جامعة الشهيد الشيخ العربي تبسي ـ تبسة ـ
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم القانون العام

مذكرة مقدمة ضمن متطلبات نيل شهادة الماستر

تخصص: قانون إداري

بعنـــوان:

سلطة المصلحة المتعاقدة في توقيع الجزاءات الإدارية وفقا لقانون الصفقات العمومية

إعداد الطالب:
عنتر مباركية

إشراف الأستاذ:
د. تقي مباركية

أعضاء لجنة المناقشة

الأستاذ	الرتبة العلمية	الصفة
أ.د. بشير هادفي	أستـــــــــاذ	رئيسـا
د. تقي مباركية	أستاذ محاضر ب	مشرفـا
د. محمد معيفي	أستاذ محاضر ب	مناقشا

السنة الجامعية:2024-2025

Ministry of Higher Education and Scientific Research
University of Echahid Cheikh Larbi Tebessi
Faculty of Law and Political Science

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة الشهيد الشيخ العربي التبسي
كلية الحقوق والعلوم السياسية

إذن بالإيداع

السنة الجامعية 2024 / 2025

الكلية كلية الحقوق والعلوم السياسية القسم الحقوق

1/بيانات التعريف بالمشرف:

الاسم تقي اللقب مباركية الرتبة العلمية أستاذ محاضر ب

العنوان الالكتروني المهني takki.mebarkia@univ-tebessa.dz

2/معلومات خاصة بطالب / الطالبين

الاسم عنتر اللقب مباركية تاريخ ومكان الازدياد ١٩ جوان ١٩٩٤ الشريعة

البريد الالكتروني antarmebarkia84@gmail.com

الاسم / اللقب / تاريخ ومكان الازدياد /

البريد الالكتروني /

3/معلومات حول مذكرة الماستر

عنوان المذكرة سلطة الضبط المستقلة في توقيع الجزاء الإداري وضمانات الصفات المؤسسة

القسم الحقوق التخصص قانون إداري

بعد الاطلاع على المذكرة والتأكد من استيفائها لكل الشروط الشكلية والموضوعية أرخص للطالب/ الطلبة، المذكور/ المذكورون أعلاه استكمال اجراءات الادارية لايداع المذكرة.

التاريخ 2025/05/27

توقيع المشرف

Ministry of Higher Education and Scientific Research
University of Echahid Cheikh Larbi Tebessi
Faculty of Law and Political Science

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة الشهيد الشيخ العربي التبسي
كلية الحقوق والعلوم السياسية

التزام بقواعد النزاهة والأمانة العلمية

(ملحق القرار الوزاري رقم 933 المؤرخ في 2016/07/28 المتعلق بالوقاية ومحاربة السرقة العلمية)

أنا الموقع أدناه / نحن الموقعين أدناه

الطالب عتتي مباركة

الحامل لبطاقة التعريف الوطنية رقم 100[illegible]334 والصادرة بتاريخ 2016-04-20

المسجل(ة) بكلية الحقوق والعلوم السياسية قسم الحقوق

الطالب /

الحامل لبطاقة التعريف الوطنية رقم / والصادرة بتاريخ /

المسجل(ة) بكلية / قسم /

والمكلف بإنجاز أعمال مشروع مذكرة الماستر

عنوانها سلطة المصلحة الممتازة في توقيع الجزاءات الإدارية وفقا للقانون 12-07 المتعلق بالولاية

أصرح / نصرح بشرفي / بشرفنا الالتزام بمراعاة المعايير العلمية والمنهجية ومعايير الأخلاقيات المهنية النزاهة الأكاديمية المطلوبة في إنجاز البحث المذكور أعلاه.

حرر بتبسة التاريخ .....

إمضاء الطالب

إمضاء الطالب


بسم الله الرحمن الرحيم

شكـــــــر وعرفـــــان

الحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات، وبفضله وكرمه أنهيت هذا العمل المتواضع.

عرفانا بالجميل أتشرف بتقديم جزيل الشكر والعرفان إلى كل من ساعدني وساندني خلال مسيرتي الدراسية وعلى وجه الخصوص إلى أستاذي الفاضل الدكتور مباركية تقي الذي كان نعم الأخ والمشرف والذي لم يبخل علي بنصائحه وتوجيهاته القيمة وكان له الدور الكبير في إنجاز هذه المذكرة، فتقبل الله منه وجازاه عني كل خير.

الشكر موصول إلى السادة الأساتذة أعضاء اللجنة العلمية الذين تكرموا بقبول مناقشة المذكرة وتحمل عنائها، أدامهم الله حاملين لمشعل العلم.

إلى كل عائلتي الكريمة التي كانت دوما السند والداعم الأول، معنويا وماديا، فلهم كل الإمتنان والتقدير.

لكل من علمني حرفا، وكل من قدم لي يد المساعدة، أقول لهم: شكرا من القلب.



الإهـــــــداء

أول من يستحق هذا الإهداء في هذا العمل الذي هو ثمرة سنوات من السعي والجهد هي روح أبي الطاهرة، هذا الرجل الذي لم يبخل علي يوما بعطائه وحنانه ونصائحه، وأدعوا من الله عز وجل أن يتغمده برحمته الواسعة وأن يجزيه عني خير الجزاء.

كما أهدي هذا العمل إلى أمي الحنونة التي غمرتني بحنانها وعطائها فكانت السند لي والصابرة معي دوما، اسأل الله العظيم أن يشفيها ويطيل في عمرها.

وإلى كل الإخوة والأخوات، وإلى الأقارب.

وإلى عائلتي الثانية زوجتي رفيقة دربي، وسندي في مسيرتي، التي كانت لي عونا في كل لحظة، فصبرت وتحملت وساندتني بمحبتها ودعائها.

وإلى إبنتي الحبيبتين إيلاف وبيان، مصدر سعادتي وإلهامي، لكما أهدي هذا الجهد، عسى أن يكون بداية لمستقبل أفتخر به معكما.

وإلى كل الأصدقاء والزملاء.



مقدمة

إن العقود الإدارية تختلف عن العقود المدنية من حيث تنفيذها، حيث لا يكون العقد المصدر الوحيد لالتزامات وحقوق الطرفين، وإنما تخضع في ذلك لإعتبارات تتعلق بالصالح العام، وضرورة إستمرار سير المرفق العام، وحتى مقتضيات صرف المال العام.

ويعد العقد الإداري من أهم الوسائل التي تستخدمها الإدارة العامة لتسيير مرافقها وتنفيذ مشاريعها الكبرى، وتنظيم مختلف المجالات الإقتصادية والإجتماعية، وحتى تنفيذ هذه العقود على أحسن وجه، نجدها تتمتع بمجموعة من الإمتيازات والسلطات التي تستعملها لضمان التنفيذ الحسن لهذه العقود، ومن أهم هذه السلطات وأبرزها وهي سلطة توقيع الجزاءات.

تعتبر الصفقات العمومية أحد صور العقود الإدارية، تهيمن فيها الإدارة العامة بإمتيازاتها وسلطتها على مختلف مراحلها، بدءا من المرحلة التمهيدية مرورا بالإبرام ثم التنفيذ إلى غاية نهاية الصفقة العمومية، والصفقات العمومية تحتل أهمية كبيرة في مجال التنمية، فهي وسيلة الدولة لتنفيذ مخططاتها ومشاريعها الكبرى، وتجسيد الشراكة الإقتصادية بين القطاعين العام والخاص، فهي أداة إستراتيجية للتنمية الإقتصادية والإجتماعية، لهذا تخصص الدولة للصفقات العمومية مالا طائلا لتنفيذ مخططاتها التنموية، ونظرا لهذه الأهمية التي تحظى بها الصفقات العمومية كصورة من صور العقود الإدارية فقط أولاها المشرع الجزائري أهمية خاصة من خلال إفرادها بتشريع خاص يتماشى مع طبيعتها وأهدافها.

ولقد أقر للمصلحة المتعاقدة أثناء تنفيذ الصفقة العمومية حق الإشراف والتوجيه والرقابة، للتأكد من إنجاز الصفقة يتم وفقا للشروط والمواصفات المتفق عليها، والتي تسعى من خلاله إلى متابعة حسن تنفيذ الصفقة العمومية، لتفادي حدوث تجوزات من قبل المتعامل المتعاقد، وهذا سعيا لسد منافذ الفساد، وتكريسا لمبدأ الشفافية وحماية للمال.

قد يرتكب المتعامل المتعاقد مع المصلحة المتعاقدة أثناء تنفيذه للصفقة مخالفات عديدة، كالإمتناع عن التنفيذ، أو التنفيذ المخالف للشروط والمواصفات المتفق عليها، أو التأخير عن المواعيد المحددة للتنفيذ، وإلى غير ذلك من المخالفات، كل هذا يؤدي إلى حدوث إضطراب في تحقيق هدف الصفقة، وبالتالي التأثير على المرفق العام، ولما كانت المصلحة المتعاقدة تمثل الطرف الذي يحافظ على المصلحة العامة، وفي سبيل مواجهة المتعاقد معها المخل بإلتزاماته، إعترف للمصلحة المتعاقدة بسلطة توقيع الجزاءات التي تتسم بالطابع العقابي، وذلك بإرادتها المنفردة دون العودة إلى القضاء، خلافا لقواعد القانون الخاص.

وتكمن أهمية هذا الموضوع بأهمية هذه الجزاءات المعترف بها للمصلحة المتعاقدة، التي يجب أن تكفلها أحكام قانونية مضبوطة بالقدر الذي يضمن حقوق الأطراف المتعاقدة، وكذا ضمان حسن تنفيذ الصفقة خاصة إذا كانت تتعلق بالمشاريع الضخمة والتي تسعى من خلالها الدولة لرفع مستوى التنمية وتطويرها وهو الهدف من إبرامها.

دوافع إختيار الموضوع:

تكمن دوافع دراستنا لهذا الموضوع في دوافع ذاتية وموضوعية:

- **الدوافع الذاتية:**

– تتمثل في الرغبة الملحة والجامحة في معالجة هذا الموضوع وتحديد أبعاده وزواياه وفك غموضه، وإثراء الرصيد المعرفي في هذا المجال.

– قلة الدراسات المتخصصة التي تناولت سلطة توقيع الجزاء تحديدا مما دفعنا لمحاولة التفصيل في هذه السلطة وفك إشكاليتها العامة.

- **الدوافع الموضوعية** تتمثل في:

– تشعب المنظومة القانونية المتعلقة بالصفقات العمومية وكثرة التعديلات الحاصلة عليها وأخرها صدور المرسوم 15/ 247 والقانون 12/23 وقلة الدراسات المتخصصة في تواكب هذه التعديلات.

– الأهمية التي تكتسيها سلطة توقيع الجزاءات بإعتبارها أخطر سلطة تملكها المصلحة المتعاقدة في مواجهة المتعاقد معها في مجال الصفقات العمومية.

– كثرة المنازعات والطعون الإدارية والقضائية الناتجة إما عن تعسف الإدارة في إستعمال هذا الحق أو لعدم جدية بعض المتعاملين المتعاقدين في إحترام بنود العقد.

الإشكالية:

مع الأخذ بعين الإعتبار المسائل القانونية المتعددة التي تثيرها الدراسة، وإيمانا منا بأهمية موضوع سلطة المصلحة المتعاقدة بتوقيع الجزاءات في الصفقات العمومية بإعتبارها الأداة الفعالة لتحقيق المصلحة العامة بشكلها الصحيح، وعلى هذا الأساس ولمعالجة الموضوع بالشكل المناسب، باعتبار هذه السلطة في توقيع الجزاءات الإدارية هي آلية قانونية فعالة لضمان حماية حقوق الإدارة وتحقيق من جهة، وتحقيق انتظام سيرورة المرفق العام، من جهة ثانية.

وإنطلاقا من ذلك تمحورت إشكالية مذكرتنا في التساؤل الرئيسي التالي:

- **ما مدى امتداد سلطة المصلحة المتعاقدة (الإدارة) في توقيع الجزاءات على المتعاقد معها في ظل قانون الصفقات العمومية؟**

وتتفرع عن هذه الإشكالية مجموعة من التساؤلات الفرعية التالية:

– مالمقصود بالجزاءات المالية وغير المالية في إطار الصفقات العمومية وماهي أنواعها؟

– ماهو الأساس القانوني الذي تستند إليه المصلحة المتعاقدة في توقيع الجزاءات المالية غير المالية؟

– في أي حالات تلجأ المصلحة المتعاقدة إلى الفسخ الجزائي؟ وماهي الإجراءات المتبعة؟

– هل يشترط تسبيب قرارات الجزاءات غير المالية؟ وما أهمية ذلك قانونيا؟

المنهج المتبع في الدراسة:

للإجابة على الإشكالية الريسية المطروحة والتساؤلات الفرعية، إعتمدنا في مذكرتنا على كل من المنهجيين الوصفي التحليلي من خلال التركيز على مختلف الآراء في التشريع والفقه، وذلك عبر دراسة وتحليل النصوص القانونية المنظمة لسلطة المصلحة المتعاقدة في توقيع الجزاءات في عقود الصفقات العمومية وبيان مدى حق المصلحة المتعاقدة في فرض هذه الجزاءات من خلال سلطتها الإدارية التقديرية، ومع إعتمانا كذلك في بعض المواضع على أسلوب المقارنة للتعرف أكثر على أحكام هذه السلطة في الأنظمة القانونية المقارنة

أهداف الدراسة:

إن موضوع الجزاءات الإدارية في الصفقة العمومية من المواضيع التي تستدعى الإهتمام والبحث، لذلك كان لهذه الدراسة العديد من الأهداف من بينها:

– التعرف على أنواع الجزاءات الإدارية المالية كانت أو غير المالية، ومعرفة مختلف الأحكام المتعلقة بها خاصة ما تعلق منها بالآثار القانونية التي تترتب عليها، ذلك أن الإنعكاسات التي تنجم عن هذه الجزاءات هي التي تبين أهميتها من جهة وخطورتها من جهة أخرى.

– دراسة نظرة المشرع الجزائري وتنظيمه للجزاءات الإدارية في الصفقة العمومية، وبالتالي تحديد ما إذا كان قد إستوفى الغطاء القانوني الكافي لتنظيم سلطة الإدارة في هذا المجال، ومعرفة الثغرات الواجب تداركها من أجل تنظيم أكبر لهذه الجزاءات وإعطائها القدر الكافي من الإهتمام حتى يستطيع تحقيق أهدافها من جهة، وحماية المتعاقد في الصفقة العمومية من تعسف الإدارة من جهة أخرى، خاصة وأن القانون الجزائري لطالما إهتم بتعديل تنظيم الصفقات العمومية وأولى له الأهمية الكبيرة.

– التوصل لإعطاء الحلول اللازمة للصعوبات التي تعترض المتعاقد والمصلحة المتعاقدة أثناء تطبيق هذه الجزاءات، خاصة وأنها في الكثير من الأحيان تواجه تعنت المتعاقد وإصراره على عدم الإمتثال لأوامر المصلحة المتعاقدة وعدم إحترامه لشروط العقد مما يؤدي في النهاية إلى الفسخ الجزائي الإنفرادي للصفقة العمومية من الإدارة.

– الكشف عن الآثار المترتبة عن تطبيق الإدارة للجزاءات الإدارية مباشرة ودون اللجوء للقضاء، لأن هذا قد يخلق نوعا من التعسف في إستعمال السلطة ويؤدي للمساس بحقوق المتعامل المتعاقد، وبالتالي فإن ضمان حسن إستعمال الإدارة لهذا الإمتياز يفرض عليها التزام حدوده وكذا ما يمكن أن يواجه به المتعاقد هذا التعسف في حال وجوده.

– البحث في مختلف الآراء الفقهية والأحكام القضائية التي فصلت في الصفقة العمومية، والعمل على توضيح أكثر لهذه الجزاءات وتحديد مبرراتها الفقهية من جهة، والتطبيقات القضائية لهذه الجزاءات من جهة أخرى، ذلك أن التطبيق القضائي خاصة يعتبر المرجع دائما في عملية الإسقاط القانوني على أرض الواقع، والكشف عن مدى نجاح هذه الجزاءات من طرف الإدارة المتعاقدة والإشكالات القانونية التي ترفع للقضاء والفصل فيها.

الدراسات السابقة:

–الدراسة الأولى:

دراسة **بن سديرة جلول** بعنوان " **الجزاءات في مجال تنفيذ العقود الإدارية** " كلية الحقوق والعلوم السياسية، رسالة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام المعمق، جامعة تلمسان لسنة 2015، الباحث في الموضوع طرح إشكالية **ما مدى وجود جزاءات إدارية كضمانة رئيسية في أثناء مرحلة تنفيذ العقد الإداري؟ وما مدى فعالية هذه الجزاءات؟** وقد تم معالجة الإشكالية في فصلين، خصص الفصل الأول للمبادئ والأسس العامة التي يقوم عليها نظام الجزاءات في تنفيذ العقد الإداري، تطرق فيه الباحث لمفهوم الجزاءات وتطورها التاريخي والخصائص المشتركة في الجزاءات في مجال تنفيذ العقد الإداري وأساسها القانوني، أما الفصل الثاني تضمن دراسة القواعد المنظمة لمختلف الجزاءات في العقود الإدارية. وقد خلص الباحث من خلال مذكرته إلى مجموعة من النتائج أهمها أن الإدارة تتمتع بسلطة فرض جزاءات متنوعة على المتعاقد معها(مالية، ضاغطة، وفاسخة) لضمان تنفيذ العقود الإدارية بفعالية، حتى دون الرجوع إلى القضاء. لكنه أكد ضرورة إحترام الإدارة لضوابط قانونية، كاالإعذار ومبأ المشروعية، لضمان حقوق المتعاقد. وخلص إلى أهمية تحقيق توازن بين فعالية الإدارة في تنفيذ المرفق العام وحماية المتعاقدمن تعسف السلطة.

- **الدراسة الثانية:**

دراسة **سعيد عبد الرزاق باخبيرة** بعنوان " **سلطة الإدارة الجزائية في أثناء تنفيذ العقد الإداري- دراسة مقارنة** -"، كلية الحقوق بن عكنون، **أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه**، في القانون العام، جامعة يوسف بن خدة الجزائر لسنة 2008، تناول فيها الباحث إشكالية **أهمية وجود الجزاءات في العقد الإداري وكيفية الموازنة بين الإعتراف للإدارة لممارسة إرادتها المنفردة وحقيقة أن العقد الإداري شأنه شأن بقية العقود يتم بالتراضي بين أطرافه وكيف يجري إعمالها في الدول المقارنة؟**

واعتمد في هذه الدراسة على خطة قائمة على بابين تناول في الأول الأسس العامة لسلطة الإدارة الجزائية في تنفيذ العقد الإداري وذلك بفصلين الفصل الأول بين فيه الخصائص العامة لسلطة الجزاء وشرح فيه تعريف السلطة الجزائية وأساسها والخصائص المشتركة التي تجمع مختلف الجزاءات وانتهى بشروط توقيع هذه الجزاءات، أما الفصل الثاني فدرس فيه علاقة سلطة الإدارة الجزائية ببقية السلطات سواء سلطة الإشراف والتوجيه أو سلطتها في تعديل العقد، أما بالنسبه للباب الثاني فخصصه الباحث لدراسة القواعد الخاصة بأنواع الجزاءات التي توقعها الإدارة في أثناء تنفيذ العقد الإداري، فكان للفصل الأول منه دراسة الجزاءات المالية والضاغطة والفصل الثاني تطرق للفسخ الجزائي وإسقاط الإلتزام، وتواصل في نهاية البحث إلى نتائج أهمها أن العقد الإداري شأنه شأن العقود الخاصة يقوم على التراضي غير أنه يتضمن شروطا إستثنائية ويرتبط بالمرفق العام، كما أن أهم مرحلة فيه هي مرحلة التنفيذ التي تبرز فيها سلطة المصلحة المتعاقدة وأن التشريعات المختلفة المقارنة التي درستها الأطروحة تتفق على أهمية هذه الجزاءت، كما أن الإدارة توقع الجزاء دون وساطة القضاء ولها التنفيذ المباشر.

صعوبات الدراسة:

البحث العلمي ليس بالأمر السهل، ذلك أن الباحث تعترضه العديد من الصعوبات والعراقيل التي تكون السبب في إفتقار الدراسة لبعض التفاصيل والجزئيات، وهو ما يستدعي مواجهتها لتدارك ذلك النقص، ومن العراقي التي واجهت دراسة الموضوع ما يلي:

- ضيق الوقت الذي يعتبر من أكبر التحديات، وهذا مما يتطلبه من جهد إظافي لدراسة معمقة لنصوص قانونية وفقهية وقضائية.
- صمت المشرع الجزائرية في بعض المواضع المرتبطة بالجزاءات وتناولها بشكل عام مما إستدعانا إلى الإستعانة بموقف التشريعات المقارنة على المستوى العربي والأجنبي من أجل توضيح اللبس والغموض.

وانطلاقا من الاشكالية الرئيسية للمذكرة والتساؤلات الفرعية وبهدف الإلمام بموضوع الدراسة سيتم تقسيم الخطة إلى فصلين، خصصنا **الفصل الأول** منه لدراسة الجزاءات المالية، وتضمن الفصل الأول مبحثين نظم الأول الغرامة التأخيرية، والمبحث الثاني إهتم بالتعويض ومصادرة التأمين.

أما **الفصل الثاني** فقد تم تخصيصه للجزاءات غير المالية، فجاء المبحث الأول لشرح الجزاءات الضاغطة، بينما خصص المبحث الثاني للفسخ الجزائي.



الفصل الأول

يعتمد حسن تنفيذ الصفقة العمومية في إحترام المتعاقد لالتزاماته، وهو ما يجعله في مركز يحافظ فيه على حقوقه إتجاه المصلحة المتعاقدة من جهة، ويضمن حسن سير المرفق العام من جهة أخرى، لكن بالمقابل فإن تقاعس المتعاقد في تنفيذ التزاماته يعرضه للعديد من الجزاءات التي تملك المصلحة المتعاقدة توقيعها عليه، وتختلف هذه الجزاءات فمنها ما يمس بالذمة المالية للمتعاقد ومنها ما يمس بمركزه القانوني وإستمراره في تنفيذ العقد، والجزاءات المالية أول الجزاءات التي توقع على المتعاقد وأكثرها تأثيرا على مصالحه، وتتعدد هذه الجزاءات فنجد الغرامة التأخيرية والتعويض ومصادرة التأمين، وكلها تنال من الذمة المالية للمتعامل المتعاقد وتدفعه للتنفيذ الأمثل للصفقة العمومية وبذل الجهد للحفاظ على تحقيق إحتياجات المرفق العام وضمان سيره، وتكمن فعالية الجزاءات المالية في أن للمصلحة المتعاقدة في الصفقة العمومية سلطة التوقيع المباشر لها دون اللجوء للقضاء، كما أنها بذلك سلاح ذو حدين فمن جهة تبقى على التعاقد دون إنهائه، ومن جهة أخرى تحقق إستقامة المتعاقد وتنفيذه لالتزاماته التعاقدية، لذلك فإنه في الواقع العملي نجد أن هذا النوع من الجزاءات هو الأكثر تطبيقا لأن له الفعالية في التأثير على المتعاقد، هذا الأخير الذي يسعى في الصفقة العمومية إلى تحقيق الربح المادي، وبالتالي فالمساس بأمواله يجعله يشعر بالخطر والخوف من الخسارة، مما يدفعه لحسن التنفيذ والالتزام بالعقد.

ومن خلال هذا المبحث سيتم دراسة الجزاءات المالية في الصفقة العمومية في المطلبين التاليين:

المبحث الأول: الغرامة التأخيرية.

المبحث الثاني: التعويض ومصادرة التأمين.

المبحث الأول: الغرامة التأخيرية

يكون الهدف من توقيع غرامة التأخير هو حث المتعاقد على الوفاء بجميع تأخير التزاماته التعاقدية للحرص على سير المرفق العام بإنتظام وإستمراريه فهو لا ينهي الرابطة التعاقدية وسوف نبين تعريفها وخصائصها فيما يلي[1]:

المطلب الأول: مفهوم غرامة التأخير

الفرع الأول: تعريف غرامة التأخير

أولا: التعريف الفقهي

إختلف الفقهاء في إيجاد تعريف للغرامات التاخيرية ولكن رغم هذا فهناك عدة فقهاء حاولوا تعريفها ومنهم:

إذ عرفت بأنها عقوبة جزائية تأخذ شكل مبلغ مالي يدفع للإدارة.

الدكتور **نواف كنعان** عرفها أنها "مبلغ من المال محدد سلفا في العقد المبرم بين الإدارة على المتعاقد معها توقعها الإدارة على المتعاقد الذي يتراخى في تنفيذ التزاماته التعاقدية"[2]

وعرفها أيضا الدكتور **مازن ليلو راضي** "هي مبالغ إجمالية من المال تقدرها الإدارة مقدما تتضمنه نصوص العقد بصفته جزاءا يفرض على الطرف الآخر إذا تراخى أو تأخر في التنفيذ"[3]

كما عرفها الدكتور **سليمان الطماوي**" مبالغ إجمالية تقدرها الإدارة مقدما وتنص على توقيعها متى أخل المتعاقد بالتزام معين لا سيما يتعلق بالتأخير في التنفيذ وهذه الإجراءات لا تكاد يخلو منها عقد إداري"[4]

---

[1] فارس علي جانكير، **سلطة الإدارة لمتعاقدة في حالة التنفيذ المعيب للعقد الإداري**، طبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، صفحة 779.

[2] نواف كنعان، القانون الإداري، الكتاب الثاني، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، صفحة 371.

[3] مازن ليلو راضي، الوسيط في القانون الإداري، الطبعة الأولى، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2013، صفحة 371.

[4] سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، دار الفكر العربي، القاهرة، 2005، صفحة 490.

ثانيا: التعريف التشريعي

لم يعرف المشرع الجزائري الغرامة التأخيرية بشكل صريح بل إكتفى بالإشارة إليه في نص المادة 1/84 من القانون رقم 12/23 بقولها " ينجر عن عدم تنفيذ الالتزامات التعاقدية في الآجال المقررة أو تنفيذها غير المطابق، فرض عقوبات مالية من قبل المصلحة المتعاقدة. "[1]

ثالثا: تمييز الغرامات التأخيرية عن غيرها من المصطلحات المشابهة لها

1- تمييز الغرامة التأخيرية عن الشرط الجزائي

يكون الشرط الجزائي بإتفاق مسبق من الدائن والمدين ضمن شوط العقد بينما الغرامة التأخيرية هي جزاء مالي يحدده دفتر الشروط لا يمكن الإتفاق عليه بعد الإبرام وهذا عكس الشرط الجزائي الذي يكون عند الإبرام أو بعده فيكون الهدف من الشرط الجزائي هو تغطية الأضرار الناتجة عن إخلال المتعاقد بالتزاماته التعاقدية بينما يكون هدف الغرامة التأخيرية هو إجبار المتعامل المتعاقد على تنفيذ التزاماته في الوقت المحدد كما أن الغرامة التأخيرية تكون تلقائيا دون اللجوء إلى القضاء وهذا عكس الشرط الجزائي الذي يجب أن يلجأ فيه للقضاء لتحصيل مبلغ التعويض توقع الغرامة التأخيرية دون سابق إنذار لكن الشرط الجزائي يكون بعد الإعذار المسبق للمتعامل المتعاقد المخل بالتزاماته.[2]

2- تمييز غرامة التأخير عن الغرامة التهديدية

تكون الغرامة التهديدية في حالة إمتناع المدين عن تنفيذ التزاماته التعاقدية عينا وتكون بسلطة تقديرية من القاضي لكن الغرامة التأخيرية دون اللجوء إلى القضاء.

إن الغرامة التهديدية لا تعتبر حق للدائن ولا دينا على المدين وبالتالي لايجوز للدائن أن يطلب تنفيذ الحكم بغرامة تهديدية كما لا يجبر المدين على عرض هذا المبلغ عرضا حقيقيا بعكس الغرامة التأخيرية التي تستحق بمجرد تأخر المدين عن مدد التنفيذ المقررة مسبقا.[3]

---

[1] المادة 48 من القانون رقم 12/23، مؤرخ في 18 محرم عام 1445 الموافق لـ 5 غشت سنة 2023، يحدد القاواعد العامة المتعلقة بالصفقات العمومية، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد:51، صادرة في 6 أوت سنة 2023.

[2] ربيحة سبكي، سلطات المصلحة المتعاقدة إتجاه المتعامل المتعاقد معها في مجال الصفقات العمومية، رسالة ماجستير في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر،2013، صفحة 100،101.

[3] بن عامر بواب ومليكة هنان، **الغرامة التهديدية ضد الأشخاص المعنوية العامة**، مجلة القانون والعلوم السياسية، العدد:07، الجزائر، جانفي2018، صفحة 53.

3- تمييز الغرامة التأخيرية عن الفوائد التأخيرية

تكون الفوائد التأخيرية عبارة عن مبلغ من النقود تعويضا عن الأضرار التي يتوقع القانون وقوعها بسبب تأخر المدين عن تنفيذ التزاماته، إذ يكون مجبر أن يدفع للدائن هذا المبلغ المعلوم من أجل التعويض، هنا يمكن الإختلاف بينه وبين الغرامة التأخيرية حيث أن الفوائد التأخيرية ترد على مبلغ معلوم وغرامة التأخير ترد كنتيجة لتأخير المتعامل المتعاقد في إنجاز الصفقة العمومية.[1]

رابعا: الأساس التعاقدي لغرامة التأخير اصطلاحا وقانونا

يتحدد الأساس القانوني لغرامة التأخير بتبيان موقف الفقه والقضاء والتشريع من حيث الأساس التعاقدي وغير التعاقدي لها.[2]

1- الأساس التعاقدي لغرامة التأخير من منظور الفقه والقضاء

أ-في الفقه

لقد اتفق فقهاء القانون العام أن جزاء غرامة التأخير لا يطبق من طرف المصلحة المتعاقدة إلا بناءا على نص يوضحها والذي يعطي الحق لتطبيق الغرامة التأخيرية ويعتمد المشرع في ذلك على اللائحة التنفيذية لقانون الصفقات العمومية، حيث أنها تطبق الغرامة التأخيرية وفق لهذه اللائحة وتدخل ضمن عقد الصفقة العمومية إذ لم يعترض أحد الأطراف عليها ويتم العمل بها حتى إذ لم ينص عليها العقد وهذا إستنادا إلى أنها مذكورة في اللائحة التنفيذية.

ب- في القضاء

إن المحكمة الإداية العليا قامت بتقييد المصلحة المتعاقدة بما ورد في العقد الإداري ولا يمكنها أن تخالفه فقد ورد في حكمها الصادر في 21 مارس 1970 بأنه: "من المبادئ المسلمة في فقه القانون الإداري أن غرامات التأحير في العقد الإداري في المواعيد المتفق عليها حرصا على حسن سير المرافق العامة

---

[1] مراد الوافي، **غرامة التأخير في الصفقات العمومية**، المجلة الأكاديمية للباحث القانوني، العدد:02، الجزائر، 2022، صفحة 484.

[2] موسى برادعية، ليلي هواري، **غرامة التأخير في الصفقة العمومية**، دراسة مقارنة، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، العدد:03، الجزائر، 2022، صفحة 210.

بإنتظام وإطراد، ولذا فإن الغرامات التي ينص عليها توقعها جهات الإدارة من تلقاء نفسها دون أن تلتزم بإثبات حصول الضرر كما لا يقبل إبتداءا من المتعاقد إثبات عدم حصوله".[1]

وهذا قبل أن تتاح الفرص أمام مجلس الدولة الفرنسي الذي بين وضوح عدم جواز التعويض للإدارة وعدم طلبه من القاضي وذلك لعدم وجود التعويض في نصوص العقود التي أبرمتها مع المتعامل المتعاقد معه وذلك من خلال القضيتين التي تختصان بعقد الالتزام الذي كان يقر أنه أخل المتعامل المتعاقد بالتزاماته، يمكن للإدارة طلب تعويض وتوقيع غرامات عليه، وبناءا على ذلك لو يسطيع القاضي تسليط الغرامة والمطالبة بتعويض لصالح المصلحة المتعاقدة لأن العقد الذي كان بين الطرفين لم ينص على ذلك.[2]

2- الأساس غير التعاقدي لغرامة التأخير فقها وموقف المشرع الجزائري.

يرى أصحاب هذا الإتجاه أن الغرامة التأخيرية تبنى على أساس غير تعاقدي حيث أنها تفرض بحكم القانون حتى في حالة عدم ذكرها في العقد الإداري وإنقسم أصحاب هذا الإتجاه إلى رأيان هما:

الرأي الأول: يقول إن للإدارة سلطة عامة والتزامات تخول لها توقيع جزاءات مالية ومنه غرامة التأخير بإعتبار أنها مظهر من مظاهر السلطة العامة التي لديها إمتياز التنفيذ المباشر.

الرأي الثاني: يقول أن المصلحة المتعاقدة تمثل المصلحة العامة وتسعى دوما لإستمرارية المرفق العام بإنتظام والحفاظ على ديمومته ولذلك لها الحق في توقيع جزاءات على المتعامل المتعاقد لضمان سير المرفق العام وإجبار المتعاقد على تنفيذ التزاماته التعاقدية المتعلقة بالمرفق العام لتحقيق المنفعة العامة.[3]

أما عن موقف المشرع الجزائري في تحديد أساس الغرامة التأخيرية: فقد أخذ بالأساس التعاقدي كأساس لتحديد الغرامة التأخيرية وهذا ما أكتده المادة 95 من المرسوم الرئاسي 247/15،[4] حيث جاء في قسم البيانات الالزامية ما يلي:

---

[1] مليكة أسماء بن صغير، غرامة التأخير في الصفقة العمومية، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم السياسية، جامعة الجيلالي ليابس سيدي بلعباس، 2019/2018، صفحة 47.

[2] موسى برادعية، ليلى هواري، غرامة التأخير في الصفقة العمومية، المرجع السابق، صفحة 211.

[3] مليكة أسماء بن صغير، المرجع السابق، صفحة 54.53.

[4] موسى برادعية وليلى هواري، غرامة التأخير في الصفقات العمومية، المرجع السابق، صفحة 212.

" يجب أن تشير كل صفقة عمومية إلى التشريع والتنظيم المعمول بهما وإلى هذا المرسوم. ويجب أن تتضمن على الخصوص البيانات الآتية...،- نسب العقوبات المالية وكيفيات حسابها، وشروط تطبيقها أو النص على حالات الإعفاء منها.."[1]

إضافة إلى ذلك المادة 2/147 من المرسوم الرئاسي 247/15 والتي جاءت تحت عنوان العقوبات المالية، تحدد الأحكام التعاقدية للصفقة نسبة العقوبات المالية وكيفيات فرضها أو الإعفاء منها طبقا لدفتر الشروط المذكور في المادة 26 من هذا المرسوم بإعتبارها عناصر مكونة للصفقات العمومية"[2]،

فالغرامة التأخيرية جزاء يسلط على المتعامل المتعاقد بموجب المرسوم الرئاسي وعقد الصفقة العمومية.[3]

خامسا: حساب غرامة التأخير

إن موضوع إحتساب الغرامة التأخيرية قد حظي بالإهتمام الأكبر في أغلبية القوانين مما يدل على أهمية نصوصها في توفير الدعم اللازم لتطبيقها في الممارسة العملية وذلك بشكل خاص عندما يتم تجاهل المصلحة المتعاقدة تحديد نسبها.

ففي مصر حسب المادة 83 من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات الصادرة في 1998 والتي جاء فيها أنه في حالة تطلب الأمر وإقتضت المصلحة العامة يمكن للجهة المختصة إعطاء مدة إضافية للمتعاقد لإتمام عمله وصدور المخالفة الناتجة عن التأخير بنسبة 01 بالمئة أسبوعيا مع مراعاة أن تكون إجمال الغرامات المفروضة على المتعاقد لا تتجاوز 10 بالمئة من قيمة العقد هذا عندما يتعلق الأمر بعقود المقاولات يتم حساب هذه الغرامات من حالة العمل النهائي فيما يتم حساب غرامات عقود التوريد بنسبة لا تتجاوز 03 بالمئة من قيمة السلعة الموردة المتأخرة.[4]

أما في الجزائر لم يتطرق صراحة المشرع الجزائري إلى كيفية حساب غرامة التأخير بل اكتفى بإحالتها الى دفتر الشروط وذلك من خلال المادة 147 الفقرة الثانية من المرسوم الرئاسي 247/15 والتي

---

[1] أنظر المادة 95 من المسوم الرئاسي 247/15 المؤرخ في2015/09/06 يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، الجريدة الرسمية، العدد:50، المؤرخة في 2015/09/26.

[2] نفس المصدر، المادة 147.

[3] موسى برادعية وليلى هواري، غرامة التأخير في الصفقات العمومية، المرجع السابق، صفحة 213.

[4] مراد الوافي، المرجع السابق، صفحة 488.487.

نصت " تحدد الأحكام التعاقدية للصفقات نسبة العقوبات المالية وكيفيات فرضها أو الإعفاء منها طبقا لدفتر الشروط المذكور في المادة 26 من هذا المرسوم بإعتبارها عناصر مكونة للصفقات العمومية..."[1]

نستنتج من نص المادة أن المشرع قد منح للمصلحة المتعاقدة سلطة تقديرية كاملة لحساب غرامة التأخير،

قد تفرض بعض الإدارات المتعاقدة غرامات التأخير بنسبة جزافية لا تتعدى 10 بالمئة من قيمة العقد الإجمالي في حالة تجاوز الغرامة المحسوبة بالعلاقة الثلاثية نسبة 10 بالمئة من المبلغ الإجمالي للصفقة بما في ذلك الملاحق، وتوجد إدارات أخرى تميل إلى إستخدام الغرامة التي تعتبر الأنسب والأصلح للمتعاقد والتي تعتمد على النموذج الأنسب، مما يؤكد تقدير الإدارة المتعاقدة لظروف المتعاملين المختلفة أثناء فرض هذه الغرامة.[2]

الفرع الثاني: خصائص الغرامة التأخيرية

للغرامة التأخيرية مجموعة من الخصائص سنحاول إجازها فيما يلي:

أولا: يتم توقيع هذا الجزاء بقرار إداري دون اللجوء الى القضاء

وهو ما يعرف بإمتيازة المبادر، ويجب أن يكون قرار الجزاء موافقا للمشروعية من كل جوانبه، كما يجوز للمتعاقد الطعن في صحته، كأن ينفي التأخير وهو السبب الموجب لإصدا القرار،[3] وهذا ما جعل غرامة التأخير تتميز بأنها مرنة، لكن مجرد النص عليها في العقد لا يكفي لإستحقاقها، بل لابد من أن تفصح الإدارة عن إرادتها الملزمة في فرض هذه الغرامة من خلال إصدار قرار الجزاء، وإقتضاءها منوطة بتقدير جهة الإدارة.[4]

---

[1] أنظر المادة 147 الفقرة الثانية من المسوم الرئاسي 247/15، المصدر السابق.

[2] مراد الوافي، المرجع السابق، صفحة 489.

[3] أشرف محمد حمامدة، **الجزاءات في تنفيذ العقود الإدارية في النظام السعودي**، مجلة المنار للبحث والدراسات القانونية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة يحيى فارس المدية، الجزائر، 2018، صفحة 55.54.

[4] منصور إبراهيم العتموم، **النظام القانوني لغرامة التأخير في العقود الإدارية(دراسة تحليلية مقارنة)** ، مجلة الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، السنة السابعة والعشرون، العدد:53، 2013، صفحة 351.350.

ثانيا: غرامة التأخير من النظام العام

إن غرامة التأخير من النظام العام، لا يجوز الإتفاق على مخالفته، وبالتالي يجب أن يكون منصوص عليه في العقد، حيث لاتستطيع الإدارة أن تزيد من قيمتها، كما لا يمكن للمتعاقد أن يحتج؛ لأن الضرر هنا متحقق بمجرد التأخير.[1]

ثالثاّ: غرامة التأخير بمثابة تعويض جزافي يتم النص عليه في العقد مقدما

يرى البعض أن غرامة التأخير عبارة عن تعويض جزافي يتم النص عليه في العقد مقدما، إلا أن في حقيقة الأمر هي أقرب للعقوبة لإرتباطها بالخطأ لا بالضرر، فالتعويض لابد من توافر الخطأ والضرر ورابطة السببية، أما بالنسبة لغرامة التأخير فالضرر يكون فيها مفترض.

رابعا: الغرامة التأخيرية إتفاقية

إن الأصل العام في جميع العقود هو أن العقد شريعة المتعاقدين وبالتالي لا يحق لأي منهما أن يخالف ما جاء في بنود العقد وهذا الأمر ينطبق أيضا على العقود الإدارية فيجب أن يكون هناك توافق إرادتين يتولد عنها مجموعة من الحقوق والالتزمات على عاتق كل منهما يجب التعرف عليها من طرفهم والالتزام بها.[2]

غير أن الإشكال في هذه الحالة يوجد عند غياب النص في العقد المبرم لكن المشرع الجزائري تدارك الأمر وذكر خاصية الإتفاق في الغرامة التأخيرية.[3]

من خلال المادة 90 من المرسوم 236/10 على ما يلي: تقتطع العقوبات المالية التعاقدية المطبقة على المتعاملين المتعاقدين بموجب بنود الصفقة من الدفعات التي تتم حسب الشروط والكيفيات المنصوص عليها في الصفقةً [4]

---

[1] أشرف محمد حمامدة، المرجع السابق، صفحة 54.53.

[2] إنصاف أحمد محمد. **غرامة التأخير كجزاء في العقد الإداري**، مجلة جامعة تشرين للبحوث والدراسات العلمية، العدد:5، سوريا، 2018، صفحة 15.

[3] ربيحة سبكي، المرجع السابق، صفحة 94.

[4] أنظر المادة 90 من المرسوم الرئاسي 235/10 مؤرخ في 28 شوال عام 1431 الموافق 7 أكتوبر 2010 المتضمن تنظيم الصفقة العمومية الجريدة الرسمية العدد:58، الصادرة في 07 أكتوبر 2010 معدل ومتتم بموجب المسوم الرئاسي رقم

خامسا: الطابع التلقائي للغرامة التأخيرية

تطبق الغرامة التأخيرية بصفة تلقائية دون أي إعذار أو تنبيه بشأنها، وذلك بمجرد التأخير في تنفيذ الصفقة العمومية[1] حتى وإن كان المصلحة المتعاقدة غير متضررة من هذا التأخير فلها الحق في توقيع هذه الغرامة[2] وبهذا يترتب على الخاصية التلقائية في الغرامة التأخيرية ما يلي:

- ✓ تطبق دون اللجوء إلى القضاء كونها عقد من العقود الإدارية المتميزة عن القانون الخاص فتطبق المصلحة المتعاقدة الغرامة التأخيرية بموجب قرار إداري بإرادتها المنفردة ويمكنها بعد ذلك خصم الغرامة من مستحقات المتعامل المتعاقد معه مباشرة وتستند في ذلك الى دفتر الشروط الإدارية وقانون الصفقات العمومية.
- ✓ تطبق الغرامة التأخيرية من طرف الإدارة وحدها دون اللجوء الى إثبات الضرر من طرف المتعاقد معه.
- ✓ تستحق مباشرة دون أي إعذار مسبق للمتعامل معها وهذا ما أكدته المادة 90 من المرسوم الرئاسي رقم 236/10 والمادة 30 من دفتر الشروط الإدارية المتعلقة بصفقات الأشغال العامة ومن هذا يمكن القول أن الغرامة التأخيرية تكون دون إعذار مسبق كونها إتفاقية، فعلم المتعاقد قائم لا محالة.[3]

سادسا: الغرامة التأخيرية مرنة

تتصف الغرامة التأخيرية بالمرونة كون المصلحة المتعاقدة لديها السلطة التقديرية لإقتضائها، كون الجهة الإدارية تسعى إلى حسن سير المرفق العام بإنتظام وإستمرار، فلها أن تقدر ظروف المتعامل المتعاقد بإعفائه من الغرامة التأخيرية أو الإنقاص من قيمتها، وهذا حق من حقوق الإدارة إتجاه الجهة المتعاقدة معها وهذا لمجابهة تقصير وتأخير المتعامل المتعاقد في تنفيذ التزاماته التعاقدية.[4]

03/13 مؤرخ في أول بيع الأول عام 1434، الموافق 13 يناير 2013، الجريدة الرسمية، العدد:02، الصادرة في 13 يناير 2013.

[1] نور الدين بوشليف، **دفع الغرامة التأخيرية في الصفقات العمومية على ضوء الأحكام القانونية الجديدة الخاصة بتدابير الوقائية الخاصة بجائحة كرونا-كوفيد 19**، مجلة الأبحاث القانونية والسياسة، العدد:01، الجزائر، جوان، 2021، صفحة 158.

[2] إنصاف أحمد محمد، المرجع السابق، صفحة 16.

[3] ربيحة سبكي، المرجع السابق، صفحة 77.

[4] مليكة أسماء بن صغير، المرجع السابق، صفحة 77.

سابعا: جواز الجمع بين غرامة التأخير وباقي الجزاءات الأخرى

يجوز جمعهما مع الجزاءات الضاغطة أو الجزاءات الفاسخة، مثل توقيع غرامات التأخير مع جزاء سحب العمل من المقاول متى توافرت شروط كل من الجزاءين.[1] من خلال المادة 90 من المرسوم 236/10 سالفة الذكر.

المطلب الثاني: القواعد الناظمة لفرض غرامة التأخير

إن غرامة التأخير تقوم على تحميل المتعهد بدفع مبلغ من المال إلى الإدارة كونها ذات طابع جزائي تعاقدي وهذا راجع لضمان تنفيذ عقد الصفقة العمومية في الوقت المحدد من جهة، أما من جهة أخرى ضمان سير النظام العام بإنتظام وإطراد والحفاظ على المال العام، وطبقا للقانون 12/23، تملك الإدراة سلطة ممارسة الجزاءات المالية حسب نص المادة.

إن المشرع الجزائري قد منح للمصلحة المتعاقدة حق توقيع العقوبات في حالتين، إضافة إلى حالات الإعفاء والتي نصت عليها المادة 84 في الفقرة الثانية من القانون رقم 12/23بقولها " يعود قرار الإعفاء من دفع العقوبات المالية بسبب التأخير، إلى مسؤولية المصلحة المتعاقدة. ويطبق هذا الإعفاء عندما لا يكون التأخير قد تسبب فيه المتعامل المتعاقد...".

الفرع الأول: حالات توقيع الغرامة التأخيرية

خول المشرع الجزائري للمصلحة المتعاقدة حق توقيع عقوبات مالية في شكل غرامة وهناك حالات لممارسة هذا الحق وسنفصلها فيما يلي:

أولا: حالة عدم تنفيذ الالتزامات محل التعاقد في الأجال المتفق عليه

تفرض الغرامات التأخيرية على المتعاقد مع الإدارة بمجرد تأحره عن تنفيذ العقد حتى ولو لم يترتب عن ذلك أي ضرر دون حاجة إلى إنذار أو أية إجراءات قضائية أخرى، فخطأ المتعاقد يكمن في عدم وفائه والتزامه بالمواعيد المتفق عليها، أي أن تأخره في تنفيذ العقد هو أساس إستحقاق الإدارة للغرامة التأخيرية.[2]

وطبقا للمادة 84 من القانون 12/23 فإن عنصر الزمن يعد دافعا مهما وإستراتيجيا في تنفيذ الصفقات العمومية وجب التقيد به وهذا لتمكن من الدخول في علاقات تعاقدية أخرى أو تنفيذ شطر من البرنامج

---

[1] أشرف محمد حمامدة، المرجع السابق، صفحة 55.

[2] فارس علي جانكير، المرجع السابق، صفحة 118.117.

المؤطر قصد الإنتقال إلى شطر آخر، فلهذا من المستحيل الإعفاء من عنصر الزمن أو عدم إعطائه مكانة جسيمة تليق به والأمر يتعلق بالمحافظة على المرافق العامة والخدمات والمصلحة العامة[1] وبمعنى آخر وأكثر وضوحا: التأخر في تنفيذ الأشغال العامة يؤدي وينتج عنه زيادة تكاليف المشاريع، ولهذا ولكي تحرص الإدارة على إتمام الأشغال في مواعيدها وجب إدراج في عقود الصفقات العمومية بنودا على الغرامة التأخيرية.[2]

أي أن المتعاقد تعهد بتنفيذ موضوع الصفقة خلال المدة المتفق عليها إما إذا أخل بهذا الالتزام فمنطقيا يخضع للجزاء تسلطه المصلحة المتعاقدة دون الحاجة للجوء إلى القضاء.[3]

ثانيا: حالة عدم التقيد المطابق للشروط والمواصفات المتفق عليها

نصت على هذه الحالة المادة 84 من فقرتها الأولي من القانون 12/23 بقولها " ينجر عن ... أوتنفيذها غير المطابق، فرض عقوبات مالية من قبل المصلحة المتعاقدة".[4]

حسب ما ذكرته المادة القانونية فإن هذه الحالة المتعاقد مع الإدارة إذا أخل بأي شرط من الشروط التي إتفق عليها في الصفقة العمومية وكيفية التنفيذ أيضا فيخرج من الالتزامات التي تعهد بها فهنا أيضا المشرع أكد على خضوعه للجزاء المالي المتمثل في الغرامة التأخيرية.

والجدير بالذكر أنه وإن كان هذا الجزاء كما ذكرنا سابقا إلا أنه له أساس عقدي ينبع قوته من العقد، إلى جانب النصوص التنظيمية وهذا إن المادة 147 في فقرتها الثانية من المرسوم الرئاسي 247/15 جاء فيها أن نسبة العقوبات المالية وكيفية فرضها أو الإعفاء منها يحدد في الصفقة العمومية وهذا تأكيدا أيضا من المادة 95 من نفس المرسوم أعلاه التي إقتضت بذكر نسب العقوبات المالية وكيفيات حسابها وشروط تطبيقها أو النص على حالات الإعفاء منها في الصفقة العمومية.

---

[1] موسى برادعية وليلي هواري، غرامة التأخير في الصفقة العمومية، المرجع السابق، صفحة 214.

[2] علي بن شعبان، آثار عقد الأشغال العامة على طرفيه في التشريع الجزائري، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراة في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة منتوري قسنطينة، الجزائر، 2011، صفحة 105.

[3] منال حليمي، تنظيم الصفقات العمومية وضمانات حفظ المال العام في الجزائر، أطروحة لنيل دكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، الجزائر، 2016/2015، صفحة 90.

[4] أنظر المادة 84 القانون 12/23، المصدر السابق.

وكما أن قضاء الغرفة الإدارية للمحكمة العليا كرس تطبيق الغرامة التأخيرية في القرار الصادر بتاريخ 1989/12/16 إذ جاء فيه: " من المقرر قانونا أن غرامات التأخير تطبق عند عدم تكملة الأشغال في الآجال على أساس مواجهة بسيطة بين تاريخ إنقضاء الأجل المتعاقد عليه وتاريخ الإستلام ".[1]

الفرع الثاني: الإعفاء من الغرامة التأخيرية

إن الأصل العام أن الإدارة لها الحق في فرض غرامة التأخير على المتعامل المتعاقد الذي تأخر وأخل في تنفيذ التزاماته التعاقدية فإن هذا الأصل له إستثناءات ترد عليه حيث تقضي المصلحة المتعاقدة عن توقيع غرامة التأخير على المتعامل المتعاقد في أحوال معينة.

أولا: خطأ الإدارة المتعاقدة

إن الإدارة قد تتسبب في تأخر المتعاقد عن تنفيذ التزاماته ومن هذا فليس لها فرض غرامة التأخير عليه بسبب تقصيره في التنفيذ ولهذا عليه مطالبته بإعفائه من هذه الغرامة التأخيرية شرط أن يثبت بأنها المتسببة في تأخيره لهذا التنفيذ التعاقدي أو أنها جعلة تنفيذه عسيرا كتأخير المتعاقد في تسليم المبتغى الذي بداه مع الإدارة وهذا لأنها تأخرت في تسليمه الأرض التي سيقام عليها المبنى في الوقت المحدد.[2]

تقضي العدالة ألا يتحمل المتعاقد إستحالة مواصلة تنفيذ عقد الصفقة لأسباب تخرج عن إرادته والمشرع الجزائري في فقرته الثانية من المادة 84 من القانون 12/23، فإنه نص بدوره على الإعفاء من غرامة التأخير بسبب خطأ الإدارة، وهذا بقولها:"يعود قرار الإعفاء من دفع العقوبات المالية بسبب التأخير إلى مسؤولية المصلحة المتعاقدة، ويطبق هذا الإعفاء عندما لا يكون التأخير قد تسبب فيه المتعامل المتعاقد"[3].

نلاحظ أن المادة أكدت على أن كل خطأ من جانب الإدارة يعفي المتعامل المتعاقد من هذه الغرامة التأخيرية، لكن ضروري تسليم هذا الأخير أوامر بتوقيف الأشغال أو إستئنافها، لكن لا يمكن للمتعامل المتعاقد أو المقاول وهذا على نحو ما تعدد ذكره، أن يدفع بعدم تنفيذ الإدارة لالتزاماتها وهذا فقط لكي يتحرر من تنفيذ الصفقة العمومية، طالما بإستطاعته التنفيذ، وهذا ضمانا لحسن سير المرافق والحفاظ على المال والنظام العام.

---

[1] ربيحة سبكي، المرجع السابق، صفحة 93.

[2] موسى برادعية وليلى هواري، غرامة التأخير في الصفقة العمومية، صفحة 216.

[3] أنظر المادة 84 من القانون 12/23، المصدر السابق.

إن مسؤولية الإدارة على أساس الخطأ العقدي في نتيجة الإمتناع عن قيامها بتنفيذ الالتزامات الناتجة عن تنفيذ الصفقة العمومية سواء بالعمد أو بالإهمال ومن هذا سندرج بعض الصور للأخطأ المترتبة للمسؤولية العقدية:

1- التقاعس بالتزاماتها من حيث تمكين المتعاقد معها في البدء بالتنفيذ وهذا بـ:

- ✓ عدم تسليم المتعاقد معها الموقع في الوقت المناسب.
- ✓ عدم تقديم للمتعاقد المواد الضرورة للتنفيذ.

2- الدفع بعدم التنفيذ: أي يقتصر الطرف الأول بوقف تنفيذ التزاماته حتى ينفذ الطرف الأخر التزاماته.[1]

ثانيا: حالة القوة القاهرة

وهي إرتطام المتعامل المتعاقد بظروف خارجية لم تكن منتظرة ولا محتملة أثناء إبرام الصفقة العمومية، فتجعل تنفيذها أكثر إنهاكا مثلا أن تكون الظروف الاقتصادية ألت إلى إرتفاع الأسعار، أو ظروف طبيعية ينجر عنها توقيف أجال التنفيذ مثلا.[2]

وحتى نكون أمام قوة قاهرة وجب توافر ثلاث شروط أساسية وهي:

الشرط الأول: القوة القاهرة حادث خارجي

ويقصد به أنلا يكون للمتعامل المتعاقد يد في حدوث الفعل فالقوة القاهرة عبارة عن حادث خارجي ومستقل عن إرادة طرفي عقد الصفقة العمومية، وأنلا يكون للمتعاقد السبب في الحادث، ومن هذا تستخلص أنه حتى يكون في حالة القوة القاهرة وجب أن يكون أمام حادث أو فعل خارجي لا يد للمتعامل مع الإدارة فيه.

الشرط الثاني: القوة القاهرة حادث غير متوقع

يسقط حق الإدارة في توقيع غرامة التأخير إذا كان سبب الإخلال في تنفيذ العقد سببه نتيجة حتمية لحادث قاهر لكن لم يكن محتمل ولا متنبئ به.

---

[1] مليكة أسماء بن صغير، المرجع السابق، صفحة 99.98.

[2] ربيحة سبكي، المرجع السابق، صفحة 106.

الشرط الثالث: الإستحالة المطلقة في تنفيذ الالتزام

لتكون أمام قوة قاهرة وجب أن يكون الفعل أو الحدث الخارجي مستحيل وهذا نتيجة جعل تنفيذ الالتزام مستحيلا إستحالة مطلقة.[1]

ثالثا: حالة التمديد الإداري

إن المتعامل المتعاقد أثناء تنفيذ عقد الصفقة العمومية قد تواجهه جملة من العراقيل والصعوبات المؤدية لصعوبة التنفيذ، وهذه الصعوبات ليست في مرتبة القوة القاهرة أو الظروف الطارئة، فيتقاعس عن تنفيذ الصفقة في الآجال والمواعيد المحددة في الصفقة ففي هذه الحالة تلجأ الإدارة إلى ما يسمى بالتمديد الإداري أي إعطاء مهلة أو مدة معينة جديدة للتنفيذ[2] وهذا بطلب يقدم للإدارة رسميا وتوافق عليه دون تحفظ من جانبها، فعملية التمديد تدخل ضمن إمتيازات الإدارة وهذا بصورة صريحة أو ضمنية.

1- التمديد بصورة صريحة

أي إفصاح الإدارة المتعاقدة دون تحفظ وبشكل رسمي بمنح المتعاقد مهلة إضافية للتنفيذ طبعا بعد طلب مقدم منه ويتضمن موافقة الإدارة بشكل رسمي.

2- التمديد بصورة ضمنية

أي في حالة إنتهاء الآجال للتنفيذ ولكن الإدارة التزمت بصمت ولم تتخذ أي إجراء ضد المتعاقد المقصر.[3]

المبحث الثاني: توقيع جزاء التعويض ومصادرة التأمين

يحق للمصلحة المتعاقدة أن تطالب المتعاقد معها إذا أخل بالتزاماته التعاقدية بالتعويض الذي هو الجزاء الأصيل في حالة عدم إحترام دفتر الشروط، وذلك إذا لم ينص في الصفقة على جزاءات مالية كالغرامات لمواجهة هذا الإختلال، وسنوضح ذلك في الفرع الأول.

---

[1] عادل قراتة، **إعفاء المتعاقد مع الإدارة من غرامة التأخير**، مجلة التواصل في الاقتصاد والإدارة والقانون، عدد35، الجزائر، سبتمبر 2013، صفحة 178.

[2] مليكة أسماء بن صغير، المرجع السابق، صفحة 101.

[3] سليمان محمد الطماوي، المرجع السابق، صفحة 496.

أما مصادرة التأمين فهي عبارة عن مبالغ مالية تودع لدى جهة المصلحة المتعاقدة تتوقي بيها أثار الأخطاء التي يرتكبها المتعاقد أثناء تنفيذ الصفقة، ويضمن لها ملائمته لمواجهة المسؤوليات الناجمة عن تقصيره، وسنوضح ذلك في الفرع الثاني.

المطلب الأول: جزاء التعويض

التعويض من حق المصلحة المتعاقدة في حالة ما إذا تسبب المتعاقد ضرر لها، ولجبر هذا الضرر الذي لحقها من جراء التنفيذ غير المطابق، وكذلك في حالة مخالفة دفتر الشروط الخاص بالصفقة.

الفرع الأول: الأساس القانوني لجزاء إقتضاء التعويض

أولا: تعريف جزاء إقتضاء التعويض

التعويض في مجال الصفقات العمومية هو:" المبالغ التي يحق للإدارة أن تحصل عليها من المتعاقد لجبر الأضرار الناتجة عن إخلاله بتنفيذ التزاماته التعاقدية، وذلك في حالة إذا لم ينص العقد الإداري أو دفتر الشروط على جزاءات أخرى لمواجهة هذا الإخلال ".[1]

ومن ثم فجزاء إقتضاء التعويضات بإخلال المتعاقد بالتزاماته دون أن تكون مقدرة مقدما في الصفقة والهدف منها تغطية الضرر الحقيقي الذي يلحق بالمصلحة المتعاقدة نتيجة لخطئه.[2]

ثانيا: الطبيعة القانونية لجزاء إقتضاء التعويض

التعويض في عقود الصفقات العمومية هو الجزاء الأصيل للإخلال بالالتزامات التعاقدية وذلك إذ لم ينص على جزاءات مالية بديلة أخرى لمواجهة هذا الإخلال، والنظام القانوني لهذه التعويضات قريب من النظام المدني، فيما يتعلق بشروط إقتضاء التعويض خاصة في إشتراط ركن الضرر.

وقد بين المشرع الجزائري ذلك بدقة في نص المادة 124، القسم الأول المسؤولية من الأفعال الشخصية من الفصل الثالث: الفعل المستحق التعويض من قانون رقم 05-10 المؤرخ في 2005/06/20 من القانون المدني الجزائري أي المسؤولية التي يتحملها الشخص بسبب إخلاله بالتزام قانوني نتيجة خطأ أو إ

---

[1] هيثم حليم غزي، سلطات الإدارة في العقود الإدارية، دراسة مقارنة الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2014، صفحة 107.

[2] أكلي نعيمة، النظام القانوني لعقد الإمتياز الإداري في الجزائر، رسالة ماجستير في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2013، صفحة 107.

إهمال أو تقصير،[1] والتي تقضي بأن كل خطأ ترتب عليه ضرر يلزم من إرتكبه بدفع مبلغ مالي يعادل الضرر اللاحق بالطرف المضرور قاسيا على ذلك فإن الطبيعة القانونية لجزاء إقتضاء التعويض في عقود الصفقات العمومية هي تعويض جزافي يحكم بيه القضاء الإداري للمصلحة المتعاقدة نتيجة الأضرار التي تحملها من جزاء إخلال المتعاقد في تنفيذ التزاماته، بحيث يكون الضرر مباشرة وحقيقي ولاحق بالمصلحة المتعاقدة وبالمرفق العام.

ثالثا: التكييف القانوني للتعويض

نجد أن المشرع الجزائري في المادة 133 من المرسوم الرئاسي 247/15 حدد بدقة مبلغ كفالة حسن التنفيذ بنسبة تتراوح بين خمسة في المائه (5%) وعشرة في المائة (10%) من مبلغ الصفقة حسب طبيعة وأهمية الخدمات الواجب تنفيذها، إذا فطبيعة التعويض في القانون الخاص هي إصلاح الضرر وجبره ومحاولة إرجاع الحال الى ما كان عليه قبل الإخلال أو التأخير في التنفيذ، أما في مجال العقود الإدارية ينبغي النظر إليها لا على أنها تعويض مادي عن الضرر، أو أنها عقوبات على المتعاقد فحسب بل هي من قبل وسائل في أيدي الإدارة تبتغي بها تأمين سير المرافق العامة بإنتظام وإطراد، فهي ليست مجرد أدوات لمعالجة إخلال الملتزم بالتزاماته.[2]

رابعا: شروط جزاء إقتضاء التعويض

التعويض في عقود الصفقات العمومية معترف به كجزاء تملك المصلحة المتعاقدة توقيعه على المتعاقد معها بمقتضى عقد الصفقات العمومية، فهو يشمل كافة عقود الصفقات العمومية، ولكي يتم التعويض لابد من توفر شروط وأركان معينة، تتمثل فيما يلي:

1- الخطأ العقدي: وهو إخلال أحد المتعاقدين بالتزاماته الناشئة من الصفقة أي إخلال بالتزام عقدي، وإما أن يكون الزاما بتحقيق نتيجة أو التزام ببذل عناية، فالخطأ العقدي فيتم مخالفتها مما يستوجب عقوبة التي تتمثل في تعويض المصلحة المتعاقدة لتغطية الضرر.

---

[1] علي فلالي، الفعل المستحق التعويض، مرقم للنشر، الطبعة الثانية، الجزائر، 2017، صفحة 5.

[2] عبد القادر دراجي، **سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات الإدارية**، مجلة الفكر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر باتنة، الجزائر، 2012، صفحة 98.

2- تحقيق الضرر: يشترط لإستحقاق التعويض المطلوب أن يكون ضررا مباشرا وهو الذي يكون نتيجة طبيعة الخطأ الذي إرتكبه، ولا يستطيع المضرور توقيعه بجهد معقول، ولا يكون الضرر مباشرا إلا إذا كان طبيعته لعدم الوفاء بالالتزام، أو التأخير فيه طبقا لمجرى المعتاد للأمور.

كما يقدر التعويض وفقا لجسامة الضرر الذي تحملته المصلحة المتعاقدة بإستعمال وسائل القانون الخاص من توفر الخطأ الضرر ولعلاقة السببية.

3- العلاقة السببية بين الخطأ والضرر: الأساس القانوني لفرض جزاء التعويض يرتكز على شرطي الخطأ يحدث عنه ضرر لحق بالمصلحة المتعاقدة حقها في الحصول على التعويض من المتعاقد يجب أن يكون الخطأ هو السبب في الضرر.

وعليه يثبت للمصلحة المتعاقدة حقها في الحصول على التعويض من المتعاقد يجب أن يكون هناك خطأ من المتعاقد نتج عنه ضرر مباشر على أساس علاقة سببية بين الإخلال وحدوث الضرر الفعلي.

خامسا: خصائص التعويض

إن التعويض هو جزاء الإخلال بالاتزامات التعاقدية فمن خصائصه إجبار الضرر الذي تتعرض له المصلحة المتعاقدة، بالتالي فإن التعويض في الصفقات العمومية يرمي إلى كفالة حسن سير المرافق العامة، وذلك بإقتضاء التعويض من المتعامل المتعاقد المخل بالتزاماته، حيث أن خوف المتعامل المتعاقد من دفع مبلغ مرتفع سيدفعه إلى تنفيذ التزاماته طواعية كما أن التعويض كمبدأ عام لا يكون محددا ومقدرا مقدما في الصفقة وإلا أصبح في حكم الغرامات.

فالنصوص المنظمة للصفقات العمومية وكذلك دفاتر الشروط الإدارية العامة المتعلقة بصفقات الأشغال العامة، لم تتطرق ولم توضح طريقة تحديد مبلغ التعويض، فقد إكتفت بالبحث على وجوب تعويض المصلحة المتعاقدة عن الأضرار[1] التي تلحقها من جراء الأخطاء التي إرتكبها المتعامل المتعاقد معها لجبر هذه الأضرار يمكن القول أن المصلحة المتعاقدة لا تملك إمكانية تحديد مقدار التعويض بنفسها طالما إنعدم وجود النصوص القانونية أو العقدية التي تخول لها ذلك ومن ثم فهي مجبرة على اللجوء إلى القضاء للحصول على التعويض المناسب للأضرار التي لحقت بها من جراء تقصير المتعامل المتعاقد في تنفيذ

[1] تنص المادة 26 في فقرتها الثالثة من دفتر الشروط العامة على أن تحمل المقاول النفقات الناتجة عن العملية عندما يكون فساد البناء محققا ومعترف به دون الإخلال بالتعويض الذي يمكن أن تطلب به الدولة.

التزاماته التعاقدية، وعليه فإن القاضي هو الذي يحدد قيمة التعويض الواجب دفعه من قبل المتعامل المتعاقد ويقدر التعويض وفقا لجسامة الضرر الذي تحملته المصلحة المتعاقدة.

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

سادسا: حالات الإعفاء من جزاء إقتضاء التعويضات

في جزاء التعويض تكون سلطة المصلحة المتعاقدة مقيدة، بحيث لا يمكنها إعفاء المتعاقد معها المخل بتنفيذ التزاماته، إلا إذا كان الضرر الناشئ عن عدم التنفيذ بسبب أجنبي أو بفعل المصلحة المتعاقدة نفسها، وذلك على عكس الجزاءات المالية الأخرى، وأهم هاته الحالات:

- ✓ إعفاء المتعامل المتعاقد من التزاماته في حالة الإستحالة المطلقة للتنفيذ، ويترتب على القوة القاهرة إعفاء المتعاقد من التزاماته إتجاه المصلحة المتعاقدة وقد طبق مجلس الدول الفرنسي هذه القاعدة في الكثير من قرراته.[3]

---

[1] المادة 179 من الأمر رقم 75/58، المؤرخ في 26 ديسمبر 1975، المعدل والمتمم بالقانون رقم 05-10، المؤرخ في 20 يونيو 2005، الجريدة الرسمية، العدد:44، المؤرخ في 2005.

[2] عمار بوضياف، المدخل للعلوم القانونية(النظرية العامة للقانون وتطبيقاتها في التشريع الجزائي) الطبعة الثالثة، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2003، صفحة 166 .165.

[3] إسماعيل بحري، الضمانات في الصفقات العمومية في الجزائر، ماجستير في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2009.2008، صفحة 97.

- ✓ بإمكان المتعاقد مع الإدارة أن ينبغي عنه مسؤولية الخطأ إذا ثبت أن الخطأ وقع بسبب أجنبي سواء عن طريق إثبات أن الخطأ وقع نتيجة القوة القاهرة أو الحادث المفاجئ أو بفعل المصلحة المتعاقدة نفسها.[1]
- ✓ يعفى المتعاقد من التعويضات في حالة القوة القاهرة "وفي حالة القوة القاهرة تعلق الآجال ولا يترتب على التأخير فرض العقوبات المالية بسبب التأخير، ضمن الحدود المسطرة في أوامر توقيف وإستئناف الخدمة التي تتخذها نتيجة ذلك المصلحة المتعاقدة ".[2]

وفي الجزائر الإعفاء من التعويض أو تخفيضه يخضع تقديره لسلطة القاضي الإداري بناء على طلب من المتعاقد إذ ثبت أن الخطأ قد وقع بسبب أجنبي، وفي حالة الإستحالة المطلقة للتنفيذ.

الفرع الثاني: تطبيقات وآثار جزاء اقتضاء التعويض

أولا: كيفية تحصيل التعويض

يشير[3](DE LAUBADERE) أنه من المسلم به أن التعويض معترف به كجزاء تملك الإدارة توقيعه على المتعامل معها بمقتضى عقد من العقود الإدارية، وفي فرنسا أنه يحق للإدارة أن تلجأ إلى تحصيل قيمة التعويض بمقتضى أوامر بالدفع تصدره بإرادتها المنفردة، ويقبل ذلك من جانب المتعاقد معها الحق في أن ينازع في هذا التقدير أمام القضاء، ويجوز للقاضي الحكم بإنقاص قيمة التعويض إذا كان مبالغا في تقديره أو إعفاء المتعاقد منه نهائيا إذا لم يكن لهذا التعويض أساس قانوني[4] أما بالنسبة للجزاء فإن المصلحة المتعاقدة الحق في الحصول على التعويض المناسب جراء إخلال المتعامل المتعاقد عن تنفيذ التزاماته، والضرر الذي يصيبها من ذلك، لم تشير النصوص المنظمة للصفقات العمومية ودفاتر الشروط إلى كيفية تحصيل التعويض المستحق بصفة واضحة، فبالروجوع إلى المواد 48.36. 7/35 من دفتر الشروط الإدارية العامة نجد أن التعويض يقطتع من المبالغ التي يستحقها المتعاقد، أو من ضمانه، لا يحول ذلك دون

---

[1] إبراهيم تامر محمد، الجزاءات الإدارية في عقد الأشغال العامة، رسالة الماجستير، كلية القانون، جامعة بابل، العراق، 2000، صفحة 81.

[2] أنظر المادة 147 الفقرة الخامسة من المرسوم الرئاسي 247/15 المصدر السابق.

[3] قرار مجلس الدولة رقم 006052 المؤرخ في 2003/04/15.

[4] – سعيد عبد الرزاق باخبيرة، سلطة الإدارة الجزائية أثناء تنفيذ العقد الإداري(دراسة مقارنة)، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق بن عكنون جامعة يوسف بن خدة، الجزائر، 2008، صفحة 231.230.

ممارسة الإجراءات التي تتخذ في حالة عدم التسديد، نفهم مما سبق أن التعويض يمكن أن تقدره وتحصله الإدارة من تلقاء نفسها، على أن ينازع المتعاقد هذا التقدير أمام القضاء إذا أراد ذلك، أما المشرع الجزائري من خلال المرسوم الرئاسي 236/10 في مادته 112 الفقرة الثالثة التي تنص أنه: " لا يمكن الإعتراض على قرار المصلحة المتعاقدة بفسخ الصفقة عند تطبيقها البنود التعاقدية في الضمان، والمتابعات الرامية إلى إصلاح الضرر الذي لحقها بسبب خطأ المتعاقد معها ".

أشير من خلال هذه الفقرة إلى التعويض الذي توقعه المصلحة المتعاقدة، ومع ذلك لا أستطيع التأكيد بأن رغبة المشرع قد إتجهت إلى النحو الذي سارت عليه تماما الحالة الفرنسية، فيجب على المشرع الجزائري أن يفصح بوضوح عن حق الإدارة في تحصيل التعويض من تلقاء نفسها أو تترك هذا الأمر للقضاء، حتى يزول أي لبس بهذا الصدد.

وعليه فإنه بإعتبار التأمين النهائي يمثل الحد الأدنى للتعويض الذي يحق للإدارة إقتضاؤه، فإنه يتعين على المصلحة المتعاقدة أن تثبت وقوع ضرر لها، يفوق مقدار قيمة التأمين. ذلك في حالة الخطأ الجسيم يتطلب الأمر تحديد التعويض وفقا لدرجة هذا الخطأ لتغطية الضرر الناجم عنه، ومن ثم لا ينبغي أن يكون مبلغ التأمين قيدا على المصلحة المتعاقدة من إقتضاء التعويضات المستحقة عن الأضرار الفعلية التي لم يغطيها التأمين، وبهذا المعنى جاءت الفقرة الثالثة من المادة 112 من المرسوم الرئاسي 236/10. وبناءا عليه، فإذا كان المشرع يمنع المتعامل المتعاقد من الإعتراض على قرار المصلحة المتعاقدة عند تطبيقها جزاء الفسخ، على تطبيق الجزاءات الأخرى من مصادة التأمين وتعويض الأضرار، فمن باب أولى عدم الإعتراض عليه في الجمع بين مصادرة التأمين والتعويض لتغطية الضرر الفعلي الذي لم يغطيه مبلغ الضمان.

بالتالي يمكن الجمع بين جزاء مصادرة التأمين والتعويض[1] إذا كان الضرر قد تجاور قيمة التأمين النهائي المحدد سلفا في العقد أو دفتر الشروط، على أن لا يكون قد حصر على جواز الجمع بين جزائي مصادرة التأمين والتعويض، أما إذا كان مصادرة التأمين النهائي قد جبرت الضرر كله فلا محل للتعويض ما لم يتفق على خلاف ذلك.

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

ثانيا: رقابة مشروعية جزاء التعويض

دور قاضي العقد في الرقابة على جزاء إقتضاء التعويض الذي تملك المصلحة المتعاقدة توقيعه بإرادتها المنفردة، حيث يراقب سلامة قرارها على الجزاءات، ففي فرنسا نجد أن مجلس الدولة الفرنسي يسلم بحق الإدارة في تحديد التعويض وإقتضائه بنفسها دون الحاجة إلى اللجوء إلى القضاء، يسمح لها بأن تحدده هي مقدما على أن ينازع المتعاقد في هذا التقدير أمام القضاء إذا شاء، لها أن تعدل عن إستعمال هذا الحق وتترك تقدير التعويض للقضاء،[1] فتقوم الإدارة بإصدا أوامر الدفع مباشرا أي المتعاقد له منازعة قرار الجزاء أمام القضاء الإداري سواء من حيث صحة القرار أو من حيث قيمة التعويض.[2]

ثالثا: تقدير التعويض القضائي

من مقتضى إعتبار منازعات الجزاءات التعاقدية تدخل في نطاق القضاء الكامل، فإن سلطة قاضي العقد لا تتوقف عند حد إلغاء الجزاء غير المشروع أو وقف تنفيذه، وإنما يتجاوز ذلك إلى القضاء بالتعويض إذا كان له ثمن مقتضى قانوني،[3] فقاضي القد عند تقديره للتعويض يأخذ في الإعتبار خطأ طرفي العقد، أي يراعي ما إذا كان الضرر ناتجا عن خطأ المتعاقد وحده أم أن الخطأ مشترك بينه وبين الإدارة، وإذا كان الخطأ مشترك بينهما قدر نصيب كل منهما فيه ما إذا كان خطأ أحدهما يستغرق خطأ الأخر أم لا، ومثال على خطأ الإدارة الذي لا يحقق لها مبدأ التعويض الكامل أن تتأخر في تسليم الموقع للمقاول وكذلك ينظر إذا ما كان الضرر محقق أم لا، أي حصل فعلا وتجسدت أثاره على الواقع أم لا ثم تحديد قيمة الضرر، كما يأخذ بعين الإعتبار المرحلة التي يتم إخطاره فيها، فيكون التعويض بقدر الضرر بتاريخ الحادث.

إن تقدير التعويض مع مراعاة الظروف، الملابسة من المسائل التي يستقل بتقديرها قضاة الموضوع ولا معقب لحكمهم في هذا الشأن من طرف المحكمة العليا طالما بينوا عناصر الضرر ووجه أحقيته، كما

---

[1] بن عبد المالك بوفلجة، **النظام القانوني للتعويض في العقود الإدارية،(قراءة في تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام رقم (247/15)، دفاتر السياسة والقانون**، ورقلة، العدد:14، 2017، صفحة 121.

[2] عبد الوافي عبد الجبار، بن السحيمو محمد المهدي، **رقابة القضاء الإداري على قرارات الإدارة في توقيع الجزاء في عقود الصفقات العمومية**، مجلة القانون والعلوم السياسية، المركز الجامعي صالحي أحمد النعامة، الجزائر، المجلد:04، العدد:01، 2018، صفحة 263.

[3] بن عبد المالك بوفلجة، المرجع السابق، صفحة 124.

لا يقتصر التعويض كأصل عام على مبلغ التعويض وإنما يمكن أن يتمثل في المنازعات في تمديد مدة العقد.[1]

ما تقدم يعتبر الأصل في تقدير التعويض، لكن يجوز أن يتم التقدير بإتفاق الطرفين مقدما قبل عرض النزاع على القضاء وهذا ما يعرف بالتعويض الإتفاقي أو الشرط الجزائي كما قد يتولى القانون مقدما تقدير التعويض متى ما كان محل الالتزام دفع مبلغ من النقود، وهذا ما يعرف بالتعويض القانوني.

رابعا: علاقة التعويض بالجزاءات الأخرى

من أبرز مظاهر تمييز التعويض في العقود الإدارية عن العقود المدنية، إمكانية الجمع بينه وبين غيره من الجزاءات التعاقدية مثل: الجمع بين غرامة التأخير والتعويض، لكن فيما يخص الجمع بين التعويض ومصادرة التأمين هناك خلاف في الفقه، هناك من رفض الجمع بينهما برغم أن كلاهما تعويض، وهناك من ذهب إلى إمكان الجمع إعتبارا بأن لكل منها سببا لإستحقاقه يخالف الآخر، ويجب أن تكون إمكانية الجمع أن تتوفر فيها شرطين:

الشرط الأول: أن يكون الضرر متجاوزا لقيمة التأمين، فالمتفق عليه أن مصادرة التأمين تمثل الحد الأدنى للتعويض.

الشرط الثاني: التعويض لا يستحق إلا بعد إنذار المدين ما لم ينص على غير ذلك هذا الإتجاه معمول به في مصر وفرنسا.[2]

حتى يكون التعويض من الجزاءات المالية يجب النص عليه صراحة في صلب العقد وتحديد ألية إستفائه ضمن الفقرات الجزائية للعقد الإداري حيث تستطيع الإدارة إستيفاء مبلغ التعويض من المبالغ المستحقة للمتعاقد معها أو ما قد ستستحق مستقبلا وإلا كان المطالبة به على أساس المسؤولية العقدية وطبقا للقواعد العامة.[3]

---

[1] بن عبد المالك بوفلجة، المرجع السابق، صفحة 122.

[2] نفس المرجع، صفحة 124.

[3] أحمد طلال عبد الحميد، قاعدة العقد شريعة المتعاقدين في مجال العقود الإدارية،(دارسة قانونية مقارنة) رسالة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، جامعة النهرين، كلية الحقوق، العراق، 2012، صفحة 104.103.

خامسا: إختلاف التعويض عن الغرامة التأخيرية ومصادرة التأمين

- ✓ تحديد نسبة التأمينات وكفالة حسن التنفيذ والغرامات التأخيرية بموجب نسب مئوية من قيمة العقد، في حين أن التعويض يتم تحديد مقداره من قبل السلطة التقديرية لقاضي الموضوع وفي ضوء الضرر الذي لحق بالإدارة.
- ✓ إن الغرامات التأخيرية ومصادرة التأمينات تفرض بموجب الإرادة المنفردة للإدارة وبموجب قرار إداري في حين أن التعويض يتقرر بموجب قرار قضائي.
- ✓ لا تحتاج الإدارة لفرض الغرامات التأخيرية ومصادرة التأمينات إلى إثبات وقوع الضرر في حين إن فرض التعويض يستلزم تحقق قيام المسؤولية العقدية.[1]
- ✓ لا تحتاج الإدارة لفرض الغرامات التأخيرية أو مصادرة التأمينات إعذار المتعاقد معها في حين أن الإدارة ملزمة بإعذار المتعاقد معها عند المطالبة بالتعويض.
- ✓ يتمتع القضاء بسلطات تقديرية واسعة في تقدير مقدار التعويض في حين أن الغرامات التأخيرية والتأمينات تكون بنسب محددة بموجب القانون ولا تملك الإدارة زيادة هذه النسبة أو إنقاصها.[2]

وعلى الرغم من أن البعض يرى أن التعويض لا يعد من الجزاءات الإدارية وإنما هو مجرد تطبيق القواعد القانونية الخاصة، فإن هذا الرأي غير سليم خاصة وإن سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات أصبحت من المبادئ المستقرة فقها وقضاء فضلا عن أن الإدارة تمتلك القدرة على إيقاع الجزاءات بما لها من سلطة التنفيذ المباشر.[3]

المطلب الثاني: جزاء مصادرة التأمين

تعد مصادرة التأمين إحدى الجزاءات المالية التي توقعها المصلحة المتعاقدة أثناء تنفيذ الصفقة العمومية تجاه المتعامل المتعاقد المقصر في تنفيذ الالتزامات المتعهد بها تجاه الإدارة في الأجل والشروط والمواصفات المتفق عليها.

---

[1] أحمد طلال عبد الحميد، المرجع السابق، صفحة 102.

[2] نفس المرجع، صفحة 103.

[3] خالد محمد مصطفى المولى، **الجزاءات المالية في العقد الإداري،(دراسة مقارنة)**، مجلة بحوث مستقبلية، كلية الحدباء الجامعة، العراق، العدد:18، 2007، صفحة 174.

الفرع الأول: مفهوم جزاء مصادرة التأمين

أولا: تعريف جزاء مصادرة التأمين

التأمينات هي تلك المبالغ المالية التي يودعها المتعاقد لدى المصلحة المتعاقدة، الهدف منها هو ضمان تنفيذ الالتزامات التعاقدية الواقعة على عاتقة، في حالة تقصيره، ولمواجهة الأخطاء التي قد يرتكبها أثناء تنفيذ العقد.[1]

أما عن مصادرة مبلغ التأمين فهو إستيلاء الإدارة على المبلغ الذي يديعه المتعاقد، ليضمن لها ملائمته لمواجهة مسؤوليته في حالة إخلاله بشروط العقد،[2]حيث تضمن به الإدارة جدية المتعاقد في تقديم العطاء، وتتوخى به أثار الأخطاء التي يرتكبها أثناء تنفيذ العقد، ويضمن به قدرته على مواجهة المسؤوليات الناتجة عن تقصيره،[3] وقد إتفق العديد من فقهاء القانون الإداري على نفس التعريف.

ثانيا: الطبيعة القانونية لمصادرة التأمين(الضمان)

لقد إختلف الفقه الإداري في التكييف والطبيعة القانونية لمصادرة مبلغ التأمين، كونها تتشابه مع الشرط الجزائي، أو ما يسمى بالتعويض الإتفاقي المعمول به في العقود المدنية.

إذ أنهما يتشابهان في فرضهما على المتعاقد المقصر والمخل في تنفيذ أحد شروط العقد، ولكنهما يختلفان من حيث أن الإدارة في العقود الإدارية تستطيع أن تفرضه من تلقاء نفسها دون حاجة إلى اللجوء إلى القضاء، وإثبات أن الضرر قد أصابها[4] وتتمثل طبيعته القانونية في كونه تعويض إتفاقي بين المصلحة المتعاقدة والمتعاقد معها، ويمثل الحد الأدنى لتعويض الأضرار المتوقعة والتي يكون سببها إخلال المتعاقد بالتزاماته التعاقدية.[5]

---

[1] محمد حسن الحلف الجبوري، العقود الإدارية، مكتبة الثقافة لنشر والتوزيع، عمان، 1998، صفحة 125.

[2] زكرياء المصري، العقود الإدارية ما بين الإلزام القانوني والواقع العملي، دار الفكر والقانون لنشر والتوزيع، المنصورة، 2014، صفحة 54.

[3] خالد محمد مصطفى المولى، المرجع السابق، صفحة 174.

[4] محمد حسن خلف الجبوري، المرجع السابق، صفحة 144.

[5] حمد محمد حمد الشلماني، إمتيازات السلطة العامة في العقد الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2007، صفحة 187.

فهو عبارة عن شرط جزائي إتفاقي، تلجأ إليه المصلحة المتعاقدة دون اللجوء إلى القضاء ويعد مبلغ التأمين ضمانا لجهة الإدارة يقيها الأخطاء التي تصدر من المتعاقد معها، حين يباشر تنفيذ العقد وتقتضي قيمته بطريق التنفيذ المباشر سواء نص أو لم ينص على ذلك في شرط العقد،[1] وهذا ما أخذ به المشرع الجزائري حيث أدرجه ضمن المرسوم الرئاسي 247/15 سالف الذكر حيث ذكره في القسم الرابع تحت إسم الضمانات.

ثالثا: خصائص جزاء مصادرة التأمين

تتميز جزاء مصادرة مبلغ التأمين بالخصائص التالية:

- ✓ تتمتع الإدارة بحق مصادرة مبلغ التأمين، ولو لم ينص عليه صراحة في العقد، أنه مما يتضمنه النظام القانوني للعقد الإداري. [2]
- ✓ مصادرة مبلغ التأمين يتم بموجب قرار إداري تصدره الجهة الإدارية المختصة، دون الحاجة إلى اللجوء إلى القضاء مسبقا ولا تمتلك الإدارة التنازل عن هذا الإمتياز في دائرة الجزاءات الإدارية.[3]
- ✓ إن الإدارة تقوم بتوقيع هذا الجزاء دون حاجة إلى الزامها بإثبات أن ضرر ما قد لحقها، من جزاء إخلال المتعاقد معها، وهذا ما إستقر عليه القضاء، فالضرر هنا مفترض وقوعه.[4]
- ✓ إن هذا الحق في إقتضاء التأمين يجب ألا يشوبه التعسف، أخذا لمبدأ وجوب توفر حسن النية في تنفيذ العقل الإداري.
- ✓ يجوز للإدارة أن توقع جزاء مصادرة التأمين دون فسخ العقد، وبعد التنفيذ، إذا لم يكون التنفيذ موافقا لما إتفق عليه.[5]

---

[1] جلال يعود سالم سويد، عدم إبرام العقد الإداري بعد صدور قرار الإحالة،(دراسة مقارنة) رسالة ماجستير، كلية القانون، الجامعة المستنصرية، صفحة 110.

[2] حسان هاشم عبد السميع، الجزاءات المالية في العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002، صفحة 110.

[3] سعيد عبد الرزاق باخبيرة، المرجع السابق، صفحة 224.

[4] فارس محلف خلف الدليمي، المرجع السابق، صفحة 136.

[5] هارون عبد العزيز الجمل، النظام القانوني لجزاءات في عقود الأشغال العامة،(دراسة مقارنة)، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة عين شمس،1979، صفحة 51.

رابعا: تمييز مصادرة التأمين عن بعض الجزاءات المالية المشابهة لها

1- الفرق بين جزاء مصادرة مبلغ التأمين وغرامة التأخير

إن جزاء مصادرة التأمينات يختلف عن جزاء توقيع الغرامات التأخيرية، إذ أن مصادرة مبلغ التأمين يواجه مخاطر عدم تنفيذ المتعاقد للشروط العقدية، بينما جزاء فرض غرامات التأخير يواجه تأخير المتعاقد في تنفيذ الإلتزام خلال موعد متفق عليه، أي أن جزاء مصادرة مبلغ التأمين ينصب على محل العقد، بينما جزاء توقيع غرامة التأخير ينصب على مدة التنفيذ،[1]

2- الفرق بين جزاء مصادرة مبلغ التأمين والتعويض

يتشابه كل من مصادرة مبلغ التأمين والتعويض أن كلاهما جزاء مالي يلتزم المتعاقد بدفعه إلى المصلحة المتعاقدة، فمصادرة التأمين هو إستلاء الإدارة على مبلغ التأمين الذي قام المتعاقد بإيداعه لضمان قدرته المالية على تنفيذ شروط العقد.

أما التعويض فهو المبلغ التي يحق للإدارة الحصول عليه من المتعاقد قصد جبر الضرر الذي أصابها نتيجة حصول إخلال من جانب المتعاقد، في تنفيذ شروط والتزامات العقد.

إلا أنهما تختلفان في عنصر الضرر، حيث أن الإدارة تستطيع مصادرة مبلغ التأمين إذا ما أخل المتعاقد معها بالتزاماته التعاقدية دون حاجة لإثبات ضرر قد أصابها، في حين أن فرض جزاء التعويض يستلزم إثبات حدوث الضرر.[2]

الفرع الثاني: شروط وآثار تطبيق مصادرة التأمين

أولا: أنواع مبالغ التأمين

إن لمبلغ التأمين نوعان مؤقت ونهائي فإذا كانت مصادرة التأمين بصفة عامة تمثل حقا للإدارة والتي تجد تبريرها ومسوغها من مقتضيات المصلحة العامة، فإن كلا من النوعين يختلفان عن الأخر من حيث سببه والغاية منه.

---

[1] فارس مخلف خلف الدليمى، الجزاءات المالية في العقد الإداري، دراسة مقارنة بين التشريعيين العراقي والأردني، رسالة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، الأردن، 2016، صفحة 146.

[2] حسن محمد على حسن البنان، **الجزاءات المالية في العقود الإدارية،(دراسة مقارنة)**، مجلة الرافدين للحقوق، كليه الحقوق، جامعة الموصل، العراق، المجلد: 12، العدد: 54، 2012، صفحة 416.

1- التأمين الإبتدائي أو المؤقت(كفالة التعهد)

وقد أسماه المشرع الجزائري بكفالة التعهد وقد نص عليه في المواد 125،67،62 من المرسوم الرئاسي 247/15.

أ- تعريف كفالة التعهد

وهو عبارة عن ما يودعه المناقص ضمانا لجدية مساهمته في المناقصة، ولسلامة قصده في تنفيذ العقد حالة رسو العطاء عليه، وبذلك فهو لا يقوم إلا قبل إرساء العطاء ولتفادي مساهمة كل من تحدثه نفسه بالإنصراف عن العملية إذ ما رسى عطائه عليه، وتصادر جهة الإدارة قيمة التأمين المؤكد إذا عجز الذي رسى عليه العطاء من دفع قيمة التأمين النهائي على النحو وفي الوقت المطلوب،[1] فهو وبذلك يمثل ضمانة للإدارة في حالة عدم التزامه بعطائه وإتمام إجراءات تنفيذ العقد،[2]

بينما يعرفه صندوق ضمان صفقات العمومية بأنه عبارة عن تأمين مؤقت يحق للإدارة أو المصلحة المتعاقدة أن تطلب تضمينها للعرض من طرف المتعهد بغية ضمان جدية العرض عندما لا تكون متأكدة من القدرات التقنية لهذا المتعهد.[3]

وتجدر الإشارة إلى أن صندوق ضمان الصفقات العمومية قد إستحدث بموجب مرسوم تنفيذي[4] فهو يتخذ شكل مؤسسة عمومية ذات طابع صناعي تجاري موضوع تحت وصاية وزارة المالية يتمتع بالشخصية المعنوية والإستقلالية المالية ويعد تاجرا في علاقته مع الغير، وقد أنجز هذا الصندوق كجزاء من برنامج الإصلاحات الإقتصادية التي بادرت به الدولة من أجل التغلب على الصعوبات التي كانت تواجه المتعاملين الإقتصاديين المستفيدين من صفقات عمومية وحسب المادة 02 من المرسوم التنفيذي السابق الذكر تتمثل

---

[1] زين بدر فراج، الأحكام العامة لتأمينات، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003، صفحة 15.

[2] مال الله جعفر عبد المالك، ضمانات العقد الإداري، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية،2009، صفحة 191.

[3] عبد الغني بن زمان، تمويل الصفقات العموميه في القانون الجزائري، مذكرة ماجستير، كليه الحقوق، جامعة بن يوسف بن خدة الجزائر 1، 2008، صفحة 91.

[4] المرسوم التنفيذي رقم 98-67، المؤرخ في 24 شوال 1418 الموافق ل 24 فيفري 1998، يتضمن إنشاء صندوق ضمان الصفقات العمومية وتنظيمه وسيره، الجريدة الرسمية، عدد:11، الصادرة في 01 مارس 1998 المعدل بالمرسوم التنفيذي رقم 08-06 المؤرخ في11 محرم 1429 الموافق 19 جانفي سنة 2008، الجريدة الرسمية الصادرة في 31 جانفي 2008.

مهمة الصندوق الأساسية في ضمان تمويل الصفقات العمومية والطلبات العمومية، حيث يكلف بتقديم ضماناته أو كفالته بأي شكل لتسهيل الإنجاز المالي للصفقات والطلبات العمومية.[1]

ب-التزام تقديم كفالة التعهد

ترفض أي عطاءات لا يقدم صاحبها هذا التأمين، ويستبعد من المنافسة دون النظر في عرضه مطلقا، وهو يعتبر من أهم الشروط الجوهرية التي يفرضها مبدأ المساواة بين المتعهدين.

وقد أستحدثت الزامية تقديم كفالة التعهد، بموجب المرسوم الرئاسي رقم 250/02،[2] إذ أن دفاتر الشروط قبل صدور هذا المرسوم، كان تنص على تقديم هذه الكفالة، لكنها لم تشر إلى الزامية أو ضرورة تقديمها، حيث أن فرضها كان إختياريا يرجع إلى السلطة التقديرية للصلحة المتعاقدة.

حيث نصت المادة 62 من المرسوم الرئاسي 247/15 " يجب أن تحتوي إعلان طلب العروض على البيانات الإلزامية التالية:

- تسمية المصلحة المتعاقدة وعنوانها؛
- إلزامية كفالة التعهد، إذا إقتضاء الأمر؛ "

كما نصت المادة 67 من نفس المرسوم على ما يلي: " يجب أن تشتمل العروض على ملف الترشح وعرض تقني وعرض مالي ... يتضمن العرض التقني ما يلي:

- تصريح بالإكتتاب؛
- كفالة تعهد تعد حسب الشروط المنصوص عليها في المادة 125 من هذا المرسوم."

---

[1] رؤوف بوسعيدية، **دور صندوق ضمان الصفقات العمومية في تمويل الصفقات العمومية**، مقال منشور بالمجلة الجزائرية للعلوم القانونية والإقتصادية والسياسية، الصادرة عن كلية الحقوق بن يوسف بن خدة جامعة الجزائر 1، المجلد:53، العدد:4، 2016، صفحة 556.

[2] الماده 45 من المرسوم الرئاسي رقم 02- 250، المؤرخ في 13 جمادى الأول 1423 الموافق لـ 24 جويلية 2002، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية، الجريدة الرسمية، عدد:52، الصادرة في 28 جويلية 2002، المعدل والمتمم بالمرسوم الرئاسي 08- 338 المؤرخ في 26 شوال 1439 الموافق لـ 26 أكتوبر 2008، الجريدة الرسمية 62 الصادرة في نوفمبر 2008(ملغى).

جـ- كيفية تقديم كفالة التعهد

تحرر كفالة التعهد حسب نموذج يحدد بموجب قرار من الوزير المكلف بالمالية، وتقدم في مرحلة التعهد أي عند تقديم العروض، وتأتي في شكل وثيقة تسلم من طرف بنك أو مؤسسة مالية إلى المصلحة المتعاقدة بناء على طلب من المتعامل الإقتصادي الذي ينوي تقديم عرضه كضمان بالتزامه في إبرام الصفقة حال رسو العرض عليه.

د- نطاق تقديم كفالة التعهد ونسبتها وكيفية استردادها

نصت المادة 125 من المرسوم الرئاسي 247/15 على: " يجب على المتعهدين فيما يخص الصفقات العمومية للأشغال واللوازم... تقديم كفالة تعهد تفوق واحد في المائة (1%) من مبلغ العرض، ويجب النص على هذا المطلب في دفتر الشروط للدعوة للمنافسة، وتصدر كفالة تعهد المؤسسات الخاضعة للقانون الجزائري من طرف بنك خاضع للقانون الجزائري أو صندوق ضمان الصفقات العمومية، وتصدر كفالة تعهد المتعهدين الأجانب من طرف بنك خاضع للقانون الجزائري تشملها ضمان مقابل صادر عن بنك أجنبي من الدرجة الاولى... يجب إدراج كفالة التعهد... في ظرف مقفل يحمل عبارة كفالة تعهد لا يفتح إلا عند فتح الأظرفة المالية ترد كفالة المتعهد الذي لن يقبل والذي لم يقدم طعنا، بعد يوم واحد من تاريخ إنقضاء أجل الطعن.

- أما عن كفالة المتعهد الذي لم يقبل، والذي قدم طعنا، فنرد عنه تبليغ قرار رفض الطعن من طرف لجنة الصفقات المختصة "[1]

- من خلال منصت عليه هذه المادة يتبين لنا بأن المشرع قد حصر الزامية تقديم كفالة التعهد في نوعين فقط من الصفقات العمومية وهما صفقات الأشغال وصفقات التوريد واللوازم، أما عن صفقات الدراسات والخدمات فلا يشترط فيهما تقديم كفالة التعهد.

- أما عن قيمة مبلغ كفالة التعهد الذي يجب دفعه من قبل المتعهد فيجب أن يفوق (1%) من مبلغ العرض الإجمالي الذي قدمه، ويجب على المصلحة المتعاقدة أثناء تقديمها للعروض أن تتحقق بعد إجراء التصحيحات اللازمة على العرض المالي للمتعهد فيما إذا كانت هذه الكفالة تفوق (1%) من قيمة عرضه بعد التصحيح، وفي حالة المخالفات يتم إستبعاد هذا العرض.

---

[1] الماده 125 من المرسوم الرئاسي 15/ 247، المصدر السابق.

- أما عن إسترداد قيمة مبلغ كفالة التعهد، فقد شدد المشرع الجزائري على ضرورة أن ترد كفالة التعهد دون تقديم طلب.

وحسب المادة المذكورة أعلاه يتم ردها حسب الحالة التي يكون فيها المتعهد:

- بالنسبة للمتعهد الذي لم يقبل ولم يقدم طعنا ترد له كفالة تعهد بعد مضي يوم واحد من تاريخ إنقضاء أجل الطعن المحدد بنص المادة 82 من مرسوم الصفقات العمومية.
- بالنسبة للمتعهد الذي لم يقبل والذي قدم طعن، ترد له كفالة التعهد عند تبليغه قرار رفض الطعن الذي تصدره لجنة الصفقات المختصة.
- بالنسبة للمتعهد الذي تحصل على الصفقة، فترد له كفالة التعهد بعد وضع كفالة حسن التنفيذ، وتحرر كفالة التعهد حسب نموذج يحدد بموجب قرار من الوزير المكلف بالمالية.

2- التأمين النهائي (كفالة حسن التنفيذ)

وقد تطرق المشرع الجزائري لكفالة حسن التنفيذ في المواد من 128 إلى المادة 133 من المرسوم الرئاسي 247/15.

أ-تعريف كفالة حسن التنفيذ

تعرف بأنها ما يلزم أن يقدمه صاحب العطاء المقبول خلال مدة معينة تبدأ من يوم إخطاره بقبول عطائه، ويقدر بنسبة معينة من مجموع قيمة الأصناف والأعمال، وذلك لضمان قيام المتعاقد تنفيذ التزاماته طبقا لشروط العقد ومواعيده ولمواجهة المسؤوليات التي قد تنشأ نتيجة عدم قيامه بالتنفيذ بالشكل المطلوب، ولتحصيل قيمة الجزاءات وغير ذلك من المبالغ التي قد تستحق عليه حسب نصوص العقد.[1]

ب-الزامية تقديم كفالة حسن التنفيذ وميعاد تأسيسها ومدة صلاحيتها

حسب نص المادة 128 من المرسوم الرئاسي 247/15 " الضمانات الملائمة لحسن التنفيذ ومنها الضمانات التي تحصل عليها المصلحة المتعاقدة من المتعاملين المتعاقدين الأجانب، لاسيما في الميدان المالي، هي الضمانات النقدية التي تغطيها كفالة مصرفية يصدرها بنك خاضع للقانون الجزائري يشملها ضمان مقابل صادر عن بنك أجنبي من الدرجة الأولى "

[1] زين بدر فراج، المرجع السابق، صفحة 12.

كما نصت المادة 130 من نفس المرسوم في فقرتها الأولى على أنه: " زيادة على كفالة التسبيقات المنصوص عليها في المادة 110 أعلاه. يتعين على المتعاقد أن يقدم حسب نفس الشروط كفالة حسن التنفيذ..."، أي أن كفالة حسن التنفيذ مستقلة تماما عن كفالة رد التسبيقات التي قدمها المتعامل المتعاقد في مقابل التسبيقات التي تحصل عليها، فكلاهما يقدم التزاما خاصا بموضوع، كما نصت عليه المادة 07 من دفتر الشروط الإدارية العامة، من خلال النصوص السابقة يتضح بأنه يجب على المتعاقد أن يلتزم بتقديم كفالة حسن التنفيذ للصفقة خلال أجل يجب أنلا يتجاوز تاريخ تقديم أول طلب دفع حسب الحساب، وهو تاريخ تأسيسها، وينطبق الأمر نفسه في حالة وجود ملحق.

ويتضح من خلال نص المادتين السابقتين بأن كفالة حسن التنفيذ يلتزم بتقديمها كل من المتعامل المتعاقد الوطني والأجنبي على حد سواء.

وتسري كفالة حسن التنفيذ إبتداء من تاريخ الإنطلاق في تنفيذ الخدمات موضوع الصفقة إلى غاية الإستلام المؤقت، وعلى هذا فإن هذه الكفالة تغطي مخاطر عدم التنفيذ للبنود التعاقدية للصفقة بالنسبة للفطرة الممتدة من تاريخ الأمر بالخدمة الصادر عن المصلحة المتعاقدة، إلى غاية تاريخ الإستلام المؤقت كما هو محدد في الصفقة.[1]

ويترتب عن عدم تقديم التأمين النهائي في المدة المحددة، إلغاء العقد أو تنفيذه بواسطة أحد مقدمي العطاءات التالية لعطائه بحسب الترتيب ذلك بالنسبة للأولويات الإدارة، ويؤول التأمين مؤقت في هذه الحالات إلى الإدارة، ويصبح التأمين النهائي في جميع حالات فسخ العقد أو عدم تنفيذه على حساب المتعاقد حق توقيعه الإدارة، كما يكون لها أن تخصم منه ما تستحقه من مبالغ تكون على عاتق المتعاقد.

جـ- نسبة كفالة حسن التنفيذ

لقد ذكر المشرع نسبة هذه الكفالة من خلال نص المادة 133 من المرسوم 247/15 والتي تنص على ما يلي: " يحدد مبلغ كفالة حسن التنفيذ، نسبة تتراوح بين (5%) و(10%) من مبلغ الصفقة حسب طبيعة وأهمية الخدمات الواجب تنفيذها.

[1] رؤوف بوسعدية، المرجع السابق، صفحة 565.

أما بالنسبة للصفقات العمومية التي لا تبلغ الحدود المنصوص عليها في المطات من 1 إلى 4 من المادة 184 من هذا المرسوم تحدد مبلغ كفالة حسن التنفيذ بنسبة تتراوح بين (1%) و(5%) من مبلغ الصفقة...".

د- إستعادة كفالة حسن التنفيذ

يتم إسترجاع كفالة الضمان أو إقتطاعات حسن التنفيذ أو كفالة حسن التنفيذ كليا في مدة شهر واحد، إبتداء من تاريخ التسليم النهائي للصفقة وهذا منصت عليه المادة 134 من المرسوم الرئاسي 15/ 247 وكذلك نص المادة 48 من دفتر الشروط الإدارة العامة. وهذا ما قضى به مجلس الدولة الجزائري في إحد قراراته.[1]

وفي كل الأحوال فإن صندوق ضمان الصفقات العمومية وبموجب عقد كفالة حسن التنفيذ الصفقة العمومية، يتدخل ويتقدم ككفيل لحساب المتعامل المتعاقد لفائدة المصلحة المتعاقدة للمبلغ الذي تغطيه هذه الكفالة بإعتبارها ضمانا ماليا، وبالتالي فإن صندوق الصفقات العمومية يدفع للمصلحة المتعاقدة المبلغ الذي قد يكون حائز الصفقة مدينا به أثناء مدة الصفقة، وعلى أبعد تقدير عند تاريخ الإستلام النهائي المحدد للصفقة ويتم التسديد من طرف الصندوق بناء على رسالة توظيف الكفالة موصى عليها، مع الإشعار بالإستلام صادرة عن المصلحة المتعاقدة.[2]

أما بالنسبة لعقد الإمتياز المتعلق بالكهرباء فيمكن للوزير المكلف بالطاقة التصرف في كفالة ضمان حسن سير التنفيذ في الحالات التالية:

- إذا تخلى صاحب الإمتياز عن إستغلال الإمتياز في أي حين قبل وصول نهاية الإمتياز المتفق عليه.
- إذا لم يقدم صاحب الإمتياز بتسديد العقوبات المالية أو أي مبلغ مستحق لفائدة الدولة في إطار إمتياز الممنوح.

---

[1] قرار مجلس الدولة رقم 06- 05 المؤرخ في 23/ 2002/09، قضية بلدية بوقادير ضد خدشي إبراهيم، يتضمن محضر يفيد إستلام البلدية الإنجاز النهائي وبدون تحفظ، يبرر حق المقاول في إسترجاع مبلغ ضمان في مدة شهر من تاريخ تسليم النهائي للصفقة.

[2] رؤوف بوسعدية، المرجع السابق، صفحة 566.

– إذا تم سحب مبلغ كفالة ضمان حسن التنفيذ، ولم يقم صاحب الإمتياز بإعادة كفالة ضمان حسن التنفيذ هذه في أجل محدد إلى مستواها السابق قبل التصرف فيها.[1]

ثانيا: حالات الإعفاء من مبالغ التأمين

1- حالات إعفاء المتعاقد من دفع قيمة مبلغ التأمين

حسب ما ورد في نصوص المرسوم الرئاسي 247/15 هنالك حالات يعفي منها المتعاقد من دفع مبلغ التأمين:

يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تعفي المتعامل المتعاقد من دفع كفالة حسن تنفيذ في بعض صفقات الدراسات والخدمات بموجب المرسوم الرئاسي المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، وكذلك بموجب القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 7 مارس 2011 المحدد لقائمة صفقات الدراسات والخدمات المعفاة من تقديم كفالة حسن التنفيذ والمتمثلة في:

– الصفقات المتعلقة بخدمات النقل.

– الصفقات المتعلقة بتكاليف الفندقة والإيواء والإطعام وتأجير الممتلكات المنقولة والعقارية لمناسبة المشاركة، في المعارض والعروض.

– الصفقات المتعلقة بمستحقات الإتصالات والتزويد بالماء والغاز والكهرباء.

– الصفقات المتعلقة بخدمات الطبع.

– الصفقات المتعلقة بالإشهار المكتوب السمعي ونشر البلاغات والإعلانات في الصحف الصفقات المتعلقة بالتنظيف.[2]

– كما يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تعفي المتعامل المتعاقد معها من كفالة حسن التنفيذ إذا لم يتعد أجل تنفيذ الصفقة ثلاثة أشهر.

– كما يعفي المتعامل المتعاقد من دفع كفالة حسن التنفيذ، بالنسبة للصفقات المبرمة بين المتعاملين بالتراضي البسيط أو بالنسبة للصفقات المبرمة مع المؤسسات العمومية.

---

[1] المادة 11 من المرسوم التنفيذي 08-114، المؤرخ في 9 أفريل 2008، الذي تحدد كيفية منح توزيع الكهرباء والغاز وسحبها ودفتر الشروط المتعلق بحقوق صاحب الإمتياز وواجباته، الجريدة الرسمية، عدد:20، الصادرة في 13 أبريل 2008.

[2] قرانة عادل، الجزاءات المالية في العقد الإداري، أطروحة دكتوراه جامعة باجي مختار عنابة 2014، صفحة 203.

– كما يعفي المشرع الجزائري الحرفيون والفنيون والمؤسسات المصغرة الخاضعة للقانون الجزائري، تقدم كفالة حسن تنفيذ الصفقة عندما يتدخلون في عمليات عمومية لترميم ممتلكات ثقافية، ويمكن إستبدال كفالة حسن التنفيذ عندما تكون مطلوبة بإقتطاع حسن التنفيذ إجمالي يساوي مبلغ الكفالة.[1]

2- حالات إعفاء من توقيع جزاء مصادرة مبلغ التأمين

إن توقيع جزاء مصادرة التأمين يرجع للسلطة التقديرية للإدارة بالرغم من أنها لا يجوز لها أن تتنازل عنه مقدما مثل سائر الجزاءات التعاقدية الأخرى، فلها أن تعفي المتعاقد معها إذا ما قدرت أنها لم يلحق بها ضرر ما، وقد يكون هذا الإعفاء صراحة أو ضمنا، وعلى ذلك قضى حكم المحكمة الإدارية العليا في مصر بأنه " إذا كان الثابت أن للمدعي الملتزم بالتوريد في ذمة جهة الإدارة مبلغ التأمين ولم تقم الإدارة بمصادرته، لإنها لم تقل بأن ضررا ما قد أصابها من جراء عدم تنفيذ المعني لالتزاماته فإنه يتعين القضاء له بإسترداد هذا المبلغ ".[2]

ثالثا: شروط مصارة التأمين

في حال توفر حالة من الحالات التي تجيز للإدارة مصادرة الضمان يجب عرض الأمر على لجنة فحص العروض أو اللجنة المختصة بالشراء حسب الأحوال، لدراسة الحالة وتقديم توصية مسببة إلى صاحب الصلاحية في الترسية، مع الأخذ في الإعتبار الآثار المترتبة على المصادرة، ومدة سريان الضمان، يكون طلب المصادرة مقتصرا على الضمان الخاص بالعملية التي أخل المتعاقد فيها بالتزاماته، ولا يمتد إلى مصادرة الضمانات الخاصة بالعمليات الأخرى، ويكون للأسباب التي قدم الضمان لأجلها.[3]

رابعا: إمكانية الجمع بين مصادرة التأمين والتعويض

قد لا يمكن لمبالغ التأمينات المصادرة تغطية كافة الأضرار المترتبة عن إخلال المتعاقد لالتزاماته مما يخول المصلحة المتعاقدة حقها في إقتضاء التعويض اللازم متى كانت الأضرار تفوق قيمة تلك المبالغ، وهذا ما أكدته المادة 152 من المرسوم الرئاسي 247/15 بقولها: " لا يمكن الإعتراض على قرار المصلحة المتعاقدة بفسخ الصفقة عند تطبيقها البنود التعاقدية للضمان، والمتابعات الرامية إلى إصلاح الضرر الذي

---

[1] المادة 133 من المرسوم الرئاسي 247/15، المصدر السابق.

[2] حكم المحكمة الإدارية العليا في مصر قضية رقم 6600 بتاريخ 01-04-1956، إشار إليه فارس مخلف خلف الدليمي، المرجع السابق، صفحة 145.

[3] أشرف محمد حمامدة، المرجع السابق، ص61.

لحقها بسبب خطأ المتعاقد معها"، نجد المشرع منع على المتعاقد المقصر من الأعتراض على الجزاءات التي قد تفرضها المصلحة المتعاقدة عند تطبيقها لجزاء الفسخ، فمن الباب الأول أن لا يعترض على قيامها بالجمع بين مصادرة التأمين والتعويض عن الأضرار والتي لم تغطيها مبالغ التأمين، على أن لا يكون دفتر الشروط حضر ذلك.[1]

[1] – مروان دهمة، **الجزاءات الإدارية في مجال تنفيذ الصفقات العمومية**، مجلة دفاتر السياسة والقانون، جامعة ورقلة، الجزائر، عدد خاص، 2018، صفحة 365.

خلاصة الفصل الأول

تناول في هذا الفصل الجزاءات المالية المتمثلة في الغرامة التأخيرية بإعتبارها إجراءا ماليا تملكه المصلحة المتعاقدة لتوجيهه نحو المتعاقد معها لحثه على تنفيذ التزاماته التعاقدية، وتهدف هذه الغرامة لتحقيق منفعة عامة. وقد إختلف الفقه القانوني في تصنيفها بين عقوبة وإجراء قانوني خاص، إلا أن هناك خصائص تميزها عن غيرها من العقوبات الإدارية والمدنية، منها طبيعتها الوقائية، وإرتباطها بمصلحة الإدارة لا بتحقيق الضرر. ومدى إمكانية إلزام المتعاقد بها، والإشكالات القانونية المتعلقة بتطبيقها، خاصة في حال غياب النص التشريعي الواضح بشأنها. وأشرنا إلى موقف القضاء الإداري من الغرامة التأخيرية، مؤكدا أنها أداة قانونية فعالة في حماية المصلحة العامة، إذا ما إستخدمت في إطارها المشروع.

ولا تقتصر الجزاءات المالية على الغرامة التأخيرية فقط بل تشمل أيضا التعويضات والغرامات التي تهدف لتعويض الإدارة عن الأضرار الناتجة عن إخلال المتعاقد بالتزاماته، ويمكن خصم هذه المبالغ من الضمان المالي المقدم، أو المطالبة بمبالغ إضافية إذا لم يكن الضمان كافيا، تملك الإدارة سلطة تقديرية في تقدير الضرر، وتستند في ذلك إلى تقارير فنية ووسائل إثبات مختلفة، كما أن هذه الجزاءات تهدف لضمان سير العمل وتحقيق المصلحة العامة، وتظل خاضعة لرقابة الجهات القضائية لضمان مشروعيتها وعدالتها.



الفصل الثاني

إضافة للجزاءات المالية التي تستخدمها المصلحة المتعاقدة من أجل الوصول لحسن تنفيذ الصفقة العمومية ودفع المتعاقد معها لذلك، نجد أيضا جزاءات أخرى تعتبر الأشد والأخطر لأنها تمس بالمركز القانوني للمتعامل المتعاقد وتؤدي للإستغناء عنه مؤقتا أو نهائيا، وهذه الجزاءات هي غير مالية وتكون في شكلين كمايلي

المبحث الأول: الجزاءات الضاغطة

المبحث الثاني: الفسخ الجزائي

المبحث الأول: الجزاءات الضاغطة(التنفيذ العيني)

إن التنفيذ الأفضل والأمثل للصفقة العمومية إستدعى المتابعة المستمرة والإشراف المستمر من المصلحة المتعاقدة لمدى تنفيذ المتعامل المتعاقد لالتزاماته التعاقدية، وذلك للضمان سير المرفق العام، وتعتبر الجزاءات الضاغطة أو ما يعرف بالتنفيذ العيني، من بين الجزاءات التي تملك الإدارة توقيعها على المتعاقد في حال إخلاله بهذه الالتزامات، هذه الجزاءات التي تعتبر تدبيرا ردعيا تبادر بها المصلحة المتعاقدة سواء عن طريق تنفيذها المباشر للصفقة أو إحلال متعاقد آخر محل المتعاقد الأصلي، وتعد هذه الجزاءات مقدمة تنبأ بإنتهاء الصفقة في حال عدم إستقامة المتعاقد وإستمراره في التقصير وعدم فعالية هذه الجزاءات وجدوها معه، والجزاءات الضاغطة هي جزاءات مؤقتة لا تنهي العقد بل يستمر ولكنها تؤثر على مركز المتعاقد بالإستغناء عنه بصفة مؤقتة وإحلال متعاقد آخر محله، وسلطة الإدارة في تطبيق الجزاءات الضاغطة هي سلطة إنفرادية مباشرة دون اللجوء للقضاء، ولكن بالعديد من الضوابط التي تضفى صفة الشرعية وعدم التعسف في الجزاء، وإلا كان محل طعن قضائي من طرف المتعامل المتعاقد الذي يرى تعسفا في إستعمال السلطة أو تجاوزا في توقيع الجزاء عليه. وتأخذ الصور التالية:

المطلب الأول: سحب العمل من المقاول في الصفقة العمومية للأشغال

سحب العمل من المقاول[1] وهو الإجراء المتبع بالنسبة لعقد الأشغال العامة،[2] إذ يعد وسيلة أخرى من وسائل الضغط، التي تلجأ إليها الإدارة أثناء تنفيذ عقد الأشغال العامة، وذلك لأجل تجنب النتائج المترتبة عن إخلال المقاول الجسيم في تنفيذ التزاماته التعاقدية.

[1] إن قانون صفقات العمومية سكت عن النص على الأخطاء العقدية التي تبرر السحب أو الحالات التي يجوز للمصلحة المتعاقدة فيها سحب العمل من المقاول، فنجد أن المشرع قد إكتفى بما ذكره في دفتر الشروط الإدارية العامة رغم أن نصوصه ذات عبارات عامة، على خلاف التشريعات الأخرى فنجدها قد ذكرت في نصوصها هذه الأخطاء، سبكي ربيحة، المرجع السابق، صفحة 121.

[2] يعرف عقد الأشغال العامة بأنه: "عقد مقاولة بين شخص من أشخاص القانون العام وفرد أو شركة بمقتضاه يتعهد المقاول بعمل من أعمال البناء أو الترميم أو الصيانة مقابل ثمن محدد في العقد". نسرين الشريفي، مريم عمارة، سعيد بوعلي، القانون الإداري(التنظيم الإداري– النشاط الإداري)، دار بلقيس الجزائر، 2014، صفحة 168.

وعليه فجزاء سحب العمل من المقاول في عقد الأشغال العامة هو " جزاء بمقتضاه يتم وضع المقاولة تحت الإدارة المباشرة لصاحب الأشغال، فيحل محل المقاول أو يعين مديرا يقوم بتسيير المقاولة، وتنفيذ الأشغال التي لم ينفذها المقاول المتخلف، ويتم ذلك على حساب هذا الأخير ومسؤوليته.[1]

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

وذلك كله بهدف كفالة حسن تنفيذ الأشغال محل التعاقد، بما يحقق إستمرارية المرفق العام بإنتظام وإطراد.

وفي الجزائر فقد تقرر جزاء سحب العمل من المقاول في عقد الأشغال العامة في المادة 35 من دفتر الشروط الإدارية العامة لسنة 1964، حيث إستعمل المشرع الجزائري مصطلح النظام المباشر، والذي يقصد به التنفيذ المباشر للأشغال، أي سحبها من المقاول وتنفيذها مباشرة من الإدارة المتعاقدة صاحبة الأشغال على نفقة المقاول المتخلف.[2]

الفرع الأول: مفهوم جزاء سحب العمل من المقاول في الصفقة العمومية للأشغال وطبيعته القانونية

أولا: مفهوم جزاء سحب العمل من المقاول

نظرا لإرتباط جزاء سحب العمل من المقاول بالصفقة العمومية للأشغال بصفة خاصة ستقتضي من الدراسة التطرق إلى ماهية الصفقة العمومية للأشغال العامة وللمفهوم القانوني لجزاء سحب العمل من المقاول.

1- تعريف الصفقة العمومية للأشغال

يكتسي عقد الأشغال العامة أهمية كبرى عن غيره من العقود الإدارية الأخرى التي تبرمها الإدارة، ولقد تعددت التعاريف التي جاء بشأنها إلا أن جميعها ينصب في قالب واحد، حيث عرفت المادة الأولى من قانون الصفقات الفرنسي عقد الأشغال العامة على أنه"ذلك العقد الذي ينصب موضوعه على إنجاز

---

[1] علي بن شعبان، المرجع السابق، صفحة 84.

[2] بن سديرة جلول، الجزاءات في مجال تنفيذ العقود الإدارية، رسالة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام المعمق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، الجزائر، 2015، صفحة 59.

أشغال البناء أو الهندسة المدنية بناء على طلب أحد الأشخاص العامة التي تمارس سلطة صاحب المشروع".[1]

أما بالنسبة للمشرع الجزائري أعتبر عقد الأشغال العامة من العقود الإدارية وأخضعه لتنظيم الصفقات العمومية، إلا أنه لم يقدم له تعريفا في هذه المرحلة الطويلة من 1967 الى غاية 2010، ومن المؤكد أنه فضل ترك هذه المهمة للفقه والقضاء، ولم يتحمل تبعة المخاطرة خاصة وأن الأشغال العمومية تتخذ مظاهر وصور شتى،[2] وقد أشارت المادة 29 من المرسوم الرئاسي 247/15 "... تهدف الصفقة العمومية للأشغال إلى إنجاز منشأة أو أشغال بناء أو هندسة مدنية من طرف مقاول، في ظل إحترام الحاجات التي تحددها المصلحة المتعاقدة صاحبة المشروع، وتعتبر المنشأة مجموعة من أشغال البناء أو الهندسة المدنية التي تستوفى نتيجتها وظيفة إقتصادية أو تقنية.

تشمل الصفقه العمومية للأشغال بناء أو الصيانة أو تأهيل أو تهيئة أو ترميم أو إصلاح أو تدعيم أو هدم منشأة أو جزء منها بما في ذلك التجهيزات المرتبطة بها الضرورية لإستغلالها.

إذا تم النص في صفقة عمومية على تقديم خدمات وكان الموضوع الأساسي للصفقة يتعلق بإنجاز أشغال، فإن الصفقة تكون صفقة أشغال".[3]

كما درجت أحكام محكمة القضاء الإداري المصري في تعريفها لعقد الأشغال العامة ومنها حكمها في 23 ديسمبر 1956 بأنه " عقد مقاولة بين شخص من أشخاص القانون العام، وفرد أو شركة بمقتضاه يتعهد المقاول بالقيام بعمل من أعمال البناء أو الترميم أو الصيانة في عقار لحساب هذا الشخص المعنوي العام، وتحقيقا لمصلحة عامة مقابل ثمن يحدد في العقد".[4]

---

[1] عبد الحليم مجدوب، **سحب العمل كجزاء إداري تفريضه الإدارة ضد المتعاقدين المخلين بإلتزاماتهم التعاقدية (دراسة مقارنة، مركز جيل البحث العلمي)** مجلة جيل الأبحاث القانونية المعمقة، العدد:21، يناير 2018، صفحة 83.

[2] لمزيد من التفاصيل أنظر: عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العموميه وفق المرسوم الرئاسي 247/15، صفحة 166.

[3] المادة 29 من المرسوم الرئاسي 15/ 247 المصدر السابق.

[4] عليوات ياقوت، تطبيقات النظرية العامة للعقد الإداري، الصفقات العمومية في الجزائر، أطروحة الدكتوراة في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة منتوري قسنطينة، الجزائر، 2009، صفحة 53.

وهو نفس الشيء الذي إستقر عليه الفقه حين عرفه على أنه " عقد مقاولة بين شخص من أشخاص القانون العام وفرد أو شركة خاصة يتعهد بمقتضاه المقاول القيام بعمل من أعمال البناء أو الترميم أو الصيانة في عقار ما لحساب شخص معنوي عام بغرض تحقيق منفعة عامة مقابل ثمن يتقاضاه المقاول يتم تحديده مسبقا في العقد".[1]

من خلال إستقراء التعاريف المشار إليها أعلاه والتي قيلت بشأن عقد الأشغال العامة، يلاحظ أن كل من التشريع والفقه، والقضاء قد أجمع على توفر أركان أساسية لقيام هذا النوع من العقود، وتبقى لأحكام المرسوم الرئاسي وجب توافر الشروط التالية:

الشرط الأول: أن ينصب موضوع الأشغال على عقار

ويشمل ذلك جميع أعمال البناء والترميم والتهيئة والصيانة الواردة على عقار، وكذلك بناء الجسور والأنفاق وتعبيد الطرقات، وما إلى ذلك بإستثناء الإتفاقات التي يكون موضوعها منقولات مملوكة للإدارة من عقود الأشغال العامة مهما كانت ضخامتها بإعداد أو بناء أو ترميم سفينة أو حظيرة متحركة للطائرات.

ولقد توسع القضاء الإداري الفرنسي في مفهوم الأشغال العامة وأعتبر العقود التي تتعلق بصيانة الأموال العامة من قبيل أعمال التنظيف والرش في الطرق العامة، وكذلك عقود تقديم المساعدات المالية والعينية لتنفيذ الأشغال.

الشرط الثاني: أن يتم تنفيذ الأشغال لحساب شخص من أشخاص القانون العام

حتى نكون أمام عقد أشغال عامة يجب أن يتم العمل الوارد على عقار لحساب شخص معنوي عام، ويستوي أن يتعلق الأمر بشخص إقليمي كالدولة أو الولاية أو البلدية، أو شخص مرفقي كالمستشفيات أو المخابر ومراكز تكوين المهني.

ولا يفوتنا تسجيل ملاحظة في غاية من الأهمية أن عقد الأشغال العامة عرف في الجزائر توسعا وإنتشارا بحكم البرامج الإستثمارية المختلفة، والمخططات التنماوية وهو ما تشهده كل الولايات والبلديات.[2]

---

[1] عبد الحميد الشواربي، العقود الإدارية، منشاة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2003، صفحة 105.

[2] عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية تبقا للمرسوم الرئاسي رقم 247/15، المرجع السابق، صفحة 167.

الشرط الثالث: أن تستهدف الأشغال تحقيق الصالح العام

يجب أن يكون الهدف من وراء إبرام الإدارة لعقود الأشغال العامة هو تحقيق الصالح العام، وتلبية حاجيات الجماهير المتزايدة، ولا يشترط أن تتم الأشغال على أموال عامة، أو عقار مخصص لمرفق عام، ولهذا فإنه من المتصور أن تكون الأشغال لحساب شخص معنوي عام وتتعلق بعقار الملتزم في حالة عقد التزام المرفق العام، ذلك أن الغاية منها في نهاية المطاف هو تحقيق النفع العام.[1]

الشرط الرابع: هل يتوافر في العقد الحد المالي المطلوب

خص المشرع الجزائري عقد الأشغال العامة وعقد إقتناء اللوازم بعتبة مالية خاصة حملاتها المادة 13 من المرسوم الرئاسي 247/15 فرضتها وأملتها الظروف المالية للدولة فورد فيها: "كل صفقة عمومية يساوي فيها المبلغ التقديري لحاجات المصلحة المتعاقدة إثني عشر مليون دينار 12.000.000 دج أو يقل عنه للأشغال أو اللوازم... لا يقتضي وجوبا إبرام صفقة عمومية وفقا للإجراءات الشكلية المنصوص عليها في هذا الباب".[2]

الشرط الخامس: حيازة المؤسسات المشاركة على شهادة التخصص والتصنيف المهنيين

فرض المرسوم التنفيذي رقم 11- 110 المؤرخ في 6 مارس 2011 الصادر في العدد 15 من الجريدة الرسمية لسنة 2011 بموجب المادة الأولى منه، على جميع المؤسسات التي تعمل في إطار إنجاز صفقات العمومية في ميدان البناء والأشغال العمومية والري والأشغال الغابية، أن تكون لها شهادة التخصص والتصنيف المهنيين، كشرط لإبرام صفقات مع الدولة، والولايات والبلديات والإدارات والمؤسسات، والهيئات العمومية.

وصدر هذا المرسوم متمما للمرسوم التنفيذي رقم 93- 289 المؤرخ في 28 نوفمبر سنة 1993 والمنشور في الجريدة الرسمية عدد 79 لسنة 1993 الذي فرض هو الأخر بموجب المادة الأولى منه شهادة التخصص[3] والتصنيف المهنيين على جميع المؤسسات التي تعمل في إطار البناء والأشغال العمومية والري.

---

[1] عليوات ياقوتة، المرجع السابق، صفحه 56.

[2] عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية طبقا للمرسوم الرئاسي رقم247/15، المرجع السابق، صفحة 169.

[3] جاءت المادة 03 من المرسوم التنفيذي رقم 11-110 المؤرخ في 6 مارس 2011 الصادر في العدد 15 من الجريدة الرسمية لسنة 2011 لتعريف شهادة التخصص والتصنيف المهنيين بقولها:" شهادة التخصص والتصنيف المهنيين للمؤسسات

جاءت المادة 3 من المرسوم 2011 لتعرف شهادة التخصص والتصنيف المهنيين وبينت المادة الرابعة من المرسوم المعلومات الواردة في الشهادة. وحددت المادة 6 مدة صلاحية الشهادة بثلاثة سنوات.

وبينت المادة 7 المعايير الأساسية التي يتم عن طريقها تصنيف المؤسسة أو مجموعة المؤسسات، كالأخذ بعين الإعتبار العدد الإجمالي للعمال المحسوب للسنة الأخيرة والمسرح بهم لدى صندوق الضمان الإجتماعي طبقا للوثائق المحاسبية، والذي يظهر فيه عدد عمال التأطير التقني المتكون من إطارات جامعية وأعوان التحكم في ذوي الإختصاص المتصل بنشاطات البناء والأشغال العمومية والري والأشغال الغابية، وفرض المرسوم الصادر سنة 2011 المذكور حدا من الإطارات الجامعية والتقنيين وأعوان التحكم ما بين (10%) و (20%) من العدد الإجمالي للعمال المصرح بهم في السنة الأخيرة، وحدد المرسوم معيار آخر يتمثل في رقم الأعمال المحقق للسنة الأخيرة.[1]

2- تعريف جزاء سحب العمل من المقاول في الصفقة العمومية للأشغال

يعتبر جزاء سحب العمل من المقاول في عقود الأشغال العامة إحدى أهم وسائل الضغط التي تستعملها الإدارة للضغط على المتعاقد معها قصد إجباره وحثه على تنفيذ التزاماته التعاقدية، وفق ما تم النص عليه في العقد.

ولقد جرى تعريفه على أنه " إحلال الإدارة محل المقاول المقصر في تنفيذ التزاماته، وقيامها بتنفيذ العمل بنفسها على حسابه، أو أن تعهد به إلى متعاقد غيره على حساب المتعاقد المقصر ومسؤوليته".[2]

كما عرفه البعض الآخر على أنه إجراء تحل بمقتضاه الإدارة المتعاقدة بنفسها أو عن طريق مدير تعينه بمعرفتها محل المقاول المقصر عن تنفيذ التزاماته التعاقدية، وذلك لكفالة تنفيذ الأشغال لحساب المقاول وعلى مسؤوليته.[3]

وثيقة تنظيمية بأشغال البناء والأشغال العمومية والري والأشغال الغابية، وتخول الشهادة المذكورة أعلاه المؤسسة الحائزة لها إختصاصا وطنيا في ميدان العمل المعين".

[1] عمر بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية تبقا للمرسوم الرئاسي 247/15، صفحة 169. 170.

[2] مازن ليلو راضي، العقود الاداريه في القانون الليبي والمقارن، منشاة المعارف، 2003، صفحة 152.

[3] هارون عبد العزيز الجمل، التنظيم القانوني للجزاء في عقد الأشغال العامة(دراسة مقارنة)، رسالة مقدمة للحصول على درجة الدكتورة في الحقوق، كليه الحقوق، جامعة عين شمس، 1979. صفحة 171.

وفي تعريف جاء أكثر تفصيلا عن التعريفين السابقين عرف جزاء سحب العمل من المقاول على أنه " جزاء من الجزاءات التي تملك الإدارة حق ممارستها، فهو وسيلة ضغط وإجراء قهري بمقتضاه تحل الإدارة بنفسها أو عن طريق مقاول آخر تعهد له بذلك محل المقاول المتخلف عن تنفيذ التزاماته التعاقدية، لتنفيذ الأشغال على حساب هذا الأخير ومسؤوليته، كما يمكنها الإستيلاء على أدواته وعماله بالقدر الذي يمكنها من إنجاز الأعمال".[1]

من خلال التعريفات المشار إليها أعلاه يتضح لنا أن جميعها قد إتفقت على أن جزاء سحب العمل من المقاول عبارة عن إجراء ضغط تستخدمه الإدارة للضغط على المقاول المقصر في تنفيذ التزاماته التعاقدية قصد تأمين سير المرفق العام بإنتظام وإطراد، وضمان تنفيذ العقد من خلال التنفيذ على حسابه مباشرة أو بأن تعهد إلى مقاول آخر على حسابه ومسؤوليته، دون إنهاء العقد محل التنفيذ.

ثانيا: الطبيعة القانونية لجزاء سحب العمل من المقاول في عقد الأشغال العامة

يسلم فريق كبير من الفقهاء أن جزاء سحب العمل من المقاول في عقود الأشغال العامة مرتبطة بالنظام العام، بإعتباره ضمانة أساسية مخولة لجهة الإدارة، الغاية منها الضغط على المقاول قصد إتمام الأشغال محل التعاقد، كما يعد ضمانة أخرى في نفس الوقت لسير المرفق العام بإنتظام وإطراد.

ولقد نصت المحكمة الإدارية العليا في مصر بخصوص هذا الشأن على أنه " لا يعتبر تنفيذ على حساب المتعاقد المقصر عقوبة توقعها الإدارة على المتعاقد معها، وإنما هو وسيلة للضغط على المتعاقد المقصر وتطبيق لقاعدة التنفيذ العين للإلتزام تقوم به الإدارة لضمان حسن سير المرافق العامة بإنتظام وإطراد ويتحمل المقاول فروق الأسعار المترتبة على هذا التنفيذ".[2]

هذا وبإستطاعة جهة الإدارة ممارسة جزاء سحب العمل من المقاول في عقد الأشغال العامة من دون إشتراط وجود نص في العقد يسمح لها بذلك، غير أن هناك بعض من الفقهاء من يشير إلى أنه في حال ما إتفق أطراف العلاقة التعاقدية بإستبعاد هذا الجزاء فإنه من الملزم أن تفسر إرادتهم هذه على أساس أن حق الإدارة في توقيعه، لابد أن يكون إلا في حالات التقصير الشديدة التي تبقى المرفق العام في خطر إذا لم يتم تداركها، بحيث يبقى تطبيق هذا الإتفاق مقتصرا على حالات الخطأ الثانوية، في حين رفض

---

[1] عبد الحليم مجدوب، المرجع السابق، صفحة 85.

[2] ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية والتحكيم، الدار الجامعية للطباعة والنشر، الإسكندرية، 2000، صفحة 158.

البعض الآخر التسليم بهذا المبدأ، معتبرا أن النص في عقد الأشغال العامة على إستبعاد جزاء السحب يعتبر باطلا ولا يعتد به.[1]

كما أنه ومن ناحية أخرى يمكن لجهة الإدارة سحب العمل من المقاول ووضعه تحت الإدارة المباشرة لها دون حاجة منها إلى اللجوء للقضاء لإصدار حكم قضائي يسمح لها بذلك، ويكون ذلك بمجرد قرار إداري صادر عنها وبإرادتها المنفردة على أن تتوافر فيه جميع مقوماته شأنه شأن القرارات الإدارية الأخرى التي تصدر عن جهة الإدارة وهي بصدد ممارسة مهامها من(شكل ومحل وسبب وإختصاص وغاية)، وإلا جاز للمقاول طلب التعويض المناسب في حال كان قرار الإدارة الصادر بهذا الشأن معيبا، دون إلغاءه.

ومما هو جدير بالذكر أيضا، ونحن بصدد دراسة الطبيعة القانونية لجزاء سحب العمل من المقاول في عقد الأشغال العامة، أنه عبارة عن إجراء مؤقت، لا يترتب عنه إنهاء العقد، بل يبقى العقد الأصلي قائما، وينفذ على حساب المقابل الأصلي مع تحميل هذا الأخير المخاطر التي تنجر عنه.[2]

الفرع الثاني: شروط سحب العمل من المقاول وأهم الآثار التي تترتب عن إستعمال الإدارة له

سيتم معالجة كل من الشروط التي يتوجب على الإدارة مراعاتها عندما تنوي الإدارة توقيع هذا الجزاء، وكذا أهم الأثار القانونية التي تترتب عنه.

أولا: شروط إستعمال الإدارة لجزاء سحب العمل من المقاول

نظرا لإتصاف هذا الإجراء المخول لجهة الإدارة توقيعه على المتعاقد معها في حالة تقصيره بالخطورة، يشترط كل من الفقه والقضاء على جهة الإدارة مجموعة من الشروط الواجب توفرها حتى يتسنى لها فعل ذلك، والتي يمكننا سردها على النحو التالي:

الشرط الأول: وقوع خطأ جسيم من جانب المقاول

من الأمور المسلم بها لدى كل من الفقه والقضاء الإداري في كل من الجزائر وفرنسا ومصر أنه لكي يتسنى لجهة الإدارة القيام بوضع المقاولة تحت الإدارة المباشرة لها إذا سحب العمل من المقاول لابد من إرتكاب هذا الأخير لخطأ في غاية الجسامة، فالأخطاء البسيطة والتي لا ترقى إلى هذه الدرجة لا تكفي

[1] سعيد عبد الرزاق باخبيرة، المرجع السابق، صفحة 248.

[2] سليمان محمد الطماوي، المرجع السابق، صفحة 512.

لتبرير هذا الجزاء،[1] حيث يكون بإستطاعة المقاول في حالة ما تم وضع المقاولة تحت الإدارة المباشرة وسحب العمل منه أن يطلب تحميل الإدارة مسؤولية ما يترتب عن ذلك من نتائج بما في ذلك حقه في المطالبة بالتعويض،[2] ومن بين الأمثلة التي تنطبق على الخطأ الجسيم الذي قد يرتكبه المقاول أثناء تنفيذه للعقد في نظر المشرع الجزائري أنه إكتفى بالإشارة إلى هذا النوع من الجزاءات دون الإشارة إلى الحالات التي يمكن الإدارة أن تسحب فيها العمل من المقاول بشكل واضح، تحديدا في الفقرة 03 من المادة 35 من دفتر الشروط الإدارية العامة لسنة 1964[3] والتي نصت على أنه "... إذا لم ينفذ المقاول المقتضيات المفروضة، يجوز للمهندس الرئيسي بإستثناء حالة الإستعجال بعد عرض المسألة على الوزير، أن يأمر بإجراء النظام المباشر على نفقة المقاول، ذلك النظام الذي يجوز للإدارة أن يكون جزئيا"، ويقصد بالنظام المباشر في هذه الحالة التنفيذ المباشر للأشغال بعد سحبها من المقاول وقيام الإدارة المتعاقدة بنفسها تنفيذ الأشغال مباشرة على نفقة المقاول المتخلف.[4]

كما أننا نجد بعض التلميحات للحالات التي يمكن للإدارة سحب العمل من المقاول ما جاء في نفس المادة من الدفتر المشار إليه أعلاه في الفقره الأولى منها والتي جاء فيها " إذا لم يتقيد المقاول بشروط الصفقة أو بأوامر العمل التي يتلقاها من مهندس الدائرة أو المهندس المعماري، يعمد المهندس الرئيسي إلى إنذاره بلزوم التقيد بتلك الشروط والأوامر في أجل يحدد بمقرر يجري إبلاغه له بموجب أمر المصلحه".

وفي مجلس الدوله الفرنسي ما يلي:

- ✓ ترك موقع العمل أو وقف الأعمال لمدة تزيد على 15 يوم دون سبب معقول.
- ✓ عدم إستجابة المقاول للأوامر المصلحية الموجهه إليه من قبل الإدارة.

---

[1] هيثم حليم غازي، المرجع السابق، صفحة 140.

[2] نصري منصور النابلسي، **العقود الإدارية(دراسة مقارنة)** منشورات زين الحقوقية، لبنان، 2010، الطبعة الأولى، صفحة 243.

[3] القرار المؤرخ في 16 رجب 1384 الموافق لـ 21 نوفمبر 1964 المتضمن المصادقة على دفتر الشروط الإدارية العامة، المطبقة على صفقات الأشغال الخاصة بوزارة تجديد البناء والأشغال العمومية والنقل، الجريدة الرسمية العدد:06، الصادرة في 19 يناير 1964.

[4] بن سديرة جلول، المرجع السابق، صفحة 95.

- ✓ إذا قام بنفسه أو بواسطة غيره سواء بطريقة مباشرة أو غير مباشرة بإستخدام وسيلة من وسائل الغش والتدليس أو التلاعب في الطريقة المتفق عليها لتنفيذ العقد، أو بالتعامل مع الجهة المتعاقدة أثناء ذلك.[1]
- ✓ تواجد المقاول في مركز مالي سيء يحول بينه وبين تنفيذ التزاماته التعاقدية، أو بتقديمه لطلب خطي يعلن فيه عن إشهار إفلاسه[2].
- ✓ إذا أهمل إهمالا جسيما في تنفيذ العقد أو أغفل القيام بإحدى التزاماته الجوهرية المقررة في العقد، ولم يباشر بإصلاح آثار ذلك.[3]
- ✓ إذا تنازل المقاول عن تنفيذ التزاماته التعاقدية، دون الحصول على موافقة محررة كتابيا من جانب الإدارة، أو صدر حكم بحقه من محكمة ذات إختصاص يقضي بحجز أمواله وكان من شأن هذا الحجز أن يؤدي إلى عجزه عن الإيفاء بالتزاماته[4].

أما بالنسبة للأفعال المبررة لحلول الإدارة محل المتعاقد معها بجمهورية مصر العربية في عقد الأشغال العامة فإننا نجد وبالعودة إلى اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات رقم 89 لسنه 1998 أنها لم تشر صراحة إلى الأفعال التي يمكن على أساسها لجهة الإدارة سحب العمل من المقاول وإكتفت بالإشارة إلى هذا النوع من الجزاءات فقط وذلك في نص المادة 84 والتي جاء فيها " إذا أخلى المقاول بأي شرط من شروط العقد أو أهمل أو أغفل القيام بأحد التزاماته المقررة ولم يصلح أثر ذلك خلال خمسة عشر (15) يوما من تاريخ إنذاره بكتاب موصى عليه بعلم الوصول على عنوانه المبين بالعقد بالقيام بإجراءات هذا الإصلاح كان للسلطة المختصة إتخاذ أحد الإجراءين التاليين :

---

[1] مجدوب عبد الحليم، المرجع السابق، صفحة 87. 88.

[2] سعيد عبد الرزاق باخبيرة، المرجع السابق، صفحة 150.

[3] محمود حسن خلف الجبوري، المرجع السابق، صفحة 134.

[4] نفس المرجع ، صفحة 134.

- ✓ فسخ العقد.
- ✓ سحب العمل من المقاول وتنفيذه على حسابه بذات الشروط والمواصفات المعلن عنها، والمتعاقد عليها وذلك بإحدى طرق التعاقد المقررة بقانون المناقصات والمزايدات والأحكام الواردة بهذه اللائحة".[1]

ويذهب الدكتور سليمان الطماوي في تعليقه على نص هذه المادة إلى القول بأن الحالات المذكورة جاءت على سبيل المثال لا الحصر، ذلك أن لجوء الإدارة إلى إتخاذ إجراء جزاء سحب العمل يستند في حقيقة الأمر إلى طبيعة العقد الإداري وإرتباطه بالمرافق العامة ومتطلبات حسن سيرها بإنتظام وإطراد، مما يؤكد أحقية جهة الإدارة في سحب العمل من المقاول في كل مرة يخطئ فيها المقاول خطأ على قدر كبير من الجسامة.[2]

ومن خلال جميع الحالات المشار إليها أعلاه والتي جاءت على سبيل المثال لا الحصر يتضح لنا أن أي إخلال من جاب المتعاقد بأي شرط من الشروط التعاقدية يتصف بالجسامة يعد بدوره سببا وجيها لسحب العمل من المقاول وتنفيذه على حسابه ومسؤوليته، شريطة أن يصدر ذلك بقرار من السلطة المختصة بعد خضوعه لرقابة القاضي، الذي ليس بإمكانه إلغاءه وإن كان بوسعه تعويض المتعاقد عن الأضرار التي لحقته جراء هذا السحب، مع إمكانية إقتضاء الإدارة المتعاقدة مالها من حقوق لدى المتعاقد، خلفها التنفيذ المباشر على حسابه بممتلكاته بالموقع، أو ماله من مستحقات لدى أية جهة حكومية أخرى.[3]

الشرط الثاني: ضرورة إعذار المقاول قبل فرض جزاء سحب العمل منه

من حيث المبدأ فإنه لاعقاب دون إنذار يسبقه، وعليه يسلم كل من الفقه والقضاء الإداري في كل من فرنسا ومصر والجزائر على ضرورة توجيه إعذار إلى المتعاقد المقصر في تنفيذ التزاماته التعاقدية مع

---

[1] بلاوي ياسين بلاوي، الجزاءات الضاغطة في العقود الإدارية، دار الكتب القانونية، دار شتات للنشر والبرمجيات، مصر، 2011، صفحة 52.

[2] محمد سليمان الطماوي، المرجع السابق، صفحة 535.

[3] عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية،(الإبرام–التنفيذ–المنازعات)، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004، صفحة 284.

الإدارة قبل سحب العمل منه، ومنحه المهلة الكافية لإصلاح مخالفاته وإلا كان مسلكها بتوقيع هذا الجزاء معيبا.[1]

ويعرف الإعذار على أنه ذلك التنبيه الذي توجه الإدارة إلى المتعاقد معها، لتوضح له الخلل أو التقصير أو التأخير في تنفيذ العقد الإداري، وحثه على ضرورة الالتزام بتنفيذ العقد وفقا للقواعد القانونية المعمول بها، خلال الموعد والمدة التي حددتها له، تحت طائلة إتخاذ الإجراء القانوني المناسب بحقه.[2]

ومن خلال ما تقدم يجب أن يتضمن الإعذار ما يلي:

- ✓ المخالفات المنسوبة للمتعاقد مع إيضاح أوجه التقصير التي تعتري عملية تنفيذ التزاماته التعاقدية.
- ✓ الأعمال التي ينبغي عليه القيام بإصلاحها.
- ✓ المدة الزمنية المحددة لتنفيذ الإصلاحات المطلوبة خلالها.
- ✓ إنذار الإدارة للمتعاقد بأنها ستضع المقاولة تحت الإدارة المباشرة بسحبها منه وإسنادها لغيره تنفيذا لها على نفقته الخاصه في حالة عدم إستجابته.

إلا أنه بالرغم من التزام الإدارة إلى المقاول المقصر قبل توقيع الجزاء عليه مثل ما هو منصوص عليه عادة في عقود الأشغال العامة. أو دفاتر الشروط المطبقة على هذا النوع من العقود. إلا أن سكوت العقد عن ذلك أو عدم إدراج شرط في دفاتر الشروط يقضي بتوجيه الإدارة إنذارات إلى المتعاقد معها لا يعني عدم ضرورتها والإستغناء عنها، وإنما يبقى الإنذار شرطا مفروضا على الإدارة يتحتم عليها التقيد به.[3]

وفقا لذلك فقد إشترطت المادة 35 من دفتر الشروط الإدارية المطبق على صفقات الأشغال الخاصة الجزائري في الفقرة الأولى منه والتي جاء النص فيها على أنه:" إذا لم يتقيد المقاول بشروط الصفقة أو بأوامر الصفقة التي تتلقاها من مهندس الدائرة أو المهندس المعماري، يعمد المهندس الرئيسي إلى إنذاره بلزوم التقيد بتلك الشروط والأوامر في أجل يحدد بمقرر يجري إبلاغه له بموجب أمر المصلحة".

---

[1] هيثم حليم غازي، المرجع السابق، صفحة 148.

[2] عبد الحليم مجدوب، المرجع السابق، صفحة 90.

[3] نصري منصور النابلسي، المرجع السابق، صفحة 247.

وهو نفس الشيء الذي جاءت به المادة 84 من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات المصري على الإدارة قبل قيامها بوضع المقاولة تحت الإدارة المباشرة، ضرورة توجيه إعذار إلى المقاول، وذلك بإنذاره بكتاب موصى عليه بعلم الوصول بالقيام بإجراءات الإصلاحات اللازمة خلال 15 يوما من تاريخ إخطاره، مع مراعاة أن سلطة الإدارة بخصوص هذا الشأن هي سلطة تقديرية لا يحدها في ذلك سواء عيب الإنحراف بالسلطة.[1]

ليبقى بذلك الإعذار من الشروط الجوهرية التي يتعين على الإدارة التقيد بها، وفي حال ما إذا خالفت هذه القاعدة عند قرارها بسحب العمل من المقاول باطلا لعدم إستيفائه الشروط الشكلية، ومع ذلك يبقى شأنه أن تحل محل المقاول في الحالات الإستعجالية فقط، ومن ذلك ما قررته المادة 35 من دفاتر الشروط الإدارية العامة في فرنسا،[2] وغير بعيد عن ذلك كما أقره المشرع الجزائري هو الأخر في نص المادة 35 من دفاتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال العامة بالقول أنه " لا تقل المهلة عن عشرة 10 أيام إبتداء من تبليغ الإنذار، ما عدا في الحالات المستعجلة".[3]

أما بالنسبة للمشرع المصري فإنه يفرض على جهة الإدارة قبل قيامها بوضع المقاولة تحت الإدارة المباشرة، ضرورة توجيه إعذار إلى المقاول بأي حال من الأحوال، وذلك بإنذاره بكتاب موصى عليه بعلم الوصول بالقيام بإجراءات الإصلاحات اللازمة خلال 15 يوم من تاريخ إخطاره، مع مراعاة أن سلطة الإدارة بخصوص هذا الشأن هي السلطة التقديرية لا يحدها في ذلك سوى عيب الإنحراف بالسلطة، وهو ما أشارت إليه المادة 84 من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات المصري سابق الذكر.

ومما ينبغي لنا التنويه له أنه يمكن ومن جانب آخر إعفاء الإدارة من هذا الإجراء إذا ما ورد نص صريح في عقد الأشغال العامة أو دفاتر الشروط الملحقة به يعفيها من الالتزام بالإنذار المسبق للمقاول المقصر، على أن يتم تفسير هذا النص تفسيرا ضيقا لما يشكله من خطر على المقاول، ناهيك عما يمثله من إستثناء على القاعدة العامة التي توجب إخطار المقاول المقصر قبل توقيع جزاء السحب عليه.[4]

---

[1] بلاوي ياسين بلاوي، المرجع السابق، صفحة 128.

[2] سعيد عبد الرزاق باخبيرة، المرجع السابق، صفحة 256.

[3] المادة 35 من القرار المؤرخ في 16 رجب 1384 الموافق لـ 21 نوفمبر 1964 المتضمن المصادقة على دفتر الشروط الإدارية العامة، المطبقة على صفقات الأشغال الخاصة بوزارة تجديد البناء والأشغال العمومية والنقل، الجريدة الرسمية العدد:06، الصادرة في 19 يناير 1964.

[4] عبد الحليم مجدوب، المرجع السابق، صفحة 92.

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

يترتب على توافر الشروط السالف ذكرها لسحب العمل من المقاول في عقد الأشغال العامة مجموعة من الآثار القانونية، والتي يمكن لنا التطرق لها بشيء من التفصيل على النحو التالي:

- ✓ إن جزاء سحب العمل من المقاول ما هو إلا إجراء عارض ومؤقت، لا يترتب عنه إنهاء للعقد الأصلي، بل يبقى العقد قائما، كما يبقى المقاول المعذر ملزما به.[1]
- ✓ إن جزاء سحب العمل من المقاول نتيجة إهماله أو تقصيره في تنفيذ التزاماته التعاقدية يحمل المقاول كافة الآثار القانونية التي يمكن أن تنتج عن تنفيذ العقد على حسابه وتحت مسؤوليته، أما عن طريق تولي الإدارة بنفسها تنفيذ العقد أو بواسطة مقاول آخر تعهد إليه بذلك، تختاره بالطريقة التي تراها مناسبة.
- ✓ حق الإدارة في إحتجاز كل أو بعض ما يوجد بمحل العمل من منشآت ومبان وآلات وأدوات مستعملة في تنفيذ المشروع بغية إستخدامها لإتمام العمل، وليكن بذلك هذا التصرف ضمانا لحقوقها من قبل المقاول.[2]
- ✓ يجوز للإدارة المتعاقدة صاحبة الأشغال أثناء وضع المرفق تحت التنفيذ المباشر عقد أو إبرام صفقات جزئية متعلقة بحسن تنفيذ الأعمال، إلا أنه ليس بإمكانها عقد صفقات شاملة بالعمليات المنصوص عليها في العقد الأصلي.[3]
- ✓ بإمكان الإدارة بيع ما تم الحجز عليه من طرفها لإستيفاء حقوقها، وما يترتب لها من تعويضات عما لحقها من أضرار بسبب سحب العمل.[4]

---

[1] بن شعبان علي، المرجع السابق، صفحة 125.

[2] سليمان محمد الطماوي، المرجع السابق، صفحة 513.

[3] فارس علي جنكيز، المرجع السابق، صفحة 170.

[4] مازن ليلو راضي، المرجع السابق، صفحة 154.

- ✓ منع المتعاقد المقصر من إعتراض طريق المتعاقد المنفذ أثناء تنفيذه للعقد، أو التدخل في طريقة تنفيذ الأعمال الموكلة إليه،[1] مع إحتفاظه بحق المراقبة والمتابعة في تنفيذ الأشغال دون عرقلة تنفيذ أوامر المهندسين.[2]
- ✓ يمكن للإدارة صاحبة الأشغال رفع جزاء سحب العمل وإعادة العمل للمقاول المستبعد، لإكمال وإنجاز ما قد تم البدء فيه من قبله من أشغال بصورة مرضية في حالة ما أثبتت قدرته على ذلك، والضمانات اللازمة لتنفيذ العمل وفق موعده المحدد، بما ينطبق على شروط ومواصفات عقد الأشغال العامة، ولها أن تستعمل في ذلك كامل سلطتها التقديرية، أما بالموافقة على طلبه أو رفضه.[3]
- ✓ عدم تحمل الإدارة مسؤولية ما أصاب مباني وأدوات وآلات ومواد العمل التي تم الحجز عليها من قبلها، من تلف أو عطب لأي سبب كان أو دفع أي أجر عنها، كما يكون لها الحق أيضا في الإحتفاظ بها حتى بعد إنتهاء العمل بها.[4]

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

يعد شراء على حساب المورد وتحت مسؤوليته من الجزاءات التي تملك المصلحة المتعاقدة توقيعها على المورد إذا أخلى بتنفيذ التزاماته التعاقدية، ولو خلى عقد التوريد من النص عليه فهو حق للإدارة لها ممارسته وإن لم ينص عليه في العقد.

الفرع الأول: ماهية جزاء الشراء على حساب ومسؤوليته في صفقة إقتناء اللوازم وطبيعته القانونية

في حالة تخلف المتعاقد عن توريد اللوازم المتفق عليها يمكن أن تقوم الإدارة بالشراء على حساب المورد وتحت مسؤوليته، ويعتبر هذا الإجراء من وسائل الضغط المكرسة قضاء والمعتمدة فقها،

---

[1] عبد الله نواف العنزي، النظام القانوني للجزاءات في العقود الإدارية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2010، صفحه 139.

[2] المادة 35ف 6 من دفتر الشروط الإدارية العامة السالفة الذكر.

[3] فارس علي جنكيز، المرجع السابق، صفحة 180.

[4] مفتاح خليفة عبد الحميد، حمد محمد الشملاني، العقود الإدارية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2008، صفحة 167.

أولا: مفهوم جزاء الشراء على حساب ومسؤولية المورد

للتطرق لمفهوم جزاء الشراء على حساب ومسؤولية المورد لابد أولا من تعريف صفقة إقتناء اللوازم ثم تعريف جزاء الشراء على حساب ومسؤولية المورد في صفقة إقتناء اللوازم.

1- مفهوم صفقة إقتناء اللوازم

صفقة التوريد هي إحد أنواع العقود أو الصفقات بالإضافة إلى صفقات الأشغال والخدمات والدراسات،[1] وقد غير المشرع الجزائري مصطلح التوريد في قوانين الصفقات بعبارة إقتناء اللوازم ففي المادة 29 من المرسوم الرئاسي 247/15 " ... تهدف الصفقة العمومية للوازم إلى إقتناء أو إجار أو بيع بالإيجار، بخيار أو بدون خيار الشراء، من طرف المصلحة المتعاقدة، لعتاد أو مواد، مهما كان شكلها، موجهة لتلبيت الحاجات المتصلة بنشاطها لدى مورد...."."[2]

2- تعريف جزاء الشراء على حساب ومسؤولية المورد

وهو عبارة عن جزاء تتخذه الإدارة المتعاقدة إتجاه المتعاقد المورد الذي تخلف عن توريد الأصناف المتعاقد عليها بموجب[3] الصفقة المبرمة في المدة المحددة أو تخلف عن توريدها بالمواصفات المطلوبة وذلك بشراء هذه الأصناف أو المواصفات على نفقة ومسؤولية هذا الأخير، وهي من وسائل الضغط المكرسة قضاء والمعتمد فقها، ذلك أن لموضوع الصفقة صلة وثيقة بإستمرارية المرفق العام وخدمة الجمهور إذا لا يمكن التسليم بتوقيف نشاط المرفق بسبب تقصير المورد المتعاقد باللجوء لمورد آخر تختاره فيزودها بالمادة موضوع الصفقة ويتحمل الطرف المقصر النتائج الناجمة عن هذا التنفيذ.[4]

وفي هذا يجيب **أحمد محيو** عن سبب إستبدال المتعاقد العاجز بآخر لتنفيذ العقد في نفقته في مجال تنفيذ العقود الإدارية بإعتباره من الجزاءات الصارمة بالقول تستهدف العقود الإدارية تأمين سير المرافق العمومية وتحقيق حاجات الصالح العام.

---

[1] عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، الطبعة 4 ،2011، صفحة 224.

[2] المادة 29 من المرسوم الرئاسي 247/15 المصدر السابق.

[3] سعيد عبد الرزاق باخبيرة، المرجع السابق، صفحة 263.

[4] عمار بوضياف، الصفقات العمومية في الجزائر، دراسة تشريعية وقضائية وفقهيه، دار جسور للنشر والتوسيع، 2007، صفحة 108.

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 التراخي 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 متعاهد آخر دون إنهاء العقد الأصلي أو فسخه، ويكاد يكون هذا الأمر مسلما به في التشريع والفقه والقضاء.

ثانيا: الطبيعة القانونية لجزاء الشراء على حساب ومسؤولية المورد

الشراء على حساب المورد وتحت مسؤوليته لا يعد عقوبة عقدية توقعها الإدارة على المتعهد، بل هو إجراء تستهدف به المصلحة المتعاقدة تنفيذ الالتزام عينا وذلك للضغط على المورد(المتعامل المتعاقد) عند إخلاله بتعهده، وقد شرع لحماية سير المرفق العام بإنتظام وإطراد، وبالتالي فإن الإدارة تتمتع بسلطة تقديرية في اللجوء إليه، ومن ثم فإنه ليس من الشروط الجزائية المنصوص عليها في القانون المدني.[1]

وإن هذا الجزاء كما هو المبدأ بالنسبة لسائر وسائل الضغط الأخرى فإن الإدارة تستمد حقها في توقيعه من مبادئ القانون العام وليس من العقد، فإذا ما خلت بنود العقد من الإشارة إليه فإن ذلك لا يعني حرمانها من سلطة إتخاذ هذا الإجراء،[2] ويترتب على ذلك أن للإدارة الحق في أن تقرر بنفسها تنفيذ عقد التوريد على حساب وتحت مسؤولية المورد المقصر دون حاجة للجوء إلى القضاء مسبقا ودون إشتراط نص على هذا الحق في العقد.

والسلطة التقديرية للإدارة في الشراء على حساب المورد وتحت مسؤوليته لا تعد في ذاتها خروجا عن مبدأ المشروعية، وإنما سلطة مكفولة للإدارة قانونا وفي إطار مبدأ المشروعية الذي يوجب أن تكون ممارسة الإدارة لهذه السلطة بقصد تحقيق المصلحة العامة وتطبيق القانون بصوره سليمة،[3] وأن سلطتها في الشراء على حساب المورد ومسؤوليته ليست نهائية لا معقب لها بل تخضع لرقابة القضاء اللاحقة.

وبهذا الصدد تشير المحكمة الإدارية العليا في مصر في حكمها المؤرخ في 17 جانفي 1991 " بأن لجهة الإدارة سلطة تقديرية في تقرير التنفيذ على حساب المتعاقد معها المقصر بتنفيذ التزامه تطبيقا

---

[1] عاطف سعدي محمد علي، عقد التوريد الإداري بين النظرية والتطبيق، رسالة الدكتوراه، جامعة عين شمس، كليه الحقوق، 2005، صفحة 477.

[2] بلاوي ياسين بلاوي، المرجع السابق، صفحة 187.

[3] جابر جاد نصار، العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، جمهورية مصر العربية، دون سنة، صفحة 40. 41.

لقاعدة تنفيذ الالتزام عينا، حيث تقوم جهة الإدارة بالتنفيذ بنفسها، وعلى حسابه وتحت مسؤوليته دون أن تلجأ في ذلك للقضاء ضمانا لحسن سير المرافق العامة وإطراد سيرها، ومنعا من تعطيلها بما قد يعرض المصلحة العامة للضرر إذا توقفت هذه المرافق... إلا أن حقها في ذلك ليس نهائيا إذ يجوز للمتعاقد مع الجهة الإدارية دائما أن ينازع في ذلك... وللمحكمة في هذه الحالة تبسيط رقابتها القانونية للتحقيق ما إذا كان ذلك الإجراء وهو التنفيذ على حساب المتعاقد معها لا يخالف قواعد القانون التي تحكم العقود الإدارية... ومن مظاهر الرقابة القانونية التي تفرضها المحكمة في محل بحث أسس سلامة إجراء التنفيذ على حساب المتعاقد معها أنه إذا إشترت الإدارة الأصناف التي قصر المتعهد في توريدها، أن تكون هذه الأصناف مغايرة للأصناف المتعاقد عليها... ".

ولكن مطابقة الأصناف المشتراة على حساب المتعهد المقصر لمواصفات الأصناف المتعاقد عليها ليس الزاما على الإدارة لمصلحة المتعهد بحيث لا يصح الشراء إلا إذا راعته، وإنما هو حق للإدارة ستؤديه لمصلحة المرفق العام، ومن ثم فإنها تملك التنازل عن هذا الحق إذا كان التنازل لمصلحة المرفق العام كأن يتعذر إيجاد أصناف مطابقة للمواصفات المتعاقد عليها وكانت الأصناف المتيسرة أقل جودة لكنها صالحة للإستعمال وتسد حاجة المرفق العام، ففي هذه الحالة تملك الإدارة التنازل عن حقها في وجوب مطابقة الأصناف للمواصفات، ويصبح لها شراء الأصناف الأقل جودة على حساب المتعهد المقصر حماية لسير المرفق العام.

لقد ذهب بعض الفقه إلى القول بأن حق الإدارة في الشراء على حساب المورد وتحت مسؤوليته ليس من النظام العام، ويمكن للأطراف إستبعاده بمقتضى نص عقدي صريح، بإعتبار أن عجز المورد عن التوريد ليست له نتائج خطيرة إذا يمكن للإدارة أن تتدخل فورا بأن تفسخ العقد وتبرم عقدا جديدا مع متعهد آخر، وبذلك لا يكون المرفق مهددا بالتوقف، إلا أن هذا الرأي لا يمكن الأخذ به على الإطلاق خصوصا في حالات الضرورة التي تواجه تنفيذ العقد كحالة الحرب التي تستلزم السرعة في توريد الأغذية أو الأسلحة للقوات المسلحة، أو حالات الكوارث الطبيعية كالزلازل والفيضانات... وغير ذلك، لأن البطء في التنفيذ أو في إجراءات فسخ العقد والتعاقد مع مورد ثان تكون له نتائج خطيرة من الصعب تداركها.[1]

[1] بلاوي ياسين بلاوي، المرجع السابق، صفحة 189. 190.

الفرع الثاني: شروط الشراء على حساب ومسؤولية المورد وأهم الآثار التي تترتب عنه

لتوقيع جزاء الشراء على حساب ومسؤولية المورد في صفقة إقتناء اللوازم هناك شروط معينة لابد للمتعاقد من أن يرتكبها حتى تبرر الشراء على حسابه وتحت مسؤوليته، وحتى لا تتعسف المصلحة المتعاقدة في توقيعها.

أولا: شروط الشراء على حساب ومسؤولية المورد

للشراء على حساب ومسؤولية المورد شروط معينة لابد للمتعاقد من أن يرتكبها حتى تبرر الشراء على حسابه وتحت مسؤوليته، وحتى لا تصبح المصلحة المتعاقدة في وضع المتعسف أثناء توقيع هذا الجزاء ومن بينها ما يلي:[1]

1- الخطا الجسيم من المتعامل المتعاقد

يستلزم أن يكون فعل المتعامل المتعاقد في عقد التوريد على درجة من الجسامة بحيث يبرر فعل المصلحة المتعاقدة بالشراء على حساب ومسؤولية المورد ومن الأخطاء الجسيمة نذكر منها:

أ- تنفيذ العقد على وجه غير مرض أو إدخال المتعهد لغيره دون موافقة الإدارة

إذ تقوم الإدارة المتعاقدة بمتابعة الصفقة منذ البدء في التنفيذ، وقد يقوم المتعامل المتعاقد بتنفيذ الصفقة على نحو ما لا يرضي المصلحة المتعاقدة وخاصة فيما يتعلق بطلب مواصفات معينة في بنود الصفقة المتعلقة بتوريد أشياء معينة قد لا تكون بنفس المواصفات التي رغبت فيها المصلحة المتعاقدة، فإنه من باب أولي وفي دائرة المصلحة العامة تملك الإدارة ضمانا لحسن سير المرافق العامة على أن تقرر تنفيذ العقد، وذلك بشراء الأصناف التي لم يقم المورد بتوريدها من غيره على حسابه بذات الشروط والمواصفات المعلن عنها والمتعاقد عليها، أو إنها التعاقد فيما يختص بهذه الأصناف.[2]

ب- الإهمال في تنفيذ الالتزامات التي تفرضها عليه الصفقة على وجه يعرض المرفق العام للخطر

إن إهمال المتعامل المتعاقد في تنفيذ الالتزامات التي تفرضها عليه بنود الصفقة قد يعرض المرفق للخطر وبالتالي تعطيل المصالح العامة وخدمة الجمهور، لذلك تقوم الإدارة طبقا لسلطتها التقديرية بالشراء

[1] عبد الرزاق باخبيرة، المرجع السابق، صفحة 265.

[2] بلاوي ياسين بلاوي، المرجع السابق، صفحة 185.

على حساب ومسؤوليته المالية بنفسها أو إحلال. أما المرسوم الرئاسي رقم 247/15 سابق الذكر فإنه لم يذكر هذه الحالات.

وهكذا ملكت الإدارة عند تنفيذها لصفقة اللوازم وسائل التنفيذ العيني، فإن لم يقم المتعامل المتعاقد بالوفاء بما تعهد به، تحركت جهة الإدارة المعنية ولجأت لأسلوب الضغط على المتعامل المتعاقد معها وإجباره على التقيد بالتزاماته.

ولكن بالرجوع للمرسوم الرئاسي 15/ 247 نجده لم ينص على جزاء الشراء على حساب ومسؤوليه المورد في حاله تخلفه عن توريد الأصناف المتفق عليها في الصفقة.

ج – الإمتناع أو العجز عن تنفيذ التوريد

إن إمتناع المتعامل المتعاقد عن تنفيذ البنود التعاقدية للصفقة قد يجعل المصلحة المتعاقدة تقوم بالشراء على حساب المتعامل المتعاقد الممتنع، كما أنه في حالة عجزه عن تنفيذ التوريد يقوم بنفس الإجراء.[1]

3- وجوب الإعذار بالجزاء

على الرغم من أنه لم ينص على الإعذار في المرسوم الرئاسي 247/15، لكن يجب على الإدارة والمصلحة المتعاقدة التقيد بشرط الإعذار قبل إتخاذ أي إجراء ضاغط بما فيه الشراء على حساب ومسؤولية المورد العاجز عن تنفيذ الالتزامات التعاقدية وذلك بمنحه مهلة أولية بإخطاره بوجوب تنفيذ التزامه مع توقيع غرامة إذا إقتضى الأمر ذلك.

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

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

---

[1] عبد الرزاق باخبيرة، المرجع السابق، صفحة 265.

[2] سهام بن دعاس، المتعامل المتعاقد في ظل النظام القانوني للصفقات العمومية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، جامعة باجي مختار، عنابة، 2005، صفحة 130.

[3] محمود الحسن خلف الجبوري، المرجع السابق، صفحة 156.

ثالثا: أهم الآثار القانونية لجزاء الشراء على حساب المورد

يترتب على جزاء الشراء على حساب المورد وتحت مسؤوليته في حالة تخلف عن تنفيذ التزاماته التعاقدية إستبعاد المورد مؤقتا عن تنفيذ العقد وقيام الإدارة بهذا التنفيذ بنفسها أو تعهد به إلى مورد آخر فضلا عن تحميل المورد الأصلي كافة تكاليف عملية الشراء على حسابه من تعويضات ومصروفات إدارية وقيمة الزيادة في ثمن الشراء وكافة النتائج المالية المترتبة على هذا الإجراء،[1] وتتمثل هذه الآثار فيما يلي:

✓ إستبعاد المورد وحلول المصلحة المتعاقدة محله في تنفيذ الصفقة أو تعهد بها لمورد آخر على نفقة المورد العاجز ولها أن تختاره بالطريقة التي تراها مناسبة(سلطة تقديرية للمصلحة المتعاقدة) وبالتالي يظل المورد الأصلي مسؤولا أمام المصلحة المتعاقدة مع بقاء العلاقة العقدية قائمة بينهما.

✓ يتحمل المورد الأصلي النتائج المالية كافة التي تترتب على إجراء الشراء على حسابه بما في ذلك حالة الشراء بأسعار أقل من الأسعار التي تقدم بها المورد المقصر في الصفقة الأصلية، ففي هذه الحالة لا يحق لهذا الأخير المطالبة بهذا الفرق لأنه يكون من حق المصلحة المتعاقدة،[2] وإذا كان السعر أعلى من السعر المتفق عليه أصلا فيكون على عاتق المورد العاجز.[3]

✓ لا يجوز الجمع بين الشراء على نفقة المورد وفسخ الصفقة في نفس الوقت لأن الجمع بينهما يعني إنعدام الصفقة أي وكأنها لم تكن، إلا أنه يحق للمصلحة المتعاقدة أن تجمع بين جزاءات متعددة طالما تحقق السبب المخول لتوقيع كل منها، فغرام التأخير وسيلة لمنع التأخير في التوريد وجزاء يوقع بسبب التأخير، أما الشراء على نفقة المورد يكون بعد أن تثبت عجز على التوريد، بينما إلغاء الصفقة يكون عند تكرار العجز عن التوريد.

✓ تلتزم المصلحة المتعاقدة بشراء الأصناف التي لم يقوم المورد بتوريدها وفقا للشروط والمواصفات المتعاقد عليها وليس من حقها أن تشتري أصناف من غير المتعاقد عليها، إلا أنها تستطيع أن تشتري أصناف مغايرة من حيث درجة الجودة بالزيادة أو النقصان إذا تعذر الحصول على الصنف الأصلي المتعاقد عليه،

---

[1] بلاوي ياسين بلاوي، المرجع السابق، صفحة 191.

[2] سبكي ربيحة، المرجع السابق، صفحة 134.

[3] ناصر لباد، القانون الإداري،(النشاط الاداري)، الجزء الثاني، لباد للنشر، الجزائر، 2004، صفحة 141.

وفي مثل هذه الحالة يكون من حق المصلحة المتعاقدة أن تحاسب المورد المقصر على فرق السعر إذا كان بالزيادة وأيضا فرق الجودة إن إضطرت إلى شراء أصناف أقل من المتعاقد عليها أصلا.

✓ في حالة الشراء على حساب المورد المستبعد تعد المصلحة المتعاقدة بمنزلة الوكيل عنه وترتيبا على ذلك يقع عليها الالتزام بدل الغاية التي تبذلها في أعمالها الخاصة أثناء إجراء عملية الشراء تحت مسؤوليته، وعليه في هذه الحالة أن تأخذ بعين الإعتبار القواعد العامة لأحكام الوكالة الواردة في القانون المدني الجزائري،[1] فإذا تسببت تصرفاتها في زيادة أعباء المتعاقد المالية، فإنه لا يتحمل منها إلا الفرق الذي تسبب بخطئه في إحداثه[2].

المبحث الثاني: الفسخ الجزائي(كجزاء منهي للعقد)

إن الجزاءات الإدارية في الصفقة العمومية تهدف دائما لتقويم المتعاقد ودفعه لإحترام التزاماته التعاقدية، وذلك من أجل الوصول للتنفيذ الأمثل للصفقة وضمان سير المرفق العام بإنتظام وإطراد، ولبلوغ هذه الغاية تقوم المصلحة المتعاقدة بتوقيع مختلف الجزاءات الإدارية المالية منها والضاغطة (غير مالية)، لكن إذا تبين أن المتعامل المتعاقد معها أصبح في وضع لا يستطيع فيه الوفاء بالتزاماته وأن الجزاءات السابقة الموقعة عليه لم تجدي معه، فتصل المصلحة المتعاقدة في هذه المرحلة لحد الإنهاء الإنفرادي للصفقة وإستبعاده نهائيا عن الإستمرار في التنفيذ جزاء على إخلاله الجسيم بالتزاماته وعدم الوفاء بها وعرقلت سير المرفق العام، ويعتبر الفسخ الجزائي للصفقة العمومية بالإرادة المنفردة للمصلحة المتعاقدة أخطر الجزاءات الإدارية التي يتعرض لها المتعاقد معها، لذلك أحاطه القانون بالعديد من الأحكام لإعماله، وسيتم توضيح الفسخ الجزائي للصفقة العمومية في هذا المطلب من خلال الفرعين:

المطلب الأول: الأحكام المنظمة للفسخ الجزائي

المطلب الثاني: أنواع الفسخ الجزائي وشروطه وآثاره

المطلب الأول: الأحكام المنظمة للفسخ الجزائي

يعتبر الفسخ الجزائي في الصفقات العمومية التي تؤدي بالمصلحة المتعاقدة للتضحية بالمتعاقد معها في سبيل الحفاظ على الهدف الأول في العلاقة وهو حسن سير المرفق العام وضمان إستمراره وعدم

---

[1] أنظر المواد من 571 الى 589 من الأمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني الجزائري، المعدل والمتمم.

[2] عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع السابق، صفحة 95.

المساس به، لأن المصلحة المتعاقدة تهدف دائما من خلال تنفيذها للصفقة العمومية إلى المحافظة على المصلحة العامة، وتتعرض دراسة الأحكام المنظمة للفسخ الجزائي لتعريفه، ثم توضيح طبيعته القانونيه التي إتجه إليها فقهاء القانون الإداري، بعد ذلك توضيح ما قاله الفقه والقضاء حول أساسه القانوني، وأخيرا تمييزه عن المفاهيم القانونية الأخرى التي تشبهه.

الفرع الأول: تعريف الفسخ الجزائي وأساسه القانوني

يجد الفسخ الجزائي تعريفات على الصعيد اللغوي والإصطلاحي، فلقد إهتم عديد فقهاء الفقه الإداري في إعطائه تعريفا شاملا، ومن جهة أخرى نجد الإختلاف الفقهي والقضائي حول تحديد أساسه القانوني، ومن خلال هذا سيتم عرض الإتجاهات الفقهية والقضائية حول تبرير الأساس القانوني للفسخ الجزائي.

أولا: تعريف الفسخ الجزائي

سيتم تعريف الفسخ الجزائي لغة وإصطلاحا وذلك من خلال إعطاء تعريفات لأهم الفقهاء، وفيما يلي يتم تقديم التعريف اللغوي، ثم التعريف الفقهي للفسخ الجزائي.

1-التعريف اللغوي

في اللغة العربية فسخ الشيء يعني فسد، فيقال تفسخا أي بالغ في فسخه، ويقال فسخ فسخا أي أفسد الأمر ونقظه وفرقه.[1]

أما عن اللاتينية Ruptera من الفعل Rumpere وتعني الكسر والقطع، والفسخ باللاتينية [2]Resiliation

2-التعريف الفقهي

لقد عرف الفقه الإداري الفسخ الجزائي بأنه" ذلك الجزاء الشديد الجسامة الذي تستطيع الإدارة صاحبة العمل أن توقعه على المتعاقد معها المقصر في تنفيذ التزاماته التعاقدية حيث يترتب على ذلك إستبعاد المتعاقد نهائيا عن تنفيذ العمل موضوع العقد".[3]

---

[1] المنجد الأبجدي، الطبعة الثانية، دار المشرق بيروت، لبنان،1986، صفحة 762.

[2] جيرار كورنو، ترجمة منصور القاضي، معجم المصطلحات القانونية، الطبعة الأولى، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، 1998، صفحة 1294.

[3] محمد الصادق قابسي، **سلطة المصلحة المتعاقدة في الفسخ الجزائي للصفقة العمومية**، مجلة العلوم الإجتماعية والإنسانية، العدد:16، جامعة المسيلة، الجزائر، 31/ 12//2018، صفحة 436.

عرفه **حسين علي الذنون** " إنقضاء الرابطة التعاقدية لإستحالة التنفيذ أو الإمتناع عنه أو الإخلال به".

أما الفسخ الإداري ويطلق للفسخ عن طريق الإدارة " فهو حق الإدارة في فسخ العقود الإدارية بقرارات تصدر منها".

كما يعرف فسخ الجزاء لخطاء المقاول هو جزاء عقدي شديد الجسامة توقعه الإدارة على المقاول الذي أخل بالتزاماته التعاقدية إخلالا جسيما يترتب عليه إنقضاء العلاقة العقدية وإبعاد المقاول بشكل نهائي عن تنفيذ العقد.[1]

سليمان الطماوي أكد أن فسخ العقد جزاء يستهدف إنهاء الرابطة التعاقدية، ويفترض فيه أن المتعاقد أخطأ خطأ جسيما ولا تلجأ الإدارة لهذا الجزاء إلا مضطرة ووجدت أنه لا فائدة ترجى من تقويم المتعاقد،[2] وبالتالي فإن الفسخ الجزائي هو الفسخ المبستر الذي ينهي العقد نهاية غير طبيعية قبل إنتهائه طبيعيا، الذي يتم وقف تنفيذ العقد نهائيا وتتولى الإدارة حل المشكلة وذلك بمتابعتها التنفيذ أو إبرام عقد مع متعاقد أخر أو صرف النظر نهائيا عنه.[3]

ثانيا: الأساس القانوني لسلطة الإدارة في توقيع الفسخ الجزائي

إن جزاء الفسخ يعتبر أشد وأخطر الجزاءات التي يمكن للإدارة توقيعها على المتعاقد معها والذي أخل في القيام بالتزاماته التعاقدية، ويعتبر أخر الحلول التي تنقذ بها المصلحة المتعاقدة المرفق العام وتضمن إستمراره، وإلتجاء الإدارة لهذا الحل يجد أساسه القانوني سواء في الفقه أو القضاء الإداريين وفيما يلي سيتم عرض نظرتهما للأساس القانوني لهذه السلطة والإمتياز الذي تتمتع به المصلحة المتعاقدة في الفسخ الجزائي.

---

[1] ذنون سليمان يونس العبادي، مظاهر السلطة العامة في إنهاء العقد الإداري، دون طبعة، دار الكتب القانونية ودار شتات للنشر والبرمجيات، مصر والإمارات، مصر، 2015، صفحه 233.

[2] سليمان طماوي، المرجع السابق، صفحة 522.

[3] علي خطار شطناوي، القانون الإداري الأردني(الكتاب الثاني)، الطبعة الأولى، دار وائل للنشر والتوزيع، الأردن، عمان، 2009، صفحة 314.

1-على مستوى الفقه الإداري

إستمر الخلاف الفقهي لتحديد الأساس القانوني لسلطة الإدارة في فرض الفسخ الجزائي على المتعامل المتعاقد معها، والذي أخل وقصر في تنفيذ التزاماته، وإنقسم الفقه لإتجاهين:

-**الإتجاه الأول:** يرى أن الأساس القانوني يكمن في فكرة المصلحة العامة، حيث تعتبر الأساس القانوني الذي تستمد منه المصلحة المتعاقدة سلطتها في الفسخ الجزائي، ودليل هذا الإتجاه إرتباط العقد الإداري بالمرفق العام وسيورته، وخضوعه لظروف إستثنائية ولو لم يكن منصوصا عليه في العقد، وهذا من إمتيازات السلطة العامة، لذلك يتم تبرير الفسخ بالمصلحة العامة في هذا الإتجاه.

-**الإتجاه الثاني:** يرى أن سلطة المصلحة المتعاقدة في الفسخ الجزائي يجد مبرراته في فكرة السلطة العامة، هذه السلطة مقررة للإدارة بمناسبة كل العقود الإدارية، فإذا رأت الإدارة أن المتعاقد معها أصبح في وضع لا يسمح له بالإستمرار في تنفيذ العقد على الوجه الأكمل أو قام بإخلال خطير في التنفيذ، تستطيع بموجب السلطة العامة وضع نهاية للعقد حفاظا على سير المرفق العام وهو تطبيق لسلطة التنفيذ المباشر.[1]

2-على مستوى القضاء الإداري

على مستوى القضاء الإداري أيضا يوجد إختلاف في تحديد الأساس القانوني لسلطة الإدارة في الفسخ الجزائي، فنجد القضاء الفرنسي والمصري يتفقان حول فكرة المصلحة وسيرورة المرفق العام، إلا أنهما يختلفان حول الزامية النص العقدي على الفسخ الجزائي.

-**القضاء الفرنسي:** فنجد أن مجلس الدوله الفرنسي ومن خلال المبدأ 145 يقول "سلطة الإدارة في توقيع الجزاء على المتعاقد معها أساسها تغليب المصلحة العامة وضمان إستمرار سير المرفق العام ولا تحتاج إلى نص يقررها"، لكن الملاحظ أن نظرة مجلس الدولة الفرنسي تطورت فقد كانت في البداية لا تقوم بفرض الجزاء إلا إذا نص عليه العقد، أو تم إدراجه في دفتر الشروط أو اللوائح الإدارية، وبالتالي لم يكن للإدارة الفسخ الجزائي إلا بالنص عليه، لكن الموقف تغير منذ قضية "Deplanqaue" بتاريخ 1907/05/31 والتي تعد سابقة غيرت موقف مجلس الدولة الفرنسي وإستقرار القضاء الإداري المصري على إنها العقد الإداري كجزاء لإخلال المتعاقد مع الإدارة حتى في حالة عدم تضمن العقد لهذا الشرط.

---

[1] حذيفة عادل عبد الكريم منصور، إنهاء العقد الإداري بالإرادة المنفردة(دراسة مقارنة بين التشريع الأردني والعراقي)، رسالة ماجستير، قانون عام، كليه الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، 2015، صفحة 36. 37.

-**القضاء المصري:** إتفق القضاء المصري مع الفرنسي حول الأساس القانوني لسلطة الفسخ الجزائي من جانب المصلحة المتعاقدة، لكنهما إختلفا حول مسألة النص على الفسخ الجزائي، فكما ذهب مجلس الدولة الفرنسي في بداية موقفه لوجوب النص، إستقر على هذا المبدأ القضاء المصري وتمسك بمبدأ إحترام النصوص التعاقدية دون أي إستثناء فلا يجوز للإدارة المتعاقدة أن تخالف النص العقد والقضاء المصري لم يعترف للإدارة بتوقيع الفسخ الجزائي دون النص عليه.[1]

الفرع الثاني: الطبيعة القانونية للفسخ الجزائي وتمييزه عن الأنظمة المشابهة له

أولى الفقه العام عناية كبيرة لموضوع الطبيعة القانونية للفسخ الجزائي في العقود الإدارية، وثار في شأنه جدل كبير تتخلله العديد من الآراء والتي توصلت لنتائج مهمة حول هذه المشكلة، والحقيقة أن الإشكال لا يثور إذا تم النص عليه في الصفقة أو دفتر الشروط العامة ولكن الإشكال والتساؤل يثور حول مقدرة الإدارة توقيع الفسخ الجزائي على المتعاقد معها في حالة عدم النص عليه في العقد أو دفتر الشروط، لذلك يثور التسائل حول الطبيعة القانونية للفسخ الجزائي هل هو من النظام العام أم لا، وقبل ذلك ستتم التطرق للجدل الفقهي حول تطبيق أحكام القانون المدني على الفسخ الجزائي في القانون الإداري.

أولا: الطبيعة القانونية للفسخ الجزائي

ترتبط الطبيعة القانونية للفسخ الجزائي بمفهوم النظام العام، لذلك سيتم التطرق لتطبيق قواعد القانون المدني على الفسخ الجزائي ثم الإرتباط بين النظام العام والفسخ الجزائي.

1-تطبيق قواعد القانون المدني على الفسخ الجزائي

لقد وقع جدل فقهي قانوني حول إمكانية تطبيق القانون المدني على الفسخ في القانون الإداري، فقد ذهب جانب من الفقه الفرنسي للقول إن الفسخ الجزائي لعدم التنفيذ ليس إلا تطبيقا للمبدأ الذي أقرته المادة 1184 من القانون المدني الفرنسي التي تقتضي أن الشرط الفاسخ يكون دائما مقررا ضمنا في العقود الملزمة للجانبين وذلك في حالة عدم قيام أحد المتعاقدين بتنفيذ ما عليه من التزامات.[2]

كما ربط جانب آخر من الفقه الفرنسي بين جزاء الفسخ في عقود الأشغال العامة من بقية العقود والقانون المدني الفرنسي الذي يقتضي أن رب العمل يستطيع فسخ عقد المقاولة بإرادته لوحده، حتى لو كان

---

[1] حذيفة عادل عبد الكريم منصور، المرجع السابق، صفحة 41.

[2] عبد الرزاق باخبيرة، المرجع السابق، صفحة 324.

العمل قد بدأ قبل ذلك، مع تعويض المقاول عن نفقاته وأشغاله والأموال كافة التي من الممكن أن يجنيها من المقاولة، وتبعا لذلك فإن جزاء الفسخ لعقد الأشغال العامة ليس سوى تطبيقا لأحكام القانون المدني، في حين يرى جانب آخر من الفقه عدم الأخذ بأحكام القانون المدني وعدم الربط بين نصوص القانون المدني المتعلقة بالفسخ ونظام الفسخ في القانون الإداري والعقود الإدارية، سواء تعلق بعقد الأشغال العامة أو غيرها من العقود، وقد فصل الفقيه الفرنسي"Jeze" في ذلك بالقول بإستبعاد تطبيق نصوص وأحكام القانون المدني على العقود الإدارية حيث قال " لا يمكن الإستعانة بأي مادة من القانون المدني بصفة قاطعة" ويضيف بقوله " أن مبادئ العدالة وحدها التي يمكن أن تستلهم من نصوص القانون وتكون قابلة للتطبيق ومن المناسب ملاحظة أن مبادئ العدالة المقررة في القانون المدني يمكن أن تتضمن تعديلات بسبب واقعة أم المتعاقدون ليسوا أفراد، ولكن أحد المتعاقدين من الإدارة التي تعمل من أجل سير مرفق عام لذلك من الخطأ تطبيق المادة 1184 من القانون المدني على العلاقات بين الإدارة والأفراد.[1]

2- تطبيق أحكام النظام العام على الفسخ الجزائي

يعتبر تصنيف الفسخ الجزائي من أحكام النظام العام أو لا أحد أكثر المسائل جدلا في الفقه الإداري، ويمكن توضيح ذلك فيما يلي:

- **المشرع الجزائري** نص في المادة 122 ف2 من المرسوم التنفيذي21-219 " في حالة وجود نقائص خطيرة تنسب إلى الحاصل على الصفقة، ورغم الإعذار المسلم من طرف المصلحة المتعاقدة، يمكن لهذا الأخير أن يقرر إنهاء الصفقة العمومية " وبالتالي فالمشرع الجزائري ذهب لسلطة المصلحة المتعاقدة في فسخ الصفقة العمومية بتوافر الأسباب التي تبرر ذلك.[2]
- **بالنسبة للفقه الفرنسي إنقسم في رأيه إلى فرقتين**

- **الفريق الأول** يرى الفقهاء في أن الفسخ من النظام العام ومن ذلك فإن للإدارة سلطة توقيعه على المتعاقد معها ولو لم يتم النص عليه، ودون الحاجة في ذلك للجوء للقضاء، وهو مظهر من مظاهر السلطة العامة وتملك حق إستعماله، والمصلحة المتعاقدة تستمد هذه السلطة من طبيعة كون العقد إداريا أي من طبيعته

[1] عبد الرزاق باخبيرة، المرجع السابق، صفحه 324- 325.

[2] الماده 122ف2 من الرسوم التنفيذي 21-219، المؤرخ في 08 شوال عام 1442هـ الموافق لـ 20 ماي 2021 المتضمن الموافقة على دفتر البنود الإدارية العامة المطبقة على الصفقات العمومية للأشغال، الجريدة الرسمية، العدد:50، المؤرخة في 24 يونيو سنة 2021.

ولا تستمدها من نصوص العقد، كما أن الإدارة ليست من سلطتها التنازل عن هذا الإمتياز، والعقد إذا نص على حق الإدارة في الفسخ فإنه بذلك يكون منظما له وليس منشأ، ومقتضى ذلك هو المصلحة العامة [1] ويدعم هذا الرأي غالبية الفقهاء في فرنسا، فيقول الفقيه "Blumann" في هذا الشأن " يعتبر الفسخ سلطة من النظام العام مخصص لضمان سير المرفق العام" ويقول الفقيه" Laubadere" أيضا دعما لهذا الإتجاه" توجد سلطة الفسخ الجزائي بين يدي الإدارة حتى في حالة سكوت العقد".[2]

– يذهب **الفريق الثاني** ويمثل أقلية من فقهاء القانون الإداري في فرنسا على رأسهم الفقيه "Perriquet" والذي رأى أن جزاء الفسخ ليس من النظام العام، بل لابد من النص عليه في العقد أو دفتر الشروط حتى يمكن إعتباره من النظام العام.

– أما **القضاء الفرنسي** فقد ذهب مجلس الدولة الفرنسي إلى إعتبار أن الفسخ الجزائي على مسؤولية المتعاقد لعرض الأشغال العامة إذا لم يتم النص في العقد أو دفتر الشروط على الفسخ فإنه ليس بإمكان المصلحة المتعاقدة توقيعه، وذلك تطبيقا للمادة 1184 من القانون المدني الفرنسي المشار إليه سابقا، والتي يفهم منها ضمنا وقوع الشرط الفاسخ في العقود الملزمة للجانبين في حالة إخلال المتعاقد بالتزاماته إتجاه المتعارض الآخر وبالتالي يكون الإختصاص هنا للقضاء.[3]

- بالنسبة **للقضاء المصري**

فقد ذهب **سليمان الطماوي** للقول أن للإدارة الحق في الفسخ وإنهاء عقودها بإرادتها المنفردة، وهو أمر مسلم به حتى لو لم يرتكب المتعاقد معها أي خطأ،[4] وبذلك ذهب الفقه المصري إلى إعتبار أنه في حالة عدم وجود نص في العقد ودفاتر الشروط فإن حق الإدارة في فسخ العقد يكون قائما بذاته، بإعتباره حقا للإدارة مستقلا عن العقد ودفاتر الشروط، فالإدارة بمقدورها إصدار قرار الفسخ إعمالا لسلطتها في التنفيذ المباشر دون حاجة اللجوء للقضاء للحصول على حكم به.[5]

---

[1] ذنون سليمان يونس العبادي، المرجع السابق، صفحة 243.

[2] عبد الرزاق باخبيرة، المرجع السابق، صفحة 326.

[3] ذنون سليمان يونس العبادي، المرجع السابق، صفحة 248. 249.

[4] سليمان الطماوي، المرجع السابق، صفحة 747.

[5] ذنون سليمان يوسف العبادي المرجع السابق، صفحة 244. 255.

سلم **القضاء المصري** بهذا الحق في أحكامه وإعتبار حق الإدارة قاعدة عامة في الفسخ الغير المنصوص عليه ويشمل جميع العقود الإدارية، وهو حق يعكس الطابع الخاص للعقود الإدارية، وقد قضت محكمة النقد المصرية بتاريخ 1952/12/02 بقولها " أن العقود الإدارية تختلف عن العقود المدنية في أنها تستهدف المصلحة العامة لسير العمل في المرفق العام، وأن كفتي المتعاقدين فيها غير متكافئة ويترتب على ذلك أن للشخص المعنوي الحق في مراقبة تنفيذ العقد وفي تغيير شروطه والإضافة والحذف والتعديل وفي إنهائه في أي وقت طالما أن المصلحة العامة المنشودة منه تستلزم ذلك...".[1]

وجاء في حكم المحكمة الإدارية العليا في مصر أيضا بتاريخ 1963/12/28 " لجهة الإدارة الحق في فسخ العقد ومصادرة التأمين وشطب الإسم وهذه ليست إلا إجراءات تملك توقيعها على المتعاقد معها إذا تخلف عن الوفاء بما يفرض العقد... ولما كان توقيع هذه الجزاءات يهدف أساسا إلى حسن تنفيذ العقد المتصل بسير المرفق العام وضمان إستمراره وإنتظامه تحقيقا للمصلحة العامة، ومن حق جهة الإدارة توقيعها دون إنتظار لحكم من القضاء فإنه لا وجه لإتخاذ أي إجراء يحول دون إستعمال الجهة الإدارية لهذا الحق بأي صورة من الصور".[2]

3- الآثار القانونية المترتبة على إعتبار الفسخ الجزائي من النظام العام

إن اعتبار الفسخ الجزائي من النظام العام وهو الرأي الذي أخذت به تقريبا كل الإتجاهات الفقهية والأحكام القضائية ليس في فرنسا ومصر فقط، ولهذا العديد من النتائج التي يتم إيرادها فيما يلي:

- ✓ جزاء الفسخ يوجد دائما للإدارة العامة حتى لو لم يتم النص عليه في العقد أو دفتر الشروط ولذلك تمارسه الإدارة بقوة القانون.
- ✓ لا يجوز النص في العقد على إستبعاد سلطة الإدارة في الفسخ الجزائي لأنه يماثل شرط عدم المسؤولية، وعندئذ يتنافى مع النظام العام ويعد باطلا في القانون الخاص، ومن باب أولي إعتباره كذلك إذا تعلق بسير المرافق العامة.
- ✓ عدم تعلق الفسخ الجزائي بالمصلحة الخاصة وإنما يتعلق بالمصلحة العامة، لذلك لا يجوز الإتفاق على إستبعاده لأن الإدارة لا تتنازل عن شيء يتعلق بالمصلحة العامة التي يعتبر ممثلا عنها.

---

[1] سليمان الطماوي، المرجع السابق، صفحة 749.

[2] ذنون سليمان يونس العبادي، المرجع السابق، صفحة 246.

- ✓ النص في العقد أو دفتر الشروط على حق الإدارة في توقيع بعض الجزاءات التعاقدية الأخرى مثل وضع المشروع تحت الحراسة لا يحرمها من حقها في توقيع جزاء الفسخ على المتعاقد معها، وذلك بعد دعواته لتنفيذ التزاماته التي تخلف عنها.[1]
- ✓ تملك الإدارة سلطة توقيع الفسخ الجزائي دون اللجوء للقضاء وذلك بمقتضى التنفيذ المباشر للعقد، وبمقتضى حقها في توقيع الجزاء على المتعاقد الذي أخل وقصر في تنفيذ التزاماته التعاقدية التي تؤثر على سيرورة المرفق العام ولها سلطة توقيفه المطلق عن العمل في المشروع.[2]

ثانيا: التمييز بين نظام الفسخ الجزائي والأنظمة المشابهة له

يتشابه الفسخ الجزائي للصفقة العمومية مع بعض الأنظمة القانونية التي قد تشترك معه في بعض الأحكام والآثار القانونية، مما يفتح مجال الخلط بينها، فنجد مثلا في القانون الإداري يختلط الفسخ الجزائي مع الفسخ للمصلحة العامة والذي تمارسه المصلحة المتعاقدة على المتعاقد معها بدافع المصلحة العامة ودون خطأ من المتعاقد، ونجد أيضا إسقاط الالتزام المطبق في عقود الإمتياز والذي يتشابه لحد بعيد مع الفسخ الجزائي، هم في القانون الخاص فنجد الفسخ الجزائي للصفقة العمومية يتشابه مع الفسخ في القضائي للعقد المدني، وفيما يلي سيتم التمييز بين الفسخ الجزائي وهذه الأنظمة القانونية المشابهة له.

1- التمييز بين الفسخ الجزائي والفسخ القضائي المدني

يهدف المشرع إلى تشجيع المتعاقدين على تنفيذ الالتزامات المترتبة عن العقد المبرم، ولكن في حال إخلال المتعاقد لتنفيذ التزاماته وعدم الوصول إلى التنفيذ السليم للعقد قد يصل المتعاقدان للفسخ، والفسخ في القانون المدني والذي يكون جزاء للمتعاقد نتيجة إخلاله بالتزاماته يعرف بالفسخ القضائي، وهو محل الدراسة في التمييز بين الفسخ الجزائي والفسخ المدني، ويكون الفسخ القضائي بطلب الطرف الثاني في العقد ليتحلل هو أيضا من الالتزامات العقدية، ويختص القضاء بتوقيع الفسخ إذا رفع إليه الأمر من المتعاقد الذي تضرر من إخلال المتعاقد الثاني عن الوفاء بالتزاماته التعاقدية.

[1] نفس المرجع، صفحة 247. 288.

[2] Jean. Marie Auby et ceux avec tui, Droit administratif des biens,4° edition, Dalloz, paris, France,2003, p264.

1.1 تعريف الفسخ القضائي المدني

على أنه نظام قانوني يقوم إلى جانب المسؤولية التعاقدية ويتمثل في الجزاء الذي يترتب على عدم تنفيذ أحد المتعاقدين لما رتبه العقد من التزامات في ذمته ومعناه حق كل متعاقد في العقد الملزم لجانبين أن يطلب متى لم يقم المتعاقد الآخر بتنفيذ التزامه حل الرابطة التعاقدية كي يتخلص بدوره من الالتزام الملقى على عاتقه، فهو إنحلال الرابطة العقدية بأثر رجعي بسبب عدم تنفيذ أحد الطرفين لالتزاماته وهو ما أكده المشرع الجزائري في المادة 119 من القانون المدني.[1]

يعرفه **عدنان إبراهيم سرحان وعبد الفتاح عبد الباقي** بأنه جزاء يوقعه القاضي على تعدي أحد المتعاقدين أو تقصيره المتمثل في عدم تنفيذه لالتزاماته أو الإخلال بهذا التنفيذ أو التأخير فيه، والفسخ بإعتباره جزاء عدم قيام المدين من تنفيذ التزامه، أي حل إرتباط العقد الملزم للجانبين بحكم يصدر من القضاء بناء على طلب أحد المتعاقدين بسبب تقصير المتعاقد الآخر في تنفيذ التزاماته.[2]

2.1 الفرق بين الفسخ الجزائي الإداري والفسخ القضائي المدني

تتقارب العقود الإدارية مع عقود القانون الخاص فيما يتعلق ببعض أحكام الفسخ، ومن بين أوجه الإختلاف نجد ما يلي:

- ✓ الفسخ في القانون الخاص محكوم دائما بتدخل القاضي من أجل إصدار حكم قضائي به، فلا مجال لممارسته بالإرادة المنفردة لأحد المتعاقدين، كل ما هناك أن من وجد المتعاقد معه أخلى بتنفيذ التزاماته التعاقدية يحق له بالمقابل طلب التحلل منها هو أيضا عن طريق القضاء، عكس الفسخ الجزائي الإداري فيمكن للمصلحة المتعاقدة أن تقوم بفسخ العقد بإرادتها المنفردة في حال الإخلال في التنفيذ من طرف المتعاقد معها، ذلك أن خصوصية العقد الإداري أساسها سير المرفق العام وتغليب المصلحة العامة التي تفرض بسط سلطة الإدارة في العقد لتحقيق الصالح العام.[3]

---

[1] حمو حسينة، إنحلال العقد عن طريق الفسخ، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، فرع قانون المسؤولية المهنية، جامعة تيزي وزو، الجزائر، 2011، صفحة 07.

[2] Hijrian A. Prihantoro, Judicial annulment and its effects on the continuation of contracts:an analytical study through the Jordanian, Ijtihad: JurnalWacanaHukum Islam danKemanusiaan Volume 18, No. 2, Desember 2018, P 253.

[3] عبد الرزاق باخبيرة، المرجع السابق، صفحة 284.

- ✓ القاضي الإداري لا يملك منح المتعاقد مهلة من أجل تنفيذ التزاماته التي تخلف عنها وقصر في أدائها، لأنه لا يملك في الأصل تقدير إحتياجات المرفق العام ذلك أن هذا الدور منوط بالمصلحة المتعاقدة التي أبرمت الصفقة العمومية تبعا لإحتياجات المرفق العام وهي أعلم بظروف الصفقة، عكس القاضي المدني الذي له سلطة منح المدين مهلة من أجل تنفيذ العقد إذا رأى من الظروف ما يبرر ذلك.
- ✓ الفسخ الإداري وسيلة وقائية من أجل الحفاظ على السير الحسن للمرفق العام وضمان توفير إحتياجات المنتفعين منه، فالهدف منه هو حماية المصلحة العامة، بينما الفسخ في القانون الخاص هدفه الحصول على مصلحة خاصة، يضاف لذلك أن سلطة الإدارة واسعة في الفسخ الجزائي وتقدير الأفعال المبررة له، وهو ما لا نجده في الفسخ في القانون الخاص الذي لا يلجأ إليه القاضي مباشرة فسلطته تجعل له خيارات أخرى غير الفسخ.[1]

2-التمييز بين الفسخ الجزائي والفسخ للمصلحة العامة

يختلط في الكثير من الأحيان الفسخ الجزائي للصفقة العمومية والذي يكون سببه خطأ من المتعاقد، وبين الفسخ الذي لا يستند لخطأ المتعاقد بل يكون الدافع إليه المصلحة العامة، والذي يكون بالإرادة المنفردة للمصلحة المتعاقدة، وفيما يلي إزالة اللبس بين النوعين.

1.2 تعريف الفسخ للمصلحة العامة

يعتبر إنهاء الصفقة العمومية للمصلحة العامة من أهم صور سلطة المصلحة المتعاقدة في هذا الإطار، وهم من أهم الإمتيازات التي تعكس عدم تكافئ طرفي العقد الإداري، وقد وردت العديد من التعريفات له منها:

عرفه **صلاح الدين فوزي** بأنه " حق الإدارة في إنهاء التعاقد إذا كان فسخ العقد هو طريق لإنهاء التعاقد، لكنه مشروط بوجود خطأ جسيم إقترفه المتعاقد، فإن إنهاء التعاقد كسلطة للإدارة يسمح لها بإنهاء الحالة التعاقدية دون خطأ من قبل المتعاقد على أن يكون الدافع وراء ذلك هو المصلحة العامة ".[2]

---

[1] محمد الصادق قابسي، المرجع السابق، صفحة 439. 440.

[2] ذنون سليمان يونس، المرجع السابق، صفحة 342.

كما تم تعريفه أنه " حق الإدارة في إنهاء العقد الإداري بإرادتها المنفردة دون أي خطأ من المتعاقد معها، ولا يلزم النص على هذا الحق في العقد، كما يقع باطلا تنازل الإدارة عنه وللمتعاقد في هذه الحالة الحق في التعويض الكامل عما فاته من كسب ولحق به من خسارة بسبب إنهاء العقد ".[1]

كما يرى سليمان الطماوي أنى للإدارة أن تنهي العقود الإدارية التي أصبحت غير ذات فائدة للمرفق العام وأصبحت لا تحقق المصلحة العامة المرجوة.[2]

2.2 المقارنه بين الفسخ الجزائي والفسخ للمصلحة العامة

بعد عرض تعاريف التي تنطبق على الفسخ الإداري للمصلحة العامة في الصفقة العمومية، يمكن إستنتاج ما يتقارب فيه من الفسخ الجزائي وما يختلف فيه عنه، ومن أهم ما يشتركان فيه:

- ✓ الأساس القانوني للفسخ في الحالتين يستهدف دائما العمل على المحافظة على المرفق العام وضمان سيرورته وأدائه للخدمة العامة.
- ✓ يستلزم على المصلحة المتعاقدة إعذار المتعاقد قبل توقيع الفسخ عليه في الحالتين، سوى الفسخ لخطأ المتعاقد أو الفسخ للمصلحة العامة، لاسيما إذا نص العقد على إعطاء المتعاقد مهلة من أجل تنفيذ ما تخلف عنه من التزامات.
- ✓ النتيجة واحدة في الحالتين وهي وضع حد للصفقة العمومية، وبشكل حاسم ونهائي.
- ✓ الفسخ سواء الجزائي أو لدواعي المصلحة العامة تمارسه المصلحة المتعاقدة بما تملكه من إمتيازات السلطة العامة، ودون الحاجة للجوء للقضاء أو إستصدار حكم قضائي منه.[3]

<u>بالمقابل نجد أنهما يختلفان في العديد من الأوجه منها</u>

- ✓ يختلف الفسخ الجزائي عن الفسخ لدواعي المصلحة العامة في السبب، ذلك أن الفسخ الجزائي يقوم على إرتكاب المتعاقد خطأ، وهو السبب في تبرير الفسخ من جانب واحد، بينما الفسخ لدواعي المصلحة

---

[1] عبد الوهاب محمد، **<u>الإنهاء الإنفرادي للصفقة العمومية لدواعي المصلحة العامة في ظل أحكام المرسوم الرئاسي 247/15</u>**، مجلة العلوم الإجتماعية والقانونية، العدد:9، جامعة الجلفة، الجزائر،01 مارس 2018، صفحة 533.

[2] سليمان الطماوي، المرجع السابق، صفحة 750.

[3] محمد الصادق قابسي، المرجع السابق، صفحة 441.

العامة يكون السبب فيه التكيف والملائمة مع إحتياجات ومصلحة المرفق العام وبالتالي دواعي المصلحة العامة.

- ✓ الفسخ الجزائي لا يترتب عليه التعويض لأنه جزاء لإخلال المتعاقد بالتزاماته التعاقدية وهو يستحق ذلك الفسخ، أما الفسخ لدواعي المصلحة العامة فهو لم يكن نتيجة الخطأ لذلك يستحق فيه المتعامل المتعاقد التعويض لأنه كان الطرف الأضعف الذي تحمل تبعات المصلحة العامة التي لم تعد تتلائم مع الصفقة العمومية التي أبرمها مع الإدارة ودفعتها هذه المصلحة العامة لإنهائها.[1]
- ✓ قرار الفسخ الجزائي يقوم القاضي الإداري فيه بالرقابة على السبب الذي إعتمدت المصلحة المتعاقدة عليه من أجل الفسخ، بينما الفسخ لدواعي المصلحة العامة لا يراقب فيه القاضي الإداري السبب لأن هذا الأخير سلطة تقديرية تقوم على مبدأ الملائمة لا رقابة فيه للقاضي الإداري على هذا الإمتياز الإداري.[2] ولقد نص المشرع الجزائري على الفسخ للمصلحة العامة في المادة 91 من القانون 12/23 " يمكن المصلحة المتعاقدة القيام بفسخ الصفقة العمومية من جانب واحد، عندما يكون ذلك مبررا بسبب المصلحة العامة، حتى بدون خطأ من المتعامل المتعاقد".

3- التمييز بين الفسخ الجزائي وإسقاط الالتزام

عقد الالتزام من أكبر العقود الإدارية إلى جانب الصفقات العمومية، والذي أخضعه المشرع لنظام قانوني خاص به يميزه، والفسخ الجزائي لعقد الإمتياز يعرف بإسقاط الالتزام والذي بالرغم من تشابهه لحد كبير مع الفسخ الجزائي في الصفقة العمومية، إلا أنه بالمقابل يختلف عنه في العديد من الأوجه، وهو ما سيتم توضيحه.

1.3 تعريف إسقاط الالتزام

هناك العديد من التعريفات لإسقاط الإلتزام منها:

- يعرفه الفقيه (Jeze) بأنه " فسخ عقد التزام المرفق العام على مسؤولية الملتزم بسبب الخطأ الذي إرتكبه".[3]

---

[1] محمد الصادق قابسي، المرجع السابق، صفحة 442.

[2] جابر صالح محمد الحمادي، سلطات الإدارة في العقد الإداري، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، قانون عام، جامعة الإمارات العربية المتحدة، نوفمبر 2019، صفحة 29.

[3] حذيفة عادل عبد الكريم منصور، المرجع السابق، صفحة 101.

– الفقيه (Polack) عرف إسقاط الالتزام بأنه " ذلك الجزاء الأكثر جسامة من جميع الجزاءات الأخرى الذي ينهي عقد الإمتياز بإستبعاد الملتزم الذي لم يمتثل لالتزام جوهري منصوص عليه في كراسة الشروط الخاصة بالعقد".

– ويعرف الفقيه (Coudevylie) على أنه " يستلزم أخطاء جسيمة جدا من المتعاقد وأنه لا يجب أن يوقع على المتعاقد إلا إذا إتضح عدم كفاية الجزاءات المالية والجزاءات الضاغطة ولذلك فإن له في الجزاء الإستثنائي"

– عرفته المحكمة الإدارية العليا بأنه " رفع يد الملتزم عن إدارة المرفق العام قبل إنتهاء مدته لمواجهته المخالفات الجسيمة التي يرتكبها مع قيام حق مانح الالتزام في هذه الحالة على الإستلاء على الأدوات اللازمة لإدارة المرفق جبرا من الملتزم".[1]

2.3 المقارنة بين إسقاط الالتزام والفسخ الجزائي

يعتبر الفسخ سواء في صورة الفسخ الجزائي في الصفقات العمومية أو إسقاط الالتزام في عقود الالتزام التي تبرمها الإدارة العامة، أخطر الجزاءات الإدارية التي يتعرض لها المتعاقد مع الإدارة بسبب إخلاله بالتزاماته التعاقدية والتي تؤثر سلبا على سير المرافق العامة من جهة ومن جهة أخرى تمس بالأموال العامة، ومما سبق يمكن التمييز أن هناك تشابها وإختلافا بين الجزاءين في نقاط عديدة أهمها:

<u>بالنسبة للتشابه بين النظامين يتمثل في</u>

- ✓ الفسخ الجزائي وإسقاط الالتزام يقومان على شرط الخطأ الجسيم من المتعاقد.[2] فلا يمكن توقيع هذا الجزاءات من المصلحة المتعاقدة عبثا دون سبب وإلا كانت عرضة للإلغاء من طرف القضاء.
- ✓ لا يستحق المتعاقد في النظامين التعويض، ذلك أن هذه الجزاءات نتيجة لتخلف المتعاقد عن الوفاء بالتزاماته التعاقدية، بل العكس من ذلك تملك المصلحة المتعاقدة حق مصادرة التأمين والحصول على التعويضات التي تستحقها عما نتج لها من خسائر نتيجة عدم التزام المتعاقد.[3]

---

[1] ذنون سليمان يونس العبادي، المرجع السابق، صفحة 205. 206.

[2] Pierre-Laurent Frier, Jacques Petit, op cit, P 370

[3] عبد الرزاق باخبيرة، المرجع السابق، صفحة 318.

أما عن أوجه الإختلاف بين الفسخ الجزائي وإسقاط الإلتزام فتتمثل في

- ✓ الفسخ الجزائي يتعلق بجميع أنواع الصفقات العمومية أما إسقاط الالتزام فيتعلق بعقد الالتزام وهو أهم أوجه الإختلاف، ويرجع ذلك إلى أن عقود الالتزام تتعلق دائما بأموال طائلة وتخلف المتعاقد عن تنفيذ
- ✓ التزاماته أو تعنته مع المصلحة المتعاقدة يرتب آثارا خطيرة على المرفق العام من جهة، وعلى الخزينة والمال العام من جهة ثانية، لذلك تم إخضاع جزاء الفسخ فيه لأحكام خاصة.
- ✓ الفسخ الجزائي سلطة تحتكرها المصلحة المتعاقدة بما لها من سلطات وإمتيازات، بينما إسقاط الالتزام ليس حكرا عليها بل يتدخل القضاء بتوقيعه ما عدا الحالات التي يتضمن فيها العقد خلاف ذلك.[1]
- ✓ الرقابة القضائية على الفسخ الجزائي تكون بعدية وذلك عند النزاع بين المتعاقد والمصلحة المتعاقدة حول قرار الفسخ، بينما رقابته على إسقاط الالتزام فهي قبلية لأن القضاء هو الذي يقرر الإسقاط إلا إذا نص العقد على خلاف ذلك فتكون المصلحة المتعاقدة هي صاحبة السلطة المنفردة في توقيعه، مع التأكيد دائما أن هناك من القوانين من يجعل إسقاط الالتزام كالفسخ الجزائي حكرا على المصلحة المتعاقدة.
- ✓ رقابة القاضي الإداري على الفسخ الجزائي رقابة مشروعية فقط فلا يملك صلاحية إلغاء قرار الفسخ الجزائي إلا في حالة وجود عيب في القرار كما تم توضيحه سابقا، بينما في إسقاط الالتزام فيملك رقابة الملائمة أيضا وينظر في ما يتوافق قرار الإسقاط مع جسامة الخطأ.[2]

المطلب الثاني: أنواع الفسخ الجزائي وشروطه وآثاره

تتعدد أنواع الفسخ الجزائي وذلك بالنظر إلى المعايير التي يتم على أساسها التفرقة بين هذه الأنواع، فنجد الفسخ الجزائي بالنظر لمعيار النص عليه، والفسخ الجزائي بالنظر لمقدار جسامته، كما أنه ولخطورة هذا الجزاء على المتعامل المتعاقد فقد تم إحاطته بالعديد من الشروط التي تلتزم الإدارة بإحترامها وتوافرها قبل توقيع هذا الجزاء، وهذا لخطورة الآثار التي تنجم عنه.

---

[1] أحمد طلال عبد الحميد، المرجع السابق، صفحة 115.

[2] عبد الرزاق باخبيرة، المرجع السابق، صفحة 318. 319.

الفرع الأول: أنواع الفسخ الجزائي

تقوم المصلحة المتعاقدة بفسخ الصفقة العمومية بإرادتها المنفردة بما تملكه من إمتيازات السلطة العامة، وذلك دون اللجوء للقضاء في ذلك، ولكن من المقابل يبقى دائما للمتعامل المتعاقد معها مخاصمتها أمام القضاء في الفسخ، والحكم له بالتعويض عنه في حال نتج عن الفسخ الجزائي ضرر له، والفقهاء قاموا بتقسيم أنواع الفسخ على إعتبارات عدة،

أولا: تقسيم الفسخ الجزائي حسب النص عليه

وهنا نجد نوعين من الفسخ الجزائي، الفسخ الجزائي المنصوص عليه والفسخ الجزائي غير المنصوص عليه.

1- الفسخ الجزائي المنصوص عليه

وهو الفسخ الذي تم النص عليه سواء في عقد الصفقة العمومية أو في القوانين والأنظمة.

1.1 **النص في العقد** حيث تنص الصفقة العمومية على حق الإدارة في الفسخ الجزائي نتيجة إخلال المتعاقد بالتزاماته التعاقدية معها لأسباب محدودة ومحصورة في العقد حيث يتم الفسخ الجزائي بتوافر هذه الأسباب،[1] والإدارة في حال النص على أسباب الفسخ الجزائي في العقد فإن هذا النص يعتبر نص منظما فقط لشروط إستعمال الحق وليس منشئا له، لأن الإدارة تملك ذلك بكل السبل ولا يعتبر هذا مجافاة للعدالة ما دام التعويض حق ثابتا للمتعاقد إزاء هذه السلطة، والمصلحة العامة تتطلب مثل هذا السلوك، لذلك فقد صيغة كل الأحكام القانونية على هذا الأساس، إذ أن حق الإدارة في الفسخ سواء نص عليه العقد أو لم ينص فهو حق ثابت نابع من كونها جهة منفذة لسلطة الدولة وبدون هذه السيادة تضيع أموال الدولة،[2] والحقيقة أن النص في العقد على أسباب الفسخ الجزائي التي تمنح الإدارة حق الفسخ في حال توافرها تشترك فيه العقود في القانون العام مع العقود في القانون الخاص، وهو لا يعتبر خاصية في العقد الإداري، لكن الإدارة تملك توقيع الجزاء حتى في حال توافر أسباب لا يتم النص

[1] علي عبد الأمير قبلان، أثر القانون الخاص على العقد الإداري، الجزء الأول، الطبعة الأولى، مكتبة الزين الحقوقية والأدبية، بيروت، لبنان، 2011، صفحة 468. 469.

[2] محمود حسن خلف الجبوري، المرجع السابق، صفحة 260.

عليها، ذلك أن الأسباب المنصوص عليها ليست على سبيل الحصر، وهذه ميزة تجد تبريرها في طبيعة العقد في القانون العام وإمتداد السلطة العامة.[1]

2.1 **النص في القوانين والأنظمة** وهي أن تنص القوانين والأنظمة المنظمة للصفقات العمومية على حالات محددة تملك فيها الإدارة الفسخ الجزائي للصفقة، وهذه الحالات على سبيل المثال لا الحصر، لأن للإدارة الحق الأصيل في فسخ الصفقة العمومية إذا إرتكب المتعاقد معها أخطاء تستوجب توقيع الفسخ الجزائي عليه حتى لوكان خارج الحالات المنصوص عليها، فكل خطأ من المتعاقد يستوجب الفسخ يكون للإدارة ممارسة حقها في ذلك وهو ما أكده المشرع المصري في المادة 28 من القانون رقم09 لسنة 1983 " إذا أخل المتعاقد بأي شرط من شروط العقد كان للجهة المتعاقدة الحق في فسخ العقد أو في تنفيذه على حسابه"،[2] ومثال الفسخ المنصوص عليه في اللوائح أيضا نجد المادة 24 من اللائحة التنفيذية المصرية في قانون 89 لسنة 1998 حددت حالات الفسخ الإداري في عقود المقاولات والتوريد على حالتين هما:

– حالة إذا ثبت أن المتعاقد قد أستعمل الغش وحالة إذا أفلس المتعاقد أو أعسر،[3] فالحالة الأولى وهي ثبوت غش أو تلاعب المتعاقد بنفسه أو بواسطة الغير في التعامل مع الإدارة المتعاقدة أثناء التنفيذ، فأنه يؤدي لفسخ العقد وجوبا لأن الأصل في التعامل هو حسن النية لذلك فإن لجوء المتعاقد إلى تقديم بيانات مزورة مثلا أو التظليل في مركزه المالي أو رشوة أحد موظف الإدارة أو إخلاله بأي شرط من شروط العقد يجعل الفسخ وجوبا وللإدارة الحصول على ما تستحقه من غرامات ومستحقات للمتعاقد لديها أي جهة إدارية أخرى ودون اللجوء للقضاء، لكن في حالة وقوع الغش من الغير دون علم المتعاقد فلا يجوز الفسخ لهذا السبب، أما بالنسبة لحالة إفلاس المتعاقد أو إعساره، فتعكس عدم قدرة المتعاقد على تحمل الأعباء المالية للعقد، الأمر الذي يجعل الإستمرار في العقد غير مجد ولا يحقق الفائدة المرجوة للإدارة، يضاف لهذه الحالات حالة التعاقد في الباطن، فإذا كان للإعتبار الشخصي الدور في إختيار المتعاقد مع الإدارة فإن حدوث ما يمس بهذا الإعتبار وهو تعاقد المتعاقد الأصلي في الصفقة مع آخر دون علم الجهة الإدارية يعد سببا وجوبيا للفسخ بقوة القانون دون سلطة تقديرية للإدارة في ذلك.[4]

---

[1] حسين عثمان محمد عثمان، أصول القانون الإداري، دون طبعة، دور المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2004، صفحة 637. 638.

[2] حسين عثمان محمد عثمان، المرجع السابق، صفحة 638. 639.

[3] علي عبد الأمير قبلان، المرجع السابق، صفحة 469.

[4] هيثم حليم غازي، المرجع السابق، صفحة 160. 161.

كما أن المشرع المصري نص أيضا على حالات تبرر الفسخ الجزائي مثل عدم قيام المورد في عقد التوريد بالالتزام بالتوريد في الميعاد المحدد في العقد أو الإخلال بالمدة الإضافية، أو في حالة التلاعب مع الإدارة.[1]

2-الفسخ الجزائي غير المنصوص عليه

وهو الفسخ الذي يكون ولو لم يتم النص عليه سواء في العقد أو في القوانين واللوائح، فلا يستطيع أطراف العقد حرمان الإدارة من ممارسة سلطتها في الإنهاء الجزائي بإدراج شرط في العقد على ذلك، لأن مثل هذا الشرط هو شرط باطل قانونا لمخالفته النظام العام، لأنه يعتبر في حكم الإعفاء من المسؤولية وهو ما يشكل خطرا كبيرا على سير المرفق العام، وجزاء الفسخ ليس بحاجة للنص عليه فالعقد أو دفاتر الشروط، حيث أنه يوجد دائما بقوة القانون لضرورة تأمين وضمان تنفيذ الأعمال العامة، والنص على توقيع بعض الجزاءات التعاقدية الأخرى كالغرامة أو مصادرة التأمين لا يحرم الإدارة من حقها في توقيع جزاء الفسخ بعد دعوة المتعاقد المقصر لتنفيذ التزاماته،[2] فالفسخ تملك الإدارة توقيعه بقرار إداري منها لأنها تستمد هذا الحق من طبيعة العقد الإداري لا من النص عليه فالعقد أو غيره، لأن عدم النص لا ينكر عليها ممارسة حقها.[3]

ويجب الإشارة هنا أن المشرع الجزائري في القانون 12/23 في المادة 90 منه لم يأخذ بما إتجه إليه المشرع المصري في تحديد بعض حالات الفسخ الجزائي، بل تركها مفتوحة لسلطة الإدارة تمارس الفسخ الجزائي كلما قدرت سلطتها ذلك، وبمجرد إخلال المتعاقد وإرتكابه أخطاء تبرر الفسخ، وذلك إذا لم يتدارك المتعامل المتعاقد تقصيره في الأجل الذي حددته في الإعذار الموجه له، وهذا يعتبر توسيعا لصلاحيات الإدارة ولا تلتزم إلا بتوافر خطأ يبرر الفسخ وإعذار توجهه للمتعاقد لتدارك تقصيره.[4]

ثانيا: تقسيم الفسخ الجزائي حسب جسامته

إن هذا التقسيم أخذ به المشرع الفرنسي ذلك أن الإدارة تملك توقيع نوعين من الفسخ الجزائي على المتعاقد المقصر في التزاماته وهما كالتالي:

---

[1] نواف كنعان، المرجع السابق، صفحة 364. 365.

[2] مفتاح خليفة عبد الحميد، حمد الشلماني، المرجع السابق، صفحة 327.

[3] إبراهيم عبد العزيز شيحا، الوسيط في مبادئ وأحكام القانون الإداري، دون طبعة، الدار الجامعية، بيروت، لبنان، 1997، صفحة 672.

[4] المادة 149 الفقرة 01 من المرسوم الرئاسي 15/ 247، المصدر السابق.

1- الفسخ الجوازي

ويسمى أيضا الفسخ المجرد والفسخ البسيط ونص عليه المشرع الجزائري في المادة 122 فـ02 من المرسوم التنفيذي 219/21، ويتم بموجب هذا الفسخ إنهاء الرابطة العقديه بين الإدارة والمتعاقد معها، ويكون لها توقيع غرامات تأخيرية والمطالبة بالتعويضات على الأضرار التي لحقت بها نتيجة فسخ العقد لخطأ المتعاقد،[1] والفسخ الجزائي البسيط يكتفي فيه المصلحة المتعاقدة بتوقيع الفسخ على المتعاقد الذي إرتكب خطأ ليس بالدرجة الكبيرة ومن بينها التنازل عن العقد للغير دون موافقة الإدارة، أو حالة إفلاس المتعاقد، وهذا هو الأصل في الفسخ حيث توقعه الإدارة على المتعاقد ولو لم يرد النص عليه،[2] وقد إستقر مجلس الأمن الفرنسي على أن قرار الجهة الإدارية بالفسخ الجزائي المجرد للعقد الإداري لابد أن يكون صريحا ومكتوبا فهو لا يمكن إستنتاجه ضمنيا من قرار الإدارة بالتصرفات الجانبية لها.[3]

والمصلحة المتعاقدة في الفسخ الجوازي لها السلطة التقديرية في الفسخ من عدمه، فهي تقوم بالموازنة بين حجم الضرر الذي يلحق الصالح العام في حالة فسخ العقد ونظيره في حالة إستمرار العقد، بالرغم من قيام المتعاقد بمخالفة شرط من شروط العقد، فهي توازن وتدفع الضرر الأكبر بالضرر الأقل منه وعلى النحو الذي يحقق الصالح العام، فإذا كان خطأ المتعاقد لا يشكل خطورة على تنفيذ الصفقة وكان الإبقاء عليها أقل ضررا من الفسخ فهنا لا يتم توقيع الفسخ الجزائي على المتعاقد.[4]

ويعتبر الفسخ الجوازي من النظام العام ولوجد في جميع الحالات لصالح الجهة الإدارية ولو لم يتم النص عليه في العقد أو دفتر الشروط،[5] ويكون للإدارة الحصول على التعويض اللازم من أجل جبر الخسائر التي تكبدتها نتيجة هذا الإخلال، وطبقا لهذا الشكل علي المتعاقد المفسوخ عقده لا يتحمل تبعات إستمرار تنفيذ العقد الأصلي،[6] ويتميز الفسخ الجزائي المجرد بالميزاتين التاليتين:

---

[1] سليمان الطماوي، المرجع السابق، صفحة 533.

[2] ماجد راغب الحلو، المرجع السابق، صفحة 212.

[3] حمد محمد حمد الشلماني، المرجع السابق، صفحة 225.

[4] هيثم حليم غازي، المرجع السابق، صفحة 163.

[5] ذنون سليمان يونس العبادي، المرجع السابق، صفحة 252.

[6] عبد الرزاق باخبيرة، مرجع السابق، صفحة 319.

– **الأولى:** أن الإدارة لا يمكنها عند توقيعه أن تلزم المتعاقد بمصاريف إعادة طرح العملية أو الأعمال المتعاقد عليها في مناقصة جديدة على حسابه أو مسؤوليته، بمعنى أنها تكتفي بمجرد فسخ العقد،[1] وهنا تكتفي المصلحة المتعاقدة بإستبعاد المقاول المقصر نهائيا بلا قيد أو شرط فقط عليها أن توضح في إعلان الصفقة أنه فسخ مجرد وإلا كان على المتعاقد الإدعاء وطلب التعويض.[2]

– **الثانية:** أن الفسخ المجرد يتم في غالب الأمر في الحالات التي لا يصل فيها خطأ المتعاقد إلى قدر كبير من الجسامة أو الأخطاء التي كون لها ما يبررها، مثال ذلك إذا إتضح للمصلحة المتعاقدة وبصفة نهائية أن المتعاقد معها لم يعد بإمكانه تقديم المشاركة والمعاونة في تنفيذ الأعمال محل الصفقة بطريقة مرضية وفعالة، أو عدم تسديد المتعاقد لمبلغ التأمين في المدة المحددة أو حالة إفلاسه أو تنازله عن العقد للغير دون موافقتها، وبالتالي يبدو أن الحالات التي يواجه بها المتعاقد الفسخ المجرد هي حالات عجز عن التنفيذ ولظروف طرأت فجأة بالنسبة له لذلك ما كان على المصلحة المتعاقدة الزامه بتحمل أعباء تعاقد جديد.[3]

ويذهب الفقيه الفرنسي "Jeze" بهذا الصدد للقول أنه من الضروري أن تعلن الإدارة بصراحة ووضوح أن الفسخ هو فسخ مجرد حتى تمنع المتعاقد من الإحتجاج بخلاف ذلك والقول أن الإدارة مارست سلطتها في الفسخ بدواعي المصلحة العامة وأنها ملزمة بدفع تعويض له في حين أن الفسخ المجرد يستبعد التعويض للمتعاقد أو للإدارة،[4] ويجب التوضيح هنا أن التعويض المستبعد هو تعويض إتمام الأعمال أو إجراء مناقصة جديدة على حساب ونفقة المتعاقد الذي وقع عليه جزاء الفسخ، في حين يظل للإدارة حق التعويض عن الأضرار التي تلحقها نتيجة خطأ المتعاقد أو تأخره في التنفيذ، أي أن المستبعد هو تحمل المتعاقد تبعات إجراء عقد جديد تبرمه الإدارة لإنجاز الأعمال التي تراكها المتعاقد أن يكملها، وهو ما رتب عليه مجلس الدولة الفرنسي نتيجة هامة وهي أنه إذا وقع الفسخ نتيجة إفلاس المتعاقد فإنه يمكن للدائنين الحق في التمسك بعدم الإحتجاج عليهم بمصروفات المناقصة الجديدة التي أجرتها الإدارة لإتمام الأعمال التي لم ينجزها المتعاقد مدينهم تعتبر المناقصة بالنسبة لهم عديمة الأثر وهناك إتجاه آخر من الفقهاء يذهب لوجوب

---

[1] عبد الله نواف العنزي، المرجع السابق، صفحة 147.

[2] حابي فتيحة، **صفقات الأشغال العمومية**، مجلة الإجتهاد للدراسات القانونية والإقتصادية، المركز الجامعي تمنراست، الجزائر، العدد:09، بتاريخ 01 سبتمبر 2015، صفحة 98– 99

[3] عبد الله نواف العنزي، المرجع السابق، صفحة 147.

[4] ذنون سليمان يونس العبادي، مرجع السابق، صفحة 252.

الزام المتعاقد في الفسخ المجرد بالتعويض، والسبب في ذلك أن الفسخ كان نتيجة خطئه وعليه تحمل تبعات ذلك الخطأ ولا تتحملها الخزينة العامة، ذلك أن المصلحة العامة تلزم تحميل المتعاقد مسؤولية إعادة طرح ما لم يقم به المتعاقد من أعمال في مناقصة جديدة، ولا تتحملها الخزينة العامة للدولة ويتحمل هو نفقات طرح هذه الأعمال.

بينما الرأي الوسط والذي ذهب إليه بعض الفقهاء هو يسعى لتحقيق التوافق بين مزايا الفسخ المجرد وبين حماية الخزينة العامة والمصلحة العامة، وذلك بإشتراط النص في العقد على تحمل المتعاقد تبعات ومسؤولية طرح مناقصة جديدة لإسناد الأعمال التي تخلف عنها لآخر، فإذا سكت العقد عن النص على ذلك لم يتحملها وتبرأ ذمته من ذلك، وقد ذهب مجلس الدولة الفرنسي إلى أنه إذا قامت الإدارة بفسخ العقد مع المتعاقد نتيجة التصفية القضائية له فإنه لا يتحمل نفقات إبرام العقود الجديدة التي تقوم الإدارة بإبرامها مع متعاقدين آخرين لإتمام ما تبقى من أعمال إلا إذا نص العقد صراحة على تحمله لها.[1]

2- الفسخ على حساب ومسؤولية المتعاقد

نص عليه المشرع الجزائري في المادة 122 فـ02 وفـ03 من المرسوم التنفيذي 21-219، ويسمى أيضا بالفسخ الجزائي الجسيم والوجوبي ويقول الدكتور **الطماوي** بأنه أشد وأقصى أنواع الفسخ الجزائي على الإطلاق لأن الإدارة لا تكتفي بالتعويض عن فسخ العقد الأول وإنما تحمل المتعامل المتعاقد المفسوخ عقده نتائج العقد الجديد، ولما كان موقف المتعاقد لا يتضح إلا بعد معرفة نتائج المناقصة الجديدة فإنه لا يمكنه المطالبة بثمن الأعمال التي نفذها أو بإسترداد التأمينات المقدمة منه إلا بعد معرفة النتائج المالية لعملية الإرساء الجديدة، كما أن الإدارة ليست ملزمة بأن تلجأ إلى طريقة المناقصات العامة في العقد الجديد وإنما لها أن تختار طريقة التعاقد عن طريق الممارسة ولكن عليها مراعاة عدم إضرار المتعاقد القديم وذلك بالعمل على إختيار أفضل الشروط المالية،[2] فالإدارة المتعاقدة في هذا النوع من الفسخ يتضح لها أن المتعاقد معها لم يعد قادرا على أداء التزاماته على أكمل وجه أو أنه قام بإرتكاب خطأ جسيم وخطير فهنا تقوم بإنهاء العقد دون إنتظار حكم قضائي، وتقوم بإبرام عقد جديد لضمان سير المرفق العام وإستمراره في أداء الخدمة العمومية دون توقف، وعلى مسؤولية المتعاقد الأصلي والذي يتحمل كافة نفقات توقيع العقد

[1] عبد الله نواف العنزي، المرجع السابق، صفحة 148.

[2] سليمان الطماوي، المرجع السابق، صفحة 533. 534

الجديد ويلتزم بالتعويض عن كافة الأضرار التي أدت لتحمل الإدارة نفقات مالية أكبر من نتائج وفوائد تعاقدها معه، ويفقد حقوقه المستمدة من العقد من بينها التأمين الذي دفعه.[1]

ويختلف الفسخ الوجوبي عن المجرد في أن الإدارة لا تتوقف عند إنهاء العقد وإستبعاد المتعاقد عن العمل المتفق عليه، وإنما تحمله فضلا عن ذلك نفقات ومصاريف العقد الجديد ولذلك يتميز بالجسامة عكس الفسخ البسيط الذي لا تحمل فيه الإدارة المتعاقدة المتعاقد الذي فسخ عقده أي تبعات للتعاقد الجديد بل تنتهي العلاقة بإنتهاء العقد، كما أنه في الفسخ الوجوبي الإدارة تكون لها سلطات أخرى من بينها عدم التعامل مع المتعاقد القديم مستقبلا وهو ما يعرف بالشطب من قائمة المتعاملين الإقتصاديين معها، كما أنه يكون بإمكانها مقاضاته أمام القضاء الجزائي إذا كانت الأخطار التي إرتكبها تدخل في الوصف الجزائي، وأخيرا لها مطالبته بالتعويض عما لحقها من أضرار نتيجة الفسخ،[2] فإذا تعاقدت الإدارة في عقد الأشغال العامة مع مقاول جديد لتنفيذ المشروع المتفق عليه أو التعاقد مع مورد جديد لتوريد المواد المتفق عليها فإنه يكون على حساب المتعاقد القديم، ولذلك يوصف بأنه فسخ قاس على المتعاقد، ولكن يجب الإشارة هنا أن الإدارة المتعاقدة عليها إعلان المتعاقد بالفسخ وإخباره بإبرام العقد الجديد على مسؤوليته، ويتعين عليها أيضا أن تعلمه بإسم المقاول الجديد حتى يستطيع مباشرة حقه في متابعة الأعمال المنفذة على حسابه ومسؤوليته بواسطة المقاول الجديد، وهو يعتبر حقا له ليتمكن من المحافظة على مصالحه إتجاه الإدارة وإتجاه المتعاقد الجديد.[3]

ولقد وقع إختلاف كبير في الأخذ بهذا النوع من الفسخ نظرا لخطورته:

– **في الجزائر**: المشرع الجزائري فقد أشار للفسخ على مسؤولية المتعاقد في المادة 93 فقرة01 من القانون 12/23 حيث جاء فيها " لا يمكن الإعتراض على تطبيق البنود التعاقدية المتعلقة بالضمان، والمتابعات الرامية إلى إصلاح الضرر الذي لحق المصلحة المتعاقدة بسبب خطأ المتعامل المتعاقد معها بحجة فسخ الصفقة. وزيادة على ذلك، يتحمل هذا الأخير التكاليف الإضافية التي تنجم عن الصفقة الجديدة"[4]، كما

---

[1] سامي جمال الدين، أصول القانون الإداري(نظرية العمل الإداري)، دون طبعة، دار الكتاب الحديث، كلية الحقوق بجامعة الإسكندرية، مصر، 1993، صفحة 358.

[2] عبد الله نواف العنزي، المرجع السابق، صفحة 149.

[3] حمد محمد حمد الشلماني، المرجع السابق، صفحة 226. 227.

[4] المادة 93 من القانون 12/23، المصدر السابق.

نصت المادة 89 فقرة01 من المرسوم الرئاسي 247/15 " دون الإخلال بالمتابعات الجزائية كل من يقوم بأفعال أو مناورات ترمي إلى تقديم وعد لعون عمومي بمنح أو تخصيص، بصفة مباشرة أو غير مباشرة، أما لنفسه أو لكيان آخر، مكافأة أو إمتياز مهما كانت طبيعته، بمناسبة تحضير صفقة عمومية أو ملحق أو إبرامه أو مراقبته أو التفاوض بشأن ذلك أو تنفيذه، من شأنه أن يشكل سببا كافيا لإتخاذ أي تدبير ردعي، لا سيما فسخ أو إلغاء الصفقة العمومية..."[1]

– **في فرنسا:** إستقر الفقه والقضاء على عدم الأخذ بهذا النوع من الفسخ وهو الفسخ الجزائي الجسيم وعلى مسؤولية المتعاقد إلا إذا تم النص عليه صراحة في العقد أو دفتر الشروط، كما أن غالبية الفقه الفرنسي يذهب إلى أن جزاء الفسخ في العقود الإدارية يعتبر من النظام العام وهو مقر لمصلحة الإدارة وفي جميع الأحوال.[2]

لذلك فالمشرع الفرنسي أخذ بالنوعين معا جنبا لجنب لا سيما في دفاتر الشروط الإدارية العامة المتعلقة بإبرام وتنفيذ العقود الإدارية وقد نص المشرع المصري على ذلك في المادة 94 فقرة04 من دفاتر الشروط العامة بالقول " في حالة الفسخ الجزائي للعقد على حساب ومسؤولية المقاول فإنه يتم إبرام عقد مع مقاول آخر من أجل إكمال الأشغال"،[3] ويرى الفقه الفرنسي أن الفسخ يتضمن في طياته قرارين هامين الأول قرار فسخ العقد على مسؤولية المتعاقد كجزاء، والثاني إختيار مقاول جديد على مسؤولية المتعاقد، ومن الملاحظ أن دفاتر الشروط في فرنسا عملت بالنموذجين معا، ونصت على أن فسخ العقد لصدور خطأ من المتعاقد يمكن أن يكون فسخا مجردا أو فسخا على حساب المقاول ومسؤوليته.[4]

– **في مصر:** لم يتطرق قانون المناقصات والمزايدات أو اللائحة التنفيذية في مصر لبيان أو إشارة للفسخ الجزائي على مسؤولية المتعاقد، بينما تم تفصيل أحكام الفسخ الجزائي المجرد البسيط، كما أن مجلس الدولة لم يميل للأخذ بهذا النوع من الفسخ،[5] وقد إنقسم الفقه المصري في نظرته للأخذ بالفسخ على حساب المتعاقد لثلاثة إتجاهات هي:

---

[1] المادة 89 فقرة 01 من المرسوم الرئاسي 247/15 المصدر السابق.

[2] عبد الله نواف العنزي، المرجع السابق، صفحة 151. 152.

[3] عبد الرزاق باخبيرة، المرجع السابق، صفحة 120. 121.

[4] ذنون سليمان يونس العبادي، المرجع السابق، صفحة 253. 254.

[5] عبد الرزاق باخبيرة، المرجع السابق، صفحة 322.

الإتجاه الأول هم الذين قالوا بعدم الأخذ به إستنادا إلى أن المشرع لم ينص عليه في قوانين المناقصات والمزايدات، وإنما إقتصر على الأخذ بالفسخ البسيط فقط، بل أن المشرع ترك للأدارة الحرية في بعض الحالات للإدارة الأخذ بالفسخ البسيط أو على مسؤولية المتعاقد.[1]

الإتجاه الثاني ذهب إليه لأنه لا يوجد مانع من الأخذ بالفسخ على مسؤولية المتعاقد، ويستمد هذا الرأي لتبرير موقفه على نص المادة 94 من لائحة المناقصات والمزايدات الصادرة سنة 1957 والتي تجيز سحب العمل من المقاول والتنفيذ على حسابه في بعض الحالات، ومنها حالة فسخ العقد مما يعني أن الإدارة تستطيع في هذه الحالة مباشرة سلطاتها في تنفيذ الأعمال التي تخلف عنها المقاول وعلى مسؤوليته، فضلا على أن الفسخ يقع بقوة القانون كما يستخلص من المادة 84 وبطبيعة الحال فإن ذلك هو المعنى عن الفسخ على مسؤولية المتعاقد، ويضيف أصحاب هذا الرأي أن الفسخ الذي يكون بسبب الغش أو الرشوة من جانب المتعاقد عليه أن يتحمل كافة المخاطر التي تسبب فيها إنحرافه، كذا طرح الأعمال التي تتم في مناقصة جديدة، من حق الإدارة في إسترجاع ماتكبدته من مصروفات وخسائر زيادة على قيمة العقد.[2]

الإتجاه الثالث ذهب للقول بأنه لا يجوز التسليم بالرأي القائل بحق الإدارة في توقيع مثل هذا ما دام المشرع لم ينص عليه في لائحة المزايدات والمناقصات، كما أن النص عليه يعتبر نصا إستثنائيا لا يجوز التوسع في تفسيره أو القياس عليه، وبالتالي لا يجوز الإستناد لنص قانوني أو التوسع في تفسيره مثل ما فعل أنصار الرأي السابق، حتى لو كان غامضا من أجل تأكيد نظام إستقرار القضاء وغالبية الفقه على عدم وجوده في مصر والمشرع لا يعرف إلا نوعا واحد من الفسخ وهو الفسخ المجرد البسيط.[3]

الفرع الثاني: شروط الفسخ الجزائي وآثاره

يخضع الفسخ الجزائي لشروط يجب توافرها قبل إعماله، وهذه الشروط هي الخطأ الجسيم والإعذار وصدور قرار الجزاء، وبعد توقيع المصلحة المتعاقدة لجزاء الفسخ تنتج العديد من الآثار التي يجب معرفتها لمنع أي إنحرافات أو تجاوزات أخرى قد تؤدي للمساس بحقوق التعاقد أو الإضرار بالمرفق العام.

---

[1] عبد الله نواف العنزي، المرجع السابق، صفحة 149.

[2] نفس المرجع، صفحه 150.

[3] نفس المرجع، صفحه 151.

أولا: شروط الفسخ الجزائي

تشدد المشرع في الشروط الواجب توافرها لإعمال سلطة الإدارة في الفسخ الجزائي للصفقة العمومية، ذلك أن هذا الجزاء هو أخطر الجزاءات الإدارية التي يمكن توقيعها على المتعاقد وينهي التعاقد معه، وهذا الإنهاء للصفقة العمومية له العديد من الآثار السلبية التي تنعكس على المرفق العام والمصلحة العامة، كما تنعكس أيضا على المتعاقد، وفيما يلي شروط الفسخ الجزائي:

1- الخطأ الجسيم

يقصد بالخطأ الجسيم الخطأ البالغ الخطورة لدرجة أنه يستحق أقصى الجزاءات وأشدها جسامة وهو جزاء الفسخ، ويقصد به أيضا كل مخالفة من جانب المتعاقد لالتزاماته التعاقدية فهي تمثل الخطأ للمتعاقد من جهة وخطأ ضد المرفق العام من جهة ثانية، ويفترض توقيع جزاء الفسخ على كل خطأ جسيم أو إخلال خطير بالتزامات تعاقدية، لذلك فليس كل خطأ يرتكبه المتعاقد يكون مبررا لتوقيع جزاء الفسخ، بل يتعين أن يكون على درجة من الجسامة بإخلال تعاقدي جوهري.[1]

- والمشرع **الجزائري** جاء موقفه من الخطأ الجسيم عاما دون تفصيل للأخطاء الموجبة لها الجزاء، في القوانين المتعاقبة المنظمة للصفقات العمومية لم تحدد الأفعال المعتبرة أخطاء جسيمة وكانت خالية من أي تفصيل في هذا الشأن، إلا أن المادة 90 من القانون 12/23 نصت على أنه إذا لم ينفذ المتعاقد لالتزاماته، ... وإذا لم يتدارك المتعامل المتعاقد تقصيره في الأجل الذي حدده الإعذا، فإن المصلحة المتعاقدة، يمكنها أن تقوم بفسخ الصفقة العمومية من جانب واحد إذا لم يستجيب المتعاقد مجددا لإعذار ثان في أجل محدد، ويمكنها كذلك القيام بفسخ جزئي للصفقة." كما نصت المادة 91 من نفس القانون على "يمكن للمصلحة المتعاقدة القيام بفسخ الصفقة العمومية من جانب واحد، عندما يكون ذلك مبرا بسبب المصلحة العامة، حتى بدون خطأ من المتعامل المتعاقد"، ونصت أيضا المادة 92 من نفس القانون عاى " ... يمكن القيام أيضا بالفسخ التعاقدي للصفقة العمومية، عندما يكون ذالك مبررا بظروف خارجة عن إرادة المتعامل المتعاقد، حسب شروط الشروط المنصوص عليها صراحة لهذا الغرض"

[1] هيثم حليم غازي، المرجع السابق، صفحة 162.

وبالرجوع لدفاتر الشروط الإدارية العامة نجد أنها أدت دورا ملحوظا في تفصيل بعض الحالات وسد النقص الذي جاء به قانون الصفقات العمومية، فقد أشار الدفتر للعديد من الأخطاء التي تبرر الفسخ الجزائي لعقد الأشغال العامة،[1] فقد نص المادة 35 فقرة01 من دفتر الشروط الإدارية العامة على " 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" كما نصت نفس المادة في الفقرة 05 " وعلى كل حال يرفع الأمر المتعلق بهذه العمليات إلى الوزير الأول يمكنه تبعا للظروف أن يأمر بإعادة إجراء مناقصة على ذمة المقاول المتخلف أو فسخ الصفقة دون قيد أو بمتابعة النظام المباشر للإدارة".[2]

ويعتبر مجلس الدولة الفرنسي حالة الخطر الجسيم مبررا للفسخ،[3] ويعتبر أنه من قبيل الخطأ الجسيم المبرر للفسخ الخطأ الذي يبلغ الدرجة الكافية التي تقدر بها الإدارة خطورة المخالفة التي إرتكبها المتعاقد معها، وهي سلطة تخضع للرقابة القضائية اللاحقة، والملاحظ أنه ليس كل خطأ يرتكبه المتعاقد يكون سببا لفرض جزاء الفسخ عليه، بل يتجه الفقه والقضاء والتشريع إلى وجوب توافر الجسامة فيه ذلك أن هذا الشرط ضروري من أجل التقليل من تعسف الإدارة العامة والحد من توقيع جزاء الفسخ لأخطاء بسيطة لا تتناسب مع الخطأ المرتكب من المتعاقد، ويفترض في الخطأ الجسيم سوء النية أو الإهمال وعدم التبصر حتى يبلغ من الجسامة ما يجعله ذا أهمية تبرر الفسخ.[4]

وتقدير الإدارة لجسامة الخطأ يخضع لرقابة القضاء، فهو يقدر مدى إعتبار الخطأ جسيما يستحق جزاء الفسخ أم لا، ويراقب مدى التناسب بين الجزاء والخطاء، وبتوافر الخطأ الجسيم وشروط توقيع العقوبة لا يملك القاضي إلا الحكم بالتعويض للمتعاقد،[5] ولذا فإن ما يعد جسيما من المخالفات العقدية لا يخضع لحصر بل أن النص على هذا المخالفات في العقد أو في دفتر الشروط لا يمنع الإدارة من توقيع هذا الجزاء على مخالفات أخرى، فالفقه متفق على أن النص على هذه الحالات يرد على سبيل المثال لا الحصر مما

---

[1] عبد الرزاق باخبيرة، المرجع السابق، صفحة 338. 339.

[2] المادة 35 فقرة 01 و05 من القرار المتضمن المصادقة على دفتر الشروط الإدارية العامة، المصدر السابق.

[3] Laurent Riche, Droit des contrats administratifs, 5e Edition, LGDJ-Montchrestien, Paris , France, 2006, P 279

[4] محمد الصادق قابسي، المرجع السابق، صفحة 444.

[5] Jean-Marie Auby et ceux avec lui, op cit, p 265.

يعني أنه يمكن للإدارة فسخ العقد إذا أخل المتعاقد بأي التزامات شرط أن يكون هذا الإخلال جسيما يستلزم هذه العقوبة،[1] فإذا كانت جسامة الإخلال تعد شرطا للفسخ إلا أن النصوص التشريعية والآراء الفقهية وأحكام القضاء تتفق على حالات تتوفر فيها الجسامة، وهي لا تخرج عن حالتين،

- ✓ حالات تتصل بتنفيذ العقد المتفق عليه.
- ✓ وهنا تتصل بشخص المتعاقد نفسه.[2]

❖ وقد ذهب الفقه والقضاء **الفرنسي** لتحديد بعض حالات الخطأ الجسيم منها:

- ✓ عدم تنفيذ المتعاقد لأوامر المصلحية الموجهة له من المصلحة المتعاقدة، ذلك أن هذا الأخير مجبر على تنفيذها تحت طائلة العقوبة، بالمقابل يمكنه الإعتراض عليها وتقديم مطالبه دون التوقف عن التنفيذ.[3]
- ✓ إهمال المتعاقد أو وقف التوريد ذلك أنه لا يحق له وقف العمل بل عليه مواصلة تنفيذ التزاماته لحين البت في طلب الفسخ الذي قدمه، كما لا تقبل منه أيت إعذار في هذا الشأن.
- ✓ التعاقد من الباطن أو التنازل عن العقد دون إذن مسبق من الإدارة.
- ✓ لجوئه للغش أو تسليمه لبضائع رديئة.
- ✓ حالة عدم إمتثاله والتزامه بمدد التنفيذ للأعمال أو أجال تسليم التوريد.
- ✓ غالبا ما ينص العقد أو دفاتر الشروط على فسخ العقد في حالة إفلاس المتعاقد أو حالة التسوية القضائية وهنا يقع الفسخ بقوه القانون.
- ✓ عجز المتعاقد عن تكملة التأمين الحالي خلال المدة المقدرة لذلك، وهذه الأخطاء تبرر جزاء الفسخ بنوعيه مجرد أو على مسؤولية المتعاقد، حيث أنها أخطاء تبرر كلا النوعين للفسخ على أن يكون منصوصا عليه في العقد أو دفتر الشروط.[4]

❖ أما المشرع **المصري** فقد نص أيضا على حالات تعتبر أخطاء جسيمة تبرر الفسخ الجزائي من بينها:

---

[1] عبد الله نواف العنزي، المرجع السابق، صفحة 154.

[2] عبد الرزاق باخبيرة، المرجع السابق، صفحة 336.

[3] Jean-Marie Auby et Robert ducors- ader, Droit administratif, sans édition, Dalloz, Paris, France, 1967, p 453.

[4] ذنون سليمان يونس العبداوي، المرجع السابق، صفحة 271. 273.

- حالات نص عليها القانون رقم 89 لسنة 1998 والخاص بتنظيم المزايدات والمناقصات ونص على أخطاء تجيز للإدارة توقيع جزاء الفسخ وهي:
  - ✓ إذا لم يقم صاحب العطاء المقبول بأداء التأمين النهائي في المهنة المحددة.
  - ✓ إذا ثبت أن المتعاقد إستعمل بنفسه أو بواسطة غيره الغش أو التلاعب في التعامل مع الجهة الإدارية المتعاقدة أو في حصوله على العقد.
  - ✓ إذا أفلس المتعاقد أو أعسر.
  - ✓ إذا أخلى المتعاقد بأي شرط من شروط العقد.
- والحالات المنصوص عليها في اللائحة التنفيذية الصادرة تنفيذا للقانون السابق وهذه الحالات هي:
  - ✓ يجوز للجهة الإدارية فسخ العقد إذا أخل المتعاقد بشرط من شروطه.
  - ✓ إذا توفي المتعاقد جاز للمصلحة المتعاقدة فسخ العقد.
  - ✓ إذا أغفل المتعاقد أو أهمل القيام بالإلتزامات التعاقدية المقررة ولم يصلح أثره ذلك خلال 15 يوما من إعذاره.[1]

2- الإعذار

هو إجراء تمهيدي سابق لتطبيق الجزاءات الإدارية عموما، ويتم من خلاله تنبيه المتعاقد إلى أنه متأخر في تنفيذ التزاماته وعليه تدارك وضعه وتسوية إخلاله التعاقدي، وإنذاره بالجزاء الذي سيوقع عليه إذا لم يتدارك الأمر، ويعتبر الإعذار من أهم الشروط لتوقيع جزاء الفسخ وذلك لحماية حقوق المتعاقد مع الإدارة والحد من سلطتها في أداء هذا الجزاء.

ونظرا لجسامة جزاء الفسخ بإعتباره أقصى الجزاءات التعاقدية أثرا بالنسبة للمتعاقد خاصة مع ما يترتب عليه من عدم التعامل معه مستقبلا، لذلك تشترط مختلف التشريعات قبل إقدام الإدارة على الفسخ إخطار المتعاقد بالمخالفة والعقوبة التي ستوقع عليه وإمهاله الوقت للتدارك وإصلاح الوضع، فإذا لم ياخذ إعذار الإدارة بالحسبان أو أهمل وأغفل القيام بالتزاماته المقررة فتوقع عليه جزاء الفسخ،[2] وتلتزم الإدارة بإجراء

[1] حمد محمد حمد الشلماني، المرجع السابق، صفحة 214. 215.

[2] عبد الله نواف العنزي، المرجع السابق، صفحة 160.

الأعذار قبل توقيع جزاء الفسخ على المتعاقد، وتنص عادة دفاتر الشروط على ضرورة القيام بالإعذار إلا أنه قد يتضمن العقد نصا صريحا بالإعفاء من الإعذار أو تبيين الظروف لاحقا عدم جدواه.

ويذهب غالبية الفقه لتأكيد إجراء الإعذار على إعتبار أنه إجراء تمليه العدالة والمصلحة العامة، إذ تأبي قواعد العدالة أن يوقع أخطر جزاء إداري على المتعاقد قبل إنذاره ومنحه مهلة معقولة من أجل تنفيذ التزاماته، إضافة إلى أن المصلحة العامة تطلبه، لذلك لا يمكن من الأفضل تنفيذ المتعاقد لالتزاماته التعاقدية بدلا من الفسخ له الأثر السلبي على سير المرفق العام ويمكن أن يهدد المصلحة العامة.[1]

ويعتبر إجراء الإعذار من الإجراءات الهامة التي تلتزم بها المصلحة المتعاقدة وذلك للعديد من الأسباب منها:

- ✓ خطورة إجراء الفسخ وما يترتب عليه من آثار على المرفق العام والمصلحة العامة.
- ✓ قاعدة الإعذار المسبق من القواعد الجوهرية التي تسبق الجزاءات الإدارية ما عدا الحالات الإستثنائية.
- ✓ الإعذار مهم للمتعاقد مع الإدارة وذلك من أجل تدارك المتعاقد لأخطائه والتوجه لتنفيذ التزاماته التعاقدية، وتجنب أي تعطيل أو ضرر يصيب المرفق العام والخدمة العامة.
- ✓ على الإدارة الحرص على النص في العقد أو دفتر الشروط على حالات الإعفاء من الإعذار المسبق، وتوقيع الجزاء مباشرة في هذه الحالات.[2]

وتختلف الدول في إشتراط الإعذار المسبق قبل توقيع الفسخ الجزائي على المتعاقد وسيتم توضيح فيما يلي:

في الجزائر إعتبر المشرع الجزائري الفسخ حق من الحقوق التي تركها التنظيم للأطراف المتعاقدة يتم اللجوء إليه في حالات خاصة إذ يمثل قطعا للعلاقة التعاقدية، ويتم اللجوء للفسخ الجزائي للصفقات العمومية وهو ما أطلق عليه المشرع الجزائري بالفسخ من جانب واحد للصفقة في حال إخلال المتعاقد بالتزامه التعاقدي، وعدم الإستجابة للإعذارات الموجهة إليه، والتي تدعوه من خلالها المصلحة المتعاقدة إلى

[1] عبد الله نواف العنزي، المرجع السابق، صفحة 161.

[2] عبد الرزاق باخبيرة، المرجع السابق، صفحة 351.

وجوب الإلتزام بما إتفق عليه في العقد.[1] ويتم إعذار المصلحة للمتعاقد طبقا لأحكام قرار وزير المالية المؤرخ في 2011/03/28 والذي يحدد البيانات اللازمة في الإعذار وآجال نشره، حيث يجب أن يتضمن الإعذار البيانات التالية:

- ✓ تعيين المصلحة المتعاقدة وعنوانها وكذلك المتعامل المتعاقد وعنوانه.
- ✓ تعيين الصفقة ومراجعها.
- ✓ موضوع الإعذار والأجال الممنوح للمتعاقد للتنفيذ.
- ✓ تحديد إن كان الإعذار الأول أو الثاني، والعقوبات المنصوص عليها في حال عدم الإستجابة ورفض التنفيذ.[2]

كما أنه ونظرا لأهمية الإعذار لا سيما أنه ينبه المتعامل المتعاقد لإخلاله، كما أن المشرع الجزائري لم يكتفي بإعذار واحد لتوقيع الفسخ الجزائي للصفقة العمومية بل ألحقه بوجوب توجيه إعذار ثاني ليقيم الحجة على المتعاقد ويعطيه الفرصة لإستدراك خطئه، كما أنه على المصلحة المتعاقدة أن تبين في الإعذار الموجه للمتعاقد إن كان الأول أو الثاني،[3] ويتم تبليغ الإعذار برسالة موصى عليها مع الإشعار بالإستلام، وينشر في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي وكذلك في جريدتين يوميتين وطنيتين على الأقل باللغة العربية ولغة أجنبية، ويعتبر تاريخ النشر هو المعتد به لحساب سريان مفعول الإعذار،[4] وقد أكد مجلس الدولة الجزائري في قرار بتاريخ 2003/02/25 في قضية (ق ع) ضد رئيس المجلس الشعبي البلدي لبلدية الخشير على ضرورة الإعذار قبل الفسخ بالقول " الإعذار شرط يستوجب قبل الفسخ وكل قرار لا يحترم ذلك يكون غير شرعي وتعسف يستوجب التعويض".[5]

---

[1] النووي خرشي، الصفقات العمومية، دون طبعة، دار الهداء للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2018، صفحة 378.

[2] المادة 03 من القرار المؤرخ في 23 ربيع الثاني علم 1432 المرافق ل 28 مارس 2011، يحدد البيانات التي يتضمنها الإعذار وأجال نشره، الجريدة الرسمية، العدد:24، المؤرخة في 2011/04/20.

[3] المادة 02 من القرار تنص " أن الفسخ من جانب واحد للصفقة من طرف المصلحة المتعاقدة لا يتم إلا بعد إعذارين قانونين للمتعامل المتعاقد العاجز".

[4] المادتين 04 و05 من القرار، المصدر نفسه.

[5] محمد الصادق قابسي، المرجع السابق، صفحة 445.

وما يلاحظ على المشرع الجزائري في القانون 12/23 هو إضافة ما يسمى " الفسخ الجزائي للصفقة العمومية"،[1] ويكون الفسخ الجزائي للصفقة في الحالة التي يكون فيها إنجاز بعض أجزاءها وكانت هذه الأجزاء تشكل بذاتها وحدة وظيفية متكاملة أو على الأقل يكون ممكنا أن تستعمل بمعزل عن بقية أجزاء الصفقة، ففي هذه الحالة يمكن اللجوء للفسخ الجزائي، أما في حالة أن تكون الأجزاء المراد فسخها لا يمكن أن تتمم من متعامل آخر وأن التخلي عنها بالفسخ الجزائي من قبل المتعامل الأساسي يكلف المصلحة المتعاقدة مصاريف أكبر من الذي حددتها الصفقة الأولية، فإن الفسخ الجزائي يصبح من مصلحة المتعامل المتعاقد وذلك على حساب مصالح المصلحة المتعاقدة، ويجب الإشارة هنا أن على المشرع الجزائري أن يحدد بدقة ضوابط الفسخ الجزائي للصفقة العمومية والإحتراز من الوقوع في الأعمال الإحتيالية، لأن هذا النوع من الفسخ يفتح باب المناورة من أصحاب النوايا السيئة، لأنه يمكن للأطراف الإتفاق خلسة على تقليص مصاريف بعض أجزاء المشروع ضمن العرض المقدم من المتعامل المتعاقد المتواطئ حتى إذا فاز بالصفقة لجأ للتماطل في التمثيل مما يدفع المصلحة المتعاقدة للفسخ الجزائي لهذه الخدمات التي لا يرضى مستخلف المتعامل المتعاقد تنفيذها إلا بالأسعار المحينة.[2]

في فرنسا إستقر مجلس الدولة الفرنسي على أن الفسخ الجزائي يجب أن يكون مسبوقا بإعذار المتعاقد من جانب المصلحة الادارية المتعاقدة ولا يمكن لها توقيع الجزاء إلا بإحترام كلي وإلا إعتبر ذلك خطأ من الإدارة وتكون بذلك قد خالفت الإجراءات اللازمة لتوقيع جزاء إنهاء العقد الإداري،[3] ويشترط مجلس الدولة لصحة قرار الفسخ أن يكون مسبوقا بإعذار المتعاقد يتضمن مهلة زمنية معقولة تسمح له بتصحيح أوضاعه وتنفيذ التزاماته وإصلاح أخطائه، وذلك ما لم يكن العقد يتضمن شرط إعفاء من الإعذار،[4] فمجلس الدولة بذلك يشترط الإعذار قبل توقيع الفسخ إلا إذا تم النص الصريح على خلاف ذلك، أو إذا كانت عقوبة

---

[1] مونية جليل، التدابير الجديدة لتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، دون طبعة، دار بلقيس، الدار البيضاء، الجزائر، 2017، صفحة 56.

[2] النوي خرشي، المرجع السابق، صفحة 379.

[3] Pierre Lemieux, Le pouvoire d'inspection et de contrôle de l'administretitiondans dans les marchés de travaux publics, Revue générale de droit, Vol 10, N 2 Le document a été créé éditions de l'Université d'Ottawa. Kanada, P 418 .15/11/2020.

[4] سورية دبش، **الجزاءات الإدارية غير المالية في قانون الصفقات العمومية(طبقا للمرسوم الرئاسي 247/15)**، المجلة الجزائرية للأمن والتنمية، العدد:06، جامعة الحاج لخضر 1، باتنة، الجزائر،01 جويلية 2016، صفحة 230.

الفسخ نتيجة لإجراء من إجراءات الضغط وكان هذا الإجراء الأخير قد سبقه الإعذار فهنا لا لزوم للإعذار لتوقيع الفسخ بعد ذلك.[1] ومن بين الحالات الإستثنائية في الفقه والقضاء الفرنسي التي تستبعد إجراء الإعذار ما يلي:

- ✓ وجود نص صريح في العقد أو دفتر الشروط أو إذا سبق الفسخ إجراء من الإجراءات الضاغطة التي يسبقها الإعذار وكان الفسخ لذات السبب الذي وجه لأجله الجزاء الضاغط على المتعاقد، أما إذا كان الفسخ لخطأ غير ذلك فإنه يجب إعذار المتعاقد.
- ✓ غش المتعاقد ففي هذه الحالة لا ضرورة للإعذار بسبب إرتكاب المتعاقد مع الإدارة أفعال غش في تنفيذ التزاماته، ويعتبر هذا الإستثناء تطبيق للقواعد العامة التي تكفلها المبادئ العامة للقانون، وذلك عند توافر سوء النية من قبل المتعاقد.
- ✓ تنازل المتعاقد عن العقد للغير فلا ضرورة في هذه الحالة للإعذار لأن المتعاقد تنازل عن عقده أو تعاقد من الباطن بدون تصريح وعلم مسبق من الإدارة.[2]
- ✓ إعلان المتعاقد صراحة أنه غير قادر على تنفيذ العمل موضوع العقد أو رفض تنفيذ التزاماته.
- ✓ محل للإعذار في حالات الإستعجال وإذا ثبت عدم جدواه جراء إخلال المتعاقد بأحد الشروط التعاقدية الجوهرية التي يتعذر معها تدارك إصلاحها.[3]

ومن بين الأحكام القضائية لمجلس الدولة الفرنسي والتي جاء فيها إعفاء الإدارة من الإعذار المسبق قضية (Garreau) بتاريخ 1961/11/03 جاء فيها " بأنه يتعين على الإدارة إن هي رأت أن توقيع الجزاء المنصوص عليها في العقد على المتعاقد معها الذي قصر في تنفيذ التزاماته أن تقوم هي بإعذاره بضرورة تنفيذها وذلك ما لم يتضمن العقد نصا صريحا بإعفائها من الإعذار، ويقع عبأ هذا الواجب على عاتق الإدارة خاصة في حالة إنهاء العقد، حيث يكون عليها أن تقوم بإعذار المتعاقد وتنبيهه إلى ضرورة القيام بتنفيذ التزامه طبقا للعقد أو على الأقل بمطالبته بتقديم ملاحظاته مع إعذاره وقبل ذلك إيقاع الفسخ من جانبها وأن الإنذارات الشفوية التي يوجهها المختصمون إلى المتعاقد لا تقوم مقام الإعذار بهذا الشأن"[4]

---

[1] سليمان محمد الطماوي، المرجع السابق، صفحة 531.

[2] حذيفة عادل عبد الكريم منصور، المرجع السابق، صفحة 60.

[3] ذنون سليمان يونس العبادي، المرجع السابق، صفحة 279.

[4] عبد الرزاق باخبيرة، المرجع السابق، صفحة 346.

وتجدر الإشارة هنا أنه في حالة شك حول شرط إعفاء الإدارة من هذا الالتزام فإنه يفسر لصالح المتعاقد، ويكون في هذه الحالة الإعذار لازما بالنظر لخطورة الآثار الناتجة عن الفسخ الجزائي وهو ما ذهب إليه الفقه الفرنسي، كما يجب أن يكون الإعذار صادرا من الجهة الإدارية المختصة المحددة في العقد، وعند عدم تحديد يكون المحافظ أو العمدة أو رئيس المصلحة.[1]

في مصر لم يجعل المشرع الإعذار لازما في جميع الحالات بل يتم الإعذار قبل الفسخ في حالات دون الأخرى، كما في حالة عدم قيام صاحب العطاء المقبول بأداء التأمين النهائي في المدة المحددة فيجوز للإدارة بموجب إخطار دون الحاجة لإتخاذ أي إجراء آخر فسخ العقد أو تنفيذه بواسطة أحد مقدمى العطاء التاليين لعطائهم،[2] فهنا يلاحظ الإختلاف عن ما ذهب إليه المشرع الفرنسي، فالمشرع المصري عرف تطورا في تشريعه في هذا الشأن، ففي لائحة المناقصات والمزايدات القديمة قرر المشرع المصري أن يكون الإعفاء من الإعذار بنص، وهو ما يجعل ذلك مخالفا للقواعد العامة للعقود التي تلزم الإعذار قبل الفسخ حسب نص المادة 157 من القانون المدني المصري،[3] أما اللائحة التنفيذية رقم 09 لسنة 1983 إشترط الإعذار صراحة حيث تنص على حق الإدارة في توقيع الجزاء إذا أخلى المتعاقد بشرط من شروط العقد، أو أهمل أو أغفل عن أحد الالتزامات المقررة ولم يصلح أثر ذلك خلال 15 يوم من تاريخ إخطاره بكتاب موصى عليه بعلم الوصول للقيام بإصلاح هذه الإجراءات أما قانون المناقصات والمزايدات لسنة 1998 رقم 89 نجده لم يجعل الإعذار المسبق ضروريا عند توقيع جزاء الفسخ، على الرغم من أن المادة 84 من اللائحة التنفيذية لهذا القانون نصت على " إذا أخلى المقاول بأي شرط من شروط العقد أو أهمل أو أغفل القيام بأحد التزاماته المقررة ولم يصلح آثار ذلك خلال 15 يوما من تاريخ إنذاره بكتاب موصى عليه بعلم الوصول كان للسلطة المختصة إتخاذ أحد الإجراءين إما فسخ العقد أو سحب العمل منه" ويقول **عبد المجيد فياض** في هذا المقام " نرى أن الإدارة في مصر ملزمة بإعذار متعاقدها مسبقا بفسخ عقده، إذ فضلا أن هذا المبدأ ينتج عن القواعد الأساسية التي يقوم عليها نظام الجزاءات في العقد الإداري فإنه يستند أيضا إلى

[1] ذنون سليمان يونس العبادي، المرجع السابق، صفحة 280.

[2] هيثم حليم غازي، المرجع السابق، صفحة 166.

[3] ذنون سليمان يونس العبادي، المرجع السابق، صفحة 281. 283.

المادة 157 من القانون المدني المصري التي تلزم المتعاقد بإعذار الطرف الآخر المتخلف عن أداء التزاماته قبل طلب الفسخ".

أما القضاء المصري في مجلس الدولة المصري من حيث الأصل لم يلزم جهة الإدارة بإعذار المتعاقد قبل توقيع الفسخ، حيث قضت محكمة القضاء الإداري في حكم بتاريخ 1957/03/17 " أن العقد الإداري يحكمه نظام قانوني يختلف إختلافا تاما عن النظام القانوني الذي تخضع له العقود المدنية ويرجع هذا الإختلاف إلى عدم المساواة بين طرفي العقد الإداري فهما يمثلان مصالح غير متكافئة... وحق الإدارة في هذا الصدد تتمتع به دون حاجة النص عليه في العقد ومن ثم يكون الدفع من المدعي عليه بعدم قبول دعوى الفسخ لرفعها قبل الأوان بقوله أنه لم يعذر طبقا للمادة 157 من القانون المدني على غير أساس ويتعين الرفض".[1]

3 –صدور قرار الفسخ من الإدارة

حيث تقوم الإدارة بإصدار قرار الفسخ الجزائي للعقد دون اللجوء للقضاء، المشرع الجزائري علاوة على سلطة الإدارة في الفسخ الجزائي فقد أعطاها إلى جانب ذلك أيضا الحق في التعويض لجبر الضرر الذي ألحقه المتعاقد المقصر في أداء التزاماته وإخلاله في تنفيذها.[2]

وما أكده المشرع المصري في قانون واللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات المصري،[3] والفسخ الجزائي في مجال تنفيذ العقود الإدارية هو حق للإدارة تمارسه بإرادتها المنفردة وعلى المتعاقد معها عند إخلال بتنفيذ التزاماته التعاقدية، وهذا الحق مقرر لها بما تملكه من سلطة وإمتيازات بإستثناء ما ذهب إليه المشرع الفرنسي في عقد الإمتياز الذي يستلزم حكما قضائيا لفسخه ما لم يتضمن العقد نصا يعطي الإدارة الحق في توقيعها دون اللجوء للقضاء، وتستطيع الإدارة ممارسة سلطتها في الفسخ الجزائي حتى وإن لم ينص العقد الإداري أو دفتر الشروط على ذلك، والهدف هو سيرورة المرفق العام وأداء خدماته على الوجه المطلوب،[4]

---

[1] ذنون سليمان يونس العبادي، المرجع السابق، صفحة 281. 283.

[2] عباد صوفية، **سلطة الإدارة في توقيع جزاء صاحب العمل من المقاول في صفقة الأشغال العامة في التشريع الجزائري**، مجلة العلوم القانونية والسياسية، المجلد:09، العدد:02، جامعة الوادي، الجزائر، 2018/06/28، صفحة 165.

[3] سليمان محمد الطماوي، المرجع السابق، صفحة 532.

[4] بن سديره جلول، المرجع السابق، صفحة 117– 118.

ويشترط التسبيب في قرار الإدارة بالفسخ الجزائي وهو ما أكده المشرع الفرنسي في القانون الصادر بتاريخ 1979/07/11 حيث تنص جميع دفاتر الشروط في فرنسا وبصورة واضحة على الأسباب التي تسمح للمصلحة الإدارية المتعاقدة بفسخ الصفقة العمومية، وأجمع الفقه في فرنسا على تطبيق هذا القانون على القرارات المتضمنة الجزاءات الإدارية بصفة عامة، ومن هنا فإن الإدارة ملزمة بتسبيب قرار الفسخ الجزائي، على عكس المشرع المصري الذي لا يلزم جهة الإدارة بتسبيب قرار الفسخ ويكون بذلك تجاهل ضمانة مهمة للمتعاقد مع الإدارة ضد تعسف إستعمال السلطة في توقيع هذا الجزاء، ويخضع قرار الفسخ الجزائي لرقابة القاضي رقابة مشروعية ورقابة ملائمة وذلك تحت رقابة قاضي العقد كباقي الجزاءات الإدارية الأخرى، خلافا للقرارات القابلة للإنفصال[1] والتي تخضع لقضاء الإلغاء كباقي القرارات الإدارية الأخرى.

بالنسبة لرقابة المشروعية فإن القاضي ينظر في مدى إحترام الإدارة المتعاقدة لمختلف الإجراءات والشروط الشكلية، ومن بين حالات هذه الرقابة في القانون الفرنسي نجد:

- ✓ صدور قرار الفسخ دون إعذار مسبق حيث إستقر مجلس الدولة الفرنسي على أن عدم إحترام الإدارة للإجراءات والشكليات يكون له دائما الأثر في إعفاء المتعاقد من النتائج الباهظة التي تترتب على قرار الفسخ مهما كانت جسامة المخالفة المنسوبة له.
- ✓ مخالفة القانون وذلك أنه لا توجد واقعة تبرر جزاء الفسخ أو كانت الواقعة المستند عليها لا تشكل خطأ تعاقدي أو قانوني أو لا تقابل أي التزام مفروض على المتعاقد، فالقرار في هذه الحالة هو قرار غير مشروع.[2]

جاء في قرار المحكمة الإدارية بمجلس قضاء أم البواقي بتاريخ 2019/12/18 قضية صاحب مقاولة الأشغال العمومية الكبرى للري ضد بلدية الجازية في شخص رئيسها حيث تطلب فيها المقاولة تعويضها عن الفسخ التعسفي للصفقة العمومية وتعويضه عن الأضرار وما فاته من كسب نتيجة ذلك

---

[1] محمد سمير محمد جمعة، إلغاء القرارات الإدارية القابلة للإنفصال، دون طبعة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2013، صفحة 66. 67.

[2] حسام فيصل، **رقابة القضاء الإداري على قرار الإدارة بالفسخ الجزائي للعقد الإداري(دراسة مقارنة)**، مجلة جامعة العبث، المجلد:39، العدد:77، سوريا، 2017، صفحة 149. 150.

الفسخ حيث قضت المحكمة " الزام المرجع ضدها بلدية الجازية ممثلة في شخص رئيسها أن تدفع للمرجع صاحب مقاولة أشغال العمومية الكبرى مبلغ 2.716.381.98 دج".[1]

أما رقابة الملائمة فقاضي العقد لا يكتفي بالنظر والتحقق من إرتكاب المتعاقد مخالفة لالتزاماته التعاقدية، بل ينظر أيضا لجسامة ذلك الجزاء وهو جزاء الفسخ الموقع عليه بالمقارنة مع الخطأ الذي إرتكبه، فالقاضي لا يكتفي بالوجود المادي للوقائع وتكييفها القانوني بل يمتد أيضا لمدى توافق الجزاء مع الوقائع فيقرر إن كانت كافية أم لا، ويقضي بعدم مشروعية الفسخ إذا كانت الوقائع لا تشكل خطأ جسيما يكفي لتبريره، وقد حدد المشرع الفرنسي سلطة قاضي العقد في إلغاء قرار الإدارة بالفسخ وحصرها في عقود معينة هي:

- ✓ عقود التزام المرافق العامة.
- ✓ عقود إيجار المرافق العامة.
- ✓ عقود التزام شغل الدومين العام.
- ✓ عقود مقاولات الأشغال العامة.
- ✓ عقود التزام المناجم.

أما مجلس الدولة المصري فإعترف بإلغاء قرار الفسخ في عقود التوريد دون غيرها، بالإضافة لسلطة الحكم بالتعويض في حالة عدم مشروعية الفسخ.[2]

وبالتالي فالقاعدة العامة التي إستقر عليها مجلس الدولة الفرنسي أن قاضي العقد لا يملك إلا سلطة الحكم بالتعويض للمتعاقد الذي صدر في حقه قرار الفسخ الجزائي الذي ثبت عدم مشروعيته، أو عدم تناسب جسامة الخطأ الذي إرتكبه المتعاقد مع قرار الفسخ الجزائي ولا تملك الإلغاء إلا فيما تم ذكره من حالات.[3]

---

[1] حكم المحكمة الإدارية أم البواقي الصادرة بتاريخ 2019/12/18 قضية رقم 19/525 بين صاحبة مقاولة الأشغال العمومية الكبرى والري وبلدية الجازية ممثلة في شخص مديرها.

[2] ماجد راغب الحلو، المرجع السابق، صفحة 213.

[3] حسام فيصل، المرجع السابق، صفحة 155.

ثانيا: آثار الفسخ الجزائي

إن توافر شروط الفسخ الجزائي تؤدي إلى تطبيقه، ويرتب الفسخ الجزائي للصفقة العمومية العديد من الآثار يمكن إيجازها فيما يلي:

1- الآثار المشتركة لأنواع الفسخ

- ✓ إنهاء الرابطة التعاقدية وهي أهم الآثار المباشرة للفسخ الجزائي، ذلك أنه ينهي العقد بين المصلحة المتعاقدة والمتعامل المتعاقد معها، وذلك من تاريخ إعلان قرار الفسخ أو التاريخ المحدد في قرار الفسخ، وهو ما يكون من أثره عدم الإعتداد بالأعمال التي ينفذها المقاول بعد ذلك،[1] فإنهاء الرابطة يشمل الفسخ المجرد والفسخ على حساب المتعاقد، والفسخ الجزائي يشمل العقد كله فهو يرد لجميع نصوص العقد، فلا يقتصر على جزء دون الآخر إذ لا يعرف النظام القانوني للعقود الإدارية الفسخ الجزائي، فلا يمكن مثلا كأن توقع الإدارة الفسخ على الجزاء الذي لا يحقق النفع وتبقي العقد في الجزء الذي يحقق لها النفع، وهو ما يكون من أثره أن الفسخ يشمل الالتزامات الباقية التي لم تنفذ في العقد بل أن منطق الفسخ يجعله أولى أن يرد على ما لم يقم المتعاقد بتنفيذه، لأن ما تم تنفيذه لا يمتد إليه الفسخ، إضافة لأن إنهاء العقد هو الأثار الأساسي للفسخ ويكون نتيجة توقف المتعاقد عن تنفيذ التزامه التعاقدي، ويسري قرار الفسخ من تاريخ إعلانه أو من التاريخ المحدد فيه.[2]

فإنهاء الرابطة العقدية يجب أن يكون خلال مدة سريان العقد، ومعنى هذا أن المصلحة المتعاقدة لا تستطيع تقرير الفسخ إلا خلال فترة سريان العقد فمن غير المعقول أن يسري الفسخ بعد التسليم النهائي وتنفيذ الصفقة،[3] كما أنه لا يحق للإدارة أن تفسخ العقد في جزء وتبقي الجزء الآخر لأن في ذلك مساس بمبدأ التوازن المالي للعقد، لذلك فالفسخ الجزائي يشمل كافة الالتزامات التي لم يقوم المتعاقد بتنفيذها وبالمقابل لا يمكن له الإستمرار في التنفيذ بعد صدور قرار الفسخ.[4]

- ✓ يتيح كلا النوعين من الفسخ الجزائي إستبعاد المتعاقد نهائيا وذلك بأن يخلي أماكن العمل في عقد الأشغال وإلا تحققت مسؤوليته كما أنه من حق الإدارة أن تفرض استلام أية توريد بعد صدور قرار

---

[1] محمد الصادق قابسي، المرجع السابق، صفحة 446.

[2] عبد الله نواف العنزي، المرجع السابق، صفحة 167.

[3] سليمان الطماوي، المرجع السابق، صفحة 315.

[4] ذنون سليمان يونس العبادي، المرجع السابق، صفحة 315.

الفسخ، ويترتب على إخلاء أماكن العمل سحب ما فيها من عمال وأدوات،[1] إلا أنه بالنسبة لهذه الأخيرة يتحدد مصيرها طبقا لما تضمنته شروط العقد، فيمكن للمصلحة المتعاقدة أن تضع يدها عليها إذا خولها العقد هذا الحق، كما أن المتعاقد لا يكون مسؤولا عنها إذا فقدت لقوة قاهرة أو سبب أجنبي لا يد للمتعاقد فيها.[2]

- ✓ يتحمل المتعاقد النفقات الناتجة عن الإجراءات المتخذة مثل إغلاق أماكن العمل لضمان صيانة وأمن وسلامة الأعمال المنفذة، فضلا على ذلك يتحمل نفقات مصروفات هذه الأشغال إن وجد مبرر لذلك.
- ✓ سلطة الإدارة في الفسخ الجزائي للعقد سواء كان الفسخ مجردا أو على حساب المتعاقد هي من السلطات التي تخضع لرقابة القضاء، للمتعاقد الطعن من قرار الفسخ الجزائي الصادر ضده.[3]
- ✓ حق المصلحة المتعاقدة في غرامة التأخير والتعويض ومصادرة التأمين حيث أنه يترتب على الفسخ الجزائي للصفقة العمومية حق الإدارة في الجمع بينه وبين الجزاءات المالية الأخرى، إلا أن ذلك يكون مصحوبا بشرطين، الأول أن يكون الضرار متجاوزا لقيمة التأمين المصادر والثاني أن لا يتضمن العقد شرطا يحضر فيه الجمع، وهو ما أكدته محكمة القضاء الإداري بقضائها بأن المشرع جعل جزاء الفسخ ومصادرة التأمين للمتعاقد الذي إستعمل الغش أو التلاعب في معاملته مع الإدارة أو الذي ثبت شروعه في رشوة أحد موظفي جهة الإدارة أو أخل بأي شرط من شروط العقد، إضافة لحق جهة الإدارة في الحصول على ما تستحقه من غرامات ومن مستحقات المتعاقد سواء لديها أو لدى أي جهة إدارية أخرى دون حاجة لإتخاذ الإجراءات القضائية لأن الجمع بين مصادرة التأمين والتعويض والفسخ رهين بأن لا يحضر العقد الإداري ذلك الجمع صراحة.[4]
- ✓ عدم جواز الجمع بين جزاء الفسخ والتنفيذ على حساب المتعاقد مع الإدارة وتحت مسؤوليته، لأن الفسخ ينهي العلاقة التعاقدية في حين أن سحب العمل والتنفيذ على الحساب كغيره من الجزاءات

---

[1] بن سديره جلول، المرجع السابق، صفحة 124.

[2] عبد الله نواف العنزي، المرجع السابق، صفحة 168.

[3] ذنون سليمان يونس العبادي، المرجع السابق، صفحة 316. 317.

[4] هيثم حليم غازي، المرجع السابق، صفحة 170.

التعاقدية الأخرى التي لا تنهي العقد، بل يبقى العقد منتجا لآثاره،[1] وقد ذهب القضاء الإداري المصري إلى أنه يجب على الإدارة الإختيار بين واحد من الجزاءات فقط أما الفسخ أو الشراء على حساب المتعاقد لأن الجمع بينهما يؤدي إلى القول بتعداد الجزاءات الإدارية، كما أن الجمع بينهما يعد أيضا إنعدام للعقد من جهة ومن جهة أخرى منتجا لآثار معينة، وهو ما لا يمكن التسليم به، لذلك على الإدارة إختيار الجزاء الملائم وعدم الجمع بينهما.[2]

2- آثار الفسخ الجزائي البسيط

يعتبر الفسخ الجزائي البسيط أقل قسوة وصرامة، ذلك أن الإدارة تفسخ العقد بلا قيد ويترتب على ذلك الآثار التالية:

- ✓ إستحقاق الإدارة التعويض عن الأضرار التي تصيبها قبل صدور قرار الفسخ، سواء كان الضرر ناتجا عن عدم التنفيذ أو عن الفسخ بذاته، وكقاعدة عامة فإن للإدارة الحصول على التعويض شرط أن يتجاوز مبلغ قيمة التأمين المصادر وألا ينص العقد على حظر ذلك.[3]
- ✓ ضرورة إفصاح الإدارة أن الفسخ المراد توقيعه على المتعاقد هو فسخ مجرد من دون لبس أو غموض، وهو ما أكده الفقيه الفرنسي (Jeze) وعدم فسح المجال للمتعاقد في الإحتجاج والدفع بأن الإدارة قد إستعملت سلطتها العامة في فسخ العقد، وبالتالي تكون ملزمة في هذه الحالة بتعويضه، في حين أن الفسخ البسيط يستبعد أي تعويض لصالح المتعاقد، وبإستطاعة قاضي العقد وهو يراقب جسامة الخطأ المرتكب من المقاول أن يحول الفسخ على مسؤولية المتعاقد لفسخ بسيط عندما يتحقق أن الظروف تبين أن بعض الخطأ يعود للإدارة.[4]
- ✓ عدم تحميل المتعاقد التبعات المالية للعقد الجديد الذي تبرمه الإدارة، فليس بمقدور الإدارة مطالبة المقاول المفسوخ عقده بالتبعات المالية المستقبلية التي تنفقها عند إجراء تعاقد جديد، وإنما تتحمل الإدارة هذه التبعات والنفقات المالية، كما أنه لا يمكنها من جهة أخرى إبرام عقد جديد مع مقاول آخر ما لم يتم فسخ العقد الأصلي بطريقة قانونية، فالفسخ الجزائي البسيط يعفي المتعاقد من النتائج

---

[1] عبد الله نواف العنزي، المرجع السابق، صفحة 168.

[2] ذنون سليمان يونس العبادي، المرجع السابق، صفحة 338.

[3] عبد الرزاق باخبيرة، المرجع السابق، صفحة 360.

[4] ذنون سليمان يونس العبادي، المرجع السابق، صفحة 320.

المالية التي تترتب عن أخطائه ولا تحمله الإدارة مخاطر العقد الجديد، ويقول الفقيه الفرنسي (قوجيرول) أن هذا الفسخ ملائم للمتعاقد إذ يعفيه من النتائج المالية الباهظة لإخلاله بالتزامه وأن هذا الفسخ غالبا ما يكون لصالح بين أطراف العقد.

- ✓ تسلم الإدارة للأشغال المنفذة من قبل المتعاقد المستبعد، ويتم تصفية الحساب النهائي للعقد بعد إنتهاء مدة الضمان للأعمال المنفذة مع رد التأمين المتبقي إن كان له محل،[1] ويتم كشف الحسابات بالأعمال والتوريد المنجز والمسلم للإدارة والتي توضع في عين الإعتبار عند تصفية الصفقة المفسوخة وتعويض المتعاقد،[2] إلا أنه وفي إثارة لهذه النقطة فإنه كثيرا ما يشكو المتعاقدون الذين تعرضت صفقاتهم للفسخ من تراخي الإدارة في تسديد الأجزاء التي يكون قد قام هؤلاء بإنجازها وتنفيذها قبل الفسخ، وهذا يضر بصحة أدوات الإنتاج الوطني ويعرضها لعواقب قد تقضي على وجودها، لذلك من الأفضل عدم ترك المتعامل المتعاقد الذي فسخت صفقته في إنتظار ما تم فعلا بإنجازه لمدة طويلة ويستحسن تسديد ولو نسبة من مبلغ ما تم إنجازه أو تسديد كل الأشغال المنجزة القابلة للإستلام دون تحفظ، مع طلب ضمان من المتعاقد يمكن للمصلحة المتعاقدة إستعماله والرجوع إليه في حالة تبقى حقوق لها، وقد يقوم المتعامل المتعاقد بتوريد أو شراء مواد لفائدة الصفقة ثم يتم فسخها فمن الأفضل فتح إمكانية قيام المصلحة المتعاقدة بشراء هذه المواد لفائدة المشروع بالأسعار المحددة في الصفقة، من جانب آخر قد يماطل المتعاقد في إخلاء مكان العمل مما يعطل عملية إستكمال المشروع والأعمال، لذلك يجب الزام المتعاقد الذي تعرضت صفقته للفسخ بإخلاء مكان التمثيل في الآجال.[3]
- ✓ قيام كل طرف برد ما تحصل عليه من الطرف الآخر، حيث تقوم الإدارة بتسليم المتعاقد معها الأصناف التي قام بتوريدها وقيمة ما قام به من أشغال والتأمينات التي دفعها، وفي المقابل يقوم المتعاقد برد ما يكون قد حصل عليه من الإدارة من أموال تنفيذ العقد.[4]

---

[1] ذنون سليمان يونس العبادي، المرجع السابق، صفحة 319. 322.

[2] محمد الصادق قابسي، المرجع السابق، صفحة 446.

[3] النوي خرشي، المرجع السابق، صفحة 381. 382.

[4] هيثم حليم غازي، المرجع السابق، صفحة 167.

3- آثار الفسخ الجزائي على حساب المتعاقد

تتميز نتائج هذا الفسخ بالشدة والقسوة مقارنة بنظيرتها في الفسخ المجرد، فالفسخ في هذه الصورة يكون مصحوبا بإعادة طرح الأشغال في صفقة جديدة على حساب المقاول المقصر في عقد الأشغال أو بإعادة الشراء على حساب المورد في صفقة التوريد، وغيرها من الالتزامات في بقية الصفقات الأخرى،[1] ولخطورة الفسخ الجزائي فإن مجلس الدولة الفرنسي والفقه الفرنسي يشترطان النص عليه في العقد أو دفتر الشروط ولا سيما في عقود الأشغال العامة، ومن أهم آثار هذا الفسخ نجد:

- ✓ إلتزام المتعاقد بدفع نفقات إبرام المصلحة الإدارية صفقة جديدة مع متعاقد آخر، وذلك للقيام بالأعمال التي لم ينفذها بل ويمتد الأثر لإبرام المتعاقد المفسوخ عقده بتسهيل إجراءات التعاقد مع المتعاقد الجديد،[2] كما أن المتعاقد المفسوخ عقده يتحمل التكاليف والنفقات التي يفرضها العقد الجديد، بما في ذلك الثمن مشمولا بالزيادات الناتجة عن إرتفاع الأسعار والذي يكون عادة نتيجة لطول المدة التي إستغرقها تنفيذ الصفقة، مع الملاحظة أنه يمكن خصم تلك الزيادات وغيرها من المبالغ المستحقة دون المساس بالرجوع عليه في حالة عدم كفايتها، كما أنه للإدارة الإحتفاظ بفارق المصروفات إذا تمت عملية التعاقد الجديدة بأقل مما هو عليه في العقد الأصلي.[3]
- ✓ قرار الفسخ على مسؤولية المتعاقد لا يتم ولا يصدر إلا من الجهة الإدارية المتعاقدة ولا يصدر من القاضي وتكون المصلحة المتعاقدة حرة في إختيار المتعاقد الذي تعهد له هذه المهمة دون تدخل من المتعاقد الأصلي، بل للمصلحة الإدارية إستبعاد من تريد من المتعاقدين ولا يحق لمن تم إستبعاده الإعتراض على ذلك.
- ✓ النص في العقد أو دفتر الشروط على الفسخ الجزائي البسيط وفي حالات معينة يسقط حق الإدارة في إستعمال الفسخ على مسؤولية المتعاقد، لأن ذلك يتناقض ويتعارض مع الفسخ البسيط، مسؤولية المتعاقد عن التأخير وعن الأضرار التي لحقت الإدارة من الفسخ البسيط لا تعطي للإدارة الحق

---

[1] هيثم حليم غازي، المرجع السابق، صفحة 167. 168.

[2] عبد الله نواف العنزي، المرجع السابق، صفحة 169.

[3] عبد الرزاق باخبيرة، المرجع السابق، صفحة 362. 363.

بإعادة طرح الأشغال في مناقصة جديدة على مسؤولية المتعاقد المستبعد لأن هذا الإجراء يتناقض مع الفسخ المجرد الذي قررته الإدارة.[1]

- ✓ يلتزم المتعاقد المفسوخ عقده بإخلاء أماكن العمل خلال المدة التي تحددها الإدارة فإذا رفض أو تأخر عن ذلك فإن الإدارة تملك الحق ومن تلقاء نفسها إخلال الأماكن الخاصة بذلك بعد إعذاره.
- ✓ تستطيع الإدارة مواصلة الأعمال موضوع العقد بنفسها وعلى مسؤولية المتعاقد المفسوخ عقده ضمانا لحسن سير المرفق العام إلى أن يتم التصديق من السلطة المختصة على العقد الجديد المبرم على أثر فسخ العقد الأصلي، كما تستطيع أن تأمر بمواصلة تنفيذ الأعمال عن طريق الإدارة المباشرة عندما لا يسفر إعادة طرح موضوع الصفقة في مناقشة جديدة على أي نتيجة، والسبب في ذلك يرجع لسلطة الإدارة في إختيار أفضل السبل والوسائل لضمان السير الحسن للمرفق العام.[2]
- ✓ جواز عدم تعامل الإدارة مسبقا مع المتعاقد المفسوخ عقده وشطب إسمه من قائمة المتعاملين معها، على إعتبار أن سبب الفسخ غالبا ما يكشف عن عدم صلاحية المتعاقد لإسناد أعمال إليه لاحقا، إما لعدم كفاءته العملية أو الأخلاقية أو المالية، الأمر الذي يرجح أن التعامل معه مضيعة ومضر للمصلحة العامة والمرفق العام، ولذا فإن جهة الإدارة تشطب إسم المتعاقد معها إذا تخلف عن الوفاء بما يفرضه عليه العقد أو إذا إستعمل الغش أو التلاعب في معاملته معها.[3]

---

[1] ذنون سليمان يونس العبادي، المرجع السابق، صفحة 325.

[2] نفس المرجع، صفحة 328. 332.

[3] عبد الله نواف العنزي، المرجع السابق، صفحة 169.

خلاصة الفصل الثاني

تناولنا في هذا الفصل الجزاءات غير المالية المتمثلة في الجزاءات الضاغطة وهي تدابير إدارية مؤقتة تلجأ إليها المصلحة المتعاقدة لضمان تنفيذ الصفقة العمومية دون فسخ العقد، عندما لاتكون الجزاءات المالية كافية، وتشمل سحب الأشغال من المقاول أو الشراء على حساب المورد، وتنفذ على نفقة المتعاقد المقصر، ونظرا لآثارها المالية فإنها تخضع لشروط قانونية أهمها وجود خطأ جسيم، وصدور القرار من الإدارة المختصة، وتوجيه إعذار مسبق، وللمتعاقد حق الطعن أمام القضاء إذا إعتبر الجزاء تعسفيا أو غير مشروع.

والفسخ الجزائي هو أخر إجراء تتخذه المصلحة المتعاقدة لإنهاء الصفقة العمومية عندما يخل المتعاقد معها بالتزاماته بشكل جسيم أو يعجز عن تنفيذها، مما يهدد المصلحة العامة، ويتنوع الفسخ الجزائي بين ماهو منصوص عليه في العقد وما ليس كذلك، وقد يكون جوازيا أو على حساب المتعاقد، ويشترط لصحته وجود خطأ جسيم، وتوجيه إعذار مسبق، وصدور قرار فسخ مسبب، ونظرا لخطورة آثاره يحق للمتعاقد الطعن فيه أمام القضاء، لذا يجب أن يكون قرار الفسخ مشروعا ومبررا بشكل بكاف.



خاتمة

خاتمـة

إن للصفقات العمومية مكانة هامة وبارزة في المنظومة الإقتصادية، تمثل محورا أساسيا للدولة الحديثة التي بذلت وما زالت تبذل جهود جبارة من أجل دعم الإقتصاد الوطني ودفع مسيرة التنمية، وهذا ما يفرض إحاطتها بجزاءات مختلفة تحميها من أي مخالفات من طرف المتعامل المتعاقد، لهذا ومن مما لا شك فيه أن موضوع الجزاءات الإدارية في عقد الصفقة العمومية موضوع حديث وخصب ولا زال يحتاج إلى المزيد من البحث والتعمق خاصة أنه يرتبط إرتباطا وثيقا بالسياسة الجزائية والإقتصادية في الدول الحديثة.

وعلى هذا الأساس فالقاعدة العامة أن الجزاءات التي توقعها المصلحة المتعاقدة على المتعامل المتعاقد في عقود الصفقات من أبرز الوسائل لإجبار المتعاقد معها على تنفيذ الالتزامات المدرجة في دفاتر شروط الصفقة، وتقابل هذه السلطة حقوق وضمانات يتمتع بها المتعاقد لتحقيق التوازن العقدي للوصول لمبدأ سير المرفق العام بإنتظام وإطراد وبالتالي تحقيق المصلحة العامة.

وبالعودة للجزاء الإداري رأينا أنه يمثل في طبيعته القانونية قرارا إداريا منفردا تصدره الإدارة بصفتها صاحبة إمتياز في ممارسة سلطتها في حدود ما خوله القانون لتحقيق المصلحة العامة لردع كل مخالفات المتعامل المتعاقد.

وبناء على ما سبق ذكره يتضح لنا أن المشرع الجزائري أقر صراحة بسلطة الإدارة والمصلحة المتعاقدة في الردع والجزاء الإداري ونص على ذلك في نصوصه القانونية التي تبين لنا كيف إعتمد المشرع تقسيم معين لها سواء كانت مالية أو غير مالية، إلا أنه لم يترك الباب مفتوحا للإدارة ولم يبسط لها سلطة مطلقة في ذلك إنما قيدها بمجموعة من الضمانات التي يتعين عليها إحترامها وذلك من خلال هذه الدراسة يتبين أن الجزاءات الإدارية في عقد الصفقة العمومية إتسعت وإنتشرت في جزاءات مختلفة حددناها سابقا وأخرى لم يسبق المقام لدراستها، ومن خلالها خلصنا في جملة من النتائج والتوصيات والتي تتمثل في الاتي:

نتائج البحث

- إن الجزاءات الإدارية المعترف بها للإدارة تجد أساسها في تحقيق المصلحة العامة وضمان سير المرفق العام من خلال حمل المتعاقد معها على تنفيذ التزاماته التعاقدية، مع ذلك فهي تخضع لمبدأ المشروعية، والقيود التي تفرضها النصوص القانونية كضمانات للمتعاقد مع الإدارة.

- تختص الجزاءات الإدارية بأنها تطبق بالإرادة المنفردة للإدارة، وبصفة تلقائية، مما يؤثر على المراكز القانونية للأطراف المتعاقدة في الصفقة.
- لم يفصل المشرع في كافة مظاهر سلطات الإدارة ذات الطابع العقابي، حيث ركز على بعضها فقط كغرامة التأخير والفسخ نظرا لإهميتها وأثارها على الذمه المالية المباشرة أو غير المباشرة للمتعاقد معها، في حين غفل عن تفصيل الأحكام المتعلقة بصور الجزاءات الأخرى.
- أحال المشرع مسالة تنظيم بعض الأحكام القانونية المتعلقة بهذه الجزاءات إلى دفاتر الشروط المحينة دوريا، التي تعاني فراغا تشريعيا رهيبا حيث تكاد تنعدم هذه دفاتر الشروط، ولم ترى النور إلى حد الآن منذ التشريعات الأولى للصفقات العمومية في الجزائر.
- تشمل الجزاءات التي يمكن أن توقعها المصلحة المتعاقدة الإنذار، الإعذار، فسخ الصفقة، الحجز على الضمانات، والمنع المؤقت أو النهائي من المشاركة في الصفقات العمومية.
- حماية حقوق الدفاع للمتعامل المتعاقد، لا سيما من خلال تمكينه من تقديم ملاحظاته او الطعن في القرارات.
- إمكانية الطعن في قرارات المصلحة المتعاقدة أمام الهيئات القضائية أو اللجان المختصة، مما يعزز الرقابة القانونية على الجزاءات الإدارية.

وهذه النتائج تفتح لنا المجال لتقديم بعض التوصيات:

- على المشرع أن يدرج في قانون الصفقات العمومية بعض الأحكام التفصيلية للعقوبات التي تسلط على المتعاقد دون أن يحيلها إلى النصوص التنظيمية، أو البنود مما يؤدي إلى الفراغ التشريعي.
- يجب الاهتمام بضبط نسب أو كيفيات معينة لتقدير قيمة الجزاءات تفاديا للتعسف في إستعمالها، أو على الأقل تحديد أهم المعالم التي تبرر توقيع الجزاء المفروض على المتعاقد.
- الرقابة الخارجية لها دورها المميز في مراقبة الإدارة، ولذلك على اللجان المختصة أن لا تجعل الرقابة تتوقف عن الأمور الشكلية ومدى إحترام إجراءات الإبرام، بل عليها ان تدرس دفتر الشروط أو الصفقة من حيث البنود التعاقدية ومدى موضوعيتها في تحديد حقوق والتزامات كل طرف.
- يقترح إنشاء لجنة وطنية أو جهوية مختصة لدراسة الطعون المقدمة ضد قرارات الجزاءات الغدارية، لتوفير رقابة فعالة ومهنية على قرارات الإدارات العمومية.

- إنشاء منصة إلكترونية وطنية تسجل فيها جميع الإخلالات والجزاءات الصادرة، مما يعزز الشفافية ويمنع المتعاملين المخلين من التحايل او التنقل بين الجهات.
- ضرورة جعل السجل الوطني للممنوعين من المشاركة في الصفقات أكثر ديناميكية وشفافية، مع ضمان الطعن فيه وتحديثه بصفة منتظمة.



قائمة المصادر والمراجع

قائمة المصادر والمراجع

أولا: قائمة المصادر

❖ القواميس والمعاجم

1- المنجد الأبجدي، الطبعة الثانية، دار المشرق بيروت، لبنان،1986.

2- جيرار كورنو، ترجمة منصور القاضي، معجم المصطلحات القانونية، الطبعة الأولى، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، 1998.

❖ النصوص القانونية

1- القانون رقم 23-12 المؤرخ في 5 أوت سنة 2023، يحدد القواعد العامة المتعلقة بالصفقات العمومية، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد:51، صادرة في 6 أوت سنة 2023.

2- الأمر رقم 58/75، المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم بالقانون رقم 05-10، المؤرخ في 20 يونيو 2005، الجريدة الرسمية، العدد:44، المؤرخ في 2005.

3- المرسوم الرئاسي رقم 02-250، المؤرخ في 13 جمادى الأول 1423 الموافق لـ 24 جويلية 2002، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية، الجريدة الرسمية، عدد52، الصادرة 28 جويلية 2002، المعدل والمتمم بالمرسوم الرئاسي 08-338 المؤرخ في 26 شوال 1439 الموافق لـ 26 أكتوبر 2008، الجريدة الرسمية 62 الصادرة في نوفمبر 2008(ملغى)،

4- المرسوم الرئاسي 235/10 مؤرخ في 28 شوال عام 1431 الموافق 7 أكتوبر 2010 المتضمن تنظيم الصفقة العمومية الجريدة الرسمية، العدد:58، الصادرة في 07 أكتوبر 2010 معدل ومتمم بموجب المرسوم الرئاسي رقم 03/13 مؤرخ في أول ربيع الأول عام 1434، الموافق 13 يناير 2013، الجريدة الرسمية، العدد:02، الصادرة في 13 يناير 2013.

5- المرسوم الرئاسي 247/15 المؤرخ في2015/09/06 يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، الجريدة الرسمية، العدد:50، المؤرخة في 2015/09/26.

6- المرسوم التنفيذي رقم 98-67، المؤرخ في 24 شوال 1418 الموافق لـ 24 فيفري 1998، يتضمن إنشاء صندوق ضمان الصفقات العمومية وتنظيمه وسيره، الجريدة الرسمية، عدد11، الصادرة في01 مارس

1998 المعدل بالمرسوم التنفيذي رقم08-06 المؤرخ في11 محرم 1429 الموافق لـ 19 جانفي في سنة 2008، الجريدة الرسمية الصادرة في 31 جانفي 2008.

7- المرسوم التنفيذي 08-114، المؤرخ في 9 أفريل 2008، الذي تحدد كيفية منح توزيع الكهرباء والغاز وسحبها ودفتر الشروط المتعلق بحقوق صاحب الامتياز وواجباته، الجريدة الرسمية، عدد:20، الصادرة في 13 ابريل 2008.

8- المرسوم التنفيذي رقم 11-110 المؤرخ في 6 مارس 2011 الصادرة في العدد:15 من الجريدة الرسمية لسنة 2011، يتمم المرسوم التنفيذي رقم 93-289 المؤرخ في جمادى الثاني عام 1414 الموافق لـ 28 نوفمبر سنة 1993 الذي يوجب على جميع المؤسسات التي تعمل في إطار إنجاز الصفقات العمومية في ميدان البناء والأشغال العمومية والري أن يكون لها شهادة التخصص والتصنيف المهنيين،(الجريدة الرسمية رقم 15 المؤرخة في 9 مارس).

9- المرسوم التنفيذي 21-219، المؤرخ في 08 شوال عام 1442هـ الموافق لـ 20 ماي 2021 المتضمن الموافقة على دفتر البنود الإدارية العامة المطبقة على الصفقات العمومية للأشغال، الجريدة الرسمية، العدد:50، المؤرخة في 24 يونيو سنة 2021.

10- القرار المؤرخ في 16 رجب 1384 الموافق لـ 21 نوفمبر 1964 المتضمن المصادقة على دفتر الشروط الإدارية العامة، المطبقة على صفقات الأشغال الخاصة بوزارة تجديد البناء والأشغال العمومية والنقل، الجريدة الرسمية العدد:06، الصادرة في 19 يناير 1964.

11- القرار المؤرخ في 2011/03/28 يحدد البيانات التي يتضمنها الإعذار وأجال نشره، الجريدة الرسمية، العدد:24، المؤرخة في 2011/04/20.

12- دفتر البنود الإدارية العامة المطبقة على الصفقات العمومية للأشغال الموافق عليه بموجب المرسوم التنفيذي رقم 21-219 مؤرخ في 2021/05/20، الجريدة الرسمية، العدد:50، الصادرة في 2021/03/24.

ثانيا: قائمة المراجع

❖ باللغة العربية

➢ الكتب والمؤلفات

1- إبراهيم عبد العزيز شيحا، الوسيط في مبادئ وأحكام القانون الإداري، دون طبعة، الدار الجامعية، بيروت، لبنان، 1997.

2- بلاوي ياسين بلاوي، الجزاءات الضاغطة في العقود الإدارية، دار الكتب القانونية، دار شتات للنشر والبرمجيات، مصر، 2011.

3- جابر جاد نصار، العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، جمهورية مصر العربية، دون سنة.

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

5- حسين عثمان محمد عثمان، أصول القانون الإداري، دون طبعة، دور المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2004.

6- حمد محمد حمد الشلماني، امتيازات السلطة العامة في العقد الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2007.

7- ذنون سليمان يونس العبادي، مظاهر السلطة العامة في إنهاء العقد الإداري، دون طبعة، دار الكتب القانونية ودار شتات للنشر والبرمجيات، مصر والإمارات، مصر، 2015.

8- زكرياء المصري، العقود الإدارية ما بين الإلزام القانوني والواقع العملي، دار الفكر والقانون لنشر والتوزيع، المنصورة، 2014.

9- زين بدر فراج، الأحكام العامة لتأمينات، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003.

10- سامي جمال الدين، أصول القانون الإداري(نظرية العمل الإداري)، دون طبعة، دار الكتاب الحديث، كلية الحقوق بجامعة الإسكندرية، مصر، 1993.

11- سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، دار الفكر العربي، القاهرة، 2005.

12- عبد الحميد الشواربي، العقود الإدارية، منشاة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2003.

13- عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية،(الإبرام-التنفيذ-المنازعات)، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004.

14- عبد الله نواف العنزي، النظام القانوني للجزاءات في العقود الإدارية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2010.

15- علي خطار شطناوي، القانون الإداري الأردني، الكتاب الثاني، الطبعة الأولى، دار وائل للنشر والتوزيع، الأردن، عمان، 2009.

16- علي عبد الأمير قبلان، أثر القانون الخاص على العقد الإداري، الجزء الأول، الطبعة الأولى، مكتبة الزين الحقوقية والأدبية، بيروت، لبنان، 2011.

17- علي فلالي، الفعل المستحق للتعويض، مرقم للنشر، الطبعة الثانية، الجزائر، 2017.

18- عمار بوضياف، الصفقات العمومية في الجزائر، دراسة تشريعية وقضائية وفقهية، دار جسور للنشر والتوسيع، 2007.

19- عمار بوضياف، المدخل للعلوم القانونية(النظرية العامة للقانون وتطبيقاتها في التشريع الجزائي) الطبعة الثالثة، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2003.

20- عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية وفق المرسوم الرئاسي 247/15، القسم الأول، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، الطبعة 5، 2015.

21- عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، الطبعة 4 ،2011.

22- فارس علي جانكير، سلطة الإدارة لمتعاقدة في حالة التنفيذ المعيب للعقد الإداري، طبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان.

23- ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية والتحكيم، الدار الجامعية للطباعة والنشر، الإسكندرية، 2000

24- مازن ليلو راضي، العقود الإدارية في القانون الليبي والمقارن، منشاة المعارف، 2003.

25- مازن ليلو راضي، الوسيط في القانون الإداري، الطبعة الأولى، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2013.

26- مال الله جعفر عبد المالك، ضمانات العقد الإداري، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية،2009.

27- محمد سمير محمد جمعة، إلغاء القرارات الإدارية القابلة للإنفصال، دون طبعة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2013.

28- محمود حلف الجبوري، العقود الإدارية، الطبعة 2، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 1998.

29- مفتاح خليفة عبد الحميد، حمد محمد الشملاني، العقود الإدارية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2008.

30- مونية جليل، التدابير الجديدة لتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، دون طبعة، دار بلقيس، الدار البيضاء، الجزائر، 2017.

31- ناصر لباد، القانون الإداري،(النشاط الاداري)، الجزء الثاني، لباد للنشر، الجزائر، 2004.

32- نواف كنعان، القانون الإداري، الكتاب الثاني، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن.

33- النوي خرشي، الصفقات العمومية، دون طبعة، دار الهداء للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2018.

34- هيثم حليم غازي، سلطات الإدارة في العقود الإدارية، دراسة مقارنة الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر.

➢ المقالات المنشورة في المجلات العلمية

1- أشرف محمد حمامدة، الجزاءات في تنفيذ العقود الإدارية في النظام السعودي، مجلة المنار للبحث والدراسات القانونية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة يحيى فارس المدية، الجزائر، المجلد:02، العدد:03، 2018، صفحة، 39-77.

2- إنصاف أحمد محمد. غرامة التأخير كجزاء في العقد الإداري، مجلة جامعة تشرين للبحوث والدراسات العلمية، العدد:5، سوريا، 2018، صفحة، 15-16.

3- بن عامر بواب ومليكة هنان، الغرامة التهديدية ضد الأشخاص المعنوية العامة، مجلة القانون والعلوم السياسية، العدد:07، الجزائر، جانفي2018، صفحة، 53.

4- بن عبد المالك بوفلجة، النظام القانوني للتعويض في العقود الإدارية،(قراءة في تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام رقم 247/15)، دفاتر السياسة والقانون، ورقلة، العدد:14، 2017، صفحة، 1919-128.

5- حابي فتيحة، صفقات الأشغال العمومية، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، المركز الجامعي تمنراست، الجزائر، العدد:09، بتاريخ 01 سبتمبر 2015، صفحة، 98-99.

6- حسام فيصل، رقابة القضاء الإداري على قرار الإدارة بالفسخ الجزائي للعقد الإداري(دراسة مقارنة)، مجلة جامعة العبث، المجلد:39، العدد:77، سوريا، 2017، صفحة، 139-171.

7- حسين محمد علي حسن البنان، الجزاءات المالية في العقود الإدارية، دراسة مقارنة، مجلة الرافدين للحقوق، كليه الحقوق، جامعة الموصل، العراق، المجلد: 12، عدد: 54، 2012، صفحة، 381-440.

8- خالد محمد مصطفى المولى، الجزاءات المالية في العقد الإداري، دراسة مقارنة، مجلة بحوث مستقبلية، كلية الحدباء الجامعة، العراق، عدد:18، 2007، صفحة، 162-174.

9- رؤوف بوسعيدية، دور صندوق ضمان صفقات العمومية في تمويل الصفقات العمومية، مقال منشور بالمجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، الصادرة عن كلية الحقوق بن يوسف بن خدة جامعة الجزائر 1، المجلد:53، العدد:4، 2016، صفحة، 556.

10- سورية دبش، الجزاءات الإدارية غير المالية في قانون الصفقات العمومية(طبقا للمرسوم الرئاسي 247/15)، المجلة الجزائرية للأمن والتنمية، العدد:06، جامعة الحاج لخضر 1، باتنة، الجزائر،01 جويلية 2016، صفحة، 227-239.

11- عادل قراتة، إعفاء المتعاقد مع الإدارة من غرامة التأخير، مجلة التواصل في الاقتصاد والإدارة والقانون، عدد35، الجزائر، سبتمبر 2013، صفحة، 177-188.

12- عباد صوفية، سلطة الإدارة في توقيع جزاء سحب العمل من المقاول في صفقة الأشغال العامة في التشريع الجزائري، مجلة العلوم القانونية والسياسية، المجلد:09، العدد:02، جامعة الوادي، الجزائر، 2018/06/28، صفحة، 165.

13- عبد الحليم مجدوب، سحب العمل كجزاء إداري تفريضه الإدارة ضد المتعاقدين المخلين بالتزاماتهم التعاقدية (دراسة مقارنة، مركز جيل البحث العلمي) مجلة جيل الأبحاث القانونية المعمقة، العدد:21، يناير 2018، صفحة، 83-92.

14- عبد القادر دراجي، سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات الإدارية، مجلة الفكر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر باتنة، الجزائر، 2012، صفحة، 92-105.

15- عبد الوافي عبد الجبار، بن السحيمو محمد المهدي، رقابة القضاء الإداري على قرارات الإدارة في توقيع الجزاء في عقود الصفقات العمومية، مجلة القانون والعلوم السياسية، المركز الجامعي صالحي أحمد النعامة، الجزائر، المجلد:04، العدد:01، 2018، صفحة، 254-263.

16- عبد الوهاب محمد، الإنهاء الانفرادي للصفقة العمومية لدواعي المصلحة العامة في ظل أحكام المرسوم الرئاسي 247/15، مجلة العلوم الاجتماعية والقانونية، العدد:9، جامعة الجلفة، الجزائر،01 مارس 2018، صفحة، 533.

17- محمد الصادق قابسي، سلطة المصلحة المتعاقدة في الفسخ الجزائي للصفقة العمومية، مجلة العلوم الاجتماعية والإنسانية، العدد:16، جامعة المسيلة، الجزائر، 31/ 2018/12، صفحة، 436-446.

18- مراد الوافي، غرامة التأخير في الصفقات العمومية، المجلة الأكاديمية للباحث القانوني، العدد:02، الجزائر، 2022، صفحة، 484-489.

19- مروان دهمة، الجزاءات الإدارية في مجال تنفيذ الصفقات العمومية، مجلة دفاتر السياسة والقانون، جامعة ورقلة، الجزائر، عدد خاص، 2018، صفحة، 359-375.

20- منصور إبراهيم العتوم، النظام القانوني لغرامة التأخير في العقود الإدارية(دراسة تحليلية مقارنة) ، مجلة الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، السنة السابعة والعشرون، العدد:53، 2013، صفحة، 343-395.

21- موسى برادعية، ليلي هواري، غرامة التأخير في الصفقة العمومية، دراسة مقارنة، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، العدد: 03، الجزائر، 2022، صفحة، 210-216.

22- نصري منصور النابلسي، العقود الإدارية(دراسة مقارنة) منشورات زين الحقوقية، لبنان، 2010، الطبعة الأولى، صفحة، 243-247.

23- نور الدين بوشليف، دفع الغرامة التأخيرية في الصفقات العمومية على ضوء الأحكام القانونية الجديدة الخاصة بتدابير الوقائية الخاصة بجائحة كورونا-كوفيد 19، مجلة الأبحاث قانونية وسياسة، العدد:01، الجزائر، جوان، 2021، صفحة، 158.

➢ الرسائل الجامعية

- **أطروحات الدكتوراه**

1- أكلي نعيمة، النظام القانوني لعقد الامتياز الإداري في الجزائر، رسالة ماجستير في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو،2013،

2- سعيد عبد الرزاق باخبيرة، سلطة الإدارة الجزائية أثناء تنفيذ العقد الإداري(دراسة مقارنة)، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق بن عكنون جامعة يوسف بن خدة الجزائر، 2008.

3- عاطف سعدي محمد علي، عقد التوريد الإداري بين النظرية والتطبيق، رسالة الدكتوراه، جامعة عين شمس، كليه الحقوق، 2005.

4- علي بن شعبان، أثار عقد الأشغال العامة على طرفيه في التشريع الجزائري، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة منتوري قسنطينة، الجزائر، 2011.

5- قرانة عادل، الجزاءات المالية في العقد الإداري، أطروحة دكتوراه جامعة باجي مختار عنابة 2014.

6- مليكة أسماء بن صغير، غرامة التأخير في الصفقة العمومية، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم السياسية، جامعة الجيلالي ليابس سيدي بلعباس، 2019/2018.

7- منال حليمي، تنظيم الصفقات العمومية وضمانات حفظ المال العام في الجزائر، أطروحة لنيل دكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، الجزائر، 2016/2015.

8- هارون عبد العزيز الجمل، التنظيم القانوني للجزاء في عقد الأشغال العامة(دراسة مقارنة)، رسالة مقدمة للحصول على درجة الدكتورة في الحقوق، كليه الحقوق، جامعة عين شمس، 1979.

9- ياقوتة عليوات، تطبيقات النظرية العامة للعقد الإداري، الصفقات العمومية في الجزائر، أطروحة الدكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة منتوري قسنطينة، الجزائر، 2009.

- **مذكرات الماجستير**

1- إبراهيم تامر محمد، الجزاءات الإدارية في عقد الأشغال العامة، رسالة الماجستير، كلية القانون، جامعة بابل، العراق، 2000.

2- أحمد طلال عبد الحميد، قاعدة(العقد شريعة المتعاقدين في مجال العقود الإدارية)دراسة قانونية مقارنة، رسالة لنيل درجة الماجستير القانون العام، كلية الحقوق، جامعة النهرين، العراق، 2012.

3- إسماعيل بحري، الضمانات في الصفقات العمومية في الجزائر، ماجستير في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2009.2008.

4- جابر صالح محمد الحمادي، سلطات الإدارة في العقد الإداري، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، قانون عام، جامعة الإمارات العربية المتحدة، نوفمبر 2019.

5- جلال يعود سالم سويد، عدم إبرام العقد الإداري بعد صدور قرار الإحالة، دراسة مقارنة رسالة ماجستير، كلية القانون، الجامعة المستنصرية.

6- جلول بن سديرة، الجزاءات في مجال تنفيذ العقود الإدارية، رسالة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام المعمق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، الجزائر، 2015.

7- حذيفة عادل عبد الكريم منصور، إنهاء العقد الإداري بالإرادة المنفردة(دراسة مقارنة بين التشريع الأردني والعراقي)، رسالة ماجستير، قانون عام، كليه الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، 2015.

8- حمو حسينة، إنحلال العقد عن طريق الفسخ، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، فرع قانون المسؤولية المهنية، جامعة تيزي وزو، الجزائر، 2011.

9- ربيحة سبكي، سلطات المصلحة المتعاقدة اتجاه المتعامل المتعاقد معها في مجال الصفقات العمومية، رسالة ماجستير في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر،2013.

10- سهام بن دعاس، المتعامل المتعاقد في ظل النظام القانوني للصفقات العمومية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، جامعة باجي مختار، عنابة، 2005.

11- عبد الغني بن زمان، تمويل الصفقات العموميه في القانون الجزائري، مذكره ماجستير، كليه الحقوق، جامعه بن يوسف بن خده الجزائر 1، 2008.

12- فارس مخلف خلف الدليمي، الجزاءات المالية في العقد الإداري، دراسة مقارنة بين التشريعيين العراقي والأردني، رسالة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، الأردن، 2016.

❖ المراجع باللغة الأجنبية:

1- Jean Marie Auby et ceux avec tui, Droit administratif des biens,4° edition, Dalloz, paris, France,2003,p264.

2- -Hijrian A. Prihantoro, Judicial annulment and its effects on the continuation of contracts:an analytical study through the Jordanian, Ijtihad: JurnalWacanaHukum Islam danKemanusiaan Volume 18, No. 2, Desember 2018, P 253.

3- Laurent Riche, Droit des contrats administratifs, 5e Edition, LGDJ-Montchrestien, Paris ,France, 2006, P 279 .

4- Jean-Marie Auby et Robert ducors- ader, Droit administratif, sans édition, Dalloz, Paris, France, 1967, p 453.

Etudes,articles et rapports :

1- Pierre Lemieux, Le pouvoire d'inspection et de contrôle de l'administretitiondans dans les marchés de travaux publics,Revue générale de droit, Vol 10, N 2 , Le document a été créé éditions de l'Université d'Ottawa , Kanada , P 418 .15/11/2020.



فهرس

المحتويات

فهرس المحتوي

مقدمة..... 1
الفصل الأول: الجزاءات المالية 7
المبحث الأول: الغرامة التأخيرية 9
المطلب الأول: مفهوم غرامة التأخير 9
الفرع الأول: تعريف غرامة التأخير 9
أولا: التعريف الفقهي 9
ثانيا: التعريف التشريعي 10
ثالثا: تمييز الغرامات التأخيرية عن غيرها من المصطلحات المشابهة لها 10
رابعا: الأساس القانوني لغرامة التأخير 11
خامسا: حساب غرامة التأخير 13
الفرع الثاني: خصائص الغرامة التأخيرية 14
أولا: يتم توقيع هذا الجزاء بقرار إداري دون اللجوء الى القضاء 14
ثانيا: غرامة التأخير من النظام العام 15
ثالثاّ: غرامة التأخير بمثابة تعويض جزافي يتم النص عليه في العقد مقدما 15
رابعا: الغرامة التأخيرية إتفاقية 15
خامسا: الطابع التلقائي للغرامة التأخيرية 16
سادسا: الغرامة التأخيرية مرنة 16
سابعا: جواز الجمع بين غرامة التأخير وباقي الجزاءات الأخرى 17
المطلب الثاني: القواعد الناظمة لفرض غرامة التأخير 17
الفرع الأول: حالات توقيع الغرامة التأخيرية 17

أولا: حالة عدم تنفيذ الالتزامات محل التعاقد في الأجال المتفق عليه 17
ثانيا: حالة عدم التقيد المطابق للشروط والمواصفات المتفق عليها 18
الفرع الثاني: الإعفاء من الغرامة التأخيرية 19
أولا: خطأ الإدارة المتعاقدة 19
ثانيا: حالة القوة القاهرة 20
ثالثا: حالة التمديد الإداري 21
المبحث الثاني: توقيع جزاء التعويض ومصادرة التأمين..... 21
المطلب الأول: جزاء التعويض 22
الفررع الأول: الأساس القانوني لجزاء إقتضاء التعويض 22
أولا: تعريف جزاء إقتضاء التعويض..... 22
ثانيا: الطبيعة القانونية لجزاء إقتضاء التعويض 22
ثالثا: التكييف القانوني للتعويض..... 23
رابعا: شروط جزاء إقتضاء التعويض 23
خامسا: خصائص التعويض 24
سادسا: حالات الإعفاء من جزاء إقتضاء التعويضات 25
الفرع الثاني: تطبيقات وأثار جزاء اقتضاء التعويض 26
أولا: كيفية تحصيل التعويض 26
ثانيا: رقابة مشروعية جزاء التعويض..... 28
ثالثا: تقدير التعويض القضائي 28
رابعا: علاقة التعويض بالجزاءات الأخرى 29
خامسا: إختلاف التعويض عن الغرامة التأخيرية ومصادرة التأمين 30
المطلب الثاني: جزاء مصادرة التأمين 30
الفرع الأول: مفهوم جزاء مصادرة التأمين..... 31

فهرس المحتوي

أولا: تعريف جزاء مصادرة التأمين..... 31

ثانيا: الطبيعة القانونية لمصادرة التأمين(الضمان)..... 31

ثالثا: خصائص جزاء مصادرة التأمين..... 32

رابعا: تمييز مصادرة التأمين عن بعض الجزاءات المالية المشابهة لها..... 33

الفرع الثاني: شروط وآثار تطبيق مصادرة التأمين 33

أولا: أنواع مبالغ التأمين 33

ثانيا: حالات الإعفاء من مبالغ التأمين..... 40

ثالثا: شروط مصارة التأمين..... 41

رابعا: إمكانية الجمع بين مصادرة التأمين والتعويض..... 41

خلاصة الفصل الأول 43

الفصل الثاني: الجزاءات غير المالية..... 44

المبحث الأول: الجزاءات الضاغطة(التنفيذ العيني) 46

المطلب الأول: سحب العمل من المقاول في الصفقة العمومية للأشغال..... 46

الفرع الأول: مفهوم جزاء سحب العمل من المقاول في الصفقة العمومية للأشغال وطبيعته القانون..... 47

أولا: مفهوم جزاء سحب العمل من المقاول 47

ثانيا: الطبيعة القانونية لجزاء سحب العمل من المقاول في عقد الأشغال العامة..... 52

الفرع الثاني: شروط سحب العمل من المقاول وأهم الآثار التي تترتب عن إستعمال الإدارة له ... 53

أولا: شروط إستعمال الإدارة لجزاء سحب العمل من المقاول 53

ثانيا: الآثار القانونية المترتبة عن جزاء سحب العمل من المقاول في عقد الأشغال العامة..... 59

المطلب الثاني: الشراء على حساب ومسؤولية المورد في صفقة إقتناء اللوازم 60

الفرع الأول: ماهية جزاء الشراء على حساب ومسؤوليته في صفقة إقتناء اللوازم وطبيعته القانونية..... 60

أولا: مفهوم جزاء الشراء على حساب ومسؤولية المورد 61

ثانيا: الطبيعة القانونية لجزاء الشراء على حساب ومسؤولية المورد 62

الفرع الثاني: شروط الشراء على حساب ومسؤولية المورد وأهم الآثار التي تترتب عنه 64
أولا: شروط الشراء على حساب ومسؤولية المورد 64
ثالثا: أهم الآثار القانونية لجزاء الشراء على حساب المورد 66
المبحث الثاني: الفسخ الجزائي(المنهية للعقد) 67
المطلب الأول: الأحكام المنظمة للفسخ الجزائي 67
الفرع الأول: تعريف الفسخ الجزائي وأساسه القانوني..... 68
أولا: تعريف الفسخ الجزائي 68
ثانيا: الأساس القانوني لسلطة الإدارة في توقيع الفسخ الجزائي 69
الفرع الثاني: الطبيعة القانونية للفسخ الجزائي وتمييزه عن الأنظمة المشابهة له 71
أولا: الطبيعة القانونية للفسخ الجزائي 71
ثانيا: التمييز بين نظام الفسخ الجزائي والأنظمة المشابهة له 75
المطلب الثاني: أنواع الفسخ الجزائي وشروطه وآثاره 81
الفرع الأول: أنواع الفسخ الجزائي..... 82
أولا: تقسيم الفسخ الجزائي حسب النص عليه..... 82
ثانيا: تقسيم الفسخ الجزائي حسب جسامته..... 84
الفرع الثاني: شروط الفسخ الجزائي وآثاره 90
أولا: شروط الفسخ الجزائي 91
ثانيا: آثار الفسخ الجزائي..... 103
خلاصة الفصل الثاني 109
خاتمـة 111
قائمة المصادر والمراجع..... 115
فهرس المحتوي 125
ملخـــص: 126



ملخص

ملخـــص:

يلتزم المتعامل المتعاقد بتنفيذ التزاماته في الصفقة العمومية، ويعتبر أي إخلال منه مساسا بالمرفق العام والمصلحة العامة، ولمواجهة ذلك منح القانون للمصلحة الإدارية المتعاقدة توقيع الجزاءات عليه، هذه الأخيرة التي تختلف بحسب نوع الخطأ الذي إرتكبه المتعاقد وجسامته، فنجد الجزاءات المالية التي تنصب على الذمة المالية للمتعاقد وتتمثل في الغرامة التأخيرية ومصادرة التأمين والتعويض، من جهة أخرى نجد نوع ثاني من الجزاءات التي لا تمس الذم المالية للمتعاقد لكنها تهدد مركزه التعاقدي في الصفقة العمومية والتي قد تصل إلى حد الإستغناء عنه نهائيا، هذه الجزاءات تتمثل في الجزاءات الضاغطة والفسخ الجزائي للصفقة العمومية.

الكلمات المفتاحية:

الصفقة العمومية–الجزاءات الإدارية–خطأ المتعامل المتعاقد–الجزاءات المالية–الفسخ الجزائي–التنفيذ العيني.

The Summary:

The contractor committes to execute the public transaction, and Any breach of it shall be deemed to be prejudicial ,and In order to counteract this, the law confers on the contracting administrative interest the power to impose administrative sanctions on it. The latter, which differs according to the type and gravity of the contractor's error, We find The financial penalties that are based on the contractor's financial penalties, namely, the late fine, he confiscation of insurance and compensation, on another level, we find a second type of sanctions that do not affect the financial disclosure of the contractor, but threaten its contractual position in the public transaction and may amount to a definitive dispensation.

These sanctions consist of pressure sanctions and the penal dissolution of the public transaction.

Keywords:

Public transaction-administrative sanctions-contractor's error-financial sanction- punitive dissolution-execution in kind.