العينين، القاضي الإداري وتطبيق قوانين المزايدات والمناقصات على العقود الإدارية، دار أبو المجد، القاهرة، مصر، 2008، ص 624 وما بعدها.

5- في حالة تعدد المسؤولين عن إحداث الضرر فإنهم يلتزمون بتعويض المتضرر دون تمييز بين المسؤول الأصلي والشريك¹.

الفرع الثالث: علاقة السببية بين الخطأ والضرر.

لا يكفي أن يكون هناك خطأ وضرر، بل يجب أن يكون الضرر الذي أصاب الدائن نتيجة لخطأ المدين، وبمعنى آخر أن يكون الخطأ هو السبب في الضرر. وهذا ما يُعبر عنه بعلاقة السببية².

فمجرد التعاصر الزماني والمكاني لا يكفي أن يثبت أن الخطأ كان هو السبب في الضرر بل يجب أن تكون الرابطة بينهما من الأهمية بحيث يمكن القول معها أنه لو لا الخطأ ما وقع الضرر³. وهذا ما نستنتجه من نص المادة 1/221 من القانون المدني المصري ونص المادة 1/182 من القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم، حيث تؤكد المادتين على أن التعويض يشمل ما لحق الدائن من خسارة وما فاتته من كسب، بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو التأخر في الوفاء به. ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول.

بالتالي على الدائن أن يثبت أن الضرر الذي لحق به راجع إلى هذا الإخلال، والدائن لا يثبت سوى أن المدين أخل بالتزامه التعاقدي بعدم تنفيذه أو تأخره في التنفيذ أو تنفيذه تنفيذاً معيباً. لكن هذا الأخير يستطيع أن يُرجع الإخلال إلى سبب أجنبي لا يد له فيه. ويُرد السبب الأجنبي الذي يرفع عن المدين المسؤولية إلى ثلاثة عوامل: القوة القاهرة، وفعل الغير، وفعل المتضرر نفسه (الدائن)⁴. وهذا راجع إلى الأصل الذي يقوم على افتراض علاقة

¹- وهذا طبقاً للمادة 129 من القانون المدني المصري؛ مريم محمد أحمد، المرجع السابق، ص 203. وتجدر الإشارة إلى أن مضمون هذه المادة يتطابق مع مضمون المادة 126 من القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم والتي تنص على أن: "إذا تعدد المسؤولون عن فعل ضار، كانوا متضامنين في التزامهم بتعويض الضرر، وتكون المسؤولية فيما بينهم بالتساوي إلا إذا عين القاضي نصيب كل منهم في الالتزام بالتعويض".

²- د. محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 335.
³- د. توفيق حسن فرج، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، الجزء الأول، دون مكان نشر، 1978، ص 358 وما بعدها.

⁴- د. عدنان إبراهيم السرحان، ود. نوري حمد خاطر، المرجع السابق، ص 315. والسبب الأجنبي الذي يرفع المسؤولية عن المدين نجد أن المشرع الجزائري قد عبر عنه في نص المادة 176 من القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم، أما بالنسبة لخطأ الدائن كسبب لرفع المسؤولية عن المدين أيضاً نجده قد عبر عنه في نص المادة 177 من نفس القانون.

السببية بين الخطأ والضرر، إذ المدين غير مكلف بإثبات قيامها، بل يُكلف المدين بنفي وجودها إذا ادعى أنها غير موجودة، وذلك بإثباته أن الضرر يرجع إلى قوة قاهرة أو حادث فجائي أو فعل الغير¹.

وهذا ما أكدت عليه المحكمة الإدارية العليا المصرية بقضائها أنه: "...ومن المقرر قانوناً أن الالتزام ينقضي لاستحالة تنفيذه، ومتى استحال تنفيذ الالتزام في العقود الملزمة للجانبين تنقضي معه الالتزامات المقابلة له وينفسخ العقد من تلقاء نفسه (المادة 159 من القانون المدني) ومتى كانت استحالة تنفيذ الالتزام راجعة إلى السبب الأجنبي الذي لا يد للمدين فيه فإن الالتزام ينقضي صلاً سواء من حيث التنفيذ العيني أو التعويض (المادة 215 من القانون المدني)، ومن المقرر أن السبب الأجنبي هو الحادث الفجائي أو القوة القاهرة أو خطأ الدائن أو فعل الغير، والثابت - كما تقدم - أن الانهيار الذي حدث للمحجر محل النزاع كان طبيعياً لا دخل لإرادة الطاعن فيه ويعتبر بمثابة قوة قاهرة خاصة أن كان يستحيل دفعه أو توقيعه، الأمر الذي مؤداه أن توقف الطاعن عن استغلال المحجر وتنفيذ بقية التزاماته الناشئة عن العقد كان له ما يبرره لاستحالة التنفيذ ولا يجوز اعتباره مقصراً في تنفيذ تلك الالتزامات وتوقيع الجزاءات العقدية عليه..."².

وتجدر الإشارة إلى أن هناك شروط يجب توافرها لتحقيق السبب الأجنبي وبه يُعفى المدين من المسؤولية وهي:

الشرط الأول هو أن يكون عدم تنفيذ الالتزام لسبب خارجي بالأصل وغير منسوب للمدين، فالعيب في الشيء سبب الضرر لا يعد سبباً كافياً لإعفاء المدين من المسؤولية، ولا تسقط المسؤولية عن المدين إذا وقع الضرر من تابعه. والثاني هو يجب أن يكون السبب الأجنبي غير متوقع، فإذا كان متوقع من المتعاقدان أثناء التعاقد، فيجب أن يأخذه بنظر الاعتبار وبالتالي يُسأل المدين عن الضرر، فإذا أبرم العقد في فترة بدت فيها بوادر حرب أو أزمة اقتصادية، ثم وقعت فعلاً فلا يمكن للمدين الدفع بالسبب الأجنبي لأنه كان متوقعاً،

¹- د. حسين درويش عبد العال، النظرية العامة في العقود الإدارية، المرجع السابق، ص 26.

²- حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن رقم 7964، 6653 لسنة 51 ق. عليا جلسة 2007/6/19. أشارت إليه مريم محمد أحمد، المرجع السابق، ص 205، 206.

فعملية المفاجئة قد سقطت. ولا يمكن إعفاء المدين من تنفيذ التزامه بحجة الإضراب لأن الإضراب من الأمور المتوقعة في العقد. والثالث هو ان لا يمكن دفع السبب الأجنبي ببذل جهد معقول بالقياس إلى ما يبذله الرجل المعتاد إذا وُجد في نفس ظروف المدين. والشرط الرابع والأخير هو أن يمنع السبب الأجنبي المدين من تنفيذ التزامه فعلا، ويرتبط هذا الشرط بالشرط السابق إذ يجب أن يكون المدين حسن النية وحسن النية يُقاس بمعيار موضوعي هو معيار الرجل المعتاد، ويحدد ذلك طبيعة السبب الأجنبي أولا وسلطة القاضي التقديرية ثانيا، فسقوط الثلج في مكان اعتاد السقوط فيه لا يُعد سببا كافيا لسقوط الالتزام. فإذا تحققت هذه الشروط كاملة يُعفى المدين من المسؤولية عن إخلاله بالتزامه التعاقدية إلا إذا كان قد قبل بإرادته أن يكون مسؤولا حتى عن السبب الأجنبي شريطة أن يكون هذا القبول صريحا في العقد كما يقضي بذلك القضاء الفرنسي¹.

وإذا حصلت الاستحالة الجزئية أو الوقتية نتيجة للسبب الأجنبي فلا يُعفى المدين من تنفيذ التزامه أيضاً، وتُقام عليه المسؤولية بالقدر المتبقي من الالتزام إذا كانت الاستحالة جزئية، و بقدر الالتزام كاملا بعد زوال الاستحالة المؤقتة، شريطة أن يكون تنفيذ الالتزام لا زال مفيدا للدائن².

فتتعدم علاقة السببية إذن حتى ولو وُجد خطأ من قبل المدين، إذا لم يكن هذا الخطأ سبب في الضرر. وذلك إذا كان هذا الأخير راجعا لسبب أجنبي يقوم المدين بإثباته على نحو ما سبق شرحه مما يرفع عنه المسؤولية وبالتالي التعويض.

كما تتعدم علاقة السببية أيضا حتى ولو كان الخطأ هو السبب ولكنه لم يكن السبب المنتج للضرر، بل ولو حتى كان السبب المنتج ولكنه لم يكن السبب المباشر³.

¹- د. عدنان إبراهيم السرحان، ود. نوري حمد خاطر، المرجع السابق، ص 315 و317. حيث استنتجا هذه الشروط للسبب الأجنبي الذي يعفى المتعاقد من المسؤولية من مجموع ما استندوا إليه من أحكام للقضاء الفرنسي في هذا المجال.

²- د. عدنان إبراهيم السرحان، ود. نوري حمد خاطر، المرجع نفسه، ص 317.

³- د. محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 335؛ د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1981، ص 940. حيث أكد هذا الأخير على أن السببية ركن خاص ومستقل عن ركن الخطأ وذلك نتيجة لما هو موضح أعلاه.

والسبب المنتج هو ذلك السبب الذي يؤدي إلى إحداث نتيجة من نفس هذه الطبيعة كأثر لظهوره فقط، وبمعنى آخر يؤدي بحسب المجرى الطبيعي للأمر إلى وقوع مثل الضرر الذي وقع وإلا فإنه يكون سببا عرضيا لا يهتم به القانون¹.

وهذا على اعتبار أن من أدق المسائل التي تثيرها دراسة المسؤولية هو تحديد السببية، حيث أنه نادرا أن ينفرد خطأ المدين بإحداث الضرر، بل الغالب أن يكون هذا الخطأ أحد عوامل متعددة ساهمت في وقوعه². لكن يجب الأخذ في الاعتبار أنه إذا ساهمت عدة أسباب في إنتاج الضرر، وقامت رابطة السببية بين هذا الضرر الذي وقع وبين تلك الأسباب، فإنه يجب الاعتداد بها جميعا³. إذ قد يتبين أن خطأ المدين لم يكن هو السبب الوحيد في الضرر بل اشترك معه سبب آخر في إحداثه، إذ قد يكون هذا الأخير من الدائن أو من الغير وهذا ما يطلق عليه الخطأ المشترك، في هذه الحالة يجوز إنقاص مقدار التعويض⁴. أي أنه في هذه الحالة يتحمل المدين تعويضا جزئيا بقدر ما ينتج عن مساهمته بخطئه من الضرر الحاصل وذلك حتى ولو كان السبب الآخر الذي ساهم معه في إحداث الضرر هو القوة القاهرة⁵.

وما يزيد دقة موضوع السببية في المسؤولية هو أنه قد يؤدي الخطأ إلى سلسلة من الأضرار، تتعاقب واحد بعد الآخر. إلا أن نظرية السببية الفعالة تقتضي وضع حد تقف عنده مسؤولية المدين، فالأضرار التي ما كان خطأ المدين ليؤدي إليها لو سارت الأمور سيراً طبيعياً، هي أضرار غير مباشرة لا سببية بينها وبين ذلك الخطأ فلا يشملها التعويض. والسير الطبيعي للأمر يقتضي قيام الدائن ببذل الجهد المعقول لتلافي تلاحق الأضرار⁶. فالقاعدة إذن أن التعويض لا يكون إلا عن الضرر المباشر، أما الأضرار غير المباشرة لا يُسأل عنها مُحدث الضرر (المدين). على حد ما سبق شرحه.

¹- د. محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، مصادر الالتزام- الواقعة القانونية- العمل غير المشروع، شبه العقود والقانون- الجزء الثاني، الطبعة الثانية، دار الهدى، الجزائر، 2004، ص 98. ولقد أخذ المشرع الجزائري بفكرة السبب المنتج في نص المادة 182 من القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم السابق ذكرها.

²- د. نصر الدين بشير، المرجع السابق، ص 273.

³- د. محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، الجزء الثاني، المرجع السابق، ص 99.

⁴- د. نصر الدين بشير، المرجع السابق، ص 274. ولقد نص المشرع الجزائري عل هذه الحالة في المادة 177 من القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم.

⁵- هذا ما أخذ به القضاء الفرنسي في أحكام حديثة له؛ د. محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 100.

⁶- د. نصر الدين بشير، المرجع السابق، ص 273 و 275.

ويجدر بنا التنبيه إلى أنه، بالإضافة إلى الشروط الثلاثة السابقة، لا محل للتعويض إذا كان التنفيذ العيني ممكناً، حيث أن الجزاءات المالية في العقود الإدارية تهدف إلى حث المتعاقد على تنفيذ ما التزم به مع الإدارة في العقد الإداري، فإذا كان تنفيذ الالتزام ما زال ممكناً فلا يصير التنفيذ عن طريق طلب التعويض. وهذا ما أكدته المحكمة الإدارية العليا المصرية حيث قضت بأنه: "من الأصول العامة للالتزامات والتي تسري على العقود الإدارية والعقود المدنية على حد سواء أنه إذا أمكن التنفيذ العيني وطلبه الدائن، فإن المدين يُجبر عليه (المادتان 199، 203 مدني) وأنه لا قيام للمسؤولية العقدية في مجال التنفيذ العيني، إذ أنه متى كان التنفيذ العيني ممكناً فلا محل للتعويض عن عدم التنفيذ، وينبغي على ذلك أنه لا قيام للمسؤولية العقدية إذا كان محل الالتزام دفع مبلغ من النقود إذ يكون التنفيذ العيني ممكناً دائماً"¹.

وتوافر كل تلك الشروط تثبت المسؤولية العقدية، وتصبح بذلك مطالبة المدين بالتعويض ممكنة، لكن بعد أن يتم اعذاره بإخلاله في تنفيذ التزاماته فيما عدا الحالات التي يكون فيها الإعذار غير ضروري². فيعتبر الإعذار إذن شرط ضروري لمطالبة المتعاقد بالتعويض.

هذا ما أكدته المادة 179 من القانون المدني الجزائري والتي نصت على أنه: "لا يُستحق التعويض إلا بعد إعذار المدين ما لم يوجد نص مخالف لذلك"³.

¹- حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في جلسة 1967/5/20، المجموعة س 12، ص 1085؛ د. حسان عبد السميع هاشم، المرجع السابق، ص 117.

²- د. شريف يوسف خاطر، مبادئ القانون الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2011، ص 293.

³- تقابلها المادة 218 من القانون المدني المصري. وبالإضافة إلى المادة 179 من القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم التي اشترطت إعذار المدين لمطالبته بالتعويض، نجد المادة 180 من نفس القانون حددت أشكال الإعذار، والمادة 181 منه التي حددت الحالات التي يكون فيها الإعذار غير ضروري. وتجدر الإشارة إلى أن بعض التشريعات وخاصة الألمانية وبعض التشريعات اللاتينية تذهب إلى خلاف هذا الحكم حيث قد أخذت تعدل عن الإعذار وتجعل مجرد حلول الأجل كافياً لإشعار المدين بضرورة التنفيذ دون حاجة لإعذاره؛ رشا محمد جعفر الهاشمي، المرجع السابق، ص 59. وعلى كل حال فإن الإعذار يعتبر ضماناً للمتعاقد مع الإدارة والذي تناولناه بالشرح في الباب الأول من هذه الدراسة.

وإذا كان القضاء الإداري، يطبق القواعد العامة بالنسبة للتعويض، فالدائن في التعويض الإداري هو جهة الإدارة والمدين هو المتعاقد¹.

المطلب الثالث: تقدير التعويض واقتضائه (كيفية تحصيله).

وسنتناول في هذا المطلب تقدير التعويض في الفرع الأول، واقتضائه في الفرع الثاني.

الفرع الأول: تقدير التعويض.

إن التعويض هو الجزاء الأصل للإخلال بالالتزامات التعاقدية. والنظام القانوني لهذا التعويض قريب من النظام المدني لها، فيما يتعلق بكيفية تقدير التعويض، وفي اشتراط ركن الضرر².

وعناصر التعويض تشمل ما أصاب الدائن من خسارة وما فاتته من كسب، فالقاضي عند تقديره للتعويض سواء كان عن عدم تنفيذ الالتزام أو التأخر في التنفيذ يدخل في حسابه هذين العنصرين، فيكون مجموع هذين العنصرين هو التعويض، فإذا كان هناك عنصر واحد فقط فإنه التعويض يقتصر عليه³.

ومن خلال آراء الفقه وأحكام القضاء يمكن أن نتبين وجود عدة عناصر على أساسها يتم تقدير التعويض المستحق للإدارة، تتمثل في العنصر المادي، والزمني، والشخصي.

فالعنصر المادي يعني تقدير التعويض طبقا لجسامة الضرر الذي لحق بالمرفق من جراء المخالفة العقدية. سواء تمثلت في تنفيذ المتعاقد لالتزامه العقدي بشكل معيب، أم في امتناعه أساسا عن التنفيذ. لكن يتقيد هذا التقدير بثلاثة أمور هي: الاعتدال، وهو عدم المبالغة في قيمته أي عدم الخروج عن القدر المعقول. وأن يكون التقدير تبعا للثابت من الأوراق، أي من واقع الظروف الواقعية، فيقدر بقيمة الضرر الحقيقي لا وفقا لما تتوهمه الإدارة. وأن يتم التقدير على نحو يستهدف تحقيق الصالح العام كما أكدته المحكمة الإدارية

¹- د. نصر الدين بشير، المرجع السابق، ص 275.

²- د. سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 487، 488.

³- د. عبد الرزاق أحمد السنهاوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المجلد الثاني، المرجع السابق، ص 844. وهذا ما نصت عليه المادة 1/182 من القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم، وتقابلها في ذلك المادة 1/221 من القانون المدني المصري، السابق ذكرهما.

العليا المصرية¹. ويدخل في تقدير التعويض ليس فقط الضرر الذي قد لحق بالمرفق الذي تعاقد بشأنه المتعاقد فحسب، بل كذلك الضرر الذي لحق بأي مرفق آخر طالما كان هذا الضرر قد وقع من قبل المتعاقد، أو أي من تابعيه، أو وكلائه وهذا ما أكدته إدارة الفتوى والتشريع المصرية².

أما العنصر الزمني، فيعني بأن تقدير التعويض يكون حالا أي يُقدر وقت وقوع الضرر شرط أن يكون الضرر محققا أي وقع فعلا أو أن وقوعه في المستقبل حتمي مثالها أن يدفع مقاول تعويض عن أبنية أنجزها تهدمت فعلا وقت حدوث ذلك، وعن أبنية آيلة للسقوط وفقا للقياسات الهندسية، حتى ولو كانت لم تنهر عند تقدير التعويض، ما دام تهدمها مؤكد في وقت لاحق³.

أما العنصر الشخصي، فيُقصد به أن عند تقدير التعويض يُؤخذ بعين الاعتبار خطأ طرفي العقد. فيُخفض مقدار التعويض بقدر مساهمة الإدارة في الخطأ الذي أحدث الضرر⁴. وبمعنى أدق أن يُراعى عند تقدير التعويض ما إذا كان الضرر ناتجا عن خطأ المتعاقد وحده، أم عن الخطأ المشترك بينه وبين الإدارة، وفي هذه الحالة يُراعى نصيب كل منهما فيه، وما إذا كان خطأ أحدهما يستغرق خطأ الآخر أم لا. ومن أمثلة أخطاء الإدارة التي لا تُحقق لها مبدأ التعويض الكامل: التأخر في تسليم الموقع للمقاول مما يحول دون إتمام العمل المتفق عليه في المدة المحددة، أو وجود بعض العراقيل والإجراءات الإدارية، كاستصدار التراخيص اللازمة التي كانت تلزم الإدارة بإنائها دون القيام بذلك. إذ تتأخر في توقيع الاعتمادات المالية اللازمة مما يحول دون تمكن المتعاقد من إنجاز العملية المتفق عليها⁵.

¹- حكمها في جلسة 2002/12/31، في الطعن رقم 44/3547 ق. عليا، مجموعة المبادئ القانونية، 2005، ص 822؛ د. عبد الله نواف العنزي، المرجع السابق، ص 93، 94.

²- فتواها رقم 2294 في 15/9/1999، مجموعة المبادئ القانونية في العقود الإدارية، ص 732. جاء فيها أن المقاول الرئيس يتحمل تعويضه الأضرار التي تحدث لممتلكات الدولة ومرافقها نتيجة لعمله أو لعمل أي من وكلائه أو تابعيه، ويُقدر التعويض المناسب عنها. أشار إليها د. عبد الله نواف العنزي، المرجع نفسه، ص 94.

³- د. عبد الله نواف العنزي، المرجع السابق، ص 95؛ مريم محمد أحمد، المرجع السابق، ص 209.

⁴- د. عبد المجيد فياض، نظرية الجزاءات في العقد الإداري، المرجع السابق، ص 183.

⁵- د. عبد الله نواف العنزي، المرجع السابق، ص 95، 96. واعتمد في توضيح ذلك على مجموعة أحكام المحكمة الإدارية العليا المصرية في هذا الشأن.

ولقد أكدت المحكمة الإدارية العليا المصرية على هذا العنصر في تقدير التعويض بقولها: "...ومن حيث إن المادة 221 من القانون المدني المصري تقضي بأن يقدر القاضي التعويض إذا لم يكن مقدراً في العقد أو بنص القانون، كما أنه يتعين عند تقدير التعويض تفصي وجود الخطأ المشترك وأثره وذلك عملاً بالقاعدة الواردة في المادة 216 من القانون المدني والتي جرى نصها على أنه يجوز للقاضي أن ينتقص مقدار التعويض أو لا يحكم بتعويض ما إذا كان الدائن بخطئه قد اشترك في إحداث الضرر أو زاد فيه، ومؤدى هذه القاعدة أن المضرور لا يتقاضى في كل الأحوال تعويضاً كاملاً بل يتحمل نصيبه من المسؤولية إذا كان هناك ما يدعو لذلك"¹.

الفرع الثاني: اقتضاء التعويض.

لمعرفة كيفية اقتضاء التعويض، لابد من الإجابة على السؤال التالي: ما مدى سلطة جهة الإدارة لفرض التعويض؟ أو بمعنى آخر، هل تستطيع الإدارة أن توقع على المتعاقد جزاء التعويض بإرادتها المنفردة أم أنه يتعين عليها اللجوء إلى القضاء للحصول على حكم بالتعويض تطبيقاً للقواعد العامة في القانون الخاص؟

إن الإجابة على هذا السؤال، تتطلب التعرض لاتجاهات الدول المقارنة في هذا الصدد كما يلي:

ففي فرنسا لم تكن الإدارة تتمتع بسلطة توقيع جزاء التعويض دون استصدار قرار مسبق من القضاء بهذا الشأن، هذا الأخير هو الذي يرجع إليه تقدير الأضرار اللاحقة بالإدارة والحكم بالتعويض لها طبقاً للأضرار التي أصابتها من جراء خطأ المتعاقد². واستمر هذا الأمر إلى غاية صدور حكم "ديبلانك" سنة 1907، حيث أصبح من المسلم به في الوقت الحاضر أن التعويض معترف به كجزاء تملك الإدارة توقيعه على المتعاقد معها بمقتضى عقد من العقود الإدارية على حد تعبير الفقيه الفرنسي (أندري ديلوبادير). ولقد تأكدت سلطة الإدارة في فرض التعويض بإرادتها المنفردة بصور حكم مجلس الدولة

¹- حكمها في الطعن رقم 774-22 في 1992/5/12. أشارت إليه مريم محمد أحمد، المرجع السابق، ص 208، 209.

²- د. نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص 185.

الفرنسي في قضية "شركة ملاحه جنوب الأطلنطي"¹. والذي قرر فيه أنه إذا ترتب على تقصير الشركة المتعاقدة ضرر للدولة يكون من شأنه ثبوت الحق في التعويض، فإنه يجوز للوزير تحديد التعويض الذي تستحقه قبل المتعاقد بإرادتها المنفردة دون حاجة إلى اللجوء للقضاء لاستصدار حكم بذلك². وعلى هذا الأساس فإن مجلس الدولة الفرنسي أضحى يسمح للإدارة بأن تحدد قيمة التعويض هي بنفسها مقدما، على أن ينازع المتعاقد في هذا التقدير أمام القضاء إذا شاء. وللإدارة أن تعدل عن استعمال هذا الحق وتترك تقدير التعويض للقضاء³.

وبما أنه ممكن للإدارة أن تحدد قيمة التعويض مقدما، فإن هذا يجعله يتقارب مع نظام تقدير وتوقيع غرامة التأخير، إلا أنه رغم ذلك يتباعدان من حيث منازعة المتعاقد في تقدير كل منهما.

حيث أنه إذا كان بإمكانه أن ينازع في تقدير التعويض المقدر من قبل الإدارة أمام القضاء إن شاء، فإنه يُمنع ذلك عليه بالنسبة لغرامة التأخير، طالما نص العقد على قيمتها، وهذا ما يؤكد مجلس الدولة الفرنسي⁴.

كما أن التشريع الفرنسي يسمح للإدارة في كثير من الحالات بأن تلجأ إلى تحصيل قيمة التعويضات بمقتضى أوامر بالدفع تصدرها بإرادتها المنفردة⁵. كما يمكنها تحصيل التعويضات عن طريق الخصم، والأصل أن هذا ليس حقا للإدارة، ولكن استثناءا من الأصل، يُسمح لجهة الإدارة بأن تقرر خصم التعويضات من التأمين المالي المقدم من المتعاقد إذا كان هناك شرط عقدي يسمح بذلك أو نص بهذا المعنى في تشريع من

¹- د. نصر الدين بشير، المرجع السابق، ص 282.

²- C.E. 11/10/1929, compagnie de navigation sud Atlantique, Rec. P 892.

أشار إليه د. نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص 185.

³- د. سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 488.

⁴- د. نصر الدين بشير، المرجع السابق، ص 283. وتجدر الإشارة إلى أن المتعاقد عندما ينازع في قيمة التعويض المحدد من قبل الإدارة مقدما، أمام القاضي، فإنه يجوز لهذا الأخير أن يحكم بإنقاص قيمته إذا كان مبالغا في تقديره، أو إعفاء المتعاقد منه إذا ما قام على غير أساس سليم في الواقع والقانون. أشار إليه، د. نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص 186.

⁵- د. سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 488.

التشريعات¹. وهذا وجه آخر للاختلاف بين التعويض وغرامة التأخير في طريقة التحصيل حيث أنه إذا كانت تقترب منه بالنسبة للطريقة الأولى وهي أوامر الدفع، إلا أنها تتباعد معه بالنسبة للطريقة الثانية وهي الخصم من المبالغ التي قد تكون مستحقة لدى الإدارة كالتأمين، أو لدى أية جهة إدارية أخرى، حيث أنه لا تستطيع الإدارة خصم التعويضات بهذه الطريقة إلا إذا سمح العقد بذلك، أما غرامة التأخير فإنه يمكن للإدارة أن خصمها بهذه الطريقة في جميع الحالات وبدون نص عقدي².

أما في مصر فإن الوضع مختلف عما هو عليه في فرنسا، حيث أن الفقه والقضاء مستقران أنه لا يجوز للإدارة تقدير واقتضاء التعويضات مباشرة من المتعاقد، ولا بد لذلك من حكم قضائي³.

إلا أن طريق القضاء ليس الطريق الوحيد للحصول على التعويض. حيث لا تلتزم الإدارة بأن تلجأ إلى القضاء للحصول على حكم بالتعويض ما دام أن العقد يخولها الحق في إجراء المقاصة دون حاجة إلى اتخاذ إجراءات قانونية أو قضائية. وهذا ما قضت به المحكمة الإدارية العليا المصرية بقولها: "لا وجه لإلزام الإدارة الطاعنة بأن تلجأ إلى القضاء لتحصل منه على حكم بالتعويض ما دام أن العقد يخولها صراحة الحق في إجراء خصم (مقاصة) دون حاجة إلى اتخاذ إجراءات قانونية أو قضائية من أية مبالغ تكون مستحقة أو تُستحق للمتعاقد مهما كان سبب الاستحقاق لدى المصلحة نفسها أو أية مصلحة حكومية أخرى، عن كل خسارة تلحقها من جراء ذلك، فإذا كان العقد قد نص بعد ذلك على أن يكون ذلك بدون الإخلال بحق المصلحة في المطالبة قضائياً بالخسائر التي لا يتيسر لها استردادها، فهذا بالضرورة لا يعني إلزام المصلحة بالالتجاء إلى القضاء ما دام أن في حوزتها القدر من المبالغ الكافية لجبر التعويض عن الأضرار، بل النص يعني تخويل الإدارة حق الالتجاء إلى القضاء إذا لم تكف المبالغ التي في حوزتها لجبر الضرر كاملاً"⁴.

¹- حكم مجلس الدولة الفرنسي في قضية شركة ملاحه جنوب الأطلسي في 1929/10/11؛ د. سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 489، 490.

²- د. نصر الدين بشير، المرجع السابق، ص 284.

³- د. نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص 186، 187.

⁴- حكمها في القضية رقم 1180 لسنة 8 القضائية، في 1965/11/27، المجموعة، السنة 11، ص 51. أشارت إليه مريم محمد أحمد، المرجع السابق، ص 210، 211.

وهذا الحكم يؤكد أن الأصل المستقر عليه في مصر هو اللجوء إلى القضاء للحصول على التعويض، مادام لا يوجد نص في العقد يمنح جهة الإدارة حق الحصول عليه بنفسها، عملاً بقاعدة الخص يقيّد العام. فرغم أن ظاهر هذا الحكم يمنح للإدارة حق تحصيل التعويض عن الضرر بنفسها إذا وجد نص قانوني أو عقدي يسمح لها بذلك، إلا أنه يؤكد لها حق الالتجاء إلى القضاء إذا لم تكف المبالغ التي في حوزتها لجبر الضرر كاملاً¹.

ولكن البعض وبحق يرى أنه بعد صدور قانون المناقصات والمزايدات المصري رقم 89 لعام 1998 أن حق الإدارة في اقتضاء التعويض بإرادتها المنفردة صار الآن في مصر حقاً معترفاً به تشريعياً دون أدنى شك أو غموض². حيث ورد النص على ذلك في نص المادة 26 منه وكذلك المواد (83، 84 و 94) من لائحته التنفيذية، فنجد المادة 94 منه تنص على أنه يحق للإدارة أن تخصم قيمة كل خسارة تلحق بها من أية مبالغ مستحقة أو تُستحق للمتعاقد لديها وفي حالة عدم كفايتها تلجأ إلى خصمها من مستحقاته لدى أية جهة إدارية أخرى، أي كان سبب الاستحقاق، دون حاجة إلى اتخاذ إجراءات قضائية³. وذلك كله مع عدم الإخلال بحقوقها في الرجوع عليه بما لم تتمكن من استيفائه من حقوق بالطريق الإداري، أي أنه إذا تبين لها عدم كفاية مستحقات المتعاقد لديها أو لدى جهة إدارية أخرى لاستيفاء ما لها من تعويضات قبله، تلجأ إلى الطريق القضائي للتنفيذ على ما للمتعاقد من مال لدى الغير من أشخاص القانون الخاص⁴.

فيمكن إذن للإدارة اقتضاء قيمة التعويض بنفسها بثلاث طرق حصراً هي: الحصول على التعويض من مستحقات المتعاقد لديها أي كان سبب هذا الاستحقاق سواء كان تأميناً قام بإيداعه، أو كفالة إنجاز مهامه، أو أموال مقابل ما نفذه من أعمال العقد المبرم معها. أو اقتضاء ذلك المبلغ مما يكون للمتعاقد لدى أية جهة إدارية أخرى، ولا يمكن لهذا الأخيرة رفض ذلك بحجة عدم جواز الحجز على أموال الشخص الاعتباري العام، لأن ما تطالب به

¹- د. نصر الدين بشير، المرجع السابق، ص 285.

²- د. نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص 187.

³- بلاوي ياسين بلاوي، المرجع السابق، ص 45.

⁴- سمير صادق، العقد الإداري في مبادئ المحكمة الإدارية العليا، الهيئة المصرية العامة للكتاب، القاهرة، مصر، 1991، ص 122.

الإدارة ليست أموالاً للجهة الإدارية الأخرى وإنما هي أموال المتعاقد نفسه لديها. أو اتخاذ إجراءات الحجز والبيع الإداري لمعدات وآلات المتعاقد لديها أو لدى الغير. ولا يجوز للمتعاقد الاعتراض على إجراءات الحجز أو البيع إدارياً على معداته، إلا إذا قدم ما يفيد عدم مديونيته، أو براءة ذمته من قيمة التعويض الذي تطالبه به الإدارة.

وهذا إنما هو تطبيق لما للإدارة من امتياز التنفيذ المباشر في الحصول على ما لها لدى المتعاقد من تعويضات، هذا ما يؤكد النص التشريعي السالف ذكره من قانون المناقصات والمزايدات المصري ونصوص لائحته التنفيذية على حد تعبير بعض الفقه¹. وهذا ما قضت به المحكمة الإدارية العليا المصرية حيث جاء في حكمها أنه: " يحق للجهة الإدارية المتعاقدة الحصول على مستحققاتها مما يكون مستحقاً للمتعاقد معها، سواء لديها أو لدى أية جهة إدارية أخرى. ولها أن تتخذ في سبيل ذلك إجراء التنفيذ المباشر على ما تحت يدها من مبالغ مالية أو معدات أو آلات و خلافه. ولها -أيضاً- الحق في اتخاذ إجراءات الحجز والبيع الإداري"².

وما زال الأمر ثابتاً ومستقراً في مصر أن جهة الإدارة وهي بصدد التعويض لا تستطيع أن تُقدره أو تحصل عليه عن طريق "الأمر بالدفع" في العقود الإدارية بالمعنى الفني، كما هو عليه الحال في فرنسا، إذ لا يوجد في تشريعاتها (أي مصر) ما يسمح للإدارة بذلك³.

وبالنسبة للجزائر فإن جزاء التعويض يعتبر حق للإدارة مقابل ما يصيبها من أضرار يتسبب فيها المتعاقد معها. فهو يعتبر أحد الجزاءات المالية التي يحق لها توقيعها باعتبارها سلطة عمومية، تخضع فيما تخضع له الجزاءات الإدارية الأخرى من رقابة القضاء⁴.

¹- د. عبد الله نواف العنزي، المرجع السابق، ص 98، 99. وتجدر الإشارة في نفس الصدد إلى أنه بالنسبة للطريقة الثالثة في تحصيل التعويض المبينة أعلاه والمتعلقة بحق الإدارة في الحجز والبيع الإداري لمعدات المتعاقد لديها أو لدى الغير، يجوز للإدارة حجز كل أو بعض ما يوجد في محل العمل من مبان وآلات وأدوات ومواد وغيرها دون أن تكون مسؤولة عن أي تلف يصيبها، ولها أن تحتفظ بها بعد انتهاء العمل ضماناً لحقوقها أو أن تقوم ببيعها دون أية مسؤولية يترتب عليها إجراء البيع؛ مريم محمد أحمد، المرجع السابق، ص 211.

²- حكمها في الطعن رقم 42/4125 ق.ع، جلسة 2000/2/15 - الدائرة الثالثة. أشار إليه د. ماهر محمد أبو العينين، المرجع السابق، ص 236.

³- د. سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 489؛ د. نصر الدين بشير، المرجع السابق، ص 285.

⁴- أحمد محيو، محاضرات في المؤسسات الإدارية (ترجمة محمد عرب صاصيلا)، الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1979، ص 248 وما بعدها.

وبالرجوع إلى نص المادة 7/35 من دفتر الشروط الإدارية العامة المطبق على صفقات الأشغال العمومية لسنة 1964 والمعنونة ب: التدابير القسرية، نجدها تنص على أنه: "... 7- إن الزيادة الحاصلة في النفقات الناجمة من النظام المباشر أو من الصفقة الجديدة يجري اقتطاعها من المبالغ التي يستحقها المقاول وبخلاف ذلك فمن ضمانه ولا يحول ذلك دون ممارسة الإجراءات التي تتخذ بحقه في حالة عدم التسديد". وكذلك نص المادة 1/152 من المرسوم 247/15 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام الجزائري والسابق ذكرها، حيث تنص على أنه: "لا يمكن الاعتراض على قرار المصلحة المتعاقدة بفسخ الصفقة العمومية عند تطبيقها البنود التعاقدية للضمان، والمتابعات الرامية إلى إصلاح الضرر الذي لحقها بسبب خطأ المتعاقد معها. وزيادة على ذلك، يتحمل هذا الأخير التكاليف الإضافية التي تنجم عن الصفقة الجديدة".

من الواضح في هذه النصوص، أن المشرع الجزائري قد كرس حق الإدارة في الحصول على التعويض مقابل ما يحصل لها من ضرر أحدثه المتعاقد. إلا أن كيفية اقتضاء الإدارة لهذا التعويض غير واضحة، إذ المشرع لم يبينها صراحة كما هو عليه الحال بالنسبة لتشريعات الدول المقارنة. خاصة مع استعماله تعبير "المتابعات الرامية إلى إصلاح الضرر الذي لحقها بسبب خطأ المتعاقد معها" في القانون الأنف ذكره، وعليه لا نستطيع الجزم أن المشرع أراد بهذا التعبير إعطاء الإدارة حق اقتضاء التعويض بنفسها على نحو ما سبق شرحه بالنسبة للتشريعات المقارنة، فحبذا لو يفصح المشرع الجزائري صراحة عن موقفه بالنسبة للتعويض الذي تستحقه الإدارة في العقود الإدارية وما إذا كان لها حق اقتضائه بنفسها وإبرادتها المنفردة، أم تلجأ في ذلك للقضاء طبقا للقواعد العامة في القانون المدني، وذلك بقصد إزالة اللبس عن هذا الأمر. ونحن من جانبنا ندعو المشرع الجزائري بأن يمنح للإدارة حق اقتضاء التعويض بنفسها دون حاجة للجوء إلى القضاء، مثل باقي الجزاءات المالية السابق دراستها، وذلك بموجب ما تملكه من امتياز التنفيذ المباشر في توقيعها على المتعاقد معها، لما في ذلك من تحقيق لحسن سير المرفق العام بانتظام واضطراد، طالما أن الرقابة القضائية اللاحقة تحمل ضمانا أكيدا للمتعاقد مع الإدارة مما قد يشوب تصرفها بتقدير التعويض بنفسها من غلو أو عيوب أو أخطاء.

تتمتع الإدارة بسلطة توقيع جزاءات ذات طبيعة خاصة، تختلف عن الجزاءات الأخرى السابق دراستها، في أنها ليست ذات طبيعة مالية مثلها على النحو السالف دراسته، وإن كان ليس هناك ما يمنع أن تقتصر هذه الجزاءات غير المالية بجزاءات مالية على نحو ما سنبينه في هذا الفصل. ويرجع تميزها عن هذه الأخيرة، في أن بعضها يُبقي العقد مع الإدارة مستمرا، وهي الجزاءات الضاغطة. ومنها ما ينصب على العقد فينتهي قبل انتهاء مدته، وهي الجزاءات الفاسخة. وكلاهما تعتبر أشد قسوة من الجزاءات المالية، لذلك فالإدارة لا تلجأ إليها إلا إذا أخل المتعاقد معها بتنفيذ العقد إخلالا خطيرا.

فالجزاءات الضاغطة هي من الوسائل القهرية التي تلجأ إليها الإدارة لضمان حسن سير المرافق العامة بانتظام واضطراد، وتحقيق المصلحة العامة المتوخاة من تنفيذ العقود الإدارية. وهي جزاءات مؤقتة لا تؤدي إلى إنهاء العقد الإداري، وإنما يظل العقد مستمرا ويبقى المتعاقد مسؤولا عنه أما جهة الإدارة رغم استبعاده عن تنفيذ التزاماته التعاقدية، وهي تهدف إلى الضغط على المتعاقد لتنفيذ التزاماته، لذا لا يُتصور توقيع هذه الجزاءات إلا بقيام الرابطة التعاقدية. وهي تتنوع وتختلف بحسب طبيعة العقد الذي يربط الإدارة بالمتعاقد. ففي عقود التزام المرافق العامة يأخذ الجزاء صورة وضع المرفق تحت الحراسة. وفي عقد الأشغال العامة يكون الجزاء هو سحب العمل من المقاول، أما في عقد التوريد يكون الجزاء الشراء على حساب المورد. وتجدر الإشارة أن هذا التنفيذ العيني يجد أساسه في القانون الخاص. حيث يمكن للدائن أن يستأذن من المحكمة في تنفيذ الالتزام على نفقة المدين إذا كان هذا التنفيذ ممكنا، وهذا في حالة عدم قيام المدين بتنفيذ التزامه، ولم يكن ضروريا أن ينفذه بنفسه، في الالتزام بعمل¹.

¹ - المادة 170 من القانون المدني الجزائري.

وجزاء الفسخ هو الجزاء الذي يجد تبريره في فكرة جوهرية، تتمثل في وجوب تمكين الإدارة من التحلل من السير في تنفيذ الالتزامات التعاقدية إذا ما تبين لها عدم قدرة المتعاقد معها على الوفاء بالتزاماته بصورة تحقق مصلحة المرفق. وعليه تملك الإدارة فسخ العقد بقرار إداري استناداً إلى خطأ المتعاقد في تنفيذ التزاماته التعاقدية، لكن القضاء الفرنسي يستثني من ذلك حالة امتياز المرافق العامة، إذ يجعل إنهائها من اختصاص القضاء، إلا إذا نص العقد على أن للإدارة الحق في إنهائه بإرادتها المنفردة.

وفي كلا نوعي الجزاءات غير المالية، تكون الإدارة مقيدة بتوفر شرط معينة حتى تستطيع ممارسة حقها في فرض الجزاء على المتعاقد المقصر.

وعليه سنقسم الدراسة في هذا الفصل إلى مبحثين كما يلي:

المبحث الأول: الجزاءات الضاغطة.

المبحث الثاني: الجزاءات الفاسخة.

المبحث الأول: الجزاءات الضاغطة

تتمتع المصلحة المتعاقدة أثناء تنفيذ العقد الإداري بسلطة توقيع جملة من الوسائل الضاغطة أو الإجراءات القهرية، أو ما يصطلح عليه بعض الفقهاء بالتنفيذ العيني. ومبرر هذه السلطة هو ضرورة تنفيذ العقود الإدارية بدقة ضمانا لحسن سير المرفق العامة بانتظام واضطراد¹.

بالتالي يمكن تعريف الجزاءات الضاغطة أو جزاء الإكراه أو التنفيذ على حساب المتعاقد كما يصطلح عليه بعض الفقه، بأن تقوم الإدارة بنفسها - في حالة الخطأ الجسيم - مقام المتعاقد في تنفيذ التزاماته، أو تحل غيره محله في القيام بها بصفة مؤقتة لحساب وعلى مسؤولية المتعاقد وذلك كوسيلة للضغط عليه وحمله على تنفيذ التزاماته مع بقاء العقد قائما².

وعليه فإنه لا يلجأ إلى جزاء التنفيذ على حساب المتعاقد إلا في حالة ارتكاب المتعاقد لخطأ جسيم، كما أنه يتخذ في العمل صورتين وهما: أن يتم بمعرفة الجهة المتعاقدة نفسها أي بأموالها وعمالها، ويكون ذلك عادة في أحوال الضرورة أو الاستعجال التي لا تحتل البحث عن متعاقد جديد، أو أن يتم بواسطة أحد مقدمي العطاءات التالية لعطائه (المتعاقد الأصلي) بحسب ترتيب أولوياتها³.

ولا يعتبر الفقه وحتى القضاء السحب والتنفيذ على الحساب جزاء أو عقوبة توقعها الإدارة على المتعاقد المقصر في التنفيذ، بل اعتبره إجراء تستهدف به الإدارة ضمان حسن سير المرافق العامة لاضطراد سيرها، ومنعا من تعطيلها مما قد يعرض المصلحة العامة للضرر إذا توقفت هذه المرافق⁴.

¹ - حكم المحكمة الإدارية العليا، جلسة 1964/2/1، الطعن رقم 1354، السنة الثامنة قضائية، المجموعة السنة التاسعة، ص 572. أشار إليه حمدي عطية مصطفى عامر، المرجع السابق، ص 518.

² - د. ماجد راغب الحلوة، العقود الإدارية، المرجع السابق، ص 192.

³ - د. حمدي عطية مصطفى عامر، المرجع السابق، ص 520 و 521.

⁴ - د. عبد الله نواف العنزي، المرجع السابق، ص 118.

إلا أننا نتفق من جانبنا مع الرأي الذي يحدد طبيعة التنفيذ على الحساب بأنه جزاء بناء على مناهضة تطبيقه أو سبب الالتجاء إليه، ذلك أن الوضع في الجزاءات أو القاسم المشترك فيها أنها لا توقع إلا نتيجة لمخالفة أو خلل قام به من توقع في مواجهته. وباعتبار سبب التنفيذ على الحساب هو تقصير المتعاقد في التزامه بشكل أفصى إلى سحب العملية منه وإسنادها إلى غيره، فإن هذا لا يكون إلا جزاء الغاية منه هو سرعة الانجاز بإسناده إلى الغير، تجنباً لما يترتب على عدم القيام به والانتهاك منه في مواعده من أضرار بالمرفق العام. وعلى حسب هذا الرأي فإن هذا ما دفع بالقضاء إلى العودة لوصفه بالجزاء شأنه شأن الجزاءات الأخرى في العقود الإدارية¹، فتملك الإدارة توقيعه دون اللجوء للقضاء، ودون حاجة لحدوث ضرر يصيب المرفق العام، ويلزم المتعاقد بفروق الأسعار الناتجة عن تنفيذ العقد على حسابه فضلاً عن المصروفات الإدارية وقيمة غرامة التأخير.

وعلى هذا الأساس فإن التنفيذ العيني في العقود الإدارية يختلف عن التنفيذ العيني في القانون المدني، وإن كانا يتشابهان حيث تنص المادة 170 من القانون المدني الجزائري: "في الالتزام بعمل، إذا لم يقدّم المدين بتنفيذ التزامه، جاز للدائن أن يطلب ترخيصاً من القاضي في تنفيذ الالتزام على نفقة المدين إذا كان هذا التنفيذ ممكناً". وعليه فإن الفرق الجوهرى بينهما يكمن في أن التنفيذ على الحساب في العقود الإدارية حق للإدارة وحدها، فالمتعاقد مع الإدارة لا يستطيع إرغامها على تنفيذ العقد دون إرادتها، وكذلك فإن الإدارة تفرض هذا الجزاء بقرار يصدر منها دون حاجة اللجوء إلى القضاء، ودون إخلال بحقوقها في إمكانية اللجوء إلى القضاء وطلب التنفيذ على حساب المتعاقد، بينما في القانون المدني فإن التنفيذ على الحساب لا يكون إلا بإذن قضائي ما لم تكن هناك حالة من حالات الاستعجال والتي لا تحتل اللجوء إلى القضاء².

¹- حكم المحكمة الإدارية العليا، جلسة 2005/4/5، في الطعن رقم 46/344، مجموعة المبادئ القانونية، 2006، ص 372، أشار إليه د. عبد الله نواف العنزي، المرجع السابق، ص 119.

²- د. عاطف محمد عبد اللطيف، امتيازات الإدارة في قانون المناقصات والمزايدات، دار النهضة العربية، القاهرة، 2009، ص 430.

وإذا كانت إجراءات الضغط المؤقتة بجميع أشكالها تعتبر كمبدأ عام من السلطات المقررة للإدارة حتى ولو لم ينص عليها العقد ودفاتر الشروط، إلا أنه غالباً ما تنص الإدارة في دفاتر الشروط العامة أو الخاصة على حقها في رفع يد المتعاقد مؤقتاً عن الاستمرار في تنفيذ العقد وفي أن تحل هي محله أو أن تحل غيره محله حسبما تراه، وذلك في حالة تقصيره أو عجزه عن الوفاء بالتزاماته¹.

والجزاءات الضاغطة أي كانت صورتها يفترض فيها أمران، الأول هو عدم إنهاء العقد بين الإدارة والمتعاقد معها، سواء كان ملتزماً أو مورداً أو مقاولاً، إذ يضل العقد قائماً يلتزم المتعاقد بسداد ما يترتب على تنفيذه من نفقات، لمن عهدت الإدارة له، بالتنفيذ أو تطالبه إدارة المشروع. والثاني هو أن يظل المتعاقد مسؤولاً أمام الإدارة، بأن تتم العملية على حسابه ونفقاته². فيضل المتعاقد مسؤولاً أمام الإدارة عن كافة النواحي وبصفة خاصة الناحية المالية، فإذا كان من مقتضى تنفيذ العقد الجديد أن يرتب زيادة في التكاليف والأعباء المالية فإنها لا تقع على عاتق الإدارة، وإنما يتحملها المتعاقد المقصر دون غيره، ويسأل عنها في ماله الخاص، وتشغل بها ذمته المالية³. مع احتفاظ الإدارة بحقها في المطالبة بالتعويض عما لحقها من أضرار⁴. مع الأخذ في الاعتبار أن المتعاقد المقصر يسأل عن نتائج العملية التي تنفذ على حسابه فيما عدا النتائج التي تعود إلى خطأ الإدارة المتعاقدة⁵.

وبناء على ما تقدم فإن الإدارة لا يجوز لها الجمع بين جزاء التنفيذ على الحساب وجزاء إلغاء العقد. فالتنفيذ على حساب المتعاقد إنما يفترض بقاء العقد قائماً وبقاء المتعاقد المقصر مسؤولاً أمام الإدارة عن تنفيذه، أما الإلغاء فإنه يتضمن إنهاء الرابطة التعاقدية بما لا محل معه لتنفيذ أي التزامات مستمدة من العقد⁶. وعليه نستنتج أنه في التنفيذ على حساب المتعاقد يمكن إعادة العملية إلى المتعاقد بعد سحبها، بما أنه لا ينهي الرابطة التعاقدية.

¹ - د. أحمد عثمان عياد، المرجع السابق، ص 354، 355.

² - د. عبد الله نواف العنزي، المرجع السابق، ص 116.

³ - حكم محكمة القضاء الإداري رقم 4285 لسنة 9 ق جلسة 1956/12/9. وحكمها رقم 1827 لسنة 1 ق جلسة 1957/03/17. أشار إليهما د. جمال عباس عثمان، المرجع السابق، ص 406، 407.

⁴ - د. ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية والتحكيم، المرجع السابق، ص 161، 162.

⁵ - د. حمدي عطية مصطفى عامر، المرجع السابق، ص 520.

⁶ - د. حمدي عطية مصطفى عامر، المرجع نفسه، ص 522، 523.

وتكون جهة الإدارة أو من حل محل المتعاقد المقصر في تنفيذ العقد بمثابة الوكيل عنه في هذا التنفيذ، ومن ثم فيجب عليها أن تبذل في تنفيذ الالتزام – بهذه الصفة – العناية التي تبذلها في أعمالها الخاصة¹.

وتتخذ الجزاءات الضاغطة صوراً مختلفة بحسب نوعية العقد الإداري الذي أخل المتعاقد بتنفيذ شروطه. وفي العقود الرئيسية الثلاثة تتخذ الصور التالية: وضع المشروع أو المرفق تحت الحراسة بالنسبة لعقود الالتزام (عقود الامتياز)، وسحب العمل من المقاول في عقود الأشغال العامة، والشراء على حساب المورد في عقد التوريد.

وعلى ذلك سيتم تقسيم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب كما يلي:

المطلب الأول: وضع المرفق تحت الحراسة في عقد الالتزام

المطلب الثاني: سحب العمل من المقاول في عقد الأشغال العامة

المطلب الثالث: الشراء على حساب المورد في عقد التوريد

المطلب الأول: وضع المرفق تحت الحراسة في عقد الالتزام.

يعد وضع المرفق تحت الحراسة من الجزاءات المتولدة عن عقد الالتزام، وجزءاً ضرورياً في تنظيم المرفق محل الالتزام الذي تتكفل الإدارة بتنظيمه ومراقبة سيره حتى يستمر المرفق في أداء خدماته للجمهور². وعليه فإنه من الضروري قبل بحث تفاصيل هذا الجزاء أن نعطي فكرة موجزة عن تعريف عقد الالتزام وأهم أحكامه.

¹ - حكم محكمة القضاء الإداري الصادر في 1985/5/11، المجموعة السنتين: 12، 13، رقم 104، ص 112. أشار إليه أحمد عثمان عياد، المرجع السابق، ص 353، 354.

² - فتحي عبد الصبور، الآثار القانونية للتأمين والحراسة الإدارية على الأموال، ط 2، عالم الكتب، القاهرة، مصر، سنة 1967، ص 504.

فعقد الالتزام كما عرفته محكمة القضاء الإداري المصرية: هو "... ليس إلا عقدا إداريا، يتعهد أحد الأفراد أو الشركات بمقتضاه بالقيام على نفقته وتحت مسؤوليته المالية بتكليف من الدولة أو إحدى وحداتها الإدارية وطبقا للشروط التي توضع له، بأداء خدمة عامة للجمهور، وذلك مقابل التصريح له باستغلال المشروع لمدة محددة من الزمن واستيلاءه على الأرباح"¹.

ويعرفه البعض بأنه: "اتفاق بمقتضاه يعهد شخص عام إلى شخص خاص باستغلال مرفق عام، نظير مقابل مالي يتحدد وفقا للنتائج المالية للاستغلال"².

ولقد اختلف الفقه في التكييف القانوني لهذا العقد بين اعتباره قرارا إداريا يمثل إفصاح الإدارة عن إرادتها المنفردة بما لها من سلطة، وبين اعتباره عقدا مدنيا حيث تكون العلاقة بين أطرافه تقوم على مبدأ العقد شريعة المتعاقدين وبين اعتباره عقدا إداريا يخضع للنظام

¹ - حكم محكمة القضاء الإداري المصرية في 1956/03/25، المجموعة السنة 10، ص 259. أشارت إليه أكلي نعيمة، النظام القانوني لعقد الامتياز الإداري في الجزائر، رسالة ماجستير، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، 2013، ص 24. وفي نفس السياق أيضا عرفه مجلس الدولة الجزائري في قرار له في قضية بين شركة نقل المسافرين (ربع جنوب) ورئيس بلدية وهران، رقم 11950، تاريخ 2004/03/09، السالف ذكره. ويصطلح الفقه على تسميته أيضا بعقد الامتياز وهو نوع مهم من أنواع العقد الإداري، لأنه يخفف عبء التسيير على الإدارة من جهة ومن جهة أخرى يشبع الحاجات العامة للجمهور بالسرعة والدقة المطلوبة. ومن صوره التزام تشغيل خطوط النقل بالسكك الحديدية أو خطوط النقل الجوي، استغلال المناجم و آبار البترول والمحروقات، وتوزيع المياه الكهرباء والغاز. وتطورت صوره باتجاه الدولة نحو قطاع الخصصة بظهور نظام البوت (عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية) التي تعد الصورة الحديثة والمتطورة لعقود الالتزام، أنظر في هذا الصدد، بلاوي ياسين بلاوي، المرجع السابق، ص 132. ومن التشريعات المنظمة له، القانون المدني المصري الذي عرفه في المادة 668 منه على النحو السابق ذكره؛ القانون رقم 129 لسنة 1947 المتعلق بتنظيم عقود التزام المرافق العامة في مصر والمعدل بالقانون رقم 61 لسنة 1958. وفي الجزائر تناولته المادة 155 من القانون رقم 10/11، المؤرخ في 2011/06/22، المتعلق بالبلدية، الجريدة الرسمية رقم 37، المؤرخة في 2011/07/03. واعتبرته أحد أساليب إدارة المرفق العام؛ وكذلك المادة 149 من القانون رقم 07/12، المؤرخ في 21 فبراير 2012، المتعلق بالولاية، الجريدة الرسمية رقم 12، المؤرخة في 2012/02/29؛ والمادة 210 من المرسوم الرئاسي 247/15 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، حيث اعتبرته شكل من أشكال تفويض المرفق العام؛ وعرفه القانون رقم 17/83، المؤرخ في 1983/7/16، المتضمن قانون المياه، الجريدة الرسمية رقم 30، المؤرخة في 1983/07/19، المعدل والمتمم بموجب الأمر رقم 13/96 المؤرخ في 1996/6/15، الجريدة الرسمية رقم 37، المؤرخة في 1996/06/16؛ القانون رقم 07/05، المؤرخ في 2005/04/28، المتعلق بالمحروقات، الجريدة الرسمية رقم 50 الصادرة في 2005/07/19، المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 01/13 المؤرخ في 2013/02/20، الجريدة الرسمية رقم 11 الصادرة في 2013/02/24؛ المرسوم التنفيذي رقم 253/97، المؤرخ في 1997/07/08، المتعلق بمنح امتياز الخدمات العمومية للتزويد بمياه الشرب والتطهير، الجريدة الرسمية عدد 46 المؤرخة في 1997/07/08؛ المرسوم التنفيذي رقم 308/96 المؤرخ في 1996/09/18، المتعلق بمنح امتيازات الطرق السريعة، الجريدة الرسمية رقم 55، المؤرخة في 1996/09/25؛ التعليمات الوزارية رقم 842/394، المؤرخة في 1994/12/07، الصادرة عن وزير الداخلية والجماعات المحلية والبيئة والإصلاح الإداري، المتعلقة بامتياز المرافق العمومية المحلية وتأجيرها، والتي نظمت غالبية أحكام هذا العقد لا سيما عن مرحلة تنفيذه والآثار المترتبة عليه.

² - د. محمد محمد عبد اللطيف، الاتجاهات المعاصرة في إدارة المرافق العامة الاقتصادية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص 21.

القانوني للعقود الإدارية. إلا أن الفقه والقضاء اتجهوا صوب النظرية القائلة بأنه ذو طبيعة مختلطة أو مركبة يتضمن نوعين من الشروط، تنظيمية وتعاقدية¹.

فالشروط التعاقدية يتفق عليها طرفي العقد وتخضع لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين، وتتمثل في الأعباء المالية المتبادلة ومدة الامتياز وكيفية استرداده. وهذه لا يجوز للإدارة تعديلها بإرادتها المنفردة وإلا انعقدت مسؤوليتها التعاقدية إذ تلتزم بتعويض المتعاقد معها عن الأضرار التي مني بها من جراء تصرف الإدارة².

والشروط التنظيمية أو اللائحية هي تلك المتعلقة بتنظيم سير المرفق العام وإدارته، كتحديد الرسوم التي يتقاضاها الملتزم وكيفية أداء الخدمة للمنتفعين وإجراءات المحافظة على سلامة المتعاملين مع المرفق³.

وإذا كان المتعاقد مع الإدارة يلتزم باحترام هذه الشروط، حيث تنعقد مسؤوليته التعاقدية حال إخلاله بها، فإن الإدارة بوسعها تعديلها متى اقتضى ذلك تحقيق المصلحة العامة⁴.

ويعتبر عقد التزام المرافق العامة استثناء من قاعدة نسبية آثار العقود، كونه يترتب آثارا في مواجهة الغير، وسبب ذلك يرجع إلى أن الملتزم يدير مرفقا عاما يتولى إشباع حاجة عامة للجمهور مقابل رسوم يتقاضاها من المنتفعين⁵.

ومن خلال ما سبق يمكن القول أن إخلال المتعاقد بالتزاماته في إطار هذا العقد إنما يحدث إخلالا من شأنه أن يهدد سير المرفق العام بأن يؤدي إلى توقفه كلياً أو جزئياً عن أداء الخدمة للجمهور، هذا ما يخول الإدارة حق توقيع جزاء وضع المرفق تحت الحراسة.

¹ - وأول من أشار إلى هذه الطبيعة المختلطة لعقد الامتياز هو الفقيه الفرنسي "هوريو" وجاء بعده الفقيه "دوجي" ليوضح هذه الطبيعة المركبة لعقد الامتياز.

² - د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المسؤولية التعاقدية في تنفيذ العقود الإدارية، ط1، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2011، ص 21.

³ - بلاوي ياسين بلاوي، المرجع السابق، ص 132.

⁴ - د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المسؤولية التعاقدية في تنفيذ العقود الإدارية، المرجع السابق، ص 21؛ د. مفتاح خليفة عبد الحميد، إنهاء العقد الإداري، المرجع السابق، ص 214.

⁵ - محمد صبار محمد المشهداني، سلطة الإدارة في فرض الجزاءات غير المالية في العقد الإداري - دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، جامعة الإسراء، عمان، الأردن، 2014، ص 99. أشار إليه، جمال عباس عثمان، المرجع السابق، ص 450.

وعليه سنتعرض لهذا الجزاء في هذا المطلب من خلال ثلاثة فروع كما يلي:

الفرع الأول: تعريف جزاء وضع المرفق تحت الحراسة وبيان طبيعته القانونية.

الفرع الثاني: مبررات جزاء وضع المرفق تحت الحراسة وخصائصه.

الفرع الثالث: آثار جزاء وضع المرفق تحت الحراسة ونهايته.

الفرع الأول: تعريف جزاء وضع المرفق تحت الحراسة وبيان طبيعته القانونية.

أولاً: تعريف جزاء وضع المرفق تحت الحراسة.

يتفق جزاء وضع المرفق تحت الحراسة والطبيعة الذاتية لعقد الامتياز إذا ما قصر الملتزم في تسيير المرفق تقصيراً جسيماً أو إذا كان هناك ما يهدده بالتوقف الكلي أو الجزئي، بسبب عجز أو عدم كفاية أو عدم قدرة صاحب الامتياز¹، ولو دون خطأ منه كاضطراب لا ذنب له فيه أو قوة قاهرة، عند ذلك يكون الجزاء وضع المرفق تحت الحراسة لا جزاء الفسخ أو الإسقاط.

ويقصد بفرض الحراسة على المرفق العام، رفع يد الملتزم عن إدارة المرفق لمدة محددة وقيام السلطة مانحة الالتزام بمباشرة الإدارة بنفسها، أو بمن تعينه لذلك لضمان سير المرفق العام بانتظام واضطراب، ودون أن يؤدي ذلك إلى فسخ عقد الإمتياز أو إسقاط حقوق الملتزم الأصلي، وكل ما يترتب عليه هو رفع يد الملتزم مؤقتاً عن إدارة المشروع².

¹ -C.E, 17 juin 1921, Gaz de Maubeuge, p 595; 5 mars 1943, ville de Mimes, p 58; 8avril 1959, société industrielle de travaux d'assainissement et d'urbanisme, p 216; 25 mars 1966, ville de Royan et société an. Du casino de Royan et Coquinet, p 23; pour un marché d'entreprise de travaux publics, v. 26 novembre 1971. S.I.M.A. précité p 909.

أشارت إليها فوزية سكران، المرجع السابق، ص 67، 68، د. طارق سلطان، المرجع السابق، ص 218.
² - د. هيثم حليم غازي، سلطات الإدارة في العقود الإدارية – دراسة تطبيقية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2014، ص 134، د. نواف كنعان، القانون الإداري، المرجع السابق، ص 363.

وتضع الإدارة المرفق المدار بطريق الالتزام تحت الحراسة إذا قصر الملتزم في تسيير المرفق تقصيرا جسيما. وأيضا إذا كان ثمة ما يهدده بالتوقف ولو بدون خطأ من الملتزم، كإضرار لا ذنب له فيه¹.

ولقد أوضح مفوض الدولة في مجلس الدولة الفرنسي في قضية "مدينة تولون" الصادر في 23 يونيو 1944: "إن القرارات الصادرة في شأن الوضع تحت الحراسة أو الاحتكار الإداري تعتبر شرعية منذ اللحظة التي تكون فيها هذه القرارات من الضرورة لضمان استمرار المرفق العام، في حالة عجز، أو عدم كفاية، أو عدم أهلية صاحب الامتياز، وبالتالي لا شك في فعالية مثل هذه القرارات"².

وتقوم الإدارة بعد وضع المرفق تحت الحراسة بإدارة المرفق بنفسها، ولها أن تباشر إدارته بواسطة عمالها، كما لها أن تعهد بهذه المهمة إلى حارس من بين موظفي الدولة أو من غيرها، ويمكن أن يكون من بين عمال الملتزم نفسه ولهذا الحارس أو لجهة الإدارة القيام بالأعمال التي قصر الملتزم في إنجازها³.

ويخضع هذا الجزاء لرقابة قاضي العقد والذي له إلغاء هذا الجزاء إذا تبين له عدم مشروعيته وله الحق في تعويض الملتزم الأصلي عما لحقه من أضرار⁴.

ويجب التمييز بين ما إذا فرضت الحراسة دون خطأ منسوب إلى الملتزم وبين ما إذا فرضت الحراسة كجزاء على تقصير الملتزم وإخلاله بالتزاماته. ففي الحالة الأولى لا يتحمل الملتزم المخاطر المالية التي ترتبت على إدارة المرفق في حين يدار المشروع على حسابه وتحت مسؤوليته في الحالة الثانية⁵.

¹- د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص 507.

²- د. طارق سلطان، المرجع السابق، ص 217.

³- محمد صبار محمد المشهداني، المرجع السابق، ص 101.

⁴- حمادة عبد الرزاق علي حمادة، عقد التزام المرفق العام - دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، جامعة الإسكندرية، الإسكندرية، مصر، 2011، ص 621؛ سامال اسكندر محمد الباجلان، سلطات الإدارة في العقود الإدارية والقيود الواردة عليها - دراسة مقارنة بين التشريعات العراقية والمصرية- رسالة ماجستير، جامعة الإسكندرية، الإسكندرية، مصر، 2016، ص 162؛ د. حمدي حسن الحفاوي، المرجع السابق، ص 388.

⁵- د. محمود خلف الجبوري، العقود الإدارية، المرجع السابق، ص 157؛ د. حسين درويش، "وسائل الضغط في العقود الإدارية"، مجلة العدالة، الامارات العربية المتحدة، أبو ظبي، العدد الثامن عشر (18)، السنة السادسة، 1979، ص 49.

وإذا كان الوضع تحت الحراسة فرض كجزاء إلا أنه لا يحق للإدارة أن تمنح لنفسها زيادات غير مبررة كرفع تكاليف الإنتاج¹.

ويتعين صدور قرار فرض الحراسة متضمنا مدته التي بانقضائها تعود الإدارة إلى الملتمزم، هذه الأخيرة التي قد ينظمها دفتر شروط الالتزام. ويرى الفقه أن هذا التحديد ليس له صفة أمرة. فالإدارة لا تكون ملزمة بإنهاء الحراسة بنهاية الفترة التي سبق تحديدها بل تستطيع أن تمنح الملتمزم مدة إضافية، قد تكون طويلة إلى حد ما إذا لم تر حلا أفضل. كما يحق للملتمزم أن يطالب الإدارة بإنهاء وضع المرفق إذا استعاد قدرته على استغلال المرفق بنفسه، كما يستطيع الملتمزم أن يطلب من الإدارة اتخاذ إجراءات إسقاط الالتزام لعدم قدرته على إدارة المرفق. وقد يكون إجراء فرض الحراسة مقدمة لإسقاط الالتزام فتنتهي الحراسة بانتهاء الالتزام².

ولقد أقر القضاء الفرنسي حق الحكومة في وضع المرفق تحت الحراسة في حالة ارتكاب الملتمزم مخالفات جسيمة لشروط الالتزام، وذلك بوضع سكة حديد وتراموايات "فاروجات" تحت الحراسة لعدم قيامها بدفع الزيادة التي تقرر في أجور العمال بمقتضى اتفاق يوليو 1935. كما أقر الفقه الفرنسي بهذا الحق للحكومة³.

ولقد ذهب قسم الرأي مجتمعا بمجلس الدولة المصري في فتوى له إلى القول: "... إن الحكومة بصفتها مانحة الالتزام لها سلطات عديدة تملك استعمالها في حالة عدم قيام الملتمزم بالوفاء عليه بموجب العقد، فلها مثلا أن تنفذ هذه الالتزامات على حسابه، كما في حالة عدم قيام الملتمزم (شركة سكة حديد الدلتا) بصيانة الخطوط الحديدية وتحسينها على الوجه الذي ترضاه الحكومة، كما لها أن تتخذ ما تراه من التدابير لضمان سير المرفق في حالة توقف تشغيل الخطوط، وكثير من هذه السلطات المخولة لمانح الالتزام يقتضي استعمالها رفع يد الملتمزم عن إدارة المرفق، وقيام الحكومة بإدارته بنفسها أو بمن تعينه لذلك، والإجراء الذي تتبعه الحكومة في هذه الحالة إذا لم ترد إسقاط الالتزام هو أن تضع بقرار منها المرفق تحت

¹- أكلي نعيمة، المرجع السابق، ص 111.

²- د. عبد المجيد فياض، نظرية الجزاءات في العقد الإداري، المرجع السابق، ص 212.

³- د. سليمان الطماوى، المرجع السابق، ص 508، 509.

الحراسة، وبه ترفع يد الملتزم عن إدارة المرفق لضمان سيره سيرا منتظما، ولإصلاح ما تريد إصلاحه من جهة وإجبار الملتزم على تنفيذ التزاماته من جهة أخرى...¹.

وبالجزائر تعتبر الأحكام والاجتهادات القضائية في مجال عقد امتياز المرافق العمومية قليلة جدا مقارنة بباقي المنازعات الإدارية المطروحة على الجهات القضائية الإدارية ومقارنة بباقي الدول كمصر وفرنسا. ووجدنا في هذا الإطار قرار مجلس الدولة الجزائري في القضية بين رئيس بلدية وهران وشركة نقل المسافرين (سريع جنوب) الذي قضى ب: "... عقد الامتياز التابع لأمالك الدولة هو عقد إداري تمنح بموجبه السلطة الامتياز للمستغل، بالاستغلال المؤقت لعقار تابع للأمالك الوطنية بشكل استثنائي وبهدف محدد متواصل مقابل دفع إتاوة، لكنه مؤقت وقابل للرجوع فيه"². من خلال هذا القرار نستنتج أن مجلس الدولة يعترف بالطابع الإداري العام لعقد الامتياز، وبالتالي بالسلطات الاستثنائية التي يحق للإدارة ممارستها في مواجهة المتعاقد معها (الملتزم) خاصة فيما يتعلق بسلطة توقيع الجزاءات ومنها حق الرجوع عن الامتياز. وقد يدخل تحت هذا التعبير وضع المرفق تحت الحراسة، طبعا في حالة إخلال المتعاقد بالتزاماته.

ثانيا: الطبيعة القانونية لجزاء وضع المرفق تحت الحراسة.

إن المستقر عليه فقها وقضاء أن عقد الالتزام يحتوي على نوعين من النصوص أو الشروط شروط تعاقدية يتم الاتفاق بشأنها بين الملتزم والإدارة تحكمها قاعدة العقد شريعة المتعاقدين. وشروط لائحية تعدها الإدارة مسبقا دون تدخل من الملتزم، تتعلق بتنظيم عمل المرفق، ويمكن للإدارة أن تدخل عليه التعديلات حسب ما تراه محققا للمصلحة العامة.

والسؤال المطروح هو هل سلطة الإدارة في توقيع جزاء وضع المرفق تحت الحراسة من طبيعة عقدية أم من طبيعة لائحية؟

¹- فتوى قسم الرأي بمجلس الدولة المصري، رقم 340، بتاريخ 1952/02/04، الموسوعة الإدارية الحديثة، الجزء 18، ص 1097.

²- قرار مجلس الدولة الجزائري رقم 11950، المؤرخ في 2004/03/09، السالف ذكره.

وأجاب بعض الفقه عن هذا التساؤل، بأنه إذا كانت سلطة الإدارة عقدية، فإنها لا توجد إلا إذا كان منصوصا عليها في العقد ولا يمكن ممارستها إلا في الأحوال ووفقا للشروط التي يتضمنها، كما أن الإدارة مائنة الالتزام لا تستطيع أن توسع في نطاق هذه السلطة إلا بموافقة الملتزم، وعلى العكس إذا كانت السلطة المذكورة من طبيعة لائحية فإنها توجد حتى ولو لم ينص عليها في العقد، وتحدد اللائحة حالات وشروط مباشرتها دون العقد كما أنها تخضع لكافة التعديلات التي تجريها عليها السلطة العامة بمقتضى ما لها من سلطة تنظيمية¹.

ومن جانبنا نؤيد غالبية الفقه الذي اتجه إلى أن سلطة الإدارة في وضع المرفق تحت الحراسة من طبيعة لائحية وليست عقدية، وبالتالي يمكن تطبيقها حتى ولو لم ينص عليها في العقد. وذلك تأسيسا على أن الإدارة لا يمكنها التخلي عن مراقبة المرفق أو التدخل في شؤونه في حالة عجز الملتزم عن إدارته، بل من واجبها أن تتولى بنفسها مسؤولية تسيير المرفق المدار بطريق الالتزام على نحو مرض².

فيستند حق الإدارة في وضع المرفق تحت الحراسة إلى امتيازها بالتنفيذ المباشر سواء نص على ذلك العقد أم لا، وذلك تطبيقا للقواعد العامة التي يقوم عليها نظام جزاءات العقد الإداري، ولا سيما أن الحراسة بطبيعتها إجراء عاجل تستدعي حالة المرفق سرعة وفورية فرضه دون اللجوء إلى القضاء مسبقا لما تمتاز به إجراءات التقاضي من بطء قد تعرقل السير المنتظم والمطرود للمرفق العام³.

لذا نرى من جانبنا أن وضع المرفق تحت الحراسة هو ذو طبيعة جزائية سيما عندما تفرضه الإدارة في حالة خطأ الملتزم. إذ لها أن تفرضه ولو لم ينص عليه في العقد أسوة ببقية الجزاءات الإدارية في العقد الإداري.

¹- د. عبد المجيد فياض، المرجع السابق، ص 200.

²- د. عزيزة الشريف، دراسات في نظرية العقد الإداري، المرجع السابق، ص 173؛ د. عبد المجيد فياض، المرجع السابق، ص 201. وهذا ما يراه أيضا الفقيه الفرنسي دي لوبادير بأن وضع المرفق تحت الحراسة يجب أن يعتبر جزاءا موجودا حتى في حالة عدم النص عليه في دفتر الشروط. أنظر في هذا الصدد:

De laubadère (A), traité des contrats administratifs, T 2, Op. Cit, p 155.

³- د. عبد المجيد فياض، المرجع السابق، ص 206.

فإنّ يعتبر هذا الجزاء من النظام العام، ولا تستطيع جهة الإدارة أن تتنازل عنه، ويعتبر باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك، فجهة الإدارة هي المسؤولة عن حماية المنتفعين وبناء عليه لا يمكن لها أن تتخلى عن مراقبة نشاط الملتزم أو تتخلى عن إقصائه وتقوم بإدارة المرفق بدلا عنه في حال عجزه عن إدارة المرفق العام بانتظام وبطريقة تحمي مصالح المنتفعين¹.

على أنه يجب عدم الخلط بين سلطة الإدارة في فرض الحراسة على المرفق العام ذاتها وبين شروط مباشرتها، فقد ينظم العقد هذه الشروط ويفرض على جهة الإدارة إتباعها، كتحديد الحالات التي يمكن فيها للإدارة فرض الحراسة أو المدد أو الضمانات الممنوحة للملتزم، وهذه القيود التفصيلية يمكن أن تكون ذات طبيعة عقدية إن لم تكن منصوصا عليها بصفة أمرة في قانون أو لائحة، ولكن تلك الإجراءات العقدية لا يجوز أن يكون من شأنها تعطيل سلطة الإدارة وكأنه إلغاء لها².

وخلاصة القول أن الحراسة كما يرى الفقه ويسلم به القضاء، إجراء جزائي يتواجد حتى ولو لم يكن منصوصا عليه في العقد³.

¹- د. إبراهيم محمد علي، آثار العقود الإدارية وفقا للقانون رقم 89 لسنة 1998 بشأن المناقصات والمزايدات ولائحته التنفيذية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2003، ص 101؛ د. عزيزة الشريف، المرجع السابق، ص 173؛ د. سليمان الطماوى، المرجع السابق، ص 509.

²- د. عبد المجيد فياض، المرجع السابق، ص 201، 202.

³- د. عبد المجيد فياض، المرجع نفسه، ص 202.

الفرع الثاني: مبررات جزاء وضع المرفق تحت الحراسة وخصائصه.

أولاً: مبررات جزاء وضع المرفق تحت الحراسة.

من غير الممكن وضع المرفق تحت الحراسة إلا إذا كان المرفق قد بدأ في العمل فعلاً. أي أن الملتزم قد بدأ فعلاً في تسيير المرفق المدار بطريق الالتزام¹.

ويتفق الفقه والقضاء على حالتين مختلفتين لوضع المرفق تحت الحراسة، يجب أن نفرق بينهما لاختلاف الطبيعة القانونية لوضع المرفق تحت الحراسة في كل منهما من جهة، واختلاف الآثار المالية لكل منهما أيضاً.

الحالة الأولى وهي حالة وجود قوة قاهرة يستحيل معها ضمان سير المرفق العام، ومن أمثلة ذلك وجود إضراب عام من العاملين بالمرفق، وتتميز هذه الحالة بأن فرض الحراسة فيها يعلن بغير خطأ الملتزم². أو مثلاً أن يكون المرفق مهدد بالتوقف لخطأ من جانب الإدارة³. وفي هذه الحالة تكون الحراسة مجرد إجراء وقائي وليس إجراء من إجراءات الضغط المؤقتة أي كجزاء مؤقت، لأنه في هذه الحالة يعتبر الوضع تحت الحراسة كوسيلة وقائية لتأمين سير المرفق لأنه يخشى من تعرضه للخطر دون أن يرجع ذلك إلى خطأ الملتزم⁴. وبالتالي فإن الملتزم في هذه الحالة لا يتحمل المخاطر المالية⁵. فهو يعد من قبيل الاستغلال المباشر أو الإدارة المباشرة والذي يقصد به أن المجموعات العمومية (الدولة، الولاية، البلدية) هي التي تتولى مباشرة بواسطة أعوانها وأموالها إدارة المرفق العمومي الذي أنشأته⁶.

أما الحالة الثانية، وهي الحالة التي تهمنا، فتتمثل في أن يكون المتعاقد قد ارتكب أخطاء جسيمة في تنفيذ التزاماته التعاقدية. وذلك بوقوع مخالفات جسيمة من الملتزم يكون من

¹ - حكم مجلس الدولة الفرنسي في قضية (department de la vendee)، المؤرخ في 1914/04/04. أشار إليه د. طارق سلطان، المرجع السابق، ص 222.

² - د. هيثم حليم غازي، المرجع السابق، ص 135.

³ - د. سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 508.

⁴ - د. أحمد عثمان عياد، المرجع السابق، ص 357.

⁵ - د. طارق سلطان، المرجع السابق، ص 223.

⁶ - ناصر لباد، الأساسي في القانون الإداري، الطبعة الأولى، دار المجد للنشر والتوزيع، الجزائر، دون سنة نشر، ص 159.

شأنها أن تنال من انتظام سير المرفق، وهو ما يتوافر في حالة التوقف الجزئي أو الكلي للمرفق نتيجة لعجز الملتزم أو عدم كفايته أو عدم قدرته على إدارته بالشكل الملائم¹.

وكذلك في حالة رفض تنفيذ الأوامر الخاصة بمرفق الإدارة. أي في حالة عدم إتباع الملتزم لتعليمات الإدارة الخاصة بكيفية سير المرفق تأسيساً على أن للإدارة سلطة الرقابة والتوجيه في تنفيذ العقد الإداري، فبمخالفة الملتزم تعليمات الإدارة يحق لهذه الأخيرة وضع المرفق تحت الحراسة².

ومن أمثلة الخطأ الجسيم الشائع والموجب لتوقيع هذا الجزاء نجد: توقف الملتزم عن استغلال المرفق، ترك الملتزم للمرفق محل الالتزام دون أن يقوم بتأمين استمرار تشغيله، تنازل الملتزم عن عقده للغير أو تعاقد من الباطن بدون تصريح مسبق، عدم احترام الملتزم التعريفات والرسوم المحددة بواسطة مانح الالتزام ورفضه إمداد مانح الالتزام بالحسابات الأصلية لعملياته³.

وفي هذه الحالة الثانية، بإعلان الحراسة نتيجة لخطأ الملتزم كجزاء لتقصيره، يتحمل هذا الأخير مخاطر الإدارة، بمعنى أن الخسارة تكون على عاتقه⁴.

¹ - د. هيثم حليم غازي، المرجع السابق، ص 135. تجدر الإشارة هنا أيضاً، أنه إذا ألقى المشرع التزامات على عاتق الملتزم، وتوقف كلياً أو جزئياً عن أدائها بشكل يضر بدوام المرفق واستمراره، فإنه أيضاً يقع تحت طائلة - إجراءات الضغط والإكراه التي يحق للإدارة تطبيقها عليه؛ سعيد عبد الرزاق باخيرة، المرجع السابق، ص 240.

² - منصور صنت غريبان الديحاني، سلطة الإدارة في مصادرة التأمين والتنفيذ على حساب المتعاقد - دراسة مقارنة بين مصر والأردن والكويت-، رسالة ماجستير، جامعة عمان، عمان، الأردن، 2008، ص 82.

³ - هذه الحالات الشائعة أشار إليها القضاء الفرنسي من خلال مجموعة أحكام لمجلس الدولة الفرنسي؛ د. طارق سلطان، المرجع السابق، ص 222.

⁴ - Delaubadère (A), traité des contrats administratifs, Op. Cit, p 156.

ثانياً: خصائص جزاء وضع المرفق تحت الحراسة.

يتميز جزاء وضع المرفق تحت الحراسة بعدة خصائص أبرزها:

أن جزاء وضع المرفق تحت الحراسة يتعلق بالنظام العام، ومقتضيات حسن سير المرافق العامة، حيث تستطيع الإدارة فرضه سواء نص عليه العقد أم لم ينص عليه¹. وهذا ما يسلم به الفقه والقضاء الإداريين، وذلك باستعمال الإدارة لامتيازها في التنفيذ المباشر، إذ فضلاً عن أن هذا الحل يطابق القواعد العامة لنظام الجزاءات في العقد الإداري، فإن الحراسة بطبيعتها إجراء عاجل تقتضي حالة المرفق سرعة فرضه لضمان السير المنتظم والمستمر لهذا المرفق، وحالة الاستعجال هذه لا تستقيم مع الإجراءات القضائية التي غالباً ما تستغرق وقتاً طويلاً². وكون هذا الجزاء من النظام العام فإنه لا يجوز للإدارة مانحة الامتياز تضمين العقد شرطاً بتنازلها سلفاً عن حقها في إجراء فرض الحراسة إذا قامت موجباته، لأنه رغم إبرامها عقد الالتزام وإيصالها إدارة المرفق محل الالتزام إلى الملتزم، إلا أنها تعد هي المسؤول الأول عن سير المرفق العام، وحماية المنتفعين بخدماته³.

وجزاء وضع المرفق تحت الحراسة إجراء مؤقت لمدة محددة تقدرها السلطة مانحة الالتزام، ويجوز لها أن تجدد المدة بعد انتهائها، وبذلك فإنه لا يؤدي إلى إنهاء الالتزام⁴. وإذا كانت مدة الوضع تحت الحراسة محددة في العقد فليس لهذا التحديد صفة الإلزام بالنسبة للإدارة، فهي ليست ملزمة بإنهاء الحراسة عند انتهاء المدة⁵.

تفرض الحراسة الإدارية على المرفق المدار بطريق الامتياز، بموجب قرار إداري صادر عن الجهة الإدارية المانحة لهذا الامتياز، وتنتهي أيضاً بذات الطريقة⁶. ومن حق الملتزم المنازعة في قرار الوضع تحت الحراسة أمام القضاء، ويستطيع هذا الأخير إلغاء

¹ - مصطفى فهمي، القانون الإداري، الدار الجامعية، القاهرة، مصر، سنة 1993، ص 346.

² - د. عبد المجيد فياض، المرجع السابق، ص 206.

³ - د. هيثم حليم غازي، المرجع السابق، ص 135.

⁴ - سيف سعد مهدي الدليمي، مظاهر السلطة العامة في تنفيذ العقد الإداري - دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، مصر، 2017، ص 185.

⁵ - د. سليمان الطماوى، المرجع السابق، ص 509.

⁶ - عبد القادر دراجي، المرجع السابق، ص 101.

هذا القرار متى تبين له عدم مشروعيته أو عدم وجود مبرر له، وفي هذه الحالة يلزم الإدارة بتعويض الملتزم عما فاتته من كسب وما لحقه من خسارة¹.

إن جزاء وضع المرفق تحت الحراسة يفترض وقوع خطأ جسيم من الملتزم من شأنه أن يعرض استمرار سير المرفق بانتظام للخطر، كأن يتوقف المرفق كلياً أو جزئياً لعجز الملتزم أو عدم كفاءته². ويترتب على هذا الإجراء في هذه الحالة أن المرفق يدار تحت مسؤولية الملتزم³. ووضع المرفق تحت الحراسة في عقد الالتزام يجوز أن يفرض لا باعتباره جزاء مقابل خطأ جسيم من الملتزم، بل كوسيلة وقائية أو كإجراء وقائي، لتأمين سير المرفق إذا كان يخشى من تعرضه للخطر دون أن يرجع ذلك إلى خطأ الملتزم كإضراب لا يد له فيه مثلاً⁴. وفي هذه الحالة لا يتحمل الملتزم مخاطر الإدارة المالية⁵.

ويكاد يجمع الفقه على عدم ضرورة الإعذار عند فرض جزاء وضع المرفق تحت الحراسة ما لم ينص العقد على خلاف ذلك، وهذا خلاف الأصل العام الذي يتطلب إنذار المتعاقد قبل توقيع الجزاء عليه. ويستندون في ذلك على طبيعة هذا الجزاء كونه جزاء عاجلاً ومؤقتاً تقتضي لجوء الإدارة إليه فوراً دون حاجة إلى إنذار مسبق قصد إنهاء توقف المرفق دون أدنى تباطؤ⁶. كما أن إنذار الملتزم وإن كان يعد ضماناً من الضمانات التي يتمتع بها إلا أن المصلحة العامة (مصلحة المنتفعين) تقتضي أن يتم تقديمها على المصلحة الخاصة⁷. فضلاً عن أن الإعفاء من الإعذار في هذه الحالة يجد أساسه في نصوص القانون المدني التي تعفي الدائن من الإنذار في حالات تقتضيها طبيعة الأشياء، ومنها إذا أصبح تنفيذ الالتزام غير ممكن أو غير مجد بفعل المدين، فإذا كان مصدر الالتزام عقداً من عقود المدة، فإن مجرد فوات بعض من الزمن يترتب عليه استحالة تدارك ما مضى منه، وبذلك

¹ - قرار مجلس الدولة الفرنسي في 1926 / 10 / 29. أشار إليه، د. عبد المجيد فياض، المرجع السابق، ص 207.

² - سيف سعد مهيدى الدليمي، المرجع السابق، ص 185.

³ - د. سليمان الطماوى، المرجع السابق، ص 509.

⁴ - أحمد عثمان عياد، المرجع السابق، ص 357.

⁵ - د. سليمان الطماوى، المرجع السابق، ص 508.

⁶ - د. عبد المجيد فياض، المرجع السابق، ص 203؛ د. سليمان الطماوى، المرجع السابق، ص 509.

⁷ - رأي الفقيه الفرنسي بولاك، أشار إليه د. عبد المجيد فياض، المرجع السابق، ص 204.

فإن مرور بعض من الوقت دون أن يقوم المدين بتنفيذ التزامه يكفي لاعتباره معذرا دون إتباع أي إجراء آخر¹.

بينما يرى البعض - ونؤيدهم في ذلك - ضرورة إنذار الملتزم قبل وضع المشروع تحت الحراسة، ويجب أن يحتوي الإعذار على الإجراءات الضرورية لتصويب الأوضاع التي تهدد سير المرفق العام، وإذا صدر قرار فرض الحراسة بدون إنذار الملتزم، فإنه ينطوي على عيب في الشكل مما يجعل القرار غير مشروع، مما يفتح المجال أمام الملتزم للطعن فيه بالإلغاء². ويرى أصحاب هذا الاتجاه بضرورة الإعذار قبل توقيع جزاء فرض الحراسة، سواء تم النص عليه في العقد أم لم ينص عليه، نظرا لخطورة هذا الجزاء من جهة، ومن جهة أخرى لمنح الملتزم مدة معقولة من أجل تنفيذ التزاماته التعاقدية على نحو مرض، وتمكينه من تقديم أوجه دفاعه ومناقشته جهة الإدارة قبل فرض هذا الجزاء³.

ومن جانبنا أيضا نؤيد الرأي الفقهي القائل بأنه، إذا كان النص على وجوب الإعذار في عقد الالتزام، لا يكون مخالفا للنظام العام. إلا أن الشرط العقدي الذي يقضي بمنح الملتزم - عقب إعذاره - مهلة طويلة إلى حد ما يعتبر مخالفا للنظام العام، إذا كان من غرضه ونتيجة له إعاقة السير المنتظم والمستمر للمرفق العام. فيجب إذن أن لا تكون المهلة التي تعقب الإعذار طويلة، لأنه كلما كان الالتزام مرتبطا ارتباطا وثيقا بالسير المنتظم للمرفق العام، فإن أية مهلة للتنفيذ تمنح للملتزم سوف تكون عائقا في هذا السير العادي للمرفق⁴.

¹- د. عبد المجيد فياض، المرجع السابق، ص 205.

²- علي خطار الشطناوي، مبادئ القانون الإداري، النشاط الإداري، مطبعة الجامعة الأردنية، عمان، الأردن، سنة 1996، ص 234؛ عمر حلمي، طبيعة اختصاص القضاء الإداري بمنازعات العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، سنة 1993، ص 123.

³- د. سامي العواني، التزامات وحقوق المتعاقدين في تنفيذ عقود التشييد والاستغلال والتسليم، دار التوفيقية للتراث، القاهرة، مصر، سنة 2011، ص 376؛ د. شريف يوسف خاطر، مبادئ القانون الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، سنة 2011، ص 299.

⁴- د. عبد المجيد فياض، المرجع السابق، ص 204، 205.

الفرع الثالث: آثار جزاء وضع المرفق تحت الحراسة ونهايته.

أولاً: الآثار القانونية لجزاء وضع المرفق تحت الحراسة.

عندما تقوم الإدارة بوضع المشروع تحت الحراسة فإن إجراءاتها هذا ينتج عنه آثار قانونية متعددة أبرزها:

1- استبعاد الملتزم مؤقتاً من إدارة المرفق طوال فترة وضعه تحت الحراسة، وعلى ذلك فإن عقد الالتزام لا ينتهي بهذا الإجراء بل يبقى ويضل للملتزم حقه في الالتزام، ويستطيع دائني الملتزم أن يتمسكوا بحق الضمان العام على القيمة المالية لهذا الحق على الرغم من فرض الحراسة¹.

2- وضع المشروع تحت الحراسة لا ينهي عقد الالتزام، إذ أنه من قبيل الإجراءات الوقتية، والحراسة بطبيعتها وقتية تنتهي بزوال أسبابها، على أن تعود الإدارة إلى الملتزم بعد انتهاء هذه الفترة وزوال أسباب مدتها. لذلك على الإدارة أن تحدد فترة الحراسة في قرار الفرض². وإذا كان قد تم الاتفاق على تحديد المدة في العقد فإن هذا التحديد لا يكون له صفة الإلزام بالنسبة إلى جهة الإدارة³.

3- باعتبار أن وضع المرفق تحت الحراسة بسبب خطأ جسيم من جانب الملتزم، فإن الاستغلال المؤقت للمرفق يقع على نفقته وتحت مسؤوليته، وبذلك يتحمل الملتزم كافة المصروفات اللازمة لضمان سير المرفق وفقاً لشروط تنظيمه المبينة في وثيقة الالتزام، فإذا زادت هذه المصروفات عن إيرادات المرفق فإنه يلتزم بهذه الزيادة ويجب أن يؤديها للإدارة، ويرى الفقه أن الملتزم لا يستطيع أن ينازع في قيمة هذا الدين إلا إذا برر أن الإدارة قد ارتكبت في استغلالها للمرفق أخطاء من طبيعة ترتب مسؤوليتها، ومقابل تحمل الملتزم بهذه المخاطر فإنه إذا تبقى في نهاية فترة الحراسة رصيد فائض، فإنه يكون من حقه. وبطبيعة الحال أن الإدارة تتحمل وحدها

¹- د. هيثم حليم غازي، المرجع السابق، ص 135، د. عبد المجيد فياض، المرجع السابق، ص 208.

²- د. طارق سلطان، المرجع السابق، ص 224.

³- د. محمد كامل ليلة، نظرية التنفيذ المباشر في القانون الإداري، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، 1991، ص 129.

المصروفات التي يقتضيها استغلال المرفق إذا لم يكن وضعه تحت الحراسة بسبب خطأ من جانب الملتزم¹.

4- من واجب الإدارة إذا ما قررت وضع المرفق المدار بالالتزام تحت الحراسة أن تقوم بإدارته بنفسها بواسطة عمالها، أو أن تعهد بهذه الإدارة إلى حارس من بين موظفي الدولة أو من غيرهم، كما يمكن للإدارة أن تعين أحد عمال الملتزم نفسه كحارس يتولى إدارة المرفق ويكون مسؤولاً مباشرة قبلها². وينوب الحارس عن الملتزم في جميع التصرفات القانونية وأعمال الإدارة وكل ما يقتضيه سير المرفق، وينصرف عمل الحارس إلى الملتزم الذي يبقى مسؤولاً عن المرفق³. ويبقى هذا الأخير رب العمل بالنسبة للعمال الذين يعملون في المرفق، فالحراسة لا تؤثر على عقود العمل المبرمة بين الملتزم والعمال ففرض الحراسة لا تسبغ صفة الشخص العام على الشركة بل تبقى هذه الأخيرة شخصاً من أشخاص القانون الخاص ولا يعتبر العاملون فيها موظفين عموميين⁴.

5- إن وضع المرفق تحت الحراسة لا يؤدي إلى إنهاء عقد الالتزام، لذلك يجب على الجهة مانحة الالتزام أو على من تعينه لإدارة المرفق أن يبذلان العناية اللازمة لتنفيذ الالتزام على أحسن وجه ممكن أي العناية التي تبذلها في أعمالها الخاصة، باعتبار أن الإدارة أو من تعينه بمثابة الوكيل عن الملتزم الأصلي⁵. ولهذا الأخير أن يراقب عملية إدارة المرفق، كما له أن يلجأ للجهة القضائية إذا كانت الإدارة لا تقوم ببذل العناية الكافية في إدارة المشروع⁶.

6- تلتزم جهة الإدارة بتنظيم استغلال المرفق أثناء فترة الحراسة وفقاً للشروط المنصوص عليها في دفتر الشروط، فيحق لها تحصيل رسوم الانتفاع بالمرفق وكذلك كافة إيراداته طوال فترة الحراسة، إلا أنه لا يجوز لها تخفيض رسوم

¹ - د. عبد المجيد فياض، المرجع السابق، ص 211؛ مفتاح خليفة عبد الحميد، حمد محمد حمد الشلحاني، العقود الإدارية، المرجع السابق، ص 63.

² - د. فتحي عبد الصبور، المرجع السابق، ص 508، 509.

³ - فتوى الجمعية العمومية رقم (610)، في 15/06/1963، جلسة 22/05/1963. أشارت إليها مريم محمد أحمد، المرجع السابق، ص 276.

⁴ - د. فتحي عبد الصبور، المرجع السابق، ص 508 وما بعدها.

⁵ - د. أحمد عثمان عياد، المرجع السابق، ص 353، 354.

⁶ - د. عبد المجيد فياض، المرجع السابق، ص 210.

الانتفاع أو زيادة التكاليف¹. وتجدر الإشارة إلى أن إيرادات المرفق التي تحصلها الإدارة طيلة فترة الحراسة يجب أن تعتبر كأموال عامة على أساس أنها ترد من مرفق عام، وتخصص لتسيير مرفق عام، وتستخدم تحت إشراف جهة إدارية عامة، ومن ثم لا يستطيع دائنو الملتزم الحجز عليها².

7- لضمان استمرار المرفق - وهو القصد من الحراسة - فإن من حق الإدارة الاستيلاء على جميع المنشآت والأدوات اللازمة لاستغلال المرفق، ولكنها لا تصبح مالكة لها بل تظل مملوكة للملتزم. وتلتزم الإدارة بالعناية بهذه المنشآت والأدوات وصيانتها أثناء حيازتها المؤقتة لها، حتى يمكن إعادتها للملتزم عند نهاية الحراسة في حالة جيدة، وبذلك تكون الإدارة مسؤولة عن كل ما يلحقها من تلف بسبب إهمال الحارس³.

8- يمكن للملتزم أن يطلب من الإدارة وقف الحراسة وإنهاءها في أي وقت يرى فيه أنه باستطاعته إدارة المرفق حسبما هو متفق عليه في عقد الالتزام، وله أيضا أن يطلب من جهة الإدارة اتخاذ إجراءات إسقاط الالتزام، وتختار الإدارة ما تراه محققا للمصلحة العامة. ويكون انتهاء الحراسة بقرار من الجهة التي فرضت الحراسة في أول مرة⁴. ولكن يجوز للإدارة أن تمد فترة الحراسة إذا كان ذلك ضروريا للمرفق⁵.

9- قرار الإدارة بوضع المرفق محل الامتياز تحت الحراسة يخضع في النهاية للرقابة القضائية، إذ يحق لصاحب الالتزام المعاقب، الالتجاء إلى القضاء للمنازعة في صحة قرار وضع المرفق تحت الحراسة⁶. كما سنراه لاحقا في الباب الثاني من هذه الدراسة.

¹ - د. هيثم حليم غازي، المرجع السابق، ص 136.

² - Jeze, théorie général des contrats de l'administration, R.D.P, France, 1953, p 73.

³ - د. عبد المجيد فياض، المرجع السابق، ص 209. وتجدر الإشارة هنا إلى أن الإدارة قبل استلامها لأدوات وموجودات المرفق، تقوم بإجراء جرد تفصيلي بها بحضور الملتزم أو نائبه. أشار إلى ذلك، د. فتحي عبد الصبور، المرجع السابق، ص 509.

⁴ - د. فتحي عبد الصبور، المرجع السابق، ص 506.

⁵ - د. عزيزة الشريف، المرجع السابق، ص 173.

⁶ - د. طارق سلطان، المرجع السابق، ص 226، 227.

ثانياً: انتهاء جزاء وضع المرفق تحت الحراسة.

إن الحراسة كما سبق القول إجراء مؤقت ينتهي بإحدى الطرق الآتية¹:

إما باستعادة الملتزم لاستغلال المرفق وذلك إذا كان في حالة تسمح له باستئناف الاستغلال، فيجوز للإدارة العدول عن هذا الجزاء متى رأت أن الضمانات الجديدة التي قدمها تكفل إنجاز العمل عاجلاً وعلى نحو يحقق المصلحة العامة.

وإما بإسقاط الالتزام إذا أعلن عن عدم قدرته على الاستغلال، فقد يكون إجراء فرض الحراسة إجراء تمهيدي لإسقاط الالتزام فتنتهي الحراسة بانتهاء الالتزام.

وإما بإنهاء العقد، ويكون ذلك بانتهاء المدة التي تحددها الإدارة أو المدة المحددة في عقد الالتزام التي ينظمها دفتر الشروط أو بفسخ العقد سواء من جانب الإدارة أو بحكم قضائي.

وقد تنتهي الحراسة لأنه لم يُعترف بصحتها². فقد يُعاد المرفق إلى الملتزم إذا ما حكم القضاء بذلك في حالة خطأ الإدارة، كما يمكن أن يعود المرفق إلى الملتزم إذا كان وضع المرفق تحت الحراسة بسبب خطأ لا يد له فيه كما في حالة القوة القاهرة³.

ويكون انتهاء الحراسة بقرار من الجهة التي فرضت الحراسة في أول مرة⁴.

وتجدر الإشارة إلى أنه إذا كان من سلطة الإدارة تحديد المدة الفعلية للحراسة كما قد ينظمها دفتر شروط الالتزام، إلا أن هذا التحديد ليس له صفة أمر، فالإدارة لا تكون ملزمة بإنهاء الحراسة بنهاية الفترة التي سبق تحديدها بل تستطيع أن تمنح الملتزم مهلة إضافية. قد تكون طويلة إلى حد ما. إذا لم تر حلاً أفضل، ومع ذلك يمكن للملتزم أن يطلب إنهاء وضع المرفق تحت الحراسة متى أصبح قادراً على استئناف الاستغلال، كما يمكنه أن يعلن عن عدم قدرته على استعادة إدارة المرفق ويطلب من الإدارة اتخاذ إجراءات إسقاط الالتزام، إذ غالباً ما يكون وضع المرفق تحت الحراسة مقدمة لإسقاط الالتزام، خاصة وأن هذا الإسقاط

¹- د. طارق سلطان، المرجع نفسه، ص 226.

²- د. عبد المجيد فياض، المرجع السابق، ص 211، 212.

³- د. عزيزة الشريف، دراسات في نظرية العقد الإداري، وتطبيقاتها في الكويت، الطبعة الأولى، دار الثقافة، الكويت، سنة 1998، ص 173.

⁴- د. فتحي عبد الصبور، المرجع السابق، ص 506.

يكون بحكم قضائي، فهنا تسمح الحراسة للإدارة بأن تضمن الاسترداد الفوري للمرفق دون انتظار الانتهاء من الدعوى القضائية¹.

المطلب الثاني: سحب العمل من المقاول في عقد الأشغال العامة.

إن جزاء سحب العمل من المقاول أو كما يصطلح عليه بعض الفقه ب: "وضع المقاوله تحت الإدارة المباشرة"، يرتبط بعقد الأشغال العامة، ولا بد قبل بحث تفاصيل هذا الجزاء، من التطرق إلى تعريف عقد الأشغال العامة وإبراز عناصره الأساسية، حتى يتسنى لنا فهم هذا الجزاء.

فعقد الأشغال العامة²، هو عقد من أهم العقود الإدارية يبرم بين شخص معنوي عام ومقاول قصد إنجاز أشغال محددة³. وبصفة أدق هو عقد إداري يتم إبرامه بين طرفين هما جهة الإدارة ومتعاقد آخر – أحد أشخاص القانون الخاص وغالبا ما يكون مقاولا – بموجبه تتفق الإدارة مع المقاول بأن يتولى تنفيذ عمل من أعمال البناء أو الترميم أو الصيانة المتعلقة بالعقارات العائدة للأشخاص المعنوية العامة على أن يتقاضى لقاء أعماله تلك ثمنا معيناً في العقد المبرم، وينبغي أن تكون الغاية من هذا العقد تحقيق النفع العام⁴.

¹ - د. عبد المجيد فياض، المرجع السابق، ص 212.

² - تجدر الإشارة إلى أن هذا العقد أتى في طليعة العقود الإدارية التي نظمها المشرع في قوانين الصفقات العمومية في الجزائر، حيث تنص المادة 1/29، 3، 4 من قانون الصفقات العمومية الجزائري السالف ذكره على ما يلي: "تشمل الصفقات العمومية إحدى العمليات الآتية أو أكثر: - إنجاز الأشغال، ... تهدف الصفقة العمومية للأشغال إلى إنجاز منشأة أو أشغال بناء أو هندسة مدنية من طرف مقاول، في ظل احترام الحاجات التي تحددها المصلحة المتعاقدة صاحبة المشروع. وتعتبر المنشأة مجموعة من أشغال البناء أو الهندسة المدنية التي تستوفي نتائجها وظيفة اقتصادية أو تقنية.

تشمل الصفقة العمومية للأشغال بناء أو تجديد أو صيانة أو تأهيل أو تهيئة أو ترميم أو إصلاح أو تدعيم أو هدم منشأة أو جزء منها، بما في ذلك التجهيزات المرتبطة بها الضرورية لاستغلالها"، كما أن دفتر الشروط الإدارية العامة لسنة 1964 المطبقة على صفقات الأشغال العامة في الجزائر، نصت على العديد من الأحكام التي تنظم هذا العقد، ومن بينها تلك المتعلقة بجزاء التنفيذ على حساب المقاول كما سنراه لاحقا.

³ - Alland (A), Ablard (A), le droit administratif de l'expropriation et des marches de travaux publics, 3eme éd, Paris, France, 1974, p 139.

⁴ - د. سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 122؛ محمد السلطان، المشاكل التي يواجهها القطاع الخاص في مجال العقود الإدارية، ندوة العقود الإدارية، معهد الإدارة العامة، الرياض، السعودية، سنة 1990، ص 241 وما يليها؛ حسام مرسي، أصول القانون الإداري، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2012، ص 454.

ومن خلال أحكام القضاء الإداري الفرنسي، استخلص الفقه الفرنسي، تعريفا للأشغال العامة على أنها: الأشغال التي تتم على عقار وتهدف إلى تحقيق نفع عام، سواء لحساب شخص عام أو لحساب شخص خاص إذا قام بها شخص عام في إطار مهمة مرفق عام¹.

ويتضح من خلال التعريفات السابقة أنه حتى يمكننا أن نطلق وصف الأشغال العامة على عقد ما يجب أن يتضمن العناصر أو الخصائص التالية²:

ورود الأشغال على عقار، تنفيذ الأشغال لحساب شخص عام³، هدف الأشغال هو تحقيق منفعة عامة.

وبعد أن بينا تعريف عقد الأشغال العامة، سنتطرق لجزاء سحب العمل من المقاول في عقد الأشغال العامة كما يلي:

الفرع الأول: تعريف جزاء سحب العمل من المقاول وتحديد طبيعته القانونية.

الفرع الثاني: شروط فرض جزاء سحب العمل من المقاول وخصائصه.

الفرع الثالث: آثار جزاء سحب العمل من المقاول.

¹- د. مصطفى عبد المقصود، دراسات في العقد الإداري، مكتبة النصر، الزقازيق، مصر، سنة 2002، ص 293 وما بعدها.

²- بن شعبان علي، آثار عقد الأشغال العامة على طرفيه في التشريع الجزائري، أطروحة دكتوراه، جامعة منتوري، قسنطينة، الجزائر، 2011، 2012، ص 7 و4.

³ وفي هذا الإطار تجدر الإشارة إلى أن فكرة الأشغال العامة قد أخذت دائما معنى واسع نسبيا، ولم يتم حصرها في إطار علاقة محددة مع مفاهيم أخرى، من ذلك عدم الربط بين فكرة الأشغال العامة والدومين العام. معنى ذلك أنه لكي يكون من الممكن إطلاق وصف الأشغال العامة على عمل ما فإن هذا العمل يجب أن ينفذ: - إما لحساب شخص عام (ويظل هذا هو المبدأ العام)، - وإما للقيام بمهمة مرفق عام، وفي هذه الحالة يمكن أن تتم الأشغال على عقار مملوك لشخص من أشخاص القانون الخاص، وفي هذه الحالة يشترط أن يقوم بها شخص عام (ويظل هذا عملا استثنائيا)، ومن أهم الأحكام القضائية في هذا الشأن حكم محكمة التنازع الفرنسية الصادر بتاريخ 1955/03/28؛ د. مصطفى عبد المقصود، المرجع السابق، ص 296، 297. و 301-304.

الفرع الأول: تعريف جزاء سحب العمل من المقاول وتحديد طبيعته القانونية.

أولاً: تعريف جزاء سحب العمل من المقاول.

سحب العمل من المقاول هو جزاء إداري مؤقت وضابط، تختص الإدارة بإيقاعه في عقود المقاولات العامة (عقود الأشغال العامة) في مواجهة المقاول المتعاقد معها جراء إخلاله بتنفيذ التزاماته التعاقدية، وبه تُحل الإدارة محل المقاول في تنفيذ العقد بنفسها أو بواسطة مقاول آخر على حساب المقاول وتحت مسؤوليته ضماناً لحسن سير المرفق العام بانتظام واضطراباً¹.

والقاعدة في العقود، مدنية وإدارية، أن تنفيذ الالتزام يكون عيناً، ولئن كان الإلزام بالتنفيذ عيناً لا يتم في المعاملات المدنية إلا عن طريق القضاء، إلا أنه في العقود الإدارية يمكن تنفيذ الالتزام عيناً بواسطة الإدارة، بأن تُحل محل المقاول المقصر مقاولاً آخر لتنفيذ عقد الأشغال العامة وذلك بسحب العمل من الأول وتنفيذه على حسابه، ويندرج هذا الإجراء تحت وصف الجزاءات الضاغطة، لأن المقصود منه إرغام المقاول المقصر على تنفيذ العقد، فهو لا ينهي العقد ولا يوقع إلا مع قيام الرابطة التعاقدية، فلا يجوز للإدارة أن تجمع بين التنفيذ على الحساب وفسخ العقد في آن واحد². وبذلك فإن هذا الجزاء يمكن أن يتقرر حتى ولو تم تسليم الأعمال من قبل المقاول تسليماً مؤقتاً، بل وحتى نهاية مدة الضمان إذا كان المقاول المتعاقد مازال متخلفاً حتى هذا التاريخ عن إصلاح ما يظهر من خلل أو عيب في الأعمال موضوع العقد التي قام بتنفيذها خلال هذه المدة³.

فيمثل هذا الأسلوب إذن خروج عن المألوف في عقود القانون الخاص، ويعتبر مظهراً لسلطة الإدارة في التنفيذ المباشر، والتي تلجأ إليه بإرادتها المنفردة بمقتضى إجراءات هي في الواقع تنفيذ للعقد الإداري الذي يتميز بطبيعة ذاتية ومختلفة عن العقد المدني، فهو وسيلة لإرغام المتعاقد على تنفيذ العقد، وجزاء تملك الإدارة توقيعه في حالة التقصير، ولا تنقيد

¹- بشار أحمد الجبوري، سحب العمل في عقود المقاولات العامة - دراسة مقارنة-، الطبعة الأولى، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، مصر، 2017، ص 27.

²- أيمن محمد جمعة، آثار عقد الأشغال العامة بين المتعاقدين، أطروحة دكتوراه، جامعة الزقازيق، الزقازيق، مصر، دون سنة، ص 327.

³- بلاوي ياسين بلاوي، المرجع السابق، ص 157.

في حكمه بقواعد القانون المدني، وذلك حتى تتلاءم مع السرعة والمرونة التي يقتضيها حسن سير المرافق العامة بانتظام واضطراد¹. فالتنفيذ على الحساب شأنه شأن كافة الجزاءات الإدارية الأخرى، فجهة الإدارة توقعه دون حاجة إلى النص عليه في العقد، كما أنها لا تحتاج إلى حكم من القاضي بل توقعه جهة الإدارة بقرار يصدر عنها².

وللتوضيح أكثر فإن تنفيذ الأشغال على حساب المقاول المقصر هو الوجه الآخر لقرار سحب العمل، إذ أن الإدارة في محاولة منها للضغط على المتعاقد معها كي ينفذ التزاماته التعاقدية فإنها تهدده بسحب العمل منه، إلا أنها متى قامت بسحب العمل فإنها تكون قد أنزلت بالمقاول المتعاقد معها الجزاء، لكن الأمر لن يتوقف على ذلك لأن سحب العمل فقط يترتب عليه توقف سير المرفق العام بصورة كاملة إذ لن يكون هناك مقاول يتولى مهمة تسيير المرفق العام، لذلك لابد من إيجاد وسيلة لتسيير المرفق العام بعد أن تم سحب العمل من المقاول ولا يكون ذلك إلا بتنفيذ الأعمال التي قصر المقاول في تنفيذها على حسابه وتحت مسؤوليته، عن طريق تولي الإدارة تنفيذ تلك الأعمال بنفسها أو بواسطة مقاول ثان تعهد إليه الإدارة تنفيذ تلك الأعمال وفقاً للطرق المقررة للتنفيذ على الحساب³.

وتجدر الإشارة إلى أن الإدارة المباشرة للمقاول كجزاء قصري تطبقه الإدارة صاحبة الأشغال على المقاول عن الاستغلال المباشر الذي هو أسلوب من أساليب إدارة المرافق العامة، أين تتولى الإدارة بنفسها تسيير المرفق العام مستعملة أموالها وموظفيها، مستخدمة امتيازات السلطة العامة ومتحملة مسؤوليتها بذلك⁴.

ونظراً لخطورة هذا الجزاء فإن الإدارة لا تستطيع اللجوء إليه إلا في حالة إخلال المتعاقد معها بالتزاماته إخلالاً جسيماً أو ارتكابه خطأ جسيماً⁵.

¹ - سعد محمد علي المري، نظرية الجزاءات في عقد الأشغال العامة - دراسة مقارنة في القانون المصري وقوانين دول مجلس التعاون الخليجي -، أطروحة دكتوراه، جامعة الزقازيق، الزقازيق، مصر، دون سنة، ص 245.

² - خليل صالح محمود، عقد الأشغال العامة - دراسة مقارنة بين القانونين المصري والعراقي-، رسالة ماجستير، جامعة المنصورة، المنصورة، مصر، 2015، ص 148.

³ - د. عاطف محمد عبد اللطيف، امتيازات الإدارة في العقد الحكومي في النظام الأنجلو أمريكي والعقد الإداري في القانون المصري - دراسة مقارنة-، أطروحة دكتوراه، جامعة القاهرة، القاهرة، مصر، دون سنة، ص 431.

⁴ - بن شعبان علي، المرجع السابق، ص 110.

⁵ - د. عصمت عبد الله الشيخ، المرجع السابق، ص 268.

فإذا كان الخطأ بسيطاً أو ذا أهمية ثانوية فإنه لا يعد مبرراً لفرض هذا الجزاء¹.

كما يجدر بنا التنويه إلى أنه ثار جدل فقهي حول مسألة سحب العمل من المقاول هل يكون بشكل كلي أم بصورة جزئية. فقد اختلف الفقهاء بين منكر ومؤيد ومقيد لحق الإدارة في ذلك. فجانبا من الفقه أنكر حق الإدارة في سحب العمل من المقاول بصورة جزئية، لأن ذلك يؤدي إلى قلب اقتصاديات العقد، فقد تكون الأعمال التي يشملها قرار السحب هي الأكثر ميزة من ناحية الأثمان، فحينئذ يكون ثمة عبء ثقيل أن تقوم الإدارة بالحلول جزئياً بالنسبة للأجزاء التي تجلب ربحاً وأن تترك للمقاول الأجزاء الأخرى من المقولة التي تعرضه لخسائر حتمية، وهذا يعد ظلماً صارخاً له، فضلاً عن ذلك فإن إخضاع عمل واحد لسلطتين مختلفتين له مساوئ عملية خطيرة إذ من الصعب تسوية جزء الأدوات والمواد التي تستولي عليها الإدارة لإكمال تنفيذ العمل وتلك التي تتركها للمقاول، كما إنه يتعذر توزيع عمال المشروع بين الإدارة والمقاول ما لم يحدث اتفاق بينهما².

أما جانب فقهي آخر يذهب إلى أن سحب العمل من المقاول بصورة جزئية يعتبر نتيجة لطبيعة حق الإدارة ذاته في الإجراءات الضاغطة إذ أن مدى هذه السلطة يتحدد باحتياجات المرفق العام، وبذلك فإنه يجب أن يقتصر على هذا الوضع الجزئي متى كان ذلك كافياً وكانت طبيعة الأعمال تقبل التجزئة. كما أن سحب العمل بشكل جزئي وإن كان أكثر عبئاً على المقاول من سحبه بصورة كاملة، إلا أن هذا الإجراء لم يتخذ ضده إلا لأنه ارتكب خطأ جسيماً ومن الطبيعي أن يتحمل نتائج خطئه³.

ويرى جانب آخر أن سحب العمل من المقاول يجب أن يكون بشكل كلي، بحيث يشمل جميع الأعمال المكلف بها المقاول ما لم ينص العقد صراحة على خلاف ذلك أو حين يمتنع المقاول عن إصلاح ما يظهر من عيوب في جزء من الأعمال التي تم تنفيذها حين تسليم الأعمال ففي هاتين الحالتين يمكن للإدارة الحلول جزئياً محل المقاول وتنفيذ الأعمال على

¹- د. أحمد عثمان عياد، المرجع السابق، ص 357.

²- ويمثل هذا الاتجاه الفقهي، الفقهاء: فوجيرول وإرب، أشار إليه بلاوي ياسين بلاوي، المرجع السابق، ص 158.

³- ويمثل هذا الاتجاه الفقهي، الفقهاء، جيز ودي لوبادير، أشار إليه د. عبد المجيد فياض، المرجع السابق، ص 224.

حسابه ونفقته بقصد إصلاح ذلك الجزء من العملية¹. كما يضيف اتجاه فقهي آخر حالة وجود نص قانوني يسمح للإدارة بالسحب الجزئي أو في حالة خطأ المقاول وامتناعه عن إصلاح الخلل بالرغم من إعداره وذلك حين تسليم الأعمال تسليمًا مؤقتًا أو نهائيًا².

وبالرجوع إلى دفتر الشروط الإدارية العامة الجزائري لسنة 1964 المطبقة على صفقات الأشغال الخاصة بوزارة تجديد البناء والأشغال العمومية والنقل، نجده ينص على سحب العمل من المقاول وبعبارات وأحكام أمرة، في المادة 35 منه، حيث أسماه بـ "النظام المباشر" والذي يقصد به التنفيذ المباشر للأشغال، أي سحبها من المقاول وتنفيذها مباشرة من الإدارة المتعاقدة صاحبة الأشغال على نفقة المقاول المتخلف. حيث تقضي بأنه إذا لم ينفذ المقاول ما تم الاتفاق على إنجازه أو لم يتقيد بأوامر المصلحة التي يتلقاها من مهندس الدائرة، أو المهندس المعماري بعد إعداره وانقضاء الأجل الممنوح له للتقيد بتلك الشروط والأوامر، هذا الأخير الذي لا يجوز أن يقل عن (10) أيام ابتداء من تاريخ تبليغه الإعدار. فإنه يجوز للمهندس الرئيس باستثناء حالة الاستعجال، بعد عرض المسألة على الوزير، أن يأمر بإجراء النظام المباشر على نفقة المقاول، والذي يجوز أن يكون جزئيًا.

وعلى كل حال فإن الوزير يمكنه تبعًا للظروف أن يأمر بإعادة إجراء المناقصة على ذمة المقاول المتخلف أو بفسخ الصفقة دون قيد أو بمتابعة النظام المباشر بالإدارة.

ويجوز رفع هذا النظام عنه إذا أثبت بالوسائل الضرورية إمكانيته للسير بالأشغال وإيصالها إلى نهايتها الحسنة³. ولقد اعتبر مجلس المحاسبة الجزائري في تقريره لسنة

¹- ويمثل هذا الرأي الفقيه جوس، أشار إليه د. عبد المجيد فياض، المرجع السابق، ص 224.

²- د. هارون عبد العزيز الجمل، المرجع السابق، ص 238.

³- المادة 35/1، 2، 3، 5، 6، من دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال العمومية والنقل، المصادق عليه بموجب القرار الوزاري المؤرخ في 21 نوفمبر 1964. وتقابل هذه المادة، المادة 553 من القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم، والتي أحالت بدورها على المادة 170 من نفس القانون، والتي تقضي بأنه إذا ثبت أن المقاول أثناء سير العمل، أنه يقوم به على وجه معيب، أو مناف لشروط العقد، جاز لرب العمل أن ينذره بأن يصحح من طريقة التنفيذ خلال أجل معقول يعينه له، فإذا انقضى هذا الأجل دون أن يرجع المقاول إلى الطريقة الصحيحة جاز لرب العمل أن يطلب إما فسخ العقد أو يعهد إلى مقاول آخر بانجاز العمل على نفقة المقاول الأول، طبقًا لأحكام المادة 170 التي تقضي بأنه في الالتزام بعمل إذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه جاز للدائن أن يطلب ترخيصًا من القاضي بتنفيذ الالتزام على نفقة المدين إذا كان التنفيذ ممكنًا. وهذا هو الفرق الجوهرى بين عقود المقاولات الخاصة وعقد الأشغال العامة كعقد إداري، حيث في هذا الأخير تقود الإدارة بسحب العمل من المقاول وتنفيذه على حسابه مباشرة بنفسها ودون حاجة للجوء إلى القضاء للحصول منه على ترخيص بذلك.

1997/1996 أن عدم قيام مديرية الأشغال العمومية بقسنطينة بتطبيق التدابير القهرية اللازمة ضد المتعاقد معها مخالفة لقانون الصفقات العمومية¹.

ثانيا: الطبيعة القانونية لجزاء سحب العمل من المقاول.

سحب العمل من المقاول المقصر في عقد الأشغال العامة، وتنفيذه على حسابه، يعد وسيلة الإدارة في تنفيذ الالتزام عينا، وهو تنفيذ تقوم به الإدارة بنفسها أو بواسطة الغير على حساب المتعاقد معها وتحت مسؤوليته².

ويذهب غالبية الفقه إلى أن وضع المقولة تحت الإدارة المباشرة جزاء تستهدف به الإدارة إرغام المقاول المخل بتنفيذ التزاماته التعاقدية على الوفاء بها³.

ومن ثم فهذا الإجراء هو وسيلة من وسائل الضغط لإرغام المتعاقد مع جهة الإدارة على الوفاء بالتزاماته التعاقدية عن طريق حلول الإدارة محل الملتزم المقصر أو بإحلال غيره محله، لتحقيق حسن سير المرفق العام بانتظام واضطراد، ولذلك تعتبر وسيلة الضغط هذه التي تلجأ إليها الإدارة بمثابة جزاء مؤقت لا ينهي العقد ولكنه يكل تنفيذه إلى متعاقد آخر وعلى مسؤولية وحساب المتعاقد الأصلي. ولقد أكدت معظم التشريعات على أن جهة الإدارة تمارس حقها في سحب العمل من المقاول المقصر تطبيقا للقواعد العامة التي يخضع لها نظام الجزاءات الإدارية في العقد الإداري، فوفقا لكراسة الشروط الإدارية العامة (C.C.A.G) في فرنسا عندما لا يلتزم المقاول بنصوص العقد أو بالأوامر المصلحية بعد إعداره كتابة من الشخص المسؤول عن العقد، بالالتزام خلال مهلة محددة، يتم سحب العمل منه وينفذ على حسابه ونفقاته⁴. وهذا ما ذهب إليه المشرع الجزائري أيضا من خلال المادة

¹- تقرير مجلس المحاسبة السنوي لسنة 1997/1996، الجريدة الرسمية عدد 12 المؤرخة في 1999/02/22.
²- فتوى رقم 276 / 2002 لإدارة الفتوى لرئاسة الجمهورية، ملف رقم 559/38/93. أشار إليها د. محمد ماهر أبو العينين، العقود الإدارية وقوانين المزايدات والمناقصات في قضاء وإفتاء مجلس الدولة حتى عام 2004، الكتاب الثاني، دار أبو المجد للطباعة، القاهرة، مصر، 2005، ص 925.
³- أيمن محمد جمعة، المرجع السابق، ص 331. وكذا حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن رقم 3683 لسنة 36 ق. عليا، جلسة 29 نوفمبر 1994. وحكمها في الطعن رقم 1181 لسنة 33 ق. عليا، جلسة 25 يناير 1994، مجموعة العقود في أربعين عاما، ص 598. أشار إليها سعد محمد علي المري، المرجع السابق، ص 244.
⁴- سعد محمد علي المري، المرجع السابق، ص 245-247.

35 من كراسة الشروط الإدارية العامة لسنة 1964 السالف ذكرها والمتعلقة بالنظام المباشر للمقولة والمعونة ب "التدابير القسرية".

وعادة ما تنص كراسات الشروط أو عقود الأشغال العامة على حق الإدارة في ممارسة هذه السلطة وأوضاع ممارستها، إلا أن حق الإدارة في ممارسة هذه السلطة يوجد حتى ولو لم تنص عليها في العقد أو كراسات الشروط فهذه السلطة مقررة بقوة القانون لمصلحة الإدارة بقدر ضرورتها لتنفيذ الأشغال الكفيلة بحسن سير المرفق العام. يتضح من ذلك أن سلطة الإدارة في وضع المقولة تحت الإدارة المباشرة سلطة تقديرية، تتمتع بها إعمالاً لسلطتها في التنفيذ المباشر دون اللجوء إلى القضاء، أي أن هذا الإجراء جوازي والإدارة لها حق استعماله مادام قد ثبت تقصير المتعاقد لديها¹. فشأنه شأن الجزاءات الأخرى في العقود الإدارية لا يشترط لتوقيعه حدوث ضرر يصيب المرفق العام².

ولا يعد قرار الإدارة بسحب العمل من المقاول من القرارات الإدارية بالمعنى المتعارف عليه بحسبانه يدخل في منطقة العقد وينشأ عنه، إذ يصدر القرار تنفيذاً لبنود العقود، واستناداً إلى أحكامه، وبالتالي تكون المنازعات المتولدة عن قرار سحب العمل هي منازعة حقوقية تدرج تحت ولاية القضاء الكامل³. كما سنراه في الباب القادم.

ويرى كثير من الفقهاء أن هذا الجزاء مرتبط بالنظام العام وهو ضروري لضمان السير المنتظم للمرفق، ويترتب على ذلك أنه لا يجوز أن تتضمن عقود الأشغال العامة نصاً يحرم الإدارة من هذا الحق، وإذا وجد هذا النص فإنه يكون باطلاً لمخالفته للنظام العام لأنه يلغي سلطة قانونية ضرورية يحتاجها المرفق لاستمراره⁴.

ولا شك أنه إذا كان لا يجوز الاتفاق صراحة على استبعاد سلطة الإدارة في سحب العمل من المقاول، فإنه لا يجوز استبعادها ضمناً بتضمين العقد نصاً يقضي بالغرامة أو

¹ - د. طارق سلطان، المرجع السابق، ص 235.

² - سعد محمد علي المري، المرجع السابق، ص 246.

³ - حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية، في الطعن رقم 3723 لسنة 40 القضائية، جلسة 1996/06/02. أشار إليه د. محمد ماهر أبو العينين، العقود الإدارية وقوانين المزايدات والمناقصات في قضاء وإفتاء مجلس الدولة حتى عام 2004، الكتاب الأول، دار أبو المجد للطباعة، القاهرة، مصر، سنة 2005، ص 153.

⁴ - حكم المحكمة الإدارية العليا، 1973/4/21، لسنة 14، مجموعة المبادئ 197م، ص 79؛ د. طارق سلطان، المرجع السابق، ص 235.

التعويض كجزاء لالتزامات المقاول، وعلى هذا الأساس فلا يحق للمقاول المتعاقد في حالة سحب العمل منه الاحتجاج بأن العقد قد تضمن النص على التعويض كجزاء لعدم الالتزام بصفة عامة، وأن هذا الجزاء المنصوص عليه صراحة يستبعد جزاء سحب العمل¹. ففي حالة تضمن نصوص العقد على جزاءات كالغرامة أو التعويض أو مصادرة التأمين، توقع على المقاول في حالة إهماله أو تقصيره في تنفيذ التزاماته التعاقدية بصفة عامة، فإن هذه الجزاءات المنصوص عليها لا تكون عائقاً من سحب العمل وتنفيذه على حساب المقاول إذا نسب إليه خطأ جسيم². وهذا الجمع بين سحب العمل والغرامة أو التعويض أو مصادر التأمين جائز لأنه لا يتعارض مع طبيعة جزاء سحب العمل ذلك أنه يفترض بقاء العقد قائماً، وبقاء المتعاقد المقصر مسؤولاً عن تنفيذه. ومن هنا لا يجوز الجمع بين هذا الجزاء وجزاء إلغاء العقد³.

ويرى البعض أن أطراف العقد إذا اتفقوا على استبعاد سلطة الإدارة في سحب العمل فإنه يجب أن تفسر إرادتهم هذه بأن حق الإدارة في تطبيقه يجب أن لا يمارس غلا في حالات التقصير الشديد التي يتعرض فيها المرفق العام للخطر، بحيث يقتصر تطبيق هذا الاتفاق على حالات الخطأ العادي. على أن يختص قاضي العقد بتقدير هذه الحالات أو تلك⁴.

لكن إذا ما توقع المتعاقدان عند إبرام العقد خطأ معيناً وضع له جزاء محدداً فيجب أن تنقيد الإدارة بهذا الجزاء ولا يجوز لها أن توقع جزاء آخر للخطأ المتوقع⁵.

¹ - وهذا ما أكد عليه مجلس الدولة الفرنسي في حكمه المؤرخ في 12/03/1912؛ بلاوي ياسين بلاوي، المرجع السابق، ص 162، 163.

² - بلاوي ياسين بلاوي، المرجع السابق، ص 164.

³ - د. طارق سلطان، المرجع السابق، ص 237.

⁴ - د. عبد المجيد فياض، المرجع السابق، ص 214.

⁵ - حكم المحكمة الإدارية العليا - الطعن 501 لسنة 14 قضائية، جلسة 13/11/1971، وذات المبدأ قرره في الطعن 1020 لسنة 9 قضائية، جلسة 08/04/1967. أشار إليهما بلاوي ياسين بلاوي، المرجع السابق، ص 163.

الفرع الثاني: شروط فرض جزاء سحب العمل من المقاول وخصائصه.

أولاً: شروط فرض جزاء سحب العمل من المقاول.

يتطلب الفقه والقضاء لسحب العمل من المقاول المتعاقد وتنفيذه على حسابه وجوب توافر شرطين هما: وقوع خطأ جسيم من جانب المقاول، وضرورة إعدار المقاول وإعطائه مهلة معينة لتلافي مخالفاته.

1- وقوع خطأ جسيم من جانب المقاول:

الخطأ الجسيم هو إخلال المتعاقد بالتزام تعاقدى أو قانوني جوهري¹. وعليه لا يجوز للإدارة أن توقع عقوبة السحب وما يترتب عليه من آثار إلا إذا أخطأ المقاول خطأ جسيماً أو على درجة من الأهمية، فالأخطاء ذات الأهمية المحدودة أو إذا كانت المخالفات لا ترقى إلى هذه الدرجة من الجسامة فإنها لا تكفي لفرض هذا الجزاء ولا تعتبر مبرراً له². فمجرد تباطؤ المقاول في تنفيذ التزاماته في العقد لا يصلح سبباً لسحب العمل إلا إذا ثبت أنه غير جاد في تنفيذ التزاماته³.

والمقاول قد يرتكب أخطاء متعددة، لا يعتبر أي منها على حده وبذاته كافياً لوضع المقاولة تحت الإدارة المباشرة، ولكن اجتماعها يدل في مجموعه على إهمال خطير ينسب إلى المقاول في تنفيذ العقد مما يبرر مشروعية الإجراء⁴.

وفي عقد الأشغال العامة يأخذ الخطأ التعاقدى صورتين، أولهما إخلال المقاول بالشروط التعاقدية وثانيهما عدم احترامه للأوامر المصلحية⁵.

¹ - أيمن محمد جمعة، المرجع السابق، ص 240.

² - د. طارق سلطان، المرجع السابق، ص 230؛ براهيم سماحي، الضمانات في الصفقات العمومية - دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، جامعة سيدي بلعباس، سيدي بلعباس، الجزائر، سنة 2013، ص 194.

³ - حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن رقم 5805، لسنة 46 ق، عليا، بتاريخ 2007/09/02، (غير منشور).

⁴ - هارون عبد العزيز الجمل، المرجع السابق، ص 185.

⁵ - محمد فكرى عطا الله، الرقابة على تنفيذ عقود الأشغال العامة - دراسة مقارنة -، أطروحة دكتوراه، جامعة القاهرة، القاهرة، مصر، سنة 2010، ص 333.

وبالرجوع إلى دفتر الشروط الإدارية العامة الجزائري لسنة 1964، نجد نص المادة (35) يقضي ب: "إذا لم يتقيد المقاول بشروط الصفقة أو بأوامر المصلحة التي يتلقاها من مهندس الدائرة أو المهندس المعماري، يعمد المهندس الرئيس إلى إنذاره بلزوم التقيد بتلك الشروط والأوامر في أجل يحدد بمقرر يجري إبلاغه له بموجب أمر المصلحة.... عند انقضاء الأجل، إذا لم ينفذ المقاول المقتضيات المفروضة، يجوز للمهندس الرئيس، باستثناء حالة الاستعجال بعد عرض المسألة على الوزير، أن يأمر بإجراء النظام المباشر على نفقة المقاول".

إن هذا النص يؤكد على الصورتين السالف ذكرهما لخطأ المقاول في عقد الأشغال العامة، إلا أن ما يؤخذ عليه أن عباراته جاءت عامة، فإذا اعتمدنا التفسير الحرفي للنص، نجد أن كل تقصير من قبل المقاول مهما كان بسيطاً، أو أي شروط أو أوامر في الصفقة تمت مخالفتها مهما كانت بسيطة، فإن ذلك يؤدي إلى وضع المقولة تحت الإدارة المباشرة. وبالرغم من الرأي الذي يقول بأن وسائل الضغط التي تلجأ إليها الإدارة إنما تستمدّها من طبيعة العقد الإداري وصلته بالمرافق العامة ومقتضيات سير تلك المرافق، لذلك فإنه يحق لها سحب العمل من المقاول في كل حالة يخطئ فيها، لأن هذا السحب ضروري لتحقيق الصالح العام خاصة وأن تعداد المشرع لحالات السحب كان على سبيل المثال¹. إلا أننا نقول أنه مادام المشرع الجزائري نص على جزاءات أخرى أقل درجة من هذا الجزاء والتي يمكن فرضها على المقاول في حالة الإخلال البسيط، فإنه يمكن أن نقصر قصد المشرع في هذه المادة فقط على الأخطاء الجسيمة للمقاول. وتبقى السلطة التقديرية في ذلك بيد القاضي. خاصة وأن الواقع العملي يكشف أن هذا الجزاء غير محبب للجهات الإدارية لما يستلزمه من إجراءات وأعمال وما يتطلبه بعد ذلك من إحلال مقاول محل المقاول المقصر وما يستغرقه كل هذا من وقت وجهد، بالإضافة إلى أنه في الكثير من الحالات تفشل الجهات الإدارية في تحصيل المبالغ الناجمة عن السحب والمستحقة لها طرف المقاول المقصر، وهذه الحقائق لا تغيب عن المسؤولين لدى الجهات الإدارية فيضعونها في

¹ - د. سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 512. وتجدر الإشارة إلى أن المواد (79، 84)، من اللائحة التنفيذية لقانون المنقصات والمزايدات المصري، عدت حالات سحب المقولة.

حسبانهم، ولا يقررون سحب الأعمال إلا حال ارتكاب المقاول أخطاء جسيمة، فضلا عن علمهم بحجم الأضرار المادية والأدبية التي تلحق بالمقاول من جراء السحب¹.

وبوجه عام فإن قضاء مجلس الدولة الفرنسي يتجه إلى تقسيم إخلال المقاول بالتزاماته الرئيسية إلى النوعين السابقين².

أ- عدم مراعاة المقاول لشروط العقد:

يحق للإدارة سحب العمل من المقاول إذا لم يلتزم بمدة التنفيذ المنصوص عليها في العقد، أما إذا كان التأخير في تنفيذ الأشغال العامة يرجع إلى الإدارة أو إلى تعديل المشروع، أو بسبب القوة القاهرة، أو ناشئ عن صعوبات مادية غير متوقعة أو استثنائية في التنفيذ فلا تملك الإدارة هذا الحق³. ويدخل في هذا الإطار تأخر المقاول في البدء في العمل، أو الإبطاء في القيام به لدرجة ترى معها الإدارة أنه لا يمكن إتمامه في المدة المحددة لانتهائه⁴.

كما يحق لها ذلك في حالة وقف المقاول تنفيذ الأشغال أو التخلي عنها ولا يمكنه الاحتجاج بأن تعطيل الأشغال كان نتيجة لتأخر المصلحة المتعاقدة في دفع الأقساط المقررة عن قيمة الأشغال المنجزة⁵. كما لا يحق للمقاول أن يوقف العمل بحجة أنه تواجد في حالة تعطي له الحق في الفسخ وأنه تقدم بطلبه، ومع ذلك إذا طلب الفسخ مستندا على أن الإدارة قد عدلت جوهر العقد ذاته، فإن وقف العمل من جانب المقاول لا يبرر وضع المقاول تحت الإدارة المباشرة باعتبار أن هذه الأعمال التي طلب منه تنفيذها ليست هي المنصوص عليها في العقد⁶.

¹- أيمن محمد جمعة، المرجع السابق، ص 341.

²- هارون عبد العزيز الجمل، المرجع السابق، ص 187.

³- فوزية سكران، المرجع السابق، ص 72.

⁴- د. طارق سلطان، المرجع السابق، ص 230؛ وفي هذا الصدد حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن رقم 2775 لسنة 48 ق- عليا، جلسة 2005/03/22، الدائرة الثالثة عليا. أشارت إليه مريم محمد أحمد، المرجع السابق، ص 222، 223.

⁵- فتية حابي، النظام القانوني لصفقة إنجاز الأشغال العمومية (في ظل المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المعدل والمتمم)، رسالة ماجستير، جامعة تيزي وزو، تيزي وزو، الجزائر، سنة 2013، ص 289.

⁶- د. عبد المجيد فياض، المرجع السابق، ص 217، 218.

يمكن أن يفرض هذا الجزاء حتى لو تم تسليم الأعمال تسليمًا مؤقتًا، بل وحتى نهاية مدة الضمان، إذا كان المقاول المتعاقد مازال متخلفًا حتى هذا التاريخ عن إصلاح ما يظهر من خلل أو عيب في الأعمال موضوع العقد التي قام بتنفيذها خلال هذه المدة¹. هذا ما يسمى بالإهمال الجسيم.

وكذلك توجد المقاول في مركز مالي سيئ يمنع من أداء التزاماته، مثل عدم صرف أجور العاملين لديه بانتظام².

وقد قضى مجلس الدولة الفرنسي بأن في اجتماع الأخطاء البسيطة التي لا يعتبر أي منها كافيًا بذاته لسحب العمل ما يدل على الإهمال الشديد من جانب المقاول في تنفيذ العقد ويبرر سحب العمل³.

وتبقى هذه الحالات على سبيل المثال وليس الحصر، إذ للإدارة أن توقع جزاء السحب، كلما ارتكب المقاول خطأ قدرت الإدارة أنه خطأ جسيم يستلزم توقيع هذا النوع من الجزاء خاصة وأن هذا الأخير يستمد أساسه من الطبيعة الذاتية للعقد الإداري وصلته بالمرفق العام ومقتضيات سيره بانتظام واضطراد.

وقد تناولت العديد من التشريعات المقارنة هذه الحالات وعددها صراحة ومنها التشريع المصري كما سلف ذكره، وكان تعدادها على سبيل المثال لا الحصر.

والجدير بالذكر أن ذكر هذه الحالات في التشريع إنما يقيد القاضي فقط بعدم بسط رقابة الملائمة على قرار الإدارة بالجزاء مادام أن الخطأ من بين الأخطاء التي تبرر السحب في نظر المشرع. أما في غيرها من الحالات للإدارة سحب العمل ولكن يكون للقضاء في هذه الحالات الحكم على ملائمة السحب للأخطاء المنسوبة للمقاول⁴.

¹- بلاوي ياسين بلاوي، المرجع السابق، ص 157.

²- سيف سعد مهدي الدليمي، المرجع السابق، ص 192.

³- C.E 5 aout 1927, Min de la guerre, R.E.C. p. 966.

أشار إليه أيمن محمد جمعة، المرجع السابق، ص 341.

⁴- د. سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 512.

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فقد سلك سبيل التعميم في نصوص دفاتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال العامة في الجزائر على نحو ما سلف ذكره، إذ ترك الأمر لجهة الإدارة تحت رقابة القضاء الإداري. وهذا المسلك إنما يتسم بالمرونة.

ب- عدم احترام المقاول للأوامر المصلحية:

تتمتع المصلحة المتعاقدة بجملة من السلطات في مواجهة المتعاقد معها، ومن بينها سلطة توجيه أوامر التشغيل المتعددة، وفق مقتضيات تنفيذ الأشغال العامة وحسب الخطة التي رسمتها، وهي في ممارستها لهذه السلطة فإن لها حق الرقابة والتوجيه، وهي تتأكد من مطابقة المواد المستخدمة في تنفيذ الأشغال، وتصدر الأوامر المصلحية كقاعدة عامة في شكل كتابي، والتي تسمح له بالاستناد عليها في التعويض إذا كان تنفيذها يترتب عليه زيادة النفقات، ويتطلب في الأوامر المصلحية أن تكون واضحة وصريحة لا تدع أي شك¹.

ويقع على المقاول خلال فترة إنجاز الأشغال إلزام بالخضوع التام للأوامر المصلحية الصادرة إليه من من جهة الإدارة صاحبة الأشغال، شرط أن تكون مستوفية للشروط المنصوص عليها في المادة 8/12 من دفتر الشروط الإدارية العامة لسنة 1964 التي تنص على أن: "يتعين أن تصدر أوامر المصلحة كتابة ويجب أن تكون مؤرخة ومرقمة ومسجلة".

وعادة تصدر الأوامر المصلحية من المهندسين الذين توكل إليهم مهمة الإشراف على تنفيذ الأشغال العامة محل التعاقد².

والتزام المقاول بالخضوع لهذه الأوامر والتعليمات لا يقتصر على تلك التي تدخل في نطاق التنفيذ الدقيق للعقد، ولكنه يمتد أيضا إلى التعديلات التي قد تفرضها الإدارة طالما أنها يمكن أن تدخل في تقديرات المتعاقدين أو في نطاق التسامح المقبول وفقا لأصول المهنة

¹- فتية حابي، المرجع السابق، ص 289، 290.

²- وعلى حسب المادة 35 من دفتر الشروط الإدارية العامة لسنة 1964 السالفة الذكر فإن الأوامر المصلحية في هذا الإطار تصدر من قبل مهندس الدائرة أو المهندس المعماري.

(كأعمال تقتضيها قوة قاهرة، أو أعمال ذات أهمية بسيطة)، فإذا امتنع المقاول عن تنفيذ تلك التعليمات فإنه يجوز للإدارة وضع المقاوله تحت الإدارة المباشرة¹.

والمقاول غير ملزم بتنفيذ الأوامر المصلحية التي تنص على أعمال لا يتضمنها العقد، أو تلك التي تعدل تعديلا ملموسا في شروطه الجوهرية². فإن رفض الامتثال لهذه الأوامر، فذلك لا يكون مبررا لتوقيع جزاء السحب عليه.

ورغم أن المقاول ملزم بتنفيذ الأوامر المصلحية الصحيحة الصادرة إليه، فإن من حقه تقديم تحفظات، كذلك له أن يطعن في الأوامر المصلحية الصحيحة ومن المسلم به أن قاضي العقد لا يستطيع إلغاء هذه الأوامر أو وقف تنفيذها وإنما تقتصر ولايته على بحث الحق في التعويض عنها³.

¹- د. هيثم حليم غازي، المرجع السابق، ص 141، 142.

²- د. عبد المجيد فياض، المرجع السابق، ص 216.

³- د. عبد المجيد فياض، المرجع نفسه، ص 217.

2- وجوب إعدار المقاول¹:

إعذار المدين هو وضعه في وضع قانوني معين هو وضع المتأخر، في تنفيذ الالتزام، إن لم يوف به فوراً. وللإعذار غاية ذات أبعاد ثلاثة، فهو من جهة يستهدف إعلام المقاول أن للإدارة مصلحة مؤكدة في التنفيذ الفوري للالتزام، ومن جهة ثانية يعطي المدين فرصة أخيرة لتنفيذ العقد تنفيذا عينياً، وفي النهاية يمنح جهة الإدارة الحق في أن تثبت بطريقة رسمية أن المقاول لم ينفذ إلتزامه².

ويتجه الفقه والقضاء في فرنسا إلى أنه يلزم لصحة قرار سحب الأعمال إعذار المقاول بوضع المقولة تحت الإدارة المباشرة، ومنحه مهلة كافية لإصلاح مخالفاته، وإلا كان مسلكها بتوقيع هذا الجزاء معيباً³. ومن ثم إعفاء المقاول من النتائج المترتبة عليه مادام العقد لم ينص صراحة على إعفاء الإدارة من الإعذار المسبق للمقاول⁴.

فالإعذار هو تنبيه للمتعاقد إلى الإخلال الذي ارتكبه، والإدارة عندما تقوم بإعذار المتعاقد إنما تقوم به لكي يكون على علم بنيتها في فرض مثل هذا النوع من الجزاء عليه نتيجة إخلاله الجسيم في تنفيذ التزاماته ذلك انه تنبيه للمتعاقد إلى الإخلال الذي ارتكبه. فالإعذار أمر منطقي تفرضه قواعد العدالة، وهو ضرورة تفرضها القواعد العامة في تنفيذ الالتزام، لأنه من الممكن أن يقوم المتعاقد مع الإدارة بتصحيح الخلل الذي قام به وبالتالي تنتهي المشكلة التي قد تضر بالمرفق العام.

وطبقاً للمادة 1/35 و2 من دفتر الشروط الإدارية العامة المطبق على صفقة الأشغال العمومية الجزائري لسنة 1964 السالفة الذكر، فإنه إذا لم يتقيد المقاول بشروط الصفقة أو بأوامر المصلحة التي يتلقاها من مهندس الدائرة أو المهندس المعماري يعمد المهندس الرئيس إلى إنذاره بلزوم التقيد بتلك الشروط والأوامر في أجل يحدد بمقرر يجري إبلاغه

¹ - يجدر بنا التنويه إلى أن عنصر الإعذار سبق تناوله بالتفصيل كضمانة للمتعاقد في الباب الأول من هذه الدراسة في العنصر المتعلق بضمانات المتعاقد في مواجهة سلطة الإدارة بفرض الجزاء. أما في هذا المقام فسنتناوله فقط بما يخدم جزاء التنفيذ على حساب المقاول.

² - د. محمد شتا أبو سعد، "بحث في الإعذار"، مجلة القانون والاقتصاد، عدد 57، سنة 1987، ص 139-174.

³ - د. هيثم حليم غازي، المرجع السابق، ص 143.

⁴ - أيمن محمد جمعة، المرجع السابق، ص 345.

له بموجب أمر المصلحة، إلا أنه لا يجوز أن يقل هذا الأجل عن عشرة أيام ابتداء من تبليغ الإنذار، باستثناء حالة الاستعجال.

فإذا اتخذت المصلحة المتعاقدة إجراء السحب خلال هذه المدة، كان للمتعاقد المقصر حق إبطاله، ولكن إذا تأخرت المصلحة المتعاقدة في سحب العمل منه بعد انقضاء المدة الممنوحة له لتدارك أخطائه فليس له أن يحتج ببطلان هذا الجزاء¹.

وإذا لم يسبق جزاء وضع المقولة تحت الإدارة المباشرة اعدارا صحيحا، فانه يعتبر معيبا، ومع ذلك تستطيع الإدارة في حالة الاستعجال أن تحل محل المقاول وتنفذ الأعمال العاجلة التي قصر المقاول في تنفيذها قبل اعداره. ويتحمل المقاول - آنذاك- النفقات المترتبة على هذا الإجراء رغم عدم اعداره بسبب حالة الاستعجال².

ويتضمن قرار الإعدار المخالفات المنسوبة للمقاول، الأعمال التي يجب القيام بها سواء أكانت محددة مثل العيوب الواجب إصلاحها أم كانت تمس العقد في مجموعة مثل مطالبته بأن يحسن التنفيذ، جزاء وضع المقولة تحت الإدارة المباشرة هو ما تنوي الإدارة اتخاذه عند عدم استجابته³.

وعلى الرغم من أن التزام الإدارة بإنذار المقاول قبل توقيع جزاء سحب العمل منه يكون منصوبا عليه عادة في عقود الأشغال العامة أو كراسات الشروط المطبقة على هذه العقود. إلا أن سكوت العقد عن اشتراط الإنذار أو عدم وجود شرط في كراسة الشروط بإلزام الإدارة بالإنذار لا يعني عدم ضرورة الإنذار بل يبقى الإنذار شرطا مفروضا على الإدارة⁴.

وتجدر الإشارة أخيرا إلى أن هناك حالات تعفى فيها الإدارة من توجيه الإعدار إلى المتعاقد، من ثم تفرض الجزاء عليه دون حاجة إلى الإعدار. وذلك إذا تضمن العقد أو دفتر

¹- عبد القادر رحال، المرجع السابق، ص 194.

²- سعد محمد علي المري، المرجع السابق، ص 126.

³- فوزية سكران، المرجع السابق، ص 74.

⁴- د. نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص 247.

الشروط نصا يعفي الإدارة من القيام بالإعذار¹. أو في الحالات الخاصة². وإذا كانت الظروف تفضي على العقد طابع الاستعجال أو الضرورة الملحة مثل: الحرب، الكوارث الطبيعية، الزلزال، الفيضانات وغير ذلك³. وكذلك في حالة عدم الجدوى من الإعذار، كما في حالة الإخلال بالالتزام الذي لا يمكن إصلاحه⁴.

ثانياً: خصائص جزاء سحب العمل من المقاول.

1- إن جزاء سحب العمل من المقاول في عقد الأشغال العامة هو إجراء مؤقت، لا يترتب عنه إنهاء العقد، وإنما تظل الرابطة التعاقدية قائمة، ويظل المقاول الأصلي ملتزماً أمام الإدارة صاحبة الأشغال بتنفيذ كافة، الالتزامات المتولدة عن هذا العقد⁵. وللإدارة أن تنهي هذا الجزاء في أي وقت وبالتالي استئناف المقاول إدارة الأشغال. ومن هنا لا يجوز الجمع بين هذا الجزاء وجزاء إلغاء العقد⁶.

2- إن جزاء التنفيذ على حساب المتعاقد يصدر بموجب قرار إداري⁷. إذ تتخذ الإدارة هذا الإجراء الجزائي بنفسها دون وساطة القاضي ودون اشتراط النص على ذلك في العقد، إعمالاً لامتيازها بالتنفيذ المباشر وبالتطبيق للقواعد العامة التي يقوم عليها نظام الجزاءات في العقد الإداري، فتوقيعه يتوقف على إرادة الإدارة وحدها أما قاضي العقد فيتدخل فقط لتنظيم نتائجه المالية⁸. وسلطة الإدارة بفرض هذا الجزاء مؤيدة تشريعياً على حد ما سبق شرحه.

3- إن جزاء التنفيذ على حساب المتعاقد مرتبط بالنظام العام وهو ضروري لضمان السير المنتظم للمرفق، ويترتب على ذلك أنه لا يجوز أن تتضمن عقود الأشغال

¹ - د. أحمد عثمان عياد، المرجع السابق، ص 359.

² - نص المادة 18/ب/1: "عندما يكتشف المقاول والمقاولون الفرعيون عمل سوء النية المشهود فيتعين عليهم أن يذروا فوراً مهندس الدائرة أو المهندس المعماري وإلا فتقع عليهم المتابعة عند الاقتضاء طبقاً للمادة 100 من قانون العقوبات، وذلك بصرف النظر عن وضع الأشغال تحت تصرف الإدارة بدون توجيه الإنذار المسبق..."

³ - بشار أحمد الجبوري، المرجع السابق، ص 125.

⁴ Montmerle (J), passation et exécution des marchés des travaux publics, Paris, France, 1967, p 206.

⁵ - د. محمد فؤاد عبد الباسط، القانون الإداري (تنظيم - نشاط الإدارة - وسائل الإدارة)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2006، ص 536.

⁶ - د. طارق سلطان، المرجع السابق، ص 237.

⁷ - د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، تنفيذ العقد الإداري، المرجع السابق، ص 91.

⁸ - د. عبد المجيد فياض، المرجع السابق، ص 219، 220.

العامة نصا يحرم الإدارة من هذا الحق، وإذا وجد هذا النص فإنه يكون باطلا لمخالفته للنظام العام لأنه يلغي سلطة قانونية ضرورية يحتاجها المرفق لاستمراره¹. وطالما لا يجوز صراحة استبعاد سلطة الإدارة في وضع المقاولات تحت الإدارة المباشرة فإنه لا يجوز أيضا استبعادها ضمنا بتضمين العقد نصا يقضي بالغرامة أو التعويض كجزاء للالتزامات المقاول. أما إذا توقع المتعاقدان في العقد الإداري خطأ معين ووضعوا له جزاء بعينه، فإنه يجب أن تنقيد الإدارة والمقاول المتعاقد معها بما جاء في العقد، ولا يجوز لأيهما مخالفته وكما لا يصح في القانون والقضاء العمل على غير مقتضاه وبديهي أن ذلك ينطبق في حالة الخطأ اليسير العادي، أما في حالة الخطأ الجسيم التي يتعرض فيها المرفق العام للخطأ فلا يسري هذا الاتفاق، ويختص قاضي العقد بتقدير هذه الحالات، إذ أن جزاء وضع المقاولات تحت الإدارة المباشرة جزاء شديد ومؤثر². كما لا يجوز للإدارة التنازل عن هذا الجزاء³.

4- إن استخدام الإدارة لجزاء السحب أمر تفرضه اعتبارات الصالح العام لذلك فهو ليس حق للإدارة أو امتياز وإنما واجب عليها تمارسه حتى دون حاجة إلى النص عليه في العقد⁴.

5- من المسلم به كقاعدة عامة أن الإعذار شرط جوهري قبل توقيع هذا الجزاء على المقاول من قبل الإدارة، على نحو ما سبق شرحه.

الفرع الثالث: آثار جزاء سحب العمل من المقاول.

1- إن المسلم به أن هذا الإجراء مؤقت لا ينهي العقد بل يظل قائما، فيستبعد المقاول مؤقتا، وتستمر مسؤوليته عن تنفيذه.

2- يجوز للإدارة الجمع بين جزاء التنفيذ على حساب المقاول كجزاء ضاغط وبين العقوبات الأخرى التي لا تتنافى مع طبيعته، ومن ذلك حق الإدارة في توقيع

¹- د. طارق سلطان، المرجع السابق، ص 235.

²- فوزية سكران، المرجع السابق، ص 75، 76.

³- وليد سعود فارس القاضي، المرجع السابق، ص 79.

⁴- د. عزيزة الشريف، المرجع السابق، ص 176.

الغرامات المالية، ثم التنفيذ على حساب المقاول¹. إلا أنه يجب على الإدارة حين تسحب العمل أن تتوقف عن فرض الغرامات التأخيرية على المقاول من تاريخ السحب حيث لا يجوز الجمع بين الغرامات التأخيرية وسحب العمل وذلك لأن المقاول لم يعد حراً في إكمال العمل والسيطرة عليه². إلا أنه لا يجوز لها الجمع بينه وبين جزاء الفسخ لاختلاف طبيعة كل منهما كما سبق ذكره.

3- ثار خلاف فقهي حول إمكانية أن يكون جزاء سحب العمل من المقاول كلي أو جزئي على حد ما سبق شرحه، إلا أن النتيجة التي يمكن التوصل إليها هو أنه يمكن أن يكون هذا الجزاء جزئياً خاصة إذا كانت الأشغال قابلة للتجزئة ولم يكن هناك نص تعاقدي أو قانوني يقضي بخلاف ذلك. وما يؤيد رأينا إجازة المشرع الجزائري والمقارن ذلك³.

4- تختص الإدارة بمطلق تقديرها باختيار الطريقة التي تنفذ بها الأعمال التي تضمنها الوضع تحت الإدارة المباشرة، إذ يمكن أن يكون المدير الذي تعهد إليه بهذا التنفيذ أحد وكلائها أو مقاولاً آخر أو المقاول الأصلي نفسه ولكن ليس بصفته مقاولاً وإنما كعامل شريطة أن يقبل ذلك⁴. وتعتبر الإدارة في هذه الحالة وكيلة عن المتعاقد في كل مل تقوم به من أعمال لتنفيذ ما قصر فيه من أعمال طبقاً لشروط الوكالة المنصوص عليها في القانون المدني، فتبذل في هذه الوكالة العناية التي تبذلها في أعمالها الخاصة⁵.

5- يتم تنفيذ العمل على حساب المقاول بذات الشروط والمواصفات المتفق عليها في العقد الأصلي⁶.

¹- د. هيثم حليم غازي، المرجع السابق، ص 145.

²- د. محمود خلف الجبوري، المرجع السابق، ص 155، 156.

³- المادة 3/35 من دفتر الشروط الإدارية العامة الجزائري المطبق على صفقات الأشغال العمومية والنقل لسنة 1964، السابق الذكر. المادة 76 من لائحة المناقصات والمزايدات المصرية.

⁴- د. عبد المجيد فياض، المرجع السابق، ص 228؛ المادة 5/35 من دفتر الشروط الإدارية العامة لسنة 1964 الجزائري، السابق ذكره.

⁵- د. هيثم حليم غازي، المرجع السابق، ص 144، 145.

⁶- فارس علي جانكير، سلطة الإدارة المتعاقدة في حالة التنفيذ المعيب للعقد الإداري، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، سنة 2014، ص 178.

6- من حق المقاول المسحوب منه العمل مراقبة تنفيذ الأشغال، إلا أنه لا يحق له التدخل فيها وبالتالي عرقلة العمل أو الاعتراض على أوامر المكلف بالإدارة¹.

7- ليس من حق المقاول أن يتقاضى فوراً قيمة الأعمال التي قام بتنفيذها كما لا يرد له التأمين المالي الذي سبق أن دفعه².

8- يظل المتعاقد في ظل هذا الجزاء مسؤولاً أمام الجهة الإدارية عن التنفيذ. ويتم العمل لحسابه وتحت مسؤوليته المالية ويتحمل الزيادة في التكاليف كتعويض للإدارة عن الأضرار التي أصابتها نتيجة تقصيره. فضلاً عن حقها في توقيع غرامة التأخير والحصول على ما تكبدته من مصاريف إدارية (وهي نسبة النفقات الإدارية عند سحب العمل من قيمة الأعمال المتبقية) وأية أضرار قد تصيبها من جراء ذلك التقصير. ولها في سبيل اقتضاء مستحققاتها الحق في مصادرة التأمين والحجز على مستحققاته لديها أو لدى أية جهة إدارية أخرى³. ولا يستطيع المتعاقد التحلل من هذا الالتزام إلا إذا أثبت أن هذه الزيادة قد سببتها أخطاء الإدارة في تنفيذ الأعمال. كما أن استمرار مسؤولية المقاول لا تمنعه من الاحتفاظ بجميع الحقوق التي يستمدّها من العقد، وعلى الأخص حق الحصول على فسخه في الحالات المنصوص عليها في دفتر الشروط⁴. ومع ذلك يكون من حق المقاول أن يطلب استبعاد بعض المصروفات التي ليس لديها ما يبررها أو تلك المبالغ فيها⁵. أما إذا تم تنفيذ الأعمال بتكلفة أقل من القيمة المقررة في العقد فإن هذا الفرق ليس من حق المقاول، وإنما يصبح من حق الإدارة، على أساس أن المخطأ لا يجوز أن يستفيد من تقصيره ولا يشترط أن ينص على ذلك في العقد⁶.

9- للإدارة في حالة سحب العمل من المقاول، أن تبرم صفقات جزئية لحسن تنفيذ الأعمال، إلا أنه لا يمكنها إبرام عقد شامل بالعمليات موضوع عقد الأشغال

¹ - المادة 6/35 من دفتر الشروط الإدارية العامة لسنة 1964 الجزائري.

² - د. عبد المجيد فياض، المرجع السابق، ص 229، 230.

³ - د. هيثم حليم غازي، المرجع السابق، ص 145، 146؛ المادة 7/35 من دفتر الشروط الإدارية العامة الجزائري لسنة 1964.

⁴ - سيف سعد مهدي الدليمي، المرجع السابق، ص 202، 203.

⁵ - د. عبد المجيد فياض، المرجع السابق، ص 231.

⁶ - د. عبد المجيد فياض، المرجع نفسه، ص 232؛ المادة 8/35 من دفتر الشروط الإدارية العامة الجزائري لسنة 1964، السابق الذكر.

الأصلي، لأن مثل هذا التعاقد يعد في حقيقته استعاضة عن العقد الأصلي بعقد جديد وبالتالي فسخه مما يتعين إعفاء المقاول المستبعد من نتائج إجراء سحب العمل منه، هذا ما رددته الفقه الفرنسي وأقره قضاء مجلس الدولة الفرنسي في أحكامه¹.

10- للإدارة الحق في حالة سحب العمل من المقاول وتنفيذه على حسابه احتجاز واستعمال كل أو بعض ما يوجد بمحل العمل من منشآت مؤقتة ومبان وآلات ومواد². وحققها هذا إنما يقابله التزامها بإجراء جرد لتلك المواد والمهمات والآلات سواء بحضور المقاول أو من ينوب عنه في حالة غيبته لتعذر حضوره أو عدم إرسال مندوب عنه مع إخطاره بنتيجة الجرد في الحالة الأخيرة. إذ يحق للإدارة استخدامها سواء قامت بالتنفيذ بنفسها أو عن طريق مقاول آخر يعهد إليه ذلك، حيث تلزم باستخدامها بالقدر اللازم لإتمام العمل فقط على شرط أن تكون صالحة للاستعمال، أما ما يزيد عن ذلك فيكلف المقاول بنقله من محل العمل³. وتلزم الإدارة بالمحافظة على المواد والأدوات الخاصة بالمقاول وتتحقق مسؤوليتها عما يلحقها من تلف بفعل وكلائها. وهذا على عكس ما هو عليه الحال في مصر⁴. ولم يتطرق دفتر الشروط الإدارية العامة الجزائري إلى هذا الموضوع. إلا أنه يمكن تطبيق القواعد العامة في المسؤولية المدنية. وللإدارة الحق في الاستمرار بحجز كل أو بعض هذه الآلات والأدوات والمواد حتى بعد انتهاء العمل، وذلك ضمانا لاستيفاء حقوقها قبل المقاول، ولها أن تبيعها دون أن تسأل عن أية خسارة تلحق بالمقاول من جراء بيعها. وإذا ما استوفت الغدارة حقوقها كاملة من المقاول تعين عليها تسليمه المهمات والأدوات والمواد التي حجزت منه بموقع العمل بصورة كاملة أو ما تبقى منها بعد استيفاء حقها. وعند تعذر تسليمها هنا تلزم الإدارة بدفع قيمتها للمقاول وذلك لثبوت فقدها في موقع العمل خلال فترة استبعاده⁵.

¹ - بلاوي ياسين بلاوي، المرجع السابق، ص 167.

² - د. هيثم حليم غازي، المرجع السابق، ص 146.

³ - بلاوي ياسين بلاوي، المرجع السابق، ص 169، 170.

⁴ - د. عبد المجيد فياض، المرجع السابق، ص 230.

⁵ - بلاوي ياسين بلاوي، المرجع السابق، ص 171.

11- لا يرتبط هذا الإجراء بفترة معينة¹. وقد ينتهي بتمام تنفيذ الإدارة للأعمال واستلامها استلاما نهائيا، أو قد ينتهي بفسخ العقد، وهذا الفسخ قد يكون مجردا من أي إجراء آخر، أو قد يكون مصحوبا بإعادة طرح المقولة في مناقصة جديدة على حساب وتحت مسؤولية المتعاقد المستبعد². ويمكن للمتعاقد أن يطالب بإنهاء إجراء السحب وإعادة الأعمال إليه لإكمال تنفيذها إذا أثبت أن لديه القدرة الفعلية على استئناف تنفيذ الأعمال بصورة مرضية وطبقا للشروط والمواصفات المتفق عليها، وتتمتع الإدارة بسلطة تقديرية في الاستجابة لطلب المقاول أو رفضه دون رقابة عليها من القضاء³.

12- يبقى من حق المقاول أن ينازع أمام قاضي العقد في صحة إجراء سحب العمل منه وتنفيذه على حسابه وتحت مسؤوليته⁴.

المطلب الثالث: الشراء على حساب المورد.

ويرتبط هذا الجراء في الغالب بعقود التوريد، فإذا تخلف المتعاقد عن تنفيذ التزامه بالتوريد تقوم الإدارة بالتنفيذ على حسابه ومسؤوليته، والهدف هو ضمان سير المرفق العام بانتظام واضطراد، وعدم تعرض المصلحة العامة للخطر⁵.

ويقتضي الأمر قبل بيان مضمون هذا الإجراء، التعريف بعقد التوريد الإداري أولا. إذ عرفته محكمة القضاء الإداري المصرية بأنه اتفاق يبرمه شخص من أشخاص القانون العام مع أحد أشخاص القانون الخاص يهدف من ورائه توريد منقولات معينة تكون لازمة للمرافق العامة مقابل ثمن محدد من المال. ويرتبط عادة عقد التوريد بتوريد مواد منقولة

1- د. عبد المجيد فياض، المرجع السابق، ص 236.

2- مريم محمد أحمد، المرجع السابق، ص 245.

3- بلاوي ياسين بلاوي، المرجع السابق، ص 178؛ المادة 6/35 من دفتر الشروط الإدارية العامة الجزائري.

4- سيف سعد مهدي الدليمي، المرجع السابق، ص 204.

5- د. طارق سلطان، المرجع السابق، ص 238.

إلى الإدارة تكون لازمة للمرافق العامة كالבضائع والسلع واللوازم والمواد التموينية والمواد الأولية والآلات وغيرها¹.

ولا يمكن أن يكون محل عقد التوريد عقارا بطبيعته أو بالتخصيص وإلا أصبح عقد أشغال عامة. ويستوي في تحديد طبيعة عقد التوريد الإداري طالما توافرت عناصره المميزة أن يكون موضوعه تسليم منقولات يتفق على مواصفاتها مقدما، أو يقوم بجوار التسليم عنصر آخر هو عنصر صناعة البضائع المتفق على توريدها كما في عقود التوريد الصناعية، أو وروده على شيء مملوك للدولة تقوم بتسليمه إلى احد الأفراد أو الشركات ليقوم بتحويله إلى مواد أخرى ثم يعاد تسليمها للدولة، كقيام الدولة بتسليم أحد الأفراد مادة البترول الخام واتفاقها معه على أن يورد لها بعض منتجاتها كالبنزين أو الكيروسون بعد تصنيعها².

وبعد أن بينا تعريف عقد التوريد سننتظر لجزاء الشراء على حساب المورد في عقد التوريد كما يلي:

الفرع الأول: تعريف جزاء الشراء على حساب المورد وتحديد طبيعته القانونية.

الفرع الثاني: شروط فرض جزاء الشراء على حساب المورد وخصائصه.

الفرع الثالث: آثار جزاء الشراء على حساب المورد.

الفرع الأول: تعريف جزاء الشراء على حساب المورد وتحديد طبيعته القانونية.

أولا: تعريف جزاء الشراء على حساب المورد.

إن الشراء على حساب المورد هو إجراء تتخذه جهة الإدارة المتعاقدة تجاه المتعاقد (المورد) الذي تخلف عن توريد الأصناف المتعاقد عليها بموجب العقد المبرم في المدة المحددة، أو تخلف عن توريدها بالمواصفات المطلوبة والمحددة في العقد، وذلك بأن تقوم

¹- ياسين المعايعة، سلطة الإدارة في فرض الجزاءات على المتعاقد معها في عقد التوريد، رسالة ماجستير، جامعة الإسراء، عمان، الأردن، سنة 2011، ص 8.

²- بلاوي ياسين بلاوي، المرجع السابق، ص 179 و181.

بتنفيذ العقد على حسابه وتحت مسؤوليته¹. إذ تقوم الإدارة بهذا الإجراء لضمان سير المرافق العامة بانتظام واضطراد وعلى النحو الذي يحقق الصالح العام².

ويعد الشراء على حساب المورد المقصر وتحت مسؤوليته أحد تطبيقات مبدأ التنفيذ العيني للالتزام، فالأصل أن المورد يلتزم بتوريد الأصناف المتعاقد عليها في المواعيد المحددة فإن تراخى في التوريد عن الموعد المحدد، أو قام بتوريد أصناف مرفوضة، كان للإدارة الحق في شراء الأصناف التي قصر المورد في توريدها على حسابه وتحت مسؤوليته، وهي تقوم بهذا الإجراء إما بنفسها أو بالتعاقد مع متعهد آخر دون إنهاء العقد الأصلي أو فسخه³.

ويكون للإدارة إذا رأت أن لا ضرر من جراء أخطاء المورد، منح هذا الأخير مهلة إضافية للتوريد مع توقيع غرامات التأخير المنصوص عليها، قبل قيامها بشراء تلك الأصناف والكميات من غيره على حسابه وتحت مسؤوليته⁴.

ويقتصر إجراء الشراء على حساب المورد المقصر وتحت مسؤوليته على الالتزام الذي قصر المورد في تنفيذه دون أن يتناول الالتزامات الأخرى التي يجب على المورد تنفيذها في المستقبل ولم يحل موعدها وقت اتخاذ هذا الإجراء⁵.

ومن ثم الشراء على حساب المورد المقصر هو إجراء مؤقت لا ينهي عقد التوريد، بل يظل قائماً بين أطرافه، وهو وسيلة لإرغام المورد على تنفيذ العقد، وعلى ذلك يظل المورد الأصلي مسؤولاً أمام جهة الإدارة ويتم تنفيذ الأعمال على مسؤوليته ولحسابه بحيث يتحمل

¹ - مازن لبلو راضي، دور الشروط الاستثنائية في تمييز العقود الإدارية، المرجع السابق، ص 103؛ حسين درويش عبد العال، وسائل الضغط في العقود الإدارية، المرجع السابق، ص 50 وما بعدها.

² - هيثم حليم غازي، المرجع السابق، ص 148.

³ - د. عاطف سعدي محمد علي، المرجع السابق، ص 477؛ حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في القضية رقم 2013 لسنة 6 القضائية، جلسة 1961/12/16. أشار إليه بلاوي ياسين بلاوي، المرجع السابق، ص 186.

⁴ - د. سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 516؛ د. محمود خلف الجبوري، المرجع السابق، ص 156.

⁵ - د. نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص 263، 264.

جميع الآثار المالية الناتجة عن تنفيذ العقد، وعليه فإنه بخلاف الشرط الجزائي الفاسخ فإن ذلك يعني أن التنفيذ لا يزال ممكناً¹.

وهذا الجزاء شأنه شأن الجزاءات الأخرى في العقود الإدارية تملك الإدارة توقيعه دون حاجة للجوء إلى القضاء ولا يشترط لتوقيعه حدوث ضرر يصيب المرفق العام، كما أن الإدارة تستطيع اتخاذه حتى في حالات سكوت العقد وعدم وجود نص صريح يجيز لها ذلك².

ثانياً: الطبيعة القانونية لجزاء الشراء على حساب المورد.

يمكن تكيف الشراء على حساب المتعاقد المقصر كإجراء يرتبط بعقد التوريد نفسه كسائر إجراءات الضغط، وهو يوجد حتى ولو لم ينص عليه في العقد، فالإدارة باتخاذها هذا الإجراء إنما تقوم به إعمالاً لامتيازها في التنفيذ المباشر، وهي بهذا تمثل مظهراً من مظاهر السلطة العامة في العقد الإداري³.

ويترتب على ذلك أن للإدارة الحق في أن تقرر بنفسها تنفيذ عقد التوريد على حساب وتحت مسؤولية المورد المقصر دون حاجة للجوء إلى القضاء مسبقاً ودون اشتراط النص على هذا الحق في العقد⁴.

ويعتبر هذا الإجراء من وسائل الضغط المكرسة قضاء والمعتمدة فقهاً، ذلك لأن لموضوع العقد صلة وثيقة بفكرة استمرارية المرفق العام وخدمة الجمهور، فلا يمكن التسليم بتوقف نشاط المرفق بسبب تقصير المورد المتعاقد مع المصلحة المتعاقدة بل ينبغي الاعتراف لها لضمان أداء الخدمة باللجوء لمورد آخر تختاره فيزودها بالمادة موضوع الصفقة، ويتحمل الطرف المقصر النتائج المالية الناجمة عن هذا التنفيذ⁵.

¹ - هاني عبد الرحمان إسماعيل، النظام القانوني لعقد التوريد الإداري - دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، جامعة الإسكندرية، الإسكندرية، مصر، سنة 2011، ص 995.

² - هاني عبد الرحمان إسماعيل، المرجع نفسه، ص 996.

³ - ياسين المعايعة، المرجع السابق، ص 64.

⁴ - د. عبد المجيد فياض، المرجع السابق، ص 239.

⁵ - ربيحة سبكي، سلطات المصلحة المتعاقدة تجاه المتعامل المتعاقد معها في مجال الصفقات العمومية، رسالة ماجستير، جامعة تيزي وزو، تيزي وزو، الجزائر، 2013، ص 130.

وعليه فإن إجراء الشراء على حساب المورد هو من الجزاءات الضاغطة المقررة بقوة القانون، فلإدارة توقيعها حتى ولو لم ينص عليها العقد لأنها تستمد حقها في توقيعها من مبادئ القانون العام وليس من العقد، فهي إذن من النظام العام، وهذا ما قرره مجلس الدولة الفرنسي وأيده في ذلك القضاء الإداري المصري¹.

ومع ذلك يرى البعض أن هذا الجزاء ليس من النظام العام ويمكن للأطراف استبعاده بمقتضى نص عقدي صريح باعتبار أن عجز المورد ليست له نتائج خطيرة، غذ يمكن للإدارة أن تتدخل فوراً بأن تفسخ العقد، وتبرم عقداً جديداً مع آخر، وبذلك لن يكون المرفق مهتداً بالتوقف².

ونحن لا نؤيد هذا الرأي الأخير، ونذهب إلى أن جزاء الشراء على حساب المورد كجزاء ضاغط مؤقت هو كغيره من الجزاءات الإدارية، ما دامت مرتبطة بالعقد الإداري الذي هو بدوره مرتبط بالمرفق العام، ومادام أن الهدف منها هو حسن سير المرفق العام بانتظام واضطراد وبالتالي تحقيق المصلحة العامة، خاصة وأن عدم تنفيذ المورد لالتزاماته يعطل المرفق العام بالتأكيد، فبالضرورة نقول أن هذا الجزاء يعتبر من النظام العام.

الفرع الثاني: شروط فرض جزاء الشراء على حساب المورد وخصائصه.

أولاً: شروط فرض جزاء الشراء على حساب المورد.

إن الشراء على حساب المورد في عقود التوريد يسير على نفس وتيرة تنفيذ الإدارة للأعمال على حساب المتعاقد المخل في عقد الأشغال العامة، إذ توقعه الإدارة على المورد إذا لم يضطلع بالتزاماته العقدية، وذلك تحقيقاً لذات الهدف وهو حسن سير المرفق العام بانتظام واضطراد³.

¹ - بالنسبة لقضاء مجلس الدولة الفرنسي أنظر قراره بتاريخ 18/01/1928 في قضية "كيمون" (kimmoun)، أشار إليه عبد الرزاق باخبيزة، المرجع السابق. وبالنسبة للقضاء المصري، حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية رقم 2074 لسنة 34 قضائية، جلسة 1991/01/7؛ فتوى الجمعية العمومية قسمة الفتوى والتشريع فتوى رقم 547 في 1962/08/29، أشار إليهما بلاوي ياسين بلاوي، المرجع السابق، ص 188، 189.

² - د. عبد المجيد فياض، المرجع السابق، ص 238، 239.

³ - د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، تنفيذ العقد الإداري، المرجع السابق، ص 93، 94.

فإذا كان من حق الإدارة الشراء على حساب المورد المقصر، إلا أنها عند ممارستها لهذا الحق تتقيد بعدة شروط وضوابط، وذلك نظرا لخطورة هذا الإجراء وقساوته، إذ يمكن إجمالها في شرطين هما: حدوث خطأ جسيم من المورد وضرورة إعدار المورد قبل قيام الإدارة بالشراء على حسابه.

1- حدوث خطأ جسيم من المورد:

يشترط لصحة قيام الإدارة بالشراء على حساب المورد أن يكون قد قصر في تنفيذ التزاماته المستحقة الأداء تقصيرا جسيما لدرجة تبرر التنفيذ على حسابه وتحت مسؤوليته، ولا يجوز اللجوء إلى ذلك الإجراء بالنسبة للالتزامات الآجلة التي لم يحل ميعاد الوفاء بها¹. وعليه نستنتج أن الأخطاء البسيطة التي يقوم بها المورد لا تصلح مبررا لهذا الجزاء.

ومن أمثلة الخطأ الجسيم: حالة عدم قيام المتعهد بتوريد كل الكميات المطلوبة أو جزء منها – بما في ذلك الأصناف المرفوضة- في الميعاد المحدد بالعقد أو خلال المهلة الإضافية². فمجرد التأخير ليس خطأ كافيا لتبرير هذا الجزاء، بل يجب أن يترجم التأخير بعدم تنفيذ شروط العقد³. أي يجب أن يكون التأخير جسيما والجسامة لا تتوقف على مرور قدر كبير من الزمن، ولكن تتوقف على طبيعة محل العقد عينه فقد يكون التأخير جسيما لمرور ساعات فقط عند توريد أغذية لمستشفى ما⁴. ولا مجال للجوء إلى هذا الإجراء إذا كان مرد التأخير هو مسلك الإدارة وتقصيرها في التزاماتها التعاقدية⁵.

وطبقا لقضاء مجلس الدولة الفرنسي فإن تقاعس المورد عن التسليم أو التأخر الممتد فيه أو رداءة الأشياء الموردة تعتبر أخطاء جوهرية تبرر هذا الإجراء¹.

¹- د. هيثم حليم غازي، المرجع السابق، ص 150.

²- د. هيثم حليم غازي، المرجع نفسه، ص 150.

³- د. عاطف سعدي محمد علي، المرجع السابق، ص 478.

⁴- عبد الرزاق باخبيزة، المرجع السابق، ص 266.

⁵- حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعون أرقام، 1552، 2052، 2083، لسنة 30 قضائية، جلسة 1993/04/13، الموسوعة الإدارية الحديثة، الجزء (49)، ص 254. أشار إليه د. هيثم حليم غازي، المرجع السابق، ص 150.

¹- د. عبد المجيد فياض، المرجع السابق، ص 240.

كذلك يضاف إلى الأخطاء السابقة، الإهمال في تنفيذ الالتزامات بحيث يعرض المرفق للخطر، أو العيوب في توريد البضائع المسلمة أو المخالفة للمواصفات، أو بسبب تنفيذ العقد على وجه غير مرض، أو إحلال المتعهد لغيره دون موافقة الجهة الإدارية¹.

ولقد تناولت بعض تشريعات المناقصات والمزايدات المقارنة بعض الأفعال السابقة والمبررة لجزاء الشراء على حساب المورد، ومن ذلك مثلاً: المادة (94) من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات رقم (89) لسنة 1998، وتنولها القضاء المصري كذلك حيث نجد أحد أحكام المحكمة الإدارية العليا المصرية يقضي بأن: "مجال أعمال رخصة الشراء على حساب المورد... هو نكول المورد عن تنفيذ التزاماته الناشئة عن العقد"².

أما بالنسبة المشرع الجزائري فإن قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام لم يتطرق للأفعال المبررة لهذا الجزاء. وحذا لو ينظم المشرع الجزائري هذا الجزاء كسابقه "التنفيذ على حساب المقاول"، خاصة وأن ذكره لتلك الأفعال المبررة لفرض الجزاء، فيه فائدة لقاضي العقد، تتمثل في عدم فحص الملائمة بين هذا الجزاء وتلك الأفعال المنصوص عليها قانوناً. مادام أن هذه الأخيرة تبرر الشراء على حساب المورد في نظر المشرع.

2- إذار المورد قبل قيام الإدارة بالشراء على حسابه.

يسلم كل من الفقه والقضاء الفرنسيان بأن الإذار يعتبر المقدمة العادية لأي إجراء ضاغط، ولا يوجد هنا أي سبب لاستبعاد هذا المبدأ، وفي حالة تخلف الإذار، فإن إجراء الشراء على حساب وتحت مسؤولية المورد يعتبر معيباً ولا يتحمل نتائجه³.

فيجب إذار المورد قبل توقيع الجزاء عليه، والإدارة ملزمة به حتى في حالة عدم النص عليه، وذلك بهدف إمكانية تدارك المورد بتوقيع الجزاء عليه وحته على الوفاء بالتزاماته في الوقت المحدد وبالشروط الواردة في العقد. إلا أنه عادة ما تنص عليه

¹- د. طارق سلطان، المرجع السابق، ص 240.

²- حكمها في الطعن رقم 7/59 لسنة 47 قضائية، جلسة 2005/04/19، (غير منشور). أشار إليه، د. نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص 265.

³- د. عبد المجيد فياض، المرجع السابق، ص 241.

كراسات الشروط مثالها نص المادة 70 من كراسة شروط البحرية الفرنسية التي تنص بأن: " كل مورد باستثناء - حالة القوة القاهرة - يخل بالتزاماته في المواعيد المحددة في العقد، ينذر في الحال بكتاب مسجل مع إشعار الاستلام بأن ينفذ التزامه قبل انقضاء المهلة المحددة في هذا الكتاب، وإنه في حالة عدم التنفيذ بمعرفته ومع مراعاة موافقة السلطة العليا المختصة سيجري الشراء على نفقته ومسؤوليته..."¹.

ولقد كان للمحكمة الإدارية العليا المصرية رأي مخالف حيث قضت في حكمها الصادر في 1964/2/8 بأنه، في حالة لجوء الغدارة إلى طريق الشراء على حساب موردها، إذا رأت أن صالح المرفق يقتضي ذلك لا يكون ثمة موجب لإعذاره وإعطائه مهلة إضافية للتوريد بعد تنحيته لتأخره فيه وإسناده إلى غيره وعلى حسابه. إلا أن جانب من الفقه المصري ذهب إلى عكس ذلك واشترط ضرورة الإعذار قبل القيام بهذا الإجراء الخطير². ونحن نؤيده في ذلك لأن الإعذار هو التمهيد الطبيعي قبل توقيع أي جزاء خاصة إذا كان خطير.

ولقد عدلت المحكمة الإدارية العليا المصرية عن اتجاهها، وقررت حديثاً بالزامية شرط إخطار المتعاقد كتابة بالبريد الموصى عليه مصحوباً بعلم الوصول ودون حاجة إلى إجراء آخر، وهذا قبل توقيع الجزاء عليه³.

وقد تأيد هذا القضاء بالإفتاء الصادر عن الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع

وجاء فيه: " إن من غير المتصور التنفيذ على الحساب قبل إخطار المتعهد بسحب الكميات المرفوضة وتوريد بدلها"¹.

كما نص أكد المشرع المصري على ضرورة الإعذار في المادة 94 من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات المصري، حيث نصت على ضرورة قيام الإدارة

¹- د. نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص 267.

²- د. طارق سلطان، المرجع السابق، ص 241.

³- حكمها في الطعن رقم 4393 لسنة 37 ق، جلسة 1994/2/8، المجموعة السنة 39، الجزء الأول، المبدأ رقم 83، ص 839. أشار إليه د. عاطف سعدي محمد علي، المرجع السابق، ص 481.

¹- إفتاء الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في مصر، ملف رقم 2744/2/32، جلسة 1997/4/30، الموسوعة الإدارية الحديثة، الجزء 49، ص 408. أشار إليه د. نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص 269.

بإخطار المورد ب خطاب موصى عليه بعلم الوصول على عنوانه المبين بالعقد قبل قيامها بالشراء على حسابه. ولقد أصاب المشرع المصري بنصه على جزاء الشراء على حساب المورد، وعلى شرط الإعذار صراحة قبل توقيعه. وحبذا لو يحدو المشرع الجزائري حذوه.

وإذا كانت كراسات الشروط، وكذلك بنود عقد التوريد تتضمن عادة إلزامية توجيه الإنذار، إلا أن الإدارة تعفى من توجيه الإنذار إلى المتعاقد إذا تم النص على الإعفاء منه في العقد، أو عندما يصبح الإنذار غير مجدي في حال الإخلال بالتزام جوهري، أو ارتكاب الغش أو إذا أقر المورد صراحة بعدم قدرته على التنفيذ¹.

ثانيا: خصائص جزاء الشراء على حساب المورد.

يتمتع جزاء الشراء على حساب المورد بعدة خصائص تميزه وهي:

- 1- يعد الشراء على حساب المورد إجراء مؤقت لا يتضمن إنهاء العقد بل يظل المورد مسؤول أمام المصلحة المتعاقدة، حيث تقوم هذه الأخيرة بشراء المواد والأصناف التي لم يقم المورد العاجز بتوريدها على حسابه وتحت مسؤوليته المالية².
- 2- يصدر جزاء الشراء على حساب المورد بموجب قرار إداري³. فللإدارة أن تقرر توقيع هذا الجزاء بنفسها دون وساطة القاضي، ودون اشتراط النص على هذا الحق في العقد⁴. إلا أنه عادة ما دفاتر الشروط كيفية تطبيق هذا الجزاء.
- 3- تستطيع الإدارة الشراء على حساب المورد حتى ولو لم يلحقها ضرر حقيقي من جراء خطأ المورد في التنفيذ، وذلك راجع إلى طبيعة العقد وتعلقه بمبدأ استمرار المرفق العام بانتظام واضطراب¹.
- 4- تلتزم الإدارة كأصل عام بإعذار المورد قبل فرض جزاء الشراء على حسابه. كما هو الحال بالنسبة لجزاء التنفيذ على حساب المقاول في عقد الأشغال العامة.

¹- د. نصري منصور نابلسي، المرجع نفسه، ص 269.

²- ربيعة سبكي، المرجع السابق، ص 133.

³- د. أحمد عثمان عياد، المرجع السابق، ص 361.

⁴- د. عبد المجيد فياض، المرجع السابق، ص 239.

¹- وليد سعود فارس القاضي، المرجع السابق، ص 92، 93.

5- التجاء الإدارة لهذا الجزاء لا يكون إلا لخطأ يقع فيه المتعاقد على درجة من الأهمية، أما الأخطاء ذات الأهمية المحدودة لا تكفي لغرض الحلول وهو أمر متروك لتقدير جهة الإدارة تحت رقابة القضاء¹.

6- جزاء الشراء على حساب المورد من وسائل التنفيذ العيني التي تتلاءم مع السرعة والمرونة التي يقتضيها حسن سير المرفق العام بانتظام واضطراد، ذلك أنه يهدف إلى إرغام المتعاقد على أداء الالتزامات التي قصر فيها.

الفرع الثالث: آثار جزاء الشراء على حساب المورد.

1- الشراء على حساب المورد المقصر هو إجراء مؤقت لا يترتب عليه إنهاء عقد التوريد، فالعقد يظل قائماً ومنتجا لآثاره القانونية بين أطرافه، ويتم الشراء على حساب المورد المقصر وتحت مسؤوليته. وذلك تحقيقاً لحسن سير المرافق واطراد سيرها ومنعاً من تعطّلها بما قد يعرض المصلحة العامة للضرر إذا توقفت هذه المرافق².

2- للإدارة طبقاً لسلطتها التقديرية أن تقوم الشراء على حساب المورد بنفسها أو أن تعهد إلى مورد آخر تتعاقد معه بذات الشروط والمواصفات المعلن عنها في العقد الأصلي ومدته، فلا يجوز لها تعديل المواصفات الفنية للأصناف التي قصر المورد في توريدها عند قيامها بالشراء على حسابه، بل لابد أن تعتمد في شرائها على ما ورد في كراسة الشروط والمواصفات التي قامت بطرحها منذ البداية. وفي جميع أحوال التنفيذ على الحساب ومنها الشراء على حساب المورد المقصر وتحت مسؤوليته لا يجوز أن يعهد بالتنفيذ إلى المتعاقد المقصر نفسه، لأنه من غير المنطقي أن يكون هو سبيلاً لتنفيذ الجزاء الموقع عليه³.

3- تعد جهة الإدارة بمثابة وكيل عن المتعاقد المقصر لذلك ينبغي أن لا يكون تصرفها منطوي على إلحاق ضرر للمتعاقد، وهذا يعني التزامها في هذه الوكالة العناية التي

¹- د. مفتاح خليفة عبد الحميد ود. محمد محمد حمد الشلحاني، المرجع السابق، ص 173.

²- د. هيثم حليم غازي، المرجع السابق، ص 151.

³- بلاوي ياسين بلاوي، المرجع السابق، ص 192، 193.

تبدلها في أعمالها الخاصة¹. فإذا ما تسببت في إطالة مدة وإجراءات التنفيذ بدون مقتضى، مما ترتب عليه ارتفاع أسعار المواد المشتراة ارتفاعا كبيرا، فإن المورد الأصلي لا يتحمل كل الفرق بين السعر الذي التزم به أصلا وبين السعر الذي اشترت به الإدارة والذي يرجع إلى أن الإدارة لم تبذل العناية المطلوبة في شرائها على حسابه. أو قيامها بإطالة مدة تنفيذ العقد التي يقوم خلالها المتعهد الثاني بتوريد الأصناف المتفق عليها عن المدة المحددة بالعقد الأصلي، مما يستوجب عدم احتساب الزيادة بالمدة كمدة تأخير على المتعاقد الأصلي².

4- المورد المقصر يتحمل كافة الآثار المالية الناجمة عن الشراء على حسابه، كفروق الأسعار وغرامات التأخير والمصاريف الإدارية، بينما لا يستفيد من النقص في الأسعار إذا اشترت الإدارة الأصناف التي قصر في توريدها من مورد آخر بسعر أقل. لكن يحق للمورد الذي تم الشراء على حسابه أن يطالب الإدارة بتخفيض المبلغ المستحق عليه إذا استطاع أن يثبت أن مرد زيادة هذا المبلغ يرجع إلى خطأ المورد الجديد أو الخطأ الجسيم من جانب الإدارة³. وتخصم فروق الأسعار والمصاريف الإدارية المترتبة على المورد المقصر، من التأمين المودع لدى الإدارة ومن مستحقاته لديها أو لدى أية جهة إدارية أخرى⁴.

5- مسؤولية المورد الجديد تقتصر على جودة التوريدات ومطابقتها لذات الشروط والمواصفات المعلن عليها، ومن ثم لا تستطيع الإدارة التحلل من الصنف المتعاقد عليه فلا تقوم جهة الإدارة بشراء صنف آخر مثلا: آلات تصوير بدلا من ماكينات للطباعة، أو سيارات بدلا من دراجات... الخ⁵. ومع ذلك يجوز للإدارة - تبعا للظروف - أن تشتري على حساب المورد ما يماثل الصنف المتعاقد عليه وإن اختلف عنه في الجودة زيادة أو نقصا. وتحاسبه على فرق السعر وفرق الجودة إن

¹ - رشا محمد جعفر الهاشمي، المرجع السابق، ص 85.

² - بلاوي ياسين بلاوي، المرجع السابق، ص 193، 194.

³ - د. نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص 271، 272.

⁴ - د. عبد المجيد فياض، المرجع السابق، ص 243.

⁵ - د. طارق سلطان، المرجع السابق، ص 243.

كان باعتبار أن هذين العنصرين يمثلان الضرر الذي لحق على سبيل اليقين بالمصلحة العامة¹.

6- توقيع جزاء الشراء على حساب المورد لا يحول دون أن تجمع الإدارة بينه وبين الجزاءات الأخرى التي لا تتنافى مع طبيعتها كالعرامة المالية أو مصادرة التأمين أو المطالبة بالتعويض إن كان له مقتضى².

7- لا يجوز الجمع بين الشراء على حساب المورد المقصر وإنهاء العقد، فالتنفيذ على حساب المتعاقد يقوم على أساس استمرار العقد منتجا لآثاره وبقاء المتعاقد المقصر مسؤولا أمام الإدارة، أما إلغاء العقد فإنه يتضمن إنهاء الرابطة العقدية وتحلل المتعاقد من التزاماته كنتيجة طبيعية لانعدام العقد واعتباره كأن لم يكن. فللإدارة الاختيار بينهما حسب ما تراه محقق للمصلحة العامة. إلا أنه من جانب آخر يجوز للإدارة إنهاء العقد بعد تمام التنفيذ على حساب المورد المقصر³.

8- يمكن للمورد أن ينازع في صحة إجراء التنفيذ على حسابه وتحت مسؤوليته ولا يجوز أن يحكم قاضي العقد بإلغاء هذا الإجراء مهما شابه من أوجه عدم مشروعية وإنما تقتصر ولايته فقط على بحث الحق في التعويض⁴.

¹- د. عبد المجيد فياض، المرجع السابق، ص 244.

²- د. مفتاح خليفة عبد الحميد ود. حمد محمد حمد الشلحاني، المرجع السابق، ص 174.

³- د. هيثم حليم غازي، المرجع السابق، ص 152، 153.

⁴- د. طارق سلطان، المرجع السابق، ص 245.

المبحث الثاني: الجزاءات الفاسخة.

إن العقود الإدارية كغيرها من العقود قد تنتهي نهاية طبيعية وذلك بعد تمام تنفيذها أو بانتهاء المدة المحددة لها. كما تنتهي نهاية غير طبيعية تكون قبل إتمام عملية تنفيذ العقد وانقضاء آجال التنفيذ وهذه الحالة تأخذ صورة الفسخ، الذي بدوره يأخذ عدة صور تتمثل في: الفسخ التعاقدي الذي يتم بناء على اتفاق الطرفين، والفسخ بقوة القانون نتيجة لحصول ظروف غير متوقعة تؤدي إلى استحالة التنفيذ، والفسخ القضائي الذي يتم عن طريق القضاء الإداري المختص بطلب من المتعاقد بناء على أسباب جدية تبرر استجابة القاضي لهذا الطلب.

وأخيرا الفسخ الإداري الذي يبنى على أساس ما تتمتع به الإدارة العامة من امتيازات السلطة العامة. وهذا الأخير يصنف إلى نوعين من الفسخ هما: الفسخ بالإرادة المنفردة للإدارة دون حصول خطأ من المتعاقد لأن الإدارة قدرت أن المصلحة العامة تدعو إلى ذلك وهو فسخ لدواعي المصلحة العامة. والفسخ بالإرادة المنفردة للإدارة نتيجة لخطأ المتعاقد معها خطأ جسيما في تنفيذ العقد الإداري، ويعد الفسخ في هذه الحالة جزاء رادعا للمتعاقد المخل بالتزاماته. وهذا الأخير هو ما يهتما في هذه الدراسة، وهو يختلف تماما عن النوع الأول.

والفسخ لغة هو النقص، أو التفريق أو الإلقاء والرفع ويقال فسخ البيع فانفسخ، أي نقضه، فاننقض. أما اصطلاحا فيقصد به حل رابطة العقد، وكما عرفه أحد الفقهاء: "فسخ العقد: رفعه من الأصل، وجعله كأن لم يكن"¹.

والفسخ في الشريعة العامة حق للمتعاقد في العقد الملزم للجانبين إذا ما أخل العاقد الآخر بالتزامه في حل الرابطة التعاقدية كي يتحلل هو من التزامه¹.

¹ - يونس إسماعيل حسن كه ردى، أحكام الفسخ في العقود الإدارية - دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، سنة 2015، ص 20، 21.

¹ - محمد بن سعيد بن حمد المعمري، الرقابة القضائية على العقود الإدارية في مرحلتي الانعقاد والتنفيذ، أطروحة دكتوراه، جامعة الإسكندرية، الإسكندرية، مصر، سنة 2010، ص 235.

فالإنهاء الجزائي أو الفسخ الجزائي هو الجزاء الشديد الجسامة الذي تستطيع الإدارة صاحبة العمل أن توقعه على المتعاقد معها المقصر في تنفيذ التزاماته العقدية، حيث يترتب على ذلك استبعاد المتعاقد معها نهائيا عن تنفيذ العمل موضوع العقد¹.

فيستهدف 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 المتعاقد².

ويتم النص غالبا في دفاتر الشروط العامة أو الخاصة على حق الإدارة في توقيع جزاء الفسخ على المتعاقد الذي يقصر في الوفاء بالتزاماته. ولكن إذا لم يوجد نص في العقد ودفاتر الشروط فإن حق الإدارة في فسخ العقد يوجد قائما بذاته باعتباره حقا أصيلا للإدارة مستقلا عن العقد ودفاتر الشروط. فالإدارة تستطيع إصدار قرار الفسخ إعمالا لسلطتها في التنفيذ المباشر ودون حاجة للجوء إلى القضاء للحصول على حكم بفسخ العقد³.

ولعل هذه الخاصية هي أبرز ما يميز العقد الإداري عن العقد المدني. فإذا كان العقد المدني يحكمه قاعدة (العقد شريعة المتعاقدين) والتي بموجبها لا يجوز نقض العقد وتعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون، فإنه في العقود الإدارية يجوز للإدارة أن تفسخ العقد بإجراء صادر من جانبها وحدها إذا أخل المتعاقد معها بالتزاماته إخلالا جسيما ودون حاجة للجوء إلى القضاء.

كما أن جزاء الفسخ يتميز عن إجراءات الضغط المؤقتة، ذلك أنه على عكس هذه الإجراءات هو يضع نهاية حاسمة للعقد، إذ يعتبر من أسباب انقضائه. ومبرره هو وجوب أن يعطى للإدارة حق العدول عن مشاركة متعاقد لم يعد قادرا على الوفاء بالتزاماته على وجه مرض، وذلك حتى تضمن دوام انتظام المرفق¹.

¹- د. مفتاح خليفة عبد الحميد، د. حمد محمد الشلماني، انقضاء العقود الإدارية - دراسة مقارنة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، سنة 2013، ص 155.

²- د. سليمان الطماوي، المرجع السابق، 522.

³- د. أحمد عثمان عياد، المرجع السابق، ص 362.

¹- د. أحمد عثمان عياد، المرجع نفسه، ص 362.

وقد يرد النص على حق الإدارة بالفسخ في نصوص بعض القوانين والأنظمة كما هو الحال بالنسبة لقانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام الجزائري السابق ذكره. وكذلك دفتر الشروط الإدارية العامة لسنة 1964 في الأحكام المتعلقة بفسخ عقود الأشغال العامة. والمشرع الجزائري لم يعط تعريفا جامعاً مانعاً للفسخ في قانون الصفقات العمومية، بل اكتف بالإعلان عنه في نص المادة 149 منه حيث تنص على: "إذا لم ينفذ المتعاقد التزاماته، توجه له المصلحة المتعاقدة إعدارا ليفي بالتزاماته التعاقدية في أجل محدد.

وإذا لم يتدارك المتعاقد تقصيره في الأجل الذي حدده الإعدار المنصوص عليه أعلاه، فإن المصلحة المتعاقدة يمكنها أن تقوم بفسخ الصفقة من جانب واحد".

أي أن الفسخ يتم من جانب الإدارة لوحدها ودون حاجة للجوء إلى القضاء. ولم يكتف المشرع الجزائري بالإعلان عن الفسخ من جانب واحد للإدارة، بل أكد أيضا في المادة 1/152 من قانون الصفقات العمومية السابق ذكره على عدم قابلية قرار الإدارة بالفسخ للاعتراض إذا لجأت الإدارة لتطبيق البنود التعاقدية للضمان، والمتابعات الرامية لإصلاح الضرر الذي لحق بها بسبب خطأ المتعاقد معها، بمعنى أنه يمكن الجمع بين جزاء الفسخ وجزاء التعويض، بالإضافة إلى ذلك يتحمل المتعاقد التكاليف الإضافية التي تنجم عن الصفقة الجديدة. وغاية المشرع من ذلك هو الاستمرار في فرض الضغوط المعنوية والقانونية على المتعاقد حتى يتقيد أكثر بالالتزامات التعاقدية، مما يضمن حسن سير المرفق العام بانتظام واضطراد.

وإذا كان جزاء الفسخ يتناول جميع العقود الإدارية، دون حاجة إلى نص، فإن مجلس الدولة الفرنسي يميز في هذا الصدد بين عقد الامتياز، وسائر العقود الإدارية¹.

وعليه سنتناول في هذا المبحث بيان سلطة الإدارة في فسخ عقد الامتياز وهو ما يصطلح عليه إسقاط الالتزام. وكذلك الفسخ الجزائي في العقود الإدارية الأخرى. وذلك في المطالبين التاليين:

¹ - د. سليمان الطماوي، المرجع السابق، 522.

المطلب الأول: إسقاط الالتزام.

المطلب الثاني: الفسخ الجزائي في العقود الأخرى.

المطلب الأول: إسقاط الالتزام.

إن عقد الالتزام كسائر العقود الإدارية الأخرى، قد ينتهي نهاية مبتسرة قبل حلول المدة لنفاذه. وما يميز هذا العقد هو تمتعه بخاصيتين أساسيتين لا تتمتع بها العقود الإدارية الأخرى وهما: صلة عقد الالتزام الوثيقة بالمرفق العام، مما يؤدي إلى زيادة فرص انتهاء العقد قبل ميعاده المحدد. و جسامه المبالغ التي يستلزمها إعداد المرفق، ونتيجة لذلك فإنها تستوجب حماية الملتمزم¹.

والإسقاط هو المصطلح الذي أطلقه مجلس الدولة الفرنسي على فسخ عقد الالتزام، ليميز بينه وبين غيره من العقود الإدارية الأخرى أين يستعمل فيها مصطلح الفسخ².

وعليه سنتناول في هذا المطلب دراسة جزاء الإسقاط في الفروع الآتية:

الفرع الأول: تعريف جزاء إسقاط الالتزام وتحديد طبيعته القانونية.

الفرع الثاني: شروط فرض جزاء إسقاط الالتزام.

الفرع الثالث: آثار جزاء إسقاط الالتزام.

¹- مريم محمد أحمد، المرجع السابق، ص 285.

²- د. طارق سلطان، المرجع السابق، ص 267.

الفرع الأول: تعريف جزاء إسقاط الالتزام وتحديد طبيعته القانونية.

أولاً: تعريف جزاء إسقاط الالتزام.

إسقاط الالتزام يعني: فسخ عقد التزام المرفق العام على مسؤولية المتعاقد بسبب مخالفته الجوهرية للالتزامات المفروضة عليه¹.

وعرفته المحكمة الإدارية العليا في مصر بقولها: " سحب الالتزام أو إسقاطه كلاهما من الألفاظ المترادفة لمعنى واحد هو رفع يد الملتزم عن إدارة المرفق قبل انتهاء مدته لمواجهة المخالفات الجسيمة التي يرتكبها الملتزم مع قيام حق مانح الالتزام في هذه الحالة في الاستيلاء على الأدوات اللازمة لإدارة المرفق جبرا عن الملتزم"².

وفي فرنسا، الفرق الجوهرى بين إسقاط الالتزام وبين الفسخ في العقود الإدارية الأخرى هو أنه في حين يتم الفسخ في هذه الأخيرة بقرار من الإدارة بإرادتها المنفردة إعمالاً لسلطتها في التنفيذ المباشر، الإسقاط يجب أن يُطلب من قاضي العقد، إلا إذا احتفظت الإدارة لنفسها في العقد بالحق في توقيع جزاء الإسقاط بإرادتها المنفردة دون اللجوء إلى القضاء. وغالبا ما ينص على الإسقاط في العقد ودفاتر الشروط، وليس معنى ذلك أنه جزاء تعاقدى يجب النص عليه في العقد بل هو جزاء أصيل يوجد حتى ولو لم ينص عليه في العقد. وفيما ما مضى كان الإسقاط هو الجزاء الوحيد الذي يوجد بذاته والذي يجوز للقضاء توقيعه مستقلا عن نصوص العقد ودفاتر الشروط³.

أما في مصر فيختلف الأمر عما هو الحال في فرنسا حيث يجوز للجهة الإدارية إسقاط الالتزام دون حاجة للالتجاء إلى القضاء إعمالاً لسلطتها في التنفيذ المباشر. فالإسقاط شأنه شأن الفسخ وتطبق بصدده كافة القواعد الخاصة بجزاء الفسخ¹.

¹ - د. عبد المجيد فياض، المرجع السابق، ص 247.

² - حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية الصادر في 30 / 12 / 1977، مجموعة المكتب الفني، س 33، رقم 27. أشار إليه، محمد صلاح عبد البديع السيد، سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري - دراسة مقارنة -، أطروحة دكتوراه، جامعة الزقازيق، مصر، سنة 1993، ص 56.

³ - د. أحمد عثمان عياد، المرجع السابق، ص 365، 366.

¹ - سيف سعد مهدي الدليمي، المرجع السابق، ص 206.

أما في الجزائر فإنه من خلال الإطلاع على المادة 149 من قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام السالفة الذكر، نستنتج أن عباراتها جاءت عامة مطلقة تخلو من التفصيل بنصها: "... إذا لم يتدارك المتعاقد تقصيره... فإن المصلحة المتعاقدة يمكنها أن تقوم بفسخ الصفقة العمومية من جانب واحد...". وبالتالي لم يحدد المشرع الجزائري نوع الصفقة التي يتم فسخها بالإرادة المنفردة للإدارة ودون حاجة للجوء إلى القضاء. لذلك فالمطلق يجري على إطلاقه، وبالقياص على ذلك نقول أن إسقاط الالتزام في الجزائر لا يشترط استصدار حكم قضائي به كأصل عام.

وتجدر الإشارة إلى ضرورة التفرقة بين جزاء إسقاط الالتزام واسترداد الالتزام، ذلك أن الاسترداد على العكس من الإسقاط هو قرار إنفرادي صادر من الجهة مانحة الالتزام، والذي بواسطته ينهي عقد الالتزام قبل التاريخ المحدد له، لأسباب تتعلق بالمصلحة العامة، ولو لم يرتكب الملتزم خطأ في التنفيذ، شريطة تعويض هذا الأخير تعويضا عادلا يغطي ما لحقه من خسارة وما فاتته من كسب. أم الإسقاط فهو جزاء توقعه الإدارة أو القاضي على الملتزم نتيجة لإخلاله بالتزاماته التعاقدية إخلالا جسيما، ولا يستحق هذا الأخير أي تعويض نتيجة لإخلاله الجسيم بالتزاماته التعاقدية، بل يحق للإدارة أن تطالبه بالتعويض إذا كان له مقتضى¹.

والإسقاط إن كان يؤدي إلى انتهاء عقد الالتزام إلا أن ذلك لا يعني فناء المرفق العام لأن ذلك ليس هو الهدف من فرض هذا الجزاء، وتقع على الإدارة مسؤولية استمرار المرفق سواء عن طريق الإدارة المباشرة أو أن يعهد به إلى ملتزم جديد، وعندئذ يتحمل الملتزم الجديد كافة الأعباء المالية المترتبة على ذلك¹.

¹- د. مفتاح خليفة عبد الحميد ود. حمد محمد حمد الشلحاني، انقضاء العقود الإدارية، المرجع السابق، ص 207، 208.
¹- رشا محمد جعفر الهاشمي، المرجع السابق، ص 90.

ثانياً: الطبيعة القانونية لجزاء إسقاط الالتزام.

لقد اختلفت الآراء حول الطبيعة القانونية لجزاء الإسقاط، حيث ذهب الأقلية من الفقه الفرنسي إلى أن هذا الجزاء ليس من النظام العام، ولا يوجد إلا إذا وجد نص في العقد أو كراسة الشروط يخول الإدارة صراحة هذا الجزاء. ومن هؤلاء الفقهاء الفقيه "بلوندو"¹.

والحقيقة أن غالبية الفقه الفرنسي ذهب - على خلاف ذلك - إلى أن جزاء الإسقاط من النظام العام، وأنه يوجد حتى ولو لم يكن منصوصاً عليه صراحة في العقد أو كراسة الشروط. ومن هؤلاء الفقهاء "جيز"، "بولاك"، "برنار" وغيرهم². ويؤيد الفقه المصري هذا الاتجاه الثاني للفقه الفرنسي³.

ويترتب على اعتبار جزاء الإسقاط من النظام العام أن هذا الجزاء يوجد لصالح الإدارة دون حاجة للنص عليه في العقد أو دفاتر الشروط، فهو يوجد دائماً بقوة القانون⁴. وإذا تضمن العقد أي شرط يمنع الإدارة من ممارسة هذا الحق، فإن هذا الشرط يعتبر باطلاً لمخالفته النظام العام⁵. وكذلك الحال بالنسبة للشرط الذي يجيز للإدارة التنازل عن ممارسة هذا الحق، ويتساوى ذلك مع إيراد شرط في العقد بعدم مسؤولية الملتزم، بما يصف جهة الإدارة بالإهمال وعدم المبالاة، في الوقت التي تعتبر هي المخولة قانوناً في مجال الامتياز بمراقبته والحلول محله في حال ارتكابه أخطاء جسيمة¹. أما إذا نص العقد أو كراسة الشروط على حق الإدارة في توقيع جزاء الإسقاط، فإن مثل هذا النص يعتبر نصاً مقررًا وكاشفاً لحق موجود أصلاً بمقتضى القواعد العامة لنظرية العقد الإداري، ولا يعتبر منشأً لحق جهة الإدارة في توقيع الجزاء².

¹- د. طارق سلطان، المرجع السابق، ص 268.

²- محمد صلاح عبد البديع السيد، المرجع السابق، ص 60، 61.

³- د. محمد صلاح عبد البديع السيد، المرجع السابق، ص 61 و62؛ د. أنس جعفر، المرجع السابق، ص 346.

⁴- د. مفتاح خليفة عبد الحميد، إنهاء العقد الإداري، المرجع السابق، ص 217.

⁵- د. طارق سلطان، المرجع السابق، ص 268.

¹- إبراهيم الدسوقي عبد اللطيف الشهاوي، عقد امتياز المرفق العام، أطروحة دكتوراه، جامعة عين شمس، القاهرة، مصر، سنة 2003، ص 409.

²- مريم محمد أحمد، المرجع السابق، ص 288، 289.

ونحن نؤيد اعتبار هذا الجزاء من النظام العام بكل ما يترتب على ذلك من نتائج، إذ يجب على الإدارة توقيعه من تلقاء نفسها دون حاجة للنص عليه في العقد، فهو موجود بقوة القانون ودون حاجة للجوء إلى القضاء. ذلك أن الإدارة تهدف من خلال هذا الجزاء الصارم إلى الحفاظ على حسن سير المرافق العامة وبالتالي تحقيق المصلحة العامة.

الفرع الثاني: شروط فرض جزاء إسقاط الالتزام.

إن الملتزم يتحمل أعباء مالية ضخمة من أجل إعداد المرفق العام محل الالتزام وتهيئته لأداء خدماته للمنتفعين بها من أجل إدارة واستغلال المرفق العام، لذا فإن الملتزم يحتاج إلى مدة طويلة حتى يستطيع أن يستهلك هذه الأموال في صورة رسوم وإتاوات يحصلها من المنتفعين بالمرفق نتيجة لانتفاعهم بخدماته¹.

وعليه نظرا لخطورة جزاء الإسقاط على حقوق الملتزم المالية، فإن مجلس الدولة الفرنسي يشترط توافر ثلاثة شروط حتى تتمكن جهة الإدارة من فرض هذا الجزاء وهي: وقوع خطأ جسيم من الملتزم، وضرورة توجيه إعدار للملتزم، وصدور حكم قضائي بإسقاط الالتزام إلا إذا نص العقد أو دفا تر الشروط صراحة على حق الإدارة بفرضه بنفسها ودون اللجوء إلى القضاء.

وعليه سنوضح هذه الشروط كما يلي:

أولاً: ارتكاب الملتزم خطأ جسيم.

والخطأ الجسيم سبق تعريفه بأنه كل إخلال صادر من المتعاقد بالالتزام تعاقدية أو قانونية جوهري¹.

إن إسقاط الالتزام له صفة الجزاء الاستثنائي، من ثم فلا يجوز لجهة الإدارة تقريره إلا إذا تبين أن الجزاءات المالية والجزاءات الضاغطة لم تكن كافية تجاه إخلال وتقصير

¹- د. حمادة عبد الرزاق حمادة، النظام القانوني لعقد امتياز المرفق العام – دراسة في ظل القانون 67 لسنة 2010 بشأن تنظيم مشاركة القطاع الخاص في مشروعات البنية الأساسية والمرافق العامة ولأئحته التنفيذية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2011، ص 879.

¹- السلال سعيد جمعة الهويدي، المرجع السابق، ص 142.

الملتزم، كأن يكون الخطأ الذي ارتكبه الملتزم غير مغتفر أو على درجة خاصة من الجسامة¹. مما يثبت لجهة الإدارة عدم قدرة الملتزم نهائياً على تسيير المرفق العام الممنوح له بموجب عقد الالتزام.

ويلتزم القضاء الفرنسي بهذه القاعدة، وكثيراً ما يرفض الحكم بإسقاط الالتزام أو يلغي قرار الإدارة به عندما يتبين أن الخطأ المنسوب للملتزم لم يكن خطيراً ولا يكفي كمبرر لهذا الجزاء. ويستعويض عنه أحياناً بوضع المرفق تحت الحراسة كإجراء ملائم لهذا الخطأ. ويملك قاضي العقد في هذا الصدد سلطة واسعة في تقدير خطورة الوقائع المنسوبة للملتزم. وحتى عندما ينص العقد على إسقاط الالتزام بالنسبة لمخالفات معينة، فغن ذلك لا يمنع القاضي من تقدير أهمية هذه المخالفات².

ومن أمثلة الأخطاء الجسيمة التي تبرر إسقاط الالتزام ما يلي:

توقف الملتزم عن استغلال المرفق العام مهما كانت الصعوبات التي تواجه استغلال المرفق العام، حتى ولو كانت هذه الصعوبات مالية وحتى ولو رفضت الإدارة طلبه بفسخ العقد أو تعديله. وحتى ولو ارتكبت السلطة مانحة الالتزام من جانبها أخطاء عقدية³.

ترك الملتزم للمرفق محل الالتزام دون أن يقوم بتأمين استمرار تشغيل المرفق⁴.

أن يلجأ الملتزم إلى خرق بنود العقد المتعلقة بالرسوم التي يلزم المنتفعون بخدمات المرفق بدفعها فيبادر إلى رفعها دون علم الإدارة وموافقتها أو يميز بين المنتفعين على أساس جنس المنتفع أو معتقده¹.

¹- د. أحمد عثمان عياد، المرجع السابق، ص 366.

²- د. عبد المجيد فياض، المرجع السابق، ص 249، 250.

³- د. نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص 280، 281.

⁴- د. مفتاح خليفة عبد الحميد، إنهاء العقد الإداري، المرجع السابق، ص 224.

¹- د. عمار بوضياف، الصفقات العمومية في الجزائر، المرجع السابق، ص 157.

وكذلك دأب الملتزم على مخالفة التزاماته التعاقدية. وكذلك عدم دفع الأتاوات المستحقة للإدارة أو عدم الوفاء بالتزاماته المالية الأخرى ورفض الملتزم تنفيذ التعليمات الصادرة من الإدارة¹. ورفض الملتزم إمداد الإدارة مانحة الالتزام بالحسابات التفصيلية لعملياته².

عدم احترام مدد التنفيذ المنصوص عليها في دفتر الشروط، إذ يمكن إسقاط الالتزام عندما لا يبدأ الملتزم الأعمال من التاريخ المحدد، وأيضا عندما لا ينهي هذه الأعمال في الميعاد المقرر ولكن القاضي يستطيع أن يقدر ما إذا كان عدم مراعاة هذه المدد يعتبر خطيرا بدرجة تكفي لتبرير إسقاط الالتزام أو أن جزاء أقل أهمية مثل التعويض يجب أن يطبق³.

عدم قيام الملتزم بتنفيذ الشروط الفنية المنصوص عليها في العقد، أو التعديل في القدرة المالية للملتزم بحيث يصبح عاجزا ماليا عن إدارة المرفق⁴.

تنازل الملتزم عن عقده للغير أو تعاقدته من الباطن بدون موافقة الجهة مانحة الالتزام مسبقا⁵.

إن هذه الصرامة المفرطة في جزاء الإسقاط هي التي دفعت بالقضاء التخلي عن الفكرة القائلة بأن في صمت العقد يكون سقوط الحق هو الجزاء الوحيد الممكن لمواجهة تقصير المتعاقد في التزاماته. وتجدر الإشارة إلى أن الأخطاء التي تبرر جزاء الإسقاط يمكن أن ترد في العقد أو القانون¹.

ويسلم المشرع الجزائري بقاعدة الخطأ الجسيم كمبرر لإسقاط الالتزام خاصة بالنسبة للمرافق الحيوية كالماء والكهرباء والغاز.

¹- د. أحمد عثمان عياد، المرجع السابق، ص 367.

²- د. مفتاح خليفة عبد الحميد، المرجع السابق، ص 224.

³- د. عبد المجيد فياض، المرجع السابق، ص 250.

⁴- د. طارق سلطان، المرجع السابق، ص 271.

⁵- د. مفتاح خليفة عبد الحميد، المرجع السابق، ص 224؛ يونس اسماعيل حسن كه ردي، المرجع السابق، ص 62.

¹- د. طارق سلطان، المرجع السابق، ص 271، 272.

فمثلا اعتبر المشرع أن كل بيع أو تأجير من الباطن للأراضي الفلاحية التي يكون موضوعها الامتياز من قبيل الأخطاء الجسيمة المستوجبة لجزاء الفسخ¹. وكذلك نجد المادة 1/30 من دفتر الأعباء النموذجي لامتياز الطرق السريعة تنص: "يتحمل صاحب الامتياز سقوط حقوقه بسبب عدم استئناف تأدية الخدمات إذا ما توقفت، وبسبب عدم الوفاء بالتزاماته التي يفرضها دفتر الأعباء هذا"².

ونشير في الأخير إلى أن النص على بعض حالات الإسقاط في العقد أو في القانون، لا يعني استبعاد هذا الجزاء في غير هذه الحالات، فهذا الجزاء موجود حتى ولو لم يتم النص عليه، وهو ممكن التطبيق كقاعدة عامة بمناسبة أي خطأ جسيم من الملتزم، ولو لم يكن من بين الأخطاء المنصوص عليها. وبلا شك فإن حالات إسقاط الالتزام المنصوص عليها في العقد أو في القانون، قد افترض المتعاقدان أو المشرع خطورتها فلا تخضع لرقابة الملاءمة، أما الحالات غير المنصوص عليها فإنها تخضع لهذه الرقابة للتحقق من جسامه الخطأ ومدى كفايته كمبرر لهذا الجزاء. ويبقى للإدارة للإدارة إنهاء الالتزام إذا لم يتحقق من جانب الملتزم خطأ جوهري يبرر الإسقاط، استرداد المرفق³.

¹- المادة 15 من المرسوم 483/97 المؤرخ في 1997/12/15 والمحدد لكيفيات منح حق الامتياز على قطعة أرضية من الأملاك الوطنية الخاصة التابعة للدولة في المساحات الاستصلاحية وأعبائه وشروطه المطبق للمادة 117 من قانون المالية لسنة ، السابق ذكره.

²- المرسوم التنفيذي رقم 308/96 المؤرخ في 1996/09/18، المتعلق بمنح امتيازات الطرق السريعة، (دفتر الأعباء النموذجي لمنح امتياز الطرق السريعة)، سبق ذكره.

³- د. عبد المجيد فياض، المرجع السابق، ص 254.

ثانياً: توجيه إعدار للملتزم.

يجب على الإدارة قبل توقيع جزاء الفسخ، أن تعذر الملتزم، وغالباً ما تنص وثائق الالتزام على هذا الشرط، ولكن مجلس الدولة الفرنسي يجعل منه شرطاً أساسياً للقضاء بالفسخ، حتى ولو خلا العقد من النص عليه، بحيث لا تتحرر الإدارة منه إلا بناءً على شرط صريح عليه، بحيث لا تتحرر الإدارة منه إلا بناءً على شرط صريح في العقد، أو إذا ثبت من ظروف الحال أن الإعدار لا فائدة منه، كما لو أعلن الملتزم نفسه عجزه التام عن إدارة المرفق¹. أو إذا تنازل عن العقد إلى الغير². وكذا في حالة إفلاس الملتزم أو التصفية القضائية³. فالإعدار يعتبر من الضمانات غير القضائية. وغالباً ما تنص دفاتر الشروط الإدارية العامة الفرنسية على وجوب إعدار الملتزم قبل توقيع الجزاء عليه.

وعند إعدار الملتزم لأبد من تحديد المدة التي سيتم الإسقاط بعدها، ويجب في هذه المدة أن تكون معقولة يستطيع فيها المتعاقد مع الإدارة أن يعيد الأمور إلى نصابها الصحيح⁴.

والمرجع في مصر تطلب وجوب الإعدار في بعض الحالات ولكنه في حالات أخرى لم يوجب إعدار المتعاقد قبل فسخ العقد⁵. بينما انقسم الفقه المصري بين مؤيد ومعارض لإعدار المتعاقد مع جهة الإدارة. فبينما يرى الرأي الأول أن الإدارة ملزمة بإعدار المتعاقد قبل فسخ العقد ذلك أن هذا المبدأ ينتج من القواعد الأساسية التي يقوم عليها نظام الجزاءات في العقد الإداري، وكذلك من القواعد العامة للقانون المدني التي تلزم المتعاقد بإعدار الطرف الآخر المتخلف عن أداء التزاماته قبل طلب الفسخ، يرى رأي آخر عدم ضرورة الإعدار من قبل الإدارة ذلك أن لائحة المناقصات والمزايدات المصرية لم تشترط الإعدار، كما أن أحكام القضاء المصري لا توجب اتخاذ مثل هذا الإجراء في أحكامها¹. إلا أنه يجدر

¹- د. سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 525.

²- يونس اسماعيل حسن كه ردى، المرجع السابق، ص 62.

³- د. عبد المجيد فياض، المرجع السابق، ص 258.

⁴- يونس إسماعيل حسن كه ردى، المرجع السابق، ص 62.

⁵- د. طارق سلطان، المرجع السابق، ص 273.

¹- سيف سعد مهيدى الدليمي، المرجع السابق، ص 210. وينبغي الإشارة أن من الفقهاء المؤيدين للإعدار نجد "د. عبد المجيد فياض". أما المعارضين منهم نجد "د. سليمان الطماوي".

بنا الإشارة إلى أن هناك أحكام للقاء الإداري المصري أوجبت إعدار الملتزم قبل توقيع جزاء الإسقاط عليه¹.

ومن جانبنا نؤيد ضرورة إعدار الملتزم قبل توقيع جزاء الإسقاط في حقه نظرا لخطورة هذا الجزاء على طرف الملتزم. فهو من الضمانات التي تكفلها القواعد الأساسية المطبقة في نظرية الجزاءات في العقد الإداري، كما أن هذا الإعدار قد يكون حافزا للملتزم لتنفيذ التزاماته على النحو المطلوب.

وبالنسبة للوضع في الجزائر فإن الإعدار شرط ضروري قبل توقيع جزاء الإسقاط، هذا ما نستشفه أولا من القاعدة العامة المقررة في قانون الصفقات العمومية الجزائري في المادة 149 منه المتعلقة بالفسخ الجزائي والتي تنص على: " إذا لم ينفذ المتعاقد التزاماته، توجه له المصلحة المتعاقدة إعدارا ليفي بالتزاماته التعاقدية في أجل محدد.

وإذا لم يتدارك المتعاقد تقصيره في الأجل الذي حدده الإعدار... فإن المصلحة المتعاقدة يمكنها أن تقوم بفسخ الصفقة العمومية من جانب واحد...".

كما نجد على سبيل المثال المادة 32 من المرسوم التنفيذي رقم 57/08 المؤرخ في 2008/02/13 المحدد لشروط منح امتياز استغلال خدمات النقل البحري تنص: "عندما يتوقف صاحب امتياز خدمات النقل البحري عن استغلال الامتياز كليا أو جزئيا لأي سبب من الأسباب، يتعين على الوزير المكلف بالبحرية التجارية إعداره باستئناف الاستغلال في أجل مدته ثلاثة أشهر..."¹.

¹- حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية بتاريخ 1977/12/30. أشارت إليه مريم محمد أحمد، المرجع السابق، ص 292.

¹- المرسوم التنفيذي رقم 57/08، المؤرخ في 2008/02/13، المحدد لشروط منح امتياز استغلال خدمات النقل البحري وكيفياته، السابق ذكره.

ثالثاً: مدى وجوب صدور حكم قضائي بجزاء الإسقاط.

استقر مجلس الدولة في فرنسا على اختصاص قاضي العقد بتقرير جزاء الإسقاط ما لم يوجد نص في العقد أو كراسة الشروط يمنح الإدارة تقرير جزاء الإسقاط¹. وفي هذه الحالة يكون من حق القاضي أن يحكم بإلغاء قرار الإسقاط الصادر من الإدارة بطريقة غير سليمة وبالتعويض عنه إذا ترتب على القرار أضرار².

وإذا احتفظ دفتر الشروط لسلطة إدارية أخرى خلاف الجهة المانحة للامتياز بالحق في إسقاط الالتزام، فإن قاضي العقد لا يختص - في هذه الحالة - بتقرير هذا الجزاء³.

ويظهر مما سبق أن إسقاط الالتزام ينفرد بهذه الخاصية استثناءً من القاعدة العامة التي بموجبها يكون من حق الإدارة اتخاذ أي إجراء جزائي ضد المتعاقد مع الإدارة، ومن دون حاجة إلى أن ينص على هذا الحق في العقد⁴.

ويرى نفر من الفقه الفرنسي أنه يمكن للإدارة المختصة بتقرير إسقاط الالتزام - سواء كانت السلطة مانحة الالتزام أو سلطة إدارية أخرى- أن تتنازل عن هذا الحق الممنوح لها بمقتضى العقد، وتلجأ إلى القاضي ابتداء بطلب الحكم لها بهذا الجزاء، إذ فضلاً عن أن ذلك يمنع انعزال السلطات ويقلل من محاولات التسلط، فإنه يجد سنداً له من القضاء متمثلاً في حكم مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ 26 ديسمبر 1924، في قضية (Compagnie du chemin de fer metropolitain) الذي سمح للإدارة بأن تلجأ إلى قاضي العقد بطلب تطبيق الغرامة رغم وجود شرط عقدي يعترف لها بسلطة تطبيقها بنفسها¹.

وتجدر الإشارة أن لقاضي العقد وحده سلطة تقرير جزاء الإسقاط بدون تعويض للملتزم، وكل شرط تعاقد في العقد يقضي للإدارة بإسقاط الالتزام دون تعويض الملتزم،

¹- د. حمادة عبد الرزاق حمادة، المرجع السابق، ص 880.

²- د. سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 525، 526.

³- C.E 24 juil 1930, Déplanque, R, p 541.

أشار إليه د. عبد المجيد فياض، المرجع السابق، ص 255.

⁴- يونس إسماعيل حسن كه ردى، المرجع السابق، ص 64.

¹- د. عبد المجيد فياض، المرجع السابق، ص 255.

فإن هذا الشرط يعتبر باطلا لمخالفته للنظام العام، حيث أن أطراف لا يمكنهم الاتفاق قانونا على مخالفة قاعدة من النظام العام¹.

وفي مصر لا يوجد ما يمنع من توقيع جزاء الإسقاط أو سحبه دون الالتجاء إلى القضاء، وهذا ما قرره بوضوح لائحة المناقصات والمزايدات، ولكن هذا القرار يجب أن يكون صريحا ومكتوبا وصادرا من الجهة المختصة، فقرار الفسخ لا يتصور أن يكون ضمنيا ويجب أن تحدد فيه الإدارة نوع الفسخ مجردا أو مصحوبا بإعادة التعاقد على مسؤولية المتعاقد الأول الموقع عليه الجزاء².

كما يمنح التشريع هذا الحق للإدارة في كثير من الحالات التي تصدى فيها لتنظيم بعض المرافق العمومية، وعلى سبيل المثال المادة 5 من القانون 699 لسنة 1954 في شأن النقل العام للركاب المعدل بالقانون 24 لسنة 1956 والتي تجيز لوزير المواصلات - بقرار منه بعد موافقة مجلس الوزراء- إسقاط الالتزام ومصادرة التأمين علاوة على الجزاءات الأخرى المتفق عليها أو المقررة قانونا، وذلك في أي حالة من الحالات المنصوص عليها بها³.

ويتضح أن القضاء في مصر على خلاف ما هو موجود في فرنسا أعطى لجهة الإدارة سلطة إسقاط الالتزام دون حاجة للجوء في ذلك إلى القضاء للحصول على حكم¹.

أما الفقه في مصر فيسلم بمبدأ القضاء الفرنسي المذكور على أساس مراعاة الاعتبارات العملية التي تدور مع عقد الالتزام، إذ يقوم غالبا على رؤوس أموال ضخمة موظفة في المرفق العام مما يستوجب استثناء ضرورة سلطة فسخه للقاضي وحده اللهم إذا احتفظت الإدارة لنفسها صراحة بهذا الحق في العقد².

¹- د. حمادة عبد الرزاق حمادة، المرجع السابق، ص 883.

²- د. طارق سلطان، المرجع السابق، ص 275.

³- د. عبد المجيد فياض، المرجع السابق، ص 256.

¹- سيف سعد مهدي الدليمي، المرجع السابق، ص 212.

²- د. عبد المجيد فياض، المرجع السابق، ص 255، 256.

وبالنسبة للوضع في الجزائر فإن المشرع نظم قاعدة عامة في المادة 149 من قانون الصفقات العمومية السابقة الذكر والمتعلقة بالفسخ الجزائي، ومنح للإدارة سلطة فسخ العقد من جانب واحد بإرادتها المنفردة ودون حاجة للجوء إلى القضاء. وبالقياص يمكن القول أن للإدارة الحق في فرض جزاء الإسقاط بإرادتها المنفردة. إلا إذا نص العقد أو دفتر الشروط على خلاف ذلك.

وهذا ما نستشفه أيضا من تعليمية وزارة الداخلية والجماعات المحلية رقم 842/394، بشأن امتياز المرافق العمومية المحلية وتأجيرها في الجزائر، التي نصت على: " كما يحدث أن تقوم الإدارة مانحة الالتزام بإنهاء مدة (الامتياز)، قبل الأوان من جانب واحد، إما لعقوبة للملتزم نتيجة إخلاله الجسيم بشروط وأحكام الامتياز وإما لعدم الحاجة إليه"¹.

وفي حالات أخرى لعقد الامتياز نص فيها المشرع على ضرورة اللجوء إلى القضاء لإسقاط الالتزام. فنجد المادة (06) من المرسوم 483/97 والمحدد لكيفيات منح حق الامتياز على قطعة أرضية من الأملاك الوطنية الخاصة التابعة للدولة في المساحات الاستصلاحية وأعبائه وشروطه المطبق للمادة (117) من قانون المالية 1994 السابق الذكر: " تتجسد شروط منح امتياز القطعة الأرضية وكيفيات فسخ الالتزام على أساس دفتر الشروط النموذجي الملحق بهذا المرسوم ". ونصت المادة (14) من ذات المرسوم على فسخ الالتزام بقولها: "يفسخ الالتزام بالطرق القضائية إذا لم يف صاحب الامتياز بالتزاماته لعدم احترام بنود دفتر الشروط أو عدم تنفيذها." و بالرجوع إلى دفتر الشروط النموذجي المتعلق بمنح امتياز قطع أرضية من الأملاك الوطنية الخاصة التابعة للدولة نصت المادة (18) على: "يمنح فسخ الامتياز بمبادرة من الإدارة إذا لم يحترم صاحب الامتياز الالتزامات المفروضة عليه وعلى الخصوص تلك المتعلقة بإنجاز برنامج الاستصلاح وفقا للشروط والآجال المحددة. وفي هذه الحالة يجرى الفسخ بالطرق القضائية بعناية من مدير الأملاك الوطنية في الولاية المختصة إقليميا بعد اصدارين يتم إرسالهما لصاحب الامتياز برسالة موصى عليها مع الإشعار بالاستلام وتبقيان دون جدوى". وهنا يكون لصاحب

¹- البند رقم (05) المتعلق بنهاية امتياز المرافق العمومية من الفرع (أولا) المتعلق بامتياز المرافق العامة، من هذه التعليمية.

الامتياز الحق في تعويض تحدده مصالح الأملاك الوطنية ، يعادل مبلغ الأشغال المنجزة قانونيا من أموال صاحب الامتياز الخاصة، مع طرح 10% بعنوان مقابل التعويض عن الضرر.

ونحن نؤيد حق الإدارة في فرض جزاء إسقاط الالتزام من جانب الإدارة دون حاجة للجوء إلى القضاء مثله مثل الفسخ بالنسبة لبقية العقود الإدارية والخضوع لنفس أحكامه القانونية. وذلك أنه لا فرق بين عقد الالتزام وبين العقود الأخرى كعقد الأشغال العامة أو عقد التوريد فكلها على نفس الدرجة من الأهمية وكلها وثيقة الارتباط بالمرفق العام. فإذا كان عقد الالتزام مهم لإدارة المرفق العام، فإن عقد الأشغال العامة له أهمية في إنشاء هذا المرفق، وعقد التوريد يساهم في تسييره. وكل تلك العقود باتت تتطلب أموالا ضخمة وطائلة لإنجازها وتنفيذها قد تفوق الأموال المخصصة لعقد امتياز مرفق عام، ورغم ذلك تملك الإدارة حق فسخها دون الرجوع إلى القضاء. هذا بالإضافة إلى الوقت الطويل الذي يستغرقه القضاء لإصدار حكمه بالإسقاط مما يعطل بالتأكيد سير المرفق العام بانتظام واضطراب.

الفرع الثالث: آثار جزاء إسقاط الالتزام.

تتنوع الآثار المترتبة على جزاء إسقاط الالتزام منها ما يخص الإدارة المانحة للالتزام ومنها ما يخص الملتزم. وسنتناولها فيما يلي:

1- يترتب على صدور قرار الإسقاط نهاية العقد، وبهذا يختلف الإسقاط عن الوضع تحت الحراسة، ونهاية العقد لا تعني بالضرورة نهاية المرفق العام، بل للإدارة كامل السلطة في أن تعمل على استمرار المرفق العام إما بأن تديره بنفسها أو بأن تعهد إلى ملتزم آخر بتلك الإدارة، مع تحميل الملتزم القديم كافة النفقات التي تترتب على تغيير طريقة الإدارة¹. إلا أن ذلك لا يعني فرض تضحيات على الملتزم تتجاوز الخسائر

¹ - د. سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 526.

الناشئة عن أخطائه مع مراعاة عدم تحمل الإدارة لأية خسارة مالية قدر الإمكان،¹ أيضا.

2- يجوز أن يوقع على الملتزم المقصر في آن واحد جزاء الإسقاط فضلا عن الجزاءات المالية الأخرى كالتعويضات لصالح الإدارة المانحة للالتزام ، وهو ما تنص عليه كراسات الشروط أحيانا، ومع ذلك فإن الملتزم المستبعد لا يمكن أن يحكم عليه بعد مضي فترة من الوقت على صدور الإسقاط بالتعويض لصالح الإدارة المانحة للالتزام عن نفس الأفعال التي أسقط التزامه من أجلها أو بسببها². ولكن لا يترتب على الإسقاط أي تعويض لصالح الملتزم لأن إسقاط الالتزام جزاء لا يتفق معه – بطبيعة الحال- أن يستحق تعويض عنه³. لكن قرار الإسقاط لا يمنع من الحكم بالتعويضات على الإدارة المانحة للالتزام لصالح الملتزم عن الأخطاء التي ارتكبتها الإدارة في تنفيذ التزاماتها⁴.

3- يصبح التأمين – المفروض دفعه من الملتزم- من حق الإدارة، وتبعا لذلك تستحق فوائد قانونية عنه ابتداء من يوم إسقاط الالتزام⁵.

4- تتوقف مسؤولية الملتزم عن استغلال المرفق من يوم إسقاط التزامه، إذ تتحمل الإدارة بنفقات هذا الاستغلال إذا قدرت الاستمرار فيه بطريق الإدارة المباشرة حتى يتم لها اختيار ملتزم جديد⁶.

5- ويترتب على إسقاط الالتزام، أن إدارة المرفق تتم بإحدى وسيلتين هما:

أ- إما أن تقوم جهة الإدارة بإدارة المرفق العام بنفسها وتحت مسؤوليتها، وفي هذه الحالة لا تعتبر جهة الإدارة خلفا خاصا أو عاما للملتزم القديم، ويترتب على ذلك أن جهة الإدارة لا تلتزم بسداد المبالغ المالية المستحقة على الملتزم القديم بسبب عقود الالتزام، كما لا تلتزم بسداد ضريبة المباني المستحقة على العقارات التي

¹- د. عبد المجيد فياض، المرجع السابق، ص 259.

²- سيف سعد مهدي الدليمي، المرجع السابق، ص 214.

³- د. عبد المجيد فياض، المرجع السابق، ص 268.

⁴- د. حمادة عبد الرزاق حمادة، المرجع السابق، ص 889.

⁵- د. عبد المجيد فياض، المرجع السابق، ص 259، 260.

⁶- هذا ما أستقر عليه قضاء مجلس الدولة الفرنسي؛ د، عبد المجيد فياض، المرجع السابق، ص 263.

كانت مملوكة للملتزم وأصبحت إليها¹. إلا إذا نص على خلاف ذلك في العقد أو القانون. وتلتزم الإدارة في هذه الحالة بأن تدفع للملتزم قيمة الأدوات التي ترى أخذها ولم تكن قد آلت إليها دون مقابل، وذلك حسب تقرير الخبراء. فإذا لم تأخذ هذه الأدوات وأنها بذلك تبقى ملكا للملتزم، فإن الإدارة تلتزم بأن تدفع إيجارا عنها عن فترة استعمالها لها، كما تتحمل مصاريف استهلاكها خلال هذه الفترة. ولكن ليس من حق الإدارة أن تستعمل حق الحبس على أدوات الملتزم لكي تستأدي مستحققاتها قبله. وعلى الأخص ما نشأ منها أثناء وضع المرفق تحت الحراسة قبل إسقاط الالتزام، وذلك لأن الدين المستحق للإدارة لا يرتبط من حيث السبب بالأدوات المستعملة في الاستغلال أو تنفيذ الأعمال².

ب- أو أن تعهد جهة الإدارة إدارة المرفق إلى ملتزم آخر، وفي هذه الحالة يجب إجراء مزايدة على حساب الملتزم السابق لاختيار ملتزم جديد لإدارة المرفق العام بنفس شروط العقد السابق، لأن أي تعديل سوف يلزم الجهة المانحة بتعويض الملتزم السابق عن الأضرار التي تلحق به نتيجة هذا التعديل. والمبالغ التي يدفعها الملتزم الجديد نظير الأدوات والمهمات الخاصة بالمرفق تكون من حق الملتزم السابق الذي أسقط التزامه وأجريت المزايدة على حسابه³. على أن يتحمل هذا الأخير جميع المصروفات التي تستلزمها هذه العملية. وبالنظر إلى أن الملتزم المستبعد سوف يتحمل خسارة أقل أو أكثر جسامتها تبعاً لنتيجة المزايدة، فإن له حق مراقبتها بأن يبدي رأيه ويقدم ملاحظاته على الثمن الأساسي، والأشياء الداخلة في هذه المزايدة، واختيار المقاولين المسموح لهم بالمشاركة فيها¹. وإذا لم تؤد هذه المزايدة إلى أي نتيجة، يتم إجراء مزايدة جيدة دون تحديد ثمن أساسي، فإذا لم تسفر عن ملتزم جديد، فإن الملتزم السابق يفقد كافة حقوقه المالية التي كانت من حقه². الحق في القيمة التجارية لحق استغلال المرفق الممنوح

¹ - سيف سعد مهدي الدليمي، المرجع السابق، ص 215.

² - د. عبد المجيد فياض، المرجع السابق، ص 264، 265.

³ - د. طارق سلطان، المرجع السابق، ص 278.

¹ - د. عبد المجيد فياض، المرجع السابق، ص 261، 262.

² - سيف سعد مهدي الدليمي، المرجع السابق، ص 216.

الالتزام له، جميع المنشآت والأدوات والمواد التي يستلزمها الاستغلال، ويرجع في تحديد هذه الأشياء إلى وثيقة الالتزام، إذ هي التي تبين الأموال التي تبقى ملكا للملتزم، وتلك التي تصبح من حق الإدارة دون مقابل، وتسقط جميع الإعانات، وضمانات الحد الأدنى للربح والتي كان من المحتمل أن تمنح للملتزم من الإدارة بقوة القانون، إلا إذا خصصت في صورة أوراق مالية - أسهم وسندات أصدرها الملتزم - فإنها تبقى على أساس أن أصحاب هذه الأوراق يجب ألا يتحملوا نتائج إسقاط الالتزام¹. وإذا لم تقم الجهة المانحة بإجراء هاتين المزايدتين فإنها تلتزم بأن تؤدي للملتزم لسابق كافة التكاليف التي أنفقها لتسيير المرفق العام².

6- تبقى عقود المنتفعين بالمرفق قائمة وسارية المفعول فلا تستطيع الإدارة ولا الملتزم الجديد أن يتخلى عن تلك الالتزامات لأن مبدأ دوام سير المرافق العامة يتطلب ذلك ولا يمكن مخالفته، وتبقى الشروط اللائحية في عقد الالتزام التي تبين كيفية أداء الخدمات للمنتفعين محتفظة بقوتها الملزمة، ويحق للسلطة المانحة للالتزام أن تعدلها بما تراه ملائما للمصلحة العامة وموافقا للوضع الجديد³.

7- لا تسري عقود العمل الخاصة بالعاملين لدى الملتزم السابق في مواجهة الإدارة، إلا إذا نص العقد أو القانون على خلاف ذلك⁴. وكذلك الأمر بالنسبة للملتزم الجديد. ونؤيد من جانبنا الرأي الفقهي الذي يعارض انتهاء عقود العمل بانتهاء التزام المرفق العام، لأن المشروع يظل قائما متماسكا بموجوداته والعاملين فيه ولا ينتهي في الواقع بإسقاط الالتزام وذلك مما يجعل علاقة العمل بالمشروع علاقة عينية وليست شخصية، لا تنتهي بانتهاء الالتزام بل تظل باقية فيه، على أنه يجوز للإدارة إجراء أعمال تطهيرية وهي على بينة من أسبابها خلال فترة معقولة، ويجب أن يكون قرارها في ذلك مسببا وإلا اصطدم مع قواعد الفصل التعسفي التي تأبى أن يكون

¹- د. عبد المجيد فياض، المرجع السابق، ص 262.

²- د. طارق سلطان، المرجع السابق، ص 278.

³- د. طارق سلطان، المرجع نفسه، ص 277.

⁴- د. عبد المجيد فياض، المرجع السابق، ص 266.

الفصل طردا بلا مبرر¹. من أمثلة ذلك أن يكون إسقاط الالتزام بسبب أخطاء ارتكبتها العمال.

المطلب الثاني: الفسخ الجزائي في العقود الأخرى.

الفسخ جزاء يمكن توقيعه في سائر العقود الأخرى. ويعتبر الفسخ الجزائي في عقدي الأشغال العامة والتوريد من أشد الجزاءات التي توقعها جهة الإدارة على المتعاقد معها. حيث أن هذا الجزاء يضع نهاية للعقد الإداري، وعليه فإن جهة الإدارة لا تلجأ إليه إلا باعتباره الإجراء الأخير الذي يمكن أن تتخذه بحق المتعاقد إذا وجدت عدم جدوى الجزاءات المالية والضاغطة عليه². ولقد أقر مجلس الدولة الفرنسي في هذا الصدد بحق الإدارة في فسخ العقد إذا اتضح لها أن المتعاقد لم يعد في إمكانه تقديم المشاركة والمعاونة في تنفيذ المرفق محل العقد بطريقة فاعلة ومرضية³.

وكما سبق ذكره فإن الإدارة تملك حق توقيع هذا الجزاء الجسيم بإرادتها المنفردة ولو لم ينص عليه العقد، ودون حاجة للجوء إلى القضاء، وذلك باعتبار أن هذا الحق هو أحد مظاهر امتيازات السلطة العامة التي تملكها الإدارة بصدد تنفيذ عقودها الإدارية.

وعليه فإنه حتى ولو ينص العقد أو القانون على حق الإدارة في فسخ العقد لبعض المخالفات التي يرتكبها المتعاقد فإن ذلك لا يمنعها من تطبيق جزاء الفسخ على مخالفات أخرى ارتكبتها المتعاقد وليس منصوص عليها في العقد.

وعليه فإن جزاء الفسخ من النظام العام، فلا يمكن الاتفاق على استبعاده بوجه عام ومطلق، إذ يماثل هذا الاتفاق شرطا بعدم المسؤولية، وهذا الشرط يتنافى مع النظام العام في القانون الخاص، وبالتالي فهو أولى أن يكون كذلك عندما يتعلق الأمر بتسيير مرفق عام. وهناك استثناء فيما يتعلق بفسخ عقد الأشغال العامة مع إعادة طرح الأشغال في مناقصة

¹- د. طارق سلطان، المرجع السابق، ص 277.

²- د. سعاد الشرقاوي، العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، سنة 2003، ص 479.

³- C.E. janvier 1956, ville de Paris, p 11.

أشارت إليه، فوزية سكران، المرجع السابق، ص 90.

جديدة على مسؤولية المقاول، يجب أن ينص عليه في العقد، فإذا لم يكن منصوصاً عليه لا يستطيع القاضي أو الإدارة اتخاذه حسب رأي بعض الفقه الفرنسي¹.

إلا أنه تجدر الإشارة إلى أن سلطة الإدارة في فرض هذا الجزاء ليست سلطة مطلقة، إذ يشترط لمباشرة حقها في فرض هذا الجزاء توفر شروط معينة.

وعليه سندرس هذا المطلب من خلال فرعين. نتناول في الفرع الأول، شروط الفسخ الجزائي. ونتناول في الفرع الثاني، أنواع الفسخ الجزائي والآثار المترتبة عليه.

الفرع الأول: شروط الفسخ الجزائي.

يشترط لتقرير عقوبة الفسخ الجزائي في العقود الإدارية توفر شرطين: وقوع خطأ جسيم من المتعاقد، وتوجيه إذار إلى هذا المتعاقد. وهذا نظراً لخطورة الآثار المترتبة عن هذا الجزاء.

أولاً: ارتكاب المتعاقد لخطأ جسيم.

تمثل كل مخالفة من جانب المتعاقد لالتزاماته التعاقدية خطأ تعاقدي من ناحية كما تمثل في الوقت نفسه ومن ناحية أخرى خطأ مرتكب ضد المرفق العام. وهذا ومن الملاحظ أنه لا يعتبر كل خطأ صادر من المتعاقد سبباً مبرراً لتوقيع الإنهاء الجزائي عليه بل لابد أن يرتكب المتعاقد خطأ على درجة معينة من الجسامه².

والخطأ الجسيم قد سبق تعريفه بأنه كل إخلال صادر من المتعاقد بالتزام تعاقدي أو قانوني جوهري.

ومن أمثلة الأخطاء الجسيمة مثلاً: عدم تنفيذ الأوامر المصلحية الموجهة من رجال الإدارة، حالة إفلاس المقاول أو التصفية القضائية لدمته المالية، التنازل عن العقد دون موافقة الإدارة، عجز المتعاقد عن تكملة التأمين المالي خلال المدة المقررة¹. ترك المقاول

¹- د. عبد المجيد فياض، المرجع السابق، ص 272-273.
²- السلال سعيد جمعة الهويدي، المرجع السابق، ص 141-142.
¹- د. عبد المجيد فياض، المرجع السابق، ص 277-279.

مواقع العمل وإيقافه تنفيذ الأشغال موضوع العقد، التعاقد من الباطن دون موافقة الإدارة المتعاقدة، نكول الملتزم عن تنفيذ التزاماته، ومخالفة شروط العقد، أفعال الغش والاحتيال الصادرة عن المقاول في تنفيذ التزاماته التعاقدية، وارتكاب المورد أفعال الغش ذات الصلة بالعقد، وإذا ثبت أن المتعاقد استعمل بنفسه أو بواسطة غيره الغش أو التلاعب في تعامله مع الجهة المتعاقدة أو في حصوله على العقد¹. مخالفة المورد لالتزامات الحذر والأمن والسرية والكتمان، وعدم احترامه المواعيد المقررة، وإعلان المورد نفسه عن عدم قدرته على التنفيذ².

وسلطة الإدارة في توقيع جزاء فسخ التعاقد الأصل فيها أنها تقديرية حيث تضطلع بها في ضوء مقتضيات المصلحة العامة، ومع ذلك فقد يلزمها المشرع بتوقيع هذا الجزاء، فيكون توقيعه وجوبيا تفقد حياله الإدارة كل سلطة لها في التقدير³. وعلى هذا الأساس إما يكون الفسخ وجوبيا أو جوازيا.

فنجذ التشريع المصري قد أخذ بحالة الفسخ الوجوبي في حالتين ضمن نص المادة (24) من قانون المناقصات والمزايدات المصري رقم 89 لسنة 1998، والذي جاء فيها: يفسخ العقد تلقائيا في الحالتين الآتيتين: " أ- إذا ثبت أن المتعاقد استعمل بنفسه أو بواسطة غيره الغش أو التلاعب في تعامله مع الجهة المتعاقدة أو حصوله على العقد. ب- إذا أفلس المتعاقد أو أعسر...". فالغش يعد جرم يستوجب العقاب وضرورة فسخ العقد وجوبيا حتى لا يستفيد المتعاقد من خطأه، وإفلاس المتعاقد أو إعساره تستوجب الفسخ لأن المتعاقد لم يعد قادرا على تحمل تبعات العقد، والاستمرار فيه¹.

أما حالة الفسخ الجوازي فقد منح القانون رقم 89 لسنة 1998 ولائحته التنفيذية الإدارة وفي مواضع كثيرة سلطة تقدير استعمال حق الفسخ كجزاء توقعه على المتعاقد معها من عدمه. فقد نصت المادة (25) من القانون على أنه: " يجوز لجهة الإدارة فسخ العقد إذا أخل

¹- د. نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص 281-284.

²- المادة (28) من كراسة الشروط الإدارية العامة الخاصة بعقود التوريد والخدمات - المصرية -، الصادرة سنة 1977. أشار إليه، محمد صلاح عبد البديع السيد، المرجع السابق، ص 336، 337.

³- د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، تنفيذ العقد الإداري، المرجع السابق، ص 104.

¹- د. جابر جاد نصار، العقود الإدارية، المرجع السابق، ص 295.

بأي شرط من شروطه..."، وخولت المادة (84) من اللائحة التنفيذية فسخ العقد في حالة إخلال المفاوض بأي شرط من شروط العقد أو أهمل أو أغفل القيام بأحد الالتزامات المقررة.

والمسلم به وفقا للمبادئ الأساسية في العقود الإدارية أن تلك الحالات قد وردت على سبيل المثال لا الحصر، لأن للإدارة حقا أصيلا في فسخ العقود الإدارية إذا أخل المتعاقد بالتزاماته التعاقدية، إخلالا يستلزم هذه العقوبة الصارمة. إلا أن الحالات التي ذكرها القانون أو اللائحة والتي تقرر فيها الفسخ كجزاء وجوبي أو اختياري للإدارة تكون بمنجاة من رقابة القضاء من حيث الملاءمة لا المشروعية بطبيعة الحال¹. وذلك احتراماً لإرادة المشرع.

أما فيما يتعلق بالمشرع الجزائري في هذا الخصوص فنجد نص المادة 149 من قانون الصفقات العمومية الجزائري السابقة الذكر حيث جاء فيها: "إذا لم ينفذ المتعاقد التزاماته، توجه له المصلحة المتعاقدة إعدارا ليفي بالتزاماته التعاقدية في أجل محدد.

وإذا لم يتدارك المتعاقد تقصيره في الأجل الذي حدده الإعدار المنصوص عليه أعلاه، فإن المصلحة المتعاقدة يمكنها أن تقوم بفسخ الصفقة من جانب واحد". جاءت عبارات هذا النص عامة تخلو من التفصيل، إذ جعلت من الفسخ جوازي وليس إجباري بإعطائها السلطة التقديرية الكاملة للإدارة في تحديد الأخطاء التي تؤدي بها إلى فسخ العقد، وكذا تحديد مدى جسامتها وكفايتها لتوقيع هذا الجزاء من طرفها. إلا أن سلطتها التقديرية هذه تبقى مقيدة بمقتضيات المصلحة العامة وتحت رقابة القضاء. ومع ذلك نقول أنه يفضل أن يذكر المشرع الحالات الرئيسية لهذا الجزاء على الأقل حتى يتبين اتجاه المشرع في هذا الشأن، خاصة وأن هذا الجزاء هو أخطر الجزاءات على الإطلاق.

وتبقى دفاتر الشروط الإدارية العامة تؤدي دورا مهما في إكمال البناء التشريعي حيث نجدها تتضمن أحكاما تتعلق بفسخ الصفقات العمومية، وتبين الكثير من الأخطاء التي إذا ارتكبها المتعاقد قد تكون مبررا لفسخ الصفقة. فمن بين الأخطاء التي أشار إليها دفتر الشروط الإدارية العامة لسنة 1964 والمتعلق بصفقات الأشغال العمومية نجد: التعامل

¹ - د. سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 530-531.

الثانوي دون إذن الإدارة المتعاقدة¹، عدم مباشرة لمقاول الأشغال في الآجال المحددة². عدم التنفيذ الدقيق لأوامر المصلحة³. رفض المقاول التغييرات المفروضة عليه خلال العمل بموجب الأوامر الصادرة عن المهندس المعماري⁴. وقوع أعمال التدليس والمخالفات المقررة بشرط الشغل أو التقصير الخطير في الالتزامات المتعاقد عليها، والتي تترتب على عاتق المقاول، في هذه الحالة تستطيع الإدارة بالإضافة إلى العقوبات التي توقعها على المقاول، أن تقصي هذا الأخير لوقت محدد أو إقصاء نهائيا من الصفقات التي تجربها إدارته⁵. وكذلك في حالة إفلاس المقاول أو التسوية القضائية⁶.

ثانيا: إعدام المتعاقد قبل توقيع جزاء الفسخ.

ونظرا لشدة جزاء الفسخ الإداري وما ينتج عنه من نتائج خطيرة فإن مجلس الدولة الفرنسي قيد جهة الإدارة بضرورة إعدام المتعاقد قبل اتخاذ قرار الفسخ ومنح المتعاقد مع الإدارة مدة إضافية تسمح له بتنفيذ التزاماته العقدية ، إذا فهو التزام عام يقع على عاتق الإدارة، وإلا أصبح قرار الإدارة غير المسبوق بالإعدام معيبا من الناحية الإجرائية قابلا للبطلان، فهو ضروري حتى ولو لم يتطلبه نص صريح في العقد¹. كما أن إغفاله أيضا لا يجعل إجراء الفسخ معيبا فقط، بل يعفي المتعاقد أيضا من نتائج الباهضة².

والإعدام أمر منطقي تفرضه قواعد العدالة، ذلك أنه يعني تنبيه المتعاقد إلى مخالفته التي قد تضر بالمرفق العام، ومن ثم يمكن له، بعد إعدامه، أن يصحح من هذه المخالفة، وتنتهي المشكلة عند هذا الحد، كما أنه يعني أيضا إنذارا له بتوقيع الجزاء الذي تراه الإدارة، إذا استمر في هذه المخالفة³.

¹- المادة 3/11 من دفتر الشروط الإدارية العامة لسنة 1964 الجزائري، السابق ذكره.

²- المادة 1/12 من دفتر الشروط الإدارية العامة نفسه.

³- المادة 4/12 من دفتر الشروط الإدارية العامة نفسه.

⁴- المادة 5/12 من دفتر الشروط الإدارية العامة نفسه.

⁵- المادة 11/35 من دفتر الشروط الإدارية العامة نفسه.

⁶- المادة 2/37 من دفتر الشروط الإدارية العامة نفسه.

¹- د. مفتاح خليفة عبد الحميد ود. حمد محمد حمد الشلحاني، العقود الإدارية وأحكامها، المرجع السابق، ص 334.

²- د. عبد المجيد فياض، المرجع السابق، ص 281.

³- د. جابر جاد نصار، الوجيز في العقود الإدارية، المرجع السابق، ص 236.

وقد جعل المشرع المصري الإعذار وجوبيا قبل توقيع جزاء الفسخ، فألزم الإدارة أن تقوم بإعذار المقاول المقصر في التنفيذ قبل توقيع جزاء الفسخ عليه¹. كما ألزمها أيضا بإعذار المورد المتأخر في التنفيذ قبل فسخ العقد معه². إلا أنه لم يجعل الإعذار وجوبيا في جميع حالات الفسخ³. ومنها نص المادة 24 من قانون المناقصات والمزايدات المصري، والتي تمنح للإدارة فسخ العقد تلقائيا في حالتي غش المتعاقد وتلاعبه في تعامله مع الإدارة من جهة وإفلاس المتعاقد وإعساره من جهة أخرى.

ويرى جانب من الفقه المصري ضرورة قيام الإدارة بإعذار المتعاقد قبل فسخ العقد نظرا لأن هذا المبدأ ينتج من القواعد الأساسية التي يقوم عليها نظام الجزاءات في العقد الإداري، كما أنه يستند أيضا على نص المادة 157 من القانون المدني التي تلزم المتعاقد بإعذار الطرف الآخر المتخلف عن أداء التزاماته قبل طلب الفسخ⁴. بينما يرى آخرون بعدم ضرورة الإعذار تمهيدا لتوقيع جزاء الفسخ⁵.

وبالنسبة للمشرع الجزائري، فقد اشترط هو الآخر ضرورة إعذار المتعاقد سواء كان مقاولا أو موردا قبل ممارسة سلطة فسخ العقد معه، واعتبره إجراء جوهريا، وذلك في ن ص المادة 149 من قانون الصفقات العمومية السابقة الذكر. مع منح مدة للمتعاقد من أجل تدارك تقصيره، فإذا انقضت مدة الإعذار ولم يستجب للإدارة، كان لهذه الأخيرة توقيع جزاء الفسخ عليه لأنه لا فائدة من بقاء العقد قائما طالما لا يوجد أمل لتنفيذها. إلا أننا نسجل على هذه المادة أنها لم تحدد أجلا واحدا بعد توجيه الإعذار، إذا انتهى يكون للإدارة بعد ذلك فسخ العقد. ولعل المشرع بهذا يمنح السلطة التقديرية للإدارة في تحديده على حسب طبيعة كل صفقة على حدا.

لكن بالرجوع إلى نص المادة 3/149 من قانون الصفقات العمومية والتي تنص على: "يحدد الوزير المكلف بالمالية، بموجب قرار، البيانات الواجب إدراجها في الإعذار، وكذلك

¹ - هذا بموجب نص المادة 84 من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات المصري رقم 89 لسنة 1998.

² - بموجب نص المادة 94/ب من نفس اللائحة.

³ - د. سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 532.

⁴ - د. عبد المجيد فياض، المرجع السابق، ص 282.

⁵ - د. أحمد عثمان عياد، المرجع السابق، ص 364.

آجال نشره في شكل إعلانات قانونية". تطبيقا لهذا التشريع فقد صدر قرار عن وزير المالية¹، ضبط إجراءات ممارسة سلطة الفسخ حيث تنص المادة 2 من القرار على: " إن الفسخ من جانب واحد لصفقة من طرف الإدارة المتعاقدة لا يتم إلا بعد إعدارين قانونيين للمتعاقدين العاجز"، وطبقا للمادة 3 من نفس القرار، فإن الإدارة هي التي تحدد الأجل الممنوح لتنفيذ موضوع الإعدارين، إذ يعتبر من بين البيانات الإلزامية التي يتضمنها الإعدار، أما عن شكل الإعدار فقد تضمنته المادة 4 من نفس القرار، فهو يتم برسالة موصى عليها مع إشعار بالاستلام. ويجب نشره في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي (ن. ر. ص. م. ع)²، وعلى الأقل في جريدتين يوميتين وطنيتين موزعتين على المستوى الوطني، كما يحرق باللغة العربية، وبلغة أجنبية واحدة على الأقل، ويسري مفعول هذا الإعدار ابتداء من تاريخ النشر الأول في (ن. ر. ص. م. ع) أو في الصحافة³.

إلا أنه في عقد الأشغال العامة بالذات نجد أن الإدارة كثيرا ما تستعمل وسائل الإعلام المكتوبة (الجرائد) لتنبيه المعني قبل ممارسة سلطة الفسخ. وهذا ما تؤكدته الإعدارات الكثيرة المنشورة يوميا في الجرائد¹.

وحتى القضاء الجزائري اشترط ضرورة الإعدار المسبق للمتعاقدين قبل توقيع جزاء الفسخ عليه، فمثلا ما جاء في قرار الغرفة الإدارية للمحكمة العليا: " إن الإدارة لم توجه إنذارا للمتعامل المتعاقدين قبل توقيع جزاء الفسخ، لاسيما وأن المادة (6) والمادة (35) من العقد تقتضيان ضرورة الإعدار المسبق، قبل توقيع جزاء الفسخ، وأن نص المادة (102)

¹- قرار وزير المالية الذي يحدد البيانات التي يتضمنها الإعدار وأجل نشره لسنة 2011، سبق ذكره.

²- المرسوم رقم 116/84 المؤرخ في 11 شعبان 1404هـ الموافق ل 12 مايو 1984، يتضمن إحداث نشرة رسمية خاصة بالصفقات التي يبرمها المتعامل العمومي، سبق ذكره.

³- المادة (5) من القرار السابق ذكره.

¹- د. عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية طبقا للمرسوم الرئاسي 15- 247، المؤرخ في 16 سبتمبر 2015، المرجع السابق، ص 209.

من المرسوم 145/82 المؤرخ في 1982/04/10¹، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية يقضي صراحة بضرورة الإعذار².

ونحن نؤيد ضرورة إعذار المتعاقد قبل توقيع جزاء الفسخ في العقود الإدارية كعقود الأشغال العامة وعقود التوريد، وتكون الإدارة في وضعية تعسف وخروج عن القانون إن قامت بالفسخ دون إعذار، ذلك أن جزاء الفسخ يعتبر بالنظر إلى آثاره أخطر من الجزاءات الأخرى. كما أن الإعذار يعتبر من المبادئ الأساسية التي تقوم عليها نظرية الجزاءات في العقد الإداري. وهو يشكل ضماناً هامة للمتعاقد، وهو يعطي لهذا الأخير فرصة في تدارك تقصيره وإصلاح خطئه بتنفيذ التزاماته التعاقدية وبالتالي يتوقى جزاء الفسخ والأضرار الناتجة عنه. كما أنه يستند إلى القواعد العامة في القانون المدني التي تشترط الإعذار من المتعاقد للطرف المتخلف عن أداء التزاماته قبل طلب الفسخ.

إلا أنه طبقاً لآراء الفقهاء وأحكام القضاء فإن قاعدة الإعذار المسبق ليست مطلقة، وإنما يرد عليها جملة من الاستثناءات التي تعفي الإدارة من الالتزام به قبل توقيع جزاء الفسخ أن توافرت، ومنها: النص صراحة على إعفاء الإدارة من الإعذار المسبق، تعمد المتعاقد عدم التنفيذ وإعلانه ذلك صراحة أو فقدته النهائي القدرة عليه، غش المتعاقد، تنازل المتعاقد عن العقد للغير، ثبوت عدم جدوى الإعذار لأسباب راجعة إلى المتعاقد نفسه، مثل مخالفته لالتزام جوهري يتعذر تداركه¹. حالة الاستعجال²، كما تعفى الإدارة منه أيضاً إذا كان الفسخ إثر إجراء جزائي ضاغط سبق إعذار المتعاقد به، ومن أجل ذات الأخطاء³.

¹- المرسوم رقم 145/82 مؤرخ في 16 جمادى الثانية 1402 الموافق ل 10 أفريل سنة 1982 يتضمن تنظيم الصفقات التي يبرمها المتعامل العمومي، ملغى، سبق ذكره.

²- قرار الغرفة الإدارية للمحكمة العليا المؤرخ في 1990/07/28، في قضية السيد "توهامي الطاهر" ضد والي ولاية عنابة، السابق ذكره.

¹- د. مفتاح خليفة عبد الحميد ود. حمد محمد حمد الشلّمانى، انقضاء العقود الإدارية، المرجع السابق، ص 185، 186.

²- فوزية سكران، المرجع السابق، ص 93.

³- د. عبد المجيد فياض، المرجع السابق، ص 281.

الفرع الثاني: أنواع الفسخ الجزائي والآثار المترتبة عليه.

يفرق النظام القانوني في فرنسا بين نوعين من الفسخ الجزائي خاصة في عقدي الأشغال العامة والتوريد، وذلك تبعاً لمدى جسامة آثار كل منهما وخطورته على مركز المتعاقد مع الإدارة، وهما الفسخ الجزائي المجرد والفسخ الجزائي على مسؤولية المتعاقد¹. ويكون للإدارة السلطة التقديرية في تقدير نوع الفسخ الذي تفرضه على المتعاقد معها. وعليه سنتناول في هذا الفرع، أنواع الفسخ الجزائي أولاً. وآثار الفسخ الجزائي ثانياً.

أولاً: أنواع الفسخ الجزائي.

1- الفسخ الجزائي المجرد:

ويقصد به إنهاء الإدارة المتعاقدة الرابطة التعاقدية تماماً، ويعود طرفي تلك الرابطة إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد، ويكون للإدارة المتعاقدة الحق في اقتضاء غرامات التأخير أو المطالبة بالتعويضات عما لحقها من أضرار جراء فسخ العقد لخطأ المتعاقد، ولكنها لا تستطيع مطالبة المتعاقد بتحمل التبعات المالية للعقد الجديد الذي تبرمه. كما يقوم كل من طرفي التعاقد برد ما تحصل عليه من الطرف الآخر¹. ففي عقد التوريد تقوم الإدارة بتسليم الأصناف التي قام بتوريدها، وقيمة ما قام به من أشغال والتأمينات التي دفعها، وفي المقابل يقوم المتعاقد بدوره برد ما كان قد حصل عليه من الإدارة من أموال تنفيذاً للعقد².

وتلجأ الإدارة إلى تطبيق هذا النوع من الفسخ في الحالات التي لا تبلغ فيها أخطاء المتعاقد درجة عالية من الجسامة، وهنا تبدو الإدارة أقل صرامة في ممارستها لهذه السلطة، ومن أمثلة تلك الأخطاء عدم سداد المتعاقد التأمين في المدة المحددة، حالة إفلاسه³.

¹ - المادة 2/49 من كراسة الشروط الإدارية العامة في فرنسا المطبقة على الأشغال العامة الصادرة في 21 يناير 1976، تنص على أنه: "إذا لم يمثل المفاوض للإعذار فإنه يمكن أن يوقع عليه جزاء وضع المقولة تحت الإدارة المباشرة أو جزاء الفسخ". أما المادة 4/49 من نفس الكراسة تنص على أن: "فسخ العقد المقرر بالتطبيق للفقرة الثانية من المادة الحالية يمكن أن يكون بسيطاً أو على حساب المفاوض ومسؤوليته".

¹ - د. هيثم حليم غازي، المرجع السابق، ص 167.

² - د. محمد صلاح عبد البديع السيد، المرجع السابق، ص 241 وما بعدها.

³ - فوزية سكران، المرجع السابق، ص 96.

2- الفسخ على مسؤولية المتعاقد:

هذا النوع أشد جسامة ووطأة على المتعاقد المقصر، إذ يكون الفسخ في هذه الحالة مصحوبا بإبرام عقد جديد لإتمام تنفيذ العقد الأصلي، في هذه الحالة يتحمل المتعاقد الذي فُسخ عقده، كافة الأعباء المالية المترتبة على هذا العقد الجديد مع الغير. أي أن العقد الجديد يتم على حساب المتعاقد المقصر نتيجة إخلاله بالتزاماته¹.

ويجري مجلس الدولة الفرنسي في هذه الحالة على عدم السماح بالالتجاء إلى هذه الصورة إلا إذا نص عليها في العقد أو في دفتر الشروط. ولا يستطيع المتعاقد المقصر في هذه الحالة المطالبة بثمن الأعمال التي نفذها، أو باسترداد التأمينات المقدمة منه، إلا بعد معرفة النتائج المالية لعملية الإرساء الجديدة².

وهذا النوع من الفسخ غالبا ما يوقع المتعاقد في حالة قيامه بأي تصرفات تنطوي على غش أو تدليس، أو عدم خضوعه للأوامر المصلحية³.

وإذا كان النظام القانوني الفرنسي يأخذ بهذين النوعين للفسخ الجزائي، إلا أن الأمر يختلف بالنسبة للأنظمة القانونية المقارنة. التي أخذت بالفسخ الجزائي المجرّد دون الفسخ على مسؤولية المتعاقد، حيث خلت قوانين الصفقات العمومية لهذه الدول من الإشارة إليه.

فبالنسبة للجزائر، نجد أن نظامها القانوني قد تبنى نوعي الفسخ الجزائي السابق ذكرهما. فنجد أن قانون الصفقات العمومية الساري المفعول، قد حذا حذو المشرع الفرنسي، وأشار إلى الفسخ الجزائي على مسؤولية المتعاقد بالنسبة للمتعاقل الأجنبي في حالة خطئه بعدم تجسيده للاستثمار طبقا للبرنامج الزمنية والمنهجية المذكورتين في دفتر الشروط، ففي هذه الحالة تفسخ الصفقة تحت مسؤوليته دون سواه¹. كما قد يتعدى الأمر ذلك بتسجيله في قائمة

¹- د. مفتاح خليفة عبد الحميد، ود. حمد محمد الشلّمان، المرجع السابق، ص 196.

²- د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص 534.

³- C.E. 3 fev 1975. Sieurs Behetti Roger et pierre. R. D. P. 1975. P 1737.

¹- تنص المادة 3/84 و 4 من المرسوم 247-15 المتعلق بالصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام السابق ذكره على: "... وإذا عاينت المصلحة المتعاقدة أن الاستثمار لم يتجسد...، ويمكن للمصلحة المتعاقدة زيادة على ذلك، إذا رأت ضرورة في ذلك، فسخ الصفقة تحت مسؤولية المتعاقل الأجنبي دون سواه، بعد موافقة سلطة الهيئة العمومية أو الوزير المعني بحسب الحالة."

المتعاملين الاقتصاديين المقصيين من المشاركة في الصفقات العمومية¹. وكذلك قانون الصفقات العمومية الجزائري السالف ذكره جاءت أحكامه متوافقة مع أحكام الفسخ الجزائي على مسؤولية المتعاقد الوطني، حيث نصت المادة 152 من القانون على أنه: "لا يمكن الاعتراض على قرار المصلحة المتعاقدة بفسخ الصفقة العمومية عند تطبيقها البنود التعاقدية للضمان، والمتابعات الرامية إلى إصلاح الضرر بسبب خطأ المتعاقد معها، وزيادة على ذلك يتحمل هذا الأخير التكاليف الإضافية التي تنجم عن الصفقة الجديدة". والحكمة التي أراد المشرع تحقيقها هي الاستمرار في فرض الضغوط المعنوية والقانونية على المتعامل المتعاقد حتى يتقيد أكثر بالالتزامات التعاقدية بما يضمن حقوق الإدارة ويكرس مبدأ سير المرافق العامة بانتظام واضطراد ويكفل حقوق الجمهور المنتفع من خدمات المرفق العام.

وبالرجوع إلى دفتر الشروط الإدارية العامة المطبق على صفقات الأشغال العمومية لسنة 1964 نجد المادة 5/35 تنص على ما يلي: "وعلى كل حال يرفع الأمر المتعلق بهذه العمليات إلى الوزير الذي يمكنه تبعاً للظروف أن يأمر بإعادة إجراء المناقصة على ذمة المقاول المتخلف أو بفسخ الصفقة دون قيد أو بمتابعة النظام المباشر بالإدارة". ويتضح من هذه المادة أن المشرع عبر عن الفسخ المجرد بعبارة "فسخ الصفقة من دون قيد". وقام بالإشارة إلى نوع الفسخ على حساب المتعاقد بعبارة "إعادة إجراء المناقصة على ذمة المقاول المتخلف"¹.

ويتأكد التطبيق العملي للفسخ على مسؤولية المتعاقد المقصر من خلال قرارات الفسخ المنشورة في الجرائد اليومية من طرف الإدارة، والتي تختتمها بعبارة "... نظراً للإعذارات

¹- المادة 3/84 من نفس المرسوم؛ المادة 07/ المطعة 4، من قرار وزير المالية المؤرخ في 07 ربيع الأول 1437هـ، الموافق ل 19 ديسمبر 2015، يحدد كليات الإقصاء من المشاركة في الصفقات العمومية. المنشور في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية رقم 17 المؤرخة في 7 جمادى الثانية 1437هـ الموافق ل 16 مارس 2016؛ أ. رحمة شكلاط، الصفقات العمومية مقارنة تشريعية جديدة، مداخلة في الملتقى الوطني حول أثر التحولات الاقتصادية على المنظومة القانونية الوطنية، ج1، كلية الحقوق والعلوم السياسية لجامعة جيجل، الجزائر، يوم 30 نوفمبر 2001، ص 117-120.

¹- هذا ما أدى بالبعض للقول أنه: "واضح من نصوص دفتر الشروط الإدارية العامة بأنه يحق للإدارة أن تمارس بنفسها، ومن دون اللجوء إلى القضاء توقيع جزاء الفسخ المجرد أو فسخ عقد الأشغال العامة على مسؤولية المقاول المقصر". ومنهم يوسف بركات أبو دقة، امتيازات الإدارة في مواجهة المتعاقد معها في النظرية العامة وفي قانون الصفقات العمومية بالجمهورية الجزائرية، بحث مقدم للحصول على دبلوم الدراسات العليا في القانون العام، الجزائر، أكتوبر 1977، ص 202.

المتعددة التي وجهت للمقاول تفسخ الصفقة على عاتق المقاول"، وتؤكد هذه الأخيرة استعمال الإدارة المتعاقدة لهذا الجزاء على الرغم من الآثار الخطيرة التي يترتبها¹.

أما بالنسبة للوضع في مصر، فإن المشرع المصري لم يعترف بنظام الفسخ الجزائي على مسؤولية المتعاقد في كل القوانين التي أصدرها، وكذلك في كل اللوائح التنفيذية لهذه القوانين. وحتى القضاء الإداري المصري لم يعترف به فقد قضى حكم محكمة القضاء الإداري في مصر الصادر في 1961/05/21 بأنه: "لا يجوز الجمع بين جزاء التنفيذ على حساب المتعاقد، وجزاء فسخ العقد لأن الجمع بينهما يعني انعدام العقد واعتباره كأن لم يكن، في نفس الوقت منتجا لآثار معينة، وهو ما لا يمكن التسليم به، فعلى الإدارة عندئذ اختيار الجزاء الأول أو الجزاء الثاني، حسبما تراه ملائما للحالة التي تواجهه، ومتفقا مع المصلحة العامة"².

وغالبية الفقه الإداري في مصر لم يؤيد الأخذ بنظام الفسخ الجزائي على مسؤولية المتعاقد ويقر بأن المشرع المصري لم يأخذ به في جميع القوانين التي أصدرها، وكذا في لوائحه التنفيذية¹. وحجتهم في ذلك أن من شأن الأخذ بهذا النظام إهدار القوة الملزمة للعقد، ومن ثم بحسب أنصار هذا الرأي، يؤدي إلى تخوف الأفراد من الدخول في علاقة تعاقدية مع الإدارة، كما أن سلطة الإدارة في الجزاءات، إنما هي سلطة استثنائية ولا يجوز العمل بها على إطلاقها². كما أن جهة الإدارة عندما تقرر فسخ العقد فهي تكون متيقنة أن المتعاقد لم يعد يصلح للاستمرار في التنفيذ، كما أنها بلجونها إلى هذا الجزاء تكون قد استنفذت سلطتها في هذا الشأن، مما يترتب عليه امتناعها عن معاودة البحث في الموضوع مرة ثانية، وإعادة التقرير بأن المتعاقد مازال صالحا للقيام بتنفيذ العقد الإداري³. كما أن الأخذ بهذا النوع من الفسخ تتعارض مع قاعدة النظام العام التي تشترط ممارسة سلطة الإدارة للفسخ الجزائي حتى في خارج نطاق العقد، كما لا يجوز وفقا لها التنازل عن هذه السلطة.

¹- فوزية سكران، المرجع السابق، ص 98.

²- د. مفتاح خليفة عبد الحميد ود. حمد محمد حمد الشلحاني، المرجع السابق، ص 197، 198.

¹- د. مفتاح خليفة عبد الحميد ود. حمد محمد حمد الشلحاني، المرجع نفسه، ص 199.

²- حسين درويش عبد العال، النظرية العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص 78.

³- د. عاطف محمد عبد اللطيف، امتيازات الإدارة في قانون المناقصات والمزايدات، المرجع السابق، ص 657.

وذلك أن مجلس الدولة الفرنسي، والفقه في غالبية يشترطون ضرورة النص عليه في العقد أو دفتر الشروط¹.

إلا أن قلة من الفقه الإداري المصري يرى بضرورة الأخذ بالفسخ الجزائي على مسؤولية المتعاقد، وأن المشرع المصري قد أخذ به². ذلك أن هذا النوع من الفسخ حسب "الدكتور فؤاد العطار" في رسالته، أكثر ملائمة، وهو مفيد للخزانة العامة، والفسخ هنا له صفة العقاب الغرض منه معاقبة المقاتل الذي قصر في التزاماته³. وبالتالي حسب أنصار هذا الرأي فحري بالإدارة أن تحرص على اشتراط مثل هذا النوع من الفسخ في العقد لتضمن بذلك الاستمرار في تنفيذ الأعمال التي قد يتخلل عنها المتعاقد مع بقاءه مسؤولاً عن المخاطر الناتجة عن ذلك⁴.

وأمام هذا الاختلاف الفقهي في الاعتراف بالفسخ الجزائي على مسؤولية المتعاقد من عدمه، نحن نساند في الواقع الاتجاه الفقهي الأول الذي يرفض الأخذ بهذا النوع من الجزاء، وأن هناك نوع واحد من الفسخ الجزائي وهو الفسخ الجزائي المجرد. وذلك نظراً لكل الحجج المقنعة التي ساقها أصحاب هذا الاتجاه. فمن وجهة نظرنا الفسخ يعني إنهاء الرابطة التعاقدية. وتحميل المتعاقد المقصر نتائج العقد الجديد يعني بقاء العقد قائماً. فكيف يمكن في هذه الحالة الجمع بين الإنهاء والإبقاء. بالتالي الفسخ على مسؤولية المتعاقد لا يمكن أن ينطوي تحت مفهوم الفسخ. هذا من جهة ومن جهة أخرى. فإنه احتراماً لقواعد العدالة، أن تواجه الإدارة تقصير المتعاقد بإنهاء الرابطة التعاقدية، وإلزامه بإعطائها تعويضاً يجبر الضرر الذي لحقها من جراء تقصيره، وتحميله المصاريف الإدارية. وهذا يكفيها وفقاً لمنطق العدالة.

¹- محمد صلاح عبد البديع السيد، المرجع السابق، ص 183.

²- د. مفتاح خليفة عبد الحميد ود. حمد محمد حمد الشلحاني، المرجع السابق، ص 199.

³- د. طارق سلطان، المرجع السابق، ص 266.

⁴- د. عبد المجيد فياض، المرجع السابق، ص 267، 268.

ثانياً: الآثار المترتبة على الفسخ الجزائي.

ينجم عن قيام الإدارة بالفسخ الجزائي بنوعيه المجرّد البسيط وعلى مسؤولية المتعاقد، عدة آثار قانونية، تختلف باختلاف نوعي الفسخ، إلا أنه هناك آثار مشتركة بين نوعي الفسخ.

1- الآثار المشتركة بين نوعي الفسخ الجزائي:

يترتب على قيام الإدارة المتعاقدة بإصدار قرارها بفسخ الصفقة سواء أكان فسخاً مجرداً أو فسخاً على مسؤولية المتعاقد عدة آثار قانونية نذكر أهمها:

أ- انتهاء الرابطة التعاقدية بين الإدارة والمتعاقد، وبالتالي توقف المتعاقد عن تنفيذ التزاماته العقدية، بداية من التاريخ المحدد في قرار الفسخ، أو من تاريخ إعلان هذا القرار، إذا لم يحدد هذا الأخير تاريخاً لسريانه، وهو ما يكون من أثره عدم الاعتداد بالأعمال التي نفذها أو ينفذها المتعاقد بعد هذا التاريخ. كما أن الفسخ يشمل العقد كله، ولا يقتصر على جزء منه دون الآخر، إذ لا يمكن للإدارة أن تفسخ الجزء الذي لا يحقق لها نفعاً وتبقي على الجزء الذي يحقق لها هذا النفع. فالنظام القانوني للعقود الإدارية لا يعرف الفسخ الجزئي¹. لكن ما تجب الإشارة إليه أن قانون الصفقات العمومية الجزائري قد خالف هذا المبدأ الأخير في العقود الإدارية، واعترف بالفسخ الجزئي للعقد الإداري في المادة 149 منه، السابقة الذكر والمتعلقة بالفسخ الجزئي والتي تنص على: "...المصلحة المتعاقد يمكنها أن تقوم بفسخ الصفقة من جانب واحد. ويمكنها كذلك القيام بفسخ جزئي للصفقة". وفي الواقع نحن لا نتفق مع هذا الاتجاه للتشريع الجزائري. لأن الفسخ الجزئي فيه إجحاف في حق المتعاقد. فحتى ولو كان هدف المشرع من ذلك هو فرض ضغوطات أكثر على المتعاقد من أجل تنفيذه لالتزاماته لحسن سير المرفق العام، إلا أن ذلك لا يجب أن يكون على حساب احترام حقوق المتعاقد المتقابلة مع التزاماته. ونحن نؤيد رأي الفقيه الفرنسي "بونار"

¹- د. عبد الله نواف العنزي، المرجع السابق، ص 167.

حول مسألة الفسخ الجزئي للعقد، إذ يرى أنه لا يجوز للإدارة القيام بالفسخ الجزئي للعقد حتى في حالة خطأ المتعاقد لأن ذلك يخل بالتوازن المالي للعقد¹.

ب- يجب على المقاول إخلاء أماكن العمل وإلا تحققت مسؤوليته²، ويحق بذلك لجهة الإدارة حجز المبالغ المستحقة لها لتعويضها عما أصابها من أضرار³. ويترتب على إخلاء الأماكن سحب ما فيها من عمال وأدوات إلا أن هذه الأخيرة يتحدد مصيرها، وفقاً لما نظمته العقد، أي يمكن أن تضع الإدارة يدها عليها، إذا خولها العقد هذا الحق، ولا يعد المتعاقد مسؤولاً عنها إذا فقدت نتيجة قوة قاهرة، أو لسبب أجنبي لا دخل له فيه، أو لم يمكنه توقعه⁴. أما إذا لم يحدد العقد مصيرها، فإن الإدارة لا تكون ملزمة باكتسابها، كما أن المقاول له أن يرفض التنازل عنها¹. وفي عقد التوريد، يحق للإدارة أن ترفض أية توريدات بعد فسخ العقد².

ج- يجوز لجهة الإدارة الجمع بين جزاء الفسخ، والجزاءات المالية المختلفة³. فبالنسبة لغرامة التأخير فإنها تفرض على المتعاقد المفسوخ عقده في الفترة السابقة على صدور جزاء الفسخ، لاختلاف السبب في توقيع كل منهما⁴. كما أن القضاء الإداري استقر على جواز الجمع بين الفسخ ومصادرة التأمين والمطالبة بالتعويضات، إلا أن ذلك مشروط بكون الضرر مجاوزاً قيمة التأمين المصادر، وألا يتضمن العقد شرطاً يحظر هذا الجمع⁵.

د- جواز عدم تعامل الإدارة مستقبلاً مع المتعاقد المفسوخ عقده، وشطب إسمه من قائمة المتعاملين معها. على اعتبار أن سبب الفسخ غالباً ما يكشف عدم صلاحية المتعاقد

¹- أشار إلى رأي الفقيه "بونار" د. عبد المجيد فياض، المرجع السابق، ص 283.

²- د. عبد المجيد فياض، المرجع نفسه، ص 283.

³- مريم محمد أحمد، المرجع السابق، ص 317. وحسب نص المادة 2/23، 3، 4 من دفتر الشروط الإدارية العامة الجزائري لسنة 1964، السابق ذكره. فإنه يتم إخلاء الأماكن في حالة الجزاء الموقع على المقاول المقصر الذي تأخر في إخلاء تلك الأماكن، على نفقته ومسؤوليته، وخضم المبالغ المستحقة للإدارة من بيع أدواته عن طريق المزاد.

⁴- د. عبد الله نواف العنزي، المرجع السابق، ص 168.

¹- د. عبد المجيد فياض، المرجع السابق، ص 283.

²- د. مفتاح خليفة عبد الحميد، إنهاء العقد الإداري، المرجع السابق، ص 384.

³- فوزية سكران، المرجع السابق، ص 99.

⁴- د. عبد الرزاق باخبيزة، المرجع السابق، ص 359.

⁵- حكم محكمة القضاء الإداري المصري في الدعويين رقمي، 623، 3852 لسنة 52 ق، جلسة 2008/03/16، (غير منشور). أشار إليه د. هيثم حليم غازي، المرجع السابق، ص 169.

لإسناد أعمال إليه لاحقاً: إما لعدم كفاءته العملية، أو الأخلاقية، أو المالية، الأمر الذي يرجح أن التعامل معه مضيعة للوقت ومضرة للمرفق العام¹.

هـ- تقوم الإدارة بفرض جزاء الفسخ سواء كان مجرداً أم على مسؤولية المتعاقد، تحت رقابة القضاء.

2- الآثار الخاصة بالفسخ الجزائي المجرّد البسيط:

وفي هذا النوع من الفسخ الجزائي تبدو الإدارة أقل صرامة في ممارسة سلطتها في فسخ العقد بسبب أخطاء المتعاقد الجسيمة. وبالتالي فهو يرتب الآثار التالية:

أ- انقضاء العقود الإدارية بلا قيد ولا شرط، معناه أن الرابطة التعاقدية تنتهي تماماً ويعاد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد². وبالتالي فهذا النوع من الفسخ يبدو ملائماً جداً للمتعاقد إذ يعفيه من النتائج الباهظة لإخلاله بالتزاماته، ويستعمل أصلاً في الحالات التي تكون فيها أخطاء المتعاقد ليست جسيمة جداً، أو كان لدى هذا الأخير حجج قوية يمكن أن يقبلها القضاء لتبرير موقفه¹.

ب- يقوم كل طرف برد ما تحصل عليه من الطرف الآخر، فتقوم الإدارة بتسليم المتعاقد معها الأصناف التي قام بتوريدها، وقيمة ما قام به من أشغال والتأمينات التي دفعها، وفي المقابل يقوم المتعاقد بدوره برد ما يكون قد حصل عليه من الإدارة من أموال تنفيذا للعقد².

ج- يكون للإدارة كما سبق ذكره بالإضافة إلى جزاء الفسخ اقتضاء الغرامات والمطالبة بالتعويضات عن الأضرار التي لحقتها نتيجة الفسخ لخطأ المتعاقد، وكذلك مصادرة التأمين مع احترام الشروط السابق ذكرها في الجمع بين التعويض

¹- د. عبد الله نواف العنزي، المرجع السابق، ص 169.

²- ربيعة سبكي، المرجع السابق، ص 160.

¹- د. عبد المجيد فياض، المرجع السابق، ص 285.

²- د. هيثم حليم غازي، المرجع السابق، ص 167.

ومصادرة التأمين. كما أنه يمكن للإدارة أن تسبق جزاء الفسخ بجزاءات الضغط والإكراه المؤقتة¹.

د- يجب على الإدارة إذا لجأت إلى هذا النوع من الفسخ أن تقف عند هذا الجزاء دون أن تقوم بإعادة طرح العملية على حساب المتعاقد المقصر وذلك ما أكد عليه القضاء الإداري أيضاً². وبالتالي لا تستطيع الإدارة إبرام عقد جديد إلا بعد فسخ العقد الأصلي.

هـ- تستلم الإدارة الأشغال التي قام المقاول بتنفيذها في الفترة السابقة للفسخ³. كما يتم تصفية العقد وإعداد كشف يبين قيمة التوريدات المنجزة والتي يتم الاعتراف بها عند التصفية، فالمورد لا يستحق أية تعويضات عن الأصناف التي لم يوردها بعد، و التي وردها ولكن الإدارة لم تقبل استلامها¹.

¹- وفي ذلك تقول المحكمة الإدارية العليا المصرية في حكمها الصادر في 1971/01/09، المجموعة، السنة 16، بند رقم 03، ص 130: " إن سبق توقيع جزاءات أخرى ضد المتعاقد لا يحول من دون الفسخ الجزائي ولو كانت مترتبة على تنفيذ العقد على حسابه وتحميله فروق الثمن والمصاريف الإدارية والغرامات وما إليها...". أشار إليه عبد الرزاق باخبيزة، المرجع السابق، ص 361.

²- مريم محمد أحمد، المرجع السابق، ص 317.

³- ربيحة سبكي، المرجع السابق، ص 161.

¹- د. نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص 299.

3- الآثار الخاصة بالفسخ الجزائي على مسؤولية المتعاقد.

يترتب على هذا النوع من الفسخ كافة الآثار التي تترتب على الفسخ المجرد، إلا أنه في الفسخ الجزائي على مسؤولية المتعاقد يتحمل المتعاقد كل المخاطر التي تنتج عن إبرام عقد جديد مع غيره¹. وأمام هذا الاختلاف مع النوع الأول فهو يؤدي إلى اختلاف الآثار القانونية المترتبة عنه، وتكمن فيما يلي:

أ- قيام الإدارة بإبرام عقد جديد مع متعاقد آخر من أجل تنفيذ الالتزامات التي تخلف عن تنفيذها المتعاقد الأصلي. ويكون للإدارة السلطة التقديرية في اختيار الطريقة المناسبة لإبرام العقد الجديد. سواء عن طريق طلب العروض الذي يشكل القاعدة العامة، أو وفق إجراء التراضي¹. ولكن إذا لجأت الإدارة إلى هذا الطريق الأخير يتعين عليها أن تراعي عدم الإضرار بالمتعاقد القديم، باختيار أفضل الشروط المالية، وتخضع الإدارة لرقابة القضاء في هذا الصدد.

ب- يلتزم المتعاقد المفسوخ عقده، بدفع نفقات إجراءات إبرام الإدارة للعقد الجديد لتنفيذ الأعمال التي لم ينفذها، بل ويمتد هذا الأثر إلى التزامه بتسهيل إجراءات التعاقد مع المتعاقد الجديد. كما أنه يتحمل بالزيادة في نفقات إبرام العقد الجديد إتماماً للأعمال التي لم ينفذها². بما فيها الزيادة الناتجة عن ارتفاع الثمن الناشئ عن إطالة مدة تنفيذ الأشغال وهذه الزيادات يمكن خصمها من المبالغ المستحقة له³.

ج- إذا تمت عملية التعاقد في إطار العقد الجديد، بثمن أقل من الثمن في العقد الأصلي المفسوخ، فإن هذا الفارق يعود للإدارة المتعاقدة وحدها، ولا يحق للمتعاقد المستبعد بقرار الفسخ أن يطالب بقسط منه⁴.

¹- فوزية سكران، المرجع السابق، ص 99.

¹- المادة 39 من قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام الجزائري، السابق ذكره التي تنص: "تبرم الصفقات العمومية وفقاً لإجراء طلب العروض الذي يشكل القاعدة العامة، أو وفق إجراء التراضي".

²- د. عبد الله نواف العنزي، المرجع السابق، ص 169.

³- د. يوسف بركات أبو دقة، المرجع السابق، ص 144.

⁴- ربيعة سبكي، المرجع السابق، ص 162.

د- لا يستطيع المتعاقد المفسوخ عقده أن يطالب بثمن الأعمال التي نفذها، أو باسترداد التأمينات المقدمة منه، إلا بعد معرفة النتائج المالية لعملية الإرساء الجديدة¹. أي ينتظر حتى تمام تنفيذ الأعمال عن طريق المتعاقد الجديد وتصفية الحساب.

هـ- زيادة على الفسخ على مسؤولية المتعاقد، يتم إقصاء المتعاقد من المشاركة في عمليات إبرام عقود إدارية، وذلك إما بشكل مؤقت أو نهائي².

إلا أن يجب أن تتوفر عدة من الضمانات التي يستحقها المتعاقد لاسيما في عقد الأشغال العامة لما لها من صلة وثيقة بالخزينة العامة مقابل الآثار التي يترتبها له جزاء الفسخ على مسؤوليته والتي تتمثل فيما يلي¹:

- يجب أن يتم العقد الجديد في إطار العقد الأصلي، وعلى أساس دفتر الشروط ذاته، والذي أبرم بمقتضاه هذا العقد. كما أنه من حق المتعاقد المطالبة بإجراء المناقصة الجديدة، دون تعديل مواصفات الأعمال المنصوص عليها أصلا، اللهم إلا إذا كانت التعديلات لا تؤثر في زيادة الأسعار الجديدة.
- يجب أن يبرم العقد الجديد بأسعار عادية، ولا يمكن أن يتحمل المتعاقد الزيادة في الأسعار إلا في حدود مشروعة ومعقولة.
- من حق المتعاقد المستبعد مراقبة المناقصة الجديدة، وله أن يطعن بالإلغاء في عدم مشروعيته أمام القاضي الإداري، وذلك على أساس أن إجراء المناقصة، يعد قرارا إداريا منفصلا عن العقد الإداري، ويمكن للقاضي الإداري إلغاؤها متى تحقق من عدم مشروعيته.

¹- د. سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 534.

²- المادة 75/ المطة 8 من قانون الصفقات العمومية الجزائري وتفويضات المرفق العام، تنص على: " يقصى بشكل مؤقت أو نهائي، من المشاركة في الصفقات العمومية، المتعاملون الاقتصاديون: ... المسجلون في قائمة المؤسسات المخلة بالتزاماتها بعدما كانوا محل مقررات الفسخ تحت مسؤوليتهم، من أصحاب المشاريع". وأيضا المادة 4/ المطة 3 و المادة 6 و المادة 8 من القرار الوزاري المؤرخ في 19 ديسمبر 2015 المحدد لكيفيات الإقصاء من المشاركة في الصفقات العمومية، السابق ذكره.

¹- يوسف بركات أبو دقة، المرجع السابق، ص 144، 145؛ د. عبد المجيد فياض، المرجع السابق، ص 292، 293.

وفي الأخير يجب الإشارة إلى عدم الخلط بين الآثار الناجمة على الفسخ الجزائي على مسؤولية المتعاقد، وبين التنفيذ المؤقت على الحساب كإجراء ضاغط. فكل منهما يختلف عن الآخر، وتحديدا في النواحي الآتية: ففي الجزاء الضاغط تبقى العلاقة قائمة بين الإدارة والمتعاقد، بخلاف الجزاء الفاسخ حيث ينتهي العقد. كما أن الجزاء الضاغط يشتمل على الإلتزام الذي لم يؤده المتعاقد، بينما في الجزاء الفاسخ يشمل العقد مجمله.

الخاتمة:

بعد أن تطورت وظيفة الدولة وازداد تدخلها في شتى المجالات الاقتصادية والثقافية وغيرها، لم تعد قواعد القانون الخاص تسعف الإدارة في أداء وظيفتها على أكمل وجه. لذلك نشأت في فرنسا العديد من المبادئ والنظريات في مجال القانون الإداري بصفة عامة، وقواعد العقود الإدارية بشكل خاص. هذه الأخيرة التي تقوم على عدم التكافؤ بين الإدارة والمتعاقد معها، فالإدارة في هذا الإطار تعتبر في مركز أعلى من المتعاقد معها. وهذا ما أدى إلى العديد من النتائج أهمها أن الإدارة أصبحت تتمتع بالعديد من الامتيازات والسلطات التي لا نظير لها في القانون الخاص. غاية الأمر هو خطورة المهمة المناطة بالإدارة في تسيير المرافق العامة من أجل تحقيق المصلحة العامة.

وتعتبر سلطة الإدارة في فرض الجزاءات على المتعاقد معها التي هي موضوع رسالتنا هذه، إحدى تلك الامتيازات المهمة والضرورية التي تحتاج إليها الإدارة للحفاظ على المرافق العامة للدولة. بالتالي هي تعتبر من أهم الأوجه للحفاظ على دور الدولة التنموي الآخذ في الاتساع، وذلك في ظل مساهمة الأفراد والقطاع الخاص بوجه عام.

وعليه تناولنا موضوع سلطة الإدارة في فرض الجزاءات التعاقدية على المتعاقد معها بين مبدأ الفاعلية ومبدأ الضمان، وعرضنا الموقف التشريعي والفقه والقضائي لهذه السلطة في الجزائر وبعض الدول الأخرى كفرنسا ومصر، لأنها الرائدة في هذا المجال، إذ لا يمكننا تناول هذه السلطة بالدراسة دون التطرق إلى النظام القانوني لهذه الدول الذي أعطى الكثير من المبادئ والقواعد والحلول في هذا الإطار. ولم تقتصر الدراسة على الاستعانة بقواعد القانون الإداري فقط، بل استندنا أيضا إلى قواعد القانون المدني عندما رأينا أن البحث يستدعي ذلك. وقد واكبنا في محيط هذا البحث القوانين الحديثة، ومن قبيل ذلك المرسوم الرئاسي رقم 247/15 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام في الجزائر. ولم نشر إلى النصوص القديمة في القوانين السابقة، إلا نادرا بالنسبة لمواطن النقص في القانون الجديد التي عالجها القانون القديم، وذلك حتى لا يتشتت ذهن القارئ. كما حاولت بجهد متواضع الاجتهاد لدعم هذا البحث بالآراء القانونية، لوضع الأمور في نصابها الصحيح من خلال ما توصي به بصفة عامة.

وعليه فقد عالجتنا موضوع هذه الدراسة من خلال بابين، فخصصنا الباب الأول، لدراسة إستعمال الإدارة لسلطتها في فرض الجزاءات على المتعاقد معها. وخصصنا الباب الثاني، للدراسة التطبيقية لأنواع الجزاءات التي تفرضها الإدارة في العقود الإدارية. وكما اهتمنا في هذه الدراسة بتبيان وتأكيد ضرورة هذه السلطة في إطار العقود الإدارية وذلك للحفاظ على حسن سير المرفق العام بانتظام واضطراد، لتحقيق المصلحة العامة في المجتمع، واهتمنا بنفس القدر بتأكيد الضمانات التي يملكها المتعاقد في مواجهة هذه السلطة الخطيرة سواء في الباب الأول عند دراسة استعمال الإدارة لهذه السلطة وأصولها العامة، أو في الباب الثاني عند معالجة كل جزاء على حدا من الناحية التطبيقية. وذلك أنه حتى ولو كانت المراكز القانونية للإدارة والمتعاقد غير متكافئة في إطار العقد الإداري، إلا أن تحقيق التوازن في إطار العلو ضروري، حماية للمتعاقد من تعسف الإدارة، وحماية للمصلحة العامة أيضا، لأنه لولا تلك الضمانات لما وجدت الإدارة من يدخل معها في علاقة تعاقدية وينفذ عقودها الإدارية. وبهذا اكتملت دراسة سلطة الإدارة في فرض الجزاءات التعاقدية بين مبدأ الفاعلية الذي يهدف إلى تحقيق المصلحة العامة وبين مبدأ الضمان الذي يهدف إلى حماية مصالح المتعاقدين مع الإدارة.

وعليه بعد الانتهاء - بحمد الله - من دراسة هذا الموضوع توصلنا إلى مجموعة من النتائج والتوصيات التي سيتم بيانها تباعا على النحو الآتي:

النتائج:

- يتميز العقد الإداري بعدم التكافؤ بين طرفي العقد، إذ تتمتع الإدارة بحكم سلطتها العامة بامتيازات تفوق تلك التي يتمتع بها المتعاقد معها، وذلك لأن هدف الإدارة في العقود الإدارية هو تحقيق المصلحة العامة، وضمان سير المرفق العام بانتظام واستمرار. لذلك تعد التزامات المتعاقد مع الإدارة أشد صرامة منها في عقود القانون الخاص، لذلك فقد تم الاعتراف للإدارة بسلطة فرض الجزاءات التعاقدية إذا تقاعس المتعاقد عن تنفيذ العقد الإداري.
- نظرية الجزاءات في العقد الإداري تستمد أصولها من الأحكام التي تواتر عليها القضاء الإداري الفرنسي المؤيد من قبل غالبية فقهاء القانون الإداري الذي أدى

دورا كبيرا في تفسيرها وتحليلها. دون أن ننسى دور التشريع الذي دعم هذه النظرية. حيث اعترفت التشريعات النافذة في جميع الدول المقارنة بهذه السلطة، ونظمتها. ولو أن درجة تنظيمها تختلف من تشريع إلى آخر.

- الجزء الإداري غدا طريقا مألوفًا لتنفيذ القانون، وأصبح ظاهرة فرضتها متطلبات التوازن في الحياة اليومية. وبذلك فالجزاء في إطار العقد الإداري يقصد به (الجزاء الذي تفرضه الجهة الإدارية المختصة بحق المتعاقد معها في حالة مخالفة شروط العقد والتشريعات المخولة بها بموجب القانون).

- تتمتع الإدارة بحق توقيع الجزاءات على المتعاقد معها المقصر في تنفيذ التزاماته، بإرادتها المنفردة ودون حاجة للجوء إلى القضاء، بل ودون الحاجة إلى النص على ذلك ضمن نصوص العقد، ودون حاجة لإثبات ضرر. وهذه السلطة المخولة للإدارة تعتبر من النظام العام، ولا يجوز لجهة الإدارة أن تتنازل عنها أو أن تتفق على ما يخالفها.

- إن غاية توقيع الجزاءات في العقد الإداري هي ليس إعادة التوازن بين الالتزامات المتبادلة التي يُنشئها العقد. وإنما هي تنفيذ الالتزام المتصل بسير المرفق العام واستبعاد الاختلال الذي لحق به.

- الأساس القانوني لسلطة الإدارة في فرض الجزاءات على المتعاقد معها هو فكرة ضمان سير المرفق العام بانتظام واضطراد.

- اعترف كل من التشريع والقضاء الجزائريين للإدارة بسلطة فرض الجزاءات في العقد الإداري على المتعاقد المقصر في تنفيذ التزاماته، لكن دون أن يوضح مسألة استقلالها بهذه السلطة وفقا لامتياز المبادرة بشكل واضح كما هو عليه الحال بالنسبة للقضاء الإداري الفرنسي والمصري.

- نظام الجزاءات في العقد الإداري يتميز بجملة من الخصائص التي تميزه عن الجزاءات المعروفة في نطاق القانون الخاص، وبالتالي تعتبر نظرية الجزاءات في العقد الإداري نظرية لها مقوماتها وذاتيتها التي تنبع من طبيعة وأوضاع المرافق العامة ووجوب سيرها بانتظام واضطراد.

- إن سلطة الإدارة في فرض الجزاءات التعاقدية ولو أنها سلطة خطيرة إلا أنها استثنائية تفرض بغرض تفادي أخطاء المتعاقد معها التي تتخذ عدة صور، وهي امتناعه عن التنفيذ، أو عدم تنفيذه العقد شخصياً، خاصة وأن العقد الإداري من العقود التي يلعب فيها الاعتبار الشخصي دوراً مهماً في إبرامها، وكذلك حسن النية مما أدى بالتشريعات المقارنة وكذلك التشريع الجزائري إلى منع المتعاقد من التنازل الكلي عن العقد لصالح متعاقد آخر، أو تنازله الجزئي عنه من دون علم الإدارة لما في ذلك من إهدار لمبدأ الاعتبار الشخصي الذي تحرص عليه الإدارة، في مراحل العقد الإداري وحتى نهايته. وكذلك التنفيذ غير المطابق للالتزامات التعاقدية، أو عدم تنفيذها في الأجل المتفق عليه. كل تلك الأفعال تشكل خطراً على المرفق العام وبالتالي على المصلحة العامة، لذا لابد من التصدي لها بالجزاءات التعاقدية المناسبة من قبل الإدارة.
- سلطة الإدارة في فرض الجزاءات على المتعاقد معها ليست سلطة مطلقة، بل هي سلطة مقيدة بجملة من الضوابط التي تحد من ممارستها، تكون بمثابة ضمانات للمتعاقد مع الإدارة. هذا ما يجعل من نظرية الجزاءات في العقد الإداري، نظرية متوازنة لأنها تحتفظ للشريك في العلاقة التعاقدية بتلك الضمانات التي تمكنه من الحفاظ على حقوقه في أحلك الظروف. هذا ما يشجع الأفراد على التعاقد مع الإدارة دون خوف.
- إن إعدار المتعاقد مع الإدارة قبل توقيع أي جزاء عليه هو ضرورة وضمانة جوهرية تقتضيها قواعد العدالة والقواعد العامة. وقد كرسها المشرع الجزائري. لكن يجب الأخذ في الاعتبار أن قاعدة الإعدار ليست مطلقة وإنما ترد عليها جملة استثناءات تعفي الإدارة منها تتمثل في احتفاظ الإدارة بموجب نص صريح في العقد أو دفتر الشروط بحق الإعفاء من الإعدار، أو حالة الاستعجال.
- تخضع سلطة الإدارة بفرض الجزاء إلى رقابة القضاء الإداري من ناحيتي المشروعية والملائمة. فالقضاء الإداري هو المختص بالنظر في المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية في الدول التي تأخذ بالنظام القضائي المزدوج ومنها الجزائر.

وبالتالي تخضع جميع قرارات الإدارة بالجزاء في مختلف أنواع العقد الإداري إلى رقابة القضاء اللاحقة، ولكونها من القرارات المتصلة بالعقد الإداري وليست من القرارات القابلة للانفصال، فإنها لا تقبل الطعن بالإلغاء، إنما هناك دعوى أخرى ليتخلص المتعاقد من آثارها إما لعدم مشروعيتها أو عدم ملائمتها، والحصول على التعويض من الإدارة عن الأضرار التي أصابته من جرائه. وهي دعوى القضاء الكامل التي تحقق له مزايا أكثر.

- كرس المشرع الجزائري مبدأ التسوية الودية للنزاعات الناشئة عن تنفيذ العقود الإدارية، وحسنا فعل فهذا المبدأ له منافع لكلا الطرفين، إذ جعله إجراء وجوبي يُفرض على كل متعاقد قبل اللجوء إلى القضاء، وهذا تفاديا للنزاع القضائي الذي يكلف أطرافه طول الإجراءات وطول الانتظار، وكذلك تفاديا لتعطيل المشاريع العمومية.

- إن ممارسة الإدارة لسلطتها في فرض الجزاءات التعاقدية هو حق ثابت ومؤكد في كافة العقود الإدارية، إلا أن استعمالها يكثر في عقود التزام المرافق العامة وكذا عقود الأشغال العامة والتوريد. حيث أن هذه العقود هي الأكثر شيوعا وأهمية من الناحية التطبيقية.

- تتسم نظرية الجزاءات في العقد الإداري بالتدرج والمرونة، إذ تبدأ بالجزاءات التي تواجه أخطاء أقل جسامة، ثم الجزاءات التي تواجه الأخطاء الأكثر جسامة منها، فالأكثر جسامة. وهي تبدأ بالجزاءات المالية، ذات الطبيعة المالية، ثم الجزاءات الضاغطة التي تهدف إلى الضغط على المتعاقد لتنفيذ العقد الإداري، فالجزاءات الفاسخة التي تعتبر أشد الجزاءات التعاقدية لأنها تؤدي إلى إنهاء العقد الإداري. وإن كان الهدف من كل هذه الجزاءات هو ضمان حسن سير المرفق العام بانتظام واضطراد، إلا أنها تختلف عن بعضها البعض من حيث تطبيقها. الأمر الذي أدى بنا بتناول كل جزاء على حدا بالتفصيل.

- الجزاءات المالية تتميز بأنها ذات طبيعة مالية بحتة، وهدفها تغطية الضرر الحقيقي الحاصل للإدارة نتيجة خطأ المتعاقد معها وتقصيره، وهي بدورها تضم أنواعا

تتدرج من الأخف إلى الأقصى، فتبدأ بغرامة التأخير، ثم مصادرة التأمين، وأخيرا التعويض.

- توقع غرامة التأخير بمجرد توافر واقعة التأخير، فركن الضرر فيها مفترض لا حاجة لإثباته، ولا يتحرر المتعاقد منها، إلا إذا أثبت انتفاء ركن الخطأ في جانبه، بفعل القوة القاهرة أو فعل الإدارة.

- استقرت التشريعات المقارنة ومنها التشريع الجزائري، وكذا أغلبية الفقه والقضاء الإداريين، على عدم ضرورة إعدار المتعاقد قبل توقيعها لأنها إتفاقية. ويجوز للإدارة إعفاء المتعاقد من الغرامة إذا وجدت ما يبرر ذلك، لكن لا يجوز لها الرجوع عنه إذا قررت.

- لا يوجد في التشريع الجزائري نظام فعال لمعالجة المشكلات التي تنجم عن تطبيق غرامة التأخير، لأنه ترك تقريبا كل أحكامها لاتفاق المتعاقدين، خاصة منها المتعلقة بكيفية حساب الغرامة ومقدارها هذا ما قد يؤدي إلى تضارب الحلول العملية التي تعطيها الإدارة في الكثير من المسائل التي تثيرها الغرامات. مما قد يؤدي إلى الإخلال بمبادئ العدالة والإنصاف والمساواة.

- للإدارة كامل السلطة التقديرية للتصرف في جزاء مصادرة التأمين الذي يعد الضمان الذي تتوقى به جهة الإدارة آثار الأخطاء التي يرتكبها المتعاقد مع الإدارة بصدد تنفيذ العقد الإداري ويضمن لها قدرة وملاءة هذا المتعاقد على مواجهة المسؤوليات الناتجة عن تقصيره في التنفيذ. ولا يمكنها التنازل عنه مقدما لكن يمكنها إعفاء المتعاقد منه إذا اقتضى الأمر ذلك.

- يمكن للإدارة توقيع جزاء التعويض بنفسها دون اللجوء إلى القضاء، لكن يشترط أن تقدر التعويض وفقا لمقدار الضرر الحاصل دون تعسف، وهذا خلافا للقاعدة العامة في نظام الجزاءات الإدارية التي لا تشترط وقوع الضرر وتكتفي بتحقيق الخطأ. والهدف منه هو إرغام المتعاقد على التنفيذ أكثر من تعويض الإدارة عن الضرر الذي لحق بها، لأنه مهما كان مقداره فإنه لا يجبر الضرر الحاصل لأنه في الواقع قد مس المنتفعين من خدمات المرفق العام المتصل بالعقد الإداري.

- لم يفصح المشرع الجزائري عن نيته بوضوح، فيما يخص كيفية تقدير الإدارة المتعاقدة للتعويض وتحصيله بنفسها، كما هو مستقر عليه في التشريعات المقارنة مثلاً فرنسا ومصر.
- تتميز الجزاءات الضاغطة بأنها جزاءات مؤقتة، تكفل تنفيذ العقد من خلال مجموع تدابير الضغط بغية التغلب على قصور المتعاقد مع الإدارة. فهي لا تؤدي إلى إنهاء العقد الإداري، بل يبقى المتعاقد مسؤولاً عن تنفيذ العقد أمام جهة الإدارة، التي بدورها تعد بمثابة الوكيل عن المتعاقد في تنفيذ التزاماته التعاقدية، فتلتزم بشروط العقد والمواصفات المعلن عنها، وتبذل كامل العناية في التنفيذ كما تبذلها في أعمالها الخاصة.
- تتنوع الجزاءات الضاغطة حسب نوع العقد الإداري المطبقة في إطاره، وبالنظر إلى العقود الإدارية الأكثر شيوعاً فهي: وضع المرفق تحت الحراسة بالنسبة لعقد الامتياز، والتنفيذ على حساب المقاول في عقد الأشغال العامة، والشراء على حساب المورد بالنسبة لعقد التوريد. ويمكن للإدارة توقيعها كذلك في كل العقود الإدارية.
- لم يشر المشرع الجزائري من خلال المرسوم 247/15 المتعلق بالصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام للجزاءات الضاغطة. ولم يتناول العقود الثلاثة الأكثر شيوعاً وهي عقد الأشغال العامة وعقد التوريد وعقد الالتزام بصورة مستقلة ومفصلة. وفي هذه الحالة يتم الرجوع إلى دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال العمومية لسنة 1964، الذي لا يزال العمل به إلى يومنا هذا، دون أدنى تعديل، رغم كل التطورات الحاصلة على مستوى الدولة عامة، وفي إطار العقود الإدارية خاصة، هذا بالنسبة لعقد الأشغال العامة. وبالنسبة لعقد التوريد لم ينظم له المشرع دفتر للشروط الإدارية العامة. أما عقد الالتزام وإن كان قد تناوله لأول مرة تنظيم الصفقات العمومية السابق ذكره كأسلوب من أساليب تفويض المرفق العام. إلا أنه اكتفى بتعريفه فقط. وتبقى تعليمة التزام المرافق العمومية المحلية وتأجيرها في الجزائر بمثابة التشريع العام الذي ينظم هذا العقد.

- يحق للإدارة أن توقع جزاء الفسخ بإرادتها المنفردة. ويعتبر جزاء الفسخ ضمن نظرية الجزاءات في العقد الإداري، أهم الجزاءات وأخطرها، نتيجة للآثار القانونية المترتبة عنه ومن أهمها إنهاء العقد الإداري. إلا أنه يستثنى من هذه السلطة إسقاط الالتزام الذي أعطى مجلس الدولة الفرنسي الحق في تطبيقه للقضاء، إلا إذا احتفظت الإدارة لنفسها بتوقيعه بموجب نص في العقد أو دفتر الشروط. على خلاف القضاء الإداري المصري. وهذا هو الوضع في الجزائر، إذ منحت تعليمة التزام المرافق العمومية المحلية وتأجيرها في الجزائر الحق للإدارة في توقيعه.

- اكتف المشرع الجزائري بالنص صراحة على حق الإدارة المتعاقدة بتوقيع الفسخ الجزائي في قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام. دون أن يحدد الأخطاء التي تبرر لها توقيع هذا الجزاء الخطير.

- لا يشترط على الإدارة بالضرورة التدرج في توقيع الجزاءات، بل لها السلطة التقديرية في توقيع الجزاءات الملائمة لأخطاء المتعاقد معها. كما يجوز لها الجمع بين أكثر من جزاء طالما تحققت أسباب كل جزاء على حدا. وطالما أنها لا تختلف في طبيعتها القانوني. فيجوز الجمع بين الفسخ ومصادرة التأمين. في حين لا يجوز الجمع بين الفسخ والتنفيذ على الحساب.

وفي ضوء هذه النتائج التي تم التوصل إليها من خلال البحث في الموضوعات المختلفة لهذه الدراسة يمكن تقديم بعض المقترحات والتوصيات.

التوصيات:

- يجب أن تكون صياغة شروط العقود الإدارية ضمن دفاتر الشروط الإدارية، واضحة ودقيقة حتى يعرف المتعاقد ما له من حقوق وما عليه من التزامات، وذلك بالاعتماد على أشخاص متخصصين، تتوافر لديهم الخبرة القانونية الكافية لإعدادها وصياغتها، مما يساعد في تجنب المشاكل الناجمة عن عدم وضوح ودقة هذه العقود. وبالتالي يكون هناك إقبال كبير للتعاقد مع الإدارة. وما يساعد على ذلك، القيام بتنظيم دورات تثقيفية وتدريبية وندوات قانونية، للقائمين على تنظيم وإبرام العقود الإدارية، سواء القانونيين منهم أو الفنيين. ولمسيرى الإدارة بوجه عام، هذا ما

يساعد على تجنب مواطن الضعف والقصور في فهم نظام التعاقد الإداري، كما يُفعل عملية تطبيق الجزاءات على المتعاقد المقصر.

- ضرورة توعية المتعاقدين مع الإدارة بارتباط هذه العقود الإدارية بالمرافق العمومية، وضرورة حسن سيرها بانتظام، تحقيقاً للمصلحة العامة المتوخاة من تنفيذها، وتدارك وقوع الأخطاء أثناء تنفيذها.

- تفعيل دور الأجهزة الرقابية والمحاسبية بكل أنواعها وأشكالها، في إطار العقود الإدارية.

- ندعو الإدارة المتعاقدة بتنظيم سجل خاص عن المتعاقدين معها يحتوي جميع التفاصيل الخاصة بالعقد، مع تسجيل جميع الملاحظات عن المتعاقدين خلال قيامهم بتنفيذ العقد معها. هذا ما يساعدها مستقبلاً في حالة إحالتها لمشاريع جديدة لمتعاقدين سبق وأن تعاقدوا معها.

- ندعو المشرع الجزائري بتخصيص قسم خاص، ضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، يتعلق بالجزاءات الإدارية. والتعبير على تلك الجزاءات بأسمائها الدقيقة، تجنباً لكل لبس. هذا ما يساعد على الحد من السلطة التقديرية للإدارة في هذا المجال، كما يساعد على توحيد قواعد توقيع هذه الجزاءات.

- نقترح أن يتضمن هذا القسم، النص على الجزاءات المالية بمختلف صورها: بدءاً بغرامة التأخير من حيث تحديد الأخطاء التي تبرر فرضها، وتحديد نسبها التي يراها المشرع مناسبة في كل نوع من العقود الإدارية على حدا. على غرار التشريعات المقارنة، فقد يحدث أن تغفل الإدارة النص عليها في العقد أو دفتر الشروط، بذلك نلجأ إلى التشريع لتحديد ذلك وكذلك تحديد وتفصيل حالات الإعفاء منها باعتبارها ضماناً هامة للمتعاقد معها. وهنا ندعو المشرع إلى استخدام مصطلح "غرامة التأخير" بدلاً من مصطلح "العقوبات المالية" المستخدم في المادة 147 من قانون الصفقات العمومية والتي يقصد بها غرامة التأخير. وذات الأمر بالنسبة لجزاء مصادرة التأمين. إلا أننا نوافق المشرع على نسب التأمين النهائي التي اشترطها في قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام على حسب طبيعة العقود الإدارية

التي تم إبرامها. أما بالنسبة للتعويض، فحبذا لو يفصح المشرع الجزائري صراحة عن موقفه بالنسبة لهذا الجزاء الذي تستحقه الإدارة في العقود الإدارية، بأن يمنح لها حق اقتضائه بنفسها دون حاجة للجوء إلى القضاء، مثل باقي الجزاءات المالية. طالما أن الرقابة القضائية اللاحقة تحمل ضمانا أكيدا للمتعاقد مع الإدارة مما قد يشوب تصرفها بتقدير التعويض بنفسها من غلو أو عيوب أو أخطاء.

- كما نقترح أن يتضمن قسم الجزاءات الإدارية، النص على الجزاءات الضاغطة، بالنسبة لجميع أنواع الصفقات العمومية على نحو ما سبق شرحه. وذلك بتفصيل دقيق للأخطاء التي تبرر توقيعها من طرف الإدارة المتعاقدة، وكذلك الضمانات التي يتمتع بها المتعاقد في مواجهتها. خاصة وأن التشريعات المقارنة لم تغفل على الإطلاق النص والاعتراف للإدارة بتوقيع هذه الجزاءات.

- ونقترح أن يتضمن أيضا هذا القسم، النص على الفسخ الجزائي، ويتناول بكل وضوح وتفصيل دقيق، الحالات والأخطاء التي تبرر للإدارة توقيعها، مع تحديد أنواعه، وكذلك تحديد الحالات التي تستوجب توقيع كل نوع من أنواع الفسخ بدقة، خاصة وأن المشرع اعترف صراحة في قانون الصفقات الجديد للإدارة بالفسخ على مسؤولية المتعاقد. وهذا كله لتفادي النتائج الوخيمة المترتبة على المتعاقد وعلى القطاعات الأخرى المرتبطة بتنفيذ هذه العقود الإدارية.

- كما ندعو من جانبنا المشرع الجزائري في هذا الإطار إلى التراجع عن منحه الإدارة الحق في الفسخ الجزائي للصفقة في قانون الصفقات العمومية الجديد. ذلك أن هذا الأمر مخالف لما هو مستقر عليه في النظام القانوني للعقود الإدارية، الذي لا يعترف للإدارة بالفسخ الجزائي للصفقة، أي فسخ الجزء الذي لا يحقق لها نفعاً، والإبقاء على الجزء الذي يحقق لها هذا النفع. لما في ذلك من إجحاف في حق المتعاقد، لأنه يخل بالتوازن المالي للعقد.

- حبذا لو يوضح المشرع الجزائري في قانون الصفقات العمومية كيفية وإجراءات المنازعة في قرار الجزاء من طرف المتعاقد مع الإدارة. وتوضيح نوع الدعوى التي يمكن له رفعها بكل دقة ووضوح، لتجنب كل لبس في هذا الإطار.

- ندعو المشرع الجزائري أيضا إلى النص صراحة وبطريقة واضحة على إلزامية تسبب قراراتها بفرض الجزاءات على المتعاقد معها، حتى يسهل دور القاضي في رقابة الملائمة على تلك القرارات.
- بما أن الإدارة هي في الأغلب الأعم هي الطرف المدعى عليه، لتمتعها بمركز أعلى من الأفراد الذين يدخلون معها في علاقة، ونظرا للقاعدة التي تقضي بأن البيئة على من ادعى، فعلى المتعاقد إذن بصفته مدعي على الإدارة بمناسبة فرضها الجزاء عليه، أن يقدم كافة الإثباتات والوثائق التي تدعم ادعاءاته، هذا ما يلقي عبئا ثقيلا على عاتقه، لأن الإدارة تتعامل بسرية مع وثائق العقود الإدارية، وهي غالبا ما تحتفظ بالوثائق والمستندات مما يجعل الإثبات صعبا والطعن بأعمال الإدارة غير مجديا، لذا ندعو من قبلنا السلطة القضائية للتشديد على الإدارة بضرورة الاستجابة لها حينما تطلب منها الوثائق والمستندات التي تساهم في حسم النزاع تحت طائلة محاسبتها في حال عدم استجابتها لطلبها.
- ندعو المشرع الجزائري إلى إلغاء العمل بدفتر الشروط الإدارية العامة لسنة 1964 المطبق على صفقات الأشغال العامة، أو تعديله على الأقل بما يتماشى ونصوص تنظيم الصفقات العمومية الحالي من جهة، ومن جهة أخرى يواكب التطورات والمستجدات الحاصلة في الدولة في إطار القانون الإداري والعقود الإدارية. وبالنسبة لعقود التوريد أيضا باعتبارها من أهم العقود الإدارية فحبذا لو يضع لها المشرع دفتر شروط إدارية عامة لينظمها أيضا بما يتماشى مع نصوص قانون الصفقات العمومية الأخير. أما بالنسبة لعقد الامتياز فحبذا لو أن المشرع ينظمه بقانون خاص به كما هو الحال بمصر، يتم بموجبه منح حق استغلال الموارد الطبيعية أو التزام المرافق العامة.
- ندعو الإدارة إلى ضرورة التقيد بكافة الضوابط المفروضة عليها قبل توقيع الجزاءات على المتعاقد معها، هذا ما يساعد على زيادة الإقبال على التعاقد معها دون خوف. هذا ما يؤثر إيجابا على الصعيد الاقتصادي والاجتماعي، وعلى الدور التنموي للدولة.

وبهذا أنهي رسالتي، فتلك لبنة ضئيلة أُضيفت إلى الصرح القانوني الإداري الشامخ، سواء كان على المستوى المحلي، أو المقارن. خاصة وأن موضوع الجزاءات في العقد الإداري موضوع حيوي ومتشعب. ومهمة الإمام به صعبة جدا. لذا ندعو الله القدير، أن يجعله عملا نافعا، واجتهادا صائبا، يحقق الفائدة التي كنت أبتغيها.

قائمة المراجع:

أولاً: القرآن الكريم.

ثانياً: النصوص القانونية.

1- في الجزائر:

- الدستور:

- نص تعديل الدستور الجزائري المصادق عليه في استفتاء 17 رجب 1417هـ الموافق ل 28 نوفمبر 1996، المنشور بالجريدة الرسمية رقم (76) المؤرخة في 27 رجب 1417هـ الموافق ل 08 ديسمبر 1996.

- القانون رقم 16- 01 المؤرخ في 26 جمادى الأولى عام 1437هـ الموافق ل 2016/03/06 المتضمن التعديل الدستوري الجزائري. المنشور في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية رقم 14 المؤرخة في 27 جمادى الأولى عام 1437هـ الموافق ل 2016/03/07.

- النصوص التشريعية:

- القانون العضوي رقم 01/98 المؤرخ في 30 مايو 1998، المتعلق باختصاصات مجلس الدولة وتنظيمه وعمله، المنشور بالجريدة الرسمية رقم (37) المؤرخة في 01 جوان 1998، المعدل والمتمم بالقانون العضوي رقم 13/11 المؤرخ في 26 يوليو 2011، المنشور بالجريدة الرسمية رقم (43) المؤرخة في 2011/08/03.

- القانون العضوي رقم 02/98 المؤرخ في 30 مايو سنة 1998، المتعلق بالمحاكم الإدارية، المنشور بالجريدة الرسمية رقم 37 المؤرخة في 1998/06/01.

- القانون العضوي رقم 03/98 المؤرخ في 03 يونيو 1998، المتعلق باختصاصات محكمة التنازع وتنظيمها وعملها، المنشور بالجريدة الرسمية رقم 39 المؤرخة في 07 جوان 1998.

- الأمر رقم 58/75 المؤرخ في رمضان 1395هـ الموافق ل 1975/09/26 يتضمن القانون المدني المعدل والمتمم.

- القانون رقم 17/83، المؤرخ في 16/07/1983، المتضمن قانون المياه، الجريدة الرسمية رقم 30، المؤرخة في 19/07/1983، المعدل والمتمم بموجب الأمر رقم 13/96، المؤرخ في 15/06/1996، الجريدة الرسمية رقم 37، المؤرخة في 16/06/1996.
- القانون رقم 07/05، المؤرخ في 28/04/2005، المتعلق بالمحروقات، الجريدة الرسمية رقم 50 الصادرة في 19/07/2005، المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 01/13، المؤرخ في 20/02/2013، الجريدة الرسمية رقم 11، المؤرخة في 24/02/2013.
- القانون 09/08 المؤرخ في 18 صفر 1429هـ الموافق ل 25/02/2008 يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.
- القانون رقم 10/11، المؤرخ في 22/06/2011، المتعلق بالبلدية، الجريدة الرسمية رقم 37، المؤرخة في 03/07/2011.
- القانون رقم 07/12، المؤرخ في 21 فبراير 2012، المتعلق بالولاية، الجريدة الرسمية رقم 12 المؤرخة في 29/02/2012 .
- **النصوص التنظيمية:**
- المرسوم الرئاسي رقم 236/10 المؤرخ في 07/10/2010، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية، المنشور بالجريدة الرسمية عدد 58، الصادرة بتاريخ 07/10/2010، المعدل ولتمتم بموجب المرسوم الرئاسي رقم 03/13، المؤرخ في 13/01/2013، المنشور بالجريدة الرسمية عدد 02، الصادرة بتاريخ 13/01/2013.
- المرسوم الرئاسي رقم 247/15 المؤرخ في 02 ذي الحجة 1436هـ الموافق ل 16/09/2015. المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، المنشور في الجريدة الرسمية رقم (50) المؤرخة في 6 ذو الحجة 1436هـ الموافق ل 20/09/2015.

- المرسوم رقم 145/82 مؤرخ في 16 جمادى الثانية 1402 الموافق ل 10 أفريل سنة 1982 يتضمن تنظيم الصفقات التي يبرمها المتعامل العمومي، الجريدة الرسمية رقم (15) ملغى.
- المرسوم رقم 116/84 المؤرخ في 11 شعبان 1404هـ الموافق ل 12 مايو 1984، يتضمن إحداث نشرة رسمية خاصة بالصفقات التي يبرمها المتعامل العمومي.
- المرسوم التنفيذي رقم 308/96، المؤرخ في 18/09/1996، المتعلق بمنح امتيازات الطرق السريعة، الجريدة الرسمية عدد 55 الصادرة في 25/09/1996. (دقت الأعباء النموذجي لامتياز الطرق السريعة).
- المرسوم التنفيذي رقم 253/97، المؤرخ في 08/07/1997، المتعلق بمنح امتياز الخدمات العمومية للتزويد بمياه الشرب والتطهير الجريدة الرسمية عدد 46 المؤرخة في 08/07/1997.
- المرسوم التنفيذي رقم 483/97، المؤرخ في 15/12/1997، المحدد لكيفيات منح حق الامتياز على قطعة أرضية من الأملاك الوطنية الخاصة التابعة للدولة في المساحات الاستصلاحية وأعبائه وشروطه المطبق للمادة 117 من قانون المالية لسنة 1994، الجريدة الرسمية رقم 83، المؤرخة في 17/12/1997.
- المرسوم التنفيذي رقم 356/98 المؤرخ في 14/11/1998، المحدد لكيفيات تطبيق أحكام القانون 02/98 المتعلق بالمحاكم الإدارية المؤرخ في 30 ماي 1998، المنشور في الجريدة الرسمية رقم 85 المؤرخة في 15/11/1998. المعدل بموجب المرسوم التنفيذي رقم 195/11 المؤرخ في 22 مايو 2011، المنشور في الجريدة الرسمية رقم 29 المؤرخة في 22/05/2011.
- المرسوم التنفيذي رقم 57/08، المؤرخ في 13/02/2008، المحدد لشروط منح امتياز استغلال خدمات النقل البحري وكيفياته، الجريدة الرسمية رقم 09، المؤرخة في 24/02/2008.

- دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال المتعلقة بوزارة تجديد البناء والأشغال العمومية والنقل، منشور في الجريدة الرسمية العدد 6، المؤرخة في 01 رمضان 1384هـ الموافق ل 19 يناير 1965.
- قرار وزير المالية المؤرخ في 23 ربيع الثاني عام 1422، الموافق ل 28 مارس 2011، يحدد البيانات التي يتضمنها الإعذار وأجل نشره، منشور بالجريدة الرسمية رقم (24)، الصادرة بتاريخ 20 أبريل سنة 2011.
- قرار وزير المالية المؤرخ في 07 ربيع الأول 1437هـ الموافق ل 19 ديسمبر 2015، يحدد كفايات الإقصاء من المشاركة في الصفقات العمومية. المنشور في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية رقم 17 المؤرخة في 7 جمادى الثانية 1437هـ الموافق ل 16 مارس 2016.
- التعليمات الوزارية رقم 842/394، المؤرخة في 1994/12/07، الصادرة عن وزير الداخلية والجماعات المحلية والبيئة والإصلاح الإداري، المتعلقة بامتياز المرافق العمومية المحلية وتأجيرها.
- تقرير مجلس المحاسبة السنوي لسنة 1996/1997، الجريدة الرسمية عدد 12 المؤرخة في 1999/02/22.

2- في فرنسا:

- كراسة الشروط الإدارية العامة في فرنسا المطبقة على الأشغال العامة الصادرة في 21 يناير 1976.

3- في مصر:

- القانون رقم 129 لسنة 1947 المتعلق بتنظيم عقود التزام المرافق العامة في مصر والمعدل بالقانون رقم 61 لسنة 1958
- القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948.
- قانون المناقصات والمزايدات المصرية رقم 89 لسنة 1998 ولائحته التنفيذية.

ثالثا: المعاجم.

- ابن منصور، لسان العرب، دار المعارف، مصر.
- جبران مسعود، معجم الرائد، دار العلم للملايين، بيروت، لبنان، سنة 1992.
- مجمع اللغة العربية، المعجم الوسيط، الجزء الأول، مطبعة مصر، سنة 1960.
- مجمع اللغة العربية، المعجم الوسيط، الجزء الثاني، مطبعة مصر، سنة 1961.
- زين الدين محمد بن أبي بكر عبد القادر الرازي، مختار الصحاح، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1985.

رابعا: المؤلفات باللغة العربية.

1- المؤلفات العامة:

- إبراهيم الدسوقي أبو الليل، أحكام الالتزام، مؤسسة دار الكتب، الكويت، طبعة 1998.
- إبراهيم محمد علي، آثار العقود الإدارية وفقا للقانون رقم 89 لسنة 1998 بشأن المناقصات والمزايدات ولائحته التنفيذية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2003.
- أحمد سلامة بدر، العقود الإدارية وعقد البوت B.O.T، مكتبة دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2003.
- أحمد عثمان عياد، مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1973.
- أحمد محمود جمعه، العقود الإدارية طبقا لأحكام قانون المناقصات والمزايدات الجديد، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2002.
- أنس جعفر، العقود الإدارية دراسة مقارنة لنظم المناقصات والمزايدات وتطبيقية للقانون 89 لسنة الخاص بالمزايدات والمناقصات في مصر ولائحته التنفيذية مع دراسة لعقود ال B.O.T ، الطبعة الثالثة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2003.

- بكر القباني و محمود عاطف البناء، الرقابة القضائية لأعمال الإدارة – عموميات: تنظيم الرقابة القضائية على أعمال الإدارة العامة في الجمهورية العربية المتحدة، المجلد الأول، مكتبة القاهرة الحديثة، القاهرة، مصر، دون سنة نشر.
- بكر حسين، الوسيط في القانون الإداري، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2007.
- بوعمران عادل، النظرية العامة للقرارات والعقود الإدارية – دراسة تشريعية، فقهية، قضائية، دار الهدى، الجزائر، 2010.
- توفيق حسن فرج، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، الجزء الأول، دون مكان نشر، 1978.
- توفيق شحاتة، مبادئ القانون الإداري الجزء 2، الطبعة الأولى، القاهرة، مصر، سنة 1954، 1955.
- ثروت بدوي، القانون الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2009.
- جابر جاد نصار، العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2005.
- جابر جاد نصار، الوجيز في العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، سنة 2001.
- جمال عثمان جبريل، الوسيط في العقود الإدارية، إبرام العقد الإداري وصحته، بدون دار نشر وسنة نشر.
- حسام مرسي، أصول القانون الإداري، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2012.
- حسن علي الذنون، شرح القانون المدني، أحكام الالتزام، الطبعة الثانية، العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، 2007.
- حسين درويش عبد العال، النظرية العامة في العقود الإدارية، الطبعة الأولى، الجزء الثاني، مكتبة الأنجلومصرية، القاهرة، مصر، سنة 1985.

- حسين طاهري، القانون الإداري والمؤسسات الإدارية (التنظيم الإداري، النشاط الإداري) – دراسة مقارنة-، الطبعة الأولى، دار الخلدونية، الجزائر، 2007.
- حسين عثمان محمد عثمان، أصول القانون الإداري منشورات الحلب الحقوقية، بيروت، لبنان، سنة 2006.
- حسين عثمان محمد عثمان، أصول القانون الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2004.
- حمدي عطية مصطفى عامر، الأعمال القانونية للسلطة الإدارية – القرار الإداري، العقد الإداري -، - دراسة مقارنة -، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2015.
- حمدي ياسين عكاشة، العقود الإدارية في التطبيق العملي – المبادئ والأسس العامة- منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1998.
- خالد عبد الفتاح محمد، الشامل في العقود الإدارية في ضوء أحكام المحكمة الإدارية العليا حتى عام 2008، الطبعة الأولى، لمركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، مصر، 2009.
- خرشي النوي، تفسير المشاريع في إطار تنظيم الصفقات العمومية، دار الخلدونية، الجزائر، سنة 2011.
- خليل الظاهر، القانون الإداري – دراسة مقارنة- الكتاب الثاني، المرفق العام الضبط الإداري، القرار الإداري، العقود الإدارية، الأموال العامة، الطبعة الأولى، دار المسيرة للنشر والتوزيع والطباعة، عمان، الأردن، 1997.
- خميس السيد إسماعيل، الأصول العامة والتطبيقات العملية للعقود الإدارية والتعويضات، دار الطباعة الحديثة، القاهرة، مصر، 1994.
- رمسيس بهنام، النظرية العامة للمجرم والجزاء، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1991.

- زين بدر فراج، الأحكام العامة للتأمينات، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2003.
- سامي جمال الدين، قضاء الملائمة والسلطة التقديرية للإدارة، دار النهضة العربية القاهرة، مصر، سنة 1992.
- سعاد الشرقاوي، العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، سنة 2003.
- سعاد الشرقاوي، الوجيز في القضاء الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، سنة 1981.
- سعيد بوعلي، المنازعات الإدارية في ظل القانون الجزائري - سلسلة مباحث في القانون-، دار بلقيس للنشر، الجزائر، سنة 2014.
- سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية - دراسة مقارنة -، طبعة 2011، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، سنة 2011.
- سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، الطبعة الخامسة، مطبعة جامعة عين شمس، مصر، سنة 1991.
- سليمان مرقس، شرح القانون المدني، الجزء الثاني، في الالتزامات، المطبعة العالمية، القاهرة، 1964.
- سمير صادق، العقد الإداري في مبادئ المحكمة الإدارية العليا، الهيئة المصرية العامة للكتاب، القاهرة، مصر، 1991.
- سمير صادق، العقد الإداري، الهيئة العربية للكتاب، القاهرة، مصر، 1985.
- السيد محمد مدني، القانون الإداري الليبي، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1965/1964.
- شريف يوسف خاطر، مبادئ القانون الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، سنة 2011.
- ضياء شيت خطاب، فن القضاء، دون دار نشر، بغداد، العراق، 1984.
- ظريفي نادية، تسيير المرفق العام والتحويلات الجديدة، دار بلقيس، الجزائر، 2010.

- عادل السعيد محمد أبو الخير، البوليس الإداري، دار الفكر الجامعي، القاهرة، 2008.
- عبد الباقي البكري، أحكام الالتزام، الطبعة الأولى، الجزء الثاني، مؤسسة دار الكتاب للطباعة والنشر، بغداد، العراق، 1980.
- عبد الحميد الشواربي، العقود الإدارية في ضوء الفقه- القضاء- التشريع، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2003.
- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1981.
- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط - نظرية الالتزام بوجه عام - الجزء الثاني، آثار الالتزام، 1982.
- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، المجلد الثاني، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1981.
- عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الوجيز في الأسس العامة للعقود الإدارية، دار الكتاب الحديث، القاهرة، مصر، 2008.
- عبد العزيز عبد المنعم خليفة، تنفيذ العقد الإداري وتسوية منازعاته قضاءً وتحكيمًا، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2010.
- عبد الغني بسيوني عبد الله، القانون الإداري - دراسة مقارنة لأسس ومبادئ القانون الإداري وتطبيقها في مصر-، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1991.
- عبد القادر عدّو، المنازعات الإدارية، الطبعة الثانية، دار هومه، الجزائر، الجزائر، سنة 2014.
- عبد اللطيف قطيس، الصفقات العمومية تشريعا وفقها واجتهادا (دراسة مقارنة)، الطبعة الثانية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2013.
- عبد الله نواف العنزي، النظام القانوني للجزاءات في العقود الإدارية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2010.

- عبد المجيد محمد فياض، العقد الإداري في التطبيق العملي، المكتبة القانونية، مصر، 1983.
- عبد المنعم محفوظ، القانون الإداري، الكتاب الثاني، الطبعة الأولى، مكتبة عين شمس، القاهرة، مصر.
- عدنان إبراهيم السرحان ود. نوري حمد خاطر، شرح القانون المدني، مصادر الحقوق الشخصية (الالتزامات) – دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، الإصدار الثاني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، سنة 2005.
- عدنان عمرو، مبادئ القانون الإداري، نشاط الإدارة ووسائلها، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2004.
- عزيزة الشريف، دراسات في نظرية العقد الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1981.
- عزيزة الشريف، دراسات في نظرية العقد الإداري، وتطبيقاتها في الكويت، الطبعة الأولى، دار الثقافة، الكويت، سنة 1998.
- عصمت عبد الله الشيخ، مبادئ ونظرية القانون الإداري، امتيازات السلطة العامة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، سنة 1998/1999.
- علي الدين زيدان ومحمد السيد أحمد، الموسوعة الشاملة في القانون الإداري، معلقا عليها بأحدث آراء الفقه والقضاء الإداري وأحكام المحكمة الإدارية العليا، المحكمة الدستورية العليا، الجزء الثاني، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2002.
- علي جمال الدين عوض، عمليات البنوك من الوجهة القانونية، دون دار ومكان نشر، سنة 1989.
- علي خطار الشطناوي، مبادئ القانون الإداري، النشاط الإداري، مطبعة الجامعة الأردنية، عمان، الأردن، سنة 1996.
- علي عبد الأمير قبلان، أثر القانون الخاص على العقد الإداري، الجزء الأول، دون دار نشر، بيروت، لبنان، دون سنة نشر.

- علي فيلاي، مقدمة في القانون، موفم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2005.
- عمار بوضياف، الصفقات العمومية في الجزائر – دراسة تشريعية وقضائية وفقهية، دار جسر للنشر والتوزيع، الجزائر، 2007.
- عمار بوضياف، الوجيز في القانون الإداري، الطبعة الثالثة، جسر للنشر والتوزيع، الجزائر، 2013.
- عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية طبقا للمرسوم الرئاسي 15- 247، المؤرخ في 16 سبتمبر 2015، الطبعة الخامسة، القسم الثاني – التنفيذ، الرقابة على الصفقات، المنازعات، جرائم الصفقات، نهاية الصفقات، جسر للنشر والتوزيع، الجزائر، سنة 2017.
- عمار عوابدي، القانون الإداري (النشاط الإداري)، الجزء الثاني، الطبعة الثالثة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005.
- عمار عوابدي، النظرية العامة للمنازعات الإدارية في النظام القضائي الجزائري – نظرية الدعوى الإدارية -، الجزء الثاني، الطبعة الخامسة، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، سنة 2014.
- عمر الخولي، الوجيز في العقود الإدارية – دراسة قانونية، تحليلية، تطبيقية - وفقا لأحكام نظام المناقصات والمزايدات الحكومية ولائحته التنفيذية، الطبعة الثانية، بدون دار النشر أو بلد النشر، سنة 2012.
- غازي خالد أبو عرابي، المقابلة من الباطن في ضوء أحكام القضاء و التشريع، دراسة مقارنة مع الفقه الإسلامي، ط 1، دار وائل للنشر، عمان، الأردن، 2009.
- فؤاد العطار، القانون الإداري، الطبعة الثالثة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، بدون سنة النشر.
- ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية والتحكيم، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2004.

- ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، سنة 2007.
- مازن ليلو راضي، العقود الإدارية، في القانون الليبي والمقارن، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2002.
- مازن ليلو راضي، دور الشروط الاستثنائية في تمييز العقد الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2002.
- مازن ليلو راضي، العقود الإدارية، الطبعة الأولى، دار قنديل للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2011.
- مال الله جعفر عبد الملك، ضمانات العقد الإداري، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2009.
- مجدي مدحت النهري، مبادئ القانون الإداري في دولة الإمارات العربية المتحدة، مكتبة الرشيد، الزقازيق، سنة 2006.
- محمد الصغير بعلي، القرارات الإدارية، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، الجزائر، سنة 2005.
- محمد باهي أبو يونس، أصول الإدارة العامة، مطبوعات وزارة الداخلية، الكويت، سنة 2006.
- محمد بكر حسين، الوسيط في القانون الإداري، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2007.
- محمد سامي الشوا، القانون الإداري الجزائري وظاهرة الحد من العقاب، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، سنة 1996.
- محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري - النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، التصرف القانوني، العقد والإرادة المنفردة، الطبعة الثانية، الجزء الأول، دار الهدى، الجزائر، سنة 2004.

- محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، مصادر الالتزام- الواقعة القانونية- العمل غير المشروع، شبه العقود والقانون- الجزء الثاني، الطبعة الثانية، دار الهدى، الجزائر، 2004.
- محمد فؤاد عبد الباسط، أعمال السلطة الإدارية (القرار الإداري، العقد الإداري)، دار النشر لا يوجد، مصر، 1989.
- محمد فؤاد عبد الباسط، القانون الإداري (تنظيم - نشاط الإدارة - وسائل الإدارة)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2006.
- محمد فؤاد مهنا، مبادئ وأحكام القانون الإداري في جمهورية مصر العربية، مؤسسة شباب الجامعة، مصر، دون سنة نشر.
- محمد ماهر أبو العينين، العقود الإدارية وقوانين المزايدات والمناقصات في قضاء وإفتاء مجلس الدولة حتى عام 2004، دار أبو المجد للطباعة، القاهرة، مصر، 2005.
- محمد ماهر أبو العينين، القاضي الإداري وتطبيق قوانين المزايدات والمناقصات على العقود الإدارية، دار أبو المجد، القاهرة، مصر، 2008.
- محمد محمد بدران، رقابة القضاء على أعمال الإدارة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1985.
- محمد محمد عبد اللطيف، الاتجاهات المعاصرة في إدارة المرافق العامة الاقتصادية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000.
- محمود حلمي، العقد الإداري، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، 1977.
- محمود خلف الجبوري، العقود الإدارية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، سنة 2010.
- مصطفى أبو زيد فهمي، القضاء الإداري، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، سنة 2004.
- مصطفى عبد المقصود، دراسات في العقد الإداري، مكتبة النصر، الزقازيق، مصر، سنة 2002.

- مصطفى فهمي، القانون الإداري، الدار الجامعية، القاهرة، مصر، سنة 1993.
- مفتاح خليفة عبد الحميد وحمد محمد حمد الشلماني، العقود الإدارية وأحكام إبرامها، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2008.
- ناصر لباد، الأساس في القانون الإداري، الطبعة الأولى، دار المجد للنشر والتوزيع، الجزائر، دون سنة نشر.
- نصري منصور نابلسي، العقود الإدارية - دراسة مقارنة - الطبعة الثانية، منشورات زين الحقوقية، لبنان، سنة 2012.
- نواف كنعان، القانون الإداري، الكتاب الثاني: الوظيفة العامة، القرارات الإدارية، العقود الإدارية، الأموال العامة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2009.

2- المؤلفات المتخصصة:

- أحسان سليمان خريط، صعوبات تنفيذ العقد الإداري، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، سنة 2017.
- أنور طلبة، دعوى التعويض، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، مصر، 2005.
- بشار أحمد الجبوري، سحب العمل في عقود المقاولات العامة - دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، مصر، سنة 2017.
- بلاوي ياسين بلاوي، الجزاءات الضاغطة في العقد الإداري، دار الكتب القانونية ودار شتات للنشر والبرمجيات، القاهرة، مصر، سنة 2011.
- جمال عباس عثمان، النظرية العامة وتطبيقاتها في مجال إلغاء العقود الإدارية في الفقه وقضاء مجلس الدولة، المكتب العربي الحديث، الإسكندرية، مصر، 2007.
- حسان عبد السميع هاشم، الجزاءات المالية في العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2002.
- حسين درويش، السلطات المخولة لجهة الإدارة في العقد الإداري، الطبعة الأولى، مكتبة الأنجلومصرية، القاهرة مصر، سنة 1961.

- حمادة عبد الرزاق حمادة، النظام القانوني لعقد امتياز المرفق العام – دراسة في ظل القانون 67 لسنة 2010 بشأن تنظيم مشاركة القطاع الخاص في مشروعات البنية الأساسية والمرافق العامة ولائحته التنفيذية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2011.
- حمادة عبد الرزاق حمادة، النظام القانوني لعقد امتياز المرفق العام، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2012.
- حمد محمد حمد الشلماني، امتيازات السلطة العامة في العقد الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2007.
- حمدي حسن الحفاوي، ركن الخطأ في مسؤولية الإدارة الناشئة عن العقد الإداري – دراسة تأصيلية لصور خطأ الإدارة في إبرام وتنفيذ العقود الإدارية على ضوء أحدث أحكام وفتاوى مجلس الدولة-، الطبعة الأولى، دون دار نشر، مصر، 2002.
- رشا محمد جعفر الهاشمي، الرقابة القضائية على سلطة الإدارة في فرض الجزاءات على المتعاقدين معها – دراسة مقارنة -، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2010.
- رياض عبد عيسى، مظاهر سلطة الإدارة في تنفيذ مقاولات الأشغال العامة، الطبعة الأولى، مطبعة الغري، النجف الأشرف، العراق، 1986.
- زكي محمد النجار، حدود سلطات الإدارة في توقيع عقوبة الغرامة – دراسة تأصيلية للجزاءات المالية وضوابط توقيعها في كل من النظام التأديبي والعقود الإدارية والقانون الإداري الجنائي، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، سنة 2000 / 1999.
- زينب سالم، الرقابة القضائية على العقد الإداري في مرحلة التنفيذ، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، سنة 2016.
- سامي العواني، التزامات وحقوق المتعاقدين في تنفيذ عقود التشييد والاستغلال والتسليم، دار التوفيقية للتراث، القاهرة، مصر، سنة 2011.

- سيف سعد مهدي الدليمي، مظاهر السلطة العامة في تنفيذ العقد الإداري – دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2017.
- شعبان أحمد رمضان، مدى جواز الطعن بالإلغاء في منازعات العقود الإدارية، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، سنة 2016.
- طارق محمد سلطان، سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات على المتعاقدين معها في العقود الإدارية وضوابطها – دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2010.
- عاطف سعدي محمد علي، عقد التوريد الإداري بين النظرية والتطبيق – دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، مصر، 2005.
- عاطف محمد عبد اللطيف، امتيازات الإدارة في قانون المناقصات والمزايدات، دار النهضة العربية، القاهرة، 2009.
- عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المسؤولية التعاقدية في تنفيذ العقود الإدارية، ط1، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2011.
- عبد المجيد عبد الحليم، فكرة الاعتبار الشخصي في مجال العقود الإدارية، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2003.
- عبد المجيد فياض، نظرية الجزاءات في العقد الإداري – دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار الفكر العربي، القاهرة، 1975.
- علي الشحات الحديدي، الجوانب الإجرائية للغرامة التهديدية كوسيلة للإجبار على التنفيذ في القانون المصري والمقارن، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1999.
- عمر حلمي، طبيعة اختصاص القضاء الإداري بمنازعات العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، سنة 1993.
- فارس علي جانكير، سلطة الإدارة المتعاقدة في حالة التنفيذ المعيب للعقد الإداري، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، سنة 2014.

- فتحي عبد الصبور، الآثار القانونية للتأمين والحراسة الإدارية على الأموال، ط2، عالم الكتب، القاهرة، 1967 مصر، سنة 1967.
- محمد باهي أبو يونس، الرقابة القضائية على شرعية الجزاءات الإدارية العامة، دار الجامعة الجديد، الإسكندرية، مصر، سنة 2000.
- محمد حسن مرعي الجبوري، سلطة الإدارة في فرض الجزاءات الجنائية والمالية في العقود الإدارية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2014.
- محمد حسن مرعي، الجزاءات الجنائية والمالية في العقود الإدارية – دراسة تحليلية مقارنة-، الطبعة الأولى، المركز العربي للنشر والتوزيع، الإسكندرية، مصر، سنة 2018.
- محمد سعد فوده، النظرية العامة للعقوبات الإدارية – دراسة فقهية قضائية مقارنة – الغرامة الإدارية، المصادرة ودستوريتها، سحب وإلغاء التراخيص، الغلق، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، سنة 2008.
- محمد عبد العال السناري، التطورات الحديثة للطعن بالإلغاء في عقود الإدارة – دراسة تحليلية ونقدية لأحكام القضاء الإداري في فرنسا ومصر، دار النهضة العربية، بدون سنة نشر.
- محمد كامل ليلة، نظرية التنفيذ المباشر في القانون الإداري، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، 1991.
- مدحت أحمد يوسف غنايم، النظام القانوني لغرامة التأخير في العقود الإدارية – دراسة مقارنة – الطبعة الأولى، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، مصر، سنة 2014.
- مريم محمد أحمد، سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات على المتعاقدين معها في العقود الإدارية – دراسة مقارنة – (مصر، فرنسا، العراق)، الطبعة الأولى، دار الحقانية، القاهرة، مصر، سنة 2016.

- مريم محمد أحمد، سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات على المتعاقد معها في العقود الإدارية -دراسة مقارنة- (مصر، فرنسا، العراق)، جامعة المنصورة، الطبعة الأولى، دار الحقانية، القاهرة، مصر، سنة 2016.
- مفتاح خليفة عبد الحميد، إنهاء العقد الإداري - دراسة مقارنة- دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2014.
- مفتاح خليفة عبد الحميد، حمد محمد الشلماني، انقضاء العقود الإدارية -دراسة مقارنة-، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، سنة 2013.
- منير محمود الوتري، العقود الإدارية وأنماطها التطبيقية ضمن إطار التحولات الاشتراكية، مطبعة الجامعة، بغداد، 1979.
- نبيل إبراهيم سعد، التنازل عن العقد، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، بدون سنة نشر.
- نصر الدين بشير، غرامة التأخير في العقد الإداري وأثرها في تسيير المرفق العام - دراسة مقارنة - الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، مصر، سنة 2007.
- هيثم حليم غازي، التوازن المالي في العقود الإدارية، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، سنة 2015.
- هيثم حليم غازي، التوازن المالي في العقود الإدارية، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، سنة 2015.
- هيثم حليم غازي، سلطات الإدارة في العقود الإدارية - دراسة تطبيقية-، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2014.
- يونس إسماعيل حسن كه ردى، أحكام الفسخ في العقود الإدارية - دراسة مقارنة-، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، سنة 2015.

خامسا: الرسائل والأطروحات.

- إبراهيم الدسوقي عبد اللطيف الشهاوي، عقد امتياز المرفق العام، أطروحة دكتوراه، جامعة عين شمس، القاهرة، مصر، سنة 2003.
- أحمد خورشيد المفرجي، سلطة الإدارة في سحب العمل في عقود الأشغال العامة، رسالة ماجستير، جامعة بغداد، بغداد، العراق، 1989.
- إسماعيل بحري، الضمانات في مجال الصفقات العمومية في الجزائر، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، الجزائر، سنة 2009/2008.
- أكرور ميريام ، السعر في الصفقات العمومية، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، الجزائر، 2008/2007.
- أكلي نعيمة، النظام القانوني لعقد الامتياز الإداري في الجزائر، رسالة ماجستير، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، 2013.
- أيمن محمد جمعة، آثار عقد الأشغال العامة بين المتعاقدين، أطروحة دكتوراه، جامعة الزقازيق، الزقازيق، مصر، دون سنة.
- براهيم سماحي، الضمانات في الصفقات العمومية – دراسة مقارنة-، رسالة ماجستير، جامعة سيدي بلعباس، سيدي بلعباس، الجزائر، سنة 2013، 2014.
- بن سديرة جلول، الجزاءات في مجال تنفيذ العقود الإدارية، رسالة ماجستير، جامعة تلمسان، تلمسان، الجزائر، 2015 / 2014.
- بن شعبان علي، آثار عقد الأشغال العامة على طرفيه في التشريع الجزائري، أطروحة دكتوراه، جامعة منتوري، قسنطينة، الجزائر، 2011، 2012.
- حمادة عبد الرزاق علي حمادة، عقد التزام المرفق العام – دراسة مقارنة-، أطروحة دكتوراه، جامعة الإسكندرية، الإسكندرية، مصر، 2011.
- خالد مصطفى حواطمة، سلطة الإدارة في فرض الجزاءات على المتعاقد معها – دراسة مقارنة-، رسالة ماجستير، جامعة عمان العربية، عمان، الأردن، 2003.

- خليل صالح محمود، عقد الأشغال العامة – دراسة مقارنة بين القانونين المصري والعراقي-، رسالة ماجستير، جامعة المنصورة، المنصورة، مصر، 2015.
- ربيحة سبكي، سلطات المصلحة المتعاقدة تجاه المتعامل المتعاقد معها في مجال الصفقات العمومية، رسالة ماجستير، جامعة تيزي وزو، الجزائر، 2013.
- سامال اسكندر محمد الباجلان سلطات الإدارة في العقود الإدارية والقيود الواردة عليها – دراسة مقارنة بين التشريعات العراقية والمصرية- رسالة ماجستير، جامعة الإسكندرية، الإسكندرية، مصر، 2016.
- سعد محمد علي المري، نظرية الجزاءات في عقد الأشغال العامة - دراسة مقارنة في القانون المصري وقوانين دول مجلس التعاون الخليجي -، أطروحة دكتوراه، جامعة الزقازيق، الزقازيق، مصر، دون سنة.
- سعيد عبد الرزاق باخيرة، سلطة الإدارة الجزائية في أثناء تنفيذ العقد الإداري - دراسة مقارنة- أطروحة دكتوراه في القانون العام ، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، الجزائر، سنة 2008/2007.
- السلال سعيد جمعة الهويدي، سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري بالإرادة المنفردة – دراسة نظرية وتطبيقية مقارنة في الإمارات العربية المتحدة والدول الأجنبية-، رسالة ماجستير، جامعة طنطا، طنطا، مصر، سنة 1994.
- عاطف محمد شوقي سيد أحمد الشهاوي، القرارات الإدارية القابلة للانفصال في قضاء مجلس الدولة الفرنسي والمصري، أطروحة دكتوراه، جامعة عين شمس، القاهرة، مصر، سنة 2007.
- عاطف محمد عبد اللطيف، امتيازات الإدارة في العقد الحكومي في النظام الأنجلو أمريكي والعقد الإداري في القانون المصري – دراسة مقارنة-، أطروحة دكتوراه، جامعة القاهرة، القاهرة، مصر، دون سنة.
- عبد القادر الحسين عيسى، التزامات و حقوق المتعاقد في تنفيذ عقد الأشغال العامة، أطروحة دكتوراه، جامعة القاهرة، القاهرة، مصر.

- عبد القادر رحال، سلطة المتعامل العمومي في توقيع الجزاءات على المقلول المتعاقد معه في القانون الجزائري - دراسة مقارنة -، رسالة ماجستير، جامعة تيزي وزو، تيزي وزو، الجزائر، 1990/1989.
- عبد الله سيد أحمد أحمد، نظرية القرارات الإدارية القابلة للانفصال في القانون الإداري - دراسة مقارنة -، أطروحة دكتوراه، جامعة أسيوط، أسيوط، مصر، سنة 2008.
- علي محمد مظفر، سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات في العقود الإدارية في اليمن - دراسة مقارنة- أطروحة دكتوراه، جامعة القاهرة، القاهرة، مصر، 2012.
- عليوات ياقوتة، تطبيقات النظرية العامة للعقد الإداري - الصفقات العمومية في الجزائر، أطروحة دكتوراه، جامعة منتوري قسنطينة، الجزائر، سنة 2009/2008.
- فتيحة حابي، النظام القانوني لصفقة إنجاز الأشغال العمومية (في ظل المرسوم الرئاسي رقم 236/10 المعدل والمتمم)، رسالة ماجستير، جامعة تيزي وزو، تيزي وزو، الجزائر، سنة 2013.
- فوزية سكران، سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات الإدارية على المتعاقدين معها في العقود الإدارية، رسالة ماجستير، جامعة الإسكندرية، الإسكندرية، مصر.
- مارينا هاشم شعبان الحنيطي، القرارات الإدارية القابلة للانفصال عن العقود الإدارية - دراسة مقارنة بين القانونين الفرنسي والأردني -، رسالة ماجستير، جامعة عمان العربية للدراسات العليا، عمان، الأردن، سنة 2007.
- محمد بن سعيد بن حمد المعمري، الرقابة القضائية على العقود الإدارية في مرحلتي الانعقاد والتنفيذ، أطروحة دكتوراه، جامعة الإسكندرية، الإسكندرية، مصر، سنة 2010.

- محمد سيد أحمد محمد، التناسب بين الجريمة التأديبية والعقوبة التأديبية مع التطبيق على ضباط الشرطة -دراسة مقارنة-، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة أسيوط، مصر، سنة 2002.
- محمد صبار محمد المشهداني، سلطة الإدارة في فرض الجزاءات غير المالية في العقد الإداري - دراسة مقارنة-، رسالة ماجستير، جامعة الإسراء، عمان، الأردن، 2014.
- محمد صلاح عبد البديع السيد، سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري - دراسة مقارنة -، أطروحة دكتوراه، جامعة الزقازيق، مصر، سنة 1993.
- محمد فكرى عطا الله، الرقابة على تنفيذ عقود الأشغال العامة - دراسة مقارنة -، أطروحة دكتوراه، جامعة القاهرة، القاهرة، مصر، سنة 2010.
- محمود خليل خضير، الغرامات التأخيرية في العقود الإدارية، رسالة ماجستير، جامعة بغداد، بغداد، العراق، 1991.
- منصور صنت غريبان الديحاني، سلطة الإدارة في مصادرة التامين والتنفيذ على حساب المتعاقد - دراسة مقارنة بين مصر والأردن والكويت-، رسالة ماجستير، جامعة عمان العربية للدراسات العليا، عمان، الأردن، 2008.
- نجم حمد الأحمد، التعاقد من الباطن في نطاق العقود الإدارية، أطروحة دكتوراه، جامعة عين شمس، القاهرة، مصر، سنة 2001.
- نوميذ أحمد محمد، التنظيم القانوني للجزاءات المالية في العقود الإدارية - دراسة مقارنة -، رسالة ماجستير، جامعة الإسكندرية، الإسكندرية، مصر، سنة 2016.
- هارون عبد العزيز الجمل، الجزاءات في عقود الأشغال العامة، مجموعة رسائل الدكتوراه، بدون مكان وسنة النشر.
- هاني عبد الرحمان إسماعيل، النظام القانوني لعقد التوريد الإداري - دراسة مقارنة- ، أطروحة دكتوراه، جامعة الإسكندرية، الإسكندرية، مصر، سنة 2011.
- وليد سعود فارس القاضي، الجزاءات في مجال العقود الإدارية، رسالة ماجستير، جامعة آل البيت، مفرق، الأردن، 2000.

- يوسف بركات أبو دقة، امتيازات الإدارة في مواجهة المتعاقد معها في النظرية العامة وفي قانون الصفقات العمومية بالجمهورية الجزائرية، بحث مقدم للحصول على دبلوم الدراسات العليا في القانون العام، الجزائر، دورة أكتوبر 1977.

سادسا: المقالات.

- حسن عزيز عبد الرحمان، "حق الإدارة في توقيع الجزاءات المالية على المتعاقد"، **مجلة العدالة**، الإمارات العربية المتحدة، العدد 4، السنة 24، سنة 1978.
- حسين درويش، "وسائل الضغط في العقود الإدارية"، **مجلة العدالة**، الإمارات العربية المتحدة، أبو ظبي، العدد الثامن عشر (18)، السنة السادسة، 1979.
- ذكرى عباس علي، "الجزاءات الإدارية التي تفرض على المتعاقد مع الإدارة"، **مجلة الفتح**، جامعة ديالى، العراق، سنة 2009.
- عادل الطبطباني، "الطعن بتجاوز السلطة في مجال العقود الإدارية - دراسة خاصة بقضاء مجلس الدولة الفرنسي"، **مجلة الحقوق الكويتية**، الكويت، العدد الثالث، السنة الحادية عشر، سبتمبر 1987.
- عبد الرحمان عباس أدعين، "الغرامات التأخيرية في العقود الإدارية"، **مجلة جامعة بابل**، جامعة بابل، العراق، المجلد 22، العدد 3، 2014.
- عبد القادر دراجي، "سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات الإدارية"، **مجلة المفكر**، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بسكرة، الجزائر، العدد 10، 2014.
- عزاوي عبد الرحمان، "العقود الإدارية سبيل قانوني للحد من سلبات الوصمة الاجتماعية للعقاب"، **مجلة العلوم القانونية والإدارية والسياسية**، جامعة تلمسان، عدد 10، سنة 2010 .
- عصام الدين الجيلالي محمد بوزيد، "أحكام الضرر في المسؤولية الإدارية"، **مجلة معهد الإدارة العامة**، الرياض، المجلد 43، عدد جوان 2003.
- علي خطار الشطناوي، "صلاحية الإدارة في فرض غرامة التأخير بحق المتعاقد معها"، **مجلة الحقوق الكويتية**، العدد 24، المجلد رقم 01، 2000.

- غنام محمد غنام، "القانون الإداري الجنائي والصعوبات التي تحول دون تطوره، -
القسم الأول والثاني-"، **مجلة الحقوق الكويتية**، المجلد 18، العدد (02)، سنة
1994.

- محمد شتا أبو سعد، "بحث في الإعذار"، **مجلة القانون والاقتصاد**، عدد 57، سنة
1987.

- مقداد زينة، "الإعفاء من غرامة التأخير في العقد الإداري"، **مجلة البحوث القانونية
والسياسية**، جامعة سعيدة، سعيدة، العدد الخامس، ديسمبر 2015.

- منصور إبراهيم العتوم، "النظام القانوني لغرامة التأخير في العقود الإدارية، دراسة
تحليلية مقارنة"، **مجلة الشريعة والقانون**، كلية القانون، جامعة الامارات العربية
المتحدة، العدد 53، السنة 27، 2012.

سابعا: الندوات والمؤتمرات.

- رحمة شكلاط، الصفقات العمومية مقاربة تشريعية جديدة، مداخلة في الملتقى
الوطني حول أثر التحولات الاقتصادية على المنظومة القانونية الوطنية، ج1، كلية
الحقوق والعلوم السياسية لجامعة جيجل، الجزائر، يوم 30 نوفمبر 2001.

- زين العابدين الحبيب، مشكلات العقود الإدارية وكيفية التغلب عليها من وجهة نظر
وكالة الأشغال العامة، ندوة العقود الإدارية في معهد الإدارة العامة بالرياض،
الرياض، 1990.

- محمد السلطان، المشاكل التي يواجهها القطاع الخاص في مجال العقود الإدارية،
ندوة العقود الإدارية، معهد الإدارة العامة، الرياض، السعودية، سنة 1990.

ثامنا: المحاضرات.

- أحمد محيو، محاضرات في المؤسسات الإدارية (ترجمة محمد عرب صاصيلا)، الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1979.
- عمور سلامي، " الوجيز في قانون المنازعات الإدارية – نسخة معدلة ومنقحة طبقا لأحكام قانون 09/08 المتضمن ق.إ.م.إ- "، محاضرة للسنة الثالثة ليسانس، كلية الحقوق، جامعة بن عكنون بالجزائر، الجزائر، 2009/2008.

تاسعا: المجالات والأحكام القضائية.

- مجلة مجلس الدولة الجزائري.
- مجموعة مجلس الدولة لأحكام القضاء الإداري المصري، السنة العاشرة.
- مجموعة الأحكام القضائية لمجلس الدولة الجزائري غير منشورة.
- مجموعة أحكام قضائية للقضاء الإداري المصري.
- الموسوعة الإدارية المصرية الحديثة.
- مجموعة أحكام المحكمة الإدارية العليا لسنة 2002- 2004، طبعة المكتب الفني لهيئة قضايا الدولة، الجزء الأول.

عاشرا: المراجع الالكترونية.

- عمار بوضياف، "منازعات الصفقات العمومية في الجزائر"، جريدة القانونية (أول جريدة قانونية إلكترونية احترافية بالمغرب)، العدد 95، نُشر بتاريخ 2014/08/27، عن الموقع: <http://www.alkanounia.com>، تم فحص الموقع يوم 2018/11/22، على الساعة، 8:32 صباحا.
- منظمة الأمم المتحدة، الجمعية العامة، " الإعلان العالمي لحقوق الإنسان"، القرار رقم 217 ألف، باريس، فرنسا، 10 ديسمبر 1948، عن الموقع: <http://www.un.org>، تم فحص الموقع يوم 2018/12/19، على الساعة، 10:28 صباحا.

إحدى عشر: المراجع باللغة الأجنبية الأجنبية.

1- Les livres:

- Alland (A), Ablard (R), le droit administratif de l'expropriation et des marches de travaux publics, 3eme éd, paris, France, 1974.
- BOX (A) , de la nature et du régime juridique des pénalités dans les marches de la fournitures, R.D.P, France, 1921.
- Délaubadère (A), Gaudemet (Y), J.C Venezia, droit administratif, 2^{eme} éd, T 1, L.G.D.J, Paris, France, 1990.
- Délaubadère (A), traite de droit administratif, T 1, 8eme éd, L.G.D.J, Paris, France, 1980.
- Délaubadère (A), traite des contrats administratives, T 2, L.G.D.J, Paris, France, 1984.
- Duguit (L), traite de droit constitutionnel, 3eme éd, T 1, 1927.
- Huberch Hbert (G), la notion de sanction administrative, L.P.A, Paris, France, 1990.
- Jeze, théorie général des contrats de l'administration, R.D.P, France, 1953.
- Laurent (R), droit des contrats administratifs, 3eme éd, L.G.D.J, Paris, France, 2002.
- Lefoulon (J), les formalités en matière de sanction dans le contrat administratif, A.J.D.A, France, 1974.
- Long, Weil, Braibant, Dellvolvé, et Genevois, les grands arrêts de la jurisprudence administrative, Dalloz, Paris, France, 2003.
- Montmerle (J), passation et execution des marches des travaux publics, Paris, France, 1967.
- Morgean (J), les contrats administratifs, L.G.D.J, Paris, France, 2003.
- Mourgeon (J), la repression administrative, L.G.D.J, Paris, France, 1967.
- Pequignot (G), les contrats de l'administration, J.A.F, Paris, France, 1961.

- Vedel (G), droit administrative, 2eme ed, P.U.F, Paris, France.
- Waline (m), Précis de droit administratif, Paris, France, 1970.

2- Les thèses :

- Guerard (S), la notion de détectabilité en droit administratif Français, thèse, Lille 2, France, 1997.
- Peauignot (G), théorie générale de contrat administratif, thèse, Montpellier, France, 1945.

الفهرس

1	مقدمة.....
9	الباب الأول: نظرة عامة لنظرية الجزاءات في العقد الإداري.....
13	الفصل الأول: الأصول العامة لسلطة الإدارة في فرض الجزاءات على المتعاقد معها.....
15	المبحث الأول: مضمون سلطة الإدارة بفرض الجزاءات في العقد الإداري.....
16	المطلب الأول: تعريف الجزاء في العقد الإداري.....
17	الفرع الأول: معنى الجزاء في العقد الإداري وطبيعته القانونية.....
17	أولاً: مدلول الجزاء في العقد الإداري.....
20	ثانياً: الطبيعة القانونية للجزاءات في العقد الإداري.....
21	1- الجزاءات في العقد الإداري عقوبة من الإدارة المتعاقدة على المتعاقد معها.....
22	2- الجزاءات في العقد الإداري هي تعويض من المتعاقد للإدارة.....
23	3- الجزاءات في العقد الإداري إجراء يقصد منه إجبار المتعاقد مع الإدارة على تنفيذ التزاماته التعاقدية.....
25	الفرع الثاني: التمييز بين الجزاءات في العقد الإداري والجزاءات في الأنظمة المشابهة... ..
25	أولاً: التمييز بين الجزاءات في العقد الإداري والجزاءات في عقود القانون الخاص (العقود المدنية).....
26	ثانياً: التمييز بين الجزاءات في العقد الإداري والجزاءات الجنائية.....
27	ثالثاً: التمييز بين الجزاءات في العقد الإداري والجزاءات الإدارية الأخرى.....
28	1- التمييز بين الجزاءات في العقد الإدارية وتدابير الضبط الإداري.....
29	2- التمييز بين الجزاءات في العقد الإداري و الجزاءات التأديبية.....
29	3- التمييز بين الجزاءات في العقد الإداري والجزاءات الإدارية العامة.....
31	المطلب الثاني: الأساس القانوني لسلطة الإدارة الجزائية في العقد الإداري.....
33	الفرع الأول: التطور التاريخي لسلطة فرض الجزاءات في العقد الإداري ولأساسها القانوني.....
34	أولاً: مرحلة الاكتفاء بالجزاءات العقدية.....
36	ثانياً: مرحلة توقيع الجزاءات غير العقدية بواسطة القاضي.....
40	ثالثاً: مرحلة الاعتراف للإدارة بحق توقيع الجزاء غير العقدي بنفسها.....

الفرع الثاني: الاعتبارات القانونية العامة للأساس القانوني للسلطة الجزائية في العقد الإداري.	43
أولاً: اعتبار (أو فكرة) السلطة العامة كأساس لسلطة الإدارة في فرض الجزاءات في العقد الإداري.	45
ثانياً: فكرة المرفق العام كأساس لسلطة الإدارة في فرض الجزاءات في العقد الإداري.	49
المبحث الثاني: المميزات العامة المشتركة للجزاءات في العقد الإداري ومبررات فرضها.	54
المطلب الأول: الخصائص العامة المشتركة للجزاءات في العقد الإداري.	56
الفرع الأول: حق الإدارة في توقيع الجزاء بنفسها دون حاجة للجوء إلى القضاء مقدماً لكن تحت رقابته اللاحقة.	57
الفرع الثاني: حق الإدارة في توقيع الجزاء دون حاجة لنص يقرره واختيارها الوقت المناسب لذلك.	62
الفرع الثالث: حق الإدارة في توقيع الجزاءات التعاقدية دون اشتراط إثبات الضرر.	71
المطلب الثاني: مبررات سلطة فرض الجزاءات التعاقدية على المتعاقد مع الإدارة.	73
الفرع الأول: الامتناع عن التنفيذ.	78
الفرع الثاني: عدم تنفيذ العقد شخصياً من قبل المتعاقد.	81
الفرع الثالث: التنفيذ غير المطابق للالتزامات التعاقدية.	94
الفرع الرابع: عدم تنفيذ الالتزامات التعاقدية في الأجل المتفق عليه.	98
الفصل الثاني: حدود سلطة الإدارة في فرض الجزاءات على المتعاقد معها.	107
المبحث الأول: الإعذار بتوقيع الجزاء على المتعاقد مع الإدارة.	108
المطلب الأول: تعريف الإعذار ومدى وجوبه.	109
الفرع الأول: تعريف الإعذار.	110
الفرع الثاني: مدى وجوب الإعذار.	114
أولاً: الوضع في فرنسا.	114
ثانياً: الوضع في مصر.	117
ثالثاً: الوضع في الجزائر.	121
المطلب الثاني: شروط الإعذار.	123
الفرع الأول: أن يكون الإعذار صادراً من الجهة الإدارية المختصة.	124
الفرع الثاني: أن يبين الإعذار المخالفات المنسوبة إلى المتعاقد.	124

الفرع الثالث: شرط المدة الزمنية.....	125
المطلب الثالث: الإطار الشكلي للإعذار وحالات الإعفاء منه.....	128
الفرع الأول: الإطار الشكلي للإعذار.....	128
أولا: وسيلة الإعذار.....	129
ثانيا: شكل الإعذار.....	131
ثالثا: مضمون الإعذار.....	132
الفرع الثاني: حالات الإعفاء من الإعذار.....	133
أولا: الإعفاء من الإعذار بناء على نص.....	134
ثانيا: الإعفاء بسبب طبيعة العقد والظروف المحيطة به.....	136
ثالثا: الإعفاء بسبب عدم الجدوى من الإعذار أو عدم مقدرة المتعاقد على الوفاء بالتزاماته.....	138
المبحث الثاني: الرقابة القضائية على سلطة الإدارة في فرض الجزاءات على المتعاقد معها.....	140
المطلب الأول: القضاء المختص بالرقابة على سلطة الإدارة في فرض الجزاءات التعاقدية.....	142
الفرع الأول: طبيعة اختصاص القضاء الإداري بنظر الطعن ضد الجزاءات التعاقدية في العقد الإداري.....	143
الفرع الثاني: القضاء المختص بنظر الطعن ضد الجزاءات التعاقدية في العقد الإداري في النظام القانوني الجزائري.....	151
المطلب الثاني: نطاق الرقابة القضائية على سلطة الإدارة في فرض الجزاءات التعاقدية.....	159
الفرع الأول: رقابة المشروعية على القرار بفرض الجزاء.....	160
أولا: عيب الشكل والإجراءات.....	160
ثانيا: عيب عدم الاختصاص.....	162
ثالثا: عيب مخالفة القانون.....	165
رابعا: عيب الانحراف في استعمال السلطة.....	166
الفرع الثاني: رقابة الملائمة على القرار بفرض الجزاء.....	168
الفرع الثالث: مدى سلطة القاضي في مواجهة قرار الجزاء غير المشروع وغير الملائم.....	171
الباب الثاني: دراسة تطبيقية لأنواع الجزاءات التي تفرضها الإدارة في العقود الإدارية ..	174
الفصل الأول: الجزاءات المالية.....	179
المبحث الأول: غرامة التأخير.....	182

المطلب الأول: مفهوم جزاء غرامة التأخير.....	183
الفرع الأول: تعريف غرامة التأخير وتحديد طبيعتها القانونية.....	183
أولاً: تعريف غرامة التأخير.....	183
ثانياً: الطبيعة القانونية لغرامة التأخير.....	187
1- غرامة التأخير تعويض جزافي.....	188
2- الغرامة تعويض اتفاقي.....	189
3- الغرامة مبالغ إجمالية.....	189
4- غرامة التأخير عقاب أو جزاء.....	190
الفرع الثاني: خصائص غرامة التأخير.....	191
أولاً: غرامة التأخير اتفاقية.....	192
ثانياً: غرامة التأخير تلقائية.....	198
الفرع الثالث: تمييز غرامة التأخير عن النظم القانونية المشابهة لها.....	203
أولاً: تمييز غرامة التأخير عن الشرط الجزائي.....	203
ثانياً: التمييز بين غرامة التأخير والغرامة التهديدية.....	207
المطلب الثاني: احتساب غرامة التأخير و اقتضاءها.....	211
الفرع الأول: احتساب (تحديد) غرامة التأخير.....	211
الفرع الثاني: اقتضاء غرامة التأخير.....	216
أولاً: مبلغ التأمين النقدي.....	218
ثانياً: خطاب الضمان.....	220
ثالثاً: حق الحبس أو الحجز.....	221
رابعاً: المقاصة.....	221
المطلب الثالث: الإعفاء من غرامة التأخير.....	224
الفرع الأول: حالة الإعفاء الجوازي من غرامة التأخير.....	225
الفرع الثاني: حالة الإعفاء الوجوبي من غرامة التأخير.....	226
أولاً: الإعفاء من الغرامة في حالة موافقة الإدارة على طلب المتعاقد منها مهلة جديدة للتنفيذ.....	226
ثانياً: الإعفاء من الغرامة نتيجة إخلال الإدارة بالتزاماتها التعاقدية.....	227
ثالثاً: الإعفاء من الغرامة نتيجة القوة القاهرة.....	227

228	رابعاً: الإعفاء من الغرامة بسبب فكرة التوازن المالي للعقد.
229	الفرع الثالث: موقف المشرع الجزائي من حالات الإعفاء من غرامة التأخير.
231	المبحث الثاني: مصادرة التأمين.
231	المطلب الأول: تعريف جزاء مصادرة التأمين وتمييزه عن غيره من الجزاءات المالية.
231	الفرع الأول: تعريف جزاء مصادرة التأمين.
241	الفرع الثاني: تمييز جزاء مصادرة التأمين عن غيره من الجزاءات المالية.
241	أولاً: جزاء مصادرة التأمين وجزاء غرامة التأخير.
241	ثانياً: جزاء مصادرة التأمين والتعويض.
244	المطلب الثاني: خصائص جزاء مصادرة التأمين.
247	المطلب الثالث: حالات فرض جزاء مصادرة التأمين النهائي.
253	المبحث الثالث: التعويض.
253	المطلب الأول: تعريف التعويض وخصائصه.
254	الفرع الأول: تعريف التعويض.
255	الفرع الثاني: خصائص التعويض.
258	المطلب الثاني: شروط التعويض.
259	الفرع الأول: الخطأ العقدي.
262	الفرع الثاني: الضرر.
267	الفرع الثالث: علاقة السببية بين الخطأ والضرر.
272	المطلب الثالث: تقدير التعويض واقتضائه (كيفية تحصيله).
272	الفرع الأول: تقدير التعويض.
274	الفرع الثاني: اقتضاء التعويض.
280	الفصل الثاني: الجزاءات غير المالية.
282	المبحث الأول: الجزاءات الضاغطة.
285	المطلب الأول: وضع المرفق تحت الحراسة في عقد الالتزام.
288	الفرع الأول: تعريف جزاء وضع المرفق تحت الحراسة وبيان طبيعته القانونية.
288	أولاً: تعريف جزاء وضع المرفق تحت الحراسة.
291	ثانياً: الطبيعة القانونية لجزاء وضع المرفق تحت الحراسة.

الفرع الثاني: مبررات جزاء وضع المرفق تحت الحراسة وخصائصه.....	294
أولاً: مبررات جزاء وضع المرفق تحت الحراسة.....	294
ثانياً: خصائص جزاء وضع المرفق تحت الحراسة.....	296
الفرع الثالث: آثار جزاء وضع المرفق تحت الحراسة ونهايته.....	299
أولاً: الآثار القانونية لجزاء وضع المرفق تحت الحراسة.....	299
ثانياً: انتهاء جزاء وضع المرفق تحت الحراسة.....	302
المطلب الثاني: سحب العمل من المقاول في عقد الأشغال العامة.....	303
الفرع الأول: تعريف جزاء سحب العمل من المقاول وتحديد طبيعته القانونية.....	305
أولاً: تعريف جزاء سحب العمل من المقاول.....	305
ثانياً: الطبيعة القانونية لجزاء سحب العمل من المقاول.....	309
الفرع الثاني: شروط فرض جزاء سحب العمل من المقاول وخصائصه.....	312
أولاً: شروط فرض جزاء سحب العمل من المقاول.....	312
1- وقوع خطأ جسيم من جانب المقاول.....	312
أ- عدم مراعاة المقاول لشروط العقد.....	314
ب- عدم احترام المقاول للأوامر المصلحية.....	316
2- وجوب إضرار المقاول.....	318
ثانياً: خصائص جزاء سحب العمل من المقاول.....	320
الفرع الثالث: آثار جزاء سحب العمل من المقاول.....	321
المطلب الثالث: الشراء على حساب المورد في عقد التوريد.....	325
الفرع الأول: تعريف جزاء الشراء على حساب المورد وتحديد طبيعته القانونية.....	326
أولاً: تعريف جزاء الشراء على حساب المورد.....	326
ثانياً: الطبيعة القانونية لجزاء الشراء على حساب المورد.....	328
الفرع الثاني: شروط فرض جزاء الشراء على حساب المورد وخصائصه.....	329
أولاً: شروط فرض جزاء الشراء على حساب المورد.....	329
1- حدوث خطأ جسيم من المورد.....	330
2- إضرار المورد قبل قيام الإدارة بالشراء على حسابه.....	331
ثانياً: خصائص جزاء الشراء على حساب المورد.....	333

334	الفرع الثالث: آثار جزاء الشراء على حساب المورد
337	المبحث الثاني: الجزاءات الفاسخة
340	المطلب الأول: إسقاط الالتزام
341	الفرع الأول: تعريف جزاء إسقاط الالتزام وتحديد طبيعته القانونية
341	أولاً: تعريف جزاء إسقاط الالتزام
343	ثانياً: الطبيعة القانونية لجزاء إسقاط الالتزام
344	الفرع الثاني: شروط فرض جزاء إسقاط الالتزام
344	أولاً: ارتكاب الملتزم خطأ جسيم
348	ثانياً: توجيه إعدار للملتزم
350	ثالثاً: مدى وجوب صدور حكم قضائي بجزاء الإسقاط
353	الفرع الثالث: آثار جزاء إسقاط الالتزام
357	المطلب الثاني: الفسخ الجزائي في العقود الأخرى
358	الفرع الأول: شروط الفسخ الجزائي
358	أولاً: ارتكاب المتعاقد لخطأ جسيم
361	ثانياً: إعدار المتعاقد قبل توقيع جزاء الفسخ
365	الفرع الثاني: أنواع الفسخ الجزائي والآثار المترتبة عليه
365	أولاً: أنواع الفسخ الجزائي
365	1- الفسخ الجزائي المجرد
366	2- الفسخ على مسؤولية المتعاقد
370	ثانياً: الآثار المترتبة على الفسخ الجزائي
370	1- الآثار المشتركة بين نوعي الفسخ الجزائي
372	2- الآثار الخاصة بالفسخ الجزائي المجرد البسيط
374	3- الآثار الخاصة بالفسخ الجزائي على مسؤولية المتعاقد
377	الخاتمة
389	قائمة المراجع
416	الفهرس

