الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة عبد الرحمان ميرة – بجاية –
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم القانون العام
مخبر البحث حول فعلية القاعدة القانونية

أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون

الميدان: الحقوق والعلوم السياسية **فرع: الحقوق**

تخصص: القانون العام

إعداد الطالب:
الوافي مراد

إشراف:
د. برازة وهيبة

بعنوان

سلطة المصلحة المتعاقدة في توقيع الجزاءات في الصفقة العمومية

لجنة المناقشة

أ.د بودريوة عبد الكريم، أستاذ، جامعة بجاية.....رئيسًا
د. برازة وهيبة، أستاذة محاضرة " أ "، جامعة بجاية .....مشرفةً ومقررة
د. قادري نسيمة، أستاذة محاضرة " أ "، جامعة بجاية .....ممتحنةً
د. علاَّم إلياس، أستاذ محاضر " أ "، جامعة بجاية.....ممتحنًا
أ.د قوتال ياسين، أستاذ، جامعة خنشلة.....ممتحنًا
د. لكحل صالح، أستاذ محاضر " أ "، جامعة البويرة.....ممتحنًا

السنة الجامعية: 2024/2023

بسم الله الرحمن الرحيم

شكر وعرفان

أول الشكر وآخره لله العليم القدير، على ما منّه عليَّ من الصحة والعزم والإرادة لإنجاز هذا العمل وإتمامه، والذي أتمنى أن يكون خالصًا لوجهه الكريم.

أتقدم بالشكر الجزيل إلى الدكتورة " برازة وهيبة "، التي تفضَّلت بالإشراف على هذا العمل، وعلى كل الوجيهات السديدة التي قدمتها في سبيل إنجاح هذا العمل الذي نتمنى أن يكون ثمرة علمية نافعة لهذا الجيل والأجيال القادمة.

كما أتقدم بالشكر والعرفان لكل من قدم لي يد العون في إنجاح هذا العمل، وأخص بالذكر في هذا المقام الأستاذة " صونية ل ".

إهداء

أهدي هذا العمل إلى والدي رحمه الله

إلى الوالدة حفظها الله

إلى إخوتي وأخواتي

إلى كل الزملاء والأصدقاء

قائمة المختصرات

أولاً: باللغة العربية

ج: الجزء.

ج.ر.ج.ج: الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية.

ج.ر.ج.م: الجريدة الرسمية لجمهورية مصر.

ج.ر.م.م: الجريدة الرسمية للمملكة المغربية.

ط: الطبعة.

ص: الصفحة.

ص ص: من الصفحة إلى الصفحة.

ثانيًا: باللغة الفرنسية

C.E : CONSEIL D'ETAT.

JORF : Journal officiel de la République FRANCAISE.

LGDJ : Librairie générale de droit et de jurisprudence.

N : Numéro.

O.P.CIT : Ouvrage précédent citation

O.P.U : Office des publications universitaires.

P : Page.

مقدمة

تعتمد الإدارة أثناء ممارستها لنشاطاتها على نوعين من الأعمال، منها ما هي مادية، ومنها ما هي قانونية، تسعى من خلالها إلى تحقيق غايتها الأسمى وهي المصلحة العامة التي تؤدي إلى إشباع حاجات جمهور الناس، وضمان استمرارية مرافقها العامة.

عندما تباشر الإدارة هذه التصرفات والأعمال القانونية، فهي تحدث وتنشئ آثارًا قانونية، وهذه التصرفات تارة تكون في شكل أعمال انفرادية ومن جانبها فقط بأسلوب القرارات الإدارية، تتجلى بها ذروة امتيازات السلطة العامة، وتارةً أخرى تستخدم أسلوب تتلاقى فيه إرادتها مع إرادة شخص أخر عادةً ما يكون من الأشخاص الطبيعية، وهذا الأسلوب يطلق عليه التعاقد.

تكون الإدارة في هذا النوع الأخير قد منحت الفرصة للأفراد حتى تشاركها في تسيير مرافقها العامة، خاصةً بعد تحول الدولة من كونها حارسة إلى دولة متدخلة في جميع الميادين، فأصبح الأفراد شركاء في العلاقة التعاقدية التي فرضتها احتياجات المرافق العامة.

تحتل العقود التي تبرمها الإدارة بصفة عامة مكانة جوهرية في النظام القانوني للإدارة، فمنها عقود مدنية تبرمها مع الأفراد وتتساوى فيها المراكز القانونية بين المتعاقدين، وتخضع هذه العقود لقاعدة " العقد شريعة المتعاقدين "، فمقتضى هذه القاعدة لا يميز طرفًا على الطرف الأخر، ويكون تنفيذ هذه العقود متوقف على توافق واتفاق الطرفين، وبالتالي نجد هذه العقود خاضعة لنظام قانوني تحكمه أحكام القانون الخاص، ووفقًا لمبدأي سلطان الإرادة والقوة الملزمة للعقد.

تبرم الإدارة كذلك نوع أخر من العقود، وهي العقود الإدارية، والتي لا يجد مبدأ " العقد شريعة المتعاقدين " طريقه إليها، كون أنه فيها لا تتساوى فيها مراكز المتعاقدين وبالتالي فإن الإدارة بصفتها متعاقدة وتبرم عقود إدارية، فهي تتمتع بسلطات وامتيازات استثنائية وغير مألوفة ولا نجد

لها أثر في نظام العقود المدنية ومجال القانون الخاص، كما تظهر فيها الإدارة بمظهر السلطة العامة.

لقد أرست العقود الإدارية قواعدها بداية من القرن 19 م بظهور النظام القضائي الإداري في فرنسا، الذي كان له الفضل في وضع اللبنة الأولى لهذه العقود.

تحقق الإدارة أعمالها والتي تهدف من ورائها إلى تحقيق المصلحة العامة والحرص على سير مرافقها العامة بانتظام، بمقتضى السلطات والامتيازات المعترف لها بها في مجال القانون العام، وحتى تلبي تلك الحاجيات وتصل إلى أهدافها، تتعدد وتنوع العقود التي تبرمها، كعقود الامتياز وعقود المقاولات، وكذلك عقود الصفقات العمومية، والتي تختلف غايتها فيها عن غاية الأفراد، فهي تسعى إلى تحقيق المصلحة العامة كأولوية لها وضامنة لاستمرارية مرافقها حتى تقدم الخدمة العمومية بانتظام، أما الأفراد فغايتهم تحقيق الربح والمصلحة الخاصة من العلاقة التعاقدية.

تمثل الصفقات العمومية أهم أوجه الإنفاق العام، وبالتالي فهي من بين الآليات التي تعتمد عليها الإدارة في تنفيذ مختلف البرامج الاستثمارية وإنجاز المشاريع التنموية الكبرى، وذلك عن طريق رصد أغلفة مالية ضخمة لهذه العقود، لذلك نجد المشرع أولاها بنظام قانوني خاص وعناية بالغة عبر مختلف المراحل الاقتصادية التي تعاقبت على الدولة الجزائرية، حيث شهدت هذه المراحل تطور نظام الصفقات العمومية على مدار حقب زمنية مختلفة بدءً بالأمر رقم 67-90[1] الذي صدر سنة 1967، إلى غاية القانون رقم 23-12[2] الحالي، إذ حاولت الدولة الجزائرية أن تنظم لها مجالاً في مختلف القوانين والتنظيمات، كما قامت بعدة إصلاحات وتعديلات من أجل

[1] أمر رقم 67-90، مؤرخ في 17 جوان 1967، يتضمن قانون الصفقات العمومية، ج.ر.ج.ج عدد 52 لسنة 1967 (ملغى).

[2] قانون رقم 23-12، مؤرخ في 05 أوت 2023، يحدد القواعد العامة المتعلقة بالصفقات العمومية، ج.ر.ج.ج عدد 51، صادر في 06 أوت 2023.

استكمال البناء التشريعي والتنظيمي في هذا المجال، لمواكبة التطورات التي شهدها المجال الاقتصادي، ليجعل من هذه القوانين والتنظيمات متكيفة مع الظروف الجديدة.

وتجسدت هذه العناية بموجب المرسوم الرئاسي رقم 10-236[1]، والذي كرَّس المبادئ العامة التي تحكم عقود الصفقات العمومية، التي من شأنها المساهمة في المحافظة على المال العام وحوكمته وترشيده، لتكون هذه العقود في منأى عن شبهات الفساد.

إن الصفقات العمومية عبارة عن عقود مكتوبة، تبرم بمقابل من قبل المصلحة المتعاقدة مع متعامل اقتصادي واحد أو أكثر يسمى المتعامل المتعاقد، من أجل تلبية حاجات المصلحة المتعاقدة في مجال الأشغال واللوازم والخدمات والدراسات، وفق الشروط المنصوص عليها في القانون والتشريع والتنظيم المعمول بهما [2].

تتمتع المصلحة المتعاقدة في عقود الصفقات العمومية بسلطات استثنائية واسعة أثناء تنفيذ هذه العقود، من بينها سلطة توقيع الجزاءات على المتعاقدين معها، بغية ضمان التنفيذ بما يخدم المصلحة العامة وتقديم المرافق العامة للخدمة العمومية على أحسن وجه.

من بين السلطات التي تمارسها المصلحة المتعاقدة أثناء تنفيذ العقد، سلطة توقيع الجزاءات التي تعد أخطرها على الإطلاق من حيث مدى تأثيرها على المركز القانوني للمتعاقد، وكذا العلاقة التعاقدية، فهي حق نابع من صميم مقتضيات النظام العام، لأنها تمارس متى استدعت المصلحة العامة وسير المرافق العامة ذلك، لذلك فهذا الحق يثار تلقائيا ووفق مقتضيات النظام العام وما تقتضيه المصلحة العامة.

---

[1] مرسوم رئاسي رقم 10-236 مؤرخ في 07 أكتوبر 2010، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج.ر.ج.ج عدد 58 لسنة 2010، (ملغى).

[2] لتفصيل أكثر أنظر المادة 02 من قانون رقم 23-12، مصدر سابق.

مقدمة

يُفترض كأصل عام مبدأ حسن النية من المتعاقد أثناء تنفيذ عقد الصفقة العمومية والالتزامات المتعاقد عليها، إلاَّ أن هذا المبدأ لا يعد مطلقًا، فأحيانًا يخطئ المتعامل المتعاقد أو يُخل بالالتزامات المتفق عليها مسبقًا، كما قد يتأخر أو يُقصِّر في تنفيذها، وباعتباره الطرف الأضعف في العقد، فلن تلعب المصلحة المتعاقدة دور المتفرج على هذا الإخلال، ولن تتوانى وتتراخى في تجسيد مظاهر السلطة العامة، والتي تتجلى في فرض جزاءات على المتعاقد معها وفقًا لما تستوجبه متطلبات النظام العام، وهو ما قد يرهق كاهله ويصبح عاجزًا على التنفيذ، كما لا يمكن له أن يحتج على هذه الجزاءات إذا وقع الخطأ أو التقصير والتأخير منه.

تتعدد صور الجزاءات التي تفرضها المصلحة المتعاقدة على المتعاقدين معها، فمنها ما يُوَّقع على الذمة المالية للمتعاقد المخالف، ومنها ما يقع على محل المخالفة ومحل التعاقد، وهو ما يُخضع من هذه الجزاءات لنظام قانوني وعقابي مميز عن الأنظمة العقابية الأخرى.

على هذا الأساس حاول المشرع إحاطة هذه السلطة بجملة من الأحكام والقواعد من أجل تنظيمها وفقًا لضوابط وشروط، يستوجب على المصلحة المتعاقدة أن تتقيد بها إذا ما أستبعد مبدأ حسن النية في إبرام العقود، كما تم إعطاء أحقية ممارسة سلطة توقيع الجزاءات للمصلحة المتعاقدة، فبالمقابل أيضًا منح المشرع ضمانات وأقرَّها للمتعامل المتعاقد لمواجهة هذه السلطة إذا تبين بأن المصلحة مارستها بتعسف وغلو.

إن هذه الضمانات من شأنها أن تنقذ عقد الصفقة العمومية من الإعدام، كما من شأنها أن تحافظ أيضًا على المركز القانوني والمالي للمتعاقد، بالكيفية التي تُمَّكن المتعاقد من مجابهة الأضرار التي تنجم عن الجزاءات المفروضة عليها، خاصة إذا كانت تحمل في طياتها التعسف والغلو، كما بإمكان هذه الضمانات أن توفر له مجالًا واسعًا من أجل تسوية النزاعات التي قد تنشأ

بينه وبين المصلحة المتعاقدة بطريقة ودية بعيدة عن أروقة القضاء وفقًا لآليات وضوابط معينة، أو عن طريق التقاضي أمام الهيئات القضائية المختصة.

وعلى هذا الأساس فإننا سنتناول في هذه الدراسة موضوع سلطة المصلحة المتعاقدة في توقيع الجزاءات في الصفقة العمومية، والذي يتجسد بامتياز في الواقع العملي للإدارات التي أعطاها المشرع حق إبرام الصفقات العمومية وأهلية التقاضي، كما يعد هذا الموضوع من أدق المواضيع في مجال الصفقات العمومية، باعتبار أن سلطة توقيع الجزاءات صورة دقيقة لمظاهر السلطة العامة التي تواجه بها المصلحة المتعاقد تداعيات وآثار المتعاقد المُخل في تنفيذ عقد الصفقة العمومية.

تكمن أهمية هذه الدراسة في كونها ذات طابع علمي أكاديمي ، يتجلى بتسليط الضوء على الاختلاف الواضح حول الاعتراف بهذا الحق للمصلحة المتعاقدة بين مؤيد ومعارض لها، من خلال تبيان المواقف الفقهية والقضائية والتشريعية التي أسست لها وباعتبارها من أخطر السلطات التي تتمتع بها المصلحة المتعاقدة، وأكثرها تعقيدًا في مجال عقود الصفقات العمومية، لما لها من أثر خطير على مركز المتعامل المتعاقد والضرر الذي قد تلحقه به، وعلى الرابطة العقدية أيضًا والتي تنتهي عادةً بالإعدام، كما لهذه الدراسة أهمية عملية في نفس الوقت، إذا ما لم تمارس هذه السلطة وفقا للقوانين والتنظيمات المعمول بها في الصفقات العمومية، مما يجعلها ثغرة تُعرِّض المال العام للهدر والتبديد، كما تجعل من المصلحة المتعاقدة محلاً لشبهات الفساد في مجال الصفقات العمومية.

تشكل كذلك سلطة توقيع الجزاءات إشكالاً قانونيًا كبير، حيث أن مختلف الإدارات التي تبرم عقود الصفقات العمومية تجد نفسها أمام شح النصوص التنظيمية التي تنظم هذه المسألة، كما أن أغلبها تعتمد على نظام الإحالة إلى العقد ونصوصه، بالإضافة إلى صعوبة تطبيقها على أرض الواقع العملي، وما تقتضيه متطلباته في ظل قلة الأحكام والقرارات القضائية التي تؤسس لهذه

السلطة في الجزائر، والتي من شأنها أن تفقد هذه السلطة لطابعها الردعي، وهو ما زاد من تداعيات الإشكالات القانونية التي قد تقع فيها المصلحة المتعاقدة أثناء إعمال هذه السلطة.

يتمثل الهدف الجوهري لدراستنا لموضوع سلطة المصلحة المتعاقدة في توقيع الجزاءات في الصفقة العمومية، في توضيح مدى أحقية المصلحة المتعاقدة في توقيع الجزاءات على المتعاقدين معها في حالة ما أخلُّوا بالتزاماتهم التعاقدية، وتبيان هذه الامتيازات التي تكون مرافقة لمسار الصفقة العمومية بدءً من لحظة منح الأمر بانطلاق الأشغال أو التوريد إلى غاية الاستلام النهائي للصفقة، خاصةً إذا ما سلَّمنا بأن المشرع حاول من خلال قوانين وتنظيمات الصفقات العمومية أن يضع ضوابط وشروط لهذه السلطة باعتبارها غير مطلقة، لذلك حاولنا الوقوف على الأحكام القانونية التي أقرَّت حقوق والتزامات متقابلة تسري على طرفي الصفقة العمومية، وكذا توضيح الأساليب الاستثنائية وغير المألوفة حتى في حالة عدم النص عليها في العقد، وفي ظل عدم وجود نص يجيزها.

لا يتوقف هدف دراستنا هذه حول مدى أحقية المصلحة المتعاقدة في توقيع الجزاءات، بل تعدى ذلك لنوضح الضمانات الممنوحة للمتعامل المتعاقد في مواجهة هذه السلطة الخطيرة إذا استعملت بغلو وتعسف، ويتمكن من تنفيذ التزاماته وتحقيق الغاية المرجوة من التعاقد مادامت مشروعة.

كما من شأن هكذا دراسة أن تكشف اللبس الذي يكتنف هذه السلطة في ظل شح القوانين المؤصِّلة لهذه السلطة، وحتى تعم الفائدة في الواقع العملي الذي غالبًا ما يصادف إشكالات كبيرة في التطبيق السليم لهذه السلطة وإبراز طابعها الاستثنائي، فضلاً على أملنا في أن تثري هذه الدراسة المتواضعة، المكتبة القانونية بموضوع جديد.

فيما يخص الدراسات السابقة لهذا الموضوع، فعند تصفحنا لفهرس الأطروحات السابقة وجدنا أن الدراسات السابقة تناولت الجزاءات الإدارية في جميع المجالات الإدارية لتشمل حتى الغرامات والغلق الإداري وسحب التراخيص وحتى الجزاءات التأديبية، عكس دراستنا التي تناولت الجزاءات الإدارية في مجال الصفقة العمومية فقط.

يُضاف إلى ذلك أن أغلب الدراسات السابقة، كانت منصبَّة على العقود الإدارية بصفة عامة دون تخصيصها لنوع واحد من العقود الإدارية، وهو ما كان لنا ذلك فيه، لصلة عقد الصفقة العمومية الوثيقة بالخزينة العامة، وضخامة الأغلفة المالية المرصودة لهكذا نوع من العقود، وهو الأمر الذي حفَّزنا، فحاولنا دراسة هذه الجزئية الصغيرة، لتكون نافذة ضوء للباحثين في هذا المجال وكذلك العاملين فيه، كما أن موضوع هذه الدراسة حيوي وديناميكي ومتجدد يستحق الاهتمام، وكان لنا ذلك للبحث فيه.

اعترضننا أثناء انجاز هذه الأطروحة جملة من الصعوبات وهي صعوبات تعترض أي باحث تجسدت في قلة المراجع الفقهية الجزائرية المتخصصة، التي تتناول السلطات الاستثنائية في مجال الصفقات العمومية على العموم، وسلطة توقيع الجزاءات على الخصوص، وكذا قلة في المراجع الأجنبية المتخصصة في هذا الموضوع كأداة للمقارنة وهذا تارةً، كما لا توجد الاجتهادات القضائية خصوصًا الفرنسية منها، وإذا كانت الجزائرية فهي من التخصيص، وتباين وتضارب النصوص القانونية التي أقرَّها المشرع الجزائري في هذا المجال، وإغفاله لمسائل جوهرية كان بالإمكان التطرق إليها لتنظيم مجال هذه السلطة.

أما فيما يخص أهم الدوافع لاختياري لهذا الموضوع فترجع لمجموعة من الاعتبارات أغلبها قانونية من بينها الآتي:

الغموض الذي يُغيِّم على قواعد الصفقات العمومية بصفة عامة والذي قد يصل أحيانًا إلى التفسير الخاطئ لأحكام ونصوص الصفقات العمومية، والخلط الواضح في بعض الإجراءات منها لاسيما سلطة توقيع الجزاءات التي تعد من أخطر السلطات في أثرها البالغ على الرابطة العقدية، وعلى المراكز القانونية للمتعاقدين، وهو ما استلزم منا الحصول على فرصة لإزالة بعض الغموض الذي يكتنف هذه السلطة.

قلة الدراسات القانونية لسلطة المصلحة المتعاقدة في توقيع الجزاءات في الصفقة العمومية في الدول المقارنة، وتكاد تنعدم، كما أنها أول دراسة في الجزائر، وفي ظل المستجدات والتعديلات التي ترد كل مرة على قوانين وتنظيمات الصفقات العمومية، أردنا أن تكون هذه الدراسة مواكبة للمتغيرات والتطورات، التي تشهدها الجزائر في مجال التنمية الاقتصادية باعتبار أن عقود الصفقات العمومية تعد محورًا رئيسيًا وشاهد على جميع عمليات التنمية.

ومن منطلق ما سبق والأهمية البالغة للموضوع، ومن أجل الإبحار والخوض في دراسته يستدعي ذلك أن تثار إشكالية جوهرية متمثلة في: ما مدى ممارسة المصلحة المتعاقدة لسلطة توقيع الجزاءات في الصفقة العمومية، في ظل الضمانات الممنوحة للمتعاقد في مواجهة هذه السلطة؟

نعتمد في الإجابة على هذه الإشكالية على أهم المناهج والأساليب المتبعة في المنهجية والدراسة القانونية، والتي تخدم موضوعنا، وأهمها المنهج الوصفي والتحليلي، الذي من خلاله نستطيع أن نتطرق لمضمون النصوص القانونية والتنظيمية التي تحكم الصفقات العمومية، وكذلك الاجتهادات القضائية والفقهية، ودراستها وتحليلها بكيفية قانونية، وكذا توظيفها بكيفية تتلاءم مع موضوعنا هذا، وبما يخدم إثرائه، ثم المنهج المقارن، وذلك للمقارنة بين ما جاء به التشريع الجزائري فيما يخص سلطة توقيع الجزاءات، وما جاءت به التشريعات المقارنة الأخرى، وكذلك

الأنظمة القضائية والفقهية، وما جاءوا به من مسائل قانونية جوهرية مثارة في هذا الشأن، وبدرجة أقل تم الاعتماد على المنهج التاريخي فيما يخص التطور التاريخي لسلطة توقيع الجزاءات عبر أحقبة الزمن.

حتى نأتي بكل ما هو مفيد من تفصيل وتوضيح وإلمام بمختلف جوانب موضوع سلطة المصلحة المتعاقدة في توقيع الجزاءات في الصفقة العمومية، قسَّمنا هذه الدراسة إلى بابين، حيث خصصنا الباب الأول لدراسة الأحكام العامة لسلطة توقيع الجزاءات في الصفقة العمومية، لندرس فيه ماهية سلطة توقيع الجزاءات في الصفقة العمومية، كما سنتطرق فيه إلى سلطة توقيع الجزاءات وسلطات المصلحة المتعاقدة في الصفقة العمومية.

أما الباب الثاني سنعالج فيه النظام القانوني للجزاءات في الصفقة العمومية، من خلال تبيان صور الجزاءات التي توقعها المصلحة المتعاقدة على الأطراف المتعاقدة معها، وحدود سلطة المصلحة المتعاقدة في توقيع الجزاءات.

الباب الأول

الأحكام العامة لسلطة توقيع الجزاءات في الصفقة العمومية

الباب الأول

الأحكام العامة لسلطة توقيع الجزاءات في الصفقة العمومية

تعد عقود الصفقات العمومية من بين الأعمال القانونية التي تباشرها المصلحة المتعاقدة وأهمها على الإطلاق، نظرًا لكونها الوسيلة المُثلى التي تحقق بها المصلحة العامة، من خلال تلبية متطلبات الأفراد المختلفة، كما تضمن لها حسن سير مرافقها، وبالتالي فهي تلجأ لهذا النوع من العقود وفق إجراءات قانونية معينة أقرَّها لها المشرع، وجب عليها إتباعها.

يعد عقد الصفقة العمومية من العقود الإدارية مكتملة الأركان، كما تختلف في طبيعتها عن نظام العقود الخاصة من حيث الإجراءات، وهذا ما يعطي المصلحة المتعاقدة مركزًا قانونيًا أقوى من مركز المتعاقد معها، وذلك بموجب منحها امتيازات استثنائية غير مألوفة في العقود الخاصة.

إن عدم التوازن الواضح بين طرفي العلاقة التعاقدية، يجعل من المصلحة المتعاقدة الطرف القوي، لذلك نجدها تمارس سلطاتها على الطرف المتعاقد معها، أو حتى العقد نفسه حتى تحافظ على المال العام بنوع من الصرامة، باعتبار الاعتمادات المالية الكبيرة التي ترصدها الدولة لهذا النوع من العقود، وهو ما يجعلها حريصة على حسن تنفيذ الصفقة وفقًا للإجراءات المنصوص عليها، وبالكيفية المتفق عليها، حتى تصل إلى الهدف الذي على أساسه تم الإبرام.

يُعد توقيع الجزاءات الإدارية، أخطر سلطة على الإطلاق تباشرها المصلحة المتعاقدة وذلك نظرًا لمساسها المباشر بمركز المتعامل المتعاقد، إذا ما أخلَّ بالتزام تعاقدي ما أو قصَّر فيه.

كما أن علاقة هذه السلطة بباقي السلطات الأخرى، علاقة وطيدة وعلاقة تكملة، وهو ما يعطيها طابع القوة الملزمة عند إعمالها، كما تعد إجراء وسلطة لاحقة، تمارس في حالة عدم احترام المتعاقد للسلطات التي تسبقها.

وعلى هذا الأساس قسَّمنا دراستنا لهذا الباب إلى فصلين، سنتطرق في (الفصل الأول) إلى ماهية سلطة توقيع الجزاءات في مجال الصفقة العمومية، ونبين علاقة سلطة توقيع الجزاءات بباقي السلطات الأخرى للمصلحة المتعاقدة في الصفقة العمومية في (الفصل الثاني).

الفصل الأول

ماهية سلطة توقيع الجزاءات في مجال الصفقة العمومية

تتمتع الإدارة العامة بجملة من الامتيازات في عقود الصفقات العمومية، والتي لا نجد لها مثيل في أحكام العقود الخاصة، ومن بين هذه الامتيازات سلطة توقيع الجزاءات، التي يُبرر وجودها مجموعة من المبادئ والأسس تستمد خاصيتها منها، وتسعى من خلال هذا الامتياز إلى تحقيق الانتظام في سير مرافقها، وما من شأنه أن يُحقق المصلحة العامة وتقديم الخدمة العمومية بالكيفية المرجوَّة.

حتى تمارس الإدارة العامة هذا الامتياز، وجب أن توفر له البيئة المناسبة، وهي عقد الصفقة العمومية، نظرًا لأهميته البالغة في التأسيس لهذه السلطة، بالإضافة إلى الأخطاء التي تسبب فيها الطرف الأخر في العقد، لأنه لا يمكن أن يكون وجودًا لهذه السلطة لولا هذه المقومات، أو بمعنى أخر فإن هذه السلطة تكون حاضرة وفقًا للمقتضيات التي يحددها مسار الصفقة العمومية.

لهذا سنستعرض كل هذه التفاصيل من خلال التطرق إلى الإطار المفاهيمي للصفقة العمومية والجزاءات الإدارية المترتبة عنها في (المبحث الأول)، ثم الطابع القانوني للجزاءات الإدارية في (المبحث الثاني).

المبحث الأول

الإطار المفاهيمي للصفقة العمومية والجزاءات الإدارية المترتبة عنها

يتميز عقد الصفقة العمومية عن غيره من العقود بعامل الوقت، أي أن عقود الصفقات العمومية من العقود الزمنية التي تحتاج إلى مدة زمنية طويلة حتى تُنفَّذ بالكيفية المتفق عليها.

أثناء مرحلة تنفيذ الصفقة، أحيانًا تطرأ ظروف غير مستجدة ولا يعلم بها الأطراف أثناء مرحلة الإبرام، مما قد يجعل من التنفيذ صعب، كما من شأنها أن تجعل من المتعامل المتعاقد يقع في دائرة الإخلال والتقصير أثناء التنفيذ، مما يستوجب على المصلحة المتعاقدة التدخل من أجل ردعه وحثه على تنفيذ الصفقة العمومية بشكل مرضي وبالكيفية المتفق عليها، حتى تضمن انتظام مرافقها في تقديم الخدمة العمومية، وذلك من خلال فرض جزاءات عليه بما يتناسب مع حجم المخالفة المرتكبة.

وعليه ستكون دراستنا لهذا المبحث من خلال التطرق إلى المفهوم العام للصفقة العمومية في (المطلب الأول)، وإلى مفهوم الجزاءات الإدارية وتمييزها عن الجزاءات القانونية الأخرى المشابهة في (المطلب الثاني).

المطلب الأول: المفهوم العام للصفقة العمومية

تتميز الصفقة العمومية بعلاقتها الوثيقة بالخزينة العمومية عكس العقود الإدارية الأخرى، كما تعد من أهم أوجه الإنفاق العام، وذلك من جهة وكونها ذات أهمية قصوى في المجال الاقتصادي والتنمية من جهة أخرى، ويتجلى ذلك من خلال الأغلفة المالية الضخمة التي ترصدها لها الدولة حتى تنشئ مشاريعها من أجل تلبية حاجات أفرادها وتحقيق المصلحة العامة، وسنتطرق في هذا

الفرع إلى إعطاء تعريفات للصفقة العمومية في فرع أول ، وفي الفرع الثاني سنستعرض طرق إبرام الصفقات العمومية.

الفرع الأول: تعريف الصفقة العمومية

نظرًا لكون الصفقات العمومية ذات أهمية كبيرة في المنظومة الاقتصادية لأي دولة ، فقد حاوب كل من الفقه والقضاء والتشريع وضع تعريفات لها ، وهو ما سنتناوله في هذا الفرع وذلك من خلال التطرق إلى التعريفات الفقهية ، ثم التعريفات التي جاء بها القضاء ، ثم ثالثًا وأخيرًا التعريفات التشريعية.

أولاً: التعريف الفقهي للصفقة العمومية

عُرف العقد الإداري من طرف الفقهاء في عدة تعريفات ، فنجد الفقه الفرنسي والذي يتزعمه الفقيه دي لوبادير الذي عَّرفه بأنه: " توافق إرادتين على إنشاء التزام "، أما الفقيه ديجي فقد قال في هذا الشأن: " إن العقد الإداري شأنه شأن العقود الأخرى له ذات الخصائص والآثار القانونية "[1].

أما بالنسبة للفقه المصري فقد عرفه العديد من الفقهاء، فنجد الفقيه عبد المنعم خليفة عرَّفَه بأنه: " تصرف قانوني يهدف لتحقيق غاية هي إحداث أثر قانوني فإذا ما تخلف هذا القصد انتفت صفة العقد، فليس كل اتفاق بين طرفين يشكل عقدًا، ويخضع العقد الإداري لذات أسس وأركان العقد المدني من حيث ضرورة توافر الرضا والمحل وقيام السبب "[2].

أما الفقيه الطماوي جاء تعريفه للعقد الإداري بأنه: " العقد الذي يبرمه شخص معنوي عام بصدد تسيير مرفق عام أو تنظيمه، وتظهر فيه نية الإدارة في الأخذ بأحكام القانون العام ".

[1] مفتاح خليفة عبد الحميد، إنهاء العقد الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2007، ص.32.

[2] عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2007، ص.15.

كذلك الدكتور محمد حلمي عرَّف العقد الإداري على أنه: " عقد مبرم بين شخصين من أشخاص القانون العام، أو بين أشخاص القانون العام وآخر من أشخاص القانون الخاص بقصد تسيير مرفق عام وتنظيمه "[1].

بالنسبة للتعريف الذي أعطاه عمار بوضياف، يعد تعريفًا جامعًا ويمس بمختلف جوانب الصفقة العمومية، حيث عرَّفها كما يلي: " الصفقات العمومية طبقا للتشريع والتنظيم الجار بهما العمل تبرمها أحد الجهات المشار إليها في تنظيم الصفقات مع متعاملين اقتصاديين وفق الشروط المحددة قانونا وتنظيما لتلبية حاجات المصلحة المتعاقدة في مجال محدد – الأشغال واقتناء اللوازم والخدمات والدراسات – نظير مقابل تلزم الإدارة المتعاقدة بدفعه "[2].

وبناءً على ما تقدم من تعريفات، فقد استقر الفقه على أن العقد الإداري عبارة عن إنشاء لرابطة عقدية عن طريق اتفاق يكون أحد أطرافه شخص من الأشخاص العامة قصد تسيير مرفق عام وإدارته بأساليب القانون العام شرط أن يتضمن العقد لشروط استثنائية غير مألوفة في معاملات الأفراد، وذلك من خلال منح امتيازات وسلطات للإدارة، أو منح المتعاقد معها لامتيازات استثنائية لا يتمتع بها عند تعاقده مع الأفراد[3].

ثانيًا: التعريف التشريعي للصفقة العمومية

عَرَف مفهوم الصفقات العمومية تطورًا ملحوظا بتطور القوانين التي نظمت عقود الصفقات العمومية حتى تجعلها تواكب التطورات التي تشهدها البلاد، حيث سنتطرق إلى مختلف تعريفات الصفقة العمومية عبر مختلف القوانين وكذلك التنظيمات ذات الصلة بالصفقات العمومية بدءً من

[1] سامال اسكندر محمد الباجلان، سلطات الإدارة والقيود الواردة عليها في العقود الإدارية، دار الفكر الجامعي، ط1، الإسكندرية، 2017، ص.15.

[2] عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية طبقًا للمرسوم الرئاسي 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015، القسم الأول، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2017، ص ص.77 و78.

[3] عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص.15.

الأمر رقم 67-90، مرورًا بالمرسوم التنفيذي رقم 91-343، ثم المرسوم الرئاسي رقم 10-236 إلى غاية القانون رقم 23-12، ولذلك سنكتفي بتعريفين، وهما التعريف الذي جاء به المرسوم الرئاسي رقم 15-247 (01)، ثم التعريف الذي جاء به القانون رقم 23-12، (02).

01 – الصفقة العمومية في ضوء المرسوم الرئاسي 15-247

في هذا المرسوم جاء تعريف الصفقة العمومية في المادة الثانية منه على أنها: " الصفقات العمومية عقود مكتوبة في مفهوم التشريع المعمول به تبرم بمقابل مع متعاملين اقتصاديين وفق الشروط المنصوص عليها في هذا المرسوم لتلبية حاجات المصلحة المتعاقدة في مجال الأشغال واللوازم والخدمات والدراسات "[1].

على الرغم من أن هذا التعريف جاء شامل على المعايير التي يُكون على أساسها عقد الصفقة العمومية وأدرج فيه الطرف الثاني في الصفقة العمومية ألا وهو المتعامل الاقتصادي، الذي لم تشر إليه المراسيم السابقة، إلاَّ أن هذا التعريف أنتقد فيما يخص عدم ذكر الطرف الأول في الصفقة العمومية، الذي لم يشر إليه المنظم الجزائري خلال تعريفه.

وفي هذا الجانب فإن الأستاذ عمار بوضياف يرى بأن عقد الصفقة العمومية من عقود المعاوضة كما أنها ملزمة لجانبين، أي أنها تنعقد وتتأسس على طرفين وجب ذكرهما حتى يكتمل المعيار العضوي للصفقة[2].

[1] أنظر مرسوم رئاسي رقم 15-247، المؤرخ في16 سبتمبر 2015، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، ج.ر.ج.ج عدد 50 لسنة 2015.

[2] عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية طبقًا للمرسوم الرئاسي 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015، القسم الأول، مرجع سابق، ص.77.

02 – الصفقة العمومية في ضوء القانون 23-12

عُرِّفت الصفقات العمومية في المادة 02 من القانون رقم 23-12، كالآتي: " الصفقات العمومية هي عقود مكتوبة تبرم بمقابل، من قبل المشتري العمومي المسمى (المصلحة المتعاقدة) مع متعامل اقتصادي واحد أو أكثر والمسمى (المتعامل المتعاقد) لتلبية حاجات المصلحة المتعاقدة في مجال الأشغال واللوازم والخدمات والدراسات..."[1].

ربما المشرع أغفل الطرف الأول في الصفقة ولم يذكره في المادة الثانية وأطلق عليه تسمية المشتري العمومي أو المصلحة المتعاقدة فقط، من القانون رقم 23-12، حتى يتطرق إليه ويفصل فيه من خلال المادة 09 من هذا القانون[2].

كما ارتأى المشرع الجزائري غلق باب الانتقادات في طرق الإبرام من خلال استبدال مصطلح التراضي بمصطلح إجراء التفاوض مثله مثل أغلب التشريعات الأخرى المقارنة التي عادة ما تطلق عليها أسلوب التفاوض على غرار المشرع الفرنسي[3].

لاحظنا من التعريفات السابقة بأن المشرع من خلال القانون رقم 23-12، وفي مادته الثانية، أحاط بكل جوانب الصفقة العمومية ولم يدع غموض في مفهوم الصفقة، حيث قام بتدارك أغلب النقائص التي تجاوزها سابقيه، ما عدا الطرف الأول في الصفقة العمومية الذي أحالنا إليه ضمنيا

[1] قانون رقم 23-12، مصدر سابق.

[2] نرى بأن المشرع الجزائري في نص هذه المادة اعتمد في تمييز الصفقة العمومية عن باقي العقود الأخرى على المعيارين العضوي والمادي من جهة، وتدارك اللبس المخيم على نص المادة الثانية من هذا القانون فيما يخص الطرف الأول في الصفقة العمومية وتطرق إلى مختلف أطياف وأشخاص القانون العام التي يمكن لها أن تكون طرفا في الصفقة من جهة أخرى.

[3] Décret N° 1683-2022, du 28/12/2022, Portant diverses modifications du code de la commande publique français, JORF.

إلى نص المادة التاسعة من هذا القانون، وبالتالي يستوجب عليه أن يتدارك مثل هكذا نقائص خاصة في التنظيمات القادمة لهذا القانون.

كما نرى بأن تعريف الأستاذ عمار بوضياف جاء أكثر دقة وشمولية نسبيا لأطراف عقد الصفقة العمومية، ونحن أيضا نؤيد هذا التعريف.

أما بخصوص التشريعات المقارنة هي أيضا تطرقت إلى تعريف عقد الصفقة العمومية حسب القوانين السارية هناك.

مثلاً المشرع التونسي عرَّف الصفقة العمومية في الفصل الأول من الأمر عدد 3158 لسنة 2002 مؤرخ في 17 ديسمبر 2002 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية المنقح والمتمم كما يلي: " الصفقات العمومية عقود كتابية يبرمها المشتري العمومي قصد انجاز طلبات عمومية "[1].

في هذا الأمر يقصد المشرع التونسي بـ " المشتري العمومي" بأنه قد يكون شخصًا من أشخاص العامة متمثلاً في الدولة أو الجماعات المحلية والمؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية والمنشآت العمومية، كما أوضح أيضًا محل ونوع الصفقة العمومية في نفس الأمر وأعتبر كل طلب عمومي يدخل في إنجاز أشغال أو التزود بمواد أو إسداء خدمات أو إعداد دراسات يعتبر صفقة عمومية[2].

أما المشرع الليبي فقد عرَّف الصفقة العمومية في لائحة العقود الإدارية رقم 263 بتاريخ 2000/05/17 في المادة الثالثة كما يلي: " يقصد بالعقد الإداري في تطبيق أحكام هذه اللائحة كل عقد تبرمه جهة من الجهات المشار إليها في المادة السابقة (جهة الإدارة) بقصد تنفيذ مشروع

---

[1] للإطلاع أكثر أنظر مراد جدي، سلطة المصلحة المتعاقدة في تعديل الصفقة العمومية، أطروحة دكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة لونيسي علي البليدة 2، 2020/2019، ص.30.

[2] أنظر الفصل الأول من أمر عدد 3158 لسنة 2002، مؤرخ في 17 ديسمبر 2002، متعلق بتنظيم الصفقات العمومية التونسي، المنقح والمتمم بالأمر، عدد 3018 لسنة 2009، المؤرخ في 19 أكتوبر 2009.

من المشاريع المعتمدة في الخطة والميزانية أو الإشراف على تنفيذه أو تقديم المشورة الفنية أو تطوير أو تسيير المرافق العامة لخدمة الشعب بانتظام واطراد متى كان ذلك العقد يشمل على شروط استثنائية غير مألوفة في العقود المدنية ويستهدف تحقيق المصلحة العامة "[1].

بالنسبة للمشرع الفرنسي تطرق إلى تعريف الصفقة العمومية في التنظيم الذي يحكم الصفقات العمومية الفرنسي بأنها: " تلك العقود بعوض المبرمة بين المصلحة المتعاقدة المبينة في المادة الثانية من هذا القانون من جهة ومتعاملين اقتصاديين عموميين أو خواص من جهة أخرى، وهذا قصد تلبية حاجيات الأشخاص العمومية في مجال الأشغال التموين، أو الخدمات "[2].

ثالثًا: التعريف القضائي للصفقة العمومية

كذلك كان نصيب للقضاء الجزائري والقضاء المقارن في تعريف العقد الإداري فحاول وضع تعريفات له وهو ما سنبينه كالتالي:

01 – القضاء الفرنسي

جاء القضاء الفرنسي بتعريف للعقد الإداري في حكم صادر له بتاريخ 1950/10/20 بأنه: " عقد يقوم بين الإدارات العامة والأجهزة التابعة لها أو الأفراد لتأمين تسيير المرافق العامة ويضع التزامات على عاتقها وعاتقهم والذي يتضمن شروط تعتبر غير مألوفة في العقد المدني "[3].

كما قام مجلس الدولة بتعريف العقد الإداري في قضية صادر حكمها بتاريخ 1988/06/10 وبين بأنه إذا كان العقد لا يتصل بتسيير مرفق عام أو لا يحتوي على شروط استثنائية غير

---

[1] عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية طبقًا للمرسوم الرئاسي 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015، القسم الأول، مرجع سابق، ص.82.

[2] دحو كراش، الملحق في الصفقات العمومية في القانون الجزائري والفرنسي، النشر الجامعي الجديد، تلمسان، 2017، ص.39.

[3] نقلاً عن: لمياء هاشم سالم قبع، اختلال التوازن المالي في العقد الإداري، دار الكتب القانونية، مصر، 2013، ص.15.

موجودة في القانون الخاص فإنه لا يعد من قبيل العقود الإدارية وبالتالي لا يختص القضاء الإداري بالنظر في منازعاته[1].

كما جاء تعريف القضاء الفرنسي للعقد الإداري كما يلي: " هو ذلك العقد الذي يبرمه شخص معنوي عام بقصد تسيير مرفق عام أو تنظيمه أو يظهر فيه نية الإدارة في الأخذ بأحكام القانون العام وذلك يتضمن العقد شروطًا أساسية غير مألوفة في القانون الخاص "[2].

02 – القضاء المصري

بخصوص القضاء المصري جاء تعريفه للعقد الإداري كالآتي : " العقد الذي يبرمه شخص من أشخاص القانون العام من أجل إدارة مرفق عام أو بمناسبة تسييره وأن يستعمل أسلوب القانون العام كما يجب أن يحتوي هذا العقد لشروط استثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص ".

كما ذهبت محكمة القضاء الإداري المصري إلى تفصيل التعريف السابق من خلال حكم لها بتاريخ 1952/12/02 بالقول: " أن العقود الإدارية تختلف عن العقود المدنية في أنها تكون بين شخص معنوي من أشخاص القانون العام وبين شخص أو أشخاص ، كما أنها تهدف إلى مصلحة عامة "[3].

كما عُرف العقد الإداري من خلال حكم للمحكمة الإدارية العليا في مصر صادر في الطعن رقم 13837 لجلسة 15 أفريل 2008 كالآتي : " العقد الإداري يعتبر إداريًا إذا كان أحد طرفيه شخصًا

[1] السيد فتوح محمد هنداوي، القاضي الإداري والتوازن المالي في العقود الإدارية دراسة مقارنة، المركز القومي للإصدارات القانونية، ط1، القاهرة، 2016، ص.26.

[2] مفتاح خليفة عبد الحميد، مرجع سابق، ص.32.

[3] عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية طبقًا للمرسوم الرئاسي 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015 القسم الأول ، مرجع سابق، ص ص.120 و121.

معنويًا عامًا وكان إبرامه محل نشاط متصل بمرفق عام ويتضمن شروط غير مألوفة في نطاق القانون الخاص "[1].

03 – القضاء التونسي

بالنسبة للقضاء التونسي فيما يخص تعريفه للعقد الإداري نهج نفس نهج القضاء المصري حيث قالت المحكمة الإدارية في تونس في قرار صادر عنها بتاريخ 1989/01/30، القضية عدد 537 : " ... وحيث أن العقد المبرم بين شخص معنوي عمومي وأحد الأفراد لا يكفي بذاته لاعتباره من صنف العقود الإدارية بل لا بد أن يستهدف تشريك المتعاقد في تسيير مرفق عام ... وأن تتضمن بنوده شرطًا من الشروط غير المألوفة في قواعد القانون الخاص "[2].

04 – القضاء الجزائري

عرَّف القضاء الجزائري الصفقة العمومية هو أيضَا كغيره من سابقيه، حيث عرَّف مجلس الدولة الجزائري الصفقة العمومية في قرار له في قضية رئيس بلدية ليوة ولاية بسكرة ضد (ق أ) بأنها: " عقد يربط الدولة بالخواص حول مقاولة أو انجاز مشروع أو أداء خدمات "[3].

يلاحظ من تعريف مجلس الدولة للصفقة العمومية أمرين:

الأمر الأول أن القضاء الإداري الجزائري حصر الأشخاص العامة المخول لها إبرام الصفقات العمومية في شخص الدولة فقط، وتناسى كل من الولاية والبلدية والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري.

---

[1] السيد فتوح محمد هنداوي، مرجع سابق، ص.27.

[2] أنظر عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية طبقًا للمرسوم الرئاسي 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015، القسم الأول، مرجع سابق، ص.122.

[3] قرار مجلس الدولة الجزائري رقم 6215، فهرس 873، صادر في 17 ديسمبر 2002.

أما الأمر الثاني فهو إهماله شرط الشكل (الكتابة)، والذي يعد شرط وإجراء جوهري في مرحلة الإبرام، كما استعمل كلمة مقاولة وهي عادة ما نجدها في العقود الخاصة، وبالتالي يعد هذا التعريف حسب رأينا مبتورًا من أغلب الدلالات التي تجسد المعنى الصحيح للعقد الإداري.

الفرع الثاني: المعايير المحددة للصفقات العمومية

من خلال ما سبق من تعريفات فقهية منها وتشريعية وقضائية للصفقة العمومية يستوجب علينا تحديد المعايير التي يجب توافرها، حتى نميز عقد الصفقة العمومية عن باقي العقود الأخرى.

لذلك نجد أن المعايير التي تم الاعتماد عليها في تمييز هذا العقد عن العقود الأخرى تنحصر في المعيار العضوي (أولاً)، والمعيار الموضوعي (ثانيًا)، ثم المعيار المالي (ثالثًا) و(رابعًا) معيار الشرط الاستثنائي غير المألوف.

أولاً – المعيار العضوي

لقد استقر الفقه والقضاء على أن العقد حتى يكون إداري، وجب على الأقل أن يكون طرف فيه من أشخاص القانون العام، فغير هذا يعد العقد يحمل طابع العقود الخاصة والمدنية.

من خلال القانون رقم 23-12، نلاحظ بأن المشرع الجزائري حدد الأشخاص العامة التي يمكن لها أن تبرم صفقة عمومية[1].

[1] تنص المادة 09 من قانون رقم 23-12، مصدر سابق، على: " تطبق أحكام هذا القانون على الصفقات العمومية محل نفقات :
– الدولة ممثلة في الهيئات ولإدارات العمومية
– الجماعات المحلية
– المؤسسات العمومية الخاضعة للقانون العام
– المؤسسات العمومية والمؤسسات العمومية الاقتصادية المكلفة من قبل الدولة أو الجماعات المحلية بالإشراف المنتدب على المشروع.
– المؤسسات العمومية الخاضعة للقواعد التجارية، فيما يخص إنجاز عملية ممولة مباشرة كليًا أو جزئيًا، من ميزانية الدولة أو ميزانية الجماعات المحلية ".

كما حصرت المادة 49 من التقنين المدني الجزائري الأشخاص العامة في كل من الدولة الولاية، البلدية والمؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية[1].

أيضًا تطرقت المادة 800 من القانون رقم 08-09، المعدل والمتمم، لأشخاص القانون العام وعددتها كالآتي:

الدولة، الولاية، البلدية والمؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية، بالإضافة إلى الهيئات العمومية الوطنية والمنظمات المهنية الوطنية[2].

كذلك نجد القانون 11-10، المعدل والمتمم، والمتعلق بالبلدية، أعطى للبلدية خاصية إبرام الصفقات العمومية باعتبارها شخص من الأشخاص العامة التي يحكمها القانون العام ، حيث جاءت المادة 189 منه بما يلي: " يتم إبرام صفقات اللوازم والأشغال أو الخدمات التي تقوم بها البلدية والمؤسسات العمومية البلدية ذات الطابع الإداري طبقًا للتنظيم الساري المفعول المطبق على الصفقات العمومية "[3].

ثانيًا – المعيار الموضوعي

تناول تقنين الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام أنواع الصفقات في المادة 24 منه[4] والتي جاءت كالآتي: " تشمل الصفقات العمومية إحدى العمليات الآتية أو أكثر:

---

[1] أنظر المادة 49 من أمر 75-58، مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، متضمن القانون المدني، المعدل والمتمم بالقانون رقم 07-05 المؤرخ في 13 ماي 2007، ج.ر.ج.ج عدد 31، صادرة في 13 ماي 2007.

[2] للإطلاع أكثر أنظر قانون رقم 08-09، مؤرخ في 25 فيفري 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية ج.ر.ج.ج عدد 21، صادر في 23 أفريل 2008، معدل ومتمم بالقانون رقم 22-13، مؤرخ في 12 جويلية 2022 ج.ر.ج.ج عدد 48، صادر في 17 جويلية 2022.

[3] أنظر قانون رقم 11-10، مؤرخ في 22 جوان 2011، يتعلق بالبلدية، ج.ر.ج.ج عدد 37 لسنة 2011، صادر في 03 جويلية 2011، معدل ومتمم بالأمر رقم 21-13، مؤرخ في 31 أوت 2021، ج.ر.ج.ج عدد 67، صادر في 31 أوت 2021.

[4] أنظر قانون رقم 23-12، مصدر سابق.

– انجاز الأشغال.

– اقتناء اللوازم.

– انجاز الدراسات.

– تقديم الخدمات. "

ما يلاحظ من نص المادة أعلاه أن المشرع الجزائري قسم هذا المعيار إلى:

01 – الصفقة العمومية للأشغال

تعتبر صفقة الأشغال[1] في حالة انجاز منشأة معينة أو أشغال بناء أو هندسة مدنية، وأشغال الشبكات المختلفة تجديد أو صيانة أو تهيئة وترميم أو هدم منشأة معينة ويكون ذلك من اختصاص المصلحة المتعاقدة صاحبة المشروع بعد تحديد حاجاتها بدقة.

02 – الصفقة العمومية لاقتناء اللوازم

حصر المشرع الجزائري صفقة اللوازم في الاقتناء أو الإيجار أو بيع بالإيجار بخيار الشراء أو دونه لعتاد أو مواد مهما كان شكلها توجه لتلبية الحاجات ذات الصلة بنشاط المصلحة المتعاقدة[2].

03 – الصفقة العمومية لإنجاز الدراسات

هذه الصفقة تهدف إلى إنجاز خدمات فكرية حسب تعريف المشرع لها في التقنين الخاص بالصفقات العمومية الجزائري[3]، وعادة ما تكون هذه الصفقة مرتبطة ارتباطًا وثيقًا بصفقة الأشغال العامة لاسيما المراقبة التقنية أو ما تعلق بالأعمال الجيوتقنية والإشراف على إنجاز الأشغال ومتابعتها وتقديم المساعدة للمصلحة المتعاقدة وصاحب المشروع ، وقد تكون الصفقة العمومية للدراسات في صورة إشراف على إنجاز منشآت أو مشروع وذلك يتعلق بتنفيذ:

[1] أنظر المادة 25 من قانون رقم 23–12، مصدر سابق.

[2] للإطلاع أكثر أنظر المادة 26 من المصدر نفسه.

[3] أنظر المادة 27 من المصدر نفسه.

- ✓ دراسات أولية أو التشخيص أو الرسم المبدئي.
- ✓ دراسات مشاريع تمهيدية موجزة ومفصلة.
- ✓ دراسات المشروع.
- ✓ دراسات التنفيذ أو تأشيرها عندما يقوم بها المتعامل المتعاقد أو المقاول.
- ✓ مساعدة صاحب المشروع في إبرام وإدارة تنفيذ صفقة الأشغال من خلال التنظيم والتنسيق وتوجيه أشغال الورشة وكذا استلامها[1].

04 – الصفقة العمومية لتقديم الخدمات

عرَّفت المادة 29 الفقرة الأخيرة من المرسوم الرئاسي رقم 15–247، الصفقة العمومية للخدمات حيث جاء فيها : " ... تهدف الصفقة العمومية للخدمات المبرمة مع متعهد خدمات إلى إنجاز تقديم خدمات وهي صفقة عمومية تختلف عن صفقات الأشغال أو اللوازم أو الدراسات ".

كما حددت المادة 28 من القانون رقم 23–12، محل صفقة تقديم الخدمات، حيث تكون صفقة خدمات عندما لا ينصب موضوعها على الأشغال أو اللوازم أو الخدمات.

ثالثًا – المعيار المالي

تعد العتبة المالية أو المعيار المالي من أهم المعايير التي يكون الاعتماد عليها يعتمد عليها في تمييز صفقة عمومية عن باقي العقود الأخرى، فنجد المنظم الجزائري لا يتوانى في تحديد العتبة المالية في جميع المراسيم التي نظمت الصفقات العمومية في الجزائر ، وبالتدقيق في المادة 13[2]، نجد أن هذا الأخير قام بتحديد العتبة المالية المطلوبة حتى نكون أمام عقد صفقة عمومية

[1] المادة 12/29 من مرسوم رئاسي رقم 15–247، مصدر سابق.

[2] تنص المادة 13 من المصدر نفسه، على: " كل صفقة عمومية يساوي فيها المبلغ التقديري لحاجات المصلحة المتعاقدة إثني عشر مليون دينار (12.000.000 دج) أو يقل عنه للأشغال أو اللوازم، وستة ملايين دينار

فأي عقد لم يتجاوز مبلغه تلك العتبة لا يمكن أن يحقق لنا المعيار المالي وبالتالي لا نطبق عليه الإجراءات ذات الطابع الشكلي التي نص عليها التنظيم.

ما نلاحظه نحن هو أن المنظم الجزائري يقوم بإدخال تعديلات وتحيينات في العتبة المالية للصفقة من حين إلى آخر، وبصفة دورية ولعل هذا راجع إلى معدلات التضخم التي تسجلها الدولة سنويًا من جهة، ولتكون مواكبة للتطورات الطارئة على التنمية الاقتصادية من جهة أخرى ويكون تحيين المعيار المالي للصفقة بموجب قرار من الوزير المكلف بالمالية وهذا حسب نص المادة 22 من المرسوم الرئاسي 15-247.

انتقد الأستاذ ياسين قوتال المنظم الجزائري بخصوص آلية تحيين العتبة المالية، والتي أسندها القانون إلى الوزير المكلف بالمالية عوض أن يكون التحيين بموجب مرسوم رئاسي، وأعتبر أن ذلك من شأنه أن يُخل بقاعدة توازي الأشكال[1].

ما لاحظناه من المادة 13 هو أن المنظم استعمل مصطلحات غير دقيقة في تحديد المجال المالي للصفقة العمومية، حيث كان من الأحرى أن لا يستعمل عبارة : يساوي أو يقل لا تقتضي وجوبا إبرام صفقة عمومية، لأنها جاءت بعد عبارة: كل صفقة عمومية وكان من الأفضل استبدالها بكلمة أكبر، وهذا حتى تكون الصياغة أكثر دقة، أو يستبدل كلمة: كل صفقة عمومية بعبارة: كل عقد إداري، لأنه ليس كل عقد إداري يعد صفقة عمومية والعكس صحيح.

إن الحكمة في تحديد السقف المالي حتى يعد العقد الإداري صفقة عمومية راجعة إلى سياسة

(6.000.000 دج) للدراسات أو الخدمات، لا تقتضي وجوبًا إبرام صفقة عمومية وفق الإجراءات الشكلية المنصوص عليها في هذا الباب ".

[1] ياسين قوتال، " الإختلالات المعيارية في تحديد مفهوم الصفقات العمومية حسب المرسوم الرئاسي 15-247 "، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، جامعة خنشلة، عدد12، جوان 2019، ص.103.

الدولة في ترشيد النفقات العامة وحوكمة الصفقات العمومية[1] من جهة ، وحماية المال العام في هذا من جهة أخرى بحكم أن مجال الصفقات العمومية يعد مجالاً خصبًا لانتشار الفساد المالي كون الاعتمادات المالية الضخمة التي تخصصها الدولة تكون من الخزينة العمومية وبالتالي وجب عليها أن تتحكم فيها وتضع لها عتبة مالية وأن تُخضعها لآليات رقابية فعالة وفق التشريعات المعمول بها.

كما أن المغزى من تحيين العتبة المالية للصفقة العمومية من حين إلى أخر، يرجع إلى مرونة عقود الصفقات العمومية، وحرص المصلحة المتعاقدة على تقديم الخدمة العمومية بانتظام[2].

رابعًا – معيار الشرط الاستثنائي غير المألوف

إن ما يميز العقد الإداري عن سائر العقود الأخرى هو احتوائه على شروط خاصة واستثنائية غير مألوفة، وهذه الخاصية مسلم بها فقهًا وقضاءً، ومن منطلق هذه الشروط الاستثنائية نجد الإدارة تتمتع بالمركز الممتاز أو الطرف القوي في العقد، وهذا المركز جعلها تمارس مجموعة من السلطات لا يمكن لها أن تمارسها في حالة إبرامها لعقد خاضع لأحكام القانون الخاص لأن مثل هذه العقود تخضع دائمًا لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين، بمعنى أن كفتي المتعاقدين متساوية هنا[3].

بالعودة إلى تنظيم الصفقات العمومية نجده أعطى لصاحب المشروع هذه السلطات الخاصة وغير المألوفة، وأجاز لها ممارستها بشكل انفرادي على الطرف الأخر في العقد ودون استشارته ومن بين هذه السلطات: نجد أن نصوص المواد من 135 إلى 139[4] من المرسوم الرئاسي

---

[1] عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية طبقًا للمرسوم الرئاسي 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015، القسم الأول، مرجع سابق، ص.157.

[2] عبد الغني زعلان، " المعيار الموضوعي والمالي لصفقة الأشغال العامة في ضوء المرسوم الرئاسي 15- 247"، مجلة العلوم القانونية والسياسية، مجلد 9، عدد 2، جوان 2018، ص.555.

[3] مراد جدي، مرجع سابق، ص.51.

[4] للإطلاع أكثر أنظر المواد من: 135 إلى 139 من مرسوم رئاسي رقم 15-247، مصدر سابق.

15-247، أجازت للمصلحة المتعاقدة أن تعدل في عقد الصفقة العمومية متى دعت الضرورة أو المصلحة إلى ذلك أو في حالة ما استجدت ظروف لم تكن متوقعة أو موجودة أثناء أو قبل مرحلة الإبرام.

كما نجد أن المواد السابق ذكرها، بيَّنت لنا كيفية ممارسة سلطة التعديل وشروطها وضوابطها وآلية ممارستها.

كما نجد هذه السلطات الاستثنائية أيضًا في القانون رقم 23-12، وبالضبط في المواد 81 84، 90 و93 منه[1]، من خلال إجازة آلية الفسخ للصفقة من طرف واحد دون أخذ رأي الطرف المتعاقد الأخر في حالة إخلاله بالالتزامات المتعاقد عليها وهذا بعد اعذاره حسب نص المادة 90[2] من القانون السابق ذكره.

كما أجاز للمصلحة المتعاقدة صاحبة المشروع أيضًا ممارسة سلطة توقيع الجزاءات، سواء كانت مالية أو ضاغطة حيث تطبق مباشرة بمجرد حصول عدم التنفيذ من المتعاقد معها للالتزامات بالكيفية التي تم الاتفاق عليها، أو في حالة تقصير منه أو في حالة عدم احترامه للآجال التعاقدية، وهذا ما نصت عليه المادة 147[3] من المرسوم رقم 15-247، كون هذا المرسوم

---

[1] أنظر قانون رقم 23-12، مصدر سابق.

[2] لقد فصلت المادة 90 من المصدر نفسه، في إجراء الفسخ من خلال تبيان شروطه وضوابطه وأنواعه وآلية ممارسته حيث نصت على: " إذا لم ينفذ المتعاقد التزاماته، توجه له المصلحة المتعاقدة إعذارًا للوفاء بالتزاماته التعاقدية في أجل محدد.

وإذا لم يتدارك المتعاقد تقصيره في الأجل الذي حدده الإعذار، فإن المصلحة المتعاقدة يمكنها أن تقوم بفسخ الصفقة العمومية من جانب واحد، إذا لم يستجب المتعامل المتعاقد مجددًا لإعذار ثانٍ في أجل محدد ... ".

[3] بينت لنا المادة 147 من مرسوم رئاسي رقم 15-247، مصدر سابق، صورة من صور الجزاءات التي يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تفرضها على المتعاقد المخل سواء كان هذا الإخلال في مدة التنفيذ أو في كيفية التنفيذ، ألا وهي العقوبات المالية، كما بينت لنا هذه المادة شروط وكيفية وضوابط تطبيق هذه العقوبات، وكذلك المادة 84 من قانون رقم 23-12، مصدر سابق، وهذا ما سنتطرق إليه بالتفصيل في هذه الأطروحة.

ساري العمل به[1] ما عدا ما يتنافى مع القانون رقم 23-12، وكذلك جاءت المادة 84 من نفس القانون لتفصل في الجزاء الفاسخ.

المطلب الثاني: مفهوم الجزاءات الإدارية وتمييزها عن الجزاءات القانونية الأخرى المشابهة

أصبحت ظاهرة الردع تدخل مجالات عملية غير مسبوقة، ومن بين أوجه هذه المجالات المجال التعاقدي أو الرابطة التي تنشأ بين الإدارة والمتعاقدين معها، حيث كان الفقه قبل ذلك لا يتقبل هذه الظاهرة، التي وصلت إلى حد الاعتراف للإدارة بمجموعة من الامتيازات والسلطات والتي من بينها سلطة توقيع الجزاءات كسلطة رادعة، والتي مفادها أن كل من يخرق نصًا قانونيًا أو يخالف قرارًا إداريا توقع عليه جزاءات.

وعليه سنعطي في (الفرع الأول) مفهوم للجزاءات الإدارية، ثم تمييز هذه الجزاءات عن الجزاءات القانونية الأخرى المشابهة في (فرع ثانٍ).

الفرع الأول: مفهوم الجزاءات الإدارية

سنتطرق في هذا الفرع إلى التطور التاريخي للجزاءات (أولاً)، وتعريف الجزاءات (ثانيًا)، ثم نعدد مميزاتها وخصائص الجزاءات الإدارية (ثالثًا).

أولاً: التطور التاريخي للجزاءات الإدارية

كان الفقه يتذرع بحجج أبرزها أن مشاركة الإدارة في توقيع الجزاءات مع القضاء، يعد انتهاكا صارخًا لمبدأ الفصل بين السلطات، ويجعل من الإدارة خصمًا وحكمًا في نفس الوقت وهذا أمر

1 منشور وزاري رقم 3514، مؤرخ في: 24 سبتمبر 2023، يتعلق بتنفيذ الأحكام الانتقالية للقانون رقم 23-12، المؤرخ في 05 أوت 2023، المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالصفقات العمومية.

ترفضه أصول العدالة[1].

وخرج الفقه بعد ذلك بمبدأ مفاده استبعاد الإدارة من مجال الردع، وذلك باعتباره اختصاص أصيل للقضاء متمسكا بألّا يجعل من الإدارة شريكا يقاسمه هذا الاختصاص[2].

تعد قضية سان جوست العقارية في فرنسا صاحبة الفضل في إرجاع الاختصاص إلى القضاء، وجاء في تقرير المفوض روميو في هذه القضية: " إن الجزاء الذي يوقعه القضاء يمثل الطريق المألوف لإجبار الأفراد على الامتثال لقرارات السلطة العامة، وهذا على أي حال أحد المبادئ الأساسية التي يستقر عليها نظامنا القانوني"، وبعد الحرب تغيرت هذه المبادئ، وظهرت حلول أخرى فرضتها الوقائع المستجدة، من أهمها تحول الدولة إلى متدخلة بشكل ايجابي بعد أن كانت حارسة يقتصر دورها في الدفاع عن البلاد والحرص على مرفق العدالة فقط، فكان لها دور في كبح طغيان المصلحة الخاصة على المصلحة العامة بواسطة الردع[3].

أصبحت الدولة تسير على هذا الوضع من خلال توسيع نطاق تدخل أجهزتها الإدارية، وذلك عن طريق إصدارها للعديد من التشريعات الاقتصادية والضريبية التي تعطي للإدارة الحق في سلطة توقيع الجزاءات على مخالفات الأفراد والتي تهدف من خلالها إلى تحقيق الأمن الاقتصادي والمصلحة العامة للأفراد[4].

بعد ذلك بارك الفقه هذه الفكرة بعد تردده وقبل بأن يعترف للإدارة سلطة الردع شريطة أن يكون ذلك في حدود ضيقة، وفي هذا الشأن يقول بعض الفقهاء : " ... ليس في الأنظمة الحرة ما

---

[1] محمد باهي أبو يونس، الرقابة القضائية على شرعية الجزاءات الإدارية العامة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2000، ص.03.

[2] محمد باهي أبو يونس، المرجع نفسه، ص.08.

[3] ROMIEU.Jean, Conclusion sur société immobilière de Saint–Just, Tribunal des Conflits, 02 décembre 1902, P.17.

[4] محمد باهي أبو يونس، مرجع سابق، ص. 09.

يحول دون الاعتراف للإدارة بهذه السلطة التي تكفل تنفيذ القوانين بشرط أن يكون ذلك في نطاق محدود، وعلى نحو لا ينال بأي شكل من الردع الجنائي "[1].

بدأت ظاهرة الردع تتسع شيئاً فشيء حتى بداية السبعينات، حيث توسعت التشريعات في هذه الظاهرة بشكل كبير في العديد من الدول، وتجلى ذلك على مستوى النطاقين العضوي والموضوعي فمن الناحية العضوية لم يتوقف الأمر في فرنسا بالاعتراف للإدارة بهذه السلطة فقط، وإنما ذهب لأبعد من ذلك وهو إنشاء أجهزة إدارية جديدة عرفت آنذاك باللجان الإدارية المستقلة جمعت بين صفات الجهات الإدارية والهيئات القضائية، يتمتع أعضاؤها بالاستقلالية ولهم نفس ضمانات رجال القضاء[2].

أما الجزاءات في مصر لاقت تطورًا كبيرًا، فهي لم تقتصر على نطاقها التقليدي في قطاع المرور أو الضرائب والجمارك فقط كسلطة الإدارة في حل الجمعيات طبقًا للقانون رقم 317 لسنة 1956 والخاص بالجمعيات التعاونية، أو جزاء الغلق الذي جاء في القانون رقم 371 لسنة 1956 للمحلات العامة، أو إلغاء التراخيص المقررة في القانون الذي يحكم المحلات التجارية والصناعية وإنما امتدت سلطة الجزاءات لتشمل قطاعات أخرى كقطاع الزراعة الذي يعطي للإدارة حق إزالة البنايات المبنية على الأراضي الزراعية، وقطاع السياحة من خلال إزالة المنشآت السياحية والفندقية غير المرخصة[3]، وبالتالي فالجزاء كان في الماضي يعد أحد امتيازات السلطة الإدارية العامة.

---

[1] نقلاً عن: محمد باهي أبو يونس، مرجع سابق، ص.09.

[2] المرجع نفسه، ص ص.10 و11.

[3] المواد 29، 30 من قانون رقم 371 لسنة 1956 المصري، متعلق بالمحال العامة، الوقائع المصرية، عدد 88 مكرر (ج)، صادر في 03 نوفمبر 1956.

ثانيًا: تعريف الجزاءات

سنحاول إعطاء تعريف لغوي للجزاءات (01)، ثم التعريف الاصطلاحي (02)، والتعريف اللغوي للجزاءات (03).

01 – التعريف اللغوي

عرفت كلمة الجزاء في قواميس اللغة العربية على أنها المكافأة على الشيء سواء كان هذا الشيء مذموم أو محمود، كما يعني أيضًا الثواب والعقاب، فالجزاء اسم، ومصدر جزى .

هذا جزاء ما فعلت يداه أي عقابه.

نال جزاء اجتهاده وإخلاصه أي المكافأة والثواب[1].

02 – التعريف الاصطلاحي

الجزاء في الاصطلاح القانوني هو الأثر الذي يرتبه تصرف عند مخالفة القواعد والأحكام القانونية التي نص عليها التشريع، وهو غير مقتصر على العقاب فقط الذي نص عليه المشرع كجزاء لارتكاب مخالفة ما، وإنما يمتد ليشمل أيضًا المكافآت عندما يكون الالتزام بنص قانوني أو تنفيذه[2].

[1] عبد الغني العزم، معجم الغني الزاهر، معجم عربي عربي، ط1، مؤسسة الغني للنشر، الرباط، 2013، ص.43.

[2] طارق سلطان، سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات على المتعاقدين معها في العقود الإدارية وضوابطها– دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2010، ص.114.

03 – التعريف الفقهي

ويعرفه الفقيه فيليب جستاز في المعاني الثلاثة الجزاء كالتالي: " الجزاء هو تكريس أو إقرار قاعدة القانون بطريق النظام القانوني أو الآثار المحددة اللصيقة بالقاعدة، أو ترتيب الآثار الناجمة عن القاعدة بطريق الإكراه "[1].

والجزاء كلمة قانونية نجدها في مختلف القوانين والأنظمة منذ نشأة فكرة القانون، فمثلاً نجدها في القانون الجنائي " لا عقوبة (جزاء) إلا بنص "، وفي القانون المدني: " لا بطلان إلا بنص".

أما في القانون الإداري تتعدد أنواع الجزاءات لتشمل الجزاء التأديبي الذي توقعه الإدارة على الموظف الذي خالف قواعد الوظيفة العامة، والجزاء في مجال العقود الإدارية هو الأثر الذي يترتب عند إخلال أحد أطراف العلاقة التعاقدية ببنود الاتفاق[2].

يتضح لنا من خلال التعريفات السابقة للجزاء بأن التعريف الجامع للجزاء هو: التصرف القانوني الصادر عن سلطة مختصة بحيث يطبق على كل من خالف قاعدة قانونية أو التزم بها وقام بتنفيذها.

ثانيًا: مميزات وخصائص الجزاءات الإدارية

تستمد الجزاءات الإدارية أصالتها من مقتضيات تسيير المرافق العامة، لهذا فإن النظام الإداري لا يهدف إلى إيجاد التوازن بين الالتزامات التي تنشأ بين طرفي العقد فقط، وإنما هدفه الأسمى هو كيفية تنفيذ الالتزام المرتبط بسير المرافق العامة بشكل مرضي وجبر الضرر الذي لحق

[1] طارق سلطان، مرجع سابق، ص.114.

[2] سعيد عبد الرزاق باخبيرة، سلطة الإدارة الجزائية في أثناء تنفيذ العقد الإداري– دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة بن يوسف بن خدة الجزائر1، 2008/2007، ص ص.36 و37.

به[1]، ومن المبادئ المقررة قانونًا والتي تخضع لها المرافق العامة هي الانتظام في السيرورة لأن التقصير في تنفيذ الالتزامات أو التقاعس فيها من طرف المتعاقد مع الإدارة العامة، من شأنه أن يحدث تعطيل في المرافق العامة وتوقفها.

مما لا شك فيه أن الجزاءات الإدارية في مجال العقود الإدارية متعددة وكلها تشترك في مجموعة من الخصائص تميزها عن باقي الجزاءات الأخرى وهذا حسب خصوصية كل عقد، كما أنه توجد خصائص يمكن أن ينفرد بها نوع من الجزاءات عن غيره، وقد توجد في عقد ولا توجد في عقد آخر[2]، وعليه يمكن تعداد الخصائص التي تتمتع بها الجزاءات الإدارية في الآتي:

01 – حق الإدارة في توقيع الجزاءات على المتعاقد معها دون إثبات الضرر

يعد الضرر مفترض كنتيجة لعلاقة تعاقدية أخل طرف فيها بالتزاماته التعاقدية، فبمجرد إخلال المتعاقد بالتزاماته أو ارتكب فيها خطأ تتم معاقبته، وهنا ليس الهدف من توقيع الجزاءات للمعاقبة وإنما يكمن في تأمين سيرورة المرافق العامة[3].

قد جاء في قرار صادر عن المحكمة الإدارية العليا المصرية سنة 1963 ما يلي: " إن الجزاءات التي تملك الإدارة توقيعها على المتعاقد معها في روابط العقد الإداري إذا ما خالف شروط العقد أو قصَّر في تنفيذ الالتزامات المفروضة عليه بموجبه إنما تستهدف أساسًا تأمين سير المرافق العامة، فلا يشترط لتوقيعها إثبات وقوع ضرر أصاب المرفق، إذ أن هذا الضرر مفترض بمجرد تحقق سبب استحقاقها المنصوص عليه في العقد ..."[4].

---

[1] محمد فؤاد عبد الباسط، العقد الإداري– المقومات، الإجراءات، الآثار، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2006، ص.277.

[2] سعيد عبد الرزاق باخبيرة، مرجع سابق، ص.53.

[3] محمد فؤاد عبد الباسط، مرجع سابق، ص.278.

[4] قرار المحكمة الإدارية العليا بمصر في طعن رقم 1086، صادر في 30 نوفمبر 1963، السنة 09، بند17، ص.161.

كما قضت أيضًا نفس المحكمة بعدم جواز قيام المتعاقد بإثبات أن تقصيره لم تنتج عنه أية أضرار للإدارة المتعاقدة بقولها: " لا تكلف الإدارة بإثبات الضرر، لأن الضرر مفترض بفرض غير قابل لإثبات العكس "[1].

هنا تتجلى رغبة القضاء في أن لا يعطي الإدارة المتعاقدة أي مجال للمتعاقد معها في حق إثبات وقوع الضرر كنتيجة لتقصيره أو إهماله في تنفيذ محتوى العقد، حيث أنه بمجرد فتح المجال للمتعاقد في إثبات وقوع الضرر من شأنه أن يمس بالتنظيمات المعمول بها في الإدارة، وبالتالي بمجرد وقوع إخلال أو تقصير من المتعاقد يجازى بجزاء مناسب للتقصير أو الإخلال.

والفقه أيضا أدلى بدلوه في هذا الشأن وحسمه بأنه لا يشترط في حالة تطبيق الإدارة لأنواع مختلفة من الجزاءات أن يترتب عن تقصير المتعاقد في التزاماته حدوث ضرر للإدارة، إذ أنه لا توجد صلة بين هذه الجزاءات وبين فكرة الضرر، فالجزاء يطبق بسبب ما حدث من خروج عن بنود العقد بأي شكل من الأشكال، حتى لو لم يترتب على هذا الخروج حدوث أضرار للإدارة[2].

02 – السلطة الانفرادية للإدارة في توقيع الجزاءات

يعد امتياز المبادرة هو الحق أو السلطة التي منحت للإدارة المتعاقدة في توقيع الجزاء دون اللجوء إلى القضاء واستصدار سند تنفيذي، وهذا الامتياز لا يوجد له أصل في مبادئ القانون الخاص أو القانون المدني وبالتالي فالإدارة لا تحتاج إلى التوجه إلى القضاء الإداري كي تطالب بتوقيع الجزاء ضد المتعامل المتعاقد المخل والمقصر، لأنها تملك هذا الامتياز مما يعطيها الحق في إصدار قرارات ملزمة للأفراد وتنفيذها بالقوة الجبرية دون إذن سابق من القضاء[3].

---

[1] قرار المحكمة الإدارية العليا بمصر، في طعن رقم 251 لسنة 25 ق، صادر في : 1982/01/16 لمجموعة السنة 27، بند 31، منقول عن: سعيد عبد الرزاق باخبيرة، مرجع سابق، ص.54.

[2] المرجع نفسه، ص.55.

[3] طارق سلطان، مرجع سابق، ص.131.

قد أعطى التشريع المصري للإدارة المتعاقدة حق الانفرادية في في توقيع الجزاءات والنص عليه صراحة في القانون رقم 98 لسنة 1998 الخاص بتنظيم المناقصات والمزايدات[1].

كما يوجد أيضا قرار للمحكمة الإدارية العليا بمصر، يؤيد المبدأ السابق ذكره بقولها فيه : " إن للإدارة الحق في توقيع الجزاءات على متعاقديها، وهي في هذا لا تستند إلى العقد الإداري بل إلى سلطتها الضابطة للمرافق العامة وعملاً بالقواعد الأصولية التي تقضي بها طبيعة العقود الإدارية وأهدافها وقيامها على فكرة حسن استمرار المرافق العامة "[2].

كذلك أكَّد القضاء الفرنسي حق توقيع الجزاءات من خلال حكم صادر عن مجلس الدولة الفرنسي في القضية الخاصة بشركة ملاحة جنوب الأطلنطي حيث بعدها أصبح الأصل في سلطة الإدارة هو توقيع الجزاءات من خلال استعمال حق التنفيذ المباشر، كما أن للمصلحة المتعاقدة كامل الحرية في توقيع الجزاء وتختار الوقت الأصلح لتوقيعه وذلك حتى تضمن استمرار المرافق العامة، وهذا كقاعدة عامة، أما الاستثناء فهو جزاء الإسقاط للالتزام ولا يكون ذلك إلاَّ عن طريق القضاء وهذا نظرًا لخطورته، كما أن هذا الاستثناء ليس مطلقًا[3].

كما أدلى الفقهاء أيضا بدلوهم في شأن توقيع الجزاءات بصفة انفرادية من المصلحة المتعاقدة ويقول الفقيه دي لوبادير في هذا الشأن بأن تطبيق الجزاءات من قبل الإدارة يتم بقرار انفرادي

---

[1] جاءت المادة 26 من قانون رقم 89 لسنة 1998، يتعلق بقانون تنظيم المناقصات والمزايدات المصري (ملغى)، ج.ر.ج.م، عدد 19 مكرر، صادر في 08 ماي 1998، كما يلي: " في جميع حالات فسخ العقد، وكذا في حالة تنفيذه على حساب المتعاقد يصبح التأمين النهائي من حق الجهة الإدارية ، كما يكون لها أن تخصم ما تستحقه من غرامات وقيمة كل خسارة تلحق بها من أية مبالغ مستحقة أو تستحق للمتعاقد لديها ... أيا كان سبب الاستحقاق دون حاجة إلى اتخاذ أية إجراءات قضائية ".

[2] نقلاً عن: طارق سلطان، مرجع سابق، ص ص.132 و133.

[3]Arrêté de CONSEIL D'ETAT Français, de 11octobre1929, A recours 892 de compagnie de navigation Sud-Atlantique.

عكس الوضع في القانون الخاص والذي ليست فيه الإدارة بحاجة للقضاء حتى توقع الجزاء، لأنها تباشره هي باستخدام امتياز التنفيذ المباشر[1].

وكذلك سليمان الطماوي حذا نفس حذو سابقيه في هذا الشأن من خلال قوله بأنه للإدارة في هذا المجال كامل الحرية في التصرف الذي لا مقابل له في مجال القانون الخاص ومن ثم فإنه باستطاعتها توقيع الجزاء دون اللجوء إلى القضاء [2].

03 – حق المصلحة المتعاقدة في فرض الجزاءات حتى دون النص عليها في العقد

إن المتفق عليه في الفقه والقضاء الإداريين هو إقرار حق المصلحة المتعاقدة في فرض الجزاءات على المتعاقدين معها المقصرين والمُخِلين، ولم يتفقا عند هذا الحد فقط، بل اعترفا للمصلحة المتعاقدة بأكثر من ذلك وهو توقيع الجزاء حتى ولو كان غير وارد في نصوص العقد بصراحة، مستندين في ذلك بأن الإدارة تستمد هذه السلطات من استمرارية مرافقها العامة بصفة منتظمة من جهة، ووضع هدف تحقيق المنفعة العامة نُصب عينها من جهة أخرى، وبالتالي فللمصلحة المتعاقدة كامل السلطة في تقدير الجزاء ومن ثم توقيعه حتى توفر ضمانة انتظام مرافقها العامة[3].

كان للقضاء نفس الرأي وذلك من خلال حكم مجلس الدولة الفرنسي عام 1907، والذي وضع مبدأ مهم متمثل في الإجازة للقاضي تطبيق التعويض دون الرجوع إلى نصوص العقد، وعلى الرغم

---

[1] سعيد عبد الرزاق باخبيرة، مرجع سابق، ص.56.

[2] سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، دراسة مقارنة، مطبعة جامعة عين شمس، القاهرة، ط5، 2005، ص.500.

[3] طارق سلطان، مرجع سابق، ص.133.

من استمرار هذا المبدأ لفترة من الزمن إلاَّ أنه تلقّى مجموعة من الانتقادات في مقدمتها أن الجزاء الذي يفرضه القاضي يقتصر على التعويضات فقط، وأن هذه التعويضات غير مؤثرة[1].

بالإضافة إلى ذلك نجد بأن المحكمة الإدارية العليا المصرية حذت حذو مجلس الدولة الفرنسي من خلال حكم لها في 02 مارس 1993، حيث جاء فيه: " ...وقد قضى بأن غرامة التأخير التي لم ينص عليها في العقود الإدارية تقوم الجهة الإدارية المتعاقدة بتوقيع هذه الغرامات من تلقاء نفسها... "[2].

كما أن للفقه رأيه أيضا في ذلك حيث برَّر موقفه في مساندة هذا الاتجاه بقاعدة أن كل التزام عقدي يقابله جزاء ومن ثم فإنه حتى ولو لم يتضمن النص على الجزاءات في بنود العقد، فإنه لا يعني أن هذه الجزاءات غير موجودة[3].

04 – عمومية الجزاءات الإدارية

ما يمنح الجزاءات الإدارية صفة العمومية هو عدم ارتباطها أثناء توقيعها بانتهاء العقاب المحدد لفئة معينة مثل ما هو معمول به في مجال العقوبات التأديبية التي تثبت صحتها في حالة وجود علاقة وظيفية تربط المعاقب والإدارة عندما يخالف المعاقب نص قانوني أو قرار إداري.

كما أن صفة العمومية تجعل من الجزاءات الإدارية متعددة المجالات ولعل ذلك راجع لعدة أسباب نذكر منها :

أ – الجزاء الإداري ذو طابع تقني ومهني وأن إثبات الجرائم الاقتصادية يتطلب تحقيقات ميدانية وفحوصات محاسبية.

ب – الجزاء الإداري شديد المرونة والسرعة في مواجهة التغيرات المختلفة.

---

[1] طارق سلطان، مرجع سابق، ص.133.

[2] قرار المحكمة الإدارية العليا المصرية رقم3057، صادر في 02 مارس 1993.

[3] سعيد عبد الرزاق باخبيرة ، مرجع سابق، ص.59.

ج – الجزاء الإداري يعد أكثر ردعا ونجاعة أثناء حصول المخالفات[1].

الفرع الثاني: تمييز الجزاءات الإدارية عن الجزاءات القانونية الأخرى المشابهة

إن ما يكسب ذاتية الاستقلالية للجزاءات الإدارية هي التوافق الذي ينشأ بين مصلحة الفرد والمصلحة العامة دون الغلو على حقوق الأفراد كما أن للمصلحة العامة الأولوية متى دعت الظروف إلى ذلك، إلاَّ أن ذلك لم يمنع الخلط الذي قد يطرأ على النظم والمفاهيم القانونية المشابهة للجزاءات الإدارية، كالجزاء المدني، والجزاء الجنائي والجزاء التأديبي، لتصل إلى سلطة التعديل.

يمكن التفرقة بين الجزاءات حسب نوع وطبيعة القاعدة القانونية التي خالفها الفرد فمنها ما هو ملزم وما هو مكمل، وعلى هذا الأساس سنعدد في هذا الفرع الجزاءات القانونية التي قد يقع خلط بينها وبين الجزاءات الإدارية، وذلك من خلال تناول الجزاءات الأخرى ذات الطابع القانوني التي نجدها في عدة صور، وبالتالي قد يكون هذا الجزاء مدني (أولاً)، وقد يكون جزاءً جنائيًا (ثانيًا)، كما قد يكون جزاءً تأديبيًا (ثالثًا).

أولاً: تمييز الجزاء الإداري عن الجزاء المدني

لم يكن في الزمن القديم اختلاف بين العقوبة والجزاء المدني وذلك بسبب افتقار المجتمع آنذاك إلى التنظيم القانوني، حيث ما أعد عقابًا في القانون العصري كان يعتبر جزاءً مدنيًا في المجتمع القديم، كما أن ما يعتبر من قبيل الجزاء المدني حاليًا أعد عقابًا، وقد اتخذ الالتزام المدني صورته الحديثة المتمثلة في قاعدة: " الالتزام المدني قيد على إرادة المدين لا قيد على حريته وأن ضمانته

[1] عماد صوالحية، الجزاءات الإدارية العامة، مذكرة ماجستير في القانون العام، تخصص قانون الإدارة العامة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العربي بن مهيدي أم البواقي، 2013/2012، ص.33.

هي مال المدين لا جسمه "، وهذا من خلال نقطة التحول وهي قانون الألواح الإثنى عشر[1]، ويتخذ الجزاء المدني الصور الآتية:

01 – الجزاء المدني منع للفعل المخالف للقانون

في حالة ما إذا قاد راعي للأغنام لماشيته من أجل أن ترعى في أرض ليست له دون إذن من مالك الأرض، يحق لهذا الأخير أن يمنع الراعي من الدخول بماشيته لهذه الأرض لأن ذلك يعد تعدي غير مشروع على ملكية الغير، ويعتبر مخالفًا للقانون[2].

02 – الجزاء المدني لتنفيذ الفعل الذي يفرضه القانون

في حالة ما إذا تعهد متعاقد بأن يشيد بناء أو تنفيذ التزام في أجل معين بناءً على عقد أبرمه مع رب عمل ما ولم ينفذ هذا المتعاقد التزامه يجوز لرب العمل بأن يعهد بهذا الالتزام إلى أخر من أجل تنفيذه على نفقة المتعاقد المتخلف، لأن الفعل كان محل التعاقد، وللعقد قوته الإلزامية قانونًا وواجب التنفيذ باعتباره فعلاً يفرضه القانون، ويدخل في باب التنفيذ العيني[3].

03–الجزاء المدني لإعادة الحالة إلى أصلها

مثلاً إذا قام شخص ببناء بناية في أرض ليست له ملكيتها دون إذن من مالكها يحق لمالك الأرض أن يزيل تلك البناية ليعيد حالة أرضه إلى أصلها.

[1] طارق سلطان، مرجع سابق، ص.116.

[2] المرجع نفسه ، ص.116.

[3] المرجع نفسه ، ص.116.

04-الجزاء المدني لإعادة الحالة إلى مقابلها

مثال ذلك: إذا أتلف شخص شيئًا ما ملك لشخص آخر بحيث لا يمكن له أن يعيد الشيء التالف إلى حالته الأصلية يكون على الشخص الذي أتلف الشيء أن يعيد حالة الشيء المتلف إلى مقابلها أي أن يدفع إلى صاحب الشيء قيمته كتعويض له على ذلك[1].

من خلال الحالات السابقة التي يمكن أن يتخذها الجزاء المدني يمكن أن يعرف الجزاء المدني بأنه إعادة الوضع المادي للأشياء إلى حالتها قبل الاستعمال السيئ للقانون ومخالفته كما لو أن حالة المخالفة لم تقع.

ثانيًا: تمييز الجزاء الإداري عن الجزاء الجنائي

يكتسي الطابع الجنائي للجزاء أهمية بين الجزاءات القانونية الأخرى، إذ أنه يمتد إلى درجة المساس بحق الإنسان في الحياة وأحيانًا يُسلب منه هذا الحق أو الحد من حريته أو يقيد نشاطه أو يمنعه من مزاولته، والمجتمع هو صاحب الحق الأصيل في مواجهة كل سلوك ضار يتعارض مع مصالحه ومتطلبات أفراده وبالتالي وجب عليه تحديد وإقرار جزاء لكل سلوك غير مشروع.

يمكن أن نعرف الجزاء الجنائي بأنه: " الأثر القانوني المترتب عن فعل أو امتناع يوصف بأنه جريمة "[2].

من خلال ماسبق توصلنا إلى تعريفنا الخاص للجزاء الجنائي على أنه : تصرف قانوني ورد فعل اجتماعي يتخذ ضد الجناة كما هو تسليط جزاء في صورة عقوبة تتناسب مع الجريمة المرتكبة أو في صورة تدابير احترازية تواجه بها السلطة القضائية من تأكدت لديه خطورة إجرامية من شأنها أن تستهدف أمن وسلامة الأشخاص، وذلك من أجل تحقيق غرض السكينة.

---

[1] طارق سلطان، مرجع سابق، ص ص. 116 و117.

[2] المرجع نفسه، ص.119.

وفي النهاية الجزاء الجنائي عبارة عن وسيلة اجتماعية ضد ظاهرة إجرامية، ويتميز الجزاء الجنائي بطابع الإرغام والإكراه والتهديد عن طريق العقاب[1].

من أجل ضمان حماية مصلحة المجتمع لم يكن أمام مختلف التشريعات سوى التدخل والاستعانة بوسائل القانون الجنائي من أجل تحقيق أهدافها والحفاظ على استمرارية التطور الذي عرفته الدول في مختلف المجالات، إلاَّ أن الأفراد أحسوا بقسوتها، وهو الأمر الذي دفع بالكثير من الدول إلى تضمين نظامها الجنائي بكم هائل من النظم والوسائل التي تهدف إلى التخفيف من حدة النظام الجنائي، مما أدى إلى ظهور نظريتين تهدفان إلى تقييد تدخل القانون الجنائي في الحد الأدنى، وهما نظرية الحد من العقاب الجنائي، ونظرية الحد من التجريم، ويعد مؤتمر" بيلاجيو" أول مؤتمر تناول هاتين النظريتين[2].

كما أن الجزاء والعقاب الجنائي في العقود الإدارية يحكمها الأصل العام والذي يقضي بأنه: " لا جريمة ولا عقوبة إلاَّ بناءً على نص "، وعليه لا يمكن ولا يجوز للإدارة العامة أن توقع عقوبة جنائية على المتعاقدين معها حتى ولو كانت المخالفات التي يرتكبونها جسيمة، وذلك لسبب أوحد وقانوني هو أن الجزاءات الجنائية لا تفرض بإرادة المتعاقدين، وعليه فإن إخلال المتعاقد بأي التزام لا يعطي المصلحة المتعاقدة حق تسليط عقوبة جنائية كونها لا يمكن لها أن تتفق مع المتعاقد على توقيع العقوبة الجنائية[3].

كما أن الضمانات القضائية الإجرائية في هذا المجال تمثل التوازن بين حق الإدارة في أن تضمن سير مرافقها بانتظام من جهة، وحقوق المتعاقدين معها في معاملة عادلة بموجب العقد

[1] طارق سلطان، مرجع سابق، ص ص. 119 و120.

[2] فيصل نسيغة، الرقابة على الجزاءات الإدارية العامة في النظام القانوني الجزائري، أطروحة دكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، 2011/2010، ص.11.

[3] مخلد توفيق مشاوش، محمد يوسف الحسين، " العقود الإدارية وجزاءاتها في فقه القضاء الإداري الأردني والقضاء المقارن "، مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون، مجلد 43، ملحق 3، 2016، ص.1349.

المبرم بينهم من جهة أخرى كما تعد ضمانة لعدم خروج وحياد الإدارة عن حدود المشروعية أثناء توقيعها للجزاءات، وأيضًا عدم خروج المتعاقد معها عن نطاق المصلحة العامة[1].

من خلال ما تطرقنا إليه يمكن أن نقول بأن الجزاء الإداري يعد بدلاً للدعوى القضائية بوجه عام وذلك لما يتميز به من سرعة في اتخاذ الإجراءات عكس الدعاوى القضائية التي تتسم بالبطء في سيرها وإجراءاتها المعقدة، وعلى الرغم من أن الجزاءات الإدارية أحسن بديل للدعوى الجزائية إلاَّ أنها واقعيا لا تزال متواضعة.

ثالثًا: تمييز الجزاء الإداري عن الجزاء التأديبي

جاءت المحكمة الإدارية المصرية العليا بعدة تعريفات للأخطاء التأديبية بناءً على عدة قرارات صادرة عنها ومن بين التعريفات، " ... سبب القرار التأديبي في نطاق الوظيفة العامة هو إخلال الموظف بواجبات الوظيفة، أو خروجه عن مقتضياتها"[2].

كما أن النظام التأديبي يقوم على مبدأ شرعية العقوبة، وتوقيع الجزاء التأديبي يكون سوى في حدود القوانين واللوائح المتبعة التي تحدد حقوق وواجبات الموظفين، حيث بناءً على تحديد الواجبات يمكن استخلاص الأخطاء التي تعتبر خرقًا لها فأغلب القوانين الأساسية نجدها تشمل واجب القيام بالوظيفة بإخلاص.

فمثلاً نجد القانون الأساسي الألماني للموظفين في مادته 77 والتي تنص على: " يرتكب الموظف مخالفة مصلحية عندما يخل بصفة مخطئة بواجباته الأساسية "[3].

---

[1] علي محمد مظفر، سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات في العقود الإدارية في اليمن (دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه، جامعة القاهرة، 2012، ص.04.

[2] أنظر حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في 08 ديسمبر 1968، السنة 14 قضائية، مجلة إدارة هيئة قضايا الدولة، جانفي 1969، ص.165.

[3] هاشمي خرفي، الوظيفة العمومية على ضوء التشريعات الجزائرية وبعض التجارب الأجنبية، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2010، ص.338.

أما بالنسبة للقانون الجزائري فالجزاء التأديبي يجد أصالته وأساسه القانوني في كل من المادة 160 من الأمر رقم 06-03، المتضمن القانون الأساسي للوظيفة العمومية، والتي جاء فيها: " يشكل كل تخل عن الواجبات المهنية أو مساس بالانضباط وكل خطأ أو مخالفة من طرف الموظف أثناء أو بمناسبة تأدية مهامه خطأً مهنيًا ويعرض مرتكبه لعقوبة تأديبية دون المساس عند الاقتضاء بالمتابعات الجزائية ".

كذلك المادة 161 منه، والتي جاءت كالآتي: " يتوقف تحديد العقوبة التأديبية المطبقة على الموظف على درجة جسامة الخطأ والظروف التي ارتكب فيها ومسؤولية الموظف المعني والنتائج المترتبة على سير المصلحة وكذا الضرر الذي لحق بالمصلحة أو المستفيدين من المرفق العام "[1].

من خلال نصي المادتين نلاحظ أن المشرع الجزائري حدد العقوبة التأديبية حسب درجة جسامة الخطأ بالإضافة إلى الظروف التي ارتكب فيها الخطأ، أي أن الجزاء التأديبي يكون وفقًا لمبدأ التناسب بينه وبين الخطأ المرتكب وحسب مبدأ الملاءمة، وهو ما تجسد في الأمر رقم 06-03، والتي جاءت بتصنيف أربعة أخطاء تقابلها أربعة عقوبات[2].

لذلك فإن الموظف يخضع لنظام تأديبي يتضمن مجمل عقوبات تفرض عليه في حالة حياده عن مسار وظيفته أو في حالة إتيانه لسلوك منافي لوظيفته.

حسب ما تم التطرق إليه نجد أن الجزاءات التأديبية تتشابه مع الجزاءات الإدارية التي عادة ما تنص عليها العقود الإدارية من حيث الجهة المصدرة لها، وهي الإدارة، بالإضافة إلى أن الجزاءات التأديبية والإدارية لا توقع إلاَّ في حالة حدوث خطأ معين.

---

[1] أنظر أمر رقم 06-03، مؤرخ في: 15 يوليو 2006، يتضمن القانون الأساسي للوظيفة العمومية، ج.ر.ج.ج عدد 46، صادر في 16 يوليو 2006.

[2] أنظر المادة 163 من المصدر نفسه.

كما أن التشابه بينهما يكمن في تلك الضمانات القانونية الممنوحة للطاعن وهي حق الطعن إلاَّ أن هذا الطعن يختلف في مفهومه من عقوبة إلى أخرى، فمثلاً العقوبات التأديبية تصدر وتتخذ ضد موظف أخلَّ بالتزاماته الوظيفية، أما الجزاءات الإدارية تصدر عن الإدارة المتعاقدة في حالة إخلال المتعاقد بالتزاماته العقدية كالامتناع عن تنفيذها أو التنفيذ بشكل مخالف وغير مرضي لما أتفق عليه[1].

كما أن الجزاء التأديبي يصدر في شكل قرار فردي عن سلطة إدارية مختصة، تخاطب به شخصا معينا بذاته، ألا وهو الموظف الذي ارتكب خطأً، كذلك القرار الصادر ضد المتعاقد مع الإدارة يكون قرارًا فرديًا، حيث يتسم هذا الأخير بطابع الخصوصية[2]، أي أن الجزاء التأديبي يفرغ محتواه في شكل قرار فردي استنادًا إلى القوانين والتنظيمات واللوائح التي تحكم الموظف وكذلك تلك التي تنظم علاقة الإدارة بالمتعاقد معها.

من خلال ما سبق يمكن أن نقول بأن الأساس القانوني للجزاءات التأديبية هي تلك الرابطة الوظيفية التي يخضع لها الموظف في أداء واجباته مع الإدارة التي ينتمي إليها، بينما الأساس القانوني للجزاءات الإدارية يتمثل في الرابطة العقدية التي تضبط وتحكم علاقة المصلحة المتعاقدة بالمتعاقدين معها.

[1] زينة مقداد، سلطة الإدارة في فرض الجزاءات على المتعاقد معها بين مبدأ الفاعلية ومبدأ الضمان، أطروحة دكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة جيلالي اليابس سيدي بلعباس، 2019/2018، ص.29.

[2] فضيل كوسة، القرار الإداري في ضوء قضاء مجلس الدولة، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2013، ص.73.

المبحث الثاني

الطابع القانوني للجزاءات الإدارية

تعد سلطة توقيع الجزاءات الإدارية التي توقعها المصلحة المتعاقدة في على المتعاقدين معها من أخطر السلطات التي منحت لها، مما يضفي على الصفقة العمومية مرونة أكثر حسب مدى منحها لهذه السلطة.

والمسلَّم به في مجال العقود التي يحكمها القانون الخاص أن القوة الملزمة لهذه العقود وأطرافها يحكمها المبدأ المتعارف عليه في هذا المجال وهو " العقد شريعة المتعاقدين"، فلا يجوز لأي طرف في العقد أن يتملص أو يتخلى عن التزاماته بإرادته المنفردة، وهو الأمر الذي لا نجده في حقل العقود ذات الطابع الإداري والتي لا تتمتع بقوة الإلزام، أي أن الإدارة هي التي تحرص على انتظام مرافقها واستمراريتها، لذلك فهي تملك من السلطات ما يمكّنها من الإلمام بضرورات واحتياجات مرافقها دون الرجوع إلى النصوص، فإذا اقتضت الضرورة أن تفرض جزاءات إدارية عند إخلال أو عدم التزام المتعاقد معها، قائمة على فكرة المصلحة العامة لمرافقها وفكرة استمراريتها، مما يعني أن للإدارة المتعاقدة امتياز إقرار جزاءات إدارية تصل إلى إعدام وإنهاء عقد الصفقة العمومية لدواعي الصالح العام ومقتضيات استمرار المرافق العامة.

ومن خلال ما سبق سيتم تقسيم المبحث إلى مطلبين: بحيث نتطرق إلى موقف التشريع والفقه والقضاء من سلطة المصلحة المتعاقدة في توقيع الجزاءات في الصفقة العمومية في (مطلب أول) ثم إلى الأساس القانوني لسلطة توقيع الجزاءات في الصفقة العمومية في (المطلب الثاني).

المطلب الأول: موقف الفقه والقضاء والتشريع من سلطة توقيع الجزاءات في الصفقة العمومية

على الرغم من أن الرأي الغالب في الفقه والقضاء استقر على أنه من حق المصلحة المتعاقدة فرض جزاءات على المتعاقدين معها أثناء عمر الصفقة العمومية، إلاَّ أنه هناك فريقا من الفقهاء قد أنكر هذه السلطة، بينما يرى فريقا آخر أن هذه السلطة تقتصر على إخلالات معينة وتمارس وفقا لضوابط وشروط معينة، وبالتالي يقسم هذا المطلب إلى ثلاث فروع، ندرس الموقف الفقهي من سلطة توقيع الجزاءات في (الفرع الأول)، والموقف القضائي من سلطة توقيع الجزاءات في (الفرع الثاني)، ثم الموقف التشريعي من سلطة توقيع الجزاءات في (الفرع الثالث).

الفرع الأول : الموقف الفقهي من سلطة توقيع الجزاءات الإدارية

لقد اختلف الفقه عموما والفقه الفرنسي خصوصا حول وجود سلطة توقيع الجزاءات في حالة لم ينص عليها في عقد الصفقة العمومية وغياب النص قانوني الذي يقر هذا الحق للمصلحة المتعاقدة مما أدى بجانب منهم وهو الرأي الغالب إلى تبني وإقرار هذا الحق[1] (أولاً)، ، بينما ذهب جانب آخر إلى تبني رأي وسطي فأعترف بهذه السلطة لكن بتحفظ (ثانيًا)، وتم إنكار هذا الحق من طرف فئة منهم (ثالثًا).

أولاً: الاتجاه المؤيد لسلطة المصلحة المتعاقدة في توقيع الجزاءات

لقد جاءت العديد من الآراء الفقهية تحمل في طياتها تأييد للمصلحة المتعاقدة في ممارسة سلطتها في توقيع الجزاءات على المتعاقدين المتقاعسين والمخلين بالتنفيذ، وذلك بناءً على خاصية امتياز التنفيذ المباشر كما يرون بأن هذه السلطة أصيلة للجهة الإدارية ومستمدة من صفتها سلطة

[1] بة يمان جلال حسن، سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري – دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2017، ص.76.

عامة، بحيث لا يمكن الاستغناء عنها وليست ملزمة أن تكون ضمن نصوص العقد، حيث كان تبرير أصحاب هذا المذهب بأن المصلحة المتعاقدة عندما تبرم عقودها تهدف من وراء ذلك إلى تحقيق المصلحة العامة كما يؤسسون لذلك على الهدف الذي تريد المصلحة المتعاقدة تحقيقه من وراء فرض جزاءات إدارية على المتعاقدين معها وهي مصلحة الجماعة، ولكن مقابل تحقيق هذه المصلحة، فإن مصلحة المتعاقد الخاصة تتضرر ضررًا ماديًا يمكن تعويضه، أما المصلحة العامة إذا أصابها ضرر لا يمكن جبره ماديًا[1].

بالتالي عندما يكون العقد إداري كعقد الصفقة العمومية يتم استخدام وإتباع نصوص القانون العام الذي يسمح للمصلحة المتعاقدة بتطبيق الجزاءات بنفسها، وهو ما تتفق عليه إرادة الطرفين[2].

كما أيد العميد (هوريو) أحقية الإدارة في أن تستعمل هذه السلطة واعتبرها من المبادئ النظرية العامة التي تحكم العقود الإدارية ، حيث تطبق على جميع العقود المتعلقة بالصفقات العمومية لأن الإدارة العامة عندما تكون في حالة تعاقد، لا تكون في نفس مرتبة المتعاقدين معها كونها تستهدف تحقيق الصالح العام وليس تحقيق أغراض شخصية[3].

كما اعتبر أن امتياز التنفيذ المباشر هو اللبنة الأساسية للسلطة العامة عندما تقوم بتنفيذ عقد متصل بمرفق عام.

---

[1] بة يمان جلال حسن، مرجع سابق، ص ص. 82 و83.

[2] علي بن شعبان، آثار عقد الأشغال العامة على طرفيه في التشريع الجزائري، أطروحة دكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة منتوري قسنطينة، 2012/2011، ص ص.103 و104.

[3] حمد محمد الشلماني، امتيازات السلطة العامة في العقد الإداري، دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية، 2007، ص.149.

أما الفقيه (دي لوبادير) اعتبر أن هذه السلطة من صميم النظام العام بحيث لا يمكن للإدارة أن تتنازل عليها وأن العقد منظم لشروطها وضوابطها، وهي نتيجة حتمية لعدم ثبات عقد الصفقة العمومية الذي يتسم بالمرونة عكس العقود المدنية التي تتسم بخاصية الثبات[1].

أيضًا الفقيه (بيكينيو) حذا حذو غيره، حيث يرى بأن الإدارة المتعاقدة لها حق استعمال سلطتها بواسطة التنفيذ المباشر للقرار الذي يُقر الجزاء الإداري حتى ولو لم ينص العقد على ذلك لأن السلطة المقررة لها تتعدى العقد، وأنها من النظام العام، تمنح للمصلحة المتعاقدة دون حاجة إلى نص في العقد يُقرها[2].

إلى جانب الفقهاء السابقين يوجد أيضا الفقيه (فيدال) الذي يعتبر أن الامتياز في فرض الجزاء من طرف الإدارة المتعاقدة على المتعاقدين معها من بين الامتيازات العديدة التي تملكها، وأنه نابع من ذاتية السلطة العامة ويمكن للإدارة المتعاقدة تطبيقه متى دعت ضرورة السير الحسن للمرافق العامة حتى ولو تتضمنها بنود العقد[3].

كما اعتبر الفقيه (موريس فلام) أن هذا الحق الممنوح للإدارة لتوقيع الجزاء هو حق أصيل يثار من تلقاء نفسه دون الرجوع إلى بنود العقد[4].

لقد أيد الأستاذ (برور) حق الإدارة المتعاقدة في استعمال سلطة فرض الجزاءات على المتعاقد المخل بالالتزامات التعاقدية من القواعد العامة دون الرجوع إلى القضاء، مبررا ذلك بأن استمرار المرافق العامة بانتظام في تقديم الخدمة العمومية يتطلب أن يكون المتعاقد مع الإدارة

---

[1] محمود خلف الجبوري، العقود الإدارية، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2010، ص.164.

[2] علي بن شعبان، مرجع سابق، ص.104.

[3] VEDEL George, Droit Administratif, 4ème édition, PARIS, 1968, P.251.

[4] عبد المجيد فياض، نظرية الجزاءات في العقود الإدارية – دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، ط1، 1997، ص.55.

المتعاقدة دقيقًا في تأدية التزاماته[1]، وحتى تضمن الإدارة المتعاقدة هذه الدقة يجب أن تكون أكثر مرونة بجزاءات صارمة في إطار القانون العام المعمول به بعيدًا عن أحكام القانون الخاص والتي تتميز بطول الإجراءات وتعقيدها.

أما بالنسبة لموقف الفقه العربي فقد ذهب جانب منه بزعامة الأستاذ (سليمان الطماوي) إلى اعتبار أن سلطة فرض الجزاءات مفادها احتياجات المرافق العامة ومقتضيات المصلحة العامة وليست مظهر للسلطة العامة، وأن للإدارة الحق في أن تستخدم هذه السلطة متى كان هدفها تحقيق المنفعة العامة[2].

كما يرى جانب من الفقه العربي في هذا الشأن، بأن المخالفة عادةً ما تكون من نفس الجسامة بحيث حتى الإدارة لم تكن تتوقعها أثناء إبرام العقد وأن الجزاء لم ينص عليه العقد، وعليه لا يتوجب على الإدارة المتعاقدة أن تسمح للمتعامل المتعاقد بأن يتمسك بنصوص العقد على حساب الضرر الذي قد يلحق بالمرفق العام وأن هذا الأخير ما عليه إلاَّ أن يقبل بالجزاء الذي تقره المصلحة المتعاقدة[3].

أما بالنسبة للجزائر فقد أجمع الفقهاء على أحقية الإدارة في فرض جزاءات إدارية، من بينهم الأستاذ (عمار بوضياف)، والذي يرى بأن سلطة توقيع الجزاءات ترتبط ارتباطا وثيقًا بمبدأ سير المرافق العامة بانتظام كون هذه الأخيرة هي التي تمنح الإدارة خاصية إبرام العقود الإدارية، كما تتمتع أثناء التعاقد بمجموعة من السلطات غير المألوفة في قواعد القانون الخاص من بينها هذه

[1] محمود خلف الجبوري، مرجع سابق، ص.164.

[2] مراد جدي، مرجع سابق، ص.63.

[3] سامال إسكندر محمد الباجلان، مرجع سابق، ص.201.

السلطة التي تستخدمها من أجل الضغط على المتعاقدين معها لإجبارهم على التقيد بشروط العقد واحترام آجال طرق التنفيذ دون اللجوء إلى القضاء ودون الحاجة إلى قانون ينص عليها[1].

ثانيًا: الاتجاه المؤيد لسلطة المصلحة المتعاقدة في توقيع الجزاءات بتحفظ

هناك فئة من الفقهاء تؤيد فكرة وجود هذه السلطة لكن بتوفر شروط، حيث يعترف أصحاب هذا التوجه بأحقية الإدارة النسبية في توقيع الجزاءات في العقود الإدارية أي أن هذه الأحقية تخضع للشروط اللائحية، مستندين في ذلك على القوة الملزمة للعقد.

وقد لاقى هذا الاتجاه جملة من الانتقادات على أساس أن هذا التوجه غير قابل للتطور خاصة مع مرونة العقد الإداري وقابليته للتطور في ظل ثبات العقد المدني الذي لا يستجيب لمقتضيات استمرارية المرافق العامة بانتظام واطراد[2].

يتزعم ويتبنى هذا التوجه الفقيه (قاستون جيز) وبالضبط في نظريته التحديدية التي مفادها بأن سلطة الإدارة في فرض الجزاءات لا تكون إلاَّ إذا كانت يحكمها الطابع التنظيمي واللائحي،مستندا في نظريته على فكرة القوة الملزمة للعقد[3].

نحن أيضا نضم رأينا لهذا الاتجاه بحكم ما تتمتع به المصلحة المتعاقدة من امتيازات في هذا المجال، ما يجعلها تعلو على مرتبة الأفراد في معاملاتها التعاقدية، ومن منطلق الامتيازات الممنوحة لها بإمكانها أن تمارس حق التنفيذ المباشر في فرض الجزاءات على المتعاقدين معها بمجرد تقصير أو إخلال هؤلاء، وهذا حرصًا منها على حسن سير مرافقها بانتظام وعدم تعريض المصلحة العامة للضرر.

---

[1] عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية طبقًا للمرسوم الرئاسي 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015 القسم الثاني، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2017، ص.34.

[2] سيف سعد مهيدي الدليمي، مظاهر السلطة العامة في تنفيذ العقد الإداري، ط1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2016، ص ص.87 و88.

[3] محمود خلف الجبوري، مرجع سابق، ص.167.

ثالثًا: الاتجاه المنكر لسلطة المصلحة المتعاقدة في توقيع الجزاءات

هو ذلك الاتجاه المناقض والرافض لحق المصلحة المتعاقدة في فرض الجزاءات على المتعاقدين معها إذا لم يكن هناك نص عقدي أو قانوني يجيز لها ذلك.

قد أنكر بعض الفقهاء سلطة توقيع الجزاءات على المتعاقدين ولا يمكن للإدارة المتعاقدة بأن توقعها بنفسها دون وجود نص يجيز ذلك، وطالبوا بوجوب اللجوء إلى القضاء من أجل استصدار حكم لفرض الجزاء، وأن الإدارة المتعاقدة ملزمة بالتقيد بقاعدة " العقد شريعة المتعاقدين "، ولا يمكن لها أن تستعمل خاصية التنفيذ المباشر في علاقتها التعاقدية مع الأفراد، وحسب رأيهم على الرغم من أن المصلحة المتعاقدة كإدارة عامة تتمتع بامتيازات استثنائية خلال تنفيذ عقود الصفقات العمومية إلاَّ أن هذه الامتيازات غير مطلقة، بحيث لا يمكن لها أن تلجأ إلى تنفيذها بنفسها[1].

أي أن المصلحة المتعاقدة وعلى الرغم من مركزها في العلاقة التعاقدية والممنوح لها بموجب الامتيازات الاستثنائية وغير المألوفة في أحكام القانون الخاص، إلاَّ أنه لا يمكن لها أن تفرض جزاءات على المتعاقدين معها إلاَّ إذا كانت منصوص عليها في العقود المبرمة بينهم، وما عدى ذلك فإنها تطبق أحكام القانون الخاص.

يتضح لنا بأن هذا الاتجاه بنى ذلك على الأوضاع التي سبقت قرار مجلس الدولة في القضية المتعلقة بشركة ملاحة الجنوب الأطلنطي 1929[2]، حيث يتعين على الإدارة المتعاقدة عندما تريد أن تتحصل على تعويض من المتعاقد المخل بالتزاماته أن تطالب به عن طريق القضاء من خلال

[1] علي بن شعبان، مرجع سابق، ص.106.

[2] Arrêté de CONSEIL D'ETAT Français, 11 octobre 1929, de compagnie de navigation Sud-Atlantique, O.P,CIT

جبر الضرر إذا كان العقد لم ينص على الجزاء، مثل ما حدث في قضية "Déplanque" سنة 1907 [1].

الفرع الثاني: الموقف القضائي من سلطة توقيع الجزاءات

لما كانت الإدارة تتمتع بسلطات واسعة في مجال توقيع الجزاءات الإدارية وكما قلنا سلفًا أن الإدارة تخضع لنظام قانوني مميز ومختلف عن ما هو مقرر في العقود الخاصة، كون الأساليب المقررة في القانون العادي لا تكفي في المحافظة على الصالح العام وسير المرافق العامة دون توقف أو اضطراب في تقديم الخدمة العمومية، وبالتالي يتعين على الإدارة العامة الأخذ بالاجتهادات القضائية التي صدرت عن الهيئات القضائية فيما يخص موقفها من سلطة توقيع الجزاءات ذات الطابع الإداري لأن هذا الحق يعد من ضمن الحقوق المسلم بها قضاءً في مختلف الدول سواء تبنت نظام القضاء المزدوج أو نظام القضاء الموحد.

أولاً: موقف القضاء الفرنسي من سلطة توقيع الجزاءات الإدارية

تعتبر القضية الشهيرة الخاصة بشركة ملاحة جنوب الأطلنطي من وضعت اللبنة الأساسية لهذه السلطة ومن بين الأسباب الأولى التي اعترفت للإدارة العامة بحق استعمال سلطة التنفيذ المباشر عندما تطبق جزاء ضد المتعاقد معها المقصر دون حاجة لشرط صريح في العقد ، كون هذه الامتيازات هي التي تميز العقد الإداري عن باقي العقود الأخرى.

حيث بعد صدور حكم عن الهيئة القضائية الإدارية العليا في فرنسا بتاريخ 1929/10/12 في هذه القضية أصبح الأصل هو توقيع الجزاء طبقًا لخاصية التنفيذ المباشر التي منحت للإدارة

[1] Arrêté de CONSEIL D'ETAT Français, 31 mai 1907, de recours 513, de Déplanque.

المتعاقدة[1]، مما يتوجب عليها ضمان تنفيذ العقود بالكيفية المرضية حتى تكون هناك استمرارية في مرافقها العامة من أجل تحقيق المنفعة العامة[2].

تأكدت دستورية الجزاءات الإدارية بصفة مطلقة من خلال القرار الصادر عن المجلس الدستوري الفرنسي بتاريخ 1989/07/28، في قضية بورصة الأوراق المالية، والذي منح للإدارة هذه السلطة كونها من ضمن الامتيازات العامة الممنوحة لها باستثناء ما يدخل ضمن الحريات الأساسية، التي لا يمكن للإدارة التعدي عليها أو تقييدها.

لقد جاء في هذا القرار ما يلي: " لا يوجد أي مبدأ دستوري يمنع الإدارة من ممارستها لامتيازات السلطة العامة من خلال فرض جزاءات ما دامت هذه الجزاءات لا تتضمن المساس بالحريات، وأن استعمال الإدارة لهذا الجزاء يكون وفق تدابير هادفة إلى حماية الحريات المكفولة والحقوق بالدستور "[3].

ثانيا: موقف القضاء العربي من سلطة توقيع الجزاءات الإدارية

أكدت محكمة القضاء الإداري المصري في اجتهاد لها أن الجزاءات الإدارية لها وقع بالغ الأهمية في مجال العقود الإدارية وهو ما يجعلها مميزة عن الجزاءات التي أقرها القانون المدني حيث أوردت: " كل إخلال من جانب المتعاقد مع الإدارة لا يمكن أن يكون إخلالاً بالتزام تعاقدي

---

[1] Arrêté de CONSEIL D'ETAT, 11 octobre 1929, de compagnie de navigation Sud-Atlantique, O.P, CIT.

[2] محمد عبد العال السناري، مبادئ وأحكام العقود الإدارية في مجال التطور والتطبيق، دار النهضة العربية، 2000، ص.221.

[3] LOUIS Favoreu, le droit administratif et droit constitutionnel, Dalloz, Paris, 1989, P.144.

فحسب وإنما فيه أيضًا تعدي على المرفق العام، وجب الحرص على السير الحسن لهذا المرفق بانتظام... يستوجب من الإدارة أن توقع الغرامة عند تأخر التنفيذ "[1].

يبدو أن موقف القضاء الإداري المصري واضح بخصوص توقيع الجزاءات متمثلة في الغرامات في حالة التأخر في التنفيذ، وبالتالي فإن هذه الغرامات تفرض على المتعامل المتعاقد بمجرد قيام السبب.

كما أصدرت أيضًا المحكمة الإدارية العليا في مصر حكما يُجيز للسلطة الإدارية المختصة حق فسخ العقد ومصادرة التأمين[2].

كذلك هناك حكم لمحكمة القضاء الإداري المصري صادر في 17 نوفمبر 1957 في قضية تحت رقم 1998 لسنة 10 ق، بخصوص جزاء قامت بتوقيعه الإدارة على متعاقد مقصر، حيث جاء فيه: " ومن ثم فليس بالذي يعتد به ما يقول به المدعي في مذكرته من أن شروط المزايدة لم ينص فيها على حق الوزارة في مصادرة التأمين، لأنه ما دام الغرض من التأمين هو ضمان التنفيذ فلا يمكن تصور قيام هذا الضمان ما لم يكن للوزارة حق مصادرة هذا التأمين في حالة عدم التنفيذ سواء نص أو لم ينص في كراس الشروط على هذا الحق وإلاَّ لما كان هناك محلاً أصلاً لاشتراط دفع تأمين العطاء "[3].

بناءً على ماسبق التطرق إليه نرى بأن الأحكام القضائية جاءت متواترة وأعطت للإدارة الحق في الشراء على حساب المورد المقصر حتى تضمن حسن سير مرافقها، كما لها الحق أيضًا في

---

[1] نصري منصور نابلسي، العقود الإدارية – دراسة مقارنة، ط 2، منشورات زين الحقوقية، 2012، ص.144.

[2] جاء في حكم المحكمة الإدارية العليا تحت رقم 6431، لسنة 42، جلسة بتاريخ 21 نوفمبر 2000 ما يلي: " أن لجهة الإدارة الحق في فسخ العقد ومصادرة التأمين النهائي إذا أخطأ المتعاقد، وذلك بإرادتها المنفردة دون الالتجاء إلى القضاء باعتباره امتيازًا لجهة الإدارة لتعلق العقد الإداري بالمرفق العام، مع حقها بالرجوع على المتعاقد بالتعويض وينتج عن هذا الجزاء إنهاء الرابطة التعاقدية ".

[3] نصري منصور نابلسي، مرجع سابق، ص.154.

مصادرة مبالغ التأمين عن طريق خاصية التنفيذ المباشر دون اللجوء إلى القضاء وهذا حسب ما جاء في حكم للهيئة القضائية العليا بمصر لجلسة 1961/12/16[1].

هو أيضًا ما فصلت فيه المحكمة المصرية العليا من خلال حكم في 09 جوان 1962 الذي من بين ما جاء فيه: " إنه وإن كان الحكم المطعون فيه قد أصاب الحق، إذ قرر أن احجز الذي أوقعته الوزارة قد وقع بالتطبيق للشروط التي تعاقدت عليها مع الشركة ولأحكام لائحة المخازن والمشتريات، فتكون الوزارة قد استعملت حقها الممنوح لها في تقدير تعويضاتها قبل الشركة وخصمها من مستحقاتها ... "[2].

يوجد أيضًا حكم لنفس المحكمة في 15 أفريل 2000، بخصوص الجزاء الذي أقرَّه حدوث خطأً معينًا[3].

ما يُلاحظ من الأحكام المتفرقة والمتطرق إليها نجد أنها كلها أجازت وخولت للمصلحة المتعاقدة تطبيق الجزاءات على المتعاقدين معها في حالة التقصير أو الإخلال بالتزاماتهم التعاقدية.

الفرع الثالث: الموقف التشريعي من سلطة توقيع الجزاءات

أدلى التشريع أيضًا بدلوه فيما يخص إمكانية الإدارة العامة المتعاقدة بشأن سلطتها في توقيع الجزاءات الإدارية، وتبنى هو أيضًا ما تبناه كل من الفقه والقضاء، لذلك سنستعرض موقف الفرنسي منه (أولاً)، والتشريع العربي (ثانيًا)، ثم التشريع الجزائري (ثالثًا).

---

[1] هيثم حليم غازي، سلطات الإدارة في العقود الإدارية – دراسة تطبيقية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2014، ص.87.

[2] نقلاً عن: سعيد عبد الرزاق باخبيرة ، مرجع سابق، ص.66.

[3] جاء في حكم صادر عن المحكمة الإدارية العليا بتاريخ 15 أفريل 2000، بموجب طعن رقم 3745 لسنة 43 ق ما يلي: " العقد الإداري شأنه شأن العقود يتم بتوافق إرادتين تتجهان إلى إعلان أثر قانوني معين وليس عملاً شرطيًا تضمن إسناد مراكز قانونية عامة أو موضوعية إلى أشخاص بذواتهم ... فإذا ما توقع المتعاقدان في العقد الإداري خطأً معينًا ووضعا له جزاءً بعينه، فإنه يجب أن تتقيد جهة الإدارة والمتعاقد معها بما جاء في العقد ولا يجوز لأيهما مخالفته ".

أولاً: موقف التشريع الفرنسي من سلطة توقيع الجزاءات الإدارية

في هذا الشأن نص التشريع الفرنسي على إمكانية فرض جزاءات من قبل الإدارة المتعاقدة على المتعاقدين معها، حيث تطرق المشرع الفرنسي إلى صورة من صور الجزاءات ألا وهي الفسخ من خلال الأمر رقم 1074-2018، الصادر في 26 نوفمبر 2018، والمتعلق بقانون الطلب العمومي الفرنسي[1]، حيث تستطيع المصلحة المتعاقدة أن تتخذ قرار فسخ الصفقة العمومية في حالة الخطأ الجسيم من طرف المتعاقد.

كما تناول أيضًا القرار المتضمن المصادقة على دفتر البنود الإدارية العامة والخاص بالصفقات العمومية للأشغال الفرنسي، الجزاءات في المادة 19 منه[2]،حيث جاءت فيها تقريبا جميع صور الجزاءات كالفسخ وغرامات التأخير والاقتطاعات التي تفرضها المصلحة المتعاقدة على المتعاقدين معها إذا حدث تأخير أو إخلال بالالتزامات التعاقدية، كما حددت هذه المادة أيضًا مبالغ الجزاءات ونسبها.

[1] L'article 2195.3, L'ordonnance N° 1074-2018, du 26 Novembre 2018, Portant le code de la commande publique français: " Lorsque le marché est un contrat administratif, l'acheteur peut le résilier:

1-En cas de faute d'une gravité suffisante du contractant,... ".

[2] L'article 19, Arrêté du 30 Mars 2021, portant approbation du cahier des clauses administratives générales des marchés publics de travaux Français.

ثانيًا: موقف التشريع العربي من سلطة توقيع الجزاءات الإدارية

لقد تطرق المشرع المصري إلى الجزاءات من خلال التقنين المتعلق بتنظيم المناقصات والمزايدات المصري رقم 89 لسنة 1998[1] الملغى، وذلك في صورتي الجزاءات الضاغطة والتعويضات دون اللجوء إلى الإجراءات القضائية.

كما تطرقت المواد 48 و 51 من التقنين المتعلق بإصدار قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة المصري رقم 182 لسنة 2018، إلى صور الجزاءات التي يمكن للإدارة المختصة أن تفرضها على المتعاقد في فترة تنفيذ العقد متمثلة في غرامات التأخير وفسخ العقد ، والتنفيذ على عاتق المتعاقد في حالة الإخلال بشرط جوهري أو حدوث تأخير في تنفيذ الالتزامات التعاقدية[2].

كما أن المشرع المغربي هو أيضًا تطرق إلى صور الجزاءات التي يمكن أن تفرضها الإدارة المتعاقدة على المتعاقد معها في المرسوم رقم 2.14.394[3]، والمتعلق بالمصادقة على دفتر الشروط

---

[1] تنص المادة 94 من القانون رقم 89 لسنة 1998، يتعلق بقانون تنظيم المناقصات والمزايدات المصري (ملغى)، مصدر سابق على: " في حال عدم قيام المورد بالتوريد في الميعاد المحدد فعلى الجهة الإدارية أن تتخذ أحد الإجراءين التاليين:

أ- شراء الأصناف على حسابه.

ب- إنهاء التعاقد فيما يختص بهذه الأصناف.

ويكون لها أن تحسم ما تستحقه من غرامات وقيمة كل خسارة تلحق بها ... ".

[2] أنظر قانون رقم 182 لسنة 2018، يتعلق بإصدار قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة المصري ج.ر.ج.م، عدد 39 مكرر (د)، صادر في 03 أكتوبر 2018.

[3] تنص المادة 1/65 من مرسوم رقم 2.14.394، مؤرخ في 13 ماي 2016، ج.ر.م.م عدد 6470، صادر في 02 جوان 2016، والمتعلق بالمصادقة على دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال المغربي على: " في حالة معاينة تأخير في تنفيذ الأشغال، يتم تطبيق غرامة عن كل يوم تأخير على المقاول إذا كان التأخير يتعلق بالأجل الإجمالي لتنفيذ الصفقة ما عدا إذا نص دفتر الشروط الخاصة على خلاف ذلك، يحدد مبلغ هذه الغرامة في واحد على ألف (1000/1) من مبلغ الصفقة ... "، كما جاء في الفقرة الخامسة من نفس المادة ما يلي: " ... وفي حال فسخ الصفقة نظرًا لإخلال المقاول، تطبق غرامات التأخير إلى غاية يوم توقيع مقرر الفسخ من طرف السلطة المختصة، أو إلى غاية تاريخ المفعول إذا كان الفسخ بقوة القانون... ".

الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال واضحة في كيفيات ونسب فرض هذه الجزاءات، والشروط التي وجب أن تخضع لها الإدارة المتعاقدة.

كذلك للتشريع التونسي ما يقول في هذا الشأن حيث تطرق إلى الجزاءات متمثلة في الفسخ وغرامات التأخير والعقوبات المالية، من خلال الأمر عدد 1039 لسنة 2014، والمتعلق بتنظيم الصفقات العمومية[1].

ثالثًا: موقف التشريع الجزائري من سلطة توقيع الجزاءات

تبنى المنظم والمشرع الجزائريين، سلطة توقيع الجزاءات هو أيضًا على غرار سابقيه، حيث تطرق المرسوم الرئاسي رقم 15-247 في القسمين الثامن والعاشر منه إلى العقوبات المالية وجزاء الفسخ على التوالي، كما تطرق إليها أيضًا في القانون رقم 23-12[2].

طبقًا لأحكام المرسوم الرئاسي رقم 15-247، نجد المنظم الجزائري قد تطرق إلى الجزاءات الإدارية في صورة العقوبات المالية، وسلطة الفسخ، كونها من صور الجزاءات الإدارية[3].

كما كرَّس المنظم الجزائري هذه السلطة من خلال المرسوم التنفيذي رقم 21-219 المتضمن الموافقة على دفتر البنود الإدارية العامة المطبقة على الصفقات العمومية للأشغال، حيث خصص

[1] جاء في الفصل 119 من أمر عدد 1039 لسنة 2014، مؤرخ في 13 مارس 2014، متعلق بتنظيم الصفقات العمومية التونسي، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، عدد 22، صادر في 18 مارس 2014 ما يلي: " يمكن للمشتري العمومي فسخ الصفقة إذا لم يف صاحب الصفقة بالتزاماته، وفي هذه الصورة يوجه له المشتري العمومي تنبيهًا بواسطة رسالة مضمونة الوصول يدعوه فيها إلى الوفاء بالتزاماته في أجل محدد لا يقل عن عشرة (10) أيام ابتداءً من تاريخ تبليغه التنبيه، وبانقضاء هذا الأجل يمكن للمشتري العمومي فسخ الصفقة دون اتخاذ أي إجراء آخر أو تكليف من يتولى إنجازها طبقًا للتراتيب الجاري بها العمل وعلى حساب صاحب الصفقة... ".

[2] أنظر المادتين 84 و90 من قانون رقم 23-12، مصدر سابق.

[3] للإطلاع أكثر أنظر المواد 147، 149 و152 من مرسوم رئاسي رقم 15-247، مصدر سابق.

الفصل الثالث بأكمله للإجراءات الردعية وإجراءات الفسخ، والتي تعد صور للجزاءات الإدارية[1].

لقد جاءت المادة 119 ملمة بكل من الجزاءات الفاسخة والجزاءات الضاغطة، كما جاءت المادة 121 ملمة هي أيضًا بجميع العقوبات المالية[2].

من خلال ما سبق التطرق إليه يبدو أن نية المشرع الجزائري واضحة، وهي تأكيد لجوء الإدارة المتعاقدة متمثلة في الأشخاص المعنوية المشمولين بنص المادة 09 من القانون رقم 23-12 والتي يحق لها إبرام وتنفيذ الصفقات العمومية، وبقرار انفرادي صادر عنها أن تمارس سلطة فرض الجزاءات بمختلف صورها[3].

المطلب الثاني:الأساس القانوني لسلطة الإدارة في توقيع الجزاءات في الصفقة العمومية

هناك خلاف في ضبط الأساس القانوني لسلطة توقيع الجزاءات على عقود الصفقات العمومية وهذا الخلاف لا يقتصر فقط على هذه السلطة فحسب، بل يمتد إلى تحديد أساس القانون الإداري ككل، ما إذا كان يقوم على أساس نظرية المرفق العام أم على أساس نظرية السلطة العامة، وهذا الاختلاف دام طويلًا بحيث مازال صداه إلى غاية وقتنا الحاضر[4]، أما المسلم به في فقه القانون العام هو حق الإدارة في امتياز تطبيق الجزاء بالإرادة المنفردة على المتعاقد معها والذي أخل أو كان مقصرًا في تنفيذ التزاماته ، وهذا الامتياز أطلق عليه فقها القانون العام مبدأ التنفيذ المباشر.

وبناءً على ذلك ارتأينا أن نتطرق إلى امتياز التنفيذ المباشر كأساس قانوني للجزاءات المطبقة في مجال عقود الصفقات العمومية في (فرعٍ أول)، ثم نستعرض فكرة المرفق العام كأساس قانوني

---

[1] يرجى الإطلاع على مرسوم تنفيذي رقم 21-219، مؤرخ في 20 ماي 2021، يتضمن الموافقة على دفتر البنود الإدارية العامة المطبقة على الصفقات العمومية للأشغال، ج.ر.ج.ج، عدد 50، صادر في 24 جوان 2021.

[2] أنظر المصدر نفسه.

[3] أنظر قانون رقم 23-12، مصدر سابق.

[4] طارق سلطان، مرجع سابق، ص.128.

للجزاءات الإدارية في (فرع ثانٍ)، كما سنتناول فكرة السلطة العامة كأساس للجزاءات الإدارية في (فرعٍ ثالث).

الفرع الأول: مبدأ التنفيذ المباشر كأساس قانوني لسلطة المصلحة المتعاقدة في توقيع الجزاءات الإدارية بإرادة منفردة

لقد قيلت العديد من الآراء التي أيدت حق أو امتياز المصلحة المتعاقدة في التنفيذ المباشر أثناء توقيع الجزاءات الإدارية على المتعاقدين معها في حالة الإخلال أو التقصير في أداء الالتزامات[1]، حيث أدلى العديد من الفقهاء بدلائهم في هذا الشأن كل حسب تصوره لهذه السلطة.

فمن بين المؤيدين لهذا المبدأ نجد الفقيه " قاستون جيز " الذي يرى بأن استمرارية المرافق العامة بانتظام يتطلب من المتعاقد أن يكون الصرامة في تنفيذ الالتزامات التي تقع على عاتقه وحتى تضمن المصلحة المتعاقدة هذه الصرامة، يجب أن تكون حائزة على سلطة توقيع الجزاء بنفسها في كنف القانون العام[2]، وذلك دون تدخل أطراف أخرى وبعيدة عن مقتضيات القانون الخاص الذي يتميز بالجمود والإجراءات المعقدة والطويلة.

كذلك الفقيه " بيكينيو " يرى بأن الإدارة المتعاقدة لها حق استعمال سلطة التنفيذ المباشر بواسطة قراراتها التي تحمل في طياتها جزاءات إدارية مطبقة على المتعاقدين في حالة إخلالهم بالالتزامات العقدية، ولو لم ينص العقد عليها ، لذلك فهو يرى بأن هذا الامتياز يتعدى حتى حدود العقد، كما يرى الفقيه " بيكينيو " في قضية شركة الملاحة لجنوب الأطلنطي سنة 1929 حسب

[1] علي بن شعبان، مرجع سابق، ص.103.

[2] المرجع نفسه، ص.103.

القرار الصادر في هذه القضية بأن التنفيذ المباشر لن يكون محل رفض من القضاء حتى ولو لم تتضمنه بنود العقد[1].

بالإضافة إلى الفقهاء السابقين هناك فقهاء آخرين يرون بأن امتياز التنفيذ المباشر اختصاص أصيل نابع من سلطات الإدارة المتعاقدة ويعد أساس قانوني لسلطة توقيع الجزاءات.

يعد الفقيه " هوريو " على رأس هؤلاء الفقهاء، فهو يعتبر بأن امتياز التنفيذ المباشر هو الركيزة واللبنة الأساسية للإدارة العامة في مجال تنفيذ العقود المتصلة بمرفق عام تابع لها[2]، أي أن المصلحة المتعاقدة لها كامل الحرية في اتخاذ أي جزاء تراه مناسبًا حتى تضمن حق مرافقها في الانتظام في تقديم المنفعة العمومية حتى ولو كانت هذه الجزاءات غير مدرجة في بنود العقد.

كما يتدعم مبدأ امتياز التنفيذ المباشر برأي الفقيه " موريس فلام " الذي اعتبر بأن هذا الامتياز موجود من تلقاء نفسه واختصاص أصيل للسلطة العامة[3].

نحن أيضًا نضم رأينا إلى آراء الفقهاء السابق التطرق إليهم، حيث نجد أن أغلبها تؤيد أن وجود هذا الامتياز مستقلاً عن النص الموجود في العقد، كون أن هذا الأخير في حالة ما إذا نص على هذا الامتياز فإن النص يكون كاشفًا لا منشئ هذا من جهة، و ما دامت المصلحة المتعاقدة تسعى إلى سيرورة مرافقها بطريقة انتظامية وسلسة فهي لا تحتاج لنص يجيز لها ممارسة سلطة توقيع الجزاءات وهذا من جهة أخرى.

إلاَّ أن كل الآراء التي اعترفت للإدارة بهذا الامتياز الخطير لا يجعل منه سلطة مطلقة تؤدي

---

[1] عبد المجيد فياض، مرجع سابق، ص.59.

[2] HAURIO Maurice, Précis de droit Administratif, 4ème édition, 1933.P.227.

[3] عبد المجيد فياض، مرجع سابق، ص.55.

إلى هدر قاعدة إلزام العقود لطرفيها كون أن كل العقود الإدارية تتمتع بقدر من المرونة[1]، وأن امتياز التنفيذ المباشر خاضع لرقابة القضاء.

أي أن الأمر مختلفًا عن العقود الخاصة ذات الطبع المدني التي تبرمها الإدارة العامة، فهي تحوز حق التوقيع التلقائي للعقوبة على المتعاقدين معها متى ثبت ارتكاب مخالفة الإخلال أو التقصير، ولا يكون أمام هذا الأخير سوى أن يلجأ إلى القضاء، لا ليقاضي الإدارة في مدى اختصاصها في توقيع الجزاء عليه، كون هذا الجزاء حق ثابت لها لا ولاية للقضاء بشأنه وإنما للطعن في مشروعية قرار الإدارة المتعاقدة بتوقيع الجزاء من حيث سبب أو غاية توقيعه[2]، ويقع على عاتق القضاء عبء إثبات مدى تناسب الجزاء الموقع مع خطورة إخلال أو تقصير المتعامل المتعاقد المؤدي إلى المخالفة.

الفرع الثاني: فكرة المرفق العام كأساس قانوني لسلطة توقيع الجزاءات الإدارية

وفقا لأصحاب هذا الاتجاه فإن سلطة توقيع الجزاءات الإدارية تجد أصالتها القانونية في فكرة المرفق العام، وهذه الفكرة مستوحاة من صميم المبادئ التي تحكم سير واستمرار المرافق العامة بانتظام وباضطراد، ويرى أغلب الفقه الفرنسي وعلى وجه الخصوص الحديث منه أنه لا يمكن تأسيس حق توقيع الجزاءات إلاَّ بناءً على مستلزمات المرافق العامة[3]، بالإضافة إلى أنه يجب على الإدارة العامة أن لا تتقيد بشروط عقدية نص عليها العقد فقط، وإنما وجب عليها أن تراعي في ذلك مقتضيات انتظام مرافقها العامة، أي متى دعت ظروف توقيع الجزاءات على المتعاقدين معها حتى

[1] دحو كراش، مرجع سابق، ص.43.

[2] عبد العزيز عبد المنعم خليفة، تنفيذ العقد الإداري وتسوية منازعاته قضاءً وتحكيمًا، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2014، ص ص.69 و70.

[3] نصري منصور نابلسي، مرجع سابق، ص.335.

تضمن مبدأ الاستمرارية في تقديم الخدمة العمومية فعلت ذلك حتى ولو لم يكن هناك نص يجيز هذه السلطة.

ويرى دعاة هذا المذهب بأن الأساس القانوني الصالح هو فكرة المرفق العام بخصوص سلطة الإدارة المتعاقدة في توقيع الجزاءات على المتعاقدين معها المخل بالالتزامات التعاقدية، كما يرى أنصار هذا الرأي أن أساس هذه السلطة يوجد داخل الرابطة العقدية، حيث يجب على الإدارة العامة إيجاد ما يستلزم من وسائل من شأنها أن تؤدي إلى دوام وانتظام سير مرافقها العامة لغرض تحقيق الهدف الذي أنشئت من أجله وهو المنفعة العامة[1].

بالنسبة لموقف الفقه الفرنسي المؤيد لفكرة المرافق العامة كأساس قانوني لسلطة الإدارة المتعاقدة في فرض الجزاءات يتزعمه كل من الفقيه " جيز " و الفقيه " دي لوبادير ".

حيث يرى الفقيه " جيز " بخصوص هذا الأساس بأن: " السير المنتظم والمستمر للمرفق العام يتطلب أكبر قدر من الدقة في مرحلة تنفيذ العقد الإداري ، ولذلك فمن الأهمية أن تكون لالتزامات المتعاقد مع الإدارة جزاءات حازمة ... فحاجة المرافق العامة هي مبدأ لقياس الجزاءات في مجال القانون العام ".

كما يوافق الفقيه " دي لوبادير " هذا الرأي من خلال قوله: " إن الجزاءات في مجال العقود الإدارية لا تستهدف قمع أوجه الإخلال بالالتزامات العقدية فقط ، وإنما الهدف منها هو كفالة السير الحسن للمرافق العامة"[2].

أما بالنسبة لموقف الفقه المصري المؤيد لفكرة المرافق العامة كأساس قانوني لسلطة الإدارة في فرض الجزاءات، فقد أيد أغلب الفقهاء المصريين ما ذهب إليه رجال الفقه في فرنسا، بأن أساس

[1] بة يمان جلال حسن، مرجع سابق، ص.136.

[2] نقلاً عن: سعيد عبد الرزاق باخبيرة، مرجع سابق، ص ص.76 و77.

سلطة المصلحة المتعاقدة في توقيع الجزاءات مستمد من مقتضيات المرفق العام والوفاء بمستلزماته وما يحافظ على استمرار انتظامه في تقديم جودة الخدمة العمومية للأفراد، فيرى بعضهم بأن هذه السلطة التي منحت للإدارة المتعاقدة تتطلب فيها الصرامة والفعالية من أجل أداء الخدمة العامة بالشكل المطلوب[1].

كما يرى الجانب الآخر أن التزامات المتعاقد مع الإدارة العامة وجب أن تكون دقيقة وأن تتماشى مع ضرورات سير وانتظام المرافق العامة.

حيث يؤكد الأستاذ الطماوي على أن هذه السلطة قائمة على احتياجات المرافق العامة، كما لا يراها مجرد مظهر للسلطة الإدارية التي تتمتع بها الإدارة، ولكنها إجراء لاحق وحتمي ومتلازم لفكرة المرفق العام التي يعود لها الفضل في إرساء معظم قواعد القانون الإداري.

في نفس الاتجاه سار توفيق شحاتة مؤكدًا بأن هذه السلطة تؤَسَس على المرفق العام، حيث يجب على المتعاقد الوفاء دائما بحاجات تلك المرافق حتى تكون مواكبة للتطورات العصرية التي تطرحها مقتضيات سير المرافق العامة.

كذلك يرى الأستاذ فؤاد العطار أن الإدارة المتعاقدة تقوم بهذه السلطة من صميم مقتضيات الصالح العام وأنها تستمد كيانها من طبيعة استمرار مرافقها العامة بشكل منظم[2].

وعليه فإن مقتضيات المصلحة العامة تتطلب أحيانًا شيء من الدقة والصرامة من السلطة الإدارية المختصة حتى تكون أكثر حزمًا في تحقيق هذه المصلحة في ظل ما طرأ من تقصير وإخلال من شأنه أن يؤثر على اختلال العقد.

[1] بة يمان جلال حسن، مرجع سابق، ص.137.

[2] نصري منصور نابلسي، مرجع سابق، ص.336.

هو ما ذهبت إليه السلطة القضائية المصرية أيضًا من خلال حكم صادر عن المحكمة الإدارية العليا في 28 ديسمبر1963، حيث بررت استعمال الإدارة العامة لسلطة توقيع الجزاء بضمانة التنفيذ التام للعقد المتصل بالمرفق العام لتحقيق المنفعة العامة، وفي هذه الحالة لا تستند الإدارة العامة إلى نصوص العقد، وإنما تستند إلى سلطتها الضابطة في تسيير المرافق العامة[1].

في حكم آخر لمحكمة القضاء الإداري بررت فكرة المرفق العام كأساس قانوني لسلطة توقيع الجزاءات عندما قررت بأن كل إخلال من جانب المتعاقد مع المصلحة المتعاقدة لا يقتصر فقط على الإخلال بالالتزام التعاقدي، وإنما يوجد فيه أيضا إخلال بالمرفق العام الذي له صلة وثيقة بالعقد، حيث تبلي الإدارة حرصها الشديد على ضمان سير هذا المرفق بانتظام، وبالتالي يستوجب أن تكون العقوبات المترتبة عن هذا الإخلال صارمة ولها معنى الجزاء[2].

كذلك هناك حكم آخر لمحكمة القضاء الإداري صريح وواضح جاء فيه: " طبيعة العقود الإدارية وأهدافها تفترض مقدمًا حدوث اختلالات في ظروف العقد وملابساته وطرق تنفيذه تبعًا لمقتضيات سير المرفق، ومن شأن ذلك يكون لجهة الإدارة وهي صاحبة الحق في تنظيم المرفق وتحديد قواعد تسييره ..."[3].

أيضًا الفقه الجزائري حذا حذو نظرائه الفرنسي والمصري بالنسبة للأساس القانوني لسلطة توقيع الجزاءات مستمد من فكرة المرفق العام، حيث يرى الأستاذ عمار بوضياف بأن تأسيس سلطة توقيع الجزاءات يعود إلى فكرة تأمين سير المرافق العامة بانتظام واطراد، ويرى بأن المرافق العامة

---

[1] جاء في حكم المحكمة الإدارية العليا في 28 ديسمبر 1963، في مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا: " تحقيقًا لغايات هذه السلطة وأهدافها تتمتع الدولة بامتياز وسلطات ينتفي معهما كل طابع تعاقدي ضمانًا لحسن سير المرافق العامة بانتظام واطراد ...".

[2] طارق سلطان، مرجع سابق، ص.129.

[3] للإطلاع أكثر أنظر حكم محكمة القضاء الإداري رقم 19، دعوى رقم 742، جلسة 24 مارس 1970، السنة 21، ص.21.

بإمكانها الاعتراف لجهة الإدارة في مجال التعاقدات من خلال ممارسة مجموعة من السلطات الاستثنائية والتي من بينها هذه السلطة، وذلك من أجل الضغط على المتعاقد معها وإرغامه على التقيد بشروط العقد واحترام آجال التنفيذ وكيفياته دون الرجوع إلى نص قانوني يجيزها[1].

أيضًا في السياق ذاته تبنى القضاء اللبناني نظرية المرفق العام كأساس لسلطات الإدارة العامة في مجال عقود الصفقات العمومية من خلال قرار لمجلس شورى الدولة اللبناني حيث قرر ما يلي: " من المسلم به علمًا واجتهادًا أن النصوص التي يتألف منها دفتر الامتياز تنطوي على أحكام تنظيمية وهي تتعلق بسير وتنظيم المصلحة العامة موضوع الامتياز ... "[2]، كما يوجد له قرار آخر قضى بـ: " إن الإدارة تتمتع في نطاق العقود الإدارية بامتيازات وسلطات في مواجهة المتعاقدين معها لا يوجد لها مثيل في القانون الخاص كحقها في الرقابة على المتعاقد أثناء التنفيذ ... وهذه الامتيازات مقررة انطلاقا من صلة العقود الإدارية بتسيير المرافق العامة ... "[3].

تجدر الإشارة هنا إلى أن مصطلح الرقابة على المتعاقد في مرحلة تنفيذ العقد فضفاض وواسع يشمل جميع السلطات الممنوحة للمصلحة المتعاقدة في مواجهة المتعامل الاقتصادي من بينها حتى سلطة توقيع الجزاءات.

الفرع الثالث: فكرة السلطة العامة كأساس قانوني لسلطة توقيع الجزاءات الإدارية

أحيانًا يتعين على جهة الإدارة العامة استخدام السلطات الاستثنائية غير المألوفة في أحكام القانون الخاص وهذه الامتيازات خاضعة لقواعد استثنائية مبنية على إعلاء مكانة المصلحة العامة

---

[1] عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية طبقًا للمرسوم الرئاسي 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015، القسم الثاني، مرجع سابق، ص.34.

[2] للإطلاع أكثر أنظر قرار مجلس شورى الدولة اللبناني رقم 410، بتاريخ 20 جويلية 1969، المجموعة الإدارية 1969، ص.37.

[3] للإطلاع أكثر أنظر قرار مجلس شورى الدولة اللبناني رقم 418، بتاريخ 24 فيفري 2004، المجموعة القانونية الإدارية 2008، عدد 20، ص.730.

على مصلحة الأفراد بحيث لا تتوازى أطراف العقد في المراكز القانونية خلافًا لما هو مقرر في قواعد القانون الخاص، وحتى تضمن الإدارة العامة احترام المتعامل المتعاقد لالتزاماته التعاقدية يتعين عليها استعمال الامتيازات المقررة لها باعتبارها سلطة عامة[1].

ويرى رواد هذه النظرية بأن سلطة توقيع الجزاءات لها علاقة بسلطة الإدارة الضابطة، حتى وإن كانت الإدارة العامة تستعمل أسلوب توقيع الجزاءات الذي تستهدف منه تحقيق المصلحة العامة وإشباع حاجات جمهور الأفراد إلاَّ أن القرارات التي تصدرها في هذا الشأن تعد من قبيل أعمال السلطة العامة.

أولاً: موقف الفقه الفرنسي من فكرة السلطة العامة

يتزعم هذا الاتجاه في فرنسا الفقيه " هوريو "، الذي يرى بأن الامتيازات الممنوحة للإدارة العامة في مجال توقيع الجزاءات الإدارية ليست بامتيازات فقط وإنما هي عبارة أيضًا عن التزامات تقع على عاتقها والتي هي أشد من التزامات الأفراد ، كما يرى بأن فكرة السلطة العامة هي أساس القانون الإداري[2]، الذي يعد منظومة قانونية متكاملة وأن الإدارة العامة جزء لا يتجزأ من هذه المنظومة الكاملة.

كما يؤكدها أيضًا الأستاذ " بيكينيو "، الذي يرى بأن الإدارة العامة تستمد هذه السلطة من سلطتها العامة، كما يرى بأن هذه السلطة ليست امتيازًا منح لها وإنما هو حق وواجب، وهو من النظام العام بحيث لا يجوز التخلي عليه أو أن تتفق الجماعة على مخالفته، وقد استشهد في ذلك بحكم مجلس الدولة في قضية ملاحة جنوب الأطلنطي في 12 أكتوبر 1929، الذي قرر فيه بأنه

[1] هيثم حليم غازي، سلطات الإدارة في العقود الإدارية – دراسة تطبيقية، مرجع سابق، ص.87.

[2] علي بن شعبان، مرجع سابق، ص.107.

من حق الإدارة استعمال سلطتها في القرار التنفيذي عندما تطبق جزاء ضد المتعاقد المقصر دون حاجة لشرط صريح في العقد، وهذه هي ميزة العقد الإداري التي لا نجدها في العقود الأخرى[1].

أيضًا ذهب الأستاذ " برنيه " إلى ما ذهب إليه سابقيه حيث أعتبر أن الإدارة العامة يمكن لها فرض الجزاءات في مجال العقود الإدارية لأنها من أعمال السلطة العامة التي تهدف من خلالها إلى تحقيق مصالحها العامة[2].

ثانيًا: موقف الفقه العربي من فكرة السلطة العامة

من بين الفقهاء المصريين المؤيدين لفكرة السلطة العامة أساس قانوني لسلطة توقيع الجزاءات فيرى بعض منهم على رأسه الأستاذ مصطفى كمال وصفي بأن هذا الحق الممنوح للإدارة العامة يجد أساسه في فكرة السلطة العامة وأن الإدارة عندما تقوم بفرض جزاءات إدارية لا تكون في مرتبة مصلحة متعاقدة ، وإنما باعتبارها كسلطة عامة ، كما يرى جانب آخر بقيادة الأستاذ ثروت بدوي بأن هذا الحق يعد مظهرًا للسلطة العامة في مجال العقود الإدارية ، وأن هذا الحق يعتمد على سلطة الإدارة الضابطة لنصوص العقد[3].

أما بشأن القضاء المصري بالنسبة لموقفه من فكرة السلطة العامة كأساس لسلطة توقيع الجزاءات الإدارية فقد كان واضحًا وكان تجسيده بحكم للمحكمة الإدارية العليا تطرق إلى أن الإدارة عندما تبرم عقد إداري باعتبارها سلطة عامة فهي لها كامل الحقوق والامتيازات التي لا يمنح مثلها للمتعاقد معها، وذلك بهدف تحقيق النفع العام، كما أن الإدارة تعتمد على أساليب القانون العام عند إبرامها وتنفيذها للعقد، وفي هذه الحالة تكون كفتا المتعاقدين غير متكافئة يكون فيها تغليب للمصلحة العامة، مما يمنح للإدارة سلطة أخرى وهي مراقبة تنفيذ شروط العقد بالإضافة لحق توقيع

[1] بة يمان جلال حسن، مرجع سابق، ص.132.
[2] طارق سلطان، مرجع سابق، ص.130.
[3] بة يمان جلال حسن، مرجع سابق، ص.133.

الجزاءات على المتعاقد معها بإرادتها المنفردة، وقد تصل هذه الجزاءات في حالة الإخلال الجسيم إلى درجة مصادرة التأمين وشطب الاسم وفسخ العقد[1]، أي أنها عند استخدام هذه الأساليب بإمكانها أن لا تستند إلى العقد المبرم بل إلى السلطة الضابطة للمرافق العامة.

ثالثًا: موقف الفقه الجزائري من فكرة السلطة العامة

إن أصل سلطة توقيع الجزاءات يعود للسلطة القضائية حسب رأي الأستاذ عمار بوضياف إلاَّ أن الامتياز الاستثنائي الممنوح للإدارة بخصوص عقودها الإدارية باعتبارها سلطة عامة يُمكِّنُها من ممارسة سلطة توقيع الجزاءات، كما يرى بأن سائر التنظيمات المتعلقة بالصفقات العمومية أسست لسلطة توقيع الجزاءات باعتبارها سلطة استثنائية تمارسها الإدارة تجاه المتعاقدين معها في مجال عقود الصفقات العمومية، أي أن فكرة السلطة العامة فكرة مستقرة وثابتة في النظام الجزائري للصفقات العمومية مستدلا في ذلك بالمراسيم التي تحكم تنظيم الصفقات العمومية بدءً بالمرسوم رقم 82-145 إلى غاية يومنا هذا [2].

من خلال ما سبق التطرق إليه يلاحظ أن اعتماد إعمال السلطة العامة كأساس لسلطات الإدارة المتعاقدة في مجال عقود الصفقات العمومية من شأنه أن يُقِرَ للإدارة أن تستعمل حقًا أقرته لها الامتيازات الاستثنائية غير المألوفة باعتبارها سلطة عامة دون أن تستخدم امتياز التعاقد، أي أن السلطة العامة للإدارة هي الآلية التي تلجأ إليها من أجل تحقيق الهدف الأساسي وهو تحقيق المصلحة العامة وبالتالي فالسلطة العامة ليست غاية الإدارة وإنما آلية لتحقق بها غاية.

حسب رأينا وحتى لا نتعمق ونتشعب في الآراء الفقهية التي قيلت بخصوص الخلاف القائم حول تحديد الأساس القانوني الدقيق في اعتماد سلطة توقيع الجزاءات فإننا نُرجح كفة فكرة المرافق

[1] هيثم حليم غازي، سلطات الإدارة في العقود الإدارية – دراسة تطبيقية، مرجع سابق، ص.88.

[2] عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية طبقًا للمرسوم الرئاسي 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015، القسم الثاني، مرجع سابق، ص.51.

العامة دون فكرة السلطة العامة، كون الإدارة هي صاحبة الولاية على مرافقها العامة وهي المسؤولة على حسن تسييرها وتنظيمها، فالإدارة عندما تقوم بفرض جزاءات إدارية، فإنها تفرضها ككفالة من أجل دفع الخلل أو الضرر الذي قد يصيب المرافق العامة نتيجة إهمال وتقصير المتعاقد معها وبالتالي من شأنه أن يصيب المرافق العامة بشلل دون تحقيقها للمصلحة العامة التي أُنشئت من أجلها، وما يعزز رأينا في هذا الشأن هو فكرة العقود الإدارية التي هي أيضًا تعد من العقود الرضائية، حيث تتم بحصول اتفاق بين أطرافها، لا عقود إذعان مبنية على امتيازات سلطة عامة من شأنها أن تجعل من الإدارة العامة تعلو على الأفراد، مما يفتح مجال التعسف والاستعمال السلبي لامتيازات السلطة العامة في مواجهة المتعاقدين معها وعليه فإن هذه السلطة مقيدة وليست مطلقة.

الفصل الثاني

علاقة سلطة توقيع الجزاءات بباقي السلطات الأخرى للمصلحة المتعاقدة في الصفقة العمومية

المعلوم في المبادئ والأحكام العامة للعقود الإدارية أن الإدارة تتمتع بمجموعة من السلطات الاستثنائية غير المألوفة في مجال العقود الإدارية، أي أن سلطة توقيع الجزاءات جزء من هذا النظام القانوني المتكامل، وبعبارة أخرى هناك مجموعة من السلطات الأخرى التي تجعل من الإدارة المتعاقدة تعلو على مرتبة المتعاقدين معها في ممارسة هذه السلطات، ومن بين تلك السلطات ما تقرر للإدارة المتعاقدة في مرحلة إبرام الصفقة العمومية، وما هو أثناء مرحلة تنفيذها، كما نرى بأن هذه السلطات واجبة الكينونة مع سلطة توقيع الجزاءات باعتبارها جزء غير قابل للتجزئة أو الخروج عن المنظومة القانونية النابعة من صميم الامتيازات الاستثنائية، فنجد سلطة الرقابة والتوجيه ترافق عمر الصفقة العمومية بدءً من التنفيذ إلى غاية الاستلام النهائي لمحل الصفقة العمومية، بالإضافة إلى سلطة تعديل الصفقة العمومية بصفة انفرادية وهو ما لا نجده في عقود القانون الخاص.

وبالتالي فإن هذا الكل المتكامل من السلطات يجعل من عمل المصلحة المتعاقدة أسهل كونها تستهدف المصلحة العامة من خلال ضمان استمرار مرافقها العامة بصفة منتظمة.

إن دراستنا هذه تستوجب علينا من الأهمية ما يجعلنا أن نسلّط الضوء على باقي السلطات الأخرى، ونقوم بدراسة مقارنة تقاربية بينها وبين سلطة توقيع الجزاءات، لما تكتسيه من أهمية في المعاملات التعاقدية الإدارية، وعليه سنخصص لهذا الفصل مبحثين، سنتطرق في (المبحث الأول) إلى علاقة سلطة توقيع الجزاءات بسلطة الرقابة والتوجيه، كما سندرس في (المبحث الثاني) العلاقة بين سلطة توقيع الجزاءات وسلطة التعديل الانفرادي في الصفقة العمومية.

المبحث الأول

علاقة سلطة توقيع الجزاءات بسلطة الرقابة والتوجيه

إن كون الإدارة المتعاقدة تتمتع بسلطات واسعة واستثنائية في مجال العقود الإدارية يجعلها في مركز قانوني مريح، تمارس من خلاله سلطاتها، بالإضافة إلى سلطة توقيع الجزاءات التي تمارسها على المتعاقدين معها بمجرد أن يكون هناك إخلال، فهناك أيضًا سلطة الرقابة والتوجيه، والتي تعد من الاختصاصات الأصيلة للمصلحة المتعاقدة كونها من النظام العام، حيث تثار تلقائيًا أثناء فترة تنفيذ عقد الصفقة العمومية، حيث تمارس هذه السلطة حتى ولو لم يخطئ المتعاقد أثناء فترة التنفيذ، كما أن هاتين السلطتين وجهين لعملة واحدة، والصورة الجلية لأسلوب التنفيذ المباشر للإدارة المتعاقدة، أي أنه بإمكانهما أن يكونان مكملتان لبعضهما البعض ومتلازمتان في مسار وعمر الصفقة العمومية، كما بإمكان المصلحة المتعاقدة أن تمارسهما كل سلطة على حدى وبالتالي فهاتين السلطتين تتشابه في بعض الخاصياتّ، كما تختلف في البعض الأخر.

بناءً على هذا الأساس إرتأينا أن نقسم مبحثنا هذا إلى مطلبين، حيث سنستعرض مفهوم سلطة الرقابة والتوجيه في الصفقة العمومية في (المطلب الأول)، ثم ندرس أوجه العلاقة بين سلطتي الرقابة والتوجيه وتوقيع الجزاءات في (المطلب الثاني).

المطلب الأول: مفهوم سلطة الرقابة والتوجيه في الصفقة العمومية

تعد سلطة الرقابة والتوجيه حقًا أصيلاً من حقوق وسلطات المصلحة المتعاقدة في مواجهة المتعاقدين معها، كونه مستمدًا من المبادئ العامة للعقد الإداري، حيث تقوم المصلحة المتعاقدة بتوجيه أي متعاقد معها ومراقبته أثناء تنفيذ الالتزامات التعاقدية، ولا يحق لها التنازل عن استعمال هذا الحق أو الإعفاء من استعماله.

ونظرًا لأهمية هذه السلطة في مجال عقود الصفقات العمومية، فإن القضاء الإداري متمثلاً في المحكمة العليا بمصر قضى بأن كل نص يرد بالعقد ويمنع الإدارة من ممارسة سلطة الرقابة والتوجيه يعد باطلاً بطلانًا مطلقًا[1].

وبناءً على ما سبق سنحاول إعطاء تعريف شامل ومتكامل لسلطة الرقابة والتوجيه في (الفرع الأول)، أما (الفرع الثاني) نخصصه لضوابط ممارسة واستعمال هذه السلطة دون تعسف من المصلحة المتعاقدة.

الفرع الأول: مضمون سلطة الرقابة والتوجيه

لضمان حسن التنفيذ للالتزامات المتعاقد عليها بهدف استمرار المرافق العامة دون توقف اعترف الفقه والقضاء والقانون بسلطة الرقابة والتوجيه ومنحها للإدارة المتعاقدة.

لذلك سنتطرق إلى تعريف سلطة الرقابة والتوجيه (أولاً)، وأساس سلطة الرقابة والتوجيه (ثانيًا)، ثم نعدد صور سلطة الرقابة والتوجيه (ثالثًا).

أولاً: تعريف سلطة الرقابة والتوجيه

تم تعريف سلطة الرقابة والتوجيه بتعريفين مختلفين، أولهما تعريف ضيق (01)، وثانيهما تعريف واسع (02).

01- عُرِّفت سلطة الرقابة والتوجيه بمعنىً ضيق وهي حق المصلحة المتعاقدة في التحقق من تنفيذ العقد بكيفية صحيحة من المتعاقد وفقًا للالتزامات المتعاقد عليها ووفقًا للشروط المنصوص عليها في العقد[2].

---

[1] أنظر حكم المحكمة الإدارية العليا بمصر، جلسة 02 مارس 1968، مجموعة أحكام السنة 13، ص.625، نقلاً عن: عبد العزيز عبد المنعم خليفة، تنفيذ العقد الإداري وتسوية منازعاته قضاءً وتحكيمًا، مرجع سابق، ص.32.

[2] نجم عليوي خلف، السلطة الجزائية للإدارة أثناء تنفيذ العقد الإداري، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2019، ص.59.

أيضًا عرَّفها الطماوي على أنها حق الإدارة في أن تتحقق من المتعاقد معها كونه يباشر تنفيذ العقد طبقًا لشروطه[1].

كما عرَّفها الأستاذ ماهر أبو العينين بأنها: " إيفاد الإدارة لبعض من مهندسيها لزيارة موقع التنفيذ للتأكد من سيره وفقًا للأوقات المحددة من خلال فحص المواد المستعملة من قبل المتعاقد لمراقبة جودتها ومدى مطابقتها للمواصفات المطلوبة "[2].

كما عرَّفها الأستاذ عمار بوضياف بأنها حق الإدارة في التحقق من مدى تنفيذ المتعاقد معها للالتزامات العقدية، والتدخل في مجال تنفيذ العقد بتوجيه الأعمال واختيار طريقة التنفيذ في حدود شروط العقد[3].

كذلك نحن حاولنا إعطاء تعريف لهذه السلطة بمعناها الضيق على أنها سلطة حصرية بيد الإدارة المتعاقدة مفادها التأكد من صحة التنفيذ لمحل الصفقة العمومية إن كان مرضي، وذلك من خلال تنقل الأعوان المؤهلين إلى مكان تنفيذ العقد وإسداء الأوامر المصلحية.

02- أما المعنى الواسع لسلطة الرقابة والتوجيه فيقصد به بالإضافة إلى الصلاحيات الأخرى وجوب التدخل من قبل الإدارة المتعاقدة في أوضاع التنفيذ وذلك من خلال تصحيح أوضاع العقد كتغيير طريقة التنفيذ[4]، إذا كانت غير مجدية ولا تحقق نجاعة العقد.

---

[1] للإطلاع أكثر أنظر حيدر عدنان صادق، المبادئ والأحكام العامة لإبرام العقد الإداري وتنفيذه – دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2020، ص.299.

[2] محمد ماهر أبو العينين، العقود الإدارية وقوانين المناقصات والمزايدات، إبرام العقد الإداري، ج1، دار الكتب القانونية، مصر، 2004، ص.312.

[3] عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية طبقًا للمرسوم الرئاسي 15-247، القسم الثاني، مرجع سابق، ص.18.

[4] نجم عليوي خلف، مرجع سابق، ص.60.

كما يمكن تعريفها بمعناها الواسع على أنها تدخل الإدارة المتعاقدة بصفة مباشرة أو غير مباشرة للتأكد من مدى التنفيذ السليم لعقد الصفقة العمومية، كما يخول لها تغيير بعض الأوضاع في العقد وذلك وفقًا للحالات المنصوص عليها في العقد[1].

أيضًا يمكن تعريفها على أنها توجيه المتعاقد، في عقد صفقة الأشغال العامة من خلال مثول المتعاقد لأوامر العمل التي تلزمه بالتقيد بالتزاماته، مع احتفاظه بحق الطعن في هذه الأوامر بالإلغاء على أساس أنها قرارات إدارية منفصلة، إذا كانت تحمل تعسفًا للمصلحة المتعاقدة[2].

ثانيًا: أساس سلطة الرقابة والتوجيه

تشير العقود الإدارية الفرنسية لاسيما عقود الصفقات العمومية منها إلى أحقية الإدارة في التدخل وفرض أوضاع على كيفية تنفيذ العقد، كما تؤكد القوانين واللوائح المنظمة لهذا المجال هذه السلطة، فمنها ما هو منصوص عليه في بنود العقد، أو ما تضمنه دفتر الشروط بنصوص صريحة توضح كيفية ممارسة هذه السلطة[3] (01).

وما يؤكد أنه يوجد أساس قانوني لهذه السلطة ما جاء به التشريع المصري الخاص بنظام المرافق العامة بوجوبية مراقبة المرفق العام موضوع الالتزام وسيرورته من قبل مانحه، أي الإدارة العامة[4] (02).

---

[1] سليمة جدي، " منازعات الصفقات العمومية الناشئة عن إخلال المصلحة المتعاقدة بممارسة سلطة الإشراف والمراقبة "، المجلة الجزائرية للأمن والتنمية، عدد10، جانفي 2017، ص.533.

[2] محمد أمير يوزمان، " إجراءات تنفيذ الصفقات العمومية وسلطات الرقابة المخولة للإدارة العامة "، مجلة دفاتر اقتصادية، مجلد 11، عدد1، 2019، ص.399.

[3] سليمة جدي، مرجع سابق، ص.533.

[4] تنص المادة 07 من قانون رقم 129 لسنة 1947، والخاص بنظام المرافق العامة المصري، المعدل بمقتضى القانون رقم 447 لسنة 1954، والقانون رقم 158 لسنة 1958 على: " لمانح الالتزام أن يراقب إنشاء المرفق العام موضوع الالتزام وسيره من النواحي الفنية والإدارية والمالية، وله في سبيل ذلك تعيين مندوبين عنه في مختلف

كما يوجد لها أساس قانوني حتى ولو لم يوجد نص يجيزها، كون فكرة المرفق العام واستمراريته (03)، بالإضافة إلى فكرة امتيازات السلطة العامة كذلك هي تكفي لقيام هذه السلطة (04).

01- العقد أساس سلطة الرقابة والتوجيه

أقرَّ بعض الفقهاء في هذا الشأن، بأن سلطة الرقابة على كيفية تنفيذ عقد الصفقة العمومية حتى تكون نافذة، يستوجب النص عليها صراحة في عقد الصفقة العمومية، وذلك بتضمينها في بنود دفاتر الشروط التي تعدها المصلحة المتعاقدة باعتبارها صاحبة المشروع، لتكون هذه الرقابة مرافقة لمرحلة تنفيذ الصفقة العمومية[1]، إلى غاية الاستلام النهائي، وذلك نظرًا للأهمية الكبيرة لدفتر الشروط في الرابطة العقدية، وما يحتويه من قواعد غجرائية لازمة في تكوين عقد الصفقة العمومية.

يتجلى هذا الأساس بوضوح في دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال المتعلقة بوزارة تجديد البناء والأشغال العمومية والنقل لسنة 1964، الملغى[2].

لذلك نجد سلطة الرقابة والتوجيه تحتل حيزًا كبيرًا في صفقات الأشغال العامة، عكس صفقات اللوازم، لعل السبب في ذلك يكمن في أن صفقات الأشغال العامة من العقود الوقتية، التي تحتاج لمدة زمنية طويلة حتى تُنفَّذ.

الفروع والإدارات التي ينشئها الملتزم لاستغلال المرفق، ويختص هؤلاء المندوبين بدراسة تلك النواحي وتقديم تقرير بذلك لمانح الالتزام...".

[1] محمد أمين تيراوي، الحماية الإجرائية للمال العام في مجال الصفقات العمومية، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة بن يوسف بن خدة الجزائر 1، 2019/2018، ص.219.

[2] تنص المادة 13 من قرار وزاري، مؤرخ في 21 نوفمبر 1964، يتضمن المصادقة على دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال الخاصة بوزارة تجديد البناء والأشغال العمومية والنقل الملغى، ج.ر.ج.ج عدد 06، صادر في 19 جانفي 1964، على: " ... يحق لمهندس الدائرة أو المهندس المعماري أن يطلب من المقاول تبديل الأعوان والعمال لعصيانهم أو عدم أهليتهم أو عدم أمانتهم ... "، كما نصت المادة 21 منه على أحقية المهندسين السابق ذكرهم، وهم بصدد ممارسة الرقابة أن يأمروا بعدم استخدام الأدوات المستعملة في تنفيذ الصفقة، إلاَّ بعد مراقبتها وإجراء تدقيقات عليها قبل قبولها.

أما الرقابة على صفقات اللوازم، تظهر من خلال فحص التوريدات التي تم توريدها، والتأكد من مطابقتها للمواصفات المتفق عليها، كما ان المورد بإمكانه أن يحتفظ بحقه في اختيار وسائل التنفيذ[1].

02- التشريع أساس سلطة الرقابة والتوجيه

بالإضافة إلى العقد أو دفتر الشروط، باعتبارهما أساسًا لسلطة الرقابة، أيضًا قد يرد النص على هذه السلطة في التشريعات والتنظيمات التي تنظم الصفقات العمومية، وبذلك تم الأخذ بهذه التشريعات أساسا لسلطة الرقابة.

جاءت المادة 79 من القانون رقم 89 لسنة 1998، المتعلق بالمناقصات والمزايدات المصري واضحة بخصوص سلطة الرقابة، حيث نصت على: " يلتزم المقاول بإتباع جميع القوانين واللوائح الحكومية والمحلية ذات الصلة بتنفيذ موضوع التعاقد، كما يكون مسؤولاً عن حفظ النظام بموقع العمل وتنفيذ أوامر الجهة الإدارية بإبعاد كل من يهمل أو يرفض تنفيذ التعليمات ..."[2].

أما بالنسبة للتشريع الجزائري وسعيًا منه للحفاظ على المال العام وتوظيفه بالشكل السليم في إنجاز عقود الصفقات العمومية، أفرد مجموعة من التنظيمات والتشريعات التي أسست لهذه السلطة.

بالرجوع إلى أحكام المرسوم التنفيذي رقم 14-320، المتعلق بالإشراف على المشروع والإشراف المنتدب على المشروع[3]، نجده أفرد نصوصًا لتأصيل هذه السلطة، خاصة المادة 05 منه

---

[1] ترجمة للنص الآتي : « L'idée dominante set que le fournisseur garde l'initiative et le choix des moyens d'exécution », Mohamed Kobtan, Le régime juridique des contrats du secteur public, OPU, Alger, P. 57.

[2] أنظر قانون رقم 89 لسنة 1998، يتعلق بقانون تنظيم المناقصات والمزايدات المصري الملغى، مصدر سابق.

[3] أنظر مرسوم تنفيذي رقم 14-320، مؤرخ في 20 نوفمبر 2014، يتعلق بالإشراف على المشروع والإشراف المنتدب على المشروع، ج.ر.ج.ج عدد 68، صادر في 23 نوفمبر 2014.

والتي جاءت واضحة ومؤسسة لهذه السلطة، حيث تنص على: " يمكن صاحب المشروع اللجوء إلى الإشراف على الإنجاز وفقًا للشروط التي ينص عليها التشريع والتنظيم المعمول بهما ".

كتكملة للبناء التشريعي الذي يسعى المشرع الجزائري إلى تجسيده في مجال الرقابة، نجده أفرد كمًا هائلاً من النصوص المتعلقة بسلطة الرقابة في المرسوم التنفيذي رقم 21-219[1].

يلاحظ بأن المشرع الجزائري لا يتوانى في إدراج هذه السلطة في النصوص القانونية كلما أتته فرصة لذلك، سواءً بطريقة صريحة أو ضمنية.

كذلك من بين التشريعات الفرعية التي تناولت سلطة الرقابة، المرسوم رقم 84-124، الذي يحدد صلاحيات وزير التجارة وصلاحيات نائب الوزير المكلف بالتجارة الخارجية[2].

كما ختم المشرع الجزائري التأسيس لسلطة الرقابة في مجال الصفقات العمومية، بمقتضى القانون رقم 23-12، وذلك بإدراجها في الباب الخامس منهن تحت عنوان رقابة الصفقات العمومية[3].

إن الكم الهائل من النصوص القانونية والتنظيمية التي أفردها المشرع لآلية الرقابة في مجال الصفقات العمومية، يعكس رغبته في التأسيس لهذه السلطة وتأكيد أحقيتها للمصلحة المتعاقدة.

03- احتياجات المرفق العام أساس لسلطة الرقابة والتوجيه

يعد حق الرقابة والتوجيه من الامتيازات الأصيلة التي تمنح للإدارة المتعاقدة من أجل ممارستها في مجال مرافقها العامة، والتي تحتاج إلى الانتظام، أي أن حاجة المرافق العامة

---

[1] أنظر مرسوم تنفيذي رقم 21-219، مصدر سابق.

[2] نصت المادة 08 من مرسوم رقم 84-124، مؤرخ في 19 ماي 1984، يحدد صلاحيات وزير التجارة وصلاحيات نائب الوزير المكلف، ج.ر.ج.ج عدد 21، صادر في 22 ماي 1984 على ما يلي: " يضطلع وزير التجارة في مجال الصفقات العمومية بتطبيق نظام التوجيه والتنسيق والمراقبة لكامل الصفقات العمومية ".

[3] المادة 94 من قانون رقم 23-12، مصدر سابق.

للاستمرارية في تقديم الخدمة العمومية كافية لتبرير هذه السلطة الاستثنائية أثناء تنفيذ عقود الصفقات العمومية[1].

من رواد هذا الاتجاه الأستاذ سليمان الطماوي، والذي يرى بأن: " الطبيعة القانونية للمرفق العام هي الأساس القانوني لسلطة الدولة في الرقابة، وأن المرفق العام ما هو إلاَّ هيئة تعمل بإطراد وانتظام لسد حاجات الجمهور وحق الرقابة موجود طالما وجد المرفق العام "[2].

ونافلة القول فإن الأساس القانوني لسلطة الرقابة، يكمن في المرافق العامة التي تشرف عليها الإدارة المتعاقدة، ولذلك فإن هذه السلطة تنعقد حتى ولو لم ينص عليها العقد[3].

كما تنشأ بصفة آلية بمجرد تواجد المرفق العام، وفكرة المرفق العام كفيلة بأن تمنح الامتيازات الاستثنائية للإدارة المتعاقدة حتى تُسيِّر مرافقها[4].

04- فكرة امتيازات السلطة العامة أساس لسلطة الرقابة والتوجيه

استقر القضاء الإداري على أن سلطة الإدارة في الرقابة على عقودها الإدارية خاصة أثناء التنفيذ، على أن فكرة الامتيازات الاستثنائية التي تتمتع بها، نابعة من فكرة السلطة العامة، كما أعتبر بأن امتياز السلطة العامة مبرر كافي لقيام هذه السلطة، ووجودها ضمن السلطات التي

[1] سليمة جدي، مرجع سابق، ص.536.

[2] نقلاً عن المرجع نفسه، ص.536.

[3] بوفلجة بن عبد المالك، تسوية المنازعات في مجال الصفقات العمومية في الجزائر، أطروحة دكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة جيلالي اليابس سيدي بلعباس، 2019/2018، ص.60.

[4] محمد أمين تيراوي، مرجع سابق، ص.222.

تتمتع بها الإدارة خاصة في مجال التعاقد[1]، كما أن حق الرقابة يعتبر مظهر من مظاهر السلطات العامة التي تفرضها نظرية العقود الإدارية مادامت الإدارة تسعى إلى تحقيق المصلحة العامة[2].

كما يوجد أيضًا حكم صادر عن محكمة القضاء الإداري المصرية، يؤكد هذا الأساس، معتبرة فيه بأن الدولة كي تضمن إدارة واستغلال مرافقها العامة محل الالتزام، يجب عليها التدخل في شؤون المرفق بناءً على سلطتها العامة وتحقيق غايات هذه السلطة[3].

ثالثًا: صور سلطة الرقابة والتوجيه

حتى تضمن المصلحة المتعاقدة التنفيذ الأحسن لعقد الصفقة العمومية من أجل ضمان استمرارية مرافقها دون توقف في تقديم الخدمة العمومية للمنتفعين أعطي لها حق المراقبة والإشراف وحق توجيه المتعاقد.

01- المراقبة والإشراف

هناك من يرى بأن المراقبة مرادفة لمعنى الإشراف الذي نجده في القانون الخاص، ومضمون المراقبة يكمن في التحقق من كيفية تنفيذ العقد وأنه يتم وفق الشروط المتفق عليها في العقد[4]، كما تكون المراقبة على درجة عالية من الكفاءة والدقة بما يكفل السهر على حسن تنفيذ الأعمال المسندة إلى المتعاقد مع الإدارة، بالإضافة إلى اختيار الأساليب الأصلح في التنفيذ، حيث يعد حق

[1] حكم المحكمة الإدارية العليا بمصر، صادر في 02 مارس 1968، السنة 13، رقم 83، ص.625.

[2] مجدي الشامي، العقد الإداري بين سلطة التعديل والرقابة القضائية، مكتبة الوفاء القانونية، ط1، الإسكندرية، 2018، ص.235.

[3] ثبتت محكمة القضاء الإداري المصرية فكرة السلطة العامة، كأساس لسلطة الرقابة بحكم لها، صادر بتاريخ 27 جانفي 1957، وقد جاء فيه ما يلي: " ... الدولة وهي في سبيل القيام بواجبها في ضمان إدارة واستغلال المرفق العام محل الالتزام تتدخل في شؤون المرفق كلما اقتضت المصلحة العامة هذا التدخل، فتفرض على الملتزم عبئًا جديدًا يزيد عما نص عليه الإتفاق المبرم بينها وبينه ... وهي في ذلك كله لا تستند إلى عقد الالتزام بل إلى سلطتها العامة وتحقيقًا لغايات هذه السلطة "، نقلاً عن: علي يوسف شكري، " سلطة الإدارة في الرقابة على تنفيذ العقد الإداري "، مجلة الكوفة للعلوم القانونية والسياسية، العراق، عدد 25، 2015، ص.16.

[4] مجدي الشامي، العقد الإداري بين سلطة التعديل والرقابة القضائية، مرجع سابق، ص.218.

المراقبة والإشراف من صميم المعاملات التعاقدية للإدارة[1]، أي أنه يثار بمجرد البدء في تنفيذ العقد دون حاجة إلى نص عقدي أو قانوني يجيزه.

02- توجيه المتعاقد

يقصد به حق الإدارة في توجيه الأعمال التي ستنفذ من قبل المتعاقد معها بطريقة تراها مناسبة حتى تضمن حسن سير مرافقها العامة[2]، حيث تتمتع الإدارة بهذه الخاصية والسلطة في جميع تعاقداتها الإدارية مستندة في ذلك إلى نصوص العقود التي تبرمها ودفاتر شروطها بالإضافة إلى ما يرد في القوانين واللوائح[3]، كما يمكن أن تخلو نصوص العقد أو القوانين من هذه السلطة لكن على الإدارة المتعاقدة أن تمارسها لأنها من صميم النظام العام، ما دام الغرض منها ضمان استمرارية مرافقها العامة بانتظام حتى تحقق المصلحة العامة من خلال تقديم خدمات للمنتفعين بها.

تأكدت هذه السلطة أيضًا في أحكام محكمة القضاء الإداري المصرية حيث جاء في حكم منهم الآتي: " ... إن القانون الإداري يعطي جهة الإدارة سلطة الرقابة على تنفيذ العقود، وسلطة توقيع الجزاءات ... والإدارة تتمتع بهذه الحقوق والسلطات ولو لم ينص عليها في العقد لأنها تتعلق بالنظام العام "[4].

---

[1] إبراهيم صباح رحيم، معوقات تنفيذ العقود الإدارية وآثارها في تنفيذ العقد، ط1، منشورات زين الحقوقية، بيروت، 2020، ص.81.

[2] طارق سلطان، مرجع سابق، ص.78.

[3] مجدي الشامي، العقد الإداري بين سلطة التعديل والرقابة القضائية، مرجع سابق، ص.219.

[4] حكم محكمة القضاء الإداري المصرية في طعن رقم 377، صادر في 30 جوان 1957، تطرق إليه محمد ماهر أبو العينين، مرجع سابق، ص.58.

الفرع الثاني: وسائل وضوابط ممارسة المصلحة المتعاقدة لسلطة الرقابة والتوجيه في الصفقة العمومية

يعد النظام القانوني للعقود الإدارية من أدق الأنظمة القانونية وأكثرها تعقيدًا، حيث على هذا الأساس تمنح للإدارة المتعاقدة مجموعة من السلطات الاستثنائية التي لا مثيل لها في الأنظمة القانونية الخاصة لممارسة حق الرقابة والتوجيه أثناء تنفيذ عقد الصفقة العمومية عن طريق وسائلها الخاصة،أو عن طريق تفويض مؤسسات عمومية أخرى، إلاَّ أن ممارسة هذه السلطة الاستثنائية مهما علت بها بحيث يصبح مركزها القانوني لا يتساوى مع مراكز المتعاقدين معها لا تعد سلطة مطلقة تستعملها في تحقيق أغراض أخرى لا تتصل بالهدف المحدد، وهو ضمان سير المرافق العامة بانتظام، وبالتالي يجب ألاَّ يشوب استعمال هذه السلطة أي تعسف، وعليه فإن المصلحة المتعاقدة، تمارس هذه السلطة عن طريق وسائل (أولاً)، وعندما تمارس هذه السلطة وجب أن تخضع لضوابط (ثانيًا).

أولاً: وسائل ممارسة سلطة الرقابة والتوجيه

تتم الرقابة والتوجيه التي تمارسها الإدارة على المتعاقد معها،بطريقة مباشرة عن طريق المهندسين التابعين لها، وإما بتفويض الرقابة إلى هيئة عمومية أخرى مذكورة في المادة 03 من المرسوم التنفيذي رقم 14-320[1]، وذلك عن طريق تفويض للقيام بالإشراف، لذلك فإن الرقابة تكون في شكل أعمال مادية (01)، وأخرى قانونية (02).

01- الأعمال المادية

تشمل الأعمال المادية التي تقوم بها المصلحة المتعاقدة أثناء قيامها بسلطة الرقابة والتوجيه ما يلي:

[1] أنظر مرسوم تنفيذي رقم 14-320، مصدر سابق.

أ – تنصيب وتنظيم الورشة، ويكون ذلك من خلال توفير قطع أرضية من قبل المصلحة المتعاقدة لتخزين السلع المستخدمة في المشروع ووضع الآلات والمركبات[1].

ب – التفتيش على الوثائق والمستندات الخاصة بالمشروع، والتي تكون بحوزة المتعاقد من أجل الإطلاع عليها وفحصها[2]، كطلب الفواتير التي أُقتنيت بها السلع المستخدمة في المشروع، وكذلك الشهادات التي تثبت نتائج المراقبة التقنية التي تمت، إلى المهندس صاحب الاستشارة الفنية الذي توفده المصلحة المتعاقدة بالإضافة إلى اختيار المواد المستعملة[3].

ج – القيام بزيارات دورية إلى أماكن الأشغال للوقوف على مدى سير الأشغال، ومدى تطابقها مع المعايير التقنية والتصاميم المتفق عليها[4].

د – كما تقوم المصلحة المتعاقدة بالبت في الشكاوى التي تردها من قبل المنتفعين من المشروع[5].

02- الأعمال القانونية

تتمثل هذه الأعمال القانونية في كل القرارات والتقارير التي لها علاقة بموضوع تنفيذ الأشغال، سواء صادرة عن المصلحة المتعاقدة، أو عن هيئات الرقابة التقنية والمتمثلة أساسًا في هيئة المراقبة التقنية للبناء، وهيئة المراقبة التقنية لأشغال الري، ويمكن إفرادها فيما يلي:

[1] أنظر المادة 23 من مرسوم تنفيذي رقم 21-219، مصدر سابق.

[2] مجدي الشامي، العقد الإداري بين سلطة التعديل والرقابة القضائية، مرجع سابق، ص.218.

[3] أنظر المواد 56 و57 من مرسوم تنفيذي رقم 21-219، مصدر سابق.

[4] عبد الوهاب علاق، ضمانات التعاقد في الصفقات ذات البعد الدولي، أطروحة دكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة باجي مختار عنابة، 2017/2016، ص.735.

[5] إبراهيم صباح رحيم، مرجع سابق، ص ص.81 و82.

أ – إجراء التبليغ

والذي يتم من طرف المصلحة المتعاقدة أو الهيئات العموية التي تعاقدت معها لغرض الإشراف على المشروع وهو إعلام المتعامل المتعاقد بأية معلومات أو قرارات متعلقة بالعقد محل التنفيذ، ويتم ذلك بأية وسيلة مادية أو غير مادية[1].

ب – إصدار أمر بالخدمة

إن الأمر بالخدمة عبارة عن أمر تنفيذي يتعين على المتعاقد مع الإدارة احترامه والتقيد بما جاء فيه، ومخالفته ترتب فرض جزاءات على الملتزم والمتعاقد.

كما أن الأمر بالخدمة يحمل أركان وخصائص القرار الإداري، لأنه صادر عن سلطة إدارية مختصة وهي المصلحة المتعاقدة، الهدف منه توضيح كيفيات تنفيذ العقد أو تعديل لتعيينات في العقد، أو تكملة التعيينات الناقصة فيه[2].

وبالتالي فإن الأمر بالخدمة يكون في شكل قرار مكتوب تعبر فيه المصلحة المتعاقدة عن سلطتها في القيادة، ويُبلَّغ إلى المتعاقد معها والحائز على الصفقة العمومية للبدء في تنفيذ محتوى عقد الصفقة العمومية، بالإضافة إلى إصدار أوامر توقف الأشغال واستئنافها وأوامر الخدمة الخاصة بأشغال المناولة[3].

ج – فتح سجل خاص بالورشة

ويكون ذلك من خلال فتح سجل من طرف المصلحة المتعاقدة ويكون مؤشرًا ومرقمًا متضمن للعنوان الدقيق للمشروع، تدون فيه جميع الملاحظات والتعليمات والتبليغات التي ترسلها المصلحة

---

[1] أنظر المادة 26 من مرسوم تنفيذي رقم 21-219، مصدر سابق.

[2] عبد اللطيف قطيش، الصفقات العمومية تشريعًا وفقهًا واجتهادًا– دراسة مقارنة، ط2، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2013، ص.119.

[3] أنظر المادة 27 من مرسوم تنفيذي رقم 21-219، مصدر سابق.

المتعاقدة أو ممثلها إلى المقاول وكل متدخل بالورشة، ويكون تحت مسؤولية صاحب المتابعة التقنية للمشروع[1].

د – إصدار التعليمات

حتى ينفذ المشروع أو الصفقة العمومية بالكيفية المطلوبة والمرضية يستوجب إتباع طريقة معينة أثناء التنفيذ أو استبعاد طريقة أخرى[2]، حيث تشمل هذه التعليمات حتى الإنذارات والإعذارات الموجهة للمتعاقد المتقاعس لردعه وحثه على التقيد بما تم الاتفاق عليه، لأن الإعذار والإنذار يعد أقصى تجليات صورة الرقابة والتوجيه[3].

من خلال ما سبق يتضح لنا جليا أن حق الإدارة في الرقابة والتوجيه من المبادئ العامة للعقود الإدارية، كما يعد هذا الحق من النظام العام، أي عدم جواز الاتفاق على مخالفته فلا يمكن أن نتصور بأن تتخلى أو تتنازل الإدارة المتعاقدة عن هذه السلطة، كما أنها لا تسري على عقود الصفقات العمومية فقط وإنما تشمل جميع العقود الإدارية، بالإضافة إلى ذلك فهي تمارس حتى ولو لم يتم النص عليها في النصوص العقدية والنصوص القانونية.

حيث نعتبرها نحن بأنها أوضح صورة وتجلٍّ لأسلوب التنفيذ المباشر الذي تتمتع به المصلحة المتعاقدة من خلال إصدار القرارات وتنفيذها بإرادتها المنفردة.

ثانيًا: ضوابط ممارسة المصلحة المتعاقدة لسلطة الرقابة والتوجيه في الصفقة العمومية

يقصد بالضوابط، الحدود المرسومة للمصلحة المتعاقدة في ممارسة سلطة الرقابة والتوجيه دون المساس بالقوانين والتنظيمات المعمول بها في هذا الشأن بالإضافة إلى عدم المساس

---

[1] للإطلاع أكثر أنظر المادة 23 من مرسوم تنفيذي رقم 21-219، مصدر سابق.

[2] طارق سلطان، مرجع سابق، ص.79.

[3] لتفصيل أكثر أنظر المادة 90 من قانون رقم 23-12، مصدر سابق، وكذا المادة 119 من مرسوم تنفيذي رقم 21-219، مصدر سابق.

بالمصلحة العامة، وتتخذ ضوابط ممارسة سلطة الرقابةضابطين أولهما ضابط عام (01) وأخر ضابط خاص (02).

01 – الضابط العام

يكون هذا الضابط بالتقيد بما يلي:

أ – الالتزام بمبدأ المشروعية عند إصدار القرارات الخاصة بالرقابة

حيث يعد أي قرار تصدره المصلحة المتعاقدة أثناء ممارسة سلطة الرقابة والتوجيه دون مراعاة للنصوص القانونية[1]، مشوبا بعيب الانحراف في استعمال بالسلطة، وبالتالي فإن أي استعمال للصلاحيات المخولة لها من أجل تحقيق غاية غير تلك التي حددها القانون، يعد انحراف في استعمال السلطة يؤدي إلى إلغائها[2].

لقد ألزم القضاء المصري الإدارة المتعاقدة بإلغاء القرار الإداري المعيب بالانحراف والاستعمال الخاطئ للسلطة والتعويض عنه من خلال حكم صادر عن المحكمة العليا المصرية[3].

ب – ضرورة تحقق المصلحة العامة من الرقابة

يعد شرط المصلحة العامة الهدف الأسمى الذي تسعى الإدارة المتعاقدة إلى تحقيقه من أي عمل تقوم به.

أي أن كل سلطة تمارسها تكون بدافع تحقيق المنفعة العامة وأن كل غرض كان محلاً للتعاقد تمارس عليه سلطة الرقابة يجب أن تكون هذه الأخيرة بباعث من المصلحة العامة، وإلاَّ أُعدت

---

[1] نبيل أزاريب، سلطات الإدارة في مجال الصفقات العمومية وفق التشريع الجزائري، ط1، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2018، ص.101.

[2] سيف سعد مهيدي الدليمي، مرجع سابق، ص.36.

[3] حكم صادر في 03 ماي 1969، طعن رقم 598 لسنة 11 ق، ص.641، أشار إليه: شريف يوسف خاطر، القرار الإداري – دراسة مقارنة، دار الفكر والقانون، المنصورة، 2011، ص.59.

تصرفاتها من قبيل الانحراف في استعمال السلطة وبالتالي تترتب مسؤولية الإدارة المتعاقدة وتسأل عن خطئها[1].

يجب أن نشير إلى نقطة مهمة في هذا الشأن، أن الخطأ يترتب أيضًا في حالة ممارسة هيئة غير مختصة لسلطة الرقابة غير المصلحة المتعاقدة.

02- الضابط الخاص

يشمل هذا الضابط محل عقد الصفقة العمومية، أي أن هذا الضابط يحمي المصلحة المتعاقدة من التجاوز الذي قد يُكلفها ترتب مسؤوليتها العقدية عن خطئها، وهو ما يؤدي إلى تعويض المتعاقد المتضرر عن الأعباء التي تكبدها، ويكون هذا التعويض بإعادة التوازن المالي لعقد الصفقة العمومية، ويتمثل الضابط الخاص فيما يلي:

01- ألاَّ يرتب استعمال سلطة الرقابة تعديلاً في شروط العقد

أحيانًا تبالغ المصلحة المتعاقدة في سلطاتها التي رسمها لها القانون، إذ تتجاوز دورها في الرقابة وتتوسع فيه وتخرج عن نطاق سلطة الرقابة، وبالتالي تجد نفسها بصدد ممارسة سلطة التعديل على العقد وشروطه، مما يؤدي إلى وضعها في موقف حرج يستحق التعويض المالي للمتعاقد المتضرر من التعديل الانفرادي لها، وعليه لا يجوز للمصلحة المتعاقدة أثناء ممارسة سلطة الرقابة بمعناها المزدوج (الإشراف والتوجيه) أن تتعدى النطاق المستمد في هذا الشأن من القوانين والتنظيمات ونصوص دفاتر الشروط، وبعبارة أخرى فهذا النطاق هو نقطة الفصل بين سلطتي المصلحة المتعاقدة[2].

[1] طارق سلطان، مرجع سابق، ص.82.

[2] للإطلاع أكثر أنظر سيف سعد مهيدي الدليمي، مرجع سابق، ص.36.

02- ألاَّ تؤدي سلطة الرقابة إلى تغيير طبيعة مضمون عقد الصفقة العمومية

في هذه الحالة يجب على المصلحة المتعاقدة أن تراعي طبيعة وجوهر عقد الصفقة العمومية وعدم تجاوزه أثناء ممارسة سلطة الرقابة، وبالمقابل عدم إغفالها عن مضمون التنفيذ، بحيث يكون وفقًا لنصوص العقد المتفق عليه، كما لا يمكنها أن تفرض أسلوب يقضي ويؤدي إلى تغيير موضوع العقد وطبيعته لأننا نكون أمام عقد جديد يؤدي إلى ضياع حقوق المتعاقد معها[1].

مما سبق نرى نحن بأن سلطة الرقابة شأنها شأن باقي السلطات الأخرى التي تمارسها المصلحة المتعاقدة على المتعاقدين معها، حيث تمارسها وفقًا للقواعد والحدود التي أقرَّها القانون ودون مساس بشروط العقد.

المطلب الثاني: تطبيقات سلطة الرقابة في عقود الصفقات العمومية وأوجه العلاقة بينها وبين سلطة توقيع الجزاءات

من المسلم به أنه هناك مجال لإعمال سلطة الرقابة في مجال الصفقات العمومية، لذلك فإن نطاق هذه السلطة يتسع وتمارس بكيفية موسعة في عقود الأشغال العامة، وبصفة أقل نوعًا ما في عقود توريد اللوازم، كما توجد علاقة بين جميع السلطات الاستثنائية التي تباشرها الإدارة المتعاقدة.

على الرغم من أنه هناك تكامل بين السلطات، إلاَّ أن ذلك لا يجعل هذه التصرفات تُخلف نفس الآثار القانونية، فسلطة توقيع الجزاءات لها صلة بسلطة الرقابة والتوجيه، وعليه سنتطرق إلى تطبيقات سلطة الرقابة والتوجيه في عقود الصفقات العمومية في (فرعٍ أول)، ثم استعراض أوجه أوجه العلاقة بين سلطتي الرقابة والتوجيه وتوقيع الجزاءات في (الفرع الثاني).

[1] نجم عليوي خلف، مرجع سابق، ص.65.

الفرع الأول: تطبيقات سلطة الرقابة والتوجيه في عقود الصفقات العمومية

يختلف مدى سلطة الرقابة باختلاف عقود الصفقات العمومية، فتكون هذه السلطة صارمة في صفقات الأشغال العامة، وبالمقابل تكون الرقابة أقل شدة في عقود التوريد، وعلى هذا الأساس سندرس الرقابة في صفقات الأشغال العامة (أولاً)، ثم سلطة الرقابة في عقود التوريد (ثانيًا).

أولاً: سلطة الرقابة والتوجيه في صفقات الأشغال العامة

لقد ميَّزت محكمة القضاء الإداري المصري في حكم لها[1]، عقد الأشغال العامة عن العقود التي تنطوي تحت نظام العقود الخاصة، مؤكدة بأن عقود الأشغال العامة تهدف إلى تحقيق المصلحة العامة، بالإضافة إلى استهداف الحصول على هذه الأشغال ويدها العاملة بأفضل وأقل سعر ممكن.

تشمل عقود الأشغال العامة كل عمليات الإنجاز أو البناء، لمنشأة أو شبكات مختلفة، وتتخذ شكل تجديد أو صيانة أو تهيئة أو ترميم أو إصلاح أو هدم لهذه المنشأة أو جزء منها[2].

يلاحظ من تعريف عقود الأشغال العامة، بأن أشكال عديدة تدخل ضمن مجالها كالبناء والصيانة وأشغال الري ومختلف شبكات التطهير، وكذلك حتى الهدم.

لذلك فإن سلطة المصلحة المتعاقدة أثناء مباشرة الرقابة والإشراف تتسع في هذه العقود، وبالتالي فإن دور المتعامل المتعاقد يقتصر على تنفيذ الالتزامات بالكيفية التي تفرضها عليه

[1] جاء في حكم صادر عن محكمة القضاء الإداري المصرية، بتاريخ 08 أفريل 1952، السنة 08، ص.812 ما يلي: " ... يعتبر المقاول قانونًا نائبًا عن الحكومة في القيام بأعمال المنشآت العامة، باعتبار مسؤولية القيام بهذه الإنشاءات واقعة أولاً على عاتق الحكومة، وهي إذ تنيب عنها مقاولين في مزايدة أو مناقصة عامة، إنما تستهدف الحصول على المواد الأولية واليد العاملة بأحسن سعر، للمصلحة العامة بغير مساس بجودة العمل والإخلال بمواعيد تنفيذه ".

[2] لتوضيح أكثر يرجى الإطلاع على المادة 25 من قانون رقم 23-12، مصدر سابق.

المصلحة المتعاقدة، دون حقه في توجيه الأعمال[1]، أي أن مهندس المصلحة هو المكلف بتوجيه الأشغال، أما المقاول ما عليه سوى المثول لتعليمات المهندس.

كما أن المهندس المكلف بالإشراف على المشروع لا يملك حق إدخال تعديل على عقد الصفقة العمومية، أو بنودها، وأن مهمته تنحصر سوى في الإشراف على تنفيذ الصفقة، طبقًا للشروط المتفق عليها سلفًا، كما يتمتع بصلاحية إصدار الأوامر والتعليمات في حدود هذه الشروط[2]، وبالمقابل لا يمكن للمتعاقد أن يعترض عليها، سوى عن طريق التظلم الموجه إلى المصلحة المتعاقدة أو الطعن القضائي.

يرى جانب من الفقهاء في مجال العقود الإدارية، بأن عقد الأشغال العامة يحمل في طياته شروط دقيقة واستثنائية، لا يوجد لها مثيل في العقود الخاصة، وهو ما يجعل من المتعامل المتعاقد في مركز غير متساوي فيه مع مركز الإدارة المتعاقد معها، وهو ما يفرض حتمية الخضوع للأوامر والتوجيهات الصادرة منها، وفي حالة ما تسببت هذه الأوامر في أعباء إضافية للمتعاقد، فهي لا تعطيه حق اقتضاء التعويض باعتبار أن هذه الرقابة من صميم النظام العام، كما أنها تمارس بصفة تلقائية وعادية[3].

لقد ميزت محكمة القضاء الإداري المصرية في حكم لها[4]، عقد الأشغال العامة عن العقود التي تنطوي تحت نظام العقود الخاصة، في كونها تهدف إلى تحقيق المصلحة العامة، بالإضافة إلى استهداف الحصول على هذه الأشغال ويدها العاملة، بأفضل سعر ممكن.

---

[1] إبراهيم صباح رحيم، مرجع سابق، ص.94.

[2] هيثم حليم غازي، سلطات الإدارة في العقود الإدارية – دراسة تطبيقية، مرجع سابق، ص.62.

[3] سيف سعد مهيدي الدليمي، مرجع سابق، ص.53.

[4] تطرق حكم محكمة القضاء الإداري المصرية، بتاريخ 08 أفريل 1952، السنة 08، ص.812، إلى هذه الخاصية في عقود الأشغال العامة، كما يلي: " ... يعتبر المقاول قانونًا نائبًا عن الحكومة في القيام بأعمال المنشآت العامة باعتبار مسؤولية القيام بهذه الإنشاءات واقعة أولاً على عاتق الحكومة، وهي إذ تنيب عنها مقاولين

ثانيًا: سلطة الرقابة والتوجيه في عقود التوريد

تشمل عقود التوريد كل اقتناء أو إيجار أو بيع بالإيجار، بخيار أو بدون خيار شراء من طرف المصلحة المتعاقدة، لعتاد أو مواد مهما كان شكلها، موجهة لتلبية الحاجات المتصلة بنشاطها لدى متعامل اقتصادي[1].

كما تم تعريف عقد التوريد على أنه عقد يتم بين الإدارة ومورد من أشخاص القانون الخاص ومقتضى هذا العقد أن يتعهد هذا الأخير بتوريد أشياء منقولة، وضرورية في تسيير مرفق عام، مثل توريد مواد غذائية للمدارس، أو عتاد طبي للمستشفيات[2].

تم تقسيم عقود التوريد إلى طائفتين، وهما عقود توريد عادية (01)، وعقود توريد صناعية (02)، وتعود أصول هذا التقسيم إلى سنة 1958 في فرنسا، بعدما أصدر قرارات، أحدهما ينظم العقود العادية، والأخر ينظم عقود التوريد الصناعية[3]، كما تختلف سلطة الرقابة الممارسة في عقود التوريد العادية عن نظيرتها في عقود التوريد الصناعية.

01- عقود التوريد العادية

هي عبارة عن عقود يكون فيها المورد متمتعًا بهامش من الحرية في اختيار طريقة التوريد، ويكون مستقلاً في اختيار الطرق التي ينفذ بها التزاماته، وبالمقابل تتقلص السلطات الممنوحة

في مزايدة أو مناقصة عامة، إنما تستهدف الحصول على المواد الولية واليد العاملة بأحسن سعر، للمصلحة العامة بغير مساس بجودة العمل والإخلال بمواعيد تنفيذه ".

[1] جاء تعريف عقود التوريد في المادة 26 من قانون رقم 23-12، مصدر سابق.

[2] سيف سعد مهيدي الدليمي، مرجع سابق، ص.58.

[3] ANDRE Homont, Lés Marchés de fournitures et de services, Juris administratif, 1961, PP. 12 et 13.

للإدارة المتعاقدة في مجال الرقابة، فتقتصر هذه الأخيرة سوى في التحقق من مطابقة الأصناف الموردة للمواصفات المنصوص عليها في العقد، دون ممارسة صورة الإشراف عليها[1].

يلاحظ من هذا التعريف لعقود التوريد العادية، بأنه يوجد مجال واسع من الحرية للمتعاقد مع الإدارة، في الطريقة التي يختارها هو أثناء توريد اللوازم والمقتنيات المتفق عليها في العقد، كما تضيق سلطة المصلحة المتعاقدة في الرقابة على هذه التوريدات، بحيث لا يتعدى دورها في التأكد من مواصفات هذه السلع.

تم تأكيد تقييد سلطة الرقابة في عقود التوريد العادية بموجب قانون تنظيم المناقصات والمزايدات المصري لسنة 1998[2].

02- عقود التوريد الصناعية

تتسع سلطة الرقابة للمصلحة المتعاقدة في هذه الطائفة من العقود، كون هذه الرقابة لا تقتصر سوى على التأكد من المواصفات ومطابقتها لما هو متفق عليه في العقد، بل تتعدى ذلك لتنصرف إلى المتعاقد في حد ذاته.

لذلك فهي ليست برقابة عادية، أي أنها تشمل حتى صورة الإشراف والمراقبة الفنية، التي تقف فيها المصلحة المتعاقدة على مدى تصنيع التوريدات والسلع المتفق على توريدها، من قبل المتعاقد

---

[1] هيثم حليم غازي، سلطات الإدارة في العقود الإدارية – دراسة تطبيقية، مرجع سابق، ص.58.

[2] جاء نص المادة 90 من قانون رقم 89، لسنة 1998، يتعلق بقانون تنظيم المناقصات والمزايدات المصري الملغى، مصدر سابق، كالآتي: " يلتزم المورد بتوريد الأصناف المتعاقد عليها في الميعاد أو المواعيد المحددة خالصة جميع المصروفات والرسوم ومطابقة لأمر التوريد وللمواصفات أو العينات المعتمدة، وتسليم أمين مخزن الاستقبال ما يتم توريده بالعدد أو الوزن أو المقاس بحضور المورد أو مندوبه ويُعطى عنه إيصالاً مؤقتًا مختومًا بخاتم الجهة الإدارية موضحًا به اليوم والساعة التي تم فيها التوريد ويقرر فيه حالة الأصناف من حيث سلامتها، وذلك لحين إخطار المورد بميعاد اجتماع لجنة الفحص ليتمكن من حضور إجراءات الفحص والاستلام النهائي.. ".

ويتم ذلك من خلال متابعة عملية التصنيع بكافة مراحلها، كما تمارس صورة الرقابة الإدارية على الموظفين والعمال الذين يستخدمهم المورد في عملية التصنيع[1].

يتضح لنا من خلال ما تم التطرق إليهن بأن حق الإدارة المتعاقدة في الرقابة على عقود الصفقات العمومية ثابت ومعترف به، كما أنه يتسع في طائفة معينة من هذه العقود، ويضيق في طائفة أخرى، ولا تُستعمل نفس الصرامة في الطائفة الأولى، وذلك حسب خصوصية وظروف كل عقد على حدى.

الفرع الثاني: أوجه العلاقة بين سلطتي الرقابة والتوجيه وتوقيع الجزاءات

المسلم به أنه يوجد تكامل وعلاقة طردية تربط سلطة الرقابة والتوجيه بسلطة توقيع الجزاءات إلاَّ أن هذه العلاقة لا تُخلف نفس الآثار القانونية، وبالتالي توجد اختلافات بين هاتين السلطتين حيث نستعرض أوجه التشابه بين السلطتين (أولاً)، ثم نعدد أوجه الاختلاف بين السلطتين (ثانيًا).

أولاً: أوجه التشابه بين السلطتين

تتلاقى كل من سلطة توقيع الجزاءات وسلطة الرقابة والتوجيه في العديد من النقاط، كونها سلطات استثنائية نجدها بصفة استثنائية في مجال العقود الإدارية عكس العقود الخاصة.

01- كلتا السلطتين من قبيل النظام العام

أي أن هاتين السلطتين تمارس وتثار بمجرد تعرض المرفق العام للاختلال، كون المصلحة المتعاقدة دائمًا في أعمالها تستهدف المصلحة العامة، فعندما يكون هناك إخلال أو تقصير من المتعاقدين معها تباشر هاتين السلطتين حتى ولو لم يرد نص يجيزهما كونهما من المسلمات التي تباشرها المصلحة المتعاقدة، وذلك من منطلق الامتيازات الاستثنائية الممنوحة لها في إطار احترام مبدأ مشروعية هذه القرارات.

[1] هيثم حليم غازي، سلطات الإدارة في العقود الإدارية – دراسة تطبيقية، مرجع سابق، ص.60.

02 – خضوع هاتين السلطتين لنفس جهة الرقابة القضائية

أحيانًا تخطئ الإدارة المتعاقدة في إصدار قرارات تخص عملية الرقابة والتوجيه وتسليط وفرض جزاءات معينة، وعندما تخطئ الإدارة المتعاقدة عادةً ما نجد قراراتها غير مشروعة وفيها نوع من التعسف تجاه المتعاقد معها، وما على هذا الأخير سوى أن يلجأ إلى الجهة القضائية المختصة للمطالبة بإلغاء هذه القرارات التي استعملت فيها المصلحة المتعاقدة هذا التعسف غير المبرر أثناء سلطتي الرقابة وتوقيع الجزاءات، كما بإمكانها أن تصل إلى حد فسخ العقد.

03 – الأساس القانوني لكلتا السلطتين واحد

مما لا يدع مجال للشك بأن ممارسة هاتين السلطتين يكون من منطلق النص عليهما في دفاتر الشروط أو ضمن بنود العقد، أو بمقتضى نص تشريعي، وعليه فإن التزام المصلحة المتعاقدة بهذه النصوص سواء تلك المدرجة في دفتر الشروط أو العقد، أو النصوص القانونية تعد الضامن الأساسي في تنفيذ عقود الصفقات العمومية بالشكل السليم[1] والمرضي، وكما تطرقنا سابقًا إلى الأساس القانوني لسلطة توقيع الجزاءات وقلنا بأن المعيارين الضابطين لهذه السلطة وهما فكرة السلطة العامة وفكرة استمرار المرافق العامة، فأيضا الدافع الذي يدفع بالمصلحة المتعاقدة لممارسة سلطة الرقابة والتوجيه هو نفسه الذي دفع بها إلى ممارسة سلطة توقيع الجزاءات.

وبالتالي فإن الإدارة المتعاقدة تمارس هذه الحقوق وفقًا لما تتمتع بع من سلطة عامة بالإضافة إلى كونها مسؤولة عن إدارة وتسيير مرافقها العامة، باعتبار أن هذه الحقوق ثابتة بالنسبة لها، حتى ولو لم ينص عليها في العقد أو في دفاتر الشروط، إلاَّ أن ذلك لا يسمح للإدارة المتعاقدة أن تمارس هاته السلطات إلى درجة أن تغير طبيعة العقد أو تتعسف على المتعاقدين معها، فهي تمارس هاتين السلطتين في إطار المشروعية وأن تستهدف المصلحة العامة وفقًا لمقتضيات

[1] سعيد عبد الرزاق باخبيرة، مرجع سابق، ص.132.

مرافقها العامة التي تقوم على مبدأ الاستمرارية في تقديم الحاجات بانتظام، وقد تم التطرق إلى هاتين السلطتين في العديد من الأحكام الصادرة عن القضاء الإداري[1].

04 – كلتا السلطتين تمارس في مرحلة تنفيذ العقد

أيضًا ما يميز هاتين السلطتين أنهما يلتقيان في مرحلة واحدة من عمر الصفقة العمومية وهي مرحلة التنفيذ، باعتبار أن هذه المرحلة هي الأهم في عمر الصفقة العمومية، إذ تحتاج أن تسخر لها المصلحة المتعاقدة جميع الإمكانيات والوسائل المتاحة حتى تسير هذه المرحلة، ويكون ذلك ابتداءً من حق الإدارة المتعاقدة في التدخل في علاقة المتعاقد مع عماله ومستخدميه وتوجيههم وتنظيم ساعات عمله، ومراقبة مدى تنفيذ المتعاقد لالتزاماته فيما يعود بالنفع العام لمرافقها، وفي حالة حصول أضرار تسبب فيها المتعاقد معها من خلال التنفيذ السيئ للالتزامات[2]، كان لها فرض جزاءات عليه قد تصل إلى إعدام وإنهاء عقد الصفقة العمومية حسب درجة جسامة الخطأ المرتكب.

بالتالي فإن مساحة المصلحة المتعاقدة في ممارسة سلطة الرقابة والإشراف وسلطة توقيع الجزاءات تكون في مرحلة التنفيذ، كون أن عقد الصفقة العمومية اكتمل تكوينه في مرحلة الإبرام وبمجرد البدء في تنفيذ الأشغال أو توريد اللوازم يصبح لزامًا على الإدارة المتعاقدة ممارسة سلطتيها.

---

[1] جاء في حكم صادر عن المحكمة الإدارية العليا بمصر، بتاريخ 20 أفريل 1957 في الدعوى رقم 1520 لسنة 02 ق ما يلي: " العقود الإدارية تتميز عن العقود المدنية بطابع خاص، مناطه احتياجات المرفق الذي يستهدف العقد تسييره وتغليب وجه المصلحة العامة على مصلحة الأفراد الخاصة، فبينما تكون مصالح الطرفين متوازية في العقود المدنية متوازية ومتساوية إلاَّ أنها في العقود الإدارية غير متكافئة، إذ يجب أن يعلو الصالح العام على المصلحة الفردية الخاصة، وهذه الفكرة هي التي تحكم الروابط الناشئة عن العقد الإداري، ويترتب على ذلك أن للإدارة سلطة الإشراف والتوجيه عن تنفيذ العقود "، نقلاً عن: سامال إسكندر محمد الباجلان، مرجع سابق، ص.145.

[2] المرجع نفسه، ص.146.

05 – كلتا السلطتين تمارسهما الإدارة المتعاقدة بإرادتها المنفردة طبقًا لامتياز التنفيذ المباشر

ويعني بذلك دون اللجوء إلى الطريق القضائي، وما يؤكد هذه الخاصية التي تؤكد قيام العلاقة بين هاتين السلطتين قول " بيكينيو" في هذا الشأن بأن: " كلاً من سلطة الرقابة وسلطة توقيع الجزاءات تعطي الإدارة حق استعمال امتيازاتها في إصدار القرارات التنفيذية حتى تتمكن من تنفيذ عقودها الإدارية بأسلوب التنفيذ المباشر، بالإضافة إلى أن التعليمات والجزاءات تصدر انفراديًا عن الإدارة دون حاجة إلى اللجوء مقدمًا إلى القضاء "[1].

06 – سلطة توقيع الجزاءات سلطة مكملة لسلطة الرقابة والتوجيه

تتجلى هذه الخاصية في حالة إخلال المتعاقد وعدم الامتثال للأوامر الصادرة عن المصلحة المتعاقدة في إطار ممارسة سلطة الرقابة والتوجيه، ففي حالة الإخلال الجسيم وعدم تطبيق الأوامر بالكيفية المطلوبة منه يؤدي بالإدارة المتعاقدة إلى توقيع جزاءات عليه، باعتبار أن عدم الامتثال يعد فعلاً مبررًا لهذه الجزاءات.

07 – كلتا السلطتين صادرة وفقًا لمبدأ الاعتبار الشخصي

يعد الاعتبار الشخصي من الأسس القانونية التي تقوم عليها العقود الإدارية لاسيما عقود الأشغال العامة وعقود التوريد[2]، حيث من خلال هذا المبدأ يلتزم المتعاقد مع الإدارة بتنفيذ مضمون العقد بعد إصدار المصلحة المتعاقدة لتعليمات وأوامر ببدء الأشغال أو التوريد للمتعاقد معها لمساعدتها في قيام مرافقها العامة واستمراريتها بانتظام، وفي حالة ما حاول المتعاقد التنصل من

[1] سعيد عبد الرزاق باخبيرة، مرجع سابق، ص.147.

[2] عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد – نظرية الالتزام بوجه عام مصادر الالتزام، ط3، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2000، ص.322.

تنفيذ التزاماته شخصيا يعد ذلك خطأً جسيمًا، ويكون مبررًا كافيًا في تقدير المصلحة المتعاقدة للجزاء الموقع عليه[1].

ثانيًا: أوجه الاختلاف بين السلطتين

على الرغم من تنوع وتعدد أوجه التشابه بين سلطتي الرقابة والإشراف وتوقيع الجزاءات إلاَّ أنهما يختلفان في العديد من النقاط والمتمثلة أساسًا في الآثار القانونية (01)، و التلقائية في ممارسة سلطة الرقابة والتوجيه (02) والهدف والغاية (03)، و القواعد التي تحكمهما (04)، كما سنتطرق إلى طابع هاتين السلطتين (05)، ثم إلى الإجراءات الجوهرية التي تسبق ممارسة السلطتين (06).

01 – من حيث الآثار القانونية

بإمكان الإدارة المتعاقدة عند امتناع المتعاقد معها عن تنفيذ تعهده، وكضمان لحسن سير مرافقها العامة أن تبقي على العلاقة العقدية بينهما وتحل محله في تنفيذ ما لم يقم بتنفيذه وعلى حسابه، كجزاء توقعه عليه[2]، وقد يصل بها الأمر إلى درجة إعدام عقد الصفقة العمومية وإنهاء العلاقة التعاقدية بينهما عن طريق الفسخ، بينما في سلطة الرقابة والتوجيه لا يمكن أن تحل المصلحة المتعاقدة محل نفسها وتطبق التعليمات والأوامر الصادرة عنها.

02 – التلقائية في ممارسة سلطة الرقابة والتوجيه

تمارس سلطة الرقابة والتوجيه بصفة دورية وتلقائية حتى ولو لم يكن هناك نص يجيزها، كون ذلك أنها تعد نابعة من الأعمال والمهام الدورية للإدارة المتعاقدة، شرط أن تمارس في إطار الضوابط القانونية المقررة في هذا الشأن، وبالتالي فإن المصلحة المتعاقدة تعمل دوما على مراقبة

[1] أشرف عبد الحليم عبد الفتاح عمر، الاعتبار الشخصي وأثره في تنفيذ العقود الإدارية – دراسة تحليلية، سلسلة بحوث، الجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة، 2020، ص.16.

[2] طارق سلطان، مرجع سابق، ص.242.

المتعاقد معها والتحقق من مدى استجابته في تنفيذ الشروط المتفق عليها، وعلى هذا الأساس فهي تصدر توجيهات وتعليمات تتماشى مع هو ضروري لحسن التنفيذ ومواعيد الأعمال وتسليمها طبقًا للمواصفات المقررة في ذلك[1].

أما سلطة توقيع الجزاءات فهي تثار في حالة النص عليها في عقد الصفقة العمومية عندما يخل المتعاقد أو يُقصر في تنفيذ الالتزامات المتفق عليها.

03 – من حيث الهدف والغاية

إن الهدف الذي تسعى إليه المصلحة المتعاقدة من خلال بسط الرقابة والتوجيه هو ضمان حسن سير مرافقها العامة بانتظام وضمان تنفيذ العقد بطريقة مرضية، أما بالنسبة لسلطة توقيع الجزاءات فالهدف منها هو جبر الضرر الذي أصاب المرافق العامة جرَّاء إخلال المتعاقد مع الإدارة بالتزاماته التعاقدية[2].

وعليه نرى من وجهة نظرنا بأن سلطة الرقابة والتوجيه عبارة عن مرافقة للمتعاقد مع الإدارة وتقويم لأعماله يكون مبنيًا على التوجيهات والتعليمات المسداة إليه، أما سلطة توقيع الجزاءات فهي عقوبة نظرًا لعدم الالتزام بالتوجيهات والتعليمات.

04 – من حيث القواعد التي تحكمهما

تتخذ سلطة توقيع الجزاءات مدى واسع في القواعد التي تحكمها[3] وتعدد صورها والخطورة التي تترتب عليها، والتي قد تصل إلى درجة إنهاء العلاقة التعاقدية عن طريق الفسخ كأخطر صورة لتوقيع الجزاء وجبر الضرر الذي أصاب المصلحة المتعاقدة ومرافقها جرَّاء الإخلال والخطأ الجسيم

[1] سامال إسكندر محمد الباجلان، مرجع سابق، ص.146.
[2] سعيد عبد الرزاق باخبيرة، مرجع سابق، ص.149.
[3] المرجع نفسه، ص.149.

من قبل المتعاقد معها، عكس سلطة الرقابة والتوجيه التي تقتصر سوى التنقل إلى الورشة ومعاينة الأشغال والمراقبة وإعطاء التعليمات.

05 – من حيث طابع السلطة

تتسم سلطة الرقابة والتوجيه بالطابع الوقائي الذي يحمل في طياته الكثير من الإجراءات الرقابية ويكون قبل وأثناء تنفيذ عقد الصفقة العمومية، حيث تتجلى هذه الإجراءات في شكل أوامر وتوجيهات يتلقاها المتعامل المتعاقد من المصلحة المتعاقدة ويسعى إلى الامتثال لها وتنفيذها، بينما سلطة توقيع الجزاءات عبارة عن إجراء علاجي بحت يأتي بعد إخلال وتقصير أو خطأ المتعاقد في تنفيذ الأوامر، الهدف منه جبر الضرر الذي لحق بمرافق الإدارة، ويكون فرض الجزاءات بما يتناسب مع حجم الخطأ المرتكب الذي من شأنه أن يحدث شلل في هذه المرافق.

06 – من حيث الإجراءات الجوهرية التي تسبق ممارسة السلطتين

بالعودة إلى مختلف التشريعات نجد أن المصلحة المتعاقدة تلجأ إلى سلطة توقيع الجزاءات بعد إعذار المتعاقد معها كإجراء وجوبي وجوهري يسبق إجراء فرض الجزاءات عليه كنتيجة للإخلال والخطأ في تنفيذ الالتزامات التعاقدية، أما سلطة الرقابة والتوجيه لا نجد مكانًا وأثرًا للإعذار كإجراء سابق لهذه السلطة في التشريعات، وهو ما يؤكد لنا بأن سلطة الرقابة والتوجيه أقل خطورة بكثير عكس سلطة توقيع الجزاءات.

المبحث الثاني

علاقة سلطة توقيع الجزاءات بسلطة التعديل في الصفقة العمومية

كما قلنا سابقًا بأن الإدارة تتمتع بعدة امتيازات في مجال التعاقد الإداري، وهذه الامتيازات لا نجد لها مثيلاً في العقود المدنية[1]، أو الخاصة فبالإضافة إلى امتياز الرقابة والإشراف وامتياز توقيع الجزاءات هناك سلطة لا تقل خطورة عن سابقيها، هذه السلطة تمنح أيضًا للمصلحة المتعاقدة أثناء فترة تنفيذ عقد الصفقة العمومية، كما أن هذه السلطة تؤثر في كثير من الأحيان على العلاقة التعاقدية في صورة عدم التكافؤ بين طرفي العقد، وتتمثل هذه السلطة في التعديل وهناك من يطلق عليها سلطة التعديل الإنفرادي.

وكل السلطات المذكورة سلفًا تؤدي حتما في نهاية المطاف إلى تحقيق المصلحة العامة وحسن سير المرافق العامة بانتظام وباضطراد.

وعليه سندرس في هذا المبحث مفهوم سلطة التعديل في الصفقة العمومية (كمطلب أول)، ثم مدى سلطة التعديل في الصفقة العمومية وأوجه العلاقة بينها وبين سلطة توقيع الجزاءات في (المطلب الثاني).

المطلب الأول: مفهوم سلطة التعديل في الصفقة العمومية

تعد سلطة التعديل بالإرادة المنفردة من بين السلطات المعترف بها للإدارة المتعاقدة، وكان ذلك بموجب العديد من القرارات الصادرة عن مجلس الدولة الفرنسي، حيث يتجلى تكريس هذه السلطة ابتداءً من سنة 1910، وبالضبط في الحكم الصادر عنه بتاريخ 11 مارس 1910 في القضية الخاصة بشركة تراموای مرسيليا، ثم امتدت إلى قضية VIETTE بموجب قرار صادر بتاريخ 26

[1] سيف سعد مهيدي الدليمي، مرجع سابق، ص.79.

ماي 1930[1]، إلى غاية صدور قراره في قضية اتحاد النقل العام الحضري والإقليمي بتاريخ 02 فيفري 1983، والذي قرر فيه بأن اتحاد النقل العام يمثل سلطة إدارية لها الحق في إدخال تعديلات على عقد تسيير المركبات العامة قصد تحقيق المصلحة العامة للمنتفعين من هذا المرفق، والذي يعد اعتراف صريح من طرفه بحق الإدارة في التعديل الانفرادي للعقود التي تبرمها[2].

وبناءً على ما سبق سنحاول أن نعطي تعريف لسلطة التعديل في (الفرع الأول)، ثم الأساس القانوني لسلطة التعديل في (الفرع الثاني)، كما سنتطرق إلى الآلية المستخدمة في تعديل الصفقة العمومية في (الفرع الثالث).

الفرع الأول: تعريف سلطة التعديل

تعد سلطة التعديل من أخطر السلطات التي تمارسها المصلحة المتعاقدة على الصفقة العمومية، والتي قد تصل إلى درجة المساس بالتوازن المالي لعقد الصفقة العمومية، وعلى هذا الأساس يكون لزامًا علينا تبيان هذه الآلية الخطيرة من خلال التعريف بها.

من منطلق أن القوانين والتنظيمات تعلو بمرتبتها عن الاجتهادات القضائية والفقهية وفقًا لتسلسل الهرم القانوني، لذلك سنتطرق للتعريف التشريعي لسلطة التعديل (أولاً)، ثم التعريف القضائي (ثانيً) ويليهم التعريف الفقهي (ثالثًا).

أولاً: التعريف التشريعي لسلطة التعديل

تطرق المشرع الجزائري إلى سلطة التعديل تقريبًا في مختلف القوانين والتنظيمات الخاصة بالصفقات العمومية، ويمكن استعراضها حسب التدرج الزمني لإصدارها.

[1] سيف سعد مهيدي الدليمي، مرجع سابق، ص.79.

[2] السيد فتوح محمد هنداوي، مرجع سابق، ص.143.

01 – الأمر رقم 67-90

جاءت المادة 06 منه بالآتي: " إن دفاتر الشروط تحدد الشروط التي تبرم بموجبها الصفقات وتنفذ، وتشمل خاصة على ما يلي:

- ✓ دفاتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على جميع صفقات الأشغال والتوريدات المصادق عليها بموجب مرسوم ... "[1].

من خلال نص هذه المادة نلاحظ بأن المشرع الجزائري أحالنا ضمنيًا إلى دفاتر الشروط الإدارية العامة بخصوص كيفيات الإبرام والتنفيذ.

وعند إطلاعنا على دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على الشغال العامة، لاحظنا بأن العديد من النصوص التي تضمنها تعطي الحق للإدارة المتعاقدة في التعديل الانفرادي، خاصة المادة 02 منه[2].

02 – المرسوم التنفيذي رقم 91-343

لم يقدم لنا هذا المرسوم أي تعريف لسلطة التعديل وإنما اكتفى بالإشارة إليه فقط من خلال المادة 89 منه[3]، والتي جاء فيها الآتي: " يمثل الملحق وثيقة تعاقدية تابعة للصفقة ويبرم في جميع الحالات إذا كان هدفه زيادة الخدمات أو تقليلها و/أو تعديل بند أو عدة بنود تعاقدية في الصفقة الأصلية ".

---

[1] أنظر أمر رقم 67-90 الملغى، مصدر سابق.

[2] أنظر قرار وزاري مؤرخ في 21 نوفمبر 1964، يتضمن المصادقة على دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال الخاصة بوزارة تجديد البناء والأشغال العمومية والنقل الملغى، مصدر سابق.

[3] أنظر مرسوم تنفيذي رقم 91-343 الملغى، مؤرخ في 09 نوفمبر 1991، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج.ر.ج.ج عدد57، صادر سنة 1991.

يلاحظ من هذه المادة بأنه يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تمارس سلطة التعديل بالزيادة أو النقصان في حجم الأشغال والتوريدات، كما يمكن لها أن تدخل تغييرات على بنود العقد، أما بالنسبة لطريقة وكيفية التعديل نجد أن المنظم كان واضحا في الطريقة التي تمارس بها المصلحة المتعاقدة سلطتها في التعديل وذلك بواسطة آلية الملحق الذي يمثل جزءً من الصفقة العمومية في حالة التغيير والتعديل.

03 – المرسوم الرئاسي رقم 02-250

أيضًا حذا فيه المنظم حذو سابقيه، واكتفى فيه بتعريف الملحق[1]، والذي نراه نحن بأنه الآلية القانونية التي تمارس بها سلطة التعديل، وإلاَّ أصبح عقد الصفقة العمومية مجالاً للتعسف في استعمال امتيازات السلطة العامة، والذي يكون مآله الفسخ وإعدام الصفقة العمومية.

04 – المرسوم الرئاسي رقم 10-236

على الرغم من الكم الهائل في المواد التي نظَّمت سلطة التعديل في هذا المرسوم، إلاَّ أنها لا تحمل أي تعريف لهذه السلطة واكتفت بكيفية ممارستها فقط، كما تطرقت هذه المواد إلى آلية الملحق وحالات اللجوء إليه، بالإضافة إلى شروط ممارسة هذه السلطة[2].

05 – المرسوم الرئاسي رقم 15-247

بالنسبة لهذا المرسوم هو أيضًا عرَّف الملحقة كوسيلة بيد المصلحة المتعاقدة تمارس بها سلطة التعديل، وتم ذلك من خلال المادة 136 منه على أنه وثيقة تعاقدية تابعة للصفقة، والهدف من إبرامه هو تعديل في الخدمات أو في البنود التعاقدية في الصفقة[3].

---

[1] أنظر المادة 90 من مرسوم رئاسي رقم 02-250 الملغى، مؤرخ في 24 جويلية 2002، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج.ر.ج.ج عدد 52، صادر سنة 2002.

[2] أنظر المواد: 102، 103، 104، 105 و106 من مرسوم رئاسي رقم 10-236 الملغى، مصدر سابق.

[3] أنظر مرسوم رئاسي رقم 15-247، مصدر سابق.

06 – القانون رقم 23–12

على الرغم من أن هذا القانون حديث الإصدار، كما أنه من المفروض جاء ليتدارك قصور القوانين والتنظيمات التي سبقته إلاَّ أنه لم يأتي بالكثير من المواد المنظمة لسلطة التعديل، واكتفى بمادة وحيدة[1]، عرَّف فيها الملحق دون التفصيل فيه ودون إعطائه هو الأخر لتعريف خاص بسلطة التعديل، ربما ترك المجال للتنظيمات التي تشرحه والتي ستصدر لاحقًا.

كما نرى نحن بأن الشغور والفراغ القانوني الذي سيخلفه هذا القانون إلى غاية صدور التنظيمات بإمكانه أن يسبب غموض وطرح تساؤلات وإشكالات قانونية بالنسبة لممارسي اختصاص الصفقات العمومية في كيفية تطبيق هذا القانون من عدمه أو الرجوع للمرسوم الرئاسي القديم، وهو ما يؤدي ربما إلى إصابة المرافق العامة بالشلل والاضطراب في تقديم الخدمة العمومية المرجوة.

على الرغم من أهمية سلطة التعديل كونها من أخطر السلطات التي تتمتع بها المصلحة المتعاقدة في مواجهة المتعاقدين معها، إلاَّ أنها لم تحظى بالاهتمام الكبير من قبل المشرع الجزائري خاصة في إعطاء تعريف لها يكون شامل لجميع عناصر هذه السلطة حتى تتمكن المصلحة المتعاقدة من ممارستها دون تعسف، كما أفسح المجال للقضاء حتى يدلي باجتهاداته لإعطاء تعريف لهذه السلطة.

[1] جاء في المادة 81 من قانون رقم 23–12، مصدر سابق، ما يلي: " يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تلجأ إلى إبرام ملاحق للصفقة العمومية المبرمة في إطار أحكام هذا القانون.

يشكل الملحق وثيقة تعاقدية تابعة للصفقة العمومية، ويبرم في جميع الحالات إذا كان هدفه زيادة الخدمات أو تقليلها و/أو تعديل بند أو عدة بنود تعاقدية في الصفقة العمومية.

ويمكن أن تغطي الخدمات، موضوع الملحق، خدمات تكميلية تدخل في الموضوع الإجمالي للصفقة العمومية ".

ثانيًا: التعريف القضائي لسلطة التعديل

يبدو أن القضاء حتى هو بدوره لم يبذل أي عناء للاجتهاد والخروج بتعريف لسلطة التعديل واكتفى بإقرارها فقط والاعتراف للسلطة الإدارية المختصة بممارستها، وهذا بقرار صادر عن مجلس الدولة الفرنسي والذي جاء فيه: " تستطيع السلطة المنظمة أن تجري خلال سير العقد تعديلا على مضمون الخدمات وطرق الاستغلال، وقد يترتب على استخدام مثل هذه الصلاحية إعادة النظر في الشروط المالية، ويجب ألاَّ تتعارض مثل هذه التعديلات مع طريقة الإدارة المختارة، وقد اقتصر واضعو المرسوم المطعون ضده على تطبيق القواعد القابلة للتطبيق على العقود الإدارية[1].

كذلك حكم قضت فيه محكمة القضاء الإداري المصري واعترفت فيه بسلطة التعديل حيث جاء فيه: " ... ومقتضى هذه السلطة أن الإدارة تملك من جانبها وحدها وبإرادتها المنفردة على خلاف المألوف في معاملات الأفراد فيما بينهم حق تعديل العقد أثناء تنفيذه وتعديل مدى التزامات المتعاقد معها على نحو وبصورة لم تكن معروفة وقت إبرام العقد فتزيد من الأعباء الملقاة على عاتق الطرف الأخر أو تنقصها ..."[2].

ما يلاحظ من هذا الحكم هو أن القضاء المصري حاول إعطاء تعريف لسلطة التعديل بأنها سلطة غير مألوفة في معاملات الأفراد فيما بينهم تَنصبُ على التغيير في مدى الالتزامات المتعاقد عليها، ويكون هذا التغيير أثناء تنفيذ العقد بالإضافة إلى أنه لم يكن ليُعرفَ أثناء إبرام العقد.

أما الاجتهادات القضائية الجزائرية في هذا الشأن فهي قليلة جدا، ومن بينها قرار صادر عن المحكمة العليا في قضية (ع ط) ضد (ولاية قالمة)، تتمثل وقائعها في أن ولاية قالمة أبرمت صفقة عمومية مع (ع ط) بتاريخ 26 فيفري 1980 متمثلة في إنجاز 198 سكن بالقرية الاشتراكية

[1] LAURANT Richer, Droit des contrats administratifs, L.G.D.J, 3ème édition, 2001, P.238.

[2] أنظر في ذلك هيثم حليم غازي، سلطات الإدارة في العقود الإدارية – دراسة تطبيقية، مرجع سابق، ص.25.

الفلاحية بعين التراب، وبمجرد صدور أمر بالخدمة شرع (ع ط) في الأعمال المتفق عليها وبعد 02 شهرين تلقى أمرًا بتوقيف الأشغال بسبب تغيير الموقع (تغيير موقع التنفيذ)[1].

يعد هذا القرار اعتراف صريح من القضاء للمصلحة المتعاقدة بأحقية تعديل العقود الإدارية بصفة انفرادية، كما أن ما يعاب عن هذا القرار وباقي الاجتهادات القضائية في هذا الشأن أنها جاءت مبتورة ولا تحمل في طياتها تعريفًا لسلطة التعديل التي تعد من أخطر السلطات التي بيد المصلحة المتعاقدة، والتي بإمكانها أن تتعسف بها على المتعاقدين معها.

ثالثًا: التعريف الفقهي لسلطة التعديل

في هذا الشأن قام (فلام) بتعريف سلطة التعديل على أنها: " حق الإدارة في تعديل شروط العقد دون حاجة لرضا الطرف الأخر والذي تستمده من صفتها سلطة عامة لا يمكنها التنازل عنه وليست بحاجة إلى نص صريح في العقد "[2].

أما عربيًا فيرى ثروت بدوي بأن للإدارة الحق في اتخاذ القرارات ذات الطابع التنفيذي بناءً على سلطتها في التنفيذ المباشر المتعلقة بفرض تعديلات يقتضيها منها الصالح العام، وأن هذه التعديلات نافذة من تلقاء نفسها رغمًا عن المتعاقد[3].

كذلك الأستاذ أحمد محيو لم يحد عن سابقيه، معتبرًا أن سلطة التعديل الانفرادي هي الوسيلة الوحيدة التي تستعملها الإدارة لضمان حسن سير مرافقها العامة بانتظام، كما بإمكانها تحقيق النفع

---

[1] فضيل كوسة، مرجع سابق، ص.67.

[2] FLAMME Maurice André, Traité théorique et pratique des marchés publics, Tome2, Bruylant, Bruxelles, 1969, P. 178.

[3] بدوي ثروت، مبادئ القانون الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، 1971، ص.136.

العام، كما شدد على ضرورة ضبط كيفية ممارسة هذه السلطة التي لا يوجد لها أثر في أحكام القانون الخاص[1].

كذلك الأستاذ عمار بوضياف عرَّف سلطة التعديل على أنها امتياز وأحقية الإدارة في تعديل العقد بإرادتها المنفردة دون أن يقوم المتعاقد معها بالاحتجاج أو الاعتراض مادام التعديل استوجبته واقتضته المصلحة العامة وحسن سير المرفق العام[2].

كذلك نحن يمكن لنا إعطاء تعريف لسلطة التعديل على أنها: تصرف قانوني من جانب واحد وبإرادة منفردة يتضمن إضفاء بعض التغييرات على محل العقد أو شروطه أو بنوده بالزيادة أو النقصان أثناء فترة التنفيذ مع المحافظة على جوهر العقد ودون مخالفة للنظام العام.

الفرع الثاني: الأساس القانوني لسلطة التعديل

اختلفت الآراء وتباينت حول الأساس القانوني الذي تستند عليه الإدارة المتعاقدة انفراديا، حيث وصل هذا الموضوع إلى اعتباره لغز عند الفقهاء[3]، ففريق منهم يرى أن هذا الحق يقوم على أساس وفكرة امتياز السلطة العامة وهذا ما سنتطرق إليه (أولاً)، بينما يرى فريق أخر بأن هذا الحق يقوم على أساس فكرة مقتضيات ومتطلبات المرفق العام، وهذا ما سنستعرضه (ثانيًا)، باعتبار أن السلطة العامة هي أساس التعديل ومتطلبات المرفق العام أيضًا أساس للتعديل.

[1] أنظر في ذلك محمد حاجي، سلطة الإدارة في تعديل الصفقة العمومية في التشريع الجزائري، مذكرة ماجستير في القانون العقاري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العربي التبسي تبسة، 2011/2010، ص.19.

[2] عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية طبقًا للمرسوم الرئاسي 15-247، القسم الثاني، مرجع سابق ص.24.

[3] مجدي الشامي، العقد الإداري بين سلطة التعديل والرقابة القضائية، مرجع سابق، ص.275.

أولا: إمتياز السلطة العامة

يرى أصحاب هذا الرأي بأن الإدارة بصفتها سلطة عامة تتبع أساليب القانون العام وليس بصفتها متعاقدة، ولهذا فهي تتمتع بنصوص القانون ما يخوّل لها امتيازات تعديل شروط العقد بإرادة منفردة[1]، أي أن عملية تعديل العقود الإدارية وبإرادة منفردة يعد مظهر من مظاهر السلطة العامة، وبالتالي فإن أي قرار صادر عنها أثناء ممارسة سلطة التعديل هو عبارة عن قرار منفصل عن العقد ولا يعد ممارسة تعاقدية كونها صاحبة امتياز السلطة العامة[2].

كما استند أصحاب هذا الرأي إلى هذا الأساس بحجة أن سلطة التعديل تعد سلطة أصلية لا يمكن إلزامها بتقييد مطلق كونها متعلقة بالنظام العام[3].

نرى نحن بأن هذا الحق المطلق في التعديل إجحاف في حق المتعاقد مع الإدارة يحرمه حتى من التعويض عن الخسائر التي سيتكبدها من حق الإدارة المشروع في التعديل.

وفي رأي أخر أن الإدارة عند تعديل عقودها التي تبرمها تستعمل في ذلك امتياز التنفيذ المباشر والذي ينبع من سلطتها الضابطة لبنود العقد المتصلة بالصالح العام[4].

وفي هذا الشأن يرى الأستاذ ثروت بدوي بأن ممارسة الإدارة لسلطة التعديل ترتبط ارتباطًا وثيقًا بفكرة السلطة العامة التي تُمكنها من تحقيق الهدف من هذا العقد، وهو تحقيق المصلحة

---

[1] تامر خلف عبد ربه الدروع، سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري بإرادة منفردة، مذكرة ماجستير في الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بيروت العربية، 2017، ص.36.

[2] مراد جدي، مرجع سابق. ص.73.

[3] نجم عليوي خلف، مرجع سابق، ص.68.

[4] سامال إسكندر محمد الباجلان، مرجع سابق ص.156.

العامة نظرًا لامتياز التنفيذ الجبري لقراراتها الذي تملكه[1]، كما يرى مؤيدي هذا الرأي بأن فكرة السلطة العامة دائمًا ما تكون غالبة على موضوعات العقد الإداري وبنوده[2].

كذلك يرى الأستاذ مصطفى كمال وصفي بأن ممارسة الإدارة لسلطة التعديل لا بصفتها متعاقدة بل بصفتها سلطة عامة، حيث ما تستطيع عمله بهذه الصفة لا تستطيع أن تفعله بصفتها طرف في التعاقد[3].

لم يسلم أصحاب هذا الرأي من الانتقادات الموجهة لهم كون جميع العقود التي تبرمها الإدارة تؤدي إلى تقزيم الأطراف المتعاقدة معها وتجعلهم في مرتبة أفراد عادية، مما يؤدي إلى الحرمان من حقوقهم الجوهرية في العقد والتي من بينها التعويض ما دامت أبرمت العقد وفقًا لسلطتها العامة والتي تتماشى مع أحكام القانون[4]، كما أنها تستعمل امتياز السلطة العامة كغاية تحققها وفقط، بينما هي في الحقيقة وسيلة لتبرير حق التعديل الانفرادي قصد تحقيق المصلحة العامة[5].

كما تم انتقاد هذا الأساس أيضًا من طرف الأستاذ الطماوي، حيث اعتبر بأن سلطة الإدارة المتعاقدة في تعديل العقود التي تبرمها ليست مظهر للسلطة العامة، وإنما هي مرتبطة بفكرة المرفق العام وملازمة لها[6].

---

[1] بدوي ثروت، مرجع سابق، ص.136.

[2] أي أن أصحاب هذا الرأي يرون بأن أي أمر صادر عن الإدارة المتعاقدة بخصوص المتعاقد معها يعد قرارًا إداريًا منفصلاً عن العقد، وبالتالي فإن هذا القرار ليس من قبيل الالتزام التعاقدي وإنما من منطلق ممارستها لسلطة عامة أنظر في ذلك سيف سعد مهيدي الدليمي، مرجع سابق، ص ص.93 و 96.

[3] مجدي الشامي، العقد الإداري بين سلطة التعديل والرقابة القضائية، مرجع سابق، ص.122.

[4] إسلام ممدوح إسماعيل لبيب، المسؤولية العقدية للسلطة الإدارية في مراحل العقد المختلفة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2023، ص.380.

[5] مراد جدي، مرجع سابق، ص.75.

[6] سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية– دراسة مقارنة، مطبعة عين شمس، مرجع سابق، ص.443.

ثانيًا: فكرة مقتضيات المرفق العام (المرفق العام كأساس لسلطة التعديل)

أجمع أصحاب هذا الاتجاه على أن سلطة الإدارة المتعاقدة في التعديل الانفرادي للعقود تجد أساسها وتقوم على فكرة المرفق العام ومقتضياته.

كما أن مبدأ القابلية للتغيير والتطور الذي يحكم المرافق العامة من بين العوامل التي تؤسس لسلطة التعديل، أي أن الإدارة المتعاقدة غير ملزمة بالاستمرار في نفس العقود التي من الممكن أن لا تحقق المصلحة العامة التي أُبرمت على أساسها[1].

بالنسبة للفقه الفرنسي فقد أجمع على أن حق الإدارة المتعاقدة في التعديل يكون وفقًا لمقتضيات المرفق العام وتغيره، ويتزعم هذا الاتجاه الأستاذ " دي لوبادير "، والذي يقول في هذا الشأن بأن تعديل الإدارة المتعاقدة لعقودها لا يؤسس إلاَّ على مقتضيات المرافق العامة واحتياجات الجمهور لهذه المرافق[2].

ويرى الأستاذ " Flamme " أن الإدارة عندما تكون طرفًا في التعاقد فإنها مسؤولة عن تسيير مرافقها العامة وبالتالي فهي تستطيع التعديل في العقد الإداري كلما اقتضت المصلحة العامة، وذلك بشرط أن أن يخضع التعديل لرقابة القضاء[3].

كما يرى الأستاذ " Bourjoul " بأن أساس سلطة التعديل هو الصالح العام، لأن الإدارة المتعاقدة تسعى دائمًا للتوفيق بين مرافقها العامة والعقود المرتبطة بها، وبين المتغيرات التي قد تطرأ عليها في أي لحظة[4].

---

[1] نصري منصور نابلسي، مرجع سابق، ص.335.

[2] مجدي الشامي، العقد الإداري بين سلطة التعديل والرقابة القضائية، مرجع سابق، ص.123.

[3] المرجع نفسه، ص.123.

[4] المرجع نفسه، ص.123.

وعليه فإن رواد هذا الاتجاه يرون بأن مقتضيات المرفق العام والمصلحة هي ما تلزم تدخل الإدارة المتعاقدة في تغيير بنود العقد وشروطه، وذلك بالزيادة أو النقصان في حجم الالتزامات بالإضافة إلى انصراف نية الأطراف المتعاقدة لحظة إبرام العقد إلى ضرورة استمرار المرافق العامة بانتظام وهو ما يمنح حق التعديل للإدارة المتعاقدة قصد تحقيق المصلحة العامة[1].

أما بالنسبة للفقه العربي فيرى الأستاذ " سليمان الطماوي " بأن سلطة التعديل في العقد الإداري أساسها احتياج المرفق العام وليست مظهر من مظاهر السلطة العامة، وأن فكرة المرفق العام صاحبة الفضل في أغلب قواعد القانون الإداري[2].

وهو نفس المسلك الذي سلكه الأستاذ " محمود حلمي " الذي يرى بأن مسؤولية الإدارة عن تسيير وتنظيم مرافقها العامة هي من منحتها حق سلطة التعديل لشروط التعاقد بالزيادة أو النقصان وبالتغيير مستندًا في ذلك على القواعد التي تحكم سير المرافق العامة والتي من بينها قابلية المرفق العام للتبديل والتعديل[3].

أما في الجزائر فقد أيَّد الأستاذ عمار بوضياف أيضًا هذا الاتجاه، والذي يرى بأن الإدارة هي الطرف الذي يعمل على تحقيق المنفعة العامة، ما يتوجب عليها التمتع بامتيازات لا يتمتع بها الطرف الثاني في العقد، ومن بين هذه الامتيازات حقها في تعديل عقد الصفقة العمومية بإرادة منفردة متى استوجب حسن سير مرافقها العامة، ولا يملك المتعاقد معها حق الاحتجاج[4].

---

[1] أنظر في ذلك السيد فتوح محمد هنداوي، مرجع سابق، ص.154.

[2] سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية– دراسة مقارنة، مطبعة عين شمس، مرجع سابق، ص.445.

[3] محمود حلمي، العقد الإداري، ط1، دار الفكر العربي، القاهرة، 1977، ص ص.70 و71.

[4] لمزيد من التفاصيل يُنظر عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية طبقًا للمرسوم الرئاسي 15-247، القسم الثاني، مرجع سابق ص.24.

نؤيد هذا الاتجاه ونضم رأينا إلى رأي أصحاب هذا الاتجاه من منطلق أن الإدارة المتعاقدة لها مرافق يحكمها مبدأ الاستمرارية وقابلية التطور والتعديل، ومن حق المنتفعين من هذه المرافق أن يستهدفوا خدمات أفضل، وبالتالي يتوجب على الإدارة المتعاقدة أن تُعدّل في عقودها متى دعت المستجدات التي قد تطرأ على مرافقها العامة.

الفرع الثالث: آلية تعديل الصفقة العمومية

تمارس سلطة التعديل في الصفقة العمومية وفق ما رسمه القانون، كما تمارس هذه السلطة كلما اقتضت المصلحة العامة ذلك.

حتى تمارس المصلحة المتعاقدة هذه السلطة، خوَّل لها المشرع آلية يتم بمقتضاها التعديل وهي آلية الملحق[1].

وفقًا لهذا الأساس سنقوم بتعريف الملحق (أولاً)، ثم نبين أنواع الملاحق (ثانيًا).

أولاً: تعريف الملحق

أفرد المشرع الجزائري بموجب القوانين التي نظَّمت الصفقات العمومية مجموعة من النصوص القانونية لآلية الملحق، وذلك وفقًا لضوابط وشروط وإجراءات، من شأنها أن تقيد سلطة الإدارة إذا ما تعسفت بها أو حادت عن مبدأ المشروعية.

جاء تعريف الملحق في المادة 81 من القانون رقم 23-12[2]، كالآتي: " يشكل الملحق وثيقة تعاقدية تابعة للصفقة العمومية، ويبرم في جميع الحالات إذا كان هدفه زيادة الخدمات أو تقليلها و/أو تعديل بند أو عدة بنود تعاقدية في الصفقة العمومية ... ".

[1] مراد جدي، مرجع سابق، ص.117.

[2] أنظر قانون رقم 23-12، مصدر سابق.

كما تم تعريف الملحق على أنه جزء تابع للصفقة الأصلية، وليس بعقد جديد، يهدف إلى تدارك أو تصحيح ما تناسى وأُغفِل في الصفقة الأصلية، دون مساس بجوهر الصفقة[1].

من خلال التعريفين السابقين يمكن استنتاج تعريف للملحق، على أنه عبارة عن وثيقة تعاقدية تابعة للصفقة الأصلية، الدافع من وراء إبرامه تعديل في الالتزامات التعاقدية المتفق عليها سلفًا بالزيادة أو النقصان، دون المساس بجوهر الصفقة وقلب توازنها رأسًا على عقب.

كما أن الملحق عبارة عن وثيقة مكتوبة، يتفق فيها أطراف الصفقة على التعديل في الالتزامات[2].

هناك أيضًا من عرَّف الملحق على أنه عقد مصغر تابع للصفقة الأصلية، ويكون مكتوبًا تبرمه المصلحة المتعاقدة عندما تكون بحاجة إلى الزيادة أو الإنقاص في الخدمات، أو تغيير بند أو عدة بنود في الصفقة الأصلية[3].

ثانيًا: أنواع الملاحق

تطرق المشرع الجزائري بموجب القانون رقم 23-12، إلى أنواع الملاحق بإيجاز ربما نيته ترك المجال للتنظيم كي يتوسع فيها.

على الرغم من أن المشرع الجزائري لم يحدد أنواع معينة للملاحق، إلاَّ أن الملاحق التي بإمكان المصلحة المتعاقدة أن تبرمها متعددة، كما تختلف باختلاف الهدف الذي تسعى إليه هذه

---

[1] كوثر بن ملوكة، " النظام القانوني للملحق في الصفقات العمومية – دراسة مقارنة بين المرسوم الرئاسي 15-247 والمرسوم الرئاسي 10-236 "، مجلة مجاميع المعرفة، عدد 5، أكتوبر 2017، ص.227.

[2] دحو كراش، مرجع سابق، ص.79.

[3] سميرة بن خليفة، " الملحق وعامل التوازن الاقتصادي للصفقة العمومية في القانون الجزائري "، مجلة الواحات للبحوث والدراسات، مجلد 9، عدد 2، 2016، ص.200.

الأخيرة[1]، وتتمثل هذه الملاحق في ملحق الأشغال المضافة (01)، وملحق التغيير (02)، وملحق الإقفال النهائي للصفقة (03).

01 – ملحق الأشغال المضافة

هو عبارة عن وثيقة تبرمها المصلحة المتعاقدة، الهدف منه زيادة وإدخال أشغال إضافية منصوص عليها من قبل في الصفقة الأصلية[2].

بالرجوع إلى أحكام المادة 81 من القانون رقم 23–12، نجد أن المشرع الجزائري الأشغال المضافة تحت مصطلح " **الخدمات** "، والذي يقصد به الأشغال[3].

قد يأخذ هذا الملحق شكل إدخال أشغال، بالإضافة أو النقصان، كما قد يأخذ شكل إدخال أشغال جديدة لم تتضمنها الصفقة الأصلية[4].

02 – ملحق التغيير

هو عبارة عن ملحق، يكون اللجوء إليه بصفة إلزامية في حالة تغير أحد أطراف العقد، أو تغير بند أو بنود في العقد[5].

مثالنا على ذلك ملحق التغيير أو التعديل، كأن يبرم هذا الملحق في حالة تغير رقم الحساب البنكي للمتعامل المتعاقد.

---

[1] مراد جدي، مرجع سابق، ص.121.

[2] المرجع نفسه، ص.121.

[3] أنظر قانون رقم 23–12، مصدر سابق.

[4] كوثر بن ملوكة، مرجع سابق، ص.228.

[5] المرجع نفسه، ص.228.

03 – ملحق الإقفال النهائي للصفقة

يسمح هذا النوع من الملاحق للمصلحة المتعاقدة بترصيد وإقفال الصفقة بصفة نهائية، سواءً بعد تنفيذها بالشكل المتفق عليه[1]، أو الإقفال وفقًا لمقتضيات المصلحة العامة، أو متى تبين للمصلحة المتعاقدة أنَّ تنفيذ هذه الصفقة غير مُجدي، ومن شأنه ألاَّ يحقق النجاعة المرجوة.

المطلب الثاني: مدى سلطة التعديل في الصفقة العمومية وأوجه العلاقة بينها وبين سلطة توقيع الجزاءات

بعد ما تبين لنا بأن حق المصلحة المتعاقدة في تعديل عقود الصفقات العمومية مؤكد حتى ولو لم ينص عليه في دفاتر الشروط، يجب أن نشير بأن هذه السلطة تتجلى في عديد من المظاهر إلاَّ أنها ليست مطلقة، وإنما مقيدة بجملة من الضوابط وهذا ما سندرسه في (الفرع الأول) كما توجد عوامل مشتركة تتلاقى فيها هذه السلطة مع سلطة توقيع الجزاءات، بالإضافة إلى وجود اختلافات بين هاتين السلطتين وهو ما سنرده في (الفرع الثاني).

الفرع الأول: مدى سلطة التعديل في الصفقة العمومية

تتجلى لنا إمكانية وأحقية ممارسة سلطة التعديل في مظاهر هذه السلطة وهو ما سنستعرضه (أولاً)، كما سنتطرق إلى ضوابط ممارسة هذه السلطة (ثانيًا).

أولاً: مظاهر سلطة التعديل في الصفقة العمومية

تتدخل المصلحة المتعاقدة بإرادتها المنفردة لتضفي تعديلات على عقود الصفقات العمومية التي تبرمها، وتطرأ هذه التعديلات على مكون للصفقة، أو عدة مكونات، بدءً من حجم الأشغال

[1] كوثر بن ملوكة، مرجع سابق، ص.228.

إلى غاية طرق تنفيذ العقد ومدته[1]، وتتجلى مظاهر التعديل في كل من مقدار وحجم الالتزامات (01)، طرق ووسائل التنفيذ المتفق عليها في العقد (02) ومدة تنفيذ العقد (03).

01- التعديل في مقدار وحجم الالتزامات

للإدارة المتعاقدة الحق في تعديل مقدار وحجم الالتزامات المتعاقد عليها سواءً بالزيادة أو النقصان دون أن تؤدي في ذلك إلى تغيير طبيعة هذه الالتزامات[2]، كما تمارس الإدارة هذا الحق حتى في حالة عدم النص عليها في العقد وفقًا لما تراه ضروريًا لتحقيق المصلحة العامة، وما على المتعاقد معها إلاَّ تقديم يد العون للإدارة المتعاقدة في تسيير المرفق العام[3].

وما دام هذا الحق ثابت ومعترف به للإدارة المتعاقدة في عقود الصفقات العمومية، فإن للمتعاقد معها أيضًا حق التعويض، أي أن كل زيادة في الأداء تتسبب بها المصلحة المتعاقدة ترتب مسؤوليتها في التعويض المناسب.

جاء في قرار صادر عن مجلس الدولة الفرنسي في 1910/03/21، في قضية (الشركة الفرنسية العامة للترام) أن المرسوم الخاص بالسكك الحديدية الذي أعطى الحق للإدارة في تحديد جدول مواعيد القطارات يعطيها أيضًا الحق في التعديلات الإضافات الضرورية لتأمين السير الحسن للمرفق العام وفقًا لمتطلبات المصلحة العامة[4].

---

[1] محمد حمودي، " مدى فاعلية ضوابط اللجوء للملحق في تنظيم الصفقات العمومية "، مجلة معالم للدراسات القانونية والسياسية، عدد 5، ديسمبر 2018، ص.44.

[2] هيثم حليم غازي، سلطات الإدارة في العقود الإدارية – دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص.47.

[3] نجم عليوي خلف، مرجع سابق، ص.72.

[4] تطرق إليه عياد أحمد عثمان، مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1973، ص.201.

وعليه بإمكان الإدارة المتعاقدة أن تطلب من المتعاقد معها تأدية التزامات جديدة لسد حاجيات الجمهور عندما يكون منصوص عليها في العقد[1]، كما أن القضاء والفقه استقر على إقرار حق الإدارة المتعاقدة في تعديل مقدار الأداءات والالتزامات المطلوبة في جميع العقود الإدارية التي يمكن للإدارة إبرامها بما فيها عقود الصفقات العمومية[2].

أما الجزائر فقد أقرَّ بهذا الحق وذلك بإدخال تعديلات على الصفقة العمومية وبالضبط في مبلغ الأشغال وحجم الأشغال وذلك بالزيادة أو النقصان، حيث وضَّح ذلك في المرسوم التنفيذي رقم 21-219، المتضمن على البنود الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال[3].

ما يلاحظ من هذا المرسوم، هو أن المنظم الجزائري أقرَّ بإمكانية الزيادة في الأشغال أو الإنقاص منها وذلك في حدود 20 % من المبلغ الأصلي للصفقة.

كما بيَّن المشرع الجزائري من خلال القانون رقم 23-12[4]، حق المصلحة المتعاقدة في تعديل حجم الأشغال.

02- التعديل في طرق ووسائل التنفيذ المتفق عليها

أحيانًا تجد الإدارة المتعاقدة نفسها أمام عدم جدوى الأساليب والطرق التي تنفذ بها عقودها بحيث لا تتماشى مع مقتضيات سير مرافقها العامة.

---

[1] تامر خلف عبد ربه الدروع، مرجع سابق، ص.44.

[2] سامال إسكندر محمد الباجلان، مرجع سابق ص.172.

[3] وذلك بمقتضى المادة 33 من مرسوم تنفيذي رقم 21-219، مصدر سابق، والتي جاء فيها: " ... مبلغ الأشغال هو المبلغ المقدر وقت اتخاذ القرار بزيادة أو نقصان مبلغ الأشغال، على أساس الأسعار الأولية للصفقة ... " والمادة 34 منه، والتي جاءت بعنوان زيادة قوام الأشغال، أما المادة 35 منه، فجاءت بعنوان تخفيض قوام الأشغال.

[4] وذلك في المادة 81 من قانون رقم 23-12، مصدر سابق، التي تنص على: " ... يشكل الملحق وثيقة تعاقدية تابعة للصفقة العمومية، ويبرم في جميع الحالات إذا كان هدفه زيادة الخدمات أو تقليلها و/أو تعديل بند أو عدة بنود تعاقدية في الصفقة العمومية.

ويمكن أن تغطي الخدمات، موضوع الملحق، خدمات تكميلية تدخل في الموضوع الإجمالي للصفقة العمومية ".

فيحق لها أن تغير هذه الأساليب وطرق التنفيذ حتى يكون التنفيذ بطرق واكتشافات حديثة[1] من شأنها أن تساهم في نجاعة الصفقة العمومية وترقى إلى مستوى تطلعات الإدارة، حيث قضى مجلس الدولة الفرنسي في قرار صادر عنه بتاريخ 1877/07/20، بحق الإدارة في أن تفرض على المقاول إحلال جسر ذو خمسة قناطر بدل جسر بقنطرة واحدة، كما تفرض عليه بناء سد بنموذج غير ذلك المنصوص عليه في العقد الأصلي[2].

أما في مصر فقد أمر القضاء الإداري بهذا الحق للإدارة المتعاقدة وذلك بتعديل الوسائل والأساليب المستخدمة من قبل المتعاقد معها أثناء تنفيذ العقد، كما تعتبر أحكام القضاء الإداري المصري واضحة وصريحة في هذا الشأن[3].

مما سبق التطرق إليه يلاحظ أنه بإمكان المصلحة المتعاقدة أن تدخل تعديلات على عقد الصفقة العمومية الأصلي من باب الطرق والوسائل التي يتم بها تنفيذ هذا العقد بما يخدم متطلبات حسن سير مرافقها العامة من جهة، وما يحقق لها المصلحة العامة من جهة أخرى.

03- التعديل في مدة تنفيذ العقد

أحيانًا تطرأ ظروف غير مستجدة وغير قائمة آنذاك عند إبرام عقد الصفقة العمومية، ومن شأن هذه الظروف أن تفرض على الإدارة المتعاقدة تغيير البرنامج الزمني للتنفيذ، وذلك من خلال الإسراع في التنفيذ أو البطء في تنفيذ العقد، أو الانتقال في تنفيذ جزء في الصفقة العمومية على حساب جزء أخر متى دعت المصلحة العامة ذلك[4]، أو كأن تطلب الإدارة المتعاقدة من المتعاقد معها الإسراع في التنفيذ والإنهاء خلال مدة زمنية قصيرة عكس المتفق عليها، كما من شأنها أن

[1] سامال إسكندر محمد الباجلان، مرجع سابق ص.176.
[2] أشار إليه: عياد أحمد عثمان، مرجع سابق، ص.225.
[3] سامال إسكندر محمد الباجلان، مرجع سابق ص.176.
[4] السيد فتوح محمد الهنداوي، مرجع سابق، ص.199.

تطلب منه توقيف الأشغال أو تأجيلها ما ينتج عليه تأخر عن المدة المتفق عليها وفقًا لما تستدعيه المصلحة العامة، أو عند تسجيل نقص في الاعتمادات المالية المخصصة لهذا المشروع[1].

وعليه فإن سلطة التعديل الانفرادي الممنوحة للمصلحة المتعاقدة ليست تسليم مطلق، وإنما وجب أن تقترن هذه السلطة بتحقيق المصلحة العامة أو إذا حدثت ظروف غير مستجدة ولم تكن في الحسبان، وبالتالي إذا وقفت هذه الظروف حائلا دون تحقيق المصلحة العامة عندئذ يمكن للإدارة أن تتدخل لممارسة هذه السلطة، كما يحق للمصلحة المتعاقدة إنهاء عقد الصفقة العمومية قبل تنفيذه، وهو ما أكدته المحكمة الإدارية العليا بمصر في حكم صادر عنها بتاريخ 2001[2]/05/15.

أما في الجزائر نجد هذه الصورة من صور التعديل في المادة 34 من دفتر البنود الإدارية العامة، حيث أقرَّت هذه المادة بأحقية المصلحة المتعاقدة في تأجيل الأشغال بشرط أن لا يتجاوز هذا التأجيل سنة، كما لا يحق للمتعاقد معها طلب فسخ الصفقة، إلاَّ أنه يمكن له أن يستفيد من تعويض في حالة تضرره بصورة محققة فقط[3].

ثانيًا: ضوابط ممارسة سلطة التعديل

على الرغم من الاعتراف للمصلحة المتعاقدة بسلطة التعديل التي هي نابعة من فكرة سير المرافق العامة، إلاَّ أن ذلك لا يؤدي إلى التسليم المطلق بهذا الحق للإدارة، وعلى هذا الأساس دأب

---

[1] سامال إسكندر محمد الباجلان، مرجع سابق ص.179.

[2] جاء في حكم للمحكمة الإدارية العليا بمصر في الطعن رقم 3567، بتاريخ 15 ماي 2001 الآتي:" للجهة الإدارية الحق في إنهاء عقودها الإدارية قبل الأوان، ولو لم يرتكب المتعاقد معها أي خطأ، إذا قدَّرت أن هذا ما يقتضيه الصالح العام، وليس للطرف الآخر إلاَّ الحق في التعويضات إن كان لها وجه، وهذا على خلاف الأصل في العقود المدنية "، نقلا عن: بة يمان جلال حسن، مرجع سابق، ص.225.

[3] للتفصيل أكثر يرجى الإطلاع على قرار وزاري، مؤرخ في 21 نوفمبر 1964، يتضمن المصادقة على دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال الخاصة بوزارة تجديد البناء والأشغال العمومية والنقل الملغى، مصدر سابق.

المجتهدين في القضاء ورجال الفقه على إيجاد ضوابط لاعتماد هذه السلطة وهي حق تعديل الشروط اللائحية (01)، وألاَّ يؤدي التعديل إلى تغيير عقد الصفقة العمومية وموضوعه (02) وأن تستجد ظروف جديدة تبرر التعديل (03)، بالإضافة إلى وجوب صدور قرار التعديل في حدود مبدأ المشروعية (04)، كما ألاَّ يخل التعديل بالتوازن المالي للصفقة (05).

01- حق تعديل شروط العقد اللائحية فقط

أجمع فقهاء القانون العام على أن حق الإدارة المتعاقدة في التعديل يقتصر على بعض من شروط العقد فقط، وهي الشروط التنظيمية أو اللائحية، أما الشروط التعاقدية فهي غير قابلة للتعديل، أي أنه من غير العدل أن تحرم المتعاقد معها من المزايا المالية المدرجة في البنود التعاقدية، فلولا هذه المزايا ما كان المتعاقد ليبرم معها العقد، وبالتالي فإن الشروط التي تمنح له هذا الحق وجب أن تكون ثابتة ولا يمسها التعديل كي لا تخل بالتوازن المالي للعقد[1].

02- أن لا يؤدي التعديل إلى تغيير عقد الصفقة العمومية وموضوعه

إن عقد الصفقة العمومية الذي تبرمه المصلحة المتعاقدة له موضوع محدد تهدف من خلاله تحقيق مصلحة معينة، فلا يجوز لها أن تقوم بتعديلات من شأنها أن تخرج العقد عن طبيعته وموضوعه، أو تغير له عنوانه، أي أن سلطة الإدارة مقيدة ولا يجب أن تتجاوز حدًا معينًا منها مهما كانت مقتضيات المصلحة العامة، فهي تعاقدت على عمل محدد وموضع بذاته وعليه لا

[1] الشروط اللائحية أو التنظيمية هي عبارة عن شروط تدرجها المصلحة المتعاقدة في دفاتر الشروط، تتعلق أساسًا بسير مرافقها وتنظيمها، وهو ما يعطيها حق التصرف في تعديلها بإرادتها المنفردة متى شاءت ذلك، ووفقًا لمتطلبات سير مرافقها، ومتطلبات المصلحة العامة، دون تدخل من الطرف المتعاقد معها، عكس الشروط التعاقدية والتي عادةً ما تكون متضمنة للمزايا والضمانات المالية للمتعاقد، لأنه لولا هذه الشروط لما أبرم المتعاقد هذا العقد، لذلك لا يقع التعديل على مثل هذه الشروط، وإن كان ذلك فهو يتطلب تعويض لإعادة التوازن المالي للعقد، مجدي الشامي، العقد الإداري بين سلطة التعديل والرقابة القضائية، مرجع سابق، ص ص.129 و 130.

يمكن لها أن تفرض على المتعاقد التزامات جديدة بإمكانها أن تغير جوهر العقد فيكون المتعاقد أمام عقد جديد[1].

03- أن تستجد ظروف جديدة تبرر التعديل

حتى تمارس الإدارة المتعاقدة هذه السلطة بطريقة سليمة ومشروعة وجب أن تستجد ظروف لاحقة بعد إبرام العقد، أي حتى تستطيع الإدارة إعمال سلطتها في التعديل وجب أن تكون الظروف القائمة وقت إبرام العقد قد تغيرت عن قبل، لأن الأساس في التعديل هو ما قضت به المصلحة العامة واستمرار سير مرافقها العامة، فإذا كانت الشروط القديمة لا تستجيب ولا تتلاءم مع حسن سير المرفق يحق للإدارة المتعاقدة أن تُعدّل في عقدها ليتماشى مع الظروف الجديدة، وما غير ذلك قد يؤدي بالإدارة إلى التحلل من التزاماتها[2].

04- وجوب صدور قرار التعديل في حدود مبدأ المشروعية

إن قرار التعديل عبارة عن قرار إداري مستوفي لجميع أركانه ومقوماته من حيث صدوره عن هيئة إدارية مختصة وفقًا للشكل والإجراءات المقررة قانونًا، فإذا خرج القرار عن مقوماته وعن مبدأ المشروعية دخل في دائرة البطلان، مما يؤدي بالمتعاقد إلى الطعن فيه بالإلغاء تطبيقًا لنظرية القرارات والأعمال المنفصلة[3].

05- ألاَّ يخل التعديل بالتوازن المالي للصفقة

إن المسلّم به أنه من حق الإدارة المتعاقدة أن تُعَدل في عقودها في إطار احترام مبدأ المشروعية متى شاءت، إلاَّ أنه يستوجب عليها أن تضمن التوازن المالي لهذه العقود، أي أن التعديل يجب ألاَّ يحدث خللاً في توازن العقد، مما يثقل كاهل المتعاقد معها ويُرتب التزامات جديدة

[1] بة يمان جلال حسن، مرجع سابق، ص.153.

[2] عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص.268.

[3] المرجع نفسه، ص.271.

لا تتناسب مع حقوقه على الإطلاق، وبالتالي يجب على الإدارة المتعاقدة أن تكون حريصة على المصلحة الخاصة للمتعاقد معها، خاصة ما تعلق بالمزايا المالية[1].

الفرع الثاني: أوجه العلاقة بين سلطتي التعديل وتوقيع الجزاءات

يتفق رجال الفقه والقضاء على أن كل من سلطتي التعديل وتوقيع الجزاءات أثناء تنفيذ عقد الصفقة العمومية يلتقيان ويتشابهان في العديد من الأوجه كونهما مكونان أصيلان لمنظومة العقد الإداري، كما أن استعمالها من الإدارة المتعاقدة أثناء تنفيذ العقد لا محال منه، إلاَّ أن هذا التشابه لا يعد مطلق، بل هناك لكل سلطة ما يميزها عن الأخرى وما يجعلها مستقلة وغير لصيقة بالسلطة الأخرى وفي هذا الصدد نستعرض أوجه التشابه بين السلطتين (أولاً)، ثم نبين أوجه الاختلاف بين هاتين السلطتين (ثانيًا).

أولا: أوجه التشابه بين السلطتين

تتداخل وتتلاقى سلطتي التعديل وتوقيع الجزاءات في الكثير من النقاط لاسيما أن كلا السلطتين يتجليان بصفة مطلقة أثناء فترة تنفيذ عقد الصفقة العمومية، بل أنهما مرافقتين وملازمتين للعقد، وعليه فإن تجلي التشابه بين السلطتين يكمن في الأساس القانوني المشترك (01)، وممارسة هاتين السلطتين في مرحلة التنفيذ دون مرحلة الإبرام (02)، كما أن كلا السلطتين تتسم بالقدر الكبير من الخطورة (03)، كما تمارس هاتين السلطتين وفقًا لإحترام الالتزامات المتعاقد عليه (04)، وأيضًا هاتين السلطتين تمارس وفق نسبٍ مئوية محددة (05)، بالإضافة إلى هامش الوقت الممنوح للمتعاقد في كلتا السلطتين (07):

[1] عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص.272.

01 – الأساس القانوني المشترك

تتلاقى وتتشابه كلا السلطتين في نفس الأساس القانوني الذي يحكمهما، وكما تناولنا سابقًا بأن أساس سلطة توقيع الجزاءات نابع من فكرة السلطة العامة ومقتضيات المرفق العام، أيضًا هاتين الفكرتين أسستا للمصلحة المتعاقدة حق استعمال سلطة التعديل، أي أنه بمجرد تحقق هاذين الشرطين يكفي للاعتراف للإدارة المتعاقدة بممارسة هاتين السلطتين.

02 – تمارس هاتين السلطتين أثناء مرحلة تنفيذ الصفقة العمومية دون مرحلة الإبرام

هذا راجع إلى كون مرحلة التنفيذ تتسم بطابع طول المدة الزمنية خاصة في صفقات الأشغال العامة، وأثناء هذه المدة من الممكن أن تطرأ ظروف غير مستجدة أثناء مرحلة الإبرام، ما يؤدي بالمصلحة المتعاقدة إلى توقيع جزاءات في حالة التنفيذ غير المرضي أو الإخلال، كما بإمكانها أن تُعَدل أثناء عمر تنفيذ الصفقة العمومية، فمن غير المعقول أن تمارس هاتين السلطتين أثناء مرحلة الإبرام، سواء توقيع الجزاء على المتعاقد الذي لم يبدأ أصلاً في التنفيذ أو التعديل في بنود عقد الصفقة العمومية الذي لم يتكون بعد في هذه المرحلة.

03 – كلا السلطتين تتسم بالقدر الكبير من الخطورة

ذلك كونهما من أخطر السلطات التي تمارسها الإدارة على المتعاقدين معها دون اللجوء إلى القضاء[1]، كما أن الإدارة المتعاقدة بهاتين السلطتين تخاطب المركز المالي للمتعاقد معها والمتعاقد نفسه، حيث يتجلى ذلك من خلال فرض جزاءات مالية قاسية، كما تصل إلى درجة إنهاء العلاقة التعاقدية والإقصاء النهائي للمتعاقد من المشاركة في الصفقات العمومية، وهو ما سنتطرق إليه لاحقًا بنوع من التفصيل، كما أن سلطة التعديل بإمكانها أيضًا أن تقلب موازين العقد وتُخل بالتوازن المالي للعقد.

[1] أنظر سعيد عبد الرزاق باخبيرة، مرجع سابق، ص.182.

04 – كلتا السلطتين تمارس وفقًا لاحترام الالتزامات المتعاقد عليها

أي أن تكون منصبَّة على الالتزامات التعاقدية فقط دون اللائحية منها، فتوقع الجزاءات على المتعاقد المُخل أو المقصر في تأدية الالتزامات المقررة في العقد، وكذلك نفس الشيء بالنسبة لسلطة التعديل[1].

05 – كلتا السلطتين تمارس وفقًا لنسب مئوية محددة

تكون هذه النسب المئوية محددة في دفاتر الشروط أو ينص عليها التشريع المنظم لعقود الصفقات العمومية، فنجد هامش التعديل يكون وفقًا لنسب مئوية معينة، يؤدي تجاوزها إلى أن تكون المصلحة المتعاقدة أمام عقد صفقة عمومية جديد، وكذلك فرض الجزاءات المالية يكون وفقًا لنسب مئوية محددة مسبقًا سواء في التشريع المعمول به، أو في دفاتر الشروط الخاصة بعقود الصفقات العمومية، وأي تجاوز لهذه النسب من قبل المصلحة المتعاقدة يكون مخالفًا للتشريع ويعد تعسفًا من هذه الإدارة في حق المتعاقد معها[2].

06 – يمنح المتعاقد مع الإدارة هامش من الوقت للمتعامل المتعاقد في كلتا السلطتين

في حالة ما مارست المصلحة المتعاقدة سلطة التعديل على بعض الالتزامات في شكل زيادات أو إضافات فمن الطبيعي أن تمنح الإدارة المتعاقدة هامشًا من الوقت[3]، أو أجل معين للمتعاقد معها حتى يتمكن من القيام بهذه الإضافات، وكذلك نفس الشيء بالنسبة لسلطة توقيع الجزاءات فقبل توقيع الجزاء تمنح الإدارة المتعاقدة للمتعاقد معها هامش من الوقت حتى يتدارك الالتزامات

[1] أحمد محيو، محاضرات في المؤسسات الإدارية، ط2، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1979، ص.250.

[2] أنظر المواد 136 و147 من مرسوم رئاسي رقم 15-247، مصدر سابق، وكذلك المواد 34، 35 و12 من مرسوم تنفيذي رقم 21-219، مصدر سابق.

[3] سعيد عبد الرزاق باخبيرة، مرجع سابق، ص.184.

المخل بها، وبالتالي ما يكسبه فرصة ووقت إضافي، ويتم ذلك من خلال خاصية الإعذار الذي يتم على مرتين[1].

ثانيًا: أوجه الاختلاف بين السلطتين

تتبع جميع السلطات التي تتمتع بها المصلحة المتعاقدة في مواجهة المتعاقدين معها نابعة من صميم الامتيازات الاستثنائية غير المألوفة والمختلفة عن تلك التي نجدها في الأحكام التي تنظم العقود الخاصة، غير أن هذه السلطات تختلف عن بعضها البعض من حيث الهدف، ومن حيث المضمون، إذ تختلف سلطة التعديل عن سلطة توقيع الجزاءات من حيث آثار إعمال هاتين السلطتين (01)، وكيفية انعقاد هاتين السلطتين (02)، بالإضافة إلى إجراءات ممارسة هاتين السلطتين (03)، وكذلك طابع السلطتين (04)، والآثار القانونية التي تترتب عن كلتا السلطتين (05)، وأخير من حيث اقتضاء التعويض عند إعمال السلطتين (06).

01 – تسعى المصلحة المتعاقدة من خلال إعمالها لسلطة التعديل الانفرادي قصد تغيير التزام ما حتى تكون مواكبة لتطور أو ظرف طرأ على مرافقها[2]، وهي الخاصية التي تميز المرافق العامة عن المرافق الأخرى، أي أن سلطة التعديل تكون في حالة ما طرأت ظروف استثنائية وغير متوقعة أثناء إبرام العقد شرط أن لا يجعل هذا التعديل تنفيذ العقد مرهقًا من الجانب المالي للمتعاقد معها[3].

أما بالنسبة لسلطة توقيع الجزاءات فإن الهدف الذي تسعى إليه المصلحة المتعاقدة هو تعويض الضرر الناتج عن الإخلال الذي لحقها من المتعاقد معها، ما قد يصيب مرافقها العامة بنوع من الشلل والركود.

---

[1] سنقوم بتفصيل هذه النقطة في الفصل الأول من الباب الثاني من هذه الأطروحة.

[2] سعيد عبد الرزاق باخبيرة، مرجع سابق، ص.190.

[3] مراد جدي، مرجع سابق، ص.82.

02 – تنعقد سلطة توقيع الجزاءات من خلال تسبب المتعاقد في خطأ[1]، أو إخلال بالتزام تابع لعقد الصفقة العمومية، بينما سلطة التعديل الانفرادي تثار تلقائيًا بمجرد حدوث ظروف غير مستجدة وغير متوقعة من شأنها أن تعرقل السير الحسن للمرافق العامة.

03 – إن سلطة توقيع الجزاءات عبارة عن عقوبة تعبر بها المصلحة المتعاقدة عن استيائها من الإخلال أو الخطأ الذي صدر من المتعاقد معها، بينما سلطة التعديل عبارة عن إجراء إداري روتيني قد يصادف المصلحة المتعاقدة وهي تنفذ عقودها، وبالتالي فهو يدخل ضمن الأعمال الإدارية اليومية.

04 – تعد سلطة التعديل إجراء سابق يؤدي إلى التغيير في وضع قائم من خلال تداركه كي لا يحدث ضرر، ويضمن استمرارية المرافق العامة، بينما سلطة توقيع الجزاءات عبارة عن إجراء لاحق وعلاجي وجابر للضرر الذي لحق بالمصلحة المتعاقدة ومرافقها.

05 – بخصوص الآثار القانونية التي تُخلفها سلطة توقيع الجزاءات تكتسي قدرًا كبيرًا من الخطورة، والتي قد تصل إلى إعدام عقد الصفقة العمومية وإنهاء العلاقة التعاقدية[2]، بينما سلطة التعديل تستهدف تصحيح وتقويم العقد القائم بما يتماشى مع مقتضيات المرافق العامة من جهة وما سيحققه من نجاعة ومصلحة عامة من جهة أخرى.

06 – من حيث التعويض في حالة ما قامت المصلحة المتعاقدة بتسليط وفرض جزاءات على المتعاقد معها كنتيجة حتمية للإخلال أو الخطأ الذي صدر من هذا الأخير، وهو ما يؤدي إلى قيام مسؤولية التعويض التي تقع على عاتق المتعاقد[3]، أما في حالة قيام المصلحة المتعاقدة بسلطة

---

[1] سعيد عبد الرزاق باخبيرة، مرجع سابق، ص.190.

[2] المرجع نفسه، ص.190.

[3] المرجع نفسه، ص.190.

التعديل الانفرادي على عقودها، فيؤدي ذلك إلى حدوث اختلال في التوازن المالي لهاته العقود، ما قد يجعل من تنفيذ العقد مرهقًا للمتعاقد من خلال زيادة الأعباء المالية، ويلحق خسائر فادحة ما يؤدي ذلك إلى انعقاد مسؤولية التعويض وحق المتعاقد في اقتضائه من المصلحة المتعاقدة عندما تقوم بتصحيح العقد عن طريق التعديل لتزيل عنه البطلان الذي يهدده ليصبح بعد التصحيح غير قابل للإبطال[1].

من خلال ما سبق نرى نحن بأنه لكل سلطة من هاتين السلطتين خاصيات تتمتع بها عن الأخرى، كما أن لكل منهما ضابط وحد يضبطهما ويختلف عن الأخر، إلاَّ أنهما يلتقيان في مجالات كثيرة تم التطرق إليها سلفًا.

[1] منصور حاتم محسن، فكرة تصحيح العقد– دراسة مقارنة، دار الكتب القانونية، مصر، 2010، ص.25.

الباب الثاني

النظام القانوني للجزاءات في الصفقة العمومية

الباب الثاني

النظام القانوني للجزاءات في الصفقة العمومية

يعد نظام الجزاءات في عقود الصفقات العمومية، من بين الأنظمة التي لا تتسم بالطابع العقابي فقط، وإنما تمتد آثاره إلى إعادة التوازن بين الالتزامات التي تنشأ من العقد.

كما يكمن هدف الجزاءات في كيفية تنفيذ الالتزامات بشكل يضمن سير المرافق العامة واستبعاد الاختلال الذي قد يصيبها[1].

إن تنفيذ عقود الصفقات العمومية يتوجب فيها مبدأ حسن النية، إلاَّ أن التباين الواضح في مركزي طرفي العقد، وتمتع الطرف القوي بامتيازات استثنائية، غير تلك التي يتمتع بها المتعاقد معها، تجعلهما على اختلاف في الأهداف، فكل يسعى إلى تحقيق أهدافه، واستثناءً لهذا المبدأ نجد أحيانًا المصلحة المتعاقدة تحيد لدرجة الغلو والتعسف على المتعاقد معها، بالشكل الذي يجعلها مخالفة للقانون، كما بإمكان المتعاقد معها أن يُخِلَّ هو أيضًا بالتزاماته التعاقدية، من خلال السعي إلى المصلحة الخاصة، وهو ما يُعرِّضه لتسليط جزاءات ، كون أن الإخلال الصادر منه لا يكون مقتصرًا على التزام تم التعاقد عليه فقط، وإنما قد يكون فيه أيضًا مساس بالمرافق العامة التي لها صلة وثيقة بعقد الصفقة العمومية.

على الرغم من أن ميزة الجزاءات الإدارية التي تُوقِّعها المصلحة المتعاقدة نابعو من صميم النظام العام، وكذا سلطتها العامة واحتياجات مرافقها للانتظام والاستمرار، إلاَّ أن هذه الميزة ليست متاحة بصفة مطلقة، كونها تخضع لحدود وضوابط تجعلها مقيدة أحيانًا بالخضوع للقانون وأحكامه.

[1] خميس السيد إسماعيل، الأصول العامة والتطبيقية العملية للعقود الإدارية والتعويضات، دار الطباعة الحديثة، القاهرة، 1994، ص.90

لكي لا تتعسف المصلحة المتعاقدة في استعمال هذه السلطة بشكل قد يؤثر على الصفقة ويضر مركز المتعاقد معها، ليصل إلى حد إثقال كاهله وتكبُّدِه لخسائر فادحة يصعب تداركها، كما قد تجعل من مواصلة تنفيذ الصفقة العمومية مستحيلاً، تم بالمقابل منح ضمانات للمتعاقد تُمكِّنه من مواجهة هذا الغلو من جهة، وعدم فقدان الثقة بينه وبين المصلحة المتعاقدة من جهة أخرى.

لذلك فإن دراسة هذا الباب، تُلزمنا بتقسيمه إلى فصلين، حيث سنتطرق في (الفصل الأول) منه إلى صور الجزاءات التي توقعها المصلحة المتعاقدة على الأطراف المتعاقدة معها، وفي (الفصل الثاني) نُبيِّن حدود سلطة المصلحة المتعاقدة في توقيع الجزاءات.

الفصل الأول

صور الجزاءات التي توقعها المصلحة المتعاقدة على الأطراف المتعاقدة معها

من المسلم به أن الجزاءات التي توقعها المصلحة المتعاقدة على المتعاقدين معها، نابعة من العقد المبرم بينهم، وهذا حسب الأحكام الصادرة عن مجلس الدولة الفرنسي الذي قيد المصلحة المتعاقدة بنصوص العقد، كما اعتبر أن سلطة توقيع الجزاءات التي تمارسها استمدت لها من النصوص القانونية التعاقدية.

ولما رأى بأن هذا الاتجاه فيه ضياع للمصلحة العامة، تم العدول عليه وانتهى بالقضاء الفرنسي إلى الإقرار بأن نصوص العقد بإمكانها تحديد التزامات طرفيه وأن الإخلال بها يُرتب توقيع جزاءات على المخل حتى ولو أن هذه الجزاءات لم تدرج في نصوص العقد.

كما يعد المجلس الدستوري الفرنسي صاحب الفضل في إرساء الجزاءات الإدارية مع مجموعة من المبادئ التي أدت إلى تقنينها، وبالتالي يمكن للإدارة المتعاقدة أن تمارس هذه الجزاءات وأن لا تكون سالبة لحرية المتعاقدين معها من جهة، وأن تتماشى مع القوانين التي تنظم الحقوق والحريات الدستورية من جهة أخرى[1].

ومما لا شك فيه أن الجزاءات الإدارية لا تهدف إلى تقويم تصرف المتعامل المتعاقد المخل أو المقصر في تنفيذ التزاماته بقدر أن تكون الإدارة المتعاقدة حريصة على تأمين استمرارية مرافقها العامة، إذ يتطلب تسيير هذه المرافق قدر من الدقة في تنفيذ العقود[2].

[1] عماد صوالحية، مرجع سابق، ص.44.

[2] خلاف بيو، حدود السلطة التقديرية للإدارة في العقود الإدارية، أطروحة دكتوراه علوم في الحقوق، تخصص قانون عام، جامعة محمد خيضر بسكرة، 2020/2019، ص.296.

وتتعدد الجزاءات الإدارية التي تفرضها الإدارة المتعاقدة وتتنوع حسب المعيار الموضوعي للصفقة العمومية، فمنها ما هو جزاء مالي وجزاء فاسخ، حيث تسري هذه الجزاءات على جميع أنواع عقود الصفقات العمومية، ومنها الجزاءات الضاغطة التي نجدها عادة في عقود الأشغال العامة وعقود التوريد.

وعليه يمكن القول بأن المصلحة المتعاقدة وأثناء مرحلة تنفيذ عقودها وفي حالة كان تقصير أو إخلال في تنفيذ هذه العقود من المتعاقد معها، بإمكانها أن تسلط صور الجزاءات الثلاثة بناءً على المعيار الموضوعي أو حسب طبيعة كل عقد صفقة عمومية من جهة، وحسب درجة أهمية هذه الصفقة وأهدافها من جهة أخرى.

لذا ارتأينا أن نقسم هذا الفصل إلى مبحثين، ندرس في (المبحث الأول) الجزاءات المالية أما (المبحث الثاني) نتطرق فيه إلى الجزاءات الضاغطة والجزاءات الفاسخة.

المبحث الأول

الجزاءات المالية

بالرغم لما تتمتع به الإدارة المتعاقدة من امتيازات السلطة العامة أثناء تنفيذ عقودها الإدارية مادامت هذه الامتيازات لا تهدف إلى انتهاك حقوق وحريات المتعاقدين معها، إلاَّ أنه قد يطرأ أثناء تنفيذ عقودها تأخر أو إخلال أو تقصير في التنفيذ قد يؤدي إلى عجز في استمرارية المرافق العامة وبالتالي يصبح لزاما على المصلحة المتعاقدة حتى تضمن استمرارية مرافقها أن تفرض عقوبات وجزاءات حسب طبيعة ودرجة الإخلال، وتكون هذه الجزاءات مالية.

هذه الجزاءات على ما يبدو أنها تُخَّلف أثرًا ماليًا عند فرضها، وتكون بصورة مباشرة.

هذه الجزاءات عادةً تكون نابعة من بنود العقد، وحسب الأحكام الصادرة عن مجلس الدولة الفرنسي، والآراء الفقهية التي قيلت في هذا الشأن نجدها كلها تُقيد الإدارة المتعاقدة بالبنود العقدية

كما اعتبرت أيضًا أن سلطة توقيع الجزاءات تستمدها المصلحة المتعاقدة من دفاتر الشروط التي تُعدها، أي أن نصوصها تحدد فيها التزامات كل طرف في العقد، كما أن الإخلال بهذه الالتزامات يرتب جزاءات على الطرف المُخل[1]، وباعتبار أن المتعامل المتعاقد يعتبر الطرف الضعيف في العقد فما عليه سوى تنفيذ الالتزامات الواقعة على عاتقه في الآجال القانونية المتفق عليها بكل الوسائل القانونية المتاحة، وإلاَّ وقع تحت طائل التقاعس ما يؤدي بالمصلحة المتعاقدة إلى فرض جزاءات مالية محددة بنسب مئوية في بنود العقد.

ويرى الأستاذ طارق سلطان بأن هذه الجزاءات وقائية والقصد منها تخويف المتعاقد وحثه على الوفاء بالالتزام الملقى على كاهله[2].

ما يلاحظ على العقوبات المالية أنها تُفرض مباشرة من المصلحة المتعاقدة دون اللجوء إلى القضاء، لأن الهدف منها ردع المتعاقد معها وحثه على الالتزام والتنفيذ المرضي لمحل العقد من أجل ضمان استمرارية مرافقها العامة.

أما نحن فإننا نرى بأن مقدار هذه الجزاءات المالية لا يغطي الضرر الحقيقي الذي قد يصيب المرافق العامة نتيجة تقصير المتعاقد.

وتتعدد صور الجزاءات المالية التي تُفرض على الأطراف المتعاقدة في مجال العقود الإدارية بصفة عامة، فنجد غرامات التأخير والغرامات التهديدية والفوائد التأخيرية، كما نجد المصاريف الإدارية والتعويضات، إلا أن دراستنا هذه في مجال عقود الصفقات العمومية، وعلى هذا الأساس سنتطرق للجزاءات المالية المطبقة على عقود الصفقات العمومية فقط، وهي غرامات التأخير ومصادرة مبالغ التأمين، والتعويضات.

---

[1] طارق سلطان، مرجع سابق، ص.143.

[2] المرجع نفسه، ص.146.

وبناءً على ذلك سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين ، بالنسبة (للمطلب الأول) ندرس فيه غرامة التأخير التي توقعها المصلحة المتعاقدة على المتعاقدين معها، أما المطلب الثاني نخصصه لمبالغ التأمين التي تصادرها الإدارة للمتعاقد والتعويضات.

المطلب الأول: غرامة التأخير

أثناء فترة تنفيذ العقد قد ينشأ تأخر في الآجال المتفق عليها وفقا لبنود العقد من طرف المتعامل المتعاقد، وحتى تحرص المصلحة المتعاقدة على التنفيذ المرضي في الآجال المتفق عليها تكون ملزمة بفرض الجزاء الذي يقابل هذا التأخير، وهذا من أجل أن تضمن حوكمة رشيدة لمرافقها العامة، ويتجلى هذا الجزاء في شكل غرامات تطبقها الإدارة المتعاقدة مباشرة عندما يتحقق التأخير.

كما يعد التأخر في تنفيذ الالتزامات المتعاقد عليها من الأخطاء العقدية التي تبرر فرض الغرامات المالية[1].

لذلك يتوجب علينا إعطاء تعريف لغرامة التأخير في (الفرع الأول)، كما نعدد خصائصها في (الفرع الثاني) ثم نستعرض الأساس القانوني لهذه الغرامة في(فرعٍ ثالث).

الفرع الأول: تعريف غرامة التأخير

حتى نحيط بجميع التعريفات التي قيلت في غرامة التأخير، يجب إعطاء تعريف لغوي (أولاً) ثم نمر للتعريفات التي جادت بها أغلب الفقهاء (ثانيًا)، و(ثالثًا) وأخيرًا نتطرق إلى التعريف القضائي.

[1] سعد لقليب، " حقوق والتزامات الطرف المتعاقد في الصفقة العمومية وفقًا للقانون الجديد للصفقات العمومية رقم 15-247 "، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، عدد 6، جوان 2017، ص.66.

أولاً: تعريف غرامة التأخير لغةً

عرَّفتها الفيروز أبادي لغة على أنها: " هي ما يلزم أداؤه كالغريم بالضمّ وكمغرّم وأغرَمَهُ إيَّاه وغرَّمته وقد غرم الدّية ".

كما تقول: فلان مُغرمُ مُثقلُ بالدين وعليه غرمُ ومغرمُ ثقيلُ[1].

ثانيًا: التعريف الفقهي لغرامة التأخير

هناك اختلاف من الفقهاء في تعريفهم لغرامة التأخير، فمنهم من يعتبرها تعويض جزافي ومنهم من يعتبرها مبلغ متناسب مع مقدار مدة التأخير.

عرَّفها الدكتور سليمان الطماوي بأنها: " مبالغ إجمالية تُقدّرها الإدارة مقدمًا وتنص على توقيعها متى أخلَّ المتعاقد بالتزام معين، لاسيما فيما يتعلق بالتأخير في التنفيذ، وهذه الجزاءات لا يكاد يخلو منها عقد إداري "[2].

أما الدكتور محمد رفعت عبد الوهاب عرَّفها على أنها: " مبلغ من المال محدد سابقًا ويفرض على المتعاقد أداؤه إذا لم يقم بتنفيذ التزاماته خلال المواعيد المتفق عليها في العقد ".

كذلك الدكتورة سعاد الشرقاوي ضمت رأيها لسابقيها وعرَّفت غرامة التأخير بأنها: " تعويضات مالية إجمالية يتم النص عليها في العقد إذا تأخر المتعاقد مع الإدارة في التنفيذ أو إذا أخلَّ بالتزام ما "[3].

أما الدكتور ماجد راغب الحلو يراها بأنها: " مبالغ مالية منصوص عليها في العقد، للإدارة أن تحصلها من المتعاقد في حالة إخلاله بالتزاماته دون حاجة إلى حكم قضائي "[1].

---

[1] الفيروز أبادي، القاموس المحيط، دار الكتاب العربي، بيروت، 2010، ص.123.

[2] سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية – دراسة مقارنة، مطبعة عين شمس، مرجع سابق، ص.505.

[3] للإطلاع أكثر أنظر طارق سلطان، مرجع سابق، ص.151.

وهناك من اعتبرها مبلغ من المال تقدّرهُ الإدارة مقدمًا ضمن نصوص العقد يُفرض على المتعاقد مع الإدارة إذا تراخى أو تأخر في آجال التنفيذ، كما تلزم الإدارة بأن تتقيد بالمبلغ المنصوص عليه في العقد دون مطالبة بتعديله[2].

كما عرَّفها الدكتور عبد العزيز عبد المنعم خليفة على أنها: حق الإدارة في توقيع الجزاء على المتعاقد معها إذا تأخر في الوفاء بالتزامه في الميعاد المتفق عليه في العقد، حيث تُستحقُ وتُثار بمجرد وقوع التأخير حتى ولو لم يسبب ضرر يُصيب الإدارة المتعاقدة[3].

أما الفقه الأنجلو أمريكي فعرَّفها بأنها: المبلغ الثابت المقدر بواسطة أطراف النزاع بمجرد دخول العقد حيز التنفيذ وذلك بالرجوع إلى حجم الأضرار التي لحقت بتنفيذ العقد بسبب الإخلال[4].

على الرغم من أن أغلب الفقهاء أجمعوا على أن غرامة التأخير عبارة عن مبالغ مالية منصوص عليها في بنود العقد ومحددة بدقة، إلاَّ أن القلة القليلة من الفقهاء ترى عكس ذلك ويعتبرونها تعويضات جزافية تؤخذ من المتعاقد الذي تجاوز آجال تنفيذ العقد[5].

ما يلاحظ من جميع التعريفات السابقة لغرامة التأخير هو أنه توجد اختلافات بسيطة في المصطلحات فقط، حيث يوجد من يعتبرها مقدار مالي، ويوجد من يعتبرها مبلغ مالي، أما المتفق

---

[1] بوفلجة بن عبد المالك، " الغرامة التأخيرية في ضوء المرسوم رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام "، مجلة الإجتهاد القضائي، جامعة محمد خيضر بسكرة، عدد 15، سبتمبر 2017 ص.250.

[2] هشام محمد فريجة، " الغرامة التأخيرية في العقود الإدارية "، مجلة جامعة الشارقة للعلوم القانونية، مجلد 16، عدد 2، ديسمبر 2019، ص.411.

[3] عبد العزيز عبد المنعم خليفة، مسؤولية الإدارة عن تصرفاتها القانونية – القرارات والعقود الإدارية في الفقه وقضاء مجلس الدولة، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2022، ص.122.

[4] طارق سلطان، مرجع سابق، ص.153.

[5] عرَّف الفقيه بيكينيو غرامة التأخير بأنها: " تعويض جزافي منصوص عليه في العقد توقعه الإدارة على المتعاقد الذي يتراخى في تنفيذ التزاماته التعاقدية "، وللإطلاع أكثر أنظر، المرجع نفسه، ص.153.

عليه هو الغاية والهدف من إقرار وفرض هذه الغرامة وهو محافظة المصلحة المتعاقدة على سيرورة مرافقها العامة بما يخدم المصلحة العامة وحماية المال العام من الهدر.

كذلك نحن أيضًا نضم رأينا إلى الفقهاء الذين يرون بأن غرامة التأخير مبالغ مالية تحدد مسبقًا في نصوص العقد من طرف المصلحة المتعاقدة، وتفرض على المتعاقدين معها بمجرد عدم احترام آجال التنفيذ، شرط أن يكون المبلغ المالي متناسب مع حجم الضرر المسبب.

أما بالنسبة للفقه الجزائري نجد الأستاذ عمار بوضياف عرَّف غرامة التأخير بأنها جزاءات مالية توقعها الإدارة المتعاقدة على المتعاقد معها بسبب عدم تنفيذ الأخير لالتزاماته التعاقدية في الآجال والمواعيد المتفق عليها.

كما عرَّفها الأستاذ محمد الصغير بعلي بأنها ذلك الجزاء المالي الذي توقعه الإدارة المتعاقدة على المتعاقد معها في حالة التأخر في انجاز وتنفيذ العقد الإداري من أجل ضمان سير المرفق العام.

أما الأستاذ عمار عوابدي فقد عرَّفها بالشكل الآتي: " هي المبالغ المالية التي يجوز للإدارة أن تطالب بها الطرف المتعاقد إذا أخلَّ بالتزاماته التعاقدية أثناء تنفيذ العقود الإدارية "[1].

ثالثًا: التعريف القضائي لغرامة التأخير

بالرجوع إلى آراء أهل القضاء نجدها لم تعط تعريفًا مباشرًا وواضحًا لغرامة التأخير، وإنما اكتفت بالإشارة إليها فقط، كما أجمعت على أن هذه الغرامة مستحقة وواجبة الأداء بمجرد أن يقع الإخلال.

يوجد حكم لمجلس المحافظة لمدينة Ardennes في فرنسا في قضية Déplanque سنة 1907 حيث هذا الأخير تعاقد مع سلطات مدينة Nouzon بعقد متمثل محله في تموين المدينة

[1] بوفلجة بن عبد المالك، مرجع سابق، ص.251.

بالكهرباء وذلك بتاريخ 11 نوفمبر 1887، إلاَّ أنه وفي مرحلة التنفيذ أخَّل Déplanque بالتزاماته بسبب عدم تشغيل مصابيح الإنارة في الأوقات المتفق عليها، فقضى مجلس المحافظة بحكم يتضمن دفع مبلغ مالي للمدينة كتعويض عن الضرر، مما أدى بـ Déplanque باستئناف الحكم الصادر ضده أمام مجلس الدولة الفرنسي، والذي أصدر قراره بتاريخ 31 ماي 1907، والذي قضى فيه بأنه: " يحق للإدارة اتخاذ عقوبات اتجاه المتعاقد معها ومن ضمنها العقوبات المالية "[1].

كما يوجد أيضًا حكم للمحكمة الإدارية العليا بمصر في الطعن رقم 9226، بتاريخ 1996/04/23، عرَّفت فيه غرامة التأخير بأنها: مقررة ضمان لتنفيذ العقود في المواعيد المتفق عليها وذلك حرصًا على حسن سير المرافق العامة، وهذه الغرامة صورة من صور التعويض[2].

عرَّفها مجلس الدولة الجزائري في قرار له[3]، على أنها: " عقوبة تفرض جرَّاء إنهاء المشروع خارج الآجال التعاقدية، وتقتطع من الوضعيات التي يقدمها المتعامل المتعاقد من أجل المخالصة".

الفرع الثاني: خصائص غرامة التأخير

إن غرامة التأخير عبارة عن صورة من صور الجزاءات الإدارية التي يحق للمصلحة المتعاقدة أن تفرضها على المتعاقدين معها، وبما أنها لها مبررات جعلت منها آلية وأداة في يد المصلحة المتعاقدة حتى تواجه بها المتقاعسين والمتأخرين في تنفيذ العقود، كذلك لها مميزات وخصائص تجعلها مختلفة عن صور الجزاءات الأخرى، وهي صادرة عن سلطة إدارية (أولاً)، واتفاقية (ثانيًا) كما أنها لها طابع التلقائية (ثالثًا)، وقد تأخذ طابع الردع (رابعًا).

---

[1] Arrêté CONSEIL D'ETAT Français, du 31 Mai 1907, Recours N° 16-324 de Déplanque contre ville de Nouzon.

[2] هيثم حليم غازي، سلطات الإدارة في العقود الإدارية – دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص.113.

[3] قرار مجلس الدولة الجزائري رقم 1034، بتاريخ 04 نوفمبر 2011، في قضية ديوان الترقية والتسيير العقاري ضد (م ش).

أولاً: غرامة التأخير صادرة عن سلطة إدارية في شكل قرار إداري

تملك الإدارة المتعاقدة امتياز التنفيذ المباشر لقراراتها الإدارية، ومن بين القرارات نجد القرارات الإدارية المتضمنة توقيع غرامة التأخير على المتعامل المتعاقد، وهذا ما يدخل في مجال ما تتمتع به الإدارة من امتيازات السلطة العامة، حيث تعد هذه المسألة جوهرية دأب المجلس الدستوري الفرنسي في الحرص عليها، عندما قرّر بأنه لا حرج على المشرع بأن يعهد لأي جهة إدارية سلطة الردع ما دامت تدخل في نطاق السلطات العامة التي تتمتع بها[1].

ثانيًا: غرامة التأخير اتفاقية

أي أنه يتم الاتفاق عليها من طرف أطراف العقد وتدرج مسبقًا في العقد، بحيث لا يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تزيد في مقدارها حتى ولو نتج عن التأخير ضرر يفوق مقدار الغرامة المدرج في بنود دفتر الشروط، كما لا يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تتنازل عنها، وبالتالي حتى يتم إعمالها يشترط أن تتضمنها بنود العقد حتى ولو نص تنظيم الصفقات العمومية على خلاف ذلك[2].

وما يؤكد خاصية الاتفاقية التي تتميز بها غرامة التأخير، هو دفتر الشروط الإدارية لسنة 1964[3]، كما أكَّد المنظم الجزائري على الطبيعة الاتفاقية لغرامة التأخير من خلال المرسوم

---

[1] محمد باهي يونس، مرجع سابق، ص.14.

[2] فوزية هاشمي، آثار تنفيذ الصفقات العمومية على الطرفين المتعاقدين – دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه في العلوم، جامعة جيلالي اليابس سيدي بلعباس، 2018/2017، ص.93.

[3] جاء في المادة 36 من قرار وزاري، مؤرخ في 21 نوفمبر 1964، يتضمن المصادقة على دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال الخاصة بوزارة تجديد البناء والأشغال العمومية والنقل الملغى، مصدر سابق، ما يلي: " إذا ورد في الصفقة نصوص تتضمن عقوبات على التأخير فيجري تطبيقها دون إنذار سابق بعد التأكد العادي من تاريخ انقضاء الأجل التعاقدي للتنفيذ وتاريخ الاستلام المؤقت ... ".

الرئاسي رقم 15-247[1]، كما ألزمت المادة 95 من نفس المرسوم المصلحة المتعاقدة ببيانات وجب أن تكون في بنود دفاتر الشروط ومن بين هذه البيانات نسب العقوبات المالية وكيفيات حسابها وشروط تطبيقها وحالات الإعفاء منها[2].

كما يوجد أيضًا قرار للمحكمة الإدارية العليا بمصر يؤيد خاصية الاتفاقية للبنود الموجودة في العقد والتي من بينها الغرامات حيث جاء فيه: " إن القوانين واللوائح التي يتم التعاقد في ظلها إنما تخاطب الجميع وعلمهم بمحتواها مفروض، فإن أقبلوا حال قيامها على التعاقد مع الإدارة فالمفروض أنهم ارتضوا على كل ما ورد بها من أحكام، وحينئذ تندمج في شروط عقودهم وتصير جزء لا يتجزأ منها، حيث لا فكاك من الالتزام بها ما لم ينص العقد صراحة على استبعاد أحكامها كلها أو بعضها، عدا ما تعلق منها بالنظام العام..."[3].

ثالثًا: غرامة التأخير تلقائية

بمعنى أن هذه الغرامة توقعها المصلحة المتعاقدة دون حاجة إلى تنبيه أو إعذار، كما أنها توقع بمجرد حصول تأخير كما لا تلزم المصلحة المتعاقدة بإثبات الضرر[4].

إن الوضع في فرنسا يختلف عن ما هو في مصر، حيث قضى مجلس الدولة المصري بأن الغرامة تستحق بمجرد انتهاء مدة التنفيذ المحددة في العقد، أي أن المصلحة المتعاقدة لا تحتاج إلى التنبيه باستحقاقها، كما لا يتحجج المتعاقد ويتمسك بإثبات عدم تسبب التأخير في تضرر

---

[1] جاء في المادة 2/147 من مرسوم رئاسي رقم 15-247، مصدر سابق، ما يلي: " ... تحدد الأحكام التعاقدية للصفقة نسبة العقوبات المالية وكيفيات فرضها أو الإعفاء منها طبقًا لدفاتر الشروط المذكورة في المادة 26 من هذا المرسوم باعتبارها عناصر مكونة للصفقات العمومية ".

[2] للإطلاع أكثر أنظر المصدر نفسه.

[3] منصور إبراهيم العتوم، " النظام القانوني لغرامة التأخير في العقود الإدارية – دراسة مقارنة "، مجلة الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، عدد53، جانفي 2013، ص.349.

[4] عبد القادر دراجي، " سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات الإدارية "، مجلة الفكر، جامعة محمد خيضر بسكرة، عدد 10، ص.99.

الإدارة حتى يتخلص من أداء الغرامة[1]، أما في فرنسا فيرى "جيز" بأن الإدارة المتعاقدة ملزمة بأن تُعذر المتعاقد معها والذي قصَّر في التزاماته قبل توقيع الغرامة عليه، حيث يبدأ يوم سريانها من يوم الإعذار بها[2]، كما يرى " هوريو "، بأنه يمكن للإدارة المتعاقدة أن توقع الغرامة دون حاجة لتدخل القاضي الإداري[3].

ونحن أيضًا نضم رأينا إلى الرأي المتمسك بأن غرامة التأخير تؤدى مباشرة بمجرد حصول التأخير في تنفيذ الالتزامات دون إعذار أو تنبيه ما دامت منصوص عليها في بنود العقد والتي تمت قراءتها والاتفاق عليها مسبقًا من قبل المتعاقدين وذلك تطبيقًا لمبدأ وقاعدة: " لا يعذر بجهل القانون".

رابعًا: غرامة التأخير آلية للردع

غرامة التأخير تطبق بمجرد مخالفة المتعاقد لنص مدرج في العقد، حيث هذا النص تم فيه تحديد آجال التنفيذ، فعندما يتم الاعتداء على هذا النص تصبح المصلحة المتعاقدة ملزمة بأن تتدخل لحماية المصلحة العامة من الاعتداء بطريقة ردعية، وبالتالي فإن الطابع الردعي لغرامة التأخير يقع على سلوك وهو الامتناع أو مخالفة النص القانوني أو الأمر الإداري[4].

الفرع الثالث: الأساس القانوني لغرامة التأخير

توجد الكثير من الدول التي أدرجت غرامة التأخير في منظوماتها القانونية الخاصة بالصفقات العمومية، ومما لا يدع مجالاً للشك بأن النظام القانوني الفرنسي يعَّد السبّاق في تطبيق غرامة

---

[1] طارق سلطان، مرجع سابق، ص.162.

[2] JEZE Gaston, Les principes Généraux du droit administratif, Tome3, Dalloz, PARIS, 2011, P.303.

[3] هشام محمد فريجة، مرجع سابق، ص.422.

[4] طارق سلطان، مرجع سابق، ص.163.

التأخير في مجال الصفقات العمومية وذلك من خلال إدراجها في قانون الطلب العمومي الفرنسي كما أخذت العديد من الدول العربية فكرة الغرامة التأخيرية في عقود الصفقات العمومية من المنظومة الفرنسية، وبناءً على هذا الأساس سنتطرق للتأصيل القانوني لغرامة التأخير في التشريع الفرنسي (أولاً)، ثم التشريعات العربية (ثانيًا)، وأخيرًا و (ثالثًا) سنُعرج على التشريع الجزائري والذي هو أيضًا أدلى بدلوه في هذا الشأن.

أولاً: غرامة التأخير في التشريع الفرنسي

حسب القرار المتعلق بالمصادقة على دفاتر البنود الإدارية العامة فيما يخص صفقات الأشغال العامة الفرنسي فإنه في حالة وجود تأخير من المتعاقد في تنفيذ الأشغال التي تضمنها عقد الصفقة بأكمله أو جزء منها، أو سند طلب تفرض غرامة يومية على المتعاقد في حدود 3000/1 من مبلغ الصفقة خارج الرسوم[1].

ما يلاحظ من نص المادة الذي جاء في القرار السابق ذكره هو أنها جاءت صريحة وأسست لغرامة التأخير مما لا يدع مجالاً لأي غموض أو إحالة لقوانين أخرى، ناهيك عن بعض نصوص مواد بقانون الطلب العمومي الفرنسي والتي هي أيضًا أسست لهذه الغرامة وهو ما يدل على أهميتها في التشريع الفرنسي.

[1] ترجمة عن: L'arrêté de 30 Mars 2021, Portant Approbation du cahier des clauses administratives générales de Marchés publics de travaux : Article 19.2.3 : " En cas de retard imputable au titulaire dans l'exécution des travaux qu'il s'agisse de l'ensemble du marché d'une tranche ou d'un bon de commande pour lequel un délai d'exécution partiel ou une date limité a été fixé , il est appliqué une pénalité journalière de 1/3000 du montant hors taxes de l'ensemble du marché , de la tranche considérée ou du bon de commande ".

ثانيًا: غرامة التأخير في التشريعات العربية

بالرجوع إلى أغلب التشريعات العربية نجدها نصت صراحة على غرامة التأخير في عقود الصفقات العمومية، وهو ما يفسر أهميتها كصورة للجزاءات في مجال الصفقات العمومية كونها تستهدف الذمة المالية للمتعاقد.

لقد نصت المادة 48 من قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة المصري على: " إذا تأخر المتعاقد أثناء تنفيذ العقد عن الميعاد المحدد له بالجدول الزمني أو مدة التنفيذ المحددة بالعقد جاز للسلطة المختصة لدواعي المصلحة العامة إعطاؤه مهلة لإتمام التنفيذ دون تحصيل مقابل للتأخير منه إذا كان التأخير منه إذا كان التأخير راجعا لسبب خارج عن إرادته.

وفي حالة عدم الالتزام بالتنفيذ لسبب راجع للمتعاقد، يُحَصَّل مقابل للتأخير من بداية المهلة دون حاجة إلى تنبيه أو إنذار أو اتخاذ أي إجراء أخر ... "[1].

ما يلاحظ من نص المادة هذا أن المشرع المصري نص صراحة على غرامة التأخير وحالات تطبيقها والشروط التي ألزم بها الإدارة المتعاقدة أثناء تطبيقها.

كذلك المشرع التونسي حذا حذو سابقيه في التأصيل لغرامة التأخير وذلك من خلال الأمر عدد 1039 لسنة 2014 والمتعلق بتنظيم الصفقات العمومية، حيث جاء في نص المادة 171 منه: " تنص كراسات الشروط على غرامات التأخير والعقوبات المالية التي توظف عند الاقتضاء على صاحب الصفقة وتضبط كيفية احتسابها على أن لا يتجاوز مبلغ غرامات التأخير خمسة بالمائة (5 %) من مبلغ الحساب النهائي للصفقة ما لم تنص كراس الشروط على خلاف ذلك.

[1] للإطلاع أكثر أنظر قانون رقم 182 لسنة 2018 المصري، والمتضمن تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة، ج.ر.ج.م، عدد 39 مكرر د، مؤرخة في 03 أكتوبر 2018.

وتطبق هذه الغرامات والعقوبات دون تنبيه مسبق أو اتخاذ أي إجراء أخر ولا يحول تطبيقها دون المطالبة بغرامات لجبر الأضرار الناتجة عن هذا التأخير أو عن الإخلال بالالتزامات التعاقدية الأخرى.

ويتم تطبيق هذه الغرامات في صورة حصول تأخير في انجاز الصفقة أو عدم احترام الالتزامات التعاقدية المتعلقة بتخصيص الإمكانيات البشرية والمعدات الضرورية لإنجاز الصفقة "[1].

ما يلاحظ من نص المادة هو أن المشرع التونسي قام بتثبيت نسبة وقيمة الغرامة، ما يعني أنه يجب على الإدارة المتعاقدة أن تفرض قيمة الغرامة حتى ولو لم ينص العقد على ذلك.

كذلك من بين التشريعات العربية التي أصَّلت لغرامة التأخير نجد التشريع المغربي تطرق إليها وأوضح كيفية حسابها وفرضها من خلال مرسوم المصادقة على دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال، حيث جاء في المادة 65 منه: " في حالة معاينة تأخير في تنفيذ الأشغال، يتم تطبيق غرامة عن كل يوم تأخير على المقاول، إذا كان التأخير يتعلق بالأجل الإجمالي لتنفيذ الصفقة ما عدا إذا نص دفتر الشروط الخاصة على خلاف ذلك، يحدد مبلغ هذه الغرامة في واحد على ألف (1000/1) من مبلغ الصفقة ... "[2].

ما تمت ملاحظته من هذا النص هو أن المنظم المغربي قام بتحديد مبلغ الغرامة وحالات فرضها بالإضافة إلى تسقيفها، كما استثنى أيام العطل من آجال التنفيذ وهو ما يؤكد مكانة غرامة التأخير في المنظومة القانونية المغربية.

---

[1] أنظر أمر عدد 1039 لسنة 2014، مؤرخ في 13 مارس 2014، يتعلق بتنظيم الصفقات العمومية التونسي، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، عدد 22 مؤرخ في 18 مارس 2014.

[2] أنظر مرسوم رقم 2.14.394، صادر في 13 ماي 2016، المتعلق بالمصادقة على دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال، ج.ر.م.م، عدد 6470، مؤرخة في 02 جوان 2016.

ثالثًا: غرامة التأخير في التشريع الجزائري

تطرق التشريع الجزائري لغرامة التأخير سواء في القانون رقم 23-12، الذي يحدد القواعد العامة للصفقات العمومية[1]، وأيضًا حتى في المرسوم التنفيذي رقم 21-219 المتضمن الموافقة على دفتر البنود الإدارية العامة المطبقة على الصفقات العمومية للأشغال[2].

حيث نصت المادة 84 من القانون رقم 23-12 على: " ينجرَّ عن عدم تنفيذ الالتزامات التعاقدية من قبل المتعاقد في الآجال المقررة أو تنفيذها غير المطابق، فرض عقوبات مالية من قبل المصلحة المتعاقدة... ".

ما يلاحظ من النص هو إقرار وفرض غرامة التأخير من المشرع الجزائري في حالة عدم تنفيذ الالتزامات التعاقدية خلال آجال التنفيذ المقررة.

حسب نفس المادة والتي جاء فيها الآتي: " ... يعود قرار الإعفاء من دفع العقوبات المالية بسبب التأخير، إلى مسؤولية المصلحة المتعاقدة ...".

ما تمت ملاحظته هو عدم تحديد قيمة غرامة التأخير أو النسب التي تفرض بها أو حالات الإعفاء منها من قبل المشرع الجزائري، وإنما أحال هذه الأحكام لسلطة المصلحة المتعاقدة وبالتالي من الممكن أن نرى هذه الشروط ونجدها في دفاتر الشروط، أي أنه أعطى سلطة فرض الغرامة للإدارة المتعاقدة كي تقدرها وتكيفها حسب نوع كل صفقة باعتمادها على المعيار الموضوعي للصفقة.

[1] كما تطرق المنظم الجزائري أيضًا لغرامة التأخير في مرسوم رئاسي رقم 15-247، مصدر سابق.

[2] أنظر مرسوم تنفيذي رقم 21-219، مصدر سابق.

كما نصت المادة 121 من المرسوم التنفيذي 21-219 على: " دون الإخلال بتطبيق العقوبات المنصوص عليها في التشريع المعمول به فإن عدم التنفيذ من طرف المقاول في الآجال المحددة ... يُعرّض المقاول لتطبيق العقوبات المالية.

يمكن اقتراح نوعين (2) من العقوبات :

_ العقوبات المالية على التأخير، التي تعاقب على عدم تنفيذ الالتزامات التعاقدية من طرف المقاول في آجال تنفيذ الصفقة و/أو الآجال الجزئية للتنفيذ، ... "[1].

كما توجد مراسلة صادرة عن قسم الصفقات العمومية التابع لوزارة المالية، حددت فيها غرامة التأخير بنسبة 10 % كحد أقصى من المبلغ الإجمالي للصفقة بما فيها الملاحق[2].

يبدو واضحا من النصوص القانونية السابقة بأن نية المشرع الجزائري في فرض غرامة التأخير تحمل في طياتها الكثير من الحزم والصرامة في فرضها كجزاء ترتب عن الإخلال، وذلك من خلال التطرق إليها في العديد من المراسيم والتنظيمات التي تنظم وتحكم عقود الصفقات العمومية كونه أن هذه العقود بمثابة المجال الخصب لنمو الفساد الإداري وتبديد المال العام، وبالتالي أُقرت في مختلف التنظيمات كآلية للحد من الجرائم الماسة بعقود الصفقات العمومية.

المطلب الثاني: مبالغ التأمين والتعويضات

بالإضافة إلى صورة غرامة التأخير كجزاء مالي توقعه المصلحة المتعاقدة على المتعاقد المخل في آجال التنفيذ، هناك صور أخرى للجزاءات المالية بشروط وخصائص أخرى غير تلك المتعلقة بغرامة التأخير، منها ما يثبت جدية التنفيذ المرضي للصفقة من المتعاقد مع الإدارة، في شكل مبالغ التأمين، وهو سنتطرق إليه في (الفرع الأول)، وقد تكون الجزاءات المالية أيضًا في شكل

[1] لمزيد من المعلومات يرجى الإطلاع على مرسوم تنفيذي رقم 21-219، مصدر سابق.

[2] مراسلة رقم 831، مؤرخة في 22 سبتمبر 2019، صادرة عن قسم الصفقات العمومية لوزارة المالية.

اقتضاء تعويضات من المتعاقد في حالة إخلاله بشروط معينة، وهي محل دراستنا في (الفرع الثاني).

الفرع الأول: مصادرة مبالغ التأمين

لعقود الصفقات العمومية صلة مباشرة بالخزينة العمومية، ولما كانت هذه العقود الهدف منها تغطية وإشباع الحاجات العامة توجب على الإدارة المتعاقدة أخذ الاحتياطات الكافية لتأمين مصالحها وأهدافها من الأخطاء التي ترد من المتعاقد معها ، مما يؤدي إلى هدر المال العام فتلجأ إلى استعمال آلية حتى تضمن بها التنفيذ المرضي للعقد، فتقوم بمصادرة وحجز مبالغ التأمين.

وكانت فرنسا السباقة لإدراج مبالغ التأمين في مجال العقود الإدارية بعدما كانت في مجال عمليات التجارة الدولية فقط لتتوسع بعدها لتشمل حتى العقود الداخلية.

أما في مصر فكان اعتمادها أول مرة سنة 1925 عند إصدار القرار المتعلق بقانون المناقصات والمزايدات ، حيث جاء في المادة 25 منه بأنه يحق للإدارة مصادرة مبالغ التأمين حتى في حالتي الفسخ أو التنفيذ على حساب المتعاقد، أو بعد تنفيذ المتعاقد للعقد بكيفية غير مطابقة لإتمام الاتفاق والتعاقد عليه[1].

وعلى هذا الأساس سنعالج هذا الفرع من خلال تعريف مصادرة التأمين (أولاً)، ثم تبيان الأساس القانوني لمبالغ التأمين (ثانيًا)، و(ثالثًا) نبين صور مبالغ التأمين.

[1] عبد العزيز عبد المنعم خليفة، تنفيذ العقد الإداري وتسوية منازعاته قضاءً وتحكيمًا، مرجع سابق، ص.101.

أولاً: تعريف مصادرة التأمين

وردت عدة تعريفات فقهية لمصادرة التأمين، حيث عرَّفَه جمال الدين عوض بأنه: " تعهد نهائي يصدر من البنك بناءً على طلب العميل بحيث يدفع مبلغ نقدي معين أو قابل للتعيين بمجرد أن يطلب المستفيد ذلك من البنك "[1].

كما عُرِّف التأمين بأنه مبالغ مالية أو خطاب صادر من بنك ما كضمانة للإدارة المتعاقدة حتى تُؤَّمن بها الأخطاء التي قد تصدر من المتعاقد معها[2].

أيضًا عَرَّف الباحث خالد خليفة مبلغ التأمين بأنه: " تعهد مكتوب يصدره البنك بطلب من الحائز على الصفقة يلتزم من خلاله البنك بدفع مبلغ مالي معين أو قابل للتعيين لفائدة الإدارة المتعاقدة في حدود مدة معينة سواء تعلق الأمر بمرحلة الإبرام أو مرحلة التنفيذ "[3].

أيضًا يمكن تعريف مصادرة التأمين كالآتي:

التأمين هو مبلغ من المال يودع تحت تصرف المصلحة المتعاقدة ليكون ضمانًا للأخطاء التي يرتكبها المتعاقد معها أثناء تنفيذ العقد، كما يضمن لها أن يتحمل المتعاقد للمسؤوليات الناتجة عن تقصيره.

المصادرة هي استيلاء ووضع يد المصلحة المتعاقدة على مبلغ التأمين الذي يضعه المتعاقد معها تحت تصرفها حتى يضمن قدرته على مواجهة تبعات الإخلال بشروط العقد[4].

---

[1] جمال الدين عوض، عمليات البنوك من الوجهة القانونية– دراسة للقضاء المصري والمقارن وتشريعات البلاد العربية، المكتبة القانونية، بيروت، 1993، ص.569.

[2] للإطلاع أكثر أنظر طارق سلطان، مرجع سابق، ص.184.

[3] خالد خليفة، غرامة التأخير في مجال الصفقات العمومية – دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه في العلوم، جامعة جيلالي اليابس سيدي بلعباس، 2021/2020، ص.109.

[4] يراجع في هذا الشأن محمود خلف الجبوري، العقود الإدارية، مرجع سابق، وماجد راغب الحلو، العقود الإدارية والتحكيم، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2004، ص.118.

أما الدكتور نصري منصور نابلسي عرَّف مصادرة التأمين بأنه العقوبة أو الجزاء المالي الذي توقعه الإدارة المتعاقدة على المتعاقد معها في حالة الإخلال بالالتزامات التعاقدية ، وهذا الجزاء يمثل قيمة التعويض الأدنى الذي يحق للإدارة الحصول عليه دون أن يتمسك ويتحجج المتعاقد المقصر بأن قيمة مبلغ التأمين أكثر من حجم الضرر الذي ألحقه بالإدارة المتعاقدة[1].

ثانيًا: الأساس القانوني لمبالغ التأمين

أقرت مختلف تشريعات الدول للمصلحة المتعاقدة، في حالة إخلال المتعاقد معها بالتزاماته التعاقدية، مصادرة مبالغ التأمين التي يضعها المتعامل المتعاقد تحت تصرف الإدارة، لجبر الضرر الذي يسببه للإدارة، لذلك سندرس مبالغ التأمين في التشريع الفرنسي (01)، ثم في التشريعات العربية (02) وما جاد به التشريع الجزائري في هذا الشأن (03).

01- مبالغ التأمين في مرسوم 1959 الفرنسي

لم يتناول المنظم الفرنسي التأمين المؤقت، بل اعتمد على نظام الإحالة من خلال إحالة مبالغ التأمين إلى بنود دفاتر الشروط التي يتم فيها تحديد قيمة التأمينات وكيفية تطبيقها[2]، إذ تناول المرسوم رقم 59-167، المؤرخ في 07 جانفي 1959، مبالغ التأمين تحت اسم الضمانات، حيث قام بموجب هذا المرسوم بإلغاء التأمينات المؤقتة وأبقى على التأمينات النهائية، كما جاء هذا المرسوم ليعدل ويتمم المراسيم التي سبقته بنوع من التفصيل في مجموع الضمانات ، كل صورة ونوع على حدى، وهو ما لوحظ مقارنة بالمراسيم السابقة[3].

---

[1] نصري منصور نابلسي، مرجع سابق، ص ص.213، 214.

[2] - DELAUBADERE André, JEAN-CLAUDE Venzia et YVES Gaudemet, Traite de droit administratif, Tome1, 12 ème édition, Librairie générale de droit et de jurisprudence, PARIS, 1992, P.710.

[3] Article 12, Décret n° 59-167, du 07 Janvier 1959, modifiant et complétant les décrets n° 53-405, du 11 Mai 1953, n° 54-596, du 11 Juin 1954, n° 56-256, du 13

بالعودة إلى القرار الخاص بالمصادقة على دفاتر البنود الإدارية العامة للصفقات العمومية الخاصة بالأشغال الفرنسي نجد أن المادة 44 منه أقرَّت هذا الحق للمصلحة المتعاقدة تحت عنوان الضمانات التعاقدية[1].

02- مبالغ التأمين في التشريعات العربية

يبدو واضحًا بأن المشرع المصري أبدى تشدده في هذا الجزاء ، حيث جاءت المادة 22 من قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة المصري بصيغة الإلزامية فيما يخص تأدية التأمين المؤقت، ما يظهر حرصه وتمسكه بأن يؤدي المتعهد هذا التأمين لضمان جديته في تقديم عطائه وإذا أثبت عكس ذلك من شأنه أن يفتح المجال لتبديد المال العام[2].

أيضًا جاءت المادة 41 من نفس القانون مؤكدة لمصادرة مبلغ التأمين النهائي، أو إلغاء أو تنفيذه بواسطة أحد مقدمي العطاءات الذي يليه مباشرة ، كما يصبح مبلغ التأمين من حق الإدارة المتعاقدة[3].

من خلال نصوص المواد السابقة يتبين لنا بأن المشرع المصري ألزم الإدارة المتعاقدة بتحصيل مبالغ الضمان بمجرد أن المتعهد لم يبدي جدية عطائه أو المتعاقد مع الإدارة لم ينفذ

Mars 1956, et n° 57-1015, du 26 aout 1957, relatifs aux marchés de l'état, JORF n° 8 du 10 Janvier 1959.

[1] Article 44, Arrêté Portant Approbation du cahier des clauses administratives générales des marchés publics de travaux , 30 Mars 2021.

[2] تنص المادة 22 من قانون رقم 182 لسنة 2018، والمتضمن تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة المصري، مصدر سابق، على: " في غير حالات التعاقد بالاتفاق المباشر المطلوب فيها سداد تأمين مؤقت، يجب أن يؤدى مع كل عطاء تأمين مؤقت لضمان جديته ويستبعد كل مقدم عطاء أو متزايد لم يسدد مبلغ التأمين المحدد ... ".

[3] للإطلاع أكثر راجع المادة 41 من المصدر نفسه.

العقد بالكيفية المتفق عليها ، ما من شأنه أن يتسبب في أضرار قد تحول دون تحقيق الأهداف المرجوة من التعاقد ، بالإضافة إلى فتح باب الفساد عن طريق تبديد المال العام.

03- مبالغ التأمين في التشريع الجزائري

تطرق المنظم الجزائري إلى مبالغ التأمين أو التأمينات من خلال المرسوم الرئاسي رقم 15-247 في شكل كفالات، وهي كفالة التعهد والتي يقابلها في التشريعات الأخرى التأمين المؤقت بالإضافة إلى كفالة الضمان أو حسن التنفيذ التي يقابلها التأمين النهائي.

تجد كفالة التعهد أصالتها في المرسوم الرئاسي رقم 15-247[1] ، كما نص أيضًا[2] على كفالة حسن التنفيذ حيث ألزم المشرع الجزائري المتعاقد بإيداع ضمان مالي يوضع تحت تصرف المصلحة المتعاقدة قبل البدء في تنفيذ الصفقة يتراوح بين 05% و 10% من مبلغ الصفقة، وعند الاستلام المؤقت تتحول كفالة حسن التنفيذ مباشرة إلى كفالة ضمان[3].

أما بالنسبة للقانون رقم 23-12، لم يأتي بالتفصيل اللازم فيما يخص الكفالات وإنما اكتفى بالإشارة إليها فقط باسم الضمانات، كما أحالنا إلى دفاتر الشروط في تحديدها وكيفيات استرجاعها وذلك بالاستناد إلى الأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها في هذا الشأن[4].

---

[1] تنص المادة 125 من مرسوم رئاسي رقم 15-247، مصدر سابق، على: " يجب على المتعهدين فيما يخص الصفقات العمومية للأشغال واللوازم التي تتجاوز مبالغها الحدود المنصوص عليها في المطتين الأولى والثانية على التوالي من المادة 184 من هذا المرسوم، تقديم كفالة تعهد تفوق واحد في المائة 1% من مبلغ العرض، ويجب النص على هذا المطلب في دفتر الشروط للدعوة للمنافسة ...".

[2] تنص المادة 130 من المصدر نفسه، على: " زيادة على كفالة رد التسبيقات المنصوص عليها في المادة 110 أعلاه يتعين على المتعامل المتعاقد أن يقدم حسب نفس الشروط كفالة حسن تنفيذ الصفقة ".

[3] تنص المادة 131 من المصدر نفسه، على: " عندما تنص الصفقة على أجل ضمان تتحول كفالة حسن التنفيذ المنصوص عليها في المادة 130 أعلاه، عند التسليم المؤقت إلى كفالة ضمان ".

[4] أنظر المادة رقم 83 من قانون رقم 23-12، مصدر سابق.

وزيادة على ما سبق تناول المنظم الجزائري مبالغ التأمين في المرسوم التنفيذي رقم 21-219 والمتضمن الموافقة على دفتر البنود الإدارية العامة المطبقة على الصفقات العمومية للأشغال تحت عنوان الضمانات ما بعد التعاقد[1]، وهي مبالغ تغطي فترة الضمان في الصفقة العمومية للأشغال التي يكون فيها المقاول ملتزم بتنفيذ ما هو منصوص عليه في العقد إلى غاية التسليم النهائي للصفقة العمومية حتى يتم إعفاؤه من التزاماته التعاقدية بانتهاء مدة الضمان.

ثالثًا: صور مبالغ التأمين

صنَّفت أغلب التشريعات مبالغ التأمين إلى صنفين وهما: التأمين الابتدائي والتأمين النهائي فعند الاشتراك في طلب عروض، ما نجد كل متعهد يتقدم بعطاء يكون مرفوقا بكفالة مؤقتة، قد تكون نقدية أو مصرفية حتى يضمن مدى جدية عرضه ، وهذا التأمين يعد ابتدائيًا ، كما تسميه بعض التشريعات والتنظيمات على غرار الجزائري بكفالة التعهد ، أما التأمين النهائي فهو التأمين الذي يودع تحت تصرف المصلحة المتعاقدة من طرف من رسا عليه العطاء وحاز الصفقة العمومية وهو تأمين على حسن تنفيذه للصفقة العمومية وفقًا لبنود العقد.

---

[1] عالج المنظم الجزائري مبالغ التأمين في مرسوم تنفيذي رقم 21-219، مصدر سابق، من خلال المادة 96 منه تحت تسمية الضمانات ما بعد التعاقد في نوعين من التأمينات حيث جاء فيها:" يعتبر الاستلام بداية فترة ضمانات ما بعد التعاقد تغطي هذه الضمانات نوعين مختلفين:

– الضمان الذي يغطي فترة الضمان، عندما تكون هذه الفترة منصوص عليها في الصفقة العمومية للأشغال.

–الضمان العشري، الذي يفرضه التشريع المعمول به، لفئة معينة من الأشغال، والتي تغطي فترة عشر (10) سنوات ".

كما جاءت المادة 97 لتبين لنا أن هذا الضمان لتغطية مدة الضمان وما يطرأ عليها من عيوب أو تنفيذ غير مرضي للأشغال، أو بعد الاستلام المؤقت وخلال الفترة التي تغطيها مدة الضمان حتى الإعلان عن الاستلام النهائي.

أما المادة 100 من نفس المرسوم فجاءت بعنوان الضمان العشري، وهو تأمين يوضع تحت تصرف المصلحة المتعاقدة الهدف منه حمايتها من العيوب التي تطرأ على البناء لمدة عشر سنوات، حتى ولو أن هذه العيوب ناشئة من عيوب الأرض.

كما أن إلزام المتعاقد بتقديم ضمانات مالية، يكفل حماية المشاريع التي تنجزها المصلحة المتعاقدة من المخاطر التي قد تتعرض لها[1]، ويمكن تعداد صور مبالغ التأمين كالآتي:

01- كفالة التعهد

اختلفت المدارس الفقهية وكذلك التشريعات في إعطاء تسمية موحدة لكفالة التعهد، فهناك من يسميها التأمين المؤقت وهناك من يسميها التأمين الأولي، وأيضًا هناك من سماها التأمين الابتدائي كالمشرع المصري، أما المشرع الجزائري أطلق عليها تسمية كفالة التعهد.

حسب قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة المصري فإن التأمين المؤقت هو عبارة عن مبلغ يوضع مع كل عطاء في حالة من حالات التعاقد كضمان لجدية مقدم العطاء كما يعد شرطًا إقصائيًا يحرم ويستبعد كل عارض لم يسدده[2]، وتم تحديد مبلغ التأمين من 0.5% إلى 1.5% من القيمة التقديرية للعملية المطروحة[3].

حذا كذلك القضاء المصري حذو المشرع وأيَّد الشرط الإقصائي في حالة عدم تسديد مبلغ التأمين المؤقت، وذلك من خلال حكم للمحكمة الإدارية العليا بمصر في طعن رقم 3174 في جلسة بتاريخ 31 مارس 1990 وكان قراره كالآتي: " ومن حيث أن الثابت من الواقعة المعروضة أن العطاء الذي تم إرساء المناقصة عليه بواسطة لجنة البت كان مقدما من مؤسسة خاصة غير

[1] فوزية هاشمي، " الضمانات المالية في مجال الصفقات العمومية دراسة مقارنة "، مجلة الفقه القانوني والسياسي، مجلد 1، عدد 1، ص.160.

[2] تنص المادة 22 من قانون رقم 182 لسنة 2018، والمتضمن تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة المصري، مصدر سابق، على:" في غير حالات التعاقد بالاتفاق المباشر المطلوب فيها سداد تأمين مؤقت لضمان جديته، ويستبعد كل مقدم عطاء أو متزايد لم يسدد مبلغ التأمين المحدد ".

[3] أنظر المادة 16 من المصدر نفسه.

مصحوب بتأمين مؤقت ولم يتم تدارك هذه المخالفة سداد التأمين النهائي كاملاً الذي هو شرط للنظر في العطاء ..."[1].

أما المشرع الجزائري لم يعط تعريفًا كاملاً لكفالة التعهد، إلاَّ أنه أشار إليها فقط وحدد قيمتها وأوجب إدراجها كشرط جوهري وإقصائي في دفتر الشروط وذلك من خلال المادة 125[2] من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، كما اعتبرها من البيانات الإلزامية في الإعلان على طلب العروض من خلال المادة 62 من المرسوم نفسه[3].

كما أن القانون رقم 23-12، لم يأتي بالإضافة المرجوة منه في هذا الشأن، وكما قلنا سلفًا أنه اكتفى بالإشارة إليها فقط في شكل ضمانات.

ما يلاحظ من نص المادة 125 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، هو أن المنظم الجزائري ألزم المتعهدين بتقديم كفالة التعهد مع عطاءاتهم في الصفقات الخاصة بالأشغال واللوازم فقط واستثنى صفقات الدراسات والخدمات من تقديم كفالة التعهد، وهذا راجع إلى العامل الزمني وعمر الصفقة العمومية للدراسات والخدمات التي لا يتعدى عمرها الثلاثة أشهر في أغلب الحالات بالإضافة إلى أن الأغلفة المالية المرصودة لهذه الصفقات أقل بكثير من تلك التي ترصد لصفقات الأشغال واللوازم التي تكون عادة بمبالغ ضخمة.

---

[1] عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق ص.134.

[2] أنظر المادة 125 من مرسوم رئاسي رقم 15-247، مصدر سابق.

[3] حسب المادة 62 من المصدر نفسه، فإنه هناك بيانات إلزامية يجب أن يتضمنها طلب العروض حيث جاءت كالآتي: " ... إلزامية كفالة التعهد إذا اقتضى الأمر... "، نرى نحن بأن المنظم الجزائري جاء بعبارة تخيير وجواز وليس بعبارة إلزام إذ أعطى كامل السلطة التقديرية للمصلحة المتعاقدة وذلك من خلال إعفاء بعض المتعهدين من كفالة التعهد في بعض أنواع الصفقات، كالصفقات التي يكون تنفيذها في مدة زمنية قصيرة ، وإلزاميتها في صفقات الأشغال واللوازم.

كما نرى أيضًا أنه كلما كانت نسبة كفالة التعهد كبيرة كلما كانت المصلحة المتعاقدة في أريحية بخصوص ضمان جدية المتعهد في عطائه وملاءته، وهو ما ينتج عنه استمرارية مرافقها في تقديم الخدمة العمومية من جهة، وحماية المال العام من جهة أخرى.

02- كفالة حسن التنفيذ

بعد انتهاء مرحلة إيداع العروض، تصبح المصلحة المتعاقدة أمام وضعية قانونية جديدة، وهي إرساء الصفقة العمومية ومنحها للعارض المقدم لأحسن عرض من حيث المزايا الاقتصادية، وقبل البدء في تنفيذ الصفقة يقدم هذا الأخير كفالة ضامنة لحسن تنفيذه لعقد الصفقة.

هناك تشريعات تطلق عليها التأمين النهائي مثل المشرع المصري، حيث لم يعط تعريف للتأمين النهائي في قانون التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة، ولكن تطرق إلى حالات تأدية التأمين النهائي من خلال المادة 40 منه[1]، أما المنظم الفرنسي أطلق عليها اسم كفالة حسن التنفيذ[2].

أما بخصوص المشرع الجزائري في القانون رقم 23-12، لم يتطرق لهذه الكفالة وإنما اكتفى بالإشارة إليها باسم الضمانات، وأحال كيفيات توفرها واسترجاعها إلى دفاتر الشروط والنصوص التعاقدية[3].

كما أطلق عليها المنظم الجزائري في المرسوم الرئاسي رقم 15-247، اسم كفالة حسن التنفيذ، وهو أيضًا لم يقم بتعريفها من خلال هذا التنظيم، وإنما تناول شروطها وحالات تقديمها

[1] للإطلاع أكثر يرجى النظر إلى قانون رقم 182 لسنة 2018، والمتضمن تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة المصري، مصدر سابق.

[2] Article 16, Décret n° 59-167, O.P, CIT.

[3] أنظر المادة 83 من قانون رقم 23-12، مصدر سابق.

وحالات الإعفاء منها، وذلك من خلال المادة 130[1]، كما حدد المرسوم قيمة هذه الكفالة أيضًا[2].

أما في المرسوم التنفيذي رقم 21-219، فقد أشار إليها فقط دون ذكرها[3].

كما تطرق إليها القضاء الجزائري تحت اسم كفالة حسن التنفيذ، وذلك من خلال قرار صادر عن مجلس الدولة[4].

يمكن تعريف هذه الكفالة بأنها عبارة عن شرط جزائي تفرضه المصلحة المتعاقدة على المتعاقد معها في حالة إخلاله في تنفيذ البنود المتفق عليها، أو في حالة التنفيذ غير المرضي.

يبقى الغرض من اشتراط هذا التأمين هو مواجهة الأضرار التي قد تحل بالمصلحة المتعاقدة جرَّاء الأخطاء التي قد تصدر من المتعاقد معها[5].

وبالتالي فهي عبارة عن تأمين تصادره المصلحة المتعاقدة بمجرد حصول الضرر أثناء مدة التنفيذ يبدأ سريانه بمجرد انطلاق تنفيذ الأشغال وينتهي مع التسليم المؤقت للمشروع.

---

[1] أنظر مرسوم رئاسي رقم 15-247، مصدر سابق.

[2] جاء في نص المادة 133 من المصدر نفسه، الآتي: " يحدد مبلغ كفالة حسن التنفيذ بنسبة تتراوح بين خمسة في المائة (5%) وعشرة في المائة (10%) من مبلغ الصفقة حسب طبيعة وأهمية الخدمات الواجب تنفيذها.
وبالنسبة للصفقات العمومية التي لا تبلغ الحدود المنصوص عليها في المطات 1 إلى 4 من المادة 184 من هذا المرسوم، يحدد مبلغ كفالة حسن التنفيذ بنسبة تتراوح بين واحد في المائة (1%) وخمسة في المائة (5%) من مبلغ الصفقة ضمن الشروط المحددة في الفقرة أعلاه ".
لقد خصص المنظم الجزائري كمًا هائلاً من نصوص المواد لكفالة حسن التنفيذ، وذلك نظرًا لما تكتسي من أهمية باعتبارها آلية من آليات حوكمة المال العام وترشيده، كما تعد صك ضمان للمصلحة المتعاقدة كفيل بإلزام المتعاقد معها من أجل أداء الالتزامات المتفق عليها بالإضافة إلى النسب العالية التي فرضها المنظم الجزائري، والتي تؤكد حرصه على حماية عقود الصفقات العمومية من الانتهاك ووضع المصلحة المتعاقدة في أحسن الظروف في اختيار المتعاقدين معها، وتنفيذ محتوى العقد دون مشاكل قد تطرأ أثناء التنفيذ.

[3] أنظر المادة 04/121 من مرسوم تنفيذي رقم 21-219، مصدر سابق.

[4] جاء في قرار مجلس الدولة الجزائري رقم 00572، صادر بتاريخ 02 جوان 2022، ما يلي: " ... وتم حجز كفالة حسن التنفيذ وتحميل المستأنفة الفارق في السعر بعد تعيين مقاول جديد لإتمام ما تبقى من الأشغال... ".

[5] هيثم حليم غازي، سلطات الإدارة في العقود الإدارية – دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص.124.

03- اقتطاعات حسن التنفيذ

وهي عبارة عن بديل لكفالة حسن التنفيذ، مقدرة بـ 05% من مبلغ كشف الأشغال، كما يجب على المصلحة المتعاقدة أن تنص عليها في دفتر الشروط وتتحول هذه الاقتطاعات إلى اقتطاع ضمان عند الاستلام المؤقت للصفقة.

04- كفالة الضمان

حسب المادة 131 من تنظيم الصفقات العمومية الجزائري، فإن هذه الكفالة يبدأ سريانها بعد الاستلام المؤقت للصفقة[1]، كما تسترجع كفالة الضمان للمتعاقد خلال الشهر الذي يلي الاستلام النهائي للصفقة مباشرة.

بالإضافة إلى ما سبق أورد مجلس الدولة الجزائري هذه الكفالة في قرار له[2]، حتى يتم الاستلام المؤقت للمشروع

ويمكن القول بأن كفالة الضمان عبارة عن مبلغ مالي يوضع تحت يد المصلحة المتعاقدة بداية من الاستلام المؤقت للصفقة، يغطي العيوب أو الاضطرابات التي قد تنشأ عن عدم المطابقة أثناء فترة ما بعد الاستلام المؤقت إلى غاية الاستلام النهائي للمشروع، وبالتالي يكون المتعاقد ملزم في هذه الفترة بتدارك العيوب وتصحيحها، وإلاَّ فإن المصلحة المتعاقدة ملزمة بمصادرتها.

[1] أنظر مرسوم رئاسي رقم 15-247، مصدر سابق.

[2] جاء في قرار مجلس الدولة الجزائري رقم 00744، صادر في 03 نوفمبر 2022، ما يلي: " ... وأودع كفالة الضمان بمبلغ 117.778.70 دج من أجل الاستلام المؤقت للمشروع لكن دون رد مما يجعل المشروع مستلمًا بقوة القانون... ".

05- كفالة رد التسبيقات

حسب المادة 110 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247[1]، فإن هذه الكفالة تكون مساوية ومعادلة للتسبيقات التي قد يتحصل عليها المتعاقد أثناء فترة تنفيذ الصفقة العمومية، يضعها لدى المصلحة المتعاقدة، حيث تصادر هذه الكفالة بمجرد تخلي المتعاقد عن تنفيذ الالتزامات المتفق عليها أو في حالة التنفيذ غير الكامل وغير المطابق بعد تلقيه لتسبيقات من المصلحة المتعاقدة.

الفرع الثاني: التعويضات

الأصل في التعويض أنه من قبيل القانون الخاص وبالضبط القانون المدني، إلاَّ أنه وبعد المعاملات الإدارية بدأ التعويض بالظهور تدريجيًا في مجال القانون العام بصفة عامة والعقود الإدارية بصفة خاصة، ونظرًا لما تتمتع به الإدارة المتعاقدة من امتيازات استثنائية تجعلها تعلو على مرتبة الأفراد المتعاقدين معها، يجعلها تقتص التعويض مباشرة من المتعاقد معها في حالة أن ألحق ضررًا بها، وبالتالي فالغاية من هذا التعويض هي جبر الضرر الذي سببه الإخلال بالعقد.

حتى نتمكن من الإحاطة بهذه الصورة للجزاءات المالية يستوجب علينا إعطاء تعريف للتعويض (أولاً)، ثم نتطرق للأساس القانوني للتعويض كجزاءٍ مالي (ثانيًا)، ونعدد أركانه (ثالثًا).

أولاً: تعريف التعويض

عرَّف الفقيه (دي لوبادير) التعويض على أنه: " الجزاء الأصيل المقابل لإخلال المتعاقد بالتزاماته مما يلحق الضرر بالمشروع العام "[2].

[1] أنظر مرسوم رئاسي رقم 15-247، مصدر سابق.

[2] DELAUBADERE André, Traité des contrats administratifs, Tome2, 2ème édition, LGDJ, 1984, P.145.

كما عرَّفه الأستاذ (عمار بوضياف) بأنه: دفع مقابل مالي من المتعاقد مع الإدارة في حال إخلاله بالتزاماته كجبر للضرر الذي أصاب الإدارة التي لها حق المطالبة بالتعويض[1].

كما عُرّف التعويض بأنه مبلغ مالي يدفعه من أخلَّ بالتزام سواء كان تعاقدي أو قانوني كمقابل للضرر الذي أحدثه[2].

أما نحن فنرى التعويض بأنه عبارة عن مقدار من المال يدفع للإدارة من المتعاقد معها جبرًا للضرر الذي ألحقه بمرافقها نتيجة إخلاله وإهماله لالتزاماته المتفق عليها في العقد.

ثانيًا: الأساس القانوني للتعويض

لقد تضاربت الآراء الفقهية بخصوص التعويض، فهناك من لا يرى التعويض من الجزاءات الإدارية لأنه من صميم قواعد القانون الخاص[3].

كما ذهب رأي آخر إلى اعتبار التعويض من الجزاءات الإدارية التي تقوم الإدارة بفرضها دون تدخل من القضاء، شرط أن لا تتعسف على المتعاقد معها وأن يكون تعويض منصف وعادل[4] وبالتالي فالتعويض يكون كنتيجة حتمية بمجرد حصول الضرر.

نحن أيضًا نميل إلى الرأي السائد بأن التعويض يكون أيضًا في العقود الإدارية انطلاقا من الامتيازات والسلطات الاستثنائية التي تتمتع بها الإدارة العامة وتستعملها، من أجل ضمان استمرار مرافقها العامة بانتظام وحماية المصلحة العامة، شرط حدوث ضرر يكون مقدر بكيفية عادلة حتى لا يكون هناك غلو وتعسف على المتعاقد معها على الرغم من أن هذا التعويض لا يكون كافيًا

---

[1] عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية طبقًا للمرسوم الرئاسي 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015، القسم الثاني، مرجع سابق، ص.310.

[2] خلاَّف بيو، مرجع سابق، ص.310.

[3] سامال اسكندر محمد الباجلان، مرجع سابق، ص.205.

[4] طارق سلطان، مرجع سابق، ص.199.

لجبر الضرر الذي لحق بالإدارة ومرافقها، وفي الأخير هو عبارة عن جزاء من الجزاءات العلاجية التي تفرضها الإدارة على المتعاقدين معها في حالة الإخلال ، حتى يتم ردعهم.

والوضع السائد قديمًا في فرنسا هو أن الإدارة لا تتمتع بسلطة توقيع الجزاء الخاص بالتعويض إلاَّ بعد استصدار قرار مسبق من القضاء، إلاَّ أن الأوضاع تغيرت بعد حكم مجلس الدولة الفرنسي في قضية شركة ملاحة جنوب الأطلنطي سنة 1929، حيث سمح هذا الحكم للإدارة بأن تحدد هي قيمة التعويض وأن تلزم بها المتعاقد معها في حالة ثبوت الضرر دون اللجوء للقضاء[1].

كما أن التشريع الفرنسي أجاز للإدارة بأن تُحصّل هذا التعويض بناءً على أوامر دفع صادرة منها كما من حق المتعاقد أن يلجأ إلى القضاء لينقص قيمة التعويض أو أن يُعفى منه[2].

أما بالنسبة للوضع في مصر أورد المشرع المصري التعويض في قانون التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة المصري[3].

أما بخصوص الوضع في التشريع الجزائري نجده هو أيضًا أدلى بدلوه بخصوص اقتضاء التعويض بسبب الضرر الذي ألحقه المتعاقد بالمصلحة المتعاقدة، حيث خول للمصلحة المتعاقدة أن تتابع المتعاقد معها قصد إصلاح الضرر الذي ألحقه بها، وكان ذلك من خلال تقنين الصفقات العمومية[4].

---

[1] Arrêté de CONSEIL D'ETAT FRANCAIS, de 11octobre1929, de compagnie de navigation Sud-Atlantique, O.P, CIT.

[2] DELAUBADERE André, Traité des contrats administratifs, O P, CIT, P.142.

[3] تنص المادة 48 من قانون رقم 182 لسنة 2018، والمتضمن تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة المصري، مصدر سابق، على: " ... لا يُخل تحصيل مقابل التأخير بحق الجهة الإدارية في الرجوع على المتعاقد بكامل التعويض المستحق عما أصابها من أضرار بسبب التأخير ".

[4] جاء في المادة 93 من قانون رقم 23-12، مصدر سابق، ما يلي: " لا يمكن الاعتراض على تطبيق البنود التعاقدية المتعلقة بالضمان و/أو المتابعات الرامية إلى إصلاح الضرر الذي لحقها بسبب خطأ المتعاقد معها بحجة فسخ الصفقة. وزيادة على ذلك يتحمل هذا الأخير التكاليف الإضافية التي تنجم عن الصفقة الجديدة ... ".

بالإضافة إلى التشريع، تم التأسيس أيضًا للتعويض من طرف القضاء الجزائري من خلال قرار لمجس الدولة[1].

ثالثًا: أركان التعويض

يستمد التعويض أصله من المبادئ العامة المعمول بها في نظرية المسؤولية العقدية التي تبنى على ثلاثة أركان متمثلة في خطأ المتعاقد (01) الذي يلحق الضرر بالإدارة المتعاقدة (02)، مما يؤدي إلى تحقق العلاقة السببية بينهما (03).

01- الخطأ العقدي

عرَّفت المادة 1142 من التقنين المدني الفرنسي الخطأ العقدي بأنه في حالة استحالة تنفيذ المدين لالتزاماته عينًا فإنه يكون مسؤولاً عن التعويض لعدم الوفاء بالالتزامات.

كما نصت المادة 389 من التقنين المدني المصري على أنه يستوجب على الدائن إثبات الالتزام وعلى المدين إثبات التخلص منه[2].

ما يلاحظ من هذا النص أنه في حالة إثبات الخطأ، يتوجب على الدائن أن يطالب المدين بالتعويض كنتيجة لعدم تنفيذ الالتزام ، أي أن الدائن هو الذي يدَّعي أن المدين لم يقم بتنفيذ الالتزام الواقع على عاتقه، فإذا أثبت هذا الخطأ استوجب التعويض مباشرة.

أما لجنة الفتوى والتشريع المصرية عرَّفت الخطأ العقدي بأنه: عدم قيام المدين بتنفيذ التزاماته الناشئة عن العقد أيًا كان السبب في ذلك عمدًا أو إهمالاً[3].

---

[1] قرار مجلس الدولة الجزائري رقم 01030، صادر في 04 نوفمبر 2021، في قضية ديوان الترقية والتسيير العقاري ضد (ز ف).

[2] طارق سلطان، مرجع سابق، ص.201.

[3] المرجع نفسه، ص.201.

وبخصوص التعريف الفقهي للخطأ العقدي فيوجد هناك من عرَّفه بأنه: " إخلال بالتزام تعاقدي والإخلال بهذا الالتزام يُرتب خطأ في المسؤولية العقدية، سواء كان هذا الالتزام بتحقيق نتيجة أو ببذل عناية "[1].

02- الضرر

حتى تلجأ المصلحة المتعاقدة إلى المطالبة بالتعويض وتترتب المسؤولية العقدية، فيجب أن يتحقق الضرر حالاً أو محقق للوقوع في المستقبل، وبالتالي يجب أن يكون شرط التحقق قائمًا وموجودًا وفي حالة عدم تحقق الضرر لا ينعقد ركن الضرر ولا تترتب مسؤولية عقدية على المتعاقد[2]، كما يجب أن يكون الضرر مباشر، وهذا بناءً على ما جاءت به المادة 221 من التقنين المدني المصري والتي أكدت على أن التعويض في المسؤولية العقدية يقتصر فقط على الضرر المباشر[3].

03- علاقة السببية بين الخطأ والضرر

حتى تقوم المسؤولية العقدية التي تستوجب التعويض لا يكفي توفر الخطأ والضرر فقط، بل يجب أن يكون الخطأ هو السبب في نشوب الضرر، أي أن تكون هناك علاقة تربط بين الخطأ والضرر بمعنى آخر يجب أن يكون المدين (المتعاقد) هو من تسبب في حدوث ضرر للدائن (الإدارة المتعاقدة)، كما يجب على المتعاقد مع الإدارة نفي العلاقة السببية في حالة ما أدعى أنها غير موجودة.

---

[1] فارس مخلف الدليمي، الجزاءات المالية في العقد الإداري – دراسة مقارنة بين التشريعين العراقي والأردني، مذكرة ماجستير في القانون العام، جامعة الشرق الأوسط، 2016، ص.118.

[2] خلاَّف بيو، مرجع سابق، ص.311.

[3] للإطلاع أكثر أنظر طارق سلطان، مرجع سابق، ص.203.

في المادة 165 من التقنين المدني المصري، أكَّدت هذا الشأن ، والتي جاءت تفاصيلها على حالة ما إذا كان الضرر بسبب حادث أجنبي ومفاجئ أو قوة قاهرة، وإذا أثبت المدين ذلك فهو غير ملزم بالتعويض عن هذا الضرر ما لم يوجد نص أو اتفاق على غير ذلك[1].

كما يلاحظ أيضًا من هذه المادة أن عبء الإثبات يقع على المدين (المتعاقد مع الإدارة) في نفي العلاقة السببية، كما أن العلاقة السببية تنتفي ولا تنعقد إذا كان الضرر حصل بسبب الخطأ.

المبحث الثاني

الجزاءات الضاغطة والجزاءات الفاسخة

بالإضافة إلى سلطة توقيع الجزاءات المالية التي تتمتع بها المصلحة المتعاقدة أثناء فترة تنفيذ عقد الصفقة العمومية، فهي تملك أيضًا سلطة فرض جزاءات من نوع آخر، وهي جزاءات ضاغطة والتي تسعى من خلالها المصلحة المتعاقدة إلى الحصول على الوفاء والالتزام والتنفيذ المرضي للعقد من طرف المتعاقد معها، حيث يتحمل المتعاقد المقصر تبعات هذا الإجراء الخطير من نفقات من شأنها إثقال كاهله، كما يتحمل جميع المخاطر التي قد تنجر عن هذا الجزاء.

إن الجزاءات الضاغطة تُفرض على المتعامل المتعاقد بصورة غير مباشرة، أي تمارس عليه المصلحة المتعاقدة ضغط ثم تُحمله المخاطر المالية المترتبة عن الصفقة العمومية[2].

كما تتمتع الإدارة في مجال العقود الإدارية بقدرة إنهاء عقد الصفقة العمومية عن طريق آلية الفسخ الذي يعد آخر الجزاءات وأخطرها على الإطلاق في مواجهة المتعاقد في حالة إخلاله بالالتزامات المتفق عليها والذي يؤدي إلى إعدام العقد ووضع حد له.

---

[1] طارق سلطان، مرجع سابق، ص.203.

[2] سعيد عبد الرزاق باخبيرة، مرجع سابق، ص.198.

ومن أجل تفصيل أكثر في هذا المبحث سندرس الجزاءات الضاغطة في (مطلبٍ أول) ثم الفسخ الجزائي في (مطلب ثانٍ).

المطلب الأول: الجزاءات الضاغطة

ينحصر هدف هذه الجزاءات في تأمين تنفيذ العقد، وذلك من خلال حلول متعاقد آخر مكانه حتى يكون ضمانة كافية لاستمرار تقديم الخدمة العمومية .

يطلق بعض الفقهاء على هذه الجزاءات، الجزاءات التنفيذية[1]، كونها تكون أثناء مرحلة التنفيذ العيني للصفقة العمومية، كما يرى الفقهاء بأن هذه الجزاءات عبارة عن إجراءات ذات طابع مؤقت[2] لأنها تضمن تنفيذ العقد الذي يؤدي إلى سيرورة المرافق العامة واستمرارها في تقديم المنفعة العمومية.

إن مثل هذه الجزاءات لا نراها كثيرة في مجال عقود الصفقات العمومية، لأنه نادرًا ما نرى المصلحة المتعاقدة نصت عليها في دفاتر الشروط التي تعدها.

وعليه فإن صور الجزاءات الضاغطة نجدها تختلف باختلاف نوع وطبيعة الصفقة العمومية حيث يكون سحب العمل من المقاول في صفقة الأشغال العامة والشراء على عاتق ومسؤولية المورد في صفقة التوريد واقتناء اللوازم، حيث سنقسم هذا المطلب إلى فرعين، سنتناول في (الفرع الأول) سحب العمل من المقاول المخل في عقد الأشغال العامة وتنفيذه على حسابه، أما (الفرع الثاني) سنخصصه للتوريد والشراء على عاتق المورد المخل في عقد التوريد.

[1] طارق سلطان، مرجع سابق، ص.211.

[2] سعيد عبد الرزاق باخبيرة، مرجع سابق، ص.235.

الفرع الأول: سحب العمل من المقاول المخل في عقد الأشغال العامة وتنفيذه على حسابه

في حالة تقصير مقاول وتخلفه عن تنفيذ الالتزامات المتفق عليها، يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تسحب هذا العمل، وتقوم بتنفيذه على حسابه ونفقته وتحت مسؤوليته حيث يُتَّبع هذا الأسلوب في عقود الأشغال العامة، وبمعنى آخر تستولي الإدارة المتعاقدة على المشروع وتقوم بتنفيذه بنفسها[1]، وحتى نتمكن من الإحاطة بهذا الفرع سنتطرق إلى تعريف هذا الأسلوب (أولاً)، ثم نتطرق إلى الطبيعة القانونية لهذا الأسلوب (ثانيًا) وشروط اللجوء إليه (ثالثًا).

أولاً: تعريف سحب العمل من المقاول المخل في عقد الأشغال العامة

يمكن تعريف هذا الأسلوب بأنه سحب التنفيذ من المقاول المقصر فيه أو المتأخر في تأديته[2] مع حلول الإدارة المتعاقدة محله أو عن طريق مقاول جديد على أن يتحمل المقاول القديم جميع النفقات المترتبة عن هذا التنفيذ.

من خلال هذا التعريف نلاحظ أن هذا الأسلوب ليس الهدف منه إعدام العقد، وإنما استمراره بالكيفية التي تضمن تقديم الخدمة العمومية بانتظام واستمرار، وبعد سحب العمل من المتعاقد يبقى مسؤولا عن جميع الالتزامات بما فيها الجانب المالي، كما لا يمكنه المطالبة بالمقابل المالي للأشغال التي نفَّذها[3].

ثانيًا: الطبيعة القانونية لحق سحب العمل من المقاول المخل في عقد الأشغال العامة

يرى أغلبية الفقهاء أن هذا الحق من صميم النظام العام، حيث يمكن للإدارة ممارسة هذا الجزاء حتى ولو يتم النص عليه في العقد[4].

---

[1] نصري منصور نابلسي، مرجع سابق، ص.241.

[2] هيثم حليم غازي، سلطات الإدارة في العقود الإدارية – دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص.139.

[3] فوزية هاشمي، آثار تنفيذ الصفقات العمومية على الطرفين المتعاقدين، مرجع سابق، ص.113.

[4] عبد المجيد فياض، مرجع سابق، ص.214.

أما بخصوص اعتراف التشريع بهذا الحق للإدارة المتعاقدة، نجد أن التشريع الفرنسي أعطاها هذا الحق، وذلك بوضع المقاولة تحت إدارة السلطة الإدارية المختصة المباشرة في حالة عدم امتثال المقاول للإعذارات الموجهة إليه[1].

وفي مصر أعطي هذا الحق أيضًا للإدارة بموجب القانون رقم 89 لسنة 1998[2] ، المتضمن تنظيم المناقصات والمزايدات الملغى، حيث في حالة ما أخلَّ المقاول بأي شرط من شروط العقد أو تسبب في إهمال يحق للإدارة المتعاقدة مع مراعاة المصلحة العامة أن تسحب العمل من المقاول وأن تنفذه على حسابه وعاتقه حسب الشروط والمواصفات المتعاقد عليها.

بالنسبة للتشريع الجزائري في هذا الشأن فقد أقرَّ هو أيضًا بهذا الأسلوب في حالة عدم تنفيذ المقاول للالتزامات الواجب تنفيذها من خلال سحبها منه ووضعها تحت تصرف الإدارة المباشرة لصاحب المشروع ليحل محل المقاول في جميع التصرفات مع تحمل هذا الأخير لجميع المصاريف التي تقع على عاتقه[3].

---

[1] ترجمة للمادة 49 الفقرة الثانية من دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على عقود الأشغال العامة الفرنسي، والتي جاء فيها: " إذا لم يمتثل المقاول للإعذار فإنه يمكن أن يوقع عليه جزاء ووضع المقاولة تحت الإدارة المباشرة أو جزاء فسخ العقد ".

[2] تنص المادة 84 من قانون رقم 89 لسنة 1998، يتضمن تنظيم المناقصات والمزايدات المصري الملغى، مصدر سابق على: " إذا أخلَّ المقاول بأي شرط من شروط العقد أو أهمل أو أغفل القيام بأحد التزاماته المقررة إثر ذلك خلال خمسة عشر يومًا من تاريخ إنذاره بكتاب حرص عليه بعلم الوصول على عنوانه المبين بالقيام بإجراء هذا الإصلاح كان للسلطة المختصة الحق في اتخاذ الإجراءين وفقًا لما تقتضيه المصلحة العامة.

أ – فسخ العقد.

ب – سحب العمل من المقاول وتنفيذه على حسابه بذات الشروط والمواصفات المعلن عنها والمتعاقد عليها ... ".

[3] جاء في المادة 3/35 من قرار وزاري مؤرخ في 21 نوفمبر 1964، يتضمن المصادقة على دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال الخاصة بوزارة تجديد البناء والأشغال العمومية والنقل الملغى، مصدر سابق، ما يلي: " ... إذا لم ينفذ المقاول المقتضيات المفروضة، يجوز للمهندس الرئيس، باستثناء حالة الاستعجال بعد عرض المسألة على الوزير أن يأمر بإجراء النظام المباشر على نفقة المقاول ".

كما أن مصطلح النظام المباشر الذي جاء به المشرع الجزائري حسب رأينا يعد جزاء ضاغط يفرض على المتعاقد حتى يستجيب للالتزامات المتعاقد عليها وذلك حتى يتجنب فسخ الصفقة كي لا تلقي بآثارها وما ينجر عن هذا الفسخ من توقف سيرورة المرافق العامة وتعطيلها.

كما أقرَّ القضاء الجزائري هذا الأسلوب في العديد من قرارات مجلس الدولة، بمصطلح إعادة بعث المشروع بعد الفسخ[1].

ثالثًا: شروط سحب العمل من المقاول المخل

حتى لا تتعسف المصلحة المتعاقدة مع المتعاقدين معها وتحيد عن مبدأ المشروعية في حالة سحب العمل من المقاول المخل أُلزمت أن تتقيد بشرطين، أولهما حالة الخطأ الجسيم من طرف المقاول (01)، وثانيهما وجوب إعذار المقاول المخل (02).

01- حالة الخطأ الجسيم من طرف المقاول

إن المسلم به فقهًا وقضاءً في فرنسا بأن وضع مقاولة الأشغال تحت الإدارة المباشرة للمصلحة المتعاقدة يفترض فيها حدوث خطأ جسيم من قبل المقاول، وغير ذلك لا يعتبر سببًا كافيًا لفرض هذا الجزاء الضاغط[2]، وإذا حدث توقيع الجزاء الضاغط دون حدوث خطأ جسيم فمن حق المقاول تحميل الإدارة المتعاقدة مسؤولية ما يرتبه هذا الإجراء بالإضافة إلى طلب التعويض من خلال

[1] أنظر قرار مجلس الدولة الجزائري رقم 01033، صادر بتاريخ 04 نوفمبر 2021، في قضية ديوان الترقية والتسيير العقاري ضد (م م) والذي جاء فيه: " ... وأنه على المستأنف انتظار التسليم النهائي للمشروع والمطالبة بتكاليف إعادة بعث المشروع لكن تكلفة بعث المشروع يحدد بناءً على الصفقة الجديدة التي تبرم مع المقاول الجديد ..." وكذا قرار رقم 00090، صادر بتاريخ 02 فيفري 2023، في قضية ولاية تبسة ضد (ع ف)، والذي جاء فيه: " ... وبعد مدة تفاجأ بفسخ الصفقة وعلى مسؤوليته مع احتساب غرامة التأخير وفارق السعر مع إرساء الصفقة على مقاولة أخرى...".

[2] عبد المجيد فياض، مرجع سابق، ص.215.

لجوئه إلى قاضي العقد الذي الذي يملك سلطات واسعة لتقدير مدى خطورة الخطأ[1] ومدى ادعاء المصلحة المتعاقدة بذلك.

بهذا الخصوص يوجد حكم صادر عن مجلس الدولة الفرنسي في 1936/12/30 يعزز شرط الخطأ الجسيم، حيث أقرَّ بحق الإدارة في تنفيذ العقد على حساب المتعاقد في حالة عدم التزامه وارتكاب مخالفات جسيمة[2].

وتتعدد حالات الخطأ الجسيم التي يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تبني عليها قرار السحب نذكر منها على سبيل الحصر:

أ_ حالة عدم قيام المقاول بتنفيذ محل العقد في الآجال المقررة.

ب_ رفض المقاول تنفيذ الأوامر المصلحية الصادرة عن صاحب المشروع.

ج_ توقيف تنفيذ الأشغال محل العقد دون مبرر.

د_ تنفيذ الأشغال بطريقة معيبة جدًا مما يجعلها غير صالحة للاستخدام[3].

هـ_ عدم رفع التحفظات وإصلاح العيوب المذكورة في محضر الاستلام المؤقت.

02- وجوب إعذار المقاول المخل

المسلم به هو أن قبل سحب العمل من المقاول المخل يجب تنبيهه على تقصيره الذي قد يضر بالمرفق العام، وبالتالي من الممكن عدول المتعاقد من أجل تصحيح أخطائه[4]، ويعد الإعذار

[1] مطيع علي محمود جبير، العقد الإداري بين التشريع والقضاء، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006، ص.485.

[2] حمدي ياسين عكاشة، العقود الإدارية في التطبيق العملي، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1998، ص.574.

[3] نصري منصور نابلسي، مرجع سابق، ص ص.244 و245.

[4] فوزية هاشمي، " سلطة الإدارة المتعاقدة في تطبيق الجزاءات الضاغطة على المتعاقد معها "، المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية، جامعة عمار ثليجي الأغواط، مجلد2 ، عدد 3، ص.386.

شرط جوهري يسبق مرحلة سحب العمل، حتى ولو لم تنص عليه بنود الصفقة أو دفتر الشروط لأنه يعد شرطا مفروضًا على المصلحة المتعاقدة.

في التشريع الفرنسي يعد شرط الإعذار ضروري حتى يوضع عمل المقاول المخل تحت الإدارة المباشرة كما يعتبر جزاء السحب معيبًا تحت طائل الإعذار المسبق.

أما في مصر فقد اشترط مجلس الدولة المصري إعذار المتعاقد قبل توقيع الجزاء، فجعل من الإعذار التزام علة عاتق الإدارة المتعاقدة وشرطًا وجوبيًا قبل اتخاذ الجزاء[1].

كما نصت المادة 84 من القانون رقم 89 لسنة 1998 المصري الملغى على: " إذا أخلَّ المقاول بأي شرط من شروط العقد أو أهمل أو أغفل القيام بأحد التزاماته المقررة ولم يصلح أثر ذلك خلال خمسة عشر يومًا من تاريخ إنذاره بكتاب موصي عليه بعلم الوصول على عنوانه المبين بالعقد بالقيام بإجراء هذا الإصلاح، كان للسلطة المختصة الحق في اتخاذ الإجراءين التاليين وفقًا لما تقتضيه المصلحة العامة:

_ فسخ العقد،

_ سحب العمل من المقاول "[2].

وبالنسبة للإعذار في النظام القانوني الجزائري فإن المادة 35 من دفتر الشروط الإدارية العامة لسنة 1964 الملغى جاءت صريحة وواضحة بخصوص هذه الآلية وأكدت على ضرورتها بأن يُبلَّغ المقاول المقصر ويعذر من طرف المصلحة المتعاقدة قبل مباشرة إجراء سحب العمل منه، حيث

[1] فوزية هاشمي، آثار تنفيذ الصفقات العمومية على الطرفين المتعاقدين– دراسة مقارنة، مرجع سابق ص.120.

[2] أنظر قانون رقم 89 لسنة 1998، يتضمن تنظيم المناقصات والمزايدات المصري الملغى، مصدر سابق.

يمنح له أجل عشرة أيام لتمكينه من تنفيذ التزاماته، وأثناء هذه الآجال لا يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تفرض جزاء السحب[1]، وهو ما تم تبنيه أيضًا من قبل القضاء الجزائري[2].

ونظرًا لما يكتسيه الإعذار من أهمية بالغة وكإجراء سابق لسحب العمل ألزم المنظم الجزائري المصلحة المتعاقدة بمجموعة من البيانات يجب توفرها في الإعذار وهذا حسب القرار الصادر عن وزير المالية لا سيما المادة 03 منه[3]، وتتمثل هذه البيانات في الآتي:

- ✓ تعيين المصلحة المتعاقدة وعنوانها،
- ✓ تعيين المتعاقد وعنوانه،
- ✓ التعيين الدقيق للصفقة ومراجعها،
- ✓ موضوع الإعذار،
- ✓ الأجل الممنوح لتنفيذ موضوع الإعذار،
- ✓ العقوبات المنصوص عليها في حالة رفض التنفيذ.

إن حرص أغلب التشريعات على شرط الإعذار قبل إجراء سحب العمل من المقاول المخل يدل على الأهمية البالغة للإعذار بالنسبة لطرفي الصفقة العمومية، فمن جهة المصلحة المتعاقدة عليها أن تتمسك بشرط الإعذار حتى يرضخ المتعامل المتعاقد ويتدارك تقصيره وينفذ التزاماته من جهة وأن تلتزم المصلحة المتعاقدة باحترام مدة الإعذار ولا تتعسف في توقيع الجزاء ولا يتحجج المتعاقد ببطلان الجزاء الصادر عنها قبل انتهاء مدة الإعذار من جهة ثانية.

---

[1] أنظر قرار وزاري مؤرخ في 21 نوفمبر 1964، يتضمن المصادقة على دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال الخاصة بوزارة تجديد البناء والأشغال العمومية والنقل الملغى، مرجع سابق.

[2] قرار مجلس الدولة الجزائري رقم 00253، صادر بتاريخ 09 جويلية 2020، في قضية (ك ب) ضد وزارة السكن والعمران.

[3] للإطلاع أكثر أنظر قرار وزارة المالية، مؤرخ في 28 مارس 2011، يحدد البيانات التي يتضمنها الإعذار وآجال نشره ، ج.ر.ج.ج، عدد 24، صادر في 20 أفريل 2011.

الفرع الثاني: التوريد والشراء على عاتق المورد المخل في عقود التوريد

تعد عقود التوريد من أهم العقود التي تلجأ إليها المصلحة المتعاقدة من أجل تنفيذ مشاريع الدولة حتى تقدم خدمات للجمهور، فهي تحتاج مثل هذه العقود حتى تمارس نشاطاتها بصفة منتظمة ونظرًا لأهميتها وجب على المصلحة المتعاقدة حماية مثل هكذا عقود كأن تلجأ لوسائل ضغط تمارس على الموردين في حالة الإخلال أو التوريد المعيب بعيوب لا يمكن تداركها، فهي تعد ضمانة لحسن سير المرافق العامة، وعليه سنتناول مضمون التوريد والشراء على عاتق المرد المُخل (أولاً)، ثم نتطرق للطبيعة القانونية لجزاء التوريد والشراء على عاتق المورد المُخل في عقود التوريد (ثانيًا)، و(ثالثًا) نعدد شروط اللجوء إلى هذا الجزاء.

أولاً: مضمون التوريد والشراء على عاتق المورد المخل

إن عقد التوريد عبارة عن اتفاق بين المصلحة المتعاقدة والطرف الثاني في العقد الذي هو المورد قصد تموين وتزويد المصلحة المتعاقدة بالمنقولات لقاء مقابل مادي[1].

ويعد التوريد على حساب المورد المقصر من تطبيقات مبدأ التنفيذي العيني للالتزام، وكأصل عام فإن المورد ملتزم بتوريد الأصناف المتعاقد عليها هي بعينها دون تزييف في الأصناف والكميات وفي الآجال المتفق عليه، وفي حالة التراخي في الآجال أو التزييف في الأصناف المتعاقد عليها فإن المصلحة المتعاقدة تكون ملزمة في منح المورد مهلة إضافية للتنفيذ المرضي وإن لم يمتثل يحق لها توريد تلك الأصناف على حسابه وتحت مسؤوليته أو أن تعهد بهذا العقد لمتعامل أخر دون فسخها للعقد، أي أن يتم استبعاد المورد المقصر استبعاد مؤقت واستبداله بمورد أخر لكن على حساب وعاتق المورد الأول[2].

---

[1] عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، ط3، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2011، ص.90.

[2] نصري منصور النابلسي، مرجع سابق، ص.263.

كما يمكن تعريف التوريد والشراء على عاتق المورد المخل بأنه إجراء تتخذه الإدارة المتعاقدة تجاه المورد المتعاقد معها والذي لم يورد الأصناف المطلوبة وفقًا للعقد المتفق عليه وفي المدة المتفق عليها، بأن تقوم بتنفيذ مضمون العقد على حسابه وتحت مسؤوليته[1].

ثانيًا: الطبيعة القانونية للتوريد والشراء على عاتق المورد المخل

يعد جزاء التوريد على عاتق المورد المخل من صميم النظام العام[2]، حيث يثار هذا الجزاء تلقائيًا حتى ولو لم ينص عليه في العقد، فيرى الاتجاه المؤيد لفكرة ارتباط هذه السلطة بالنظام العام بأن هذه الجزاءات مقررة بقوة القانون، حيث لا يمكن لأطراف العقد الاتفاق على مخالفتها أو استبعادها[3]، وبالتالي إذا أخلَّ المورد المتعاقد في الالتزام بما طلب منه يتم استبداله مباشرة بمورد أخر بحيث تكون مصاريف تنفيذ العقد على عاتق المورد المخل، كون هذا الجزاء من الجزاءات الصارمة.

ويقول أحمد محيو في الشأن: " تستهدف العقود الإدارية تأمين سير المرافق العامة وتحقيق حاجات الصالح العام"[4].

وتم تأييد جزاء التوريد على حساب وعاتق المورد المتقاعس من طرف مجلس الدولة الفرنسي وأعتبر ذلك ذو صلة وثيقة بالنظام العام، فقرر بأن التنفيذ على الحساب سواء الوضع تحت الحراسة والاحتكار الحكومي أو الشراء على الحساب تعتبر جميعها جزاءات حاضرة في العقود

[1] سعيد عبد الرزاق باخبيرة ، مرجع سابق، ص.262.

[2] فوزية هاشمي، آثار تنفيذ الصفقات العمومية على الطرفين المتعاقدين – دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص.114.

[3] سعيد عبد الرزاق باخبيرة، مرجع سابق، ص.263.

[4] المرجع نفسه، ص.262.

الإدارية، حتى في حالة سكوت العقود أو دفاتر الشروط عن تنظيمها أو النص عليها وفقًا لميزة المبادرة[1].

كما يرى القلة القليلة من الفقهاء بأن هذا الجزاء لا يمكن له أن يكون من النظام العام فيرون بأن المورد إذا أخلَّ بالتزاماته لا يشكل أي خطر على المصلحة المتعاقدة بما أنها تملك سلطة الفسخ بمجرد حصول الإخلال واللجوء إلى مورد أخر لتبرم معه عقد جديد، حتى تكون الاستمرارية في مرافقها وفي منأى عن التوقف[2].

أما رأينا نحن فهو يميل إلى صواب أغلبية الفقهاء باعتبار طبيعة الجزاء الممارس على المورد المتقاعس من صميم النظام العام، كما يُستمد هذا الجزاء من مبادئ القانون العام، بحيث يثار تلقائيا بمجرد حصول التخاذل دون نص يجيزه، كما نؤيد ما ذهب إليه مجلس الدولة الفرنسي وذلك تطبيقًا لقاعدة تنفيذ الالتزام عينًا لضمان حسن سير المرافق العامة.

ثالثًا: شروط اللجوء إلى الشراء على حساب المورد المخل

يعتبر الشراء على حساب المورد آلية خطيرة تستعملها المصلحة المتعاقدة مع المورد المخل والمقصر معها، ولما لها من أهمية فقد أحيطت بمجموعة من القيود والشروط يجب على المصلحة المتعاقدة مراعاتها عند اللجوء إلى هذه الآلية، نعددها كالآتي:

01_ تسبب المورد في خطأ جسيم أثناء تنفيذ العقد

يتوجب في صحة قرار المصلحة المتعاقدة بخصوص التوريد على عاتق المورد المقصر، أن يكون هناك سلوك سلبي من المتعامل المتعاقد وهو الإهمال أو التقصير في التنفيذ[3]، وبالتالي هذا

[1] خلاَّف بيو، مرجع سابق، ص ص.340 و 341.

[2] P.L Josse, Les travaux publics et l'expropriation, Sirey, PARIS, 1958, P.142.

[3] خلاَّف بيو، مرجع سابق، ص. 342.

التقصير هو الذي يبرر للمصلحة المتعاقدة اللجوء إلى التنفيذ على حسابه وتحت مسؤوليته، كما لا يمكن لجوئها إلى هذا الإجراء بالنسبة للالتزامات التي لم يحن ميعاد الوفاء بها[1].

لقد نصت المادة 17 من دفتر الشروط المطبق على القوات البحرية الفرنسي بأن يكون اللجوء إلى هذا الإجراء متوقف على التنفيذ غير المرضي أو التنفيذ الذي يكون خارج المدة الملتزم بها كما يرى مجلس الدولة الفرنسي أن تماطل المورد في عدم التسليم في الآجال المتفق عليها ورداءة الأشياء الموردة من قبيل الأخطاء الجسيمة[2].

وبالنسبة للقضاء المصري فهو أيضًا يرى بأنه في حالة إخلال وتقصير المورد في أداء الالتزامات يعطي الحق لجهة الإدارة في التوريد على حسابه ومسؤوليته[3].

02_ إعذار المورد المقصر

قبل البدء في تنفيذ وتوقيع الجزاء على المورد المقصر، فإن الإدارة المتعاقدة تكون ملزمة بإتباع إجراء جوهري يسبق جزاء التوريد والشراء على عاتق المورد المقصر، ألا وهو الإعذار من أجل أن يتدارك المورد المتعاقد معها هذا الجزاء من خلال الوفاء بالالتزامات المتعاقد عليها في الآجال المتفق عليها بالعقد، وبالتالي فإن هذا الإجراء ما هو إلاَّ تمهيد لأي جزاء ضاغط[4].

وفي هذا الشأن يرى الأستاذ مازن ليلو بأن الإدارة قبل التنفيذ على حساب ومسؤولية المورد المخل ملزمة بأن تمنح له مهلة إضافية لتنفيذ التزاماته مع جواز توقيع غرامة عليه إلاَّ إذا كان العقد ينص على خلاف ذلك[5].

---

[1] هيثم حليم غازي، سلطات الإدارة في العقود الإدارية– دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص.150.

[2] نصري منصور نابلسي، مرجع سابق، ص ص.264 و265.

[3] عاطف السعدي محمد علي، عقد التوريد الإداري بين النظرية والتطبيق، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005، ص.279.

[4] نصري منصور نابلسي، مرجع سابق، ص.267.

[5] مازن ليلو راضي، النظرية العامة للقرارات والعقود الإدارية، أربيل، 2010، ص.209.

كما اعتبر مجلس الدولة الفرنسي أن الإعذار حق من حقوق الدفاع يتوجب على الإدارة احترامه وألزمها به قبل اتخاذ أي جزاء ضاغط مع منح المورد المتعاقد معها مهلة من أجل تنفيذ ما يقع على عاتقه من التزامات[1].

وفي هذا الشأن ألزم القانون المصري رقم 89 لسنة 1998 الذي ينظم المناقصات والمزايدات الملغى، الإدارة على وجوب إعذار المورد عن طريق رسالة موصي بها ترسل إلى عنوانه المدرج بالعقد قبل توقيع جزاء التوريد والشراء على عاتقه، وذلك بموجب المادة 94 منه[2].

أما بالنسبة للمشرع الجزائري نجده حذا حذو سابقيه وأعتبر إعذار المتعامل الاقتصادي من الإجراءات الجوهرية التي وجب أن تكون قبل توقيع أي جزاء سواء كان هذا الجزاء ضاغط أو فاسخ[3].

ونحن أيضًا نرى بأن آلية الإعذار من بين الآليات الجوهرية التي يستوجب من المصلحة المتعاقدة اللجوء إليها قبل توقيع وفرض أي جزاء على المتعاقد معها، ولا يكون في عقود التوريد فقط، وإنما يشمل حتى الأنواع الأخرى للصفقات، كما يعد الإعذار ضمانة تكسب المتعاقد مع الإدارة بعض الوقت لتنفيذ الالتزامات التي طالها التقصير من جهة، وقرينة حماية له من التعسف.

03_ وجوب إخضاع قرار التوريد على عاتق المورد المخل للرقابة القضائية

هذا الشرط نراه نحن من بين الشروط الجوهرية والتي يجب أن تكون ضمن شروط العقد، وهو وجوب إخضاع قرار التوريد على عاتق المورد المخل لرقابة القضاء من أجل فحصه من حيث

[1] سورية دبيش، " الجزاءات الإدارية غير المالية في قانون الصفقات العمومية "، المجلة الجزائرية للأمن والتنمية، عدد 9، جويلية 2016، ص.229.

[2] عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص.306.

[3] أنظر المادة 90 من قانون رقم 23-12، مصدر سابق.

مدى ملاءمة هذا القرار لمحل العقد ثم مدى مشروعية هذا القرار حتى لا تتعسف المصلحة المتعاقدة في استعمال سلطتها مع المتعاقدين معها.

على الرغم من أن أغلب الأنظمة لا تعتد بهذا الشرط، واكتفت بالشرطين السابقين إلاَّ أننا نحن كباحثين ارتأينا أن يكون هذا الشرط وجوبي وضمانة للمتعاقدين في مواجهة مظاهر السلطة العامة التي تكون نهايتها غالبا تعسف الإدارة المتعاقدة.

ولقد أوصت المحكمة الإدارية العليا المصرية قبل تنفيذ التوريد على عاتق المورد بالبحث أولاً في سلامة الأسس التي بني عليها إجراء التنفيذ من خلال وجوب اقتناء الإدارة لنفس الأصناف التي تم التعاقد عليها وأخلَّ بها المتعاقد، كما ذهبت المحكمة لأبعد من ذلك وهو أن يتحقق القضاء من مشروعية السبب الذي أدى بالإدارة المتعاقدة لإصدار قرار التنفيذ[1].

المطلب الثاني: الفسخ الجزائي

يختلف الفسخ الجزائي في مضمونه عن سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري بالإرادة المنفردة ودون خطأ من المتعاقد معها، كون هذه السلطة لها ارتباط وثيق بفكرة المصلحة العامة[2].

كما تختلف هذه السلطة عما نجدها في عقود القانون الخاص والتي يملك فيها القاضي كامل السلطة التقديرية، كأن يمنح للطرف المدين آجالاً إضافية لتدارك التزامه وما عليه من دين، كما يختلف أيضًا الفسخ الجزائي عن الفسخ في عقود العمل الخاصة التي تعد ملزمة لطرفيها[3].

كما يختلف هذا الفسخ أيضًا عن الفسخ الذي نجده في عقود العمل التي تربط الأعوان المتعاقدين بالإدارة العامة لأن الفسخ في هذه العقود يعتبر عقوبة تأديبية يتعرض لها العون المتعاقد

---

[1] عبد العزيز عبد المنعم خليفة، تنفيذ العقد الإداري وتسوية منازعاته قضاءً وتحكيمًا، مرجع سابق، ص.96.

[2] أنظر المادة 91 من قانون رقم 23-12، مصدر سابق.

[3] محمود علي رحمه، السلطة التقديرية والشروط التعسفية لصاحب العمل في إنهاء وتعديل عقد العمل – دراسة مقارنة، ط1، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، مصر، 2017، ص.233.

في حالة ارتكابه لخطأ جسيم[1]، باعتبار أنه أخطر الجزاءات التي يمكن أن توقع على العون المتعاقد نتيجة لفقدان الثقة في مواصلة التعاقد معه ويقينا منها بأن مواصلة التعاقد معه من شأنه أن يُضر بالصالح العام[2].

لذلك ستكون دراستنا لهذا الجزاء من منطلق توضيح مضمون الفسخ الجزائي (فرع أول)، ثم تبيان الآثار المترتبة عن الفسخ الجزائي (فرع ثانٍ).

الفرع الأول: مضمون الفسخ الجزائي

حتى نحيط بمضمون الفسخ الجزائي يتطلب منَّا تعريف الفسخ الجزائي (أولاً)، ثم نستعرض خصائصه (ثانيًا)، وأنواعه(ثالثًا)، وأخيرًا نميز الفسخ الجزائي عن الأنظمة المشابهة له في مختلف العقود (رابعًا).

أولاً: تعريف الفسخ الجزائي

تم التأصيل القانوني لسلطة الفسخ في كل من التشريع الجزائري في مجال الصفقات العمومية[3]، وكذا في العديد من القرارات القضائية الصادرة عن مجلس الدولة الجزائري[4].

---

[1] أنظر المواد: 59، 60 و69 من مرسوم رئاسي رقم 07-308، مؤرخ في 29 سبتمبر 2007، يحدد كيفيات توظيف الأعوان المتعاقدين وحقوقهم وواجباتهم والعناصر المشكلة لرواتبهم والقواعد المتعلقة بتسييرهم وكذا النظام التأديبي المطبق عليهم، ج.ر.ج.ج، عدد 61، صادر في 30 ديسمبر 2007.

[2] أحمد بركات، " سلطة الإدارة في فرض جزاءات على المتعاقد معها "، مجلة القانون والتنمية المحلية، جامعة طاهر محمد بشار، مجلد 3، عدد 1، 2020، ص.55.

[3] أنظر قانون رقم 23-12، مصدر سابق، وكذا مرسوم رئاسي رقم 15-247، مصدر سابق.

[4] تم التطرق إلى سلطة الفسخ في الكثير من القرارات الصادرة عن مجلس الدولة الجزائري، والتي نذكر منها على سبيل الحصر: قرار رقم 00357، صادر بتاريخ 07 أفريل 2022، في قضية مديرية التجهيزات العمومية ضد (م ع) وكذا قرار رقم 00562، صادر بتاريخ 02 جوان 2022، في قضية ديوان الترقية والتسيير العقاري ضد (ل ع).

عُرِّف الفسخ الجزائي على أنه الجزاء الشديد التوقيع الذي توقعه الإدارة المتعاقدة على المتعاقد معها والذي أخلَّ بالتزاماته التعاقدية، حيث يرتب هذا الجزاء استبعاد المتعاقد بصفة نهائية عن التنفيذ المتصل بالعقد[1].

أيضًا تم تعريف الفسخ الجزائي بأنه جزاء يوقع من قبل الإدارة المتعاقدة على المتعاقد الذي لا يستطيع الوفاء بالتزاماته، حيث يتم هذا الجزاء بصورة غير طبيعية ومبسترة تفرضها مقتضيات المصلحة العامة التي تضمن دوام انتظام المرافق العامة[2].

نحن أيضًا يمكننا إعطاء تعريفنا الخاص للفسخ الجزائي بأنه: إعدام الرابطة العقدية وإنهائها من طرف المصلحة المتعاقدة كنتيجة حتمية لعدم تنفيذ المتعامل المتعاقد للالتزامات المتفق عليها في عقد الصفقة العمومية، أو إخلاله بشكل مفرط ببنود الصفقة لدرجة استبعاده بشكل نهائي من تنفيذ العقد.

ثانيًا: خصائص الفسخ الجزائي

من خلال التعريفات السابقة نجد بأن هذا الجزاء تميزه الخصائص الآتية:

01- القرار المتضمن الفسخ صادر عن سلطة إدارية مختصة وبإرادتها المنفردة بناءً على امتيازات السلطة العامة التي تمارسها لمقتضيات المصلحة العامة.

02- إعفاء المتعامل المتعاقد واستبعاده عن التنفيذ.

03- خاصية الرقابة القضائية التي تخول المتعامل المتعاقد اللجوء إلى ولاية القضاء الكامل[3] للمطالبة بالتعويض الجابر للضرر الذي سلبته المصلحة المتعاقدة منه جرَّاء الفسخ.

---

[1] مفتاح خليفة عبد الحميد، إنهاء العقد الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2007، ص.161.

[2] عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص.307.

[3] المرجع نفسه، ص.308.

يجب أن ننوه هنا بأن قرار الفسخ الجزائي الصادر من المصلحة المتعاقدة لا يعد من قبيل القرارات الإدارية المنفصلة التي تشكل لنا عقد الصفقة العمومية وبالتالي لا يستوجب الطعن فيه بالإلغاء أو وقف التنفيذ.

ثالثًا: أنواع الفسخ الجزائي

إن المسلَّم به طبقًا للمبادئ التي تنظم العقود الإدارية أن للإدارة اختصاص أصيل وهو فسخ العقود التي تبرمها، وتختلف أنواع الفسخ حسب درجة وجسامة الإخلال الخطأ، فهناك فسخ أعتبر من النظام العام وهو الفسخ الجزائي البسيط أو المجرد (01)، وهناك نوع آخر للفسخ وجب النص عليه في بنود العقد وهو الفسخ الجزائي على مسؤولية المتعاقد (02).

01- الفسخ الجزائي المجرد البسيط

يقصد به إنهاء التعاقد وإعادة حالة المتعاقدين إلى ما كانت عليه قبل التعاقد مع إمكانية توقيع غرامة التأخير أو المطالبة بالتعويض من قبل الإدارة المتعاقدة كنتيجة حتمية للضرر الذي أصابها بسبب خطأ المتعاقد[1].

ما يلاحظ من هذا التعريف أن الفسخ الجزائي على الرغم من أنه يعد من النظام العام، إلاَّ أن التشريع والقضاء منحا كامل السلطة التقديرية للإدارة المتعاقدة في تقدير توقيع هذا الجزاء.

كما نصت المادة 25 من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات المصري لسنة 1998 على إمكانية فسخ العقد من الجهة الإدارية المختصة في حالة إخلال المقاول بشرط من شروطه[2].

كما تجدر الإشارة هنا إلى أن بعض الفقهاء يستعمل عبارة الفسخ الجوازي للتعاقد بدلاً من

[1] مفتاح خليفة عبد الحميد، مرجع سابق، ص.198.

[2] للإطلاع أنظر قانون رقم 89 لسنة 1998، يتعلق بتنظيم المناقصات والمزايدات المصري الملغى، مصدر سابق.

الفسخ الجزائي المجرد والبسيط، وهي نفس التسمية كونها تؤدي إلى نفس الغاية[1].

02- الفسخ الجزائي على مسؤولية المتعاقد

في هذا النوع من الفسخ وجب أن يكون الخطأ من المتعاقد أكثر جسامة وخطورة من النوع الأول، كونه يتوقف على مدى ارتكاب المتعاقد لأخطاء جسيمة كالغش في التنفيذ ما من شأنه أن يسبب أضرارًا تمس بالمصلحة العامة، كاستعمال مادة غير منصوص عليها في شروط العقد[2].

يجد هذا الجزاء الخطير أساسه القانوني في المادة 24 من قانون المناقصات والمزايدات المصري، والذي من خلاله منح الإدارة المتعاقدة حق توقيع الجزاء على المتعاقد في حالة ارتكابه لغش أو تدليس في فترة تنفيذ العقد[3].

كما يرتب هذا الجزاء أثرًا قانونيًا وهو إبرام عقد جديد مع متعامل جديد من أجل إتمام تنفيذ مضمون العقد القديم مع تحمل المتعاقد المخل لكافة الأعباء المالية التي يرتبها تنفيذ العقد الجديد وإثقال كاهله بنفقات إضافية، وقد تصل خطورة هذا الجزاء إلى درجة الشطب من قائمة المؤهلين ما قد يسيء إلى سمعته الأدبية والتجارية[4].

أما رأينا نحن بخصوص هاتين الصورتين للفسخ الجزائي، فإننا نميل إلى الفسخ الجزائي على مسؤولية المتعاقد، وذلك لعدة اعتبارات منها الجانب المالي للعقد، والذي بإمكانه أن يُدرَّ بأموال إضافية تدخل في حساب خزينة الإدارة، حيث تؤخذ من المتعاقد المُخل، عكس الفسخ الجزائي المجرد البسيط والذي لا يقتضي التعويض.

---

[1] عبد العزيز عبد المنعم خليفة، تنفيذ العقد الإداري وتسوية منازعاته قضاءً وتحكيمًا، مرجع سابق، ص.107.

[2] طارق سلطان، مرجع سابق، ص.259.

[3] أنظر قانون رقم 89 لسنة 1998، يتعلق بتنظيم المناقصات والمزايدات المصري الملغى، مصدر سابق.

[4] عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص.312.

رابعًا: تمييز الفسخ الجزائي عن الأنظمة المشابهة له في مختلف العقود

تتعدد العقود وتختلف حسب النظام القانوني الواجب تطبيقه عليها، كما تعد العقود الإدارية أو الخاصة المجال الخصب لتوقيع الجزاءات المختلفة، حيث يختلف الفسخ عن باقي الجزاءات الأخرى، فارتأينا أن نسلط الضوء على أوجه التشابه وأوجه الاختلاف بينهم وذلك من خلال ما يلي:

01- تمييز الفسخ الجزائي عن جزاء إسقاط الالتزام

يتشابه المفهومان في كونهما منهيان للعقد الإداري بطريقة قطعية، كما يكونان في حالة الخطأ الجسيم من المتعاقد، كما لا يترتب عن توقيعهما أي تعويض للمتعاقد[1].

كما يختلفان في كون الفسخ الجزائي سلطة توقيع مباشرة من الإدارة المتعاقدة التي تملك كامل السلطة التقديرية، بينما إسقاط الالتزام لا يتم إلاَّ بعد اللجوء إلى قاضي العقد[2].

02- تمييز الفسخ الجزائي عن جزاء وضع المقاولة تحت الإدارة المباشرة

يكون جزاء وضع المقاولة تحت الإدارة المباشرة في حالة توقف المرفق العام عن تقديم الخدمة العمومية حتى ولو لم يخطئ المتعاقد مع الإدارة[3]، ووضع المقاولة تحت الإدارة المباشرة من طرف الإدارة يعد ضمانة لسير عمل المرفق العام، ويختلف المفهومان عن بعضهما في كون جزاء وضع المقاولة تحت الإدارة المباشرة لا يضع حدًا للعقد أو يعدمه.

---

[1] مفتاح خليفة عبد الحميد، مرجع سابق، ص.253.

2 المرجع نفسه ، ص.252.

[3] المرجع نفسه، ص.253.

03- تمييز الفسخ الجزائي عن الفسخ الانفرادي من الإدارة المتعاقدة

يكون الفسخ الانفرادي من جانب واحد وهو أن تقوم الإدارة المتعاقدة بالفسخ حتى في حالة عدم ارتكاب المتعاقد معها لأي خطأ، ويكون هذا الفسخ وفقًا لمقتضيات المصلحة العامة كما هو منصوص عليه في المادة 91 من القانون رقم 23-12[1].

04- تمييز الفسخ الجزائي في العقود الإدارية عن الفسخ في العقود الخاصة

تخضع العقود الخاصة لما جاء في التقنين المدني الجزائري[2]، أي أن الفسخ لا يكون إلاَّ باللجوء إلى القضاء من أجل استصدار حكم في ذلك عكس الفسخ الجزائي في مجال العقود الإدارية، والذي تملك منه الإدارة المتعاقدة سلطة واسعة في فرض الجزاء.

كما أن الفسخ في العقود الخاصة دائمًا ما يترتب عليه تعويض للطرف المتضرر من الفسخ[3].

الفرع الثاني: الآثار المترتبة عن الفسخ الجزائي

بمجرد وضع نهاية مبسترة وغير طبيعية عن طريق الفسخ الجزائي للعقد الإداري من شأنها أن تخلف آثارًا قانونية تطرأ على عقد الصفقة العمومية (أولاً) أو على مركز المتعامل المتعاقد المقصِّر (ثانيًا)، وهذا ما سندرسه في فرعنا هذا.

أولاً: آثار الفسخ الجزائي على عقد الصفقة العمومية

يعد الفسخ الجزائي من الآليات الخطيرة التي تستعملها المصلحة المتعاقدة في مواجهة المتعاقد المقصِّر، حيث لا تنصرف آثاره إلى المتعاقد فقط، وإنما تمتد إلى عقد الصفقة العمومية ومحله ويمكن حصر أهم الآثار التي تمس عقد الصفقة العمومية فيما يلي:

---

[1] أنظر قانون رقم 23-12، مصدر سابق.

[2] جاء في المادة 106 من التقنين المدني الجزائري، مصدر سابق، ما يلي: " العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلاَّ باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون ".

[3] مفتاح خليفة عبد الحميد، مرجع سابق، ص.255.

01- إعدام عقد الصفقة العمومية وفك الرابطة العقدية بين المصلحة المتعاقدة والمتعامل المتعاقد

أي وضع حد لحياة الصفقة العمومية، كما يشمل الفسخ الجزائي العقد كله دون فسخ جزئي وبالتالي يتوجب على المصلحة المتعاقدة أن لا تخلَّ بالتوازن المالي للعقد[1]، وتفسخ الجزء المربح للمتعامل المتعاقد وتبقي على الجزء الذي قد يسبب خسائر فادحة له، لأنه من بين قواعد العدالة أن لا تنهك كاهل المتعاقد.

02- خضوع إجراء الفسخ الجزائي لعقد الصفقة العمومية للرقابة القضائية

تعد المصلحة المتعاقدة مسؤولة وحريصة عن انتظام سير مرافقها العامة، وهي العالمة بشؤونها، حيث تلجأ إلى إجراء الفسخ وفقًا لما تمليه عليها مقتضيات المصلحة العامة، وأحيانًا تستعمل هذا الإجراء لتتعسف على المتعاقدين معها، ما يتوجب على هؤلاء سوى اللجوء إلى قاضي العقد والقضاء الكامل بناءً على طعن ضد هذا الإجراء التعسفي، فيقوم قاضي العقد برقابة مدى مشروعية هذا الإجراء واحترام الإدارة المتعاقدة للقوانين والتنظيمات المعمول بها في هذا الشأن وكذا مدى مبررات وملاءمة هذا الإجراء للظروف التي كانت محيطة بعقد الصفقة العمومية أثناء اتخاذ إجراء الفسخ، كما يُنظر في مدى تناسب هذا الجزاء مع الخطأ المرتكب.

أما الوضع في القضاء المصري فهو يختلف عن القضاءات الأخرى التي يلتزم فيها قاضي العقد بتقدير التعويض الذي يجبر ضرر المتعاقد وفقط، حيث امتد إلى الحكم بالتعويض بالإضافة إلى إلغاء قرار الفسخ[2].

---

[1] فتيحة حابي، " فسخ صفقات إنجاز الأشغال العامة "، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية "، المركز الجامعي تامنغست، عدد 9، سبتمبر 2015، ص.106.

[2] هارون عبد العزيز الجمل، الجزاءات في عقود الأشغال العامة، أطروحة دكتوراه في القانون الإداري كلية الحقوق، جامعة طنطا، مصر، 2005، ص.291.

ثانيًا: آثار الفسخ الجزائي على المتعامل المتعاقد المقصر

تختلف الآثار التي يرتبها الفسخ الجزائي على المتعامل المتعاقد المقصر حسب جسامة الخطأ الذي ارتكبه، أي أنه كلما كان الخطأ جسيمًا كلما كان مركزه المالي في خطر، كون الآثار المترتبة عن الفسخ تهاجم الذمة المالية للمتعاقد بدرجة كبيرة، ويمكن حصر هذه الآثار فيما يلي:

01- الاستبعاد النهائي

بالإضافة إلى التعويض الذي يتحمله المتعاقد المقصر عن فسخ العقد الأول، يجد هذا الأخير نفسه متحملاً للأعباء الناتجة عن العقد الجديد ولا يكتفي بهذا الحد فقطن بل يمتد ليجد نفسه مستبعدًا نهائيًا من تنفيذ الأشغال محل الصفقة الجديدة[1].

ويعد مجلس الدولة الفرنسي من المؤيدين للاستبعاد شرط أن يكون منصوص عليه في العقد أو في دفتر الشروط حتى تستطيع الإدارة المتعاقدة توقيعه، وأن يُعلم المتعاقد بهذا الجزاء[2].

02- الإقصاء من المشاركة في الصفقات العمومية

إن الأصل العام في عقود الصفقات العمومية هو أن تكون محمية بالضمانات التي جاءت بها المادة 05 من القانون رقم 23-12[3]، ومن بين هذه الضمانات: حرية الوصول إلى الطلبات العمومية والمساواة في معاملة المترشحين، والتي تُمكِّن جميع المتعهدين من تقديم عطاءاتهم، كما أنه بإمكانهم أن ترسى على عطاءاتهم صفقة عمومية من أجل تنفيذها، إلاَّ أنه استثناءً على ذلك وأحيانًا لا يعتد بمبدأي المنافسة والمساواة في حالة إقصاء متعامل متعاقد بموجب السلطة التقديرية الممنوحة للمصلحة المتعاقدة كجزاء له نتيجة إخلاله بالالتزامات المتفق عليها، وقد يكون هذا

[1] نصري منصور نابلسي، مرجع سابق، ص.295.

[2] مفتاح خليفة عبد الحميد، مرجع سابق، ص.353.

[3] لمزيد من التفصيل أنظر قانون رقم 23-12، مصدر سابق.

الإقصاء نهائي، كما قد يكون إجراء وقائي ومؤقت فقط[1]، وذلك حرصًا من المصلحة المتعاقدة بأن يتم تنفيذ عقد الصفقة العمومية بشكل مُرضي هذا من جهة، ومن جهة أخرى توجيه تحذير شديد اللهجة للمتعاقدين الآخرين في حالة تقاعسهم أو تهربهم من الالتزامات المتعاقد عليها[2].

لقد عالج المنظم الجزائري حالات الإقصاء في المرسوم الرئاسي رقم 15-247[3]، وما لفت انتباهنا من النص الذي تطرق إلى الإقصاء هو تمييز المنظم الجزائري لنوعين من الإقصاء وهما: الإقصاء المؤقت والإقصاء النهائي.

أ- الإقصاء المؤقت

يقصد بالإقصاء المؤقت تعطيل حرية وصول المتعهد إلى الطلب العمومي لمدة زمنية محددة كما يتم حرمانه من الترشح إلى أي صفقة عمومية تُعلن عليها أي إدارة عمومية عبر كامل التراب الوطني[4].

ويرى الأستاذ عادل بوعمران بأن هذا التقييد الممارس على المتعهد ينقضي بمجرد تسوية هذا الخير لوضعيته القانونية[5]، إزاء الإدارة المتعاقدة التي أصدرت مقرر الإقصاء.

---

[1] سورية ديش، مرجع سابق، ص.233.

[2] للإطلاع أكثر أنظر المادة 38 من قانون رقم 23-12، مصدر سابق.

[3] تنص المادة 75 من مرسوم رئاسي رقم 15-247، مصدر سابق على: " يُقصى بشكل مؤقت أو نهائي من المشاركة في الصفقات العمومية المتعاملون الاقتصاديون:
-المسجلون في قائمة المؤسسات المخلة بالتزاماتها بعدما كانوا محل مقررات الفسخ تحت مسؤوليتهم من أصحاب المشاريع ...".

[4] سورية ديش، مرجع سابق، ص.234.

[5] عادل بوعمران، " الإقصاء من المشاركة في الصفقات العمومية – حالاته وآثاره "، ملتقى دولي حول الوقاية من الفساد ومكافحته في الصفقات العمومية، 2013، ص.48.

يتخذ الإقصاء المؤقت صورتين وهذا حسب القرار الوزاري المحدد لكيفيات الإقصاء من المشاركة في الصفقات العمومية[1]، وهما الإقصاء المؤقت التلقائي أو الإقصاء المؤقت بمقرر.

كما فصلت المادة 05 من نفس القرار في مدة الإقصاء المؤقت، وتتراوح هذه المدة من 06 أشهر إلى 03 سنوات كأقصى مدة للإقصاء المؤقت، ونحن كون دراستنا للإقصاء كأثر ناتج عن الفسخ الجزائي والإخلال بالالتزامات التعاقدية فإن مدة الإقصاء تكون 06 أشهر في حالة عقد الصفقة العمومية كان محل قرار فسخ، كما قد يكون الإقصاء لمدة 01 سنة واحدة في حالة تسجيل المتعاقد في قائمة المتعاملين الاقتصاديين الذين أخلُّوا بالتزاماتهم[2]، كما يمكن تمديد هذا الإقصاء بموجب مقرر يتخذ من طرف مسؤول المصلحة المتعاقدة ويُبلَّغ للمتعامل الاقتصادي[3].

ب- الإقصاء النهائي

هو إجراء خطير من خلاله يشطب المتعهد بصفة نهائية من جميع المنافسات في مجال الصفقات العمومية، وحسب المادة 07 من القرار الوزاري سالف الذكر فإن الإقصاء النهائي يكون كنتيجة حتمية بسبب الإخلال بالالتزامات المحددة في عقد الصفقة العمومية، كما بينت لنا هذه المادة إمكانية رفع الإقصاء النهائي عن المتعامل المتعاقد المخل في حالة تم رد الاعتبار له.

03- التسجيل في قائمة المتعاملين الاقتصاديين الممنوعين من المشاركة في الصفقات العمومية

يقصد بهذا الإجراء تسجيل المتعامل الاقتصادي الذي يربطه عقد مع المصلحة المتعاقدة كان محلاً للفسخ كنتيجة لإخلال هذا المتعاقد بالتزاماته التعاقدية ووضعه في القائمة السوداء للمتعاملين

[1] أنظر المادة 02 من قرار وزاري، مؤرخ في 19 ديسمبر 2015، يحدد كيفيات الإقصاء من المشاركة في الصفقات العمومية، ج.ر.ج.ج، عدد 17، صادر في 16 مارس 2016.

[2] للتفصيل أكثر يرجى الإطلاع على المادة 05 من المصدر نفسه.

[3] أنظر المادة 08 من المصدر سابق.

الاقتصاديين الممنوعين من المشاركة في الصفقات العمومية، والذين تتوفر فيهم حالة أو عدة حالات من تلك التي نص عليها القانون رقم 23-12[1].

من خلال استقراء النص القانوني الذي حدد حالات المنع يتضح لنا بأنه وبمجرد تسجيل إخلال له علاقة بشبهة فساد في أي مرحلة من مراحل الصفقة العمومية، كان سببا كافيا لتتخذ المصلحة المتعاقدة لأي إجراء ردعي ضد المتعاقد، وقد يصل إلى حد فسخ الصفقة العمومية.

أما آلية المنع فإنها تكون في شكل مقرر معلل يتضمن المنع من المشاركة في الصفقات العمومية يعد من طرف مسؤول الهيئة العمومية أو الوزير المعني، بعد دعوة المتعامل الاقتصادي المتسبب في الإخلال المترتب عنه الفسخ، وذلك من أجل تقديم رد حول الأفعال المنسوبة إليه[2].

حسب المادتين 03 و05 من القرار الوزاري الذي يحدد كيفيات التسجيل والسحب من قائمة المتعاملين الاقتصاديين الممنوعين من المشاركة في الصفقات العمومية، فإن المنظم الجزائري أقرَّ بضمانة قضائية للمتعامل المتعاقد، تمكنه من رفع المنع من المشاركة في الصفقات العمومية، وهي تقديم المعني لطعن أمام الجهات القضائية المختصة في المقرر الصادر عن المصلحة المتعاقدة.

أما بالنسبة لصور المنع فيمكن استخلاصها، من القرار الوزاري الذي يحدد كيفيات التسجيل والسحب من قائمة المتعاملين الاقتصاديين الممنوعين من المشاركة في الصفقات العمومية[3] وهي:

---

[1] لقد جاءت المادة 66 من قانون رقم 23-12، مصدر سابق، واضحة في تحديد الحالات التي تضع المتعاملين الاقتصاديين في قائمة الممنوعين من المشاركة في الصفقات العمومية.

[2] المادة 02 من قرار وزاري، مؤرخ في 19 ديسمبر 2015، يحدد كيفيات التسجيل والسحب من قائمة المتعاملين الاقتصاديين الممنوعين من المشاركة في الصفقات العمومية، ج.ر.ج.ج، عدد 17، صادر في 16 مارس 2016.

[3] المادة 04 من المصدر نفسه.

أ- المنع المؤقت من المشاركة في الصفقات العمومية

يكون المنع المؤقت من المشاركة في الصفقات العمومية بعد دعوة المتعامل الاقتصادي بموجب رسالة موصي عليها.

ثم يُقدم المعني بالمنع ردًا عمَّا نُسب إليه من أفعال، فإذا امتنع عن الرد في الآجال القانونية فيعتبر ممنوع من المشاركة في الصفقات العمومية بصفة مؤقتة.

بعد فوات الآجال القانونية يُثبَّت المنع بموجب مقرر معلل صادر عن المصلحة المتعاقدة المختصة.

ب- المنع النهائي من المشاركة في الصفقات العمومية

بالنسبة لهذه الصورة هناك حالتين لتثبيت المنع النهائي وهما:

ب -01 – في حالة صدور مقرر المنع المؤقت من المشاركة في الصفقات العمومية ولم يتم الطعن فيه قضائيًا من طرف المتعامل الاقتصادي في الآجال القانونية المحددة.

ب -02 – أما الحالة الثانية فهي عندما يتم تأكيد هذه العقوبة من قبل المحكمة الإدارية المختصة بعد رفع المتعامل الاقتصادي الطعن لديها من خلال تأييدها لمقرر المنع المؤقت الصادر عن مسؤول الهيئة الإدارية المختصة، فيمنع المتعامل الاقتصادي بصفة نهائية[1].

الفرع الثاني: نطاق وضوابط الفسخ الجزائي

يعتبر الفسخ الجزائي من أخطر الآليات التي بإمكان المصلحة المتعاقدة استخدامها في مواجهة المتعاقد معها إذا ما أخلَّ بالتزاماته، إلاَّ أن هذه الآلية لا تعد مطلقة على الإطلاق، ونظرًا لخطورة هذا الإجراء وجب تقييده بشروط حتى لا يكون هناك تعسف من جانب المصلحة المتعاقدة

[1] المادة 04 من قرار وزاري، مؤرخ في 19 ديسمبر 2015، يحدد كيفيات التسجيل والسحب من قائمة المتعاملين الاقتصاديين الممنوعين من المشاركة في الصفقات العمومية، مصدر سابق.

كأن تكون هناك درجة من التجانس بين الفسخ والخطأ المرتكب، أو أن يكون المتعاقد المُخل على علم بإجراء الفسخ قبل تسليطه، وبالتالي فإن دراستنا لهذا المطلب تكون من خلال التطرق لضابط وشرط الخطأ الجسيم (أولاً)، وإدراج ضابط الإعذار (ثانيًا).

أولاً: حصول خطأ جسيم من المتعاقد

أي مخالفة من المتعاقد للالتزامات العقدية تعتبر خطأً تعاقديًا، إلاَّ أنه لا يعد أي خطأ يرتكبه المتعاقد، مبررًا كافيًا للمصلحة المتعاقدة لتستند عليه في توقيع الجزاء، وبالتالي وجب أن يكون على درجة كبيرة من الجسامة[1].

يعد مجلس الدولة الفرنسي أول من اشترط حالة الخطأ الجسيم الذي يرتكبه المتعاقد مع الإدارة[2]، ولقد اعتبر ترك المتعاقد للأشغال وإهمالها وعدم تنفيذها في المواعيد المتفق عليها بالإضافة إلى الغش في الأعمال والتنازل عن العقد دون موافقة المصلحة المتعاقدة، ورفض تنفيذ الأوامر الصادرة منها من قبيل الأخطاء الجسيمة التي وجب على الإدارة عدم التسامح فيها[3].

أما بالنسبة للتشريع الجزائري فإنه لم يشترط جسامة الخطأ التعاقدي كمبرر لتوقيع الفسخ الجزائي سواءً في القانون رقم 23-12، أو حتى المرسوم الرئاسي رقم 15-247، إلاَّ أنه تطرق إلى ذلك في المرسوم التنفيذي رقم 21-219[4].

---

[1] نصري منصور نابلسي، مرجع سابق، ص.280.

[2] سليمان محمد الطمَّاوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، دار الفكر العربي، القاهرة، 1991، ص.554.

[3] هارون عبد العزيز الجمل، النظام القانوني للجزاءات في عقد الأشغال العامة، مذكرة ماجستير، جامعة عين شمس، القاهرة، 1997، ص.266.

[4] جاءت المادة 123 من مرسوم تنفيذي رقم 21-219، مصدر سابق، واضحة بخصوص جسامة الخطأ المؤدي إلى توقيع الفسخ الجزائي، حيث جاء فيها الآتي: " يتم الفسخ بطرق مختلفة حسب السبب الذي ترتب عنه. في حالة خطأ كبير يرتكبه المقاول وبعد استنفاذ الوسائل البديلة فيما يخص الإعذارات أو عند الاقتضاء، الوضع تحت الحظر عن طريق القضاء... ".

ما يعاب على التشريعات الجزائرية هو عدم تطرقها للخطأ الجسيم بنوع من التفصيل في المرسوم التنفيذي السابق ذكره، في الوقت الذي اكتفى فيه المشرع بعبارة خطأ كبير يرتكبه المقاول ولم تتطرق لحالة الخطأ الجسيم نهائيًا وهو ما يفتح مجال ممارسة التعسف من المصلحة المتعاقدة.

كما يُثار إشكال قانوني كبير لجزاء الفسخ بالنسبة للصفقات المتعلقة بالتوريدات وصفقات الدراسات والخدمات بخصوص عدم وجود نصوص تنظيمية تنظمها عكس صفقات الأشغال إذا ما سلّمنا بأن لها مرسوم تنفيذي ينظمها، والذي تناول حالة الخطأ الجسيم بنوع من الإسهاب، وبالتالي ما الذي يجب فعله من المصلحة المتعاقدة في حالة وقوع تقصير من المورد أو المهندس المكلف بإعداد دراسات أو تقديم استشارات فنية؟ وما هو الجزاء الذي تفرضه في حالة حدوث في حالة حدوث التقصير من أحدهم؟

وعليه نرى نحن بأنه هناك قصور تشريعي، خاصة من ناحية التفصيل في حالة الخطأ الجسيم من جهة، وعدم الانسجام والتطابق في القوانين التي تنظم الصفقات العمومية من جهة أخرى.

أما بخصوص وضع تعريف للخطأ الجسيم نجد أن التشريع والقضاء لم يعطوا تعريفًا للخطأ الجسيم بل اكتفوا بتعداد صوره فقط، وتركوا المجال للاجتهاد الفقهي، حيث عرَّفه الأستاذ " نصري منصور نابلسي" بأنه: " كل مخالفة من المتعاقد مع الإدارة لالتزاماته العقدية تمثل خطأً تعاقديًا كما يجب أن يكون الخطأ المرتكب على درجة كبيرة من الخطورة والجسامة حتى يكون مبررًا تستند إليه الإدارة في توقيع جزاء الفسخ "[1].

من هذا التعريف نرى بأنه ليس كل خطأ صادر من المتعاقد يكون كافيًا لتبرير الجزاء ويستوجب الفسخ، أي أن المصلحة المتعاقدة تتمتع بسلطة تقديرية واسعة في هذا الشأن، ما دام

[1] نصري منصور نابلسي، مرجع سابق، ص.280.

التشريع تغاضى عن ذلك في أغلب القوانين بتركه المجال للإدارة المتعاقدة حتى تُقدِّر حجم الإخلال والجسامة حسب كل نوع صفقة عمومية على حدى.

وبخصوص صور الخطأ الجسيم، فهي من تطبيقات القضاء الإداري ممثلاً في مجلس الدولة الفرنسي، حيث اعتبر عدم تسليم المورد أو تأخره لفترات طويلة في التسليم المتفق عليه، وفي المواعيد المتفق في دفتر الشروط، أو عدم مطابقة الأصناف الموردة للأصناف المتفق عليها من قبيل الأخطاء الجسيمة التي تستوجب إنهاء العقد[1].

أيضًا من صور الخطأ الجسيم عدم تنفيذ المقاول للأشغال في الآجال المحددة، أو التنفيذ الناقص لالتزاماته، أو في حالة وجود نقائص خطيرة منسوبة إليه[2]، كما يعد أيضًا رفض تنفيذ الأوامر المصلحية[3]، خاصة أثناء ممارسة سلطة الرقابة والإشراف من الأخطاء الجسيمة.

ما يجسد أقصى تجلٍ للأخطاء الجسيمة التي تؤدي إلى الفسخ الجزائي، الغش والتلاعب في التعامل مع المصلحة المتعاقدة أثناء الحصول على عقد الصفقة العمومية[4].

ثانيًا: ضابط الإعذار

يعد الإعذار إجراء سابق للسلطة الخطيرة التي تمارسها المصلحة المتعاقدة على المتعاقد معها، بمعنى أخر أن سلطة الفسخ الجزائي ونظرًا لما تُخلِّفه من آثار تصل إلى إرهاق كاهل المتعاقد مع الإدارة، وإلى درجة شطب اسم المتعامل المتعاقد وإقصائه نهائيًا من المشاركة في الصفقات العمومية، ونظرًا لما يحظى به الإعذار من أهمية في مجال المعاملات التعاقدية خاصة

---

[1] هاني عبد الرحمان إسماعيل، النظام القانوني لعقد التوريد الإداري، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2012، ص.126.

[2] للإطلاع أكثر أنظر المادة 122 من مرسوم تنفيذي رقم 21-219، مصدر سابق.

[3] مفتاح خليفة عبد الحميد، مرجع سابق، ص.258.

[4] أنظر المادة 24 من قانون رقم 89 لسنة 1998، يتضمن قانون تنظيم المناقصات والمزايدات المصري الملغى، مصدر سابق.

في عقود الصفقات العمومية، سنحاول التطرق إلى تعريف الإعذار (01)، ثم إلى تطبيقات شرط الإعذار في القانون (02)، ومضمون الإعذار وشكله (03).

01- تعريف الإعذار

لم يتطرق سواء التشريع أو القضاء لتعريف الإعذار، وإنما تمت الإشارة إليه فقط، كما اعتبر التشريع الجزائري أن الإعذار إجراء جوهري، وجب على المصلحة المتعاقدة أن تلجأ إليه قبل تطبيق أي عقوبة على المتعاقد معها، سواء في قانون الصفقات العمومية الجزائري، أو النصوص التنظيمية للصفقات العمومية[1].

عُرِّف الإعذار على أنه وسيلة ووثيقة قانونية تثبت بها الإدارة المتعاقدة إخلال المتعاقد معها وعدم وفائه بالتزاماته التعاقدية، بحيث تفصح في هذه الوثيقة عن نيتها في توقيع الجزاء المتناسب مع الإخلال في حالة عدم تداركه من قبل المتعاقد معها[2].

02- مضمون الإعذار وشكله

بالعودة إلى القرار الصادر عن وزارة المالية بتاريخ 28 مارس 2011، والذي يحدد البيانات التي يتضمنها الإعذار وآجال نشره، نجد أن المادة 03 منه ألزمت المصلحة المتعاقدة بالبيانات الواجب ذكرها في الإعذار، وهي كالآتي:

أ- تعيين المصلحة المتعاقدة وعنوانها.

ب – تعيين المتعامل المتعاقد وعنوانه.

---

[1] أنظر المادة 90 من قانون رقم 23-12، مصدر سابق، وكذلك المادة 122 من مرسوم تنفيذي رقم 21-219، مصدر سابق، وكذلك المادة 02 من قرار صادر عن وزارة المالية، مؤرخ في 28 مارس 2011، يحدد البيانات التي يتضمنها الإعذار وآجال نشره، ج.ر.ج.ج، عدد 24، صادر في 20 أفريل 2011.

[2] عبد العزيز عبد المنعم خليفة، تنفيذ العقد الإداري وتسوية منازعاته قضاءً وتحكيمًا، مرجع سابق ص.111.

ج – التعيين الدقيق للصفقة ومراجعها.

د – توضيح إن كان أول أو ثاني إعذار عند الإقتضاء.

هـ – موضوع الإعذار.

و – الأجل الممنوح لتنفيذ موضوع الإعذار.

ز – العقوبات المنصوص عليها في حالة رفض التنفيذ.

نرى نحن من خلال هذا النص القانوني بأن الإعذار عبارة عن إجراء جوهري وحتمي، يحمي المراكز القانونية للمتعاقدين، ولا يعد صحيحًا إلاَّ إذا تضمَّن البيانات السابقة، وعلى المصلحة المتعاقدة أن تتقيد بما جاء فيه وإلاَّ أُعد معيبًا بعيب من عيوب الإجراءات ومخالفًا للقانون.

أما فيما يخص شكل الإعذار فذلك يكون بإفراغ البيانات السابق ذكرها في وثيقة صادرة عن المصلحة المتعاقدة، يُبلَّغ برسالة موصي عليها إلى المتعامل المتعاقد مع إشعار بالاستلام[1]، أما بالنسبة لكيفية نشر الإعذار فقد ألزم المشرع الجزائري المصلحة المتعاقدة بنشره وجوبًا في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي، وفي جريدتين وطنيتين على الأقل[2].

من خلال الكم الهائل من القوانين المنظمة للصفقات العمومية التي تناولت الإعذار، تتبين لنا المكانة الثابتة وأهميتها في مجال الصفقات العمومية، حيث نرى نحن بأنه عبارة عن ضمانة حقيقية مقررة لمصلحة المتعامل المتعاقد قبل توقيع الجزاء عليه، وهو عكس ما هو معمول به العقود المدنية، التي تُلزم الطرف المتضرر فيها باللجوء إلى القضاء للمطالبة بالفسخ والتعويض.

---

[1] أنظر المادة 04 من قرار صادر عن وزارة المالية، مؤرخ في 28 مارس 2011، يحدد البيانات التي يتضمنها الإعذار وآجال نشره، مصدر سابق.

[2] أنظر المادة 05 من المصدر نفسه.

الفصل الثاني

حدود سلطة المصلحة المتعاقدة في توقيع الجزاءات

تعتبر الرقابة على مشروعية أعمال الإدارة العامة من الحدود والضمانات الأساسية التي أقرَّتها القوانين، حيث بإمكان الأفراد المتضررين من الأعمال الإدارية اللجوء إلى الهيئات الرقابية المختصة للطعن في هذه التصرفات، التي عادة ما تتعسف الإدارة أثناء مباشرة هذه التصرفات.

ولما كانت الإدارة المتعاقدة تتمتع بسلطات استثنائية في مواجهة المتعاقدين معها، والتي منها سلطة توقيع الجزاءات، فإنها لا تعد في منأى عن مجال الرقابة، كون هذه الرقابة بإمكانها أن تعطي توازن نوعي، خاصة بين طرفي العقد الإداري، بالإضافة إلى كونها ضمانة قد تبتر تعسف الإدارة المتعاقدة وتحد منه في حالة ما إذا خالفت القانون.

وبصورة أخرى يجب على المصلحة المتعاقدة أثناء إصدار قرارات تتضمن توقيع جزاءات على المتعاقدين معها أن تراعي ضوابط معينة حددها القانون في هذا المجال، وعلى هذا الأساس ستكون دراستنا لهذا الفصل من خلال التطرق ضرورة احترام الشروط الشكلية والموضوعية في قرارات توقيع الجزاءات في (المبحث الأول)، ثم خضوع سلطة المصلحة المتعاقدة في توقيع الجزاءات للرقابة في (المبحث الثاني).

المبحث الأول

ضرورة احترام الشروط الشكلية والموضوعية في قرارات توقيع الجزاءات

كأصل عام تجد القيود والضوابط الممارسة على سلطات المصلحة المتعاقدة أساسها وأصالتها القانونية من خلال القوانين والتشريعات، إلاَّ أنه كاستثناء لهذا الأصل تبنى القضاء الإداري هذا الدور، وكان له الفضل الكبير في ترسيخ هذه الضوابط من خلال إتمام القصور الذي تسببت فيه القوانين، وحتى لا تتعسف المصلحة المتعاقدة في إصدار قراراتها العقابية وتكون بذلك مخالفة للقانون أُلزمت بقيود وضوابط، منها ما هو شكلي وهو ما سندرسه في (المطلب الأول)، ومنها ما هو موضوعي وهو محل دراستنا له في (المطلب الثاني).

المطلب الأول: القيود الشكلية

تمارس المصلحة المتعاقدة تصرفات قانونية في مرحلة تنفيذ أي صفقة عمومية، وحليًا بنا أن نبين بأنه من بين هذه التصرفات ما يصدر في شكل قرارات إدارية، كأن تصدر قرار إداري ذو طابع جزائي، وبعبارة أخرى وجب أن تستوفي قراراتها جميع الشروط والأركان حتى لا تدخل دائرة عدم المشروعية، وعلى هذا الأساس وجب أن تكون حريصة في التقيد بخاصيتي التسبيب وإعطاء فرصة في حق الدفاع والمواجهة للطرف المتعاقد معها، حيث سنتطرق إلى تسبيب قرار الجزاء الإداري في (الفرع الأول) وحق الدفاع والمواجهة في (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تسبيب قرار الجزاء الإداري

كما قلنا سلفًا بأن الجزاءات الإدارية من حيث طبيعتها فهي عبارة عن قرارات إدارية تخضع للأحكام والمبادئ التي تخضع لها كل القرارات الإدارية الأخرى، ومن بين ذلك ركن التسبيب الذي يعد من الأركان الشكلية الجوهرية، وأن تخلُّفَه يكون القرار معيب وغير مشروع، ولما كان هذا

الركن جوهري في المعاملات الإدارية يستوجب علينا إعطاء تعريف للتسبيب (أولاً)، ثم نستعرض أهمية التسبيب في تصرفات الإدارة (ثانيًا)، ثم نتطرق إلى موقف القضاء والتشريع من التسبيب (ثالثًا).

أولاً: تعريف التسبيب

يختلف التسبيب في مفهومه عن السبب في القرارات الإدارية، كون هذا الأخير ينتمي إلى أركان المشروعية الداخلية للقرار الإداري، أما التسبيب فهو عنصر من ركن الشكل والإجراءات الذي ينتمي إلى أركان المشروعية الخارجية.

لم يقم التشريع في كل من فرنسا ومصر، وحتى الجزائر بتعريف التسبيب وترك المجال للفقه لإعطاء تعريفات مختلفة، فهناك من عرَّف التسبيب بأنه: مظهر خارجي من مظاهر صحة الشكل في القرار الإداري، حيث تقوم الإدارة بذكر الأسباب والوقائع القانونية التي أدت بها إلى إصدار القرار، ويؤدي تخلفها إلى بطلان القرار الإداري.

كما عرَّفه الأستاذ محمد إبراهيم حميد السامرائي بأنه: " التزام قانوني تعلن الإدارة بمقتضاه الأسباب القانونية أو الواقعية التي حملتها على إصدار القرار الإداري، وشكلت الأساس القانوني الذي يبنى عليه "[1].

أما ناصر لباد عرَّف التسبيب بأنه: " إحدى شكليات القرارات الإدارية التي تعد ضمانة لحماية حقوق المواطنين من تعسف الإدارة، والتي يؤدي خرقها إلى عقوبة قضائية "[2].

[1] محمد إبراهيم حميد السامرائي، الضمانات التأديبية للموظف العام– دراسة مقارنة، ط1، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2017، ص.130.

[2] ناصر لباد، الأساسي في القانون الإداري، ط2، دار المجدد للنشر والتوزيع، سطيف، 2011، ص.188.

وعرِّف التسبيب أيضًا على أنه تحديد الوقائع في القرار الإداري الصادر ومدى تطابق المواد القانونية عليها، ووجهة رأي الإدارة المصدرة للقرار بوضوح كاف يسمح للقاضي فهم دوافع إصدار القرار الجزائي[1].

نرى نحن بأن هذا التعريف هو الأنسب والأشمل لعنصر التسبيب كونه يحتوي على جميع العناصر والخصائص، كما جاء واضح وخالٍ من الغموض.

ثانيًا: أهمية التسبيب في التصرفات الإدارية

نظرًا لكون التسبيب أحد الإجراءات الجوهرية التي تبنى عليها القرارات الإدارية لاسيما منها القرارات ذات الطابع الجزائي، وهو ما يكسبه أهمية بالغة في المعاملات الإدارية، خاصة بالنسبة للمتعاقدين مع الإدارة، وعليه سنبين هذه الأهمية وفقًا لما يلي:

01- بالنسبة للمتعاقدين مع الإدارة

يُكَرِّس التسبيب نفسه كأحد الضمانات التي تدرج في القرارات الإدارية ذات الطابع الجزائي حيث بواسطة التسبيب يمكن للمتعاقدين مع الإدارة أن يعلموا أو يكتشفوا الأسباب التي أدت بالمصلحة المتعاقدة إلى إصدار هذه القرارات، وبالتالي في حالة علمهم واكتشافهم لهاته السباب يتحدد موقفهم من هذا الجزاء إما بقبوله أو الطعن فيه أمام القضاء بالإضافة إلى أن العلم بالأسباب التي أدت بالمصلحة المتعاقدة إلى إصدار قرار توقيع الجزاء يؤدي بالمتعاقدين معها إلى عدم الخطأ معها مرة أخرى[2]، كما تسهل عليهم مهمة الإثبات أمام الإدارة المصدرة للقرار.

كما نرى نحن بأن تسبيب القرارات الإدارية خاصة ما تعلق منها بفرض الجزاءات الإدارية من شأنه أن يضفي عليها هامش كبير من الشفافية، خاصة لما يتعلق الأمر بعقود الصفقات العمومية

[1] نجم عليوي خلف، مرجع سابق، ص.182.

[2] بشار رشيد حسين المزوري، الجزاءات الإدارية العامة، ط1، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، 2024، ص.163.

والتي تعتبر المجال الخصب للفساد الإداري والتعسف، وبالتالي فعندما يكون القرار الجزائي الصادر ضد متعامل متعاقد ما مسبب، يعد ضمانة كافية لمحو شبهة الفساد، وبإمكانه أن يعزز مبدأ الثقة بين المصلحة المتعاقدة والمتعاقدين معها.

02- بالنسبة للمصلحة المتعاقدة

تعمل أي إدارة متعاقدة أثناء تعاقداتها على الحرص على تجسيد المبادئ التي تحكم الصفقات العمومية، لاسيما شفافية الإجراءات حتى تكون في منأى عن المساءلة وتبتعد عن إصدار القرارات السرية، وعلى هذا الأساس لا تتجاوز حدود المشروعية التي أقرَّها لها القانون.

كما أن التزام المصلحة المتعاقدة بتبيان الأسباب التي أدت بها إلى اتخاذ القرارات الجزائية يجعلها تتريث في إصدارها، ويكون ذلك من خلال دراسة الوقائع بجدية وتحليلها بشكل مدقق ومعمق، حتى لا تجعل من قراراتها مشوبة بعيوب المشروعية ما يؤدي إلى بطلانها[1].

كما نرى نحن بأن عنصر التسبيب وسرد الأسباب والوقائع التي أدت إلى إصدار القرارات الجزائية بدقة بإمكانه أن يجسد لنا استقرار وثبات في التصرفات والتعاقدات الإدارية، ناهيك عن ضمان حوكمة رشيدة لعقود الصفقات العمومية من خلال تجسيد الأساليب والإجراءات الشفافة بعيدًا عن الغموض والإبهام الذي يفتح مجال للشكوك وفقدان الثقة بين المصلحة المتعاقدة والمتعاقدين معها.

03- بالنسبة للجهة القضائية

يؤدي ويلعب التسبيب دورًا مهمًا في عمل القضاء، ومن خلاله يتمكن القاضي من فحص الأسباب التي أدرجتها واستندت عليها المصلحة المتعاقدة في توقيع الجزاء، وعلى ضوء هذه الأسباب يقرر القاضي مدى صحة هذا الجزاء، وبصورة أخرى يمكن للتسبيب أن يسهل على

[1] بشار رشيد حسين المزوري، مرجع سابق، ص.164.

القاضي الإداري عمله ويمَّكنه من استخلاص الحجج التي يؤسس عليها حكمه، بعد رقابة مشروعية وملاءمة القرار الجزائي محل الطعن[1].

كما أن عنصر التسبيب من شأنه أن يقلل من الدعاوى القضائية خاصة دعاوى تجاوز السلطة منها، حيث بمجرد معرفة المتعاقد لأسباب القرار الجزائي بإمكانه العدول عن اللجوء إلى القضاء[2].

ثالثًا: موقف القضاء والتشريع من التسبيب

يبدو أن موقف كل من القضاء والتشريع من التسبيب جاء واضحًا وكلاً منهم تبنى هذا العنصر، وذلك نظرًا لأهميته في المعاملات والتصرفات الإدارية، وعليه سنستعرض موقف القضاء ثم موقف التشريع من التسبيب.

01- موقف القضاء

كأصل عام في كل من فرنسا ومصر هو أن الإدارة ليست ملزمة بتسبيب قراراتها إلاَّ بوجود نص يلزمها بذلك، إلاَّ أن القضاء كان له رأي أخر حيث استقر القضاء الإداري سواء في فرنسا أو مصر وحتى الجزائر إلى الالتزام بالتسبيب، وذلك لخطورة القرار الإداري ذو الطابع الجزائي.

لقد ذهب مجلس الدولة الفرنسي إلى اعتبار القرار الإداري المتضمن لجزاء غير مشروع، إذا أغفلت الإدارة شكلية التسبيب وأُلزم المتعاقد مع الإدارة بأن يثبت أن الإدارة المتعاقدة التي فرضت عليه جزاء الفسخ، بأنه مستندًا إلى أسباب ليست لها علاقة واتصال بعملية التنفيذ الصحيح للعقد[3].

---

[1] سمية محمد كامل، الشكل في القرارات الإدارية– دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2014، ص.94.

[2] لمزيد من التفصيل أنظر المرجع نفسه، ص.93.

[3] طارق سلطان، مرجع سابق، ص.486.

كما أكَّد أيضًا مجلس الدولة الفرنسي على أن تكون القرارات الجزائية مسببة، واشترط بان يكون التسبيب كافيًا حتى تكون هذه القرارات مشروعة[1].

بالنسبة لرأي القضاء المصري بشأن التسبيب كان ممثلاً بالمحكمة الإدارية العليا بمصر، التي اعتبرت أن الجزاء الإداري عبارة عن قرار جزائي وجب أن يقوم على سبب تتدخل بموجبه الإدارة لفرض الجزاء[2].

كما ذهب مجلس الدولة المصري في مجال التأديب إلى أن كل ما يصدر عن الإدارة من قرارات وجب إحاطتها بضمانات تستهدف إظهار الحقيقة، واعتبر أن هذه الضمانات جوهرية، كحق الدفاع والحياد وتسبيب القرارات، كما اعتبرها ضمانة لعدم انحراف السلطة الإدارية[3].

وبالنسبة للقضاء الجزائري كان له رأي في هذا الشأن وأدلى هو أيضًا بدلوه بخصوص التسبيب، وحذا حذو القضاء الفرنسي والمصري، فأعتبر بأن شرح الوقائع التي أدت إلى إصدار القرار الإداري وتسبيبه عبارة عن إجراء جوهري، وتخلفهم يصيب القرار بعيب شكلي[4]، يجعل من القرار مبتور ومعيب بعيب عدم المشروعية الخارجية.

---

[1] نجم عليوي خلف، مرجع سابق، ص.187.

[2] جاء في حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية بتاريخ 29 ديسمبر 2002، في الطعن رقم 4565 ما يلي: " ... وباعتبار الجزاء العقدي بمثابة قرار جزائي فإنه يجب أن يقوم على سبب يسوغ تدخل الإدارة لإحداث أثره، ولا تكون له ثمة سبب إلاَّ إذا كانت حالة واقعية تسوغ هذا التدخل، وللقضاء أن يتحرى صحة هذا السبب فإن ظهر أنه غير صحيح أو توهمت الإدارة صحته، فقد القرار الجزائي سنده وأصبح مشوبًا بعيب مخالفة القانون ".

[3] نجم عليوي خلف، مرجع سابق، ص.184، وسليمان محمد الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، دار الفكر العربي، القاهرة، 2002، ص.266.

[4] فضيل كوسة، مرجع سابق، ص.148.

لقد قضى مجلس الدولة الجزائري في قرار له صادر بتاريخ 24 أفريل 2000، في قضية (ج م) ضد مديرية التربية لولاية وهران، بأن القرار المتخذ من طرف لجنة الطعون مهما كان يجب أن يكون مسببا، وإن لم يكن كذلك وجب إبطاله[1].

كما يوجد أيضًا قرارًا له يؤكد نية القضاء الإداري الجزائري في اعتماد عنصر التسبيب كإجراء جوهري تؤسس عليه القرارات الإدارية، واعتبر عدم تسبيب القرار الإداري كافيًا لإلغائه بالتطبيق السليم للقانون[2].

بالنظر إلى الكم والهائل من القرارات الصادرة عن القضاء بخصوص تأييد تسبيب القرارات الإدارية، يبدو جليًا فإن عنصر التسبيب إجراء جوهري وجب على الإدارة المرور عليه وإلاَّ أُعتدت قراراتها مخالفة للقانون وكانت معرضة للإلغاء من قبل القضاء لعدم مشروعيتها.

---

[1] جاء في قرار مجلس الدولة الجزائري رقم 194988، فهرس رقم 293، صادر بتاريخ 24 أفريل 2000 الآتي:
" حيث أن السيد (ج م) استأنف القرار الصادر عن الغرفة الإدارية لمجلس قضاء وهران الذي رفض دعواه الرامية إلى إبطال قرار لجنة الطعون التي حررت القائمة النهائية للمستفيدين من السكنات الاجتماعية ... حيث أن لجنة الطعون أقصته من القائمة النهائية للمستفيدين على غرار الزملاء الثلاث دون أي تسبيب لقرارها.
حيث أنه مهما يكن القرار المتخذ من طرف لجنة الطعون، فإن هذا القرار يجب أن يكون مسببًا، وبما أنه لم يتم ذلك فإن هذا القرار يستوجب الإبطال لانعدام التسبيب ".

[2] جاء في قرار مجلس الدولة الجزائري رقم 14359، فهرس رقم 94، صادر بتاريخ 15 فيفري 2002، ما يلي:
" حيث أن المستأنفة تدفع بأن قرار العزل جاء نتيجة لاقتراح لجنة التأديب التي مثل المستأنف عليه أمامها، ونظرًا للوقائع الخطيرة حسب نظرها، أي الأعمال اللأخلاقية وعدم احترامه وامتثاله لتعليمات مسؤوليه المباشرين، حيث أنه يتبين بعد الإطلاع على القرار المطعون فيه بالإلغاء وعلى محضر لجنة التأديب أنه لا يذكر بصفة واضحة ما هي هذه الأفعال التي سببها المستأنف عليه والتي تم تكييفها حسب العقوبة المسلطة عليه بأخطاء من الدرجة الثالثة.
وبالتالي فإن قضاة الموضوع لم يتمكّنوا من مراقبة مدى مشروعية الأسباب التي أدت إلى اتخاذ القرار المطعون فيه، كما أنهم لم يتمكَّنوا من تقدير الوقائع المنسوبة للمستأنف عليه وهل قدرت تقديرًا صحيحًا ومتناسبًا وعليه ينبغي القول بأن قضاة الموضوع لما قضوا بإلغاء قرار العزل لعدم تسبيبه تسبيبًا كافيًا فإنهم قدروا الوقائع تقديرًا سليمًا وطبقوا القانون ".

02- موقف التشريع من التسبيب

كما قلنا سابقًا بأن الإدارة كانت غير ملزمة بتسبيب قراراتها، إلاَّ أن القضاء والتشريع كان لهما الفضل في تغيير سوء نية الإدارة، وذلك من خلال الكم الكبير من الاجتهادات القضائية والترسانة القانونية الكبيرة في هذا الشأن، ففي فرنسا بعد صدور القانون رقم 587، المؤرخ في 11 جويلية 1979، صار لزامًا على الإدارة تسبيب قراراتها الضارة والماسَّة بحقوق الأفراد[1]، وأضف إلى ذلك قانون 17 جانفي 1986 الذي حدد الحالات التي يستوجب على الإدارة تسبيب القرارات الصادرة بشأنها، ومن بين ذلك القرارات التي تتضمن جزاءات مهما كان نوعها[2].

كما جاء التشريع المصري غنيًا وثريًا بالنصوص القانونية التي تُقر بالتسبيب كإجراء جوهري تُلزم به الإدارة خاصة في القرارات الجزائية، ومثال على ذلك قانون الاستيراد والتصدير[3]، بالإضافة إلى قانون الري والصرف المصري الذي أوجب مصدر القرار أن يعتمد في إصداره على التسبيب[4].

أما بخصوص التشريع الجزائري فإن تطبيقات عنصر التسبيب كثيرة أشارت إليها أغلب النصوص القانونية، ومثالنا على ذلك في هذا الخصوص القانون رقم 90-29، المتعلق بالتهيئة

---

[1] محمد باهي أبو يونس، مرجع سابق، ص.191.

[2] بشار رشيد حسين المزوري، مرجع سابق، ص.171.

[3] جاء في المادة 06 من قانون الاستيراد والتصدير المصري، رقم 118 لسنة 1975، النافذ والمعدل ما يلي: " يلغى قيد المصدِّر بقرار مسبب إذا خالف أحكام هذا القانون والقرارات المنفذه له أو فقد شرطًا من الشروط الواجب توفرها للغير في سجل المصدِّرين ".

[4] تنص المادة 61 من قانون الري والصرف المصري رقم 12 لسنة 1984، المعدل على: " لوزير الري أو من يفوضه أن يصدر قرارًا مسببًا بإلغاء الترخيص إذا وقعت أية مخالفة لشروطه ".

والتعمير، والذي يلزم رئيس المجلس الشعبي البلدي بتسبيب قرار رفض منح رخصة البناء إذا كان هو المختص بمنحها[1].

كما يلزم القانون رقم 12-07، المتعلق بالولاية، الوزير المكلف بالداخلية بتسبيب قراره المتعلق بتوقيف منتخب بالمجلس الولائي[2].

الفرع الثاني: حق الدفاع والمواجهة

لا يختلف الجزاء الإداري عن الجزاء الجنائي، حيث كما يؤسس الجزاء الجنائي على اليقين والجزم، كذلك نفس الشأن بالنسبة للجزاء الإداري، أي يجب ألاَّ ينهك حق المتهم في حالة عدم تحقق الجزم واليقين في إدانته، وعليه فإن حق الدفاع أرسى أسسه على هذه المتطلبات، ولذلك سنعطي تعريف للحق في الدفاع (أولاً)، ثم نتطرق إلى المتطلبات الواجب توافرها لتحقق الحق في الدفاع (ثانيًا).

أولاً: تعريف الحق في الدفاع

على الرغم من الأهمية البالغة لحق الدفاع والمواجهة في المعاملات الإدارية التعاقدية، إلاّ أن التشريعات لم يرد لها تعريف لهذا الحق، وجاءت نصوصها خالية من أي تعريف لهن واكتفت بالإشارة إليه فقط[3].

اعتبر مجلس الدولة الفرنسي بأن هذا الحق أحد المبادئ العامة للقانون يُلزم الإدارة احترامه حين تتخذ جزاءات في شأن المتعاقد معها، حتى ولو لم يرد نص في ذلك، فالمستقر قضاءً توفير

---

[1] لمزيد من التفصيل أنظر المادة 62 من قانون رقم 90-29، مؤرخ في 01 ديسمبر 1990، يتعلق بالتهيئة والتعمير، ج.ر.ج.ج، عدد 52، صادر في 02 ديسمبر 1990، معدل ومتمم بالقانون رقم 04-05، مؤرخ في 14 أوت 2004.

[2] أنظر المادة 46 من قانون رقم 12-07، مؤرخ في 21 فيفري 2012، يتعلق بالولاية، ج.ر.ج.ج، عدد 12، صادر في 29 فيفري 2012.

[3] بشار رشيد حسين المزوري، مرجع سابق، ص.174.

ضمانة للمتعاقد معها، وهي حق مناقشة الوقائع المنسوبة إليه التي تعد سببًا كافيًا لتأسيس الجزاء المتخذ من قبل الإدارة، ويعد مجلس الدولة الفرنسي أول من أسس لهذا الحق من خلال حكم له صادر في قضية « Dame Trompier-Gravier »، واعتبر بأن حق الدفاع ضرورة وجب أخذها بعين الاعتبار أثنا توقيع الجزاء[1].

عرَّف الأستاذ أحمد حامد البدري محمد، الحق في الدفاع بأنه: " تمكين المتهم من الدفاع عن نفسه ودرء التهم الموجهة إليه "[2].

كما عُرِّف هذا الحق من قبل البعض بأنه إتاحة الفرصة للمتهم حتى تبقى البراءة المفترضة قائمة من خلال تفنيد أدلة الاتهام والقرائن أمام السلطة المختصة بالتحقيق وذلك من خلال السماع إلى أقواله وأقوال الشهود والرد على طلباته ودفوعه[3].

أيضًا هناك من عرَّف هذا الحق بأنه تمكين المتهم من إثبات براءته من التهم الموجهة إليه[4].

نحن أيضًا ندلي بدلونا في هذا السياق من خلال محاولة إعطاء تعريف لهذا الحق على أنه: حق المتهم في اللجوء إلى الجهات القضائية المختصة للدفاع عن نفسه من خلال إبداء أقواله بكل حرية من أجل إثبات براءته من التهم المنسوبة إليه، أملاً في محاكمة عادلة بإجراءات مشروعة.

من خلال ما سبق من تعريفات لاحظنا بأن أهمية هذا الحق البالغة في حياة المتقاضين لم يقابله القدر الكافي من العناية بهذا المبدأ من قبل القضاء ورجال الفقه، كون هذا الحق واسع وشامل من الصعب وضع تعريف جامع ويمنح حق الدفاع، كما أن الحق في مبدأ أصيل يجب

---

[1] محمد باهي أبو يونس، مرجع سابق، ص.173.

[2] أحمد حامد البدري محمد، الضمانات الدستورية للمتهم في مرحلة المحاكمة الجنائية– دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2003، ص.69.

[3] بشار رشيد حسين المزوري، مرجع سابق، ص.174.

[4] المرجع نفسه، ص.174.

إثارته عند توقيع أي جزاء ليشمل جميع الجزاءات والتي من بينها الجزاءات، والتي من بينها الجزاءات الإدارية في مجال الصفقات العمومية.

ثانيًا: المتطلبات الواجب توفرها لتحقيق الحق في الدفاع

إن متطلبات الحق في الدفاع الخاصة بالجزاءات الإدارية لم يتطرق لها القضاء أو التشريع بشكل كافي عكس ما هو قائم في الجزاءات الجنائية والتأديبية، إلاَّ أن هذا لا يعني بأن المتعاقد مع المصلحة المتعاقدة في منأى أو انفلت من الإجراءات والضوابط المتبعة في هذا الشأن، كون هذه الضوابط كفيلة بتمكين المتعاقدين مع الإدارة من رد التهم المنسوبة إليهم واستعمال كافة حقوقهم.

وعليه فإن الحق في الدفاع والمواجهة يتطلب مجموعة من المقتضيات يجب توافرها في المتعاقدين مع الإدارة العامة للدفاع عن أنفسهم.

01- علم صاحب الشأن بالمخالفة المنسوبة إليه

وجب علينا أن نفرِّق بين الإخطار المسبق قبل توقيع الجزاء الإداري، وإعلام المتعاقد المخل بالتهم والمخالفات المنسوبة إليه، حيث يعد الإخطار المسبق إجراء وقائي تتخذه المصلحة المتعاقدة مع المتعاقد معها، حتى يَعدُل عن إخلاله ويتمكن من إزالة المخالفة بنفسه، أما الإعلام يكون لإحاطة المتعاقد المخالف بالوقائع المنسوبة إليه حتى يكون مستعدًا أمام الجهات المعنية بالتحقيق وذلك حتى يُفند التهم الموجهة إليه وإثبات براءته[1].

يعد إعلام المتهم أو المخالف من المستلزمات الأساسية التي يُبنى عليها الحق في الدفاع كون المتعاقد المخالف أو المتهم بواقعة ما، لا يستطيع الدفاع عن نفسه إلاَّ إذا كان محاطًا وعلى

[1] محمد باهي أبو يونس، مرجع سابق، ص.177.

علم بكافة الوقائع المنسوبة إليه، وذلك حتى يتسنى له الدفاع عن نفسه من خلال تفنيد ودحض هذه الوقائع[1].

أكَّد القضاء الإداري الفرنسي ممثلاً بمجلس الدولة هذا المقتضى بحكم صادر عنه، يتيح هذا الحق للمخالف في شكل ملف كامل عن المخالفة، كما يتضمن حتى الجزاء المقترح من قبل الجهات المختصة، وهذا حتى يتمكن المخالف من تقديم دفوعاته ليضمن محاكمة عادلة[2].

كما حذا القضاء الإداري المصري حذو القضاء الفرنسي، من خلال محكمة القضاء الإداري المصري التي أوجبت تمكين الفرد من الدفاع عن نفسه عن طريق إعلانه بتبيان التهمة الموجهة إليه[3].

كما ذهبت هذه المحكمة إلى أبعد من ذلك، حيث قضت بأن يحاط صاحب الشأن علمًا بالتهم الموجهة إليه وتمنح له الفرصة والمهلة الكافية بعد ذلك، حتى يعد دفاعه، حيث لا يمكن للإدارة أن تفاجئه بالتهم في جلسة المحاكمة، أي أن يُعلم بالتهم الموجهة إليه قبل الجلسة ليكون مستعدًا لها وكنتيجة حتمية وفي ظل هذا الاعتبار حدد مجلس الدولة الفرنسي شرط المدة بأن لا تكون طويلة ما يؤدي إلى فقدان الجزاء الإداري لجانبه الردعي[4].

---

[1] بشار رشيد حسين المزوري، مرجع سابق، ص.181.

[2] جاء في حكم صادر عن مجلس الدولة الفرنسي، بتاريخ 31 جانفي 2007 ما يلي: " ... القانون يوجب إطلاع الشركة المخالفة على الملف الخاص بالمخالفة، ومعرفة الاقتراح بالجزاء المقدم من قبل الجهات المختصة، من أجل تقديم ملاحظاتها وذلك ضمانًا لاحترام حق الدفاع، وبما أن القرار الصادر بالغرامة لم يلتزم بهذه الإجراءات فإنه يكون باطلاً "، نقلاً عن: عيد محمد مناحي المتوخ العازمي، الحماية الإدارية للبيئة – دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2009، ص.544.

[3] لقد جاء في حكم محكمة القضاء الإداري المصرية رقم 658، بتاريخ 18 جانفي 1953 ما يلي: " يجب أن يُمكَّن الفرد من الدفاع عن نفسه بتبيان التهمة الموجهة إليه في إعلان الحضور، فإذا جهلت هذه التهمة وفوجئ بها الفرد أمام مجلس التأديب فإن القرار يكون باطلاً "، نقلاً عن: محمد محمود عبد العزيز أبو ليلة، التنظيم القانوني للجزاءات الإدارية العامة، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، 2013، ص.157.

[4] محمد باهي أبو يونس، مرجع سابق، ص.178.

نحن أيضًا نضم رأينا إلى الآراء القضائية سابقة الذكر، بخصوص مقتضى إعلام صاحب الشأن بالمخالفة المرتكبة قبل موعد الجلسة، وهو ما يعطيه الحق في محاكمة عادلة، وما يجسد مبدأ المساواة بين المتقاضين، إلاَّ أن هذا المقتضى لا يعد مطلقًا في المدة الممنوحة، وهذا حفاظًا على مبدأ استقرار الجزاءات الإدارية، خاصة من حيث طابعها الردعي.

02- التحقيق الإداري والتأكد من وقوع المخالفة

بعد علم صاحب الشأن بالمخالفة المرتكبة، وبعد منحه المدة الكافية من أجل تقديم دفوعه تقوم الجهة الإدارية المختصة بإجراء تحقيق لتتأكد من وقوع مخالفة مكتملة الأركان، حيث لا يمكن لها أن تقوم بإجراء التحقيق بناءً على واقعة ما فقط، وإنما يستوجب عليها التحقق من ثبوت المخالفة[1]، ويتم ذلك بمثول المخالف أمام جهة التحقيق المختصة حتى يأخذ هذا الإجراء البعد القانوني الصحيح، فتعرض عليه جهة التحقيق جميع الوثائق بكيفية مفصلة لطبيعة المخالفة والمجال الزماني والمكاني لوقوعها، وأدلة ثبوتها[2].

أدلى القضاء الإداري بدلوه بخصوص التحقيق الإداري، عن طريق المحكمة الإدارية العليا بمصر، والتي قضت بحكم مفاده أن أي قرار يتضمن جزاء صادر عن هيئة إدارية مختصة قبل أي تحقيق أو استجواب أو استندت فيه إلى تحقيق ناقص يكون قرارًا غير مشروع، إلاَّ إذا كان قد عرض الواقعة محل التهمة للتحقيق من حيث الأفعال المنسوبة للمتهم والزمان والمكان وأدلة الثبوت[3].

ما يستصاغ من مضمون الحكم السابق سرده هو وجوب استعراض جميع الوقائع من طرف الإدارة عندما تصدر قرار يتضمن جزاء إداري، وتكون بشكل مفصل والقرار يكون مستوفي لجميع

[1] بشار رشيد حسين المزوري، مرجع سابق، ص.183.
[2] محمد باهي أبو يونس، مرجع سابق، ص.179.
[3] لمزيد من التفصيل أنظر المرجع نفسه، ص.179.

أركانه، خاصة من حيث المكان والزمان كما يجب أن يحمل جميع أدلة الاتهام، وفي حالة ما إذا صدر منها قبل إجراء التحقيق، والذي نراه نحن إجراءً جوهريًا، فيعد قرارها مبتورًا وغير مشروع.

وهو ما تم تأكيده أيضًا من قبل مجلس الدولة الفرنسي في حكمه الصادر بتاريخ 24 نوفمبر 1982، والذي أقرَّ فيه بعدم مشروعية قرار الجزاء الذي اتخذته لجنة المنافسة ضد الجهة المخالفة مستدلاً في ذلك على أن اللجنة لم تعرض الوقائع المنسوبة للجهة المخالفة على أي لجنة تحقيق لغرض التحقيق فيها[1].

وزيادة على ذلك فإن الإدارة ملزمة بعد التحقق من ثبوت المخالفة بإعلام المخالف وعرض الوقائع عليه، حتى يتسنى له إبداء ملاحظاته والدفاع عن نفسه وذلك بالبحث عن الأدلة المضادة والاستشهاد بشهادة الشهود والاستعانة بمحام، حتى يبدد التهم المنسوبة إليه.

لذلك نرى بأن التحقيق ركن جوهري وأي مساس به يعد انتهاك صارخ، كما أن تخلفه من شأنه أن يخرج قرار الجزاء الإداري عن طبيعته ومحله، مما يؤدي إلى هدر حق الدفاع المكفول من جهة ومن شأنه أيضًا أن يعرض القرار للإبطال من جهة أخرى.

ثالثًا: توازن الإجراءات بين الخصوم

يعد هذا المقتضى حديث النشأة في الجزاءات الإدارية من قبل المجلس الدستوري الفرنسي حيث اعتبره إجراء هام في كفالة حق الدفاع، وعلى الرغم من أن مجال إعماله ضيق في الجزاءات الإدارية مقارنة بالجزاءات الجنائية، إلاَّ أن المجلس الدستوري يرى بأن تخلفه يُخل بمراكز الخصوم ومن شأنه أن ينحاز القضاء لطرف على حساب الطرف الأخر، وهو ما يؤدي إلى اختلال المساواة بينهما[2].

[1] بشار رشيد حسين المزوري، مرجع سابق، ص.184.

[2] محمد باهي أبو يونس، مرجع سابق، ص.183.

لكن في الحقيقة نرى نحن بأن الأمر يختلف إذا ما سلَّمنا بأن القوانين والتشريعات قد سنت مبدأ التوازن والمساواة في الإجراءات، كون المسافة بين هذه القوانين وما هو موجود في الواقع مسافة أميال، فالخلل وعدم التوازن في الإجراءات موجود وقائم شئنا أم أبينا، وعلى سبيل المثال مركز الإدارة المتعاقدة عند إصدار قرار الجزاء الإداري يختلف تمامًا عن مركز المتعاقد معها، والذي تملكه من خلال السلطات الاستثنائية الممنوحة لها، وهو ما يخلق لنا مجال من اللامساواة بين أطراف العلاقة التعاقدية.

وعليه فإن النظام القانوني الذي يحكم العقود الإدارية ليس نفسه ذلك الذي يحكم عقود القانون الخاص، كون الإدارة المتعاقدة عندما تتعاقد مع أحد الأشخاص فهي تمثل المصلحة العامة، أما الطرف الأخر فهو يمثل مصلحته الفردية، مما يخلق نوعا من اللامساواة أمام القضاء.

كما تم تأكيد هذا الأمر من قبل مفوض الحكومة الفرنسي « Corneille » من خلال تقريره في قضية « Gaz de Poissy »، والذي قال فيه بأن: الدولة عندما تتعاقد بعقد له علاقة بسير مرافقها العامة فهي لا تتعاقد باعتبارها فرد عادي، كونها لا تبحث عن المصلحة الفردية التي يبحث عنها الأفراد، وإنما تتعاقد من أجل المصلحة العامة التي تسعى إلى تحقيقها للمنتفعين من مرافقها وأن عدم المساواة هو الدافع الذي يعطي الإدارة المتعاقدة الامتيازات في مجال إبرام العقود وتنفيذها، وفي حالة نشوء تنازع يستوجب أن تعلو المصلحة العامة على مصلحة الأفراد[1].

المطلب الثاني: القيود الموضوعية

بالإضافة إلى القيود الشكلية التي تطرقنا إليها سلفًا والتي تخص القرارات المتعلقة بالجزاءات الإدارية، نجد أيضًا جملة من القيود الموضوعية، وهي كذلك تعد ضامنة لحقوق الأشخاص وحرياتهم، كما أن تحقيق عدالة فرض الجزاءات يتطلب التزام المصلحة المتعاقدة بهذه القيود

[1] لمزيد من التفصيل، أنظر طارق سلطان، مرجع سابق، ص.306.

والضوابط، والتي تتمثل أساسًا في أن الجزاء الإداري يجب أن يفرض من قبل صاحب الاختصاص وهذا ما سندرسه في (الفرع الأول)، بالإضافة إلى مبدأ تناسب الجزاء الإداري مع حجم المخالفة في (الفرع الثاني).

الفرع الأول: صاحب الاختصاص في توقيع الجزاء الإداري

تعد الجزاءات التعاقدية من العناصر ذات الصلة بتنفيذ عقد الصفقة العمومية، وما دامت هذه الجزاءات من العناصر المكونة للعقد، فإن اختصاص إقرارها يعود للسلطة المختصة بتوقيعها، وهي المصلحة المتعاقدة، كما لا يجوز لهذه السلطة أن تفوض اختصاصها في هذا الشأن لسلطة أخرى أعلى منها، ويرى الأستاذ عبد العزيز عبد المنعم خليفة بأن أي تصرف يتضمن تفويض في هذا الاختصاص يعد جزاءً باطلاً كأصل عام، إلاَّ أنه استثناءً لذلك يمكن للسلطة المختصة والتي هي المصلحة المتعاقدة أن تفوض هذا الاختصاص بصفة استثنائية للسلطة التي أقل منها في تدرج السلم الإداري والوظيفي مباشرة[1].

يقصد بالسلطة المختصة في هذا الصدد، أولئك الأشخاص المنصوص عليهم في القانون رقم 23-12، والمتعلق بالصفقات العمومية[2].

---

[1] سيف سعد مهيدي الدليمي، مرجع سابق، ص.253، وعبد العزيز عبد المنعم خليفة، تنفيذ العقد الإداري وتسوية منازعاته قضاءً وتحكيمًا، مرجع سابق، ص.114.

[2] تنص المادة 09 من قانون رقم 23-12، مصدر سابق، على: " تطبق أحكام هذا القانون على الصفقات العمومية محل نفقات:

- الدولة ممثلة في الهيئات والإدارات العمومية.
- الجماعات المحلية.
- المؤسسات العمومية الخاضعة للقانون العام.
- المؤسسات العمومية والمؤسسات العمومية الاقتصادية المكلفة من قبل الدولة أو الجماعات المحلية بالإشراف المنتدب على المشروع.
- المؤسسات العمومية الخاضعة للقواعد التجارية، فيما يخص إنجاز عملية ممولة مباشرة، كليًا أو جزئيًا من ميزانية الدولة أو ميزانية الجماعات المحلية ".

نرى نحن بأن عنصر الاختصاص خاصة في تنفيذ عقود الصفقات، وفي مجال توقيع وفرض الجزاءات أصيل للمصلحة المتعاقدة، بحيث لا يجوز تفويضه أو تفويض جزء منه للسلطة التي أقل منها في السلم الإداري أو الوظيفي، كونه يفقد الإدارة المتعاقدة هيبتها المستمدة من امتيازات السلطة العامة من جهة، وكون ركن الاختصاص يعد من قبيل النظام العام من جهة أخرى.

من خلال ما سلف ذكره يتبين لنا بأن الاختصاص في اتخاذ الجزاء الإداري يحكمه ضابطين أساسيين وهذا ما سنستعرضه كالآتي:

أولاً: ذاتية الاختصاص في توقيع الجزاء الإداري

يقصد بالذاتية في الاختصاص أن يتخذ قرار توقيع الجزاء الإداري من المختص بهذا القرار ويكون الاختصاص قانونًا وموضوعًا ومكانًا، وزمانًا، وبالتالي فإن شخصية الاختصاص لها حدود لا يمكن تجاوزها، ومن بين هذه الحدود أنه لا يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تتخذ جزاءً وهو من اختصاص جهة أخرى[1].

أيضًا من بين الحدود التي لا يمكن تجاوزها كأن تتخذ المصلحة المتعاقدة جزاءً يتجاوز المدى الزماني والمكاني وحدود اختصاصها.

نلاحظ بأن المشرع الجزائري قد وسَّع في المعيار العضوي والأشخاص المعنوية التي بإمكانها إبرام صفقات عمومية عكس ما ورد في المرسوم الرئاسي رقم 15-247، وعكس الأشخاص المشمولين بنص المادة 800 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، كما يجب أن نبين بأن الجماعات المحلية في نص المادة 09 أعلاه يقصد بها كل من الولاية والبلدية، كونهما تتمتعان بالشخصية المعنوية والاستقلالية المالية، كما يتمتعان بأهلية التقاضي أمام الجهات القضائية.

[1] محمد باهي أبو يونس، مرجع سابق، ص ص.162 و163.

كما يجب على ممارس الاختصاص في نطاق قرارات الجزاءات الإدارية أن يتسم بالموضوعية والحياد والشفافية، كونها ضمانات تكفل الحماية للمتعاقد المخالف من التعسف[1]، وإساءة استعمال السلطة ومخالفة الإجراءات.

إذن تعد هذه أهم الحدود التي لا يمكن ولا يجوز تجاوزها، وإلاَّ أُعدَّ قرار الجزاء الإداري قرارًا معيبًا بعيب عدم الاختصاص وتجاوز الاختصاص.

ثانيًا: تفويض الاختصاص في توقيع الجزاء الإداري

كأصل عام فإنه لا يحق لغير من حدَّده القانون بأن يمارس اختصاص توقيع الجزاء الإداري، إلاَّ أن الاعتبارات العملية تقول غير ذلك، كونه هناك دائمًا استثناءات تفرضها ظروف طارئة واستثنائية، وبالتالي فإن إمكانية تفويض الاختصاص إلى شخص أخر أو جهة إدارية أخرى تبقى قائمة ما إذا كانت هناك قواعد وضوابط تحكم هذا التفويض لأن هذه الضوابط تتسع كلما اقتربنا من مجال الجزاءات الإدارية، كما أن هذه الضوابط مرتبطة بما ستحققه من ضمانات للمتعاقد المخالف[2].

[1] وفي هذا الخصوص يرى مجلس الدولة الفرنسي بأن حياد أعضاء اللجان المكلفة باقتراح الجزاء الإداري ضمانة مهمة للمتعاقد، كونها واحدة من نتائج حق الدفاع، وعلى هذا الأساس استقر قضاؤه على أن حق الدفاع لا يقتضي للمخالف إبداء دفاعه ورأيه وتقديم ملاحظاته حول ما نسب إليه من أخطاء فقط، وإنما يستلزم أيضًا على الجهة المكلفة باقتراح واتخاذ الجزاء أن تتمتع بالاستقلال والحياد – نقلاً عن: محمد باهي أبو يونس، مرجع سابق، ص.165.

[2] لمزيد من التفصيل أنظر المرجع نفسه، ص.167.

وكما قلنا سلفًا بأن الأصيل والذي هو المصلحة المتعاقدة يجب أن يتمتع بالحياد والموضوعية كذلك نفس الشأن بالنسبة للمفوض له، بالإضافة إلى أن يكون للتفويض نصًا يجيزه ويكون وفقًا للشروط التي حدَّدها القانون[1].

كما أنه يجب على المفوض له أن يراعي وأن يلتزم بالضوابط التي أقرَّها القانون، حيث لا يجوز له أن يتخذ قرار جزاء إداري غير مقرر وداخل في اختصاصات الأصيل[2]، فهناك قاعدة قانونية تقول: لا يحوز المفوض له بمقتضى التفويض لسلطات أكبر من تلك التي تكون للأصيل ومفاد هذه القاعدة أن من بين شروط التفويض أن يكون جزء فقط من الاختصاص وليس كله فكيف يُعقل أن ينقل للمفوض له ما ليس من اختصاص المفوض أو الأصيل، وفي حالة ما إذا تم ذلك فإن القرار الصادر عن المفوض له بخصوص توقيع الجزاء الإداري يعد قرارًا مخالفًا للقانون.

كما يجب على المفوض له أن يتقيد بالإجراءات التي حددها المفوض، خاصة ما تعلق بالجزاءات الإدارية، فإذا صدر من المفوض له قرار جزاء إداري مخالف لتلك الإجراءات، أُعدَّ قرارًا

---

[1] لقد شدد مجلس الدولة الفرنسي بخصوص تفويض الاختصاص وتطبيقه في مجال الجزاءات الإدارية، حيث ألزم على الإدارة المتعاقدة بأن تقوم بتفويض الاختصاص وفقًا للنص الذي يجيزه ووفقًا للضوابط والشروط التي يحددها القانون، ولا يجوز إجراء التفويض بناءً على النصوص ذات الألفاظ المبهمة وغير المضبوطة وإلاَّ أعد التفويض باطلاً، وهو ما يؤدي إلى بطلان الجزاء المؤسس عليه هذا القرار– أنظر في هذا الشأن: محمد باهي أبو يونس، مرجع سابق، ص.168.

نحن أيضًا نضم رأينا إلى رأي مجلس الدولة الفرنسي، كون أن عملية تفويض الاختصاص تُبنى على علاقة الثقة بين الأصيل والمفوض له، وذلك نظرًا لعدة اعتبارات من بينها أن العملية التعاقدية بين المصلحة المتعاقدة والمتعاقد يستوجب إحاطتها بمجموعة من الضمانات لكلا الطرفين، فالطرف المتعاقد يأمل في أن يكون مصدر قرار الجزاء الإداري ضده متسمًا بالحياد والموضوعية، ويجب على المصلحة المتعاقدة أن تتخذ قراراتها في هذا الشأن بشفافية وموضوعية وأن تعامل المتعاقدين معها على قدم المساواة حتى لا تفقد هيبتها، وحتى لا تهدم جسر الثقة بينها وبين المتعاقدين معهن بالإضافة إلى الاعتبار الذي نراه الأهم وهو ضمان استمرارية مرافقها العامة بانتظام ودون تعطيل في تقديم الخدمة العمومية، ولذلك على المصلحة المتعاقدة قبل أن تفوض الاختصاص في مجال الجزاءات الإدارية وجب عليها أن تراعي هذه المقتضيات.

[2] محمد باهي أبو يونس مرجع سابق، ص.169.

معيبًا بعيب الشكل[1]، لأن ركن الشكل من الأركان الجوهرية التي إذا لم يتم التقيد بها، يؤدي إلى بطلان قرار الجزاء الإداري لعدم مشروعيته.

الفرع الثاني: تناسب الجزاء الإداري مع حجم المخالفة

يعد مبدأ التناسب من بين الضمانات المقررة في مجال العقود الإدارية، فأحيانًا تغلو الإدارة المتعاقدة وتبالغ في توقيع الجزاءات الإدارية التي تطرقنا إليها سلفًا بنوع من التفصيل.

فعندما تخرق المصلحة المتعاقدة الضوابط والحدود التي رسمها لها القانون، فهي ترتب أثارًا على المتعاقد المخالف بقدر غير معقول وغير مناسب للجزاء المرتكب، وبالتالي ما على المتعاقد سوى أن يلجأ للقضاء ويُخضع هذا الجزاء للرقابة كي تفصل فيه من حيث تناسبه مع المخالفة المرتكبة ورقابة مشروعيته، كونه فيه مساس بحقوق وحريات المتعاقد معها، ولذلك سنحاول تعريف التناسب وفقا لما جاد به رجال القانون والفقه (أولاً)، ثم التطرق إلى مستلزمات التناسب في الجزاء الإداري (ثانيا).

أولاً: تعريف مبدأ التناسب

يعد مبدأ التناسب الطريقة الأنجع لتحقيق التقارب بين المصلحة العامة وبين إقرار الحقوق والحريات العامة[2]، كما يمكن لمبدأ التناسب أن يحقق التوافق بين المصلحة العامة التي تسعى الإدارة المتعاقدة لتحقيقها، والمصلحة الخاصة للمتعاقد معها.

ويعد مبدأ التناسب من المبادئ العامة للقانون، وهو مبدأ دستوري يهدف إلى تحقيق التناسق بين إطلاق الحقوق وتقييد الالتزامات[3].

---

[1] محمد باهي أبو يونس مرجع سابق، ص.171.

[2] بشار رشيد حسين المزوري، مرجع سابق، ص.242.

[3] المرجع نفسه، ص.243.

لقد اعترف بهذا المبدأ وفقًا للمادة 08 من حقوق الإنسان والمواطن حيث أكدت على أن يكون الجزاء مختار بشكل قاطع وصريح، كما أن هذا المبدأ لا يقتصر فقط على العقوبات الجنائية، بل يكون حتى في الجزاءات الإدارية أيضًا[1].

يلاحظ من نص المادة 08 من إعلان حقوق الإنسان والمواطن الفرنسي بأن العقوبات التي تُفرض وتُقرر، يكون منها ما هو قطعي فقط، وعلى الرغم من أن نطاق القانون الجزائي يعد مجالاً خصبًا لإعمال مبدأ التناسب، إلاَّ أن ذلك ليس حكرًا عليه فقط، وإنما يكون العمل به حتى في الجزاءات الإدارية.

كما اشترط مجلس الدولة الفرنسي في حالة توقيع الجزاءات الضاغطة أن يكون الخطأ جسيمًا حتى يتلاءم معه هذا الجزاء بالإضافة إلى اشتراطه بإعذار المتعاقد قبل توقيع الجزاء إلاَّ إذا نص العقد على خلاف ذلك[2].

عُرِّف التناسب على أنه العمل على تحقيق التوازن والتوافق بين سبب القرار الجزائي ومحله واشتراط التطابق بين الوقائع والعقوبة المقررة لها[3]، ويستلزم أن يكون الجزاء الموقَّع على المتعاقد متوافقًا مع الخطأ الذي ارتكبه[4].

---

[1] نقلاً عن: محمد باهي أبو يونس، مرجع سابق، ص.114.

[2] سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، دار الفكر العربي، مرجع سابق، ص.554.

[3] أما بالنسبة لتعريف التناسب لغة فهو مشتق من كلمة (نَسَبَ) والنسب يعني القرابة، وانتسب وناسبه أي ذُكِر نسبه وشاركه في نسبِهِ، وأستنسب الشيء، أي وجده ملائمًا، والتناسب هو التشابه، نقلاً عن: خليفة سالم الجهمي، الرقابة القضائية على التناسب، دار الجامعة الجديدة، 2009، ص.94.

[4] هاني عبد الرحمان إسماعيل، النظام القانوني لعقد التوريد الإداري، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2012، ص.915.

وعليه فإن التناسب يعد من الضمانات الأساسية في مجال عقود الصفقات العمومية، خاصة ما له علاقة بالجزاءات الإدارية، فيجب على المصلحة المتعاقدة أن تتخذ الجزاء الضروري والملائم في مواجهة المتعاقد المخالف وأن تكون بالقدر المعقول ويكون ذلك بناءً على ضوابط موضوعية[1].

وتبقى الغاية الأسمى من الجزاء هي تحقيق الردع الذي يحقق بدوره المصلحة العامة، كما يضمن استمرارية مرافقها العامة، مع مراعاة تناسب الجزاء مع ظروف المتعاقد خاصة من ناحية اعتياده على المخالفات أم أنها لأول مرة، وهذا ما أكَّده حكم للمحكمة الإدارية العليا بمصر[2].

ثانيًا: مستلزمات التناسب في الجزاء الإداري

مما لا شك فيه بأن إعمال مبدأ التناسب من الإجراءات الجوهرية التي يجب على المصلحة المتعاقدة إتباعها، وأن أي مخالفة لهذا الإجراء ترتب عدم مشروعية القرار المتضمن للجزاء الإداري، كون أن السلطة المشرعة لهذا الجزاء تُلزم المصلحة المتعاقدة بإعمال هذا المبدأ في مجال الجزاءات الإدارية بمستلزمين أساسيين وهما كالآتي:

01- الالتزام بالحدود المعقولة أثناء اختيار الجزاء الإداري

مضمون هذا الالتزام يكمن في التزام الجهة أو الهيئة المشرعة للجزاء الإداري بعدم المبالغة والإسراف فيه، أي ما يكفل عملية التناسب بين حماية المصلحة العامة وردع المتعاقدين المخالفين وما بين حماية حقوقهم وحرياتهم أيضًا[3]، وبالتالي وجب على المشرع أن يقوم بالتوازن والتوفيق بين حق كل من المصلحة المتعاقدة في فرض الجزاء الإداري المعقول والمنطقي، وحماية حق المتعاقد معها أيضًا بطريقة يستسيغها ويتقبلها العقل.

---

[1] نجم عليوي خلف، مرجع سابق، ص.189.

[2] أنظر حكم صادر في 14 فيفري 2004، عن المحكمة الإدارية العليا بمصر في الطعن رقم 3831 – نقلاً عن: المرجع نفسه، ص.193.

[3] بشار رشيد حسين المزوري، مرجع سابق، ص.251.

لقد ألزمت المحكمة الدستورية العليا بمصر الدولة ومؤسساتها بالخضوع لسلطة القانون دون سواها، من خلال حكم لها والذي مفاده: " ... خضوع الدولة للقانون ... مؤداه ألاَّ تخلَّ تشريعاتها بالحقوق التي يعتبر التسليم بها في الدولة الديمقراطية مفترضًا أوليًا لقيام الدولة القانونية، وضمانة أساسية لصون حقوق الإنسان وحرياته وكرامته وشخصيته المتكاملة يندرج تحتها طائفة من الحقوق تعتبر وثيقة الصلة بالحرية الشخصية التي كفلها الدستور في المادة 41 منه بوصفها من الحقوق الطبيعية التي تمس ومن بينها ألاَّ تكون العقوبة التي توقعها الدولة بتشريعاتها مهينة في ذاتها..."[1].

من خلال هذا المقتضى نرى نحن بأنه ليس على المشرع فقط بأن يلزم بموجب نص دستوري في اختيار الجزاء الذي يتناسب مع المخالفة المرتكبة، وإنما يلزم المصلحة المتعاقدة هي أيضًا بتوقيع الجزاء على المخالفة المرتكبة أو الخطأ المبرر فقط، ووفقًا للقانون.

وبالتالي فهما الاثنان ملزمان من طرف المؤسس الدستوري في تقدير الوقائع بدقة والالتزام بالحدود المعقولة في اختيار الجزاء.

إذن فالتناسب بين العقوبة والخطأ المرتكب من بين الأسس العقابية التي تُقرها مقتضيات العدالة بأن لا يكون إفراط أو تساهل، وبإمكان هذا التساهل غير المبرر بان يكون غير كافٍ لردع المتعاقد المخالف، وهو ما يغريه مرة أخرى بإعادة الخطأ أو التمادي فيه[2].

خلاصة ونافلة القول مما سبق فإن الحدود المعقولة يُقصد بها في هذا الشأن أن تلتزم الجهة المكلفة بتحديد الجزاءات الإدارية بالموضوعية والمعقولية وترجيح المنطق، كما تلتزم الجهة الإدارية بفرض هذه الجزاءات من منطلق سلطاتها الاستثنائية بمراعاة الحدود المعقولة حتى لا يؤدي ذلك

[1] حكم المحكمة الدستورية العليا بمصر في الطعن رقم 22 لسنة 08 قضائية، بتاريخ 04 جانفي 1994، نقلاً عن: محمد محمود عبد العزيز أبو ليلة، مرجع سابق، ص.148.

[2] بشار رشيد حسين المزوري، مرجع سابق، ص.253.

إلى اختلال في التوازن بين حقوق وحريات المتعاقدين معها من جهة، وضياع المصلحة العامة من جهة أخرى.

02- عدم تعدد الجزاءات الإدارية بخصوص مخالفة واحدة

إن الأصل في هذا الالتزام هو عدم جواز ومنع عقاب المتهم عن فعل ارتكب لأكثر من مرة، كون أن الجزاء يتحقق هدفه بمجرد معاقبة المخالف، وبذلك يكون قد أخذ العقاب، وفي حالة معاقبته مرة أخرى على نفس المخالفة اعتبر ذلك مبالغة في العقاب ليس لها ما يبررها، كما يمكن لذلك بأن يهز مبدأ التناسب المعتمد عليه في تحديد الجزاء[1]، كما أن هذا المبدأ لا يعد حكرًا على الجزاءات الجنائية فقط، بل يشمل جميع وكافة الجزاءات العقابية والتي منها الإدارية أيضًا، وبالتالي عدم جواز فرض جزاء على نفس الفعل أكثر من مرة، لأنه بمجرد أن يتحقق الردع من خلال جزاء إداري متناسب مع الخطأ المرتكب[2]، تصبح الجزاءات التي تأتي بعده خرقًا صارخًا لمبدأ التناسب لأنه لا يوجد ما يبررها في هذا الخصوص.

ومن الفائدة الإشارة هنا إلى أنه يجوز ازدواجية الجزاء الإداري والجنائي على نفس المخالفة شرط ألاَّ يزيد مقدار الجزاءات عن الحد الأقصى المقرر لإحداهما، ومثالنا على إمكانية ازدواجية الغرامة الإدارية والغرامة الجنائية[3].

أيضًا مجلس الدولة الفرنسي كان له رأيًا واضحًا في هذا الخصوص، وأعتبر حظر تعدد الجزاءات الإدارية لمخالفة واحدة من المبادئ العامة للقانون وجب على الإدارة المتعاقدة الالتزام به

---

[1] محمد باهي أبو يونس، مرجع سابق، ص.121.

[2] بشار رشيد حسين المزوري، مرجع سابق، ص.255.

[3] جاء في قرار المجلس الدستوري الفرنسي: " ... إذا كان من المحتمل أن ازدواجية الإجراءات تقتضي تعدد الجزاءات فإن مبدأ التناسب يقتضي في جميع الحالات ألاَّ يتجاوز المبلغ الإجمالي للجزاءات المقررة الحد الأقصى المقرر لأحدهما، وعلى السلطات الإدارية والقضائية المختصة اتخاذ ما يلزم نحو تنفيذ ذلك "، نقلاً عن: محمد باهي أبو يونس، مرجع سابق، ص.123.

حتى في حالة غياب نص يجيزه، كما أجاز أيضًا الجمع بين الجزاء الإداري والجنائي مبررًا ذلك بان الجزاءين كل منهما ينتمي إلى نظام قانوني مغاير، وأن حظر الجمع يكون عندما يتعلق الأمر بجزاءين ينتميان لنظام قانوني واحد، ويستثنى من هذه القاعدة حالة اقتران جزاء إداري أصلي بأخر تكميلي عن نفس المخالفة[1].

مثالنا على ذلك في هذا السياق جواز توقيع غرامة التأخير مع مصادرة مبالغ التأمين في الوقت نفسه، ويكون إعمالهما معا في حالة حدوث تأخر وتقصير في التنفيذ، أو تنفيذ غير مرضي للصفقة فيجوز للمصلحة المتعاقدة أن تصادر مبالغ التأمين النهائي، بالإضافة إلى توقيع غرامة التأخير التي تكون قابلة للفرض بمجرد حصول تأخر في التنفيذ.

كما سارت المحكمة الإدارية العليا بمصر في نفس النهج مؤكدة على عدم الجواز بتعدد الجزاءات على مخالفة واحدة، كجزاء الفسخ وجزاء التنفيذ على الحساب في آن واحد[2].

وبناءً على ما سبق التطرق إليه يلاحظ بأن المصلحة المتعاقدة ملزمة بفرض جزاء إداري واحد على المخالفة المرتكبة شرط أن يكون التناسب بينهما قائم وهذا كأصل عام، إلاَّ أنه استثناءً على ذلك ولا يعد خروجًا عن المبادئ التي سطرها وحددها القانون، أُجيز تعدد الجزاءات والجمع بينهما كالجزاء الإداري والجزاء الجنائي كون كل واحد منهما ينطوي تحت نظام قانوني مغاير للأخر، كما

---

[1] محمد باهي أبو يونس، مرجع سابق، ص.124.

[2] عالجت المحكمة الإدارية بمصر هذا الأمر من خلال حكم لها صادر في 13 ماي 1961، في الطعن رقم 262، حيث جاء فيه: " ومن حيث أن التنفيذ على الحساب في مجال العقود الإدارية هو وسيلة الإدارة في التنفيذ عينًا إعمالا لامتيازات الإدارة، وهو تنفيذ تقوم به الإدارة بنفسها وعلى حساب المتعاقد معها وتحت مسؤوليته المالية بحيث يتحمل المتعاقد المقصر في التنفيذ فروق الأسعار تطبيقًا لقاعدة الالتزام عينً ... ومن حيث إنه إذا لجأت الإدارة إلى توقيع جزاء الفسخ فإنه يجب أن تقف عند توقيع هذا الجزاء، دون أن تجعله مصحوبًا بإعادة طرح العملية على حساب المتعاقد المقصر وتحميله النتائج المالية لعملية الإرساء الجديدة لتعارض النتائج المترتبة على فسخ العقد مع نتائجه بحسبان أن جزاء الفسخ يترتب عليه إنهاء العقد في حين أن التنفيذ على الحساب يكون العقد قائمًا ومنتجًا لآثاره القانونية، وأنه لا يجوز الجمع بينهما "، منقول عن: نجم عليوي خلف، مرجع سابق، ص.194.

بإمكان المصلحة المتعاقدة أن تفرض جزاءين في آن واحد شرط أن يكون أحدهما أصلي والأخر تكميلي، كما يمكن أيضًا للمصلحة المتعاقدة أن تفرض أكثر من جزاء على نفس المخالفة في حالة ما إذا تمادى المتعاقد معها واستمر في المخالفة على الرغم من توقيع جزاء عليه في هذا الشأن من قبل ولم يمتثل لتعليمات وأوامر المصلحة المتعاقدة.

المبحث الثاني

خضوع سلطة المصلحة المتعاقدة في توقيع الجزاءات للرقابة

كون عقود الصفقات العمومية وما لها من صلة وثيقة بالمال العام، وما ترتبه مرحلة تنفيذها من التزامات وحقوق لطرفي العملية التعاقدية، ونظرًا لاختلاف أهداف كل منهما فبينما تسعى المصلحة المتعاقدة لأجل تحقيق المصلحة العامة، ففي الجهة المقابلة يسعى المتعاقد معها إلى تحقيق الربح والمصلحة الخاصة، وبين مصالح متعارضة لطرفي العقد أحيانًا يقع تصادم بين هذه المصالح مما يستوجب إخضاعها لنظام قانوني خاص من شأنه أن يحتوي هذه النزاعات.

وتعد مرحلة التنفيذ المجال الخصب لنشوب هذه النزاعات على عقد الصفقة العمومية، وتظهر هذه النزاعات بصورة جلية عند ممارسة المصلحة المتعاقدة لسلطتها في توقيع الجزاءات، ونظرًا للأهمية البالغة لعقود الصفقات العمومية ومساهمتها الكبيرة في مجال التنمية، وحتى يضمن المشرع تسريع عجلة التنمية الاقتصادية وعدم تعطيل المشاريع من جهة، وضمان حسن تنفيذ الصفقة العمومية وبالكيفية المتفق عليها من جهة أخرى، أولاها بنوع من العناية في الأحكام التي تنظمها ولم يغفل مسالة تسوية النزاعات الناشئة عند تنفيذها[1]، وكرَّس آليتين قانونيتين[2] لحل النزاعات التي قد تطرأ أثناء تنفيذ الصفقة العمومية، وهما التسوية غير القضائية للنزاعات الناشئة

[1] محمد حاجي، مرجع سابق، ص.117.

[2] أنظر المادة 87 من قانون رقم 23-12، مصدر سابق، وكذلك المواد: 116 و117 من مرسوم تنفيذي رقم 21-219، مصدر سابق.

عن إعمال سلطة توقيع الجزاءات وهو ما سنتطرق إليه في (المطلب الأول)، والتسوية القضائية للنزاعات الناشئة عن إعمال سلطة توقيع الجزاءات والتي سنعالجها في (المطلب الثاني).

المطلب الأول: التسوية غير القضائية للنزاعات الناشئة عن إعمال سلطة توقيع الجزاءات

عرفت مختلف قوانين وتنظيمات الصفقات العمومية أسلوب التسوية للنزاعات الناشئة عن تنفيذ عقود الصفقات العمومية[1]، وبالرجوع إلى مختلف قوانين الصفقات في الجزائر نجدها خصصت كم هائل من النصوص لهذه الآلية، ونظرًا للأثر الايجابي الذي تُخلفه هذه الآلية في المعاملات التعاقدية كونها تعالج النزاعات بسلاسة ومرونة دون الاحتكام إلى القضاء، وهو الهدف الذي يسعى المشرع للوصول إليه، لذلك قام بتقنينها باعتبارها إجراء جوهري وجب اللجوء إليه من أجل الحصول على تسوية سريعة للنزاع القائم عكس الطريق القضائي الذي يتسم عادةً ببطء الإجراءات وضياع الوقت أثناء التقاضي، وعلى هذا الأساس سنتطرق إلى مفهوم التسوية الودية في (الفرع الأول) كما سنستعرض الآليات القانونية للتسوية الودية للنزاع في (الفرع الثاني).

الفرع الأول: التسوية الودية

سعيًا وحرصًا من المشرع الجزائري في حل جميع الإشكالات التي قد تقع فيها المصلحة المتعاقدة أو حتى المتعاقدين معها أثناء تنفيذ الصفقة العمومية، وبالضبط أثناء ممارسة المصلحة المتعاقدة لسلطة توقيع الجزاءات، ألزم هذه الأخيرة بالامتثال إلى الطريق الودي والرضائي لتسوية النزاعات دون الاحتكام غلى القضاء الذي يعد طريقًا طويلاً ومعقدًا في الإجراءات.

[1] عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، القسم الثاني، مرجع سابق، ص.238.

وهذا ما نصت عليه المادة 87 من القانون رقم 23-12، والتي جاء فيها: " تُسوَّى النزاعات التي تطرأ عند تنفيذ الصفقة العمومية في إطار أحكام القانون الجزائري، ويجب على المصلحة المتعاقدة أن تبحث عن حل ودي لهذه النزاعات ... "[1].

كذلك جاءت المادة 116 من المرسوم التنفيذي رقم 21-219، لتؤكد هذه الآلية فجاء فيها الآتي: " يجب علة ممثل المصلحة المتعاقدة والمقاول صاحب الصفقة العمومية للأشغال أو، عند الاقتضاء الوكيل في حالة التجمع المؤقت، أن يبذلوا قصارى جهدهم لتسوية كل نزاع محتمل يتعلق بتفسير أحكام الصفقة العمومية للأشغال و/أو تنفيذ الخدمات المتعلقة بموضوعها وديًا.

يجب على المصلحة المتعاقدة البحث عن حل ودي للنزاع الناجم عن تنفيذ هذه الصفقة العمومية للأشغال... "[2].

يبدو جليًا من خلال نصي المادتين بأن المشرع والمنظم الجزائريين أرسيا التسوية الودية كقاعدة جوهرية تِول إليها جميع نزاعات المصلحة المتعاقدة الناشئة عن توقيع الجزاءات، باعتبار أن اللجوء إلى التسوية القضائية من شأنه تعطيل المرافق العامة والمشاريع التنموية للدولة، بسبب طول إجراءاتها وتعقيدها، حيث اعتبرا أن التسوية الودية لفض النزاعات إجراء سلس غير متشعب وإجراء وجوبي وجوهري في نفس الوقت.

بناءً على ما سبق سنتطرق (أولاً)، إلى مجالات إعمال التسوية الودية للنزاع، ثم التطرق للهيئة المختصة بالتسوية الودية (ثانيًا).

[1] أنظر قانون رقم 23-12، مصدر سابق.

[2] أنظر مرسوم تنفيذي رقم 21-219، مصدر سابق.

أولاً: مجالات إعمال التسوية الودية للنزاع

سعيا من المصلحة المتعاقدة وحتى لا تتعرض المصلحة العامة ومرافقها للتعطيل في البحث عن حل ودي للنزاع الناشئ عن فرضها وتوقيعها لجزاءات على المتعاقدين معها، والذي بدورها هو أيضًا يبادر بالحل الرضائي والودي لفض النزاع القائم بينهما، عكس الحل القضائي الذي يتسم بطول المدة الزمنية وبطء الإجراءات التي لا تخدمه خاصةً في تأخر تنفيذ محل الصفقة العمومية والذي قد ينجرُّ فرض غرامات للتأخير من شأنها إثقال كاهله.

لقد عدَّد المشرع الجزائري هذه المجالات في القانون رقم 23-12[1]، وكان حريصًا وألزم المصلحة المتعاقدة بالتقيد بها كما يلي:

01- احترام التشريع والتنظيم المعمول بهما في هذا الشأن وعدم مخالفتهما[2]

أحيانًا تصدر المصلحة المتعاقدة قرارات تتضمن توقيع جزاءات على المتعاقد معها، وبالرغم من أن هذه القرارات محمَّلة في طياتها بقدر كبير من التعسف تجاه المتعاقد معها، إلاَّ أنها تتعنت وتمتنع عن اللجوء إلى التسوية الودية الواجبة عليها بقوة التشريع المعمول به على غرار ما جاءت

---

[1] عددت المادة 87 من قانون رقم 23-12، مصدر سابق، مجالات إعمال التسوية الودية كالآتي: " ... كلما كان شأن هذا الحل أن يسمح بما يأتي:

- إيجاد التوازن للتكاليف المترتبة على كل طرف من الطرفين.
- التوصل إلى أسرع إنجاز لموضوع الصفقة.
- الحصول على تسوية نهائية أسرع وبأقل تكلفة.

يجب على المصلحة المتعاقدة أن تدرج في دفتر الشروط اللجوء إلى إجراء التسوية الودية للنزاعات "، من خلال هذا النص يتبين لنا بأن المشرع الجزائري أعتبر التسوية الودية إجراء جوهري، كما يجب اللجوء إليه من قبل المصلحة المتعاقدة قبل أي تسوية قضائية ويتضح ذلك من خلال إلزام المشرع المصلحة المتعاقدة بإدراج هذا الإجراء في دفتر الشروط بشكل وجوبي.

[2] عبد القادر محفوظ، سلطة الإدارة في التعديل الانفرادي للعقد الإداري – دراسة مقارنة، مذكرة ماجستير في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، 2014/2013، ص.111.

به المادة 87 من نفس القانون، وبالتالي تكون في هذه الحالة مخالفة للنص القانوني الذي أوجب عليها اللجوء إلى التسوية الودية قبل أي خصومة مآلها القضاء.

02- العمل على إعادة التوازن المالي للصفقة والتكاليف المترتَبَة على الطرفين

يتعرض المتعامل المتعاقد أثناء التنفيذ غير المرضي للصفقة إلى تسليط جزاءات عليه وبإمكان هذه الجزاءات أن تزعزع استقرار المعاملة التعاقدية بينه وبين المصلحة المتعاقدة، ما يؤدي إلى إثقال كاهله بأعباء إضافية لم تكن متوقعة أثناء إبرام الصفقة العمومية.

وباللجوء إلى إجراء التسوية الودية بإمكان المصلحة المتعاقدة أن تبحث عن الخلل وتعالجه من أجل إيجاد وإعادة التوازن المالي للصفقة، وذلك من خلال تعويض المتعاقد معها بشروط معينة حتى ولو أخلَّ أو قصَّر معها، أو إعفائه من هذه الجزاءات من أجل أن الوفاء بالتزاماته، ويضمن لها انتظام وسيرورة مرافقها من أجل تقديم الخدمة العمومية بالكيفية المطلوبة[1].

03- التوصل إلى إنجاز سريع للصفقة

تعد عقود الصفقات العمومية من العقود الوقتية التي تحتاج لوقت طويل حتى تُنفَّذ، خاصة عقود صفقات الأشغال العامة.

إن عنصر الزمن مهم في حياة الصفقة العمومية[2]، لذلك نجد المشرع الجزائري قد ألزم أطراف عقد الصفقة العمومية بالتوصل إلى حل ودي رضائي حتى تنجز الصفقة العمومية في الوقت المتفق عليه مسبقًا، وتؤدي الصفقة هدفها السامي وهو المصلحة العامة وضمان سير المرافق العامة بانتظام.

[1] هيثم حليم غازي، التوازن المالي في العقود الإدارية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2015، ص.08.
[2] محمد حاجي ، مرجع سابق، ص.122.

04- البحث عن تسوية نهائية سريعة بأقل التكاليف

تفاديًا للخروج عن آجال تنفيذ الصفقة العمومية ولاستقرار هذه المعاملة التعاقدية، ألزم المشرع الجزائري أطراف العقد بالبحث عن سبل تسوية عقد الصفقة العمومية بصفة نهائية وبصفة ودية وذلك لأمرين مهمين وهما ربح الوقت والذي يعد أمر مهم في عمر الصفقة العمومية، وتفادي اللجوء إلى التسوية القضائية التي تتسم ببطء وطول الإجراءات وتعقيدها أولاً، أما الأمر الثاني يتمثل في سعي المشرع الجزائري في المحافظة على المال العام من الهدر والضياع ومنع تعطيل المشاريع التنموية.

ثانيًا: اختصاص لجنة التسوية الودية بالنظر في النزاعات الناشئة عن فرض الجزاءات

في حالة فشل أطراف العقد في التوصل إلى اتفاق[1]، وبعد تأكد المصلحة المتعاقدة والمتعامل المتعاقد من أيلولة النزاع إلى التسوية الودية، يتولى كل من الوزير المعني أو مسؤول الهيئة العمومية أو الوالي أو رئيس المجلس الشعبي البلدي ذلك كل في حدود اختصاصه بإصدار مقرر يثبت الاتفاق واللجوء إلى التسوية الودية[2].

لقد فصل المشرع الجزائري في اسم الهيئة المختصة بالتسوية الودية للنزاع، وقد سمَّاها بموجب القانون رقم 23-12[3]، بلجنة التسوية الودية للنزاعات الناجمة عن تنفيذ الصفقات العمومية.

يفهم من ذلك بأن هذه اللجنة تنعقد لتسوي النزاعات الناشئة أثناء مرحلة تنفيذ الصفقة العمومية فقط دون مرحلة الإبرام، ولعل ما يعطيها طابع الاختصاص الحصري في مرحلة التنفيذ، هو أن

---

[1] رقية برقاوي، " التسوية الودية للنزاعات الناتجة عن تنفيذ الصفقات العمومية في ظل المرسوم الرئاسي 15-247" المجلة الجزائرية للحقوق والعلوم السياسية، مجلد 3، عدد 5، جوان 2018، ص.148.

[2] عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، القسم الثاني، مرجع سابق، ص.239.

[3] تنص المادة 88 من قانون رقم 23-12، مصدر سابق، على: " تنشأ لجنة للتسوية الودية للنزاعات الناجمة عن تنفيذ الصفقات العمومية المبرمة بين المتعاملين المتعاقدين الوطنيين على مستوى كل وزارة وولاية ".

هذه المرحلة بالذات هي التي تحدد معالم الصفقة، بالإضافة إلى أن أغلب الخلافات التي تنشب بين الأطراف المتعاقدة تكون في هذه المرحلة.

كما يُفهم أيضًا بأن هذه اللجنة تحدث على مستوى كل وزارة وكل ولاية كما تم استثناء البلديات، ولا يمكن لنا أن نتصور بأن يكون عمل هذه اللجنة دون تشكيلة تؤدي عملها في الإطار المرسوم لها قانونًا، وعليه سنستعرض تشكيلة اللجنة، ثم المهام المنوطة بها.

01- تشكيلة لجنة التسوية الودية للنزاعات

بالعودة إلى القانون رقم 23-12، الذي يحدد القواعد العامة المتعلقة بالصفقات العمومية، نجده لم يتطرق إلى تشكيلة هذه اللجنة، ربما ترك المجال للتنظيم حتى يصدر ويُفصِّل أكثر في هذا القانون، وبالمقابل نجد المرسوم الرئاسي رقم 15-247، جاء بنوع من التفصيل بخصوص تشكيلة هذه اللجنة.

كما يُفهم أيضًا من نص المادة 88 من القانون رقم 23-12، بأن المشرع الجزائري استثنى لجنة التسوية الودية المحدثة على مستوى الهيئة العمومية عكس المرسوم الرئاسي رقم 15-247، ربما نية المشرع الجزائري ذهبت إلى دمج هذه اللجنة مع اللجنة الوزارية.

حسب المادة 88 من القانون رقم 23-12، والمادة 154 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 فإن هاتين اللجنتين تكون تشكيلتهما كما يلي:

أ- على مستوى كل وزارة تتكون اللجنة من:

- ✓ ممثل عن الوزير
- ✓ ممثل عن المصلحة المتعاقدة
- ✓ ممثل عن الوزارة المعنية بموضوع النزاع
- ✓ ممثل عن المديرية العامة للمحاسبة

ب- على مستوى كل ولاية تتكون اللجنة من:

- ✓ ممثل عن الوالي رئيسًا
- ✓ ممثل عن المصلحة المتعاقدة
- ✓ ممثل عن المديرية التقنية للولاية المعنية بموضوع النزاع
- ✓ ممثل عن المحاسب العمومي المكلف.

نرى نحن وعلى الرغم من أن التشكيلة الخاصة بلجنة التسوية الودية للنزاعات ثرية بالكفاءات المختارة والمتميزة بالعمل الميداني، إلاَّ أن ما يعاب عليها هو اختيار ممثل عن المصلحة المتعاقدة له صفة العضوية في هذه اللجنة، في الوقت الذي كان من المفروض أن تتسم بالحياد، كون أن المصلحة المتعاقدة طرف في النزاع، ومن شأن هذه اللجنة أن تتأثر بإملاءات ممثل المصلحة المتعاقدة وتميل كفتها إلى مصلحة الإدارة المتعاقدة على حساب المتعامل المتعاقد، وهو ما قد يزعزع ويضرب استقرار المبادئ التي تحكم عقود الصفقات العمومية، لاسيما مبدأي الشفافية والحياد، وعليه كان من الأحسن للمشرع الجزائري الانتباه لهذا الخرق الصارخ للمبادئ التي تحكم الصفقات العمومية وتداركه.

02- مهام لجنة التسوية الودية للنزاعات

بالرجوع إلى المادة 88 من القانون رقم 23-12، نجد بأن لجنة التسوية الودية لها اختصاص حصري وهو البت في النزاعات التي تنشب بين المصلحة المتعاقدة والمتعامل المتعاقد أثناء مرحلة التنفيذ فقط، دون أن يمتد اختصاصها لمرحلة الإبرام.

كما أن البت في النزاعات التي تحدث بين المصلحة المتعاقدة والمتعاملين الاقتصاديين الأجانب غير معنية بها، كون هذه النزاعات من اختصاص هيئات أخرى وهذا حسب ما ورد في المادة 89[1]، من القانون السالف ذكره.

عددت المادة 155 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المهام المنوطة باللجنة وهي كالآتي:

أ- دعوة الطرف الشاكي من طرف رئيس اللجنة بواسطة رسالة موصى عليها مع وصل استلام وذلك لغرض إعطاء رأيه في النزاع في أجل أقصاه عشرة (10) أيام من تاريخ دعوتها له.

ب – الاستماع لأطراف النزاع من خلال تقديم توضيحات حول النزاع أو معلومات، أو وثائق لها علاقة بالنزاع.

ج – البحث في الوقائع من أجل إيجاد حل عادل للأطراف، من شأنه تحقيق توازن تكاليف طرفي العقد[2].

ج – دراسة ملف النزاع في أجل مدته (30) ثلاثون يوم تحسب ابتداءً من تاريخ جواب الطرف الخصم والمشتكي منه، وتؤخذ آراء اللجنة بأغلبية أصوات أعضائها.

د – تبليغ رأيها لأطراف النزاع بموجب رسالة موصى عليها مع وصل استلام، كما يتم تبليغ نسخة من هذا الرأي إلى المجلس الوطني للصفقات العمومية، والذي كان يدعى في السابق بسلطة ضبط الصفقات العمومية.

الفرع الثاني: التحكيم

يعد التحكيم من بين أهم الطرق البديلة لفض النزاعات القائمة بين أطراف عقد الصفقة العمومية، قبل اللجوء إلى الطرق القضائية.

---

[1] أنظر قانون رقم 23-12، مصدر سابق.

[2] عبد الحق غلاب، " التسوية الودية لمنازعات تنفيذ الصفقات العمومية كضمان للتنفيذ في ظل المرسوم الرئاسي 15-247 "، مجلة معالم للدراسات القانونية والسياسية، عدد 4، جوان 2018، ص.109.

لذلك يعد التحكيم من بين الآليات التي تستهدف تسوية النزاعات أثناء العلاقة التعاقدية بعيدًا عن القضاء وإجراءاته البطيئة، حيث أصبح رفيقًا لجميع التعاقدات التي تبرمها المصلحة المتعاقدة، إذ يحقق هذا النظام مرونة تتماشى مع كافة النزاعات التي تنشأ بين المصلحة المتعاقدة والمتعاقدين معها[1].

أولاً: مفهوم التحكيم

نظرًا لأهمية لآلية التحكيم في النظام القانوني لعقود الصفقات العمومية سنحاول أن نعطي تعريف للتحكيم (01)، ومن ثم نحدد موقف التشريع من التحكيم (01)، ثم نستعرض مبررات اللجوء إلى التحكيم وأخيرًا إبراز شروط اللجوء إلى التحكيم (03).

01– تعريف التحكيم

عرَّفت المحكمة الإدارية العليا بمصر التحكيم على أنه: " اتفاق على طرح نزاع على شخص معين أو أشخاص معينين ليفصلوا فيه دون المحكمة المختصة "[2].

كما تم تعريفه على أنه عمل قانوني مركب ينشأ بناءً على اتفاق أطراف النزاع، من خلال عرضه على محكَّم أو أكثر للفصل فيه بمقتضى القانون ومبادئه وفقًا لقواعد العدالة[3].

أيضًا تم تعريف التحكيم في مجال الصفقات العمومية، على أنه اتفاق بموجبه يقبل كل من المصلحة المتعاقدة والمتعامل المتعاقد، بأن يعرضوا النزاع الذي أثاره تنفيذ الصفقة العمومية على هيئة تحكيمية[1].

---

[1] عبد الحق غلاب، التحكيم في الصفقات العمومية وفقًا للتشريع الجزائري، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2017، ص.02.

[2] حكم المحكمة الإدارية العليا بمصر رقم 886، صادر في 18 جانفي 1994.

[3] عبد العزيز عبد المنعم خليفة، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية والدولية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2007، ص.12.

من التعريفات السابقة نلاحظ بأن إجراء التحكيم يُلجأ إليه بعد اتفاق الأطراف المتنازعة من خلال عرض نزاعهم على هيئة تتسم بالحياد أثناء البت والفصل في النزاع وفقًا للمقتضيات التي تفرضها القوانين وقواعد العدالة.

02– موقف التشريع من التحكيم

بالنسبة للتشريع المصري الفصل القانون رقم 27 لسنة 1994، المتضمن قانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية المصري في شأن تسوية المنازعات ذات الطابع المدني والتجاري عن طريق التحكيم، كما أكَّد خضوع العقود الإدارية للتحكيم من خلال نصوصه وأحكامه[2].

أما بخصوص موقف التشريع الجزائري من التحكيم في مجال الصفقات العمومية، فقد اعترض المشرع الجزائري في بادئ الأمر بمقتضى قانون الإجراءات المدنية الملغى[3]، على لجوء أشخاص

---

[1] محمد لمين مجرالي، " التحكيم في منازعات الصفقات العمومية كضمان قانوني لاستقطاب الاستثمارات الأجنبية " مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، عدد 13، جويلية 2018، ص.807.

[2] جاء في المادة 01 من قانون رقم 27 لسنة 1994، المتضمن قانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية المصري الآتي: " ... تسري أحى في الحكام هذا القانون على كل تحكيم بين أطراف من أشخاص القانون العام أو القانون الخاص أيًا كانت طبيعة العلاقة القانونية التي يدور حولها النزاع إذا كان هذا التحكيم يجري في مصر أو كان تحكيمًا تجاريًا دوليًا يجري في الخارج واتفق أطرافه على إخضاعه لأحكام هذا القانون.

وبالنسبة إلى منازعات العقود الإدارية يكون الاتفاق على التحكيم بموافقة الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة، ولا يجوز التفويض في ذلك ".

يفهم من نص المادة بأنه يمكن أن يؤول أي نزاع مهما كانت طبيعته سواءً في المجال التجاري أو المدني، أو حتى النزاع الذي يطرأ في مجال العقود الإدارية إلى التحكيم، إلاَّ أن النزاع الذي ينشأ في المادة الإدارية قيَّده بشروط ضيقة من بينها عرض الملف على الوزير المختص وانتظار موافقته، بالإضافة إلى عدم جواز تفويض الاختصاص في هذا الشأن.

[3] جاء في المادة 442 من أمر رقم 66–154، مؤرخ في 08 جوان 1966، يتضمن قانون الإجراءات المدنية الملغى، ج.ر.ج.ج، عدد 47، صادر في 09 جوان 1966 الآتي: " لا يجوز للدولة ولا للأشخاص الاعتباريين العموميين أن يطلبوا التحكيم ... ".

القانون العامة إلى التحكيم، سوى في الحقوق التي التي لها كامل حرية التصرف فيها، كما لا يجوز اللجوء إلى التحكيم في القضايا التي لها علاقة بالنظام العام[1].

أما تشريع الصفقات العمومية لسنة 67، أشار فقط بأحقية اللجوء إلى التحكيم كطريقة لتسوية النزاعات التي تنشأ أثناء تنفيذ عقد الصفقة العمومية[2]، كقاعدة عامة والقضاء استثناء لها، وهو ما نراه نحن ليس بالمطلق والنهائي في كونه طريق إلزامي اللجوء إليه لفض النزاعات.

بالإضافة إلى التشريعات السابقة أقرَّ المرسوم الرئاسي رقم 02-250 الملغى، بإمكانية تسوية الخلافات طبقًا للتشريع المعمول به والذي يراه البعض بأنه أجاز التحكيم في مجال الصفقات العمومية[3].

بقي موقف التشريع الجزائري يتأرجح بين تأييد ومعارضة إلى غاية صدور القانون رقم 08-09، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية المعدل والمتمم، الذي فصل في أحقية اللجوء إلى التحكيم في مادة الصفقات العمومية بصريح العبارة[4].

كما نصت المادة رقم 87 من القانون رقم 23-12، الذي يحدد القواعد العامة المتعلقة بالصفقات العمومية على: " تسوى النزاعات التي تطرأ عند تنفيذ الصفقة العمومية في إطار أحكام القانون الجزائري ...".

---

[1] سهيلة بوزبرة، " الطرق البديلة عن القضاء لتسوية إشكالات تنفيذ الصفقات العمومية "، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، مجلد 8، عدد 2، جوان 2023، ص.616.

[2] أنظر المادة 152 من أمر 67-90 الملغى، مصدر سابق.

[3] أنظر المادة 102 من مرسوم رئاسي رقم 02-250 الملغى، مصدر سابق، وكذا عبد الحق غلاب، مرجع سابق، ص.03.

[4] نصت المادة 975 من قانون رقم 08-09، المعدل والمتمم، مصدر سابق، على: " لا يجوز للأشخاص المذكورة في المادة 800 أعلاه أن تجري تحكيمًا إلاَّ في الحالات الواردة في الاتفاقيات الدولية التي صادقت عليها الجزائر وفي مادة الصفقات العمومية "، كما نصت المادة 3/1006 على: " ... ولا يجوز للأشخاص المعنوية العامة أن تطلب التحكيم ما عدا في علاقاتها الاقتصادية الدولية أو في إطار الصفقات العمومية ".

الملاحظ من نص المادة، أن المشرع الجزائري أحال أطراف النزاع وتسويته إلى الأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها، في شكل قانون الإجراءات المدنية والإدارية الذي نص على التحكيم في مادة الصفقات العمومية.

03– مبررات اللجوء إلى التحكيم

يعد التحكيم والقضاء وجهان لعملة واحدة، باعتبار هدفهما واحد وهو تسوية النزاعات الناشئة عند تنفيذ الصفقة العمومية.

إلاَّ أن إرادة الأطراف المتنازعة ترجح كفة التحكيم الذي تراه يحوز لخصائص لا توجد في القضاء[1]، وهذه الخصائص مبررًا كافيًا للجوء المتنازعين إليه، والتي هي كالآتي:

أ – اختيار المحكِّمين من قبل أطراف النزاع

بحيث يمكن لأطراف النزاع أن يختاروا هيئة التحكيم دون فرضها عليهم[2]، عكس القضاء الذي ليس لهم الخيرة في اختيار الهيئة القضائية، وهي الميزة التي تجعل من أطراف النزاع اللجوء إلى التحكيم على الرغم من وجوبية هذا الإجراء.

ب – البساطة في الإجراءات وسرعة الفصل فيها

إذ تعد إجراءات التحكيم سلسة وبسيطة وبعيدة عن التعقيد، وهو ما يؤدي إلى اتخاذ القرارات الصادرة عن الهيئة بسرعة[3].

[1] عبد العزيز عبد المنعم خليفة، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية والدولية، مرجع سابق، ص.21.
[2] المرجع نفسه، ص.22.
[3] المرجع نفسه، ص.21.

ج – سرية إجراءات التحكيم

تتسم إجراءات القضاء بالعلنية وهو أمر غير مستحب بالنسبة لأطراف النزاع، والذي من شأنه كشف الأسرار المهنية ما يؤدي إلى إلحاق ضرر بسمعتهم، لذلك يجدون سبيل التحكيم الأنسب لهم في تسوية النزاعات[1].

04– شروط التحكيم وإجراءاته

إن اللجوء إلى التحكيم يستوجب تواجد شروط شكلية وأخرى موضوعية، بالإضافة إلى إجراءات تتبع يمكن تناولها بإيجاز في الآتي:

أ – شروط التحكيم

✓ **شرط الكتابة**

حتى يكون التحكيم صحيحًا وغير معيب بعيب المشروعية الخارجية وجب أن يُفرغ محتوى اتفاق التحكيم في شكل وثيقة مكتوبة.

✓ **الوتر في عدد المُحكمين**

حتى لا يكون انسداد في حل النزاع المعروض على هيئة التحكيم وجب أن يكون عددها وتري، وهذا ما أقرَّه قانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية المصري[2].

✓ **شرط الرضا**

وهو تلاقي واتفاق إرادة الأطراف المتعاقدة باللجوء إلى آلية التحكيم قصد تسوية النزاع الناشب بينهم[3].

---

[1] عبد العزيز عبد المنعم خليفة، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية والدولية، مرجع سابق، ص.22.

[2] للإطلاع أكثر أنظر المادة 155 من قانون رقم 27، لسنة 1997، مصدر سابق.

[3] عبد العزيز عبد المنعم خليفة، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية والدولية، مرجع سابق، ص.35.

✓ **شرط الأهلية**

يعتبر أي تصرف كتعبير لإرادة حرة، وبالتالي فإن اللجوء إلى أسلوب التحكيم يكون من طرف أطراف العقد المتنازعين شرط أن يكونوا مؤهلين قانونًا، وقد نص قانون التحكيم المصري في المادة 11 منه على: " لا يجوز الاتفاق على التحكيم إلاَّ للشخص الطبيعي أو الاعتباري الذي يملك التصرف في حقوقه ".

✓ **شرط المحل**

إن محل وثيقة التحكيم هو موضوع النزاع المعروض على هيئة التحكيم، وحتى يصح التحكيم في هذا الشأن وجب ألاَّ يكون المحل مخالف للنظام العام وإلاَّ أُعدَّ اتفاق التحكيم باطلاً[1]، كون المسائل المتعلقة بالنظام العام لا تسوى عن طريق التحكيم.

ب – إجراءات التحكيم

أثناء عملية التحكيم تباشر الإجراءات الآتية:

- ✓ إنعقاد الجلسة الافتتاحية بحضور طرفي النزاع لتقديم ما طلب منهما من مستندات مع إبداء ملاحظاتهما.
- ✓ عقد جلسة بحضور طرفي النزاع والخبير لمناقشة ما ورد في تقرير الخبرة، مع أحقية طرفي النزاع في الاستعانة بخبراء لإعداد خبرة مضادة.
- ✓ بعد تداول هيئة التحكيم تصدر حكما مكتوبا يحمل بيانات في شكل أسماء الخصوم وعناوينهم وأسماء المُحَكَّمين وصفاتهم، كما يشمل الحكم ملخص لدفوع وطلبات ومستندات الخصوم ومنطوق الحكم وتاريخه ومكان إصداره.

[1] عبد العزيز عبد المنعم خليفة، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية والدولية، مرجع سابق، ص.38.

✓ تسليم نسخ من الحكم لطرفي النزاع تحمل توقيع المُحَكَّمين[1].

المطلب الثاني: التسوية القضائية للنزاعات الناشئة عن إعمال سلطة توقيع الجزاءات

على الرغم من أهمية الحل الودي كآلية فعَّالة في فض النزاعات التي تطرأ في المعاملات التعاقدية، لاسيما تلك الجزاءات التي توقعها الإدارة المتعاقدة جزافًا وتعسفًا، إلاَّ أن استقرار وتوحيد النظام القانوني فقهًا وقضاءً وقانونًا على أن الضمانة الحقيقية الأكثر فعالية في إرساء مبدأ المشروعية هي وجوب إخضاع تصرفات السلطة العامة للسلطة القضائية[2]، لممارسة الرقابة عليها بمقتضى الأسس السابقة يتمكن المتعاقد المتضرر من اللجوء إلى الهيئة القضائية المختصة بمنازعات العقود الإدارية وتقديم تظلمه ضد الجزاء المفروض عليه، في حالة ما إذا كان يحمل في طياته تعسفًا أو مغالاة في استعمال المصلحة المتعاقدة لسلطتها، وعليه سنتطرق إختصاص القضاء الكامل في (الفرع الأول)، كما سنستعرض اختصاص قضاء الإلغاء في (الفرع الثاني).

الفرع الأول: اختصاص القضاء الكامل

أحيانًا تخرج المصلحة المتعاقدة عن الحدود التي أقرّتها لها القوانين والتشريعات من أجل ممارسة وبسط السلطات الاستثنائية وتقع في دائرة التعسف والغلو في فرض الجزاءات على المتعاقدين معها، مما يؤدي إلى نشوب نزاعات في مرحلة تنفيذ الصفقة العمومية قد تصل أحيانًا إلى العصف بها وإعدامها، كما بإمكانها أن تزعزع المركز المالي للطرف الثاني في العقد، ما قد يجبره باللجوء إلى القضاء كضمانة أخيرة بعد استنفاذ كل سبل تسوية النزاع القائم بينهما، وذلك حتى يضمن حقوقه قبل حصول الضرر الذي يصعب تداركه، أو جبره جبرًا عادلاً.

[1] عبد العزيز عبد المنعم خليفة، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية والدولية، مرجع سابق، ص.40.

[2] رشا محمد جعفر الهاشمي، الرقابة القضائية على سلطة الإدارة في فرض الجزاءات على المتعاقد معها– دراسة مقارنة، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2010، ص.119.

كأصل عام إذا كان محل أي منازعة إدارية عقدًا للصفقة العمومية من حيث تنفيذه وانقضائه فإن مآل هذه المنازعة هو ولاية القضاء الكامل[1].

المستقر قضائيًا في فرنسا أنه لا يمكن للمتعاقد أن يلجأ إلى قاضي الإلغاء فيما يخص القرارات الصادرة من المصلحة المتعاقدة والمتعلقة بتنفيذ عقد الصفقة العمومية محلاً لدعوى الإلغاء لأن مآلها هو قاضي العقد والقضاء الكامل، إلاَّ أن الغير والأجانب عن العقد فقد أجاز لهم مجلس الدولة الفرنسي بقبول طعونهم أمام قضاء الإلغاء[2].

كما تأيَّد هذا الرأي أيضًا من القضاء المصري الذي أعتبر أن المنازعة إذا ما تعلقت بانعقاد العقد أو صحته أو تنفيذه فهي تدخل في ولاية القضاء الكامل وليس الإلغاء[3].

حسب الآراء القضائية السابقة فإن كل نزاع ينشأ عن عقد صفقة عمومية أثناء تنفيذه فهو يؤول إلى ولاية القضاء الكامل كاختصاص أصيل خاصة في مجال الجزاءات وإنهاء العقد عن طريق الفسخ الجزائي[4]، ومفاد اختصاص القضاء الكامل بمنازعات عقود الصفقات العمومية يرجع إلى الطبيعة الذاتية لهذه المنازعات عكس ما هو الحال في دعاوى الإلغاء التي تكون موضوعية[5].

---

[1] عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية – الإبرام، التنفيذ، المنازعات، مرجع سابق، ص.321.

[2] DELAUBADERE André, Les contrats administratifs, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1990, P.36.

[3] توركان إبراهيم علي، سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري والرقابة القضائية عليها، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2019، ص.137.

[4] إسلام ممدوح إسماعيل لبيب، مرجع سابق، ص.99.

[5] عزالدين كلوفي، نظام المنازعة في مجال الصفقات العمومية، دار النشر جيطلي، برج بوعريريج، 2012، ص.103.

وبعد أن استعرضنا الأصالة القانونية لدعاوى القضاء الكامل وأيلولة منازعات الجزاءات الإدارية لها[1]، سنحاول أن نعطي تعريفًا شاملاً لهذه الدعوى، ثم نتطرق إلى صور هذه الدعوى خاصة تلك المتعلقة بالجزاءات الإدارية وسلطات القاضي فيها.

أولاً- تعريف دعوى القضاء الكامل

عُرِّفت دعوى القضاء الكامل على أنها خصومة بين طرفين مفادها المساس بمركز ذاتي شخصي لأحد الأطراف، فيقوم القاضي بفحص الوقائع والقانون وإصلاح التصرفات غير المشروعة بإقرار حقوق والتزامات للطرف الأخر[2].

أما دعوى القضاء الكامل في نطاق عقود الصفقات العمومية فهي عبارة عن خصومة بين طرفي عقد الصفقة العمومية، يدَّعي فيها المتعامل المتعاقد أمام قاضي العقد المساس بمركزه المالي من أجل تعويض عادل وجبر الضرر الذي سببته له المصلحة المتعاقدة نتيجة قراراتها الجزائية غير المشروعة.

من خلال التعريفين السابقين نرى بأن تسمية قضاء كامل جاءت نتيجة السلطات الواسعة لقاضي العقد في الرقابة وفحص مشروعية القرارات وإصلاحها إن كانت خاطئة أو غير مشروعة بالإضافة كذلك إلى أن هذا القضاء عبارة عن قضاء للتعويض وجابر للضرر.

---

[1] إلاَّ أننا نحن لنا رأي أخر بخصوص أيلولة منازعات الجزاءات الإدارية إلى ولاية القضاء الكامل، دون قضاء الإلغاء، ورأينا هو مآل القرارات التي تتضمن توقيع جزاءات إدارية إلى ولاية قضاء الإلغاء وذلك لاعتبارين أساسيين أولهما أن هذه القرارات تتمتع بخصائص القرار الإداري وأركانه، لذلك فهي يسري عليها في إجراءات التقاضي ما يسري على القرار الإداري غير المشروع وتكون ولاية قضاء الإلغاء للقرارات الجزائية أولى من ولاية القضاء الكامل أما الاعتبار الثاني فيكمن في ضياع فرصة التقاضي أمام قضاء الإلغاء للمتعاقد إذا كان القرار الذي يتضمن توقيع جزاء غير مشروع يستوجب الطعن فيه بالإلغاء، كما أن القضاء الكامل حتى ولو حكم بتعويض للمتعاقد فإنه غير جابر للضرر الذي يصعب تداركه.

[2] مجدي الشامي، القرارات القابلة للانفصال بين عقود الإدارة ورقابة القضاء، ط1، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2019، ص.23.

ثانيًا- صور منازعات الجزاءات الإدارية في نطاق القضاء الكامل

تتعدد صور المنازعات الناشئة عن عقود الصفقات العمومية في نطاق القضاء الكامل، إلاَّ أن موضوع دراستنا يُلزمنا على التطرق إلى صور الدعاوى الخاصة بالجزاءات الإدارية في عقود الصفقات العمومية فقط وهي كالآتي:

01- دعوى التعويض والحصول على مبالغ مالية

تؤول جميع المنازعات التي يكون موضوعها ذو طابع مالي إلى ولاية القضاء الكامل، كون الحصول على مبالغ مالية أو التعويض يكون من بين الشروط الواردة في عقد الصفقة العمومية فالمصلحة المتعاقدة تكون مطالبة بالتعويض عن الجزاءات المالية التي فرضتها على المتعاقد معها في صور الغرامات المالية أو مصادرة مبالغ الضمان وحسن التنفيذ، أو حتى الجزاءات الضاغطة[1] بموجب الامتيازات الاستثنائية التي تتمتع بها في هذا المجال، وبالتالي إذا كانت هذه الجزاءات غير مشروعة فبإمكان المتعاقد معها الذي تزعزع وتأثر مركزه المالي أن يلجأ إلى القضاء الكامل ويطالب بالتعويض المالي الجابر للضرر.

02- دعوى فسخ الصفقة العمومية

تكون أوجه اللجوء إلى القضاء الكامل من أجل فسخ الصفقة العمومية وفقًا لاعتبارين أساسيين وهما: إما الطعن في القرار الإداري الصادر من المصلحة المتعاقدة والمتضمن فسخ الصفقة العمومية بصفة انفرادية، وهو الحق الممنوح لها بموجب نصوص القانون رقم 23-12[2].

[1] عزالدين كلوفي، مرجع سابق، ص.106.

[2] المرجع نفسه، ص.108، والمادة 90 من قانون رقم 23-12، مصدر سابق.

أما الاعتبار الثاني فمن باب الإشارة إليه فقط كونه لا يخدم دراستنا، خاصة سلطة توقيع الجزاءات، ويتجسد عند لجوء المتعامل المتعاقد إلى القضاء الكامل ومطالبته بفسخ الصفقة العمومية بسبب قوة قاهرة تبرر استحالة التنفيذ.

يلاحظ من الاعتبار الأول بأن نطاق القضاء الكامل واسع في مجال منازعات عقود الصفقات العمومية ليشمل حتى الطعن بالإلغاء في القرار الإداري الصادر عن المصلحة المتعاقدة والمتضمن فسخ الصفقة العمومية، كما يمتد القضاء الكامل في مجال منازعات الصفقات العمومية إلى طلبات الاستعجال كونها متصلة بتنفيذ العقد ومنازعاته، كوقف تنفيذ القرار الإداري المتعلق بفسخ الصفقة العمومية وما يرتبه من آثار يصعب تداركها أو إصلاحها، إذا كانت هذه الطلبات مبنية على شرطي الجدية والاستعجال[1]، فيأمر قاضي العقد بوقف تنفيذ هذا القرار إلى غاية الفصل في الموضوع.

الفرع الثاني: اختصاص قضاء الإلغاء

يعد قضاء الإلغاء الضامن الأساسي لمبدأ المشروعية، وهدفه هو مراقبة التصرفات الصادرة من الإدارة، كما أن دعوى الإلغاء لا تخاطب العقود الإدارية، وإنما تخاطب القرارات الإدارية باعتبارها تتسم بخاصية الانفرادية وأحادية الجانب[2].

كأصل عام وكمبدأ قضائي متسم بالاستقرار، فإنه من غير المعقول أن يتم فصل العقد عن العملية التعاقدية والطعن فيه بالإلغاء، حيث تعزز هذا المبدأ بعد صدور حكم عن مجلس الدولة الفرنسي سنة 1899 في قضية " Levieux "، مفاده عدم قبول أي طعن بالإلغاء ضد العقود[3].

[1] للإطلاع أكثر أنظر المواد: 833، 834، 919 و920، من قانون رقم 08-09 المعدل والمتمم، مصدر سابق.
[2] عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، القسم الثاني، مرجع سابق، ص.235.
[3] مجدي الشامي، القرارات القابلة للانفصال بين عقود الإدارة ورقابة القضاء، مرجع سابق، ص.71.

أيضًا القضاء المصري كان له نفس الرأي والموقف الرافض للطعن بالإلغاء في العقود، معتبرًا بأن دعوى الإلغاء تنصب على قرار إداري صادر بإرادة الإدارة المنفردة، بينما العقد الذي يتطلب توافق إرادتين[1].

يبدو واضحًا بشأن الآراء القضائية التي قيلت فيما يخص محل دعوى الإلغاء فهي تكون منصبَّة على القرارات الإدارية المنفصلة عن العقد.

عرَّف الأستاذ عمار عوابدي دعوى الإلغاء على أنها: " دعوى قضائية يرفعها أصحاب الصفة القانونية والمصلحة أمام جهات القضاء الإداري المختص في نطاق الشروط والإجراءات والشكليات القانونية للمطالبة بإلغاء قرار إداري غير مشروع "[2].

كما عُرِّفت دعوى الإلغاء على أنها الدعوى المرفوعة أمام القضاء المختص خلال الآجال المقررة قانونًا من ذوي وأصحاب المصلحة، للمطالبة بإبطال قرار إداري لعدم مشروعيته[3].

أيضًا بإمكاننا نحن أن نعطي تعريف لدعوى الإلغاء على أنها خصومة عينية موضوعية يرفعها أصحاب الشأن والمصلحة أمام قاضي الموضوع المختص للمطالبة بإلغاء أو إبطال قرار إداري معيب بعيوب عدم المشروعية.

من خلال التعريفات السابقة وحتى نسلط الضوء على دعوى الإلغاء ومجالاتها حري بنا أن نتطرق إلى شروط رفع دعوى الإلغاء (أولاً)، ثم نستعرض اختصاص القاضي في دعوى الإلغاء (ثانيًا).

---

[1] مجدي الشامي، القرارات القابلة للانفصال بين عقود الإدارة ورقابة القضاء، مرجع سابق، ص.71.

[2] عمار عوابدي، دعوى تقدير الشرعية في القضاء الإداري، ط2، دار هومة، الجزائر، 2009، ص.21.

[3] عبد القادر عدو، المنازعات الإدارية، ط2، دار هومة، الجزائر، 2014، ص.98.

أولاً: شروط رفع دعوى الإلغاء

حتى يُقبل الطعن أمام الجهات القضائية المختصة يستوجب أن تتوفر شروط في الطاعن ورافع الدعوى، كما أن تخلُّف شرط من هذه الشروط من شأنه أن يرتب الرفض وعدم قبول الطعن وفي حالة ما إذا تم رفع الدعوى من الطاعن على القرار الجزائي غير المشروع، فإن الفصل فيها يرتب آثارًا تسري على هذا الجزاء، ويطلق عليها أيضًا أوجه الإلغاء، وفي الحقيقة هي مجموعة من الشروط يستوجب توافرها حتى يتمكن القضاء المختص بالفصل في الخصومة أو الدعوى المرفوعة إليه، كما أن تخلف شرط منها يعرض الدعوى لعدم القبول، وتتمثل هذه الشروط في الآتي:

01- الصفة والمصلحة

جاءت المادة 13 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية المعدل والمتمم، واضحة وصريحة في هذا الخصوص، بحيث لا يحق لأي شخص التقاضي ما لم تكن له صفة أو مصلحة في ذلك شواءً كانت قائمة أو محتملة، كما بإمكان القاضي إثارة انعدام الصفة تلقائيًا[1].

يقصد بالصفة أن يطلق على صاحب الحق المطالب به اسم المدَّعي، والمعتدي على الحق اسم المدَّعى عليه[2].

أما المصلحة فهي الفائدة والمنفعة التي يرجو رافع الدعوى الحصول عليها، كون هذه المنفعة هي الدافع من رفع الدعوى وتحريكها طبقًا للمبدأ الشائع " لا دعوى بدون مصلحة "[3].

[1] أنظر قانون رقم 08-09 المعدل والمتمم، مصدر سابق.

[2] عبد القادر عدو، مرجع سابق، ص.118.

[3] عبد الرحمان بربارة، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ط2، منشورات بغدادي، الجزائر، 2009، ص.38.

كما اعتبر مجلس الدولة الفرنسي بأن التخصص المهني يعطي لكل شخص طبيعي أو معنوي المصلحة في إبرام العقد[1].

02- شرط وجود قرار إداري جزائي مطعون فيه

قد يتخذ القرار الإداري ذو الطابع الجزائي عدة أشكال، فقد يكون قرارًا صريحًا، وقد يكون إشعار وارد في رسالة خطية[2] من المصلحة المتعاقد، ومن أمثلتنا على ذلك الإعذار الذي تطرقنا إليه سلفًا، والتوجيهات أثناء إعمال سلطة الرقابة والإشراف، وبالتالي نرى بأن شرط القرار الإداري المتضمن جزاء إداري والذي سيطعن فيه بالأوجه المذكورة سابقًا من الشروط الجوهرية التي يُؤَسس عليها الطعن.

03- شرط المحامي

أدرج المشرع الجزائري وجوبية التأسيس بمحامٍ أمام المحاكم الإدارية ومجلس الدولة بموجب قانون الإجراءات المدنية والإدارية قبل التعديل[3]، بحيث يكون التقاضي أمام المحاكم الإدارية بواسطة محامٍ معتمد لدى المحاكم والمجالس القضائية، وبمحامٍ معتمد لدى المحكمة العليا ومجلس الدولة إذا كان النزاع معروض أمام مجلس الدولة، وهو ما قضى به مجلس الدولة في قرار له بتاريخ 25 فيفري 2003[4]،إلاَّ أن التعديل الجديد الذي طرأ على قانون الإجراءات المدنية والإدارية

---

[1] ترجمة لـ: Arrêté de CONSEIL D'ETAT FRANCAIS, de 08 AOUT 2008, A recours N° 234298, Zone de BOURGON,

حيث جاء فيه ما يلي: " إن تخصص الشركتين يكفي لإعطائهما مصلحة في إبرام العقد ".

[2] عبد القادر عدو، مرجع سابق، ص.106.

[3] أنظر المواد 815، 826، من قانون رقم 08-09، المعدل والمتمم، مصدر سابق.

[4] جاء في قرار مجلس الدولة الجزائري رقم 006238، صادر بتاريخ 25 فيفري 2003، ما يلي: " حيث بالرجوع إلى العريضة المقدمة والمسجلة تحت رقم 6238 فإن الطعن رفع من طرف المدعي (ك ك).

وحيث أن هذه العريضة تحمل في نفس الوقت اسم (ك ك) بصفته محامي عن نفسه ".

أعاد النظر في وجوبية التمثيل بمحامٍ أمام المحاكم الإدارية، فأصبحت جوازية، وبالمقابل أبقى على وجوبية التمثيل بمحامٍ أمام المحاكم الإدارية للاستئناف[1] وكذلك أمام مجلس الدولة.

04 – الجهة القضائية المختصة

تشير كل قواعد توزيع الاختصاص بين جهتي القضاء العادي والقضاء الإداري، إلى أيلولة وانتماء منازعات الصفقات العمومية إلى ولاية القضاء الإداري باعتبارها منازعات إدارية، وجاء قانون الإجراءات الإدارية والمدنية الجزائري المعدل والمتمم ليؤكد ويؤيد هذا الانتماء من خلال أحكامه[2].

وبالتالي فإن الدعوى ترفع أمام الجهات القضائية الإدارية متمثلة في المحاكم الإدارية المختصة إقليميا، كجهة تقاضي درجة أولى[3]، وأمام المحاكم الإدارية الإستئنافية كجهة استئناف وتقاضي على درجة ثانية، وكذلك أمام مجلس الدولة بصفته قاضي استئناف في القرارات الصادرة عن المحكمة الإدارية للاستئناف للجزائر العاصمة بخصوص دعاوى إلغاء وتفسير وتقدير

---

[1] أنظر المادة 900 مكرر، من قانون رقم 08-09 المعدل والمتمم، مصدر سابق.

[2] جاء في المادة 800 من قانون رقم 08-09، المعدل والمتمم، مصدر سابق، الآتي: " المحاكم الإدارية هي جهات الولاية العامة في المنازعات الإدارية، باستثناء المنازعات الموكلة إلى جهات قضائية أخرى.

تختص المحاكم الإدارية بالفصل في أول درجة، بحكم قابل للاستئناف في جميع القضايا التي تكون الدولة أو الولاية أو البلدية أو إحدى المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية أو الهيئات العمومية الوطنية والمنظمات المهنية الوطنية طرفًا فيها ".

لقد جاء هذا النص كتكريس للمعيار العضوي في النظام القضائي الجزائري محدد لطبيعة عقود الصفقات العمومية كأصل عام وبامتياز، وجاءت المادة 09 من قانون رقم 23-12، مصدر سابق، لتكمل هذا التكريس وبدرجة أقل نجد التشريع الجزائري اعتمد على المعيار الموضوعي لاعتبار الصفقة العمومية عقدا من العقود الإدارية.

[3] أنظر المادة 815 من المصدر نفسه، والمادة 31 من قانون عضوي رقم 22- 10، مؤرخ في 09 جوان 2022 يتعلق بالتنظيم القضائي، ج.ر.ج.ج، عدد 41، صادر في 16 جوان 2022، وكذا المادة 10 من مرسوم تنفيذي رقم 98- 356 مؤرخ في 14 نوفمبر 1998، يحدد كيفيات تطبيق أحكام القانون رقم 98- 02، ج.ر.ج.ج عدد 85، صادر في 15 نوفمبر 1998 الملغى.

مشروعية القرارات الإدارية الصادرة عن السلطات الإدارية المركزية والهيئات العمومية الوطنية والمنظمات المهنية الوطنية[1].

05 – شرط الميعاد

يعد شرط الميعاد من الشروط الجوهرية في مجال الطعون الإدارية، وذلك نظرًا لكون القرارات المتضمنة فرض جزاءات إدارية قابلة للتحصين بعد فوات آجال الطعن فيها، وبذلك تصبح بمنأى عن مجال الرقابة عليها.

بالنسبة لآجال رفع الطعن نجد أن تنظيمات الصفقات العمومية جميعها تكلمت عن آجال الطعون المتعلقة بإجراءات ومرحلة الإبرام فقط دون مرحلة التنفيذ[2].

على الرغم من أن المشرع الجزائري لم يحدد آجال الطعن في القواعد الخاصة، إلاَّ أن ذلك لا يمنع المتعاقد من إتباع القواعد العامة[3]، وبالرجوع إلى أحكام القانون رقم 08-09 المعدل والمتمم نجده قد فصل في آجال الطعن الإداري وحددها بأربعة أشهر (04) إبتداءً من تاريخ التبليغ الشخصي بنسخة من قرار الجزاء الإداري[4].

---

[1] أنظر المادة 10 من قانون عضوي رقم 98-01، مؤرخ في 30 ماي 1998، يتعلق بتنظيم مجلس الدولة وسيره واختصاصاته، ج.ر.ج.ج عدد 37، صادر في 01 جوان 1998، المعدل والمتمم بالقانون العضوي رقم 22-11، مؤرخ في 09 جوان 2022، ج.ر.ج.ج عدد 41، صادر في 16 جوان 2022، وكذا المادة 902 من قانون رقم 08-09 المعدل والمتمم، مصدر سابق.

[2] أنظر المادة 82 من مرسوم رئاسي رقم 15-247، مصدر سابق.

[3] عبد القادر محفوظ، مرجع سابق، ص.115.

[4] جاء في المادة 829 من قانون رقم 08-09 المعدل والمتمم، مصدر سابق، الآتي: " يحدد أجل الطعن أمام المحكمة الإدارية بأربعة (4) أشهر، يسري من تاريخ التبليغ الشخصي بنسخة من القرار الإداري الفردي... "، كما جا في المادة 830 من نفس القانون: " ... يعد سكوت الجهة الإدارية المتظلم أمامها عن الرد خلال شهرين (02) بمثابة قرار بالرفض ويبدأ هذا الأجل من تاريخ تبليغ التظلم...".
يفهم من هذا النص بأن أجل رفع الطعن الإداري يكون خلال الشهرين الموالية لتاريخ التبليغ الشخصي بقرار الجزاء الإداري، كما تحسب الآجال كاملة.

06- توفر شرط الجدية

ينعقد هذا الشرط بمجرد المساس بحقوق المُدَّعي وتعرضها للضرر، مما يجعل مركزه أسوأ مما كان عليه[1] أي أن هذا المساس من شأنه أن يُعرِّض حقوق المُدَّعي للضياع ويصعب عليه تداركها إذا لم يلجأ إلى القضاء للمطالبة باسترجاعها.

كما نرى نحن بأن هذا الشرط، من بين الشروط التي تُؤسس عليها الدعوى كونه يُعبِّر عن نية المدعي في اللجوء إلى القضاء للمطالبة بحقه الضائع.

يعد شرط الجدية من ابتكار وصنع القضاء الفرنسي ابتداءً من سنة 1938، من خلال قرار مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ 12 نوفمبر 1938، في قضية اشترط فيها توافر الطبيعة الجدية[2].

أيضًا تم تبني هذا الشرط من المشرع الجزائري بمقتضى قانون الإجراءات المدنية والإدارية[3].

ثانيًا: اختصاص القاضي في دعوى الإلغاء

المسلم به في رقابة القضاء الإداري على القرارات التي تتضمن جزاءات إدارية لا تتوقف عند حد الإلغاء فقط بل قد تمتد إلى رقابة مشروعيتها ومدى ملاءمتها للظروف المحيطة بها أثناء إصدارها.

وبالتالي بإمكان القاضي أن يمدد اختصاصه لدرجة بحث الوقائع والبواعث والأسباب المؤدية إلى القرار الجزائي، وبصورة أخرى على القضاء أن يدرس القرارات الجزائية من حيث مدلى مشروعيتها وملاءمتها للوقائع، لذلك نجد القاضي في هذا الشأن له سلطات واسعة، لذلك سنتطرق

---

[1] أمينة غنِّي، قضاء الاستعجال في المواد الإدارية، دار هومة، الجزائر، 2014، ص.260.

[2] أنظر في ذلك لحسين بن الشيخ آث ملويا، المنتقى في قضاء مجلس الدولة، الجزء الثاني، ط3، دار هومة، الجزائر، 2008، ص.79.

[3] أنظر المادة 912 من قانون رقم 08-09 المعدل والمتمم، مصدر سابق.

إلى رقابة المشروعية على قرار الجزاء الإداري (01)، ثم رقابة الملاءمة على قرار الجزاء الإداري (02).

01 – رقابة المشروعية على قرار الجزاء الإداري

يستوجب على الإدارة المتعاقدة أن تحترم النصوص القانونية النافذة، وأن تلتزم بها في جميع تصرفاتها والتي من بينها القرارات المتضمنة فرض جزاءات إدارية، دون أن تحيد عنها أو تخالفها وهذا ما يسمى بمبدأ المشروعية، ولهذا المفهوم صلة بفكرة الأعمال والتصرفات الإدارية التي تخضعها الدولة للقانون[1].

وعلى الرغم من أن هذا المبدأ يلزم الإدارة المتعاقدة بالخضوع للنصوص القانونية من أجل حماية حقوق المتعاقدين معها وحرياتهم من تعسفها، إلاَّ أن ذلك لا يعد مطلقًا وصارمًا وهو الأمر الذي يؤدي إلى عرقلة سير مرافقها، وبالتالي من هذا المنطلق يعطيها حق إلغاء أو تعديل القرارات الإدارية المخالفة للقانون أو غير الملائمة له[2].

أما إذا تم اللجوء إلى القضاء وتبين للقاضي بأن القرار المطعون فيه غير مشروع، فإنه يحكم مباشرة بإلغائه أو التعويض عنه دون أن يحل محل الإدارة المتعاقدة[3]، ولذلك يجب على المصلحة المتعاقدة أثناء إصدار قرار يتضمن فرض جزاء إداري أن تتحقق من هذه التصرفات وأن تمارسها في حدود القانون، وإلاَّ أُعد هذا القرار مشوبا بعيوب المشروعية التي يستوجب الطعن فيها بالإلغاء لعدم المشروعية، والتي سنتطرق إليها بنوع من الإيجاز فيما يلي:

[1] نجم عليوي خلف، مرجع سابق، ص.210.
[2] رشا محمد جعفر الهاشمي، مرجع سابق، ص.136.
[3] المرجع نفسه، ص.136.

أ- عيب الاختصاص

يعد عيب الاختصاص في مجال القرارات الإدارية من أسبق الأسباب المؤدية إلى الإلغاء التي ظهرت في القانون الفرنسي وذلك نظرا لتجلي هذا العيب أثناء مباشرة التصرفات الإدارية[1] من جهة ولطالما تعلق عيب الاختصاص وارتبط بالنظام العام من جهة أخرى، وهذا حسب ما أكدته محكمة القضاء الإداري المصري في حكم لها[2].

ويقصد بالاختصاص القدرة والصلاحية القانونية التي تتمتع بها الجهة الإدارية مصدرة القرار أثناء زمان محدد وفي مكان محدد[3].

أما بالنسبة لعيب عدم الاختصاص فيقصد به عدم القدرة القانونية لمباشرة تصرف قانوني معين[4].

وعليه يجب على الجهة المختصة بإصدار القرارات أن لا تتنازل عن اختصاصها أو تفويضه لصالح جهة أخرى إلاَّ بنص يجيزه، كما لا يجوز الاتفاق على مخالفته باعتباره من النظام العام[5].

---

[1] طعيمة الجرف، رقابة القضاء لأعمال الإدارة العامة- قضاء الإلغاء، دار النهضة العربية، القاهرة، 1984، ص.240.

[2] جاء في حكم محكمة القضاء الإداري المصري، صادر في 27 جانفي 1957، الآتي: " ... ولذلك فإن هذا العيب (ويقصد به عيب الاختصاص) لا يزال حتى اليوم هو الوجه الوحيد من أوجه الإلغاء الذي يتعلق بالنظام العام "، أشار إليه: سليمان محمد الطماوي، سليمان محمد الطماوي، دروس في القضاء الإداري، دار الفكر العربي، القاهرة، 1976، ص.196.

[3] ماجد راغب الحلو، القرارات الإدارية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2009، ص.117.

[4] محمد رفعت عبد الوهاب، أصول القضاء الإداري، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2011، ص.135.

[5] ويترتب على عدم التقيد بعنصر الاختصاص وعدم مراعاته أن القاضي بإمكانه ومن تلقاء نفسه أن يحكم حتى ولو لم تتم إثارة هذا العيب من قبل الخصوم كونه من النظام العام، أنظر في ذلك: نجم عليوي خلف، مرجع سابق ص.212.

لعيب عدم الاختصاص في إصدار المصلحة المتعاقدة للقرارات التي تتضمن توقيع جزاءات إدارية صورتين، فيكون عيب الاختصاص على درجة من البساطة كما قد يكون على درجة من الجسامة.

أ-01- عيب عدم الاختصاص البسيط

نكون بصدد عيب عدم الاختصاص البسيط إذا كان القرار المتضمن جزاء إداري صادر عن الإدارة المتعاقدة والتي تجاوزت فيه نطاق اختصاصها الموضوعي الذي لم لها المشرع سلطة التقرير فيه، أو تجاوزت نطاق الاختصاص المكاني الذي ينعقد بمجرد صدور هذا القرار خارج حدود الإدارة المتعاقدة، أو تجاوزت هذه الأخيرة الاختصاص الزماني[1]، حيث يتحقق هذا التجاوز في حالة إذا ما أصدرت المصلحة المتعاقدة هذا القرار والمتضمن توقيع الجزاء خارج آجال تنفيذ العقد أو صدوره بعد المدة التي حددها لها المشرع.

أ - 02- عيب عدم الاختصاص الجسيم

نكون أمام عيب عدم الاختصاص الجسيم إذا تم الاعتداء على هذا الاختصاص الذي يعد أصيلاً بالنسبة للمصلحة المتعاقدة، فهي التي تختص بإصدار القرارات التي تتضمن فرض جزاءات إدارية، كأن يتم الاعتداء على هذا الاختصاص من طرف السلطة القضائية، وهو ما يعد انتهاكا صارخًا لخاصية التنفيذ المباشر التي تتمتع بها المصلحة المتعاقدة في إصدار وتنفيذ قراراتها.

[1] عبد العزيز عبد المنعم خليفة، دعوى التعويض الإداري في الفقه وقضاء مجلس الدولة، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2009، ص ص.186 و 187.

ب- عيب الشكل

يتمثل شكل القرار الإداري المتضمن توقيع جزاء في المظهر الخارجي الذي يستوجب أن تراعيه المصلحة المتعاقدة والتزامها بالشروط والإجراءات الشكلية أثناء إصداره[1].

أما عيب الشكل فيقصد به عدم احترام ومراعاة المصلحة المتعاقدة للشروط الشكلية التي يستوجب أن تتقيد بها أثناء إصدار القرارات المتضمنة لجزاءات ، كأن لا تحترم نصوص العقد مثلاً والتي تُلزمها بإتباع شكل معين في حالة فرض الجزاء[2]، وبالتالي فإن أي خروج للمصلحة المتعاقدة عن هذه الشكلية من شأنه أن يعفي المتعاقد معها من الجزاء المفروض عليه.

ج- عيب السبب

يُعرَّف سبب القرار الجزائي على أنه جميع الوقائع سواء كانت مادية أو قانونية التي سبقت هذا القرار وأدت بالمصلحة المتعاقدة إلى إصداره.

أما عيب السبب فهو عدم مشروعية وعدم صحة الوقائع المادية والقانونية التي استندت إليها المصلحة المتعاقدة أثناء إصدار القرار الجزائي، كما قد يكون التكييف الخاطئ وغير الصحيح للوقائع من قبل المصلحة المتعاقدة أثناء توقيع الجزاءات من شأنه أن يدخلها في دائرة عدم المشروعية لعيب السبب[3].

د- عيب مخالفة القانون

ويقصد بهذا العيب خروج وحياد المصلحة المتعاقدة عن القواعد والأحكام القانونية التي وضعها لها المشرع أثناء قيامها بإصدار الجزاءات الإدارية[4].

---

[1] رشا محمد جعفر الهاشمي، مرجع سابق، ص.146.

[2] نجم عليوي خلف، مرجع سابق، ص.214.

[3] المرجع نفسه ، ص.216.

[4] المرجع نفسه، ص.219.

هـ- عيب الانحراف بالسلطة

هذا العيب له علاقة مباشرة بعنصر الهدف والغاية التي تتميز بها القرارات الإدارية، ويقصد بهذا العيب أن تستهدف المصلحة المتعاقدة من إصدار هكذا نوع من القرارات غاية غير تلك المتعلقة بالمصلحة العامة أو تنحرف عن الهدف الذي رسمه وحدده القانون لها[1].

02 - رقابة الملاءمة على قرار الجزاء الإداري

إن الأصل العام في تصرفات الإدارة المتعاقدة أنها تخضع للسلطة التقديرية التي تتمتع بها، فهي الوحيدة التي تستطيع أن توازن بين الوقائع المكونة لسبب إصدار القرار الجزائي مع درجة خطورته، ما دامت لم تتعسف في استعمال سلطتها مع المتعاقد معها، وبالتالي فالقرارات الصادرة عنها لا تحتاج لتدخل من القضاء[2].

لكن في حالة ما أخطأت المصلحة المتعاقدة وتعسفت في القرارات المتضمنة توقيع جزاءات إدارية، فما هو مآل هذه القرارات التي بإمكانها أن تهز بالمركز القانوني للمتعاقد معها وتؤثر عليه خاصة من الناحية المالية؟

في هذه الحالة يستوجب على القضاء التدخل والتصدي لهذه التصرفات، لفحص مدى ملاءمتها وتناسبها مع الظروف والاعتبارات المحيطة بها من حيث المكان والزمان، كون رقابة القضاء هي الضمانة الحقيقية للمتعاقد في مواجهة أعمال الإدارة.

لذلك فإن رقابة القضاء على أعمال الإدارة واسعة جدًا، كون أنها تتعدى رقابة مشروعية القرارات المتضمنة فرض جزاءات كما بيَّناه سابقًا لتمتد أيضًا إلى رقابة الملاءمة.

---

[1] نجم عليوي خلف، مرجع سابق، ص.222.

[2] المرجع نفسه، ص.225.

تتمثل الملاءمة في الرقابة على البواعث والوقائع التي أدت ودفعت بالإدارة إلى إصدار القرار فيتجلى دور القضاء في تقدير الخطأ الواقع والمرتكب من المتعاقد ومدى تناسبه مع الجزاء المفروض عليه[1].

ويعد القضاء الإداري الفرنسي مهد فكرة رقابة الملاءمة حيث قطع خطوات كبيرة في هذا الشأن ليتعدى بذلك الرقابة على أعمال الإدارة التي كانت منحصرة في فحص مدى مشروعيتها فقط، لتشمل الرقابة على تقدير الإدارة للوقائع وملاءمة قراراتها للمصلحة العامة، وذلك من خلال ابتكاره لنظريتي (الغلط البين في التقدير)، و(الموازنة بين فوائد وتكاليف القرار الإداري)، وبناءً على هاتين النظريتين أصبح يُلغي مباشرة القرارات الإدارية التي يشوبها غلط بيِّن من الإدارة في تقدير الوقائع[2].

بالنسبة للقضاء الإداري المصري فهو أيضًا أدلى بدلوه في هذا الشأن وأنشأ نظرية (الغلو) والتي مفادها عدم غلو الإدارة في إصدار القرارات، كما توجت هذه النظرية بحكم صادر عن المحكمة الإدارية العليا بمصر في 11 نوفمبر 1961، مفاده التأكد ومراقبة ملاءمة القرار الجزائي المفروض وعدم غلو الإدارة في فرضه[3].

ترى الأستاذة سعاد الشرقاوي في هذا الشأن بأن فكرة الملاءمة نسبية كونها مكملة لرقابة المشروعية، لذلك فإن هاتين الفكرتين ليستا بمتناقضتين، ففحص مشروعية قرار لا تكون إلاَّ على

---

[1] رشا محمد جعفر الهاشمي، مرجع سابق، ص.186.

[2] PROSPER Weil, Le droit administratif, PARIS, 1964, P.92.

[3] نقلا عن: ماهر صالح علاوي الجبوري، " غلط الإدارة البيِّن في تقدير الوقائع معياره ورقابة القضاء عليه "، مجلة العلوم القانونية، مجلد 9، عدد 2، 1990، ص.188.

أساس مجموعة من القواعد القانونية، وتقدير ملاءمة هذا القرار تكون وفقًا لمجموعة من البواعث والعوامل الواقعية[1].

ويرى الأستاذ سليمان الطمَّاوي بأنه في حالة سحب الإدارة المتعاقدة للعمل من المقاول وتم اللجوء إلى القضاء، فإن رقابة هذا الأخير تقع على القرار الجزائي من حيث مشروعيته، كما بإمكان هذه الرقابة أن تتسع لتشمل مدى ملاءمة السحب للأخطاء الصادرة من المقاول، كون القضاء يملك سلطات واسعة في هذا المجال وأن الإدارة المتعاقدة تمارس سلطة توقيع الجزاء وهي ليست في منأى عن رقابة القضاء[2].

بناءً على ما سبق يتضح لنا بأن الملاءمة هي اتخاذ الإدارة المتعاقدة للإجراء الذي يتناسب مع خطورة الخطأ الصادر من المتعاقد معها وفقًا للقوانين المعمول بها كي تواجه بها الوقائع والظروف التي تم أثناءها الخطأ[3].

ولكي تحقق الإدارة المتعاقدة التناسب بين الجزاء الموقَّع والخطأ المنسوب للمتعاقد معها وحتى تكون بعيدة وفي منأى عن رقابة الملاءمة من القضاء يستوجب أمرين أساسيين:

أ- الالتزام بحدود المعقول أثناء توقيع الجزاء[4]

وذلك بإقامة موازنة بين خطورة الخطأ على المصلحة العامة، والجزاء المفروض على المتعاقد معها والذي بإمكانه أن يهز بمركزه القانوني في العقد.

---

[1] سعاد الشرقاوي، الوجيز في القضاء الإداري، ج1، دار النهضة العربية، القاهرة، 1981، ص.100.

[2] سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، دار الفكر العربي، مرجع سابق، ص ص.479 و 485.

[3] نجم عليوي خلف، مرجع سابق، ص.226.

[4] محمد باهي أبو يونس، مرجع سابق، ص.115.

ب- الالتزام بعدم فرض جزاءات متعددة على المخالفة الواحدة

ومفاد هذا الالتزام هو امتناع الإدارة المتعاقدة عن معاقبة المتعاقد معها لأكثر من مرة عن الفعل والخطأ الواحد كون ذلك يعد إفراط في العقاب[1].

يجدر بنا الإشارة في هذا الصدد بأن القاضي من خلال ممارسة رقابة الملاءمة، فهو يراقب الجزاء المفروض إن تجاوزت فيه المصلحة المتعاقدة للحد المعقول، كما يراقب مدى الاختلال وعدم التناسب بين الجزاء وحجم الخطأ والمخالفة.

[1] محمد باهي أبو يونس، مرجع سابق، ص.121.

الخاتمة

من خلال دراستنا لسلطة المصلحة المتعاقدة في ممارسة سلطة توقيع الجزاءات في الصفقة العمومية، وباعتبار أن هذه الأخيرة تعد من أهم الأعمال التي ترتبط ارتباطًا وثيقًا بسير المرافق العامة للدولة، وتلبية الحاجيات العامة، وهذا بعد إبرامها وفقًا لإجراءات قانونية تم النص عليها في مختلف القوانين والتنظيمات التي تحكمها، سواء التي ألغيت أو حتى القانون رقم 23-12، المحدد للقواعد التي تحكمها، والذي يعد القانون ساري المفعول في الدولة الجزائرية.

نظرًا لكون عقد الصفقة العمومية من العقود الإدارية، فمن الميزات التي ينفرد بها، ولا نجد لها مثيل في العقود الخاصة، هو ما تتمتع به المصلحة المتعاقدة من سلطات استثنائية غير مألوفة في أحكام القانون الخاص، خاصة في مرحلة تنفيذ الصفقة العمومية، تتجلى أخطرها على الإطلاق في سلطة توقيع الجزاءات التي تهدف من خلالها المصلحة المتعاقدة للمحافظة على استمرار مرافقها في تقديم الخدمة العمومية بما يخدم المصلحة العامة من جهة، والمحافظة على المال العام من الهدر وترشيده وحوكمته من جهة أخرى.

سَعَينا من خلال دراستنا هذه لإثبات هدفنا الأساسي، وهو تسليط الضوء على هذه السلطة وتأكيد أحقية المصلحة المتعاقدة وقدرتها على ممارستها وفرضها على المتعاقدين معها خلال مرحلة تنفيذ الصفقة العمومية، ولقد تجسدت هذه الأحقية ومنحت للمصلحة المتعاقدة وفقًا لمعايير تم وضعها من قبل رجال الفقه والقضاء الإداريين، وذلك رغم الاختلاف الواقع بين الفقهاء في تحديد وضبط المعايير التي تبنى عليها هذه السلطة، إذ منهم من أسَّس لهذه السلطة وفقًا لمعيار السلطة العامة، كون الامتيازات الممنوحة للمصلحة المتعاقدة باعتبارها إدارة عامة، ولها من السلطة ما يجعلها مؤهلة لتوقيع الجزاءات الإدارية، ومنهم من يرى بأن سلطة توقيع الجزاءات نابعة من فكرة احتياجات المرافق العامة، خاصة ما تعلق باستمراريتها وانتظامها في تقديم الخدمة العمومية،

وهو الهدف الذي تسعى المصلحة المتعاقدة إلى تحقيقه من خلال إبرام عقود الصفقات العمومية، دون أن ننسى الدور الكبير الذي لعبه القضاء الفرنسي من خلال لمه شمل التشتت والتخبط الحاصل آنذاك عندما غُيِّب وسُرق اختصاص التنفيذ المباشر للجزاء من الإدارة العامة، حيث عمل القضاء الإداري الفرنسي على إعادة الاختصاص لأهله.

تطرقنا كذلك لتوضيح وتأطير هذه السلطة من خلال طرق مختلف القوانين والتنظيمات التي مرت على الصفقات العمومية سواء في النظام القانوني الجزائري أو الأنظمة الأجنبية، كما بيَّنا في دراستنا هذه النظام الاستثنائي للجزاءات الإدارية والذي يجعلها مميزة ومختلفة عن الجزاءات المدنية والجنائية من حيث خاصيتي التنفيذ المباشر والتلقائية التي تنفرد بهما الجزاءات الإدارية دون غيرها من الجزاءات الأخرى.

تناولنا أيضًا بإسهاب لأوجه العلاقة بين سلطة توقيع الجزاءات وباقي السلطات التي تتمتع بها المصلحة المتعاقدة في مجال الصفقات العمومية والنظام الاستثنائي وغير المألوف الذي يحكمها سواءً أوجه التشابه أو أوجه الاختلاف، كونهم لهم أساس قانوني موحد، كما أن هذه السلطات تعد نابعة من قبيل النظام العام.

تبين لنا بجلاء ووضوح بأن مرحلة تنفيذ الصفقة العمومية هي أهم مرحلة تتجلى فيها طبيعة المصلحة المتعاقدة الامتيازية والسلطوية حتى تُوقع الصور المختلفة للجزاءات، والتي تناولناها بتفصيل كبير كونها موضوع دراستنا هذه، معتمدين على أسلوبي التحليل والمقارنة بين ما جاء به التنظيم الجزائري والأنظمة الأجنبية المقارنة، من خلال تعريف صور هذه الجزاءات وتأصيلها القانوني، وكذا ضوابط وشروط فرضها وحالاتها، كما بينَّا مدى مساهمتها في ضمان الانتظام في المرافق العامة للدولة واستمراريتها في تقديم الخدمة العمومية المرجوة من عقود الصفقات العمومية،

بالإضافة إلى حماية المال العام من التبديد، باعتبار عقود الصفقات العمومية مجال واسع تكون معرضة فيه للفساد في أي مرحلة من مراحلها.

وعلى الرغم من الامتيازات الممنوحة للمصلحة المتعاقدة، خاصة أحقيتها في توقيع الجزاءات على المتعاقد المُخِل، إلاَّ أن ذلك لا يجعلها في منأى عن رقابة مشروعية أعمالها، فهي أثناء محافظتها على المصلحة العامة، قد تتعسف أحيانًا وتخرج عن نطاق المشروعية والقانون، وهو ما يؤدي إلى سلب حقوق المتعاقدين معها وإثقال كاهلهم بأعباء والتزامات غير مشروعة، مما يجعل تنفيذ عقد الصفقة العمومية صعب، وأحيانًا يجعل تنفيذه مستحيل، وبالتالي يستوجب أن تكون ضمانات للمتعاقدين مع الإدارة تجعل من احتمالية تأثر مراكزهم ضئيلة جدًا، مقارنة بالجزاءات المفروضة عليهم.

لذلك كان الفضل لكل من القضاء والتشريع في إرساء هذه الضمانات التي تُمَكِّن المتعاقدين مع الإدارة من تسوية النزاعات القائمة بينهم وبينها عند تنفيذ الصفقة العمومية، بطريقة ودية عن طريق الطعن أمام اللجان المختصة، أو عن طريق التحكيم في الحالات التي نص عليها القانون كما اعترف القانون للمتعاقد مع الإدارة كذلك بحق اللجوء إلى القضاء لاقتضاء حقوقه وفقًا للدعاوى التي أقرَّها القانون.

بعد هذه الدراسة المتواضعة لهذا الموضوع – والتي تدع المجال للبحث باستمرار في هذا الخصوص– توصلنا إلى النتائج الآتية:

بعد التطرق للآراء الفقهية والاجتهادات القضائية التي قيلت بشأن سلطة المصلحة المتعاقدة في توقيع الجزاءات في الصفقة العمومية، وكذلك بعد التحليل اليسير للنصوص القانونية التي أسَّست لهذه السلطة، فإن حق المصلحة المتعاقدة في توقيع الجزاءات معترف به، من أغلب رجال الفقه والقضاء، كما أنه من الحقوق الثابتة في حالة ما إذا تم النص عليه في العقد أو لم يتم النص

عليه، باعتبار أنه مؤسَس على مقتضيات المرافق العامة كونها متصلة بالعقد الإداري بصفة مباشرة ونظرًا لما تتمتع به المصلحة المتعاقدة من امتيازات السلطة العامة، ما يجعلها متفوقة على المتعاقد معها، وهو ما يؤدي إلى عدم تحقيق المساواة بين طرفي العقد دون أن يحتج المتعاقد معها بقاعدة القوة الملزمة للعقد أو مبدأ " العقد شريعة المتعاقدين "، التي نجد لها جذور في أحكام العقود الخاصة.

على الرغم من أن المصلحة المتعاقدة تمارس سلطة توقيع الجزاءات بصورها المختلفة من غرامات للتأخير، مصادرة مبالغ الضمان والتأمين، سحب العمل من المقاول، وقد تصل إلى حد فسخ وإعدام عقد الصفقة العمومية، إلاَّ أن هذه الجزاءات تمارس تحت طائل الضوابط والقيود والشروط التي تم وضعها من قبل القضاء والتشريع، كشرط الإخلال أو الخطأ الجسيم من المتعاقد ومفاد ذلك أن سلطة توقيع الجزاءات من أخطر السلطات التي تنفرد بها المصلحة المتعاقدة، ولا يحق لها أن تتنازل عنها أو تفوضها لجهة إدارية أخرى باعتبارها من صميم النظام العام، كما أنها تستهدف المصلحة العامة من ممارستها.

أقرت مختلف التشريعات الأجنبية لاسيما الفرنسية والمصرية هذه السلطة بمختلف صورها، وكذلك المشرع الجزائري الذي أفرد لها مجموعة من الشروط والأحكام في نختلف القوانين والتنظيمات، والذي يدل على حرص المشرع الجزائري على إخضاع هذه السلطة لمجال رقابة المشروعيةا، وما تخلفه من آثار خطيرة على المتعامل المتعاقد أو على انتظام سيرورة المرافق العامة للدولة إذا ما خالفت المصلحة المتعاقدة شروط وإجراءات توقيعها.

أيضًا ما لفت نظرنا هو أن سلطة توقيع الجزاءات باعتبارها من صميم وقبيل النظام العام فهي تثار وتوقع حتى ولو لم يتم النص عليها في العقد أو دفاتر الشروط.

يضاف إلى ما سبق، وأنه على الرغم من الكم الذي لا بأس به للنصوص القانونية التي تجيز هذه السلطة وهذا الحق للمصلحة المتعاقدة في فرضه، إلاَّ أن هذه النصوص عالجت الجزاءات المالية والجزاءات الفاسخة فقط دون التطرق إلى الجزاءات الضاغطة، وهو ما يعد قصور تشريعي من شأنه أن يفتح مجال التحجج من قبل المتعاقدين بعدم مشروعية الجزاء الضاغط كونه لم يضبطه المشرع بنصوص قانونية في قوانين وتنظيمات الصفقات العمومية.

كذلك بالنسبة للجزاء الفاسخ كقناعة شخصية منا نراه أخطر آلية وجزاء في مواجهة المتعامل المتعاقد، إذا تمت مقارنته بالجزاءات الأخرى، وما يرتبه من آثار قد تصل إلى حد الإقصاء النهائي من المشاركة في الصفقات العمومية على المستوى الوطني، ووضع المتعامل المتعاقد في القائمة السوداء للمتعاملين في مجال الصفقات العمومية، بالإضافة إلى اقتضاء التعويض في حالة الإخلال الجسيم أثناء التنفيذ، وهو ما يضع حد ويعدم الحياة المهنية للمتعامل المتعاقد.

يعد الإعذار أيضًا من الضمانات الأساسية المقررة من قبل القضاء والتشريع لفائدة المتعاقد، وهو ما يكسبه مدة زمنية إضافية وقد تكون كافية لتدارك الإخلال الذي مس الصفقة.

رأينا أيضًا إجراء مهم جدًا من شأنه أن يتفادى بواسطته المتعامل المتعاقد عقوبة أو غرامة التأخير، وهو إجراء توقيف الأشغال والهدف منه تعطيل وتوقيف المدة الزمنية وآجال تنفيذ العقد لفترة يتم تحديدها حسب الظروف المحيطة بالصفقة العمومية التي تبرر هذا التوقيف.

على الرغم من تنوع وتعدد الجزاءات الإدارية التي توقَع على المتعاقد مع المصلحة المتعاقدة في حالة إخلاله بالتزاماته التعاقدية، إلاَّ أن ذلك ليس بسلطة مطلقة بيد المصلحة المتعاقدة تتعسف بها متى شاءت، حيث أقرَّ كل من القضاء والقانون مجموعة من الضمانات كي يواجه بها المتعاقد غلو وتعسف المصلحة المتعاقدة، تطرقنا لها بعنوان القيود الشكلية والموضوعية على سلطة توقيع الجزاءات، بدءً بضابط تسبيب قرار الجزاء الإداري والدفاع والمواجهة مرورًا إلى ضابطي انعقاد

الاختصاص وتناسب الجزاء مع المخالفة المرتكبة، حيث لهم الأثر البالغ على التصرفات القانونية للمصلحة المتعاقدة في مرحلة تنفيذ الصفقة العمومية، ولا بد من توافرها نظرًا لما تضفيه من هامش للشفافية على المعاملات التعاقدية، كما من شأنها أن تكون جسرًا للثقة بين المصلحة المتعاقدة والمتعاقدين معها، وأن تجعل مركز وسمعة المصلحة المتعاقدة في منأى عن شبهات الفساد الإداري.

أقرَّ التشريع كذلك ضمانة أساسية من شأنها أن تكفل وتحمي حقوق المتعاقدين من الضياع ألا وهي تسوية النزاعات الناشئة بينهما بطريقة ودية، أو عن طريق التحكيم دون اللجوء إلى التسوية القضائية التي تتسم بطول الإجراءات في التقاضي وبطئها، وهو ما يفتح المجال لضياع حقوق المتقاضين.

ويظهر من خلال هذه النصوص التي تحكم التسوية الودية والتحكيم وضوح نية المشرع الجزائري وحرصه على حماية المشاريع التنموية للدولة من التعطل، وحماية المال العام من جهة، وقطع الطريق أمام التسوية القضائية التي يغلب عليها روتين بطء الإجراءات وتعقيدها من جهة أخرى وبالتالي أقرَّ لها إجراءين جوهريين وهما الطعن أمام لجنة التسوية الودية للنزاعات وإجراء التحكيم.

بالإضافة إلى الضمانات السابقة، منح المشرع المتعاقدين ضمانة أخرى، وهي التسوية القضائية، وتتم باللجوء إلى الجهات القضائية المختصة لمخاصمة القرارات الإدارية التي تتضمن فرض جزاءات، وتكون محلا للطعن فيها إذا كانت مشوبة بعيوب المشروعية، سواء أمام القضاء الكامل إذا كانت تقتضي التعويض أو الحصول على مبالغ مالية، أو فسخ عقد الصفقة العمومية أو أمام قضاء الإلغاء والذي يستوجب وضع حد للقرار غير المشروع بإلغائه.

الخاتمة

فضلاً عن النتائج المتوصل إليها، وإثراءً لهذا الموضوع، يمكن أن نقدم مجموعة من التوصيات والاقتراحات التي من شأنها أن تكون إضافة نوعية للموضوع وهي كالآتي:

على الرغم من أن حق المصلحة المتعاقدة يعد ثابتًا ومكرسًا فقهًا وقضاءً، حتى ولو لم يتم النص عليه في العقد باعتباره من صميم النظام العام، إلاَّ أنه كان من الأحسن على المشرع الجزائري أن يسهب وأن يكون سخيًا ويعطي حق هذه السلطة بكم هائل من المواد للتفصيل في كل صورة جزاءٍ على حدا بحكم تعدد الجزاءات وتنوعها.

بالرجوع إلى مختلف القوانين والتنظيمات المتعلقة بالصفقات العمومية نجد بأن المشرع الجزائري أغفل النص على الجزاءات الضاغطة ولم يتطرق إليها سواءً بنصوص صريحة أو على شكل إحالة، من نص إلى نص من نفس القانون، أو حتى من قانون إلى قوانين أخرى، كما هو الحال بالنسبة للتشريعات المقارنة، وهو ما لا نجد له أثرًا لتطبيق هذه الجزاءات في الواقع العملي وبالتالي نرى بأن تدارك مثل هكذا قصور وثغرات ضرورة مُلِحة يفرضها الواقع العملي.

نص المشرع الجزائري على العقوبات المالية التي تفرض على المتعاقد المُخِل أو المتأخر في تنفيذ الالتزامات التعاقدية في المادة 84 من قانون الصفقات العمومية الجزائري، ولم ينص على شروط وضوابط فرضها وتوقيعها، ولم يتطرق أيضًا إلى كيفية حسابها، وأرجع مسؤولية ذلك إلى المصلحة المتعاقدة التي تقمصت دور الاجتهاد في فرضها أو الإعفاء منها، وهو ما يفتح مجال للتلاعب فيها، والذي من شأنه أن يسهم في هدر المال العام، لذلك كان حريًا به أن يحدد هذه الجزاءات وكيفية حسابها وفرضها وحتى حالات الإعفاء منها بموجب نصوص تقنينية لها حتى يقطع الطريق عن كل من له نية سيئة في هذا المجال على غرار التشريعات الأجنبية والمقارنة.

لم يتطرق المشرع الجزائري سواءً في القوانين الملغاة أو حتى التقنين الجديد للصفقات العمومية إلى الحالات التي يُثبت بها الخطأ الجسيم في حالة توقيع الفسخ الجزائي، فاسحًا المجال

للمصلحة المتعاقدة لاستعمال واسع سلطاتها في هذا الشأن، وما قد ينجرُّ عليها من انتهاكات خطيرة للمركز القانوني للمتعاقد وحقوقه، قد تصل إلى إقصائه من المشاركة في الصفقات العمومية بصفة نهائية، لذلك يجب على المشرع أن يتدارك هذه الثغرة ويحدد حالات الخطأ الجسيم بدقة.

ما لفت انتباهنا في هذه الدراسة هو تخصيص تنظيم كامل لنوع واحد من الصفقات وهو صفقات الأشغال، بموجب المرسوم التنفيذي رقم 21-219، المتضمن الموافقة على البنود الإدارية المطبقة على الصفقات العمومية للأشغال، دون أنواع الصفقات الأخرى التي لم يُخَصَص لها أي تنظيم، عكس ما يتطلبه الواقع العملي، وبالتالي تكون المصلحة المتعاقدة في مواجهة إشكالات قانونية في القانون واجب التطبيق خاصة في عقود التوريد وصفقات اللوازم إذا ما أخلَّ المورد بالتزاماته، فهل تلجأ إلى تطبيق أحكام المرسوم التنفيذي رقم 21-219، بإجراءات مكيفة مثلاً وعليه يستوجب على المشرع إعادة النظر من خلال إصدار تنظيمات أخرى تكون مدعمة للسابقة.

لابد من تفعيل آلية التحكيم في تسوية النزاعات، خاصة في صفقات الأشغال التي تمتاز بطول الزمن، كون آلية التحكيم تمتاز بالسرعة في حل النزاعات وبأقل تكلفة ممكنة.

وجود تعارض وإشكال قانوني مثار بشأن المعيار العضوي المحدد للمنازعة الإدارية، بين ما جاءت به المادة 09 من القانون رقم 23-12، والمادة 800 من القانون رقم 08-09 المعدل والمتمم، حيث ضيَّق هذا الأخير مجال الجهات الإدارية التي تؤول منازعاتها إلى القضاء الإداري عكس القانون رقم 23-12، الذي وسَّع مجال إبرام الصفقات العمومية ليمتد حتى إلى المؤسسات العمومية الاقتصادية والمؤسسات العمومية الخاضعة للقواعد التجارية، ومن شأن ذلك أن يزعزع خاصية الأمن والاستقرار القانوني للقاعدة القانونية، لذلك يجب على المشرع التدخل لوضع حد للتعارض الواضح بين المعيار العضوي الوارد في القانون رقم 23-12، والقانون رقم 08-09، بما أنه أخذ بالمعيار العضوي في تحديد منازعة الصفقة العمومية في الكثير من المناسبات.

الخاتمة

ضرورة إعادة النظر في تحديد الاختصاص الموضوعي بالنظر في دعاوى القرارات الإدارية المتضمنة فرض جزاءات، خاصة إذا كانت غير مشروعة،لذلك يجب على المتعاقد أن يرفع دعوى لمخاصمة القرار الإداري غير المشروع قصد إلغائه، وإلاَّ ستسلب منه فرصة التقاضي أمام قاضي الإلغاء، بالإضافة إلى أن التعويض الذي يُقتضى له من قاضي التعويض يكون بعد زوال فرصة التقاضي أمام قاضي الإلغاء، وغالبًا ما يكون هذا التعويض غير عادل وغير جابر للضرر.

أصبح من الضروري إصدار وإفراد نصوص تنظيمية مطبقة لأحكام القانون رقم 23-12 في أسرع وقت ممكن لاستكمال البناء التشريعي في مجال الصفقات العمومية، وتفادي الوقوع في تعارض بين أحكام المرسوم رقم 15-247، وأحكام القانون رقم 23-12.

قائمة المراجع والمصادر

باللغة العربية

أوَّلاً: الكتب

1 – إبراهيم صباح رحيم، معوقات تنفيذ العقود الإدارية وآثارها في تنفيذ العقد، ط1، منشورات زين الحقوقية، بيروت، 2020.

2– أحمد حامد البدري محمد، الضمانات الدستورية للمتهم في مرحلة المحاكمة الجنائية– دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2003.

3– أحمد محيو، محاضرات في المؤسسات الإدارية، ط2، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1979.

4– إسلام ممدوح إسماعيل لبيب، المسؤولية العقدية للسلطة الإدارية في مراحل العقد المختلفة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2023.

5– أشرف عبد الحليم عبد الفتاح عمر، الاعتبار الشخصي وأثره في تنفيذ العقود الإدارية – دراسة تحليلية، سلسلة بحوث، الجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة، السعودية، 2020.

6– أمينة غنِّي، قضاء الاستعجال في المواد الإدارية، دار هومة، الجزائر، 2014.

7– بة يمان جلال حسن، سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري – دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2017.

8– بدوي ثروت، مبادئ القانون الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، 1968.

9– بشار رشيد حسين المزوري، الجزاءات الإدارية العامة، ط1، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، 2024.

10- توركان إبراهيم علي، سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري والرقابة القضائية عليها، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2019.

11- جمال الدين عوض، عمليات البنوك من الوجهة القانونية- دراسة للقضاء المصري والمقارن وتشريعات البلاد العربية، المكتبة القانونية، بيروت، 1993.

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

13- حمدي ياسين عكاشة، العقود الإدارية في التطبيق العملي، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1998.

14- حيدر عدنان صادق، المبادئ والأحكام العامة لإبرام العقد الإداري وتنفيذه – دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2020.

15- خليفة سالم الجهمي، الرقابة القضائية على التناسب بين العقوبة والجريمة في مجال التأديب، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2009.

16- خميس السيد إسماعيل، الأصول العامة والتطبيقية العملية للعقود الإدارية والتعويضات، دار الطباعة الحديثة، القاهرة، 1994.

17- دحو كراش، الملحق في الصفقات العمومية في القانون الجزائري والفرنسي، دار النشر الجامعي الجديد، تلمسان، 2017،

18- رشا محمد جعفر الهاشمي، الرقابة القضائية على سلطة الإدارة في فرض الجزاءات على المتعاقد معها- دراسة مقارنة، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2010.

19- سامال اسكندر محمد الباجلان، سلطات الإدارة والقيود الواردة عليها في العقود الإدارية، ط1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2017.

20- سعاد الشرقاوي، الوجيز في القضاء الإداري، ج 1، دار النهضة العربية، القاهرة، 1981.

21- سليمان محمد الطمَّاوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، دار الفكر العربي، القاهرة، 1991.

22- سليمان محمد الطماوي، دروس في القضاء الإداري، دار الفكر العربي، القاهرة، 1976.

23- سليمان محمد الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، دار الفكر العربي، القاهرة، 2002.

24- سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، دراسة مقارنة، ط5، مطبعة جامعة عين شمس، القاهرة، 2005 .

25- سمية محمد كامل، الشكل في القرارات الإدارية- دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2014.

26- السيد فتوح محمد هنداوي، القاضي الإداري والتوازن المالي في العقود الإدارية- دراسة مقارنة، ط1، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، 2016.

27- سيف سعد مهيدي الدليمي، مظاهر السلطة العامة في تنفيذ العقد الإداري، ط1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2016.

28- شريف يوسف خاطر، القرار الإداري – دراسة مقارنة، دار الفكر والقانون، المنصورة، مصر، 2011.

29- طارق سلطان، سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات على المتعاقدين معها في العقود الإدارية وضوابطها- دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2010.

30- طعيمة الجرف، رقابة القضاء لأعمال الإدارة العامة- قضاء الإلغاء، دار النهضة العربية، القاهرة، 1984.

31- عاطف السعدي محمد علي، عقد التوريد الإداري بين النظرية والتطبيق، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005.

32- عبد الحق غلاب، التحكيم في الصفقات العمومية وفقًا للتشريع الجزائري، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2017.

33- عبد الرحمان بربارة، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ط2، منشورات بغدادي، الجزائر، 2009.

34- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد – نظرية الالتزام بوجه عام مصادر الالتزام، ط3، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2000.

35- عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2007.

36- عبد العزيز عبد المنعم خليفة، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية والدولية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2007.

37- عبد العزيز عبد المنعم خليفة، دعوى التعويض الإداري في الفقه وقضاء مجلس الدولة، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2009.

38- عبد العزيز عبد المنعم خليفة، تنفيذ العقد الإداري وتسوية منازعاته قضاءً وتحكيمًا، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2014.

39- عبد العزيز عبد المنعم خليفة، مسؤولية الإدارة عن تصرفاتها القانونية – القرارات والعقود الإدارية في الفقه وقضاء مجلس الدولة، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2022.

40- عبد القادر عدو، المنازعات الإدارية، ط2، دار هومة، الجزائر، 2014.

41- عبد اللطيف قطيش، الصفقات العمومية تشريعًا وفقهًا واجتهادًا – دراسة مقارنة، ط2، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2013.

42- عبد المجيد فياض، نظرية الجزاءات في العقود الإدارية – دراسة مقارنة، ط1، دار النهضة العربية، 1997.

43- عزالدين كلوفي، نظام المنازعة في مجال الصفقات العمومية، دار النشر جيطلي، برج بوعريريج، 2012.

44- عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، ط3، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2011.

45- عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية طبقًا للمرسوم الرئاسي 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015، القسم الأول، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2017.

46- عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية طبقًا للمرسوم الرئاسي 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015 القسم الثاني، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2017.

47- عمار عوابدي، دعوى تقدير الشرعية في القضاء الإداري، ط2، دار هومة، الجزائر، 2009.

48- عياد أحمد عثمان، مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة 1973.

49- عيد محمد مناحي المتوخ العازمي، الحماية الإدارية للبيئة – دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2009.

50- فضيل كوسة، القرار الإداري في ضوء قضاء مجلس الدولة، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2013.

51- لحسين بن الشيخ آث ملويا، المنتقى في قضاء مجلس الدولة، الجزء الثاني، ط3، دار هومة، الجزائر، 2008.

52- لمياء هاشم سالم قبع، اختلال التوازن المالي في العقد الإداري، دار الكتب القانونية، مصر، 2013.

53- ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية والتحكيم، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2004.

54- ماجد راغب الحلو، القرارات الإدارية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2009.

55- مازن ليلو راضي، النظرية العامة للقرارات والعقود الإدارية، أربيل، العراق، 2010.

56- مجدي الشامي، العقد الإداري بين سلطة التعديل والرقابة القضائية، ط1، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2018.

57- مجدي الشامي، القرارات القابلة للانفصال بين عقود الإدارة ورقابة القضاء، ط1، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2019.

58- محمد إبراهيم حميد السامرائي، الضمانات التأديبية للموظف العام- دراسة مقارنة، ط1، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2017.

59- محمد باهي أبو يونس، الرقابة القضائية على شرعية الجزاءات الإدارية العامة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2000.

60- محمد رفعت عبد الوهاب، أصول القضاء الإداري، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2011.

61- محمد عبد العال السناري، مبادئ وأحكام العقود الإدارية في مجال النظرية والتطبيق، دار النهضة العربية، 2000.

62- محمد فؤاد عبد الباسط، العقد الإداري- المقومات، الإجراءات، الآثار، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2006.

63- محمد ماهر أبو العينين، العقود الإدارية وقوانين المناقصات والمزايدات، إبرام العقد الإداري الجزء الأول، دار الكتب القانونية، مصر، 2004.

64- محمود حلمي، العقد الإداري، ط1، دار الفكر العربي، القاهرة، 1977.

65- محمود خلف الجبوري، العقود الإدارية، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2010.

66- محمود علي رحمه، السلطة التقديرية والشروط التعسفية لصاحب العمل في إنهاء وتعديل عقد العمل – دراسة مقارنة، ط1، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، مصر، 2017.

67- مطيع علي محمود جبير، العقد الإداري بين التشريع والقضاء، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006.

68- مفتاح خليفة عبد الحميد، إنهاء العقد الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2007.

69- مفتاح خليفة عبد الحميد، إنهاء العقد الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2007.

70- منصور حاتم محسن، فكرة تصحيح العقد- دراسة مقارنة، دار الكتب القانونية، مصر، 2010.

71- ناصر لباد، الأساسي في القانون الإداري، ط2، دار المجدد للنشر والتوزيع، سطيف، 2011.

72- نبيل أزاريب، سلطات الإدارة في مجال الصفقات العمومية وفق التشريع الجزائري، ط1، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2018.

73- نجم عليوي خلف، السلطة الجزائية للإدارة أثناء تنفيذ العقد الإداري، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2019.

74- نصري منصور نابلسي، العقود الإدارية – دراسة مقارنة، ط2، منشورات زين الحقوقية، 2012.

75- هاشمي خرفي، الوظيفة العمومية على ضوء التشريعات الجزائرية وبعض التجارب الأجنبية، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2010.

76-هاني عبد الرحمان إسماعيل، النظام القانوني لعقد التوريد الإداري، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2012.

77- هيثم حليم غازي، سلطات الإدارة في العقود الإدارية – دراسة تطبيقية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2014.

78- هيثم حليم غازي، التوازن المالي في العقود الإدارية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2015.

ثانيًا: الأطروحات والمذكرات الجامعية

أ.الأطروحات الجامعية

1- بوفلجة بن عبد المالك، تسوية المنازعات في مجال الصفقات العمومية في الجزائر، أطروحة دكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة جيلالي ليابس سيدي بلعباس، 2019/2018.

2- خالد خليفة، غرامة التأخير في مجال الصفقات العمومية – دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه في العلوم، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة جيلالي ليابس سيدي بلعباس، 2021/2020.

3- خلاف بيو، حدود السلطة التقديرية للإدارة في العقود الإدارية، أطروحة دكتوراه علوم في الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تخصص قانون عام، جامعة محمد خيضر بسكرة، 2020/2019.

4- زينة مقداد، سلطة الإدارة في فرض الجزاءات على المتعاقد معها بين مبدأ الفاعلية ومبدأ الضمان، أطروحة دكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة جيلالي ليابس سيدي بلعباس، 2019/2018.

5- سعيد عبد الرزاق باخبيرة، سلطة الإدارة الجزائية في أثناء تنفيذ العقد الإداري- دراسة مقارنة أطروحة دكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة بن يوسف بن خدة الجزائر1، 2008/2007.

6- عبد الوهاب علاق، ضمانات التعاقد في الصفقات ذات البعد الدولي، أطروحة دكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة باجي مختار عنابة، 2017/2016.

7- علي بن شعبان، آثار عقد الأشغال العامة على طرفيه في التشريع الجزائري، أطروحة دكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة منتوري قسنطينة، 2012/2011.

8- علي محمد مظفر، سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات في العقود الإدارية في اليمن (دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه، جامعة القاهرة، 2012.

9- فوزية هاشمي، آثار تنفيذ الصفقات العمومية على الطرفين المتعاقدين – دراسة مقارنة أطروحة دكتوراه في العلوم، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة جيلالي ليابس سيدي بلعباس، 2018/2017.

10- فيصل نسيغة، الرقابة على الجزاءات الإدارية العامة في النظام القانوني الجزائري أطروحة دكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، 2011/2010.

11- محمد أمين تيراوي، الحماية الإجرائية للمال العام في مجال الصفقات العمومية، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة بن يوسف بن خدة الجزائر 1، 2019/2018.

12- محمد محمود عبد العزيز أبو ليلة، التنظيم القانوني للجزاءات الإدارية العامة، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، 2013.

13- مراد جدي، سلطة المصلحة المتعاقدة في تعديل الصفقة العمومية، أطروحة دكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة لونيسي علي البليدة 2، 2020/2019.

14- هارون عبد العزيز الجمل، الجزاءات في عقود الأشغال العامة، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه في القانون الإداري، كلية الحقوق، جامعة طنطا، مصر، 2005.

ب. المذكرات الجامعية

1- تامر خلف عبد ربه الدروع، سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري بإرادة منفردة، مذكرة ماجستير في الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بيروت العربية، 2017.

2- عبد القادر محفوظ، سلطة الإدارة في التعديل الانفرادي للعقد الإداري – دراسة مقارنة، مذكرة ماجستير في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، 2014/2013.

3- عماد صوالحية، الجزاءات الإدارية العامة، مذكرة ماجستير في القانون العام، تخصص قانون الإدارة العامة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العربي بن مهيدي أم البواقي، 2013/2012.

4- محمد حاجي، سلطة الإدارة في تعديل الصفقة العمومية في التشريع الجزائري، مذكرة ماجستير في القانون العقاري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العربي التبسي تبسة، 2011/2010.

5- هارون عبد العزيز الجمل، النظام القانوني للجزاءات في عقد الأشغال العامة، مذكرة ماجستير، جامعة عين شمس، القاهرة، 1997.

6- فارس مخلف الدليمي، الجزاءات المالية في العقد الإداري – دراسة مقارنة بين التشريعين العراقي والأردني، مذكرة ماجستير في القانون العام، جامعة الشرق الأوسط، 2016.

ثالثًا: المقالات

1- أحمد بركات، " سلطة الإدارة في فرض جزاءات على المتعاقد معها "، مجلة القانون والتنمية المحلية، جامعة طاهر محمد بشار، مجلد 03، عدد 01، 2020، ص ص. 38 – 59.

2- بوفلجة بن عبد المالك، " الغرامة التأخيرية في ضوء المرسوم رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام "، مجلة الإجتهاد القضائي، جامعة محمد خيضر بسكرة، عدد 15، سبتمبر 2017، ص ص. 248 – 266.

3- رقية برقاوي، " التسوية الودية للنزاعات الناتجة عن تنفيذ الصفقات العمومية في ظل المرسوم الرئاسي 15-247" المجلة الجزائرية للحقوق والعلوم السياسية، مجلد3، عدد 5، جوان 2018، ص ص. 144 – 156.

4- سعد لقليب، " حقوق والتزامات الطرف المتعاقد في الصفقة العمومية وفقًا للقانون الجديد للصفقات العمومية رقم 15-247 "، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، عدد 6، جوان 2017، ص ص. 51 – 72.

5- سليمة جدي، " منازعات الصفقات العمومية الناشئة عن إخلال المصلحة المتعاقدة بممارسة سلطة الإشراف والمراقبة "، المجلة الجزائرية للأمن والتنمية، عدد 10، جانفي 2017، ص ص. 530 – 546.

6- سميرة بن خليفة، " الملحق وعامل التوازن الاقتصادي للصفقة العمومية في القانون الجزائري "، مجلة الواحات للبحوث والدراسات، مجلد9، عدد2، 2016، ص ص. 187 – 205.

7- سهيلة بوزبرة، " الطرق البديلة عن القضاء لتسوية إشكالات تنفيذ الصفقات العمومية " مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، مجلد 8، عدد 2، جوان 2023، ص ص. 612 - 624.

8- سورية دبيش، " الجزاءات الإدارية غير المالية في قانون الصفقات العمومية "، المجلة الجزائرية للأمن والتنمية، عدد 9، جويلية 2016، ص ص. 227 - 239.

9- عبد الحق غلاب، " التسوية الودية لمنازعات تنفيذ الصفقات العمومية كضمان للتنفيذ في ظل المرسوم الرئاسي 15-247 "، مجلة معالم للدراسات القانونية والسياسية، عدد 4، جوان 2018، ص ص. 98 - 122.

10- عبد الغني زعلان، " المعيار الموضوعي والمالي لصفقة الأشغال العامة في ضوء المرسوم الرئاسي 15- 247"، مجلة العلوم القانونية والسياسية، مجلد 9، عدد 2، جوان 2018، ص ص. 544 - 561.

11- عبد القادر دراجي، " سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات الإدارية "، مجلة الفكر، جامعة محمد خيضر بسكرة، عدد 10، ص ص. 92 - 105.

12- علي يوسف شكري، " سلطة الإدارة في الرقابة على تنفيذ العقد الإداري "، مجلة الكوفة للعلوم القانونية والسياسية، العراق، عدد 25، 2015، ص ص. 07 - 31.

13- فتيحة حابي، " فسخ صفقات إنجاز الأشغال العامة "، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية ، المركز الجامعي تامنغست، عدد 9، سبتمبر 2015، ص ص. 80 - 96.

14- فوزية هاشمي، " الضمانات المالية في مجال الصفقات العمومية دراسة مقارنة " مجلة الفقه القانوني والسياسي، مجلد 1، عدد 1، ص ص. 159 - 180.

15- فوزية هاشمي، " سلطة الإدارة المتعاقدة في تطبيق الجزاءات الضاغطة على المتعاقد معها "، المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية، جامعة عمار ثليجي الأغواط، عدد 3، مجلد 2، ص ص. 381 - 395.

16- كوثر بن ملوكة، " النظام القانوني للملحق في الصفقات العمومية – دراسة مقارنة بين المرسوم الرئاسي 15-247 والمرسوم الرئاسي 10-236 "، مجلة مجاميع المعرفة، عدد 5، أكتوبر 2017، ص ص. 225 - 236.

17- ماهر صالح علاوي الجبوري، " غلط الإدارة البيِّن في تقدير الوقائع معياره ورقابة القضاء عليه "، مجلة العلوم القانونية، جامعة بغداد، مجلد 9، عدد 2، 1990، ص ص. 188 - 214.

18- محمد أمير يوزمان، " إجراءات تنفيذ الصفقات العمومية وسلطات الرقابة المخولة للإدارة العامة "، مجلة دفاتر اقتصادية، مجلد 11، عدد 1، 2019، ص ص. 393 إلى 404.

19- محمد حمودي، " مدى فاعلية ضوابط اللجوء للملحق في تنظيم الصفقات العمومية "، مجلة معالم للدراسات القانونية والسياسية، عدد 5، ديسمبر 2018، ص ص. 42 - 51.

20- محمد لمين مجرالي، " التحكيم في منازعات الصفقات العمومية كضمان قانوني لاستقطاب الاستثمارات الأجنبية "، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، عدد 13 ، جويلية 2018، ص ص. 804 - 818.

21- مخلد توفيق مشاوش، محمد يوسف الحسين، " العقود الإدارية وجزاءاتها في فقه القضاء الإداري الأردني والقضاء المقارن "، مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون، مجلد 43، ملحق 3، 2016، ص ص. 1343 - 1356.

22- منصور إبراهيم العتوم، " النظام القانوني لغرامة التأخير في العقود الإدارية – دراسة مقارنة "، مجلة الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، عدد53، جانفي 2013، ص ص. 343 - 395.

23- هشام محمد فريجة، " الغرامة التأخيرية في العقود الإدارية "، مجلة جامعة الشارقة للعلوم القانونية، المجلد 16، عدد 2، ديسمبر 2019، ص ص. 410 - 435.

24- ياسين قوتال، " الإختلالات المعيارية في تحديد مفهوم الصفقات العمومية حسب المرسوم الرئاسي 15-247 "، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عباس لغرور خنشلة، عدد12، جوان 2019، ص ص. 93 - 107.

رابعًا: المداخلات

1- عادل بوعمران، " الإقصاء من المشاركة في الصفقات العمومية – حالاته وآثاره " ملتقى دولي حول الوقاية من الفساد ومكافحته في الصفقات العمومية، 2013.

خامسًا: النصوص القانونية

❖ **النصوص القانونية الجزائرية**

أ: القوانين العضوية

1 - قانون عضوي رقم 98-01، مؤرخ في 30 ماي 1998، يتعلق بتنظيم مجلس الدولة وسيره واختصاصاته، ج.ر.ج.ج عدد 37، صادر في 01 جوان 1998، معدل ومتمم بالقانون العضوي رقم 22-11، مؤرخ في 09 جوان 2022، ج.ر.ج.ج عدد 41، صادر في 16 جوان 2022.

2 - قانون عضوي رقم 22-10، مؤرخ في 09 جوان 2022، يتعلق بالتنظيم القضائي، ج.ر.ج.ج عدد 41، صادر في 16 جوان 2022.

ب: القوانين العادية

1-أمر رقم 66-154، مؤرخ في 08 جوان 1966، يتضمن قانون الإجراءات المدنية، ج.ر.ج.ج عدد 47، صادر في 09 جوان 1966 (ملغى).

2- أمر رقم 67-90، مؤرخ في 17 جوان 1967، يتضمن قانون الصفقات العمومية، ج.ر.ج.ج عدد 52 لسنة 1967 (ملغى).

3- أمر رقم 75-58، مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني، ج.ر.ج.ج عدد 78، صادر في 30 سبتمبر 1975، معدل ومتمم بالقانون رقم 07-05، مؤرخ في 13 ماي 2007، ج.ر.ج.ج عدد 31، صادر في 13 ماي 2007.

4- قانون رقم 90-29، مؤرخ في 01 ديسمبر 1990، يتعلق بالتهيئة والتعمير، ج.ر.ج.ج عدد 52، صادر في 02 ديسمبر 1990، معدل ومتمم بالقانون رقم 04-05، مؤرخ في 14 أوت 2004.

5- أمر رقم 06-03، مؤرخ في 15 يوليو 2006، يتضمن القانون الأساسي للوظيفة العمومية ج.ر.ج.ج عدد 46 صادر في 16 يوليو 2006.

6- قانون رقم 08-09، مؤرخ في 25 فيفري 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج.ر.ج.ج عدد 21، صادر في 23 أفريل 2008، معدل ومتمم بالقانون رقم 22-13، مؤرخ في 12 جويلية 2022، ج.ر.ج.ج عدد 48، صادر في 17 جويلية 2022.

7- قانون رقم 11-10، مؤرخ في 22 جوان 2011، يتعلق بالبلدية، ج.ر.ج.ج عدد 37 لسنة 2011، صادر في 03 جويلية 2011، معدل ومتمم بالأمر رقم 21-13، مؤرخ في 31 أوت 2021، ج.ر.ج.ج عدد 67، صادر في 31 أوت 2021.

8- قانون رقم 12-07، مؤرخ في 21 فيفري 2012، يتعلق بالولاية، ج.ر.ج.ج عدد 12، صادر في 29 فيفري 2012.

9- قانون رقم 23-12، مؤرخ في 05 أوت 2023، يحدد القواعد العامة المتعلقة بالصفقات العمومية، ج.ر.ج.ج عدد 51، صادر في 06 أوت 2023.

ج: النصوص التنظيمية

أولاً. المراسيم الرئاسية

1- مرسوم رقم 84-124، مؤرخ في 19 ماي 1984، يحدد صلاحيات وزير التجارة وصلاحيات نائب الوزير المكلف، ج.ر.ج.ج عدد 21، صادر في 22 ماي 1984.

2- مرسوم رئاسي رقم 02-250، مؤرخ في 24 جويلية 2002، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج.ر.ج.ج عدد 52، صادر سنة 2002 (ملغى).

3 - مرسوم رئاسي رقم 07-308، مؤرخ في 29 سبتمبر 2007، يحدد كيفيات توظيف الأعوان المتعاقدين وحقوقهم وواجباتهم والعناصر المشكلة لرواتبهم والقواعد المتعلقة بتسييرهم وكذا النظام التأديبي المطبق عليهم، ج.ر.ج.ج عدد 61، صادر في 30 ديسمبر 2007.

4- مرسوم رئاسي رقم 10-236 مؤرخ في 07 أكتوبر 2010، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج.ر.ج.ج عدد 58 لسنة 2010، (ملغى).

5- مرسوم رئاسي رقم 15-247، مؤرخ في16 سبتمبر 2015، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، ج.ر.ج.ج عدد 50 لسنة 2015.

ثانيًا. المراسيم التنفيذية

1- مرسوم تنفيذي رقم 91-343، مؤرخ في 09 نوفمبر 1991، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية ، ج.ر.ج.ج عدد57، صادر سنة 1991، (ملغى).

2- مرسوم تنفيذي رقم 98-356 مؤرخ في 14 نوفمبر 1998، يحدد كيفيات تطبيق أحكام القانون رقم 98-02، ج.ر.ج.ج عدد 85، صادر في 15 نوفمبر 1998، (ملغى).

3- مرسوم تنفيذي رقم 14-320، مؤرخ في 20 نوفمبر 2014، يتعلق بالإشراف على المشروع والإشراف المنتدب على المشروع، ج.ر.ج.ج عدد 68، صادر في 23 نوفمبر 2014.

4- مرسوم تنفيذي رقم 21-219، مؤرخ في 20 ماي 2021، يتضمن الموافقة على دفتر البنود الإدارية العامة المطبقة على الصفقات العمومية للأشغال، ج.ر.ج.ج عدد 50، صادر في 24 جوان 2021.

د: القرارات

1 - قرار وزاري، مؤرخ في 21 نوفمبر 1964، يتضمن المصادقة على دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال الخاصة بوزارة تجديد البناء والأشغال العمومية والنقل، ج.ر.ج.ج عدد 06 صادر في 19 جانفي 1964، (ملغى).

2 - قرار وزاري، مؤرخ في 28 مارس 2011، يحدد البيانات التي يتضمنها الإعذار وآجال نشره ج.ر.ج.ج عدد 24، صادر في 20 أفريل 2011.

3 - قرار وزاري، مؤرخ في 19 ديسمبر 2015، يحدد كيفيات الإقصاء من المشاركة في الصفقات العمومية، ج.ر.ج.ج عدد 17، صادر في 16 مارس 2016.

4 - قرار وزاري، مؤرخ في 19 ديسمبر 2015، يحدد كيفيات التسجيل والسحب من قائمة المتعاملين الاقتصاديين الممنوعين من المشاركة في الصفقات العمومية، ج.ر.ج.ج عدد 17، صادر في 16 مارس 2016.

هـ: منشور وزاري

منشور وزاري رقم 3514، مؤرخ في 24 سبتمبر 2023، يتعلق بتنفيذ الأحكام الانتقالية للقانون رقم 23-12، المؤرخ في 05 أوت 2023، المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالصفقات العمومية.

و: تعليمة

مراسلة رقم 831، مؤرخة في 22 سبتمبر 2019، صادرة عن قسم الصفقات العمومية لوزارة المالية.

❖ النصوص القانونية الأجنبية

أ: المصرية

1 – قانون رقم 129 لسنة 1947، مؤرخ في 24 جويلية 1947، والخاص بالتزامات المرافق العامة المصري، ج.ر.ج.م عدد 69، صادر في 24 جويلية 1947، معدل بمقتضى القانون رقم 447 لسنة 1954، والقانون رقم 158 لسنة 1958، متوفر في موقع: https://manshurat.org/node/13782.

2 – قانون رقم 371 لسنة 1956 المصري، متعلق بالمحال العامة، الوقائع المصرية، عدد 88 مكرر (ج)، صادر في 03 نوفمبر 1956، متوفر في موقع: https://manshurat.org/node/38752.

3 – قانون الاستيراد والتصدير المصري، رقم 118 لسنة 1975، النافذ والمعدل، متوفر في موقع: https://manshurat.org/node/363 .

4 – قانون الري والصرف المصري رقم 12 لسنة 1984، المعدل، متوفر في موقع: https://manshurat.org/node/12554 .

5 – قانون رقم 27 لسنة 1994، يتضمن قانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية المصري، متوفر في موقع: https://manshurat.org/node/31176 .

6 – قانون رقم 89 لسنة 1998، يتعلق بقانون تنظيم المناقصات والمزايدات المصري، ج.ر.ج.م عدد 19 مكرر، صادر في 08 ماي 1998، (ملغى)، متوفر في موقع: https://manshurat.org/node/11849 .

7 – قانون رقم 182 لسنة 2018، يتعلق بإصدار قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة المصري، ج.ر.ج.م عدد 39 مكرر (د)، صادر في 03 أكتوبر 2018، متوفر في موقع: https://manshurat.org/node/33967 .

ب: التونسية

1 – أمر عدد 3158 لسنة 2002، مؤرخ في 17 ديسمبر 2002، متعلق بتنظيم الصفقات العمومية المنقح والمتمم بالأمر عدد 3018 لسنة 2009، المؤرخ في 19 أكتوبر 2009، تونس، متوفر في موقع: https://cgdp.pm.gov.tn .

2 – أمر عدد 1039 لسنة 2014، مؤرخ في 13 مارس 2014، متعلق بتنظيم الصفقات العمومية التونسي، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، عدد 22، صادر في 18 مارس 2014، متوفر في موقع https://legislation-securite.tn .

ج: المغربية

مرسوم رقم 2.14.394، مؤرخ في 13 ماي 2016، ج.ر.م.م عدد 6470، صادر في 02 جوان 2016، والمتعلق بالمصادقة على دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال المغربي، متوفر في موقع: https://www.sgg.gov.ma .

سادسًا: الاجتهادات القضائية

❖ الاجتهادات القضائية الجزائرية

1- قرار مجلس الدولة رقم 194988، فهرس رقم 293، صادر بتاريخ 24 أفريل 2000.

2- قرار مجلس الدولة رقم 14359، فهرس رقم 94، صادر بتاريخ 15 فيفري 2002.

3- قرار مجلس الدولة رقم 6215، فهرس،873، صادر في 17 ديسمبر 2002.

4- قرار مجلس الدولة رقم 006238، صادر بتاريخ 25 فيفري 2003.

5- قرار مجلس الدولة رقم 1034، صادر بتاريخ 04 نوفمبر 2011، في قضية ديوان الترقية والتسيير العقاري ضد (م ش).

6- قرار مجلس الدولة رقم 00253، صادر بتاريخ 09 جويلية 2020، في قضية (ك ب) ضد وزارة السكن والعمران.

7- قرار مجلس الدولة رقم 01030، صادر في 04 نوفمبر 2021، في قضية ديوان الترقية والتسيير العقاري ضد (ز ف).

8- قرار مجلس الدولة رقم 01033، صادر بتاريخ 04 نوفمبر 2021، في قضية ديوان الترقية والتسيير العقاري ضد (م م).

9- قرار مجلس الدولة رقم 00357، صادر بتاريخ 07 أفريل 2022، في قضية مديرية التجهيزات العمومية ضد (م ع) قرار مجلس الدولة رقم 00562، صادر بتاريخ 02 جوان 2022، في قضية ديوان الترقية والتسيير العقاري ضد (ل ع).

10- قرار مجلس الدولة رقم 00744، صادر في 03 نوفمبر 2022.

11- قرار مجلس الدولة رقم 00090، صادر بتاريخ 02 فيفري 2023، في قضية ولاية تبسة ضد (ع ف).

❖ الاجتهادات القضائية المصرية

1- حكم محكمة القضاء الإداري المصرية، بتاريخ 08 أفريل 1952، السنة 08.

2 - قرار المحكمة الإدارية العليا بمصر في طعن رقم 1086، صادر في 30 نوفمبر 1963، السنة 09، بند 17.

3- حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية، في 28 ديسمبر 1963، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا.

4- حكم المحكمة الإدارية العليا بمصر، صادر في 02 مارس 1968، السنة 13، رقم 83.

5- حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في 08 ديسمبر 1968، السنة 14 قضائية، مجلة إدارة هيئة قضايا الدولة، جانفي 1969.

6- حكم محكمة القضاء الإداري المصرية رقم 19، دعوى رقم 742، جلسة 24 مارس 1970 السنة 21.

7- قرار المحكمة الإدارية العليا المصرية رقم3057، صادر في 02 مارس 1993.

8- حكم صادر عن المحكمة الإدارية العليا المصرية،بتاريخ 15 أفريل 2000، بموجب طعن رقم 3745 لسنة 43 ق.

9- حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية بتاريخ 29 ديسمبر 2002 .

❖ الاجتهادات القضائية اللبنانية

1- قرار مجلس شورى الدولة اللبناني رقم 410، بتاريخ 20 جويلية 1969، المجموعة الإدارية 1969.

2- قرار مجلس شورى الدولة اللبناني رقم 418، بتاريخ 24 فيفري 2004، المجموعة القانونية الإدارية 2008، عدد 20.

سابعًا: المعاجم

1 – عبد الغني أبو العزم، معجم الغني الزاهر، معجم عربي عربي، ط1، مؤسسة الغني للنشر، الرباط، 2013.

2 – الفيروز أبادي، القاموس المحيط، دار الكتاب العربي، بيروت، 2010.

باللغة الأجنبية:

I. Ouvrages

1- ANDRE Homont, Lés Marchés de fournitures et de services, Juris administratif, 1961.

2- DELAUBADERE André, Lés contrats administratifs, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1990.

3 - DELAUBADERE André, JEAN-CLAUDE Venzia et YVES Gaudemet, Traite de droit administratif Tome 1, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 12ème édition, Paris, 1992.

4- DELAUBADERE André, Traité des contrats administratifs, Tome 02 2ème édition, LGDJ, 1984.

5- FLAMME Maurice André, Traité théorique et pratique des marchés publics, Tome 02, Bruxelles, Bruylant, 1969.

6- HAURIO Maurice, Précis de droit Administratif, 4ème édition, PARIS, 1933.

7- JEZE Gaston, Les principes Généraux du droit administratif, Tome 03 Dalloz, PARIS, 2011.

8- KOBTAN Mohamed, Le régime juridique des contrats du secteur public, OPU, Alger.

9- LAURANT Richer, Droit des contrats administratifs, L.G.D.J, 3ème édition, 2001.

10- LOUIS Favoreu, Le droit administratif et droit constitutionnel, Dalloz, PARIS, 1989.

11 - P.L Josse, Les travaux publics et l'expropriation, Sirey, PARIS, 1958.

12- PROSPER Weil, Le droit administratif, PARIS, 1964.

13- ROMIEU Jean, Conclusion sur société immobilière de Saint–Just Tribunal des Conflits, 02 décembre 1902.

14- VEDEL George, Droit Administratif, 4ème édition, PARIS, 1968.

II. Textes juridiques

1- Ordonnance N° 1074/2018, du 26 Novembre 2018, Portant le code de la commande publique français.

2 - Décret N° 59/167, du 07 Janvier 1959, modifiant et complétant les décrets N° 53/405, du 11 Mai 1953, N° 54/596, du 11 Juin 1954

N° 56/256, du 13 Mars 1956, et N° 57/1015, du 26 aout 1957, relatifs aux marchés de l'Etat, JORF N° 8 du 10 Janvier 1959.

3- Décret N° 1683/2022, du 28/12/2022, Portant diverses modifications du code de la commande publique français, JORF du 29/12/2022.

4 – Arrêté du 30 Mars 2021, Portant approbation du cahier des clauses administratives générales des marchés publics de travaux Français.

III. Jurisprudence

1- Arrêté de CONSEIL D'ETAT Français, du 31 Mai 1907, Recours N° 16-324 de Déplanque contre ville de Nouzon.

2- Arrêté de CONSEIL D'ETAT Français, de 11octobre1929, A recours N° 892 de compagnie de navigation Sud-Atlantique.

3- Arrêté de CONSEIL D'ETAT Français, de 08 AOUT 2008, A recours N° 234298 , Zone de BOURGON.

الفهرس

رقم الصفحة

مقدمة **1- 9**

الباب الأول: الأحكام العامة لسلطة توقيع الجزاءات في الصفقة العمومية **11**

الفصل الأول: ماهية سلطة توقيع الجزاءات في مجال الصفقة العمومية **13**

المبحث الأول: الإطار المفاهيمي للصفقة العمومية والجزاءات الإدارية المترتبة عنها **14**

المطلب الأول: المفهوم العام للصفقة العمومية **14**

الفرع الأول: تعريف الصفقة العمومية **15**

أولاً: التعريف الفقهي للصفقة العمومية **15**

ثانيًا: التعريف التشريعي للصفقة العمومية **16**

01 – الصفقة العمومية في ضوء المرسوم الرئاسي 15-247 ..... **17**

02 – الصفقة العمومية في ضوء القانون 23-12 ..... **18**

ثالثًا: التعريف القضائي للصفقة العمومية **20**

01- القضاء الفرنسي **20**

02- القضاء المصري **21**

03- القضاء التونسي **22**

04- القضاء الجزائري **22**

الفرع الثاني: المعايير المحددة للصفقات العمومية **23**

أولاً – المعيار العضوي **23**

ثانيًا – المعيار الموضوعي **24**

01- الصفقة العمومية للأشغال **25**

02- الصفقة العمومية لاقتناء اللوازم **25**

03- الصفقة العمومية لإنجاز الدراسات **25**

04- الصفقة العمومية لتقديم الخدمات **26**

ثالثًا – المعيار المالي **26**

رابعًا – معيار الشرط الاستثنائي غير المألوف **28**

المطلب الثاني: مفهوم الجزاءات الإدارية وتمييزها عن الجزاءات القانونية الأخرى المشابهة **30**

الفرع الأول: مفهوم الجزاءات الإدارية **30**

أولاً: التطور التاريخي للجزاءات الإدارية **30**

ثانيًا: تعريف الجزاءات **33**

01- التعريف اللغوي **33**

02- التعريف الاصطلاحي..... **33**

03- التعريف الفقهي..... **34**

ثانيًا: مميزات وخصائص الجزاءات الإدارية..... 34
01- حق الإدارة في توقيع الجزاءات على المتعاقد معها دون إثبات الضرر 35
02- السلطة الانفرادية للإدارة في توقيع الجزاءات..... 36
03- حق المصلحة المتعاقدة في فرض الجزاءات حتى دون النص عليها في العقد..... 38
04- عمومية الجزاءات الإدارية..... 39
الفرع الثاني: تمييز الجزاءات الإدارية عن الجزاءات القانونية الأخرى المشابهة..... 40
أولاً: تمييز الجزاء الإداري عن الجزاء المدني 40
01 – الجزاء المدني منع للفعل المخالف للقانون..... 41
02- الجزاء المدني لتنفيذ الفعل الذي يفرضه القانون..... 41
03- الجزاء المدني لإعادة الحالة إلى أصلها..... 41
04- الجزاء المدني لإعادة الحالة إلى مقابلها..... 42
ثانيًا: تمييز الجزاء الإداري عن الجزاء الجنائي 42
ثالثًا: تمييز الجزاء الإداري عن الجزاء التأديبي..... 44
المبحث الثاني: الطابع القانوني للجزاءات الإدارية..... 47
المطلب الأول: موقف الفقه والقضاء والتشريع من سلطة توقيع الجزاءات في الصفقة العمومية..... 48
الفرع الأول : الموقف الفقهي من سلطة توقيع الجزاءات الإدارية..... 48
أولاً: الاتجاه المؤيد لسلطة المصلحة المتعاقدة في توقيع الجزاءات..... 48
ثانيًا: الاتجاه المؤيد لسلطة المصلحة المتعاقدة في توقيع الجزاءات بتحفظ..... 52
ثالثًا: الاتجاه المنكر لسلطة المصلحة المتعاقدة في توقيع الجزاءات..... 53
الفرع الثاني: الموقف القضائي من سلطة توقيع الجزاءات..... 54
أولاً: موقف القضاء الفرنسي من سلطة توقيع الجزاءات الإدارية..... 54
ثانيا: موقف القضاء العربي من سلطة توقيع الجزاءات الإدارية..... 55
الفرع الثالث: الموقف التشريعي من سلطة توقيع الجزاءات 57
أولاً: موقف التشريع الفرنسي من سلطة توقيع الجزاءات الإدارية..... 58
ثانيًا: موقف التشريع العربي من سلطة توقيع الجزاءات الإدارية..... 59
ثالثًا: موقف التشريع الجزائري من سلطة توقيع الجزاءات..... 60
المطلب الثاني: الأساس القانوني لسلطة الإدارة في توقيع الجزاءات في الصفقة العمومية..... 61
الفرع الأول: مبدأ التنفيذ المباشر كأساس قانوني لسلطة المصلحة المتعاقدة في توقيع الجزاءات الإدارية بإرادة منفردة..... 62
الفرع الثاني: فكرة المرفق العام كأساس قانوني لسلطة توقيع الجزاءات الإدارية..... 64
الفرع الثالث: فكرة السلطة العامة كأساس قانوني لسلطة توقيع الجزاءات الإدارية..... 68
أولاً: موقف الفقه الفرنسي من فكرة السلطة العامة..... 69
ثانيًا: موقف الفقه العربي من فكرة السلطة العامة 70
ثالثًا: موقف الفقه الجزائري من فكرة السلطة العامة 71
الفصل الثاني: علاقة سلطة توقيع الجزاءات بباقي السلطات الأخرى للمصلحة المتعاقدة في 73

الصفقة العمومية.....
المبحث الأول: علاقة سلطة توقيع الجزاءات بسلطة الرقابة والتوجيه..... **74**
المطلب الأول: مفهوم سلطة الرقابة والتوجيه في الصفقة العمومية..... **74**
الفرع الأول: مضمون سلطة الرقابة والتوجيه **75**
أولاً: تعريف سلطة الرقابة والتوجيه **75**
ثانيًا: أساس سلطة الرقابة والتوجيه **77**
01 – العقد أساس سلطة الرقابة والتوجيه..... **78**
02 – التشريع أساس سلطة الرقابة والتوجيه **79**
03 – احتياجات المرفق العام أساس لسلطة الرقابة والتوجيه..... **80**
04 – فكرة امتيازات السلطة العامة أساس لسلطة الرقابة والتوجيه **81**
ثالثًا: صور سلطة الرقابة والتوجيه **82**
01– المراقبة والإشراف **82**
02– توجيه المتعاقد..... **83**
الفرع الثاني: وسائل وضوابط ممارسة المصلحة المتعاقدة لسلطة الرقابة والتوجيه في الصفقة العمومية..... **84**
أولاً: وسائل ممارسة سلطة الرقابة والتوجيه..... **84**
01 – الأعمال المادية..... **84**
02 – الأعمال القانونية..... **85**
أ – إجراء التبليغ **86**
ب – إصدار أمر بالخدمة..... **86**
ج – فتح سجل خاص بالورشة **86**
د – إصدار التعليمات **87**
ثانيًا: ضوابط ممارسة المصلحة المتعاقدة لسلطة الرقابة والتوجيه في الصفقة العمومية..... **87**
01 – الضابط العام..... **88**
أ – الالتزام بمبدأ المشروعية عند إصدار القرارات الخاصة بالرقابة..... **88**
ب – ضرورة تحقق المصلحة العامة من الرقابة..... **88**
02 – الضابط الخاص..... **89**
أ– ألاَّ يرتب استعمال سلطة الرقابة تعديلاً في شروط العقد..... **89**
ب– ألاَّ تؤدي سلطة الرقابة إلى تغيير طبيعة مضمون عقد الصفقة العمومية..... **90**
المطلب الثاني: تطبيقات سلطة الرقابة في عقود الصفقات العمومية وأوجه العلاقة بينها وبين سلطة توقيع الجزاءات..... **90**
الفرع الأول: تطبيقات سلطة الرقابة والتوجيه في عقود الصفقات العمومية..... **91**
أولاً: سلطة الرقابة والتوجيه في صفقات الأشغال العامة..... **91**
ثانيًا: سلطة الرقابة والتوجيه في عقود التوريد..... **93**
01 – عقود التوريد العادية..... **93**

02 – عقود التوريد الصناعية..... 94
الفرع الثاني: أوجه العلاقة بين سلطتي الرقابة والتوجيه وتوقيع الجزاءات..... 95
أولاً: أوجه التشابه بين السلطتين..... 95
01 – كلتا السلطتين من قبيل النظام العام..... 95
02 – خضوع هاتين السلطتين لنفس جهة الرقابة القضائية..... 96
03 – الأساس القانوني لكلتا السلطتين واحد..... 96
04 – كلتا السلطتين تمارس في مرحلة تنفيذ العقد..... 97
05 – كلتا السلطتين تمارسهما الإدارة المتعاقدة بإرادتها المنفردة طبقًا لامتياز التنفيذ المباشر..... 98
06 – سلطة توقيع الجزاءات سلطة مكملة لسلطة الرقابة والتوجيه..... 98
07 – كلتا السلطتين صادرة وفقًا لمبدأ الاعتبار الشخصي 98
ثانيًا: أوجه الاختلاف بين السلطتين..... 99
01 – من حيث الآثار القانونية 99
02 – التلقائية في ممارسة سلطة الرقابة والتوجيه..... 99
03 – من حيث الهدف والغاية..... 100
04 – من حيث القواعد التي تحكمهما..... 100
05 – من حيث طابع السلطة..... 101
06 – من حيث الإجراءات الجوهرية التي تسبق ممارسة السلطتين..... 101
المبحث الثاني: علاقة سلطة توقيع الجزاءات بسلطة التعديل في الصفقة العمومية..... 102
المطلب الأول: مفهوم سلطة التعديل في الصفقة العمومية..... 102
الفرع الأول: تعريف سلطة التعديل 103
أولاً: التعريف التشريعي لسلطة التعديل..... 103
01 – الأمر رقم 67–90..... 104
02 – المرسوم التنفيذي رقم 91–343..... 104
03 – المرسوم الرئاسي رقم 02–250 105
04 – المرسوم الرئاسي رقم 10–236 105
05 – المرسوم الرئاسي رقم 15–247 105
06 – القانون رقم 23–12 106
ثانيًا: التعريف القضائي لسلطة التعديل..... 107
ثالثًا: التعريف الفقهي لسلطة التعديل..... 108
الفرع الثاني: الأساس القانوني لسلطة التعديل..... 109
أولا:إمتياز السلطة العامة..... 110
ثانيًا: فكرة مقتضيات المرفق العام (المرفق العام كأساس لسلطة التعديل)..... 112
الفرع الثالث: آلية تعديل الصفقة العمومية..... 114
أولاً: تعريف الملحق..... 114

ثانيًا: أنواع الملاحق..... 115
01 – ملحق الأشغال المضافة..... 116
02 – ملحق التغيير..... 116
03 – ملحق الإقفال النهائي للصفقة..... 117
المطلب الثاني: مدى سلطة التعديل في الصفقة العمومية وأوجه العلاقة بينها وبين سلطة توقيع الجزاءات..... 117
الفرع الأول: مدى سلطة التعديل في الصفقة العمومية..... 117
أولاً: مظاهر سلطة التعديل في الصفقة العمومية..... 117
01 – التعديل في مقدار وحجم الالتزامات..... 118
02 – التعديل في طرق ووسائل التنفيذ المتفق عليها..... 119
03 – التعديل في مدة تنفيذ العقد..... 120
ثانيًا: ضوابط ممارسة سلطة التعديل..... 121
01 – حق تعديل شروط العقد اللائحية فقط 122
02 – أن لا يؤدي التعديل إلى تغيير عقد الصفقة العمومية وموضوعه..... 122
03 – أن تستجد ظروف جديدة تبرر التعديل 123
04 – وجوب صدور قرار التعديل في حدود مبدأ المشروعية..... 123
05 – ألاَّ يخل التعديل بالتوازن المالي للصفقة 123
الفرع الثاني: أوجه العلاقة بين سلطتي التعديل وتوقيع الجزاءات..... 124
أولا: أوجه التشابه بين السلطتين..... 124
01 – الأساس القانوني المشترك..... 125
02 – تمارس هاتين السلطتين أثناء مرحلة تنفيذ الصفقة العمومية دون مرحلة الإبرام..... 125
03 – كلا السلطتين تتسم بالقدر الكبير من الخطورة..... 125
04 – كلتا السلطتين تمارس وفقًا لاحترام الالتزامات المتعاقد عليها..... 126
05 – كلتا السلطتين تمارس وفقًا لنسب مئوية محددة..... 126
06 – يمنح المتعاقد مع الإدارة هامش من الوقت للمتعامل المتعاقد في كلتا السلطتين..... 126
ثانيًا: أوجه الاختلاف بين السلطتين..... 127
الباب الثاني: النظام القانوني للجزاءات في الصفقة العمومية..... 132
الفصل الأول: صور الجزاءات التي توقعها المصلحة المتعاقدة على الأطراف المتعاقدة معها.... 134
المبحث الأول:الجزاءات المالية..... 135
المطلب الأول: غرامة التأخير..... 137
الفرع الأول: تعريف غرامة التأخير..... 137
أولاً: تعريف غرامة التأخير لغةً..... 138
ثانيًا: التعريف الفقهي لغرامة التأخير..... 138
ثالثًا: التعريف القضائي لغرامة التأخير..... 140

الفرع الثاني: خصائص غرامة التأخير..... 141
أولاً: غرامة التأخير صادرة عن سلطة إدارية في شكل قرار إداري..... 142
ثانيًا: غرامة التأخير اتفاقية..... 142
ثالثًا: غرامة التأخير تلقائية..... 143
رابعًا: غرامة التأخير آلية للردع..... 144
الفرع الثالث: الأساس القانوني لغرامة التأخير..... 144
أولاً: غرامة التأخير في التشريع الفرنسي..... 145
ثانيًا: غرامة التأخير في التشريعات العربية..... 146
ثالثًا: غرامة التأخير في التشريع الجزائري..... 148
المطلب الثاني: مبالغ التأمين والتعويضات..... 149
الفرع الأول: مصادرة مبالغ التأمين..... 150
أولاً: تعريف مصادرة التأمين..... 151
ثانيًا: الأساس القانوني لمبالغ التأمين..... 152
01 – مبالغ التأمين في مرسوم 1959 الفرنسي..... 152
02 – مبالغ التأمين في التشريعات العربية..... 153
03 – مبالغ التأمين في التشريع الجزائري..... 154
ثالثًا: صور مبالغ التأمين..... 155
01 – كفالة التعهد..... 156
02 – كفالة حسن التنفيذ..... 158
03 – اقتطاعات حسن التنفيذ..... 160
04 – كفالة الضمان..... 160
05 – كفالة رد التسبيقات..... 161
الفرع الثاني: التعويضات..... 161
أولاً: تعريف التعويض..... 161
ثانيًا: الأساس القانوني للتعويض..... 162
ثالثًا: أركان التعويض..... 164
01 – الخطأ العقدي..... 164
02 – الضرر..... 165
03 – علاقة السببية بين الخطأ والضرر..... 165
المبحث الثاني:الجزاءات الضاغطة والجزاءات الفاسخة..... 166
المطلب الأول:الجزاءات الضاغطة..... 167
الفرع الأول: سحب العمل من المقاول المخل في عقد الأشغال العامة وتنفيذه على حسابه 168
.....
أولاً: تعريف سحب العمل من المقاول المخل في عقد الأشغال العامة..... 168
ثانيًا: الطبيعة القانونية لحق سحب العمل من المقاول المخل في عقد الأشغال العامة..... 168

ثالثًا: شروط سحب العمل من المقاول المخل 170
01 – حالة الخطأ الجسيم من طرف المقاول..... 170
02 – وجوب إعذار المقاول المخل..... 171
الفرع الثاني: التوريد والشراء على عاتق المورد المخل في عقود التوريد..... 174
أولاً: مضمون التوريد والشراء على عاتق المورد المخل..... 174
ثانيًا: الطبيعة القانونية للتوريد والشراء على عاتق المورد المخل..... 175
ثالثًا: شروط اللجوء إلى الشراء على حساب المورد المخل..... 176
01 – تسبب المورد في خطأ جسيم أثناء تنفيذ العقد..... 176
02 – إعذار المورد المقصر..... 177
03 – وجوب إخضاع قرار التوريد على عاتق المورد المخل للرقابة القضائية 178
المطلب الثاني: الفسخ الجزائي..... 179
الفرع الأول: مضمون الفسخ الجزائي..... 180
أولاً: تعريف الفسخ الجزائي..... 180
ثانيًا: خصائص الفسخ الجزائي..... 181
ثالثًا: أنواع الفسخ الجزائي..... 182
01 – الفسخ الجزائي المجرد البسيط..... 182
02 – الفسخ الجزائي على مسؤولية المتعاقد..... 183
رابعًا: تمييز الفسخ الجزائي عن الأنظمة المشابهة له في مختلف العقود..... 184
01 – تمييز الفسخ الجزائي عن جزاء إسقاط الالتزام 184
02 – تمييز الفسخ الجزائي عن جزاء وضع المقاولة تحت الإدارة المباشرة..... 184
03 – تمييز الفسخ الجزائي عن الفسخ الانفرادي من الإدارة المتعاقدة 185
04 – تمييز الفسخ الجزائي في العقود الإدارية عن الفسخ في العقود الخاصة..... 185
الفرع الثاني: الآثار المترتبة عن الفسخ الجزائي..... 185
أولاً: آثار الفسخ الجزائي على عقد الصفقة العمومية..... 185
01 – إعدام عقد الصفقة العمومية وفك الرابطة العقدية بين المصلحة المتعاقدة والمتعامل المتعاقد..... 186
02 – خضوع إجراء الفسخ الجزائي لعقد الصفقة العمومية للرقابة القضائية..... 186
ثانيًا: آثار الفسخ الجزائي على المتعامل المتعاقد المقصر..... 187
01 – الإستبعاد النهائي 187
02 – الإقصاء من المشاركة في الصفقات العمومية 187
أ– الإقصاء المؤقت 188
ب– الإقصاء النهائي 189
03 – التسجيل في قائمة المتعاملين الاقتصاديين الممنوعين من المشاركة في الصفقات العمومية..... 189
أ– المنع المؤقت من المشاركة في الصفقات العمومية 191
ب– المنع النهائي من المشاركة في الصفقات العمومية..... 191
الفرع الثاني: نطاق وضوابط الفسخ الجزائي..... 191

أولاً: حصول خطأ جسيم من المتعاقد..... 192
ثانيًا: ضابط الإعذار..... 194
01 – تعريف الإعذار..... 195
02 – مضمون الإعذار وشكله..... 195
الفصل الثاني: حدود سلطة المصلحة المتعاقدة في توقيع الجزاءات..... 197
المبحث الأول: ضرورة احترام الشروط الشكلية والموضوعية في قرارات توقيع الجزاءات..... 198
المطلب الأول: القيود الشكلية..... 198
الفرع الأول: تسبيب قرار الجزاء الإداري 198
أولاً: تعريف التسبيب..... 199
ثانيًا: أهمية التسبيب في التصرفات الإدارية..... 200
01 – بالنسبة للمتعاقدين مع الإدارة 200
02 – بالنسبة للمصلحة المتعاقدة 201
03 – بالنسبة للجهة القضائية..... 201
ثالثًا: موقف القضاء والتشريع من التسبيب..... 202
01 – موقف القضاء 202
02 – موقف التشريع من التسبيب 205
الفرع الثاني: حق الدفاع والمواجهة 206
أولاً: تعريف الحق في الدفاع..... 206
ثانيًا: المتطلبات الواجب توفرها لتحقيق الحق في الدفاع..... 208
01 – علم صاحب الشأن بالمخالفة المنسوبة إليه 208
02 – التحقيق الإداري والتأكد من وقوع المخالفة..... 210
ثالثًا: توازن الإجراءات بين الخصوم..... 211
المطلب الثاني: القيود الموضوعية 212
الفرع الأول: صاحب الاختصاص في توقيع الجزاء الإداري..... 213
أولاً: ذاتية الاختصاص في توقيع الجزاء الإداري..... 214
ثانيًا: تفويض الاختصاص في توقيع الجزاء الإداري..... 215
الفرع الثاني: تناسب الجزاء الإداري مع حجم المخالفة..... 217
أولاً: تعريف مبدأ التناسب..... 217
ثانيًا: مستلزمات التناسب في الجزاء الإداري..... 219
01 – الالتزام بالحدود المعقولة أثناء اختيار الجزاء الإداري 219
02 – عدم تعدد الجزاءات الإدارية بخصوص مخالفة واحدة 221
المبحث الثاني: خضوع سلطة المصلحة المتعاقدة في توقيع الجزاءات للرقابة..... 223
المطلب الأول: التسوية غير القضائية للنزاعات الناشئة عن إعمال سلطة توقيع الجزاءات..... 224
الفرع الأول: التسوية الودية..... 224
أولاً: مجالات إعمال التسوية الودية للنزاع..... 226

01 – احترام التشريع والتنظيم المعمول بهما في هذا الشأن وعدم مخالفتهما..... 226
02 – العمل على إعادة التوازن المالي للصفقة والتكاليف المترتَبَة على الطرفين..... 227
03 – التوصل إلى إنجاز سريع للصفقة..... 227
04 – البحث عن تسوية نهائية سريعة بأقل التكاليف..... 228
ثانيًا: اختصاص لجنة التسوية الودية بالنظر في النزاعات الناشئة عن فرض الجزاءات..... 228
01 – تشكيلة لجنة التسوية الودية للنزاعات..... 229
02 – مهام لجنة التسوية الودية للنزاعات..... 230
الفرع الثاني: التحكيم..... 231
أولاً: مفهوم التحكيم..... 232
01 – تعريف التحكيم 232
02 – موقف التشريع من التحكيم 233
03 – مبررات اللجوء إلى التحكيم 235
أ – اختيار المحكِّمين من قبل أطراف النزاع..... 235
ب – البساطة في الإجراءات وسرعة الفصل فيها..... 235
ج – سرية إجراءات التحكيم 236
04 – شروط التحكيم وإجراءاته..... 236
أ – شروط التحكيم 236
ب – إجراءات التحكيم..... 237
المطلب الثاني: التسوية القضائية للنزاعات الناشئة عن إعمال سلطة توقيع الجزاءات..... 238
الفرع الأول: اختصاص القضاء الكامل..... 238
أولاً– تعريف دعوى القضاء الكامل..... 240
ثانيًا– صور منازعات الجزاءات الإدارية في نطاق القضاء الكامل..... 241
01 – دعوى التعويض والحصول على مبالغ مالية..... 241
02 – دعوى فسخ الصفقة العمومية..... 241
الفرع الثاني: اختصاص قضاء الإلغاء..... 242
أولاً: شروط رفع دعوى الإلغاء..... 244
01 – الصفة والمصلحة..... 244
02 – شرط وجود قرار إداري جزائي مطعون فيه..... 245
03 – شرط المحامي..... 245
04 – الجهة القضائية المختصة..... 246
05 – شرط الميعاد..... 247
06 – توفر شرط الجدية..... 248
ثانيًا: اختصاص القاضي في دعوى الإلغاء..... 248
01 – رقابة المشروعية على قرار الجزاء الإداري..... 249
أ– عيب الاختصاص 250

ب- عيب الشكل 252
ج- عيب السبب 252
د- عيب مخالفة القانون 252
هـ- عيب الانحراف بالسلطة..... 253
02 – رقابة الملاءمة على قرار الجزاء الإداري..... 253
أ- الالتزام بحدود المعقول أثناء توقيع الجزاء..... 255
ب- الالتزام بعدم فرض جزاءات متعددة على المخالفة الواحدة..... 256
الخاتمة..... 257
قائمة المراجع..... 266

الملخص

تتمتع المصلحة المتعاقدة أثناء تنفيذ عقود الصفقات العمومية بامتيازات وسلطات استثنائية وغير مألوفة في قواعد وأحكام القانون الخاص، ومن أكثر هذه السلطات خطورةً على الإطلاق سلطة توقيع الجزاءات على المتعاقدين معها، متى أخلُّوا بالتزاماتهم التعاقدية أثناء فترة تنفيذ الصفقة العمومية.

مقابل هذا الامتياز السلطوي، أقرَّ المشرع مجموعة من الضمانات والحقوق لصالح المتعاقد معها، في شكل قيود فرضها على المصلحة المتعاقدة، من أجل حمايته من تعسفها وغلوِّها، كما أقرَّ له كذلك طرق لتسوية النزاعات الناشئة بينه وبين المصلحة المتعاقدة، ولضمان الموازنة بين مقتضيات تحقيق المصلحة العامة من جهة، والمصلحة الخاصة للمتعاقد مع الإدارة من جهة أخرى.

Résumé

Le service contractant bénéficie, lors de l'exécution des contrats de marchés publics, de privilèges et de pouvoirs exceptionnels et inhabituels dans les règles et dispositions du droit privé.

L'un des pouvoirs les plus dangereux est celui d'infliger des pénalités aux contractants en cas de non-respect de leurs obligations contractuelles pendant la période d'exécution du marché public.

Face à ce pouvoir autoritaire, le législateur a prévu un ensemble de garanties et de droits en faveur du contractant, sous forme de restrictions imposées au service contractant, afin de le protéger contre son arbitraire et son abus.

Il lui a également accordé des moyens de règlement des conflits survenant entre lui et le service contractant, et pour garantir l'équilibre entre les exigences de réalisation de l'intérêt général d'une part, et l'intérêt privé du contractant avec l'administration d'autre part.

Abstract

The contracting authority enjoys exceptional privileges and authorities during the implementation of public procurement contracts. The authorities that it enjoys are unfamiliar in the provisions of private law. One of the most dangerous authorities is that it can impose penalties on its contractors in case they breach their contractual obligations during the period of implementing of the public procurement.

However, in exchange for this privilege, the legislator approved a set of guarantees and rights for the contracting party, in the form of restrictions imposed on the contracting authority, in order to protect him from abuse. It also approved ways to settle disputes that may arise and to ensure a balance between the requirements of achieving the public interest in one hand and the private interest of the contractor with the administration on the other hand.