

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة عباس لغرور - خنشلة -
كلية الحقوق والعلوم السياسية



نيابة العمادة للدراسات لما بعد التدرج
والبحث العلمي والعلاقات الخارجية

قسم الحقوق

الجزءات الإدارية في مجال تنفيذ الصفقة العمومية

أطروحة مكملة لنيل شهادة دكتوراه الطور الثالث LMD شعبة الحقوق
تخصص: قانون إداري

إشراف الدكتور:

ياسين قوتال

إعداد الطالبة الباحثة :

حكيمه حمدي

لجنة المناقشة

الصفة	الجامعة الأصلية	الرتبة العلمية	أعضاء اللجنة
رئيسا	جامعة عباس لغرور خنشلة	أستاذ التعليم العالي	أ.د الطاهر زواقري
مشرفا ومقررا	جامعة عباس لغرور خنشلة	أستاذ محاضر أ	د. ياسين قوتال
ممتحنا	جامعة عباس لغرور خنشلة	أستاذ محاضر أ	د. عبد العالي بالة
ممتحنا	جامعة عباس لغرور خنشلة	أستاذ محاضر أ	د. عيسى مهزول
ممتحنا	جامعة أم البواقي	أستاذ محاضر أ	د. ساكري السعدي
ممتحنا	جامعة تبسة	أستاذ محاضر أ	د. عواطف سماعلي

السنة الجامعية

2023-2022

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

قال الله تعالى:

﴿ بَلَى مَنْ أَوْفَى بِعَهْدِهِ وَاتَّقَى فَإِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُتَّقِينَ ﴾

سورة آل عمران الآية 76

الإهداء:

أول من يستحق الإهداء في هذا العمل الذي هو ثمرة سنوات من السعي والجهد هي روح أبي الطاهرة، هذا الرجل الذي لم يبخل علي يوماً بعطائه وحنانه ونصائحه ودعمه المستمر لي، وأدعو الله عز وجل أن يتغمده برحمته الواسعة وأن يجزيه عني خير الجزاء، فهو لطالما شجعني على المثابرة والطموح للوصول لأعلى درجات العلم.

كما أهدي هذا العمل إلى أمي الحنونة التي غمرتني بحنانها وعطائها فكانت السند لي والصابرة معي دوماً. وإلى كل أفراد عائلتي.

الشكر:

أتقدم بالشكر بدايةً لله عز وجل الذي أنعم علي بنعمة العلم، وأرشدني إلى سبيل النجاح ووفقني فيه، فالحمد لله رب العالمين.

عرفانا بالجميل أتشرف بتقديم كل الشكر والامتنان إلى أستاذي الفاضل الدكتور ياسين قوتال الذي كان نعم الأخ والمشرف والداعم لي في كل مراحل دراسة الدكتوراه وإعداد هذه الأطروحة، فلم يبخل علي بالتوجيه والدعم والمساندة والنصيحة، فتقبل الله منه وجزاه عني خير الجزاء.

الشكر الموصول إلى السادة الأساتذة أعضاء اللجنة العلمية الذين تكرموا بقبول مناقشة الأطروحة وتحمل عنائها، وأدامهم الله حاملين لمشعل العلم.

كما أتقدم بالشكر إلى كل الأساتذة الذين رافقوا مشواري في جامعة عباس لغرور خنشلة وعلى رأسهم العميد زواقري الطاهر والدكتور لخذاري عبد المجيد.

الشكر لكل من قدم لي الدعم والمساعدة في إعداد الأطروحة خاصة الموظفين في قسم الحقوق.

مقدمة:

تقوم الإدارة أثناء تأدية مهامها والتي تهدف من خلالها لتحقيق المصلحة العامة بنوعين من الأعمال، الأول هو القرارات الإدارية التي تصدر بإرادتها المنفردة و تستعملها لأداء واجباتها المتعددة، والثاني العقود التي تبرمها الإدارة والتي قد تكون عقودا مدنية تماثل العقود التي يبرمها الأفراد فيما بينهم ويحكمها القانون المدني ، كما قد تكون عقودا إدارية يحكمها للقانون العام، هذه الأخيرة لا تخضع بدورها لمبدأ التكافؤ والتوازن بين طرفي العلاقة التعاقدية، لأن الإدارة في هذا النوع من العقود ترتدي رداء السلطة وتتمتع بمركز قانوني متميز عن المتعاقد معها وذلك رغبة منها في تحقيق المصلحة العامة و الحفاظ علي سير المرفق العام بانتظام ، وهو ما يبرر الامتيازات التي تتمتع بها الإدارة في هذا النوع من العقود.

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

يمنح المركز الاستثنائي والمتميز للمصلحة الإدارية المتعاقدة في الصفقات العمومية العديد من الامتيازات في مواجهة المتعاقد معها، وهذه الامتيازات هي مبادئ راسخة ومتأصلة في العقد الإداري منحت بهدف الوصول للتنفيذ الأفضل والأمثل للصفقة العمومية ، كما أنها تضمن المحافظة على استمرارية المرفق العام، فالمصلحة المتعاقدة تملك سلطة الرقابة والتوجيه حيث تقوم بالإشراف المستمر على انجاز الصفقة العمومية عن طريق التوجيهات والزيارات الميدانية لمواقع العمل وفحص المواد المستعملة وجودتها أو تطلب استعمال طريقة معينة في التنفيذ غير التي يستعملها المتعاقد معها، كما تملك المصلحة المتعاقدة تعديل العقد بإرادتها المنفردة ، بالمقابل يلتزم المتعاقد معها بقبول ذلك لأن العقد الإداري لا يتفق مع مبدأ

الثبات بل يخضع لقابلية المرفق العام للتغيير ، وبالتالي فالمصلحة العامة قد تتغير مع الظروف لذلك تتدخل الإدارة المتعاقدة لتعديل بنود الصفقة العمومية بما يتواءم مع هذه التغيرات والتطورات، بل قد تصل سلطة الإدارة لحد الإنهاء الانفرادي للصفقة العمومية بإرادتها المنفردة إذا اقتضت المصلحة العامة ذلك.

بجانب السلطات السابق ذكرها للمصلحة المتعاقدة في تنفيذ الصفقة العمومية نجد سلطة أخرى تعتبر من أنجع السلطات التي تحظى بها ، هي سلطة توقيع الجزاءات الإدارية على المتعاقد معها خلال مرحلة التنفيذ ، وتمارس هذه السلطة في حال إخلال المتعاقد بالتزاماته التعاقدية معها وعدم الامتثال للإدارة ، وتعتبر حقا أصيلا لها تمارسه بإرادتها المنفردة مستمدة ذلك من سلطتها الضابطة للمرفق العام ، ودون الحاجة للجوء للقضاء ، ونظرا لأهمية هذه السلطة فإن موضوع الجزاءات الإدارية في مجال تنفيذ الصفقات العمومية يعتبر من أهم المواضيع التي تحتاج لمزيد من التوضيح والإضافة .

أهمية موضوع الدراسة:

الجزاءات الإدارية التي توقعها المصلحة المتعاقدة أثناء تنفيذ الصفقة العمومية تحثل جانبا مهما في موضوع الصفقات العمومية، هذه الأخيرة التي تواجه العديد من المشاكل والعراقيل التي تؤثر على حسن تنفيذها خاصة إذا كانت تتعلق بالمشاريع الضخمة والتي تسعى من خلالها الدولة لرفع مستوى التنمية وتطويرها، لذلك فإن للموضوع أهمية على المستويين العلمي والعملية تتمثل في:

الأهمية العلمية:

- توجه الدولة الى تعديل تنظيم الصفقات العمومية والعمل على تطويره وما يتوافق مع التوجهات الجديدة للإصلاح الاقتصادي ودعم الاستثمار، ومن هنا كان لهذا الموضوع أهمية كبيرة لمسايرة توجه الدولة .

- الجزاءات في الصفقات العمومية وسيلة هامة تستعملها الإدارة من أجل دفع المتعاقد إلى التنفيذ الأمثل للالتزامات التعاقدية واحترام بنود الصفقة العمومية على النحو الذي يحقق الهدف منها، ومن هنا تكمن أهمية الدراسة في تسليط الضوء على فعالية ونجاعة هذه الجزاءات

ومساهمتها في حسن تنفيذ الصفقة العمومية، وبالتالي إن كانت هذه الجزاءات كافية لذلك أم أن الإدارة تحتاج لسلطات أكثر فعالية للوصول لهدفها.

الأهمية العملية:

- تستمد هذه الدراسة أهميتها من الدور الكبير الذي بلغته الصفقات العمومية على مستوى التنمية وتحقيق المشاريع الكبرى، خاصة وأن الدولة تخصص لها الأموال الكبيرة من الخزينة العمومية لذلك تسعى لتنفيذها في أحسن الظروف وبعيدا عن أي عرقلة أو تأخير يؤثر على المرفق العام أو يؤدي لخسائر مالية تنعكس سلبا على عملية التنمية، وهو ما يبرز أهمية هذه السلطة وتجاوز خضوع تطبيقها للقضاء واعتبارها اختصاصا أصيلا للمصلحة المتعاقدة تجنبنا لأي عرقلة قد يتعرض لها المرفق العام وسيره.

- منح الإدارة مركزا قانونيا متميز عن المتعاقد معها قد يجعله مهدد في مصالحه، لذلك نجد الكثير من المتعاملين الاقتصاديين يتعدون عن الدخول في الصفقات العمومية، خشية تعسف الإدارة وضياع حقوقهم المادية في حال ارتكاب أي خطأ قد ينتج عنه جزاءات ليس في مقدوره تحمل آثارها، خاصة أن المتعاقد في الصفقة العمومية يسعى للربح فقط، لذلك فهذه الجزاءات يقابلها ضمانات تحمي المتعاقد في مواجهة الإدارة المتعاقدة.

- الصفقات العمومية هي مناخ الدولة لإنجاز المشاريع الكبرى وتحقيق التنمية التي تطمح إليها وضمن سير المرفق العام بانتظام، وهنا تكمن أهمية الجزاءات الإدارية باعتباره جزءا مهما في مرحلة تنفيذ الصفقة العمومية يحتاج للدراسة وتبيين ما يتخلله من ثغرات قانونية.

الإشكالية:

إخلال المتعامل المتعاقد في تنفيذ التزاماته التعاقدية في الصفقات العمومية هو ما يبرر للمصلحة المتعاقدة توقيع الجزاء عليه، فالجزاءات هدفها الوصول إلى حسن التنفيذ وتوجيه المتعامل الاقتصادي للوصول لذلك وتجنب الآثار السلبية للأعمال التي يقوم بها، وهذه الجزاءات لا تعتبر بالنسبة للمصلحة الإدارية المتعاقدة وسيلة لإرهاق المتعامل الاقتصادي أو النظر إليه وكأنه خصما بل هو شريك يجب المحافظة عليه، كما أن هذه الجزاءات الإدارية تتنوع وتختلف مما يتيح توقيعها كل حسب نوعية الخطأ وجسامته، ومن هنا تتمحور إشكالية

الأطروحة حول أنواع الجزاءات الإدارية في مرحلة تنفيذ الصفقة العمومية ، ومدى فعاليتها في دفع المتعاقد الى تنفيذ التزاماته .

وتتفرع عن هذه الإشكالية التساؤلات الآتية:

- ما هي أنواع الجزاءات المالية التي تملك المصلحة الإدارية سلطة توقيعها؟
- ما هي حالات التنفيذ العيني ووسائل الضغط على المتعامل المتعاقد ؟
- كيف يمكن للمصلحة المتعاقدة فسخ الصفقة العمومية كجزاء إداري على المتعاقد معها؟

أسباب إختيار الموضوع:

هناك العديد من الأسباب التي دفعتني لدراسة هذا الموضوع ، خاصة وأنه جزئية مهمة ينقصها البحث والاطلاع، ومن أهم هذه الأسباب:

الغموض في موضوع الدراسة وهو ما يشجع على البحث فيه من أجل المساهمة في إثرائه، سيما وأن أهمية الصفقات العمومية تتزايد، والمهتمون بحاجة لتوافر المرجع والمادة العلمية من أجل الاطلاع وزيادة المعرفة حول هذا الموضوع.

- التساؤلات الكثيرة للمتعاقدين في الصفقات العمومية خاصة حول الضمانات التي يملك المتعامل المتعاقد استعمالها في مواجهة الجزاء الإداري، والمتعاقد يسعى دائما للربح لذلك يجب تشجيعه على التعاقد في مجال الصفقات العمومية.

- التعديلات المستمرة لهذا القانون والذي يؤكد الرقابة المستمرة للدولة لهذا القطاع والإسراع بإجراء التعديلات اللازمة كلما دعت الضرورة لذلك، ومن هنا جاءت الرغبة في الإحاطة بالتشريع الجزائري في تنظيمه لهذه الجزاءات كسبب قانوني ومهم يدفع للكشف عن كل غموض وكل تقصير فيه وبالتالي اقتراح ما يمكن من تعديلات لسد هذه النقائص والثغرات فيه.

أهداف الموضوع:

تعتبر لبحوث القانونية اللبنة التي يعتمد عليها في الوصول لإيجاد الحلول لمختلف الإشكالات القانونية، وموضوع الجزاءات الإدارية في الصفقة العمومية من المواضيع التي تستدعي الاهتمام والبحث، لذلك كان لهذه الدراسة العديد من الأهداف من بينها:

- التعرف على أنواع الجزاءات الإدارية مالية كانت أو غير مالية، ومعرفة مختلف الأحكام المتعلقة بها خاصة ما تعلق منها بالآثار القانونية التي تترتب عليها، ذلك أن الانعكاسات التي تنجم عن هذه الجزاءات هي التي تبين أهميتها من جهة وخطورتها من جهة أخرى.
- دراسة نظرة المشرع الجزائري وتنظيمه للجزاءات الإدارية في الصفة العمومية، وبالتالي تحديد ما إذا كان قد استوفى الغطاء القانوني الكافي لتنظيم سلطة الإدارة في هذا المجال، ومعرفة الثغرات الواجب تداركها من أجل تنظيم أكبر لهذه الجزاءات وإعطائها القدر الكافي من الاهتمام حتى يستطيع تحقيق أهدافها من جهة، وحماية المتعاقد في الصفة العمومية من تعسف الإدارة من جهة أخرى، خاصة وأن القانون الجزائري لطالما اهتم بتعديل تنظيم الصفقات العمومية وأولى له الأهمية الكبيرة .
- التوصل لإعطاء الحلول اللازمة للصعوبات التي تعترض المتعاقد والمصلحة المتعاقدة أثناء تطبيق هذه الجزاءات، خاصة وأنها في الكثير من الأحيان تواجه تعنت المتعاقد وإصراره على عدم الامتثال لأوامر المصلحة المتعاقدة وعدم احترامه لشروط العقد مما يؤدي في النهاية إلى الفسخ الجزائي الانفرادي للصفة العمومية من الإدارة.
- الكشف عن الآثار المترتبة عن تطبيق الإدارة للجزاءات الإدارية مباشرة ودون اللجوء للقضاء، لأن هذا قد يخلق نوعا من التعسف في استعمال السلطة ويؤدي للمساس بحقوق المتعامل المتعاقد، وبالتالي فإن ضمان حسن استعمال الإدارة لهذا الامتياز يفرض عليها التزام حدوده وكذا ما يمكن ان يواجه به المتعاقد هذا التعسف في حال وجوده.
- البحث في مختلف الآراء الفقهية والأحكام القضائية التي فصلت في سلطة الإدارة الجزائية في الصفة العمومية، والعمل على توضيح أكثر لهذه الجزاءات وتحديد مبرراتها الفقهية من جهة، والتطبيقات القضائية لهذه الجزاءات من جهة أخرى، ذلك أن التطبيق القضائي خاصة يعتبر المرجع دائما في عملية الإسقاط القانوني على ارض الواقع، والكشف عن مدى نجاح هذه الجزاءات من طرف الإدارة المتعاقدة والإشكالات القانونية التي ترفع للقضاء والفصل فيها.

منهج الدراسة:

البحوث القانونية ليست أحادية المنهج بل تحتم اعتماد مناهج متعددة لدراسة ظاهرة البحث، لذلك يتم الاعتماد على مجموعة من المناهج في إطار متكامل من أجل الوصول لأفضل النتائج وتقديم البحث في أفضل صورة، وبناء على هذا اعتمدت في أطروحتي على المنهج الوصفي الذي يجد مكانه من خلال جمع مختلف المعلومات والعمل على تفسيرها من أجل الوصول لنتائج منطقية متأية من حسن استخدام مختلف هذه المعلومات.

إضافة للمنهج التحليلي الذي استعمل في تحليل النصوص القانونية و آراء الفقهاء وما ذهب إليه القضاء في موضوع الجزاءات الإدارية في تنفيذ الصفقة العمومية، ويعتبر التحليل مهما في الدراسات القانونية المختلفة للوصول إلى فك الغموض و إعطاء نتائج منطقية تتفق والهدف من الدراسة، ورغم أن الدراسة تركز على القانون الجزائري لكن هذا لم يمنع من اعتماد المقارنة بين العديد من النصوص القانونية الجزائرية وما يقابلها خاصة في القانون الفرنسي والمصري، بهدف إثراء الموضوع ومعرفة الاتجاه القانوني الذي أخذ به المشرع الجزائري وللاستفادة منها ، يضاف إلى ذلك مختلف الأحكام والقرارات القضائية لهذه الدول والتي تم الاستشهاد بها في الأطروحة، كما تم الاستشهاد ببعض الوقائع التاريخية في الحالات التي تقتضي الرجوع إليها باعتبارفرنسا منشأ القانون ، ومجلس الدولة الفرنسي هو المرجع في دراسة هذه الجزاءات ونص عليها في قراراته التي اعتبرت لاحقا سوابق قضائية أخذت بها العديد من الدول منها الجزائر.

مجال الدراسة:

دراسة الجزاءات الإدارية في مجال تنفيذ الصفقات العمومية من أخصب المواضيع على اعتبار أن الدراسات فيه قليلة ، وحدود الدراسة لهذا الموضوع في أطروحتي تتركز أساسا في القانون الجزائري وما ذهب إليه المرسوم الرئاسي 15-247 يضاف إليه القوانين الأخرى التي تحمل في طياتها أحكام تتعلق بالصفقات العمومية ، ولكن نظرا لضرورة الإحاطة وعدم إهمال الجوانب النظرية وكذا الاستعانة بمختلف الأحكام والقرارات القضائية تم الرجوع في ذلك للدول التي تعتبر مهذا للقانون الإداري، وجرى الاعتماد على قوانين هذه الدول وآراء كبار الفقهاء فيها و أحكامها القضائية خاصة بالنسبة لفرنسا ومصر .

الدراسات السابقة:

- الدراسة الأولى:

رسالة ماجستير للباحث بن سديرة جلول في القانون العام من جامعة تلمسان كلية الحقوق والعلوم السياسية بعنوان " الجزاءات في مجال تنفيذ العقود الإدارية " الباحث في الموضوع طرح إشكالية ما مدى وجود جزاءات إدارية كضمانة رئيسية في أثناء مرحلة تنفيذ العقد الإداري؟ وما مدى فعالية هذه الجزاءات ؟ وقد تم معالجة الإشكالية في فصلين، خصص الفصل الأول للمبادئ والأسس العامة التي يقوم عليها نظام الجزاءات في تنفيذ العقد الإداري، تطرق فيه الباحث لمفهوم الجزاءات وتطورها التاريخي والخصائص المشتركة في الجزاءات في مجال تنفيذ العقد الإداري وأساسها القانوني، أما الفصل الثاني تضمن دراسة القواعد المنظمة لمختلف الجزاءات في العقود الإدارية.

- الدراسة الثانية

أطروحة دكتوراه علوم للباحث سعيد عبد الرزاق باخبيره من جامعة بن عكنون بالجزائر بعنوان "سلطة الإدارة الجزائرية في أثناء تنفيذ العقد الإداري -دراسة مقارنة-" تناول فيها الباحث إشكالية أهمية وجود الجزاءات في العقد الإداري وكيفية الموازنة بين الاعتراف للإدارة لممارسة إرادتها المنفردة وحقيقة أن العقد الإداري شأنه شأن بقية العقود يتم بالتراضي بين أطرافه وكيف يجري أعمالها في الدول المقارنة؟

واعتمد في هذه الدراسة على خطة قائمة على بابين تناول في الأول الأسس العامة لسلطة الإدارة الجزائرية في تنفيذ العقد الإداري وذلك بفصلين الفصل الأول بين فيه الخصائص العامة لسلطة الجزاء وشرح فيه تعريف السلطة الجزائية وأسسها والخصائص المشتركة التي تجمع مختلف الجزاءات وانتهى بشروط توقيع هذه الجزاءات، أما الفصل الثاني فدرس فيه علاقة سلطة الإدارة الجزائرية ببقية السلطات سواء سلطة الإشراف والتوجيه أو سلطتها في تعديل العقد.

أما بالنسبة للباب الثاني فخصصه الباحث لدراسة القواعد الخاصة بأنواع الجزاءات التي توقعها الإدارة في أثناء تنفيذ العقد الإداري، فكان للفصل الأول منه دراسة الجزاءات المالية والضاغطة والفصل الثاني تطرق للفسخ الجزائي وإسقاط الالتزام ، وتوصل في نهاية البحث إلى نتائج أهمها أن العقد الإداري شأنه شأن العقود الخاصة يقوم على التراضي غير أنه يتضمن

شروطاً استثنائية ويرتبط بالمرفق العام، كما أن أهم مرحلة فيه هي مرحلة التنفيذ التي تبرز فيها سلطة المصلحة المتعاقدة وأن التشريعات المختلفة المقارنة التي درستها الأطروحة تتفق على أهمية هذه الجزاءات، كما أن الإدارة توقع الجزاء دون وساطة القضاء ولها التنفيذ المباشر.

- الدراسة الثالثة:

رسالة ماجستير للباحث فارس مخلف خلف الديلمي كلية الحقوق جامعة الشرق الأوسط بعنوان "الجزاءات المالية في العقد الإداري - دراسة مقارنة- للقانونين الأردني والعراقي" وطرح خلالها الباحث إشكالية "ماهي الشروط والإجراءات التي تكفل بها الإدارة حسن تنفيذ الأعمال وما هو الأساس القانوني لممارسة الإدارة سلطتها في فرض الجزاءات على المتعاقدين معها" واعتمد فيها الباحث على خمس فصول الأول فيه خلفية الدراسة وأهميتها، وفي الثاني سلطة الإدارة بتوقيع الجزاءات المالية وأساسها القانوني وماهيتها، وفي الثالث صور الجزاءات المالية، بينما تناول في الفصل الرابع الرقابة القضائية على سلطة الإدارة في فرض الجزاءات المالية ونطاقها، وفي الخامس النتائج والتوصيات، وتوصل الباحث في الأخير إلى أن حق الإدارة في توقيع الجزاء المالي هو حق ثابت ولو لم ينص عليه العقد ولا يجوز لها التنازل عنه وأن هذا الحق مستمد من مبدأ استمرار المرفق العام، كما أنها من جهة أخرى تخضع للرقابة القضائية اللاحقة.

صعوبات الدراسة:

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

- نقص المراجع الجزائرية سواء من حيث الكتب أو الأبحاث المتخصصة في هذا الموضوع من القانون الإداري، والتي تعرف ندرة كبيرة في هذا الجانب، وهو ما دفع باللجوء للمراجع العربية والأجنبية.

- الصعوبات في الحصول على الأحكام والقرارات القضائية من الجهات القضائية

الإدارية في مختلف المجالس القضائية، فالجهات القضائية ترفض تمكين الباحثين من الأحكام القضائية التي يحتاجونها واعتبارها مساسا بسرية العمل القضائي، كما أنه عند البحث في المجالات القضائية التي تحصلت عليها فإن الأحكام في هذا الموضوع نادرة جدا، لذلك تم اعتماد الأحكام القضائية غير الجزائرية خاصة مجلس الدولة الفرنسي والقضاء المصري لتدعيم الموضوع وإثرائه وكذلك لسد النقص في هذا الجانب.

خطة الدراسة:

بهدف الإلمام بموضوع الدراسة سيتم تقسيم الخطة إلى بابين، خصص الباب الأول منها لدراسة النوع الأول من الجزاءات الإدارية وهو الجزاءات المالية، وتضمن الباب فصلين نظم الأول الأحكام المتعلقة بالغرامة التأخيرية بتبيين ماهية الغرامة والنظام القانوني لها، والفصل الثاني اهتم بالجزاءات المالية الأخرى وهي التعويض ومصادرة التأمين، وذلك بالتفصيل في هذه الجزاءات من حيث تعريفها وأنواعها والنظام القانوني الذي تخضع له.

أما الباب الثاني فقد تم تخصيصه للجزاءات الإدارية الضاغطة والفاسخة في الصفقة العمومية، فجاء الفصل الأول لشرح الجزاءات الضاغطة من خلال عرض صورتين لها وهي سحب العمل من المقاول في صفقة الأشغال العامة وجزاء الشراء على حساب المورد في صفقة التوريد، على اعتبار أن هذه أهم صور الجزاءات الضاغطة في الصفقة العمومية، بينما خصص الفصل الثاني للفسخ الجزائي من حيث الإطار المفاهيمي والنظام القانوني الذي يخضع له هذا الجزاء.

الباب الأول: الجزاءات المالية

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

ومن خلال هذا الباب سيتم دراسة الجزاءات المالية في الصفقة العمومية في فصلين:

الفصل الأول: الغرامة التأخيرية

الفصل الثاني: التعويض ومصادرة التأمين

الفصل الأول: الغرامة التأخيرية

الغرامة التأخيرية من الجزاءات الإدارية المالية في الصفقة العمومية والتي تنصب على الذمة المالية للمتعاقد وذلك في حال إخلاله بالتزاماته القانونية، خاصة ما تعلق بالالتزام بالتنفيذ في الآجال المحددة، ولقد أحاطها المشرع بالاهتمام خاصة وأنها الأكثر تطبيقاً على أرض الواقع وأكثر الجزاءات المالية فاعلية في المجال العملي، وهي تخضع للعديد من الأحكام والضوابط التي تفرض على الإدارة احترامها قبل توقيع هذا الجزاء، فهي تحقق من جهة حماية المصلحة العامة والدفع بالمتعاقد للوفاء بالتزاماته التعاقدية، ومن جهة أخرى تمنع التعسف في توقيع الجزاء وإضفاء الشرعية عليه، ومن خلال هذا الفصل سيتم دراسة الأحكام المتعلقة بالغرامة التأخيرية في مبحثين:

المبحث الأول: ماهية الغرامة التأخيرية

المبحث الثاني: النظام القانوني للغرامة التأخيرية

المبحث الأول: ماهية الغرامة التأخيرية

إن دراسة الغرامة التأخيرية كجزء تفرضه المصلحة المتعاقدة على المتعامل المتعاقد معها، تستدعي في بداية هذا الفصل الإحاطة والتعرف على الغرامة التأخيرية قبل التطرق لنظامها القانوني والأحكام القانونية التي تخضع لها، ولذلك سيشتغل هذا المبحث على تعريف الغرامة التأخيرية وطبيعتها القانونية في المطلب الأول، ثم مصدرها القانوني في المطلب الثاني، أما المطلب الثالث سيدرس خصائص الغرامة التأخيرية وتمييزها عما يشبهها من الفاهيم القانونية.

المطلب الأول: مفهوم الغرامة التأخيرية:

جزاء الغرامة التأخيرية في العقد الإداري لقي اهتماماً من كبار فقهاء القانون الإداري، لهذا السبب تعددت تعريفاتها، كل حسب المعيار الذي يتبناه، كما أنه بالمقابل أيضاً اختلف الفقهاء حول الطبيعة القانونية لغرامة التأخيرية، فنجد جانباً من الفقه يذهب لاعتبارها تعويضاً جزافياً، بينما جانب آخر منهم يذهب لاعتبارها جزءاً اتفاقياً، وفيما يلي سيتم توضيح ذلك.

الفرع الأول: تعريف الغرامة التأخيرية:

يستدعي تقديم التعريف الشامل للغرامة التأخيرية التعرض للتعريف من مختلف الجوانب، لذلك سيتم التعرض للتعريف اللغوي، ثم التعريف الفقهي، هذا الأخير الذي تعددت فيه آراء الفقهاء فيه الى ثلاثة اتجاهات سيتم توضيحها، كما أن كبار فقهاء القانون حاولوا إعطاء تعريف فقهي قانوني للغرامة التأخيرية كجزء مالي، وفي هذا الفرع سيتم تبين مختلف هذه النقاط.

أولاً: تعريف الغرامة التأخيرية لغة

الغرامة هي الضرر والخسارة والمشقة، وهي ما يلزم أدائه من المال تعويضاً أو تأديباً.¹ وتطلق الغرامة على ما يعطى من المال كثرة. والغرامة اسم مشتق من الفعل amender غرم عن اللاتينية.²

التأخر ضد التقدم، وفي اللغة اللاتينية مشتق من tardif فيقال التأخر tardiveté.³

ثانياً: تعريف الغرامة التأخيرية فقها

- عرفها سليمان الطماوي بأنها " مبالغ مالية تقدرها الإدارة مقدما وتنص على توقيعها متى أخل المتعاقد بالتزام معين لاسيما فيما يتعلق بالتأخير في التنفيذ وهذه الطريقة لا يكاد يخلوا منها عقد إداري.⁴

- عرفها محمد الصغير بعلي " الجزاء المالي الذي توقعه الإدارة المتعاقدة على المتعاقد معها متى أخل التزامه بتنفيذ العقد"

- وعمار عوابدي عرفها " المبالغ المالية التي يجوز للإدارة أن تطالب الطرف المتعاقد إذا أخل بالتزاماته التعاقدية أثناء تنفيذ العقود الادارية".⁵

- أما الفقه الأنجلوأمريكي يعرف الغرامة التأخيرية بأنها المبلغ الثابت المقدر

¹ القاموس الجديد للطلاب، علي بن هادية ومن معه، المؤسسة الوطنية للطلاب، الجزائر، 1991، ص 724.
² جبرار كورنو، ترجمة منصور القاضي، معجم المصطلحات القانونية، الطبعة الاولى، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، 1998، ص 1159.
³ المرجع نفسه، ص 377.
⁴ سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، الطبعة السادسة، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، 2005، ص 490.
⁵ بن عبد المالك بو فلجة، الغرامة التأخيرية في ضوء المرسوم رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، مجلة الإجتهد القضائي، المجلد 09، العدد 15، الجزائر، جامعة محمد خيضر، بسكرة، بتاريخ 2017/06/15، ص 251.

بواسطة أطراف النزاع عند دخول العقد حيز التنفيذ الى المدى الذي يسببه الإخلال بتنفيذ العقد من أضرار وكلمة liquidated damages في القضاء والفقهاء الأنجلوأمريكي هي الكم أو المقدار الذي اتفق عليه الأطراف وتدفع في حالة إخلال المتعاقد بتنفيذ التزاماته العقدية وتدفع الغرامة دون اللجوء للقضاء.¹

نتيجة لكل التعريفات فإن الغرامة التأخيرية لا تخرج من اعتبارها مبلغ مالي جزاء على تأخر المتعاقد في تنفيذ التزاماته، وتهدف المصلحة الإدارية من خلال توقيعها الى الوصول لتنفيذ الصفقة العمومية ودفع المتعاقد لتنفيذ التزاماته واحترام آجال التنفيذ.

الفرع الثاني: الطبيعة القانونية للغرامة التأخيرية

تعتبر الطبيعة القانونية للغرامة التأخيرية انعكاسا للتكييف القانوني لها وإعطاء الوصف الدقيق لها، وعلى الرغم من الاتفاق على حق المصلحة المتعاقدة في فرض الغرامة التأخيرية وذلك بهدف الحفاظ على المصلحة العامة، إلا أنه وقع اختلاف وجدل فقهي وقضائي كبير حول طبيعتها القانونية، فهناك من اعتبرها تعويضا جزافيا مرتبطا بوقوع الضرر للمصلحة الإدارية المتعاقدة، في حين اعتبرها البعض الآخر جزاء وليس تعويضا ذلك أنها مرتبطة بخطأ المتعاقد وليس بالضرر الذي قد يقع، أما الإتجاه الأخير فمزج بينهما.

الاتجاه الأول: الغرامة التأخيرية تعويضات جزافية:

التعويض الجزافي معناه أن قيمة الغرامة التأخيرية هي تعويض عن الأضرار التي تلحق المصلحة المتعاقدة جراء تأخر المتعاقد معها في تنفيذ التزاماته، وتهدف إلى إصلاح الأضرار الناتجة عن ذلك التأخر، ويرى الاستاذ ماجد راغب الحلو أنها " مبالغ منصوص عليها في العقد للادارة أن تحصلها من المتعاقد في حال الاخلال بالتزاماته دون الحاجة الى حكم قضائي ".² ويترتب على اعتبار الغرامة التأخيرية تعويض جزافي النتائج التالية:

- عدم إلزام الإدارة بإثبات الأضرار التي تترتب على تأخر المتعاقد في تنفيذ التزاماته، وبالتالي لا يكون للمتعاقد الدفع بأن التأخير لم ينتج أي ضرر لإعفائه من الغرامة التأخيرية.
- ليس للجهة الإدارية المطالبة بتعويضات تزيد عن قيمة ما تم الاتفاق عليه في

¹ محمد عبد المجيد اسماعيل، القانون العام الاقتصادي والعقد الإداري الدولي الجديد، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2010، ص 219.

² عبد الله نواف العنزي، النظام القانوني للجزاءات في العقود الإدارية، (د-ط)، دار الجامعة الجديدة الاسكندرية، 2010، مصر، ص 36.

العقد، ذلك أن الغرامة التأخيرية شرط تعاقدى ملزم في مواجهة أطراف العقد هذا من جهة، ومن جهة أخرى لا يحق للمتعاقد المطالبة بتخفيض قيمة الغرامة على أساس أن قيمتها أعلى مما نتج من أضرار.¹

- الغرامة مبلغ من المال محدد سلفا في العقد المبرم بين الإدارة والمتعاقد معها، توقعها على المتعاقد الذي يتراخى في تنفيذ التزاماته التعاقدية²، وليس للمصلحة المتعاقدة المطالبة بالغرامة التأخيرية إذا لم يتم الإنفاق مسبقا عليها في العقد أو دفتر الشروط العامة أو الخاصة، لكن بالمقابل يجوز لها المطالبة بالتعويض عن الأضرار التي أصابها.

- يمكن الجمع بين الغرامة التأخيرية والجزاءات الأخرى ولا يمكن اعتبار ذلك تعددا في الجزاءات لأن الغرامة التأخيرية لا تعتبر عقابا بل تعويضا جزافيا.

- اعتبار الغرامة التأخيرية تعويض جزافي يفترض وقوع ضرر للإدارة وضرورة التناسب بين الضرر والغرامة المفروضة على المتعاقد كما أن المصلحة الإدارية ملزمة بإثبات الضرر الذي أصابها عن عدم تنفيذ المتعاقد لالتزاماته³.

وفي الو م أ اتجهت غالبية الآراء لاعتبار الطبيعة القانونية للغرامة التأخيرية هي تعويض اتفاقي طالما أنها توافق الخسائر الفعلية المحققة على أرض الواقع، ولم تصبغ على معظمها شرط الطبيعة العقابية⁴، وقد أخذت بعاملان أساسيان في الاعتبار عند تحديد ما إذا كان شرط الغرامة التأخيرية تعويضا اتفاقيا أو عقوبة وهما:

الأول: أن المبلغ المشترط كتعويض عادل ومنطقي يتناسب مع الخسائر المحتملة والمفترضة في حالة الإخلال.

¹ علياء علي القحطاني، النظام القانوني لغرامة التأخير في إطار تنفيذ العقود الإدارية (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، كلية القانون، القانون العام، جامعة قطر، 2021، ص ص 45-46.

² نواف كنعان، القانون الإداري (الكتاب الثاني)، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2007، ص ص 359-360.

³ علياء علي القحطاني، المرجع نفسه، ص 46.

⁴ قضت محكمة Kansas الأمريكية في 2004/03/12 ان الشرط التعاقدى يعتبر عقوبة إذا لم يكن ثمة محاولة لتجميع المبالغ المعبرة عن الخسارة الفعلية نتيجة الإخلال بالالتزامات التعاقدية ولذلك فإن اثبات مقدار التعويضات وبقائها دون زيادة أو نقصان سواء كانت الأضرار طفيفة أو جسيمة كما قضت محكمة فرجينيا في 2005/01/13 بانفاذ البند التعاقدى الخاص بالتعويضات حيث لم يستطع الطرف الآخر إثبات أنه شرط تعاقدى عقابى وفي نفس السياق قضت محكمة واشنطن في 2005/01/04. انظر محمد عبد المجيد إسماعيل، المرجع السابق، ص 227

- وفي الحكم الشهير الصادر في 2007/10/05 قضت محكمة الاستئناف بولاية ميريلاند الأمريكية في حكمها أن شرط التعويضات الاتفاقية ليس عقابيا وهو تعويض منطقي عن الأضرار الناتجة عن الإخلال التعاقدى. انظر محمد عبد المجيد إسماعيل، نفس المرجع، ص ص 226-230.

الثاني: أن طبيعة العقد تستدعي أن قيمة الأضرار الناتجة عن خطأ المتعاقد ليس من السهل تحديدها، وبالتالي فالقضاء الأمريكي حدد معياراً يتم على أساسه اعتبار الغرامة التأخيرية شرطاً تعويضياً أو عقوبة وهو إذا لم يكن ثمة محاولة لتجميع المبالغ المعبرة عن الخسارة الفعلية نتيجة إخلال المتعاقد، فإن كان مقدار التعويضات ثابتاً سواء كانت الأضرار طفيفة أو جسيمة فهو دليل على عدم تجميع الأضرار المتوقعة وربطها بالخسائر الفعلية.¹

الإتجاه الثاني: الغرامة التأخيرية جزاء اتفاقي:

ويقصد بالغرامة التأخيرية جزاء اتفاقي أن الإدارة تملك توقيع الغرامة على المتعاقد معها في حالة الإخلال بالتزاماته، وتقوم المصلحة المتعاقدة بتقدير قيمة الغرامة مقدماً وتوقعها بمجرد إخلال المتعاقد دون الحاجة إلى حصول ضرر، فهي جزاء مالي تفرضه المصلحة المتعاقدة بهدف الحفاظ على سير المرافق العامة بانتظام²، وعرف هذا الإتجاه الغرامة التأخيرية بأنها مبلغ مالي إجمالي يتم تحديده مقدماً في العقد وتوقعه الجهة المتعاقدة بنفسها دون الحاجة للجوء للقضاء متى تأخر المتعاقد عن تنفيذ التزاماته في المواعيد المتفق عليها في العقد.³

ويترتب على اعتبار الغرامة التأخيرية جزاءاً إتفاقياً ما يلي:

- تطبيقاً لمبدأ الخاص يقيد العام فإنه في حالة التعارض بين النص العقدي والنص التشريعي المنظم للغرامة التأخيرية فإن ما ورد في العقد هو الذي يطبق.
- في حالة احتواء الصفة على شروط تحديد مقدار الغرامة التي تفرض على المتعاقد مع الإدارة في حالة الإخلال بالتزاماته التعاقدية فهنا يلتزم الطرفين في الصفة بالأخذ بمقدار الغرامة الذي تم الإتفاق عليه مسبقاً.
- إذا لم يتم النص على الغرامة التأخيرية في الصفة فإن الإدارة تمتنع عن تطبيقها

¹ محمد عبد المجيد اسماعيل، المرجع السابق، ص 232.

² علياء علي القحطاني، المرجع السابق، ص 50-52.

³ منصور إبراهيم العنوم، النظام القانوني لغرامة التأخير في العقود الإدارية (دراسة تحليلية مقارنة)، مجلة الشريعة والقانون، المجلد 27، العدد 53، كلية القانون جامعة الامارات العربية المتحدة، 2013، ص 346-347.

كجزاء على المتعاقد معها، وبالمقابل يمكنها اللجوء للقضاء لطلب التعويض عما أصابها من أضرار.¹ وقد أكدت العديد من الأحكام القضائية من المحكمة الإدارية العليا المصرية ومحكمة التمييز العراقية على تأكيد الطبيعة العقابية للغرامة التأخيرية.²

- **الاتجاه الثالث:** يرى أن الغرامة التأخيرية ذات طبيعة مختلطة، فهي من جهة

تعويض جزافي متفق عليه على اعتبار أن الضرر الذي لحق بالإدارة هو ضرر مفترض لا يقبل إثبات العكس، وذلك بالنظر لطبيعة العقد الإداري وعلاقته بالنظام العام وما له من تأثير على حسن سير المرافق العامة، ومن جهة أخرى هي جزاء مالي له طابع تهديدي يهدف إلى حث المتعاقد وإجباره على احترام مدد التنفيذ لما لذلك من أهمية في حفظ المرافق العامة وسيرها.³

والمشرع الجزائري وسط كل هذه الإتجاهات نجده ذهب للأخذ بالرأي القائل بأن الغرامة التأخيرية هي جزاء مالي يتم توقيعه على المتعاقد الذي تأخر في تنفيذ التزاماته التعاقدية، وذلك في المرسوم الرئاسي 15-247 المادة 147 منه "يمكن أن ينجر عن عدم تنفيذ الالتزامات التعاقدية من قبل المتعاقد في الأجال المقررة أو تنفيذها غير المطابق، فرض عقوبات مالية"⁴

المطلب الثاني: المصدر القانوني للغرامة التأخيرية

أن المصدر القانوني للغرامة التأخيرية ليس واحداً، فقد تسمتد وجودها من العقد المبرم بين الطرفين، كما قد تسمتد وجودها من القانون، وبين الحالتين نجد أن لكل قانون المصدر

¹علياء علي القحطاني، المرجع السابق ص 50.

² قضت المحكمة الإدارية العليا في طعن رقم 255 جلسة 1989/05/30 جاء فيه " غرامة التأخير التي ينص عليها في العقود الادارية جزاء قصد به ضمان وفاء المتعاقد مع الادارة بالتزاماته في المواعيد ولا يترتب استحقاق الغرامة على ثبوت وقوع ضرر للإدارة".

- وأكدت محكمة التمييز العراقية في حكمها الصادر بتاريخ 1968/11/10 على ان الغرامة التأخيرية " جزاء قصد به ضمان وفاء المتعاقد مع الادارة بالتزامته في الموعد المتفق عليه وفي سبيل تحقيق هذه الغاية يفترض الضرر واقعا، ويحق للإدارة ان توقع الغرامة التأخيرية المنصوص عليها في العقد"، وفي حكم آخر بتاريخ 1965/04/11 " وعلى ضوء ما تقدم فإن الادارة تفرض هذا الجزاء حتما وان لم يترتب على اخلال المتعاقد أي ضرر" انظر حسن محمد علي حسن البنان، حالات الإعفاء من الغرامة التأخيرية في العقد الإداري، مجلة جامعة تكريت للحقوق، المجلد 05، العدد 20، العراق، 2016، ص 422.

³حسام محسن عبد العزيز، سلطة الإدارة الجزائية في فرض الغرامة التأخيرية في العقد الإداري وضمائنها (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، المركز العربي للنشر والتوزيع، مصر، 2018، ص 94.

⁴ المادة 147 من المرسوم الرئاسي 15-247.

الذي اعتمده في الغرامة التأخيرية، والمشرع الجزائري اخذ بالمصدرين معا، وفي هذا المطلب سيتم شرح مصادر الغرامة التأخيرية ونظرة المشرع الجزائري.

الفرع الأول: الأساس التعاقدي للغرامة التأخيرية:

يرى جانب من الفقه أن الجزاءات المالية ومنها الغرامات التأخيرية تستند الى العقد وتنتج عن المبادئ العامة للمسؤولية العقدية، وبالتالي لا يجوز للادارة تطبيقها ما لم يكن منصوصا عليها مسبقا في العقد مستندا في ذلك الى اللائحة التنفيذية للصفقات العمومية.¹ ويرى أصحاب النظرية التعاقدية أن الغرامة التأخيرية لها أساس تعاقدية حيث اعتمدوا في ذلك على مضمون بنود الصفة العمومية ، فالغرامة مبلغ مالي اجمالي يتم تقديره من المصلحة المتعاقدة مقدما ويتم النص عليه في العقد، وذلك بالضرورة في حالة إخلال المتعاقد وخاصة في حالة التأخر في تنفيذ بنود الصفة ، وفي حالة عدم النص عليها في العقد فانه لا يجوز للمصلحة المتعاقدة تطبيقها ، لأنها تستمد سلطتها في فرض الغرامة التأخيرية من العقد ، ويترتب على ذلك انه إذا تم تحديد مقدار الغرامة التي يتحملها المتعاقد في حال الإخلال بالتزاماته فإن المقدار المحدد هو الذي يطبق لأنه هو المقدار الذي ارتضاه المتعاقدان.²

والإتجاه التعاقدية لغرامة التأخير في القضاء جسده المحكمة الإدارية العليا المصرية في حكمها الصادر بتاريخ 21-03-1970 حيث نص " ولذا فإن الغرامات التي ينص عليها في تلك العقود توقعها جهات الإدارة من تلقاء نفسها دون أن تلتزم بإثبات حصول الضرر كما لا يقبل ابتداء من المتعاقد إثبات عدم حصوله " كما نص أيضا " من المسلم كذلك أن اقتضاء الغرامات منوط بتقدير الجهة الإدارية المتعاقدة باعتبارها القوامة على حسن سير المرافق العامة والقائمة تبعا لذلك على تنفيذ شروط العقد". أما بالنسبة لمجلس الدولة الفرنسي فقد أقر صراحة عدم جواز طلب الادارة من القاضي الحكم على المتعاقد بتعويض ما لم يتم النص عليه في العقد الذي ابرمته معه، فهو لا يقضي بتعويض لم ينص عليه العقد.³

¹مليلة أسماء بن صغير، غرامة التأخير في الصفقات العمومية، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، فرع التبريم في الصفقات العمومية، جامعة سيدي بلعباس، الجزائر، 2019، ص ص 46
²صوفية عباد، الأساس القانوني لجزاء غرامة التأخير في صفقة الأشغال العامة وأثرها على امتيازات السلطة العامة في التشريع الجزائري، مجلة الحقيقة، المجلد 17، العدد 3، جامعة احمد دراية، أدرار، الجزائر، بتاريخ 2018/09/30، ص 278.
³مليلة أسماء بن صغير، المرجع نفسه ، ص ص 46-47.

ومجلس الدولة الفرنسي أخذ بالأساس التعاقدية تطبيقاً للقواعد العامة في قضية¹ Deplanque اين قرر اللجوء للقواعد العامة في حال أن دفتر شروط الصفقات العمومية لم ينص صراحة على جزاء المخالفة، وبتبني مجلس الدولة الفرنسي للقواعد العامة في الأساس التعاقدية للغرامة التأخيرية أنهى الحماية التي كان يتمتع بها المتعاقد في حال عدم النص على العقوبة في حال مخالفة المتعاقد ويترتب على تبني القواعد العامة ما يلي:

- لا يترتب عدم وجود الجزاء إذا غفل العقد عن تحديد الغرامة التأخيرية أو النص عليها.
- إذا غفل العقد عن بعض المخالفات والجزاءات فهذا لا يعني أنها تبقى دون جزاء.
- إذا لم يتضمن العقد نصاً صريحاً على الجزاء فإن القاضي يطبق القواعد العامة.²

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فقد أكد على الأخذ بالنظرية التعاقدية في المادة 121 من المرسوم التنفيذي رقم 21-219 " العقوبات المالية على التأخير التي تعاقب عدم تنفيذ الالتزامات التعاقدية من طرف المقاول في آجال تنفيذ الصفقة و/أو الآجال الجزئية للتنفيذ عندما تنص عليها الصفقة العمومية للأشغال...."³، على اعتبار أن الغرامة التأخيرية متوقفة على إرادة المتعاقدين من خلال ادراجها في شروط صفقة الأشغال العامة، فإذا نصت عليها الصفقة تطبق تلقائياً في حالة إخلال المتعاقد وبالتالي فالمشرع الجزائري ربط بين النص العقدي على الغرامة التأخيرية وبين تطبيقها، والمرسوم الرئاسي 15-247 لم يفصل في الأمر ونص فقط في المادة 147 منه على أن العقوبات المالية تقتطع بموجب بنود الصفقة من النفقات التي تتم

¹ قضى مجلس الدولة الفرنسي في حكم شهير في 03-05-1907 في قضية (Deplanque) الذي ذهب فيه "ولو ان دفتر شروط الالتزام لم ينص على جزاء للوقائع المنسوبة للمقاول بصفة صريحة، فإنها تعتبر مع ذلك من جانب هذا المقاول بمثابة عدم تنفيذ للالتزاماته ومن طبيعة تبرر منح تعويض لمدينة (نوزون) نظراً للضرر الذي لحقها من جراء ذلك" موقع <https://almerja.com> بتاريخ 18-04-2021 الساعة 15:50.

² مليكة بن صغير أسماء، المرجع السابق، ص ص 49-55.

³ المادة 121 من المرسوم التنفيذي رقم 21-219 المؤرخ في 08 شوال عام 1442 هـ الموافق لـ 20 ماي 2021 المتضمن الموافقة على دفتر البنود الإدارية العامة المطبقة على الصفقات العمومية للأشغال، الجريدة الرسمية العدد 50 المؤرخة في 24 يونيو سنة 2021.

- تنص المادة 36 من القرار المؤرخ في 16 رجب 1348 الموافق لـ 21 نوفمبر 1963 المتضمن المصادقة على دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال الخاصة بوزارة تجديد البناء والأشغال العمومية والنقل " إذا وردت في عقد الصفقة نصوص تتضمن عقوبات على التأخير، فيجري تطبيقها دون إنذار سابق بعد التأكد العادي من تاريخ انقضاء الأجل التعاقدية للتنفيذ وتاريخ استلام الأشغال المؤقت..."

حسب الشروط والكيفيات المنصوص عليها في الصفقة وهو بذلك أحال الأمر الى نصوص الصفقة.¹

ويترتب على اعتبار الغرامة التأخيرية اساسها تعاقدية النتائج التالية:

- ليس للمصلحة المتعاقدة أن تطلب ما يزيد عن القيمة المحددة للغرامة التأخيرية قصد تعويض الضرر الناتج عن التأخر، وليس من حق المتعاقد طلب إنقاص القيمة عن معدلها المنصوص عليه بادعاء أنها تزيد عن قيمة الضرر الفعلي الناتج عن التأخر.

- الغرامة التأخيرية تطبق كما ينص عليها العقد ولا تطبق في المدة اللاحقة عن تنفيذ العقد، وقد أفتت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع المصرية في هذا الإطار بتاريخ 2003-12-21 " إن المشرع وضع أصلا عاما مقتضاه أن العقد شريعة المتعاقدين وأنه يجب تنفيذه وفقا لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا بإرادة الطرفين وهذا الأصل يحكم العقود المدنية والإدارية على حد سواء وتبعا لذلك يلتزم كل طرف من طرفي العقد بتنفيذ ما اتفقا عليه فإن حاد أحدهما عن هذا السبيل كان مسؤولا عن إخلاله بالتزامه العقدي ووجب عليه حمله على الوفاء بهذا الإلتزام".

- عدم نص العقد على الغرامة التأخيرية فهذا لا يعني الإغفال بل تطبق الإدارة نظام التعويض عن الضرر الناتج عن التأخير فلا يكون التنازل إلا إذا تنازلت الإدارة عن التمسك بالمدد ومن دون شك.²

الفرع الثاني: الأساس غير التعاقدية للغرامة التأخيرية:

يرى هذا الإتجاه أن الأساس القانوني للغرامة التأخيرية هو أساس غير تعاقدية، ذلك أنها تفرض في حالة إخلال المتعاقد بالتزامه بحكم القانون حتى في حالة سكوت الصفقة عن توقيعها، ويظهر في هذا الإتجاه رأيين:

- **الإتجاه الأول** يقول أن الأساس القانوني في فرض الغرامة التأخيرية يكمن في فكرة السلطة العامة، حيث يتم دائما تغليبها على المصلحة الخاصة، وقد ذهب الفقيه "Hauriou" إلى أنه من حق الإدارة الإستناد الى فكرة السلطة العامة في تنفيذ اتفاقاتها دون الإلتزام بعرضها

¹صوفية عباد، الأساس القانوني لجزاء غرامة التأخير في صفقة الأشغال العامة وأثرها على امتيازات السلطة العامة في التشريع الجزائري، المرجع السابق، ص 279.

²حسام محسن عبد العزيز، المرجع السابق، ص ص 96-97.

على القضاء، كما يرى الفقيه "Vedel" أن الإمتيازات التي تملكها الإدارة في تطبيق الغرامة التأخيرية نابعة من السلطة العامة وتطبق للحفاظ على سير المرفق العام وبالتالي يتم الاستناد لفكرة السلطة العامة في توقيع الغرامة التأخيرية إذا خلت العقود من النص عليها دون اللجوء للقضاء.¹

- **الإتجاه الثاني** يرى أن الأساس القانوني لحق الإدارة في توقيع الغرامة يقوم على مبدأ دوام سير المرفق العام بانتظام واضطراد، وبالتالي يخول للإدارة إتخاذ ما تراه مناسباً من الإجراءات لضمان حسن سير المرفق العام، ويحق للمصلحة المتعاقدة أن تفرض على المتعاقد إحترام إلتزاماته التعاقدية إتجاهها.² وفي هذا يرى الفقيه "Jéze" أن احتياجات المرفق العام هي أساس الجزاءات التي توقعها الإدارة دون وساطة القاضي ومن بين هذه الجزاءات الغرامة التأخيرية وهي ليست مقيدة في العقد وتستطيع الإدارة توقيعها ولو لم يتم النص عليها صراحة في الصفة العمومية.³

ويجد هذا لإتجاه ما يسانده في بعض الإجتهدات القضائية في كل من فرنسا ومصر والتي قضت بأن الغرامات التأخيرية في العقود الإدارية مقررة ضماناً لتنفيذ هذه العقود في المواعيد المتفق عليها حرصاً على حسن سير المرفق العام.⁴

والمشروع الجزائري ونظرته للأساس غير العاقد للغرامة التأخيرية فقد نص في المادة 18 من دفتر الشروط الإدارية العامة أنه على المقاول الإلمام والإطلاع على الشروط القانونية والنظم الإدارية التي يتعاقد فيها حتى يتمكن من تنفيذ إلتزاماته المتفق عليها، فإذا أخل بهذه النظم والأحكام حتى ولو لم يتم النص في صفة الأشغال العامة طبقت عليه المصلحة المتعاقدة العقوبات المنصوص عليها في دفتر الشروط. ونصت كذلك المادة 147 من المرسوم الرئاسي 247-15 على أن إخلال المتعامل المتعاقد بالشروط المتفق عليها في المدة المحددة فهنا يوقع عليه لجزاء المالي في شكل غرامة تأخيرية وتستمد وجودها من المرسوم الرئاسي المنظم

¹ هشام محمد فريجة، الغرامة التأخيرية في العقود الإدارية، مجلة جامعة الشارقة للعلوم القانونية، المجلد 16، العدد 02، الشارقة، ديسمبر 2019، ص ص 415-417.

² صوفية عباد، الأساس القانوني لجزاء غرامة التأخير في صفة الأشغال العامة وأثرها على امتيازات السلطة العامة في التشريع الجزائري، المرجع السابق، ص 281.

³ هشام محمد فريجة، المرجع نفسه، ص ص 415-417.

⁴ منصور إبراهيم العنوم، النظام القانوني لغرامة التأخير في العقود الإدارية (دراسة تحليلية مقارنة)، مجلة الشريعة والقانون، المجلد 27، العدد 53، كلية القانون جامعة الامارات العربية المتحدة، 2013، ص 356.

للسفقات العمومية¹. وبالنتيجة هنا فالمشرع الجزائري أخذ بالمصدرين معا، فأخذ بالمصدر التعاقدى المستمد من دفتر الشروط والمصدر القانوني المستمد من القوانين المختلفة التي تحكم الصفقة العمومية، وبالتالي لا مفر من الأخذ بالغرامة التأخيرية كجزاء مالي يوقع على المتعامل المتعاقد سواء بنص القانون أو العقد، لكن في الواقع العملي فإن دفتر شروط الصفقة العمومية ينص في الغالب على الغرامة التأخيرية.

المطلب الثالث: خصائص الغرامة التأخيرية وتمييزها عما يشبهها من المفاهيم:

للغرامة التأخيرية العديد من الخصائص التي تميزها عن بقية الجزاءات الإدارية الأخرى، كما أنه ولتجنب الخلط بين الغرامة التأخيرية وبعض المفاهيم القانونية الأخرى التي تشترك معها في بعض الأحكام سيتم من خلال هذا المطلب التطرق لخصائص الغرامة التأخيرية وكذا تمييزها عن بقية المفاهيم الأخرى.

الفرع الأول: خصائص الغرامة التأخيرية:

تتميز الغرامة التأخيرية كجزاء توقعه المصلحة المتعاقدة في مجال الصفقات العمومية بالعيديد من الخصائص التي تجعلها متميزة عن مختلف الجزاءات الأخرى، وفيما يلي التطرق لمختلف هذه الخصائص وهي كالآتي:

أولاً: اتفاقية: ذلك أنها محددة مسبقا في العقد، فإن لم يتم النص عليها في العقد فلا يجوز للإدارة أن تسعى لتطبيقها على المتعاقد². فالعقد الإداري عادة ما يحدد مقدار الغرامة التي تستطيع جهة الإدارة إيقاعها على المتعاقد معها في حالة مخالفته للعقد، وهو يعني إلزام طرفي العلاقة بقيمة الغرامة الواردة في شروط العقد، فلا يملك أي طرف التحلل منها³. ومع ذلك يجوز الإتفاق في العقد الإداري على عدم توقيع المصلحة المتعاقدة لغرامات التأخير على المتعاقد معها والذي تأخر عن الوفاء بالتزاماته إذا كان سبب التأخر تراخي الإدارة في تنفيذ التزاماتها مما أعجزه عن الوفاء بالتزاماته اتجاهها، بمعنى أن تكون للإدارة هي من أخلت بالتزاماتها أولاً⁴.

¹ صوفية عباد، المرجع السابق، ص ص 281-282.

² سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 495.

³ عبد الله نواف العنزي، المرجع السابق، ص 440.

لمزيد من التوضيح أنظر الملحق رقم 01.

⁴ عبد العزيز خليفة، الوجيز في الأسس العامة للعقود الإدارية، (د-ط)، دار الكتاب الحديث، الكويت، 2008، ص ص 288-289.

والسؤال الذي يطرح نفسه في أحيان كثيرة هو حدوث أضرار للمصلحة المتعاقدة تفوق مقدار الغرامة المحددة في العقد، فهل يجوز لها التعديل بالتناسب مع الأضرار اللاحقة بها؟ والإجابة أنه لا يجوز لها تعديل مبلغ الغرامة إلا بالإئافاق مع المتعاقد معها ، فالعقد شريعة المتعاقدين وشرط الغرامة شرط عقدي ، ثم إن الغرامة التأخيرية ليس لها علاقة بالضرر بدليل اقتضائها من المتعاقد حتى لو لم يترتب ضرر للمصلحة المتعاقدة، وفي هذا الصدد ذهبت إدارة الفتوى والتشريع الكويتية إلى أنه لا يجوز للإدارة إلا تطبيق الشرط الوارد في العقد من حيث مقدار الغرامة واقتضائها بالطريقة التي نص عليها العقد ، كما يجوز لها من جهة أخرى التعديل زيادة أو نقصانا إذا أجاز طلب العروض ذلك أو الشروط العامة أو دفتر الشروط ، ومن هنا فإن للإدارة السلطة التقديرية في توقيع الغرامة أو تعديلها ، لكن من جهة أخرى يثور الإشكال في حالة عدم تحديد العقد مبلغ الغرامة التأخيرية حيث يتم النص عليها دون تحديد مقدارها، فهنا القانون يفرض عدم تجاوز نسبة 10% من قيمة العقد فليس للإدارة حق تحديد الغرامات وحساب إلى مالا نهاية .¹ ويترتب على هذه الخاصية للغرامة التأخيرية نتيجة غاية في الأهمية وهي أنه لا يجوز للإدارة فرض الغرامة على المتعاقد الذي يتأخر عن التنفيذ في حال عدم الاتفاق عليها مسبقا، ولكن هناك من يرى خلاف ذلك ويقول بإمكانية توقيع الغرامة حتى لو لم يتم الاتفاق عليها، ذلك أن الإدارة تفرضها استنادا للشروط العامة والأنظمة التي تضعها الإدارة من أجل تنفيذ العقد والتي تسري على المتعاقد، والسبب في ذلك يعود لكون هذه الشروط والأنظمة تطبق على الكافة والعلم بها مفترض ولا يجوز للمتعاقد استبعاد غرامات التأخير الواردة في الشروط العامة كونها متعلقة بالنظام العام، والواقع أن النصوص المتعلقة بلوائح المناقصات والمزايدات تعتبر جزءا من العقد مالم يستبدها الأطراف، وفي هذا الصدد تقول المحكمة الإدارية العليا المصرية " إذا تضمنت الشروط الخاصة للمزايدة تحديدا لمقدار الغرامة التي يتحملها المتعاقد مع الإدارة في حالة إخلاله بالتزاماته قبلها فإن مبلغ الغرامة حسب ما نصت عليه هذه الشروط يكون هو الواجب إعماله دون النص اللاتحي وذلك لأنه الذي توافقت عليه إرادة المتعاقدين المشتركة"²

¹ عبد الله نواف العنزي، المرجع السابق ، ص ص 440-441.

² وليد سعود فارس القاضي، الجزاءات في مجال العقود الإدارية (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، كلية الدراسات الفقهية والقانونية، جامعة آل البيت، الأردن، 2000، ص ص 43-44.

ولقد أكدت المادة 147 فقرة 2 من المرسوم الرئاسي 15-247 على ضرورة أن تحدد الأحكام التعاقدية للصفقة العمومية نسبة العقوبات المالية وكيفية فرضها أو الإعفاء منها طبقا لدفتر الشروط، وبالتالي فإن عقد الصفقة يتضمن مقدار الغرامة التأخيرية التي يتم إيقاعها على المتعامل المتعاقد المخل بالتزاماته التعاقدية، وغالبا ما تقضي دفاتر الشروط الإدارية إلزامية إدراج هذه الغرامة في عقد الصفقة العمومية، وعلى هذا الأساس لا يجوز للمصلحة المتعاقدة السعي لتطبيق الغرامة التأخيرية على المتعامل المتعاقد إذا لم يكن منصوصا عليها في الصفقة، كما لا يجوز لها إعفاء المتعامل المتعاقد منها إلا إذا تم النص على ذلك في الصفقة أيضا، كما أكد المشرع الجزائري أن عقد الصفقة هو المصدر الوحيد لفرض الغرامة التأخيرية أو الإعفاء منها وعليه فإن المصلحة المتعاقدة ملزمة بتوقيع الغرامة بمجرد تضمنها في الصفقة العمومية أو بموجب الأحكام التنظيمية المنظمة لها والتي تأخذ حكم الشروط التعاقدية في حال سكوت عقد الصفقة عن مسألة توقيعها ما لم تتضمن الصفقة نصا صريحا على استبعادها¹ ويرتب القضاء الفرنسي على اعتبار الغرامة التأخيرية اتفاقية في العقد أن الإدارة عليها الالتزام بمبلغها ولا تطالب بأكثر منها ولا يمكنها الاحتجاج بأنها لا تتناسب مع الضرر الواقع عليها، ومن جهة أخرى يحق للإدارة أن تتغاضى عن الغرامة بتخفيض مبلغها أو التنازل عنها شرط الكشف عن إرادتها صراحة².

ثانيا: تلقائية: ويقصد بذلك أنها تطبق مباشرة دون الحاجة لإثبات الضرر من جانب المصلحة المتعاقدة ، وبالتالي لا يجوز رفعها إلى فئة أعلى حتى لو كان الضرر يزيد عن قدرها المعين، وهذا ما سلم به مجلس الدولة الفرنسي حيث أكد أن الإدارة تملك توقيع الغرامة بقرار منها دون حاجة لإثبات الضرر، وبمجرد تحقق المخالفة التي تقرر الغرامة لمواجهتها ، وفي هذا الصدد ذهبت المحكمة الإدارية العليا المصرية أن الغرامة المعينة في العقد لا يشترط لتوقيعها إثبات وقوع ضرر أصاب المرفق العام ، فهذا الضرر مفترض بمجرد تحقق سبب استحقاق الغرامة وهو الإخلال بالتنفيذ في المدة المحددة³ ولا يقبل من المتعاقد إثبات عدم تسبب التأخير في إصابة الإدارة بضرر، حيث أن الضرر مفترض افتراضا لا يقبل إثبات العكس

¹ حبشي ليلي كميلا، الغرامة التأخيرية آلية لضمان احترام آجال تنفيذ الصفقة العمومية دراسة تحليلية في التشريع الجزائري، مجلة الدراسات التحقيقية، العدد 09، الجزائر، ص ص 265-266.

² سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص ص 492-493.

³ وليد سعود فارس القاضي، المرجع السابق ص 51.

بمجرد التأخير، على اعتبار أن جهة الإدارة حتما حددت موعدا معيناً لتنفيذ العقد قدرت أن حاجة المرفق العام تستوجب إنهاءه في هذا الموعد¹، وهو ما أكدته محكمة القضاء الإداري بالقول " الغرامات التي ينص عليها في تلك العقود توقعها جهات الإدارة من تلقاء نفسها دون أن تلتزم بإثبات حصول ضرر كما لا يقبل ابتداء من المتعاقد إثبات عدم حصوله على اعتبار أن جهة الإدارة في تحديدها مواعيد معينة لتنفيذ العقد يفترض فيه أنها قدرت أن حاجة المرفق تستوجب التنفيذ في هذه المواعيد دون تأخر"².

وفي نفس السياق نصت المادة 68 من تعليمات تنظيم إجراءات العطاءات في الأردن " إذا تأخر المتعهد في تنفيذ ما التزم به في الموعد المحدد بالعقد تفرض عليه غرامة مالية..... بصرف النظر عن الضرر الناشئ عن التأخر في التنفيذ"³.

أما ما ذهب إليه المشرع الجزائي فهو التطبيق التلقائي للغرامة التأخيرية دون حاجة لإثبات الضرر من طرف المصلحة المتعاقدة حيث أن الضرر مفترض بمجرد التأخر وعدم احترام آجال التنفيذ أو التنفيذ غير المطابق لبنود الصفقة ولا يجوز إثبات العكس⁴ وبالتالي فالفكرة الأساسية هي إرغام الطرف المتعاقد مع الإدارة على تنفيذ التزاماته في الموعد المحدد أكثر منها تعويضا للإدارة عن الضرر الذي قد يكون لحق بها⁵.

ثالثاً: تطبيق بقرار إداري: فالغرامة التأخيرية من قبيل القرارات الإدارية فهي تصدر إفصاحاً من جهة الإدارة قصد إحداث أثر قانوني هو توقيع الجزاء على المتعاقد المقصر ، وهذا القرار يصدر بما تملكه المصلحة المتعاقدة من سلطة بمقتضى القوانين واللوائح ، كما أن نصوص العقد نفسه تعتبر من القواعد التي يمكن أن تستند إليها الإدارة لإصدار القرارات الإدارية⁶ ، فالغرامة التأخيرية توقع بموجب قرار إداري دون حاجة للجوء للقضاء للحكم بها، وهذا الإجراء تتميز به العقود الإدارية وحدها مما يخرج عليه العمل في ميدان القانون الخاص، حيث يتعين تدخل المحاكم التي تملك الإنتقاص من التهديد المالي إذا قدرت أنه مغال فيه،

¹ عبد العزيز خليفة، المرجع السابق، ص ص 289-290.

² هيثم حليم غازي، سلطات الإدارة في العقود الإدارية، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، مصر ، ص 114.

³ منصور ابراهيم العتوم، المرجع السابق، ص 352.

⁴ حبشي ليلي كميلى، ص 266.

⁵ محمد حسن مرعي الجبوري، سلطة الإدارة في فرض الجزاءات الجنائية والمالية في العقود الإدارية ، (د-ط)، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية، مصر، 2014، ص 117.

⁶ بلال أمين زين الدين، المسؤولية الإدارية التعاقدية وغير التعاقدية (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، ريم للنشر والتوزيع، 2011، ص 539.

فالمصلحة المتعاقدة تخرج عن هذا النظام عن طريق الغرامة بقرار إداري¹، وبالتالي فمجرد النص في العقد على غرامة التحقيق لا يكفي لاستحقاقها بل لا بد أن تفصح الإدارة عن إرادتها الملزمة في فرض هذه الغرامة على المتعاقد معها ، ذلك أن فكرة الجزاءات الإدارية نابعة من امتيازات السلطة العامة في العقود الإدارية ، كما تعد تطبيقاً لامتياز التنفيذ المباشر الذي يتيح للإدارة توقيع الغرامة أو الإعفاء منها ، وفي هذا السياق قضت محكمة القضاء الإداري المصري بقولها " من حيث أنه وإن كان للإدارة سلطة توقيع جزاءات على المتعاقد إذا ما قصر في تنفيذ التزاماته فإنه يتعين الإفصاح عن رغبة جهة الإدارة في استعمال سلطتها هذه ولا بد من صدور قرار إداري "2 ، والأفضل هو أن تصدر الإدارة قراراً بتوقيع غرامة التأخير حتى يكون المتعاقد على بينة مما يوقع ضده من غرامات ولا يفاجأ بتراكم الغرامات عليه أو إلزامه بغرامات لم يكن على علم بها كما يمكنه هذا العلم من القرار الصادر بشأنها.³ ويعتبر صدور الغرامة التأخيرية في الصفقات العمومية بقرار إداري هو تجسيد للإمتياز العام الذي تتمتع به المصلحة المتعاقدة وهو امتياز التنفيذ المباشر الذي تتمتع به بصورة عامة وفي توقيع الجزاءات العقابية بوجه خاص⁴، كما أكدت محكمة التمييز العراقية على هذه الخاصية بحكم لها بتاريخ 1987/06/01 فجاء فيه " إن الغرامة التأخيرية تطبق بمقتضى قرار إداري دون الحاجة للالتجاء للقضاء للحكم بتوقيع هذا النوع من الجزاء وهو إجراء تتميز به العقود الإدارية وحدها مما يخرج على ما يجري العمل به في ميدان القانون الخاص "5.

والجدير بالذكر والتوضيح هنا الاختلاف في طبيعة قرار الغرامة التأخيرية فهناك من يرى أنه قرار إداري وهناك من يرى خلاف ذلك وسيتم تبين الرأيين كما يلي:

الرأي الأول: يرى أنه ليس قراراً إدارياً وما هو إلا إجراء تمارسه الإدارة استناداً لنصوص الصفة ومن ثم لا يجوز الطعن فيه بالإلغاء ويحتج أصحاب هذا الرأي بالعديد من الحجج لدعم رأيهم من بينها:

- القرار الإداري يصدر من جهة الإدارة بما لها من سلطة بمقتضى القوانين واللوائح

¹ سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 495.

² منصور ابراهيم العتوم، المرجع السابق، ص 351.

³ عبد الله نواف العنزي، المرجع السابق، ص 48.

⁴ ابن عبد المالك بو فلجة، المرجع السابق، ص 254.

⁵ محمد علي حسن البنان، الجزاءات المالية في العقد الإداري دراسة مقارنة، مجلة الرافدين للقانون، المجلد 12، العدد 54، العراق، 2012، ص 424.

أما إذا كان الإجراء صادرا من جهة الإدارة استنادا لنصوص العقد وتنفيذا له فهنا الإجراء لا يعد قرارا إداريا.

- العقد توافق إرادتين وبالتالي لا يمكن الطعن في قرار الإدارة بالإلغاء لأن القرار الإداري تعبير عن الإرادة المنفردة للإدارة بما لها من سلطة عامة بمقتضى القانون وليس بمقتضى العقد.

الرأي الثاني: يرى أن القرار المتضمن توقيع الغرامة التأخيرية هو قرار إداري لكن لا يجوز الطعن فيه بالإلغاء وذلك للأسباب التالية:

- هو قرار إداري من المعيار الشكلي فقط لأنه صادر من جهة إدارية.
 - موضوع القرار الإداري هو الجزاء وهو توقيع الجزاء على المتعاقد المخل بالتزاماته.¹
- والحقيقة أن القرار الإداري هو الوسيلة التي تفصح بها الإدارة عن رغبتها في استعمال سلطة توقيع الجزاء على المتعامل المتعاقد معها والمقصر في أداء التزاماته، فالغرامة الإدارية هي جزاء إداري مالي توقعه المصلحة المتعاقدة بموجب قرار إداري، فلا يكفي النص عليه في العقد ليصبح استحقاقه أمرا مقضيا تطالب به جهة الإدارة المتعاقدة في أي وقت تشاء، وعليه تطبق الإدارة جزاء الغرامة التأخيرية بإجراء إداري صادر عنها وإرادتها المنفردة دون أن تكون ملزمة باللجوء للقضاء، وعليها فقط التأكد من إخلال المتعاقد بالفعل عن تنفيذ التزاماته ولا يجوز لها فرضها بناء على افتراضات أو قناعات غير مبررة.²
- وفي القانون الجزائري يطبق ما يعرف بأوامر الخدمة أو الأوامر المصلحية وهي الأوامر التي تصدرها المصلحة المتعاقدة صاحبة المشروع للمقاول المتعاقد معها قصد تبليغ المقاول بقرارات مبررة أو معلومات تدرج في الاطار العام للصفقة، وهي أنواع بحسب موضوعها، فقد تتعلق بتبليغ الصفقة أو بداية الاشغال وتوقيفها واستئنافها أو تنص على الأشغال الإضافية والتكميلية، كما غيرها مما هو منصوص عليه من حالات في المادة 27 من المرسوم التنفيذي 21-219³، وهي تعتبر الوسيلة القانونية التي تستعملها الإدارة في تنفيذ الصفقة العمومية أو

¹ وليد سعود فارس القاضي، المرجع السابق، ص ص 45-47.

² بحري اسماعيل، الضمانات في مجال الصفقات العمومية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، فرع قانون الدولة والمؤسسات العمومية، جامعة الجزائر، 2009، ص 102.

³ المادة 27 و 2.27 من المرسوم التنفيذي رقم 21-219 المؤرخ في 8 شوال 1442 هـ الموافق لـ 20 ماي 2121 م يتضمن الموافقة على دفتر البنود الإدارية العامة الإدارية المطبقة على الصفقات العمومية للأشغال.

توقيع الغرامة التأخيرية، وتعتبر الأوامر المصلحية قرارات إدارية تتمتع فيها الإدارة بامتياز التنفيذ المباشر بما تتمتع به من قوة التنفيذ ، وبالتالي للمتعاقد الالتزام والتقييد بما فيها من أوامر وتوجيهات إدارية ، وتملك الإدارة تنفيذها مباشرة دون اللجوء للقضاء ودون الحاجة للنص عليها في العقد، أما من حيث الشكل فالأوامر المصلحية تصدر في شكل مكتوب والمقاول غير ملزم بما يصدر من أوامر شفاهية ولو كانت من المصلحة المختصة ، فهو ملزم فقط بالأوامر المكتوبة وهي التي تعتبر سندا في مواجهة الإدارة المتعاقدة ، والمشرع الجزائري أكد على صدور الأوامر المصلحية مكتوبة ومؤرخة ومرقمة ومسجلة ، وبالمقابل إذا رأى المتعاقد أن هذه الأوامر تتجاوز الالتزامات المنصوص عليها في الصفقة فله أن يتحفظ عليها ويبيدي تحفظاته في الأجل المحددة لذلك حفاظا على استقرار الأوضاع تحت طائلة فقدان حقه في التظلم في حال عدم تنفيذه الأوامر المصلحية غير السليمة وذلك حفاظا على استقرار الأوضاع¹.

رابعاً: الغرامة التأخيرية مرنة: تظهر هذه الخاصية من حيث أنها منوطة بتقدير الجهة الإدارية المتعاقدة باعتبارها القوامة على حسن سير المرفق العام والقائمة على تنفيذ شروط الصفقة العمومية، فهي التي تقدر الظروف والأوضاع التي يتم فيها تنفيذ العقد ويمكنها بموجب ذلك إعفاء المتعاقد منها كلها أو بعضها ، وهو حق ثابت لجهة الإدارة على الرغم ما يعترضه من آراء تقيده استنادا لكون الغرامة التأخيرية حق أساسي لمواجهة تأخر المتعاقد عن الوفاء بالتزاماته ، لكن قد يمر المتعاقد بأحداث خارجة عن طرفي العقد ولم يتوقعها وتؤثر على ميعاد التنفيذ وليس من العدالة أن يتحملها المتعاقد وحده لمجرد أنه ملزم بميعاد التنفيذ، فافتضاء الغرامة منوطة بتقدير الجهة الإدارية لها باعتبارها القائمة على تنفيذ الصفقة العمومية².

¹ مليكة أسماء بن صغير، المرجع السابق ، ص ص 16-18.

- Jacqueline Morand-Deville, Droit administratif des biens, 6^e édition, LGDJ-Montchrestien, Paris, France, 2010, P730.

-المادة 7.27 من المرسوم لتنفيذي 21-219 " يجب على المقاول الإمتثال لمواصفات أوامر الخدمة المبلغة له ، وتعتبر تنفيذية فور تبليغها"

-ونصت المادة 8.27 من نفس المرسوم " عندما يلاحظ المقاول أن مواصفات أمر الخدمة تتجاوز التزامات صفقته ، يجب عليه، تحت طائلة سقوط الحق ، تقديم الملاحظة المكتوبة والمبررة الى المصلحة المتعاقدة في أجل (10) عشرة أيام ابتداء من تاريخ تبليغها . لا يوقف تنفيذ أمر الخدمة ما لم يؤمر بخلاف ذلك" .

-يجدر الإشارة هنا أن هناك ما يعرف بالممارسة التعسفية لأوامر الخدمة في بعض الأحيان، وتكون في حال تضمن الأوامر خدمات مختلفة عن المتفق عليها وهو ما يؤدي بالمتعاقد لرفض هذه التعديلات المقترحة في أوامر الخدمة .

Voir Florian linditch, Le droit des marchés publics, 4^e édition, Dalloz, 2006, PP 108-109.

²حسام محسن عبد العزيز، المرجع السابق، ص ص 127-128.

الفرع الثاني: تمييز الغرامة التأخيرية عن المفاهيم المشابهة لها:

تتميز الغرامة التأخيرية بطابعها الخاص وهو ما يميزها عن بعض المفاهيم المشابهة لها من الناحية القانونية وذلك في العديد من الأوجه، ونتناول التفرقة بين الغرامة التأخيرية وبين هذه المفاهيم القانونية الأخرى المشابهة لها فيما يلي:

أولاً: الغرامة التأخيرية والشرط الجزائي:

استقر قضاء المحكمة الإدارية في مصر أن الشرط الجزائي في العقود المدنية هو تعويض متفق عليه مقدما ومستحقا في حالة إخلال المتعاقد بالتزاماته، ويشترط فيهما يشترط لاستحقاق التعويض بوجه عام مع وجوب حصول الضرر للمتعاقد الآخر، وإعذار الطرف المقصر بصدور حكم به ولل قضاء أن يخففه إذا ثبت أنه لا يتناسب مع الضرر الذي لحق بالمتعاقد.¹

كما يذهب البعض لاعتبار الشرط الجزائي اتفاق يقدر فيه الطرفان المتعاقدان سلفا التعويض الذي يستحقه الدائن إذا لم ينفذ المدين التزاماته أو تأخر فيها، لأن الإتفاق عليه لاحقا يعتبر صلحا وليس شرطا جزائيا، وتتمثل أهمية الشرط الجزائي في:

- الدور الوقائي وذلك لأنه يعتبر سلاحا لتفادي إخلال المتعاقد بالتزاماته لأن المدين يخشى أن يؤيد القاضي مبلغ التوويض المنصوص عليه في الشرط الجزائي وبالتالي فهو يتفاداه بالتنفيذ وعدم التأخر.

- الطابع العلاجي في حال وقوع المخالفة من المدين فيعفى الدائن من إثبات الضرر ويعتبر جزاء لعدم التنفيذ.

- الشرط الجزائي تابع للإلتزام الأصلي فهو ليس مستقلا فلا يقوم إلا بجانب الأصلي ويترتب عليه ما يترتب على الاتفاق الأصلي من صحة وبطلان وسقوط وانقضاء.

ويستحق الشرط الجزائي بتوافر الشروط التالية:

- الخطأ فهو لا يستحق إلا بوقوع خطأ من التعاقد المدين.
- الضرر فلا يكون التعويض الاتفاقي مستحقا إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي

¹ هيثم حليم غازي، المرجع السابق، ص 115.

ضرر وعباً الإثبات يقع على المدين وليس على الدائن، لذلك عليه إثبات أن الدائن لم يلحقه أي ضرر.

- الإعذار حيث أنه يجب إعدار المدين وهو بدوره عليه التمسك أمام القضاء بحقه في استيفاء الدائن شرط إعداره.

- العلاقة السببية بين خطأ المدين والضرر الواقع للدائن، فإذا انتفتت العلاقة السببية بين الخطأ والضرر فلا محل لإعمال الشرط الجزائي أو المطالبة به.¹

ويتضح الفرق بين الغرامة التأخيرية والشرط الجزائي فيما يلي:

- من حيث الغرض: فالشرط الجزائي وجد من أجل تجنب تدخل القضاء في تقدير قيمة

التعويض المستحق بسبب الضرر الذي وقع للمتعاقد واعفاء الدائن من إثبات ذلك الضرر، عكس

الغرامة التأخيرية التي وجدت وشرعت من أجل إرغام المتعاقد وحثه على تنفيذ الصفقة العمومية

في الآجال المحددة لها وذلك ضماناً وحفاظاً على حسن سير المرفق العام.²

- من حيث الضرر: الشرط الجزائي لا يمكن أن تحكم به المحكمة إذا ثبت أن الدائن

¹ مصطفى أحمد أبو عمرو، موجز أحكام الإلتزام، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2010، ص 47-51.

Une clause pénale est la condition dans laquelle les parties fixent une somme forfaitaire à l'avance le montant de l'indemnité due par une partie à l'autre en cas d'inexécution de ses obligations contractuelles. Elle incite le débiteur à exécuter correctement ses obligations contractuelles. Ainsi, la clause pénale annule la discrétion souveraine normalement réservée au juge en matière d'attribution des indemnités. Cependant, le juge dispose d'un pouvoir de modération. En cas d'inexécution totale, il peut réduire ou augmenter la peine convenue Article 1231-5 alinéa 2 du Code civil en ce qui concerne le préjudice effectivement subi par le créancier et en cas d'inexécution partielle, le juge peut réduire la peine convenue au prorata de l'intérêt offert par l'exécution partielle du créancier, article 1231-5 alinéa 3 du Code civil. Article de l'écrivain titré Maxime bizeau " Responsabilité contractuelle : définition, conditions et aménagements conventionnels" sur le site <https://fiches-droit.com> à 09/07/2018 et je l'ai vu à la date 06/06/2021 à l'heure 18:20.

- Article 1231-5 alinéa 2 du Code civil français " Lorsque le contrat stipule que celui qui manquera de l'exécuter paiera une certaine somme à titre de dommages et intérêts, il ne peut être alloué à l'autre partie une somme plus forte ni moindre.

Néanmoins, le juge peut, même d'office, modérer ou augmenter la pénalité ainsi convenue si elle est manifestement excessive ou dérisoire".

- Article 1231-5 alinéa 3 du Code civil français "Lorsque l'engagement a été exécuté en partie, la pénalité convenue peut être diminuée par le juge, même d'office, à proportion de l'intérêt que l'exécution partielle a procuré au créancier, sans préjudice de l'application".

² عبد الرحمن عباس ادعين، الغرامات التأخيرية في العقود الإدارية، مجلة جامعة بابل للعلوم الإنسانية، المجلد 22، العدد 3، العراق، 2014.

لم يلحق به ضرر جراء الإخلال بتنفيذ الالتزامات، كما أن القانون أعطى سلطة للمحكمة في تخفيض الشرط الجزائي الى الحد الأدنى الذي يتناسب مع مقدار الضرر الذي لحق وأصاب الدائن، وهذا كله لا وجود له في الغرامة التأخيرية ذلك أنها تستحق بمجرد تأخر المتعاقد عن التنفيذ في المواعيد المحددة والغرامة تحكم بالغرامة نتيجة ذلك دون الزيادة أو النقصان فيها.¹

- من حيث الجهة المختصة بفرضها: الشرط الجزائي يقوم القاضي بالتدخل من أجل تعديل قيمته أما الغرامة التأخيرية فتقدرها وتوقعها المصلحة المتعاقدة دون الحاجة لتدخل القاضي في ذلك.²

ثانياً: الغرامة التأخيرية والغرامة التهديدية:

الغرامة التهديدية من وسائل ضمان التنفيذ العيني وهي وسيلة مالية تهدف الى الضغط على المدين بغية حمله على تنفيذ التزامه عينا في مدة معينة وإذا تأخر في التنفيذ كان ملزماً بدفع غرامة عن كل يوم تأخير أو أسبوع أو شهر أو أية وحدة زمنية أخرى.³

فالغرامة التهديدية وسيلة ضغط على الملتزم والتغلب على عناده لحمله على التنفيذ وهي من وسائل التنفيذ الجبري والتهديد المالي قد ينجح وقد لا ينجح تبعاً لما انتهى اليه المدين من تنفيذ التزاماته أو الإصرار على عدم التنفيذ.⁴ وقد عرفها المشرع الجزائري في المادة 174 من القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم بأنها حق الدائن في اللجوء للقضاء لإلزام المدين الممتنع أو المتأخر بدفع غرامة تأخيرية، فنصت المادة " إذا كان تنفيذ الالتزام عينا غير ممكن أو غير ملائم إلا إذا قام به المدين نفسه جاز للدائن أن يحصل على حكم بإلزام المدين بهذا التنفيذ وبدفع غرامة إجبارية إن امتنع عن ذلك.

¹ مليكة أسماء بن الصغير، المرجع السابق، ص ص 42-43.

² فارس مخلف خلف الدليمي، الجزاءات المالية في العقد الإداري (دراسة مقارنة بين التشريعين العراقي والأردني)، رسالة ماجستير، تخصص قانون عام، جامعة الشرق الأوسط، الأردن، 2016، ص 110.

Joseph Frank OumOum, La responsabilité contractuelle en droit administratif, édditios LGDJ, Paris, France, 2014, P 252.

³ بسام سعيد جبر جبر، ضوابط التفرقة بين الشرط الجزائي والغرامة التهديدية ودورها في منع تراخي تنفيذ العقد (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، قسم القانون الخاص، جامعة الشرق الأوسط، الأردن، 2011، ص 49.

⁴ علي سعود الظفيري، غرامة التأخير في العقود الإدارية في ضوء أحكام القضاء والإفتاء في دولة الكويت (دراسة مقارنة)، مجلة الحقوق، المجلد 15، العدد 2، الكويت، ص 132.

وإذا رأى القاضي أن مقدار الغرامة ليس كافياً لأكراه المدين الممتنع عن التنفيذ جاز له أن يزيد في الغرامة كلما رأى داعياً للزيادة".¹

وقد عرف القانون العراقي الغرامة التهديدية بأنها تهديد مالي ونصت تالمادة 253 من القانون المدني العراقي " إذا كان تنفيذ الالتزام عيناً غير ممكن أو غير ملائم إلا إذا قام به المدين نفسه أو امتنع المدين عن التنفيذ جاز للمحكمة بناء على طلب الدائن أن تصدر قراراً بالزام المدين بهذا التنفيذ وبدفع غرامة تهديدية إذا بقي ممتنعاً عن ذلك"² وعرفها الفقه الفرنسي على أنها مقدار من المال يحدد سواء عن كل يوم أو شهر عن التأخير ضد الشخص المعنوي الذي يهمل أو يمتنع عن تنفيذ أحكام القضاء أو أي جهة قضائية كانت فهي جزاء لإخلال الإدارة بتنفيذ أحكام القضاء.³

وتتميز الغرامة التهديدية بالخصائص التالية:

- مبلغ من المال يحكم به القاضي عن كل فترة زمنية تمر دون تنفيذ المدين لالتزاماته سواء كانت هذه الفترة الزمنية يوماً، شهراً، سنة.

- يتم فرض الغرامة التهديدية بناء على طلب الدائن ذلك من القضاء.

- من الوسائل التي يتمتع بها القاضي في مواجهة تقاعس المدين عن تنفيذ التزاماته وبهدف إجباره على التنفيذ.

- تخضع الغرامة التهديدية لتقدير القاضي وليس لمقدار الضرر الواقع على الدائن كما أنها لا تقدر دفعة واحدة حتى تحقق الهدف منها ويدرك بذلك المدين شأن الغرامة التهديدية تزيد قيمتها كلما طال مدة التأخر في التنفيذ.⁴ وتتميز الغرامة التهديدية عن الغرامة التأخيرية بما يلي:

- تفرض الغرامة التهديدية على الطرف الممتنع عن تنفيذ التزامه تنفيذاً عينياً بغية إجباره

¹ المادة 174 من الامر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق لـ 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم.

² عبد الرحمان عباس ادعين، المرجع السابق، ص 557.

³ صدارة محمد، صدارة محمد، الغرامة التهديدية في المادة الإدارية، مجلة الحقوق والعلوم الانسانية، المجلد 11، العدد 02، جامعة زيان عاشور، الجلفة، بتاريخ 2018/06/17، ص 113.

⁴ انسام فالح حسن، التكييف القانوني للغرامة في نطاق العقود الإدارية والأحكام الإدارية، كلية القانون والسياسة، جامعة البصرة، العراق، ص 9.

على التنفيذ، أما الغرامة التأخيرية فهي تفرض على الطرف المتعاقد مع الإدارة عند تأخره عن تنفيذ الالتزامات والأعمال المنوطة به، عن المدة المحددة مسبقا في الصفقة العمومية.

- فرض الغرامة التهديدية يتم بموجب حكم قضائي من المحكمة المختصة بذلك وأن هذه المحكمة لها السلطة التقديرية في فرض هذه الغرامة أو لا، بينما الغرامة التأخيرية فالإدارة تقوم بتوقيعها بإرادتها المنفردة بإصدار قرار إداري لفرضها على المتعاقد في حالة التأخر عن تنفيذ التزاماته، كما أن مبالغ الغرامة التأخيرية جزء من أموال الدولة لا تتنازل عنها الإدارة إلا في حالات خاصة.

- الغرامة التهديدية ليست حقا للدائن ولا يجوز للدائن المطالبة بتنفيذ الحكم بالغرامة التهديدية، عكس الغرامة التأخيرية التي تستحق بمجرد تأخر المقاول عن التنفيذ وتستطيع الإدارة المطالبة بها دون اللجوء للقضاء.¹

- تعد الغرامة التأخيرية إحدى العقوبات التي تستطيع الإدارة توقيعها على المتعاقد المقصر في تنفيذ التزاماته التعاقدية في حالة التأخير، في حين تعتبر الغرامة التهديدية وسيلة ضغط على المدين لحثه على تنفيذ التزاماته وإجباره على ذلك.²

ثالثا: الغرامة التأخيرية والغرامة الجزائية:

الغرامة الجزائية هي التزام المحكوم عليه بأن يدفع للخزينة العمومية للدولة مبلغا ماليا مقدرا في الحكم الجزائي³، وتتميز الغرامة الجزائية بالخصائص التالية:

- يحكم بها القاضي الجزائي في الدعوى الجزائية التي يفصل فيها.
- ينص عليها ويحددها القانون تبعا لقاعدة لا عقوبة ولا جريمة ولا تدابير أمن إلا بنص، فهي عقوبة يجب أن يحددها القانون طبقا لمبدأ المشروعية⁴.
- مراعاة مبدأ الشخصية فلا يتم الحكم بها على المسؤول المدني أو الورثة.
- لا تجري عليها المصالحة ولا يجوز التنازل عنها لأنها حق عام للدولة.

¹مليلة أسماء بن الصغير، المرجع السابق، ص ص 39-40.

² عبد الحليم مجدوب، غرامات التأخير في العقود الإدارية، المجلة الجزائرية للحقوق والعلوم السياسية، العدد 04، الجزائر، 2017، ص ص 160-161.

³ عبد القادر عدو، مبادئ قانون العقوبات الجزائري (القسم العام)، الطبعة الثانية، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2013، ص 368.

⁴ عبد الله سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري (القسم العام) الجزء الثاني، (د-ط)، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 2002، ص ص 462-463.

- تخضع للعديد من الأحكام التي تتحكم في سريانها منها وقف التنفيذ، العفو الشامل، التقادم الجنائي.¹ وتتميز الغرامة التأخيرية عن الغرامة الجزائية بما يلي:
- من حيث جهة الإصدار فالغرامة التأخيرية تصدر عن الجهة الإدارية المتعاقدة في حين أن الغرامة الجزائية تصدر عن الجهات القضائية المختصة بالفصل في الدعوى الجزائية وتوقيع العقوبات، ولا يعتبر توقيع الإدارة للعقوبة الإدارية مساساً بمبدأ الفصل بين السلطات المستقر عليه.²
- الإدارة هي التي تحدد مقدار الغرامة التأخيرية وليس القضاء، بينما الغرامة الجزائية يحددها القضاء وفق معايير محددة سابقاً في القانون، والقاضي إذا تدخل في شأن الغرامة التأخيرية فهو يتدخل فقط في تعديلها إذا طعن فيها المتعاقد.³
- تخضع الغرامة الجزائية لوقف التنفيذ بينما لا يتم تطبيق ذلك في الغرامة التأخيرية باستثناء حالة وقف تنفيذ القرار الإداري الصادر بالغرامة الإدارية في حالة الاستعجال.
- لا تأخذ الغرامة التأخيرية بعين الاعتبار ظروف المكلف بها والسوابق القضائية وهو ما يجعلها تختلف عن الغرامة الجزائية التي تأخذ بعين الاعتبار ظروف المتهم وسوابقه القضائية، وذهب مجلس الدولة الفرنسي إلى أن فرض الإدارة عقوبات جنائية معيب بعدم الدستورية.⁴
- لا تتحول الغرامة التأخيرية إلى حبس في حالة عدم دفع مبلغها عكس الغرامة الجزائية التي تتحول إلى حبس إذا لم يلتزم المتهم بدفعها للخزينة العمومية للدولة وهو ما يعرف في القانون الجزائري بالإكراه البدني، والذي يعتبر وسيلة لإجبار المحكوم عليه المتماطل عن الدفع.⁵

رابعاً: الغرامة التأخيرية والتعويض:

التعويض هو المبلغ الذي يحق للإدارة أن تحصل عليه من المتعاقد معها لجبر الأضرار الأضرار الناجمة عن الإخلال بالالتزامات التعاقدية⁶، وفي القانون المدني يستحق المضرور

¹ عبد الله سليمان، المرجع السابق، ص 462-463.
² عبد العزيز عبد المنعم خليفة، ضمانات مشروعية العقوبات الإدارية العامة، (د-ط)، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2008، ص 24.
³ عماد صوالحة، الجزاءات الإدارية العامة، الطبعة الأولى، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، مصر، 2014، ص 75.
⁴ محمد سعد فوده، النظرية العامة للعقوبات الإدارية، (د-ط)، دار الجامعة الجديدة، الأزاريطة، مصر، 2008، ص 123-122.
⁵ محمد سعد فوده، المرجع نفسه، ص 122-123.
⁶ هيثم حليم غازي، المرجع السابق، ص 107.

التعويض عن الضرر نتيجة الإخلال بالتزام عقدي أو عمل غير مشروع من تاريخ حدوث الضرر، لا من وقت صدور الحكم بالتعويض في دعوى المسؤولية والحكم مقررًا للحق لا منشأً له، كما يستحق المضرور التعويض عن الضرر من وقت حدوثه دون حاجة إلى إعدار المسؤول وذلك لأنه لا ضرورة للإعدار عندما يكون محل التزام المدين تعويضاً ترتب على عمل غير مشروع، أما عندما يكون محل التزام المدين تعويضاً ترتب على الإخلال بالتزام عقدي فلا يستحق إلا بعد إعدار المدين ما لم ينص على خلاف ذلك.¹

وتتميز الغرامة التأخيرية عن التعويض فيما يلي:

- من حيث الغاية فالغرامة التأخيرية غايتها ضمان تنفيذ العقود الإدارية في مواعيدها المتفق عليها بينما الغاية من التعويض هو جبر الضرر الذي أحدثه المتعاقد من تقصير أدائه التزاماته.

- من حيث الجهة المختصة بفرضه فالغرامة التأخيرية تفرض من الجهة الإدارية بينما التعويض يختص القضاء بفرضه والحكم به.

- من حيث الاستحقاق تستحق الغرامة التأخيرية عند تأخر المتعاقد المتعاقد عن تنفيذ التزامه التعاقدية بينما التعويض يستحق بتوافر الضرر للإدارة وقيام رابطة السببية بين الخطأ والضرر.²

- يتم تحديد الغرامة التأخيرية في العقد أو دفتر الشروط أو القانون أو اللائحة وهي نسبة ثابتة محددة سابقاً، عكس التعويض الذي لا يحدد مسبقاً ويتم تقديره بعد وقوع الضرر ويتناسب معه بقدر حجمه، كما أن قيمته متغيرة أما الغرامة التأخيرية فلا تملك المصلحة المتعاقدة ان توقعها بقدر أكبر مما هو محدد في العقد بحجة أن الضرر يفوق الغرامة الموقعة والعكس صحيح.

- لا يحكم القاضي بالتعويض إلا في حالة ثبوت الضرر ووفقاً لمقداره، بينما الغرامة التأخيرية تلقائية لا يشترط فيها إثبات الضرر فهو مفترض.³

- التنازل عن الغرامة التأخيرية مازال محل جدل كبير وقد اعترض البعض بشكل

¹ مقال لفواز صالح بعنوان " التعويض " على موقع <http://arab-ency.com.sy> بتاريخ 02-04-2021 الساعة 14:20.

² حسن محمد علي حسن البنان، المرجع السابق، ص ص 425-426.

³ علياء علي القحطاني، المرجع السابق، ص ص 59-60.

مطلق عليه باعتباره يتعلق بالمرفق العام بينما يذهب البعض لأجازته عكس التعويض الذي لا جدال في حق الدائن بالتنازل عنه وعدم المطالبة به.¹

المبحث الثاني: النظام القانوني للغرامة التأخيرية:

أحاط المشرع الغرامة التأخيرية بالعديد من الأحكام القانونية التي تهدف لتفعيلها كجزاء تملك المصلحة الإدارية توقيعها ، وذلك بدافع المصلحة العامة ودوام سير المرفق العام، كما أن المشرع أراد من خلال تنظيم أحكام تطبيق الغرامة التأخيرية ضبط سلطة الإدارة في توقيعها لهذا الجزاء منعا لتجاوز السلطة وضمانا لمشروعيتها، ومن خلال هذا المبحث سيتم عرض الأحكام القانونية للغرامة التأخيرية من خلال مطلبين، الأول خصص لشروط فرض الغرامة التأخيرية وكيفية حسابها، والمطلب الثاني سيخصص لدراسة طرق تحصيل الغرامة التأخيرية والإعفاء منها.

المطلب الأول: شروط فرض الغرامة التأخيرية وكيفية حسابها:

تخضع الغرامة التأخيرية للعديد من الشروط التي تجيز للمصلحة الإدارية توقيعها، وهذه الشروط حددها المشرع ونظمها وهي بذلك تعتبر ضوابط يجب الالتزام بها واحترامها لضمان شرعية الجزاء واستحقاقه ، من جهة أخرى فإن قيمة الغرامة التأخيرية ليست اعتباطية دون ضوابط ، بل إنها تخضع لعملية حسابية أساسها مدة التأخر في آجال تنفيذ الصفقة العمومية، ولا تملك المصلحة الإدارية المتعاقدة الإعفاء منها إلا لتوافر أسباب خارجة عن إرادة المتعاقد، ذلك أنها مفروضة للمصلحة العامة المرتبطة بسير المرفق العام ، ومن خلال هذا المطلب سيتم التفصيل في هذه الفروع.

الفرع الأول: شروط توقيع الغرامة التأخيرية:

إن توقيع الغرامة التأخيرية على المتعاقد لم يكن على إطلاقه، وهذا حتى لا تتعسف جهة الإدارة المتعاقدة في استعمال سلطتها بل هناك شروط يجب توافرها وهي كالآتي:

أولاً: أن يكون سبب التأخير راجع للمتعاقد:

فقد نص المشرع الجزائري في المادة 09 من المرسوم الرئاسي 10-236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية على حق المصلحة المتعاقدة في توقيع الغرامة التأخيرية على المتعاقد

¹ علياء علي القحطاني، المرجع السابق، ص ص 59-60.

معها في حالة الاخلال بالالتزامات التعاقدية المفروضة عليه.¹ وهو ما تضمنته أيضا المادة 147 من المرسوم الرئاسي 15-247 الفقرة الأولى " يمكن أن ينجر عن عدم تنفيذ الالتزامات التعاقدية من قبل المتعاقد في الآجال المقررة وتنفيذها غير المطابق فرض عقوبات مالية دون الإخلال بتطبيق العقوبات المنصوص عليها في التشريع المعمول به".

كما أن الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا أكدت عقوبة الغرامة التأخيرية في قرارها الصادر بتاريخ 16-02-1989 رقم 65145 المجلة القضائية رقم 01-1991 جاء فيه " من المقرر قانونا أن غرامات التأخير تطبق عند عدم تكملة الأشغال في الآجال على أساس مواجهة بسيطة بين تاريخ انقضاء الأجل المتعاقد عليه وتاريخ استلام الأشغال ، كما جاء في قرار المحكمة الإدارية بمجلس قضاء أم البواقي بتاريخ 2022/01/19 بين بلدية الزرق و مؤسسة اشغال البناء (ب-ح) " ما استقر عليه مجلس الدولة انه تحتسب عقوبة التأخير في الصفقة العمومية عن المدة الممتدة من تاريخ انتهاء مدة الانجاز إلى التاريخ الفعلي للتسليم.²

والغاية من فرض الغرامة التأخيرية هو دفع المتعاقد المقصر على التنفيذ في آجال المحددة والمتفق عليها في العقد ويستثنى من ذلك أن يكون التأخير راجع للمصلحة المتعاقدة لأن هذا من حالات الإعفاء منها، ويعتبر شرط التأخير في التنفيذ للصفقة العمومية ركن من أركان القرار الإداري المتضمن توقيع الغرامة التأخيرية.³

ثانيا: أن يكون المتعاقد قد تأخر في آجال التنفيذ:

قبل تفصيل تأخر المتعاقد عن التنفيذ في الآجال يجب بداية توضيح معنى آجال تنفيذ الصفقات العمومية ثم صور اخلال المتعاقد بهذه الآجال.

1- الآجال في الصفقة العمومية: الأجل هو الفترة التي يجب خلالها تنفيذ الصفقة

¹ المادة 09 من المرسوم الرئاسي المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المؤرخ في 28 شوال 1431 هـ الموافق لـ 07 أكتوبر 2010 يتضمن تنظيم الصفقات العمومية المعدل والمتمم " يمكن أن ينجر عن عدم تنفيذ الالتزامات التعاقدية من قبل المتعاقد في الآجال المقررة أو تنفيذها غير المطابق فرض عقوبات مالية ، دون الإخلال بتطبيق العقوبات المنصوص عليها في التشريع المعمول به.

تحدد الأحكام التعاقدية للصفقة نسبة العقوبات المالية وكيفيات فرضها أو الإعفاء منها طبقا لدفاتر الشروط المذكورة أدناه باعتبارها عناصر مكونة للصفقات العمومية "

²قرار المحكمة الإدارية ام البواقي بتاريخ 2022/01/19 قضية رقم 21/550 بين (ب – ح) صاحبة مؤسسة اشغال البناء وبين بلدية الزرق.

³ هشام محمد فريجة، المرجع السابق ، ص 424.

العمومية ويجب تحديدها في الصفحة العمومية¹، ذلك أن للصفحة آجالاً على المتعامل المتعاقد احترامها ويقوم عادة بوضع ما يعرف بمخطط الانجاز الذي يحدد فيه مراحل تنفيذ الصفحة العمومية ويظم الفترة الممتدة بين إصدار الأمر ببدء الخدمة والأشغال (ODS) الى غاية الإستلام المؤقت للصفحة، ويكون المتعاقد أمام احتمالين إما الأجل الواحد أو الأجل المجزأ ، فالأجل الواحد هو الذي يلتزم فيه المتعامل المتعاقد بتسليم الصفحة عند انتهائه دون إجباره على الإسراع في الإنجاز، أما المجزأ فهو الذي يقوم فيه المتعاقد بتقسيم انجاز الصفحة بعدة مراحل ويلتزم بالإنتهاء من تنفيذ الأشغال طبقاً لما تعهد به في مخطط الإنجاز².

ونكون بصدد التحدث عن أجل التسليم إذا كانت الصفحة موضوعها التوريد، وأجل التنفيذ إذا كان موضوع الصفحة تنفيذ الأشغال ، وأجل الرد إذا كنا بصدد صفقة الخدمات ، فالمصلحة المتعاقدة تعطي المتعامل المتعاقد فترة زمنية لتبليغه بأمر الخدمة لكي يقوم بانجاز موضوع الصفحة العمومية وتختلف بداية الأجال من صفقة لأخرى فبالنسبة لصفحة الأشغال بداية التنفيذ فيها يرتبط بإعطاء أمر ببديء الخدمة المتعلق بانطلاق الاشغال ، أما بالنسبة لصفقات الخدمات واللوازم يبدأ من تاريخ تبليغ الصفحة أو تبليغ قسيمة الطلب ويمتد الى غاية تاريخ التسليم³.

وحصول المقاول على الأمر ببدأ الأشغال حجة على الإدارة في التزامها بتسديد مبالغ الإنجاز له ، فقد جاء في قرار مجلس الدولة الجزائري رقم 016150 بتاريخ 2004/09/21

¹ تنص المادة 62 من المرسوم الرئاسي 10-236 على " يجب أن تشير كل صفقة الى التشريع والتنظيم المعمول به والى هذا المرسوم ويجب أن يتضمن على الخصوص البيانات الآتية.....أجل تنفيذ الصفحة".
² بحري اسماعيل، المرجع السابق، ص 96.

L'ordre de service (ODS) est le document écrit, établi par le service contractant ou son représentant, qu'il notifie à son partenaire cocontractant, La force obligatoire de la commande de service est exécutoire dès sa notification.

La commande de service a pour objet les instructions relatives aux marchés publics dont l'objet est le suivant :

Notification du contrat ou de l'avenant approuvé.

- Démarrage des services du marché.
- Arrêter ou reprendre les services du marché
- Revoir le calendrier de mise en œuvre.
- Réalisation de prestations supplémentaires et/ou complémentaires.
- Toute injonction judiciaire du service adjudicateur pour contraindre le cocontractant partenaire à se conformer aux dispositions contractuelles relatives à l'exécution . Voir Guide des marches public, République algérienne démocratique et populaire, Ministère des Finances, édition 2021. p p 163-164.

³ مريان حورية، الأجال في قانون الصفقات العمومية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، فرع القانون العام، جامعة الجزائر، الجزائر، 2013، ص 65-66.

" حيث أن أشغال الترميم طلبتها بلدية الرحوية وأن الأمر بالخدمة من أجل انجاز الأشغال وقع عليه ر م ش البلدي لبلدية الرحوية و مدير التعمير و البناء بصفته هيئة مكلفة بالمراقبة والمتابعة التقنية... مما يتعين إلغاء القرار المستأنف وفصلا من جديد الزام بلدية الرحوية بتسديد مقابل الفاتورة"¹، وتكتسي مدة التنفيذ أهمية كبيرة لارتباطها بالمرفق العام وحسن سيره لذلك لا بد من تحديد نقطة انطلاق مدة التنفيذ، فقد نصت المادة 32 من المرسوم التنفيذي 21-219 على تفصيل حساب المدة، حيث يتم حساب الأجل بالشهور أو الأيام أو إذا تم احتسابه بالأيام فيبدأ العمل عند الساعة الصفر من اليوم الموالي لليوم الذي تم فيه العقد، وينتهي في منتصف نهار اليوم الأخير من الأجل، كما أنه في حالة العطلة يمتد الأجل الى نهاية اليوم الموالي عند منتصف الليل، وفي الحالة التي يتم تحديد مدة التنفيذ بالأشهر فإنه يتم حسابها من تاريخ شهر بداية الأجل الى غاية اليوم الأخير من ذلك الشهر لنهاية الأجل² ولا تبدأ مدة التنفيذ إلا من اليوم الموالي لتسليم الأمر المصلي بالبدء بتنفيذ موضوع الصفقة، ويتعين ان تصدر أوامر المصلحة كتابة يجب على المقاول مباشرة الاشغال في الآجال المحددة في أوامر المصلحة الصادرة وذلك طبقا لما نصت عليه المادة 27 من الرسوم التنفيذي 21-219. أما المشرع المصري فاعتبر تسليم الإدارة موقع العمل وأقر لذلك التزام المتعاقد بالسعي لدى المصلحة المتعاقدة من أجل تمكينه من الشروع في التنفيذ ولا يكتفي فقط بالانتظار فالبدء في التنفيذ هو تصرف قانوني من جانب الإدارة يتمثل في إصدار أمر مصلي للشروع في الأعمال أو أن يكون بناء على عمل مادي يتمثل في تسليم المواقع أو الوثائق والتجهيزات³، وعلى الأطراف احترام مدة التنفيذ وأي إخلال بها يترتب عقوبات قد تصل لحد فسخ الصفقة العمومية، وتعتبر صفقة الأشغال والدراسات من أكثر الصفقات العمومية التي تعرف تأخرا في الإنجاز مقارنة بالصفقات الأخرى، ذلك أن صفقات الاشغال خاصة تتعلق بالمشاريع الكبرى والمنشآت القاعدية وتتطلب الأموال الطائلة لذلك قد تعترضها أثناء التنفيذ العديد من المشاكل والعوائق المادية خاصة⁴.

¹ سايس جمال، الاجتهاد الجزائري في القضاء الإداري (الجزء الثالث)، الطبعة الأولى، منشورات كليك، الجزائر، 2013، ص ص 1519-1520.

² المادة 32 من المرسوم التنفيذي 21-219 السابق ذكره.

³ بن شعبان علي، آثار عقد الاشغال العامة على طرفيه في التشريع الجزائري، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قانون عام، جامعة قسنطينة، الجزائر، 2012، ص ص 261-262.

- لمزيد من التوضيح انظر الملحق رقم 02.

⁴ مريان حورية، المرجع السابق، ص 71.

والأجل في الصفقة العمومية قد يتم تعديله أو تمديده أثناء السريان ويكون في حالتين الأولى حالة التعديلات بأمر الخدمة والثانية حالة التقلبات الجوية التي تؤثر على تنفيذ الصفقة العمومية وتؤدي لتوقف العمل في المواقع فيمدد الأجل هنا لأيام مساوية اعدد الأيام التي تعطل فيها العمل¹.

2- صور الإخلال بأجل التنفيذ:

إن أسباب فرض الغرامة التأخيرية يكون تأخر المتعاقد عن تنفيذ التزاماته التعاقدية في المواعيد المتفق عليها وتحدد هذه المواعيد حسب مقتضيات حسن سير المرفق العام وتقديمه للخدمات المنوطة به بصورة منتظمة، لذلك يعتبر الإخلال بالمواعيد من المتعاقد إخلالا بمبدأ سريان المرفق العام بانتظام وباضطراد ويستوجب فرض الغرامة التأخيرية بحقه بغية إجباره على احترام مدد التنفيذ بدقة متناهية، ويمكن حصر صور الإخلال بمدد التنفيذ فيما يلي:

- عدم البدء في التنفيذ ذلك أن أهمية تحديد مدة التنفيذ يتم النص عليها عادة في العقد

بصورة واضحة وبشكل ينسجم مع طبيعة العقد وقد يتم تحديد مدة التنفيذ بمدة زمنية معينة تبدأ بتاريخ معين كما في عقود الأشغال، وقد ينص العقد على مراحل للتنفيذ تبدأ كل مرحلة وتنتهي بتاريخ معين² ويلاحظ أن أغلب التشريعات تولي تحديد بدأ سريان مدة التنفيذ أهمية خاصة ويعتبر المصدر الرئيسي لتحديد هذه المدة هو الاتفاق العقدي بين جهة الإدارة والمتعاقد معها ويليه العرف، وقد يكون القانون هو الذي يحدد المدة أحيانا كما في عقود الامتياز ، وإذا كان البدء في التنفيذ يتوقف أحيانا على قيام الإدارة بإجراء عمل معين كتسليم موقع العمل للمتعاقد ، ففي هذه الحالة لا يسأل المتعاقد عن التأخر إذا تأخرت الإدارة عن تسليمه مواقع العمل وفي ذلك قضى مجلس الدولة الجزائري في قراره رقم 15885 قضية بلدية سكيكدة ضد مقولة (م - ب) والمؤرخ في 2004/09/21 "حيث تمت أشغال إنجاز جدار تحويط المدرسة الابتدائية وأنه يستخلص من عناصر الملف بأنالمؤسسة المستأنف عليها لحق بها ضرر فعلا من حيث أنها عندما تلقت الأمر بالخدمة لم تكن مخططات الإنجاز جاهزة، وأنقضاء الدرجة الأولى

¹Christophe Lajoie , Droit des marchés publics ,2^e édition,Gualino éditeur , Paris , France , 2005 , p 168.

²حسام محسن عبد العزيز، المرجع السابق، ص ص 141-143.

بتقريرهم منح تعويض 150.000 دج كتعويض عن الضرر اللاحق فقد قدروا وقائع القضية تقديرا سليما مما يتعين تأييد القرار المستأنف¹.

- تأخر المتعاقد عن إتمام العمل المطلوب منه في المدة المحددة ومن صور الإخلال بمدد التنفيذ التخلف في إنجاز وتسليم الأشغال أو عدم توريد كامل الكمية المتفق عليها وفي الميعاد المحدد، فهنا تستحق الغرامة التأخيرية حتى لو قام المتعاقد بانجاز العمل بعد فوات المواعيد المحددة في العقد،² وجاء في قرار مجلس الدولة الجزائري في قضية ضد رئيس المندوبية التنفيذية لبلدية سكيكدة بتاريخ 1999/03/08 " حيث انه وبين تاريخ ابرام الصفقة أي يوم 1989/09/09 وتاريخ الإنجاز أي يوم 1991/11/18 مرت أكثر من سنتين بينما أجل الانجاز محدد بستة أشهر، حيث أنه لا يمكن التمسك بالقوة القاهرة في قضية الحال لأنه ليس للوضعية لا طابع عدم التوقع ولا الاستثناء، حيث أنه يتعين تأييد القرار المستأنف"³.

- تخلف المتعاقد مع الادارة عن تنفيذ العقد كليا فالعقد الإداري عموما يتميز بخصائص ذاتية ينفرد بها عن العقود المدنية فهو يتميز بالتزامات مرتبطة بطبيعته كالتزام المتعاقد مع الإدارة بتنفيذ التزاماته شخصيا واحترام مدد التنفيذ المقررة في العقد وتنفيذ التزاماته بعناية تامة وبطريقة سليمة إعمالا لمبدأ حسن النية وفقا للشروط لمحددة في الصفقة ودفتر الشروط.⁴ حيث أن التأخر في آجال التنفيذ يؤدي للخلل في سيرورة المرفق العام بانتظام ويؤثر سلبا على نوعية الخدمات التي تقدم للمنتفعين ، وبما أن الإدارة هي المنوط بها السهر على حسن سير المرفق العام وتحقيق المصلحة العامة ، ولذلك فإن أي تأخير في التنفيذ يجعل الإدارة تتحرك من أجل توقيع الغرامة التأخيرية خاصة إذا تعلق العقد بالقطاعات الحساسة كتوريد المواد الاستشفائية أو المستعجلة.⁵

ثالثا: وجوب الاعذار:

إن أمر الإعذار من أكثر الأمور خلافا بين مختلف التشريعات في مختلف الدول، ويثور التساؤل حول مدى إلزامية الإدارة المتعاقدة بتوجيه الإعذار للمتعاقد معها قبل توقيع

¹ سايس جمال ، الاجتهاد الجزائري في القضاء الإداري (الجزء الثالث)، المرجع السابق، ص 1392.

² حسام محسن عبد العزيز، المرجع السابق، ص 134

³ قضت محكمة التمييز العراقية بتاريخ 10-11-1968 "إن الغرامة التأخيرية هي جزاء قد ضمان وفاء المتعاقد مع الإدارة بالتزامه في المدد المتفق عليها" انظر المرجع نفسه ص 134.

⁴ سايس جمال، الاجتهاد الجزائري في القضاء الإداري (الجزء الثاني)، الطبعة الأولى، منشورات كليك، الجزائر، 2013، ص 933.

⁵ حسام محسن عبد العزيز، المرجع نفسه، ص 144.

⁵ المرجع نفسه ، ص 424.

الغرامة التأخيرية عليه، فالمشرع المصري ذهب في المادة 81 من اللائحة الجديدة وجاء رأيه قطعياً بأن الغرامة بمجرد حصول التأخير ولو لم يترتب عليه أي ضرر دون الحاجة إلى تنبيه أو إنذار¹، أما المشرع الكويتي اتجه لضرورة الإعذار قبل توقيع الغرامة على المتعاقد ، وهو ما يؤكد قول محكمة الاستئناف الدائرة الإدارية أن توقيع الغرامة في حد ذاته يستهدف في المقام الأول حث المتعاقد على عدم وقوع المتعاقد في مخالفات أحكام واشترطات التعاقد ولا يتحقق ذلك إلا إذا نبهت الإدارة المتعاقد أولاً بما يقع من مخالفات تستوجب الغرامة المالية التأخيرية ، وهذا متى خلى العقد من نص يجيز للمصلحة المتعاقدة توقيع الغرامة دون الحاجة لإنذار مسبق.²

أما المشرع الفرنسي فقد أخذ بمبدأ عام وهو أن مجلس الدولة يقضي بأن تقوم الإدارة بإعذار المتعاقد في حالة إخلاله وتأخره في تنفيذ التزاماته³، وتدعوه لسرعة التنفيذ وإلا سوف يطبق عليه جزاء الغرامة التأخيرية، حيث أنها لا تطبق إلا من يوم الإعذار بها، وإذا خالفت الإدارة وأوقعت الغرامة دون الإعذار المسبق في حالة وجوبه فهذا تكون قد خالفت مبدأ عام والقضاء الفرنسي يعتبرها غير صحيحة ، ولا يلتزم بها المتعاقد ويمكنه الدفع بعدم استناد الغرامة التأخيرية إلى أساس قانوني صحيح وله الحق في استردادها قضائياً، لكن إذا سكتت الصفة عن اشتراط الإعذار وعدم وجوده في دفتر الشروط فهذا لا يعفي الإدارة من شرط الإعذار إلا في الاستثناءات التالية:

- وجود نص صريح في العقد أو دفتر الشروط يعفي الإدارة من الإعذار.

- إذا استدلت من العقد ضمناً إعفاء الإدارة من الإعذار.

- في حالة الاستعجال مثل حالة الحرب⁴.

والمشرع الجزائري اتجه لما ذهب له المشرع الفرنسي وهو أن الغرامة التأخيرية باعتبارها أحد الإجراءات الردعية وعقوبة مالية تفرض على المتعاقد المتأخر في تنفيذ التزاماته بعد إعذاره ، وهو ما نصت عليه المادة 119 من المرسوم التنفيذي 21-219 ، كما

¹سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 492.

²عبد الله نواف العنزي، المرجع السابق، ص ص 48-49.

³Patrick Schultz, op cit, p 148.

⁴مليكه أسماء بن صغير، المرجع السابق، ص ص 78-84.

أن الإعذار يبلغ عن طريق رسالة موسى بها، ويسري مفعوله من التاريخ الأول للنشر¹، وهذا خلافا لما كان معمولا به سابقا في دفتر الشروط الادارية العامة، بالمقابل وعند الرجوع للمادة 147 من المرسوم الرئاسي 15-247 فهي لم تنص على ضرورة الإعذار المسبق قبل توقيع الغرامة التأخيرية.

رابعا: وجود نص في الصفة العمومية:

يتضمن حق المصلحة المتعاقدة في فرض الغرامة التأخيرية على المتعاقد معها إذا تأخر في تنفيذ الأعمال المنوطة به في المدة المحددة للتنفيذ.² وقد اكدت محكمة القضاء الاداري المصري في قرارها 01-06-1961 " شرط تطبيق هذه القاعدة - الغرامة التأخيرية - أن ينص العقد صراحة على مقدار الجزاء لذي يلتزم به المتعاقد الذي أخل بالتزاماته" وبناء على ذلك فليس بمقدور الإدارة فرض غرامة التأخير على المتعاقد المتأخر إذا لم تتضمن شروط العقد أو دفا تر الشروط الملحقة به نصا يخول لها هذا الحق"³، والنص في الصفة العمومية يحدد أن تاريخ احتساب التأخير وذلك بتحديد أجل تنفيذ موضوع الصفة حتى تتمكن الإدارة من تقدير قيمة الغرامة التأخيرية.⁴

خامسا: وجود ضرر:

إن تأخر المتعاقد في تنفيذ الالتزام التعاقد ي يؤدي لوقوع ضرر للمصلحة المتعاقدة وهو ضرر مفترض وقائم حتما بمجرد حصول التأخر⁵ لما ينطوي عليه التأخر في حد ذاته من

¹ المادة 1.119 من المرسوم 21-219 " في حالة عدم تقييد المقاول باحكام الصفة العمومية للأشغال أو أوامر الخدمة المبلغة له ، تقوم المصلحة المتعاقدة باعذاره للتقيد بها في أجل محدد".

- المادة 36 دفتر الشروط الادارية العامة تنص " إذا وردت في عقد الصفة نصوص تتضمن عقوبات على التأخير فيجري تطبيقها دون إنذار مسبق بعد التأكد العادي من تاريخ انقضاء الأجل التعاقد للتنفيذ وتاريخ استلام الأشغال المؤقت"

² بن عبد المالك بو فلجة، المرجع السابق، ص 255.

³ عبد الحليم مجدوب، المرجع السابق، ص 162.

⁴ حبشي ليلى كميلى، المرجع السابق، ص 270.

⁵ حكم المحكمة الادارية العليا الصادر في 21 مارس 1970 جاء فيه "إن غرامات التأخير في العقود الادارية مقررة ضمنا لتنفيذ هذه العقود.... ولذا فان الغرامات التي ينص عليها في تلك العقود توقعها جهات الادارة من تلقاء نفسها دون ان تلتزم بإثبات حصول الضرر كما لا يقبل ابتداء من المتعاقد اثبات عدم حصوله". وقضت محكمة التمييز العراقية بتاريخ 11 افريل 1965 بحكم جاء فيه " العقود الادارية القائمة على اساس فكرة المرفق العام يتحقق فيها الضرر بمجرد التأخير لحرمان المواطنين ... من الفائدة المتوخاة ولا لزوم لإثبات الضرر "، وبحكم نفس المحكمة بتاريخ 06 جوان 1967 جاء فيه " ان مجرد التأخير في اعمال المرافق العامة يعني ان الضرر متحقق وقوعه"، كما قضت ايضا بتاريخ 14 اوت 1974 جاء فيه " لما كان العقد المبرم بين الطرفين هو عقد اداري لتعلقه بمرفق عام يستهدفه من تحقيق مصالح كبرى تعلقو على المصالح الخاصة لهذا فان الضرر يعتبر واقعا لتعلقه بمصالح طائفة من افراد الشعب ... الضرر في هذه الحالة مفترض ". انظر رشا محمد جعفر الهاشمي، الرقابة القضائية على سلطة الادارة في فرض الجزاءات على المتعاقد معها (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2010، ص ص 226-230.

عرقلة للمرفق العام دون النظر للأضرار الأخرى التي تنجر عنه والتأخير فيه مساس بالصالح العام لذلك لا مجال للقول أن هناك تأخير في التنفيذ دون حصول ضرر، فالضرر لا ينحصر فقط في تفويت الفائدة بل يمتد أيضا للمساس بالقواعد والشروط التي وضعتها الإدارة لتحقيق المصلحة العامة، ومن ثم فالغرامة التأخيرية مستحقة الدفع والتوقيع بمجرد التأخر.¹

وإثبات الضرر ليس شرطا لاستحقاق الغرامة التأخيرية كما أنه لا يمكن للمتعاقد الدفع لعدم وقوع الضرر بحجة أن المرفق العام لم يصبه أي ضرر ناتج عن التأخر في التنفيذ²، ومن ثم فإن العقود الإدارية تتميز بنوع من الخصوصية أكده القضاء الإداري الفرنسي وهو أحقية الإدارة في فرض الجزاءات على أساس الضرر المفترض دون الحاجة لإثبات وقوع الضرر.³

وفي الأخير يجب الإشارة أن قرار المصلحة الإدارية بتوقيع الغرامة التأخيرية يخضع للرقابة القضائية، حيث يختص قاضي العقد بنظر النزاع الذي يطعن فيه المتعاقد في الغرامة، ذلك أن المتعاقد لا يمكنه الطعن بالإلغاء في قرار الجزاء المتضمن توقيع الغرامة التأخيرية، لأن الدعوى ليست من اختصاص قاضي الإلغاء بل قاضي العقد⁴، وتشمل رقابة القاضي في ذلك رقابة الملائمة والمشروعية معا، فبالنسبة لرقابة الملائمة تتضمن رقابة التناسب بين جسامه الخطأ وجزاء الغرامة فلا بد أن يكون هناك تناسب بين الخطأ والجزاء ، أما بالنسبة لرقابة المشروعية فيختص فيها القاضي برقابة مدى التزام المصلحة الإدارية المتعاقدة بالإجراءات والشروط الشكلية في توقيعها للغرامة التأخيرية، ويشمل ذلك عيب الاختصاص والشكل والإجراءات والانحراف في السلطة⁵ ، وفي هذا الإطار جاء في قرار مجلس الدولة الجزائري بتاريخ 20/11/2000 قضية (ر-ع) ضد (ش-ط) بحضور الدائرة الحضرية لبلدية الكاليتوس جاء فيه " بما انه لا وجود لأية واقعة أو سبب غير من الوضعية القانونية للمستأنف على قطعة الأرض الممنوحة فإن حقه لم يتم المساس به.....وانه بالنتيجة واستنادا

¹ مليكة اسماء بن صغير، المرجع السابق، ص 86.

² عبد الحليم مجدوب، المرجع السابق، ص 163.

³ رشا محمد جعفر الهاشمي، المرجع السابق، ص 226.

⁴ مليكة أسماء بن صغير، المرجع نفسه، ص ص 135-136.

⁵ صوفية عباد، المرجع السابق، ص ص 290-292.

إلى سلطة التصدي الممنوحة لقضاة الاستئناف فإنه يتعين إلغاء القرار المستأنف والقول بأن القرار الإداري المطعون فيه باطل وكان لم يكن¹.

كما أن القاضي يبسط رقابته أيضا على ملائمة قرارات الجزاء فيراقب التناسب بين الجزاء الذي توقعه الإدارة والمخالفة التي تبرره، فيمكن أن يكون الجزاء المفروض مغالا فيه ولا يتناسب مع الخطأ²، وقد جاء في قرار مجلس الدولة الجزائري بتاريخ 2003/12/16 ملف رقم 010953 قضية خوجة علي ضد والي معسكر جاء فيه " إذا كانت الإدارة غير ملزمة بتبرير كل قراراتها، فعليها تقديم كافة الشروحات التي تسمح للعدالة بممارسة سلطتها في الرقابة في احسن الظروف"³.

الفرع الثاني: حساب الغرامة التأخيرية:

تختلف حالات التأخر في حساب الغرامة التأخيرية حسب أهمية الجزء الذي تأخر المتعاقد في تنفيذه، فقد يكون جوهريا وقد لا يكون جوهريا، كما أن نسبة الغرامة ليست واحدة في كل القوانين، بل إن احتساب قيمتها تختلف من قانون لآخر، إلا أنها تشترك جميعا في أن تحديد هذه القيمة يكون نسبة من حجم الصفقة العمومية، ويتم احتسابها على معيار زمني سواء باليوم أو الأسبوع، ومن خلال هذا سيتم تبين حالات حساب الغرامة التأخيرية وكذا طريقة حسابها.

أولاً: حالات حساب الغرامة التأخيرية:

تختلف الالتزامات التي يتأخر المتعاقد في تنفيذها والتي تبرر توقيع الغرامة التأخيرية عليه، فقد تكون هذه الالتزامات جوهرية وقد تكون غير جوهرية، وهو ما يجعل حساب الغرامة التأخيرية يختلف حسب كل حالة.

- الحالة الأولى: إذا كان الجزء الذي تأخر المتعاقد في تنفيذه في الموعد المحدد من

¹الحسين بن الشيخ أث ملويا، المنتقى في قضاء مجلس الدولي، الجزء الثاني، الطبعة الثالثة، دار هومه، الجزائر، 2008، ص 283.

²رشا محمد جعفر الهاشمي، المرجع السابق، ص ص 190-193.

كما أن مجلس الدولة الفرنسي نص في قراره بتاريخ 1916/07/14 في قضية CAMIO " إذا كان مجلس الدولي لا يجوز له أن يقدر ملائمة القرارات المعروضة عليه في دعوى مجاوزة السلطة، فإنه يدخل في اختصاصه من ناحية أن يتحقق من الوجود المادي للوقائع التي بررت هذه القرارات ومن ناحية أخرى في حالة قيام هذه الوقائع، أن يبحث ما إذا كانت هذه الوقائع تصلح قانونا الجزاءات المنصوص عليها" نفس المرجع ص 195.

³نويبري سامية، الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة أم البواقي، 2013، ص 123.

الأمر الجوهري لتنفيذ العقد، فهنا تحسب غرامة التأخير من قيمة ختامي العملية كلها وهو ما يعد عقابا شديدا للمتعاقد لأن قيمة الغرامة المحددة بنسبة معينة من العقد، في هذه الحالة يتم تحديدها من قيمة العملية كلها وهو ما يرفع من قيمتها لأن لجزء الذي لم ينفذ وتراخي فيه المتعاقد هو جانب جوهري من العقد وذا قيمة كبيرة.

- **الحالة الثانية:** إذا كان الجزء الذي تأخر المتعاقد في تنفيذه في الموعد المحدد ليس جوهريا في تنفيذ العقد، عنا تحسب الغرامة من قيمة الأعمال المتأخرة فقط وذلك على أساس أن ما تراخي المتعاقد في تنفيذه ليس من الأمور الجوهرية¹.

وبشكل عام فإن تحديد مبلغ الغرامة التأخيرية يتم إما عن طريق القانون أو العقد، حيث أنه في حالة سكوت التشريع عن تحديدها يقوم العقد بذلك، إلا أن الخوف من تعسف المصلحة الإدارية المتعاقدة في تحديد مبلغ الغرامة التأخيرية وذلك بفرض مبالغ كبيرة على المتعاقد لذلك يتجه القضاء في العديد من الدول إلى عدم تجاوز قيمة الغرامة التأخيرية 10% من قيمة العقد وهو ما أكدته مجلس الدولة الفرنسي².

ثانيا: طريقة حساب الغرامة التأخيرية:

إن الاختلاف الكبير بين مختلف التشريعات في طريقة ونسب حساب مبلغ الغرامة التأخيرية المستحق دفعها من التعاقد المخل بأجال تنفيذ الصفقة العمومية جعلتنا نستعرض أهمها من خلال ما يلي:

- **المشرع المصري:**

ينص المشرع المصري في المادة 83 من لائحة المناقصات والمزايدات على نسبة الغرامة التأخيرية في عقود المقاولات والأشغال العام، وحدد النسبة بـ 1% على كل اسبوع أو جزء منه بحيث لا يتجاوز مجمل مبلغ الغرامة 10% من قيمة العقد، وبالنسبة لعقود التوريد العامة فقد نصت المادة 49 من نفس القانون على توقيع غرامة بنسبة 01% عن كل اسبوع تخير أو جزء منه على ألا يتجاوز كحد أقصى 03% من قيمة العقد.

¹ حسن عبد الله حسن، عقود مقاولات الأعمال بين ضيق نصوص المناقصات والمزايدات ورحابة الواقع العملي، (د- ط) ، دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية ، مصر ، 2015 ، ص 335.
² علي سعود عبد الله الظيفري، المرجع السابق، ص 140-143.

وإذا كان الحد الأقصى للغرامة التأخيرية في عقود المقاولات 10% من قيمة الأعمال التأخر تنفيذها أو قيمة ختامي العملية على حسب الأحوال، في حين في عقود التوريد لا تتجاوز 03% من قيمة الأصناف المتأخر توريدها، كما أن المشرع المصري لا خصم أيام العطل الأسبوعية والأعياد الرسمية في احتساب الغرامة التأخيرية¹.

المشرع الأردني:

وفقا للمادة 68 من تعليمات تنظيمات العطاءات وشروط الاشتراك إذا تأخر المتعهد في تنفيذ ما التزم به في المواعيد المحددة بالعقد فتفرض عليه غرامة بنسبة لا تقل عن 0.5% أي 2/1 % من قيمة اللوازم التي تأخر في توريدها عن كل أسبوع أو جزء من الأسبوع، كما نصت المادة 05 من تعليمات الأشغال الحكومية لسنة 1987 على أن غرامة التأخير في تنفيذ الأشغال يحدد في ملحق نموذج عرض المناقصة مدة تنفيذ العطاء وقيمة غرامة التأخير عن كل يوم تماشيا مع مدة التنفيذ وقيمة العطاء.

- غرامة التأخير = 10% من معدل الإنتاج اليومي.

- غرامة التأخير = 100% قيمة العطاء المقدرة / مدة التنفيذ بالأيام.²

- في دولة الإمارات:

إذا تأخر المقاول في إنجاز الأعمال في الميعاد المحدد المفروض عليه توقع عليه غرامة التأخير طبقا للنسب التالية:

- 1% عن الأسبوع الأول أو جزء من الأسبوع

- 2% عن كل أسبوع من الثاني والثالث والرابع أو أي جزء منها.

- 3% عن كل اسبوع من الخامس أو السادس أو أي جزء منها.

- 5% عن كل شهر بعد ذلك.

ويشترط في جميع الأحوال ألا يزيد مجموع الغرامة عن 10% من إجمالي قيمة العقد.³

- المشرع الجزائري:

¹اذنون يونس سليمان العبادي، مظاهر السلطة العامة في انهاء العقد الإداري، (د-ط)، دار الكتب القانونية ودار شتات للنشر والبرمجيات، مصر والإمارات، مصر، 2015، ص 175.

²حمدي القبيلات، القانون الإداري (الجزء الثاني)، الطبعة الأولى، دار وائل للنشر، عمان، الأردن، 2010، ص 150.

³مصطفى سالم النجيفي، العقود الإدارية والتحكيم، الطبعة الأولى، الأفاق المشرقة ناشرون، الامارات العربية المتحدة، الشارقة، 2011، ص ص 214-215.

نصت المادة 147 من المرسوم الرئاسي 15-247 الفقرة الثانية " تحدد الأحكام التعاقدية للصفقة نسبة العقوبات المالية وكيفيات فرضها أو الإعفاء منها طبقا لدفاتر الشروط المذكورة في المادة 26 من المرسوم باعتبارها عناصر مكونة للصفقة"¹ وبالتالي فالمشرع الجزائري أحال تحديد نسب الغرامة التأخيرية لنص الصفقة العمومية.

إلا أنه كمثال في صفقة الأشغال العمومية تقوم المصلحة المتعاقدة بتحديد النسب الأعلى للغرامة التأخيرية وعادة ما تكون لا تتجاوز 10% من مبلغ العقد، وعلى الجهة المتعاقدة أن تثبت النسبة في الشروط التعاقدية، كما أنه عليها قبل بلوغ هذا الحد وبعد بلوغ المدة التأخيرية 25% من مدة العقد مضاف إليها أي مدة إضافية ممنوحة لاتخاذ الإجراءات الكفيلة بالإسراع في انجاز العقد أو سحب العمل من المقاول بموجب شروط العقد، على أن تطبق المعادلة التالية عند احتساب الغرامة التأخيرية:

$$\text{(مبلغ العقد/ مدة العقد) x 10\% = الغرامة التأخيرية ليوم واحد.}^2$$

أما بالنسبة لعقد التوريد فالمشرع الجزائري لم يفصل فيها وتطبق عليها طريقة حساب الغرامة التأخيرية في عقد الأشغال العامة، وهي في حدود 10% من مبلغ العقد ويتم احتساب مدة التأخير في عقود التوريد للبضائع والمنقولات المتعاقد عليها بتطبيق المعادلة التالية:

$$\text{(مبلغ العقد/ مدة التوريد) x 10\% = غرامة التأخير اليومية.}$$

والنتيجة أن المصدر الوحيد لحساب نسبة ومبلغ الغرامة التأخيرية في الصفقات العمومية في التشريع الجزائري لا مصدر لها سوى عقد الصفقة وما نص عليه.³

المطلب الثاني: طرق تحصيل الغرامة التأخيرية والإعفاء منها:

¹ المادة 26 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المؤرخ في 02 ذي الحجة 1436 هـ الموافق لـ 16 سبتمبر 2015 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام تنص " توضح دفاتر الشروط المحينة دوريا الشروط التي تبرم وتنفذ وفقها الصفقات العمومية وهي تشمل على الخصوص ما يأتي:

- دفاتر البنود الإدارية العامة المطبقة على الصفقات العمومية للأشغال والوظائف والدراسات والخدمات الموافق عليها بموجب مرسوم تنفيذي.

- دفاتر التعليمات التقنية المشتركة التي تحدد الترتيبات التقنية المطبقة على كل الصفقات العمومية المتعلقة بنوع واحد من الأشغال أو اللوازم أو الدراسات أو الخدمات الموافق عليها بقرار من الوزير الأول.

- دفاتر التعليمات الخاصة التي تحدد الشروط الخاصة بكل صفقة عمومية "

²ملكية أسماء بن صغير، المرجع السابق، ص 223.

³ملكية أسماء بن صغير، المرجع نفسه، ص 248.

للتوضيح انظر النموذج في الملحق رقم 03.

الغرامة التأخيرية قد تحصل عليها المصلحة المتعاقدة مباشرة عن طريق الحساب الختامي أو باقتطاعها، وهي تعتبر حقا متعلقا بالمرفق العام لا يمكن إعفاء المتعاقد منه إلا في حالات مبررة قانونا، وفي هذا المطلب يتم تبين طرق تحصيل الغرامة التأخيرية والحالات التي يمكن فيها إعفاء المتعاقد من دفعها.

الفرع الأول: طرق تحصيل الغرامة التأخيرية:

يخضع اقتطاع المصلحة المتعاقدة للغرامة التأخيرية في الصفقة العمومية والحصول على مبلغها المقدر للعديد من الإجراءات، والتي يجب اتباعها في عملية الاقتطاع، على اعتبار أن الغرامة التأخيرية تعد من الموارد المالية لهذه المصلحة المتعاقدة، كما أن القوانين لم تحدد طريقا واحدا لتحصيلها بل جعلت للمصلحة المتعاقدة العديد من الطرق للوصول إليها حتى لا يتهرب المتعامل المتعاقد منها.

- المرحلة الأولى:

تسجيل الغرامة التأخيرية في مشروع تفصيل الحساب¹ حيث أنه بعد الانتهاء من الصفقة يقوم المتعامل المتعاقد بإعداد مشروع تفصيل حساب يتضمن مبلغ الأشغال المنجزة والسعر القاعدي للصفقة ويرسل مشروع تفصيل الحسابات للمصلحة المتعاقدة وتقوم هذه الأخيرة بتسجيل الغرامة في المشروع وهذا يسمى تفصيل الحساب العام، بعدها تقوم المصلحة المتعاقدة بتبليغ تفصيل الحساب العام للمتعامل وذلك تبليغا رسميا للاطلاع على تفصيل الحساب وتوقيع الإشعار بالموافقة، وتجدر الإشارة أنه يمكن للمتعاقد رفض التوقيع ولكن تقوم المصلحة المتعاقدة هنا بتحرير محضر بذلك².

- المرحلة الثانية:

¹DGD الحساب الختامي الذي يحدد جميع الأشغال المنجزة والتغيرات الطارئة على الأشغال، ويوضح الرصيد الباقي المستحق لصاحب الصفقة. أنظر سايس جمال، الاجتهاد الجزائري في القضاء الإداري (الجزء الثاني)، الطبعة الأولى، منشورات كليك، الجزائر، 2013، ص 1093.

- تنص المادة 77 من المرسوم التنفيذي 21-219 " يعتبر الحساب العام والنهائي وثيقة توافقية، تهدف في آن واحد إلى إقفال التنفيذ القانوني والمالي للصفقة العمومية.....".

وجاء في قرار المحكمة الإدارية ام البواقي بتاريخ 2018/05/30 قضية رقم 18/00146 بين (ع - م ش) مدعي والدولة ممثلة في شخص السيد والي ولاية ام البواقي مدعى عليه " حيث أنه في غياب الحساب النهائي في قضية الحال والذي يعتبر سندا نهائيا منهيها لجميع المطالبات بعد التوقيع عليه من طرف المدعي والمدعى عليه أو مكتب الدراسات..... وأمام انعدام هذا الحساب الختامي من جهة وتناقض تصريحات الطرفين من جهة أخرى.....يتعين اللجوء لتعيين خبير "

² حبشي ليلي كميلة، المرجع السابق، ص ص 278-279.

اقتطاع المصلحة المتعاقدة للغرامة التأخيرية وهو ما نصت عليه المادة 147 من الرسوم 247-15 " تقتطع العقوبات المالية التعاقدية المطبقة على المتعاملين المتعاقدين بموجب بنود الصفقة من الدفعات التي تتم حسب الشروط والكيفيات المنصوص عليها في الصفقة" وبالتالي وحسب المادة فإنه يتم اقتطاع الغرامة التأخيرية عند إعداد تفصيل الحساب العام النهائي، ويقوم بهذه العملية المحاسب العمومي، وفي حالة عدم كفاية المبالغ فإنه يتم اللجوء إلى أوامر الإيرادات الصادرة عن الأمر بالصرف وترسل للمحاسب العمومي للقيام بعملية الاقتطاع¹ وتجدر الإشارة هنا أن التشريعات تختلف في تحصيل الغرامة التأخيرية في العقود الإدارية فقد ذهبت المحكمة الإدارية العليا في مصر إلى القول أن تحصيل الغرامة التأخيرية يكون كما يلي :

أولاً: التأمين النهائي المودع من طرق المتعاقد مع الجهة الإدارية والذي يقوم بإيداعه لتحصيل الغرامات المالية التي يتم فرضها عليه من طرف الإدارة المتعاقدة، فيحق بذلك لهذه الأخيرة أن تقوم بمصادرته من أجل تحصيل الجزاءات والتعويضات المستحقة على المتعاقد معها، ولذلك فإن الجهة الإدارية وفقاً للشروط المنصوص عليها في العقد المبرم بينها وبين المقاول أن تقوم بخصم قيمة الغرامة التأخيرية المستحقة عليه من قيمة الكفالة البنكية المقدمة منه ضماناً لتنفيذ العقد دون الحاجة لإثبات وقوع الضرر.

ثانياً: خطاب الضمان: وهو تعهد من أحد البنوك بدفع مبلغ بناء على طلب المتعاقد للجهة الإدارية المستفيدة وهي المصلحة المتعاقدة وبالتالي هنا الإدارة تحصل الغرامة التأخيرية بطلب توجهه إلى البنك مصدر خطاب الضمان حتى يقوم بتسديد الغرامة لكن إذا قام المتعاقد بتسديد ما عليه تسلم له المصلحة المتعاقدة شهادة بذلك يقدمها للبنك².

ثالثاً: الحق في الحبس أو الحجز: فيحق للإدارة المتعاقدة الحجز على كل أو بعض المعدات الموجودة في المنشآت وذلك من أجل بيعها واقتضاء مبلغ الغرامة التأخيرية منها ، وقد تصل إلى حجز مستحقات المتعاقد لدى إدارة أخرى من أجل تحصيلها وهذا ما أكده القانون 308 لسنة 1955 المصري حيث قضى بأن الإدارة متى حجزت على مستحقات الطاعن سواء لدى تلك الجهة ذاتها أو جهة إدارية أخرى فهي تكون قد استعملت حقها المخول لها قانوناً. كما

¹ حبشي ليلي كميعة، المرجع السابق، ص ص 278-279.

² عبد الله نواف العنزي، المرجع السابق، ص ص 56-57.

أنه إذا تم الاتفاق بين أطراف العقد على طريقة محددة لتحصيل الغرامة التأخيرية فليس للإدارة العدول عنها بناء على قاعدة العقد شريعة المتعاقدين.¹

الفرع الثاني: الإعفاء من الغرامة التأخيرية:

يعتبر الإعفاء من الغرامة التأخيرية مرتبطاً مباشرة بالمال العام ومصصلحة المرفق العام، لذلك فهو ليس بالأمر الهين ويعتبر استثنائياً، فالمصلحة المتعاقدة من حيث الأصل لا يمكنها الإعفاء من الغرامة التأخيرية، لكن بالمقابل توجد حالات محدودة ومحصورة يمكن فيها تفعيل الإعفاء، وبالرجوع لهذه الحالات نجد أن هناك اختلاف في الفقه والقضاء حول بعضها باعتبارها مخالفة لمصلحة المرفق العام وفيها مساس بالأموال العامة، وفيما يلي سيتم تفصيل اعتبارات الإعفاء من الغرامة التأخيرية وحالات الإعفاء.

أولاً: اعتبارات الإعفاء من الغرامة التأخيرية:

إن الإعفاء من الغرامة التأخيرية يجد له العديد من الاعتبارات بإسناده للإدارة وليس إلى جهة أخرى، كالقضاء أو المشرع وهذه الاعتبارات هي:

- أن جهة الإدارة هي المنوط بها إدارة المرفق العام ونظراً لخبرتها وتجاربها ووسائلها الخاصة وإشرافها المستمر على المرفق العام فهي الأحق والأقدر على الإعفاء من الغرامة التأخيرية، لذلك فإن المشرع والقضاء لا يمكنهما ذلك فالمشرع مهما راعى الحذر والتبصر لا يمكن أن يحدد جميع أوجه مناسبة العمل الإداري ويجب أن يعتمد في ذلك على جانب كبير من حسن تصرف الإدارة، أما فيما يتعلق بالقضاء فإن القاضي لا يستطيع أن يمد رقابته على السلطة التقديرية لجهة الإدارة وهو ينقصه الخبرة الكافية لمواجهة الحالات التي تتعرض لها الإدارة، من أجل هذا فن السلطة التقديرية لجهة الإدارة هي الاعتبار الأول الذي يحقق ضمان سيرورة وديمومة المرفق العام وحسن استعمال الإعفاء.²

- الإدارة طرف ثاني في العقد: لذلك عليها أن تقوم بالتزاماتها التعاقدية وعليها أيضاً احترام شروط وبنود الصفقة وهو ما يقتضي حسن النية المتبادلة بين الطرفين، فعليها احترام مدد العقد وإن كان الأصل بالمدد تتعلق بالأطراف المتعاقدة مع الإدارة إلا أنه يمكن أن ينص العقد على مدة ملزمة للإدارة أيضاً. والإدارة باعتبارها طرفاً في العقد فهي الأقدر على تحديد

¹ عبد الله نواف العنزي، المرجع السابق، ص ص 59-60.

² حسن محمد علي حسن البنان، المرجع السابق، ص ص 410-412.

ما إذا كان هناك فعل معين صدر من المتعاقد سبب لها أضراراً أم لا ، فإذا قدرت أن تأخر المتعاقد معها في تنفيذ التزاماته التعاقدية لم يسبب ضرراً لها فإنها يجب أن تقر على هذا ما لم يظهر من الظروف المحيطة شيء يعيب إرادتها في هذا الشأن ، فإذا رأت الإدارة أنها لم تصب بضرر من جراء إخلال المتعاقد معها في تنفيذ التزاماته أو أعتته من الغرامة التأخيرية فإن إعفاءها لا ينطوي على التصرف بالمجان في أموال الدولة.¹

وقد ذهب الدكتور حسن محمد علي حسن البنان للقول " إن من حق الإدارة باعتبارها القوامة على حسن سير المرفق العام والقائمة نتيجة لذلك على تنفيذ شروط العقد أن تقدر ظروف تنفيذها وظروف المتعاقد المقصر ومدى جديته وسعيه الحثيث لإتمام العقد ضمن المدة المتفق عليها ، وعليه لا يمكن للإدارة إعفاء المتعاقد المقصر من تطبيق الغرامة التأخيرية كلها أو جزء منها متى قدرت سلامة الأسباب التي تدعو إلى ذلك ، وعلى رأس هذه الأسباب عدم إلحاق الضرر بالمصلحة العامة نتيجة التأخر " ، كما ورد في فتوى المحكمة الإدارية العليا في مصر " إذا قدرت هذه الجهة القوامة على حسن سير المرفق والقائمة على تنفيذ شروط العقد بعد ذلك أن المتعاقد لم يتسبب بخطئه فيما حدث من تأخير كان لها أن تعفيه من غرامات التأخير"² وتجدد الإشارة هنا أن المشرع المصري الإعفاء من الغرامة التأخيرية يشترط فيه:

- ألا يكون المتعاقد قد تأخر في التنفيذ.
 - أن تأذن إدارة الفتوى المختصة بهذا الإعفاء.
 - عدم حدوث ضرر للجهة الإدارية نتيجة تأخر المتعاقد في تنفيذ التزاماته.
- أما التشريع العراقي فقد سار العمل على أن صلاحية الإعفاء من الغرامات التأخيرية يتم بموجب قرار له قوة القانون لأنها تعتبرها جزءاً من خطة التنمية القومية، لكن بعد الغاء مجلس التخطيط أصبح الإعفاء لا يتم إلا بقانون أو قرار له قوة القانون.³

ثانياً: حالات الإعفاء من الغرامة التأخيرية

إن حالات الإعفاء من الغرامة التأخيرية لا ترجع دائماً لخطأ من جانب المتعهد، وهذه الحالات يبرأ فيها المتعهد من كل مسؤولية في حالات أربع هي:

¹ حسام محسن عبد العزيز، المرجع السابق، ص 154.
² حسن محمد علي حسن البنان، المرجع السابق، ص ص 410-412.
³ حسن محمد علي حسن البنان، المرجع نفسه ، ص ص 416-417.

1- **تسبب الإدارة في التأخر:** فلا يكون للإدارة الحق في فرض الغرامات التأخيرية على المتعاقد معها إذا كانت هي التي تسببت في تأخر تنفيذ الصفقة ، وسواء كان فعل الإدارة يشكل خطأ من جانبها أو إهمالا منها أو استعمالا منها لحق غير متنازع فيه كإجراء تعديل في طبيعة العمل أو كميته ، وقد استقرت محكمة التمييز العراقية في قرارها الصادر بتاريخ 24-04-1966 " إذا كان إيقاف العمل بناء على طلب جهة الإدارة بغرض الكشف عن موقع العمل من قبل المهندس فلا يسأل المقاول عن الغرامات التأخيرية"¹، كما أن مجلس الدولة الجزائري وفي إطار تسبب الإدارة في تأخر الأشغال ذهب في قراره الصادر بتاريخ 16/12/1989 رقم 65145 " ... فإن غرامات التأخير تطبق عند عدم تكملة الأشغال في الآجال وعلى أساس مواجهة بسيطة بين تاريخ انقضاء الأجل المتعاقد عليه وتاريخ الاستلام ، حيث في الطرف الحالي فإن المدة المتنازع عليها كائنة بالضبط خارج مدة تنفيذ الأشغال ولا يمكن بهذا وضعها على عاتق المقاول"².

كما سارت إدارة الفتوى و التشريع الكويتية في هذا الاتجاه وقررت أنه إذا كان الثابت أن أسباب تأخر المتعاقد مع جهة الإدارة في تنفيذ العقد يرجع بصفة أساسية إلى تغيير الجهة الإدارية للمواصفات الفنية لموضوع العقد وإصدارها أمرين تغييريين دون تحديد موعد معين لتنفيذها ، الأمر الذي تسبب في تأخير التسليم النهائي للمشروع موضوع العقد ومن ثم فلا محل لتوقيع غرامات التأخير طالما أن التأخير راجع للإدارة" ، كما أفنت أيضا بأنها من حيث أن الجزاءات المالية التي تملك الإدارة توقيعها في العقود الإدارية هي عبارة عن مبالغ تحددها الإدارة في العقد مقدما كجزاء على إخلال المتعاقد معها بالتزام من التزاماته غالبا، فإذا ما تحقق هذا الإخلال المنصوص عليه كان للإدارة توقيع العقوبة المالية ، لكن إذا قامت أثناء تنفيذ العقد بإجراء بعض التعديلات الإضافية التي تقتضي بطبيعة الحال زيادة المدة ففي هذه الحالة يسقط حق الإدارة في اقتضاء الغرامة التأخيرية المستحقة و عن الفترة التي امتد إليها تنفيذ العقد.³

¹ محمد حسن مرعي الجبور، المرجع السابق، ص ص 134-134.

² سايس جمال، الاجتهاد الجزائري في القضاء الإداري (الجزء الأول)، الطبعة الأولى، منشورات كليك، الجزائر، 2013، ص 323.

³ عبد الله نواف العنزي، المرجع السابق، ص ص 71-72.

- حكم محكمة التمييز العراقية بتاريخ 2012/06/25 جاء فيه "إن من مستلزمات تنفيذ عقد المقاوله قيام صاحب

ومن بين صور الأفعال التي تصدر عن جهة الإدارة المتعاقدة والتي ترتب الإغفاء من الغرامات التأخيرية ما يلي:

- تأخر أو تراخي الإدارة في تسليم المقاول المقاسات والخرائط اللازمة للتنفيذ وتباطأ الإدارة في الموافقة على النموذج الذي سيتم التوريد على أساسه.

- تأخر الإدارة عن فتح الاعتماد في المواعيد المتفق عليها بين الطرفين.

- تقاعس الإدارة في منح التراخيص اللازمة وعدم إزالة عوائق التنفيذ التي تعرقل

تنفيذ العقد.¹

- قيام الإدارة بتعديل التزامات المتعاقد معها باستعمال سلطتها في التنفيذ المباشر.

- الإغفاء من الغرامة التأخيرية نتيجة خطأ الإدارة سواء خطأ من جانب واحد أو

نتيجة الإهمال أو التقصير.²

وقد ذهب المحكمة الإدارية المصرية للتأكيد على أن فعل الإدارة سبب من أسباب إغفاء المتعاقد معها من الغرامة التأخيرية بقولها " إغفاء المتعاقد مع الإدارة من المسؤولية العقدية وبالتالي من دفع غرامة التأخير إذا كان التأخير في تنفيذ العقد بسبب فعل صادر من جهة الإدارة المتعاقدة " ³ كما تجدر الإشارة إلى أن المتعاقد يقع عليه إثبات رد التأخير إلى الإدارة لأن القول بذلك دون دليل لا يعتد به، وفي جميع الأحوال إذا قدم المدعي الأسانيد التي تؤيد أن التأخر من الإدارة وامتنعت هي عن تقديم الأدلة التي تنفي ذلك الإدعاء في هذا الشأن فهنا يعد ذلك تخلفاً منها عن تقديم المستندات الخاصة بالعملية برمتها ، مما يعني تسليمها بطلبه ، الأمر الذي يؤدي للحكم بعدم استحقاقها الغرامة التأخيرية في هذه الحالة ⁴.

العمل بتسليم المقاول موقع العمل لتمكينه من مباشرة التنفيذ وفقاً للمادة 43 من الشروط العامة لمقاولات أعمال الهندسة المدنية وثبوت قيام المدعي بتوجيه إنذار للمدعي عليه بواسطة دائرة كاتب العدل بالبصرة، كون سبب عدم تسليم الموقع للمقاول هو وجود تجاوز من المواطنين على القطعة المخصصة لبناء المدرسة وعليه يكون المدعي عليه أحل بالتزاماته التعاقدية بتسليم موقع العمل فيكون من حق هذا الأخير المطالبة بفسخ العقد" انظر حسن محمد علي حسن البنان، المرجع السابق، ص ص 432-434

¹ حسن محمد علي حسن البنان، المرجع السابق، ص ص 432-434.

² فريد رمضاني، حالات إغفاء المتعاقد مع الإدارة من غرامة التأخير في العقود الإدارية، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، العدد 11، الجزائر، 2017، ص ص 529-530.

³ حسن محمد علي حسن البنان، المرجع السابق، ص ص 432-434.

⁴ عبد الله نواف العنزي، المرجع السابق، ص ص 73-74.

وتجدر الإشارة أنه في حالة التأخر عن التنفيذ والذي يكون سببه أحد أطراف العقد فإن للطرف الآخر التمسك بعدم التنفيذ وذلك ما نصت عليه المادة 123 من القانون المدني الجزائري¹، ومبدأ الدفع بعدم التنفيذ يتم بتوافر الشروط التالية:

- أن يكون العقد ملزماً للجانبين.
- أن يمتنع أحد الطرفين عن التنفيذ
- أن يكون عدم التنفيذ بلغ درجة من الأهمية تدفع الطرف الآخر للامتناع².

لكن التساؤل هنا يكمن في مدى جواز تطبيق الدفع بعدم التنفيذ من طرف المتعاقد مع الإدارة أمام خصوصية الصفقات العمومية وارتباطها المباشر بالمرفق العام الذي يفرض مبدأ الدوام والاستمرارية في أداء الخدمة العمومية؟

والإجابة أن الأصل العام هو المنع في حالة تقصير المصلحة المتعاقدة في تنفيذ التزاماتها فلا يجوز للمتعاقد الدفع بعدم تنفيذ الصفقة العمومية ولقد سار مجلس الدولة المصري على أن تنفيذ العقد في المدة المحددة من أهم التزامات المتعاقد مع الجهة الإدارية على الإطلاق وذلك لضمان ديمومة المرفق العام خاصة في العقود طويلة الأمد كعقد الأشغال العامة ، وتواتر قضاؤه على استبعاد هذا الدفع من المتعاقد مع الجهة الإدارية حتى في حالة تقصيرها عن أداء بعض التزاماتها³، وحيث أنه من القواعد القضائية المستقرة في العقود الإدارية أن المتعاقد مع الجهة الإدارية تتوافر فيه على الدوام الملائمة المادية والقدرة الفنية على أداء الأعمال ولو تأخرت الجهة الإدارية المتعاقدة معه عن صرف مستحقاته المالية، وهو ما أكدته فتوى الجمعية لقسمي الفتوى والتشريع على عدم جواز التأخر في تنفيذ الالتزامات المتعلقة بصالح المرفق العام حتى لو تأخرت جهة الإدارة القائمة عليه في تنفيذ التزاماتها المقابلة⁴.

¹ المادة 123 من الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان 1395 هـ الموافق لـ 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم تنص " في العقود الملزمة للجانبين إذا كانت الالتزامات المتعاقدة مستحقة الوفاء جاز لكل من المتعاقدين أن يمتنع عن تنفيذ التزامه إذا لم يقم المتعاقد الآخر بتنفيذ ما التزم به"

² عادل قزائنة، إعفاء المتعاقد مع الإدارة من غرامة التأخير، مجلة التواصل في الاقتصاد والإدارة والقانون، العدد 35، الجزائر، سبتمبر 2013، ص ص 183-184.

³ محمد عبد المجيد اسماعيل، المرجع السابق، ص 290.

- جاء في قرار مجلس الدولة الجزائري رقم 19341 بتاريخ 2005/11/15 " من الثابت قانوناً وفقها وقضاءاً أن القرارات الإدارية نافذة بمجرد صدورها ما لم يضع القضاء حداً لتنفيذها ". انظر سايس جمال، الاجتهاد الجزائري في القضاء الإداري (الجزء الثالث)، المرجع السابق، ص 1421.

⁴ محمد عبد المجيد اسماعيل، نفس المرجع، ص ص 294-295.

وقد تم تأكيد مجلس الدولة والمحكمة الادارية العليا في مصر على الأخذ بهذا المبدأ في احكامهما¹ إلا أنه بالمقابل عملا على التخفيف من غلو المبدأ الذي يصطدم بفكرة العدالة التعاقدية والمساواة بين المتعاقدين هذه الفكرة التي ترفضها طبيعة العقد الاداري لما يتضمنه من شروط غير مألوفة تفرضها طبيعة المرفق العام والخدمة العامة، وبالتالي يجوز الأخذ بهذا المبدأ في حالات استثنائية منها:

- امتناع وتقصير الادارة عن تنفيذ التزاماتها ومسؤولياتها التعاقدية بشكل يؤدي الى عجز المتعاقد عن تنفيذ التزاماته في الوقت المحدد.
 - التقصير في تنفيذ الادارة لالتزاماتها والذي يؤدي الى استحالة التنفيذ.²
- 2- القوة القاهرة:**

تعتبر القوة القاهرة من أهم أسباب الإعفاء من الغرامة التأخيرية ويتم تعريف القوة القاهرة قانوناً على أنها الحدث غير المتوقع والذي لا يمكن التغلب عليه، مستقلة عن إرادة الشخص الذي يلغي التزام الشخص المسؤول بإصلاح الضرر³. فإذا قدر أن التأخير سببه القوة القاهرة الخارجة عن إرادة المتعاقد مع الإدارة فإن المتعاقد يعفى من الغرامة التأخيرية حتى لو ترتب عن هذا التأخير ضرر أصاب الإدارة المتعاقدة، وقد ذهبت المحكمة الإدارية العليا في تقريرها لإعفاء المتعاقد مع الإدارة من أداء الغرامة التأخيرية

¹ جاء في حكم المحكمة الادارية العليا في الطعن رقم 2606 جلسة 24-04-1990 " لا يسوغ للشركة الطاعنة ان تتمسك بالامتناع عن اعمال الصيانة في فترة من الفترات وذلك لأنها ترتبط بعقد اداري يسهم في تسيير احد المرافق العامة وهو ما تتجافى طبيعته مع الدفع بعدم التنفيذ من جانب المتعاقد مع الادارة ومن ثم لا يوجد مبرر لدى الشركة بمنحها الحق في التوقف عن تنفيذ التزاماتها".

- كما أكدت كذلك في الطعن رقم 3177 جلسة 12-05-1998 على مبدأ عدم جواز التمسك بمبدأ الدفع لعدم التنفيذ في العقود الادارية " ...وأنه لا يجوز للمتعاقد بعد ان يبدأ في التنفيذ أن يتوقف عن العمل بحجة الدفع بعدم تنفيذ جهة الادارة لالتزاماتها العقدية ذلك أن الدفع بعدم التنفيذ كأصل عام غير جائز في العقود الادارية لما تتميز به من خصائص ولا اتصالها بالمرفق العام الذي يجب ان يسير بانتظام واطراد ولا يكون للمتعاقد الا الحق في التعويضات أن كان لها وجه حق".

- وفي حكمها في الطعن رقم 6337 جلسة 16-03-2004 " الامتناع عن تسليم اذونات مواد البناء ليست سببا لتوقف المتعاقد عن العمل حيث كان يجب عليه شراء هذه المواد من السوق الحرة ومحاسبة جهة الادارة عن ذلك" وفي الطعن رقم 834 جلسة 18-10-2005 اكدت في حكمها " لا يسوغ للمتعاقد مع الادارة ان يمتنع عن الوفاء بالتزاماته حيال المرفق بحجة ان الجهة الادارية قد اخلت باحد التزاماتها قبله بل يتعين عليه ازاء هذه الاعتبارات ان يستمر في التنفيذ مادام في استطاعته ثم يطالب الجهة الادارية بالتعويض عن اخلالها بالتزاماتها إن كان لذلك مقتضى" انظر محمد عبد المجيد اسماعيل، المراجع السابق ص ص 291-293.

² عادل قرانة، المراجع السابق، ص ص 183-184.

³Berrig Rahma, Les Règles de la Responsabilité Contractuelle Selon le Code Civil algérien , Revue Académique des Etudes Sociales et Humaines Vol 12, N° 01, Section (A) Sciences économiques et droit, 2020, P 242 .

لتأخره في التنفيذ بسبب القوة القاهرة فور حدوثها وأن من شأن قيامها تأخره في التنفيذ¹. والقوة القاهرة تعفي من المسؤولية الإدارية في نطاق القانون الإداري على النحو الذي عليه في ميدان القانون الخاص، ولا تتوافر حالة القوة القاهرة إلا إذا اتصفت الظروف محل البحث بأنها خارجة تماما عن إرادة المدين وأنه ما كان يتوقعها وأنه أضحي أمام استحالة مطلقة للتنفيذ تحول دون قيامه بتنفيذ التزاماته².

وعلى الرغم من أن القوة القاهرة تعد سببا منطقيًا للإعفاء من الغرامة التأخيرية باعتبارها تمثل تطبيقًا للقواعد العامة فيما تقضي به من أنه تكليف مستحيل ولذا يجب إعمالها بغير نص، إلا أن المادة 107 من لائحة المناقصات حرصت على النص عليها فيتم الإعفاء من الغرامة التأخيرية إذا أثبت المتعاقد أن التأخير راجع للقوة القاهرة فضلا عما عهد به للجهة الإدارية من سلطة تقدير القوة القاهرة وحدود الإعفاء ونطاقه³.

يضاف إلى ذلك تقديم طلب خطي للجهة الإدارية المختصة يتضمن الظروف والأسباب التي أدت للتأخر في الوفاء⁴.

وتتمثل شروط القوة القاهرة فيما يلي:

● أن يكون الحادث خارجيا مستقلا عن إرادة الطرفين: المتعاقد لا دخل له في

الحادث ولم يتسبب فيه أصلا، ولم يكن بمقدوره تجنبه أو منعه، فقد ذهبت الجمعية العمومية لمجلس الدولة المصري للقول " الثابت من أوراق أن هيئة المساحة قامت بتنفيذ الأعمال المتعاقد عليها حيث انفجر لغم في أحد عاملها نظرا لعدم تطهير منطقة العمل تطهيرا كاملا من الألغام مما أدى إلى توقيف هيئة العمل حتى يقوم الجهاز بتوفير الأفراد المتخصصين في الكشف عن الألغام وتعتبر مدة التوقف خارجة عن إرادة الهيئة وأن وجود الألغام بمنطقة العمل أمر غير متوقع ويستحيل دفعه بأي حال من الأحوال مما يتعين معه إلزامه برد مات سبق خصمه من استحقاقات هيئة المساحة كغرامة تأخيرية عن عملية انتاج خرائط مساحية بمنطقة شمال السويس " ⁵

¹ عبد العزيز عبد المنعم خليفة، تنفيذ العقد الإداري وتسوية منازعاته قضاءً وتحكيما، (د-ط)، منشأة المعارف للنشر، الاسكندرية، مصر، 2009، ص ص 285-286.

² احمد محمود جمعة، العقود الإدارية، (د-ط)، منشأة المعارف، الاسكندرية، مصر، 2002، ص 317.

³ عبد الله نواف العنزي، المرجع السابق، ص 70.

⁴ نواف كنعان، المرجع السابق، ص 360.

⁵ حسن محمد علي حسن البنان، المرجع السابق، ص 422.

وذهبت إدارة الفتوى والتشريع الكويتية الى أن وجود صعوبات تتعلق بإنتاج الآليات المطلوب توريدها وإلغاء الكثير من الرحلات المتجهة إلى الكويت وقلة عدد الرحلات بسبب اقتراب عطلة رأس السنة هذه أسباب لا ترقى لمستوى الحادث القهري الذي يبرر الإعفاء من الغرامة التأخيرية ، كما قالت أنه لا جدال أن إجراء السلطات المصرية حجز السفينة فترة من الزمن في ميناء بورسعيد لأسباب أمنية لا يعتبر قوة قاهرة ولا يترتب عليها إعفاء المتعاقد من التزاماته ، وبما أن مجرد حجز الباخرة التي تحمل المادة المنوه عنها في ميناء بورسعيد للأسباب المنوه عنها ليس من شأنه أن يجعل التزام الشركة مستحيلا ، وبالتالي لا يمنع هذه الشركة من أن تفي بالتزاماتها.

وعلى أساس ما سبق رفض مجلس الدولة المصري اعتبار المرض قوة قاهرة تعفي المتعاقد من الوفاء بالتزاماته التعاقدية، إذ يقول " ولا يغير من الطبيعة المتقدمة ما يذهب إليه الطاعن من اعتبار المرض الذي أصابه من قبيل القوة القاهرة الذي يعفيه من الوفاء بالتزاماته ولما كان المرض من الأمور المتوقعة التي يمكن أن يتعرض لها الإنسان في أي وقت ومن ثم فإنه لا يعتبر قوة قاهرة لأن في مكنة المتعاقد أن يوكل غيره في تنفيذ التزاماته التعاقدية " ¹ ويكون الإعفاء من الغرامة التأخيرية بقرار يصدر عن قسم الفتوى المختص لمجلس الدولة، إذا قرر أن التأخير راجع لأسباب قهرية خارجة عن إرادة المتعاقد مع الإدارة، حتى لو كان قد ترتب على هذا التأخير ضرر فعلي أصاب الإدارة المتعاقدة. ²

● أن تجعل القوة القاهرة تنفيذ الالتزام مستحيلا:

فحتى نكون أمام قوة قاهرة لا بد أن يكون الحادث الخارجي مستحيل الدفع مما يجعل النتيجة حتمية وهي ما تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا استحالة مطلقة، حيث يشترط القضاء ليس فقط اعتبار الحادث غير قابل للتوقع أثناء إبرام العقد، بل يجب أن يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا استحالة مطلقة، فلا يتحرر المتعاقد من التزاماته إن كانت له طريقة تعويضية لتنفيذ التزاماته التعاقدية الناتجة عن الصفقة العمومية بطريقة قريبة أو شبيهة بتلك المقررة في العقد، ومما سبق فإن توافر شروط القوة القاهرة ينتج عنه:

¹ عبد الله نواف العنزي، المرجع السابق، ص ص 68-69.

² عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع السابق، ص 285.

- إعفاء المتعاقد كلياً من التزاماته التعاقدية لاستحالة ذلك¹.
- إعفاء المتعاقد من غرامة التأخير².

أما عن تطبيق نظرية القوة القاهرة في التشريع الجزائري فإن المشرع الجزائري حرص في المادة 147 من المرسوم الرئاسي 15-247 " في حالة القوة القاهرة تعلق الآجال ولا يترتب على التأخير فرض عقوبات مالية بسبب التأخير ضمن الحدود المسطرة في أوامر توثيق واستئناف الخدمة التي تتخذها نتيجة ذلك المصلحة المتعاقدة وفي كلتا الحالتين يترتب عن الإعفاء من العقوبات المالية بسبب التأخير تحرير شهادة إدارية " وبالتالي يترتب عن حالة القوة القاهرة ما يلي:

- تعليق آجال التنفيذ وذلك بعد تسليم أوامر بتوقيف الأشغال وكذلك استئنافها.
 - تعويض المتعاقد مع الإدارة لأن القوة القاهرة جعلت منه ضحية وأدت إلى قلب التوازن المالي في الصفقة العمومية واستحالة التنفيذ، كما أنه لا يمكن بأي حال من الأحوال اعتبار القوة القاهرة تقاعساً من المتعاقد عن التنفيذ³.
 - تسليم شهادة إدارية للمتعاقد مع الإدارة بعد تحريرها من طرف المصلحة المتعاقدة مضمونها الإعفاء من الغرامة التأخيرية بسبب القوة القاهرة.
- وذهب مجلس الدولة الجزائري في قراره بتاريخ 08-03-1999 في قضية (ب ت) ضد رئيس المندوبية التنفيذية لبلدية سكيكدة تحدد شروط القوة القاهرة وهي:
- أن يكون الحادث مستقلاً عن إرادة المتعاقد.
 - أن يكون الحادث غير قابل للتوقع ولا للدفع.
 - أن تجعل من المستحيل استحالة مطلقة على المتعاقد الوفاء بالتزاماته⁴.
- وفي إطار حديثنا عن القوة القاهرة كسبب لإعفاء المتعاقد من الغرامة التأخيرية نشير هنا إلى جائحة كورونا ومدى تأثيرها على تفعيل الغرامة التأخيرية في ظل الظروف التي يتعرض لها المتعاقدون مع الإدارة وما تسببه كورونا من صعوبات.

¹ Yves Gaudmet, op cit, P 709.

² فريد رمضان، المرجع السابق، ص 527.

³ انصاف أحمد محمد، غرامات التأخير كجزء في العقد الإداري، مجلة جامعة تشرين للبحوث والدراسات العلمية، سلسلة العلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 40، العدد 05، سوريا، 2018، ص ص 22-23.

⁴ عادل قرانة، المرجع السابق، ص ص 181-182.

وفي إطار ذلك أصدرت الجزائر المرسوم التنفيذي رقم 20-70 المؤرخ في 24-03-2020 لوضع التدابير الوقائية للحد من انتشار كوفيد 19 ومكافحته، حيث أثرت تطورات الوضعية الصحية المرتبطة بوباء به والاثار الناجمة عن تدابير الوقاية من هذا الوباء ومكافحته سلبا على الأداة الوطنية للإنجاز التي تعاني بشدة من وطأة تراجع نشاطها جراء التأخر في تموينها بالمعدات والمواد الأولية وعدم توفر اليد العاملة بسبب التعليق المؤقت لوسائل النقل.¹ وفي إطار ذلك قام الوزير الأول عبد العزيز جراد بالعديد من الإجراءات الوقائية تتعلق بالعقوبات المالية على المؤسسات بسبب التأخير في الإنجاز للتخفيف من آثار إجراءات الوقاية من جائحة كورونا (كوفيد-19) ومكافحته على الأداة الوطنية للإنجاز وجاء في تعليمة للوزير الأول، موجهة لأعضاء الحكومة والولاية أنه "حرصا على عدم تضرر المؤسسات التي وجدت نفسها أمام استحالة ضمان إنجاز الأشغال والخدمات المقررة، فقد تقرر تطبيق أحكام المادة 147 من المرسوم الرئاسي رقم 15، والمتضمنة تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام" وتنص المادة على "تعليق الآجال التعاقدية وعدم فرض العقوبات المالية بسبب التأخير ضمن الحدود المسطرة في أوامر توقيف واستئناف الخدمات التي تتخذها نتيجة ذلك المصلحة المتعاقدة"، وعليه تضيف التعليمة "فإنه بالنسبة لجميع الصفقات العمومية للدولة والجماعات المحلية والهيئات والمؤسسات العمومية، لن يتم تطبيق عقوبات التأخير ابتداء من تاريخ نشر المرسوم التنفيذي رقم 20.69 المؤرخ في 21 مارس 2020، المتعلق بتدابير الوقاية من انتشار وباء فيروس كورونا (كوفيد-19) ومكافحته"²، وفي تطبيق لتعليمة الوزير الأول فقد جاء في القرار الصادر عن المحكمة الإدارية ام البواقي بتاريخ 2022/01/19 " حيث ان المدعى عليها بلدية الزرق تعسفت في استعمال الحق ولم تراعي ظروف كورونا ولم تحترم تعليمات الوزير الأول التي تدعو الى عدم تطبيق العقوبات على المقاول في ظل هذه الجائحة" ونص أيضا " رفض احتساب غرامة التأخير المقدرة ب 10 بالمائة من مبلغ الاتفاقية وقدرها

¹مقل بعنوان " تعليق فرض العقوبات المالية على المؤسسات بسبب التأخير في الإنجاز" لرئيس منتدى رؤساء المؤسسات محمد سامي عقلي والخبير الاقتصادي فريد بن يحيى على موقع www.radioalgerie.dz بتاريخ 15/04/2020 وتم الاطلاع على الموقع بتاريخ 2021/04/12 الساعة 19:00.

²مقال بعنوان: تعليق فرض العقوبات المالية على المؤسسات <https://www.awras.com>تم الاطلاع على الموقع بتاريخ 2021/04/12 الساعة 19:10.

286.910.00 دج باعتبار وجود ظرف طارئ وأجنبي هو وباء كورونا 19 الذي تسبب في في التأخير في الانجاز " 1.

كما كشفت وزارة الإقتصاد والمالية وإصلاح الإدارة عن مجموعة من الإجراءات الرامية إلى تجنب تطبيق غرامات التأخير في حق المقاولات الحاصلة على الصفقات العمومية وأوضحت الوزارة في بلاغ لها، أن هذه الإجراءات تهم على الخصوص اعتبار الأثر المترتب عن حالة الطوارئ الصحية وإجراءات الحجر الصحي المطبقة على الأفراد خارجا عن إرادة المقاولات الحاصلة على الصفقات، فيما يخص تنفيذ الصفقات العمومية، ويندرج بالتالي في إطار حالات القوة القاهرة. داعية أصحاب المشاريع التابعين لإدارات الدولة والجماعات الترابية والمؤسسات العمومية وباقي الهيئات الخاضعة للمراقبة المالية للدولة، إلى الموافقة على طلبات المقاولات التي تثير القوة القاهرة، بسبب إجراءات حالة الطوارئ والحجر الصحي المتخذة من قبل السلطات العمومية، دون الأخذ بعين الاعتبار أجل سبعة أيام لتقديم طلباتها في الموضوع، وأورد البلاغ ذاته، أن الأمر يتعلق أيضا بإقرار تمديد الأجل التعاقدية، بواسطة عقد ملحق، سواء بالنسبة لصفقات الأشغال أو التوريدات أو الخدمات، وذلك في حدود مدة الطوارئ الصحية، كما طالبت الوزارة أصحاب المشاريع خلال فترة الطوارئ الصحية، باللجوء عند الاقتضاء إلى آليات تأجيل تنفيذ الأشغال أو التوريدات أو الخدمات أو أوامر إيقاف أو إعادة استئناف الخدمة، مذكرة مختلف المتدخلين في مجال الطلبات العمومية بضرورة إعطاء الأولوية، خلال فترة الطوارئ الصحية، للتبادل الإلكتروني بجميع أشكاله، للوثائق المثبتة وللمستندات، بدلا من الدعامات الورقية.²

كما أكد الوزير الأول في ذات التعليلة أنه "تنفيذا لتوجيهات رئيس الجمهورية السيد عبد المجيد تبون، فإن الحكومة، و وعيا منها بمسؤولية الحفاظ على النسيج الصناعي المنوط بها، قد اتخذت جملة من التدابير ذات الطابع الجبائي و الشبه جبائي والقروض البنكية بغرض دعم المؤسسات التي تكابد صعوبات على إثر الازمة الصحية التي تواجهها البلاد، وشدد الوزير على "بالغ الأهمية" التي يوليها للتطبيق "الصارم والعاجل لهذه التعليلة"، مؤكدا ان "الحكومة

¹ قرار المحكمة الادارية ام البواقي الصادر بتاريخ 2022/01/19، المرجع السابق.

² مقال بعنوان: كوفيد-19 " تفاصيل إجراءات جديدة لتجنيب المقاولات غرامات التأخير في تنفيذ الصفقات العمومية بتاريخ 15-04-2020 على موقع <https://walaw.press> وتم الاطلاع على الموقع بتاريخ 12-04-2021 الساعة 19:00.

ستستمر في دراسة كافة السبل والوسائل الكفيلة بالرد على الصعوبات التي تواجهها المؤسسات الجزائرية بفعل الأزمة الصحية.¹

3- حالة منح المتعاقد مهلة إضافية للتنفيذ:

إذا كان حق الإدارة ثابتا في وجوب ضمان دوام سير المرفق العام بانتظام وباضطراد وهو ما تقتضيه المصلحة العامة، فإن من حق المتعاقد طلب مهلة إضافية لتنفيذ التزاماته، إذ يعد ذلك طلبا لتعديل شروط العقد والمدة المقررة لتنفيذه وبتحقيق موافقة الإدارة عليه يعد رسميا على أن لا تبدي الأخيرة أي تحفظ على ذلك، ومن ثم لا يحق لها فرض الغرامات التأخيرية على المتعاقد إذا تأخر في تنفيذ العقد في المدد المحددة لذلك قبل التعديل، وقد قضى مجلس الدولة المصري في ذلك بتاريخ 21-09-1960 وكذلك محكمة التمييز العراقية في قرارها الصادر بتاريخ 05-07-1989.²

ويمكن للإدارة المتعاقدة منح مهلة إضافية للمتعاقد معها بعد أن تكون قد حددت مهلة لإنجاز الصفقة، وهو ما يدخل في اختصاصها وسلطتها³، وقد يكون التمديد صريحا بإفصاح الإدارة عن إرادتها صراحة في منح المتعاقد مهلة إضافية وقد يكون ضمنا إذا قررت الإدارة الصمت عند انتهاء مدد التنفيذ وعدم اتخاذ أي إجراءات التقصير في حقه وإحداث التأخير يستلزم مراعاة ما يلي:

- لا يجوز للإدارة بعد قبول التأجيل أن تعود وتفرض الغرامة التأخيرية على المتعاقد، لذا فإنه إذا رأت المصلحة المتعاقدة تمديد مدة إنجاز الأعمال فلا يسوغ لها بعد ذلك محاسبة المقاول عن التأخير طالما أنه أنهى التنفيذ قبل نهاية مدد التنفيذ.
- عدم اقتران التمديد بتحفظات كأن تمنحه التمديد مع الغرامة التأخيرية عن المدة التي يمتد لها ميعاد التنفيذ، وبذلك ذهبت إدارة الفتوى والتشريع للقول " إذا رأت الإدارة أن المقاول لن يستطيع تنفيذ العقد قبل انتهاء المدة المحددة لتنفيذ الأعمال ومنحه لذلك مهلة جديدة

¹مقال بعنوان: تعليق فرض العقوبات المالية على المؤسسات بسبب التأخير في الإنجاز بتاريخ 15-04-2020 على موقع <http://www.ministerecommunication.gov.dz> وتم الاطلاع على الموقع بتاريخ 12-04-2021 الساعة 18:38.

- تعليمة الوزير الأول عبد العزيز جراد رقم 163 بتاريخ 13 أفريل 2020. (انظر الملحق رقم 12).

²محمد حسن مرعي الجبوري، المرجع السابق، ص 138.

³Jacqueline Morand-Deville, Cours de droit administratif des biens, 4^e édition, LGDJ-Montchrestien, Paris, France, 2005, P 704.

غير مقرونة بأي تحفظ وفي هذه الحالة يسقط حق الإدارة في اقتضاء غرامة التأخير المستحقة عن الفترة التي امتد إليها الأجل الجديد "

- عدم توافر اعتمادات مالية للإدارة يستلزمها تمديد الأجل لفترة لا تستحق فيها فرض غرامة تأخيرية على المتعاقد معها، وهو ما أفتى فيه قسم الفتوى والتشريع لمجلس الدولة بالقول " إن مدد التوقف عن العمل كانت بناء على طلب الجهة الإدارية المالكة للمشروع بسبب عدم توافر الاعتمادات المالية اللازمة للتنفيذ ولم تكن راجعة لتقصير المقاول في تنفيذ التزاماته بإنهاء الأعمال في الميعاد المحدد لذلك وبالتالي من حق المقاول إضافة مدد التوقف عن العمل المشار إليها إلى مدة تنفيذ العملية دون أي مسؤولية عليه في هذا الشأن" ¹

- لا يمكن للإدارة توقيع الغرامة التأخيرية إذا كانت مدة التأخير بسيطة مقارنة بمدة العقد. ويجب الإشارة في الأخير أنه لكي يكون للتمديد في التنفيذ أثره في الإعفاء من الغرامة التأخيرية لا بد أن يقدم إلى الجهة الإدارية المختصة وأن يقدمه المتعاقد قبل انتهاء المدة الأصلية للتنفيذ، ويكون مستندا إلى مبررات معقولة، فإذا توافرت هذه الشروط يسقط حق الإدارة في اقتضاء الغرامة التأخيرية عن المدد الجديدة.

4- الإعفاء الإداري:

حيث يمكن للإدارة إعفاء المتعاقد معها من الغرامة المالية المنصوص عليها في العقد كلها أو بعضها إذا قررت محلا لذلك ، مثل اعتبارات العدالة والصالح العام وبالتالي فلها الإعفاء من الغرامة التأخيرية ، وبما أن جهة الإدارة هي الجهة التي لها القوامة على حسن سير المرفق العام والقائمة على تنفيذ شروط العقد ، كما أن لها تقدير الظروف التي يتم فيها تنفيذ العقد وظروف المتعاقد معها، فتعفيه من تطبيق الجزاءات المنصوص عليها في العقد كلها أو بعضها بما فيها الغرامة التأخيرية إذا قدرت محلا لذلك، وإذا قدرت أنه لا يحقق ضررا للمصلحة المتعاقدة، والإعفاء الإداري قد يكون صريحا أو ضمنيا ².

¹ عبد الله نواف العنزي، المرجع السابق، ص ص 75-76.

- يجب الإشارة هنا أن تجديد الإدارة للعقد يختلف عن تمديد مدة التنفيذ، ذلك أن تجديد العقد يعتبر عقدا جديدا يستلزم اتباع اجراءات الصفقة من اعلان ومنافسة وهو ما أكده مجلس الدولة الفرنسي في حكمه بتاريخ 2000/11/29 بقوله: "Le contrat résultant de l'application d'une clause de tacite reconduction a le caractère" d'un nouveau contrat" voir Hélène Hoepffner· La modification du contrat administratif· sans édition· LGDJ-Montchrestien· Paris· France, 2009, p 234.

² عبد الله نواف العنزي، المرجع نفسه ، ص ص 77-81

ويكون الإعفاء الضمني¹ في العديد من الحالات كحالة الموافقة منها على استلام الأعمال المسندة للمقاول ابتداء في الميعاد المقرر دون تحفظ أو أن الإدارة أقرت أنها لا تحرص على التنفيذ في الميعاد المتفق عليه لأن ذلك لا يلزم ولا يسبب لها تكاليف زائدة وأنه بمثابة إعفاء ضمني للمتعاقد من تنفيذ الغرامة التأخيرية عليه².

وإذا كان الفقه والقضاء استقرا على أن للإدارة السلطة الواسعة في فرض الغرامة التأخيرية والإعفاء منها لكن سلطتها هذه ليست مطلقة، وقد قال الفقيه لوبادير في هذا الشأن " ليس هناك ما يمنع أن تتنازل الإدارة بلا قيد أو شرط عن الحق في توقيع الغرامة سواء بإعفاء المتعاقد من الجزاء أو إنقاصه أو تعقد المصلحة معه صلحا بمقتضاه يتنازل المتعاقد عن أية شكوى فتعفيه بالمقابل من الغرامة التأخيرية"³ إلا أن الإعفاء الإداري من الغرامة التأخيرية تثير الجدل حول مسألتين الأولى مشروعيتها، والثانية صدوره ونطاقه.

فبالنسبة للمشروعية يقع اختلاف كبير بين مختلف التشريعات ، فقد ذهبت محكمة المحاسبات الفرنسية إلى أن ذلك يعتبر تنازلا عن أموال مملوكة للدولة ولا تملك الإدارة التنازل عنها وهي بذلك كانت متأثرة برأي الفقيه جيز الذي ذهب إلى أنه من الخطأ نزول الإدارة عن الغرامة المستحقة باعتبار ذلك تنازلا عن دين محقق الوجود ومستحق للدولة، إلا أن الرأي تم انتقاده على اعتبار أن مبلغ الغرامة ليس ديناً مستحقاً للدولة بل هو جزاء نتيجة إخلال تنفيذ التزام تعاقدي قوامه تقدير ما لحق المرفق العام من ضرر نتيجة له ، وبالتالي من غير المعقول اعتبارها تنازلا عن دين مستحق للدولة، والقضاء الكويتي أكد على ترك الإدارة سلطة تقديرية والإعفاء ونطاقه دون قيد عليها في هذا الشأن⁴.

أما بالنسبة لحدود الإعفاء هل يقتصر على المتعاقد الأصلي فقط أو يمتد للمتعاقد من الباطن ، فالأصل أنه لا يجوز للإدارة العدول عن الإعفاء من الغرامة التي توقعها ، سواء

¹ أقرت المحكمة الإدارية العليا في مصر في حكمها الصادر بتاريخ 21 مارس 1970 بقولها "من المسلم كذلك ان اقتضاء الغرامات منوط بتقدير الجهة الادارية المتعاقدة باعتبارها القوامة على حسن سير المرافق العامةولذا فلها ان تقدر ظروف المتعاقد فتعفيه من تطبيق الجزاءات المنصوص عليها في العقد كلها او بعضها اذا قدرت ان لذلك محلا وقياسا على هذا النظر فان الادارة اذا اقرا - صراحة او ضمنا - بأنها لم تحرص على تنفيذ العقد في المواعيد المتفق عليها ترتبياً على ان تنفيذ العقد في هذه المواعيد كان غير لازم فيعتبر ذلك بمثابة اعفاء ضمني للمتعاقد من تنفيذ الغرامة عليه مما لا يكون معه محل لتوقيع غرامة التأخير".

² ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية، (د-ط)، دار الجامعة الجديدة، الازارطة، مصر، 2015، ص199.

³ علي سعود الضفيري، المرجع السابق، ص ص 163-164.

⁴ عبد الله نواف العنزري، المرجع السابق، ص ص 77-81.

الحال بالنسبة للمقاول الأصلي أو من الباطن لأنها بالإعفاء أسقطت حقها في الغرامة في حدود الإعفاء، وهو المستقر عليه في قضاء مجلس الدولة الفرنسي الذي أقر أن الإدارة لا تستطيع الرجوع عن الإعفاء وتوقع الغرامة التأخيرية بعد الإعفاء منها ، إضافة إلى أن الغرامة المستحقة على المقاول الأصلي لا يتحملها المقاول من الباطن لأن كل منهما مسؤول عن الجزاء الذي عهد إليه تنفيذه من العملية المتعاقد عليها وفي ذلك قضت محكمة التمييز العراقية " إن جهة الإدارة إذا لاحظت تنفيذ المقاول الأصلي لبعض الأعمال المسندة اليه على وجه معين فضلا عن تأخره في تنفيذ هذه الأعمال ومن ثم تنشأ علاقة تعاقدية جديدة بين جهة الإدارة والمقاول من الباطن الأمر الذي يترتب عليه عدم تحميل المقاول من الباطن قيمة غرامات عن مخالفات ارتكبت في تاريخ سابق عن نشوء العلاقة المباشرة بينه و بين الإدارة أي في وقت لا تربطه بالإدارة صلة مباشرة ولم يكن سوى مقاول من الباطن فلا يكون مسؤولا أمامها

1."

¹ عبد الله نواف العنزي، المرجع السابق، ص ص 77-81.

خلاصة الفصل الأول:

الغرامة التأخيرية من الجزاءات المالية التي تملك المصلحة المتعاقدة توقيعها في الصفة العمومية على المتعامل المتعاقد معها ، ويتم توقيعها بمجرد وقوع الخطأ من المتعاقد بغض النظر عن تحقق الضرر، ولقيت الغرامة التأخيرية الاهتمام الكبير للفقهاء والقضاء الإداري ، واختلف في تكييفها القانوني بين اعتبارها جزاءاً أو تعويضاً جزافياً ، كما تعددت الاتجاهات الفقهية حول مصدرها هل هو العقد أو القانون، وبالرغم من الخصائص المتميزة للغرامة التأخيرية في الصفة العمومية إلا أنها قد تختلط مع بعض المفاهيم القانونية الأخرى كالغرامة الجزائية والشرط الجزائي، وذلك لوجود العديد من الأحكام المشتركة بينهم.

وقد نظم المشرع الأحكام القانونية المتعلقة بالغرامة التأخيرية فوضع لها من الإجراءات والأحكام ما يجعلها بعيدة عن التعسف واستغلال السلطة من المصلحة الإدارية المتعاقدة، كما يجعلها من جهة أخرى ملزمة للمتعامل المتعاقد حتى يتحقق الهدف منها، خاصة ما تعلق منها بأحكام احتساب قيمة الغرامة التأخيرية وإجراءات توقيعها على المتعاقد وكذا حالات الإعفاء منها، والغرامة التأخيرية توقعها المصلحة الإدارية بإرادتها المنفردة لكن بالمقال أحاطها المشرع بالعديد من الأحكام القانونية ، والتي على الرغم من أهميتها إلا أنه يشوبها النقص والغياب في تنظيم بعض الأحكام. وبالرجوع للمشرع الجزائري نجد أنه لم يضمن قانون الصفقات العمومية 15-247 أحكاماً خاصة بالغرامة التأخيرية، بل انه ترك الباب مفتوحاً للرجوع في بعض الأحكام لدقتر الشروط الإدارية العامة ، وفي البعض الآخر ترك المجال للعقد في الأخذ بما يجب من أحكام وتنظيمها، لذلك نجد أنه في الغالب يتم الرجوع لدقتر الشروط لتنظيم هذه الأحكام وضبطها، ويجب الإشارة أخيراً أن للمتعاقد الحق في مخاصمة جزاء الغرامة التأخيرية أمام القضاء إن كان فيه تعسف أو أساءت المصلحة المتعاقدة استعماله.

الفصل الثاني: مصادرة التأمينات والتعويض

يترتب عن تقاعس المتعاقد في الوفاء بالتزاماته في الصفقات العمومية العديد من الجزاءات المالية، ذلك أن هذا النوع من الجزاءات لا ينحصر في الغرامة التأخيرية فحسب، بل هناك جزاءات مالية أخرى تلجأ الإدارة المتعاقدة لاستعمالها لدفع المتعاقد معها لتنفيذ التزاماته ، وهذه الجزاءات تتمثل في التعويض ومصادرة التأمين ، فبالنسبة للتعويض في الصفقات العمومية وباعتبارها عقدا فإن أحكامه لا تختلف أحكامه كثيرا عن التعويض الذي يحكم العقود في القانون المدني، مع بعض الخصوصيات التي يتميز بها في الصفقات العمومية باعتبارها من العقود الإدارية التي لها طابعها الاستثنائي وخاصة ما تعلق منها بعدم تكافؤ الأطراف فيها، أما بالنسبة لمصادرة التأمين فهو الجزاء الذي تلجأ فيه المصلحة الإدارية المتعاقدة للسيطرة على المبلغ المالي الذي دفعه المتعاقد بعد رسو الصفقة العمومية وقام بدفعه ضمانا لحسن تنفيذها ، فيكون لها في حال حدوث العكس اخذ هذا المبلغ كجزاء للمتعاقد معها ، ومن خلال هذا الفصل في الجزاءات المالية سوف يتم التفصيل في الأحكام المتعلقة بالتعويض ومصادرة التأمين وذلك في مبحثين:

المبحث الأول: مصادرة التأمينات.

المبحث الثاني: التعويض.

المبحث الأول: مصادرة التأمين

مصادرة التأمين من المصلحة المتعاقدة من بين الجزاءات التي يتم اللجوء إليها لتحقيق تنفيذ أفضل للصفقة العمومية وضمنا سير المرفق العام واستمرار الخدمة العمومية، وينصب هذا الجزاء على مصادرة مال دفع مسبقا من المتعاقد بعد رسو الصفقة عليه ضمانا لتنفيذها، وهو كغيره من الجزاءات التي تستهدف دفع المتعاقد لتنفيذ التزاماته وتوقيع الجزاء عليه في حال تقاعسه في ذلك ، فهو يضمن للمصلحة المتعاقدة استيفاء حقها من المتعاقد في حال الاخلال بالتزاماته وكذا لإصلاح العيوب التي يرتكبها في تنفيذ اعماله، ومن جهة أخرى يعمل هذا الجزاء على مواجهة المتعاقد لمسؤولياته وعدم التخلف عنها.

وفي هذا المبحث يتم تفصيل مصادرة التأمين كجزاء في الصفة العمومية من خلال ثلاث مطالب، خصص المطلب الأول لماهية جزاء مصادرة التأمين، والمطلب الثاني لصور التأمين النهائي، أما المطلب الثالث فتم فيه عرض أدوات دفع التأمين النهائي.

المطلب الأول: ماهية جزاء مصادرة التأمين

يشتمل هذا المطلب على الإحاطة بجزاء مصادرة التأمين من الجانب المفاهيمي، حيث سيتم تعريفه توضيح طبيعته القانونية، ثم التطرق لخصائصه وتمييزه عن الجزاءات المالية الأخرى، وأخيرا التطرق لأنواع التأمينات في الصفة العمومية.

الفرع الأول: مفهوم مصادرة التأمين:

باعتبار جزاء مصادرة التأمين في الصفقات العمومية من بين الجزاءات المالية فإنه يحظى باهتمام كبير على صعيد القانون الإداري، وقد لقي العديد من المبادرات لتعريفه، وفيما يلي التعريف اللغوي والفقه لمصادرة التأمين ثم التطرق لطبيعته القانونية.

أولاً: تعريف مصادرة التأمين

هناك العديد من التعريفات التي عملت على الإحاطة بمصادرة التأمين كجزاء في الصفة العمومية، فإلى جانب التعريف اللغوي هناك تعريفات فقهية كثيرة سيتم ذكر أهمها وذلك بالنظر إلى الجانب الذي اعتمده الفقه في ذلك.

1- تعريف مصادرة التأمين لغة

مصادرة كلمة في اللاتينية Confiscation من Confiscare وهي اكتساب في سبيل التصرف بالملكية، وتعني مصادرة مال أو عدة أموال¹.

التأمين من أمن وهو عقد يكفل بموجبه المؤمن عليه لقاء قسط من المال، وهي دفع مبلغ متفق عليه من مال في حال وقوع حادث معين².

2- تعريف مصادرة التأمين فقها

لقد لقي تعريف مصادرة التأمين كجزاء إداري في الصفقات العمومية العديد من الاهتمام ووردت في شأنه العديد من التعريفات من بينها:

- التأمين هو ضمان لجهة الإدارة تتوقى به آثار الأخطاء التي يرتكبها المتعاقد معها

¹ القاموس الجديد للطلاب، المرجع السابق، ص ص 1513-1514.

² المنجد الأبجدي، المرجع السابق، ص 223.

بصدد تنفيذ العقد الإداري ويضمن لها ملاءمته لمواجهة المسؤوليات الناتجة عن تقصيره، ومصادرة التأمين تعتبر شرطا جزائيا متفقا عليه في العقد مقابل إخلال المتعاقد بالتزاماته التعاقدية.¹

- مصادرة التأمين عبارة عن مبالغ مودعة لدى الجهة الإدارية تتوقى بها الأخطاء التي يرتكبها المتعاقد بصدد تنفيذ العقد الإداري ويضمن بها ملاءمته لمواجهة المسؤوليات الناتجة عن تقصيره وهو الأمر الذي أكده القضاء الإداري في أحكامه.²

- التأمينات هي عبارة عن مبالغ مالية تودع لدى الجهة الادارية المتعاقدة تتولى بها آثار الأخطاء التي يرتكبها المتعاقد أثناء تنفيذ العقد الاداري ويضمن لها ملاءمته لمواجهة المسؤوليات الناتجة عن تقصيره ، ومصادرة التأمين هي سيطرة جهة الادارة على مبالغ التأمين التي يودعها المتعاقد معها ليضمن لها ملاءمته لمواجهة مسؤوليته في حالة إخلاله بالعقد، فمصادرة التأمين في حقيقة الأمر تمثل جزاء يتم النص عليه في العقد بحيث أن جهة الادارة توقعه على المتعاقد الذي يخل ويقصر في تنفيذ التزاماته التعاقدية حتى في حال وقوع ضرر ، والهدف دائما في الجزاءات الادارية التي توقعها الادارة على المتعاقد معها والذي يخل بالتزاماته التعاقدية هو سيرورة المرفق العام.³

- وعرف ايضا بأنه مبلغ من المال تشترطه الادارة ويودع لديها بمثابة ضمان تتوقى به الأخطاء التي يرتكبها المتعاقد معها أثناء تنفيذ التزاماته التعاقدية، كما يضمن مواجهته المسؤوليات التي يتعرض لها جراء إخلاله بتلك الالتزامات.⁴

- هو مبلغ من المال يودع لدى الجهة الإدارية المتعاقدة تتوقى به آثار الأخطاء التي يرتكبها التعاقد معها أثناء تنفيذ العقد الإداري، ويضمن لها قدرتها على مواجهة المسؤوليات الناتجة عن تقصيره وتستطيع الادارة فرض المصادرة بنفسها دون الحاجة إلى صدور حكم من القضاء ودون أن تلتزم بإثبات الضرر الذي لحق بها جراء الإخلال بشروط العقد أو أن الخسائر قد أصابها من جراء ذلك.⁵

¹مصطفى سالم النجيفي، المرجع السابق، ص220.

²سعید عبد الرزاق باخبيرة، سلطة الإدارة الجزائية في أثناء تنفيذ العقد الإداري (دراسة مقارنة)، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2008، ص220.

³فارس مخلف خلف الدلمي، المرجع السابق، ص ص 127-128.

⁴بلالوي ياسين بلاوي، الجزاءات الضاغطة في العقد الإداري، (د - ط)، دار الكتب القانونية، مصر، 2011، ص 50.

⁵محمد مقبل العندلي، آثار العقد الاداري (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، دار وائل للنشر، الأردن، 2015، ص 52.

ثانياً: الطبيعة القانونية لمصادرة التأمين:

يوجد اختلاف في ايجاد طبيعة قانونية موحدة لمصادرة التأمين في الصفة العمومية، حيث أن الغالب الأكبر من الاختلاف كان سببه التشابه الكبير بين مصادرة التأمين والشرط الجزائي أو ما يعرف بالتعويض الاتفاقي المعمول به في العقود المدنية، حيث يتشابهان في فرضها على المتعاقد عند تقصيره وإخلاله في تنفيذ شروط العقد، بينما يختلفان في أن الإدارة في الصفقات العمومية تفرضه من تلقاء نفسها دون الحاجة للجوء للقضاء، وبالتالي دون الحاجة لإثبات الضرر الذي لحق بها.¹

وقد ذهب البعض إلى اعتبار المصادرة شرطا جزائيا متفقا عليه في العقد مقابل إخلال المتعاقد بالتزاماته التعاقدية ، وتمثل الحد الأدنى للتعويض الذي يحق للإدارة اقتضاه، بينما يرى جانب آخر أن المصادرة بعيدة عن كل البعد عن أن تكون تعويضا اتفاقيا لأن من يملك الاتفاق يملك عدم الاتفاق أيضا، وهو ما يتعارض مع مصادرة التأمين الذي يعتبر مفروضا بحكم القانون، لذلك فإن شرط مصادرة التأمين هي عقوبة تملك الإدارة توقيعها في حالة تقصير المتعاقد في تنفيذ التزاماته التعاقدية، وذلك حتى لو لم تلحقها أضرار نتيجة هذا الإخلال، كما يرى جانب من الفقه أن مصادرة التأمين هي جزاء مالي على المتعاقد الذي يخل بالتزاماته التعاقدية دون حاجة إلى إثبات الضرر الذي لحقها.²

وفيما يلي سيتم استعراض الطبيعة القانونية لمصادرة التأمينات في كل من فرنسا، مصر.

- في فرنسا يتفق الفقه والقضاء على أن مصادرة التأمينات المقررة في العقد

الإداري لصالح جهة الإدارة هو بمثابة تقدير جزافي للتعويض في حالة إخلال المتعاقد بالتزاماته التعاقدية ، ويعتبر حقا للإدارة تفرضه على المتعاقد معها مباشرة دون اللجوء للقضاء، ويرجع ذلك إلى سلطة التنفيذ المباشر التي تتمتع بها والتي لا يمكن للإدارة التنازل عنها حتى في فرض الجزاءات على المتعاقد معها ، وقد ذهب مجلس الدولة الفرنسي إلى اعتبار مصادرة التأمين جزاء اتفاقي بالقول " إذا اتفقت الإدارة والمتعاقد على تضمين العقد الإداري أو دفاتر الشروط بندا يقضي بمصادرة التأمين لصالح الإدارة جزاء إخلال المتعاقد بالتزاماته فإن هذا الشرط يعتبر شرطا جزائيا متفقا عليه عن عدم لتنفيذ، وعلى هذا الأساس لا

¹ فوزية سكران، جزاء مصادرة التأمين في العقود الادارية (دراسة مقارنة)، مجلة أكاديميا، العدد 05، جوان 2016، ص ص 110-109.

² مال الله جعفر عبد المالك الحمادي، ضمانات العقد الاداري-الإجراءات السابقة على إبرام العقد الاداري المناقصة العامة-، الطبعة الثانية، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2010، ص 267.

يحق للإدارة أي تعويضات أخرى إلا أنه يجب إعدار المتعاقد عند توقيع جزاء مصادرة التأمين
1."

- أما في مصر فقد تم التكييف القانوني لمصادرة التأمينات على أنه شرط جزائي يحدد مسبقا في العقد باتفاق الطرفين، وهو يختلف عن التعويض الاتفاقي المنصوص عليه في القانون المدني، ذلك أن الإدارة تصدر التأمين بنفسها دون الحاجة إلى حكم قضائي بذلك، كما أن الإدارة ليست ملزمة بإثبات أن ضررا ما لحقها جراء الإخلال بالشروط التعاقدية.² وقد أكدت المحكمة الإدارية ذلك بقولها " الجزاءات التي توقعها الإدارة على المتعاقد جراء إخلاله بالتزاماته المقصود بها تأمين سير المرافق العامة في حالة عدم التنفيذ ولا تلتزم بإثبات الضرر للإدارة..... ومصادرة التأمين لا تمنع الإدارة من المطالبة بالتعويض عن الأضرار التي حلت بها بسبب تقصير المتعاقد معها في تنفيذ التزاماته". فالمصلحة المتعاقدة لا يشترط فيها إثبات حصول الضرر أو اللجوء إلى القضاء من أجل توقيع المصادرة.³ والمشرع الجزائري أكد في المادة 124 من المرسوم 15-247 على أن الضمانات في الصفقة العمومية الهدف منها توفير أفضل الشروط لتنفيذ الصفقة العمومية ، كما نص في المادة 147 من المرسوم على أنه تحدد الأحكام التعاقدية للصفقة نسبة العقوبات المالية وكيفية فرضها أو الاعفاء منها طبقا لدفاتر الشروط باعتبارها عناصر مكونة للصفقة العمومية⁴، ومن هذا المنطلق فإن المشرع الجزائري ذهب الى اتجاه المشرع المصري باعتبار أن للإدارة الحق في مصادرة التأمين كجزاء على عدم تنفيذ المتعاقد لالتزاماته ، يضاف لذلك أن لها الحق في المطالبة بالتعويض عن الأضرار التي يسببها المتعاقد.

الفرع الثاني: خصائص مصادرة التأمين وتمييزه عن الجزاءات المالية الأخرى:

مصادرة التأمين واحد من الجزاءات المالية التي تملك السلطة الإدارية المتعاقدة توقيعها على المتعاقد المخل بالتزاماته معها، ويتميز بالعديد من الخصائص التي يتشابه فيها مع الجزاءات المالية الأخرى سواء الغرامة التأخيرية أو التعويض في العديد من الأوجه، لكن

¹ فوزية سكران، المرجع السابق، ص 110.

² محمد فؤاد عبد الباسط، العقد الإداري (المقومات، الإجراءات، الآثار)، (د - ط)، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، مصر، 2006، ص 320.

³ فوزية سكران، المرجع نفسه ، ص 111.

⁴ المواد 124-147 من المرسوم الرئاسي 15-247.

بالمقابل توجد أيضا العديد من الاختلافات بينهم، وهو ما يمكن معه الجمع بين مصادرة التأمين والغرامة التأخيرية أو التعويض في حالات كثيرة.

أولاً: خصائص مصادرة التأمين:

يستمد جزاء مصادرة التأمين خصائصه من الإعتبارات الخاصة التي تخضع لها الصفقة العمومية باعتبارها عقدا اداريا يرتبط مباشرة بالمرفق العام والمصلحة العامة، ومصادرة التأمين باعتبار مصدره الضمان الذي يقدمه المتعامل المتعاقد فإنه له العديد من الخصائص المتميزة وهي كالآتي:

1- مصدره التشريع:

بمعنى أن الإدارة تستطيع فرض هذا الجزاء بحق المتعاقد المتعاقد المقصر في تنفيذ التزاماته التعاقدية حتى لو لم ينص عليها العقد¹، ويعتبر القول بغير ذلك تفریغا لاشتراط إيداع المتعاقد للتأمين من مضمونه²، وقد قضت المحكمة الإدارية العليا في مصر في حكمها الصادر بتاريخ 12/01/1965 بالقول "حق الإدارة في مصادرة التأمين عند التقصير يقوم حتى لو لم ينص عليه في العقد فهذا الحق موجود بدليل أن الإدارة تشترط على المتعاقد أن يودع مبلغ التأمين قبل دخوله العطاء"³.

ونظرا للطابع الاستثنائي لموقع الإدارة في الصفقات العمومية فإن الإدارة توقع الجزاء على المتعاقد معها مباشرة ويرجع ذلك لسلطة التي تمتاز بها ، وتقرر الجزاء بصفة انفرادية عن طريق قرار إداري لما تملكه من سلطة التصرف الانفرادي، شرط أن لا يشوب عيب إساءة استعمال السلطة لأنه في هذه الحالة تخضع المصلحة المتعاقد في تصرفها المشوب بعيب إلى الرقابة القضائية⁴، كما أن سلطة المصلحة المتعاقد تمتد لحد التوقيع لمصادرة التأمين دون الحاجة للجوء للقضاء الحكم به، فالتنفيذ المباشر سلطة تعطيها الحق في مصادرة التأمين

¹وليد سعود فارس القاضي، المرجع السابق، ص 70.

²هيثم حليم غازي، المرجع السابق، ص 124.

³منصور صنت غريبان الديجاني، سلطة الإدارة في مصادرة التأمين والتنفيذ على حساب المتعاقد (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير في القانون العام، جامعة عمان العربية للدراسات العليا، الأردن، 2008، ص 28.

⁴بو بكر بختي، الضمانات المالية لتنفيذ الصفقات العمومية - كفاءة حسن تنفيذ الصفقة العمومية نموذجا-، مجلة دفاتر السياسة والقانون، عدد خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة قاصدي مرباح ورقلة، الجزائر، جوان 2018، ص 303.

دون الالتجاء للقضاء سواء نص على ذلك أو لم ينص عليه في الشروط العامة وإلا لما كان هناك أصلا محلا لاشتراط إيداع التأمين.¹

2- عدم اشتراط وقوع الضرر:

إن فرض جزاء التأمين يتم من طرف المصلحة المتعاقدة ولو لم يلحقها ضرر فعلي ، فمن المسلم به أن اخلال المتعاقد أو تقصيره في تنفيذ التزاماته يعد قرينة على وجود ضرر ما قد أصاب الإدارة ، وبالتالي يكون للمصلحة لمتعاقدة حق فرض جزاء مصادرة التأمين على المتعاقد وبمجرد الإخلال أو التقصير دون أن تتحمل عبأ الإثبات² ، ويعتبر ركن الضرر في التعاقدات الإدارية في حالة الإخلال بالالتزامات مفترضا وغير مشروط أصلا فهو ركن مفترض في كل عقد إداري وغير قابل لإثبات العكس، عكس التعويض الذي يشترط فيه وقوع الضرر للمصلحة المتعاقدة.³ وهو ما أكدته المحكمة الإدارية العليا في مصر في قرارها الصادر بتاريخ 1987/11/07 جاء فيه " أما بالنسبة لمصادرة التأمين في حالة إنهاء العقد لا يشترط إثبات ضرر أو اللجوء الى القضاء للحكم للجهة الإدارية به".⁴

3- جزاء مصادرة التأمين يفرض دون الحاجة إلى تنبيه أو إنذار:

حيث تقتضي القواعد العامة أنه لا يجوز للإدارة فرض أي جزاء على المتعاقد دون تسببه لأن الإنذار يعد ضمانا أساسية من الضمانات التي يتمتع بها المتعاقد في مواجهة أي جزاء، ومع ذلك فإن مصادرة التأمين يوقع باعتباره جزاءا ماليا دون الحاجة إلى إنذار ، لأن مصادرة التأمين وضعت أصلا لضمان تنفيذ بنود العقد على الوجه الأكمل ، كما أنه لا يجوز فرض جزاء مصادرة التأمين بمجرد تأخر المتعاقد عن تنفيذ التزاماته التعاقدية ، بالإضافة إلى ذلك لا حاجة لأي تنبيه أو إنذار مادام مبلغ التأمين موجود لدى الجهة الإدارية وتستطيع مصادره في أي وقت يكون فيه الإخلال التعاقدية موجودا، ولكون المتعاقد على علم مسبق بحق مصادرة المصلحة المتعاقدة لمبلغ التأمين إذا هو قصر وأخل بالتزاماته التعاقدية حيالها، فهو بذلك نتيجة حتمية لا تحتاج لإنذار.⁵

¹ محمد فؤاد عبد الباسط، المرجع السابق، ص 318.

² وليد سعود فارس القاضي، المرجع السابق، ص 71.

³ محمد فؤاد عبد الباسط، المرجع نفسه ، ص 319-320.

⁴ هيثم حليم غازي، المرجع السابق، ص 124.

⁵ عبد الله نواف العنزي، المرجع السابق، ص 102.

4- جزاء مصادرة التأمين يمثل الحد الأدنى من التعويض:

يمثل التأمين المودع لضمان تنفيذ الصفة العمومية الحد الأدنى للتعويض الذي يحق للمصلحة المتعاقدة اقتضاه ، لذلك فإنه لا يحق للمتعاقل المتعاقد أن يثبت أن الضرر الذي لحق الإدارة يقل عن مبلغ التأمين المودع لديها، بالمقابل فإنه إذا كان الضمان كافياً لجبر الضرر اللاحق من جراء الإخلال في تنفيذ الصفة العمومية فلا محل للحكم بالتعويض إلا إذا تم الاتفاق على ذلك¹، فإذا كان التأمين قد شرع لمصلحة الإدارة المتعاقدة وضماناً لحقوقها فلا يتصور أن يكون قيماً عليها أو ضاراً بحقوقها أو معوقاً لجبر الأضرار التي تلحقها، أو مانعاً لها من المطالبة بحقوقها في التعويض عن الضرر الذي يفوق التأمين الذي تمت مصادرته، وهذا إن كان التأمين المودع لا يكفي لجبر الأضرار جبراً شاملاً ووافياً، وللإدارة مطالبة المتعاقد معها تكملة ما يزيد عن مبلغ التأمين الذي لا يكفي بالتعويضات اللازمة عما أصابها من أضرار حقيقية وفعلية ، ذلك أن التأمين يمثل الحد الأدنى من التعويضات.²

وبمعنى آخر فإنه يجوز للإدارة أن تجمع بين التأمين والتعويض التكميلي إلا إذا كانت مصادرة التأمين قد جبرت الضرر الكلي الذي لحق بالإدارة جراء خطأ المتعاقد، ففي مثل هذه الحالة لا يكون هناك محل للمطالبة بالتعويض، ولا شك أن التعويض التكميلي يستند لمبادئ القواعد العامة في القانون.³ وبالمقابل فالتأمين لا يمثل الحد الأقصى للتعويضات التي يجوز للإدارة المطالبة بها ، فحق مصادرة التأمين المقرر لمصلحة المصلحة المتعاقدة لا يحرّمها من المطالبة بالتعويض عن الأضرار الأخرى التي لحقت بها، والتي تتجاوز مقدار التأمين وقد استغرقت أحكام القضاء الإداري المصري على أنه يحق للإدارة أن تطالب المتعاقد معها بتكملة ما يزيد عن مبلغ التأمين الذي لا يفي بالتعويضات اللازمة عما أصابها من أضرار حقيقية، ومن ثم يجب عند احتساب التعويض المستحق مراعاة خصم التأمين الصادر منه، ورجوع الإدارة بالتعويضات الأخرى على المتعاقد المقصر في حالة عدم كفاية التأمين لا يستند إلى أحكام العقد وإنما للأحكام العامة وقواعد القانون الخاص⁴، والذي يقضي بأن كل خطأ يترتب

¹ سبكي ربيحة، سلطات المصلحة المتعاقدة اتجاه المتعاقل المتعاقد معها في مجال الصفقات العمومية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، فرع قانون الإجراءات الإدارية، جامعة تيزي وزو، الجزائر، 2013، ص ص 110-111.

² محمد فؤاد عبد الباسط، المرجع السابق، ص 327.

³ ذنون يونس سليمان العبادي، المرجع السابق، ص ص 178-179.

⁴ مصطفى سالم النجيفي، المرجع السابق، ص 221.

عليه ضرر يلزم من ارتكبه بالتعويض، وهذا لا يتعارض مع فكرة التأمين في العقود الإدارية ، وهنا يجب الإشارة إلى ملاحظة جوهرية وهي أنه إذا رأت الإدارة أن ترجع على المتعاقد المقصر بالتعويض الذي تجاوز مبلغ التأمين المصادر فعليها إثبات وقوع خطأ من المتعاقد معها وهو الإخلال بالتزاماته التعاقدية.¹

ومما سبق تترتب النتائج التالية:

- لا يجوز للمتعاقد المخل بالتزاماته أن يدعي أن مبلغ التأمين الذي صادرته الإدارة يزيد عن الضرر الذي لحقها.
- أن جزء مصادرة التأمين لا يمثل الحد الأعلى للتعويض ومن ثم يحق للمصلحة المتعاقدة المطالبة بالتعويض عن الأضرار التي تلحق بها.
- لا يجوز للإدارة المطالبة بتعويض آخر إذا جبر التأمين المصادر الضرر الواقع فعلا باستثناء النص في العقد على خلاف ذلك.²

5- للإدارة إعفاء المتعاقد من مصادرة التأمين أو تخفيض قيمته:

فالقاعدة العامة تحظر على الإدارة التنازل عن سلطتها في تطبيق الجزاءات الإدارية، لكن استثناء من هذه القاعدة جزء مصادرة التأمين حيث يمكن للمصلحة المتعاقدة بسلطتها التقديرية الإعفاء أو التخفيض منه، ففي مصر نجد أن للإدارة إعفاء الهيئات والمؤسسات العامة وشركات القطاع العام ودوائر الدولة بشكل عام من مبلغ التأمينات كما لها تخفيضه بنسبة 50% كحد أقصى، مع مراعاة قدرة المتعاقد على التنفيذ من جهة ومن جهة أخرى عدم تضرر المصلحة المتعاقدة من ذلك،³ فالإدارة إذا قدرت مثلاً أنه لم يلحق بها ضرر ما فلها الإعفاء صراحة أو ضمناً، وقد قضت بذلك محكمة القضاء الإداري في حكمها 1956/04/01 " إذا كان من الثابت أن المدعي الملتزم بالتوريد في ذمة جهة الإدارة مبلغ التأمين ولم تقم الوزارة بمصادرتة لأنها لم تقل بأن ضرراً ما قد أصابها من جراء عدم تنفيذ المدعي لالتزاماته التعاقدية فإنه يتعين القضاء له باسترداد هذا المبلغ"⁴ والإعفاء من مصادرة مبلغ التأمين من سلطات الإدارة المتعاقدة وهي تقدره إذا رأت أنه لم يلحقها ضرر وذلك صراحة أو ضمناً، وإعطاء

¹مصطفى سالم النجيفي، المرجع السابق، ص 221.

²وليد سعود فارس القاضي، المرجع السابق، ص 71-72.

³وليد سعود فارس القاضي، المرجع نفسه، ص 72.

⁴منصور صنت غريبان الديجاني، المرجع السابق، ص 30.

الحق للإدارة في الإعفاء من مصادرة التأمين هو من قبيل تحقيق العدالة في مواجهة المتعاقد لأنها الجهة المنوط بها إدارة المرفق العام وهي المخولة بالإعفاء بما يحقق مصلحة وسيرورة المرفق العام.¹

ثانياً: تمييز مصادرة التأمين عن الجزاءات المالية الأخرى

التعويض هو أحد الجزاءات المالية التي تطبقها المصلحة المتعاقدة، وتعتبر أحد امتيازاتها التي منحت لها قانوناً لتحقيق التنفيذ الأمثل للصفقة العمومية، وإن كان يشترك مع الجزاءات المالية الأخرى وهي الغرامة التأخيرية ومصادرة التأمين في بعض الأحكام إلا أنه هناك اختلاف بينها، وهذا الاختلاف يميز التعويض عنها وسيتم هنا توضيح هذا التمييز بين التعويض وباقي الجزاءات المالية.

1- مصادرة التأمين والغرامة التأخيرية:

إن مصادرة التأمين هو جزاء يواجه عدم تنفيذ المتعاقد لشروط العقد، بينما الغرامة التأخيرية تواجه تأخر المتعاقد في تنفيذ التزامات في المواعيد المحددة، فالمصادرة تنصب على محل الصفقة بينما الغرامة التأخيرية تنصب على مدة تنفيذ الصفقة العمومية، إلا أن كلاهما جزاء مالي يتضمن معنى العقوبة ويلتزم فيه المتعاقد بدفع مبلغ من المال للمصلحة المتعاقدة.² وتوجد العديد من أوجه التشابه والاختلاف بين الغرامة التأخيرية ومصادرة التأمين فبالنسبة لأوجه التشابه يمكن إيجازها فيما يلي:

- الغرامة التأخيرية ومصادرة التأمين يتم توقيعهما من طرف المصلحة المتعاقدة بموجب قرار إداري انفرادي.
- كلاهما عبارة عن مبلغ مالي معين.
- يجوز للمصلحة المتعاقدة الإعفاء من الغرامة التأخيرية ومصادرة التأمين بتوافر حالات معينة.
- يتم استحقاق الغرامة التأخيرية ومصادرة التأمين دون الحاجة لإثبات الضرر من المصلحة المتعاقدة ودون الحاجة للجوء للقضاء.
- يتم فرض الغرامة التأخيرية ومصادرة التأمين دون إلى التنبيه أو الإنذار.

¹ محمد حسن مرعي الجبوري، المرجع السابق، ص 145-146.

² فارس مخلف خلف الدليمي، المرجع السابق، ص 146.

- يمكن الجمع بينهما وبين الجزاءات الإدارية الأخرى في الصفقات العمومية.¹ أما بالنسبة لأوجه الإخلاف بينهما فتتمثل في:
 - الغرامة التأخيرية تفرضها المصلحة المتعاقدة في حالة تأخر المتعاقد في تنفيذ التزاماته التعاقدية، وبالتالي في حالة وقوع خطأ واحد هو التأخر في التنفيذ، بينما مصادرة التأمينات فتوقعه المصلحة المتعاقدة بارتكاب المتعاقد معها أي إخلال بشروط العقد.²
 - الغرامة التأخيرية مصدرها العقد وبالتالي لا يجوز فرضها إذا لم يتم النص عليها في العقد، بينما مصادرة التأمينات تفرض حتى لو لم يتم النص عليها في العقد.
 - لا يجوز المساس بمبلغ الغرامة التأخيرية المحدد سابقا سواء بالزيادة أو النقصان، بينما يجوز للإدارة الحصول على تعويض يفوق مبلغ التأمين إذا ثبت أن الضرر تجاوز مبلغ التأمين.
 - الغرامة التأخيرية تفرض بمجرد توافر التأخر في التنفيذ من طرف المتعاقد معها، بينما مصادرة التأمين لا يجوز فرضه بمجرد التأخر عن التنفيذ.³

وبالنسبة لجواز الجمع بين مصادرة التأمين والغرامة التأخيرية فإنه يجوز الجمع بينهما لأننا إذا افترضنا أن مبلغ التأمين المودع لدى الجهة الإدارية يعتبر أداة ائتمان يضعها المتعاقد بداية لإظهار حسن النية في وضمنان ملاءمته قبل المصلحة المتعاقدة وتنفيذا لما قد يستتبع ذلك ودونما توقف على وجود منازعة لاستحقاقه، ففي حالة تأخر المتعاقد عن تنفيذ التزاماته ووجبت غرامة التأخير فإن الإدارة سوف تقوم بتحصيل تلك الغرامات من مبالغ التأمين المودعة لديها كما في ذلك مطالبة المتعاقد عما يستحق لها من أضرار من جراء هذا التأخير وهو ما أيدته أحكام لمحكمة الإدارية العليا في مصر.⁴

2- مصادرة التأمين والتعويض:

مصادرة التأمينات من الجزاءات المالية المستقلة عن فكرة التعويض وذلك بما لا يتجاوز التعويض الكافي لجبر الأضرار المترتبة للإدارة، على أساس أن التأمين النهائي يمثل الحد الأدنى للتعويض الذي يحق للإدارة اقتضائه ولكن لا يمثل الحد الأقصى، حيث ذهبت المحكمة الإدارية

¹وليد سعود فارس القاضي، المرجع السابق، ص 73.

²أشرف محمد حمامه، الجزاءات في تنفيذ العقود الإدارية في النظام السعودي، مجلة المنار للبحوث والدراسات القانونية والسياسية، العدد 06، جامعة يحي فارس، المدينة، الجزائر، بتاريخ 2018/09/01، ص 60.

³وليد سعود فارس القاضي، المرجع السابق، ص 73.

⁴منصور صنت غريبان الديجاني، المرجع السابق، ص 63.

العليا في مصر بقرارها في 1965 " غني عن البيان أن الجمع بين مصادرة التأمين والتعويض رهين بأن لا يحظر العقد صراحة هذا الجمع وأن يكون الضرر لا يزال موجودا بعد مصادرة التأمين بمعنى أن يكون قدر الضرر أكبر من مبلغ هذا التأمين"¹

وقد اتجه القضاء الإداري في بداية الأمر إلى عدم جواز الجمع بين مصادرة التأمين والتعويض وهو ما اتجه إليه أيضا الفقه في فرنسا ومصر، وهذا على ساس عدم جواز جمع الإدارة بين أكثر من تعويض ولكن يمكن الجمع بينهما وذلك في حالة توافر الشروط التالية:

- يجب ألا يتم النص في الصيغة العمومية على حظر الجمع بين مصادرة

التأمينات والتعويض، كما أن الضرر قائما وتجاوز قيمة لتأمين الموجود فإذا كانت مصادرة التأمين قد أدت لجبر الضرر كليا فإن التعويض في هذه الحالة لا مجال له، وذلك بالرجوع للقواعد العامة ما لم يوجد اتفاق بخلاف ذلك.²

- يجوز الجمع بين مصادرة التأمين والتعويض إذا كان الضرر الذي أصاب الإدارة قد

تجاوز مبلغ التأمين ، ذلك أنه مادام السبب في مصادرة التأمين والتعويض مستقل عن الآخر في طبيعته وأن غايتهم متشابهة فلا مانع إن تم الجمع بينهما، إضافة لذلك فإن مصادرة التأمينات جزاء مشرع من أجل مصلحة الإدارة وضمانا لحسن سير المرفق العام وبالتالي لا يجب أن ينقلب عليها ويضرها وبالتالي يؤدي للإضرار بالمصلحة العامة لو عد مانعا للتعويض والمطالبة به³، كما أن التأمين لا يمثل الحد الأعلى للتعويض الذي يحق للإدارة أن تطالب به فحق الإدارة في مصادرة التأمين لا يحول دونها ودون حقها في المطالبة بالتعويض عن الضرر الذي لحق بها نتيجة إخلال المتعاقد معها والذي تجاوز مقدار التأمين ، وأحكام القضاء المصري مستقرة على حق الإدارة في المطالبة بالتعويض الذي يزيد عن مبلغ التأمين في حالة أن الأضرار الحقيقية التي لحقت بالإدارة لا يغطيها مبلغ التأمين، ومن ثم يجب عند احتساب التعويض المستحق مراعاة خصم التأمين الصادر منه⁴.

¹ احمد طلال عبد الحميد، قاعدة العقد شريعة المتعاقدين في مجال العقود الإدارية (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة النهدين، العراق، 2012، ص ص 99-100.

² سعيد عبد الرزاق باخبيرة، المرجع السابق، ص 225.

³ محمد حسن مرعي الجبوري، المرجع السابق، ص ص 143-144.

⁴ ياسين المعايعة، سلطة الإدارة في فرض الجزاءات على المتعاقد معها في عقد التوريد، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الإسراء، الأردن، 2011، ص ص 59-60.

- يجوز الجمع بينهما في حالة فسخ الصفقة العمومية لاختلافهما في السبب والغاية والطبيعة، فالأول مرده القواعد العامة في العقود المدنية والإدارية على حد سواء وذلك من أجل جبر الضرر التعاقدية، أما الثاني فهو جزاء مالي توقعه لوحدها.¹

والمشرع الجزائري لم يمنع بدوره جهة الإدارة من حقها في الجمع بين مصادرة التأمين والتعويض، وإن كان في الحقيقة بصورة غير واضحة إلا أنها تستشف من نص المادة 152 فقرة 01 من المرسوم الرئاسي 247/15 " لا يمكن الاعتراض على قرار المصلحة المتعاقدة بفسخ الصفقة العمومية عند تطبيقها البنود التعاقدية للضمان، والمتابعات الرامية إلى اصلاح الضرر الذي لحقها بسبب خطأ المتعاقد معها. وزيادة على ذلك، يتحمل هذا الأخير التكاليف الإضافية التي تنجم عن الصفقة الجديدة " وبالتالي يستشف انه يمكن للإدارة الجمع بينهما²، يضاف لذلك أن المشرع الجزائري أجاز الجمع باستثناء حالة أن يكون التأمين النهائي قد جبر كل الأضرار فلا محل للتعويض ما لم يتم الاتفاق على خلاف ذلك³.

الفرع الثالث: أنواع التأمينات:

إن التأمينات في الصفقات العمومية تختلف بالنظر لوقت تقديمها، فهناك تأمين يتم تقديمه قبل الإعلان عن نتائج الصفقة العمومية وفي مرحلة تقديم العروض وهو ما يعرف بالتأمين الابتدائي، وهناك تأمين يتم تقديمه بعد الإعلان عن نتائج الصفقة العمومية وهو التأمين النهائي.

أولاً: التأمين الابتدائي:

وهو عبارة عن مبلغ من المال يتم دفعه من طرف المتعاقد لجهة الإدارة قبل رسو العطاء عليه، والغرض من هذا النوع من التأمينات هو تأكيد جدية المتعاقد من الدخول للعطاء وأن نيته انصرفت لتنفيذ بنود العقد إذا رسا عليه، فإذا لم يرسوا عليه العطاء يعاد إليه المبلغ، وتقوم المصلحة الإدارية المتعاقدة بمصادرة التأمين الابتدائي في الحالات التالية:

- إذا عدل من رسا عليه العطاء أثناء مدة سريان العقد.
- إذا امتنع من رسا عليه العطاء عن تنفيذ العقد وفي هذا الشأن قررت محكمة التمييز

¹ لياسين المعاينة، المرجع السابق، ص ص 59-60.

² نصت المادة 112 من المرسوم الرئاسي 10-236 تنص ايضا على " لا يمكن الاعتراض على قرار المصلحة المتعاقدة بفسخ الصفقة عند تطبيقها البنود التعاقدية في الضمان، والمتابعات الرامية الى اصلاح الضرر الذي لحقها بسبب خطأ المتعاقد معها".

³ سبكي ربيحة، المرجع السابق، ص 112.

الإدارية " لا يجوز مصادرة التأمين الذي يقدمه طالب الدخول في العطاء إلا إذا بلغ المحال عليه قرار الإحالة ورفض التوقيع أو استنكف".

- إذا رفض من رسا عليه العطاء إيداع التأمين النهائي¹.

والتأمين الابتدائي منصوص عليه في مختلف التشريعات²، والمشرع الجزائري نص على التأمين المؤقت وسماه كفالة التعهد في المادة 125 فقرة 1 من المرسوم الرئاسي 15-247 " يجب على المتعهدين فيما يخص الصفقات العمومية للأشغال واللوازم التي تتجاوز مبلغها الحدود المنصوص عليها في المطتين الأولى والثانية على التوالي من المادة 184 من هذا المرسوم تقديم كفالة تعهد تفوق (1%) من مبلغ العرض، ويجب النص على هذا المطلب في دفتر الشروط للدعوة للمنافسة. وتعد الكفالة بالرجوع لمبلغ العرض " وحيث يتم اشتراط الكفالة لقبول العرض تأكيدا على جدية صاحي العرض وبدونه لا يقبل عرضه، ويتم مصادرة التأمين إذا تم سحب العرض قبل انتهاء فترة سريان العروض³، كما أن المشرع شدد على ضرورة رد مبلغ التأمين مباشرة في حالة عدم قبول العرض وبدون طلب من صاحب العرض⁴، حيث أنه إذا رفض العرض ولم يقدم المتعهد طعنا ترد كفالة التعهد بعد يوم واحد من انقضاء أجل الطعن، وإذا قام بتقديم طعن فتردد له كفالة التعهد بعد تبليغ قرار رفض الطعن من لجنة الصفقات

¹وليد سعود فارس القاضي، المرجع السابق، ص 67-68.

²نصت المادة 16 من تعليمات تنفيذ العقود الادارية العراقي رقم 01 لسنة 2008 " على مقدمي العطاءات تقديم تأمينات أولية لضمان جدية المشاركة في المناقصات لجميع أنواع عقود الأشغال والتجهيز بنسبة 1% من مبلغ العطاء " ونصت المادة 8 من تعليمات تنظيم العطاءات وشروط الاشتراك أوجب على المناقص أن يرفق في عرضه تأميناً مالياً نسبة لا تقل عن 3% من قيمة اللوازم الواردة في عرضه " انظر محمد صبار محمد المشهداني، سلطة الادارة في فرض الجزاءات غير المالية في العقد الاداري، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الاسراء، الاردن، 2014، ص 19.

- ونصت المادة 17 من القانون رقم 89 لسنة 1998 المؤرخ في 12 محرم 1419 هـ الموافق لـ 08 ماي 1998 م المتعلق بتنظيم المناقصات والمزايدات لجمهورية مصر العربية " على ضرورة تقديم التأمين الابتدائي وانه اذا لم يرفق بالعطاء فإنه يتم استبعاد ذلك العطاء. أم في الكويت فقد نص القضاء الاداري بأنه يمكن أن يتم استكمال النقص في التأمين الاولي المقدم دون ان يترتب على ذلك البطلان وللاارة الاتصال بصاحب العطاء لتكملة التأمين الاولي ولا يعد ذلك اخلافاً بمبدأ المساواة في المناقصة، انظر منصور صنت غريبان الديجاني، المرجع السابق، ص 35-36.

Le montant de la garantie ne peut excéder 5% du montant initial du contrat, en l'augmentant, le cas échéant, du montant des modifications. Garantie sur demande Cette garantie est une alternative basée sur le choix de rétractation de la Société. Elle est assurée par un organisme (généralement une banque) qui s'engage à verser le montant garanti au maître d'ouvrage public, sans contestation possible, dès la première demande et dans les 15 jours, conformément à l'article 122 de l'ordonnance n° 360 du 25 mars 2016 relative aux marchés publics. Guide pratique marchés publics et privés de travaux "Les garanties," Fédération française du bâtiment (FFB), France, Juin 2017, P33.

³ فوزية سكران، المرجع السابق، ص 108.

⁴ سعيد عبد الرزاق باخبيهر، المرجع السابق، ص 221.

المختصة، أما المتعهد الحاصل على الصفقة فتد له عند تقديم كفالة حسن التنفيذ¹، وقد جاء في قرار مجلس الدولة الجزائري بتاريخ 2015/01/08 في قضية رقم 083080 بين مؤسسة اعمال البناء حباس رشيد ضد ولاية الجزائر ممثلة بوالي الجزائر " حيث أنه وفيما يخص طلب ارجاع مبلغ الكفالة فإنه بالرجوع للمادة 54 من المرسوم 02-250 فإنها اشترطت دفع مبلغ كفالة التعهد ثم بينت أنها ترد للمتعهد الذي لم يقبل كما ترد للمتعاقل الذي قبل بعد امضاء الصفقة وهذا يعني أن المتعهد الذي تسبب في عدم امضاء الصفقة لا ترد اليه هذه الكفالة"².

ثانيا: التأمين النهائي:

للإشارة في البدا فإن هذا التأمين هو الذي يهمننا في لدراسة وهو محل جزاء مصادرة التأمين في الصفقة العمومية، وله العديد من التسميات الأخرى منها ضمان التنفيذ، الضمان النهائي، تأمين الأداء، كفالة حسن التنفيذ، وهو بمثابة ضمان للجهة الإدارية تتوقى من خلاله الأخطاء التي قد يرتكبها المتعاقل أثناء فترة سريان تنفيذ الصفقة العمومية، والإدارة يمكنها من مصادرة مبلغ التأمين وذلك عند قيام أسبابه ودون الحاجة للجوء للقضاء، وبموجب سلطتها التقديرية³ وقد عرف الأستاذ جوزيف بادروس كفالة حسن التنفيذ بأنها "مبلغ من المال يودع في أحد صناديق الخزينة أو أحد المصارف المقبولة لحسن تنفيذ موجب و لضمان حقوق الإدارة اتجاه منفذ الموجب"، و عرفها الأستاذ عبد اللطيف قطيش " الكفالة التي يجب تقديمها لضمان حسن قيام الملتمزم بتعهداته وهي تضمن ملائمة الملتمزم بالتنفيذ" ، وفي مجمل التعريفات فإن التأمين النهائي هو التأمين الذي يدفعه من يرسوا عليه العطاء لضمان قيام المتعاقل بتنفيذ التزاماته طبقا لشروط العقد ومعرفة ملائمة المتعاقل مع الإدارة إزاء المسؤوليات التي يواجهها عند قيامه بتنفيذ العقد فهي عقد يلتزم بموجبه المتعاقل ضمان تنفيذ الخدمات موضوع الصفقة وفقا لما اتفق عليه في الصفقة العمومية تنفيذا كاملا ومطابقا اتجاه المصلحة المتعاقله⁴، وقد نص المشرع الجزائري في المادة 128 من المرسوم 15-247 " الضمانات الملائمة

¹ رؤوف بو سعديّة، دور صندوق ضمان الصفقات العمومية في تشجيع الاستثمار المحلي، مجلة الحقوق والحريات، العدد الثالث، الجزائر، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم، بتاريخ 07 ديسمبر 2016، ص ص 240-241.

² محمد السعيد ليندة، الكفالة البنكية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، تخصص قانون الاعمال، جامعة الجزائر1، الجزائر، 2018، ص 124.

³ مال الله جعفر عبد الملك الحمادي، المرجع السابق، ص 254.

⁴ بو بكر بختي، المرجع السابق، ص ص 296-297.

لحسن التنفيذ ومنها الضمانات التي تحصل عليها المصلحة المتعاقدة من المتعاملين المتعاقدين الأجانب، لا سيما في الميدان المالي، هي الضمانات النقدية التي تغطيها كفالة مصرفية يصدرها بنك خاضع للقانون الجزائري....¹

إن مصادرة التأمين ضمان لجهة الإدارة تقيها الأخطاء التي قد تصدر من المتعاقد معها حتى يباشر تنفيذ الصفقة العمومية، وهو يوقع سواء تم النص عليه في دفتر الشروط أم لا وللصلحة المتعاقدة الاستيلاء الكامل عليه في دون الحاجة لاتخاذ أي إجراءات قضائية².

وتقوم المصلحة المتعاقدة بمصادرة التأمين النهائي في الحالات التالية:

- عدم القيام بتنفيذ بنود العقد بشكل كامل وصحيح، فهنا تصدره الإدارة كمقابل لتقصير المتعاقد في تنفيذ التزاماته.

- حالة استحقاق الإدارة مبالغ من المتعاقد وفي ذمته كغرامة التأخير، فهنا يتم خصمها من مبلغ التأمين المودع لديها.

- مصادرة التأمين لقاء العطل والضرر الذي يلحق الإدارة جراء اضطرارها لسحب العمل من المتعاقد في عقود الأشغال العامة.

- حالة اضطرار المصلحة المتعاقدة فسخ العقد نتيجة تقاعس المتعاقد في تنفيذ التزاماته التعاقدية.

- يصادر مبلغ التأمين كتعويض عن استعمال المتعاقد التجهيزات والمعدات وآلات الإدارة كما هو الحال في عقود الأشغال العامة³ ويتميز التأمين النهائي بالميزات التالية:

- هو قيمة مالية لا يؤديها إلا المناقص الفائز في الصفقة العمومية أي أنه أثر مالي لرسو الصفقة عليه، فهو ضمان لما قد يترتب على الإدارة من حقوق مقابل تقصيره في تنفيذ العقد.

- أن يكون التأمين صالحا لاقتضاء الحقوق طيلة مدة التنفيذ وهو ما يؤكد إيداعه لدى الخزينة العمومية للدولة أو المصرف.

- أن يكون للجهة الإدارية سلطة تقديرية في طلب تعديل قيمة الكفالة أو التأمين

¹ المادة 128 من المرسوم الرئاسي 15-247.

² محمد فؤاد عبد الباسط، المرجع السابق، ص 318-320.

³ وليد سعود فارس القاضي، المرجع السابق، ص 68-69.

النهائي وهو ما يأخذ به المشرع الأردني، وبالتالي للإدارة مراجعة قيمة التأمين النهائي أثناء تنفيذ العقد بما يحفظ التناسب بين هذه القيمة وما طرأ من زيادة في أعمال العقد وبالتالي الزيادة في القيمة¹.

- إن استبدال الملتزم بملتزم آخر ليس من نتائج تخصيص الكفالة التي يقدمها المتعاقد الأول لتكون ضمانا للثاني، لأن هذه الكفالة النهائية مخصصة لتنفيذ موجبات الملتزم ولا تمتد إلى غير حدود العقد من حيث أطرافه ومضمونه².

- التأمين النهائي هو شرط جزائي يحدد مقدما باتفاق الطرفين كقيمة للتعويض عن الاخلال بشروط العقد، لكنه يختلف عن التعويض الاتفاقي في القانون المدني، ذلك أن المصلحة المتعاقدة توقعه بنفسها دون انتظار حكم قضائي، كما أنها ليست ملزمة باثبات الضرر الذي لحقها جراء الاخلال بشروط التعاقد لأن الإدارة تتوخى سير المرفق العام³.

ولقد نص المشرع الجزائري في المادة 124 من المرسوم الرئاسي 15-247 " يجب على المصلحة المتعاقدة أن تحرص على إيجاد الضمانات الضرورية التي تتيح أحسن الشروط لاختيار المتعاملين معها أو أحسن الشروط لتنفيذ الصفقة " ويتميز التأمين النهائي عن الكفالات الأخرى التي نظمتها التشريعات مثل كفالة الضمان وكفالة رد التسبيقات رغم أن جميعها ضمانات إلا أنها تختلف عن أحكام مصادرة التأمين النهائي كجزاء توقعه المصلحة المتعاقدة على المقصر في تنفيذ التزاماته التعاقدية⁴ ولقد نص المشرع الجزائري على كفالة حسن التنفيذ في المواد 130 الى 134 من المرسوم الرئاسي 15-247 ، ونظرا لان هذه الكفالة في الصفقات العمومية ترتبط بالخرينة العمومية من جهة وبحسن سير المرفق العام من جهة ثانية وبالجمهور المنتفع بخدمات المرفق العام من جهة ثالثة وجب على الإدارة أخذ الاحتياطات اللازمة من أجل تأمين مصالحها والضغط على المتعامل المتعاقد معها وجبره على تنفيذ التزاماته في الأجل المحددة والمتفق عليها وبالشروط والمواصفات الواردة في الصفقة العمومية، وعلى المصلحة المتعاقدة الحرص في جميع الحالات على إيجاد الضمانات الضرورية حتى تتمكن

¹ عبد الله نواف العنزي، المرجع السابق، ص ص 105-106.

² عبد اللطيف قطيش، الصفقات العمومية تشريعا وفقها واجتهاد (دراسة مقارنة)، الطبعة الثانية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2013، ص 91.

³ محمد فؤاد عبد الباسط، المرجع السابق، ص 320.

⁴ عبد الحلیم مجدوب، مدى امكانية جواز الجمع بين جزاء مصادرة التأمين والتعويض في العقود الادارية، مجلة الابحاث القانونية المعقدة، العدد 30 ، تلمسان، الجزائر، 2019.

من ممارسة سلطتها في مصادرة كفالة حسن التنفيذ، ويعتبر ذلك من أهم ما تتميز به الصفقات العمومية عن العقود المدنية والتجارية والتي تضمن وجودها في مركز مالي يكفل لها حسن تنفيذ الصفقة العمومية، وذلك بفرض ضمانات مالية هي كفالة حسن التنفيذ وهي تخص المتعاقد الوطني والأجنبي على حد سواء¹.

وتتم مطالبة المصلحة المتعاقدة بالتأمين النهائي في حالتين:

- **الأولى:** إذا كانت كفالة حسن التنفيذ خاضعة لشرط قيام الأمر

بتنفيذ كل التزاماته التعاقدية، فعلى المستفيد في هذه الحالة اثبات اخلال المتعاقد بالتنفيذ أو عدم تنفيذه التزاماته التعاقدية، والمستفيد لا يقوم بدفع قيمة مبلغ الضمان إلا بحصوله على ما يثبت هذا الإخلال في التنفيذ من المتعامل المتعاقد، ويكون هذا الإثبات بحكم قضائي أو خبرة أو قرار تحكيمي²، وقد جاء في الحكم الصادر عن المحكمة الإدارية بأم البواقي بتاريخ 2018/01/10 قضية رقم 18/00042 على أنه اعتمادا على الخبرتين الأولى والتكميلية فإنه تم رفض طلب مبلغ الضمان كونه سابق لأوانه في غياب محضر التسليم النهائي للمشروع وهو ما أكدته الخبرة³.

- **الثانية:** عدم وجود شرط الإخلال فهنا المصلحة المتعاقدة وهي المستفيد

تستحق مبلغ الضمان مباشرة بمجرد طلبه دون حاجة لأي إثبات⁴. وقد ربط المشرع الجزائري كفالة حسن التنفيذ بمدة الصفقة العمومية حيث أن المصلحة المتعاقدة بإمكانها إعفاء المتعاقد من كفالة حسن التنفيذ إذا كان أجل تنفيذ الصفقة العمومية لا يتعدى 03 أشهر⁵، ويتم رفع اليد عن الضمان النهائي في الأجل التالية:

¹ اعمار بو ضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، الطبعة الثالثة، جسور للنشر والتوزيع، المحمدية، الجزائر، 2011، ص 213-214.

² امقران راضية، خطابات الضمان المصرفية وموقف الشريعة الاسلامية منها، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، فرع القانون الخاص، جامعة الجزائر 1، الجزائر، 2014، ص ص 57-58.

³ حكم المحكمة الإدارية ام البواقي الصادر بتاريخ 2018/01/10 قضية رقم 18/00042 بين مقاوله اشغال البناء ممثلة في شخص رئيسها (س-م) وولاية ام البواقي ممثلة في شخص السيد الوالي.

⁴ امقران راضية، المرجع نفسه، ص ص 57-58.

⁵ المادة 130 فقرة 2 و3 من المرسوم الرئاسي 15-247 تنص على " يمكن للمصلحة المتعاقدة ان تعفي المتعامل معها من كفالة حسن التنفيذ إذا لم يتعدى أجل تنفيذ الصفقة ثلاثة (3) أشهر".

"ويمكن للمصلحة المتعاقدة أن تعفي المتعامل المتعاقد من تقديم كفالة حسن التنفيذ، بالنسبة للصفقات المبرمة مع المتعاملين بالتراضي البسيط وبالنسبة للصفقات المبرمة مع المؤسسات العمومية" وهو ما نصت عليه أيضا المادة 84 فقرة 2 من المرسوم الرئاسي 02-250.

- إذا لم تنص الصفقة العمومية على أجل الضمان يكون 04 أشهر من تاريخ قبول الطلبات.
- إذا نصت الصفقة العمومية على مدة ضمان دون حجز يكون 04 أشهر من تاريخ القبول النهائي للطلبات أو انتهاء مدة الضمان.

- شهر واحد عندما تنص الصفقة العمومية على الحجز وذلك من تاريخ القبول النهائي أو الوقتي للطلبات¹.

والمشرع الجزائري نص أيضا على أن كفالة حسن التنفيذ تتحول الى كفالة ضمان إذا نصت الصفقة العمومية على أجل للضمان وفي هذه الحالة تسترجع كفالة الضمان في مدة شهر من تاريخ التسليم النهائي للصفقة ، وهو ما جاء في القرار رقم 19/00525 بتاريخ 2019/12/18 عن المحكمة الإدارية بمجلس قضاء أم البواقي " ... فضلا أن مبلغ كفالة حسن التنفيذ عند التسليم المؤقت للمشروع تتحول إلى كفالة ضمان ويتم استرجاعها في أجل شهر من تاريخ التسليم النهائي للمشروع "، وكفالة حسن التنفيذ أيضا تتحول إلى اقتطاع حسن التنفيذ في حالة التسليم المؤقت للصفقة العمومية²، يسترد مبلغ الكفالة المقابل للأشغال الا بتحرير محضر نهائي للتسليم ورفع جميع التحفظات، وقد قضى مجلس الدولة الجزائري في قراره بتاريخ 2002/07/15 " حيث أنه بالرجوع للقرار المطعون فيه يتضح بأن المحضر النهائي للتسليم لم يحرر ولم يدفع من قبل المعارض مما يجعل المبلغ المطالب به غير قابل للتسديد الا بعد رفع جميع التحفظات"³.

¹ هاشمي فوزية، أثار تنفيذ الصفقات العمومية على الطرفين المتعاقدين (دراسة مقارنة)، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تخصص علوم قانونية، فرع التجريم في الصفقات العمومية، جامعة سيدي بلعباس، الجزائر، 2018، ص ص 302-303.

- انظر للتوضيح الملحق رقم 04.

- قضى مجلس الدولة الجزائري في قراره رقم 4546 بتاريخ 2002/04/22 " حيث أن النزاع الحالي يتعلق بمشكل استرجاع مبلغ الضمان وتسديد فاتورة تتضمن مراجعة الأسعار إثر انجاز مشروع على أساس صفقة عمومية، حيث أن المستأنف له الحق مبدئيا في استرجاع مبلغ الضمان " أنظر سايس جمال، الاجتهاد الجزائري في القضاء الإداري (الجزء الثالث) ، المرجع السابق ، ص 1475.

² المادة 131 من المرسوم الرئاسي 15-247 تنص " عندما تنص الصفقة على أجل ضمان، تتحول كفالة حسن التنفيذ المنصوص عليها في المادة 130 اعلاه، عند التسليم المؤقت، الى كفالة ضمان".

المادة 133 فقرة 6 تنص "يمكن عند الاستلام المؤقت للصفقة، استبدال كفالة حسن تنفيذ الصفقة، باقتطاع حسن التنفيذ" المادة 134 " تسترجع كفالة الضمان المذكورة في المادة 131 اعلاه، أو اقتطاعات الضمان المذكورة في المادتين 132-133 اعلاه كليا، في مدة شهر واحد، ابتداء من تاريخ التسليم النهائي للصفقة".

³ سايس جمال، الاجتهاد الجزائري في القضاء الإداري (الجزء الثالث)، المرجع السابق، صص 1479-1480.

يضاف لذلك أن كفالة حسن التنفيذ تسترجع بالتسليم النهائي للصفقة العمومية، وقد نص قرار مجلس الدولة الجزائري بتاريخ 2016/07/13 قضية رقم 097456" حيث أنه وفيما يخص طلب استرجاع كفالة الضمان فإن القانون واضح في ذلك وكذا المادة 12 من العقد التي تنص على أنها تسترجع في خلال شهر من الاستلام النهائي وأن المستأنف عليها لم تقدم لا محضر الاستلام النهائي ولا ما يثبت بأنها سعت للحصول عليه طبقا للقانون وبالتالي يكون قضاة أول درجة قد أخطأوا كذلك لما أمروا باسترداد مبلغ الكفالة دون الاستلام النهائي، حيث أنه والحال كذلك يتعين الغاء الحكم المستأنف واتصدي من جديد برفض الدعوى لعدم التأسيس¹، وبالتالي فمحضر التسليم النهائي سند مهم لاسترجاع كفالة الضمان فقد جاء في قرار المحكمة الإدارية ام البواقي بتاريخ 2018/07/04 قضية رقم 18/00220 بين المدعي (ع - م ش) مدعي والدولة ممثلة في شخص السيد والي ولاية ام البواقي مدعى عليه ".... أودع كفالة حسن التنفيذ والضمان وقد نفذ المشروع واستلم محضر استلام مؤقت وتقدم بمحضر الاستلام النهائي الا أن المدعى عليها رفضت وعليه لم يتمكن من استرجاع كفالة الضمان"².

- ثالثا: مبلغ التأمين النهائي:

لقد حدد المشرع الجزائري مبلغ كفالة حسن التنفيذ بنسب متفاوتة في المرسوم الرئاسي 15-247 وذلك بالنظر لموضوع الصفقة العمومية وهي كالاتي:

- من 1% الى 5% تتعلق بالصفقات التي لا يقدر مبلغها مجال رقابة اللجنة القطاعية للصفقات حيث يكون ذلك:

- كل صفقة أشغال يفوق مبلغ التقدير الإداري للحاجات او الصفقة فيها مليار دينار جزائري.
- كل صفقة لوازم يفوق مبلغ التقدير الإداري للحاجات أة الصفقة فيها 300 مليون دينار جزائري.
- كل صفقة خدمات يفوق مبلغ التقدير الإداري للحاجات أو الصفقة فيها 200 مليون دينار جزائري.

¹ محمد السعيد ليندة، المرجع السابق، ص 128.

² حكم المحكمة الإدارية ام البواقي الصادر بتاريخ 2018/07/04 قضية رقم 18/00220 بين المدعي (ع - م ش) و الدولة ممثلة في شخص السيد والي ولاية ام البواقي.

- كل دفتر شروط أو صفقة دراسات يفوق مبلغ التقدير الإداري للحاجات أو الصفقة فيها 100 مليون دينار جزائري¹.

والأصل العام لاحتساب كفالة حسن التنفيذ هو نسبة بين 05% و 10% من مبلغ الصفقة في اطار زمني محدد يغطي مرحلة الانجاز التي تبدأ يوم إعطاء الأمر ببدأ الأشغال لغاية الاستلام المؤقت للصفقة العمومية لذلك لا يقل المبلغ عن 5% ولا يتعدى 10% من مبلغ الصفقة العمومية².

أما بالنسبة للتشريعات المقارنة فقد تباينت تقديراتها لمبلغ التأمين ، فنجد المشرع العراقي نص في المادة 16 من تعليمات تنفيذ العقود العراقية رقم 01 لسنة 2008 في الفقرة (د) " تحدد التأمينات النهائية لضمان حسن التنفيذ لكافة العقود نسبة 5% من مبلغ العقد"، أما المشرع الأردني فقد نص على أن لا يقل مبلغ التأمين النهائي للعطاء عن 10% من القيمة الإجمالية للوالم المحالة عليه وأن يقدم تأمين الصيانة نسبة لا تقل عن 03% من قيمة اللوالم المكفولة، بالإضافة إلى تقديم ضمانات خطية من سوء الصيغة مصدقة من كاتب العدل وبكامل قيمة اللوالم المضمونة مضافا إليها 15% من قيمتها³.

وترتب اغلب التشريعات جزاء مصادرة التأمين الابتدائي في حالة عدم ايداع التأمين النهائي خلال المدة المحددة لأدائه، وطبقا لنص المادة 76 من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمشتريات البحريني فإنه إذا لم يقدم صاحب العطاء الفائز بأداء ضمان التنفيذ في المدة المحددة له اعتبر منسحبا من الصفقة وتتم مصادرة الضمان الابتدائي الذي قدمه جزاء لذلك ، كما يحرم بقرار من مجلس المناقصات من الاشتراك في المناقصات الحكومية لمدة لا تقل عن سنة ويجوز للمجلس في هذه الحالة إعادة طرح المناقصة أو ترستها على مورد أو مقاول آخر، أما بالنسبة للمشرع المصري فإنه طبقا للمادة 21 من قانون المناقصات والمزايدات الحالي أجاز للجهة الإدارية في حالة عدم قيام صاحب العطاء الفائز بأداء التأمين النهائي في المهلة المحددة إلغاء العقد أو تنفيذه بواسطة أحد أصحاب العطاءات الأخرى حسب

¹بويكر بختي، المرجع السابق، ص 299.

²عبد الغني عكة، التسوية المالية للصفقات العمومية في ظل المرسوم رقم 236-10 المؤرخ في 07 أكتوبر 2010، حوليات جامعة الجزائر 1، العدد 2، المجلد 20، بتاريخ 2011/11/30، ص 217.

- لمزيد من التوضيح أنظر الملحق رقم 05.

³محمد صبار محمد المشهداني، سلطة الإدارة في فرض الجزاءات غير المالية في العقد الإداري، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الاسراء، الاردن، 2014، ص 19.

ترتيب أولويتهم ، وفي جميع الحالات يبيح التأمين الابتدائي من حق الجهة الإدارية كما يكون لها أن تخصم قيمة كل خسارة تلحق بها من أي مبالغ مستحقة أو تستحق لها من صاحب العطاء¹.

المطلب الثاني: أدوات دفع التأمين النهائي:

لقد تطورت سبل دفع التأمين في الصفقة العمومية، بينما كانت سابقا تتم نقدا أو عن طريق الشيكات على اعتبار أنها الشائعة والمنتشرة، لكن فيما بعد ظهرت وسائل أخرى يتم عن طريقها دفع التأمين وتكون للبنوك فيها الدور الكبير في عملية الدفع، هذه الطرق هي خطاب الضمان، والكفالة المصرفية.

الفرع الأول: خطاب الضمان:

يلعب خطاب الضمان دورا أساسيا نظرا لكونه يحل محل التأمين النقدي وتنص عليه مختلف التشريعات كمطلب أساسي وجوهري في الصفقات العمومية، وخطاب الضمان يحل محل التأمين النقدي وهو أداة ضمان فقط وليس أداة وفاء ، ولا يجوز تظهيره الى الغير أو التنازل عنه لأي شخص آخر، وتنشأ الحاجة غالى خطاب الضمان عندما يجد الشخص نفسه مضطرا لتقديم ضمان نقدي لشخص آخر لكي يقبل هذا الأخير منحه أجلا أو التعاقد معه، فيلجا المطلوب منه للبنك مبرما معه عقد اعتماد بالضمان يتضمن اصدار البنك خطاب ضمان لصالح المستفيد، وبالشروط التي يطلبها العميل².

أولا: تعريف خطاب الضمان:

هناك العديد من التعريفات لخطاب الضمان منها:

- عرفه علي البارودي أنه " تعهد مكتوب يصدر من البنك بناء على طلب شخص يسمى العميل (الأمر) بدفع مبلغ معين أو قابل للتعيين لشخص آخر يسمى المستفيد إذا طلب منه ذلك خلال الفترة الزمنية المحددة في الخطاب"³.

- وعرفه البعض الآخر على أنه " تعهد مكتوب يصدره البنك الضامن بناء على

¹ مال الله جعفر عبد الملك الحمادي، المرجع السابق، ص ص 265-266.

² مال الله جعفر عبد الملك الحمادي، المرجع نفسه ، ص ص 216-217.

³ محمد السعيد ليندة، المرجع السابق، ص 68.

طلب العميل (الأمر) بشأن عملية محددة أو غرض محدد يلتزم بموجبه البنك أن يدفع لطرف ثالث (مستفيد) مبلغا معيناً من النقود عند أول طلب منه سواء كان طلباً مجرداً أو مبرراً أو مصحوباً بتقديم مستندات محددة في الخطاب يقدمها المستفيد خلال أجل محدد أو غير محدد في أثناء سريان أجله رغم أي معارضة من العميل المضمون أو البنك الضامن¹، ومن هذا التعريف فإن البنك الضامن يضمن بأن يؤدي للمصلحة المتعاقدة المبلغ بمجرد ثبوت السبب المنشأ لذلك ولا يلتزم البنك أبداً بإنجاز الأشغال أو توفير اللوازم، أو أداء الخدمات والدراسات التي عجز المتعاقد عن أدائها².

تم تعريفه أيضاً " علاقة قانونية بين البنك والمستفيد يترتب عليها التزامات على عاتق البنك بدفع مبلغ من النقود عند أول طلب من المستفيد من الخطاب خلال مدة محددة"³ والمشرع الجزائري أشار بطريقة غير مباشرة لخطاب الضمان في المادة 68 من الأمر 03-11 المتعلق بالنقد والقرض حيث نصت المادة " يشكل عملية قرض في مفهوم هذا الأمر كل عمل لقاء عوض يضع بموجبه شخص ما أو يعد بوضع أموال تحت تصرف شخص آخر أو يأخذ بموجبه لصالح الشخص الآخر التزاماً بالتوقيع كالضمان الاحتياطي أو الكفالة أو الضمان"⁴.

وخطاب الضمان يتم تقديمه من قبل من رست عليه الصفقة العمومية وإبرامه الصفقة لصالح المصلحة المتعاقدة ضماناً لحسن تنفيذ شروط العقد، وإذا لم يتحقق ذلك يصبح من حق صاحب المشروع المطالبة بقيمة الضمان من الجهة التي أصدرته⁵.

ثانياً: أطراف خطاب الضمان:

يقوم خطاب الضمان على وجود ثلاث علاقات قانونية هي:

- **علاقة العميل والمستفيد:** وهي العلاقة التي يكون مصدرها موضوع الصفقة

¹ سليمان رمضان محمد عمر، النظام القانوني لخطابات الضمان المصرفية (دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي)، (د-ط)، دار المناهج، (د-س-ن)، ص 5.

² بين بوزيد دغبار نورة، التنظيم القانوني للكفالة وتطبيقاته في قانون الصفقات العمومية، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، العدد 02، المجلد 04، جامعة البليدة 02، الغفرون، البليدة، الجزائر، بتاريخ 01 جوان 2015، ص 52.

³ طلال علي سليمان الشويكي، أثر الغش في التزام المصرف مصدو خطاب الضمان، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، قسم القانون الخاص، جامعة الشرق الأوسط، الأردن، 2015، ص 22.

⁴ المادة 68 من الأمر 03-11 المؤرخ في 27 جمادى الثانية 1424 الموافق لـ 26 أوت 2003 المتعلق بالنقد والقرض.

⁵ طلال علي سليمان الشويكي، المرجع نفسه، ص 28.

- لمزيد من التوضيح انظر الملحق رقم 06.

العمومية المبرمة سواء صفقة أشغال أو توريد أو خدمات أو غيرها، وهي تعتبر علاقة سابقة عن صدور خطاب الضمان ولكنها هي التي تبرر سبب وهدف وجوده¹، ويتم الاتفاق بين العميل والمستفيد على البيانات الأساسية كاسم العميل والمستفيد ومبلغ الضمان، كما يتم الاتفاق على مدة صلاحيته ويتضمن تفويضا صريحا من البنك بدفع مبلغ قيمة الضمان للمستفيد دون شرط موافقة العميل، ومختلف التفاصيل الأخرى بشرط ان تكون دقيقة وصريحة بحيث لا تترك مجالا للتفسير والاستنتاج أو الخروج عن شروط العميل التي ضمنها العقد، والعمل يكون أساسا مدينا بمبلغ التأمين للمستفيد وبتقديمه تبرأ ذمته، من الالتزام وكذلك اذا قام بتقديم خطاب الضمان بدلا منه، ويصبح بذلك البنك مدينا به اتجاه الدائن المستفيد.

- **علاقة البنك والعميل:** هي علاقة تعاقدية تنشأ عن عقد الاعتماد بالضمان، وتنشأ

العلاقة بين العميل والبنك بناء على طلب العميل أن يصدر له البنك خطاب الضمان وهنا إذا لم يكن بين العميل والبنك علاقة سابقة فإن البنك ليس ملزما بقبول الطلب وإصدار خطاب الضمان، أما ان كانت بينهما علاقة وتعاملات سابقة فالبنك في هذه الحالة يكون ملزما بقبول طلب العميل متى كانت صيغة طلب الضمان وظروف البنك تسمح بإصداره، لكن ان تأخر البنك أو قام بإصدار خطاب الضمان بصيغة مخالفة تحدث ضررا للعميل كحرمانه من الصفقة كان مسؤولا عما تسبب به من اضرار².

- **علاقة البنك والمستفيد:** وهي علاقة مستقلة عن السابقتين، ذلك أن هذه العلاقة

تنشأ بناء على ارسال البنك خطاب الضمان للمستفيد، والبنك لا يضمن تنفيذ الصفقة العمومية وحسن تنفيذ العميل لالتزاماته التعاقدية كما أنه لا يتعهد بالوفاء بالتزامات العميل، بل يتعهد فقط بدفع المبلغ المقيد في خطاب الضمان بمجرد طلب المستفيد له³.

ثالثا: خصائص خطاب الضمان:

- **الكتابة:** حيث يصدر خطاب الضمان عن البنك بشكل مكتوب⁴، إذ لا تصح الأشكال

¹ هاني دويدار، الوجيز في العقود التجارية والعمليات المصرفية، (د-ط)، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2003، ص 283.

² منصور بخته، مسؤولية البنوك في عقود الائتمان، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، الجزائر، 2015، ص 92.

³ هاني دويدار، المرجع نفسه، ص 283.

⁴ وقد نصت المحكمة الإدارية العليا في قرارها بتاريخ 1990/01/09 طعن رقم 1933 " هو تعهد يلتزم بموجبه البنك بناء على أمر عملية بدفع مبلغ نقدي معين أو قابل للتعيين للمستفيد بمجرد طلب هذا الأخير له خلال مدة معينة..."، طلال علي سليمان الشوبكي، المرجع السابق، ص 21.

الأخرى للاحتجاج بها ذلك أن خطاب الضمان يتضمن بصورة واضحة المبلغ والمدة المحددة والشروط اللازمة وقد تصدر باللغة العربية أو اللغة الأجنبية إن كان المتعامل أجنبي من الخارج¹، ولا يستطيع المصرف التمسك اتجاه المستفيد بأي دفع خارج خطاب الضمان وذلك بسبب عبارات الخطاب التي تلزم المصرف بالدفع فوراً، كما أن للكتابة أهمية كبيرة لتحديد بدقة حقوق والتزامات المستفيد والأطراف جميعاً، وقد سارت مختلف التشريعات على هذا الطرح ومنها ما نصت عليه المادة 1/355 من قانون التجارة المصري رقم 17 لسنة 1999 بقولها " خطاب الضمان هو تعهد مكتوب يرسله البنك بناء على طلب عميله " ² وتجدد الإشارة هنا على أن الكتابة قد تكون بالوسائل الإلكترونية وهذا بالنظر لما وصل إليه التعامل التجاري الإلكتروني من تطور باستعمال الوسائل الإلكترونية الحديثة التي فرضت على العالم ما يعرف بالمحررات الإلكترونية³.

- أن يصدر خطاب الضمان من أحد البنوك المحلية المعتمدة والمرخص لها بإصدار خطابات الضمان، ويمكن صدوره من بنك خارجي شرط أن يكون من البنوك المعتمدة⁴ وهو ما أكده المشرع الجزائري في المادة 128 من المرسوم الرئاسي 15-247 " الضمانات الملائمة لحسن التنفيذ ومنها الضمانات التي تحصل عليها المصلحة المتعاقدة من المتعاملين المتعاقدين الأجانب، لاسيما في الميدان المالي هي الضمانات النقدية التي تغطيها كفالة مصرفية يصدرها بنك خاضع للقانون الجزائري يشملها ضمان مقابل صادر عن بنك أجنبي من الدرجة الأولى".

- تحديد تاريخ بداية نفاذ خطاب الضمان ومدة سريانه: ويكون ذلك بشكل واضح وصريح ويعد ذلك شرطا لازما، والقاعدة أنه لا يدخل الخطاب حيز التنفيذ إلا من تاريخ تسليم الوثيقة تسليمًا فعليًا للمستفيد وبالتالي يمتنع البنك منذ وقت التسليم عن الرجوع عن تعهده

¹ هاشمي فوزية، المرجع السابق، ص 292.

² طلال علي سليمان الشوبكي، المرجع السابق، ص 31.

³ يعرف المحرر الإلكتروني بأنه الرسائل التي تتضمن معلومات أو تنشأ أو تخزن أو ترسل أو تستقبل كلياً أو جزئياً بوسيلة الكترونية أو رقمية أو ما يشبهها من وسائل. أنظر حسن محمد بودي، التعاقد عبر الأنترنت (دراسة فقهية مقارنة)، (د - س - ط)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2015، ص 37.

- ويعرف أيضاً بأنه هو السند الذي تحكمه عملية التداول بالوسائل الإلكترونية التي يتضمنها وتحمل بيانات، وبالتالي فهو السند الذي يتم إنشاؤه والتوقيع عليه وتداوله الكترونياً. أنظر عمر أحمد العرايشي، حجية السندات الإلكترونية في الإثبات، الطبعة الأولى، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2016، ص 57.

⁴ مال الله جعفر عبد الملك الحمادي، المرجع السابق، ص 222.

بالضمان ويتعين عليه احترام التزامه، وفي حالة تحديد مدة سريان خطاب الضمان يظل البنك ملتزماً اتجاه المستفيد طيلة فترة سريان هذه المدة، فإن تقدم هذا الأخير بطلب المبلغ المحدد في الخطاب في أي وقت خلال هذه المدة فيكون على البنك الوفاء بقيمته له،¹ وإذا حل أجل تسديد قيمة خطاب الضمان دون أن يطالب المستفيد به يسقط في هذه الحالة حقه، وذلك دون الحاجة لأي إخطارات أو إجراءات، كما أن المصرف لا ينفذ التزاماته إلا بمطالبة المستفيد لذلك يعتبر خطاب الضمان متوقفاً على إرادة المستفيد²، لكن تجدر الإشارة هنا إلى أنه في بعض الحالات قد تنشأ الحاجة لتمديد مدة خطاب الضمان لسبب أو لآخر كعدم استكمال تنفيذ العقد، بحيث يكون من مصلحة العميل الاتفاق مع المستفيد على تمديد مدة صلاحية الخطاب بدلاً من دفع قيمته ويمدد البنك المدة بالرجوع للعميل وموافقته³. الاعتبار الشخصي: فالبنك لا يصدر خطاب الضمان إلا بناءً على طلب عميل يثق فيه وممن تعامل معهم مسبقاً، والاعتبار الشخصي أيضاً قائم في حق العميل فلا يصدر خطاب الضمان إلا لصالح عميل مستفيد محدد وله سلطة استعماله، فلا يجوز له تظهيره إلى غيره ولا يعتبر ورقة تجارية، كما لا يجوز التنازل عنه لشخص آخر بأي طريق لأن شخص المستفيد من الخطاب وأمانته محل اعتبار لدى البنك⁴، وبما أن خطاب الضمان يقوم على الاعتبار الشخصي فلا يجوز التنازل عنه حتى لو قام العميل بالتنازل عن الصفة العمومية التي طلب خطاب الضمان من أجلها للغير⁵ وقد جرت أحكام المحكمة الإدارية العليا ومجلس الدولة في مصر في الفتاوى التي اصدرها على أنه لا يجوز تداول خطاب الضمان أو الحجز عليه من قبل دائن المستفيد، كما أن المبالغ التي يتضمنها الخطاب هي ملك للبنك مصدر خطاب الضمان، وطالما أن البنك يلتزم التزاماً شخصياً اتجاه المستفيد (المصلحة المتعاقدة) فإنه عند وفائه بقيمة الخطاب إنما يقوم بذلك من

¹ بن بابوش فاطنة، الكفالة البنكية كأداة للضمان في عمليات الائتمان في ظل التشريع الجزائري، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تخصص علوم قانونية، فرع قانون البنوك، جامعة سيدي بلعباس، الجزائر، 2019، ص 240-241.

² مازن عبد العزيز يزفاغور، الإعتدال السندي والتجارة الإلكترونية (في ظل القواعد والعراف الدولية والتشريع الداخلي)، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2006، ص 83.

³ بن بابوش فاطنة، المرجع نفسه، ص 244.

- وقد قضت محكمة النقض المصرية في الطعن رقم 159 بتاريخ 1980/02/11 " إذا كان البنك مصدر خطاب الضمان يلتزم بسداد قيمته إلى المستفيد بمجرد مطالبته بذلك أثناء سريان أجله دون الحصول على موافقة العميل، إلا أنه لا يسوغ للبنك مد أجل خطاب الضمان إلا بموافقة العميل" نفس المرجع، ص 244.

⁴ طلال علي سليمان الشويكي، المرجع السابق، ص 33.

⁵ أكرم ياملكي، الأوراق التجارية والعمليات المصرفية، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2008، ص 327.

أموال مملوكة له، ولذلك لا يجوز لدائن المستفيد التنفيذ على قيمة الخطاب كما لا يجوز لدائن العميل (المورد ، المقاول) أو من قبل العميل ذاته، كما لا يجوز للمستفيد التنازل عن الخطاب.¹

- عدم اقتران خطاب الضمان بأي قيد أو شرط: ذلك أنه إذا اقترن بقيد أو شرط فإنه يعتبر غير كاف بذاته لتحقيق الغرض منه، وبالتالي لا يضمن المستفيد (المصلحة المتعاقدة) استحقاقه القيمة المثبتة فيه بمجرد تقديمه للبنك الذي أصدره.²

- محله التزام بدفع مبلغ نقدي: ذلك أنه إذا كان تعهد البنك ممثلاً في الوفاء العيني فلا نكون بصدد خطاب ضمان³، ذلك أن مبلغ خطاب الضمان يجب أن يكون معيناً أو قابلاً للتعيين وبالعملة المتفق عليها بقدر ما تسمح به الأحكام الخاصة بالتعامل بالعملة الأجنبية لكل بلد⁴، بمعنى أن التزام البنك بالدفع يكون بتقديم المستفيد للمستندات التي تفيد عدم تنفيذ الأمر بالتزاماته ، لأن التزام البنك يتضمن دفع المبلغ المحدد ضماناً للضرر الذي يصيب المستفيد جراء إخلال العميل (الأمر) بالتزاماته التعاقدية ، وبالتالي يحدد في خطاب الضمان المبلغ بدقة ، ولا ينفي صفته كضمان متى نص على المستندات اللازمة للتخفيض وأن مقدمها هو المستفيد من الضمان.⁵

- استقلال مبلغ الضمان عن العقد الأساسي وهو الصفة العمومية: والتي تربط بين المستفيد والعميل ويعتبر، وفي هذا الصدد يقول الأستاذ محسن شفيق " من الواضح أن كل رأي أو تفسير يهدف إلى ربط التزام البنك بالتزام العميل الأمر أو إقامة علاقة سببية بينهما ينبغي أن يستبعد لأنه يقوض خطابات الضمان من أساسها ويقضي على الفائدة المرجوة منها" ، وهو ما ذهب إليه Simler بالقول " إن صفة استقلال الضمان ليست مجرد وصف للضمان بل هي لب فكرته وقلبها وهي التي تبعده عن الكفالة وتؤدي دوراً جوهرياً في معرفة وترتيب آثاره"⁶

الفرع الثاني: الكفالة المصرفية:

¹ مال الله جعفر عبد الملك الحمادي، المرجع السابق، ص 227.

² مال الله جعفر عبد الملك الحمادي، المرجع نفسه ، ص 222.

³ منصور بختة، المرجع السابق، ص 105.

⁴ اكرم ياملكي، المرجع السابق، ص 326.

⁵ طلال علي سليمان الشويكي، المرجع السابق، ص 37.

⁶ طيبة ماجد، خطابات الضمان وكيفية التعامل بها، مجلة بغداد للعلوم الاقتصادية، العدد 37، العراق، ماي 2019.

الكفالة المصرفية أحد صور التأمينات إلى جانب خطاب الضمان، وهي من أقدم المفاهيم القانونية التي حظيت باهتمام المشرع، وتعتبر الكفالة من أهم صور الضمانات التي تحمي بها المصلحة المتعاقدة حقوقها في مواجهة المتعاقد معها، فهي تمنح الصفقة للمتعاقل الأكثر قدرة من الناحية المالية حتى يتمكن من تقديم الضمانات اللازمة، ومن خلال هذا الفرع سيتم التطرق بالتفصيل لتعريف الكفالة المصرفية وخصائصها ومختلف الأحكام القانونية التي تنظمها، كما سيتم توضيح الفرق بينها وبين خطاب الضمان.

أولاً: تعريف الكفالة المصرفية:

تعرف الكفالة المصرفية على أنها عقد يلتزم بمقتضاه الوكيل اتجاه الدائن بتنفيذ موجب مديونه إذا لم يقدّم المدين بتنفيذه¹، والكفالة المصرفية تمثل مبلغاً نقدياً جاهزاً للتسديد عند كل طلب أوفي حالة تقاعس المدين الأصلي عن تنفيذ التزامه تصبح الكفالة المصرفية وسيلة للدائن لتمكينه من تحصيل حقه²، وتعتبر الكفالة عقداً ملزماً لجانب واحد هو الكفيل الذي يلتزم اتجاه الدائن صاحب الالتزام الأصلي، ويفترض في الكفالة وجود التزام أصلي وبالتالي يكون الكفيل ملتزماً بضمان تنفيذ هذا الالتزام، لذلك يجب أن يكون العقد الأساسي و الالتزام الناشئ عنه صحيحاً، كما أنه لا يجوز أن تعقد الكفالة بمبلغ يزيد عن مبلغ الدين المطلوب ولا بشروط أشد من التي فرضت في الالتزام الأصلي، لكن يجب الإشارة إليها إذا خالفت ذلك لا تكون باطلة بل تعتبر صحيحة في حدود الدين المكفول³.

والكفالة المصرفية لا تنشأ التزاماً إلا في ذمة الكفيل الملتزم بالوفاء بالدين عند المطالبة وبالمقابل لا يلتزم المكفول بشيء⁴، يتم استخدام الضمان المصرفي أيضاً من قبل الشركات

¹Articles 2288 et suivants du Code civil qui précise que “celui qui se rend caution d'une obligation se soumet envers le créancier à satisfaire à cette obligation, si le débiteur n'y satisfait pas lui-même”.

²نزیه نعيم شلالا، دعاوى الكفالة المصرفية، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2018، ص 175.
³الياس ناصيف، العقود المصرفية، المجلد الثاني، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2014، ص 166-165.

⁴عدنان ابراهيم سرحان، شرح القانون المدني (العقود المسماة بالمقاول، الوكالة، الكفالة)، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2007، ص 186.

التي يمكنها بالتالي تقديم ضمانات لعملائها الموردين ويلتزم الضامن الذي يحل محل الشركة إذا لم تحترم التزاماتها المالية¹.

ثانياً: أطراف الكفالة المصرفية:

للكفالة المصرفية ثلاث أطراف هم:

- المصرف الكفيل: وهو المصرف الذي يصدر الكفالة ويتعهد فيها بدفع مبلغ معين في حالة اخلال المتعاقد بشروط التعاقد او عدم تنفيذ موضوع الكفالة ، وفي هذا الإطار وفي مجال الصفقات العمومية يلتزم المصرف بدفع مبلغ الكفالة في حالة اخلال المتعاقد بتنفيذ التزاماته التعاقدية وعدم تنفيذ شروط الصفقة العمومية والتي جاءت الكفالة المصرفية لهذا الغرض ولضمانها، ومن هنا تنشأ علاقتان فمن ناحية يلتزم المصرف اتجاه العميل بموجب شروط الكفالة والتحقق منها قبل الدفع للمستفيد، ومن ناحية ثانية التزام المصرف اتجاه المستفيد والذي يتعلق بدفع مبلغ مالي وهذا التزام مستقل عن اي علاقة بين المكفول والجهة المستفيدة ، كما أن التزام البنك الأدبي بإعطاء فرصة للعميل لتسوية الخلافات مع المستفيد قبل الدفع².
- العميل المكفول: وهو العميل الذي صدرت الكفالة بناء على طلبه، فهو الجهة الأولى المنشأة للكفالة وهو المنتفع منها، لأنها بالنسبة له تحل محل التأمين النقدي³، وهو في موضوعنا المتعامل المتعاقد في الصفقة العمومية والذي كفله البنك في حدود مبلغ معين في مواجهة المستفيد وهو المصلحة المتعاقدة.

- المستفيد من الكفالة المصرفية: وهو المصلحة المتعاقدة والتي تصدر الكفالة المصرفية

من اجل مصلحتها في حالة امتناع المتعاقد المكفول عن تنفيذ التزاماته التعاقدية اتجاهها⁴.

ثالثاً: خصائص الكفالة المصرفية:

تتميز الكفالة المصرفية بالعديد من الخصائص هي:

- عقد ملزم لجانب واحد ذلك أن الكفيل هو الذي وحده يتحمل الالتزام في دفع المبلغ

¹Article de l'écrivain Léa Boluzetitré "Caution bancaire : définition et fonctionnement", sur le site <https://www.capital.fr> à 11/06/2019 et je l'ai vu à la date 16/06/2021 à l'heure 20:00

²وائل نورس هناوي، دور الكفالة المصرفية في عملية المبادلات التجارية الخارجية وتنفيذ المشاريع الاقتصادية، رسالة ماجستير، كلية الاقتصاد، قسم المصارف والتأمين، جامعة دمشق، سوريا، 2016، ص ص 9-10.

³محمد السعيد ليندة، المرجع السابق، ص 16.

⁴وائل نورس هناوي، المرجع نفسه ، ص ص 9-10.

الذي يتم طلبه من المصلحة المتعاقدة في حالة الكفالة في الصفقة العمومية، وتلقي البنك عمولة على كفالته لعميله او الاتفاق على نسبة فائدة لا يؤثر على ما يتصف به عقد الكفالة بأنه ملزم لجانب واحد وهو الكفيل كما ان ذلك لا يمنع أن تؤدي الكفالة إلى التزامات أخرى متبادلة دون أن يغير ذلك من طبيعتها.

- الاعتبار الشخصي للكفالة المصرفية لان العميل محل نظر البنك، من حيث الملائمة والثقة والوضع المالي لان الكفالة تغطي شخصا لا ديناً، بالمقابل لا أهمية للاعتبار الشخصي بالنسبة للدائن والكفيل.

- الكفالة المصرفية عقد تابع لعقد آخر هو الصفقة العمومية في موضوعنا، وهي لا تخرج عن طابعها التبعية لأن الكفيل يحتفظ بحقوقه التي منها رجوعه على المدين الأصلي، والكفيل المتضامن وان كان يفقد بعض المزايا الممنوحة للكفيل العادي إلا انه يظل ملتزماً بالتزاما تابعا يتحدد نطاقه طبقاً للقواعد العامة بموضوع الالتزام الأصلي في الوقت الذي عقدت فيه الكفالة المصرفية¹.

- الكفالة المصرفية عقد رضائي ذلك أنها تصرف قانوني صادر بإرادة الطرفين وهما البنك الكفيل والمتعامل المتعاقد المدين بإرادة حرة غير مشوبة بأي عيب، بعيدة عن أي لبس أو إبهام حول نية الكفيل تحمل عبأ الالتزام، ذلك أن ابنك الكفيل مسؤول عن أية تزكية صادرة منه بحق أحد عملائه وتكون غير صحيحة، ويتحمل جميع الأضرار الناجمة عن ذلك.

- تسري على عقد الكفالة أحكام القانون المدني لكن تجارية عقد الكفالة المصرفية يتم فيه الرجوع للعمل فان كان العمل تجارياً كانت الكفالة المصرفية تجارية والعكس صحيح².

- العلاقة بين الكفيل والمدين الأصلي أي بين البنك وعميله لا يحكمها قانون الالتزام الأصلي المضمون بل يحكمها قانون البنك، فهذا الأخير هو الذي يحكم شروط منح الكفالة وكذلك المسؤولية إذا رفض البنك التنفيذ عند الطلب³.

رابعاً: قواعد وأحكام قبول الكفالة المصرفية:

¹ محمود الكيلاني، الموسوعة التجارية والمصرفية (المجلد الرابع عمليات البنوك) دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، عمان، الاردن، 2009، ص ص 233-236.

² محمود الكيلاني، المرجع نفسه، ص ص 233-236.

³ عكاشة محمد عبد العال، قانون العمليات المصرفية الدولية، (د-ط)، الدار الجامعية، بيروت، لبنان، 1993، ص 335.

تعتبر الكفالة المصرفية من اهم النشاطات المصرفية والتي تستعمل من طرف المتعامل المتعاقد في الصفقات العمومية كوسيلة للتأمين كضمانة لتنفيذ التزاماته التعاقدية في تنفيذ الصفقة العمومية، وتخضع الكفالة المصرفية للعديد من الاحكام القانونية التي تحدد وتنظم مجال استعمالها وتحقيق هدفها، واهم هذه الأحكام هي يلي:

- الكتابة ذلك أن مختلف الأعمال المصرفية يتم إفراغها في الشكل الكتابي، خاصة التي ترتب التزامات جسام على البنك كما هو بالنسبة للكفالة المصرفية¹، وتشتمل الكتابة على تحديد مبلغ الكفالة لان التزام المدين مرتبط به ولا يمكن بأي حال من الاحوال إصدار كفالة دون ذكر مبلغها، ويتم تحديد الغرض منها لمنع اي التباس قد يقع فلا يجوز اصدار كفالة غرضها ضمان توريدات مختلفة لأنه إذا قصر بأحدها فللمستفيد حق مصادرتها بغض النظر عن طبيعة التقصير من الكفيل، كما انه لا يجوز إصدار كفالة تتعلق بصفقات مختلفة دون تحديدها لأنه في هذه الحالة عند المصادرة يقوم البنك بالدفع دون معرفة أي صفقة تتعلق بها وهذا يوقعه في النزاعات القضائية التي تنشأ عن ذلك لأنه لا يكون على علم أي الصفقات تم بسببها مصادرة مبلغ الكفالة².

- الكفالة المصرفية قد تكون محددة وقد تكون غير محددة، ففي حالة الكفالة المحددة يتم تحديد نطاق التزام الكفيل بالبنك لذلك نجدها عادة ما ترد على مبلغ اقل من الالتزام الأصلي المكفول كما أنها لا تشتمل على الفوائد والمصروفات، لكنها تضمن على الأقل يراعى فيها ضمان الفوائد على القدر المكفول من الالتزام الأصلي وضمن المصروفات بنسبة القدر المكفول، أما الكفالة غير المحددة فهي التي تشمل أصل الدين والمصروفات والفوائد سواء تم النص عليها في العقد أو لا³.

- لا يشترط في الدين المكفول أن يكون قائما، لأنه يجوز أن يكون مستقبلا، وفي حالة

¹ هاني دويدار، المرجع السابق، ص 277.

² وائل نورس هناوي، المرجع السابق، ص ص 7-8.

³ هاني دويدار، المرجع نفسه، ص 279.

تنص المادة 653 من القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم "إذا لم يكن هناك اتفاق خاص فان الكفالة تشمل ملحقات الدين ومصروفات المطالبة الاولى وما يستجد من المصروفات بعد اخطار المدين"

هذه الحالة إذا لم يتم تحديد مدة الكفالة يجوز للبنك الرجوع في الكفالة قبل نشوء الدين المكفول، لكن بمجرد نشأة الدين المكفول يصبح البنك في حالة التزام نهائي، أما إذا لم تتضمن الكفالة تحديدا لتاريخ الذي تبدأ فيه فتسري في هذه الحالة من تاريخ صدورها.

- الكفالة تتم بين الكفيل والدائن ولا تشترط رضا المدين أو موافقته، وهي تهدف لدعم وتوفير الثقة والأمان للدائن لضمان وفائه بالتزاماته، فالتزام الكفيل تابع للالتزام المدين الأصلي في وجوده وانقضائه وصحته وبطلانه، كما أنه معلق على شرط واقف هو عدم قيام المدين الأصلي بالوفاء وهو ما يؤكد صفة التبعية، إضافة أنه لا يسوغ للدائن مطالبة الكفيل بالوفاء إلا بعد عجز المدين لأن الكفيل مدين احتياطي وليس أصلي¹.

- يستطيع البنك الرجوع على المدين بما وفاه للدائن وعليه أن يقوم قبل الوفاء بإخطار الدائن ليكون على علم بذلك لأنه في حالة وفاء البنك دون علم المدين ويكون هذا الأخير بدوره قد وفى بالالتزام قبله أو كان هناك سبب لبطلان أو انقضاء الدين يسقط في هذه الحالة حق البنك في الرجوع على المدين لكن في حالة إعلامه للمدين قبل الوفاء فهو بذلك يضمن حقه بالرجوع عليه في حالة الانقضاء أو بطلان الدين² كما أن شهادة الضمان تبين أنه لا توجد صلة قانونية بين البنك والمدين الرئيسي ذلك إن البنك لديه صفة المدين الرئيسي.

وتجدر الإشارة هنا أن المتمعن لاستعمال المشرع الجزائري لفظ الكفالة في التأمينات في الصفقات العمومية يجده مختلفا عن المعنى في القانون المدني، ذلك أن المشرع في القانون المدني اعتبر دور الكفيل هو الوفاء بذات الالتزام الذي لم يوفى به المدين الأصلي وبالتالي فمحل التزام الكفيل هو نفسه محل التزام المدين سواء كان أداء عمل أو الامتناع عن عمل أو إعطاء شيء، في حين أنه في الصفقات العمومية البنك الكفيل يلتزم ويتعهد فقط بأن يؤدي للمصلحة المتعاقدة مبلغ الكفالة مجرد ثبوت السبب المنشئ لذلك ولا يلتزم الكفيل بإنجاز الأشغال أو توفير اللوازم أو أداء الخدمات التي عجز المتعامل المتعاقد عن أدائها³.

خامسا: التمييز بين خطاب الضمان والكفالة المصرفية:

¹ زاهية حورية سي يوسف، عقد الكفالة، الطبعة الرابعة، دار الامل للطباعة والنشر والتوزيع، تيزي وزو، الجزائر، 2012، ص 27.

وتنص المادة 648 منه أيضا " لا تكون الكفالة صحيحة الا اذا كان الالتزام المكفول صحيحا"
² هاني دويدار، المرجع السابق، ص 280

³ بن بوزيد دغبار نورة، المرجع السابق، ص 51-52.

يعتبر خطاب الضمان والكفالة المصرفية من الوسائل البنكية المعتمدة في تقديم التأمينات في الصفقات العمومية، وكلاهما يشتركان في الهدف لكن هناك العديد من أوجه الاختلاف التي تميز خطاب الضمان عن الكفالة المصرفية ومن بين هذه الأوجه:

- التزام الكفيل في الكفالة المصرفية هو التزام تبعي لأنه ناتج عن الالتزام الأصلي للمتعاقد وهو في موضوعنا الصفقة العمومية وهو الالتزام الأصلي فينتج عن اصالة هذا الالتزام ان وفاء المدين يسقط التزام الكفيل، كما أن أي سبب لانقضاء الدين ينسحب مباشرة على التزام الكفيل فينقضي بها، لكن في حالة خطاب الضمان علاقة البنك بالمستفيد هي علاقة مستقلة يضمن فيها البنك الوفاء بمبلغ الضمان متى طلبه المستفيد ولا تتأثر هذه العلاقة بالعقد الاساسي للمتعاقد والمصلحة المتعاقدة صحة أو بطلانا.

- للكفيل في الكفالة المصرفية التمسك بالدفع بانقضاء الالتزام او بطلانه او المطالبة بالرجوع على المدين الاصلي قبله وذلك على اعتبار ان التزامه هو التزام تبعي للالتزام أصلي ، لكن في خطاب الضمان لا يملك البنك التمسك بهذه الدفوع على اعتبار أن التزامه بالدفع التزام اصلي لا يمكنه الإفلات منه إلا في حالات خاصة مثل الغش¹، كما أن القضاء الفرنسي استند كذلك على فكرة التعسف لتقرير حق البنك في الامتناع عن الوفاء بخطاب الضمان، والتعسف أن يقوم المتعامل المتعاقد بتنفيذ جميع التزاماته اتجاه المصلحة المتعاقدة وهي المستفيد فيصبح بعد ذلك مطالبة و المستفيد البنك الوفاء بخطاب الضمان تعسفا يبرر للبنك الامتناع عن الوفاء.

- ليس للبنك التمسك ضد المستفيد في خطاب الضمان بالدفوع المستمدة من علاقته بعميله او الدفوع المستمدة من علاقة العميل بالمستفيد، لان التزامه مستقل ناشئ عن علاقته بالمستفيد، وبالتالي أي دفع يدفع به يجب أن يكون مرتبطا بعلاقته المباشرة بالمتعاقدين معه ولا علاقة للمستفيد بذلك.

- لا يلتزم البنك في خطاب الضمان بإخطار عميله قبل القيام بالدفع للمستفيد، لكن في الكفالة المصرفية فانه يقوم بإخطاره بأنه سيدفع مبلغ الكفالة للمستفيد² والحقيقة انه على الرغم من أن الظاهر يجعل التفرقة بين خطاب الضمان والكفالة المصرفية سهلا إلا أنه من

¹ أمقران راضية، المرجع السابق، ص 40.

² محمود الكيلاني، المرجع السابق، ص 257-258.

الناحية العملية طرح الأمر العديد من النزاعات القانونية وذلك لإبهام في الالتزام أو لإدراج أفاظ في الضمان تجعل تفسيره صعبا وترجيح كفة اعتباره خطاب ضمان أو كفالة مصرفية تستدعي تدخل القضاء لتحديد¹.

المطلب الثالث: أدوات دفع التأمين النهائي

يقوم المتعامل المتعاقد في الصفقة العمومية بدفع مبلغ التأمين عن طريق خطاب الضمان أو الكفالة المصرفية وهو ما تم تبيينه سابقا، بالمقابل لذلك نجد المؤسسات التي يتم عن طريقها الدفع، حيث تعتبر هذه المؤسسات الوسيط في العملية ولها الأهمية الكبيرة في الدفع، ونجد هذه المؤسسات تتمثل بالدرجة الأولى في البنوك على اختلاف درجاتها وأنواعها، كما نجد صندوق نفقات الصفقات العمومية الذي استحدثه المشرع الجزائري للقيام لهذه العملية.

الفرع الأول: البنوك:

يعتبر البنك الجهة التي تتعهد بالضمان في الصفقات العمومية، ويعتبر البنك مفوض في عملية التعاقد وفي الالتزام، لأنه يقوم بالالتزام للمستفيد بناء على طلب المتعاقد العميل، والبنك يكون بذلك هو الكفيل ويتمتع بالشخصية المعنوية ويلتزم بضمان وكفالة العميل لصالح المستفيد وهو المصلحة المتعاقدة². وفي الجزائر البنوك مخولة للضمان في الصفقات العمومية.

أولاً: تعريف البنك:

عرفه المشرع الفرنسي في المادة الأولى من قانون المصارف الفرنسية المعدل على أنه المؤسسة التي تحترف تلقي الاموال من الجمهور على شكل ودائع او ما يكون في حكمها وتستخدمها في العمليات المالية³، ورغم اختلاف تعريف البنك من دولة لأخرى إلا إنها تشترك

¹ في قرار محكمة النقض الفرنسية في 27/06/2000 اعادت تكييف ما توصلت اليه محكمة الاستئناف من اعتبار التزام المصرف ضمانا مستقلا رغم احتوائه على عبارة كفيل شخصي ومتضامن واعتبرت الالتزام كفالة ، كما انه بتاريخ 2001/01/30 قضت محكمة النقض الفرنسية بتأييد حكم المحكمة الاستئنافية ال اعتبار التزام المصرف مستقلا وليس كفالة باعتبار ان التزام المصرف مستقل عن التزام المدين ، يضاف لذلك ما ذهبت اليه محكمة باريس الاستئنافية في 1995/06/02 على اعتبار ان الشك يفسر لصالح المدين وترجح بذلك كفة الكفالة المصرفية في حالة النزاع حول طبيعة الالتزام على خطاب الضمان وذلك حماية للأشخاص الطبيعيين الذين يقومون بإصدار ضمانات دون حساب نتائجها. انظر امقران راضية، المرجع السابق، ص ص 42-43.

² سليمان أحمد محمد القرم، خطاب الضمان في المصارف الإسلامية رسالة ماجستير في الفقه والتشريع، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، 2003، ص ص 85-86.

³ زاله سعيد يحيى، النظام القانوني للبنوك الاستثمار دراسة تحليلية مقارنة، (د-ط)، دار الكتب القانونية - دار شتات للنشر والبرمجيات، مصر والامارات، 2013، ص 18.

Article premier de la loi n° 96-597 du 2 juillet 1996 de modernisation des activités financières a sensiblement modifié la loi n° 84-46 du 24 janvier 1984 relative à l'activité et au contrôle des

جميعا في اعتبار البنوك لها الأهمية الكبيرة في منح الضمانات للأطراف التي تتعامل معها ولكن ذلك بفرض شروطها ودون تفاوض وهو ما يميزها كمؤسسات اقتصادية¹.

المشرع الجزائري في قانون النقد والقرض لم يعطي تعريفا محددًا للبنك بل اقتصر على ذكر وظيفة البنك وذلك في المادة 68 من الأمر 11-03 حيث نصت على أنه لتوفر وصف البنك لا بد من توافر عنصرين:

- العنصر الأول وهو ضرورة توافر الشخصية المعنوية للبنك، فلا يمكن أن يكون الشخص الطبيعي بنكا.

- العنصر الثاني يجب أن يتخذ هذا الشخص المعنوي الأعمال المصرفية مهنة رئيسية ومعتادة له ولا يمكن للشخص المعنوي الذي يقوم بالأعمال المصرفية بصفة عارضة بنكا.

وقد نصت المادة 70 من نفس الأمر على أن البنوك هي المخولة دون سواها للقيام بجميع العمليات المبينة في المادة 66-68 بصفة مهمتها العادية، وبالرجوع لهذه المواد نجد أن عمليات تقديم الضمان والكفالة من بين العمليات البنكية التي نظمها المشرع الجزائري كعمليات بنكية². فالبنوك أهم مؤسسة اقتصادية ولها الدور الكبير في ادارة الودائع والائتمان للأفراد وإدارة الثروات، فدورها الاقتصادي كبير³، لأنها تعمل كوسيط بين الممولين وطالبي رأسمال بطريق التدخل ولطالما سخرت من طرف السلطات العامة لتحريك عجلة الحيات الاقتصادية ولذلك يحسب لها الدور الاقتصادي الهام خاصة في عملية الائتمان⁴.

ثانيا: أنواع البنوك:

établissements de crédit 1, dite loi bancaire " Les établissements de crédit sont des personnes morales qui effectuent à titre de profession habituelle des opérations de banque".

¹Hennichefaiza, Le management dans les banques publiques algeriennes, mémoire de magister en sciences commerciales, option management des entreprises, université d'Oran es-senja, algerie, 2007, p 150.

²المادة 66 من الأمر رقم 11-03 " تتضمن العمليات المصرفية تلقي الأموال من الجمهور وعمليات القرض، وكذا وضع وسائل الدفع تحت تصرف الزبائن وإدارة هذه الوسائل".

المادة 68 فقرة 1 من نفس الأمر تنص " يشكل عملية قرض في مفهوم هذا الأمر، كل عمل لقاء عوض يضع بموجبه شخص ما أو يعد بوضع أموال تحت تصرف شخص آخر، أو يأخذ بموجبه لصالح الشخص الآخر التزاما بالتوقيع كالضمان الاحتياطي والكفالة المصرفية".

³ Cédric Alter, Droit bancaire general, Edition larcier, Bruxelles, 2010, P80.

⁴ Philippe Garsault et Stéphane Priami, la banque fonctionnement et stratégies, deziemeedition, economica, paris, p 5.

يتألف النظام المصرفي من عدو أنواع من المؤسسات الائتمانية التي تأخذ فيما بينها بقدر ملحوظ من التخصص في تقديم التسهيلات الائتمانية للأفراد والمشروعات، وتختلف درجة تخصص البنوك من بلد لآخر باختلاف مرحلة النمو الاقتصادي ودرجة نمو النظام الائتماني وطبيعة التقاليد المصرفية التي تجري عليها البنوك في مزاولة نشاطها¹.

- البنك المركزي:

وهو على هرم المؤسسات البنكية ويعتبر الهيئة المشرفة على سلامة أسس النظام المصرفي داخل الدولة، وتوكل له مهمة الإشراف على السياسة الائتمانية ويعتبر من وسائل الدولة التي تتوصل بها للهيمنة على اتجاه الحياة الاقتصادية، ولا تخلوا دولة من وجود بنك مركزي يعمل على مراقبة عرض النقود ومراقبة الائتمان²، كما انه يمكن أن تؤسس بنوك مركزية اتحادية كما في البنك المركزي الأوروبي الذي يعتبر اتحاد اقتصادي ونقدي يجمع البنوك المركزية لدول الإتحاد الأوروبي، ويقوم بتسييره مجلس المحافظين ومجلس الإدارة³. وعرفته المادة 09 من الأمر رقم 03-11 " بنك الجزائر مؤسسة وطنية تتمتع بالشخصية

المعنوية والاستقلال المالي ويعد تاجرا في علاقاته مع الغير " ويتميز بالخصائص التالية:

1- مؤسسة وطنية نقدية تتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي تقوم بإصدار

النقود القانونية وتديرها، وهو المهيم على شؤون النقد والائتمان.

2- هو مؤسسة عمومية بقوة القانون وهذا راجع لخطورته وأهمية الوظيفة التي يقوم بها.

3- احتكار البنك المركزي لعملية اصدار النقود وذلك عبر كامل الوطن ويقوم

بالإشراف على الائتمان.

4- يحتل البنك المركزي قمة الهرم المصرفي في الجزائر وله السلطة العليا على

البنوك التجارية.

5- يمارس أعمالا تجارية يحكمها القانون التجاري فأعمال البنك المركزي تعتبر

¹ محمد زكي شافعي، مقدمة في النقود والبنوك، الطبعة السابعة، دار النهضة العربية، بيروت، لبنان، 1973، ص 256.

² محمد زكي شافعي، المرجع نفسه، ص 281.

-Kara mostefafa rah، les causes de la perte de confiance en les banques centrales – cas de la banque d'algerie، mémoire de magister en economie، option finance international، universi d'oran، Algerie، p 20.

Françoise Dekeuwer-Defossez, Droit bancaire, 8^e éditions, Dalloz, Paris, 2004, P 10.³

أعمالا تجارية في علاقاته مع البنوك التجارية¹.

- البنوك التجارية:

تعتبر مصارف من الدرجة الثانية في التسلسل الرئاسي للجهاز المصرفي بعد البنك المركزي، حيث يباشر هو بدوره إجراءات الرقابة عليها من جانب واحد بما له من أدوات ووسائل فهو يراقب قدرتها المالية، والبنوك التجارية هي مؤسسات مصرفية موضوعها النقود والعمليات المالية، وهي مشروعات هدفها الأساسي تحقيق أكبر قدر ممكن من الربح بأقل نفقة ممكنة وذلك عن طريق خدماتها المصرفية ومن بينها عمليات الاقتراض والتمويل²، والبنوك التجارية مرخص لها تعاطي الأعمال المصرفية والتي تشمل تقديم الخدمات المصرفية، فهي تقوم بتسلم وتسليم الأموال وتستفيد من ذلك فهي مؤسسات تتعامل وتتاجر بالائتمان والديون ويقوم دورها الأساسي على قبول الودائع ومنح الائتمان وتعتبر وسيطا بين القرضين والمقرضين فهي تتاجر بالديون³.

والبنوك التجارية تم تطويرها من خلال انشاء شبكة كبيرة من الوكالات وهي تنتمي لقطاع التجزئة المصرفية وتتعلق بالعملاء افراد وشركات وحرفيين وشركات صغيرة ومهن حرة، وتقوم بعمليات استلام الأموال من الجمهور وتوزيع الاعتمادات والخدمات المصرفية والتأمين وعديد النشاطات المتنوعة، ولأنها لا تتعلق فقط بالنشاط المحلي فهي تعتبر نموذج لما يعرف بالبنوك العالمية لاتساع نشاطها⁴.

- البنوك الأجنبية:

وهي بنوك يخضع رأسمالها لسلطة الأجانب وقد يكون البنك مملوكا لأجانب مقيمين داخل الدولة أو يكون تابعا لمؤسسة متعددة الجنسيات أو لأجانب خارج الإقليم أو مجرد مشاركة بأغلبية أجنبية أو مجرد فرع أجنبي مركزه الرئيسي خارج الإقليم، وهذه البنوك قد تخضع أو

¹منصور بخته، المرجع السابق، ص 140-142.

² مصطفى رشدي شيحة، الإقتصاد النقدي المصرفي، (د-ط)، الدار الجامعية، مصر، (د-س-ط)، ص 191.

³منصور بخته، المرجع نفسه، ص 169.

Article 29de la loi n° 96-597 Il est institué un « Comité de la réglementation bancaire et financière » et un « Comitédes établissements de crédit et des entreprises d'investissement », dont les membres titulaires sontchoisis au sein du « Conseil national du crédit et du titre » et qui font annuellement rapport à cetteassemblée.

⁴Christine Marsal, Les banques commerciales, IAE de Dijon, Université de Bourgogne, Version juin 2013, p1.

لا تخضع لرقابة البنك المركزي حسب التنظيم الاقتصادي السائد في الدولة، وهناك العديد من الدول التي اشترطت توطين تلك البنوك عن طريق اشراك الجانب الوطني المحلي سواء خاصا أو عاما في ملكية رؤوس الأموال ونسبة معينة تحقق الأغلبية والسيطرة للجانب المحلي مثل المملكة العربية السعودية ، والبنوك الأجنبية تمارس كافة أنشطة البنوك التجارية بما في ذلك تلقي الودائع الوطنية والأجنبية ومنح الائتمان داخل الوطن أو خارجه، ويمكنها داخل الحدود الوطنية أن تفتح حسابات أجنبية مثل الأورو أو الدولار¹.

وقد حدد المشرع الجزائري في النظام رقم 93-01 الذي يحدد شروط تأسيس بنك ومؤسسة مالية وشروط اقامة فرع في الجزائر لبنك ومؤسسة مالية أجنبية أن يتضمن ملف الرخصة ما يلي:

- برنامج النشاط.
- الوسائل المالية والتقنيات المرتقبة.
- صفة وملئمة المساهمين وضامنوهم.
- قائمة المسيرين الرئيسيين.
- القانون الأساسي للبنك أو المؤسسة المالية الأجنبية.
- التنظيم الداخلي.

ويتم تبليغ القرار المتعلق بطلب الترخيص لصاحبه في أجل أقصاه شهرين، ويمنع على البنك القيام بأي عملية مصرفية قبل الحصول على الاعتماد، والذي يمنح من طرف محافظ بنك الجزائر².

وفي إطار الضمانات المتعلقة بالأجانب لا يمكن إصدار عقود الضمان والضمان المقابل إلا في إطار الالتزامات التشريعية والتنظيمية المتعلقة بالتجارة الخارجية والصراف الساري المفعول كما يمكن للبنك الوسيط ان يصدر عقود ضمان وضمان مقابل لفائدة غير المقيمين بموجب الالتزامات المتخذة من قبل المقيمين إزاء الخارج³.

¹مصطفى رشدي شبيحة، المرجع السابق، ص ص 196-197.

²المواد 2 و5 و9 من النظام رقم 93-01 المؤرخ في 10 رجب 1413 الموافق لـ 03 يناير 1993 يحدد شروط تأسيس بنك ومؤسسة مالية وشروط إقامة فرع بنك ومؤسسة مالية أجنبية.

³المواد 2 و4 من النظام رقم 93-02 المؤرخ في 10 رجب 1413 الموافق لـ 03 يناير 1993 يتعلق بإصدار عقود الضمان والضمان المقابل من قبل البنوك الوطاء المعتمدين.

الفرع الثاني: صندوق ضمان الصفقات العمومية:

هو جزء من الإصلاح الاقتصادي الذي قامت به الجزائر، وقد كان الدافع اليه هو الصعوبات المالية التي يواجهها المتعاملون المتعاقدون في الصفقات المالية، وما يعانونه من النقص المالي لتنفيذ المشاريع وإنجاز الصفقات العمومية، فهو يساهم بشكل كبير في المشاكل المالية وتسريع إنجاز المشاريع، كما يعتبر أداة في يد الدولة تضمن بها سير العجلة الاقتصادية وتوفير الموارد المالية اللازمة للمتعاملين المتعاقدين في الصفقات العمومية.

أولاً: تنظيم صندوق ضمان الصفقات العمومية:

نظمه المشرع الجزائري في المرسوم التنفيذي رقم 67-98 المؤرخ في 21 فبراير 1998 المتضمن انشاء صندوق ضمان الصفقات العمومية وتنظيمه وسيره، وهو مؤسسة عمومية طابعها صناعي تجاري تتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي، مقره الجزائر العاصمة وتحت وصاية الوزارة المكلفة بالمالية، يعمل الصندوق كما نص دفتر الشروط المتعلق به على توفير الضمانات والكفالات الرامية لتسهيل تنفيذ الصفقات العمومية كما يسمح للحاصلين على الصفقات العمومية من تسيقات مالية¹، ويتم تسيير وإدارة الصندوق من طرف هيئتين:

- الأولى: مجلس الإدارة يرأسه المدير العام للخزينة ويتشكل من أعضاء يعينهم

الوزير المكلف بالمالية بقرار لمدة 03 سنوات قابلة للتجديد وفي حالة شغور أحد المقاعد يتم تعيين عضو حسب نفس الشكل للمدة المتبقية، ويجتمع المجلس لدراسة كل المسائل المرتبطة بتنظيم الصندوق وتسييره في دورتين عاديتين في السنة، كما يمكنه الاجتماع في دورات استثنائية كلما دعت الضرورة لذلك بطلب من السلطة الوصية أو رئيسته أو المدير العام، ويتم اتخاذ قراراته بالأغلبية البسيطة من الأصوات والتي تكون بحضور ثلثي أعضائه في المداولة تحت طائلة عدم صحتها.

- الثانية: المدير العام المعين بمرسوم تنفيذي بناء على اقتراح من الوزير المكلف

بالمالية، ويقوم بالعديد من المهام منها:

- يقترح التنظيم الداخلي للصندوق، ويسهر على احترامه ويمارس السلطة

¹ رؤوف بوسعدية، المرجع السابق، ص ص 235-236.

السلمية على مستخدمى الصندوق.

• يمنح الضمانات والكفالات والضمانات الاحتياطية.

• يسهر على تنفيذ قرارات مجلس الإدارة¹.

ثانياً: مهام صندوق ضمان الصفقات العمومية:

يحتل صندوق ضمان الصفقات العمومية مكانة مهمة في النظام المصرفى الجزائرى من خلال منح الضمانات بصور مختلفة لتسهيل تنفيذ الصفقات العمومية²، وتتمثل مهام الصندوق فى:

- الاستفادة من التسبيقات التعاقدية التى يتم تخصيصها لتغطية النفقات المقررة فى إطار إنجاز الصفقات والطلبات العمومية³.

- الحصول على الكفالات والضمانات التى تسمح لأصحاب الطلبات والصفقات العمومية من إنجاز الصفقات العمومية.

- الحصول على الضمانات المطلوبة من المصلحة المتعاقدة.

- الاستفادة من ضمان المؤسسة لدى بنوكها قصد الحصول على أى قرض يتضمن

إنجاز الصفقة العمومية، وبالمقابل يطلب الصندوق من المستفيدين مكن الضمانات والكفالات كل التبريرات وتقديم الوثائق الضرورية.

- يقوم بمنح ضمانات للمتعامل المتعاقد الحائز على الصفقة العمومية فى مختلف مراحلها⁴.

وفى إطار القيام بمهامه نجد الصندوق يشكل ثلاث علاقات قانونية هى:

- علاقة مع الأمرين بالصرف وقد نظمها المرسوم التنفيذى 97-268 الذى حصر

¹المواد من 08 إلى 18 من المرسوم التنفيذى رقم 98-67 المؤرخ فى 24 شوال 1418 الموافق لـ 21 فبراير 1998 المتضمن إنشاء صندوق ضمان الصفقات العمومية وتنظيمه وسيره.

² المادة 98 فقرة 1 من المرسوم الرئاسى رقم 02-250 المؤرخ فى 13 جمادى الأولى عام 1423 الموافق لـ 24 يوليو 2002 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية " يمكن صندوق ضمان الصفقات العمومية تمويل الصفقات العمومية لتسهيل تنفيذها لا سيما منها تسديد كشوف و/أو فولتير فى إطار تعبئة ديون المؤسسات حائزة الصفقات العمومية".

³ لمزيد من التوضيح أنظر الملحق رقم 07.

⁴ بن بابوش فاطنة، المرجع السابق، ص ص 266-267.

- لمزيد من التوضيح انظر الملحق رقم 08.

اختصاصات ومسؤوليات الأمر بالصرف حيث يقوم بمراقبة طبيعة ومبلغ الصفقة التي سينظمها وهذا من خلال نظام الاعلام الدائم مع الأمر بالصرف¹، كما أن المصلحة المتعاقدة تقوم بإخطار الصندوق عن طريق الأمر بالصرف برسالة موسى عليها بعدم تحرير كفالة للمتعامل المتعاقد وتمديد الأجل لأكثر من شهر لأن هذه الكفالة يتم رفع اليد عليها بعد مضي شهر من تاريخ الاستلام النهائي إلا في الحالة التي لا يلتزم فيها المتعامل بالالتزامات التعاقدية وهنا تحرر كفالة الضمان برفع اليد صادر عن الأمر بالصرف يوجه لصندوق ضمان الصفقات العمومية.

- علاقة الصندوق بالمتعامل المتعاقد الذي هو زبون يقوم بالحصول على الضمان مقابل التأمينات الضرورية وذلك بالموازاة مع الأخطار التي يتحملها الصندوق مقابل القرض.
- علاقة الصندوق بالبنوك فهو وسيط بين البنوك والخزينة العامة لخصم السندات².

ثالثا: آليات عمل صندوق ضمان الصفقات العمومية:

صندوق ضمان الصفقات العمومية في قيامه بعملية الضمان في تمويل الصفقات العمومية يتدخل عن طريق آليتين هما:

- الرهن الحيازي:

عرفه المشرع الجزائري في المادة 948 من القانون المدني الجزائري بأنه "الرهن الحيازي عقد يلتزم به الشخص ضمنا لدين عليه أو على غيره، أن يسلم الى الدائن أو الى أجنبي يعينه المتعاقدان، شيئا يرتب عليه للدائن حقا عينيا يخوله حبس شيء إلى أن يستوفي الدين، وأن يتقدم الدائنين العاديين والدائنين التلين له في المرتبة في أن يتقاضى حقه من ثمن هذا الشيء في أي يد يكون". ويعتبر الرهن الحيازي إحدى الآليات التي تستعملها البنوك والصندوق في ضمان الصفقات العمومية لتمويلها وإنجازها وتمكينها من مواصلة الأشغال، وتكمن التفرقة بين الرهن الحيازي البنكي والرهن الحيازي لصندوق ضمان الصفقات العمومية في أنه يكون لفائدة الصندوق في حالة تأخر الأمر بالصرف عن صرف النفقات في أجل 30

¹ المادة 07 فقرة 1 من المرسوم التنفيذي رقم 97-268 المؤرخ في 16 ربيع الاول 1418 الموافق لـ 21 يوليو 1997 يحدد الاجراءات المتعلقة بالنفقات العمومية وتنفيذها ويضبط صلاحيات الأمرين بالصرف ومسؤولياتهم " يمارس الأمر بالصرف، في الحالة المذكورة في المادة 3 أعلاه، المراقبة قبل أي أمر بالصرف أو إذن بالدفع يخص العمليات التي يقوم بها الموظف المكلف بهيكل التسير المعني وتحت المسؤولية الخاصة بهذا الأخير".

²بحري اسماعيل، المرجع السابق، ص 89.

يوما من تاريخ استلام الكشف أو الفاتورة ، ويتنازل المتعامل المتعاقد في هذه الحالة عن فوائد التأخير لحساب الصندوق عندما يطلب منه رصد الدين المتولد والمعائن، في حين يتم الرهن الحيازي لدي البنك في حالة وجود نقص في خزينة المؤسسة ، ويعتمد كلا من البنك والصندوق على توقيع الرهن الحيازي للصفقة العمومية كآلية قانونية للضمان لأن الحيازة تحميها من تصرفات المدين الراهن ، لذلك تظل الصفقة محبوسة لحين إتمام الأشغال وهذا حافز للمدين لتنفيذ التزاماته التعاقدية في الصفقة¹. وقد نص المشرع الجزائري على شروط الرهن الحيازي للصفقة العمومية وأهم هذه الشروط:

- لا يتم الرهن الحيازي إلا لمؤسسة أو مجموعة مؤسسات مصرفية أو صندوق ضمان الصفقات العمومية، ويخضع عقد الرهن الحيازي لإجراءات التسجيل القانونية.
- تقوم المصلحة المتعاقدة بتسليم المتعامل المتعاقد بيانا يشير الى أن هذه الوثيقة تمثل سندا في حالة الرهن، وإذا تعذر تسليمها يقوم المتعامل بتسليم مستخرجا موقعا من الصفقة.
- يجوز لصاحب الصفقة والمستفيدين من الرهن الحيازي الطلب من المصلحة المتعاقدة كشفا للأشغال المنجزة وطلب كشف الدفعات على الحساب وذلك أثناء تنفيذ الصفقة العمومية.

- يمكن للدائن أن يطلب بواسطة رسالة موصى عليها جميع المعلومات التي تتعلق بالضمان الناتج عن الكفالة وكل المعلومات التي تمس الضمان².

- الضمان الاحتياطي:

يسمى نظام الوسيط حيث يتدخل الصندوق كوسيط بين المتعامل المتعاقد والبنك الذي يقدم القرض لتمويل الصفقة العمومية، وهنا يقرر البنك عدم التزامه مع المتعاقد لعدم تقديمه الضمانات الكافية، فيلتمس من الصندوق ضمان المتعاقد وهنا يعتبر الصندوق ضامنا احتياطيا، فإذا لم يتمكن المتعامل المتعاقد من تسديد دينه يقوم الصندوق بالتسديد مكانه عند حلول أجل الاستحقاق³. والضمان الاحتياطي قد يكون مشروطا أو بدون شرط:

¹ ابن بابوش فاطنة، المرجع السابق، ص 270.

² المادة 145 من المرسوم الرئاسي 15-247 وتقابلها المادة 97 من المرسوم الرئاسي 02-250.

³ بحري اسماعيل، المرجع السابق، ص 91.

الأول: الضمان الاحتياطي بشرط على أساس اشتراك البنك والصندوق في اقتسام خطر إفلاس المقترض ويتم ذلك بعمولة يتقاضاه البنك والصندوق من المتعامل المتعاقد في الصفقة.

الثاني: الضمان الاحتياطي بدون شرط وهنا يتحمل الصندوق وحده تبعات القرض والمخاطر التي تنتج عنه كالإفلاس.

وفي الواقع العملي فإن الضمان الاحتياطي في الصفقات العمومية لا يتمتع بالفعالية ذلك أن صندوق ضمان الصفقات العمومية أصبح يستقطب المتعاملين الاقتصاديين وأصبح بذلك منافسا للبنوك ومن جهة أخرى الضمان الاحتياطي يحمل المتعامل المتعاقد أعباء مالية لأنه يسدد فوائد وعمولات البنك المقرض من جهة، وعمولات الصندوق مقابل الضمان من جهة ثانية، لهذا نجد المتعامل يلجأ مباشرة للبنك¹.

المبحث الثاني: التعويض

التعويض نظام معروف في العلاقات التعاقدية والأصل فيه ارتباطه بعقود القانون الخاص ، إلا أنه يطبق أيضا في العقود التي تبرمها الإدارة العامة على اعتبار أنها تبقى عقودا وتنطبق عليها الأحكام العامة للعقود في القانون المدني رغم ما تتميز به من خصوصيات لاتصالها بالمرفق العام من جهة ، وللامتيازات التي تتمتع بها الإدارة العامة كمصلحة متعاقد من جهة أخرى، والتعويض كجزء إداري تفرضه المصلحة المتعاقدة على المتعامل المتعاقد معها في الصفقات العمومية تنطبق عليه الأحكام العامة للتعويض في القانون المدني ، بالإضافة للأحكام الخاصة في القانون الإداري والصفقات العمومية وهو ما سيتم تفصيله في هذا المبحث.

المطلب الأول: الإطار المفاهيمي للتعويض

المطلب الثاني: النظام القانوني للتعويض

المطلب الأول: الإطار المفاهيمي للتعويض

تقتضي دراسة التعويض ومختلف الأحكام القانونية التي تنظمه باعتباره جزاء إداريا ماليا في الصفقة العمومية، أن يتم أولا التعرض لإطاره المفاهيمي وما يحتويه هذا الأخير من

¹ين بابوش فاطنة، المرجع السابق، ص ص 271-273.
- لمزيد من التوضيح انظر الملحق رقم 09.

رسم معالم التعويض وتوضيحه، ويشتمل ذلك على تعريف التعويض وطبيعته القانونية، إضافة لأنواع التعويض وتمييزه عن مختلف المفاهيم القانونية المشابهة له خاصة التعويض في القانون الخاص.

الفرع الأول: تعريف التعويض وطبيعته القانونية:

هناك العديد من التعريفات التي تطرقت للتعويض فضلا عن التعريف اللغوي له، فلقد اهتم فقهاء القانون بإيجاد التعريف المناسب للتعويض سواء على مستوى القانون الخاص أو القانون الإداري، لما يتمتع به من خصوصية عند تطبيقه كجزء إداري في الصفة العمومية، ومن هنا سيتم تعريف التعويض وكذا تبين طبيعته القانونية التي تعتبر محل اختلاف فقهي وقضائي.

أولاً: تعريف التعويض:

التعويض من المفاهيم القانونية القديمة قدم المسؤولية على اختلاف أنواعها، فهو مرتبط مباشرة بكل ما يسبب الضرر ويحتاج للجبر نتيجة ذلك، وسيتم التطرق للتعريف اللغوي أولاً للتعويض، ثم التعريف الفقهي له.

1- تعريف التعويض لغة:

التعويض عن اللاتينية Indemnitas من Admnum وهو مبلغ من المال لتعويض الضحية عن الضرر الذي أصابها من جريمة أو من تنفيذ العقد فيقال تعويض عن الضرر¹.

2- تعريف التعويض فقها:

حظي التعويض بالعديد من التعريفات في الفقه ومن بينها:

- عرف الفقيه الفرنسي مازو الخطأ بوجه عام بأنه " عيب يشوب مسلك الإنسان لا يأتيه رجل عاقل متبصر أحاطته ظروف خارجية مماثلة للظروف التي أحاطت المسؤول"، أيضا عرفه الفقيه بلانيول بأنه " إخلال بالتزام سابق"².
- كل ما يلزم أداءه من قبل المسؤول عن الضرر للمتضرر بغرض إعادته للحالة

¹ القاموس الجديد للطلاب، المرجع السابق، ص 513.

² عمار عوابدي، نظرية المسؤولية الإدارية، الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2004، ص 114.

التي كان عليها قبل إصابته بالضرر، وأدل تعريف بأنه جبر الضرر الذي لحق المصاب، فالجبر يدل على التعويض بالدلالة الإلزامية، والجبر يكون عن طريق البديل¹.

- يقصد بالتعويض كجزاء مالي جبر الضرر الذي لحق بالإدارة بسبب إخلال المتعاقد معها بالتزاماته التعاقدية، وفكرة التعويض هي ارغام المتعاقد مع الإدارة على تنفيذ التزاماته التعاقدية أكثر من التعويض ذاته، وإذا كان التنفيذ العيني ممكنا فلا محل للتعويض².

- عرفه الدكتور سليمان الطماوي بأنه " المبالغ التي يحق للإدارة أن تطالب بها المتعاقد إذا أحل بالتزاماته التعاقدية، ويعتبر هو الجزاء الأصيل للإخلال بالتزامات التعاقدية وذلك إذا لم ينص على جزاءات مالية لمواجهة هذا الإخلال، والنظام القانوني للتعويض في العقود الإدارية قريب من النظام القانوني للتعويض في القانون المدني"³

- وعرف أيضا التعويض أنه ما لحق الدائن من خسارة وما فاتته من ربح شرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام الموجب أو التأخر في الوفاء به، ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يستطع الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول⁴.

ثانيا: الطبيعة القانونية للتعويض في الصفقات العمومية:

التعويض في الصفقات العمومية هدفه تغطية الضرر الناتج عن إخلال المتعاقد بالتزاماته التعاقدية، شأنه في ذلك شأن التعويض في القانون الخاص الذي شرع لجبر الضرر ومحاولة إرجاع الحال إلى ما كان عليه قبل الإخلال أو التأخير في التنفيذ، ويتسم أداء المتعامل المتعاقد مع الإدارة بسمة خاصة قائمة على الهدف من التعاقد وهو ديمومة المرفق العام وسيرورته

¹ محمد طه حسن الحسيني، الضرر والتعويض في القضاء الإداري، كلية الحقوق، الجامعة الإسلامية، العدد 52 سنة 2019، ص 335-336.

² أسماء أحمد الحاج محمد، وليد خضر كافي فرج الله، سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات في العقود الإدارية، مجلة السودان الأكاديمية للبحوث والعلوم، المجلد 07، العدد 16، السودان، يناير 2020.

- مصطلح التعويض في الفقه الإسلامي غير مستعمل ولكن يستعاض عنه بمصطلح آخر هو ضمان الذمة بحق أو تعويض عن ضرر وشغل الذمة هو الالتزام في الشرع للاعتداء جزاء المخالفة أو الالتزام بالعقد ونحوه. انظر محمد مصطفى الطراونة، التعويض عن تأخر المدين في تنفيذ التزاماته في الظروف القاهرة، مجلة كلية الشريعة والقانون بتفهننا الأشراف، دقهلية، العدد 23، الجزء 3، 2021، ص 2453.

³ سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 487.

⁴ مصطفى أحمد أبو عمر، موجز أحكام الالتزام، الطبعة الأولى، منشورات الطب الحقوقية، بيروت، لبنان، 2010، ص 43.

- Article 1240 du Code civil français " Tout fait quelconque de l'homme, que cause à autrui un dommage , oblige celui par la faute duquel il est arrivé a le réparer"

- Article 1241 " Chaun est responsable du dommage qu'il a causé non seulement par son fait, mais encore par sa négligence ou par son imprudence".

بانتظام واضطراب، وبالتالي فإن إخلال المتعاقد مع الإدارة هو إخلال بالمصلحة العامة لذلك يعتبر التعويض في الصفقات العمومية ذو أهمية كبيرة منها:

- ضمان سيرورة المرفق العام بانتظام واضطراب.
- تغطية الأضرار التي تلحق المصلحة المتعاقدة وبالتالي المصلحة العامة عن الأضرار الناتجة عن إخلال المتعامل المتعاقد بتنفيذ احترام التزاماته التعاقدية.
- ضمان حق المصلحة المتعاقدة في توقيع الجزاء على المتعامل المتعاقد في حال سكوت العقد ودفتر الشروط عن النص على جزاءات اخرى تغطي الأضرار¹.

وفي تحديد الطبيعة القانونية للتعويض في الصفقات العمومية ظهر اتجاهان الأول يرى أنه جزاء اداري يدخل ضمن امتيازات السلطة العامة وتوقعه الإدارة من تلقاء نفسها دون الحاجة للجوء للقضاء لتوقيعه، بينما يرى الاتجاه الثاني أنه تعويض مدني ولا تملك المصلحة المتعاقدة توقيعه إلا بموجب حكم قضائي.

الاتجاه الأول : أخذ بهذا الاتجاه الفقه والقضاء المصري والفرنسي ، وهذا الاتجاه الذي يرى أن التعويض في الصفقات العمومية تعويض أداري ، ففي فرنسا يشير الفقيه الفرنسي لوبادير لذلك بالقول " من المسلم به في الوقت الحاضر أن التعويض معترف به كجزاء تملك الإدارة توقيعه على المتعاقد معها بمقتضى عقد من العقود الإدارية فهو يشمل كافة العقود الإدارية "، كما أن المشرع الفرنسي أكد ذلك وأجاز للإدارة إصدار أوامر بالدفع لتحصيل التعويض بإرادتها المنفردة وللمتعاقد إن شاء اللجوء للقضاء للمنازعة بهدف مراجعة قيمة التعويض ، فيجوز للقاضي تخفيض قيمته أو إعفائه من التعويض إذا تبين له عدم صحة الأساس الذي بني عليه²، وقد نصت المادة 100 من قانون المشتريات العامة الفرنسي على أنه في حالة فسخ العقد وترتيب تعويض عن ذلك فإن عجز الأطراف عن التوصل لاتفاق حول مبلغ التعويض خلا سنة أشهر يحق للمصلحة المتعاقدة اقتراح التعويض وللمتعاقد الطعن القضائي في ذلك³، وذهب مجلس الدولة الفرنسي لتأكيد هذا الإتجاه في حكمه بتاريخ 1929/10/11 في

¹ محمد حسن مرعي الجبوري، المرجع السابق، ص ص 147-149.

² عبد الرزاق باخبيزة، المرجع السابق، ص ص 232-233.

³ ضرار القزار، سلطة الإدارة في فرض الجزاءات المالية والضاغطة في العقود الادارية، مجلة جامعة البعث، مجلد 39، العدد 51، سوريا، 2017، ص 165.

- Article 100 de Décret n° 2006-975 du 1er août 2006 portant code des marchés

قضية شركة ملاحه جنوب الاطلنطي بأن للإدارة أن تحدد قيمة التعويض الذي تستحقه اتجاه المتعاقد معها بنفسها¹.

وفي مصر نصت المادة 26 من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات المصري رقم 89 لسنة 1998 والمادة 94 من اللائحة التنفيذية على أن للإدارة أن تخصم قيمة كل خسارة تلحق بها من أي مبالغ مستحقة أو تستحق لديها ، وفي حالة عدم كفايتها تلجأ لخصمها من مستحقاتها لدى أي جهة إدارية أخرى، دون حاجة للجوء للقضاء في ذلك، وقضت المحكمة الإدارية العليا في مصر في حكمها بتاريخ 1965/11/27 للقول " لا وجه لإلزام الإدارة الطاعنة بأن تلجأ للقضاء لتحصل على حكم بالتعويض مادام العقد يخولها صراحة الحق في إجراء الخصم دون حاجة إلى اتخاذ إجراءات قانونية أو قضائية من أية مبالغ مستحقة أو تستحق للمتعاقد مهما كان سبب الاستحقاق فهذا بالضرورة لا يعني إلزام المصلحة المتعاقدة بالالتجاء للقضاء مادام في حوزتها القدر من المبالغ الكافية لجبر التعويض عن الأضرار.... بل النص يعني تخويل الإدارة حق الالتجاء للقضاء إذا لم تكف المبالغ التي في حوزتها لجبر الضرر كاملاً"².

أما الاتجاه الثاني فقد أخذ به الفقه والقضاء في العراق ، وهذا الاتجاه الذي يرى أن الإدارة ليس لها الحق في تقدير التعويض عن الأضرار التي تسببها ولا يحق لها خصمها مباشرة من تلقاء نفسها، بل لا يوجد ما يعطي للإدارة هذا الحق دون مراجعة القضاء ، لأن القول أن التعويض تفرضه الإدارة بإرادتها المنفردة مسبقا يعني طلب حكم بالمديونية ، والمديونية لا تقر إلا بحكم قضائي وليس بقرار إداري جزائي لأن الحكم القضائي يقدر حقيقة قيمة الضرر والتعويض عنه وذلك بتطبيق القواعد العامة³، لكن القول أن التقدير المقدم لما يزعم أنه مقابل للضرر فإنه لا يعدو

publics " En cas de résiliation du marché ouvrant droit à indemnisation, si les parties ne parviennent pas à un accord dans un délai de six mois à compter de la date de la résiliation sur le montant de l'indemnité, le pouvoir adjudicateur verse au titulaire, qui en fait la demande, le montant qu'il a proposé ".

¹ بلاوي ياسين بلاوي، المرجع السابق، ص ص 45-46.

- تتلخص وقائع القضية في أن شركة كانت ملزمة بموجب عقد إداري بمرفق خطوط بحرية وكانت ملزمة بموجب دفتر الشروط ان تعرض على التحكيم المنازعات التي تحدث بخصوص شروط العمل وحدث أن رفضت الشركة ذلك في ظرف معين، وأصدر الوزير المختص بالبحرية التجارية قرارا تنفيذيا مباشرا بتحميل الشركة مبالغ مالية كتعويض للدولة، وكانت شرعية هذا القرار حول مدى حق الوزير في تقدير التعويض. انظر بن سديرة جلول، المرجع السابق، ص ص 34-35.

² سحر جبار يعقوب، الجزاءات المالية في العقد الإداري، مجلة كلية الفقه، العدد 5، جامعة الكوفة، العراق، 2007، ص ص 336-335.

³ عبد الله نواف العنزلي، المرجع السابق، ص ص 85-86.

أن يكون غرامة أطلق عليها اسم تعويض ، والتعويض لا يعدو أن يكون غرامة أطلق عليها اسم التعويض، وبالتالي فالتعويض هنا ليس جزاء إدارياً¹، فقد ذهبت محكمة التمييز العراقية بالقول " لدى التدقيق والمداولة تبين أن حصول الضرر لدولة عن تأخير في انجاز الأعمال ذات المصلحة العامة أمر مفروض به ، ألا أن التحقيق عن مدة التأخير وما يعود منه المقاول ومقدار التعويض العادل الذي يقتضي الزام المقاول به يجب أن يقدر بمعرفة الخبراء بعد طرح وتحديد كافة نقاط النزاع وأقوال الطرفين حولها" ، كما أشارت أيضا في قرارها بتاريخ 2012/01/25 " استقر اجتهاد الفقه والقضاء بأنه إذا لم يوف المقاول بالتزاماته فإن تقديم الضمان يتم من قبل المحكمة بما يساوي الضرر أو الخسارة الواقعة فعلا ..."²، كما أكد القضاء العراقي هذا الاتجاه بالقول أن تقدير الأضرار مسألة وقائع تستقل بها محكمة الموضوع بموجب سلطتها التقديرية³.

في الجزائر يعترف المشرع الجزائري بحق المصلحة المتعاقدة في الحصول على التعويض المناسب جراء اخلال المتعاقد معها في تنفيذ التزاماته والضرر الذي لحقها من ذلك ، وقد أكد " أحمد محيو " على اعتبار التعويضات أحد الجزاءات المالية التي توقعها الإدارة باعتبارها سلطة عمومية ، إلا أن المشرع الجزائري لم يفصل بشكل مدقق لجزاء التعويض في الصفقات العمومية⁴، لكن ما يمكن توضيحه من المرسوم رقم 15-247 هو أن الأساس القانوني له هو وقوع الضرر الذي يفرض على من ارتكبه دفع التعويض لجبره، فقد نصت المادة 152 من المرسوم " لا يمكن الاعتراض على قرار المصلحة المتعاقدة بفسخ الصفقة العمومية عند تطبيقها البنود المتعاقدة للضمان ، والمتابعات الرامية الى اصلاح الضرر الذي لحقها بسبب خطأ المتعاقد معها ، وزيادة على ذلك ، يتحمل هذا الأخير التكاليف الإضافية التي تنجم عن الصفقة الجديدة"⁵.

الفرع الثاني: أنواع التعويض:

¹ عبد الله نواف العنزي، المرجع السابق، ص ص 85-86.

² محمد صبار محمد المشهداني، المرجع السابق، ص ص 20-21.

³ أحمد طلال عبد الحميد، المرجع السابق، ص 103.

⁴ عبد الرزاق باخبيرة، المرجع السابق، ص ص 232-233.

⁵ حوت فيروز، النظام القانوني للتعاقد الالكتروني في مجال الصفقات العمومية (دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه علوم، كلية الحقوق والعلوم السياسية، فرع قانون العقود، جامعة سيدي بلعباس، الجزائر، 2020، ص 246.

تتعدد أنواع التعويض حسب المصدر الذي يتم على أساسه تقدير ذلك التعويض، فإذا كان مصدره العقد كان تعويضا اتفائيا، وإذا كان مصدره القاضي كان تعويضا قضائيا، أما إن كان القانون هو الذي نص على التعويض كان تعويضا قانونيا.

أولاً: التعويض الاتفائي:

يعرف بأنه الاتفائ مقدا سوا عند ابرام العقد أو في اتفائ لاحق ، وقبل وقوع الضرر على قيمة التعويض الذي يلتزم المدين بدفعه للدائن عند الاخلال بتنفيذ التزاماته التعاقدية¹ ، وفي العقد الإداري إذا ورد نص صريح في العقد يبين كيفية استحقاق التعويض فهنا يجب تطبيق هذا النص بصورة كاملة ، لأن هذا النص يبين كيفية التعويض ومقداره وحسابه وكل ما يتعلق به ، لأن جهة الإدارة والمتعاقد معها قد اتفقا على ذلك بكامل حريتهم من البداية عند توقيع العقد ، والاتفائ على التعويض قد يوضع ضمن بنود العقد الأصلي الذي يستحق التعويض على أساسه ، لكن ليس هناك ما يمنع أن يكون تقدير التعويض في اتفائ لاحق عن العقد ، ويحصر بعض الفقه نطاق التعويض الاتفائي في مجال المسؤولية التعاقدية ، لأن التعويض الاتفائي يعد اتفائا بين المتعاقدين على تقدير التعويض في حال اخلال المدين بالتزاماته بعدم التنفيذ أو التأخر في التنفيذ ، فالتعويض في كافة العقود يدرج لضمان تنفيذها².

ثانياً: التعويض القانوني:

يعرف بأنه مبلغ من النقود يقدره القانون مسبقا وأوجب المدين بدفعه الى الدائن عند تأخره في الوفاء بالتزام محله مبالغ نقدية ، كما يعرف بالفائدة القانونية التي يقدرها القانون مسبقا يلتزم بموجبها المدين بدفع مبلغ من النقود للدائن إذا تأخر عن الوفاء بالتزام محله مبلغ من النقود³ ، وما تجدر الإشارة إليه أن هذا الالتزام بدفع مبلغ من النقود قابل للتنفيذ العيني في جميع الأحوال من الناحية النظرية ، وعلى هذا فإن التعويض القانوني ليس في حقيقته إلا تعويضا عن التأخير في التنفيذ⁴ ،

¹ حازم ظاهر عرسان صالح، التعويض عن تأخر المدين في تنفيذ التزاماته (دراسة مقارنة)، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، 2011، ص 19.

² بشار رشيد حسين المازوري، المسؤولية التعاقدية للإدارة في تنفيذ العقود الإدارية (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، المركز العربي للنشر والتوزيع، مصر، 2018، ص 19.

³ حازم ظاهر عرسان صالح، المرجع نفسه ، ص ص 22-23.

⁴ بشار رشيد حسين المازوري، المرجع نفسه ، ص 103.

والقانون في هذا التعويض هو من تولى مسألة تحديده في حال أخل المدين بأي من التزاماته التعاقدية، وهو يدخل في إطار المسؤولية العقدية¹.

ثالثاً: التعويض القضائي:

يشمل التعويض القضائي ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من ربح، ويشترط أن يكون التعويض نتيجة طبيعية لعدم تنفيذ المدين لالتزاماته أو تأخره في تنفيذها، وتعتبر مسألة تقدير الأضرار مسألة وقائع تستقل بها محكمة الموضوع بموجب سلطتها التقديرية، كما أن القاضي ملزم بأن يقدر التعويض وفقاً لما يطلبه الخصوم فلا يحكم بما لم يطلب منه².

الفرع الثالث: التمييز بين التعويض وما يشبهه من المفاهيم:

يمكن الخلط بين التعويض في الصفقات العمومية وبعض المفاهيم القانونية الأخرى التي تشترك معه في بعض الأحكام القانونية، ومن أكثر هذه المفاهيم التباساً بالتعويض نجد التعويض المدني والغرامة التأخيرية، لذلك سيتم فيما يلي إزالة اللبس والنظر في أهم ما يميز به التعويض عنها.

أولاً: التمييز بين التعويض في القانون الإداري والتعويض المدني:

إن التعويض في القانون الإداري يستمد معظم أحكامه من القانون المدني، لكن هناك نقاط اختلاف بين التعويض الإداري والمدني تكمن في:

- التعويض في العقد الإداري يوقع بصفة منفردة من الإدارة دون الحاجة للجوء للقضاء، وهو ما أقره مجلس الدولة الفرنسي في النصف الأول من القرن الماضي، حيث أكد أن حق الدولة في التعويض يترتب على مجرد وقوع الضرر بإرادتها المنفردة ودون حاجة للجوء للقضاء، وإسباغ هذا الوصف على التعويض في القانون الإداري يخالف التعويض في القانون المدني ويؤكد أن التعويض الإداري له أحكامه الخاصة وهو ما أكدته مجلس الدولة الفرنسي في قضية شركة ملاحية جنوب الأطلنطي³.

¹ محمد مصطفى الطراونة، المرجع السابق، ص 2458.

² بشار رشيد حسين المازوري، المرجع السابق، ص 107.

³ Le Conseil d'Etat suivit son commissaire du gouvernement, inaugurant ainsi une nouvelle jurisprudence, confirmée depuis 11 oct 1929, Compagnie de navigation Sud-Atlantique, La solution de l'arrêt Deplanque, comme le soulignait Romieu, ne concerne que l'hypothèse de l'inexécution d'une obligation contractuelle et permet au juge seul de prononcer soit la condamnation du cocontractant à réparer le dommage subi par l'autre partie soit la résiliation du contrat. <https://fiches.dalloz-etudiant.fr>, Publication : Les grands arrêts de la jurisprudence

- خصوصية تقدير التعويض في العقد الإداري يرجع لخصوصية المرفق العام، حيث أنه مهما كانت قيمة التعويض فإنها لا يمكن أن تعوض الأضرار الناجمة عن تعطل الاستفادة من المرفق العام، فلا يمكن بأي حال من الأحوال أن تواجه الضرر الذي يترتب على المساس بالمصلحة العامة، والدليل في ذلك أنه يصعب في أكثر الحالات تقدير الضرر مثل حالة تأخر المتعاقد عن توريد معدات حربية في حالة الحرب.

- التعويض في العقد الإداري منصوص عليه في العقد وهو ما يجعله جزاء تعاقديا، لأن عدم النص عليه في العقد لا يجعله جزاء بل يجعله تعويضا عاديا تطبق عليه القواعد والأحكام العامة، ومن هنا فإن التعويض الذي تلجأ له الإدارة خارج العقد هو تعويض عادي تطبق عليه الأحكام العامة¹.

- كيفية وطريقة تقدير التعويض في القانون الإداري مختلفة عن القانون المدني، حيث أنه في فرنسا مجلس الدولة الفرنسي يجيز للإدارة تقدير التعويض مسبقا وللمتعاقد منازعة الإدارة العامة أمام القضاء، كما أنه للإدارة التنازل عن تقدير قيمة التعويض وتركه للقضاء كما لها الامتياز والقوة في تحصيله بنفسها عن طريق أوامر الدفع وإيراداتها المنفردة، أما في مصر فعلى الإدارة اللجوء للقضاء للحكم بالتعويض الملائم الذي يجبر الضرر الذي لحق بها، وذلك بعد إثبات العلاقة السببية بين الخطأ والضرر الحاصل للإدارة بسبب إخلاله بالتزاماته التعاقدية، والمحكمة الإدارية العليا سمحت لجهة الإدارة تحصيل التعويض شرط أن ينص العقد على ذلك².

ثانيا: التمييز بين التعويض وغرامة التأخير:

إن الغرامة والتعويض جزاءات تملك الإدارة توقيعها على المتعاقد معها، وكلاهما يلتزم فيه المتعاقد بدفع مبلغ مالي للإدارة المتعاقدة، لكنهما يختلفان في العديد من الأوجه منها:

- الغاية من الغرامة التأخيرية ضمان تنفيذ المتعاقد مع الإدارة في المواعيد المتفق

administrative, 16 édition 2007, Numéro du document : GAJA/16/2007/0009, Le site a été consulté le 09/06/2021 à 19:05.

¹ عبد الله نواف العنزي، المرجع السابق، ص ص 83-84.

² ذو النون سليمان يونس العبادي، المرجع السابق، ص ص 166-167.

- جاء في حكم المحكمة الإدارية العليا بتاريخ 1965/11/27 " لا وجه لإلزام الإدارة بأن تلجأ للقضاء لتحصل على حكم بالتعويض ما دام أن العقد يخولها صراحة الحق في إجراء المقاصة من أية مبالغ مستحقة أو تستحق للمتعاقدين معها بل النص يعني تحويل الإدارة حق الإلتجاء للقضاء إذا لم تكف المبالغ التي في حوزتها لجبر الضرر كاملا". انظر نفس المرجع، ص 166-167.

عليها حفاظا على سيرورة المرفق العام بانتظام واضطرابه، لكن الغاية من التعويض هي جبر الضرر الذي تسبب المتعاقد مع الإدارة في إحداثه.

- تقدير التعويض لا يحكم به القاضي إلا إذا تم إثبات الضرر كما هو الشأن في القانون المدني، أما مجلس الدولة الفرنسي يسمح للإدارة بتحديد قيمته مسبقا على أن ينازع المتعامل المتعاقد إن أراد في قيمته أمام القضاء، كما يمكن للإدارة ترك تقدير قيمته للقضاء والتشريع الفرنسي يعطيها الحق في فرضه عن طريق أوامر الدفع.

- التعويض لا يستحق إلا إذا ثبت الضرر الذي يقع للإدارة، مع الأخذ بعين الاعتبار ما قد ساهمت به الإدارة في حصول الضرر، حيث في هذه الحالة يقع عليها جزء من المسؤولية نتيجة مساهمتها في الخطأ الذي أدى لوقوع الضرر.

- غرامة التأخير تلقائية تقع بمجرد حصول التأخير دون الحاجة لاتخاذ أي إجراءات إدارية أو حكم قضائي، لكن التعويض مستحق بتوافر شروطه، وبالتالي فإن الخاصية التلقائية في الغرامة التأخيرية لها أثرها في سير المرفق العام والهدف منها ليس معاقبة المتعاقد أو جبر الضرر الفعلي، إنما الهدف هو دفع المتعاقد لتنفيذ التزاماته دون تأخير بصرف النظر عن الأضرار التي أحدثها بسبب تأخره في التزاماته، لكن التعويض لا يستحق بتلقائية لأن الغرض منه هو جبر الضرر الفعلي وبالتالي يشترط فيه توافر الضرر.

- الإعفاء من الغرامة التأخيرية مخول للمصلحة المتعاقدة وهي التي تملك حق الإعفاء في الحالات التي تم فيها الإشارة سابقا، لكن التعويض عكس ذلك لا تملك الإدارة الإعفاء منه أو التنازل عنه، لأن التعويض يستحق لجبر الضرر اللاحق بالمرفق العام والمصلحة العامة والإدارة لا تملك التنازل عن ذلك¹.

المطلب الثاني: شروط التعويض وتحصيله

هناك شروط عامة لقيام التعويض عن الضرر الذي لحق المصلحة المتعاقدة في الصفقة العمومية، وهذه الشروط تقوم عليها المسؤولية بصفة عامة وهي الخطأ والضرر والعلاقة السببية وبجانب هذه الشروط هناك شروطا خاصة يتميز بها التعويض في الصفقة العمومية وهذه الشروط هي الإعذار وعدم امكانية التنفيذ العيني.

¹ ابن صغير مليكة أسماء، المرجع السابق، ص ص 156-161.

الفرع الأول: الشروط العامة:

وهي الشروط التي تتعلق بأركان المسؤولية التعاقدية ذلك أن المتعامل المتعاقد مع الإدارة يوقع عليه التعويض في حال الإخلال بالالتزامات التعاقدية، وهذا الإخلال الذي يرتب أضرارا يلتزم المتعاقد بتعويضها، وهذه الأركان هي الخطأ والضرر والعلاقة السببية بينهما، وتطبق الأحكام العامة للقانون المدني على هذه الشروط مع الأخذ بعين الاعتبار ما يرد عليها من خصوصية في الصفقات العمومية باعتبارها من عقود القانون الإداري ولها ما يميزها عن عقود القانون الخاص.

أولاً: الخطأ:

الخطأ هو إخلال للمتعاقد بالتزاماته الناشئة عن العقد مما يرتب عليه ما يعرف بالمسؤولية العقدية، فمجرد إخلال المتعاقد بالتزاماته التعاقدية يعتبر خطأ موجبا للمسؤولية، ويلزم تعويض الدائن عما أصابه من ضرر نتيجة ذلك وهو ما ذهب اليه المشرع الفرنسي¹، وقد وردت العديد من التعريفات للخطأ العقدي منها:

- عرفه عبد الرزاق السنهوري على أنه عدم قيام المدين بتنفيذ التزاماته الناشئة من العقد،

فالمدين ملزم بالعقد ويجب عليه تنفيذ التزاماته ، فإذا لم يقم المدين في العقد بالتزاماته كان هذا هو الخطأ العقدي ، ويستوي في ذلك أن يكون عدم تنفيذ المدين التزامه ناشئا عن عمد أو إهمال أو فعله دون عمد أو إهمال، بل الخطأ العقدي يتحقق ولو كان عدم قيام المدين بالالتزام ناشئا عن سبب أجنبي لا يد له فيه كالقوة القاهرة، لكن في هذه الحالة الأخيرة إذا تحقق الخطأ العقدي فإن علاقة

¹ l'article 1147 du Code civil français prévoyait que "le débiteur est condamné, s'il y a lieu, au paiement de dommages et intérêts, soit à raison de l'inexécution de l'obligation, soit à raison du retard dans l'exécution, toutes les fois qu'il ne justifie pas que l'inexécution provient d'une cause étrangère qui ne peut lui être imputée, encore qu'il n'y ait aucune mauvaise foi de sa part".

L'ancien article 1147 prévoyait que " le débiteur est condamné, s'il y a lieu, au paiement de dommages et intérêts, soit à raison de l'inexécution de l'obligation, soit à raison du retard dans l'exécution, toutes les fois qu'il ne justifie pas que l'inexécution provient d'une cause étrangère qui ne peut lui être imputée, encore qu'il n'y ait aucune mauvaise foi de sa part "

Le nouvel article 1231-1 prévoit que " le débiteur est condamné, s'il y a lieu, au paiement de dommages et intérêts soit à raison de l'inexécution de l'obligation, soit à raison du retard dans l'exécution, s'il ne justifie pas que l'exécution a été empêchée par la force majeure".

السببية كركن للمسؤولية العقدية تنعدم وبالتالي فالخطأ العقدي ليس إلا عدم قيام المدين بالتزامه الناشئ عن العقد أيا كان السبب في ذلك¹.

- وعرفت المحكمة الإدارية العليا في مصر في حكمها الصادر بتاريخ 2002/02/19 الخطأ العقدي في العقود الإدارية " أنه ن الأمور المسلمة في العقود كافة سواء كانت مدنية أو إدارية أن الخطأ العقدي هو عدم قيام المدين بتنفيذ التزاماته الناشئة عن العقد أيا كان السبب في ذلك، ويستوي في ذلك أن يكون عدم التنفيذ ناشئا عن عمد أو إهمال أو فعله دون عمد أو إهمال ".
- كما عرفه فقهاء القانون الخاص بأنه " الإخلال بالتزام عقدي سواء كان ذلك عن طريق عدم التنفيذ أو عن طريق التأخر في التنفيذ، وأيا كانت درجة الخطأ أو جسامته طالما كان ذلك راجعا إلى انحراف في سلوك المدين على نحو يؤدي إلى مؤاخذته"².

والأصل أن الإخلال بأحد الشروط الاتفاقية الواردة بالعقد الإداري إنما يترتب المسؤولية التعاقدية لطرفي العقد سواء مصلحة متعاقدة أو متعامل متعاقد ، غير أنه جرت العادة على النص في العقد الإداري على أن تعتبر أحكامه قانون المناقصات والمزايدات ولائحته التنفيذية جزءا لا يتجزأ من العقد، وقد يحدث أن يكون الإخلال بالنصوص القانونية الواردة سواء في قانون المناقصات ولائحته التنفيذية نصوصا أمرة تتعلق بالنظام العام ولا يجوز لطرفي العقد الاتفاق على خلافها ، ولا يغير من ذلك أن يكون الطرفان قد اعتبرها جزءا لا يتجزأ من العقد ، لأن ذلك لا يضي عليها وصف الشروط الاتفاقية طالما أن الأصل فيها أنها قانونية بخلاف النصوص المفسرة أو المكملة لإرادة الطرفين ، فتلك وحدها يمكن القول أنها شروط اتفاقية تصبح جزءا لا يتجزأ من العقد بين الطرفين³. والخطأ العقدي يظهر بعد إبرام الصفقة العمومية وأثناء تنفيذها وما يخرج عن هذا النطاق فلا يعتبر خطأ عقديا، والمسؤولية التعاقدية تنشأ في

¹ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المجلد الأول، الطبعة الثالثة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1981، ص ص 892-893.

² بشار رشيد حسين المزوري، المرجع السابق، ص 59.

- قضت المحكمة الإدارية العليا في مصر بتاريخ 2007/05/15 " حيث أنه من المقرر قانونا في قضاء هذه المحكمة أن الخطأ العقدي هو عدم قيام المدين بتنفيذ التزاماته الناشئة عن العقد أيا كان السبب في ذلك وسواء كان عدم التنفيذ ناشئا عن عمد أو إهماله أو فعله دون عمد أو إهمال، والعقد الإداري كغيره من العقود الملزمة لطرفيها يولد التزامات عقدية" انظر خالد عبد الفتاح محمد، المشكلات العملية في قانون المناقصات والمزايدات الجديد وأحكام العقود الإدارية، الطبعة الأولى، (د-د-ن)، 2009-2010، ص 569.

³ أحمد محمود جمعة، المرجع السابق، ص 455.

مرحلة التنفيذ عن كل إخلال بالالتزامات التعاقدية، فكل خطأ عقدي يرتكب في هذا المجال ولو كان مجرد خطأ بسيط يرتب المسؤولية وبالتالي التعويض¹.

والخطأ العقدي له وجهين، الأول ايجابي يتمثل في تنفيذ المتعاقد لالتزاماته بشكل غير مرض أي ليس على النحو المتفق عليه أو الذي يحقق الغاية المرجوة منه، وعلى الشكل المطلوب اتفاقاً، أما الوجه السلبي فيمتثل في امتناع المتعاقد عن تنفيذ التزاماته التعاقدية كلها أو بعضها².

أما عن إثبات الخطأ العقدي فالأصل أن الدائن هو الذي يقع عليه عبأ الإثبات وتطبق هذه القاعدة في حالة مطالبة الدائن المدين بتنفيذ الالتزام عيناً، فعلى الدائن في هذه الحالة إثبات مصدر الالتزام (العقد)، وإذا ادعى المدين أنه نفذ فعليه إثبات ذلك وإلا حكم عليه بالتنفيذ العيني، أما في إثبات الخطأ العقدي فالأمر مختلف فالدائن لا يطالب المدين بتنفيذ الالتزام عيناً بل يطالبه بالتعويض لعدم تنفيذ الالتزام، فالدائن الذي يدعي أن المدين لم ينفذ التزامه ومن أجل ذلك يطالبه بالتعويض فعلى الدائن إذن يقع عبأ إثبات أن المدين لم ينفذ التزامه، فإذا ثبت ذلك فإن هذا إثبات للخطأ العقدي على النحو الذي تم تبيينه وعلى الدائن أيضاً إثبات الضرر، فالدائن متى قام بإثبات عدم تنفيذ الالتزام وأثبت الضرر الذي أصابه يكون قد اضطلع بما يقع على عاتقه من إثبات فاستحق التعويض، وهذا ما لم ينفي المدين العلاقة السببية بإثبات السبب الأجنبي³.

وأثبت الخطأ يختلف باختلاف الالتزام العقدي، فإذا كان التزاماً بتحقيق النتيجة هنا يكفي أن يثبت الدائن أن النتيجة المتفق عليها لم تتحقق ويكلف المدين بإثبات تنفيذه، فإذا عجز عنه اعتبر مقصراً وثبت الخطأ في حقه ولا يجوز له نفي هذا التقصير طالما لم تتحقق النتيجة، باستثناء السبب الأجنبي وهو ما ينفي ركن السببية، لذلك فإنه إذا لم يفلح المدين في إثبات السبب الأجنبي فإنه يتحمل نتائج عدم التنفيذ إذا ظل سبب عدم التنفيذ مجهولاً وغير معروف. أما بالنسبة للالتزام ببذل العناية

¹ بشار رشيد حسين المزوري، المرجع السابق، ص 60.
² بنعبد المالك بو فلجة، النظام القانوني للتعويض في العقود الإدارية، دفاتر السياسة والقانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة قاصدي مرباح ورقلة المجلد 09، العدد 17، الجزائر، بتاريخ 2017/06/01، ص 212.

³ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 897-898.
- المادة 176 من القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم تنص " إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عيناً حكم عليه بتعويض الضرر الناجم عن عدم تنفيذ التزامه ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ نشأت عن سبب لا يد له فيه، ويكون الحكم كذلك إذا تأخر المدين في تنفيذ التزامه "

فهنا الدائن يثبت قيام الالتزام ويثبت المدين هنا بذل العناية المطلوبة، فإذا نجح في ذلك كان منمذا لالتهامه وانتفى الخطأ من جانبه ما لم يثبت الدائن أن المدين كان مقصرا في اتخاذ احتياطات معينة كان يجب عليه اتخاذها، فإذا أثبت ذلك تحقق خطأ المدين وبالمقابل يستطيع المدين اثبات أنه قام باتخاذ هذه الاحتياطات أو أن الاحتياطات التي يديها الدائن ليست مفروضة عليه فهنا ينتفى الخطأ¹. وقد قسم الفقيهين الفرنسيين Domat و Pothier وهما من شارحي القانون الفرنسي الخطأ العقدي بالرجوع للقانون الروماني وذلك لثلاثة أقسام، الخطأ الجسيم (لا يرتكبه حتى أكثر الناس اهمالا) و الخطأ اليسير (لا يرتكبه الشخص المتوسط العناية) والخطأ التافه (لا يرتكبه الشخص الحازم والحريص)، وتقسيم هؤلاء الفقهاء للخطأ العقدي كان بناء على نظرية التدرج الذي أخذ بها القانون الروماني، لكن المشرع الفرنسي الحديث أخذ باتجاه واحد ونظرية واحدة وهي أن الخطأ العقدي مجرد عدم وفاء المدين بالتهامه بغض النظر عن السبب الذي أدى لعدم الوفاء ولا فرق بين العقود والظروف طالما لا يوجد سبب أجنبي خارج عن إرادة المدين².

ثانيا: الضرر:

لا يكفي وقوع الخطأ لاستحقاق التعويض، بل لا بد من تحقق الضرر لجهة الإدارة المتعاقدة وهنا تظهر ذاتية التعويض كجزاء عقدي عن غيره من الجزاءات الإدارية الأخرى، لا سيما الغرامة التأخيرية، كما أنه يجب أن يتناسب التعويض مع الضرر بل يعتبر فيها الخطأ مفترضا³، ويعرف الضرر بأنه "الخسارة التي تلحق الدائن نتيجة اخلال المدين بالتهاماته الناشئة عن العقد"⁴. والضرر في العقود الإدارية يمثل مساسا بمصلحة المرافق العامة، ويشترط في الضرر الشروط التالية:

- أن يكون مباشرا ولا يقصد بذلك أنه يمس حق أو مصلحة الإدارة مباشرة بل يقصد

¹رمضان أبو السعود، مصادر الالتزام، الطبعة الثالثة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، مصر، 2003، ص ص 237-238.

- المادة 172 فقرة 1 من القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم تنص " في الالتزام بعمل إذا كان المطلوب من المدين أن يحافظ على الشيء، أو أن يقوم بإرادته أو أن يتوخى الحيلة في تنفيذ التهامه فإن المدين يكون قد وفى بالتهامه إذا بذل في تنفيذه من العناية كل ما يبذله الشخص العادي، ولو لم يتحقق الغرض المقصود به هذا ما لم ينص القانون أو الاتفاق على خلاف ذلك ".

²بلحاج العربي، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الثاني، (د-ط)، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2015، ص ص 827-830.

³عبد الله نواف العنزي، المرجع السابق، ص 90.

⁴بشار رشيد حسين المزوري، المرجع السابق، ص 67.

به إمكانية تقديره مباشرة بالخسارة التي تلحق المصلحة المتعاقدة والكسب الذي فاتها، فيجب أن يكون الخطأ هو السبب في وقوع ذلك الضرر.

- لا يلزم أن يكون الضرر جسيماً بل يكفي أن يكون على قدر ولو بسيط من الجسامه، وهذا معناه أنه لا يلزم أن يكون جسيماً حتى يقتضي التعويض، بل يكفي في ذلك الضرر البسيط، ويقع على المصلحة المتعاقدة إثبات ذلك لأنها هي التي تدعي وذلك تطبيقاً للقاعدة العامة البيئـة على من ادعى، فلا يقتصر اثباتها على ادعاء الضرر فقط بل عليها إثبات وتبيان عناصر الضرر والتدليل على تداعي إصابتها به¹.

- يتحقق الضرر بتحقق الخطأ الذي تسبب فيه سواء اتجهت نية المتعاقد إلى إحداثه أم لا، بمعنى أنه يتحقق سواء وقع عن عمد من المتعاقد أو إهمال، لأنه يكفي لقيام المسؤولية تحققه بذاته بغض النظر عن الركن المعنوي، لأن العبرة بالضرر وما يترتب عنه من مساس بمصلحة المرفق العام لا بما قصده المتعامل المتعاقد².

أنواع الضرر:

لقد تم تقسيم الضرر لأنواع التالية:

- الضرر الحال: وهو الذي يقع فعلاً وقت الخطأ، فهو النتيجة المباشرة له والأصل أن يكون التعويض عن الضرر الحال، أما إذا لم يقع ضرر فلا تعويض أصلاً.
- الضرر المحتمل: فهو لا محقق في الحال ولا محقق في المستقبل، وبالتالي يتم انتظار تحقق وقوعه، ولا يتم التعويض إلا إذا تحقق³.
- الضرر المستقبل: في بعض الأحيان نتيجة الخطأ لا تظهر في الحال ولا تكون مباشرة عند الخطأ بل يكون الضرر في المستقبل⁴، فهنا يكون التربص لحين معرفة مدى ومقدار الضرر الحاصل ليتم بعد ذلك تقدير التعويض، فإذا تم التعاقد على توريد سلعة معينة

¹ عبد الله نواف العنزي، المرجع السابق، ص 91.

- جاء في حكم المحكمة الإدارية العليا في مصر بتاريخ 1999/04/27 ما يلي " من حيث أنه بالنسبة لطلب الإدارة الطاعنة إلزام الشركة المطعون ضدها بالتعويض عن الأضرار التي أصابتها نتيجة لخلل تلك الشركة لالتزاماتها بعدم التوريد، فإنه لما كانت الإدارة لم تحدد عناصر التعويض المطالب به فضلاً عن نكولها عن تنفيذ ما أمرت به دائرة فحص الطعون من إلزامها بتقديم بيان تفصيلي بقيمة التعويض المطالب به بعنصره ما لحق من خسارة ... وما فات من كسب فإن هذا الطلب جدير بالرفض لأنه جاء دون دليل ". انظر نفس المرجع، ص 91.

² عبد الله نواف العنزي، المرجع نفسه، ص 92.

³ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص ص 928-929.

⁴ Matthieu Poumaréde, Droit des obligations, Montchrestien, Paris, France, 2011, P 361.

، وكان في المخزن ما يكفي في الحال لسد حاجات المتعاقد ، فإذا اخل المتعاقد المدين في توريد السلعة فلا يتحقق الضرر في الحال ، وإنما بالتأكد سيتحقق في المستقبل بعد نفاذ السلعة الموجودة في المخزن ، وفي هذه الحالة لا يقدر الضرر حتى يتحقق مستقبلاً¹، وفي الضرر المستقبلي يتم تقدير التعويض عن الأضرار الحالة فقط ويتم الاحتفاظ للمضروور بتقدير قيمة التعويض عن الضرر المستقبلي لحين تحققه² .

ثالثاً: العلاقة السببية بين الخطأ والضرر:

- العلاقة السببية هي ضرورة وجود علاقة بين الخطأ والضرر مهما كانت طبيعة المسؤولية عن الضرر ولا تتحقق المسؤولية التعاقدية بمجرد توافر الخطأ والضرر فقط، بل لا بد أن يكون الخطأ هو السبب المباشر في الضرر اللاحق بالدائن وهو المصلحة المتعاقدة في الصفقات العمومية هنا ، أي لا بد من وجود علاقة سببية بين الخطأ والضرر³، فقد يحدث أن يكون خطأ من المدين كما قد يكون ضرر للدائن دون أن يكون خطأ المدين هو السبب في ذلك الضرر، وفي هذه الحالة لا يلزم عليه التعويض، وتطبيقاً لذلك إذا امتنع المتعامل المتعاقد عن تنفيذ التزاماته التعاقدية المتفق عليها، وأثبت المدين أن الضرر الحاصل للدائن لا يرجع لهذا الخطأ فلا يسأل عن تعويضه، والعلاقة السببية في القانون العام لا تختلف عنها في القانون الخاص، ذلك أن الأثر المترتب عن المسؤوليةين هو التعويض، وهذا الأخير يدور وجوداً وعدمًا مع الضرر⁴، ومن هنا فإن العلاقة بين الخطأ والضرر علاقة تلازم بينهما ، ويشمل التعويض ما فات المصلحة المتعاقدة من ربح وما لحقها من خسارة، شرط أن يكون ذلك نتيجة طبيعية لعدم وفاء المتعامل المتعاقد، والمفروض أن العلاقة السببية قائمة فلا يكلف الدائن بإثباتها، بل العكس من ذلك فيقع على المدين عباً إثبات انتفاء هذه العلاقة ، والمدين لا يستطيع نفي العلاقة إلا إذا أثبت السبب الأجنبي⁵، وقد جاء في قرار مجلس الدولة الجزائري بتاريخ

¹ رمضان ابو السعود، المرجع السابق، ص 242.

² بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 861.

³ François Terré avec lui, Droit civile (les obligation) , Précis Dalloz , 5 édition , 1993 , P 434-435.

⁴ بشار رشيد حسين المزوري، المرجع السابق، ص 75.

⁵ بن صغير مليكة أسماء، المرجع السابق، ص 159.

- الفيلسوف الألماني Von Kries يعتبر أن الأحداث التي ساهمت في تحقيق الضرر والتي تعتبر من شروطه، لا تجبر فاعليها على الإصلاح بل يوجد بينها أسباب هي التي أحدثت الضرر وحدها بمعنى أنه يجب التمييز بين الأسباب العارضة وبين الأسباب المطابقة التي كانت العلة السببية في إنتاج الضرر وليست الأسباب العارضة. انظر مورييس نخلة،

1993/10/10 قضية (د-ح) ضد المجلس الشعبي البلدي لبلدية عين الباردة جاء فيه " أنه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة ، جاز للقاضي تبعا للظروف وبعد مراعاة لمصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول"¹، والسبب الأجنبي هو كل أمر غير منسوب للمدين وأدى لاستحالة تنفيذ الالتزام أو لإحداث ضرر للدائن، وبالتالي يتدخل السبب الأجنبي ليكون هو سبب الضرر ويؤدي بذلك لقطع رابطة السببية بين الخطأ والضرر ولا يسأل المتعاقد عن التعويض، وقد تقرر تشريعا وقضاء أن صور السبب الأجنبي هي القوة القاهرة و خطأ المضرور و فعل الغير الأجنبي عن العقد²، وهو ما سيتم تفصيله في دراسة الإعفاء من التعويض لاحقا.

الفرع الثاني: الشروط الخاصة:

بالإضافة للشروط العامة لاستحقاق الإدارة للتعويض في الصفقات العمومية نتيجة خطأ المتعاقد معها، توجد شروط أخرى تتميز بالخصوصية والتي سيتم التطرق لها والتركيز على خصوصيتها في القانون الإداري، وهذه الشروط هي:

أولاً: الإعدار:

لقد تم تعريف الإعدار بأنه " تنبيه المدين إلى أنه متأخر في التنفيذ تأخير يرتب عليه القانون بعض الآثار، ودعوته لتنفيذ التزامه مع وضعه عند المساءلة القانونية عند امتناعه عن ذلك"، وعرفته محكمة التمييز الأردنية في قرارها الصادر بتاريخ 1996/10/10 بأنه " وضع المدين في حالة المتأخر في تنفيذ التزامه الذي تعهد به، ذلك أن مجرد حلول أجل الالتزام لا يكفي لجعل المدين بهذا الوضع القانوني بل لا بد من اعداره"³.
ويذهب الفقه الإداري إلى أن للإعدار الأبعاد التالية:

- يستهدف اعلام المدين أن الدائن له الرغبة وله المصلحة المؤكدة في التنفيذ الفوري للالتزام.

الكامل في شرح القانون المدني (دراسة مقارنة)، الجزء الثالث، (د-ط)، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2007، ص 44.

¹خوفي رشيد وسائيس جمال، اجتهادات أساسية في القضاء الإداري، الطبعة الأولى، منشورات كليك، الجزائر، 2015، ص 151.

² بشار رشيد حسين المزوري، المرجع السابق، ص 76.

³ عبد السلام أحمد بني حمد، الإعدار وأثره في التصرف القانوني (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، دار وائل للنشر، عمان، الاردن، 2015، ص ص 26-27.

• يعطي للمدين الفرصة الأخيرة من أجل تنفيذ التزامه تنفيذًا عينيًا.

• يمنح الدائن الحق في أن يثبت بطريقة رسمية أن المدين ينفذ التزامه.

وقد بينت محكمة القضاء الإداري في مصر ضرورة إعدار المدين لاستحقاق الدائن للتعويض، وقضت في حكمها الصادر بتاريخ 1953/02/21 " إذا تخلف أحد المتعاقدين في التنفيذ على نحو يضار به الطرف الآخر لا ينشأ الحق في التعويض إلا بعد إعدار الطرف المتخلف إذ أن المسؤولية العقدية الناشئة عن هذا التأخير يجب لاستحقاق التعويض عنها إعدار المدين كما يجب أن يتم هذا الإعدار فور التأخير"¹، وترجع فكرة الإعدار للقانون الفرنسي وهي من تقاليده وخالفتها القوانين الجرمانية التي تعتبر أن مجرد حلول أجل تنفيذ الالتزام كافٍ للتنفيذ الجبري دون الحاجة للإعدار، وقصد القانون الفرنسي من الإعدار وضع المدين في وضع قانوني يعتبره مقصرا في تنفيذ التزامه، فهو وسيلة قانونية أعطاهها المشرع للدائن من أجل إجبار المدين على التنفيذ وإلا كان في وضع متسامح معه².

والإعدار كشرط لتوقيع التعويض في القانون الإداري من المصلحة المتعاقدة على المتعامل المتعاقد معها في الصفقات العمومية نجد تطبيقه في العديد من التشريعات والأحكام القضائية الإدارية، فالقضاء الفرنسي لا توقع الإدارة التعويض إلا بعد إعدار المتعاقد معها فقد جاء في حكمها في قضية جنوب الأطلنطي في 1929/10/11³، ومجلس الدولة الفرنسي يفرض الإعدار كقاعدة عامة ويعتبر تاريخ الإعدار هو التاريخ المستحق للتعويض، وستثنى من ذلك الحالات التالية:

• أن يتضمن العقد نصا صريحا بإعفاء الإدارة من الإعدار.

• يمكن استخلاص الإعفاء من ظروف الصفقة العمومية فإذا اتسمت بطابع الضرورة

¹ بشار رشيد حسين المزوري، المرجع السابق، ص 95.

² مصطفى أحمد أبو عمرو، موجز أحكام الالتزام، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2010، ص 37.

³ ياسين المعاينة، المرجع السابق، ص ص 29-30.

" Article 1222 du Code civil français modifié par Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 " Après mise en demeure, le créancier peut aussi, dans un délai et à un coût raisonnables, faire exécuter lui-même l'obligation ou, sur autorisation préalable du juge, détruire ce qui a été fait en violation de celle-ci. Il peut demander au débiteur le remboursement des sommes engagées à cette fin.

Il peut aussi demander en justice que le débiteur avance les sommes nécessaires à cette exécution ou à cette destruction ".

كالتوريد في حالة الحرب للمواد العسكرية فإن المتعاقد يعتبر معذرا بمجرد انتهاء مدة التنفيذ دون إلزام الإدارة بإعذاره.

• لا محل للإعذار إذا اقتضت الضرورة عدم جوازه.

• يسقط الإعذار إذا سلكت الإدارة مسلك يبين أنها تخالف الهدف من الإعذار مثل التفاوض

مع المتعاقد بعد إعذاره، فإذا فشلت في المفاوضات تستلزم هنا إعذاره من أجل التنفيذ¹.

وفي مصر فالمبدأ العام هو ضرورة الإعذار، لكن تباينت الأحكام في القضاء المصري في هذا الشأن، ففي حكم محكمة القضاء المصري في 12/06/1953 قضت فيه المحكمة على ضرورة الإعذار قبل فرض الجزاء على المتعاقد، ثم عادت وأقرت بأن الإعذار غير ملزم وأنه مستحسن فقط²، أما المادة 218 من القانون المدني المصري فنصت على أن الإعذار شرط ضروري لاستحقاق التعويض عن عدم التنفيذ أو التأخير، أما المشرع الأردني فق أد بوجوب الإعذار في المادة 246 من القانون المدني الأردني، كما نص في قانون اللوازم والتوريدات على ضرورة الإعذار قبل فرض التعويض على المتعامل المتعاقد مع الإدارة³.

المشرع الجزائري شدد في القانون المدني على ضرورة إعذار المدين قبل استحقاق التعويض، ويتم الإعذار بإنذار أو ما يقوم مقامه أو عن طريق البريد، كما يجوز الاتفاق على اعتبار المدين معذرا بمجرد حلول الأجل دون الحاجة لأي إجراء آخر⁴.

ثانيا: عدم إمكانية التنفيذ العيني:

وهو الشرط الخاص الثاني من شروط توقيع التعويض على المتعامل المتعاقد، فقد قضت المحكمة الإدارية العليا في مصر " من الأصول العامة للالتزامات والتي تسري في العقود الإدارية والعقود المدنية على حد سواء أنه إذا أمكن التنفيذ العيني أو طلبه الدائن فإن المدين مجبر على ذلك، وأنه لا قيام للمسؤولية العقدية إذا كان محل الالتزام دفع مبلغ من النقود إذ يكون التنفيذ العيني ممكنا دائما "، والمعمول به أنه إذا استحال التنفيذ العيني يتم الذهاب

¹حسن محمد علي حسن البنان، المرجع السابق، ص 402.

- Article 1231 du Code civil français " A moins que l'inexécution soit définitive, les dommages et intérêts ne sont dus que si le débiteur a préalablement été mis en demeure de s'exécuter dans un délai raisonnable".

²حسن محمد علي حسن البنان، المرجع نفسه، ص 403.

³ياسين المعاينة، المرجع السابق، ص 220-221.

⁴المواد 179 و180 من القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم.

للتنفيذ بالمقابل وهو التعويض، لكن يبقى دائما الأولوية للتنفيذ العيني ولا يطبق التنفيذ بمقابل إلا في حالة استحالة التنفيذ العيني¹.

الفرع الثالث: تحصيل التعويض:

استحقاق المصلحة المتعاقدة للتعويض يستتبعه إجراءات يتم من خلالها تقدير التعويض من جهة واقتطاعه أو تحصيله من جهة أخرى، وبالنسبة لتقدير التعويض فإنه يؤخذ لذلك بثلاث عناصر وهي العنصر الشخصي والزمني والمادي، والتي يتم على أساسها احتساب قيمة التعويض المستحق، أما بالنسبة لتحصيل التعويض واقتطاعه فقد سخر لها القانون للمصلحة المتعاقدة العديد من السبل للوصول لذلك، وهذه السبل تمكنها من الحصول على التعويض من المتعامل المتعاقد المخل بالتزاماته وعدم تهربه من ذلك.

أولاً: عناصر تقدير التعويض:

إن تقدير التعويض يأخذ بعين الاعتبار ما فات من ربح وما لحق من خسارة، حيث أن هذه الخسارة هي نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو التأخر فيه²، ويقوم تقدير التعويض على العناصر التالية:

1- العنصر المادي:

ويتم النظر فيه لجسامة الضرر الذي لحق بالمرفق العام نتيجة المخالفة العقدية والمتمثلة في التنفيذ خلافا لما تم الاتفاق عليه أو الامتناع عن التنفيذ والتقدير يرجع للجهة الإدارية وهي لا تخضع للقضاء طالما تلتزم الإدارة في هذا التقدير لثلاثة أمور هي:

- الاعتدال وعدم المغالاة والمبالغة والخروج عن المعقول فيجب أن يكون التعويض في تقديره متكافئا مع الضرر الحاصل.
- أن يكون تقدير التعويض حقيقيا وليس وهميا، أي مبني على ما هو ثابت من واقع الظروف والأوراق.
- ألا يكون منطويا على استغلال السلطة، فيجب أن تستهدف منه المصلحة المتعاقدة تحقيق المصلحة العامة.

¹ بشار رشيد حسين المزوري، المرجع السابق، ص 92.
² طلبه وهبه خطاب، أحكام الإلتزام بين الشريعة الإسلامية والقانون (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، (د س ن)، ص 64.

ويراعي في تقدير المصلحة المتعاقدة للتعويض أنه لا يشترط لقيام العنصر المادي أن يكون الضرر المقرر للتعويض عنه قد لحق بالمرفق العام الذي تعاقد معه المتعامل فحسب، وإنما يراعى الضرر الذي لحق أي مرفق عام آخر طالما أن الضرر وقع من المتعاقد أو تابعيه أو وكلائه¹.

1- العنصر الزمني:

ويقصد به أن الإدارة تقوم بتقدير التعويض وقت وقوع الضرر ، وهذا يعني أن يكون تقدير الضرر حالاً، لكن هذا لا يعني عدم إمكانية التعويض عن الضرر الاحتمالي فالإدارة مثلاً تقدر التعويض عما تهدم من أبنية أقامها المقاول وقت حدوث ذلك وبالقائمة المالية للضرر في هذا الوقت، وهذا لا يمنع تقدير المقاول دفع التعويض عن الأبنية الآيلة للسقوط وفقاً للقياسات الهندسية، ولا تتوقف أهمية هذا العنصر عند اعتباره قيدياً على حرية الإدارة في تقدير التعويض وإنما يحول دون أن تطالب بالتعويض عن ضرر موهوم ليس له واقع ولا وجود إلا في مخيلتها، وهو يستلزم أن يكون الضرر قد وقع فعلاً أو يكون وقوعه حتمياً في المستقبل.

2- العنصر الشخصي:

يراعى هذا العنصر في تقدير ما إذا كان الضرر ناتجاً عن خطأ المتعاقد وحده أو مشترك بينه وبين الإدارة ، ومثال خطأ الإدارة عدم تسليمها الموقع للمتعامل المتعاقد في الوقت المحدد والمتفق عليه ، مما يحول دون إتمام العمل في الآجال ، أو عدم قيام الإدارة باستصدار الوثائق والتراخيص مما يشكل عراقيل إدارية تؤخر العمل، وتعتبر مشاركة الإدارة المتعاقدة في الخطأ سبباً لإنقاص قيمة التعويض على المتعاقد المدين وقد قضت المحكمة الإدارية العليا بتاريخ 2004/03/16 " جهة الإدارة لم تقم بتنفيذ التزاماتها بتسليم المطعون ضده موقع العمل خالياً من الموانع ليتسنى له البدء في التنفيذ..... الأمر الذي ينبأ عن إخلال الجهة الإدارية بالتزاماتها إخلالاً جسيماً تجاوز الحد المعقول بما يمثل خطأ عقدياً"².

¹ عبد الله نواف العنزي، المرجع السابق، ص ص 93-97.

- يملك القاضي مراجعة مبلغ التعويض المطالب له وتخفيضه للحد المعقول وقد قررت المحكمة الإدارية ام البواقي بتاريخ 2016/02/03 قضية رقم 15/01353 بين (ع - س) مدعي وبلدية بابار ممثلة بواسطة رئيس المجلس الشعبي البلدي مدعى عليها " حيث أن طلب المدعية المتعلق بالتعويض هو طلب مؤسس قانوناً ويتعين الاستجابة لطلبه غير أن مبلغ التعويض مبالغ فيه ويتعين على المحكمة تخفيضه للحد المعقول".

² عبد الله نواف العنزي، نفس المرجع، ص ص 93-97.

- قضت المحكمة الادارية العليا بمصر بتاريخ 2007/05/15 " حيث أنه من المقرر أن عناصر الضرر التي

ثانياً: طرق تحصيل التعويض:

يشترك التعويض مع غيره من الجزاءات الإدارية باعتباره انعكاساً للسلطة الإدارية في التنفيذ المباشر، وإرادتها المنفردة دون اللجوء للقضاء، لأن الهدف دائماً هو سيرورة المرفق العام بانتظام وباضطراد وتحقيق المصلحة العامة، لذلك تباشر الإدارة التصرف دون انتظار القضاء، وتقوم المصلحة الإدارية المتعاقدة باقتضاء التعويض بثلاث طرق هي:

- الحصول على التعويض من مستحقات المتعامل المتعاقد لديها.
 - الحصول على التعويض من مستحقات المتعامل المتعاقد لدى إدارة أخرى.
 - الحجز والبيع الإداري للمعدات والآلات التي يملكها المتعاقد سواء لديها أو لدى الغير.
- ولا يجوز للمتعامل المتعاقد الاحتجاج أو الاعتراض على إجراءات البيع والحجز الإداري إلا إذا قدم ما يثبت عدم مديونيته أو تبرئة لذمته من التعويض الذي تطالب به الإدارة، وأكد المشرع المصري في قانون المزايدات والمناقصات لسنة 98 في المادة 26 على أنه يكون للجهة الإدارية أن تخصم ما تستحق من تعويضات أو غرامات من أي مبالغ مستحقة أو تستحق للمتعاقد لديها، وفي حالة عدم كفايتها تلجأ لخصم مستحقاته لدى الجهات الإدارية الأخرى، وذلك أيما كان سبب الاستحقاق دون الحاجة لاتخاذ إجراءات قضائية، وذلك مع عدم الإخلال بحق الرجوع عليه بما تتمكن من حقوق بالطريق الإداري، وفي الأخير إذا لم تمكنها كل هذه الوسائل المتاحة لها بسلطتها الإدارية في استيفاء التعويض الذي تستحقه تلجأ كآخر إجراء للقضاء للتنفيذ على المتعاقد من ماله لدى الغير من أشخاص القانون الخاص¹.

المطلب الثالث: الإعفاء من التعويض:

يمكن إعفاء المتعامل المتعاقد من التعويض إذا كان الخطأ المسبب له خارجاً عن إرادته ولا دخل له فيه، وهناك العديد من الحالات التي تدفع المسؤولية عن المتعاقد وتغفيه من التعويض، أهمها القوة

يطالب المضرور بالتعويض عنها تخضع لسلطة المحكمة وتقديرها حيث تبسط عليها رقابتها سواء من حيث الوقائع المكونة لها أو أدلتها أو مدي استحقاق التعويض حتى يكون التعويض جابراً للضرر ومتكافئاً معه فلا يزيد عليه فيكون بغير حق، أو ينقص عنه فلا يجبره، وهو ما يستوجب ألا يتم التعويض إلا عن واقعة لها أصل ثابت وأن عبء تحديد عناصر الخطأ وأدلتها يقع دائماً على عاتق المضرور". انظر انظر خالد عبد الفتاح محمد، المرجع السابق، ص 571-572.

¹ عبد الله نواف العنزي، المرجع السابق، ص 98-99.

- قضت المحكمة الإدارية العليا بتاريخ 2000/02/15 " يحق للجهة الإدارية المتعاقدة الحصول على مستحقاتها مما يكون مستحقاً للمتعاقد معها سواء لديها أو لدى أية جهة إدارية أخرى، ولها أن تتخذ في سبيل ذلك إجراءات التنفيذ المباشر على ما تحت يدها من مبالغ مالية أو معدات أو آلات وخلافه، ولها الحق في اتخاذ إجراءات الحجز والبيع الإداري" نفس المرجع ص 98.

القاهرة، وفعل الإدارة المتعاقدة، وفعل الغير، وفي حال توافر حالات الإعفاء من التعويض فإن المتعاقد لا يلتزم بدفعه ويعفى من المسؤولية عن ذلك اتجاه المرفق العام.

الفرع الأول: القوة القاهرة:

إن القوة القاهرة أحد أهم النظريات القانونية التي تمخضت عن دراسة الالتزامات، ذلك أنها سبب من أسباب الإعفاء من تنفيذ الالتزامات لارتباطها بعوامل خارجة عن إرادة طرفي العقد، وبالتالي فإن توافرها يعفي المتعاقد من تنفيذ التزاماته، وفيما يلي سيتم تعريف القوة القاهرة وتحديد شروط تطبيقها.

أولاً: تعريف القوة القاهرة:

القوة القاهرة هي حادث مفاجئ مستقل عن إرادة المتعاقدين وغير متوقع مما يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً، والقوة القاهرة هي التي لا يكون في طاقة الشخص دفعها أو منع أثرها، وتؤدي لقطع العلاقة السببية بين الخطأ والضرر، لذلك تعد سبباً من أسباب الإعفاء من المسؤولية أياً كانت طبيعتها وبالتالي الإعفاء من التعويض.

والمشرع الفرنسي توسع في مفهوم القوة القاهرة واستحدث مفهوماً جديداً للقوة القاهرة الإدارية اختلف عن مفهومها في القانون الخاص، ويطلق عليها الحادث الخارجي الذي يؤدي لقلب اقتصاديات العقد رأساً على عقب نهائياً، فهذا الحادث لا يجعل تنفيذ العقد مستحيلاً ولكن يقرب اقتصادياته إلى ما لا نهاية، فهذه الفكرة في التشريع الفرنسي تقع وسطاً بين الظروف الطارئة والقوة القاهرة، فهي من ناحية تؤدي لقلب اقتصاديات العقد بصفة نهائية ومن جهة ثانية يصبح تنفيذ الالتزام مستحيلاً كالقوة القاهرة¹، ويتجلى اعتبار

الصالح العام في أنه من غير المنطقي أن تستمر الإدارة في تقديم مساعدات للمقاول عند حدوث ظروف طارئة إلى ما لا نهاية مما يترتب عليه أعباء إضافية على الخزينة العامة، وبالتالي الإضرار بالصالح العام، والقوة القاهرة تعتبر سبباً من أسباب الإعفاء من المسؤولية العقدية وقد تؤدي إلى فسخ العقد.

¹ سامح عبد الله عبد الرحمان محمد، سحب العمل من المقاول في عقود الأشغال العامة (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، مصر، 2016، ص ص 503-510.

وفي مصر أكدت المحكمة الإدارية العليا أنه إذا استحال التنفيذ وكان السبب أجنبي فإن الالتزام ينقضي سواء من حيث التنفيذ العيني أو التنفيذ بالتعويض ، والسبب الأجنبي هو القوة القاهرة ولكن يجب أن يكون الحادث مفاجئاً غير متوقع ومستحيل الدفع ، فإذا توافر هذان الشرطان كان الحادث أجنبياً عن الشخص كان لا بد له فيه، ويجب أن يكون عدم استطاعة التوقع لا من جانب المدين فقط بل من جانب أشد الناس يقضه وتبصراً للأمر فالمعيار موضوعي لا ذاتي فلا يكفي القياس بالشخص العادي ، كما يجب أن تكون القوة القاهرة مستحيلة الدفع فإذا أمكن دفع الحادث حتى لو استحال توقعه لم يكن ثمة قوة القاهرة ، والمشرع المصري طبق قواعد القانون الخاص على القانون العام والمرفق العام ، ولا يوجد في قضاء مجلس الدولة المصري حتى الآن ما يبين مفهوم القوة القاهرة الإدارية¹.

والمشرع الجزائري اعتبر القوة القاهرة حادثاً مفاجئاً لذلك جعلها مرادفاً له، فإذا ثبت أن سبب الضرر كان القوة القاهرة كان المدين غير ملزم بالتعويض عن الضرر الناتج عنه²، وقد تشدد الفقه والقضاء في إجازة القوة القاهرة فلا يتم قبولها إلا بصعوبة كبيرة وتشدد والإلزام بتوافر شروط محددة والهدف من ذلك الحرص على استقرار الحقوق والمراكز القانونية وعدم فتح الباب على مصرعيه تحت ستار القوة القاهرة مما يشيع الفوضى والتهرب من تنفيذ الالتزامات³.

¹سامح عبد الله عبد الرحمان محمد، المرجع السابق، ص ص 503-510.

- مجلس الدولة الفرنسي في قضية " ترام شيربورج " بتاريخ 1932/12/09 تشدد في مفهوم القوة القاهرة واعتبرها الظروف الطارئة التي تؤدي لقلب اقتصاديات العقد رأساً على عقب وتؤدي لعد عودته لتوازنه المالي بالرغم من مساعدة الإدارة وتجعل تنفيذ العقد يرتب خسائر تتجاوز في حدتها الخسائر العادية المألوفة. انظر بشار رشيد حسين المزوري، المرجع السابق، ص 80.

- L'article 1218 du Code civil dispose en ce sens que " Il y a force majeure en matière contractuelle lorsqu'un événement échappant au contrôle du débiteur, qui ne pouvait être raisonnablement prévu lors de la conclusion du contrat et dont les effets ne peuvent être évités par des mesures appropriées, empêche l'exécution de son obligation par le débiteur "

- L'article 1351 prévoit encore que : " L'impossibilité d'exécuter la prestation libère le débiteur à due concurrence lorsqu'elle procède d'un cas de force majeure et qu'elle est définitive, à moins qu'il n'ait convenu de s'en charger ou qu'il ait été préalablement mis en demeure ".

²بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 867.

المادة 127 من القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم " إذا أثبت الشخص أن الضرر الذي قد نشأ عن سبب لا يد له فيه كحادث مفاجئ، أو قوة القاهرة، أو خطأ صدر من المضرور أو خطأ من الغير، كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر، ما لم يوجد نص قانوني أو اتفاق يخالف ذلك".

³محمد سعيد عبد الرحمان، القوة القاهرة في قانون المرافعات (دراسة تأصيلية تطبيقية مقارنة)، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2011، ص ص 61-62.

ثانياً: شروط القوة القاهرة:

لكي تتوفر القوة القاهرة لا بد من توافر شروط لكي تأخذ بعين الاعتبار كسبب لانقطاع العلاقة السببية بين خطأ المتعاقد والضرر الواقع للإدارة، وبالتالي ينتفي التعويض ويعفى منه المتعاقد، وهذه الشروط هي:

● أن يكون الفعل أجنبياً عن إرادة المتعاقد: بحيث لا يكون هو السبب في وقوعه، وذلك بأي شكل من الأشكال بحيث لم يحدث من جانبه ولم يساهم بإرادته فيه، لأنه من غير المعقول القول بأن المتعاقد يستطيع أن يخلق لنفسه عذراً للتحرر من التزاماته، فلا يعتبر من قبيل القوة القاهرة أخطاء المتعاقد في تنفيذ العقد كعدم احترام الأوامر المصلحية وتأخر المتعاقد في تنفيذ التزاماته، وبالتالي فإن المقاول الذي يتأخر في تنفيذ التزاماته لا تنتفي عنه المسؤولية إلا إذا كان ذلك نتيجة القوة القاهرة، وذهب الفقه الفرنسي للقول أنه يجب أن يكون الفعل المكون للقوة القاهرة خارج دائرة نشاط المقاول، أي غير منسوب للأشخاص أو الأشياء التي يستعملها المقاول في تنفيذ الصفقة العمومية ذلك أنه إذا كان الفعل منسوباً للمتعاقد من الباطن أو المورد فلا يستطيع المتعامل المتعاقد في هذه الحالة الدفع بالقوة القاهرة¹.

● عدم امكانية التوقع: بمعنى أنه يجب أن يكون الحادث غير متوقع من المتعامل المتعاقد والعبرة بوقت إبرام العقد، فإذا كان بالإمكان توقعه عند إبرام العقد فلا تقوم القوة القاهرة، كأن يكون متعلق بحوادث تقع بشكل دوري كالفيضانات والأمطار، وبالتالي فعدم التوقع كاف لقيام القوة القاهرة، وهنا نميز بين الوقائع التي يمكن لأي شخص حريص متبصر بالأمور إذا وضع في مكان المتعاقد يستطيع توقع هذه الأمور فلا تعد من قبيل القوة القاهرة، ويتحمل المتعاقد نتائجها، مثل ارتفاع الأسعار أثناء التنفيذ لا يعد قوة القاهرة لأن القوة القاهرة

¹ سامح عبد الله، المرجع السابق، ص 512-511.

- il y a force majeure en matière contractuelle lorsqu'un événement échappant au

contrôle du débiteur, qui ne pouvait être raisonnablement prévu lors de la conclusion du contrat et dont les effets ne peuvent être évités par des mesures appropriées, empêche l'exécution de son obligation par le débiteur . Article de l'écrivain Aurélien Bamde titré "La responsabilité contractuelle (régime juridique), sur le site <https://aurelienbamde.com> à 19/11/2019 et je l'ai vu à la date 10/06/2021 à l'heure 17:20.

ترتبط بوقائع نادرة الحدوث مثل هطول الأمطار لمدة 06 أشهر متتالية أثناء تنفيذ العقد تعتبر من قبيل القوة القاهرة لأن مدة نزولها استثنائية وغير اعتيادية¹.

● عدم استطاعة الدفع: للقول بوجود قوة القاهرة يجب أن يكون الفعل غير ممكن الدفع سواء من قبل المتعامل المتعاقد أو من جانب أي شخص يمكن أن يكون في موقفه، ويجعل التنفيذ بذلك مستحيلا استحالة مطلقة فلا يعتبر من قبيل القوة القاهرة الصعوبات التي تواجه المتعاقد أثناء تنفيذ العقد مهما كانت هذه الصعوبات جسيمة ومعقدة إذا كان باستطاعة المقاول تنفيذ التزاماته مهما كانت هذه الصعوبات جسيمة ومعقدة إذا كان في استطاعته التنفيذ ولو بنفقات باهظة ، وبالتالي فإن شروط عدم استطاعة الدفع هو ما يميز القوة القاهرة عن غيرها من النظريات الأخرى التي تواجه المقاول أثناء تنفيذ التزاماته ، فذا ما كان الحادث غير ممكن الدفع وجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا فنحن أمام حالة القوة القاهرة ، أما إذا كان الحادث من شأنه أن يجعل التنفيذ مرهقا فنحن أمام نظرية الظروف الطارئة².

الفرع الثاني: فعل الإدارة:

يقصد به أن المصلحة المتعاقدة في الصفقة العمومية هي التي تسببت بخطئها في إحداث الضرر اللاحق بها واستعجلت الضرر بإهمالها³، والقانون الإداري يميز بين نوعين من تصرفات الإدارة التي تحدث الضرر وهي:

أولاً: نظرية فعل الأمير:

1- تعريف نظرية فعل الأمير: وقد عرفها سليمان الطماوي بأنها " عمل يصدر عن سلطة عامة بدون خطأ من جانبها، ينجم عنه إضراراً بمركز المتعاقد في عقد إداري " ونظرية فعل الأمير لها معنيان الأول واسع ويقصد به تدخل السلطة العامة بشكل أو بآخر على تنفيذ الالتزامات العقدية، والثاني ضيق ويقصد به إجراء تقوم به السلطة المتعاقدة ويؤثر على شروط تنفيذ العقد⁴، وتعرف أيضا بأنها الإجراء القانوني الصادر من السلطة العامة يؤدي بالنتيجة

¹ سامح عبد الله، المرجع السابق، ص ص 513-515.

² سامح عبد الله، المرجع نفسه، ص ص 516.

³ نبيل إبراهيم سعد و محمد حسن قاسم، مصادر الإلتزام (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2010، ص 242.

⁴ أحمد محمد حمد الشلماني، المرجع السابق، ص 283.

لجعل تنفيذ العقد الإداري أكثر كلفة وأشد أرهاقا للمتعامل للمتعاقد الذي يحق له المطالبة بالتعويض الكامل عن الأضرار التي لحقت به¹.

وبما أن العقود الإدارية تقوم على عدم التوازن بين المصالح وتغليب المصلحة العامة على الخاصة من أجل الوصول لتحقيق الغرض منها²، إلا أنه يمكن أن تكشف في بعض الأحيان عن عدم التوازن في القوة الاقتصادية وتحويل ميزان القوى لصالح الطرف المتعاقد من الإدارة، وهذه السلطات الباهظة للشخص العام تجعل له التفوق الاقتصادي على حساب الشخص الخاص، بالمقابل فيحق لهذا الأخير التعويض والحفاظ على التوازن المالي للعقد³. ونظرية فعل الأمير هي نتاج مجلس الدولة الفرنسي، وتشكل ركنا هاما في نظرية العقد الإداري وتعطي انطبعا صادقا عن مدى تميز العقد الإداري من ناحية آثاره عن سائر العقود المدنية، فالقاعدة في القانون المدني هي قيام المسؤولية على عاتق المتعاقد في حالة ارتكاب خطأ أدى لحدوث ضرر للمتعاقد الآخر فأركان المسؤولية العقدية هي الخطأ والضرر فضلا عن العلاقة السببية⁴.

فنظرية عمل الأمير تمثل الحادث الذي يشكل عائقا ويكون نتيجة الأوامر الصادرة عن الإدارة، فهي معيار إداري يؤدي لإرهاق غير متوقع أو تدابير تشريعية أو تنظيمية يمكن التعبير عنها من خلال التعديل لبنود العقد أو تدابير خارجية مثل زيادة التكاليف والأعباء المالية⁵.

2- شروط نظرية عمل الأمير:

هناك العديد من الشروط لإعمال نظرية فعل الأمير منها:

- يجب أن يكون العقد اداريا: والسبب أن العقود في القانون الخاص لا يستطيع أحد

¹ أروى اسماعيل مسلم، أثر نظرية عمل الأمير على إعادة التوازن المالي في العقود الإدارية ، مجلة دراسات في العلوم الإنسانية والاجتماعية ، المجلد 02 ، العدد 23 ، الأردن ، 2019/12/25 ، ص 362.

²Ibrahim Elbehery, Théorie des contrats administratifs et marchés publics internationaux, thèse pour le doctorat en droit, sciences de l'homme et société, université Nice Sophia Antipolis, France, 2004, p 349.

³ Thomas Passos Martins , L'inversion des principes du contrat administratif , BeloHorizonte, ano 17, n 69, Brasil , jul2017, P 47-49.

⁴ سامح عبد الله، المرجع السابق، ص ص 533-534.

⁵Ibrahim Elbehery, op cit , p 477.

أطرافها أن ينفرد بالقدرة على تعديل نصوصها بالإرادة المنفردة ، فلا يستطيع مثلا أن يتخذ إجراء من شأنه إضافة أعباء جديدة للطرف الآخر المتعاقد إلا بموافقته، وقد أوضحت محكمة القضاء الإداري هذا الشرط بقولها " متى كان الأمر بين الشركة وبين الحكومة خارجا عن نطاق الرقابة العقدية فإن طلب التعويض عن الأضرار التي تترتب عن التشريع الجديد استنادا إلى نظرية عمل الأمير يكون على أساس سليم من القانون ، إذ أن من المقرر ان المسؤولية التي تترتب التعويض في نطاق نظرية أعمال الأمير لا تقوم إلا في حالة ما إذا كان المضرور بسبب التشريعات الجديدة تربطه بالدولة علاقة تعاقدية أثر فيها التشريع الجديد "1، وبالتالي فنظرية فعل الأمير تشمل جميع العقود الإدارية وكل الإجراءات التي تتخذها السلطة الإدارية المتعاقدة والتي من شأنها التأثير على تنفيذ العقد وبدورها تحمل المتعامل المتعاقد أعباء لم تكن متوقعة لحظة إبرام العقد².

- أن يكون الفعل الضار صادرا عن الجهة الإدارية المتعاقدة فقط ولم يكن ذلك معمولا به في مجلس الدولة الفرنسي حيث كان أعمال النظرية يشمل كل الأعمال التي تصدر عن السلطات العامة المتعاقد منها وغير المتعاقدة، أما الاتجاه الحديث للنظرية فيشترط أن يكون الفعل الصادر قاصرا على الجهة الإدارية المتعاقدة دون سواها، فإذا صدر الفعل الضار من شخص إداري عام غير المتعاقد فلا مجال لتطبيق النظرية وهذا منذ صدور حكم مجلس الدولة الفرنسي في قضية "Ville de Roulon" بتاريخ 1949/03/04 والتي حصر فيها العمل على الجهة الإدارية المتعاقدة فقط³.

- أن يكون فعل الإدارة غير متوقع ومن شأنه أن يجعل تنفيذ العقد مستحيلا، فيجب أن

¹ سامح عبد الله ، المرجع السابق ، ص ص 533-534.

² محمد محمد حمد الشلماني، امتيازات السلطة العامة في العقد الإداري، (د-ط)، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، مصر، 2007، ص 284.

³ سامح عبد الله، المرجع نفسه ، ص 534.

- تتمثل وقائع قضية "Ville de Roulon" في أن المدينة أبرمت عقدا مع شركة الغاز والكهرباء ، وأنه تم اتخاذ إجراءات أدت لتخفيض الإضاءة التي تستند إليها شركة الكهرباء والغاز ، والتي تسببت في تخفيض إيراداتها ، واستند مجلس الدولة في حكمه أنه مادامت هذه الإجراءات ليست من عمل المدينة المتعاقدة بل من تدابير فرضتها السلطات العسكرية أثناء الحرب فلا مجال لتطبيق نظرية فعل الأمير وهذه السابقة القضائية أصبحت الأساس لحصر تطبيق النظرية على الجهة الإدارية المتعاقدة فقط وليس أي جهة إدارية أخرى خارجة عن العقد. انظر محمد محمد حمد الشلماني ، المرجع السابق ، ص 287.

يكون الفعل على درجة من معينة من الجسامة تجعل تنفيذ المتعاقد لالتزاماته في المواعيد المحددة مستحيلا، ولا يشترط أن يكون فعل الإدارة خطأ أو إهمالا من جانبها¹، وقد تشددت محكمة القضاء الإداري في ذلك في حكمها الصادر بتاريخ 1969/01/11 بالقول أنه لا مجال للخوض في نظرية عمل الأمير إلا إذا كان الأمر غير متوقع وقت إبرام العقد².

ثانيا: خطأ الإدارة:

وهي إخلال الإدارة بتنفيذ التزاماتها التعاقدية والتي تعتبر نوعا من أنواع المسؤولية القانونية³، ويعفى المتعاقد من تحمل الالتزامات المترتبة عن خطأ الإدارة، بل على العكس فالإدارة يقع عليها عبأ تعويض المتعاقد معها عن الأضرار التي تسببت فيها بفعلها الضار، وفي ذلك جاء قرار مجلس الدولة الجزائري في قراره رقم 15885 قضية بلدية سكيكدة ضد مقولة (م - ب) والمؤرخ في 2004/09/21 "حيث تمت أشغال إنجاز جدار تحويط المدرسة الابتدائية وأنه يستخلص من عناصر الملف بأن المؤسسة المستأنف عليها لحق بها ضرر فعلا من حيث أنها عندما تلقت الأمر بالخدمة لم تكن مخططات الإنجاز جاهزة، وأن قضاة الدرجة الأولى بتقريرهم منح تعويض 150.000 دج كتعويض عن الضرر اللاحق فقد قدروا وقائع القضية تقديرا سليما مما يتعين تأييد القرار المستأنف"⁴، ومن أهم أعمال الإدارة والتي توصف بالخطأ ما يلي:

- عدم تنفيذ الالتزامات التعاقدية الفنية، حيث أن الإدارة تلتزم بوضع التصاميم والمقاسات المتعلقة بالعمل وكذا المواد اللازمة للتنفيذ، وغيرها من الأمور الفنية وعدم التزام الإدارة بها يعتبر خطأ من جانب الإدارة المتعاقدة.

- تأخر الإدارة في تنفيذ التزاماته التعاقدية، حيث أن عنصر الزمن يعتبر مهما، فلا

¹ سامح عبد الله، المرجع السابق، ص 536-537.

² حمد محمد حمد الشلماني، المرجع السابق، ص 294.

³ Yves gaudemet, Le contrat administratif, un contrat hors la loi, Cahiers du conseil constitutionnel n° 17 (dossier : loi et contrat) - Mars 2005, France.

⁴ سايس جمال، الاجتهاد الجزائري في القضاء الإداري (الجزء الثالث)، المرجع السابق ص 1392.

- جاء أيضا في قرار الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى الجزائري بتاريخ 1985/03/09 رقم 40087 "القرار المضر عندما يصير نهائيا مع جميع النتائج المالية التي هي جزأ لا يتجزأ منه يجعل طلب المتقاضى المبني على عدم الشرعية القرار الإداري الذي أضر به والرامي الى الحكم له بتعويض غير مقبول" أنظر رشيد خلوفي وجمال سايس، المرجع السابق، ص ص 53-54.

يجوز لها إيقاف الأشغال دون سبب أو تأخيرها بدأ الأشغال، لأن الأضرار التي تترتب عن ذلك هي من تتحمل مسؤوليتها لأن ذلك يعتبر خطأ صادر عنها.

- امتناع الإدارة عن تنفيذ التزاماتها التعاقدية، فعرقلة الإدارة لتنفيذ الأشغال أو عدم التنفيذ السليم لبنود العقد يعفي المتعاقد من الأضرار التي تتسبب فيها الإدارة بهذا الإخلال التعاقدى من جانبها.

- تأخر الإدارة في تنفيذ التزاماتها المالية اتجاه المتعاقد، حيث لا تقوم مثلا بالوفاء بالمبالغ المستحقة له مما يؤثر على عملية تنفيذ العقد واختلال التوازن المالي للمتعاقد¹.

الفرع الثالث: فعل الغير:

قد يتدخل أثناء سريان عملية تنفيذ الصفقة العمومية شخص لا علاقة له بالعقد ويؤدي الى الخلل وعرقلة تنفيذها بطريقة طبيعية وعادية، وتدخل الغير يطرح إشكال مسؤولية المتعاقد عن الضرر الذي تسبب فيه هذا الغير ومدى جواز اعفائه من المسؤولية، وسيتم تبين ذلك من خلال تعريف فعل الغير وشروطه.

أولاً: تعريف فعل الغير:

ويقصد بالغير الأجنبي عن العقد الشخص الذي لا يكون طرفاً في العقد، كما يجب ألا يكون المدين مسؤولاً عنه، لأنه إذا صدر التصرف من الغير وحال دون تنفيذ العقد أو تسبب في التأخر في تنفيذه انتقت مسؤولية المدين وهو المتعامل المتعاقد، فلا يؤاخذ بالضرر الذي تسبب فيه الغير لأنه لا يتحمل خطأ غيره، كما أن المدين يمكنه نفي المسؤولية عن الضرر عنه بنفي العلاقة السببية بين الخطأ الذي لم يرتكبه والضرر الحاصل، ويستطيع إثبات السبب الأجنبي الذي تدخل كطرف ثالث بفعله الضار².

ثانياً: شروط فعل الغير:

يشترط في فعل الغير الذي يعد سبباً أجنبياً خارجاً عن إرادة المتعاقد في إحداث الضرر الذي يترتب التعويض ما يلي:

- أن يكون الفعل الصادر من الغير خطأ سواء كان واجب الإثبات أو مفترضا، فإذا

¹ أروى اسماعيل مسلم، المرجع السابق، ص ص 373-380.

² بشار رشيد حسين المزوري، المرجع السابق، ص 83.

لم يكن الفعل هو الخطأ الذي تسبب في الضرر فلا أثر له على مسؤولية المتعاقد، فيجب ألا يكون المتعاقد هو من ارتكب الفعل بنفسه¹.

- ألا يكون الغير الصادر عنه الخطأ ممن يتحمل المتعاقد المسؤولية عنهم، أي يجب ألا يكون المتعاقد في مركز المتبوع أو متولي الرقابة، وإلا امتنع عن الاحتجاج بفعل الغير للتوصل من التعويض.

- أن يكون خطأ الغير هو السبب الوحيد في انتاج الضرر الموجب للتعويض، ذلك أنه إذا ساهم المتعاقد بفعله في إحداث الضرر فهنا لا نكون أمام إعفاء من التعويض، وإنما نكون أمام توزيع المسؤولية بين المتعاقد والغير الذي ساهم في إحداث الضرر².

¹Laurent Riche, Droit des contrats administratifs, 5^e Edition, LGDJ-Montchrestien, Paris, France, 2006, p 284.

Du Conseil d'état du 29/07/1983 Bouger est contrairement aux apparences , une application de cette solution: il admet qu'un architecte peut invoquer la faute des autres constructeurs , mais seulement a la réalisation de la totalité du dommage . il faut cependant reconnaître qu'en pratique la nuance est parfois difficile a saisir. même référence p 285.

²محمد المنجي، دعوى التعويض، الطبعة الأولى، منشأة المعارف بالاسكندرية، مصر، 1990، ص314.
- تقول محكمة النقض المصرية في قرارها بتاريخ 1968/04/03 " من المقرر قانوناً أن فعل الغير أو المضرور لا يرفع المسؤولية عن الأعمال الشخصية أو يخفف منها، إلا إذا اعتبر هذا الفعل خطأ في ذاته وأحدث وحده الضرر أو ساهم فيه"
- كما قضت بتاريخ 1979/03/07 " يشترط في خطأ الغير، الذي يعفي الناقل من المسؤولية إعفاء كاملاً، ألا يكون في مقدور الناقل توقعه أو تفاديه، وأن يكون هذا الخطأ وحده هو الذي سبب الضرر للراكب" انظر نفس المرجع، ص 314-315.

خلاصة الفصل الثاني:

الجزاءات المالية لا تقتصر على الغرامة التأخيرية ، بل يوجد أيضا مصادرة التأمين والتعويض، فهي جزاءات تستهدف الذمة المالية للمتعاقد من أجل دفعه للوفاء بالتزاماته ، على اعتبار أن الجانب المالي أكثر الجوانب تأثيرا على المتعاقد، فبالنسبة لمصادرة التأمين يمنح الإدارة المتعاقدة سلطة مصادرة مبلغ التأمين الذي دفعه المتعاقد مسبقا ضمانا لحسن تنفيذ الصفقة العمومية على الشروط والمعايير المتفق عليها، وبالتالي وعند حدوث العكس ينصب الجزاء على هذا المبلغ الذي يوجد أصلا في يد الإدارة ويكون من السهل عليها السيطرة عليه في حال الإخلال بالتنفيذ، وقد كفل القانون من الوسائل والهيئات التي تضمن للمصلحة المتعاقدة الحصول على مبلغ ضمان حسن التنفيذ وكذا ما يمكنها من السيطرة عليه في حال توقيع جزاء المصادرة، وإذا كان مبلغ التأمين المصادر كافيا لتغطية الضرر الذي حصل للمرفق العام ، فإن الإدارة في هذه الحالة لا تملك التعويض إلا ما كان منه متجاوزا لمبلغ التأمين لتغطية ما زاد عن قيمة هذا الأخير من أضرار ، وذلك تحقيقا للعدالة وحماية للمتعاقد.

أما بالنسبة لجزاء التعويض فهو أيضا أحد الوسائل التي تلجأ إليها الإدارة لإرغام المتعاقد على الوفاء بالتزاماته، وإن كان من حيث المبدأ تطبق عليه الأحكام العامة للتعويض في القانون المدني ، إلا أنه يتميز بالخصوصية الإدارية عند تطبيقه كجزاء إداري في الصفقات العمومية، والتعويض تواجه به الإدارة الضرر الناتج عن تقاعس المتعاقد في تنفيذ التزاماته، وهو يقوم على الأركان العامة للمسؤولية من خطأ وضرر وعلاقة سببية، بالإضافة إلى الشروط الخاصة التي يجب توافرها باعتباره جزاء في الصفقة العمومية ، وسلطة الإدارة في التعويض هي انفرادية دون اللجوء للقضاء، لكن هذه السلطة ليست مطلقة لأنه بالمقابل يمكن للمتعاقد اللجوء للقضاء من أجل مراجعة مبلغ التعويض أو في حال التعسف في توقيع الجزاء.

يخضع جزاء مصادرة التأمين والتعويض للعديد من الأحكام التي تضمن تحقيق الهدف منها وهو ضمان سير المرفق العام وتحقيق المصلحة العامة، ويكون ذلك بالحصول على المبالغ المالية التي تستحقها سواء في حال إخلال المتعاقد بالتزاماته أو من أجل جبر الضرر الذي تسبب فيه، ويبقى دائما للمتعاقد مخاصمة قرار الإدارة قضائيا بتوقيع الجزاء عليه في حال تعسفها أو تجاوز سلطتها.

الباب الثاني: الجزاءات غير المالية

إضافة للجزاءات المالية التي تستخدمها المصلحة المتعاقدة من أجل الوصول لحسن تنفيذ الصفقة العمومية ودفع المتعاقد معها لذلك، نجد أيضا جزاءات أخرى تعتبر الأشد والأخطر لأنها تمس بالمركز القانوني للمتعاقد والمتعاقد وتؤدي للاستغناء عنه مؤقتا أو نهائيا ، وهذه الجزاءات هي غير مالية وتكون في شكلين، الأول الجزاءات الضاغطة والثاني الفسخ الجزائي، فالجزاءات الضاغطة أو ما يعرف بالتنفيذ العيني للصفقة العمومية يستبعد فيها المتعاقد مؤقتا وليس بصفة نهائية ، ويكون ذلك بحلول الإدارة محله في تنفيذ الالتزامات أو استبداله بمتعاقد جديد مع بقاء العقد قائما مع المتعاقد الأصلي دون إنهائه ، ويكون أيضا المتعاقد الأول مسؤولا أمام الإدارة رغم استبعاده عن تنفيذ الصفقة العمومية ، وإذا كانت الجزاءات الضاغطة مؤقتة يغلب عليها التهديد والطابع العقابي، إلا أنها تجعل المتعاقد في وضع خطير قد يؤدي في حال استمرار تقاعسه إلى الاستغناء عنه نهائيا ، لذلك فإن هذه الجزاءات هي مقدمة الفسخ الجزائي ومرحلة حاسمة في تنفيذ الصفقة العمومية ، وللمتعاقد الامتثال والاستمرار في العقد أو إنهاء التعاقد معه في حال استمرار عدم تنفيذه، وإنهاء الصفقة العمومية عن طريق الفسخ الجزائي يعتبر آخر الحلول التي تلجأ لها المصلحة المتعاقدة والتي تنهي فيه الصفقة حفاظا على المصلحة العامة وضمانا لحسن سير المرفق العام و استمراره ويتم بذلك الاستغناء نهائيا عن المتعاقد .

يتعرض الباب الثاني من هذه الأطروحة للتفصيل في الجزاءات الضاغطة والفسخ الجزائي في الصفقة العمومية كجزاءات غير مالية تملك الإدارة المتعاقدة سلطة ممارستها على المتعاقد بهدف إنجاح الصفقة وحسن تنفيذها، وتكون دراسة هذه الجزاءات في فصلين:

الفصل الأول: التنفيذ العيني (الجزاءات الضاغطة)

الفصل الثاني: الفسخ الجزائي

الفصل الأول: التنفيذ العيني (الجزاءات الضاغطة):

إن التنفيذ الأفضل والأمثل للصفقة العمومية يستدعي المتابعة المستمرة والإشراف المستمر من المصلحة الإدارية المتعاقدة لمدى تنفيذ المتعامل المتعاقد لالتزاماته التعاقدية، وذلك لضمان حسن سير الرفق العام، ويعتبر التنفيذ العيني أو ما يعرف بالجزاءات الضاغطة، من بين الجزاءات التي تملك الإدارة توقيعها على المتعاقد في حال إخلاله بهذه الالتزامات، هذه الجزاءات التي تعتبر تدابير ردعية تبادر بها المصلحة المتعاقدة سواء عن طريق تنفيذها المباشر للصفقة أو إحلال متعاقد آخر محل المتعاقد الأصلي، وتعد هذه الجزاءات مقدمة تنبأ بانتهاء الصفقة في حال عدم استقامة المتعاقد و استمراره في التقصير وعدم فعالية هذه الجزاءات و جدواها معه، والجزاءات الضاغطة هي جزاءات مؤقتة لا تنهي العقد بل يستمر ولكنها تؤثر على مركز المتعاقد بالاستغناء عن بصفة مؤقتة وإحلال متعاقد آخر محله، وسلطة الإدارة في تطبيق الجزاءات الضاغطة هي سلطة انفرادية مباشرة دون اللجوء للقضاء، ولكن بالعديد من الضوابط التي تضيء صفة الشرعية وعدم التعسف في الجزاء، وإلا كان محل طعن قضائي من طرف المتعامل المتعاقد الذي يرى تعسفا في استعمال السلطة أو تجاوزا في توقيع الجزاء عليه، ومن أهم مظاهر الجزاءات الضاغطة سحب العمل من المقاول في صفقة الأشغال العامة، والشراء على حساب المتعاقد في صفقة التوريد، وفي هذا الفصل سيتم التطرق لهذه الجزاءات الضاغطة في مبحثين:

المبحث الأول: سحب العمل من المقاول

المبحث الثاني: الشراء على حساب المورد

المبحث الأول: سحب العمل من المقاول

يعرف هذا الجزاء أيضا بوضع المقاوله تحت الإدارة المباشرة، ويعتبر من الحلول التي تتخذها المصلحة الإدارية المتعاقدة في صفقة الأشغال العامة لمواجهة المقاول الذي يقصر في تنفيذ التزاماته، وهو تطبيق لفكرة التنفيذ العيني في مجال العقود الإدارية ووسيلة من وسائل الضغط، لإجبار المتعاقد على التنفيذ السليم لالتزاماته التعاقدية ضمانا لسيرورة المرفق العام، والمصلحة المتعاقدة تقوم في هذا الجزاء بسحب الأشغال من المقاول لتباشرها إما بنفسها أو

تعهد به المقاول آخر بتعاقد يكون على حساب وتحت مسؤولية المقاول الأول، وسحب العمل من المقاول يتطلب توافر العديد من الشروط التي تضمن حسن استعماله من جهة ، وعدم تعسف الإدارة من جهة أخرى، كما أن هذا الجزاء وإن كان لا ينهي التعاقد إلا أن له العديد من الآثار التي يتحملها المقاول الذي تسبب في عدم تنفيذ الأشغال، ومن خلال هذا المبحث سيتم دراسة جزاء سحب العمل من المقاول من خلال مطلبين:

المطلب الأول: تعريف سحب العمل من المقاول وشروطه

المطلب الثاني: حالات سحب العمل من المقاول وآثار السحب.

المطلب الأول: مفهوم سحب العمل من المقاول:

من خلال هذا المطلب سيتم التفصيل في تعريف جزاء سحب العمل من المقاول، والذي يسبقه تعريف صفقة الأشغال العامة باعتبارها الصفقة العمومية محل الجزاء، ويشمل التعريف الجانب الفقهي والقانوني والقضائي، ثم بعد ذلك المرور للشروط الواجب مراعاتها قبل أعمال هذا الجزاء وتوقيعه على المتعامل التعاقد.

الفرع الأول تعريف سحب العمل من المقاول:

لقد وردت العديد من التعريفات لجزاء سحب العمل من المقاول باعتباره أحد أهم الجزاءات الضاغطة التي تمارسها الإدارة المتعاقدة على المتعامل المتعاقد معها في صفقة الأشغال العامة، لكن إلى جانب تعريف سحب العمل من المقاول لا بد أولاً من التطرق لتعريف موضوعه وهو صفقة الأشغال العامة على اعتبار أنها محل الجزاء، وسيتم التعريف من الجانب التشريعي والفقهي والقضائي، وفيما يلي أهم هذه التعريفات:

أولاً: تعريف صفقة الأشغال العامة:

تعتبر صفقة الأشغال العامة من أهم الصفقات العمومية المرتبطة مباشرة بالمشاريع الكبرى والتنمية في الدول، وتحظى هذه الصفقة بالاهتمام الكبير ليس من الجانب الاقتصادي فحسب بل من مختلف الجوانب المتعلقة بالتنمية، وقد لقيت العديد من التعاريف.

1- التعريف الفقهي:

لقي عقد الأشغال العامة الاهتمام الكبير من الفقهاء الذين اجتهدوا في تعريفه، وذلك باعتباره أهم العقود التي تبرمها لإدارة المتعاقدة من أجل تنفيذ عمليات الأشغال العامة وتحقيق التنمية ومن بين هذه التعريفات نجد:

- عرفه الفقيه الفرنسي أندري دي لوبادير " عقد الأشغال العامة أن يقوم شخص من أشخاص القانون الخاص وهو المتعاقد المقاول بإنشاء أو إصلاح أو ترميم " .

- عرفه شارل ديباش " عقود الأشغال العامة هي أن يعهد إلى مقاول كي يبني أو يرمم عقارا لحساب شخص عام تحقيقا للصالح العام"¹.

- عرفه سليمان الطماوي " عبارة عن اتفاق بين الإدارة وأحد الأفراد والشركات بقصد القيام ببناء أو ترميم أو صيانة عقارات لحساب شخص معنوي عام، وبقصد تحقيق منفعة عامة، في نظير المقابل المتفق عليه، ووفقا للشروط الواردة بالعقد"².

- عرفه عبد الفتاح حسن " عقد يوكل به شخص عام الى شخص خاص القيام بأعمال

ترد على عقار، مقابل ثمن يحدد في العقد فسمته الأساسية أن الأشغال المطلوب القيام بها بموجب العقد ترد على عقار مبني أو غير مبني، ويقصد بالأشغال المعنى الواسع لهذا التعبير فهي تشمل أعمال الإنشاء والترميم والصيانة والتعديل والهدم وغيرها وبالمقابل لا تعتبر أشغالا عامة الأعمال التي ترد على منقول أيا كان حجمه أو قيمته ولو كان مملوكا للدولة ومخصصا للمنفعة العامة"³.

2- التعريف القضائي:

- عرفته محكمة القضاء الإداري المصري في حكمها بتاريخ 1956/12/23 " ...ومن حيث أن عقد الأشغال العامة هو عقد مقاوله بين شخص من أشخاص القانون العام، وفرد أو شركة بمقتضاه يتعهد المقاول بالقيام بعمل من أعمال البناء أو الترميم أو الصيانة في عقار لحساب هذا الشخص المعنوي العام، وتحقيقا لمصلحة عامة مقابل ثمن يحدد في العقد " .

- عرفه قسم الرأي المصري مجتمعا في فتواه رقم 329 بتاريخ 1949/12/16 " .

¹برهان زريق، عقد الأشغال العامة، الطبعة الأولى، (د - د - ن)، سوريا، 2016، ص 07.

² سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 122.

³ برهان زريق، المرجع نفسه، ص 09.

عقد يتعهد بمقتضاه مقاول للحكومة بأن يقوم بتنفيذ عمل معين تحت مسؤوليته وبإشرافها، مقابل مبلغ نقدي يدفع إليه حسب الأسس الموضحة بالتعاقد. والعنصران الأساسيان في عقد المقاول هما قيام المقاول بإنشاء العمل المتفق عليه، دون أن يكون له حق استغلاله، وقيام الإدارة بدفع المبلغ النقدي للمقاول¹.

3- التعريف التشريعي:

- عرفه المشرع الجزائري في المادة 29 من المرسوم الرئاسي 15-247 " تهدف الصفة العمومية للأشغال إلى انجاز منشأة أو أشغال بناء أو هندسة مدنية من طرف مقاول، في ظل احترام الحاجات التي تحددها المصلحة المتعاقدة صاحبة المشروع. وتعتبر المنشأة مجموعة من أشغال البناء أو الهندسة المدنية التي تستوفي وظيفة اقتصادية أو تقنية. تشمل الصفة العمومية للأشغال بناء أو تجديد أو صيانة أو تأهيل أو تهيئة أو ترميم أو إصلاح أو تدعيم أو هدم منشأة أو جزء منها، بما في ذلك التجهيزات المرتبطة بها الضرورية لاستغلالها"².

- عرفها المشرع الفرنسي في المادة 1111 فقرة 02 من الأمر رقم 18-1074، والمادة الأولى من قانون المشتريات الفرنسي رقم 06-975، والتي أكد فيها المشرع الفرنسي على موضوع صفة الأشغال العامة وأهدافها على اعتبارها تهدف لتحقيق وظيفة اقتصادية بالدرجة الأولى، فصفة الأشغال هي عقد مبرم مع المقاولين، والغرض منها تنفيذ أو تصميم وتنفيذ هيكل أو مبنى أو مدني بشكل مشترك. الأعمال الهندسية التي تلبي الاحتياجات التي تحددها السلطة المتعاقدة التي تمارس إدارة المشروع³.

¹ سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 122.

² المادة 29 من المرسوم الرئاسي 15-247.

³ Article L1111-2de ordonnance n° 2018-1074 du 26 novembre 2018 portant partie législative du code de la commande publique "Un marché de travaux a pour objet :

1° Soit l'exécution, soit la conception et l'exécution de travaux dont la liste figure dans un avis annexé au présent code ;

2° Soit la réalisation, soit la conception et la réalisation, par quelque moyen que ce soit, d'un ouvrage répondant aux exigences fixées par l'acheteur qui exerce une influence déterminante sur sa nature ou sa conception.

Un ouvrage est le résultat d'un ensemble de travaux de bâtiment ou de génie civil destiné à remplir par lui-même une fonction économique ou technique".

Article 1^{er} de Décret n° 2006-975 du 1er août 2006 portant code des marchés publics "Les marchés publics de fournitures sont les marchés conclus avec des fournisseurs qui ont pour objet l'achat, la prise en crédit-bail, la location ou la location-vente de produits ou matériels."

ومما سبق ولكي نكون أمام عقد الأشغال العامة يجب توافر العناصر التالية:

1- يجب أن ينصب موضوع العقد على عقار: ويقصد بذلك أن يكون موضوع العقد

عقارا يتناول أساسا أشغال البناء والترميم كبناء دور المصالح العامة وإقامة الجسور والسدود والحفر والردم، ويتسع المشرع الفرنسي في هذا ليمتد برأيه عقد الأشغال لأعمال الصيانة كالتنظيف والكنس في الأماكن العامة، ويمتد معنى العقار للعقار بالتخصيص حيث تعتبر العقود المتعلقة به عقود أشغال عامة كإقامة الخطوط التليفونية ومد الأسلاك تحت الماء، وتستثنى من معنى عقود الأشغال العامة المنقولات مهما بلغت ضخامتها أو قيمتها ولو كانت أموال الدومين العام¹.

2- يجب أن يتم العمل لحساب شخص معنوي عام: فلا يشترط مجلس الدولة الفرنسي

أن يكون العقار محل الأشغال العامة ملكا لشخص معنوي عام، فقد يكون ملكا لشخص خاص لكن العمل يتم لحساب شخص عام، ويعتبر كذلك إذا كان للشخص المعنوي الإشراف المباشر على الأشغال.

3- يجب أن يكون الغرض من الأشغال موضوع العقد تحقيق النفع العام: ويقصد

بذلك أن يكون الهدف من الأشغال هو تحقيق المصلحة العامة ولو كان العقار المخصص للمرفق العام ملكا خاصا، كما أن الغرض يتحقق أيضا ولو كان العقار ليس من الأملاك العامة، وهذا العنصر من عناصر عقد الأشغال العامة هو نتيجة فصل مجلس الدولة الفرنسي بين فكرة الأشغال العامة وفكرتي المرفق العام والأموال العامة.

ثانيا: تعريف سحب العمل من المقاول:

إن سلطة المصلحة الإدارية المتعاقدة في سحب العمل من المقاول عند الوقوع في اخلال في تنفيذ الالتزامات التعاقدية والتقصير فيها مستمدة من أهمية صفقة الأشغال العامة والمشاريع الكبرى المرتبطة بها والتي تتأثر بكل خطأ أو تقصير من المتعامل المتعاقد وتؤدي لتأخر انجاز

Article 1^{er} de Décret n° 2006-975 du 1er août 2006 portant code des marchés publics " Les marchés publics de travaux sont les marchés conclus avec des entrepreneurs, qui ont pour objet soit l'exécution, soit conjointement la conception et l'exécution d'un ouvrage ou de travaux de bâtiment ou de génie civil répondant à des besoins précisés par le pouvoir adjudicateur qui en exerce la maîtrise d'ouvrage. Un ouvrage est le résultat d'un ensemble de travaux de bâtiment ou de génie civil destiné à remplir par lui-même une fonction économique ou technique."

¹ سليمان الطماوي ، المرجع السابق ، ص 123.

الأشغال أو خسائر مالية للمصلحة المتعاقدة، لذلك كانت سلطة توقيع الجزاء ضرورية تمتد لسحب العمل من المقاول واستبداله بآخر، وقد وردت العديد من التعريفات لهذا الجزاء وأهمها:

1- التعريف الفقهي:

- عرف بأنه " جزاء بمقتضاه تحل الإدارة المتعاقدة بنفسها أو عن طريق شخص آخر محل المقاول المقصر في تنفيذ التزاماته التعاقدية وذلك لكفالة تنفيذ الأشغال لحساب المقاول وتحت مسؤوليته"¹.

- هو حلول الإدارة محل المتعاقد أو قيامها بإحلال شخص آخر محله في تنفيذ التزاماته ، ولا يتضمن هذا الجزاء إقصاء المتعاقد المقصر بل يظل مسؤولاً أمام الجهة الإدارية وتتم العملية على حسابه وتحت مسؤوليته ، وغالبا ما ينص العقد أو دفتر الشروط على سلطة الإدارة في سحب العمل من المتعاقد المقصر وتنفيذه على حسابه وتحت مسؤوليته ، وذلك عند تحقق إحدى الحالات المنصوص عليها ولكن مع ذلك تستطيع الإدارة اللجوء إليها ولو لم ينص العقد على ذلك اعمالا لامتيازها في التنفيذ المباشر واستنادا للقواعد العامة التي يقوم عليها النظام العام ، فلا يمكن لها التنازل عن سلطاتها ، ذلك أن جزاء السحب يتوقف فقط على سلطتها وحققها في اللجوء اليه إذا رأت المصلحة العامة ذلك باعتبارها المسؤولة عن سير المرفق العام².

- عرفه عبد المجيد فياض بأنه " أن تحل الإدارة محل المقاول المقصر في تنفيذ أعماله وقيامها بتنفيذ العمل بنفسها على حسابه، أو تعهد الى الغير بتنفيذ هذه الأعمال لإنجاز العمل"³.

- للإدارة في حالة تخلف أو تأخر المقاول في تنفيذ أي من التزاماته الحق في سحب العمل منه وتنفيذه على حسابه بنفسها أو بواسطة الغير حيث يكون ذلك بمثابة وضع المقولة تحت الإدارة المباشرة لجهة التعاقد وذلك ضمانا لحسن سير المرفق العام.

¹ بلاوي يسين بلاوي، الجزاءات الضاغطة في العقد الإداري، (د-ط)، دار الكتاب القانونية، مصر، 2011، ص ص 155-156.

² عمار حسين علي المرسومي، سلطة الإدارة العامة بسحب المشروع في عقود الأشغال العامة في القانون العراقي (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير في القانون، جامعة الاسراء، الاردن، 2012، ص ص 18-20.

³ صوفية عباد، سلطة الإدارة في توقيع جزاء سحب العمل من المقاول فيصفقة الأشغال العامة في التشريع الجزائري، مجلة العلوم القانونية والسياسية، المجلد 09، العدد 02، جامعة الوادي، الجزائر، بتاريخ 28/06/2018، ص 588.

- عرف أيضا في الفقه الفرنسي بأنه من العقوبات القسرية في عقود الأشغال العامة في حال حدوث خطأ معين وجدي من المقاول، كالتأخير في التنفيذ أو التوقف عن العمل أو سوء الصنعة، فتقوم الإدارة بالحلول محله، أو استبداله بطرف ثالث لضمان تنفيذ العقد على حساب الطرف المتعاقد، لأنه يتم الحفاظ على العلاقات التعاقدية، ولكن بعد إشعار رسمي مسبق¹.

- يرى جانب من الفقه الفرنسي أن سحب العمل من المقاول يعد في حقيقته تطبيقا للمادة 1144 من القانون المدني الفرنسي التي تسمح للدائن في حالة عدم التنفيذ بأن يقوم بنفسه بتنفيذ الالتزام على حساب المدين ، فهذا التنفيذ بواسطة الدائن ليس إلا طريقا استثنائيا يملك القاضي وحده سلطة الأمر به ، لكن جزاء سحب العمل يتميز بخاصية تختلف عن هذا التطبيق باعتباره حقا استثنائيا غير مألوف إلا أنه لا يتقرر من سلطة قضائية وإنما هو قرار صادر من الإدارة المتعاقدة²، كما يعتبر الأشغال العامة هي الأشغال المنفذة لحساب شخص عام لغرض تحقيق المصلحة العامة كما أن محله العقار ، ذلك أن هذا الأخير هو المحدد الموضوعي لتشغيل الأعمال فهو ينصب على أعمال عقارية سواء كانت بناء أو تشييد أو اصلاح³.

2- التعريف القضائي:

- عرفته محكمة القضاء الإداري في مصر في حكمها 1957/03/17 بقولها " من وسائل ضغط الإدارة على المتعاقد المقصر أن تحل هي بنفسها محله أو أن تعمل على إحلال شخص آخر محله في تنفيذ الالتزام"⁴.

- عرفته المحكمة الإدارية العليا في مصر في قرارها الصادر بتاريخ 1961/04/22 " جزاء من الجزاءات التي تملك جهة الإدارة ممارستها، فهي وسائل ضغط وإجراءات قهرية يبررها أن العقود الإدارية يجب ان تنفذ بدقة لأن سير المرافق العامة يقتضي ذلك".
- كما عرفته محكمة الإداري المصرية في قرارها الصادر في 1956/12/09 بأنه "

¹ Emmanuelle Gillet-Lorenzi Seydou Traoré, Droit administratif des biens, Les éditions du C.N.F.P.T, Paris, France, 1ère édition, 2007 , P205.

² بلاوي يسين بلاوي، المرجع السابق، ص 157.

³ Grégory Kalflèche , Des marchés publics à la commande publique l'évolution du droit des marchés publics, thèse pour le doctorat en droit, Droit – Économie – Sciences sociales, Université Panthéon-Assas (Paris II), France, 2004, pp 74-81-82.

⁴ سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 503.

عندما يخل المقاول في تنفيذ التزاماته التعاقدية أو يتراخى في تنفيذها فإن الإدارة لها من الإجراءات التي تكفي لضمان تنفيذ الأشغال لتأمين سير المرافق العامة وعلى هذا الأساس فإن الإدارة تستطيع أن تحل بنفسها محل المقاول المقصر في انجاز العمل أو أن تعهد به إلى مقاول آخر بتنفيذه¹.

3- التعريف التشريعي:

يعرف في التشريع الجزائري بوضع المقولة تحت الادارة المباشرة أو النظام المباشر ، ويقصد به ارغام المقاول على تنفيذ التزاماته دون الغاء العقد الذي يبقى منتجا لآثاره وهو إجراء مؤقت²، وعرفه المشرع الجزائري في المادة 35 الفقرة 03 من دفتر الشروط الإدارية العامة المطبق على صفقات الأشغال العمومية الخاصة بوزارة البناء والأشغال العمومية والنقل بأنه " إذا لم ينفذ المقاول المقنضيات المفروضة يجوز للمهندس الرئيس باستثناء حالة الاستعجال بعد عرض المسألة على الوزير أن يأمر بإجراء النظام المباشر " ، وما يلاحظ أن نص المادة يتضمن الإشارة إلى النظام المباشر، والمقصود منه وضع المقولة تحت الإدارة المباشرة لصاحب الأشغال (الإدارة) فتحل محل المقاول وتعين مدير يقوم بتنفيذ الأشغال على حساب المقاول وتحت مسؤوليته³.

ثالثا: الطبيعة القانونية لسحب العمل من المقاول:

إن الإدارة تستمد سلطتها في هذا الجزاء من امتيازات السلطة العامة التي تتمتع بها في تسييرها للمرفق العام وضمان سيره ، وللإدارة السلطة التقديرية في اختيار الوسيلة التي تنفذ بها الأعمال التي يتم سحبها من المقاول المقصر سواء تنفيذها بنفسها أو تكليف الغير وفقا للقواعد العامة المبينة في قانون الصفقات العمومية ، وقد جرى قضاء المحكمة الإدارية العليا في مصر على أن سحب الأعمال وتنفيذها على حساب المقاول ليس قرارا إداريا وإنما هو إجراء تقوم به جهة الادارة تنفيذا للعقد ، وهو لا ينهي العقد لأنه مجرد إجراء تمهيدي يعقبه إجراء آخر هو قيام الإدارة بالعمل بنفسها أو الاتفاق مع مقاول آخر بالإجراءات التي حددها

¹ بلاوي يسين بلاوي، المرجع السابق، ص 157.

² بن شعبان علي ، المرجع السابق، ص 109.

³ هاشمي فوزية، سلطة الإدارة المتعاقدة في تطبيق الجزاءات الضاغطة على المتعاقد معها، المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية، العدد 03، المجلد 02، الأغواط، الجزائر، بتاريخ 30 مارس 2018، ص 384.

المشرع¹. ويرى كثير من الفقهاء أن فرض هذا الجزاء مرتبط بالنظام العام ، وبالتالي لا تكون بحاجة للنص عليه في العقد ، ويخضع اصدار قرار تنفيذ التعاقد على حساب المتعاقد المقصر أو الممتنع عن الوفاء بالتزاماته للسلطة التقديرية للإدارة طبقا لقاعدة التنفيذ العيني للالتزام التعاقدية حيث تقوم الإدارة باتخاذ هذا القرار دون حاجة في ذلك للجوء للقضاء ضمانا لحسن سير المرفق العام ، والإدارة لجانب ذلك تملك توقيعه ولو لم يتم النص عليه في العقد لأنه يعتبر من النظام العام ، كما أنها لا تملك التنازل عنه بأن تضمن العقد عقودها نصا يحرم الإدارة من استعمال سلطتها في سحب العمل من المقاول وأن نصا من هذا القبيل يكون باطلا ، وتجدر الإشارة إلى أن عقود الأشغال العامة غالبا ما تتضمنها دفاتر الشروط تتضمن أحكاما ثابتة من هذه الأحكام النص على سحب العمل من المقاول في حالة اخلاله أو تراخيه².

ومما سبق فإنه لا يجوز الاتفاق على استبعاد سلطة الادارة في سحب العمل من المقاول سواء بشكل صريح يتضمن العقد نصا يفيد ذلك ، أو ضمنا بأن يتضمن العقد النص على الغرامة أو التعويض كجزاء لإخلال المتعاقد ويحتج به المتعاقد بعد ذلك بأن النص على التعويض أو الغرامة المالية كجزاء لعدم الوفاء بالالتزام بصفة عامة ، وأن هذا الجزاء المنصوص عليه يستبعد صراحة جزاء سحب العمل ، وهو ما ذهب اليه مجلس الدولة الفرنسي في حكمه الصادر بتاريخ 2012/03/12 بقوله " إذا كان اخلال المتعاقد بالتزاماته جسيما ، دون الاحتجاج بالغرامة المنصوص عليها في المادة 133 من دفتر الشروط الخاصة بالمشروع في حالة التأخير في انجاز الأعمال فهذه الغرامة المنصوص عليها لا يمكن أن تكون عقبة أو عائقا في وضع المقاوله تحت الإدارة المباشرة حالة التأخير غير العادي"³.

الفرع الثاني: شروط سحب العمل من المقاول:

إن حق الإدارة بوضع المشروع تحت الإدارة المباشرة في عقد الأشغال العامة كجزاء للمقاول المتعاقد على تقصيره في تنفيذ التزاماته القانونية، يعتبر إعمالا لامتيازاتها في ممارسة السلطة العامة، وعلى الرغم من التسليم أنه سلطة انفرادية لا دخل للقضاء فيها، إلا أنه يجب توافر شروط لشرعيته، ولا

¹ هيثم حليم غازي، المرجع السابق، ص ص 144-145.

² مصطفى سالم النجيفي، المرجع السابق، ص ص 229-230.

³ بلاوي يسين بلاوي، المرجع السابق، ص ص 162-163.

بد من إجراءات على المصلحة الإدارية المتعاقدة مراعاتها، وذلك حتى لا يكون جزاءها عرضة للمنازعة القضائية من المتعاقد ، وهذه الشروط هي :

أولاً: الخطأ الجسيم:

يعتبر الخطأ الجسيم كل مخالفة من المقاول توجب توقيع جزاء سحب العمل منه ، وصفقة الأشغال العامة باعتبارها من اهم العقود الإدارية فإن جسامته الخطأ فيه تتسم بالخصوصية وهي تؤثر بشكل كبير على سيرورة المرفق العام ، والملاحظ أن الأخطاء التي تسبب سحب العمل من المقاول كثيرا ما يتم النص عليها في دفتر الشروط الإدارية ، إلا أن الملاحظ أن التفسير الحرفي لهذه للنصوص المتضمنة هذه الأخطاء يؤدي لتوقيع الجزاء على جميع الأخطاء الصادرة من المقاول حتى لو كانت قليلة الأهمية أو كان إخلال المتعاقد ثانويا ، لذلك نجد اتجاه الفقه والقضاء مؤخرا لا يأخذ بالتفسير الحرفي للنصوص التعاقدية بل يتجه لاشتراط أن يكون الخطأ جسما حتى يبرر جزاء الإدارة بوضع المشروع تحت الإدارة المباشرة ، بل يذهب لأبعد من ذلك وعدم الاقتصار على توافر الخطأ الجسيم بل لا بد من النظر لجانب ذلك للتناسب بين مقدار الخطأ والجزاء الموقع على المتعاقد ، حتى لا يكون جزاء الوضع تحت الإدارة المباشرة عرضة للطعن القضائي من المقاول¹.

وسيتم التفاصيل في حالات الخطأ الجسيم لاحقا في إطار التعرض لحالات سحب العمل من المقاول.

ثانياً: الاعذار:

يشترط لوضع المقاوله تحت الإدارة المباشرة أو النظام المباشر تنبيه المقاول للخطأ الذي صدر منه والذي يعرضه لهذا الجزاء ، كما يتم حثه على تداركه خلال مهلة زمنية يحددها الاعذار ، و الاعذار شرط شكلي جوهرى يجب على الإدارة مراعاته قبل سحب العمل ، إلا إذا نص العقد أو دفتر الشروط الإدارية على إعفائها منه ، أو في حالة الاستعجال وهو ما أكده

¹ حكيم عبد الرحيم محمد ناصوف ومن معه ، سحب العمل والتنفيذ على حساب المتعاقد في عقود الأشغال العامة ، المجلة الدولية للقانون والدراسات ، المجلد 02 ، العدد 02 ، بتاريخ 2020/11/02 ، جامعة قطر ، ص ص 12-13. قرار المحكمة الإدارية العليا بتاريخ 2015/03/24 جاء فيه " ومن حيث أن المقرر في قضاء هذه المحكمة أنه وإن كان لجهة الإدارة سلطة توقيع الجزاءات العقدية على المتعاقد معها إذا ما تقاعس في تنفيذ التزاماته على أي وجه من الوجوه ، فإن القضاء الإداري بسط رقابته عليها في استعمالها لهذه السلطة ، ولا تقف هذه الرقابة عند حد التأكد من مشروعية الجزاء وإنما تمتد في بعض الأحوال إلى مراقبة مدى ملائمته للتقصير المنسوب الى المتعاقد معها ، مما يستوجب بحث سبب سحب العمل توطئة لترتيب الآثار عليه من مصادرة التأمين أو المطالبة بالتعويض إن كان لها محل " . أنظر نفس المرجع ص 13.

المشروع الجزائري في المادة 35 فقرة 02 من دفتر الشروط الإدارية العامة، وقد فرض المشروع الجزائري شرط الاعذار الذي يوجهه المهندس (ممثل الإدارة) إلى المقاول، وإعطائه أجل لا يقل عن عشرة أيام كحد أدنى أما الحد الأقصى فهو متروك للسلطة التقديرية للمصلحة الإدارية المتعاقدة، أما المشروع المصري فقد حدد المهلة بخمسة عشر يوما¹. وللإشارة فقط بالنسبة للاعذار ولتجنب التكرار فهو مفصل في الفسخ الجزائري بصورة واضحة.

ثالثا: صدور قرار بتوقيع جزاء سحب العمل:

يعتبر من شروط توقيع جزاء سحب العمل من المقاول ويصدر عن الجهة الإدارية المختصة، ويعد ضمانه مهمة للمقاول في مواجهة المصلحة الإدارية، ذلك أن القرار لا بد أن يكون مبنيا على السبب الذي اعتمدت عليه الإدارة لتوقيع الجزاء، والذي على أساسه بني القرار، والتسبب الصحيح من الإدارة يحسن قرار الجزاء من الطعن القضائي، ذلك أن للمتعاقد مقاضاة الإدارة إذا رأى أن قرارها بني على سبب غير جدي أو منعدم التسبب أصلا، ويخضع بذلك القرار للرقابة القضائية اللاحقة التي تحمي المتعاقد من سوء استغلال الإدارة لسلطتها في وضع المشروع تحت الإدارة المباشرة²، وقد قضى مجلس الدولة الجزائري بتاريخ 2003/12/16 ملف رقم 010953 قضية خوجة علي ضد والي معسكر جاء فيه " إذا كانت الإدارة غير ملزمة بتبرير كل قراراتها، فعليها تقديم كافة الشروحات التي تسمح للعدالة بممارسة سلطتها في الرقابة في احسن الظروف"³ فتنفيذ الإدارة لقرار الجزاء قد يترتب عليه

¹ بن شعبان علي، المرجع السابق، ص ص 112-113. تنص المادة 35 فقرة 01 و 02 من دفتر الشروط الإدارية العامة " 1- إذا لم يتقيد المقاول بشروط الصفقة أو بأوامر المصلحة التي يتلقاها من مهندس الدائرة أو المهندس المعماري، يعمد المهندس الرئيس إلى إنذاره بلزوم التقيد بتلك الشروط والأوامر في أجل يحدد بمقرر يجري إبلاغه له بموجب أمر المصلحة. 2- وهذا الأجل باستثناء حالة الاستعجال، لا يجوز أن يقل عن عشرة أيام ابتداء من تبليغ الإنذار".

تنص المادة 84 فقرة 01 من اللائحة التنفيذية للقانون 89 لسنة 1998 " إذا أخل المقاول بأي شرط من شروط العقد أو أهمل أو أغفل القيام بأحد التزاماته المقررة ولم يصلح أثر ذلك خلال خمسة عشر يوما من تاريخ إنذاره بكتاب موصى عليه يعلم الوصول على عنوانه المبين بالعقد بالقيام بإجراء هذا الإصلاح كان للسلطة المختصة الحق في اتخاذ أحد الإجراءات.....".² صوفية عباد، سلطة الإدارة في توقيع جزاء سحب العمل من المقاول في صفقة الأشغال العامة في التشريع الجزائري، المرجع السابق، ص 595.

- دعوى الإلغاء أو دعوى تجاوز السلطة هي الدعوى التي يرفعها صاحب المصلحة مختصا فيها قرارا إداريا يطلب إلغاءه، وقد نشأت دعوى الإلغاء على يد مجلس الدولة الفرنسي، أما في مصر فقد تم استحداثها لأول مرة سنة 1946 بعد انشاء مجلس الدولة المصري. أنظر عبد الحكيم فودة، الخصومة الإدارية (احكام دعوى الإلغاء والصيغ النموذجية لها)، (د- س - ط) دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 1996، ص 21.

- دعوى القضاء الكامل هي الدعوى الإدارية التي تقوم بشأن العمل الإداري المطعون فيه للبحث في مشروعيتها أو الغاءه أو تعديله مع الحكم بالتعويض عن الضرر الناجم عنه. أنظر عبد الحكيم فودة، المرجع السابق ص 25.

³ نويري سامية، الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة أم البواقي، 2013، ص 123.

أضراراً متفاوتة الجسامه للمتعاقد ، فهنا لا مفر من مسؤولية الإدارة إذا ثبت أن هذه الأضرار ناتجة عن تعسفها وعدم مشروعية قرار الجزاء الذي أصدرته في حق المتعاقد ، ويترتب عليه تعويض المتعاقد عن الأضرار التي حدثت له نتيجة القرار غير المشروع ، ولا يملك القاضي إلا الحكم بالتعويض ، فإذا كان حق الإدارة في توقيع الجزاء مبني على سلطتها العامة في تنفيذ العقد ، لكن تعسفها يعطي الحق للمتعاقد في التعويض إن كان قرارها غير مشروع¹، وللإشارة هنا فإن التشريعات لم تقم بتحديد الأسباب التي تسمح للمصلحة الإدارية المتعاقدة بتوقيع الجزاء ، فلو كان هناك تشريع معين يتضمن قواعد التسبب وآلية تفعيله من طرف الإدارة لكانت مهمة القضاء أسهل في مراقبة الجزاء ، لا سيما رقابة الملائمة².

المطلب الثاني: حالات سحب العمل من المقاول وأثار السحب:

قد يعترض المصلحة الإدارية المتعاقدة عديد الحالات التي تفتح لها مجال التنفيذ على حساب المتعامل المتعاقد معها في صفقة الأشغال العامة، فهناك حالات ترتبط بالخطأ الجسيم للمتعاقد وهناك حالات أخرى لا ترتبط به، كما أنه بالنتيجة لتوقيع الجزاء تترتب العديد من الآثار التي سيتم عرضها في هذا المطلب الى جانب تحديد حالات السحب.

الفرع الأول: حالات سحب العمل من المقاول:

بالرغم من سلطة المصلحة الإدارية المتعاقدة في صفقة الأشغال العامة وما تملكه من إمكانية سحب العمل من المقاول، إلا أنها لا توقع الجزاء مباشرة دون سبب، بل هناك حالات يمكن فيها ذلك، هذه الحالات تختلف فمنها ما هو مرتبط مباشرة بتصرفات وأخطاء صادرة من المقاول يخالف فيها القانون أو العقد، وهناك حالات لا ترتبط بخطأ المقاول وإنما يكون

¹ أسامة طه حسين و نجيب خلف أحمد، الجزاء الإداري العقدي ، مجلة العلوم القانونية والسياسية ، المجلد 08 ، العدد 02 ، جامعة ديالى ، العراق ، 2019 ، ص 373.

- يمثل القضاء الكامل المجال الأصلي والأساسي في المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية، ويتمتع القضاء الكامل باختصاص شامل ومطلق بالفصل في جميع هذه المنازعات سواء ما تعلق منها بأصل المنازعة أو ما يتفرع عنها، إذ لا توجد جهة قضائية أخرى تملك ولاية الفصل في ذلك، فيختص القضاء الكامل في نزاعات العقد الإداري بما فيها مرحلة تنفيذ العقد. انظر عبد الغني بسيوني عبد الله، القضاء الإداري، الطبعة الثالثة، منشأة المعارف، الاسكندرية، مصر، 2006، ص ص 332 - 333.

- للقضاء الكامل سلطات أكثر من مجرد الإلغاء إذ أنه يستطيع أن يعدل أو يستبدل القرار الإداري أو الحكم بالتعويضات المختلفة مقابل ما تسببت به أعمال الإدارة من أضرار، فهو يقوم على المطالبة بحقوق شخصية ومن أمثلتها الطعون المتعلقة بالعقود الإدارية. انظر نفس المرجع ص ص 411-412.

² عبد الوافي عبد الجبار و من معه ، المرجع السابق ، ص 261.

الباعث اليها المركز المالي له والذي تغير وأصبح فيه المقاول غير قادر على الاستمرار في تنفيذ الصفقة.

أولاً: حالات الخطأ الجسيم:

يعتبر الخطأ أساس مسؤولية المتعاقد مع الإدارة في صفقة الأشغال العامة، وهو شرط لتوقيع جزاء سحب العمل من المقاول، بالإضافة لشرط الإعذار والذي لا تختلف أحكامه عن شرط الإعذار في الفسخ الجزائي، وليس كل خطأ يرتكبه المقاول يترتب هذا الجزاء بل لا بد أن يكون الخطأ جسيماً وعلى القدر الكاف من الخطورة لتبرير جزاء سحب العمل¹، ويخضع الخطأ الجسيم للسلطة التقديرية للمصلحة الإدارية المتعاقدة تحت رقابة القاضي، ولقد اتفق الفقه والقضاء على حالات تعتبر من قبيل الأخطاء الجسيمة وهذه الحالات هي:

1- عدم تنفيذ المقاول للأوامر المصلحية: إن الأوامر المصلحية هي وسيلة الرقابة التي

تملكها الإدارة اتجاه المقاول ، فهي وسيلة الإدارة لمراقبة عملية تنفيذ الأشغال وعادة ما تصدر من الموظف المختص وهو المهندس المنوط به الإشراف على تنفيذ الأشغال وتعرف الأوامر المصلحية بأنها قرارات إدارية ملزمة للمقاول يجب عليه احترامها وتنفيذ ما جاء فيها ، وعادة ما يكون مضمونها الأمر بالبدء في التنفيذ ، الأجل ، وقف العمل مؤقتاً، وعدم الامتثال للأوامر المصلحية هو خطأ جسيم من المقاول يترتب عليه جزاء سحب العمل منه ، لأنه يؤدي لاضطرابات خطيرة من الناحية الاقتصادية ويعوق سير المرفق العام². وقد أكد المشرع الجزائري في المادة 7.27 من المرسوم التنفيذي 21-219 " يجب على المقاول الامتثال لمواصفات وأوامر الخدمة المبلغة له وتعتبر تنفيذية فور تبليغها " .

الأصل في عقود الأشغال العام هو خضوع المتعاقد لتعليمات الإدارة المتعلقة بتنفيذ العقد ، ولذلك يعتبر عدم الاستجابة لها خطأ جسيماً ومبرراً كافياً لقيام جزاء سحب العمل من المقاول

¹قرار مجلس الدولة الجزائري رقم 114905 بتاريخ 2017/10/05 في قضية ولاية عين الدفلى ضد شركة (أ غ) ومن معها جاء فيه " حيث أن المستأنفة كانت على صواب في اتخاذ قرار الفسخ تحت مسؤولية الشركة المستأنف عليها ويتعين بالتالي تأييد الحكم المستأنف مبدئياً ورفض الدعوى الأصلية التي رفعتها المستأنف عليها والرامية إلى إلغاء القرار رقم 407 المؤرخ في 2013/03/24 (قرار الفسخ) لعدم التأسيس " انظر مجلة مجلس الدولة ، العدد 15، 2017.

²محمد سامح عبد الله، ص ص 257-259.

- تنص المادة 12 من دفتر الشروط الإدارية العامة وتحت عنوان تحضير وتنفيذ الأشغال وأوامر المصلحة في الفقرتين 04 و 05 على " 4 - فإنه ينفذ بدقة أوامر المصلحة التي تبلغ اليه . 5 - كما يخضع للتغييرات المفروضة عليه خلال العمل ، إلا أن ذلك يتم فقط عندما يأمر بتلك التغييرات مهندس الدائرة أو المهندس المعماري بموجب أمر مصلحة على مسؤوليته ولا تعتبر تلك التغييرات إلا إذا أثبت حصولها بموجب ذلك الأمر الصادر عن مهندس الدائرة أو مهندس معماري"

، لذلك على المتعاقد في عقد الأشغال العامة أن يعرف أنه عليه تنفيذ شروط العقد تحت اشراف وتوجيه ورقابة المصلحة الإدارية المتعاقدة والتي تكون وسيلتها لممارسة هذه الصلاحيات هي الأوامر المصلحية الموجهة للمقاول لتحقيق ذلك، والتزام المقاول بالخضوع لهذه الأوامر لا يقتصر على تلك التي تدخل في نطاق التنفيذ الدقيق للعقد ولكنه يمتد أيضا الى التعديلات التي قد تفرضها الإدارة طالما أنها يمكن أن تدخل في تقديرات المتعاقدين أو في نطاق التسامح المقبول وفقا لأصول المهنة ، فإذا امتنع المقاول عن تنفيذ تلك التعليمات فإنه يجوز للإدارة سحب العمل منه ، لكن إذا تضمنت الأوامر المصلحية أعمالا لا يشملها العقد أو تتضمن مساسا بالتوازن المالي للعقد وليس مجرد تعديلات جزئية أو ثانوية فإن رفض المقاول لتلك الأوامر والتعليمات لا يبرر وضع المقاول تحت الإدارة المباشرة ، فالأصل أن المقاول لا ينفذ الشروط الخارجة عن العقد أو تلك التي تمس بشكل ملحوظ بالشروط الأساسية والجوهرية فيه¹. وللإشارة هنا توجد حالتان لا يلتزم فيهما المقاول بتنفيذ الأوامر المصلحية هي:

- حالة تعديل الأعمال بحيث تصل نسبة التعديل سدس الحجم الأصلي للأعمال المتفق عليها فيعقد المقاول.

- حالة الأوامر المصلحية الصادرة بالبداية في تنفيذ الأشغال والتي تيم اعلانها للمقاول بعد المدة المتفق عليها في العقد أو بعد انقضاء ستة أشهر من اخطار المقاول بالموافقة على العقد عندما لا يتضمن العقد مدة معينة²، وقد نص المشرع الجزائري في المادة 8.27 على أنه إذا لاحظ المقاول أن مواصفات أمر الخدمة تتجاوز التزامات صفقته، يجب عليه، تحت طائلة سقوط الحق، تقديم الملاحظات المكتوبة والمبررة الى المصلحة المتعاقدة في أجل عشر(10) أيام ابتداء من تاريخ تبليغها، كما ان أمر الخدمة لا يوقف أمر تنفيذه إلا في حال الأمر بخلاف ذلك³.

2- مخالفة نص صريح في العقد: أكد سليمان الطماوي أنه لا يجوز للإدارة أن توقع

عقوبة السحب وما يترتب عليها من آثار إلا إذا أخطأ المقاول بمخالفته لنص صريح في العقد أو لروح العقد على الأقل ولقد تم تطبيق ذلك من محكمة القضاء الإداري الصادر في

¹ هيثم حليم غازي، المرجع السابق، ص ص 140-141.

² ذنون سليمان يونس العبادي، المرجع السابق، ص 189.

³ المادة 8.27 من المرسوم التنفيذي 21-219 السابق ذكره.

1956/12/23 والذي تتلخص وقائعه في تعاقد وزارة الشؤون البلدية والقروية مع احد المقاولين لحفر بئر ارتوازي لتزويد السكان بمياه الشرب ، وفوجئ المتعاقد أثناء عملية الحفر بطبقة صخرية مما اضطر المحكمة الى تفسير شروط العقد لأن هذا الأخير لم يبين كيفية التنفيذ وتفصيله ، وقد دفعت له الادارة تكاليف الحفر وسمحت له بتغيير موقع الحفر إلا أنه فوجئ مرة أخرى بطبقة صخرية جديدة ، ولما تظلم للإدارة قامت بتسليم العمل لمقاول آخر على اساس ان الحفر يحتاج لوسائل حديثة ليست في حوزة المتعاقد ، وصادرت التأمين وحجزت الآلات والمعدات ، وهنارفع المتعاقد دعوى قضائية ضد قرار الإدارة بسحب العمل منه وحجز معداته ، وقضت المحكمة بالقول " ... ومن حيث أنه ترتيباً على ما تقدم لم يكن يجوز للحكومة مادام لتوقف المدعي عن العمل ما يبرره قانونياً طبقاً لما اشتمل عليه العقد من نصوص وما انصرفت اليه نية المتعاقدين عند ابرام العقد مما يعتبر داخل في نطاقه ، ما كان يجوز للمحكمة مصادرة التأمين ... ومن ثم فمادام المدعي لم يتخلف عن تنفيذ العقد حسب ما سبق ايضاحه فلا سند للحكومة ومن حيث طلب المدعي الغاء قرار استيلاء الحكومة على ادواته فمن الواضح أن الإجراء الذي اتخذته الحكومة في هذا الخصوص انما يكون عند توقف المقاول عن العمل بلا مبرر قانونياً.... هذا فضلاً عن أن شرط حجز الأدوات هو لاستعمالها في اتمام العمل، ولم يظهر من الأوراق ما يدل على أن المصلحة استعملت هذه الأدوات في انجاز العمل

1"

3- عدم مراعاة المقاول لمدة التنفيذ: حيث يحق للإدارة سحب العمل من المقاول

إذا لم يلتزم بمدة التنفيذ المنصوص عليها في العقد ، ويتم تحديد مدة تنفيذ العمل بمعرفة الجهة الإدارية ، ويأخذ المتعاقد المدة بعين الاعتبار حتى يتسنى له دراسة مدى كفاية هذه المدة لتنفيذ الأشغال ، وقد تحدد هذه المدة بصورة اجمالية أو مرحلية يقسم فيها تنفيذ الأشغال على مراحل متعددة ، يكون لكل منها مدة محددة للتنفيذ خلالها²، وقد اعتبر المشرع الجزائري أجل تنفيذ الصفة العمومية للأشغال هو الأجل الممنوح للمقاول من أجل انجاز الأشغال المتفق عليها في

¹ سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص ص 514-515.

- كما قررت إدارة الفتوى والتشريع بتاريخ 2000/04/03 " أن الشركة عجزت عن تنفيذ شروط العقد ولم تقم باستيفاء التزاماتها التعاقدية من توفير العمالة والمعدات والأدوات وسكن العمال طبقاً لشروط المناقصة وأن الوزارة امهلت الشركة عدة مرات لتعديل وضعها إلا أن الشركة لم تستطع التنفيذ وإزاء ذلك فإنه يجوز للوزارة تنفيذ العقد بالطريقة التي تراها ...". انظر عبد الله نواف العنزي، المرجع السابق، ص ص 122-123.

² حسن عبد الله حسن، المرجع السابق، ص 183.

العقد، وتمتد من تاريخ تبليغ الأمر بالخدمة لغاية انقضاء أجل التنفيذ، ويحدد دفتر التعليمات الخاصة لكل صفقة عمومية للأشغال أجل التنفيذ¹، أما إذا كان هذا التأخير في التنفيذ راجع للإدارة أو إلى تعديل في المشروع أو لقوة القاهرة أو ناشئ عن صعوبات غير متوقعة واستثنائية في التنفيذ فلا تملك الإدارة حق السحب²، ويقصد بمدة التنفيذ المدة المحصورة بين البدء في التنفيذ طبقاً لإذن التشغيل المسلم للمقاول من جهة الإدارة المتعاقدة واستلام الأشغال، وفي صفقة الأشغال العمومية فإن مدة التنفيذ لها معاني مختلفة باختلاف موضوع العقد كما يلي:

- إذا كان موضوع عقد الأشغال يقوم على إقامة منشآت أو إجراء ترميمات فإن مدة التنفيذ هي الفترة التي يلتزم خلالها المقاول بإنجاز الأشغال وفقاً لشروط العقد وملحقاته.
- إذا كان موضوع عقد الأشغال ينصب على القيام بأعمال الصيانة الدورية خلال فترة معينة فالمدة هنا هي المدة التي يلتزم خلالها المتعاقد بتنفيذ العمل المطلوب منه.

- في حالة خلو العقد من النص صراحة على مدة التنفيذ فجهة الإدارة في هذه الحالة

وبموجب سلطتها في الرقابة والإشراف تملك تحديد المدة المعقولة لإتمام الأشغال بقرار واحد أو قرارات متعددة³، وفي هذه الحالة التي لم يتم فيها تحديد أجل التنفيذ فلا يمكن للمتعاقد التحلل من التنفيذ لكن تقدر في هذه الحالة المدة العادية للتنفيذ مع مراعاة ظروف كل حالة وقدرات المتعاقد والنظر لمثل هذه الحالة في العقود المماثلة وتطبيقها⁴.

وعدم مراعاة المتعاقد لمدة التنفيذ قد تكون بالبطء في التنفيذ أو عدم الالتزام بالأجال المحددة لتنفيذ الأشغال، فتباطأ سير الأشغال وعدم انتظام المتعاقد وتأخره في البدء فيها يترتب عليه سحب العمل من المقاول ولا تلتزم الإدارة بالانتظار لحين انتهاء مدة العقد حتى تمارس

¹ المادة 30 من المرسوم التنفيذي 21-219.

² هيثم حليم غازي، المرجع السابق، ص ص 140-141.

- انتهت المحكمة الإدارية العليا في مصر إلى أن مجرد التأخر في التنفيذ يستوجب سحب العمل وقالت في قرارها الصادر بتاريخ 2001/01/23 " إن حق الجهة الإدارية في سحب العمل ينشأ من مجرد تباطأ المتعاقد معها في التنفيذ وإخلاله بنصوص العقد ولها الحق في استعماله في الوقت الذي يترأى لها فيه". انظر عبد الله نواف العنزي، المرجع السابق، ص ص 122-123.

- كما ذهبت أيضاً في حكمها بتاريخ 2007/01/30 " سحب العمل من المقاول المتعاقد مع الإدارة ينشأ بمجرد

التباطؤ عن التنفيذ أو الإخلال بنصوص العقد ولها الحق في استعماله في الوقت الذي تراه مناسباً، ولا يجوز إجبارها على الانتظار إلى حين انتهاء مدة العقد حتى تستعمل هذا الحق طالما تبين لها أن المقاول غير جاد في تنفيذ التزاماته أو توقف عن التنفيذ، والقول بغير ذلك يغل يد الإدارة في استخدام سلطتها المخولة لها قانوناً وتعطيل سير المرفق العام." انظر ذنون سليمان يونس العبادي، المرجع السابق، ص ص 188-189.

³ محمد سامح عبد الله، المرجع السابق، ص ص 169-170.

⁴ عليوات ياقوتة، تطبيقات النظرية العامة للعقد الإداري (الصفقات العمومية في الجزائر)، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، قسم القانون العام، جامعة قسنطينة، الجزائر، 2009، ص 209.

حقها في جزاء السحب ، مادام أن المقاول غير جاد في التنفيذ والقول بغير ذلك يعطل سير المرفق العام ، ولا يشترط أن يكون الإخلال بالتنفيذ عمدا وإنما يكفي فيه أن يقع بإهمال من المتعاقد وهو ما أكدته المادة 84 من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات المصري¹.

ويعتبر استلام المقاول امر بدئ الاشغال ذو الأهمية الكبيرة لأنه يعتبر حجة له في المطالبة بحقوقه اتجاه المصلحة المتعاقدة، وقد جاء في قرار المحكمة الادارية ام البواقي بتاريخ 2018/10/24 بين (ص ع) والدولة ممثلة في والي ولاية ام البواقي " ... فضلا أنه لم يقدم الأمر بالخدمة بانطلاق الأشغال ويحتج بالكشف النهائي ووضع الأشغال الغير موقعة ولا مؤشر عليها من قبلها كما لم يقدم محضر استلام الأشغال المؤقت والنهائي مما يجعل الدعوى دون أساس قانوني"².

4- عدم التزام المقاول بالتنفيذ الشخصي:

إن الإدارة تعتمد على اختيار المتعاقد معها في مختلف العقود الإدارية ، فعي تختار الشريك الذي تثق به وبالتالي فهو الملزم بتنفيذ الالتزامات التعاقدية³ ، وبالتالي فإنه يقع على عاتق المقاول التزام رئيسي بأن يقوم بإنجاز الأشغال المطلوبة منه وينفذها بنفسه ، وتعتبر عقود الأشغال العامة ذات طابع خاص لأن الإدارة لم تتعاقد مع المقاول إلا لأسباب شخصية تتعلق بشخصه أو أحد صفاته وهو ما يؤثر على العقد وتعرف بالاعتبارات الشخصية ، إلا أن الاعتبار الشخصي في عقد الأشغال ليس من النظام العام طالما جائز الاتفاق على مخالفته ، ، ويترتب على الالتزام الشخصي العديد من الالتزامات والتي يؤدي الإخلال بها إلى سحب العمل منه واعتباره خطأ جسيما وهي:

¹ عبد الله نواف العنزي، المرجع السابق، ص ص 122-123.

- تنص المادة 84 من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات رقم 89 لسنة 1998 " إذا أخل المقاول بأي شرط من شروط العقد أو أهمل أو أغفل القيام بأحد التزاماته المقررة ولم يصلح أثر ذلك خلال خمسة عشر يوما من تاريخ إنذاره بكتاب موصى عليه بعلم الوصول على عنوانه المبين بالعقد بالقيام بإجراءات هذا الإصلاح كان للسلطة المختصة الحق في اتخاذ أحد الاجراءين التاليين وفقا لما تقتضيه المصلحة العامة:
أ-فسخ العقد.

ب-سحب العمل من المقاول وتنفيذ على حسابه بذات الشروط والمواصفات المعلن عنها، والمتعاقد عليها وذلك بأحد طرق التعاقد المقررة بقانون تنظيم المناقصات والمزايدات والأحكام الواردة بهذه اللائحة " .

² قرار المحكمة الادارية ام البواقي بتاريخ 2018/10/24 قضية رقم 18/381 بين (ص ع) والدولة ممثلة في والي ولاية ام البواقي.

³ Jacqueline Morand-Deville, op cit, P 702.

- التنازل عن العقد دون موافقة:

الإدارة حيث أنه لا يتنازل المقاول عن العقد للغير دون موافقة من الجهة الإدارية، ويقصد بالتنازل عن العقد اتفاق المقاول مع الغير على الحل محلله في اكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات الناتجة عن الصفقة، ويكون التنازل كليا يقوم فيه المتنازل له بالتنفيذ الكلي للعقد، وهو يعتبر اهدار لفكرة الاعتبار الشخصي في عقد الأشغال العامة، فما اختارت الإدارة المتعاقد إلا لصفة من صفاته، ويعتبر التنازل دون موافقة من الإدارة خطأ جسيما يترتب عليه أقسى الجزاءات والتي قد تصل لفسخ العقد مع المقاول المتعاقد.

إن التنازل عن العقد دون موافقة المصلحة المتعاقدة على ذلك يعتبر من أكثر الأخطاء الجسيمة التي يقع فيها المتعاقد معها، ويعتبر التصرف باطلا ولا يحتج به في مواجهتها، وبالتالي فلا تنشأ أي علاقة تعاقدية بين الإدارة المتعاقدة والمتنازل له ويبقى المقاول الأصلي هو المسؤول اتجاه الإدارة على تنفيذ العقد¹.

- المناولة دون موافقة الإدارة:

وهو ما يعرف بالتعاقد من الباطن، والمشرع الجزائري عرف المناولة في المادة 41 من المرسوم التنفيذي 21-219 بأنها العملية التي يوكل من خلالها المقاول تحت مسؤوليته الكاملة لمعامل اقتصادي آخر يدعى " المناول " تنفيذ جزء من الصفقة العمومية للأشغال المبرمة مع المصلحة المتعاقدة، ، وقد أحاط الشرع الجزائري المناولة ببعض القيود التي يجب الالتزام بها وإلا كان خطأ جسيما من المتعاقد يترتب عليه جزاءات تصل لفسخ الصفقة العمومية ، فيجب على المتعاقد التصريح بالمناولة وتقديم جميع البيانات المتعلقة بالمناول والمنصوص عليها في المادة 5.41 من نفس المرسوم، كما يلتزم بتسليمها نسخة من عقد المناولة²، فالمشرع الجزائري المناولة دون إذن من المصلحة المتعاقدة لأهمية الاعتبار الشخصي في عقد الأشغال العامة ، وكذلك إعمالا لقاعدة توازي الأشكال ، فالجهة التي أبرمت العد الأصلي لها سلطة الموافقة على المناولة، وموافقة المصلحة الإدارية المتعاقدة يجب أن تكون كتابية ، أما عدم الموافقة فيجب أن تكون مبنية دائما على اعتبارات المصلحة العامة ، ويشترط الموافقة

¹محمد سامح عبد الله، المرجع السابق، ص ص 215-224.

²المادة 41 من المرسوم التنفيذي 21-219 السابق ذكره.

- تنص المادة 141 من المرسوم الرئاسي 247/15 " المتعامل المتعاقد هو المسؤول الوحيد اتجاه المصلحة المتعاقدة عن تنفيذ جزء الصفقة المتعامل فيها بالمناولة " .

على شخص المناول وعلى شروط الدفع الخاصة به ، ويلتزم المقاول المناول بإعلام الإدارة في حال تواجده في موقع الأشغال مسبقاً إذ لا يحق له التواجد دون إعلامها وإلا اتخذت ضد المتعاقد معها إجراءات قسرية¹ ، وبالرجوع إلى قانون المناقصات والمزايدات المصري رقم 89 لسنة 1998 ولائحته التنفيذية نلاحظ خلوه من الإشارة إلى التعاقد من الباطن مما أوجد حالة من الخلاف بين الفقهاء حول مشروعية هذا التعاقد وانقسم الفقه إلى ثلاث اتجاهات، الأول أجاز التعاقد من الباطن استناداً إلى القاعدة العامة التي تقضي بأن الأصل في الأشياء الإباحة ، وإلى مبدأ الحرية العقدية، ما لم يرد نص في العقد الأصلي يحظر التعاقد من الباطن شرط أن يكون محل العقد قابلاً للتجزئة، والاتجاه الثاني يرى أن عدم تقنين التعاقد من الباطن في قانون المناقصات والمزايدات المصري النافذ لا يجيز للإدارة أن توافق للمورد الأصلي إبرام تعاقد من الباطن مع الغير ، أما الاتجاه الأخير يجيز أنصاره التعاقد من الباطن شريطة حصول المتعاقد على الموافقة المسبقة من الإدارة سواء كانت الموافقة صريحة أم ضمنية وذلك على النحو الذي تتطلبه دفاتر الشروط².

أما في فرنسا فقد ذهب القانون الفرنسي لجواز المقاوله من الباطن في عقود الأشغال العامة وأكد القانون رقم 75-1334 على شرعيته شرط أن يحصل المقاول الأصلي على موافقة الإدارة المتعاقدة، ويظل بذلك مسؤولاً بصفة شخصية عن تنفيذ جميع الالتزامات الناشئة عن العقد ويتحمل مسؤولياته أمام الإدارة، وبالتالي المشرع الفرنسي يشترط موافقة الإدارة على التعاقد من الباطن، لكن مقابل ذلك جعل عدم موافقة الإدارة عليه لا يسبب بطلانه بل يجعله غير نافذ في مواجهتها³.

¹مقداد مقداد زينة، النظام القانوني للمناولة في الصفقات العمومية طبقاً للمرسوم 247-15 ، المجلة الجزائرية للحقوق والعلوم السياسية، المجلد 06، العدد 01، جامعة تيسمسيلت، الجزائر، بتاريخ 01 جوان 2021.
- تنص المادة 142 فقرة 02 من المرسوم الرئاسي 15-247 " ينبغي لأن يحظى اختيار المناول وشروطه المتعلقة بالدفع من طرف المتعامل المتعاقد، وجوباً، بموافقة المصلحة المتعاقدة وقدماً وكتابياً....".

تنص المادة 11 الفقرة 01 من دفتر الشروط الإدارية العامة " لا يجوز للمقاول التنازل عن جزء أو كل مقاولته لمقاولين فرعيين أو تقديم منها لشركة أو جماعة بدون إذن صريح من الإدارة".

²مقال لزهير مصطفى صالح بعنوان " الآثار الناشئة عن التعاقد من الباطن في العقود الإدارية (دراسة مقارنة) نشر بتاريخ 2018/11/28 على <https://www.droitentreprise.com> وتم الاطلاع عليه بتاريخ 2021/07/10 الساعة 22:20.

- تنص المادة 661 من القانون المدني المصري على " 1-يجوز للمقاول أن بكل تنفيذ العمل في جملته أو في جزء منه إلى المقاول من الباطن إذا لم يمنعه من ذلك شرط في العقد أو لم تكن طبيعة العمل تفرض الاعتماد على كفايته الشخصية. 2-ولكنه يبقى في هذه الحالة مسؤولاً عن المقاول من الباطن قبل رب العمل".

³ أحمد محمود أحمد أبو موسى، التعاقد من الباطن في نطاق عقود الأشغال العامة في فلسطين (دراسة مقارنة مع الشريعة الإسلامية)، رسالة ماجستير في القانون العام، كلية الشريعة والقانون، الجامعة الإسلامية بغزة، فلسطين، 2017، ص ص 106-107.

● الالتزامات الشخصية للمقاول بوصفه معاوناً للإدارة وذلك في سبيل تنفيذ الإشغال العامة وتحقيق المصلحة العامة وضمن سير المرفق العام، ويترتب على ذلك تواجد المقاول في مكان العمل وذلك من أجل متابعة عملية انجاز الأشغال، وغالباً ما تنص دفاتر الشروط الإدارية على هذا الالتزام وحظر غياب المقاول عن موقع العمل، إلا إذا كان له المبرر لذلك، والعبرة من ذلك هو ضمان حسن سير المرفق العام وأعمال الأشغال، وإن غاب يحل محاه نائب عنه في مراقبة الأشغال وهو ما يسهل بالدرجة الأولى تبليغ المقاول بالأوامر المصلحية والقرارات الإدارية المتعلقة بالأشغال¹. وقد أكد المرسوم التنفيذي 21-219 على ضرورة التزام المقاول بالتواجد في أماكن الشغل بحيث:

● التزامه باختيار محل إقامة مجاور للورشة ويعلم المصلحة المتعاقدة به، وفي حالة عدم التزامه بذلك خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ توقيع الصفقة تكون جميع التبليغات الموجهة له صحيحة.

● إذا لم يعلم المقاول المهندس الرئيس بمحل إقامته الجديد القريب من الأشغال فهنا تعتبر التبليغات صحيحة إذا أجريت لمكتب البلدية².

● لا يبتعد المقاول عن الورشة مكان الأشغال إلا بإذن من مهندس الدائرة أو المهندس المعماري بحيث لا يؤثر غيابه على عملية تنفيذ الأشغال وشرط تعيين نائب كفاً يحل محله أثناء غيابه.

Article 112 Décret n° 2006-975 du 1er août 2006 modifié " Le titulaire d'un marché public de travaux, d'un marché public de services ou d'un marché industriel peut soustraire l'exécution de certaines parties de son marché à condition d'avoir obtenu du pouvoir adjudicateur l'acceptation de chaque sous-traitant et l'agrément de ses conditions de paiement" .

Article 1er de la loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975 dispose que " la sous-traitance est l'opération par laquelle un entrepreneur confie par un sous-traité, et sous sa responsabilité, à une autre personne appelée sous-traitant l'exécution de tout ou partie du contrat d'entreprise ou d'une partie du marché public conclu avec le maître de l'ouvrage ». La sous-traitance implique donc la conclusion de deux contrats distincts : - un contrat principal (marché public) conclu entre l'entrepreneur (titulaire) et le maître d'ouvrage ; - un contrat de droit privé (contrat de sous-traitance ou sous-traité) conclu entre l'entrepreneur principal et une autre entreprise (sous-traitant). Elle instaure donc une relation triangulaire entre le maître d'ouvrage, le titulaire et le sous-traitant, mais tous ces liens n'ont pas la même nature" .

¹ محمد سامح عبد الله، المرجع السابق، ص ص 245-246.

² المادة 42 من المرسوم التنفيذي 21-219.

- يقوم المقاول بمرافقة المهندسين في عملياتهم التفقدية للأشغال كلما طلب منه ذلك¹.

5- عدم التزام المقاول بضمان سير المرفق العام بانتظام: إن كل خطأ من جانب

المتعامل المتعاقد يؤدي لعدم المحافظة على انتظام سير المرفق العام باستمرار يعد خطأ جسيماً يبرر للإدارة توقيع جزاء سحب العمل، فعقد الأشغال العامة يخضع لقاعدة جوهرية هي وجوب التزام المتعاقد بتنفيذ التزاماته التعاقدية على نحو لا يعرضه لأقصى العقوبات وإلزام المقاول بالمحافظة على سير المرفق العام بانتظام وباضطراد يرجع لسببين:

- الأول فكرة المرفق العام ليست بحاجة للنص عليها في العقد، فالمقاول بما أنه قبل

تعاونه في خدمة المرفق العام فإنه لا يلتزم فقط بالشروط التعاقدية بل أيضاً يلتزم بضرورة العمل والمحافظة على حسن سير المرفق العام بانتظام.

- عدم المحافظة على حسن سير المرفق العام يؤدي للمساس بالمصلحة العامة وعدم

كفالة المقاول المتعاقد ذلك يعرضه للجزاء على أساس الخطأ الجسيم ومن أهم صور ذلك نجد:

- إذا أخل بشرط من شروط العقد أو أهمل أو أغفل تنفيذ التزاماته ولم يصلحها بعد انذاره.

- استعماله الغش سواء بطريقة مباشرة أو غير مباشرة بنفسه أو بواسطة الغير أو

التدليس أو التلاعب في العقد.

- إذا لم يوفر التجهيزات والوسائل اللازمة أو لم ينفذ الأشغال عن طريق كفاءات

ومهندسين وعمال مهرة توفر إنجاز الأشغال في أفضل الظروف وعل أحسن صورة².

ثانياً: حالات غير الخطأ الجسيم:

كما تم الإشارة سابقاً فإن جزاء سحب العمل من المقاول من أخطر الجزاءات التي يتعرض لها المتعاقد مع الإدارة ، وهذا الجزاء يتم توقيعه إذا توافرت حالات تؤدي له، وزلا يعتبر الخطأ الجسيم هو السبب الوحيد لتوقيع هذا الجزاء ذلك أنه بالإضافة لحالات الخطأ الجسيم التي تمت الإشارة لها هناك أسباب أخرى تعرض المتعاقد لهذا الجزاء وهي ليست أخطاء منه بل حالات تجعل استمراره في تنفيذ الأشغال العامة مع الإدارة لا تتوفر على

¹ المادة 10 من دفتر الشروط الإدارية العامة، والمادة 43 من المرسوم التنفيذي 21-219.
² سامح عبد الله عبد الرحمان محمد، سحب العمل من المقاول في عقود الأشغال العامة (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، مصر، 2016، ص ص 280-282.

الظروف التي يحتاجها تنفيذ هذه الأشغال وهي حالات توصف بأنها تتعلق بالمركز المالي للمتعاقد وقدرته المالية ومن بين هذه الحالات ما يلي:

1- إفلاس المتعاقد أو إعساره:

الإفلاس هو عبارة عن حالة تأخر التاجر عن الوفاء بديونه التجارية بتاريخ استحقاقها، أما الإعسار فهو يتعلق بغير التجار ويرتبط بالمدين غير التاجر الذي تزيد ديونه عن أمواله¹، وتعتبر حالتا الإعسار والإفلاس من الحالات التي تيرر استبعاد الإدارة للمقاول المتعاقد عن تكملة الأشغال، ففي فرنسا يكون للمصلحة الإدارية المتعاقدة الخيار بين الاستمرار في العقد أو فسخه لكن في مصر فإن المادة 24 من قانون المناقصات والمزايدات المصري رقم 98 أكدت على اعتبار حالي الإعسار والإفلاس على سلطة الإدارة في الفسخ أو السحب التلقائي للعمل بمجرد توافر إحدى هاتين الحالتين، والسبب في سحب العمل من المقاول هو أن هذه الحالات تؤدي إلى التوقف عن العمل بالمشروع وبالتالي توقف سير المرفق العام وهو الإجراء الذي لا تستطيع الإدارة التسامح فيه².

2- الصلح الواقي من الإفلاس:

وهي الحالة التي يتفادى فيها المتعاقد الإفلاس فيقيم صلحا مع دائنيه وهذا للتمكن من الاستمرار في تجارته والمحافظة على سمعته، ولا يؤدي لرفع يده عن أمواله بل يستمر في ادارتها وفي هذه الحالة يحق للإدارة سحب العمل منه والسبب هو أن هذا الوضع دليل على تدني القدرة المالية للمتعاقد وهو ما يؤثر سلبا على سير الأشغال.

3- تصفية الشركة:

تنقضي الشركة تلقائيا بقوة القانون بانقضاء المدة المحددة لها أو الغرض منها أو لاستحالة تحقيقه، أو هلاك جميع رأسمال الشركة أو معظمه بالشكل الذي يتعذر معه استمرار العمل، وقد تنقضي بأسباب إرادية باتفاق الشركاء على حلها قبل انتهاء المدة أو اندماجها مع شركة أخرى، أو بقرار قضائي بناء على طلب الشركاء متى وجد القضاء الأسباب لذلك كأن يصبح استمرار الشركة في نشاطها مستحيلا، وتعتبر التصفية أثرا من آثار انحلال الشركة ولكنها

¹ تنص المادة 215 من الامر رقم 75-59 المؤرخ في 20 رمضان 1395 هـ الموافق لـ 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون التجاري المعدل والمتمم " يتعين على كل تاجر أو شخص معنوي خاضع للقانون الخاص ولو لم يكن تاجرا إذا توقف عن الدفع أن يدلي بإقرار في مدي خمسة عشر يوما قصد افتتاح إجراءات التسوية القضائية أو الإفلاس".

² عمار حسين علي المرسومي، المرجع السابق، ص ص 48-50.

بالمقابل تبقى محافظة على شخصيتها المعنوية بالقدر اللازم للتصفية ، ولا يجوز للشركة القيام بأي نشاط لا علاقة له بأمور التصفية كإبرام صفقات جديدة ، ويحق للإدارة في هذه الوضعية التي تتعرض لها الشركة سحب العمل منها لأن وضعها المالي سيء ولا يسمح لها بتنفيذ جيد للأشغال والوفاء بالتزاماتها¹.

4- الحجز على أموال المتعاقد:

ويقصد به وضع أموال المدين تحت يد القضاء لمنع التصرف فيها أو القيام بأي عمل قانوني أو مادي من شأنه إخراج المال من ملكيته بهدف المحافظة عليه ، وحتى يستطيع من قام بالحجز استيفاء حقه منه ، ويعتبر الحجز على أموال المدين من أهم الأعمال القانونية التي تستعمل للمحافظة على أموال المدين وعدم تمكينه من التصرف فيها، ويحق للإدارة إذا وقع المتعاقد معها في هذا الوضع القانوني أن تسحب العمل منه ، لأن هذا الوضع انعكاس لتدني وسوء وضعه المالي الذي يؤثر على تنفيذه للأشغال الموكلة اليه ، ويحق لها الحجز على ما يوجد بموقع الأشغال من آليات ووسائل ومنشآت².

الفرع الثاني: آثار سحب العمل من المقاول:

يعتبر سحب العمل من المقاول من الجزاءات التي تستعملها المصلحة الإدارية في عقود الأشغال العامة من أجل إجبار المتعاقد على الالتزام بالتنفيذ ، فالقرار بالسحب لا ينهي العقد بل يستمر في إنتاج آثاره لأنه إجراء عارض ومؤقت لا ينهي العقد بل يتم تنفيذه على حساب ومسؤولية المقاول المقصر ، بالإضافة لتحصيل المصاريف التي تستحقها الإدارة من أجل تنفيذ الأعمال ، مع حقها أيضا في مصادرة التأمين واستعمال وسائل وآليات المقاول في تنفيذ الأشغال ، بالمقابل ينشأ للمقاول الحق في مراقبة الأشغال المسحوبة منه ، وفيما يلي سيتم تفصيل هذه الآثار.

أولاً: سحب العمل إجراء عارض ومؤقت:

¹ أعمار حسين علي المرسومي، المرجع السابق، ص ص 50-53.
- المادة 766 من القانون التجاري الجزائري المعدل والمتمم تنص " تعتبر الشركة في حالة تصفية من وقت حلها مهما كان السبب، ويتبع عنوان واسم الشركة بالبيان التالي - شركة في حالة تصفية - . وتبقى الشخصية المعنوية للشركة قائمة لاحتياجات التصفية إلى أن يتم اقفالها " .

² أعمار حسين علي المرسومي، المرجع نفسه ، ص ص 54-57.

جزاء سحب العمل من المقاول لا ينهي العقد بل يبقى قائما ومستمرًا لذلك يعتبر هذا الإجراء عارضا ومؤقتا، كل ما في الأمر هو رفع يد المقاول المتعاقد عن تنفيذ الأشغال، ويترتب على ذلك ما يلي:

1- استمرار تنفيذ عقد الأشغال: صدور جزاء السحب لا تنقضي به الرابطة التعاقدية

وهو ما يميزه عن جزاء الفسخ الذي ينهي الرابطة العقدية ، فالأول جزاء ضاغط ومؤقت يوكل فيه تنفيذ الأشغال لغير المتعاقد الأصلي ، وهدفه الضغط على المقاول من أجل تنفيذ التزاماته ، بينما الثاني جزاء ينهي الرابطة التعاقدية فسحب العمل هو رفع يد المقاول عن تنفيذ الأشغال لحين زوال سبب السحب . كما أنه لا يجوز الجمع بين الجزاءين السحب والفسخ¹ ، ويبقى المتعاقد المقصر محافظا على حقه في مراقبة إنجاز الأشغال التي سحبت منه سواء أكملتها الإدارة أو عهد بها لمقاول آخر شريطة عدم تدخله في الأشغال ، كما أن بإمكانه المطالبة باستعادة العمل لتكملة إنجازه إذا ثبت أن القدرة المالية له أصبحت قادرة على استكمال الأشغال².

كما أنه في حالة توقيع جزاء السحب يحتفظ المقاول بحقوقه فيما أنجزه من أعمال قبل سحب العمل منه، لذلك يجب على المصلحة الإدارية المتعاقدة بعد السحب وقبل إكمال الأشغال أن تقوم بتقدير الأعمال المنجزة من قبل المقاول وتقدير قيمة أية مواد غير مستعملة ومعدات وأعمال مؤقتة وذلك لأخذها بعين الاعتبار عند تسوية حساب المقاول ، إضافة لتسوية الحساب بين الأطراف عند سحب العمل تجري بعد إكمال الأعمال بصورة تامة فيحسب مقدار ما دفع المقاول من مبالغ على حساب المقاولة وكافة المصروفات والنفقات الإدارية التي تكبدتها الإدارة جزاء السحب وتكملة الأشغال ، وتخصم هذه المبالغ من استحقاقات المقاول في حالة إكمال الأعمال بنفسه³.

¹سامح عبد الله عبد الرحمان محمد، المرجع السابق، ص ص 287-288.

²حكيم عبد الرحيم محمد ناصوف ومن معه، المرجع السابق، ص 18.

³سامح عبد الله عبد الرحمان محمد، المرجع نفسه ، ص ص 288-289.

تنص المادة 35 من دفتر الشروط الإدارية العامة فقرة 07 " ان الزيادة الحاصلة في النفقات الناجمة من النظام المباشر أو من الصفة الجديدة يجري اقتطاعها من المبالغ التي يستحقها المقاول وبخلاف ذلك فمن ضمانه ولا يحول ذلك دون ممارسة الإجراءات التي تتخذ بحقه في حالة عدم التسديد ."

- حكم المحكمة الإدارية العليا بتاريخ 1981/12/15 ينص " حيث أن الحكم المطعون فيه قضى بأن قرار الإدارة سحب العملية من المدعي كان خاطئا وليس له ما يبرره ... لذلك ليس من ريب أن قرار الهيئة سحب العملية من المدعي بعد انجازه أكثر من 94% من العمليات التي يتضمونها يعتبر مخالفا للقانون ومنطويا خطأ وسوء تقدير ومن ثم يكون

2- النفقات يتحملها المقاول في حالة سحب العمل منه: وهو أمر متفق عليه في الفقه

والقضاء الإداري فيتحمل المقاول كافة المصروفات التي تتحملها المصلحة الإدارية المتعاقدة بسبب جزاء سحب العمل منه ، ذلك أنه ما كانت الإدارة أن تتحمل هذه النفقات لولا خطأ المتعاقد الذي أوقع الإدارة في تحمل مصروفات زائدة عن ثمن العقد الأصلي والتي تقع على عاتق المقاول حتى لا ينفذ المخطئ من خطئه ، ولا يفلت منها إلا إذا أثبت خطأ الإدارة ، كما يحق له أيضا المصروفات المبالغ فيها والتي لا أساس لها ، كما أن الإدارة تستطيع استردادها عن طريق الاقتطاع من مستحقات المقاول أو مبلغ التأمين أو أي مستحقات أخرى له لدى أي جهة إدارية أخرى ، وهو ما أكدته المادة 84 من اللائحة التنفيذية للقانون رقم 89 لسنة 1998 ، ويمكن حصر النفقات التي يتحملها المقاول في حالة سحب العمل منه وتنفيذه على حسابه لثلاثة أنواع هي:

- فروق الأسعار وهي المبالغ التي تنتج عن تنفيذ الأشغال في وقت غير الوقت الذي كان محددًا لتنفيذها.

- المصروفات الإدارية وهي بمثابة تعويض مستحق لجهة الإدارة مقابل إعادة الإجراءات الناقصة وما يتبعه من نفقات ومصروفات لم تكن لتتحملها لولا تقصير المتعاقد في تنفيذ التزاماته، وهي لا تستحقها إلا إذا ثبت أنها تحملت الخسائر ولحقت بها أضرار نتيجة تنفيذها العمل مكان المقاول المقصر.

- غرامات التأخير لأنه يجوز الجمع بين سحب العمل وغرامة التأخير لذلك فإن قيام الإدارة بالتنفيذ على حساب المقصر في تنفيذ التزاماته التعاقدية تحسب بجانب المصاريف الإدارية وفروق الأسعار الغرامات التأخيرية، هذه الأخيرة التي يتم تحصيلها بمجرد التأخر في إنجاز الأشغال¹، ونصت المادة 1.3.119 من المرسوم التنفيذي 21-2019 " تقطع من المبالغ المستحقة

دفاع الهيئة عن صحة هذا القرار بغير أساس مقبول من الواقع والقانون... والمحكمة تؤيد ما ذهب إليه الحكم المطعون فيه من تقدير التعويض الذي يستحقه المدعي ". انظر نفس المرجع ص ص 289-290.

¹سامح عبد الله عبد الرحمان محمد، المرجع السابق، ص ص 291-295.

- حكم المحكمة الإدارية العليا بتاريخ 2002/04/22 جاء فيه " من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن الجهة الإدارية في تنفيذها العقد على حساب المتعاقد المقصر تقوم بدور الوكيل، فتلتزم في ذلك ببذل العناية التي تبذلها في أعمالها الخاصة، ومن مقتضى ذلك أن تقوم بالتنفيذ والقرار الصادر من الإدارة بسحب العمل من المتعاقد المقصر لا يعني ضياع على الحساب خلال مدة معقولة وعليه لا وجه لتحميل المتعاقد مع الإدارة بفروق الأسعار حتى ثبت تأخير الإدارة في التنفيذ على حسابه ". أنظر حكيم عبد الرحيم محمد ناصوف ومن معه، المرجع السابق، ص 17.

- تنص الفقرة الأخيرة من المادة 84 من اللائحة التنفيذية للقانون 89 لسنة 1998 " على أنه في حالة فسخ

للمقاول المتقاعس مبلغا لإصلاح الضرر الذي ألحق بالمصلحة المتعاقدة بسبب خطأ المقاول والأعباء الإضافية المترتبة عن الصفقة أو الصفقات الجديدة....".

3- سلطة الإدارة في مصادرة التأمين: يجوز للإدارة مصادرة التأمين النهائي في

حالة سحب العمل من المقاول، وتعتبر مصادرة التأمين رخصة للمصلحة الإدارية المتعاقدة، والمشرع لم يلزمها باتخاذ أي إجراءات فهي سلطة تقديرية تتمتع بها، ويصبح بذلك من حق الإدارة¹، وحتى في حالة المصادرة فللإدارة السلطة التقديرية في تحديد مدى المصادرة هل تصدر كل التأمين النهائي أو جزء منه فقط، وتحقيقا لمبدأ العدالة فهي لا تستحق كل التأمين النهائي مادام المقاول قد نفذ جزءا من الأشغال وهذا تحقيقا لمبدأ العدالة².

ثانيا: تنفيذ الأشغال على حساب المتعاقد:

إن تنفيذ الأشغال على حساب المقاول هي النتيجة الطبيعية لجزاء سحب العمل من المقاول، لأن هذا الجزاء لا يأتي بالنتيجة المرجوة إذا لم تقم الإدارة بالتنفيذ واستبعاد المتعاقد من الأشغال جزاء له على تقصيره، وهذا لإجباره على السير في تنفيذ العقد وبالتالي ضمان استمرارية المرفق العام، وللإدارة في هذا الإطار العديد من السلطات منها:

1- استعمال واحتجاز الإدارة لأدوات وآليات المقاول: فحق الإدارة في استعمال

أدوات وآليات المقاول دون مقابل وذلك لتنفيذ الأشغال محل الجزاء وبالقدر اللازم، أما ما يزيد عن الاستعمال فيقوم المقاول بنقلها من موقع الأشغال، وقد ينص العقد أو دفاتر الشروط على حق الإدارة في استخدام هذا الحق، إلا أنه من المقرر أن للإدارة ممارسة هذا الحق بمجرد إعلان الجزاء للمقاول، دون حاجة للنص عليه في العقد أو دفاتر الشروط وعليها أيضا مراعاة ما يلي:

- لا تمارس هذا الحق إلا في حالة عدم امتثال المقاول لاستئناف الأشغال بعد إعداره بذلك.

العقد أو تنفيذه على حساب المقاول يصبح التأمين النهائي من حق الجهة الإدارية كما يكون لها أن تخصم ما تستحقه من غرامات وقيمة كل خسارة تلحق بها - بما في ذلك فروق الأسعار والمصاريف الإدارية ومقابل التأخير على أرصدة الدفعات المقدمة وفقا لأسعار الائتمان والخصم المعلن من البنك المركزي في تاريخ استحقاق هذه الدفعات - وذلك من أية مبالغ مستحقة أو تستحق للمتعاقد لديها ، وفي حالة عدم كفايتها تلجأ إلى خصمها من مستحقاته لدى أية جهة إدارية أخرى أيا كان سبب الاستحقاق دون حاجة لاتخاذ أية إجراءات قضائية وذلك كله مع عدم الاخلال بحقها في الرجوع عليه بما لم تتمكن من استيفائه من حقوق بالطريق الإداري".

¹ حسن عبد الله حسن، المرجع السابق، ص 365.

² سامح عبد الله عبد الرحمن محمد، المرجع السابق، ص 301-304.

- المادة 26 من اللائحة التنفيذية للقانون رقم 89 لسنة 1998 تنص على " في جميع حالات فسخ العقد، وكذا في حالة تنفيذه على حساب المتعاقد، يصبح التأمين النهائي من حق الجهة الإدارية....".

- التزام الإدارة بعمل محضر جرد تفصيلي بجميع أدوات ووسائل المقاول الموجودة بموقع الأشغال وذلك لاستعمالها في التنفيذ.

- مراعاة مدة اجراء الجرد وفي ذلك نصت المادة 86 من اللائحة التنفيذية للقانون

89 لسنة 1998 المصري على مدة شهر من تاريخ سحب العمل من المقاول¹. كما يحق للإدارة احتجاز أدوات المقاول بل أكثر من ذلك فلها بيعها من أجل ضمان حقوقها اتجاه المقاول ، وعملية احتجاز وسائل وأدوات المقاول لا تتأني إلا بعد عملية سحب العمل فهي إجراء لاحق له ، والمصلحة الإدارية لا تأخذ إلا ما يلزمها من وسائل لتنفيذ الأشغال شريطة أن تكون صالحة للاستعمال ، وإتباع الإجراءات السابقة وإلا اعتبر الاحتجاز بغير سند وعليها ردها له ، كما لها بيعها دون أدنى مسؤولية من جراء البيع² كما لا تكون لها المسؤولية قبل المقاول أو غيره عنها واما يصيبها من تلف أو نقص لأي سبب أو دفع أجر عنها ولها الاحتفاظ بها حتى بعد انتهاء العمل³.

2- طرق تنفيذ الأشغال: للمصلحة الإدارية اختيار الطريقة المناسبة من أجل عملية

استكمال الأشغال المسحوبة من المقاول والتي قصر في تنفيذها ، ولها السلطة التقديرية الواسعة في ذلك ، فتستطيع التنفيذ بنفسها مباشرة للأشغال ، كما يمكنها أن تعهد بها لمقاول آخر لتنفيذها ، أو للمقاول نفسه باعتباره عاملاً تابعاً للإدارة إذا قبل ذلك ، كل ذلك ما لم يتم النص في العقد على طريقة استكمال الأشغال في حالة سحب العمل من المقاول ، ففي فرنسا نصت كراسة الشروط العامة CCAG على أنه يتم التنفيذ بأسلوب الإدارة المباشرة عن طريق الإدارة أو بواسطة مدير تقوم بتعيينه، أما المشرع الإماراتي فيذهب لطرح العملية في مناقصة جديدة يعهد بها لأحد المقاولين

¹سامح عبد الله عبد الرحمان محمد، المرجع السابق، ص ص 312-313.

- نصت المادة 86 من اللائحة التنفيذية للقانون رقم 89 لسنة 1998 " في حالة سحب العمل كله أو بعضه من المقاول يحرر كشف بالأعمال التي تمت وبالآلات والأدوات التي استحضرت والمهمات التي لم تستعمل والتي يكون قد وردها المقاول بمكان العمل ويحصل ذلك الجرد خلال شهر من تاريخ سحب العمل بمعرفة مندوب عن الجهة الإدارية وبحضور المقاول بعد اخطار بكتاب موصى عليه بالحضور هو أو من ينوبه ، ويثبت هذا الجرد بموجب محضر يوقعه كل من مندوب الجهة الإدارية والمقاول أو من ينوب عنه فإذا لم يحضر أو لم يرسل مندوباً عنه فيجري الجرد في غيابه وفي هذه الحالة يخطر المقاول بنتيجة الجرد فإذا لم يبدي ملاحظاته خلال اسبوع من تاريخ وصوله اليه كان ذلك بمثابة اقرار منه بصحة البيانات الواردة في محضر الجرد والجهة الادارية غير ملزمة بأخذ شيء من المهمات إلا بالقدر الذي يلزم لإتمام الأعمال فقط على شرط أن تكون صالحة للاستعمال أما ما يزيد على ذلك فيكلف المقاول بنقله من محل العمل " .

²مصطفى سالم النجيفي، المرجع السابق ، ص 229.

- جاء في حكم محكمة القضاء الإداري المصري بتاريخ 1956/12/23 " من حيث أنه عن طلب المدعي الغاء قرار الحكومة بالاستيلاء على أدواته ومهمات مع رفض تسليمها اليه فإن مشروعية هذا الاحتجاز تقتضي استعمالها في اتمام العمل، فإذا لم يظهر من الأدوات أنها استعملتها في ذلك أضحي معه احتجازها عمل غير مشروع " . انظر نفس المرجع ص ص 230.

³ سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص ص 505-506.

من أجل اتمام الأشغال ، أو تنفيذها مباشرة بمعرفتها ، والمشرع المصري ذهب إلى ان تنفذ الإدارة الأشغال بنفسها مباشرة أو عن طريق طرحها في مناقصة جديدة ، وبالتالي فعملية استكمال الأشغال لا تخرج عن هذه الطرق للتنفيذ ، لكن تبقى اشكالية واحدة يجب الإشارة إليها في هذا الموقع وهي عملية تحقيق الإدارة لأرباح من خلال سحب العمل من المقاول ، فقد اتفق في هذا الشأن المشرعون ، فالمشرع الفرنسي يرى أنه لا يجوز للمقاول المطالبة بالفرق الذي نتج عن تنفيذ الأشغال على حسابه وذلك على اعتبار أنه مخطأ ولا يجوز له الاستفادة من خطئه ، وهو ما أقره أيضا المشرع المصري¹، أما المشرع الجزائري فقد أكد على الاعتبار القائل أن الأرباح حقا مكتسبا للدولة، ولا يحق للمقاول المتقاعس المطالبة بحصة من المبالغ المحررة التي تبقى حقا مكتسبا للدولة وذلك في المادة 2.3.119 من المرسوم التنفيذي 21-219 وهو ما نصت عليه أيضا المادة 35 فقرة 08 من دفتر الشروط الإدارية العامة².

ثالثا: نهاية سحب العمل من المقاول:

يجب الإشارة في إطار التطرق لنهاية جزاء سحب العمل من المقاول إلى أن السحب نوعين سحب كلي للعمل وسحب جزئي لبعض الأعمال دون الآخر، وإذا كان السحب الكلي للأشغال واضح على اعتبار أن المصلحة المتعاقدة تسحب العمل كليا أو كل ما تبقى منه من المقاول المقصر، بينما السحب الجزئي الذي لا يشمل إلا جزءا من الأشغال، وقد اختلف الفقه بين مؤيد للسحب الجزئي ومعارض له كما يلي:

الرأي الأول: ذهب لعدم جواز وضع المقاوله جزئيا تحت الإدارة المباشرة لأنه يلحق بالمقاول ضرر يتمثل في أن جميع أجزاء المقاوله ليست مثمرة بالتساوي، فالمقاول عندما أقبل على المقاوله وضع في حسابه أن هناك أجزاء تدر ربحا وأخرى مكلفة له وبالتالي يكون ظلما حرمانه من الجزء المربح ووضعه تحت الإدارة المباشرة للمصلحة المتعاقدة، وبالتالي ترك الجزء الذي يتحمل الخسائر عنه، لكن يمكن قبول السحب الجزئي في حالتين هما:

- النص الصريح على ذلك في العقد إعمالا لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين.
- أن تكون العيوب التي ظهرت في المشروع وقت استلام جزء من الأشغال فقط،

¹سامح عبد الله عبد الرحمان محمد، المرجع السابق ، ص ص 319-322.
²تنص المادة 35 فقرة 08 من دفتر الشروط الإدارية العامة " إذا أدى النظام المباشر أو الصفقة الجديدة بالعكس إلى خفض النفقات فلا يجوز للمقاول المطالبة بأية حصة من هذا الربح الذي يعتبر حقا مكتسبا للدولة ".

وبالتالي يجوز هنا للإدارة أن تقرر الوضع الجزئي للمقاوله تحت الإدارة المباشرة قصد اصلاح هذا الجزء من العملية.

الرأي الثاني: وهو القائل بجواز السحب الجزئي للأعمال من المقاول ويستند الرأي للقول أن الأعمال المسحوبة هي التي تدر ربحا على المقاول هو فرضية فقط وغير منطقية، إذ لو كانت كذلك لسارع المقاول لتنفيذها إضافة لذلك أن صدور خطأ من المتعاقد يقابله جزاء السحب واتخاذ هذا الإجراء، ومن المنطقي أن يتحمل نتائج أخطائه¹.

وهناك طريقتان لإنهاء جزاء سحب العمل من المقاول هي:

1- الإنهاء القضائي للسحب: يمكن للمقاول اللجوء للقضاء من أجل وضع نهاية

للسحب وذلك إما بالتعويض وذلك إن كان له مقتضى وأحدث الجزاء ضررا له ، وإما بوقف تنفيذ قرار السحب وإعادة الأشغال له ، وفي فرنسا الاتجاه السائد هو بالنسبة للتعويض وإذا كان للمقاول الحق فيه من عدمه ، فالقاضي لا يملك إلا الحكم بالتعويض فقط عن جزاء سحب العمل المعيب ولا يملك إلغاء قرار السحب ، وبالتالي فقضاؤه يقتصر على مدى استحقاق المقاول للتعويض ، أما في مصر فهناك بعض الأحكام التي توحى بأن مجلس الدولة المصري يجيز إلغاء القرار المعيب ومن ذلك حكمه بتاريخ 1956/12/23 لمحكمة القضاء الاداري المصري الذي الغى القرار الصادر من الادارة بالاستيلاء على أدوات المقاول الموجودة بموقع العمل²، ومجلس الدولة الجزائري في قراره مجلس بتاريخ 1999/03/08 في قضية بورطل رشيد ضد والي ولاية ميلة ومن معه جاء فيه " حيث أنه لا يمكن للقاضي الإداري أن يأمر الإدارة وبالتالي فإن قضاة الدرجة الأولى كانوا على صواب عندما رفضوا الطلب.... حيث أن القاضي الإداري يكون ملزما بالفصل في الطلبات المطروحة عليه ولا يتجاوز حدود السلطات التي يتمتع بها وهو ما يجسد الفصل بين الوظيفة الإدارية والقضائية ويجسد الفصل بين

¹سامح عبد الله عبد الرحمان محمد، المرجع السابق، ص ص 329-331.

- قرار المحكمة الإدارية العليا في مصر سنة 1955 " ... جميع القرارات التي تصدرها الجهة الإدارية تنفيذا لعقد من العقود الإدارية واستنادا لنص من نصوصه كالقرار الصادر بسحب العمل ممن تعاقد معها، والقرار الصادر بالتأمين أو إلغاء العقد ذاته، فهذه القرارات يختص القضاء الإداري بنظر المنازعات التي تثور بشأنها لا على أساس اختصاصه بنظر القرارات تالادارية النهائية وإنما على أساس اعتباره المحكمة ذات الولاية الكاملة بنظر المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية " أنظر عبد الغني بسيوني عبد الله، الاجتهاد الجزائري في القضاء الإداري (الجزء الاول)، المرجع السابق، ص 334.

²سامح عبد الله عبد الرحمان محمد، نفس المرجع، ص ص 333-335.

السلطات"¹، كما جاء أيضا في قراره رقم 5638 بتاريخ 2000/07/15 قضية (ب و ج)، ضد مديرية المصالح الفلاحية وهران " يرى مجلس الدولة في هذا الشأن أنه ليس بإمكان القضاء أن يصدر أوامر أو تعليمات للإدارة فهو لا يستطيع أن يلزمها بالقيام بعمل"²

2- الإنهاء الإداري للسحب: لا يرتبط جزاء سحب العمل من المقاول بفترة معينة

يلتزم فيها المقاول بإنهاء هذا الإجراء، إذ يمكن للإدارة أن تستمر في هذا الإجراء حتى يتم الانتهاء من تنفيذ الأشغال واستلامها نهائيا، كما يمكن أن ينتهي هذا الإجراء بفسخ العقد إذا رأت الإدارة ذلك وأن المقاول لا يستطيع الاستمرار في تنفيذ الأشغال موضوع العقد، من جهة أخرى يمكن للمقاول وضع حد لجزاء السحب من خلال طلب يتقدم به للإدارة يطلب فيه إنهاء وضع المقاول تحت الإدارة المباشرة وإعادة الأعمال إليه لإتمام تنفيذها إذا ما استطاع أن يثبت للإدارة أنه يملك من الوسائل ما يمكنه من استئناف الأعمال والوصول بها لنهاية مرضية، والإدارة تستقل بتقدير هذه الوسائل دون رقابة عليها من القضاء، كما يمكن أن تنهي هذا الإجراء بالانتهاء العادي للعقد³.

المبحث الثاني: الشراء على حساب المورد

الشراء على حساب المورد أحد صور الجزاءات التي تقوم فيها المصلحة المتعاقدة بالتنفيذ على حساب المتعاقد وينصب هذا الجزاء على صفقة التوريد، ويعتبر أهم الجزاءات الضاغطة التي تملك الإدارة أيضا توقيعها دون اللجوء للقضاء وذلك تطبيقا لسلطتها في التنفيذ المباشر، وتقتضي دراسة هذا الجزاء التعريف به بداية، ثم تحديد شروطه وآثاره القانونية، ومن خلال هذا المبحث ستوضح هذه الجزئيات في مطلبين:

المطلب الأول: تعريف الشراء على حساب المورد وطبيعته القانونية

المطلب الثاني: شروط الشراء على حساب المورد وآثاره

¹حسين بن الشيخ أث ملويا، المنتقى في قضاء مجلس الدولة، الجزء الأول، المرجع السابق، ص 87.

²رشيد خلوفي وسابيس جمال، المرجع السابق، ص 314.

³سامح عبد الله عبد الرحمان محمد، المرجع السابق، ص 333-335.

تنص المادة 35 فقرة 06 من دفتر الشروط الإدارية العامة " في حالة قيام الأشغال على النظام المباشر وخلال مدته ، يسمح للمقاول بمتابعة العمليات ولا يجوز له عرقلة تنفيذ أوامر المهندسين ، ويجوز رفع النظام المباشر عنه إذا أثبت بالوسائل الضرورية امكانية السير بالأشغال وإيصالها إلى نهايتها الحسنة " .

المطلب الأول: مفهوم الشراء على حساب المورد

عرض مختلف التعريفات الفقهية والقانونية والقضائية لصفقة التوريد العام ولجزاء التنفيذ على حساب المورد في حال الإخلال بالتزاماته التعاقدية يفصلها هذا المطلب، ثم بعد ذلك يتم تبيين الطبيعة القانونية لجزاء الشراء على حساب المورد والذي اختلف فيه بين اعتباره من النظام العام ام لا.

الفرع الأول: تعريف الشراء على حساب المورد:

هناك العديد من التعريفات لجزاء الشراء على حساب المورد في القانون الإداري، لكن قبل ذلك سوف تعرف صفقة التوريد العام على اعتبارها الصفقة العمومية محل الجزاء.

أولاً: تعريف صفقة التوريد:

صفقة التوريد من بين الصفقات العمومية التي تبرمها المصلحة الإدارية المتعاقدة مع المتعامل المتعاقد وهو المورد، ولقد تم تعريف هذه الصفقة بمختلف الجوانب سواء في الفقه أو التشريع أو القضاء، وفيما يلي أهم هذه التعريفات:

1- التعريف الفقهي:

هناك العديد من التعريفات الفقهية لعقد التوريد منها:

- " اتفاق بين شخص من أشخاص القانون العام بما له من سلطة، وبين شخص آخر عام أو خاص يتعهد بمقتضاه هذا الأخير بتوريد منقولات معينة لازمة لمرفق عام، مقابل ثمن معين على أن يتضمن العقد شروطاً استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص "
- " اتفاق بين شخص معنوي من أشخاص القانون العام، وفرد أو شركة يتعهد بمقتضاه الفرد أو الشركة بتوريد منقولات معينة للشخص المعنوي، لازمة لمرفق عام مقابل ثمن "
- عرفه جانب آخر من الفقه بأنه " عقد إداري يتم بين الإدارة وفرد أو شركة (متعهد) يتعهد بمقتضاه الفرد أو الشركة بأن تورد للإدارة منقولات أو مواد معينة تلزمها مقابل ثمن معين محدد في العقد، وقد يتم توريد المواد واللوازم المتفق عليها في عقد التوريد دفعة واحدة، كما قد يتم توريدها على مدة فترة زمنية طويلة¹."

¹ خالد سليمان أسود العنزي، عقد التوريد الإداري دراسة مقارنة بين القانونين الأردني والكويتي، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، قسم القانون العام، جامعة الشرق الأوسط، الأردن، 2012، ص 17.

- عرف أيضا بأنه " التزام المتعهد بتوريد الأصناف المتعاقد عليها خلال المواعيد المحددة"¹.

2- التعريف القضائي:

- عرفته محكمة القضاء الإداري في مصر في قرارها 1952/12/02 بأنه " اتفاق بين شخص معنوي من أشخاص القانون العام وفرد أو شركة يتعهد بمقتضاه الفرد أو الشركة بتوريد منقولات معينة للشخص المعنوي، لازمة لمرفق عام مقابل ثمن معين"².

- عرفته أيضا محكمة القضاء الإداري المصرية في حكمها بتاريخ 1957/03/17 بأنه " عقد التوريد من العقود الإدارية المسماة بمقتضى القانون، وهو اتفاق بين شخص معنوي من أشخاص القانون العام، وبين فرد أو شركة يتعهد بمقتضاه هذا الفرد أو تلك الشركة بتوريد أشياء معينة للشخص المعنوي لازمة لمرفق عام، مقابل ثمن معين ..."³.

- عرفته محكمة النقض المدنية في حكم بتاريخ 1990/02/05 " عقد التوريد ليس عقدا إداريا على إطلاقه بتخصيص القانون، وإنما يشترط لإصباح هذه الصفة عليه أن يكون إداريا بطبيعته وخصائصه الذاتية، وهو لا يكون كذلك إلا إذا أبرم مع إحدى الجهات الإدارية بشأن توريد مادة لازمة لتسيير مرفق عام، واحتوى على شروط غير مألوفة في القانون الخاص، أما إذا كان عقد التوريد لا يحتوي على هذه الشروط التي يتسم بها العقد الإداري، ويجب توافرها لتكون مفصحة عن نية الإدارة في الأخذ بأسلوب القانون العام في التعاقد، فإنه لا يكون من عقود التوريد الإدارية"⁴.

3- التعريف التشريعي:

- عرفته المادة 29 من المرسوم الرئاسي 15-247 " تهدف الصفقة العمومية للوازم الى اقتناء أو ايجار أو بيع بالإيجار، بخيار أو بدون خيار الشراء، من طرف المصلحة المتعاقدة، لعتاد أو مواد، مهما كان شكلها، موجهة لتلبية الحاجات المتصلة بنشاطها لدى مورد".

¹ خالد عبد الفتاح محمد، المرجع السابق، ص 520.

² مفتاح خليفة عبد الحميد وحمد محمد حمد الشلماني، العقود الادارية واحكام ابرامها، (د-ط)، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، مصر، 2008، المرجع السابق، ص 33.

³ سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 133.

⁴ مفتاح خليفة عبد الحميد ومن معه، المرجع السابق، ص ص 34-35.

- عرفته المادة الاولى من قانون المشتريات الفرنسي رقم 06-975 فعقود التوريد العامة هي عقود مبرمة مع الموردين لشراء أو تأجير أو استئجار أو شراء المنتجات أو المعدات¹.
مما سبق فإن عقد التوريد يتوافر على العناصر التالية:
- أن موضوعه دائما توريد منقولات، فلا يمكن أن يرد على عقار ولو بالتخصيص.
- قد يتم على دفعة واحدة أو عدة دفعات من أجل توريد منقولات، هذه الأخيرة التي قد تكون أصلا مملوكة للإدارة المتعاقدة وتسلمها للمتعاقل المتعاقد معها كم أجل تحويلها أو إعادة تصنيعها كالبتترول مثلا، وتبرم معه عقدا من أجل توريدها لها لا بعد تصنيعها².
- احتواء العقد على شروط استثنائية وغير مألوفة تميزه باعتباره عقدا إداريا، ويكون ذلك بأن يكشف الشخص المعنوي العام عن نيته في استعمال وسائل القانون العام والسلطة العامة في التعاقد ، وأن يتضمن العقد شروطا استثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص ، ويستوي في ذلك أن يتم عقد التوريد على دفعة واحدة أو عدة دفعات ، وبالتالي لا يعد عقد التوريد عقدا إداريا إلا باستيفائه هذا الشرط وهو استعمال وسائل القانون العام ، ودون ذلك يعتبر عقدا مدنيا³ ، وهو ما أكدته محكمة القضاء الإداري المصري في حكمها بتاريخ 16/12/1956 " ... ولما كانت هذه العقود تختلف عن العقود المدنية في أنها تستهدف مصلحة عامة في تسيير المرافق العامة ... فإنه من أجل تحقيق هذا الهدف خولت جهة الإدارة سلطات استثنائية، وحق تطبيق قواعد غير مألوفة في عقود القانون الخاص يقصد الوفاء بحاجة المرافق العامة " ⁴.

ويتفرع عن عقد التوريد في الوقت الحاضر عقودا مقاربة منها:

- **الأول: عقود التوريد الصناعية:** وهي العقود التي فيها تسليم عنصر آخر غير

¹ المادة 29 من المرسوم الرئاسي 15-247.

Article 1^{er} de Décret n° 2006-975 du 1er août 2006 portant code des marchés publics "Les marchés publics de fourniture sont les marchés conclus avec des fournisseurs qui ont pour objet l'achat, la prise en crédit-bail, la location ou la location-vente de produits matériels."

² مفتاح خليفة عبد الحميد ومن معه، المرجع السابق، ص 37.

³ فرقد عبود العارضي، النظام القانوني للعقد الإداري في العراق، مجلة رسالة الحقوق، المجلد 12 - العدد 01، العراق، 2020، ص 341.

⁴ سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 133.

المنقولات العادية التي يتم الاتفاق عليها مسبقا في عقود التوريد العادية، ويقوم المتعاقد في هذا العقد بتصنيع البضائع المتفق على توريها للإدارة المتعاقدة، ومن ثم يكون لهذه الأخيرة حرية التدخل أثناء تصنيع البضائع وإعدادها.

- **الثاني: عقود التحويل:** وهو اتفاق مركب بين عمليتين هما عملية التحويل وعملية التسليم، وفي هذا يذهب مجلس الدولة الفرنسي لاعتباره عقد توريد إذا كانت فكرة التوريد هي المهيمنة والمسيطرة على الاتفاق، ولكنه بالمقابل يفصل بينهما إن كانت كل عملية مستقلة عن الأخرى¹.

ثانيا: تعريف جزاء الشراء على حساب المورد:

المورد في صفقة التوريد يقع على عاتقه التزامات يؤدي التهاون أو الإخلال بها لتوقيع الجزاء الإداري عليه من طرف الإدارة المتعاقدة، ومن بين هذه الجزاءات الشراء على حساب المورد والتعاقد مع غيره من أجل اتمام عملية التوريد وتكملة الالتزامات التي قصر فيها المورد الأول وهو من أقسى الجزاءات الإدارية التي تهدف الى ارغام المتعاقد على احترام الصفقة وتنفيذ التزاماته، ومن بين التعاريف لهذا الجزاء ما يلي:

1- التعريف الفقهي:

- عرف بأنه " عبارة عن إجراء تتخذه الإدارة المتعاقدة اتجاه المتعاقد (المورد) الذي تخلف عن توريد الأصناف المتعاقد عليها بموجب العقد المبرم في المدة المحددة، أو تخلف عن توريدها بالمواصفات المطلوبة والمحددة في العقد وذلك بأن تقوم بتنفيذ العقد على حسابه وتحت مسؤوليته"².

- الشراء على حساب المورد المتأخر هو جزاء على تأخر المورد عن المدة المحددة بالعقد، فللإدارة في هذه الحالة إذا رأت أنه لا ضرر في ذلك أن تمنحه مهلة اضافية للتوريد مع توقيع الغرامة التأخيرية، أو أن تلجأ إلى الشراء إذا رأت أن مصلحة المرفق تقتضي ذلك³.

¹ سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص ص 135-136.

- جاء في حكم المحكمة الادارية العليا في مصر بتاريخ 1969/02/01 " حيث تعلن المحكمة أنه يجوز لجهة الإدارة المتعاقدة أن تزود المتعهدين بالخدمات اللازمة لصناعة أي صنف ... وفي هذه الحالة يحاسب المتعهد على أجر تصنيع يفدر على أساس الفرق بين الصنف وفق أسعار كشوف الوحدة وثمان الخامات الداخلة في صناعته ... " نفس المرجع ص 136.

² عبد الرزاق باخبيهر، المرجع السابق، ص 262.

³ سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 516.

- هو الجزاء الذي يتم توقيعه في عقود التوريد، فالمورد المقصر في حالة عدم توريد ما التزم به أو تم توريد بضاعة على خلاف الشروط والمواصفات المتفق عليها في العقد، وكذلك في حالة تأخره عن المدد المحددة يكون قد أخل بدوام سير المرفق العام، وفي هذه الحالة يتعين على الإدارة اتباع اجراءات محددة قبل تنفيذ الشراء على حساب المتعاقد المقصر¹.

2- التعريف القضائي:

- عرفته المحكمة الادارية العليا بمصر بتاريخ 1962/03/17 " الشراء على حساب المتعاقد المقصر وسيلة من وسائل الضغط التي تستخدمها الادارة لإرغام المتعاقد معها على تنفيذ العقد وهو جزء من الجزاءات التي تملك الإدارة توقيعها على المتعاقد معها والتي جرى العرف الاداري على اشتراطها في العقود الإدارية والملحوظ في هذه الجزاءات الإدارية تتلاءم مع السرعة والمرونة التي يقتضيها حسن سير المرافق العامة"².

3- التعريف التشريعي:

- عرفه المشرع المصري في المادة 94 من اللائحة التنفيذية للقانون رقم 89 لسنة 1998 في الفقرة 02 " في حالة عدم قيام المورد بالتوريد في الميعاد المحدد بالعقد أو خلال المهلة الإضافية فعلى الجهة الإدارية أن تتخذ أحد الإجراءات التالية طبقا لما تقرره السلطة المختصة وفقا لما تطلبه مصلحة العمل وذلك بعد إخطاره بكتاب موصى عليه بعلم الوصول على عنوانه المبين بالعقد:

أ- شراء الأصناف التي لم يقم المورد بتوريدها من غيره على حسابه بذات الشروط والمواصفات المعلن عنها والمتعاقد عليها بأحد الطرق المقررة بقانون تنظيم المناقصات والمزايدات والأحكام الواردة بهذه اللائحة
ب- إنهاء التعاقد فيما يختص بهذه الأصناف"³.

الفرع الثاني: الطبيعة القانونية للشراء على حساب المورد:

¹ذنون سليمان يونس العبادي، المرجع السابق، ص 191.

²مصطفى سالم النجيفي، المرجع السابق، ص 230-231.

³المادة 94 فقرة 02 من اللائحة التنفيذية للقانون رقم 89 لسنة 1998.

إن الشراء على حساب المورد يعد حقا للمصلحة الإدارية المتعاقدة ، تمارسه بسلطتها العامة حتى في حالة عدم وجود نص في العقد أو دفتر الشروط ، وهو ما أفنت به الجمعية العامة لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة المصري ، وذلك بتاريخ 1962/08/29 بقولها " يعد الشراء على حساب المتعهد المقصر مظهرا من مظاهر الامتيازات التي تتمتع بها جهة الإدارة في مجال العقود الإدارية ، وإذا كان من المسلم به أنه يحق للإدارة تنفيذ العقد على حساب المتعهد المقصر ولو لم يتضمن العقد نصا بذلك ، فليس هناك ما يحول دون اتباع هذا الاجراء ولو جاءت نصوص اللائحة خلوا من حكم صريح يخول للإدارة هذا الحق ، والقول بغير ذلك يتعارض مع طبيعة العقد الإداري ويغفل حقيقة هامة هي وجوب استمرار سير المرفق العام بانتظام وباضطراد ¹ ، فالشراء على حساب المورد إنما هو تطبيق لقاعدة التنفيذ العيني في العقود ، وتقوم به الإدارة في حال إخلال المتعاقد بالتزاماته التعاقدية وتعهداته معها ، بما قد يعرض المصلحة العامة للضرر إذا توقف المرفق العام عن أداء الخدمة العامة وهي أساس وجوده ، وتقوم الإدارة بتوقيع هذا الجزاء بامتيازاتها المباشرة وسلطتها في تنفيذ العقد دون الرجوع للقضاء في ذلك لأن هذا من صلاحياتها هي وإباراتها المنفردة ، وقد ذهب المحكمة الإدارية العليا لتأكيد ذلك في حكمها الصادر بتاريخ 1961/12/16 جاء فيه " لئن كان التنفيذ عينا في المعاملات المدنية لا يتم إلا عن طريق القضاء ، فإنه في العقود الإدارية يكون تنفيذ الالتزام عينا بواسطة الإدارة تقوم به بنفسها ، وعلى حساب المتعاقد معها وتحت مسؤوليته ، فالشراء على حساب المتعهد المقصر في تنفيذ تعهده ، وإلزامه بفرق السعر ليس عقوبة توقع على المتعهد ، وإنما هو تطبيق لقاعدة تنفيذ الالتزام عينا تقوم به الإدارة بنفسها عند إخلال المتعاقد معها بتعهده ضمانا لحسن سير المرافق العامة واطراد سيرها ² .

ويتم الإشارة أخيرا إلى أن بعض الفقه ذهب للقول بأن حق الإدارة في الشراء على حساب المورد ليس من النظام العام ويمكن للأطراف الاتفاق على خلافه ، بمقتضى نص صريح في العقد ، والسبب في ذلك أن عجز المورد عن التوريد ليس له نتائج خطيرة لأنه يمكن للإدارة التدخل بفسخ العقد وإبرام عقد جديد مع مورد آخر ³ ، وبذلك لن يكون المرفق العام في خطر ، وهو ما ذهب اليه القضاء المصري في حكم المحكمة الإدارية العليا بتاريخ

¹ بلاوي يسين بلاوي، المرجع السابق، ص 189-190.

² سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 518.

³ بلاوي يسين بلاوي، المرجع نفسه ، ص 190.

1962/03/17 بقولها " إذا اشترت الإدارة على حساب المتعهد المقصر ، فإنه يسأل بصفة مطلقة عن فروق الأسعار ، ومطابقة الأصناف المشتريات على حساب المتعهد المقصر لمواصفات الأصناف المتعاقد عليها ، ليست التزاما على الإدارة لمصلحة المتعهد بحيث لا يصح الشراء إلا إذا راعته ، وإنما هي حق للإدارة تأديه لمصلحة المرفق العام . من ثم فإنها تملك التنازل عن هذا الحق إذا كان التنازل لمصلحة المرفق العام ... " ¹. بالمقابل هناك من الفقه من اتجه لاعتبار الجزاء من النظام العام خصوصا في حالات الضرورة التي تواجه تنفيذ العقد، كحالة الحرب التي تستلزم السرعة في توريد الأغذية أو الأسلحة للقوات المسلحة، وكذلك في حالة الكوارث الطبيعية كالفيضانات والزلازل، لأن البطء في التنفيذ أو اللجوء لفسخ العقد وإبرام آخر يكون له النتائج الخطيرة على المرفق العام والمصلحة العامة يصعب تداركها².

المطلب الثاني: شروط الشراء على حساب المورد وآثاره:

تتمتع المصلحة الإدارية المتعاقدة بسلطة توقيع التنفيذ على حساب المورد في صفقة التوريد العام، لكن مقابل هذه السلطة نجد شروطا عليها احترامها لإضفاء الشرعية على الجزاء، وضمانا لعدم تجاوز السلطة أو الاعتداء على حقوق المورد، من جهة أخرى تجد أنه في حال أن وقع الجزاء تترتب العديد من الآثار، وفي إطار ذلك سيتم في هذا المطلب التعرض لشروط الجزاء ثم آثاره.

الفرع الأول: شروط الشراء على حساب المورد

الشراء على حساب المورد كغيره من الجزاءات الإدارية في الصفقات العمومية يجب أن يحاط بشروط تجعل توقيعه على المورد مشروعاً ولا لبس فيه، بحيث أن توافر أحد هذه الشروط يبسط السلطة الجزائية للمصلحة الإدارية المتعاقدة، ويضع المورد في موقع المسؤول عن عدم التنفيذ الجيد للصفقة، وأهم هذه الشروط:

أولاً: الخطأ الجسيم:

إن تقصير المتعاقد في تنفيذ تعهداته والتزاماته في عقد التوريد يعتبر الخطأ الجسيم الذي يوقعه في جزاء سحب العقد منه من المصلحة المتعاقدة والتنفيذ على حسابه، فلا يمكن اللجوء

¹ سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 519.

² بلاوي يسين بلاوي، المرجع السابق ، ص 190.

لهذا الجزاء إلا لتقصير من المتعاقد، ومن أجل الضغط عليه وإرغامه على التنفيذ بدل فسخ العقد وإنهائه، ومن أهم صور الخطأ الجسيم التي يتعرض لها المورد ما يلي:

- **الاخلال بالتزام التوريد في الأجل المتفق عليه:** يعتبر من الالتزامات التي تقع على

عائق المورد، وبالتالي فالتزام المورد هو التزام بتحقيق النتيجة وليس بذل العناية، فلا بد للمورد أن ينجز العمل في المدة أو الموعد المحدد له ولا يعفى من المسؤولية إن كان سبب عدم تنفيذ العقد راجعاً له بسبب إهماله أو خطئه وأي تقصير يكون من جانبه، إلا في حالة أن يكون السبب في تأخير التنفيذ راجعاً لسبب أجنبي، ولكن هنا يقع عليه عبأ الإثبات، وتحديد موعد التنفيذ من الأمور العناصر الجوهرية في العقد وذلك للوصول للتنفيذ بالشكل المطلوب، يضاف لذلك أن تحديد المدة يثبت مدى قدرة المورد على الالتزام بحسن التنفيذ، ويؤكد نيته السليمة ونزاهته في أداء أعماله، ويلزم على الإدارة بالمقابل أن يكون تحديدها لمدة كافية، ولها دائماً الرقابة والإشراف، وتحديد مدة معقولة يكون بالنظر لظروف وقدرات المورد حتى لا يؤدي لرفضها من طرفه، وفي حال اخلال المورد لالتزاماته بالتنفيذ في المدة المحددة يكون قد ارتكب خطأ جسيماً يترتب عليه المسؤولية ويعرضه للجزاء، ومن هنا تظهر الأهمية الكبيرة لتحديد آجال التوريد¹.

ويجب التنبيه دائماً أنه إذا كان التقصير المسبب للتأخير في عملية التوريد كان من المصلحة الإدارية، فهنا لا يتم توقيع الجزاء وتكون الإدارة هي التي تسببت في الضرر الذي وقع ولا يمكنها القاء المسؤولية على المتعاقد المورد²، كما أنه هناك ملاحظتين في هذا الإخلال والخطأ الجسيم للمتعاقد فيما يتعاقب أجا التنفيذ هما:

- هذا الجزاء لا يطبق إلا بالنسبة للالتزام المستحق الأداء، والذي لم يفي به المورد ولا تخضع الالتزامات المقبلة التي لم يحن أداؤها بعد لهذا الجزاء.
- التأخير هو خطأ جسيم يبرر الشراء على حساب المورد وجسامة التأخير تختلف

¹ زينب أحمد عوين ومن معها، جريمة الغش في توريد مواد مخالفة للمواصفات في عقد التوريد، مجلة كلية القانون، جامعة النهدين، المجلد 19، العدد 02، 2017، ص ص 29-30.

- لمزيد من التوضيح أنظر الملحق رقم 02.

² هيثم حليم غازي، المرجع السابق، ص 150.

من عقد لآخر، فقد يعد تأخر ساعات خطأ جسيماً لبعض العقود كعقد توريد أدوية للمستشفيات، وقد لا يكون كذلك في عقد آخر، مما يبين أن جسامه الخطأ لا يمكن تعميمها بل لكل عقد خصوصيته، ويخضع ذلك لرقابة الملائمة من القاضي إذا طعن المورد المتعاقد في الجزاء¹.

- الإخلال بالالتزام بالتوريد طبقاً للمواصفات المطلوبة: التزام آخر مهم يقع على عاتق

المورد المتعاقد مع الإدارة العامة وهو الالتزام بالمواصفات المتفق عليها، فهذا الالتزام يساعد على ضمان سير المرفق العام بانتظام وتكون هذه المواصفات منصوص عليها في العقد أو دفتر الشروط، أو موجودة بأمر التوريد، وفي كل الأحوال لا بد من أن يلتزم المورد بتوريد المواصفات المطلوبة منه طبقاً لما تم تحديده، ويكون التوريد في بعض الأحيان طبقاً للمواصفات القياسية أو طبقاً للعينة المطلوبة في حال عدم ذكر المواصفات المطلوبة في المواد الموردة بأي وثيقة سواء بالعقد أو بأمر التوريد أو دفتر الشروط، وهنا يتم التوريد على أساس العينة ويتم التوريد طبقاً لها، وتكون الأصناف الموردة مطابقة للعينة من حيث المواصفات والتركيبية ومختلف الجوانب الخاصة.

كما قد يكون توريد السلعة طبقاً للمواصفات القياسية في حال عدم بيان مواصفات المواد المراد توريدها بشكل دقيق وهو ما أخذ به المشرع المصري في المنتجات الخاصة بالنسيج والغزل والمنتجات الكهربائية والمعدنية، وبالتالي إذا خلا العقد من بيان المواصفات يتم اللجوء لهذه الطريقة، فتتعاقد الإدارة لتوريد مواد بالمواصفات التي تراها ضرورية لتحقيق المصلحة العامة وضمن تسيير المرفق العام، لذلك لا بد أن تضمن تحقق تنفيذها على الوجه الصحيح والمطلوب، لكن قد يخالف المتعاقد الواجبات التي تقع على عاتقه في عقد التوريد، فيقوم بتوريد مواد مخالفة للمواصفات عن طريق الغش والاحتيال، الأمر الذي يؤدي للإضرار بالمصلحة العامة وفوات الغرض الذي كانت تريد المصلحة المتعاقدة تحقيقه من عقد التوريد².

- الإخلال بالالتزام بالتنفيذ الشخصي للعقد: وهو ما يعتبر مساساً بمبدأ الاعتبار

¹ عبد الرزاق باخبيبره، المرجع السابق، ص ص 265-266.

² زينب أحمد عوين ومن معها، المرجع السابق، ص ص 29-32.

- المادة 96 فقرة 02 من اللائحة التنفيذية للقانون رقم 89 لسنة 1998 " على أنه في حالة إخلال المورد بأي شرط من شروط التوريد فعلى مدير المخازن إخطار إدارة المشتريات فوراً بذلك لاتخاذ الإجراءات اللازمة وفقاً لأحكام هذه اللائحة ".

- ونصت المادة 102 " يجب على الجهات التي تقوم بفحص الأصناف أن تبين في تقارير الفحص ما أسفر عنه عملها مقارنة بما هو مدون بالشروط والمواصفات المتعاقد على أساسها وتلتزم الجهة الإدارية بالأخذ دائماً بهذه النتائج ورفض الأصناف التي لا تطابق المواصفات أو العينات المتعاقد على أساسها ".

الشخصي في العقد، ويقصد بالاعتبار الشخصي أن تكون لشخصية المتعاقد المراد التعاقد معه محل اعتبار في العقد، ذلك أنها الباعث للتعاقد معه وشخصية المتعاقد المراد التعاقد معه تكون محل اعتبار للعديد من الأسباب قد منها ما يتعلق بالثقة، أو القدرات المادية والاقتصادية، أو لكفاءته أو خبرته في مجال التعاقد¹، والالتزام بالتنفيذ الشخصي نابع من أن الطرف الذي الطرف الذي تعاقدت معه الإدارة كانت صفته محل اعتبار اي لابد من وجوده اتمام العقد و تنفيذه ، و لا يجوز ان يتنازل او يتعاقد من الباطن مع الغير للقيام بالأعمال سواء بشكل كامل او جزئي ، والاعتبار الشخصي في عقد التوريد له اهمية كبيرة تظهر خاصة في عقود التوريد التي تستلزم مدة شهر او سنة او اكثر هذا وعقد التوريد الصناعي وخاصة ما يتعلق منها بالمستلزمات الحربية اذ لابد من ان يتم تنفيذ و تصنيع هذه الامور على درجة عالية من الدقة خصوصا أنها تتعلق بأمن وسلامة الدولة ، لذلك لابد من ان يكون من يلتزم بها ذو خبره عالية وشخصيته محل اعتبار، يضاف لذلك القدرة المالية له ، اذ لابد أن يكون بالكفاية المالية والقدرة التي تساعده على مواجهة الازمات والصعوبات التي تعترض عملية التنفيذ كما نجد في بعض العقود الحساسة تأخذ بعين الاعتبار جنسية المورد خاصة في العقود ذات الطبيعة الحربية، و يترتب التزام المورد بالتنفيذ الشخصي عدم تنازله عن العقد أو التعاقد من الباطن إلا بموافقة من المصلحة الإدارية المتعاقدة .

● بالنسبة للتنازل فيكون باطلا الا إذا كان المورد المتعاقد مع الجهة الادارية قد أخذ موافقتها بخصوص التنازل، ذلك أن هذا الأخير بقصد به احلال الغير محله في اداء التزاماته واكتساب حقوقه الناشئة عن العقد المبرم بينه وبين المصلحة الادارية لذلك يجب موافقة صريحة من هذه الأخيرة، لأن التنازل عن العقد دون موافقتها يعتبر خطأ عقديا لا يترتب مسؤوليته عن كل ضرر يمكن ان ينشأ عنه.

● أما التعاقد من الباطن فيتعلق جزء من عقد التوريد الذي يكون بينه وبين جهة الادارة فيكون المورد قد اعطى جزء من التزاماته للغير لأجل تنفيذها و يكون التنفيذ تحت اشراف المورد و ضمانته² ، وتبقى العلاقة بين المتعاقد الاصيلي والمتعاقد من الباطن تحكمها احكام

¹ هيلان عدنان أحمد، الاعتبار الشخصي في التعاقد، مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، المجلد 08، العدد 29 ، العراق ، 2019 ، ص 63.

² زينب أحمد عوين ومن معها، المرجع السابق، ص ص 26-28.

القانون الخاص والعلاقة بين اطراف العقد السابق تحكمها احكام القانون العام اي الاحكام الخاصة بالعقد الاداري ولكن اذا كان المورد الاصلي و المتعاقد من الباطن تحكمهم احكام القانون الخاص ، لكن يمكن تطبيق احكام العقد الإداري إذا تم الاتفاق على ذلك أو تقديم المتعاقد من الباطن ضمانا ماليا عن حسن تنفيذه يقدمه للمورد الاصلي و كذلك يحق للمورد الاصلي ان يجعل العقد محتويا على شرط غير مألوف ليضمن حسن تنفيذ المتعاقد من الباطن ¹.

ثانيا: الاعذار:

إن الاعذار في جزاء الشراء على حساب المورد هو أمر مختلف فيه، فبينها يرى البعض ضرورة القيام به وذلك بالاستناد لحيية الجزاء في مواجهة المورد، وبحجة الإشارة إليه في لائحة المناقصات والمزايدات دون الإشارة إمكان إعفاء الإدارة منه، لكن يمكن غض النظر عنه إذا كان الصالح العام يقتضي ذلك².

وقد قضت المحكمة الإدارية العليا في مصر بعدم اشتراط اعذار المورد في إجراء الشراء على حسابه وتحت مسؤوليته ، وهذا متى قررت الإدارة ذلك ورأت أن الصالح العام يقتضي ذلك ، وأن الضرورة لا تقتضي اعطاء المتعاقد مهلة لتنفيذ التزاماته التي تخلف عنها ، لكن بالمقابل لهذا فإن مجلس الدولة الفرنسي يرى أن هذا الجزاء يتسم بالقسوة والشدة التي ترتب آثارا قانونية ، لذلك حرص على تأكيد قاعدة وجوب الاعذار قبل توقيع الجزاء على المورد ، وقد أكد الفقيه الفرنسي " Jeze " الموقف العام السائد في فرنسا بشأن الاعذار في الجزاءات الضاغطة بقوله " يعتبر الاعذار السابق المقدمة العادية لأي إجراء ضاغط ولا يوجد أي سبب لاستبعاد هذا المبدأ " ³.

وهو ما ذهب اليه المشرع المصري في قانون المناقصات والمزايدات وكانت بذلك قريبة لما هو سائد في فرنسا، فأكد في المادة 25 على ضرورة اعذار المتعاقد قبل اجراء التنفيذ على حسابه، كما نص في المادة 94 على ضرورة اعذار المورد في عقد التوريد قبل القيام بالشراء

- يمكن للمصلحة المتعاقدة النص صراحة في دفتر شروط الصفقة على منع المتعاقد نهائيا عن المناولة، وللتوضيح انظر الملحق رقم 01.

¹ زينب احمد عوين ومن معها، المرجع السابق، ص 29.

² مصطفى سالم النجيفي، المرجع السابق، ص 233.

³ عبد الرزاق باخبيبره، المرجع السابق، ص ص 270-271.

على حسابه بكتاب موسى بعلم الوصول على عنوانه المبين في العقد¹. وحالات الإعفاء من الاعذار هي نفسها التي تم التطرق إليها في الاعذار في الفسخ الجزائي لتجنب التكرار هنا.

ثالثا: صدور قرار من المصلحة الإدارية المتعاقدة:

إن إجراء التنفيذ المباشر في عقد التوريد والذي يكون نتيجة إخلال المتعاقد بالتزاماته وارتكابه خطأ جسيما نتج عنه توقيع الجزاء وقيام الإدارة بالحلول محله والشراء على حسابه، يتأتى بصدور قرار منها بتوقيع الجزاء ، فإجراء السحب هو إجراء مؤقت تتخذه الإدارة ويشترط فيه أن يتضمن السبب الكافي الذي يبرر للإدارة القرار ، والذي يكون محل الرقابة القضائية على صحة السبب من عدمه ، وذلك للتأكد من قيام الحالة القانونية أو الواقعية التي نتج عنها اتخاذ قرار الجزاء ، فالإدارة تستند في اتخاذ القرار على وجود الخطأ من المورد والذي تسبب به في وقوع أضرار على المرفق العام والمصلحة العامة ، والعلاقة السببية تنقطع في حالة وجود سبب أجنبي (القوة القاهرة ، خطأ الإدارة ، فعل الغير) والتي تعد أوجها لانعدام السبب²، ويعد قرار الشراء على حساب المورد في عقد التوريد الإداري من القرارات الإدارية التي تتخذها الإدارة تنفيذا لعقد التوريد، إذ أنه من حف المورد المستبعد ان ينازع الإدارة أمام القضاء في مدى صحة قرار الجزاء ومسؤولية الإدارة فيه، وبالتالي فإن المنازعة في هذه الحالة حقوقية تندرج ضمن اختصاص قاضي العقد، ويمارس القاضي رقابته على قرار الإدارة المتضمن الشراء على حساب المورد، والقاضي الإداري لا يملك سلطة إلغاء الجزاء الصادر عن الإدارة في مواجهة المورد مهما كانت أوجه عدم المشروعية، ولكن يستطيع فقط القضاء بالتعويض متى توافرت شروطه³.

الفرع الثاني: آثار الشراء على حساب المورد:

يترتب على جزاء الشراء على حساب المورد العديد من الآثار التي المركز التعاقدية للمورد وعلى ذمته المالية، بحيث أنه يتحمل العديد من الأعباء والالتزامات التي تنتج على

¹ تنص المادة 94 فقرة 02 من اللائحة التنفيذية للقانون 89 " في حالة عدم قيام المورد بالتوريد في الميعاد المحدد بالعقد أو خلال المهلة الإضافية فعلى الجهة الإدارية أن تتخذ أحد الإجراءات التالية طبقا لما تقرره السلطة المختصة وفقا لما تقتضيه مصلحة العمل وذلك بعد إخطاره بكتاب موسى عليه بعلم الوصول على عنوانه المبين بالعقد:

أ- شراء الأصناف التي لم يتم المورد بتوريدها من غيره على حسابه بذات الشروط والمواصفات المعلن عنها والمتعاقد عليها بأحد الطرق المقررة بقانون تنظيم المناقصات والمزايدات والأحكام الواردة بهذه اللائحة..... "

² رشا محمد جعفر الهاشمي، المرجع السابق، ص 167-169.

³ عبد الوافي عبد الجبار ومن معه، رقابة القضاء الإداري على قرار الإدارة توقيع الجزاء في الصفقات العمومية، مجلة القانون والعلوم السياسية، العدد 07، الجزائر، جانفي 2018، ص 256.

إبرام عقد جديد مع مورد آخر، ولكن دون المساس باستمرارية العقد لأن هذا الجزاء هدفه الضغط على المتعاقد من أجل تنفيذ التزاماته وليس الهدف منه إنهاء الصفقة معه، لذلك يبقى التعاقد مستمرا، وأهم الآثار الناتجة عن الشراء على حساب المورد:

أولاً: حلول الإدارة محل المورد في تنفيذ العقد:

فالمصلحة الإدارية المتعاقدة تحل محل المورد وتكون بمنزلة الوكيل عنه ، وتلتزم التزامات الوكيل على النحو الوارد في القانون المدني ، وبناء على ذلك إذا تسببت الإدارة في زيادة أعباء المورد فإن هذا الأخير لا يتحمل هذه الأعباء ، إلا ما كان منها ناتجا عن خطأ منه¹ ، وللإدارة بموجب سلطتها التقديرية أن تقوم بالشراء على حساب المورد بنفسها ، أو تعهد بذلك لمورد آخر تتعاقد معه بالطريقة والشروط المعلن عنها ، أو يتم الشراء بواسطة أحد مقدمي العطاءات التالية لعطاء المتعاقد الأصلي بحسب ترتيب أولوياتها ، لكن لا يمكن أن تعهد الإدارة بالتنفيذ للمورد نفسه ، لأنه من غير المنطقي أن يكون منفذ للجزاء الموقع عليه ، وبالتالي لا يجوز اسناد عملية التوريد للمورد الذي تقاعس وقصر في التوريد أو خالف المواصفات المتفق عليها بالنسبة للأصناف التي قام بتوريدها ، والإدارة باعتبارها وكيلا في التنفيذ على حساب المورد عليها عدم التعسف في ممارسة حقها أو إساءة استعماله ، فعليها أن تضع في حسابها أنها تقوم بالتنفيذ كوكيل على المتعاقد وأن الرابطة العقدية لم تنتهي فالتعاقد يتحمل تبعه ذلك والفروق الناجمة عنه ، وجهة الإدارة مقابل ذلك تتحمل الالتزام ببذل العناية ، ولذلك إذا تسببت في اطالة مدة التنفيذ بدون مقتضى لذلك وترتب عن هذا التراخي ارتفاعا كبيرا في الأسعار فإن المورد الأصلي لا يتحمل الفروق لأنها نتيجة تقصير من الإدارة².

وتجدر الإشارة إلى أثر مهم مترتب عن حلول الإدارة محل المورد المقصر في التنفيذ ، وهو أنه ليس لجهة الإدارة شراء أصناف غير الأصناف المتعاقد عليها - إلا أن المغايرة هنا تقتضي شيئا من الإيضاح فليس لها أن تشتري سيارات إذا كان محل التعاقد دراجات ، أو أن تشتري سيارات النقل بينما التعاقد على سيارات ركوب ، وتنتفي المغايرة إن كان الاختلاف في جودة الصنف زيادة أو نقصانا وذلك في حال تعذر الحصول على ذات الصنف المتعاقد عليه ، كأن ينفذ من السوق أو مما يصنعه المورد ولا وجود لمثله في السوق ، فهنا تشتري

¹ عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع السابق، ص 303.

² بلاوي ياسين بلاوي، المرجع السابق، ص 193.

المصلحة الادارية ما يماثل الصنف المتعاقد عليه على حساب المورد ، حتى لو كان هناك اختلاف في الجودة سواء زيادة أو نقصانا ، وتحاسبه على فرق السعر والجودة إن كلن محل لذلك ، وقد أكد القضاء المصري أن مطابقة الأصناف المشتريات على حساب المورد المقصر في الالتزام بمواصفات الأصناف المتفق عليها ليست التزاما على الإدارة فيمكنها التنازل عليه إن كان التنازل لمصلحة المرفق العام ، وبالتالي تقوم بشراء أصناف أقل جودة إن كانت تسد حاجة المرفق العام وتحقق الغرض من العقد¹.

ثانيا: بقاء العقد قائما ولا ينتهي:

الشراء على حساب المورد هو إجراء مؤقت لا ينهي عقد التوريد القائم بين الإدارة والمورد المتعاقد معها ، فالعقد يستمر بين أطرافه فقط يتم الشراء على حساب المتعاقد الأصلي وعلى حسابه²، وتحل الإدارة محله فيما تقاعس عن تنفيذه من العقد على مسؤوليته وعلى حسابه ، وذلك ضمانا لمصلحة المرفق العام وحسن سيره ، ومنعا للضرر الذي قد يتعرض له نتيجة توقف العقد والمساس بالمصلحة العامة³، فلا تنهي الإدارة العقد بل يبقى مستمرا وهو ما أكدته المشرع المصري في المادة 92 من اللائحة التنفيذية المشار إليها سابقا ، لكن بعد عملية التنفيذ على حساب المورد فلا ضير من إنهاء العقد من الإدارة⁴.

ثالثا: تحمل المورد كافة النتائج المالية المترتبة على الشراء على حسابه:

يتحمل المورد الأصلي جميع النفقات المترتبة على الشراء على حسابه، ويتعلق الأمر بالزيادة في الثمن مضاف إليها ما يستحق من تعويضات وقيمة كل خسارة لحقت بالإدارة بما في ذلك فروق الأسعار والمصاريف الإدارية⁵، ويمكن اجمال النتائج المالية التي يتحملها المورد الذي تم التنفيذ على حسابه فيما يلي:

¹ سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص ص 518-519.

² عبد الرزاق باخبيهر، المرجع السابق، ص 272.

³ هيثم حليم غازي، المرجع السابق، ص 151.

⁴ سليمان الطماوي، المرجع نفسه ، ص ص 515-516.

قضت المحكمة الإدارية العليا بتاريخ 1957/11/24 والذي تتلخص وقائعه في أن سلاح خدمة الجيش كان قد تعاقد مع أحد الأفراد في توريد كمية من المكرونة، فتأخر في التوريد بحجة أن المصنع الذي يتعامل معه قد تعطلت آلاته فاشتريت الإدارة الكمية المتبقية على حسابه، ثم فسخت العقد ووقعت عليه الغرامة التأخيرية فجاء في حكم المحكمة " ... ليس ثمة ما يمنع الجمع بين الجزاءات لاختلاف السبب" نفس المرجع ص 120.

كما جاء في حكمها الصادر بتاريخ 13 يناير 1957 " لا يجوز الجمع بين هاذين الجزاءين في وقت واحد، لأن الجمع بينهما يعني انعدام العقد واعتباره كأن لم يكن ثم استمراره في نفس الوقت منتجا لآثار معينة وهو ما لا يمكن التسليم به ... ". نفس المرجع ص 517.

⁵ هاشمي فوزية، المرجع السابق، ص 389.

- **المصاريف الإدارية:** حيث يتم حساب المصاريف القضائية بواقع نسبة معينة من قيمة العمليات التي تم تنفيذها على حساب المتعاقد وتعتبر تعويضا قانونيا مستحقا للإدارة ، مقابل إعادتها طرح العملية لصفحة جديدة وما يترتب عن ذلك من مصاريف تشكيل اللجان و فحص العطاءات والبت فيها وما يستلزمه ذلك من جهد ووقت ونفقات ، ما كانت الإدارة لتتحمل كل هذه الأعباء لولا تقصير المورد في تنفيذ التزاماته العقدية ، ولكن إذا تم اسناد تنفيذ العقد لأحد مقدمي العطاءات التالية لصاحب العطاء الأصلي المقبول والذي يتم تنفيذ العقد على حسابه ، ودون النشر ودون حاجة للقيام بإجراءات صفقة جديدة ، فإنه في هذه الحالة المصلحة الإدارية لا تستحق مصروفات ذلك¹.

- **فارق الأسعار:** وهو أثر آخر لجزاء التنفيذ العيني على حساب المورد، فيتحمل المورد الذي وقع عليه الجزاء قيمة الزيادة في قيمة الأصناف المشتريات ، يضاف لذلك أنه لا يحق له المطالبة بفارق السعر إذا كان سعر الشراء يقل عن سعر التعهد ، والهدف من هذا هو عدم استفادة المقصر من تقصيره ، ولا يثرى من اخلاله في تنفيذ تعاقد²، وقد أكدت المحكمة الادارية العليا في مصر أن جهة الإدارة عند تنفيذها على حساب المورد وتحت مسؤوليته يكون دون اللجوء للقضاء ، وذلك لضمان سير المرفق العام بانتظام ، ومنعا من التعطل الذي يعرض المصلحة العامة للضرر إذا توقفت هذه المرافق ، وفي هذه الحالة يتحمل ما يطرأ عن تنفيذ العملية من فروق الأسعار والمصروفات ، والتي يتكبدها نتيجة التنفيذ على حسابه³.

- **تعويض الأضرار:** للجهة الإدارية المتعاقدة الحق في الحصول على تعويض عما أصابها من ضرر نتيجة تقصير المورد المتعاقد معها في التوريد ، وذلك نتيجة ما تتحمله كتبعات مالية عن التنفيذ على حسابه ، وذلك تطبيقا للقواعد العامة في هذا الشأن⁴ ، ولا يحق للمورد المقصر الاحتجاج والقول أن الضرر الذي لحق الإدارة أقل من مبلغ التأمين ، ذلك أنه للمصلحة الإدارية المتعاقدة الحق في مصادرة التأمين دون الحاجة لإثبات الضرر ، فالضرر

- جاء في حكم المحكمة الادارية العليا في مصر بتاريخ 1962/03/17 "إذا اشترت الإدارة على حساب المتعهد المقصر، فإنه يسأل بصفة مطلقة عن فروق الأسعار. ومطابقة الأصناف المشتراه على حساب المتعهد المقصر لمواصفات الأصناف المتعهد عليها". انظر سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 519.

¹ بلاوي ياسين بلاوي، المرجع السابق، ص 197.

² عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع السابق، ص 95.

³ هيثم حليم غازي، المرجع السابق، ص 153.

⁴ مصطفى سالم النجيفي، المرجع السابق، ص 233.

مفترض في العقود الإدارية ولا يقبل إثبات العكس ، بل يحق للإدارة من أجل تغطية الضرر الذي لحق بها والذي لم يكف التأمين النهائي المصادر في جبره أن تطلب التعويض عما يزيد عن مبلغ التأمين ، والجدير بالذكر هنا أن مصادرة التأمين النهائي لتغطية الأضرار الناتجة عن عدم التنفيذ والحصول على التعويض لا تحتاج للجوء للقضاء ، فهي من امتيازات السلطة العامة تمارسها مباشرة على المتعاقد المقصر ، بينما الحاجة لتكملة التعويضات الزائدة عن مبلغ التأمين تحتاج للجوء للقضاء¹ .

- **الغرامة التأخيرية:** لا يعفى المتعهد من الغرامة التأخيرية في حالة الشراء على حسابه، وتملك الإدارة توقيع تلك الغرامات وخصمها من التأمين المودع لديها أو من مستحقاته لدى جهة الإدارة أو أية جهة إدارية أخرى ، وإذا كان للإدارة مطالبة المتعهد بالغرامات التأخيرية فإنها تكون عن الفترة السابقة عن التنفيذ على حسابه ، لثبوت التقصير في لفي تنفيذ العقد وعدم توريده الكميات المتفق عليها مما يقتضي الشراء على حسابه ، وتوقيع غرامة التأخير عليه ، لكن بعد عملية التنفيذ على حساب المورد سواء للإدارة مباشرة التنفيذ أو اسناد عملية التوريد لمتعاقد آخر فلا يجوز للجهة الإدارية هنا توقيع الغرامة التأخيرية عليه لأن تنفيذ الأعمال اسند لغيره وهو المورد الجديد ولا يتحمل المورد الأصلي تبعه ذلك² . وقد أكد القضاء المصري عدم وجود ما يمنع من الجمع بين الجزاءات لاختلاف السبب في توقيع كل منها، فالغرامة التأخيرية تعتبر وسيلة لمنع التأخر في التنفيذ وجزاء يوقع بسبب التأخر بينما الشراء على حساب المورد فيكون نتيجة عجز المورد المتعاقد عن تنفيذ التزاماته في التوريد³.

¹ بلاوي ياسين بلاوي، المرجع السابق، ص 196.

² بلاوي ياسين بلاوي، المرجع نفسه ، ص 197.

³ سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 520.

خلاصة الفصل الأول:

الجزاءات الضاغطة من الجزاءات الإدارية التي تملك المصلحة الإدارية المتعاقدة توقيعها على المتعاقد والتي تكفل بها حسن تنفيذ الصفقة العمومية وتحافظ بها على سير المرفق العام واستمراره في تقديم الخدمة العمومية، وتعتبر جزاءات مؤقتة وأحد الحلول التي تلجأ لها المصلحة المتعاقدة في حال عدم فاعلية الجزاءات المالية وعدم رغبتها في إنهاء العقد، فتضغط بها على المتعاقد من أجل دفعه للوفاء بالتزاماته والتقييد بشروط العقد، ويعتبر جزاء سحب العمل من المقاول في صفقات الأشغال العمومية والشراء على حساب المورد في صفقات التوريد من أهم صور الجزاءات الضاغطة، والتي تجسد فكرة التنفيذ المباشر على حساب المتعاقد المقصر، سواء كان ذلك بتنفيذ الإدارة مباشرة أو باللجوء لمتعاقد آخر للتنفيذ، وسلطة توقيع الجزاءات الضاغطة تخضع فيها المصلحة المتعاقدة للعديد من الأحكام القانونية، ذلك أنه لهذه الجزاءات النتائج الخطيرة ولانعكاسات السلبية على الذمة المالية للمتعاقد لأن التنفيذ يكون على حسابه وبالتالي يتحمل تبعاته وتبعات التعاقد الجديد، لذلك كانت هذه الضوابط من أجل تحقيق الهدف منها وكذا عدم التعسف أو الإضرار بالمتعاقد بتوقيع الجزاء عليه دون مبرر لذلك، وتتمثل هذه الضوابط في توافر شروط الخطأ الجسيم وصدور قرار من الإدارة وأخيراً شرط الإعذار قبل توقيع الجزاء، ويملك المتعاقد في مقابل سلطة توقيع الجزاء اللجوء للقضاء في حال الجزاء غير المشروع والذي يتضمن التعسف في استعمال السلطة، وللقضاء الفصل في ذلك.

الفصل الثاني: الفسخ الجزائي

إن الجزاءات الإدارية في الصفة العمومية تهدف دائما لتقويم المتعاقد ودفعه لاحترام التزاماته التعاقدية، وذلك من أجل الوصول للتنفيذ الأمثل للصفقة وضمن سير المرفق العام بانتظام واطراد، ولبلوغ هذه الغاية تقوم المصلحة الإدارية المتعاقدة بتوقيع مختلف الجزاءات الإدارية المالية منها والضاغطة ، لكن إذا تبين أن المتعامل المتعاقد معها أصبح في وضع لا يستطيع فيه الوفاء بالتزاماته وأن الجزاءات السابقة الموقعة عليه لم تجدي معه، فتصل المصلحة الإدارية المتعاقدة في هذه المرحلة لحد الإنهاء الانفرادي للصفقة واستبعاده نهائيا عن الاستمرار في التنفيذ جزاءا على إخلاله الجسيم بالتزاماته وعدم الوفاء بها وعرقله سير المرفق العام، ويعتبر الفسخ الجزائي للصفقة العمومية بالإرادة المنفردة للمصلحة المتعاقدة أخطر الجزاءات الإدارية التي يتعرض لها المتعاقد معها، لذلك أحاطه القانون بالعديد من الأحكام لإعماله، وسيتم توضيح الفسخ الجزائي للصفقة العمومية في هذا الفصل من خلال مبحثين:

المبحث الأول: الإطار المفاهيمي للفسخ الجزائي

المبحث الثاني: الأحكام القانونية المنظمة لجزاء الفسخ

المبحث الأول: الإطار المفاهيمي للفسخ الجزائي

يعتبر الفسخ الجزائي في الصفقات العمومية أشد وأقسى الجزاءات التي تؤدي بالمصلحة الإدارية المتعاقدة للتضحية بالمتعاقد معها في سبيل الحفاظ على الهدف الأول في العلاقة وهو حسن سير المرفق العام وضمن استمراره وعدم المساس به، لأن المصلحة الإدارية المتعاقدة تهدف دائما من خلال تنفيذها للصفقة العمومية الى المحافظة على المصلحة العامة، وتعرض دراسة الإطار المفاهيمي لجزاء الفسخ لتعريفه، ثم توضيح طبيعته القانونية التي اتجه اليها فقهاء القانون الإداري، بعد ذلك توضيح ما قاله الفقه والقضاء حول أساسه القانوني ، وأخيرا تمييزه عن المفاهيم القانونية الأخرى التي تشبهه. والإطار المفاهيمي للفسخ الجزائي يكون في مطلبين:

المطلب الأول: تعريف الفسخ الجزائي وأساسه القانوني

المطلب الثاني: الطبيعة القانونية للفسخ الجزائي وتمييزه عما يشبهه من المفاهيم.

المطلب الأول: تعريف الفسخ الجزائي وأساسه القانوني:

يجد الفسخ الجزائي تعريفات على الصعيد اللغوي والاصطلاحي، فلقد اهتم عديد فقهاء الفقه الإداري في اعطائه تعريفا شاملا، من جهة أخرى نجد الاختلاف الفقهي والقضائي حول تحديد أساسه القانوني، ومن خلال هذا المطلب سيتم عرض الاتجاهات الفقهية والقضائية حول تبرير الأساس القانوني للفسخ الجزائي.

الفرع الأول: تعريف الفسخ الجزائي:

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

أولاً: التعريف اللغوي:

في اللغة العربية فسخ الشيء يعني فسد، فيقال تفسخا أي بالغ في فسخه، ويقال فسخ فسحا أي أفسد الأمر ونقضه وفرقه¹.

أما عن اللاتينية Ruptera من الفعل Rumpere وتعني الكسر والقطع، والفسخ باللاتينية

2. Résiliation

ثانياً: التعريف الفقهي:

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

عرفه **حسن علي الذنون** "انقضاء الرابطة التعاقدية لاستحالة التنفيذ أو الامتناع عنه أو الإخلال به"، أما الفسخ الإداري ويطلق للفسخ عن طريق الإدارة " فهو حق الإدارة في فسخ العقود الإدارية بقرارات تصدر منها".

¹ المنجد الابجدي، المرجع السابق، ص 762.

² جبرار كورنو، المرجع السابق، ص 1294.

³ محمد الصادق قابسي، سلطة المصلحة المتعاقدة في الفسخ الجزائي للصفحة العمومية، مجلة العلوم الاجتماعية والانسانية، العدد 16، جامعة المسيلة، الجزائر، بتاريخ 2018/12/31، ص 436.

كما يعرف فسخ الجزاء لخطأ المقاول هو جزاء عقدي شديد الجسامه توقعه الإدارة على المقاول الذي أخل بالتزاماته التعاقدية اخلالا جسيما يترتب عليه انقضاء العلاقة العقدية وإبعاد المقاول بشكل نهائي عن تنفيذ العقد¹.

سليمان الطماوي أكد أن فسخ العقد جزاء يستهدف إنهاء الرابطة التعاقدية، ويفترض فيه أن المتعاقد أخطأ خطأ جسيما ولا تلجأ الإدارة لهذا الجزاء إلا مضطرة ووجدت أنه لا فائدة ترجى من تقويم المتعاقد²، وبالتالي فإن الفسخ الجزائي هو الفسخ المبستر الذي ينهي العقد نهاية غير طبيعية قبل انتهاءه طبيعيا، الذي يتم وقف تنفيذ العقد نهائيا وتتولى الإدارة حل المشكلة وذلك بمتابعتها التنفيذ أو إبرام عقد مع متعاقد آخر أو صرف النظر نهائيا عنه³.

الفرع الثاني: الأساس القانوني لسلطة الإدارة في توقيع الفسخ الجزائي:

أن جزاء الفسخ يعتبر أشد وأخطر الجزاءات التي يمكن للإدارة توقيعها على المتعاقد معها والذي أخل في القيام بالتزاماته التعاقدية، ويعتبر آخر الحلول التي تنتقد بها المصلحة المتعاقدة المرفق العام وتضمن استمراره، والتجاء الإدارة لهذا الحل يجد أساسه القانوني سواء في الفقه أو القضاء الإداريين وفيما يلي سيتم عرض نظرتهم للأساس القانوني لهذه السلطة والامتياز الذي تتمتع به المصلحة المتعاقدة في الفسخ الجزائي.

أولاً: على مستوى الفقه الإداري:

استمر الخلاف الفقهي لتحديد الأساس القانوني لسلطة الإدارة في فرض الفسخ الجزائي على المتعامل المتعاقد معها، والذي أخل وقصر في تنفيذ التزاماته، وانقسم الفقه لاتجاهين:

- الاتجاه الأول: يرى أن الأساس القانوني يكمن في فكرة المصلحة العامة، حيث

تعتبر الأساس القانوني الذي تستمد منه المصلحة المتعاقدة سلطتها في الفسخ الجزائي، ودليل هذا الاتجاه ارتباط العقد الإداري بالمرفق العام وسيرورته، وخضوعه لظروف استثنائية ولو لم يكن منصوصا عليها في العقد، وهذا من امتيازات السلطة العامة، لذلك يتم تبرير الفسخ بالمصلحة العامة في هذا الاتجاه.

- الاتجاه الثاني: يرى ان سلطة المصلحة المتعاقدة في الفسخ الجزائي يجد مبرراته

¹ذو النون سليمان يونس العبادي، المرجع السابق، ص 233.

² سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 522.

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

في فكرة السلطة العامة، هذه السلطة مقررة للإدارة بمناسبة كل العقود الادارية، فإذا رأت الإدارة ان المتعاقد معها أصبح في وضع لا يسمح له بالاستمرار في تنفيذ العقد على الوجه الأكمل أو قام بإخلال خطير في التنفيذ، تستطيع بموجب السلطة العامة وضع نهاية للعقد حفاظاً على سير المرفق العام وهو تطبيق لسلطة التنفيذ المباشر¹.

ثانياً: على مستوى القضاء الاداري:

على مستوى القضاء الاداري ايضا يوجد اختلاف في تحديد الاساس القانوني لسلطة الإدارة في الفسخ الجزائي، فنجد القضاء الفرنسي والمصري يتفقان حول فكرة المصلحة وسيرورة المرفق العام، إلا أنهما يختلفان حول الزامية النص العقدي على الفسخ الجزائي.

- **القضاء الفرنسي:** فنجد أن مجلس الدولة الفرنسي ومن خلال المبدأ 145 يقول " "

سلطة الإدارة في توقيع الجزاء على المتعاقد معها أساسها تغليب المصلحة العامة وضمان استمرار سير المرفق العام ولا تحتاج إلى نص يقررها" ، لكن الملاحظ أن نظرة مجلس الدولة الفرنسي تطورت فقد كانت في البداية لا تقول بفرض الجزاء إلا إذا نص عليه العقد، أو تم إدراجه في دفتر الشروط أو اللوائح الإدارية ، وبالتالي لم يكن للإدارة الفسخ الجزائي إلا بالنص عليه، لكن الموقف تغير منذ قضية " Deplanque " بتاريخ 1907/05/31 والتي تعد سابقة غيرت موقف مجلس الدولة الفرنسي واستقر القضاء الاداري المصري على انها العقد الإداري كجزاء لإخلال المتعاقد مع الإدارة حتى في حالة عدم تضمن العقد لهذا الشرط²

- **القضاء المصري:** اتفق القضاء المصري مع الفرنسي حول الاساس القانوني

¹حذيفة عادل عبد الكريم منصور، انهاء العقد الإداري بالإرادة المنفردة (دراسة مقارنة بين التشريع الأردني والعراقي)، رسالة ماجستير، قانون عام، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، 2015، ص ص36-37.

²حذيفة عادل عبد الكريم منصور، المرجع نفسه، ص ص39-41.

Le Conseil d'État par un traité du 11 novembre 1897 Sieur Deplanque proclama la renonciation à l'éclairage électrique dans la ville de Nouzon ; La ville se plaint et prouve, avec les pièces du dossier, qu'elle n'a pas rempli les obligations que lui impose son cahier des charges. que la tension des lampes était insuffisante et les appareils mal entretenus, et que les lampes n'étaient pas allumées dans les heures légales ; Si aucune sanction n'est expressément prévue pour ces faits dans le cahier des charges, ils constituent néanmoins une inexécution des obligations de l'entrepreneur, et sont susceptibles de justifier l'attribution d'une indemnité à la ville de Nozon, à hauteur du préjudice qui lui a été infligé, destinée à compenser le déni des avantages que la ville était en droit d'attendre de la pleine mise en œuvre des termes du contrat. Sur le site <https://www.revuedegeneraledudroit.eu> je l'ai vu à la date 19/06/2021 à l'heure 11:05.

لسلطة الفسخ الجزائي من جانب المصلحة المتعاقدة، لكنهما اختلفا حول مسألة النص على الفسخ الجزائي، فكما ذهب مجلس الدولة الفرنسي في بداية موقفه لوجوب النص، استقر على هذا المبدأ القضاء المصري وتمسك بمبدأ احترام النصوص التعاقدية دون أي استثناء فلا يجوز للإدارة المتعاقدة أن تخالف النص العقدي والقضاء المصري لم يعترف للإدارة بتوقيع الفسخ الجزائي دون النص عليه¹.

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

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

الفرع الأول: الطبيعة القانونية للفسخ الجزائي: ترتبط الطبيعة القانونية للفسخ الجزائي بمفهوم النظام العام، لذلك سيتم في هذا الفرع التطرق أولاً لتطبيق قواعد القانون المدني على الفسخ الجزائي، ثم الارتباط بين النظام العام والفسخ الجزائي.

أولاً: تطبيق قواعد القانون المدني على الفسخ الجزائي:

لقد وقع جدل فقهي قانوني حول امكانية تطبيق القانون المدني على الفسخ في القانون الإداري، فقد ذهب جانب من الفقه الفرنسي للقول إن الفسخ الجزائي لعدم التنفيذ ليس إلا تطبيقاً للمبدأ الذي أقرته المادة 1184 من القانون المدني الفرنسي التي تقتضي أن الشرط الفاسخ يكون دائماً مقرراً ضمناً في العقود الملزمة للجانبين وذلك في حالة عدم قيام احد المتعاقدين بتنفيذ ما عليه من التزامات².

¹ حذيفة عادل عبد الكريم منصور، المرجع السابق، ص 41.

² عبد الرزاق باخيرة، المرجع السابق، ص 324.

Article 1184, premier alinéa du Code civil français " Lorsque la cause de nullité n'affecte qu'une ou plusieurs clauses du contrat, elle n'emporte nullité de l'actetout entier que si cette ou ces clauses ont constitué un élément déterminant de l'engagement des parties oude l'une d'elles."

كما ربط جانب اخر من الفقه الفرنسي بين جزاء الفسخ في عقود الأشغال العامة من بقية العقود والقانون المدني الفرنسي الذي يقتضي أن رب العمل يستطيع فسخ عقد المقاولة بإرادته لوحده، حتى لو كان العمل قد بدأ قبل ذلك، مع تعويض المقاول عن نفقاته وأشغاله والأموال كافة التي من الممكن أن يجنيها من المقاولة، وتبعاً لذلك فإن جزاء الفسخ لعقد الأشغال العامة ليس سوى تطبيقاً لأحكام القانون المدني. في حين يرى جانب اخر من الفقه عدم الأخذ بأحكام القانون المدني وعدم الربط بين نصوص القانون المدني المتعلقة بالفسخ ونظام الفسخ في القانون الإداري والعقود الادارية، سواء تعلق بعقد الأشغال العامة أو غيرها من العقود، وقد فصل الفقيه الفرنسي "Jeze" في ذلك بالقول باستبعاد تطبيق نصوص وأحكام القانون المدني على العقود الإدارية حيث قال " لا يمكن الاستعانة بأي مادة من القانون المدني بصفة قاطعة" ويضيف بقوله " ان مبادئ العدالة وحدها التي يمكن ان تستلهم من نصوص القانون وتكون قابلة للتطبيق ومن المناسب ملاحظة أن مبادئ العدالة المقررة في القانون المدني يمكن ان تتضمن تعديلات بسبب واقعة ان المتعاقدون ليسوا افرادا ، ولكن احد المتعاقدين هو الادارة التي تعمل من اجل سير مرفق عام لذلك من الخطأ تطبيق المادة 1184 من القانون المدني على العلاقات بين الادارة والأفراد¹.

ثانياً: تطبيق أحكام النظام العام على الفسخ الجزائي:

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

- بالنسبة للفقه الفرنسي انقسم في رأيه الى فريقين:

- الفريق الاول يرى الفقهاء فيه أن الفسخ من النظام العام ومن ذلك فإن للإدارة سلطة توقيعه على المتعاقد معها ولو لم يتم النص عليه، ودون الحاجة في ذلك للجوء للقضاء، وهو مظهر من مظاهر السلطة العامة وتملك حق استعماله، والمصلحة الادارية المتعاقدة تستمد هذه السلطة من طبيعة كون العقد اداريا أي من طبيعته ولا تستمدها من نصوص العقد، كما ان الادارة ليس من سلطتها التنازل عن هذا الامتياز ، والعقد إذا نص على حق الادارة في الفسخ فإنه بذلك يكون منظماً له وليس منشأً، ومقتضى ذلك هو المصلحة العامة² ويدعم هذا الرأي

¹ عبد الرزاق باخبيرة، المرجع السابق، ص 324-325.

² ذو النون سليمان يونس العبادي، المرجع السابق، ص 243.

غالبية الفقهاء في فرنسا ، فيقول الفقيه " Blumann " في هذا الشأن " يعتبر الفسخ سلطة من النظام العام مخصص لضمان سير المرافق العامة" ويقول الفقيه "Laubadère" أيضا دعما لهذا الاتجاه " توجد سلطة الفسخ الجزائي بين يدي الإدارة حتى في حالة سكوت العقد"¹.

• يذهب الفريق الثاني ويمثله أقلية من فقهاء القانون الإداري في فرنسا على رأسهم الفقيه Perriquet والذي يرى أن جزاء الفسخ ليس من النظام العام ، بل لا بد من النص عليه في العقد أو دفتر الشروط حتى يمكن اعتباره من النظام العام.

- أما **القضاء الفرنسي** فقد ذهب مجلس الدولة الفرنسي الى اعتبار ان الفسخ الجزائي على مسؤولية المتعاقد لعقد الاشغال العامة إذا لم يتم النص في العقد أو دفتر الشروط على الفسخ فإنه ليس بإمكان المصلحة الادارية المتعاقدة توقيعه، وذلك تطبيقا للمادة 1184 من القانون المدني الفرنسي المشار اليها سابقا، والتي يفهم منها ضمنا وقوع الشرط الفاسخ في العقود الملزمة للجانبين في حالة إخلال المتعاقد بالتزاماته اتجاه المتعاقد الآخر وبالتالي يكون الاختصاص هنا للقضاء².

- بالنسبة **للفقه المصري** فقد ذهب سليمان الطماوي للقول إن للإدارة الحق في الفسخ وإنهاء عقودها بإرادتها المنفردة، وهو أمر مسلم به حتى لو لم يرتكب المتعاقد معها أي خطأ³، وبذلك ذهب الفقه المصري الى اعتبار أنه في حالة عدم وجود نص في العقد ودفاتر الشروط فإن حق الإدارة في فسخ العقد يكون قائما بذاته، باعتباره حقا للإدارة مستقلا عن العقد ودفاتر الشروط، فالإدارة بمقدورها اصدار قرار الفسخ اعمالا لسلطتها في التنفيذ المباشر دون حاجة اللجوء للقضاء للحصول على حكم به⁴.

- سلم **القضاء المصري** بهذا الحق في أحكامه واعتبار حق الإدارة كقاعدة عامة في الفسخ الغير منصوص عليه ويشمل جميع العقود الإدارية، وهو حق يعكس الطابع الخاص للعقود الإدارية، وقد قضت محكمة النقض المصرية بتاريخ 1952/12/02 بقولها " إن العقود الإدارية تختلف عن العقود المدنية في أنها تستهدف المصلحة العامة لسير العمل في المرفق العام، وأن كفتي

¹ عبد الرزاق باخبيبره، المرجع السابق، ص 326.

² ذو النون سليمان يونس العبادي، المرجع السابق، ص ص 248-249.

³ سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 747.

⁴ ذو النون سليمان يونس العبادي، المرجع نفسه ، ص ص 244-245.

المتعاقدين فيها غير متكافئة ويترتب على ذلك أن للشخص المعنوي الحق في مراقبة تنفيذ العقد وفي تغيير شروطه والإضافة والحذف والتعديل وفي إنهائه في أي وقت طالما أن المصلحة العامة المنشودة منه تستلزم ذلك...¹.

وجاء في حكم المحكمة الإدارية العليا في مصر أيضا بتاريخ 1963/12/28 " لجهة الإدارة الحق في فسخ العقد ومصادرة التأمين وشطب الاسم وهذه ليست إلا إجراءات تملك توقيعها على المتعاقد معها إذا تخلف عن الوفاء بما يفرض العقد....ولما كان توقيع هذه الجزاءات يهدف أساسا الى حسن تنفيذ العقد المتصل بسير المرفق العام وضمان استمراره وانتظامه تحقيقا للمصلحة العامة ، ومن حق جهة الإدارة توقيعها دون انتظار لحكم من القضاء فإنه لا وجه لاتخاذ اي إجراء يحول دون استعمال الجهة الإدارية لهذا الحق بأية صورة من الصور "2.

● **المشروع الجزائري نص في المادة 2.122 من المرسوم التنفيذي 21-219 " في حالة وجود نقائص خطيرة تنسب الى الحاصل على الصفقة، ورغم الإعذار المسلم من طرف المصلحة المتعاقدة، يمكن لهذا الأخير أن يقرر انهاء الصفقة العمومية ". وبالتالي فالمشروع الجزائري ذهب لسلطة المصلحة المتعاقدة في فسخ الصفقة العمومية بتوافر الأسباب التي تبرر ذلك³.**

ثالثا: الآثار القانونية المترتبة على اعتبار الفسخ الجزائي من النظام العام:

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

- جزاء الفسخ يوجد دائما للإدارة العامة حتى لو لم يتم النص عليه في العقد أو دفتر الشروط ولذلك تمارسه الإدارة بقوة القانون.

- لا يجوز النص في العقد على استبعاد سلطة الإدارة في الفسخ الجزائي لأنه يماثل

شرط عدم المسؤولية، وعندئذ يتنافى مع النظام العام ويعد باطلا في القانون الخاص، ومن باب أولى اعتباره كذلك إذا تعلق بسير المرافق العامة.

¹سليمان الطماوي، المرجع السابق ، ص 749.

²ذو النون سليمان يونس العبادي، المرجع السابق ، ص 246.

³المادة 3.122 من المرسوم التنفيذي 21-219.

- عدم تعلق الفسخ الجزائي بالمصلحة الخاصة وإنما يتعلق بالمصلحة العامة، لذلك لا يجوز الاتفاق على استبعاده لأن الإدارة لا تتنازل عن شيء يتعلق بالمصلحة العامة التي تعتبر ممثلاً عنها.

- النص في العقد أو دفتر الشروط على حق الإدارة في توقيع بعض الجزاءات التعاقدية الأخرى مثل وضع المشروع تحت الحراسة لا يحرمها من حقها في توقيع جزاء الفسخ على المتعاقد معها، وذلك بعد دعوته لتنفيذ التزاماته التي تخلف عنها¹.

- تملك الإدارة سلطة توقيع الفسخ الجزائي دون اللجوء للقضاء وذلك بمقتضى التنفيذ المباشر للعقد، وبمقتضى حقها في توقيع الجزاء على المتعاقد الذي أخل وقصر في تنفيذ التزاماته التعاقدية التي تؤثر على سيرورة المرفق العام ولها سلطة توقيفه المطلق عن العمل في المشروع².

الفرع الثاني: التمييز بين نظام الفسخ الجزائي والأنظمة المشابهة له:

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

أولاً: التمييز بين الفسخ الجزائي والفسخ القضائي المدني:

يهدف المشرع الى تشجيع المتعاقدين على تنفيذ الالتزامات المترتبة عن العقد المبرم، ولكن في حال اخلال المتعاقد لتنفيذ التزاماته وعدم الوصول الى التنفيذ السليم للعقد قد يصل المتعاقدان للفسخ، والفسخ في القانون المدني والذي يكون جزاءاً للمتعاقد نتيجة اخلاله بالتزاماته يعرف بالفسخ القضائي، وهو محل الدراسة في التمييز بين الفسخ الجزائي والفسخ

¹ذو النون سليمان يونس العبادي، المرجع السابق، ص ص 247-248.

²Jean-Marie Auby et ceux avec lui, Droit administratif des biens, 4^e édition, Dalloz, Paris, France, 2003, p 264.

المدني ، ويكون الفسخ القضائي بطلب الطرف الثاني في العقد ليتحلل هو ايضا من الالتزامات العقدية ، ويختص القضاء بتوقيع الفسخ إذا رفع اليه الأمر من المتعاقد الذي تضرر من إخلال المتعاقد الثاني عن الوفاء بالتزاماته التعاقدية.

1- تعريف الفسخ القضائي المدني:

- عرف بأنه نظام قانوني يقوم الى جانب المسؤولية التعاقدية ويتمثل في الجزاء الذي يترتب على عدم تنفيذ أحد المتعاقدين لما رتبته العقد من التزامات في ذمته، ومعناه حق كل متعاقد في العقد الملزم لجانبين أن يطلب متى لم يقم المتعاقد الاخر بتنفيذ التزامه حل الرابطة التعاقدية كي يتخلص بدوره من الالتزام الملقى على عاتقه، فهو انحلال الرابطة العقدية بأثر رجعي بسبب عدم تنفيذ أحد الطرفين لالتزاماته وهو ما أكده المشرع الجزائري في المادة 119 من القانون المدني¹.

- يعرفه عدنان ابراهيم سرحان وعبد الفتاح عبد الباقي بأنه جزاء يوقعه القاضي على تعدي أحد المتعاقدين أو تقصيره المتمثل في عدم تنفيذه لالتزاماته أو الإخلال بهذا التنفيذ أو التأخر فيه، والفسخ باعتباره جزاء عدم قيام المدين بتنفيذ التزامه، اي حل ارتباط العقد الملزم للجانبين بحكم يصدر من القضاء بناء على طلب أحد المتعاقدين بسبب تقصير المتعاقد الاخر في تنفيذ التزاماته².

2- خصائص وآثار الفسخ القضائي المدني:

يتميز الفسخ القضائي في القانون المدني بالعديد من الخصائص التي يتميز بها ومن أهمها:

- الفسخ القضائي يتعلق بالعقود الملزمة للجانبين، ذلك أن كلا الطرفين دائن ومدين

¹احمو حسينة، انحلال العقد عن طريق الفسخ، رسالة ماجستير، كلية لحقوق والعلوم السياسية، فرع قانون المسؤولية المهنية، جامعة تيزي وزو، الجزائر، 2011، ص 07.
المادة 119 الفقرة 01 من القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم " في العقود الملزمة للجانبين إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الآخر بعد إعداره المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو فسخه مع التعويض في الحالتين إذا اقتضى الحال ذلك "

1225Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 -art. 2

La clause résolutoire précise les engagements dont l'inexécution entraînera la résolution du contrat.

La résolution est subordonnée à une mise en demeure infructueuse, s'il n'a pas été convenu que celle-ci résulterait du seul fait de l'inexécution. La mise en demeure ne produit effet que si elle mentionne expressément la clause résolutoire.

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

في الوقت نفسه، لذلك فإن فكرة الفسخ مبنية على العدالة فإذا أُل أحد المتعاقدين بتنفيذ التزاماته جاز للطرف الآخر التحلل هو أيضا من التزاماته عن طريق الفسخ¹.

- الفسخ القضائي فسخ جوازي لكل الأطراف فهو جوازي للدائن ذلك أن الدائن لديه العديد من الاختيارات في حالة عدم تنفيذ المدين لالتزاماته، فله أن يطلب الفسخ أو التنفيذ العيني، أو التعويض في حالة استحالة التنفيذ العيني، أما بالنسبة للمدين فهو جوازي لأنه يستطيع تجنبه وذلك بالإسراع في التنفيذ العيني للالتزام قبل أن يوقع القاضي جزاء الفسخ عليه.

- القاضي له سلطة تقديرية واسعة في الفسخ القضائي، لكنه في حدود ما نص عليه القانون، فلا يقضي بما لم يطلب منه، فله أنت يقبل الفسخ أو يرفضه أو أن يحكم بالتعويض، أو يرفض الفسخ في حالة حين نية المدين².

- قدرة الدائن إعادة الحال إلى ما كان عليه، ذلك أنه لو لم يكن الأثر الرجعي ممكنا فلا يقبل طلب الفسخ لأنه لا يرتب آثاره في هذه الحالة³.

- يقوم الفسخ الجزائي على وجوب الإعذار، فعلى الدائن إعذار المدين لتنفيذ التزاماته وبأنه ينوي فسخ العقد، وهو ما يعطي المصدقية للدعوى القضائية للمطالبة بالفسخ، ويؤكد تقصير المتعاقد في التزاماته.

- صدور الحكم بالفسخ من أهم ما يميز الفسخ القضائي، ذلك أن الدائن لا يعتبر متحلا من التزاماته إلا بصدور حكم قضائي نهائي بالفسخ، ذلك أن الدعوى القضائية لا تحتم الفسخ لأن سلطة القاضي واسعة وفي ذلك وقد لا تنتهي بالفسخ⁴.

أما بالنسبة للآثار فيترتب على حكم القاضي بفسخ العقد بسبب إخلال أحد المتعاقدين بالتزاماته والتقصير اتجاه المتعاقد الآخر، والذي يدفع هذا الأخير لطلب الفسخ قضائيا، ومن هذه الآثار:

- الأثر الرجعي للفسخ القضائي وبالتالي إعادة الحال إلى ما كان عليه هي الأثر الأهم

¹حمو حسينة، المرجع السابق، ص ص 19-20.

المادة 55 من القانون المدني الجزائري تنص " يكون العقد ملزما للطرفين متى تبادل المتعاقدان الإلتزام بعضهما بعضا".

²Hijriani A. Prihantoro, op cit, P 254-255.

³أنور طلبية، الوسيط في القانون المدني (الجزء الأول)، (د-ط)، (د - ن)، 1993، ص 440.

⁴حمو حسينة، المرجع نفسه، ص ص 27-28-32.

المادة 122 من القانون المدني تنص " إذا فسخ العقد أعيد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد...."

والمباشر له، فيجب إعادة الحال الى ما كان عليه قبل العقد، وإذا كان ذلك مستحيلا يكون الحكم بالتعويض بعد الفسخ، والتعويض يكون على أساس المسؤولية التقصيرية وليس المسؤولية العقدية¹.

- أما بالنسبة لأثر الفسخ القضائي بالنسبة للغير فالقاعدة العامة هي زوال الحقوق، فيترتب عليه أن الحق الغير الذي تلقاه من المتعاقدين يزول بزوال حقوق والتزامات المتعاقد الذي تعامل معه نتيجة للفسخ القضائي للعقد، ولا يجوز للغير الاحتجاج على الدائن، كما لا يجوز له إنكار فسخ العقد بل لا بد أن يكون الفسخ حجة على الجميع، لكن هذه القاعدة العامة لها استثناءات، وإن كان لا يتم تفصيلها هنا لاتساعها إلا أنه سيتم الإشارة لها لتوضيحها، فالحالة الأولى تتعلق بالغير الحسن النية والذي اكتسب حقوقا عقارية فحقه يبقى، والحالة الثانية الغير الذي اكتسب حقا يتعلق بالشيء الذي ورد عليه فسخ العقد وذلك بمقتضى عقد من عقود الإدارة مثلا، فهنا في هاتين الخالتين تبقى الحقوق قائمة ولا تسقط رغم الفسخ².

3- الفرق بين الفسخ الجزائي الإداري والفسخ القضائي المدني:

تتقارب العقود الادارية مع عقود القانون الخاص فيما يتعلق ببعض احكام الفسخ، ومن بين اوجه الاختلاف نجد ما يلي:

- الفسخ في القانون الخاص محكوم دائما بتدخل القاضي من أجل إصدار حكم قضائي به، فلا مجال لممارسته بالإرادة المنفردة لأحد المتعاقدين، كل ما هناك أن من وجد المتعاقد معه أخل بتنفيذ التزاماته التعاقدية يحق له بالمقابل طلب التحلل منها هو أيضا عن طريق القضاء، عكس الفسخ الجزائي الإداري فيمكن للمصلحة الإدارية المتعاقد أن تقوم بفسخ العقد بإرادتها المنفردة في حال الإخلال في التنفيذ من طرف المتعاقد معها، ذلك أن خصوصية العقد الإداري أساسها سير المرفق العام وتغليب المصلحة العامة التي تفرض بسط سلطة الإدارة في العقد لتحقيق الصالح العام³.

- القاضي الإداري لا يملك منح المتعاقد مهلة من أجل تنفيذ التزاماته التي تخلف

¹ أنور طلبية، المرجع السابق، ص 447.

²Hijrian A. Prihantoro, op cit, P262.

³عبد الرزاق باخبيرة، المرجع السابق، ص 284.

عنها وقصر في أدائها، لأنه لا يملك في الأصل تقدير احتياجات المرفق العام ذلك أن هذا الدور منوط بالمصلحة المتعاقدة التي أبرمت الصفقة العمومية تبعاً لاحتياجات المرفق العام وهي أعلم بظروف الصفقة، عكس القاضي المدني الذي له سلطة منح المدين مهلة من أجل تنفيذ العقد إذا رأى من الظروف ما يبرر ذلك.

- الفسخ الإداري وسيلة وقائية من أجل الحفاظ على السير الحسن للمرفق العام وضمان توفير احتياجات المنتفعين منه، فالهدف منه هو حماية المصلحة العامة، بينما الفسخ في القانون الخاص هدفه الحصول على مصلحة خاصة، يضاف لذلك أن سلطة الإدارة واسعة في الفسخ الجزائي وتقدير الأفعال المبررة له، وهو ما لا نجده في الفسخ في القانون الخاص الذي لا يلجأ إليه القاضي مباشرة فسلطته تجعل له خيارات أخرى غير الفسخ¹.

ثانياً: التمييز بين الفسخ الجزائي والفسخ للمصلحة العامة:

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

1- تعريف الفسخ للمصلحة العامة:

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

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

- كما تم تعريفه أنه "حق الإدارة في إنهاء العقد الإداري بإرادتها المنفردة دون أي

¹محمد الصادق قابسي، المرجع السابق، ص ص 439-440.

²ذو النون سليمان يونس، المرجع السابق، ص 342.

خطأ من المتعاقد معها، ولا يلزم النص على هذا الحق في العقد، كما يقع باطلا تنازل الإدارة عنه وللمتعاقد في هذه الحالة الحق في التعويض الكامل عما فاته من كسب ولحق به من خسارة بسبب إنهاء العقد"¹.

كما يرى سليمان الطماوي أنى للإدارة ان تنتهي العقود الإدارية التي اصبحت غير ذات فائدة للمرفق العام وأصبحت لا تحقق المصلحة العامة المرجوة²، وقد عرف المشرع الفرنسي الانهاء للمصلحة العامة للعقد الإداري في القانون 49-15 المؤرخ في 27/11/2015 والامر رقم 16/775 المؤرخ في 20/06/2016³.

2- الطبيعة القانونية للفسخ للمصلحة العامة وأساسه القانوني:

غالب الرأي يعتبر الطبيعة القانونية للإنهاء الانفرادي للصفقة العمومية لدواعي المصلحة العامة من النظام العام، وهو ما ذهب اليه الغالبية العظمى من الفقه والقضاء الفرنسي والمصري، وهي القاعدة الأساسية لهذا الإنهاء للعقد، وبالتالي تتمتع الإدارة بهذا الحق ولو لم يتم النص عليه في العقد، وتملك الإدارة هذا الامتياز ولو سكت العقد عنه⁴، كما أنه يعتبر حماية للمال العام وترى

¹ عبد الوهاب محمد، الانهاء الانفرادي للصفقة العمومية لدواعي المصلحة العامة في ظل احكام المرسوم الرئاسي 15-247، مجلة العلوم الاجتماعية والقانونية، العدد 9، جامعة الجلفة، الجزائر، 01 مارس 2018، ص 533.
² سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 750.

³Le pouvoir de résilier est « l'originalité notable du contrat administratif », le pouvoir de résilier est un privilège dont dispose la direction lors de l'exécution du contrat PPP ; Elle constitue, ici, une manifestation suprême du pouvoir de modulation. Il s'agit tout simplement de la rupture de la relation contractuelle et de la résiliation unilatérale de l'exécution du contrat de partenariat, conformément aux exigences de l'intérêt général. Le pouvoir de résilier se trouve dans les dispositions de l'article 35 du chapitre 6 de la loi n° 2015-49 du 27 novembre 2015 selon lequel « une personne publique peut résilier le contrat unilatéralement pour des motifs d'intérêt général ». La faculté de résilier, en vertu des dispositions légales ci-dessus, constitue l'une des règles du contrat PPP ; Représente une règle « exceptionnelle » à la fin normale dudit contrat.

La résiliation unilatérale a une base décrétée. Ceci indique la valeur critique de cette puissance lors de l'exécution du contrat PPP. En ce sens, l'article 62 du décret gouvernemental n° 2016-772 du 20 juin 2016 précise que « le contrat de partenariat doit stipuler en substance ce qui suit : Des conditions permettant d'assurer la continuité des services publics couverts par le contrat en état de résiliation. Article de l'écrivain Amir Ammar "Pouvoirs de gestion justifiés par l'intérêt public dans le cadre du contrat PPP" , sur le site <https://www.village-justice.com> à 08/01/2020 et je l'ai vu à la date 17/06/2021 à l'heure 18:27.

⁴ذو النون سليمان يونس العبادي، نفس المرجع، ص ص 348-349.
قضت محكمة القضاء الاداري في مصر بتاريخ 30/06/1958 " العقود الإدارية تتميز عن العقود المدنية بطابع خاص مناطه احتياجات المرفق العام الذي يستهدف العقد تسييره وتغليب وجه المصلحة العامة على مصلحة الافراد الخاصة ويترتب على ذلك أن للإدارة دائما سلطة إنهاء العقد إذا قدرت أن هذا يقتضيه الصالح العام وليس للطرف الآخر إلا الحق في التعويض إن كان له وجه وهذا على خلاف الأصل في العقود المدنية التي لا يجوز أن يستقل أحد الأطراف بفسخها وانهاؤها دون إرادة الطرف الآخر ". انظر محمد علي الخلايلة، القانون الإداري (الكتاب الثاني)، الطبعة الثانية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الاردن، 2015، ص 313.

الإدارة أن العقد أصبح مكلفاً لها ولا يلبي حاجات المصلحة العامة وهو ما يضيفي الشرعية على هذا الإنهاء دون خطأ من المتعاقد ويدفعها للتخلي عن المشروع بدافع المصلحة العامة¹، والمشروع الجزائي ذهب أيضاً إلى السلطة المباشرة للمصلحة المتعاقدة في ممارسة الفسخ للمصلحة العامة وبإرادتها المنفردة دون الحاجة للنص عليه في العقد، فقد أكدت المادة 150 من المرسوم الرئاسي 247-15 على أن الفسخ للمصلحة العامة تقوم به المصلحة المتعاقدة ومن جانبها وحدها ودون خطأ المتعاقد.

أما عن الأساس القانوني لفسخ العقد بهدف المصلحة العامة فقد انقسم الفقه الإداري للعديد من الاتجاهات، فالإتجاه الأول يرى أن الأساس القانوني له هو المصلحة العامة ومن مؤيدي هذا الإتجاه نجد الفقيه الفرنسي "Pequignot" وتبرير ذلك أن التعاقد قد تطرأ بعده ظروف تبين عدم حاجة المرفق العام لهذا العقد، كونه لم يعد ملائماً لاحتياجاته وللإدارة الحق في فسخه إذا اقتضى الصالح العام ذلك، لأنه من غير المعقول أن يصبح العقد حائلاً بين الإدارة وأهدافها في تأمين المنفعة العامة، والإتجاه الثاني يرى الأساس القانوني لهذا النوع من الفسخ الإداري أساسه السلطة العامة، ومن بين الفقهاء المناصرين له الفقيه الفرنسي "Vedeul" حيث يقول "سلطة الفسخ دون تضامن المتعاقدين هي نظام من أنظمة السلطة العامة تستطيع الإدارة تقريره بإرادتها المنفردة، وأن الفسخ لا يجوز أن يصدر إلا لأسباب تتعلق بالنظام العام وعلى الأخص سبب إلغاء أو تعديل العقد"، وفي هذا الشأن أيضاً يقول أحمد عثمان "سلطة الإدارة في إنهاء عقودها الإدارية تقوم على فكرة السلطة العامة أكثر من قيامها على فكرة الصالح العام ومقتضيات سير المرافق العامة"²، أما الإتجاه الثالث في الأساس القانوني لفكرة الفسخ الإداري للمصلحة العامة فنجد على رأس الداعمين له الفقيه الفرنسي "Laubadère" "إنما هو امتداد لامتياز الإدارة في تعديل العقد لذلك للإدارة إنهاء العقد قبل أوانه وهو يحدث خاصة في العقود طويلة الأمد كعقد الأشغال العامة"³، أما المشروع الجزائي فقد أكد أن الأساس

¹Christophe Lajoye, op cit, p 196.

² مجدوب عبد الحليم، سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري لدواعي المصلحة العامة، المرجع السابق، ص 255.
- جاء في قرار مجلس الدولة الفرنسي الصادر بتاريخ 2009/12/16 "وجوب أن تكون المصلحة العامة هي هدف الإدارة منةإنهائها للتعاقد، ولا يجوز لجهة الإدارة إنهاء التعاقد بإرادتها المنفردة لعدم وجود الاعتمادات المالية الكافية لاستكمال المروع، إذ إن من شأن ذلك ترتيب حق المتعاقد في المطالبة بالتعويض". أنظر علي حمود العايد الحوامدة، المرتكز القانوني لسلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري بالإرادة المنفردة دون خطأ من المتعاقد (دراسة مقارنة)، المجلة القانونية، المجلد 12، العدد 09، 2021، ص 4147.

³عبد الوهاب محمد، المرجع السابق، ص 535.

القانوني لهذا الفسخ هو المصلحة العامة وذلك في المادة 150 من المرسوم الرئاسي 15-247 " يمكن المصلحة المتعاقدة القيام بفسخ الصفقة العمومية من جانب واحد، عندما يكون مبررا بسبب المصلحة العامة.....".

كما نصت المادة 123 من المرسوم التنفيذي 21-219 التي نصت على " يكون الفسخ من طرف واحد.....دون ارتكاب المقاول لخطأ لكن بمبرر المصلحة العامة".

3- شروط وآثار الفسخ للمصلحة العامة:

لا توقع المصلحة المتعاقدة الفسخ للمصلحة العامة إلا بتوافر شروطه وهي:

- توافر شرط المصلحة العامة وهي مصلحة المرفق العام، فسلطة الإدارة ليست

مطلقة ولكن يجب ان تكون قائمة على أساس محدد وهو استهداف تحقيق المصلحة العامة، وقد أجمع على ذلك الفقه والقضاء الإداري بحيث يجب أن يقوم الفسخ على سبب من أسباب التي تتعلق بالمصلحة العامة، وإلا كان الفسخ تعسفيا ولا مبرر له، فالمصلحة العامة هي الباعث لمشروعية العمل الإداري، وقد أكد الفقيه الفرنسي ذلك بالقول أن الإدارة لا يمكنها إنهاء العقد إلا إذا كان استمراره غير ملائم مع متطلبات الصالح العام واحتياجات المرفق العام¹.

ومن بين أسباب عدم توافر المصلحة العامة في مبررات الفسخ نجد:

● الأسباب الشخصية فلا يحق للإدارة إنهاء الصفقة من أجل حسابات شخصية بعيدة عن

الصالح العام، مثل إبعاد المتعاقد الذي لا ينسجم مع طبائع القائمين على أعمال الإدارة.

Article L2195-3 du Code de la commande publique français décret n° 2018-1075 du 3 décembre 2018 portant partie réglementaire du code de la commande publique JORF n°0281 du 5 décembre 2018 "Lorsque le marché est un contrat administratif, l'acheteur peut le résilier:

1- Pour un motif d'intérêt général, conformément aux dispositions du 5 de l'article L. 6.

¹حذيفة عادل عبد الكريم منصور، المرجع السابق، ص ص 47-48.

La résiliation unilatérale est un privilège exorbitant justifié. Elle permet la résiliation unilatérale du contrat. L'administration a le droit de mettre fin à l'exécution du contrat administratif avant l'expiration du délai prévu car la personne publique peut résilier le contrat sans tenir compte de la volonté de l'autre partie au contrat et il génère de nombreux risques pour les personnes qui concluent des contrats avec l'administration. D'une part, il est justifié parce qu'il est devenu un mécanisme qui permet d'atteindre les objectifs de l'administration tels que la fourniture d'un service public service et assurer l'intérêt public. Malgré la résiliation unilatérale, les droits des cocontractants (particuliers) peuvent être ignorés. Les relations entre les particuliers et l'administration ne peuvent être régies sur un pied d'égalité, car l'intérêt collectif Vous devez surmonter les intérêts particuliers. Article de l'écrivain Jessica Tatiana Güechá Torres "La résiliation unilatérale du contrat administratif en France", sur le site <https://revistas.unilibre.edu.com> à 28/06/2019 et je l'ai vu à la date 26/06/2021 à l'heure 13:50

● الأسباب المتعلقة بالدين والمعتقد مثل إنهاء العقد لاعتناق المتعاقد ديانة لا تتوافق مع ديانة القائمين على العمل الإداري.

● الأسباب ذات الطابع المالي حيث يقول الفقيه الفرنسي "Laubadère" في هذا الشأن " يوجد انحراف في استعمال السلطة من جانب الإدارة إذا استخدمت سلطتها في إنهاء العقد من أجل تحقيق مصلحة مالية فقط"¹.

لذلك يجب على الإدارة مراعاة شرط المصلحة العامة في الفسخ فهي ملزمة بعد الانحراف في السلطة وهي تمارس هذا النوع من الفسخ، والإدارة تملك إنهاء العقد بسلطتها التقديرية في أي وقت شرط تحقق المصلحة العامة في ذلك.²

- أن يصدر قرار الإدارة بالإنهاء في إطار المشروعية، حيث أنه إذا لم تراعي إجراءات الإنهاء المنصوص عليها في العقد والقوانين واللوائح كان قرار الفسخ في هذه الحالة غير مشروع، ويكون الأمر كذلك إذا صدر قرار الإنهاء من سلطة غير مختصة، فيكون غير مشروع ولا مبرر له، وتنطبق على قرار المصلحة الإدارية بإنهاء الصفقة العمومية ما ينطبق على باقي القرارات في القانون الإداري من وجوب مراعاة الأركان، وأن أي عيب في القرار يجعله عرضة للطعن القضائي من طرف المتعاقد، والإستناد في ذلك لعيب السبب أو انحراف السلطة أو عيب الاختصاص وغيرها من أسباب الإلغاء الأخرى³.

أما عن آثار الفسخ للمصلحة العامة فتتمثل في:

- تعويض المتعاقد حيث يوازي سلطة الإدارة الخطيرة في إنهاء العقد حق المتعاقد في الحصول على التعويض وقد نصت المادة 2.3.123 من المرسوم التنفيذي 21-219 في حالة الفسخ من طرف واحد والمبرر بالمصلحة العامة، يمكن تعويض المقاول، عند الاقتضاء، عن الضرر، المتكبد والفائدة التي كان بإمكانه أن يتحصل عليها في حالة ما إذا أنجز كل الخدمات " 4، والتعويض يخضع للأحكام العامة من بينها حصول الضرر فلا تعويض دون

¹ ذو النون سليمان يونس العبادي، المرجع السابق، ص ص 436-439.

² علاء محي الدين مصطفى ابو أحمد، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية في ضوء القوانين الوضعية والمعاهدات الدولية وأحكام محاكم التحكيم (دراسة مقارنة)، (د-ط)، دار الجامعة الجديدة، الأزاريطة، مصر، 2008، ص ص 153-154.

³ زينة مقداد، سلطة الإدارة في فسخ العقد الإداري، المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية، العدد 04، المجلد 02، جامعة عمر ثابجي، الأغواط، الجزائر، بتاريخ 30 سبتمبر 2018، ص 422.

⁴ 2.3.123 من المرسوم التنفيذي 21-219.

ضرر، يضاف لذلك ان القاضي في تقديره للتعويض المستحق للمتعاقد فإنه يلجأ للنصوص فإن لم يجد النص في القوانين او اللوائح أو العقد فإنه يرجع للتعويض الكامل أي ما فات من ربح وما لحق من خسارة للمتعاقد¹، وجاء في قرار مجلس قضاء الجزائر الغرفة الادارية بتاريخ 1967/11/08 جاء فيه " إن الفسخ من قبل الإدارة حتى لو حصل للمصلحة العامة ، فإنه يتضمن بالمقابل حق المتعاقد في التعويض الذي ينبغي أن يأخذ بعين الاعتبار كل الفوائد التي كان سيحصل عليها لو نفذ العقد" ² ويشترط في التعويض أن لا يكون الفسخ قد تم بناء على طلب المتعاقد أو تخليه عن التنفيذ بموافقة المصلحة الإدارية المتعاقدة³، ومجلس الدولة الفرنسي يميز في مقدار التعويض الذي يحكم به بالنظر للأسباب التي اعتمدها المصلحة المتعاقدة في الفسخ ، فإذا كان الفسخ نتيجة لأسباب خارجة عن ارادتها فهنا التعويض يقتصر فقط على الخسارة التي لحقت المتعاقد أما إذا كان السبب في الفسخ مرده لعادة الإدارة لتقييم احتياجات المرفق العام فهنا يكون المجلس أكثر سخاء في منح التعويض⁴.

- نهاية العلاقة التعاقدية وتعتبر الأثر الآخر للفسخ للمصلحة العامة، حيث يؤدي إلى

¹ سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص ص 753-754.

- حق المتعاقد في التعويض نتيجة إنهاء عقده من جانب الإدارة بالإرادة المنفردة ودون خطأ منه هو مقابل لهذه السلطة، فالإدارة تستطيع إنهاء العقد الإداري بإرادتها المنفردة، ودون وقوع خطأ من المتعاقد، وليس للمتعاقد معها إلا الحق في التعويض، فالمتعاقد لا يتحمل النتائج المترتبة على قيام الإدارة بهذا الإنهاء، لذا فإن القضاء يقرر قيام المسؤولية التعاقدية بدون خطأ على عاتق الإدارة التي تسمح للمتعاقد الحصول على التعويض المناسب نتيجة لاستخدام الإدارة لهذا الامتياز، شريطة أن يثبت المتعاقد أنه أصابه ضرر من هذا الإنهاء واستحقاق المتعاقد للتعويض لا يقوم على أساس خطأ الإدارة العامة، وذلك لأنها تتمتع بهذا الحق طبقاً للعقد الإداري الذي أعطى الإدارة هذا الامتياز، وهذا التعويض يكون تعوضاً كاملاً وقد يرد نص في العقد أو قد ينظم قيمة التعويض، أو قد تنظمه القوانين واللوائح، وإذا لم يتم النص عليه يقرره القاضي بالنظر لما لحق المتعاقد من خسارة وما فاتته من كسب وقد اعترفت المحكمة الإدارية العليا في مصر بحق المتعامل المتعاقد في التعويض في حكمها بتاريخ 1968/03/02 الذي جاء فيه " إن للإدارة دائماً سلطة إنهاء العقد، إذا قدرت أن هذا هو ما يقتضيه الصالح العام، ولا يكون للطرف الآخر إلا الحق في التعويض إن كان له وجه حق ، وذلك كله على خلاف الأصل في العقود المدنية "، انظر مقال لـ مودع فريدة بعنوان " سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري" بتاريخ 2019/09/01 على موقع <https://almerja.com> وتم الاطلاع عليه بتاريخ 2021/06/21 الساعة 14:30.

² هبة اسماعيل، تنفيذ الصفقات العمومية والرقابة الخارجية عليها، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم القانون العام والاقتصادي، جامعة وهران 2، الجزائر، 2017، ص 72.

³ زينة مقداد، المرجع السابق، ص 423.

⁴ حمد محمد حمد الشلماني، المرجع السابق، ص 235.

Le droit à indemnisation En échange du droit de résilier un marché public pour motif d'intérêt général, il y a le droit à indemnisation intégrale du titulaire du marché public. La résiliation ne peut intervenir que sous l'autorité de l'administration pour résilier le contrat, sous réserve d'indemniser le contractant des pertes qui ont résulté de la résiliation et de lui octroyer une indemnité le cas échéant, à laquelle il peut légitimement prétendre. Article " La résiliation unilatérale par l'administration des marchés publics et des contrats de concession " sur le site <https://www.economie.gouv.fr> à 01/04/2019 et je l'ai vu à la date 26/06/2021 à l'heure 13:00.

إنهاء الالتزامات بين طرفي العقد، وبذلك ضرورة تسوية وتصفية المبالغ الناشئة عن إنهائه، وهذه التصفيات تستند للمبالغ المستحقة للمتعاقد أو المصلحة المتعاقدة.

4- المقارنة بين الفسخ الجزائي والفسخ للمصلحة العامة:

بعد عرض الأحكام القانونية التي تنطبق على الفسخ الإداري للمصلحة العامة في الصفقة العمومية، يمكن استنتاج ما يتقارب فيه مع الفسخ الجزائي وما يختلف فيه عنه، ومن أهم ما يشتركان فيه:

- الأساس القانون للفسخ في الحالتين يستهدف دائما العمل على المحافظة على المرفق العام وضمان سيرورته وأدائه للخدمة العامة.
- يستلزم على المصلحة المتعاقدة اعدار المتعاقد قبل توقيع الفسخ عليه في الحالتين، سواء الفسخ لخطأ المتعاقد أو الفسخ للمصلحة العامة، لاسيما إذا نص العقد على إعطاء المتعاقد مهلة من أجل تنفيذ ما تخلف عنه من التزامات.
- النتيجة واحدة في الحالتين وهي وضع حد للصفقة العمومية، وبشكل حاسم ونهائي.
- الفسخ سواء الجزائي أو لدواعي المصلحة العامة تمارسه المصلحة الإدارية المتعاقدة بما تملكه من امتيازات السلطة العامة، ودون الحاجة للجوء للقضاء أو استصدار حكم قضائي منه¹ بالمقابل نجد أنهما يختلفان في العديد من الأوجه منها:
- يختلف الفسخ الجزائي عن الفسخ لدواعي المصلحة العامة في السبب، ذلك أن الفسخ الجزائي يقوم على ارتكاب المتعاقد خطأ، وهو السبب في تبرير الفسخ من جانب واحد، بينما الفسخ لدواعي المصلحة العامة يكون السبب فيه التكيف والملائمة مع احتياجات ومصلحة المرفق العام وبالتالي دواعي المصلحة العامة.
- الفسخ الجزائي لا يترتب عليه التعويض لأنه جزء لإخلال المتعاقد بالتزاماته التعاقدية وهو يستحق ذلك الفسخ، أما الفسخ لدواعي المصلحة العامة فهو لم يكن نتيجة الخطأ لذلك يستحق فيه المتعامل المتعاقد التعويض لأنه كان الطرف الأضعف الذي تحمل تبعات المصلحة العامة التي لم تعد تتلاءم مع الصفقة العمومية التي أبرمها مع الإدارة ودفعتها هذه المصلحة العامة لإنهائها².
- قرار الفسخ الجزائي يقوم القاضي الإداري فيه بالرقابة على السبب الذي اعتمدت

¹ محمد الصادق قابسي، المرجع السابق، ص 441.

² محمد الصادق قابسي، المرجع نفسه، ص 442.

المصلحة المتعاقدة عليه من أجل الفسخ، بينما الفسخ لدواعي المصلحة العامة لا يراقب فيه القاضي الإداري السبب لأن هذا الأخير سلطة تقديرية تقوم على مبدأ الملائمة لا رقابة فيه للقاضي الإداري على هذا الامتياز الإداري¹. ولقد نص المشرع الجزائري على الفسخ للمصلحة العامة في المادة 150 من المرسوم الرئاسي 247/15 " يمكن المصلحة المتعاقدة القيام بفسخ الصفقة العمومية من جانب واحد، عندما يكون مبررا بسبب المصلحة العامة، حتى بدون خطأ من المتعامل المتعاقد".

ثالثا: التمييز بين الفسخ الجزائي وإسقاط الالتزام:

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

1- تعريف إسقاط الالتزام وطبيعته القانونية:

هناك العديد من التعريفات لإسقاط الالتزام منها:

- يعرفه الفقيه "Jeze" بأنه " فسخ عقد التزام المرفق العام على مسؤولية الملتزم بسبب الخطأ الذي ارتكبه"².
- الفقيه " Polack " عرف إسقاط الالتزام بأنه " ذلك الجزاء الأكثر جسامة من جميع الجزاءات الأخرى الذي ينهي عقد الامتياز باستبعاد الملتزم الذي لم يمثل لالتزام جوهري منصوص عليه في كراسة الشروط الخاصة بالعقد".
- ويعرفه الفقيه " Coudevylie " على أنه " يستلزم أخطاء جسيمة جدا من المتعاقد وأنه لا يجب أن يوقع على المتعاقد إلا إذا اتضح عدم كفاية الجزاءات المالية والجزاءات الضاغطة ولذلك فإن له صفة الجزاء الاستثنائي".
- عرفته المحكمة الإدارية العليا بأنه " رفع يد الملتزم عن إدارة المرفق العام قبل

¹ جابر صالح محمد الحمادي، سلطات الإدارة في العقد الإداري، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، قانون عام، جامعة الامارات العربية المتحدة، نوفمبر 2019، ص 29.

² حذيفة عادل عبد الكريم، المرجع السابق، ص 101.

انتهاء مدته لمواجهة المخالفات الجسيمة التي يرتكبها مع قيام حق مانح الالتزام في هذه الحالة على الاستيلاء على الأدوات اللازمة لإدارة المرفق جبرا من الملتزم¹.

أما عن الطبيعة القانونية لإسقاط الالتزام فذهب الغالبية العظمى من الفقهاء لاعتباره من النظام العام، مستدلين بذلك على أساس أن سير المرفق العام بانتظام واضطراد يستلزم قدرة السلطة المانحة لعقد الامتياز على تغيير الملتزم في حال تعرض المرفق العام للخطر، ويترتب على ذلك وجود هذا الشرط وإن لم يرد في نصوص العقد أو القانون أو اللوائح أو دفاتر الشروط، كما أنه لا يجوز الاتفاق بين الأطراف بوجه عام على استبعاده، ويترتب على اعتبار إسقاط الالتزام من النظام العام أن هذا الجزاء يقرر دائما للسلطة مانحة الامتياز وفي جميع الأحوال دون الحاجة للنص عليه فهو موجود بقوة القانون حتى أنه إن تم النص عليه في العقد أو القانون أو اللوائح التنظيمية أو دفتر الشروط فهو من باب التنظيم لا من باب الإنشاء له².

2- شروط إسقاط الالتزام وأثاره:

يجب أن تتوفر في جزاء إسقاط الالتزام العديد من الشروط هي:

- أن يرتكب المتعاقد خطأ جسيما وعلى درجة كبيرة تجعل منه دليلا واضحا عدم قدرة الملتزم على تسيير المرفق العام أو تعرضه للمخاطر، ومن أشهر الأخطاء التي أخذ بها مجلس الدولة الفرنسي قيام الملتزم بالتنازل عن الالتزام دون موافقة الإدارة والإخلال المستمر والمنتظم بالالتزامات التعاقدية أو ترك المرفق العام دون استغلال أو عدم أداء المستحقات المالية للجهة الإدارية مانحة الالتزام أو إخلاله بالالتزام جوهرية في العقد³، ومجلس الدولة الفرنسي كثيرا ما يرفض الحكم بإسقاط الالتزام رغم ثبوت خطأ من المتعاقد وتقديره ذلك إذا رأى أن الخطأ لا يتلاءم مع قسوة الجزاء، فكثيرا ما قرر في أحكامه أن خطأ المتعاقد لا يستلزم إسقاط الالتزام بل وضع المشروع تحت الحراسة فقط، لذلك القاضي لا يتوقف دوره عند حالة الفسخ بل يراقب ملائمة الخطأ مع الإسقاط، وهذا في الحالة التي يطعن فيها المتعاقد في الجزاء الذي أوقعت الإدارة بما تلكه من امتيازات دون حاجتها للجوء للقضاء⁴.
- وجوب اعدار الملتزم وإلا يكون قرار الإدارة بالإسقاط معيبا، ويطعن فيه أمام

¹ ذو النون سليمان يونس العبادي، المرجع السابق، ص ص 205-206.

² ذو النون سليمان يونس العبادي، المرجع نفسه، ص ص 209-210.

³ حذيفة عادل عيد الكريم منصور، المرجع السابق، ص 103.

⁴ سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 524.

القضاء ماعدا الحالات التي تعفى فيها الإدارة من الإعذار بنص صريح في العقد أو حالة الاستعجال أو حالة عدم الجدوى¹، ويرى سليمان الطماوي أن الإدارة لا توقع جزاء الإسقاط إلا بعد إعدار الملتزم، كما أن مجلس الدولة الفرنسي يجعله شرطاً أساسياً ولو لم يتم النص عليه ولا تتحرر منه المصلحة الإدارية المتعاقدة إلا بالنص الصريح على الإعفاء منه، أو إذا ثبت أنه لا فائدة منه.

- الحكم القضائي بالإسقاط من أهم الشروط الواجب توافرها في هذا الجزاء²، وهي خاصة ينفرد بها عقد الامتياز عن الصفقات العمومية ذلك أنه في الصفقات العمومية لا تلجأ الإدارة للقضاء بل توقع الفسخ الجزائي بما تملكه من سلطة، والقاضي إذا تم الطعن في قرار الإسقاط فله الحكم بإلغائه والحكم بالتعويض إذا دعت الحاجة لذلك³، وقد ذهب الفقه الفرنسي لأن سلطة الإدارة في إسقاط الالتزام لها الاحتفاظ بها دون اللجوء للقضاء شرط النص على ذلك في العقد⁴.

وهذا يخالف الرأي في مصر والذي يذهب لحق الإدارة في تقرير الإسقاط دون اللجوء للقضاء في ذلك⁵.

¹مصطفى سالم النجيفي، المرجع السابق، ص 356.

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

³سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص ص 525-526.

⁴ذو النون سليمان يونس العبادي، المرجع السابق، ص 223.

Le Conseil d'Etat français considère que l'autorité concédante ne peut résilier le contrat qu'en cas d'erreur du concessionnaire si cette possibilité est prévue dans le contrat et en l'absence de clause prévoyant expressément cette totalité dans son faveur, la personne publique a dû saisir le juge. Jusqu'à ce qu'une telle résiliation soit prononcée, à la manière du titulaire du contrat général, le concessionnaire ne pourra pas bénéficier d'une indemnisation fondée sur le préjudice causé par la résiliation anticipée du contrat. Contrat. En revanche, il peut bénéficier d'une compensation pour la valeur des pertes d'investissement encourues qui sont destinées à devenir la propriété de l'organisme public en plus des frais financiers y afférents, Article " La résiliation unilatérale par l'administration des marchés publics et des contrats de concession ", op cit.

⁵ مجلس الدولة المصري أقر للإدارة حق تقرير الإسقاط دون اللجوء للقضاء، كما منح التشريع هذا الحق للإدارة وفي الواقع العملي هناك التزامات تقرر إسقاطها بقرار من مجلس الوزراء منها قرار مجلس الوزراء في 3 يونيو 1953 بإسقاط التزام شركة سكك حديد الدلتا المساهمة. كما أن بعضها أسقط بقانون مثل قانون 155 لسنة 1960 القاضي بإسقاط التزامات مرفق نقل الركاب بالسيارات لمدينة القاهرة وقانون رقم 122 لسنة 1961 الذي قرر إسقاط التزام مرفق الكهرباء والغاز لمدينة الاسكندرية، والقانون 123 لسنة 1961 بإسقاط التزام شركة ترام القاهرة. فضلاً عن أن جانباً من الفقه المصري سلم باتجاه القضاء الفرنسي مراعاة للاعتبارات التي يدور معها عقد الالتزام مثل النفقات الباهضة التي يتطلبها استغلال المرفق، فضلاً عن تجنب تحميل الإدارة المتعاقدة مسؤوليتها عن إسقاط الالتزام فيما لو ثبت عدم صحة قرارها، انظر مقال سحر جبار يعقوب بعنوان " معنى الفسخ في العقود الادارية وتمييزه عن أوضاع مشابهة " بتاريخ 2016/06/15 على موقع <https://almerja.net> وتم الاطلاع عليه بتاريخ 2021/06/20 الساعة 19:15.

- وفي الجزائر جاء المرسوم التنفيذي رقم 03-404 المؤرخ في 2003/11/05 يتضمن الغاء المصادقة على

أما عن الآثار التي تنتج عن إسقاط الالتزام فهي:

- إنهاء الرابطة العقدية بين الملتزم ومانح عقد الالتزام، وهو ما يجعله مختلف عن الوضع تحت الحراسة لأن هذا الأخير يبقي الالتزام قائماً، أما الإسقاط فهو يؤدي لنهاية العقد¹.
- ابعاد الملتزم نهائياً عن استغلال المرفق العام والامتناع عن الانتفاع بالعقد، وذلك من يوم الإسقاط وتحمل الإدارة نفقات الاستغلال الذي قررت ان تتابعه عن طريق الإدارة المباشرة لها لحين اختيار ملتزم جديد².
- يفقد الملتزم التأمينات التي دفعها للإدارة ويحق لهذه الأخيرة أن تخصم من مستحقاته المبالغ اللازمة للصيانة والإصلاح، والمتعاقد لا يستحق التعويض لأن الإسقاط جزاء توقعه الإدارة عليه، بل على العكس من ذلك يمكن للإدارة الرجوع عليه بالتعويض عن الأضرار التي لحقت بالمرفق العام³.
- عدم التزام المتعاقد الجديد بدفع ديون الملتزم القديم، حيث لأصحابها الرجوع عليه (الملتزم القديم) بكافة الطرق القانونية⁴، كما أنه لا تسري في مواجهة الإدارة أو المتعاقد الجديد عقود العمل المبرمة بين الملتزم القديم وعماله وتبقى حقوقهم متعلقة بدمته، غير أنه قد يتم النص في عقد الالتزام الجديد أو قانون الإسقاط على خلاف ذلك، فتكون بذلك هذه الحقوق نافذة في مواجهة الإدارة والمتعاقد الجديد.
- تبقى عقود المنتفعين بالمرفق العام قائمة وسارية فلا تستطيع الإدارة ولا الملتزم الجديد التخلي عن تلك الالتزامات، لأن المبدأ هو سيرورة المرافق العامة ولا يمكن مخالفة ذلك⁵.

اتفاقية امتياز استغلال خدمات النقل الجوي الممنوحة لشركة الطيران "انتينيا للطيران" وكذا دفتر الشروط المرفق في المادة الأولى منه.

- قضت المحكمة الادارية في مصر بتاريخ 1977/12/30 فيما يتعلق بشروط اسقاط الالتزام "... رفع يد الملتزم عن ادارة المرفق قبل انتهاء مدته لمواجهة المخالفات الجسيمة التي يرتكبها الملتزم مع قيام حق مانح الالتزام في هذه الحالة على الاستيلاء على الادوات اللازمة لادارة المرفق جبرا عن الملتزم، وليس صحيحا أن هذا الاجراء لا يجوز توقيعه إلا بحكم من المحكمة المختصة غاية الامر أنه يشترط في هذا الصدد توافر شرطين أولهما أن يرتكب الملتزم مخالفات جسيمة أو يتكرر اهماله أو يعجز عن تسييره بانتظام وثانيهما وجوب اذار الملتزم قبل توقيع هذا الجزاء ولا يتطلب الأمر حكماً من المحكمة المختصة بل يكفي فيه قرار من مانح الالتزام ت". انظر سامي جمال الدين، اصول القانون الإداري، (د- ط)، منشأة المعارف بالاسكندرية، مصر، 2009، ص 666.
- ¹ حذيفة عادل عبد الكريم منصور، المرجع السابق، ص 104.
- ² ذو النون سليمان يونس العبادي، المرجع السابق، ص 292.
- ³ مصطفى سالم النجيفي، المرجع السابق، ص ص 357-358.
- ⁴ سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص ص 527.
- ⁵ مصطفى سالم النجيفي، المرجع نفسه، ص 358.

3- المقارنة بين إسقاط الالتزام والفسخ الجزائي:

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

- بالنسبة للتشابه بين النظامين يتمثل في:

● الفسخ الجزائي وإسقاط الالتزام يقومان على شرط الخطأ الجسيم من المتعاقد¹، فلا يمكن توقيع هذه الجزاءات من المصلحة المتعاقدة عبثاً دون سبب وإلا كانت عرضة للإلغاء من طرف القضاء.

● لا يستحق المتعاقد في النظامين التعويض، ذلك أن هذه الجزاءات نتيجة لتخلف المتعاقد عن الوفاء بالتزاماته التعاقدية، بل العكس من ذلك تملك المصلحة الإدارية حق مصادرة التأمين والحصول على التعويضات التي تستحقها عما نتج لها من خسائر نتيجة عدم التزام المتعاقد².

- أما عن أوجه الاختلاف بين الفسخ الجزائي وإسقاط الالتزام فتتمثل في:

● الفسخ الجزائي يتعلق بجميع أنواع الصفقات العمومية أما إسقاط الالتزام فيتعلق بعقد الالتزام وهو أهم أوجه الاختلاف، ويرجع ذلك إلى أن عقود الالتزام تتعلق دائماً بأموال طائلة وتخلف المتعاقد عن تنفيذ التزاماته أو تعنته مع المصلحة المتعاقدة يترتب آثاراً خطيرة على المرفق العام من جهة، وعلى الخزينة والمال العام من جهة ثانية، لذلك تم إخضاع جزاء الفسخ فيه لأحكام خاصة.

● الفسخ الجزائي سلطة تحتكرها المصلحة المتعاقدة بما لها من سلطات وامتيازات، بينما إسقاط الالتزام ليس حكراً عليها بل يتدخل القضاء بتوقيعه ما عدا الحالات التي يتضمن فيها العقد خلاف ذلك³.

¹Pierre-Laurent Frier, Jacques Petit, op cit ,P 370.

² عبد الرزاق باخبيره، المرجع السابق، ص 318.

³ أحمد طلال عبد الحميد، المرجع السابق، ص 115.

• الرقابة القضائية على الفسخ الجزائي تكون بعدية وذلك عند النزاع بين المتعاقد والمصلحة المتعاقدة حول قرار الفسخ، بينما رقابته على إسقاط الالتزام فهي قبلية لأن القضاء هو الذي يقرر الإسقاط إلا إذا نص العقد على خلاف ذلك فتكون المصلحة المتعاقدة هي صاحبة السلطة المنفردة في توقيعه، مع التأكيد دائما أن هناك من القوانين من يجعل إسقاط الالتزام كالفسخ الجزائي حكرا على المصلحة المتعاقدة.

• رقابة القاضي الإداري على الفسخ الجزائي رقابة مشروعية فقط فلا يملك صلاحية الغاء قرار الفسخ الجزائي إلا في حالة وجود عيب في القرار كما تم توضيحه سابقا، بينما في إسقاط الالتزام فيملك رقابة الملائمة أيضا وينظر فيما يتوافق قرار الإسقاط مع جسامته الخطأ¹.

المبحث الثاني: أنواع الفسخ الجزائي وشروطه وآثاره:

تتعدد أنواع الفسخ الجزائي وذلك بالنظر الى المعايير التي يتم على أساسها التفرقة بين هذه الأنواع، فنجد الفسخ الجزائي بالنظر لمعيار النص عليه، والفسخ الجزائي بالنظر لمقدار جسامته، كما أنه ولخطورة هذا الجزاء على المتعامل المتعاقد فقد تم إحاطته بالعديد من الشروط التي تلتزم الإدارة باحترامها وتوافرها قبل توقيع هذا الجزاء، وهذا لخطورة الآثار التي تنجم عنه، ومن خلال هذا المبحث سيتم التفصيل في هذه النقاط من خلال مطلبين:

المطلب الأول: أنواع الفسخ الجزائي

المطلب الثاني: شروط الفسخ الجزائي وآثاره

المطلب الأول: أنواع الفسخ الجزائي

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

¹ عبد الرزاق باخبيبره، المرجع السابق، ص ص 318-319.

- قرار مجلس الدولة الجزائري بتاريخ 1999/07/26 قضية (م-د) ضد والي ولاية قالمة ومن معه حيث جاء في القرار إن المستأنف لجأ للقضاء من أجل طلب واضح وهو إبطال القرار الولائي الصادر في 1996/11/15 حيث أن للقاضي فقط مراقبة القانون، وبالتالي من حيث الموضوع إلغاء القرار المستأنف فيه والتصدي بإبطال قرار والي ولاية قالمة لتجاوز السلطة. أنظر لحسين بن الشيخ أث ملويا، المنتقى في قضاء مجلس الدولة، الجزء الثاني، الطبعة الثالثة، دار هومه، الجزائر، 2008، ص 129.

وهنا سيتم التعرض لتقسيم الفسخ الجزائي حسب النص عليه ، وتقسيم الفسخ الجزائي حسب جسامته.

الفرع الأول: تقسيم الفسخ الجزائي حسب النص عليه:

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

أولاً: الفسخ الجزائي المنصوص عليه:

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

1- النص في العقد حيث تنص الصفقة العمومية على حق الإدارة في الفسخ الجزائي

نتيجة اخلال المتعاقد بالتزاماته التعاقدية معها لأسباب محددة ومحصورة في العقد حيث يتم الفسخ الجزائي بتوافر هذه الأسباب¹، والإدارة في حال النص على أسباب الفسخ الجزائي في العقد فإن هذا النص يعتبر نصاً منظماً فقط لشروط استعمال الحق وليس منشأ له ، لأن الإدارة تملك ذلك بكل السبل ولا يعتبر هذا مجافاة للعدالة مادان التعويض حقا ثابتا للمتعاقد إزاء هذه السلطة ، والمصلحة العامة تتطلب مثل هذا السلوك ، لذلك فقد صيغت كل الأحكام القانونية على هذا الأساس ، إذ أن حق الإدارة في الفسخ سواء نص عليه العقد أو لم ينص فهو حق ثابت نابع من كونها جهة منفذة لسلطة الدولة وبدون هذه السيادة تضيع أموال الدولة²، والحقيقة أن النص في العقد على أسباب الفسخ الجزائي التي تمنح الإدارة حق الفسخ في حال توافرها تشترك فيه العقود في القانون العام مع العقود في القانون الخاص ، وهو لا يعتبر خاصة في العقد الإداري، لكن الإدارة تملك توقيع الجزاء حتى في حال توافر أسباب لا يتم النص عليها ، ذلك أن الأسباب المنصوص عليها ليست على سبيل الحصر ، وهذه ميزة تجد تبريرها في طبيعة العقد في القانون العام وامتيازات السلطة العامة³.

2- النص في القوانين والأنظمة وهي أن تنص القوانين والأنظمة المنظمة للصفقات

¹ علي عبد الامير قبيلان، أثر القانون الخاص على العقد الإداري (الجزء الأول)، الطبعة الاولى، مكتبة الزين الحقوقية والادبية، بيروت، لبنان، 2011، ص ص 468-469.

² محمود خلف الجبوري، العقود الإدارية، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الاردن، 2010، ص 260.

³ حسين عثمان محمد عثمان، اصول القانون الاداري، (د-ط)، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، مصر، 2004، ص ص 637-638.

العمومية على حالات محددة تملك فيها الإدارة الفسخ الجزائي للصفقة ، وهذه الحالات على سبيل المثال لا الحصر ، لأن للإدارة الحق الأصلي في فسخ الصفقة العمومية إذا ارتكب المتعاقد معها أخطاء تستوجب توقيع الفسخ الجزائي عليه حتى لو كان خارج الحالات المنصوص عليها، فكل خطأ من المتعاقد يستوجب الفسخ يكون للإدارة ممارسة حقها في ذلك وهو ما أكده المشرع المصري في المادة 28 من القانون رقم 09 لسنة 1983 " إذا أخل المتعاقد بأس شرط من شروط العقد كان للجهة المتعاقدة الحق في فسخ العقد أو في تنفيذه على حسابه"¹، ومثال الفسخ المنصوص عليه في اللوائح أيضا نجد المادة 24 من اللائحة التنفيذية المصرية في قانون 89 لسنة 1998 حددت حالات الفسخ الإداري في عقود المقاولات والتوريد على حالتين هما : حالة إذا ثبت إن المتعاقد قد استعمل الغش و حالة إذا افلس المتعاقد أو اعسر²، فالحالة الأولى وهي ثبوت غش أو تلاعب المتعاقد بنفسه أو بواسطة الغير في التعامل مع الإدارة المتعاقدة أثناء التنفيذ ، فإنه يؤدي لفسخ العقد وجوبا لأن الأصل في التعامل هو حسن النية ، لذلك فإن لجوء المتعاقد الى تقديم بيانات مزورة مثلا أو التظليل في مركزه المالي أو رشوة أحد موظفي الإدارة أو إخلاله بأي شرط من شروط العقد ، يجعل الفسخ وجوبا وللإدارة الحصول على ما تستحقه من غرامات ومستحقات للمتعاقد لديها أو لدى اي جهة إدارية أخرى ودون اللجوء للقضاء ، لكن في حال وقوع الغش من الغير دون علم المتعاقد فلا يجوز الفسخ لهذا السبب ، أما بالنسبة لحالة إفلاس المتعاقد أو إعساره، فتعكس عدم قدرة المتعاقد على تحمل الأعباء المالية للعقد ، الأمر الذي يجعل الاستمرار في العقد غير مجد ولا يحقق الفائدة المرجوة للإدارة، يضاف لهذه الحالات حالة التعاقد من الباطن، فإذا كان للاعتبار الشخصي الدور في اختيار المتعاقد مع الإدارة فإن حدوث ما يمس بهذا الاعتبار وهو تعاقد المتعاقد الأصلي في الصفقة مع آخر دون علم الجهة الإدارية يعد سببا وجوبيا للفسخ بقوة القانون دون سلطة تقديرية للإدارة في ذلك³.

¹ حسين عثمان محمد عثمان، المرجع السابق، ص ص 638-639.

² علي عبد الأمير قبيلان، المرجع السابق، ص 469.

³ هيثم حليم غازي، المرجع السابق، ص ص 160-162.

كما أن المشرع المصري نص أيضا على حالات تبرر الفسخ الجزائي مثل عدم قيام المورد في عقد التوريد بالالتزام بالتوريد في الميعاد المحدد في العقد أو الإخلال بالمدة الإضافية، أو في حالة التلاعب مع الإدارة¹.

ثانياً: الفسخ الجزائي غير المنصوص عليه:

وهو الفسخ الذي يكون ولو لم يتم النص عليه سواء في العقد أو القوانين واللوائح ، فلا يستطيع أطراف العقد حرمان الإدارة من ممارسة سلطتها في الإنهاء الجزائي بإدراج شرط في العقد على ذلك ، لأن مثل هذا الشرط هو شرط باطل قانوناً لمخالفته النظام العام، لأنه يعتبر في حكم الإعفاء من المسؤولية وهو ما يشكل خطراً كبيراً على سير المرفق العام ، وجزاء الفسخ ليس بحاجة للنص عليه في العقد أو دفاतर الشروط ، حيث أنه يوجد دائماً بقوة القانون لضرورة تأمين وضمان تنفيذ الاعمال العامة ، والنص على توقيع بعض الجزاءات التعاقدية الأخرى كالغرامة أو مصادرة التأمين لا يحرم الإدارة من حقها في توقيع جزاء الفسخ بعد دعوة المتعاقد المقصر لتنفيذ التزاماته²، فالفسخ تملك الإدارة توقيعه بقرار اداري منها لأنها تستمد هذا الحق من طبيعة العقد الإداري لا من النص عليه في العقد أو غيره ، لأن عدم النص لا ينكر عليها ممارسة حقها³.

ويجب الإشارة هنا أن المشرع الجزائري في المرسوم الرئاسي 15-247 في المادة 149 منه لم يأخذ بما اتجه اليه المشرع المصري في تحديد بعض حالات الفسخ الجزائي، بل تركها مفتوحة لسلطة الإدارة تمارس الفسخ الجزائي كلما قدرت سلطتها ذلك، وبمجرد إخلال المتعاقد وارتكابه أخطاء تبرر الفسخ، وذلك إذا لم يتدارك المتعامل المتعاقد تقصيره في الأجل الذي حددته في الإعذار الموجه له، وهذا يعتبر توسيعاً لصلاحيات الإدارة ولا تلتزم إلا بتوافر خطأ يبرر الفسخ وإعذار توجهه للمتعاقد لتدارك تقصيره⁴.

¹نواف كنعان، المرجع السابق، ص 364-365.

² مفتاح خليفة عبد الحميد وحمد محمد حمد الشلماني، العقود الادارية واحكام ابرامها، (د-ط)، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، مصر، 2008، ص 327.

³ابراهيم عبد العزيز شيحا، الوسيط في مبادئ وأحكام القانون الإداري، (د-ط)، الدار الجامعية، بيروت، لبنان، 1997، ص 672.

⁴المادة 149 الفقرة 01 من المرسوم الرئاسي 15-247 تنص على " إذا لم ينفذ المتعاقد التزاماته، توجه له المصلحة المتعاقدة إعذاراً ليفي بالتزاماته التعاقدية في أجل محدد. وإذا لم يتدارك المتعاقد تقصيره في الأجل الذي حدده الإعذار المنصوص عليه أعلاه، فإن المصلحة المتعاقدة يمكنها أن تقوم بفسخ الصفقة العمومية من جانب واحد. ويمكنها كذلك القيام بفسخ جزئي للصفقة".

الفرع الثاني: تقسيم الفسخ الجزائي حسب جسامته:

أن هذا التقسيم أخذ به المشرع الفرنسي ذلك ان الدارة تملك توقيع نوعين من الفسخ الجزائي على المتعاقد المقصر في التزامه، وهنا يتم تقسيم الفسخ لنوعين الفسخ البسيط والفسخ على مسؤولية المتعاقد.

أولاً: الفسخ الجوازي:

ويسمى أيضا الفسخ المجرد والفسخ البسيط ونص عليه المشرع الجزائري في المادة 2.122 من المرسوم التنفيذي 21-219، ويتم بموجب هذا الفسخ انهاء الرابطة العقدية بين الإدارة والمتعاقد معها، ويكون لها توقيع غرامات تأخيرية والمطالبة بالتعويضات عن الأضرار التي لحقت بها نتيجة فسخ العقد لخطأ المتعاقد¹، والفسخ الجزائي البسيط تكتفي فيه المصلحة المتعاقدة بتوقيع الفسخ على المتعاقد الذي ارتكب خطأ ليس بالدرجة الكبيرة ومن بينها التنازل عن العقد للغير دون موافقة الإدارة، أو حالة افلاس المتعاقد، وهذا هو الأصل في الفسخ حيث توقعه الإدارة على المتعاقد ولو لم يرد النص عليه²، وقد استقر مجلس الدولة الفرنسي على أن قرار الجهة الإدارية بالفسخ الجزائي المجرد للعقد الإداري لا بد أن يكون صريحا ومكتوبا فهو لا يمكن استنتاجه ضمنا من قرار الإدارة بالتصرفات الجانبية لها³.

والمصلحة المتعاقدة في الفسخ الجوازي لها السلطة التقديرية في الفسخ من عدمه، فهي تقوم بالموازنة بين حجم الضرر الذي يلحق الصالح العام في حالة فسخ العقد ونظيره في حالة استمرار العقد، بالرغم من قيام المتعاقد بمخالفة شرط من شروط العقد، فهي توازن وتدفع الضرر الأكبر بالضرر الأقل منه وعلى النحو الذي يحقق الصالح العام، فإذا كان خطأ المتعاقد

¹ سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 533.

Article L2195-3 du Code de la commande publique français décret n° 2018-1075 du 3 décembre 2018 portant partie réglementaire du code de la commande publique JORF n°0281 du 5 décembre 2018 "Lorsque le marché est un contrat administratif, l'acheteur peut le résilier:

2- En cas de faute d'une gravité suffisante du cocontractant".

² ماجد راغب الطلو، المرجع السابق، ص 212.

Résiliation simple, dans laquelle l'autorité publique supporte les conséquences de cette résiliation, elle devra donc éventuellement conclure un nouveau contrat général, dans le respect des dispositions de la loi sur les marchés publics, exemptant le porteur de ses obligations contractuelles, et il ne sera pas en mesure d'obtenir une indemnisation. Article " La résiliation unilatérale par l'administration des marchés publics et des contrats de concession ",op cit.

³ محمد محمد حمد الشلماني، المرجع السابق، ص 225.

لا يشكل خطورة على تنفيذ الصفقة وكان الإبقاء عليها أقل ضررا من الفسخ فهنا لا يتم توقيع الفسخ الجزائي على المتعاقد¹.

ويعتبر الفسخ الجوازي من النظام العام ولوجد في جميع الحالات لصالح الجهة الإدارية ولو لم يتم النص عليه في العقد أو دفتر الشروط²، ويكون للإدارة الحصول على التعويض اللازم من أجل جبر الخسائر التي تكبدتها نتيجة هذا الإخلال، وطبقا لهذا الشكل فالمتعاقد المفسوخ عقده لا يتحمل تبعات استمرار تنفيذ العقد الأصلي³، ويتميز الفسخ الجزائي المجرد بالميزتين التاليين:

- **الأولى:** أن الإدارة لا يمكنها عند توقيعه أن تلزم المتعاقد بمصاريف إعادة طرح العملية أو الأعمال المتعاقد عليها في مناقصة جديدة على حسابه أو مسؤوليته، بمعنى أنها تكتفي بمجرد فسخ العقد⁴، وهنا تكتفي المصلحة المتعاقدة باستبعاد المقاول المقصر نهائيا بلا قيد أو شرط فقط عليها أن توضح في اعلان الصفقة أنه فسخ مجرد وإلا كان على المتعاقد الادعاء وطلب التعويض⁵.

- **الثانية:** أن الفسخ المجرد يتم في غالب الأمر في الحالات التي لا يصل فيها خطأ المتعاقد إلى قدر كبير من الجسامة أو الأخطاء التي كون لها ما يبررها ، مثال ذلك إذا اتضح للمصلحة المتعاقدة وبصفة نهائية أن المتعاقد معها لم يعد بإمكانه تقديم المشاركة والمعاونة في تنفيذ الأعمال محل الصفقة بطريقة مرضية وفعالة ، أو عدم تسديد المتعاقد لمبلغ التأمين في المدة المحددة أو حالة إفلاسه أو تنازله عن العقد للغير دون موافقتها ، وبالتالي ويبدو أن الحالات التي يواجه بها المتعاقد الفسخ المجرد هي حالات عجز عن التنفيذ وظروف طرأت فجأة بالنسبة له لذلك ما كان على المصلحة المتعاقدة إلزامه بتحمل أعباء تعاقد جديد⁶.

¹ هيثم حليم غازي، المرجع السابق، ص 163.

المادة 2.123 من المرسوم التنفيذي 21-219 نصت على انه يبرر الفسخ التعاقدى بظروف خارجة عن إرادة المقاول وهذا لا سيما في حالة: - وفاة المقاول - الإفلاس أو التسوية القضائية- العجز الجسدي للمقاول الظاهر والدائم والذي يعيقه عن حسن تنفيذ الصفقة العمومية .

² ذو النون سليمان يونس العبادي، المرجع السابق، ص 252.

³ عبد الرزاق باخبيهر، المرجع السابق، ص 319.

⁴ عبد الله نواف العنزي، المرجع السابق، ص 147.

⁵ حابي فتيحة، فسخ صفقات الأشغال العمومية، مجلة الإجتهد للدراسات القانونية والاقتصادية، المركز الجامعي تمنغاست، الجزائر، العدد 09، بتاريخ 01 سبتمبر 2015، ص ص 98-99.

⁶ عبد الله نواف العنزي، المرجع السابق، ص 147.

ويذهب الفقيه الفرنسي "Jeze" بهذا الصدد للقول أنه من الضروري أن تعلن الإدارة بصراحة ووضوح أن الفسخ هو فسخ مجرد حتى تمنع المتعاقد من الاحتجاج بخلاف ذلك والقول أن الإدارة مارست سلطتها في الفسخ بدواعي المصلحة العامة وأنها ملزمة بدفع تعويض له في حين أن الفسخ المجرد يستبعد التعويض للمتعاقد أو للإدارة¹، ويجب التوضيح هنا أن التعويض المستبعد هو تعويض اتمام الأعمال أو إجراء مناقصة جديدة على حساب ونفقة المتعاقد الذي وقع عليه جزاء الفسخ، في حين يظل للإدارة حق التعويض عن الأضرار التي تلحقها نتيجة خطأ المتعاقد أو تأخره في التنفيذ، أي أن المستبعد هو تحمل المتعاقد تبعات إجراء عقد جديد تبرمه الإدارة لإنجاز الأعمال التي تركها المتعاقد دون أن يكملها، وهو ما رتب عليه مجلس الدولة الفرنسي نتيجة هامة وهي أنه إذا وقع الفسخ نتيجة افلاس المتعاقد فإنه يمكن للدائنين الحق في التمسك بعدم الاحتجاج عليهم بمصروفات المناقصة الجديدة التي أجرتها الإدارة لإتمام الأعمال التي لم ينجزها المتعاقد مدينهم تعتبر المناقصة بالنسبة لهم عديمة الأثر، وهناك اتجاه آخر من الفقهاء يذهب لوجوب الزام المتعاقد في الفسخ المجرد بالتعويض، والسبب في ذلك أن الفسخ كان نتيجة خطئه وعليه تحمل تبعات ذلك الخطأ ولا تتحملها الخزينة العامة، ذلك أن المصلحة العامة تلزم تحميل المتعاقد مسؤولية إعادة طرح ما لم يقم به المتعاقد من أعمال في مناقصة جديدة، ولا تتحملها الخزينة العامة للدولة ويتحمل هو نفقات طرح هذه الأعمال.

بينما الرأي الوسط والذي ذهب إليه بعض الفقهاء هو يسعى لتحقيق التوافق بين مزايا الفسخ المجرد وبين حماية الخزينة العامة والمصلحة العامة، وذلك باشتراط النص في العقد على تحمل المتعاقد تبعات ومسؤولية طرح مناقصة جديدة لإسناد الأعمال التي تخلف عنها لآخر، فإذا سكت العقد عن النص على ذلك لم يتحملها وتبرأ ذمته من ذلك، وقد ذهب مجلي الدولة الفرنسي إلى أنه إذا قامت الإدارة بفسخ العقد مع المتعاقد نتيجة التصفية القضائية له فإنه لا يتحمل نفقات إبرام العقود الجديدة التي تقوم الإدارة بإبرامها مع متعاقدين آخرين لإتمام ما تبقى من أعمال إلا إذا نص العقد صراحة على تحمله لها².

ثانياً: الفسخ على حساب ومسؤولية المتعاقد:

¹ عبد الله نواف العنزي، المرجع السابق، ص 147.

ذو النون سليمان يونس العبادي، المرجع السابق، ص 252.

² عبد الله نواف العنزي، المرجع نفسه، ص 148.

نص عليه المشرع الجزائري في المواد 2.122 و3.122 من المرسوم التنفيذي 21-219، ويسمى أيضا بالفسخ الجزائي الجسيم و الوجوبي ويقول الدكتور الطماوي بأنه أشد وأقسى أنواع الفسخ الجزائي على الإطلاق لأن الإدارة لا تكتفي بالتعويض عن فسخ العقد الأول وإنما تحمل المتعامل المتعاقد المفسوخ عقده نتائج العقد الجديد، ولما كان موقف المتعاقد لا يتضح إلا بعد معرفة نتائج المناقصة الجديدة فإنه لا يمكنه المطالبة بثمن الأعمال التي نفذها أو باسترداد التأمينات المقدمة منه إلا بعد معرفة النتائج المالية لعملية الإرساء الجديدة، كما أن الإدارة ليست ملزمة بأن تلجأ إلى طريقة المناقصات العامة في العقد الجديد وإنما لها أن تختار طريقة التعاقد عن طريق الممارسة ولكن عليها مراعاة عدم الإضرار المتعاقد القديم وذلك بالعمل على اختيار أفضل الشروط المالية¹، فالإدارة المتعاقدة في هذا النوع من الفسخ يتضح لها أن المتعاقد معها لم يعد قادرا على أداء التزاماته على أكمل وجه أو أنه قام بارتكاب خطأ جسيم وخطير فهنا تقوم بإنهاء العقد دون انتظار حكم قضائي²، وتقوم بإبرام عقد جديد لضمان سير المرفق العام واستمراره في أداء الخدمة العمومية دون توقف، وعلى مسؤولية المتعاقد الأصلي والذي يتحمل كافة نفقات توقيع العقد الجديد ويلتزم بالتعويض عن كافة الأضرار التي أدت لتحمل الإدارة نفقات مالية أكبر من نتائج وفوائد تعاقدتها معه، ويفقد حقوقه المستمدة من العقد من بينها التأمين الذي دفعه³.

ويختلف الفسخ الوجوبي عن المجرد في أن الإدارة لا تتوقف عند انتهاء العقد واستبعاد المتعاقد عن العمل المتفق عليه، وإنما تحمله فضلا عن ذلك نفقات ومصاريف العقد الجديد ولذلك يتميز بالجسامة عكس الفسخ البسيط الذي لا تحمل فيه الإدارة المتعاقدة المتعاقد الذي فسخ عقده أي تبعات للتعاقد الجديد بل تنتهي العلاقة بانتهاء العقد، كما أنه في الفسخ الوجوبي الإدارة تكون لها سلطات أخرى من بينها عدم التعامل مع المتعاقد القديم مستقبلا وهو ما يعرف بالشطب من قائمة المتعاملين الاقتصاديين معها، كما أنه يكون بإمكانها مقاضاته أمام القضاء الجزائي إذا كانت الأخطاء التي ارتكبها تدخل في الوصف الجزائي، وأخيرا لها مطالبته

¹سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 533-534.

² للتوضيح انظر الملحق رقم 10.

³سامي جمال الدين، اصول القانون الإداري (نظرية العمل الإداري)، (د-ط)، دار الكتاب الحديث، كلية الحقوق بجامعة الاسكندرية، مصر، 1993، ص 358.

بالتعويض عما لحقها من أضرار نتيجة الفسخ¹، فإذا تعاقدت الإدارة في عقد الأشغال العام مع مقاول جديد لتنفيذ المشروع المتفق عليه أو التعاقد مع مورد جديد لتوريد المواد المتفق عليها فإنه يكون على حساب المتعاقد القديم ، ولذلك يوصف بأنه فسخ قاس على المتعاقد ، ولكن يجب الإشارة هنا أن الإدارة المتعاقدة عليها إعلان المتعاقد بالفسخ وإخباره بإبرام العقد الجديد على مسؤوليته ، ويتعين عليها أيضا أن تعلمه باسم المقاول الجديد حتى يستطيع مباشرة حقه في متابعة الأعمال المنفذة على حسابه ومسؤوليته بواسطة المقاول الجديد ، وهو يعتبر حقا له ليتمكن من المحافظة على مصالحه اتجاه الإدارة واتجاه المتعاقد الجديد².

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

- **في فرنسا:** استقر الفقه والقضاء على عدم الأخذ بهذا النوع من الفسخ وهو

الفسخ الجزائي الجسيم وعلى مسؤولية المتعاقد إلا إذا تم النص عليه صراحة في العقد أو دفتر الشروط، كما أن غالبية الفقه الفرنسي يذهب إلى أن جزاء الفسخ في العقود الإدارية يعتبر من النظام العام وهو مقر لمصلحة الإدارة وفي جميع الأحوال³.

لذلك فالمشرع الفرنسي أخذ بالنوعين معا جبنا لجنب لاسيما في دفاتر الشروط الإدارية العامة المتعلقة بإبرام وتنفيذ العقود الإدارية وقد نص المشرع المصري على ذلك في المادة 94 فقرة 04 من دفاتر الشروط العامة بالقول " في حالة الفسخ الجزائي للعقد على حساب ومسؤولية المقاول فإنه يتم إبرام عقد مع مقاول آخر من أجل إكمال الأشغال " ⁴، ويرى الفقه الفرنسي أن الفسخ يتضمن في طبيعته قراراتين هامين الأول قرار فسخ العقد على مسؤولية المتعاقد كجزاء ، والثاني اختيار مقاول جديد على مسؤولية المتعاقد، ومن الملاحظ أن دفاتر الشروط في فرنسا عملت بالنموذجين معا ، ونصت على أن فسخ العقد لصدور خطأ من المتعاقد يمكن أن يكون فسحا مجردا أو فسحا على حساب المقاول ومسؤوليته⁵.

¹ عبد الله نواف العنزي، المرجع السابق، ص 149.

Résiliation aux frais de l'adjudicataire, lorsque cette résiliation impose au maître d'ouvrage défaillant le surcoût résultant de l'octroi d'un contrat alternatif pour compléter les prestations objet du contrat général, et ce nouveau contrat général doit être octroyé conformément aux dispositions de la loi sur les marchés public, Article " La résiliation unilatérale par l'administration des marchés publics et des contrats de concession ",op cit.

² حمد محمد حمد الشلماني، المرجع السابق، صص 226-227.

³ عبد الله نواف العنزي، المرجع نفسه ، ص ص 151-152.

⁴ عبد الرزاق باخبيهر، المرجع السابق، ص ص 120-121.

⁵ ذو النون سليمان يونس العبادي، المرجع السابق، ص ص 253-254.

- **في مصر:** لم يتطرق قانون المناقصات والمزايدات أو اللائحة التنفيذية في مصر لبيان أو إشارة للفسخ الجزائي على مسؤولية المتعاقد، بينما تم تفصيل أحكام الفسخ الجزائي المجرّد البسيط، كما أن مجلس الدولة لل يميل للأخذ بهذا النوع من الفسخ¹، وقد انقسم الفقه المصري في نظرتة للأخذ بالفسخ على حساب المتعاقد لثلاثة اتجاهات هي:

الاتجاه الأول هم الذين قالوا بعدم الأخذ به استنادا إلى أن المشرع لم ينص عليه في قوانين المناقصات والمزايدات، وإنما اقتصر على الأخذ بالفسخ البسيط فقط، بل إن المشرع ترك للإدارة الحرية في بعض الحالات للإدارة في الأخذ بالفسخ البسيط أو على مسؤولية المتعاقد².

الاتجاه الثاني ذهب لأنه لا يوجد مانع من الأخذ بالفسخ على مسؤولية المتعاقد ، ويستند هذا الرأي لتبرير موقفه على نص المادة 94 من لائحة المناقصات والمزايدات الصادرة سنة 1957 والتي تجيز سحب العمل من المقاول والتنفيذ على حسابه في بعض الحالات ، ومنها حالة فسخ العقد مما يعني أن الإدارة تستطيع في هذه الحالة مباشرة سلطتها في تنفيذ الأعمال التي تخلف عنها المقاول وعلى مسؤوليته ، فضلا على أن الفسخ يقع بقوة القانون كما يستخلص من المادة 84 وبطبيعة الحال فإن ذلك هو المعنى عن الفسخ على مسؤولية المتعاقد ، ويضيف أصحاب هذا الرأي أن الفسخ الذي يكون بسبب الغش أو الرشوة من جانب المتعاقد عليه أن يتحمل كافة المخاطر التي تسبب فيها انحرافه، وكذا طرح الأعمال التي تتم في مناقصة جديدة ، ما حق الإدارة في استرجاع ما تكبدته من مصروفات وخسائر زيادة على قيمة العقد³.

الاتجاه الثالث ذهب للقول بأنه لا يجوز التسليم بالرأي القائل بحق الإدارة في توقيع مثل هذا الجزاء مادام المشرع لم ينص عليه في لائحة المزايدات والمناقصات، كما أن النص عليه يعتبر نصا استثنائيا لا يجوز التوسع في تفسيره أو القياس عليه، وبالتالي لا يجوز الاستناد لنص قانوني أو التوسع في تفسيره مثلما فعل أنصار الرأي السابق، حتى لو كان غامضا من

¹ عبد الرزاق باخبيهر، المرجع السابق ، ص ص 322.

² عبد الله نواف العنزي، المرجع السابق ، ص 149.

³ عبد الله نواف العنزي، المرجع نفسه ، ص 150.

- يقول عبد المجيد فياض في الفسخ على مسؤولية المتعاقد " على ذلك فإن طرح الأعمال في مناقصة جديدة يتحمل المقاول نتائجها بالوجه المنصوص عليه يعني في ذات الوقت فسحا للعقد على مسؤولية هذا المتعاقد" ويقول محمد صلاح عبد البديع السيد " إلا أننا نجد ضرورة الأخذ بهذا النظام في مصر أسوة بها هو معمول به في فرنسا بشرط أن ينص على ذلك صراحة في العقد أو دفتر الشروط، وشرط أن تقوم الإدارة بإعذار المورد قبل توقيع هذا الجزاء عليه ". انظر ذو النون سليمان يونس العبادي، المرجع السابق، ص 338.

أجل تأكيد نظام استقرار القضاء وغالبية الفقه على عدم وجوده في مصر والمشرع لا يعرف إلا نوعاً واحداً من الفسخ وهو الفسخ المجرد البسيط¹.

- **في الجزائر:** المشرع الجزائري فقد أشار للفسخ على مسؤولية المتعاقد في المادة 152 فقرة 01 من المرسوم الرئاسي 15-247 حيث جاء فيها " لا يمكن الاعتراض على قرار المصلحة المتعاقدة بفسخ الصفقة العمومية عند تطبيقها البنود التعاقدية للضمان، والمتابعات الرامية إلى إصلاح الضرر الذي لحقها بسبب خطأ المتعاقد معها. وزيادة على ذلك يتحمل هذا الأخير تكاليف الإضافية التي تنجم عن الصفقة الجديدة"، كما نصت المادة 89 فقرة 1 من المرسوم " دون الإخلال بالمتابعات الجزائية كل من يقوم بأفعال أو مناورات ترمي إلى تقديم وعد لعون عمومي بمنح أو تخصيص، بصفة مباشرة أو غير مباشرة، إما لنفسه أو لكيان آخر، مكافأة أو امتياز مهما كانت طبيعته، بمناسبة تحضير صفقة عمومية أو ملحق أو إبرامه أو مراقبته أو التفاوض بشأن ذلك أو تنفيذه، من شأنه أن يشكل سبباً كافياً لاتخاذ أي تدبير ردي، لا سيما فسخ أو إلغاء الصفقة العمومية ..."².

المطلب الثاني، شروط الفسخ الجزائي وآثاره:

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

الفرع الأول: شروط الفسخ الجزائي:

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

أولاً: الخطأ الجسيم:

¹ عبد الله نواف العنزي، المرجع السابق، ص 151.

² المواد 152 فقرة 01 و89 فقرة 1 من المرسوم الرئاسي 15-247.

يقصد بالخطأ الجسيم الخطأ البالغ الخطورة لدرجة أنه يستحق أقسى الجزاءات وأشدّها جسامة وهو جزاء الفسخ¹، ويقصد به أيضا كل مخالفة من جانب المتعاقد لالتزاماته التعاقدية فهي تمثل خطأ للمتعاقد من جهة وخطأ ضد المرفق العام من جهة ثانية، ويفترض توقيع جزاء الفسخ على كل خطأ جسيم أو إخلال خطير بالتزامات تعاقدية، لذلك فليس كل خطأ يرتكبه المتعاقد يكون مبررا لتوقيع جزاء الفسخ، بل يتعين أن يكون على درجة من الجسامة بإخلال تعاقدية جوهرية².

ويعتبر مجلس الدولة الفرنسي حالة الخطأ الجسيم مبررا للفسخ³، ويعتبر أنه من قبيل الخطأ الجسيم المبرر للفسخ الخطأ الذي يبلغ الدرجة الكافية التي تقدر بها الإدارة خطورة المخالفة التي ارتكبتها المتعاقد معها، وهي سلطة تخضع للرقابة القضائية اللاحقة⁴، والملاحظ أنه ليس كل خطأ يرتكبه المتعاقد يكون سببا لفرض جزاء الفسخ عليه، بل يتجه الفقه والقضاء والتشريع إلى وجوب توافر الجسامة فيه ذلك أن هذا الشرط ضروري من أجل التقليل من تعسف الإدارة العامة والحد من توقيع جزاء الفسخ لأخطاء بسيطة لا تتناسب مع الخطأ المرتكب من المتعاقد، ويفترض في الخطأ الجسيم سوء النية أو الإهمال وعدم التبصر حتى يبلغ من الجسامة ما يجعله ذا أهمية تبرر الفسخ⁵.

وتقدير الإدارة لجسامة الخطأ يخضع لرقابة القضاء، فهو يقدر مدى اعتبار الخطأ جسيما يستحق جزاء الفسخ أم لا، ويراقب مدى التناسب بين الجزاء والخطأ، ويتوافر الخطأ الجسيم وشروط توقيع العقوبة لا يملك القاضي إلا الحكم بالتعويض للمتعاقد⁶، ولذا فإن ما يعد جسيما من المخالفات العقدية لا يخضع لحصص بل إن النص على هذه المخالفات في العقد أو دفتر

¹ بلال امين زين الدين، المرجع السابق، ص 546.

² هيثم حليم غازي، المرجع السابق، ص 162.

- الخطأ الجسيم هو كما عرفه الفقيه الفرنسي بوتيه: "ما يتأتى في عدم بذل العناية والحيلة في شؤون الغير، بقدر لا يمكن لأقل الناس عناية أو أقلهم ذكاء أن يغفله في شؤون نفسه" أما محكمة النقض المصرية فقد وصفت الخطأ بالجسامة لمجرد مجاوزته للخطأ العادي فالخطأ الجسيم هو الذي يصدر بدرجة غير يسيرة، أي انه يجب أن يكون الخطأ على درجة من الإهمال البين. ولا يشترط أن يتوفر عنصر العمد في هذا النوع من الخطأ فإذا توفر عنصر العمد أصبحنا نتحدث عن غش وليس عن خطأ جسيما. انظر مقال لـ احمد سليم فريز نصره بعنوان "المقصود بالخطأ الجسيم" بتاريخ 2019/01/14 على موقع <https://almerja.com> وتم الإطلاع عليه بتاريخ 2021/06/26 الساعة 17:30.

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

⁴ رشا محمد جعفر الهاشمي، المرجع السابق، ص 100.

⁵ محمد الصادق قابسي، المرجع السابق، ص 444.

⁶ Jean-Marie Auby et ceux avec lui, op cit, p 265.

الشروط لا يمنع الإدارة من توقيع هذا الجزاء على مخالقات اخرى، فالفقه متفق على أن النص على هذه الحالات يرد على سبيل المثال لا الحصر مما يعني أنه يمكن للإدارة فسخ العقد إذا أخل المتعاقد بأي التزامات شرط أن يكون هذا الإخلال جسيماً يستلزم هذه العقوبة¹، فإذا كانت جسامة الإخلال تعد شرطاً للفسخ إلا أن النصوص التشريعية الآراء الفقهية وأحكام القضاء تتفق على حالات تتوفر فيها الجسامة، وهي لا تخرج عن حالتين:

- حالات تتصل بتنفيذ العقد المتفق عليه.

- حالات تتصل بشخص المتعاقد نفسه².

وقد ذهب الفقه والقضاء الفرنسي لتحديد بعض حالات للخطأ الجسيم منها:

- عدم تنفيذ التعاقد الأوامر المصلحية الموجهة له من المصلحة الإدارية المتعاقد،

ذلك أن هذا الأخير مجبر على تنفيذها تحت طائلة العقوبة، بالمقابل يمكنه الاعتراض عليها وتقديم مطالبه دون التوقف عن التنفيذ³.

- إهمال المتعاقد أو وقف التوريد ذلك أنه لا يحق له وقف العمل بل عليه مواصلة تنفيذ

التزاماته لحين البت في طلب الفسخ الذي قدمه، كما لا تقبل منه أية أعذار في هذا الشأن.

- التعاقد من الباطن أو التنازل عن العقد دون إذن مسبق من الإدارة.

- لجوءه للغش أو تسليمه لبضائع رديئة.

- حالة عدم امتثاله والتزامه بمدد التنفيذ للأعمال أو آجال تسليم التوريد.

- غالباً ما ينص العقد أو دفاتر الشروط على فسخ العقد في حال إفلاس المتعاقد أو

حالة التسوية القضائية وهنا يقع الفسخ بقوة القانون.

- عجز المتعاقد عن تكملة التأمين الحالي خلال المدة المقدرة لذلك، وهذه الأخطاء

تبرر جزاء الفسخ بنوعيه المجرد أو على مسؤولية المتعاقد، حيث أنها أخطاء تبرر كلا

النوعين للفسخ على أن يكون منصوصاً عليها في العقد أو دفتر الشروط⁴.

¹ عبد الله نواف العنزي، المرجع السابق، ص 154.

² عبد الرزاق باخبيهر، المرجع السابق، ص 336.

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

⁴ ذنون سليمان يونس العبادي، المرجع السابق، ص ص 271-273.

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

- حالات نص عليها القانون رقم 89 لسنة 1998 والخاص بتنظيم المزايدات والمناقصات ونص على أخطاء تجيز للإدارة توقيع جزاء الفسخ وهي:
 - إذا لم يرق صاحب العطاء المقبول بأداء التأمين النهائي في المهلة المحددة.
 - إذا ثبت أن المتعاقد استعمل بنفسه أو بواسطة غيره الغش أو التلاعب في التعامل مع الجهة الإدارية المتعاقدة أو في حصوله على العقد.
 - إذا أفلس المتعاقد أو أعسر.
 - إذا أخل المتعاقد بأي شرط من شروط العقد.
- والحالات المنصوص عليها في اللائحة التنفيذية الصادرة لتنفيذ القانون السابق وهذه الحالات هي:

- يجوز للجهة الإدارية فسخ العقد إذا أخل المتعاقد بشرط من شروطه.
- إذا توفي المتعاقد جاز للمصلحة المتعاقدة فسخ العقد.
- إذا أغفل المتعاقد أو أهمل القيام بالالتزامات التعاقدية المقررة ولم يصلح أثره ذلك خلال 15 يوما من إعداره¹.

والمشرع الجزائي جاء موقفه من الخطأ الجسيم عاما دون تفصيل للأخطاء الموجبة لهذا الجزاء، فالقوانين المتعاقبة المنظمة للصفقات العمومية لم تحدد الأفعال المعتبرة أخطاء جسيمة وكانت خالية من أي تفصيل في هذا الشأن، إلا أن المادة 97 من المرسوم التنفيذي 91-434 نصت على أنه إذا لم ينفذ المتعاقد التزاماته ولم يتدارك التقصير بعد الإصدار فيمكن للمصلحة المتعاقدة فسخ الصفقة العمومية من جانب واحد، وهو نفس المضمون الذي جاءت به المادة 99 من المرسوم الرئاسي 02-250 والمادة 112 من المرسوم الرئاسي 10-236. وبالرجوع لدفاتر الشروط الإدارية العامة نجد أنها أدت دورا ملحوظا في تفصيل بعض الحالات وسد النقص الذي جاء به قانون الصفقات العمومية، فقد أشار الدفتر للعديد من

¹ حمد محمد حمد الشلماني، المرجع السابق، ص ص 214-215.

الأخطاء التي تبرر الفسخ الجزائي لعقد الأشغال العامة¹، فقد نصت المادة 35 فقرة 01 من دفتر الشروط الادارية العامة على " إذا لم يتقيد المقاول بشروط الصفقة أو بأوامر المصلحة التي يتلقاها من مهندس الدائرة أو المهندس المعماري ، يعمد المهندس الرئيس الى إنذاره بلزوم التقيد بتلك الشروط والأوامر في أجل يحدد بمقرر يجري ابلاغه له بموجب أمر المصلحة " كما نصت نفس المادة في الفقرة 05 على " وعلى كل حال يرفع الأمر المتعلق بهذه العمليات الى الوزير الاول الذي يمكنه تبعا للظروف أن يأمر بإعادة إجراء المناقصة على ذمة المقاول المتخلف أو فسخ الصفقة دون قيد أو بمتابعة النظام المباشر للإدارة"².

ثانيا: الإعدار:

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

ونظرا لجسامة جزاء الفسخ باعتباره أقسى الجزاءات التعاقدية أثرا بالنسبة للمتعاقد خاصة مع ما يترتب عليه من عدم التعامل معه مستقبلا ، لذلك تشترط مختلف التشريعات قبل إقدام الإدارة على الفسخ إخطار المتعاقد بالمخالفة والعقوبة التي ستوقع عليه وإمهاله الوقت للتدارك وإصلاح الوضع، فإذا لم يأخذ إعدار الإدارة بالحسبان أو أهمل وأغفل القيام بالتزاماته المقررة فتوقع عليه جزاء الفسخ³، وتلتزم الإدارة بإجراء الإعدار قبل توقيع جزاء الفسخ على المتعاقد ، وتنص عادة دفاतर الشروط على ضرورة القيام بالإعدار إلا إنه قد يتضمن العقد نصا صريحا بالإعفاء من الإعدار أو تبين الظروف لاحقا عدم جدواه⁴،

ويذهب غالبية الفقه لتأكيد إجراء الإعدار على اعتبار أنه إجراء تمليه العدالة والمصلحة العامة، إذ تأبى قواعد العدالة أن يوقع أخطر جزاء اداري على المتعاقد قبل إنذاره ومنحه مهلة معقولة من أجل تنفيذ التزاماته، إضافة إلى أن المصلحة العامة تطلبه، لذلك لا يمكن من الأفضل

¹ عبد الرزاق باخبيرة، المرجع السابق، ص ص 338-339.

² المادة 35 فقرة 01 و05 من القرار المتضمن المصادقة على دفتر الشروط الادارية العامة.

³ عبد الله نواف العنزي، المرجع السابق، ص 160.

⁴ بلال أمين زين الدين، المرجع السابق، ص 546.

تنفيذ المتعاقد لالتزاماته التعاقدية بدلا من الفسخ له الأثر السلبي على سير المرفق العام ويمكن أن يهدد المصلحة العامة¹.

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

- خطورة إجراء الفسخ وما يترتب عليه من آثار على المرفق العام والمصلحة العام.
- قاعدة الإعذار المسبق من القواعد الجوهرية التي تسبق الجزاءات الإدارية ما عدا الحالات الاستثنائية.

- الإعذار مهم للمتعاقد مع الإدارة وذلك من أجل تدارك المتعاقد لأخطائه والتوجه لتنفيذ التزاماته التعاقدية، وتجذب أي تعطيل أو ضرر يصيب المرفق العام والخدمة العامة.
- على الإدارة الحرص على النص في العقد أو دفتر الشروط على حالات الإعفاء من الإعذار المسبق، وتوقيع الجزاء مباشرة في هذه الحالات².

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

في فرنسا استقر مجلس الدولة الفرنسي على أن الفسخ الجزائي يجب أن يكون مسبقا بإعذار المتعاقد من جانب المصلحة الإدارية المتعاقدة ولا يمكن لها توقيع الجزاء إلا باحترام هذا الإجراء الشكلي وإلا اعتبر ذلك خطأ من الإدارة وتكون بذلك قد خالفت الإجراءات اللازمة لتوقيع جزاء إنهاء العقد الإداري³، ويشترط مجلس الدولة لصحة قرار الفسخ أن يكون مسبقا بإعذار للمتعاقد يتضمن مهلة زمنية معقولة تسمح له بتصحيح أوضاعه وتنفيذ التزاماته وإصلاح أخطائه ، وإلا كان قرار الفسخ معيبا ولا يرتب أثرا اتجاه المتعاقد ويكون محل طعن بالإلغاء ، وذلك ما لم يكن العقد يتضمن شرط إعفاء من الإعذار⁴، فمجلس الدولة بذلك يشترط الإعذار قبل توقيع الفسخ إلا إذا تم النص الصريح على خلاف ذلك، أو إذا كانت عقوبة الفسخ نتيجة لإجراء من إجراءات الضغط وكان هذا الإجراء

¹ عبد الله نواف العنزي، المرجع السابق ، ص 161.

² عبد الرزاق باخبيبره، المرجع السابق، ص 351.

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

⁴ سورية دبش، الجزاءات الإدارية غير المالية في قانون الصفقات العمومي (طبقا للمرسوم الرئاسي 15-247)، المجلة الجزائرية للأمن والتنمية، العدد 09، جامعة الحاج لخضر 1باتنة، الجزائر، 01جويلية 2016، ص 230.

الأخير قد سبقه الإعذار فهنا لا لزوم للإعذار لتوقيه الفسخ بعد ذلك¹. ومن بين الحالات الاستثنائية في الفقه والقضاء الفرنسي التي تستبعد إجراء الإعذار ما يلي:

- وجود نص صريح في العقد أو دفتر الشروط أو إذا سبق الفسخ إجراء من الإجراءات الضاغطة التي يسبقها الإعذار وكان الفسخ لذات السبب الذي وجه لأجله الجزاء الضاغط على المتعاقد، أما إذا كان الفسخ لخطأ غير ذلك فإنه يجب إعذار المتعاقد.

- غش المتعاقد ففي هذه الحالة لا ضرورة للإعذار بسبب ارتكاب المتعاقد مع الإدارة أفعال غش في تنفيذ التزاماته، ويعتبر هذا الاستثناء تطبيق للقواعد العامة التي تكفلها المبادئ العامة للقانون، وذلك عند توافر سوء النية من قبل المتعاقد.

- تنازل المتعاقد عن العقد للغير فلا ضرورة في هذه الحالة للإعذار لأن المتعاقد

تنازل عن عقده أو تعاقد من الباطن بدون تصريح وعلم مسبق من الإدارة².

- إعلان المتعاقد صراحة أنه غير قادر على تنفيذ العمل موضوع العقد أو رفض

تنفيذ التزاماته.

- محل للإعذار في حالات الاستعجال أو إذا ثبت عدم جدواه جراء إخلال المتعاقد

بأحد الشروط التعاقدية الجوهرية التي يتعذر معها تدارك إصلاحها³.

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

¹ سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 531.

² حذيفة عادل عبد الكريم منصور، المرجع السابق، ص 60.

³ ذنون سليمان يونس العبادي، المرجع السابق، ص 279.

⁴ عبد الرزاق باخبيهر، المرجع السابق، ص 346.

وتجدر الإشارة هنا أنه في حالة الشك حول شرط إعفاء الإدارة من هذا الالتزام فإنه يفسر لصالح المتعاقد، ويكون في هذه الحالة الإعذار لازماً بالنظر لخطورة الآثار الناتجة عن الفسخ الجزائي وهو ما ذهب إليه الفقه الفرنسي، كما يجب أن يكون الإعذار صادراً من الجهة الإدارية المختصة المحددة في العقد، وعند عدم التحديد يكون المحافظ أو العمدة أو رئيس المصلحة¹.

في مصر لم يجعل المشرع الإعذار لازماً في جميع الحالات بل يتم الإعذار

قبل الفسخ في حالات دون الأخرى، كما في حالة عدم قيام صاحب العطاء المقبول بأداء التأمين النهائي في المدة المحددة فيجوز للإدارة بموجب إخطار دون الحاجة لاتخاذ أي إجراء آخر فسخ العقد أو تنفيذه بواسطة أحد مقدمي العطاء التاليين لعطائه²، فهنا يلاحظ الاختلاف عما ذهب إليه المشرع الفرنسي، فالمشرع المصري عرف تطوراً في تشريعه في هذا الشأن، ففي لائحة المناقصات والمزايدات القديمة قرر المشرع المصري أن يكون الإعفاء من الإعذار بنص، وهو ما يجعل ذلك مخالفاً للقواعد العامة للعقود التي تلزم الإعذار قبل الفسخ حسب نص المادة 157 من القانون المدني المصري³، أما اللائحة التنفيذية رقم 09 لسنة 1983 اشترطت الإعذار صراحة حيث تنص على حق الإدارة في توقيع الجزاء إذا أخل المتعاقد بشرط من شروط العقد، أو أهمل أو أغفل عن أحد الالتزامات المقررة ولم يصلح أثر ذلك خلال 15 يوماً من تاريخ إخطاره بكتاب موصى عليه بعلم الوصول للقيام بإصلاح هذه الإجراءات أما قانون المناقصات والمزايدات لسنة 1998 رقم 89 نجده لم يجعل الإعذار المسبق ضرورياً عند توقيع جزاء الفسخ، على الرغم من أن المادة 84 من اللائحة التنفيذية لهذا القانون نصت على "إذا أخل المقاول بأي شرط من شروط العقد أو أهمل أو أغفل القيام بأحد التزاماته المقررة ولم يصلح أثر ذلك خلال 15 يوماً من تاريخ إنذاره بكتاب موصى عليه بعلم الوصول كان للسلطة المختصة اتخاذ أحد الإجراءات إما فسخ العقد أو سحب العمل منه". ويقول عبد المجيد فياض في هذا المقام "نرى أن الإدارة في مصر ملزمة بإعذار متعاقدتها مسبقاً بفسخ عقده، إذ فضلاً عن أن هذا المبدأ ينتج عن القواعد الأساسية التي يقوم عليها نظام الجزاءات في العقد الإداري فإنه يستند أيضاً إلى المادة 157 من القانون المدني

¹ ذنون سليمان يونس العبادي، المرجع السابق، ص 280.

² هيثم حليم غازي، المرجع السابق، ص 166.

³ ذنون سليمان يونس العبادي، المرجع نفسه، ص ص 281-283.

المصري التي تلزم المتعاقد بإعذار الطرف الآخر المتخلف عن أداء التزاماته قبل طلب الفسخ ."

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

في الجزائر اعتبر المشرع الجزائي الفسخ حق من الحقوق التي تركها

التنظيم للأطراف المتعاقدة يتم اللجوء إليه في حالات خاصة إذ يمثل قطاعا للعلاقة التعاقدية ، ويتم اللجوء للفسخ الجزائي للصفقات العمومية وهو ما أطلق عليه المشرع الجزائري بالفسخ من جانب واحد للصفقة في حال إخلال المتعاقد بالتزامه التعاقدية، وعدم الاستجابة للإعذارات الموجهة إليه ، والتي تدعوه من خلالها المصلحة الإدارية المتعاقدة إلى وجوب الالتزام بما اتفق عليه في العقد². ويتم إعذار المصلحة الإدارية للمتعاقد طبقا لأحكام قرار وزير المالية المؤرخ في 2011/03/28 والذي يحدد البيانات اللازمة في الإعذار وأجال نشره، حيث يجب أن يتضمن الإعذار البيانات التالية:

- تعيين المصلحة المتعاقدة وعنوانها وكذلك المتعامل المتعاقد وعنوانه.
- تعيين الصفقة ومراجعتها.
- موضوع الإعذار والأجل الممنوح للمتعاقد للتنفيذ.

¹ذنون سليمان يونس العبادي، المرجع السابق، ص ص 281- 283. تنص المادة 157 فقرة 01 من القانون رقم 131 لسنة 1948 المتعلق باصدار القانون المدني المصري على "في العقود الملزمة للجانبين، إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الآخر بعد أعذاره المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو بفسخه، مع التعويض في الحالتين إن كان له مقتضى".

²النوى خرشي، الصفقات العمومية، (د-ط)، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2018، ص 378. المادة 149 من المرسوم 15-247 " إذا لم ينفذ المتعاقد التزاماته، توجه له المصلحة المتعاقدة إعذارا ليفي بالتزاماته التعاقدية في أجل محدد.

وإذا لم يتدارك المتعاقد تقصيره في الأجل الذي خدده الإعذار المنصوص عليه أعلاه فإن المصلحة المتعاقدة يمكنها أن تقوم بفسخ الصفقة العمومية من جانب واحد. ويمكنها كذلك القيام بفسخ جزئي للصفقة "

- تحديد إن كان الإعذار الأول أو الثاني، والعقوبات المنصوص عليها في حال عدم الاستجابة ورفض التنفيذ¹.

كما أنه ونظرا لأهمية الإعذار لاسيما أنه ينبه المتعامل المتعاقد لإخلاله ، كما أن المشرع الجزائري لم يكتفي بإعذار واحد لتوقيع الفسخ الجزائي للصفقة العمومية بل ألحقه بوجوب توجيه إعذار ثان ليقيم الحجة على المتعاقد ويعطيه الفرصة لاستدراك خطئه ، كما أنه على المصلحة المتعاقدة أن تبين في الإعذار الموجه للمتعاقد إن كان الأول أو الثاني²، ويتم تبليغ الإعذار برسالة موصى عليها مع الإشعار بالاستلام ، و ينشر في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي وكذلك في جريدتين يوميتين وطنيتين على الأقل باللغة العربية ولغة أجنبية ، ويعتبر تاريخ النشر هو المعتد به لحساب سريان مفعول الإعذار³، وقد أكد مجلس الدولة الجزائري في قراره بتاريخ 2003/02/25 في قضية (ق ع) ضد رئيس المجلس الشعبي البلدي لبلدية الخثير على ضرورة الإعذار قبل الفسخ بالقول " الإعذار شرط يستوجب قبل الفسخ وكل قرار لا يحترم ذلك يكون غير شرعي وتعسفي يستوجب التعويض "4 .

وما يلاحظ على المشرع الجزائري في المرسوم الرئاسي 15-247 هو إضافة ما يسمى " الفسخ الجزئي للصفقة العمومية "5، ويكون الفسخ الجزئي للصفقة في الحالة التي يكون فيها انجاز بعض أجزاءها وكانت هذه الأجزاء تشكل بذاتها وحدة وظيفية متكاملة أو على الأقل يكون ممكنا أن تستعمل بمعزل عن بقية أجزاء الصفقة ، ففي هذه الحالة يمكن اللجوء للفسخ الجزئي ، أما في حالة أن تكون الأجزاء المراد فسخها لا يمكن أن تتم من متعامل آخر وأن التخلي عنها بالفسخ الجزئي من قبل المتعامل الأساسي يكلف المصلحة المتعاقدة مصاريف أكبر من التي حددتها الصفقة الأولية ، فإن الفسخ الجزئي يصبح من مصلحة المتعامل المتعاقد وذلك على حساب مصالح المصلحة المتعاقدة ، ويجب الإشارة هنا أنه على المشرع الجزائري

¹ المادة 03 من القرار المؤرخ في 23 ربيع الثاني علم 1432 الموافق لـ 28 مارس 2011 يحدد البيانات التي يتضمنها الإعذار وأجال نشره.

² المادة 02 من القرار تنص " إن الفسخ من جانب واحد لصفقة من طرف مصلحة متعاقدة لا يتم إلا بعد إعذارين قانونيين للمتعامل المتعاقد العاجز "

³ المادتين 04 و05 من القرار.

- للتوضيح أكثر حول الاعذار باللغتين العربية والفرنسية ونشره انظر الملاحق رقم 11.

⁴ محمد الصادق قابسي، المرجع السابق، ص 445.

⁵ مونية جليل، التدابير الجديدة لتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، (د-ط)، دار بلقيس، الدار البيضاء، الجزائر، 2017، ص 56.

أن يحدد بدقة ضوابط الفسخ الجزئي للصفقة العمومية والاحتراز من الوقوع في الأعمال الاحتياطية ، لأن هذا النوع من الفسخ يفتح باب المناورة من أصحاب النوايا السيئة ، لأنه يمكن للأطراف الاتفاق خلسة على تقليص مصاريف بعض أجزاء المشروع ضمن العرض المقدم من المتعامل المتعاقد المتواطئ حتى إذا فاز بالصفقة لجا للتماطل في التنفيذ مما يدفع المصلحة المتعاقدة للفسخ الجزئي لهذه الخدمات التي لا يرضى مستخلف المتعامل المتعاقد تنفيذها إلا بالأسعار المحينة¹.

ثالثا: صدور قرار الفسخ من الإدارة:

حيث تقوم الإدارة بإصدار قرار الفسخ الجزئي للعقد دون اللجوء للقضاء، وهذا ما أكده المشرع المصري في قانون واللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات المصري² ، والفسخ الجزئي في مجال تنفيذ العقود الإدارية هو حق للإدارة تمارسه بإرادتها المنفردة وعلى المتعاقد معها عند إخلاله بتنفيذ التزاماته التعاقدية، وهذا الحق مقرر لها بما تملكه من سلطة وامتيازات باستثناء ما ذهب إليه المشرع الفرنسي في عقد الامتياز الذي يستلزم حكما قضائيا لفسخه ما لم يتضمن العقد نصا يعطي الإدارة الحق في توقيعها دون اللجوء للقضاء، وتستطيع الإدارة ممارسة سلطتها في الفسخ الجزئي حتى وإن لم ينص العقد الإداري أو دفتر الشروط على ذلك، والهدف هو سيرورة المرفق العام وأداء خدماته على الوجه المطلوب³، والمشرع الجزائري علاوة على سلطة الإدارة في الفسخ الجزئي فقد أعطاهما إلى جانب ذلك أيضا الحق في التعويض لجبر الضرر الذي ألحقه المتعاقد المقصر في أداء التزاماته وإخلاله في تنفيذها⁴. ويشترط التسبب في قرار الإدارة بالفسخ الجزئي وهو ما أكده المشرع الفرنسي في القانون الصادر بتاريخ 1979/07/11 حيث تنص جميع دفاتر الشروط في فرنسا وبصورة واضحة على الأسباب التي تسمح للمصلحة الإدارية المتعاقدة بفسخ الصفقة العمومية ، وأجمع الفقه في فرنسا على تطبيق هذا القانون على القرارات المتضمنة الجزاءات الإدارية بصفة

¹النوى خرشي، المرجع السابق، ص 379.

²سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 532.

³بن سديرة جلول الجزاءات في مجال تنفيذ العقود الإدارية رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قانون عام معمق، جامعة تلمسان، الجزائر، 2015، ص ص 117-118.

⁴عباد صوفية، سلطة الإدارة في توقيع جزاء سحب العمل من المقاول في صفقة الأشغال العامة في التشريع الجزائري، المرجع السابق، ص 165.

انظر الملحق رقم 10.

عامة، ومن هنا فإن الإدارة ملزمة بتسبيب قرار الفسخ الجزائي ، على عكس المشرع المصري الذي لا يلزم جهة الإدارة بتسبيب قرار الفسخ ويكون بذلك تجاهل ضمانه مهمة للمتعاقد مع الإدارة ضد تعسف استعمال السلطة في توقيع هذا الجزاء¹، ويخضع قرار الفسخ الجزائي لرقابة القاضي رقابة مشروعية ورقابة ملائمة وذلك تحت رقابة ااضي العقد كباقي الجزاءات الإدارية الأخرى ، خلافا للقرارات القابلة للانفصال² والتي تخضع لقضاء الإلغاء كباقي القرارات الإدارية الأخرى.

بالنسبة لرقابة المشروعية فإن القاضي ينظر في مدى احترام الإدارة المتعاقدة

مختلف الإجراءات والشروط الشكلية، ومن بين حالات هذه الرقابة في القانون الفرنسي نجد:

- صدور قرار الفسخ دون إعدار مسبق حيث استقر مجلس الدولة الفرنسي على أن

عدم احترام الإدارة للإجراءات والشكليات يكون له دائما الأثر في إعفاء المتعاقد من النتائج الباهظة التي تترتب على قرار الفسخ مهما كانت جسامة المخالفة المنسوبة له.

- مخالفة القانون وذلك أنه لا توجد واقعة تبرر جزاء الفسخ أو كانت الواقعة المستند

عليها لا تشكل خطأ تعاقدي أو قانوني أو لا تقابل أي التزام مفروض على المتعاقد، فالقرار في هذه الحالة هو قرار غير مشروع³.

جاء في قرار المحكمة الإدارية بمجلس قضاء أن البواقي بتاريخ 2019/12/18 قضية

صاحب مقاوله الاشغال العمومية الكبرى للري ضد بلدية الجازية ممثلة في شخص رئيسها

حيث تطلب فيها المقاوله تعويضها عن الفسخ التعسفي للصفقة العمومية وتعويضه عن

الأضرار وما فاتته من كسب نتيجة ذلك الفسخ حيث قضت المحكمة " الزام المرجع ضدها

¹العقود الإدارية وأحكام ابرامها، المرجع السابق، ص 338.

²القرارات القابلة للانفصال هي القرارات التي تصدر من جانب الإدارة نتيجة عملية مركبة ، ويمكن اعتبارها قرارات قائمة بذاتها وصالحة لترتيب أثر قانوني فردي مكتمل ونهائي في حد ذاته، وهي نتاج مجلس الدولة الفرنسي وقد ابتدعها لبيسط الرقابة على بعض التصرفات القانونية للإدارة داخل عملية مركبة دون انتظار اكتمال العملية والطن فيها كلها، وفي العقد الإداري تطبق هذه النظرية في قرارات الإدارة قبل عملية التنفيذ ، وما تصدره من قرارات (مثل قرار المنح وقرار الشطب...) ،أنظر محمد سمير محمد جمعة، إلغاء القرارات الإدارية القابلة للانفصال ، (د-ط) ، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2013 ،ص ص 66-67.

ذلك أن الطعن بالإلغاء في القرارات الإدارية المنفصلة في العقد الإداري تخضع للطعن فيها بالإلغاء شأنها في ذلك شأن القرارات الإدارية بصفة عامة وينظر فيها قاضي الإلغاء ويمكن للقاضي إلغاؤه. أنظر محمد سمير محمد جمعة ، نفس المرجع ، ص 185.

³حسام فيصل، رقابة القضاء الإداري على قرار الإدارة بالفسخ الجزائي للعقد الإداري (دراسة مقارنة)، مجلة جامعة البعث، المجلد 39، العدد 77، سوريا، 2017، ص ص 149-150.

بلدية الجازية ممثلة في شخص رئيسها أن تدفع للمرجع صاحب مقولة أشغال العمومية الكبرى مبلغ 2.716.381.98 دج¹.

أما رقابة الملائمة فقاضي العقد لا يكتفي بالنظر والتحقق من ارتكاب المتعاقد مخالفة لالتزاماته التعاقدية، بل ينظر أيضا لجسامة ذلك الجزاء وهو جزاء الفسخ الموقع عليه بالمقارنة مع الخطأ الذي ارتكبه، فالقاضي لا يكتفي بالوجود المادي للوقائع وتكييفها القانوني بل يمتد أيضا لمدى توافق الجزاء مع الوقائع فيقرر إن كانت كافية أم لا، ويقضي بعدم مشروعية الفسخ إذا كانت الوقائع لا تشكل خطأ جسيما يكفي لتبريره²، وقد حدد المشرع الفرنسي سلطة قاضي العقد في إلغاء قرار الإدارة بالفسخ وحصرها في عقود معينة هي:

- 1- عقود التزام المرافق العامة.
- 2- عقود إيجار المرافق العامة.
- 3- عقود التزام شغل الدومين العام.
- 4- عقود مقاولات الأشغال العامة.
- 5- عقود التزام المناجم.

أما مجلس الدولة المصري فاعترف بإلغاء قرار الفسخ في عقود التوريد دون غيرها، بالإضافة لسلطة الحكم بالتعويض في حالة عدم مشروعية الفسخ³.

وبالتالي فالقاعدة العامة التي استقر عليها مجلس الدولة الفرنسي أنقاضي العقد لا يملك إلا سلطة الحكم بالتعويض للمتعاقد الذي صدر في حقه قرار الفسخ الجزائي الذي ثبت عدم

¹ حكم المحكمة الإدارية ام البواقي الصادر بتاريخ 2019/12/18 قضية رقم 19/525 بين صاحبة مقولة الاشغال العمومية الكبرى والري وبلدية الجازي ممثلة في شخص مديرها.

² الرغبة في "إنقاذ" الاتفاق الذي تم التوصل إليه بين الطرفين فقد جاء في الحكم "Ville de Béziers" الصادر عن مجلس الدولة الفرنسي في 29 ديسمبر 2009 استجابة واسعة في التقاضي التعاقدية، وكما يؤكد البروفيسور ديبهتروشييت ، فإن تقييم القاضي لم يعد "تمليه القواعد ميكانيكيًا" و "يجب عليه حفظ العقود التي تستحقها ، باسم المصلحة العامة وولاء العلاقات التعاقدية، كما أن القرار ينص في المقام الأول على أنه "يجب تطبيق العقد من حيث المبدأ" مع مراعاة متطلبات العدالة في العلاقات التعاقدية وهدف استقرار العلاقة بين الطرفين.

Delphine Sion , De l'apport de l'enrichissement sans cause au droit des contrats administratifs contribution au règlement indemnitare des situations péri-contractuelles , Thèse pour le doctorat de droit public ,Aix Marseille université , Faculté de droit d'Aix-en-Provence , France,2016, p104.

³ ماجد راغب الحلو، المرجع السابق، ص 213.

مشروعيته، أو عدم تناسب جسامته الخطأ الذي ارتكبه المتعاقد مع قرار الفسخ الجزائي ولا تملك الإلغاء إلا فيما تم ذكره من حالات¹.

الفرع الثاني: آثار الفسخ الجزائي:

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

أولاً: الآثار المشتركة لأنواع الفسخ:

- إنهاء الرابطة التعاقدية وهي أهم الآثار المباشرة للفسخ الجزائي، ذلك انه ينهي العقد بين المصلحة الإدارية المتعاقدة والمتعامل المتعاقد معها، وذلك من تاريخ إعلان قرار الفسخ أو التاريخ المحدد في قرار الفسخ، وهو ما يكون من أثره عدم الاعتماد بالأعمال التي ينفذها المقاول بعد ذلك²، فإنتهاء الرابطة العقدية يشمل الفسخ المجرد والفسخ على حساب المتعاقد، والفسخ الجزائي يشمل العقد كله فهو يرد لجميع نصوص العقد، فلا يقتصر على جزء دون الآخر إذ لا يعرف النظام القانوني للعقود الإدارية الفسخ الجزائي، فلا يمكن مثلاً كان توقع الإدارة الفسخ على الجزء الذي لا يحقق النفع وتبقي العقد في الجزء الذي يحقق لها النفع، وهو ما يكون من أثره أن الفسخ يشمل الالتزامات الباقية التي لم تنفذ في العقد بل إن منطلق الفسخ يجعله أولى أن يرد على ما لم يتم العقد بتنفيذه، لأن ما تم تنفيذه لا يمتد إليه الفسخ، إضافة لأن إنهاء العقد هو الأثر الأساسي للفسخ ويكون نتيجة توقف المتعاقد عن تنفيذ التزامه التعاقدية، ويسري قرار الفسخ من تاريخ إعلانه أو من التاريخ المحدد فيه³.

فإنهاء الرابطة العقدية يجب أن يكون خلال مدة سريان العقد، ومعنى هذا أن المصلحة الإدارية لا تستطيع تقرير الفسخ إلا خلال فترة سريان العقد فمن غير المعقول أن يسري الفسخ بعد التسليم النهائي وتنفيذ الصفقة⁴، كما أنه لا يحق للإدارة أن تفسخ العقد في جزء وتبقي

¹ حسام فيصل، المرجع السابق، ص 155.

يؤكد قرار "Department of Tarn-et-Garonne" بتاريخ 2014/04/04 أن الأمر متروك للقاضي في أن يقرر أن الاستمرار في تنفيذ العقد ممكن أو دعوة الأطراف إلى اتخاذ تدابير تسوية في غضون المهلة التي تحددها عندما لا تسمح المخالفات التي لا يمكن تغطيتها بتدابير التسوية استمرار تنفيذ العقد، ويجوز للقاضي أن يعلن فسخه إذا لزم الأمر بأثر مؤجل، بعد التحقق من أن قراره لن يخل دون مبرر بالمصلحة العامة لأنه يمكن إلغاء العقد. انظر

Delphine Sion, op cit, P 105.

² محمد الصادق قابسي، المرجع السابق، ص 446.

³ عبد الله نواف العنزي، المرجع السابق، ص 167.

⁴ سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 315.

الجزء الآخر لأن في ذلك مساس بمبدأ التوازن المالي للعقد، لذلك فالفسخ الجزائي يشمل كافة الالتزامات التي لم المتعاقد بتنفيذها وبالمقابل لا يمكن له الاستمرار في التنفيذ بعد صدور قرار الفسخ¹.

- يتيح كلا النوعين من الفسخ الجزائي استبعاد المتعاقد نهائيا وذلك بأن يخلي أماكن العمل في عقد الأشغال وإلا تحققت مسؤوليته كما أنه من حق الإدارة أن ترفض استلام أية توريد بعد صدور قرار الفسخ، ويترتب على إخلاء أماكن العمل سحب ما فيها من عمال وأدوات²، إلا أنه بالنسبة لهذه الأخيرة يتحدد مصيرها طبقا لما تضمنته شروط العقد، فيمكن للمصلحة الإدارية المتعاقدة أن تضع يدها عليها إذا خولها العقد هذا الحق، كما أن المتعاقد لا يكون مسؤولا عنها إذا فقدت لقوة قاهرة أو سبب أجنبي لا يد للمتعاقد فيه³.

- يتحمل المتعاقد النفقات الناتجة عن الإجراءات المتخذة مثل إغلاق أماكن العمل لضمان صيانة وأمن وسلامة الأعمال المنفذة، فضلا عن ذلك يتحمل نفقات مصروفات هذه الأشغال إن وجد مبرر لذلك.

- سلطة الإدارة في الفسخ الجزائي للعقد سواء كان الفسخ مجردا أو على حساب المتعاقد هي من السلطات التي تخضع لرقابة القضاء، للمتعاقد الطعن في قرار الفسخ الجزائي الصادر ضده⁴.

- حق المصلحة المتعاقدة في غرامة التأخير والتعويض ومصادرة التأمين حيث أنه يترتب على الفسخ الجزائي للصفة العمومية حق الإدارة في الجمع بين بينه وبين الجزاءات المالية الأخرى، إلا أن ذلك يكون مصحوبا بشرطين ، الأول أن يكون الضرر متجاوزا لقيمة التأمين المصادر والثاني أن لا يتضمن العقد شرطا يحضر فيه الجمع، وهو ما أكدته محكمة القضاء الإداري بقضائها بأن المشرع جعل جزاء الفسخ ومصادرة التأمين للمتعاقد الذي استعمل الغش أو التلاعب في معاملته مع الإدارة أو الذي ثبت شروعه في رشوة أحد موظفي جهة الإدارة أو أخل بأي شرط من شروط العقد ، إضافة لحق جهة الإدارة في الحصول على ما تستحقه من غرامات من مستحقات

¹ذنون سليمان يونس العبادي، المرجع السابق، ص 315.

²بن سديرة جلول، المرجع السابق، ص 124.

³عبد الله نواف العنزي، المرجع السابق، ص 168.

⁴ذنون سليمان يونس العبادي، المرجع نفسه ، ص ص 316-317.

المتعاقد سواء لديها أو لدى أي جهة إدارية أخرى دون حاجة لاتخاذ إجراءات قضائية لأن الجمع بين مصادرة التأمين والتعويض والفسخ رهين بأن لا يحضر العقد الإداري ذلك الجمع صراحة¹.

- عدم جواز الجمع بين جزاء الفسخ والتنقيد على حساب المتعاقد مع الإدارة وتحت مسؤوليته، لأن الفسخ ينهي العلاقة التعاقدية في حين أن سحب العمل والتنفيذ على الحساب كغيره من الجزاءات التعاقدية الأخرى التي لا تنهي العقد، بل يبقى العقد منتجاً لآثاره²، وقد ذهبت القضاء الإداري المصري إلى أنه يجب على الإدارة الاختيار بين واحد من الجزاءات فقط إما الفسخ أو الشراء على حساب المتعاقد لأن الجمع بينهما يؤدي إلى القول بتعدد الجزاءات الإدارية، كما أن الجمع بينهما يعد أيضاً انعدام للعقد من جهة ومن جهة أخرى منتجاً لآثار معينة، وهو ما لا يمكن التسليم به، لذلك على الإدارة اختيار الجزاء الملائم وعدم الجمع بينهما³.

ثانياً: آثار الفسخ الجزائي البسيط:

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

- استحقاق الإدارة التعويض عن الأضرار التي تسببها قبل صدور قرار الفسخ، سواء كان الضرر ناتجاً عن عدم التنفيذ أو عن الفسخ بذاته، وكقاعدة عامة فإن للإدارة الحصول على التعويض شرط أن يتجاوز مبلغ قيمة التأمين المصادر وألا ينص العقد على حظر ذلك⁴.
- ضرورة إفصاح الإدارة أن الفسخ المراد توقيعه على المتعاقد هو فسخ مجرد من دون لبس أو غموض، وهو ما أكده الفقيه الفرنسي "Jeze" وعدم فسح المجال للمتعاقد في الاحتجاج والدفع بأن الإدارة قد استعملت سلطتها العامة في فسخ العقد، وبالتالي تكون ملزمة

¹ هيثم حليم غازي، المرجع السابق، ص 170.

- قضت المحكمة الإدارية العليا في مصر بتاريخ 2008/03/16 " حيث أن ما أثاره الحكم المطعون فيه من عدم جواز الجمع بين فسخ العقد ومصادرة التأمين وبين البيع على حساب المتعاقد ومطالبته بفروق الثمن والمصاريف والتعويضات المترتبة على ذلك فإن فسخ العقد أياً كان يخضع لقاعدة قانونية عامة مؤداها أن للدائن في حالة فسخ العقد أن يرجع بالتعويض عما أصابه من ضرر على المدين إذا كان عدم قيام المدين بتنفيذ التزاماته راجع إلى خطئه وترتب على هذا الخطأ ضرر للدائن وهي قاعدة تطبق في حالة فسخ العقد الإداري ومادام السبب في كل من مصادرة التأمين والتعويض مستقلاً والطبيعة والوجهة والغاية في كل منهما متباينة فلا تترتب إن اجتمع في حالة الفسخ مع مصادرة التأمين واستحقاق التعويض إذ لا يعتبر الجمع بينهما ازدواجاً للتعويض " انظر نفس المرجع، ص ص 170-171.

² عبد الله نواف العنزي، المرجع السابق، ص 168.

³ ذنون سليمان يونس العبادي، المرجع السابق، ص 338.

⁴ عبد الرزاق باخبيهر، المرجع السابق، ص 360.

في هذه الحالة بتعويضه، في حين أن الفسخ البسيط يستبعد أي تعويض لصالح المتعاقد، وباستطاعة قاضي العقد وهو يراقب جسامته الخطأ المرتكب من المفاوض أن يحول الفسخ على مسؤولية المتعاقد لفسخ بسيط عندما يتحقق أن الظروف تبين أن بعض الخطأ يعود للإدارة¹.

- عدم تحميل المتعاقد التبعات المالية للعقد الجديد الذي تبرمه الإدارة، فليس بمقدور الإدارة مطالبة المفاوض المفسوخ عقده بالتبعات المالية المستقبلية التي تنتفها عند إجراء تعاقد جديد، وإنما تتحمل الإدارة هذه التبعات والنفقات المالية، كما أنه لا يمكنها من جهة أخرى إبرام عقد جديد مع مفاوض آخر ما لم يتم فسخ العقد الأصلي بطريقة قانونية، فالفسخ الجزائي البسيط يعفي المتعاقد من النتائج المالية التي تترتب عن أخطائه ولا تحمله الإدارة مخاطر العقد الجديد ، ويقول الفقيه الفرنسي " قوجيرول" أن هذا الفسخ ملائم للمتعاقد إذ يعفيه من النتائج المالية الباهظة لإخلاله بالتزامه وأن هذا الفسخ غالبا ما يكون لصالح بين أطراف العقد.

- تسلم الإدارة للأشغال المنفذة من قبل المتعاقد المستبعد، ويتم تصفية الحساب النهائي للعقد بعد انتهاء مدة الضمان للأعمال المنفذة مع رد التأمين المتبقي إن كان له محل² ، ويتم كشف الحسابات بالأعمال والتوريد المنجز والمسلم للإدارة والتي توضع في عين الاعتبار عند تصفية الصفقة المفسوخة وتعويض المتعاقد³، إلا أنه وفي إثارة لهذه النقطة فإنه كثيرا ما يشكوا المتعاقدون الذين تعرضت صفقاتهم للفسخ من تراخي الإدارة في تسديد الأجزاء التي يكون قد قام هؤلاء بإنجازها وتنفيذها قبل الفسخ، وهذا يضر بصحة أدوات الإنتاج الوطني ويعرضها لعواقب قد تقضي على وجودها، لذلك من الأفضل عدم ترك المتعامل المتعاقد الذي فسخت صفقته في انتظار ما تم فعلا بإنجازه لمدة طويلة ويستحسن تسديد ولو نسبة من مبلغ ما تم انجازه أو تسديد كل الأشغال المنجزة القابلة للاستلام دون تحفظ، مع طلب ضمان من المتعاقد يمكن للمصلحة المتعاقدة استعماله والرجوع إليه في حالة تبقي حقوق لها، وقد يقوم المتعامل المتعاقد بتوريد أو شراء مواد لفائدة الصفقة ثم يتم فسخها فمن الأفضل فتح إمكانية قيام المصلحة المتعاقدة بشراء هذه المواد لفائدة المشروع والأسعار المحددة في الصفقة، من جانب آخر قد يماطل المتعاقد في إخلاء مكان العمل مما يعطل عملية استكمال المشروع

¹ذنون سليمان يونس العبادي، المرجع السابق، ص 320.

²ذنون سليمان يونس العبادي، المرجع نفسه ، ص ص 319-322.

³محمد الصادق قابسي، المرجع السابق، ص 446.

والأعمال، لذلك يجب إلزام المتعاقد الذي تعرضت صفقته للفسخ بإخلاء مكان التنفيذ في الأجل¹.

- قيام كل طرف برد ما تحصل عليه ن الطرف الآخر، حيث تقوم الإدارة بتسليم المتعاقد معها الأصناف التي قام بتوريدها وقيمة ما قام به من أشغال والتأمينات التي دفعها، وفي المقابل يقوم المتعاقد برد ما يكون قد حصل عليه من الإدارة من أموال تنفيذا للعقد².

ثالثا: آثار الفسخ الجزائي على حساب المتعاقد:

تتميز نتائج هذا الفسخ بالشدّة والقسوة مقارنة بنظيرتها في الفسخ المجرد، فالفسخ في هذه الصورة يكون مصحوبا بإعادة طرح الأشغال في صفقة جديدة على حساب المقاول المقصر في عقد الأشغال أو بإعادة الشراء على حساب المورد في صفقة التوريد، وغيرها من الالتزامات في بقية الصفقات الأخرى³، ولخطورة الفسخ الجزائي فإن مجلس الدولة الفرنسي والفقهاء الفرنسيين يشترطان النص عليه في العقد أو دفتر الشروط ولاسيما في عقود الأشغال العامة، ومن أهم آثار هذا الفسخ نجد:

- التزام المتعاقد بدفع نفقات إبرام المصلحة الإدارية صفقة جديدة مع متعاقد آخر، وذلك للقيام بالأعمال التي لم ينفذها بل ويمتد الأثر لإبرام المتعاقد المفسوخ عقده بتسهيل إجراءات التعاقد مع المتعاقد الجديد⁴، كما أن المتعاقد المفسوخ عقده يتحمل التكاليف والنفقات التي يفرضها العقد الجديد، بما في ذلك الثمن مشمولاً بالزيادات الناتجة عن ارتفاع الأسعار والذي يكون عادة نتيجة لطول المدة التي استغرقتها تنفيذ الصفقة، مع الملاحظة أنه يمكن خصم تلك الزيادات وغيرها من المبالغ المستحقة دون المساس بالرجوع عليه في حالة عدم كفايتها، كما أنه للإدارة الاحتفاظ بفارق المصروفات إذا تمت عملية التعاقد الجديد بأقل مما هو عليه في العقد الأصلي⁵.

- قرار الفسخ على مسؤولية المتعاقد لا يتم ولا يصدر إلا من الجهة الإدارية

¹النوي خرشي، المرجع السابق، ص ص 381-382.

²هيثم حليم غازي، المرجع السابق، ص 167.

³هيثم حليم غازي، المرجع نفسه، ص ص 167-168.

⁴عبد الله نواف العنزي، المرجع السابق، ص 169.

⁵عبد الرزاق باخبيهر، المرجع السابق، ص ص 362-363.

المتعاقدة ولا يصدر من القاضي، وتكون المصلحة الإدارية حرة في اختيار المتعاقد الذي تعهد له هذه المهمة دون تدخل من المتعاقد الأصلي، بل للمصلحة الإدارية استبعاد من تريد من المتعاقدين ولا يحق لمن تم استبعاده الاعتراض على ذلك .

- النص في العقد أو دفتر الشروط على الفسخ الجزائي البسيط وفي حالات معينة يسقط حق الإدارة في استعمال الفسخ على مسؤولية المتعاقد، لأن ذلك يتناقض ويتعارض مع الفسخ البسيط، كذلك الحال في مسؤولية المتعاقد عن التأخير وعن الأضرار التي لحقت الإدارة من الفسخ البسيط لا تعطي للإدارة الحق بإعادة طرح الأشغال في مناقصة جديدة على مسؤولية المتعاقد المستبعد لأن هذا الإجراء يتناقض مع الفسخ المجرد الذي قرره الإدارة¹.

- يلتزم المتعاقد المفسوخ عقده بإخلاء أماكن العمل خلال المدة التي تحددها الإدارة، فإذا رفض أو تأخر عن ذلك فإن الإدارة تملك الحق ومن تلقاء نفسها إخلاء الأماكن الخاصة بذلك بعد إعداره.

- تستطيع الإدارة مواصلة الأعمال موضوع العقد بنفسها وعلى مسؤولية المتعاقد المفسوخ عقده ضمانا لحسن سير المرفق العام إلى أن يتم التصديق من السلطة المختصة على العقد الجديد المبرم عل إثر فسخ العقد الأصلي، كما تستطيع أن تأمر بمواصلة تنفيذ الأعمال عن طريق الإدارة المباشرة عندما لا يسفر إعادة طرح موضوع الصفقة في مناقصة جديدة على أية نتيجة، والسبب في ذلك يرجع سلطة الإدارة في اختيار أفضل السبل والوسائل لضمان السير الحسن للمرفق العام².

- جواز عدم تعامل الإدارة مسبقا مع المتعاقد المفسوخ عقده وشطب اسمه من قائمة المتعاملين معها، على اعتبار أن سبب الفسخ غالبا ما يكشف عن عدم صلاحية المتعاقد لإسناد أعمال إليه لاحقا، إما لعدم كفاءته العملية أو الأخلاقية أو المالية، الأمر الذي يرجح أن التعامل معه مضيعة ومضرة للمصلحة العامة والمرفق العام، ولذا فإن جهة الإدارة تشطب اسم المتعاقد معها إذا تخلف عن الوفاء بما يفرضه عليه العقد أو إذا استعمل الغش أو التلاعب في معاملاته معها³.

¹ذنون سليمان يونس العبادي، المرجع السابق، ص 325.

²ذنون سليمان يونس العبادي، المرجع نفسه، ص ص 328-332.

³عبد الله نواف العنزي، المرجع السابق، ص 169.

خلاصة الفصل الثاني:

الفسخ الجزائي آخر الحلول التي تلجأ إليها المصلحة المتعاقدة في الصفة العمومية والذي تنهي به العقد وتستغني فيه عن المتعاقد، ذلك أن هذا الأخير لم يكن أهلا للتعاقد وتراخي في تنفيذ التزاماته أو عجز عنها لدرجة أن التعاقد معه أصبح يشكل خطرا على المصلحة العامة والمرفق العام ، وهنا تقوم المصلحة المتعاقدة بإنهاء الصفة العمومية جزاء له ، والفسخ الجزائي لا ينحصر في نوع واحد بل هناك الفسخ المنصوص عليه في العقد والفسخ غير المنصوص عليه ، ومن حيث الجسامة هناك الفسخ الجوازي والفسخ على حساب المتعاقد، ويخضع الفسخ الجزائي للعديد من الشروط التي تلتزم الإدارة باحترامها وهذه الشروط هي الخطأ الجسيم و الإعذار و صدور قرار الفسخ يكون مسببا تسببا كافيا لإضفاء الشرعية عليه، و لأن الفسخ الجزائي تترتب عليه العديد من الآثار الخطيرة نجد أن للمتعاقد اللجوء للقضاء لمخاصمة الإدارة في توقيعها لهذا الجزاء، لذلك يجب أن يكون قرار الفسخ الجزائي مشروعاً ومسبباً تسببياً كافياً يجعله بعيداً عن مخاصمة المتعاقد له.

الخاتمة:

السلطة الجزائية للمصلحة المتعاقدة في ظل تنفيذ الصفقة العمومية مسلم بها، فهي إحدى الامتيازات التي تتمتع بها من أجل الحفاظ على سير المرفق العام واستمرار الخدمة العمومية، كما أنها سلطة نابعة من المركز التعاقدى القائم على عدم التوازن بين أطراف الصفقة العمومية باعتبارها أحد العقود الإدارية وتخضع بذلك لأحكام تختلف عما هو عليه في عقود القانون الخاص، فالمصلحة المتعاقدة دائماً الكفة الراجحة التي تمكنها من ممارسة سلطتها باعتبارها تمثل المرفق العام، والمتعاقد يلتزم بتنفيذ الصفقة العمومية واحترام التزاماته فيها، لأن أي إخلال منه يهدد السير المنتظم للمرفق العام، وبالتالي يعتبر مبرراً لتدخل المصلحة المتعاقدة بممارسة حق الجزاء، ومن خلال دراسة الأطروحة للجزاءات الإدارية التي تملك المصلحة المتعاقدة توقيعها على المتعاقد المخل بتنفيذ الصفقة العمومية تم التوصل للنتائج التالية:

1- تقوم المصلحة المتعاقدة بتوقيع الجزاءات الإدارية في الصفقة العمومية بإرادتها المنفردة دون اللجوء للقضاء، لأنها سلطة نابعة من مركزها التعاقدى في الصفقة العمومية والذي يقوم على عدم التكافؤ بين أطراف العقد، كما أن المصلحة المتعاقدة تهدف من خلال هذه الجزاءات إلى تقويم المتعاقد للوفاء بالتزاماته، فهي وسيلة لتحقيق المصلحة العامة والسعي إلى ضمان استمرار الخدمة العمومية، لذلك عليها حسن استعمالها وتغليب مصلحة المرفق العام.

2- تنوع الجزاءات الإدارية بين جزاءات مالية تنصب على المركز المالي للمتعاقد، وجزاءات غير مالية تنصب على المركز القانوني للمتعاقد وتهدد استمراره في الصفقة سواء مؤقتاً أو نهائياً، فبالنسبة للجزاءات المالية نجد الغرامة التأخيرية ومصادرة التأمين والتعويض، بالمقابل نجد الجزاءات غير المالية التي تتضمن الجزاءات الضاغطة والفسخ الجزائي للصفقة العمومية.

3- سلطة المصلحة المتعاقدة في الجزاءات الإدارية أحاطها المشرع بالعديد من الأحكام القانونية، هذه الأخيرة التي ترسم حدود هذه السلطة وتمنع التعسف فيها، وعلى الرغم من وجود هذه الأحكام إلا أنها غير كافية ويشوبها النقص والغياب في تنظيم بعض الأحكام المهمة، خاصة ما تعلق منها بتحديد الأخطاء وكذا حالات تطبيق هذه الجزاءات وشروطها.

4- الغرامة التأخيرية من أكثر الجزاءات التي يتم ممارستها على أرض الواقع، ذلك أن المتعاقد كثيرا ما يتخلف عن الالتزام بالأجل المحدد للصفقة العمومية وهو ما يجعله عرضة لهذا الجزاء، كما أن الواقع العملي أثبت فعالية هذا الجزاء وتأثيره على المتعاقد بدفعه لتنفيذ التزاماته التعاقدية.

5- المشرع الجزائري نجده لم يضمن المرسوم الرئاسي 15-247 أحكاما تفصيلية للجزاءات الإدارية في الصفقة العمومية، بل انه ترك الباب مفتوحا في ذلك لدقتر الشروط الإدارية العامة، وفي البعض الآخر ترك المجال للعقد في الأخذ بما يجب من أحكام وتنظيمها، لذلك نجد أنه في الغالب يتم الرجوع لدقتر الشروط لتنظيم هذه الأحكام وضبطها.

6- جزاء مصادرة كفالة حسن التنفيذ يعتبر في الواقع العملي من الجزاءات المالية التي لا تطبقها المصلحة المتعاقدة عموما إلا بالتبعية للفسخ الجزائي، ذلك أنه بالرجوع لقرارات الفسخ الجزائي نجد أغلبها تتضمن مصادرة كفالة حسن التنفيذ، وبالتالي فإنه قليلا ما يتم توقيع هذا الجزاء منفردا، من جهة أخرى نجد أن جزاء التعويض وعلى الرغم من السلطة المطلقة للمصلحة المتعاقدة في توقيعه دون اللجوء للقضاء، إلا أنه بالرجوع للواقع العملي نجد أنه في الكثير من الحالات يتم الحكم القضائي بالتعويض بسبب المنازعات التي تنشأ في مرحلة تنفيذ الصفقة، ويحكم بالتعويض قضائيا في أثناء الفصل في هذه النزاعات.

7- الجزاءات الضاغطة تعتبر وسطية الشدة بين الجزاءات المالية وجزاء الفسخ، ذلك أنها تمهيد لفسخ الصفقة العمومية وتعتبر آخر الحلول التي تلجأ لها المصلحة المتعاقدة قبل استبعاد المتعاقد نهائيا من الصفقة، والمصلحة المتعاقدة كثيرا ما تقوم بالتنفيذ العيني مباشرة خاصة في صفقات الأشغال العمومية، كما أنها قد تستعين بمتعاقد آخر سواء عن طريق سحب العمل من المقاول في عقد الأشغال العامة أو الشراء على حساب المورد في عقود التوريد.

8- الفسخ الجزائي أكثر الجزاءات الإدارية خطورة وجسامة وهو الأشد قسوة على المتعاقد، ذلك أنه ينهي العقد ويتم فيه الاستغناء نهائيا عن المتعاقد، وبالتالي فهو جزاء نهائي وليس مؤقتا، وبالنظر لجسامة الفسخ نجد الفسخ الجزائي البسيط والفسخ الجزائي المجرد وعلى حساب المتعاقد، هذا الأخير الذي يعد الأشد خطورة، لذلك تشترط فيه أغلب التشريعات وجوب النص الصريح عليه في العقد حتى تتمكن المصلحة الإدارية المتعاقدة من ممارسته.

9- يعتبر المرسوم التنفيذي رقم 21-219 من أهم الخطوات التي قام بها المشرع الجزائري نحو تدعيم الأحكام المتعلقة بسلطة الإدارة في توقيع الجزاءات الإدارية خاصة ما تعلق منها بالفسخ الجزائي للصفقة.

بناء على النتائج التي تم التوصل إليها من خلال هذه الأطروحة، فإنه تبين وجود بعض الثغرات والإشكالات التي تواجه عملية توقيع الجزاءات الإدارية في مرحلة تنفيذ الصفقة العمومية، لذلك تم وضع مقترحات لإثراء الموضوع والمساعدة على حل هذه الإشكالات ومن هذه المقترحات:

1- تدعيم النصوص القانونية المتعلقة بأحكام الجزاءات الإدارية في الصفقة العمومية والتفصيل فيها بدقة، ذلك أن المواد الموجودة في القوانين المتعاقبة للصفقات العمومية وآخرها المرسوم الرئاسي رقم 15-247 هي نصوص مجملة دون أي توضيح، كما أنها قليلة مقارنة بأهمية الجزاءات وما تحتاجه من شرح.

2- تحديد نسبة الغرامة التأخيرية وعدم فتح المجال للمصلحة المتعاقدة في ذلك، خاصة ما تعلق بالأسباب المبررة لها، ذلك أن تقييد الإدارة بنوع الخطأ ودرجته يمنع التعسف في الجزاء، كما يحد من سلطة الإدارة فيه.

3- توجيه الإدارة المتعاقدة في الصفقة العمومية للأخذ بمختلف الجزاءات الإدارية والتنوع فيها، وعدم الاقتصار فقط على بعض الجزاءات كالغرامة التأخيرية والفسخ الجزائي دون بقية الجزاءات الأخرى، لأن تنوع الجزاءات يتيح الاختيار الأفضل للجزاء المناسب للخطأ دون المغالاة فيه، كما يمنع السير لإنهاء الصفقة العمومية وعدم استمرارها.

4- تفعيل دور صندوق ضمان الصفقات العمومية وتشجيع المتعاملين على التعامل باعتباره آلية مهمة أوجدتها الدولة لدعمهم، خاصة ما تعلق بالضمان الاحتياطي في الصفقات العمومية والذي لا يتمتع بالفعالية لأنه يحمل المتعامل المتعاقد أعباء مالية فهو يسدد فوائد وعمولات البنك المقرض من جهة، وعمولات الصندوق مقابل الضمان من جهة ثانية، لهذا نجد المتعامل يلجأ مباشرة للبنك ويتهرب من التعامل مع الصندوق.

5- إثراء النصوص القانونية المتعلقة بحالات الاعذار في الجزاءات الإدارية التي توقعها

الإدارة على المتعاقد معها في الصفقة العمومية، ذلك أنه اجراء مهم وجوهري قد يؤدي اغفاله الى بطلان الجزاء.

6- جاء موقف المشرع الجزائري من الخطأ الجسيم عاما دون تفصيل للأخطاء الموجبة لهذا الجزاء، لذلك الأفضل تدخل المشرع من أجل سد هذا الفراغ وعدم فتح المجال للمصلحة المتعاقدة في تصنيف الأخطاء، لأن الخطأ هو أساس توقيع الجزاء وترك المجال مفتوحا أمام المصلحة المتعاقدة يجعل المتعامل معها عرضة للتعسف.

7- المشرع الجزائري في المرسوم الرئاسي 15-247 أضاف ما يسمى " الفسخ الجزئي للصفقة العمومية "، ويكون الفسخ الجزئي للصفقة في الحالة التي يكون فيها انجاز بعض أجزاءها وكانت هذه الأجزاء تشكل بذاتها وحدة وظيفية متكاملة، لكنه بالمقابل لم يحدد بدقة ضوابط الفسخ الجزئي للصفقة العمومية، وهذا يعتبر فراغا على المشرع تداركه.

8- العمل على توجيه المصلحة المتعاقدة إضفاء المشروعية على جزاءاتها الإدارية، منعا لمخاصمتها من طرف المتعاقد ورفع الأمر للقضاء، فالهدف دائما هو حسن تنفيذ الصفقة العمومية وإزالة كل العراقيل التي تعطل ذلك ضمانا لسير المرفق العام، لكن بالمقابل فان التعسف في استعمال سلطة الجزاء أو الأضرار بالمتعاقدين يقابله ضمانة مهمة وهي اللجوء للقضاء من طرف المتعاقد للمطالبة بحقوقه ومنع أي تعسف في استعمال السلطة.

9- إعطاء أهمية أكبر ل ضمانات المتعاقد في مواجهة الجزاءات، وذلك من أجل حماية حقوقه التعاقدية من جهة، وتشجيع المتعاملين الاقتصاديين على المشاركة في الصفقات العمومية وكذا المساهمة الأكثر فعالية في تحقيق التنمية والاستجابة للطلبات العمومية من جهة أخرى.

قائمة المصادر والمراجع:

قائمة المصادر:

أولاً: القواميس والمعاجم:

- 1- المنجد الأبجدي، الطبعة الثامنة، دار المشرق، بيروت، لبنان، 1986.
- 2- القاموس الجديد للطلاب، علي بن هادية ومن معه، لطبعة السابعة، المؤسسة الوطنية للطلاب، الجزائر، 1991.
- 3- جيرار كورنو، ترجمة منصور القاضي، معجم المصطلحات القانونية، الطبعة الاولى، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، 1998.

ثانياً: القوانين:

- النصوص التشريعية:

- 1- الامر رقم 58-75 المؤرخ في 20 رمضان 1395 هـ الموافق لـ 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني. الج ر العدد 78 المؤرخة في 30/09/1975.
- 2- الامر رقم 59-75 المؤرخ في 20 رمضان 1395 هـ الموافق لـ 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون التجاري المعدل والمتمم. ج ر ال عدد 101 مؤرخة في 19 ديسمبر 1975.
- 3- الامر 03-11 المؤرخ في 27 جمادى الثانية 1424 هـ الموافق لـ 26 اوت 2003 المتعلق بالنقد والقرض. ج ر العدد 52 مؤرخة في 27 اوت 2003.

- النصوص التنظيمية:

• المراسيم الرئاسية:

- 1- المرسوم الرئاسي رقم 02-250 المؤرخ في 13 جمادى الاولى عام 1423 هـ الموافق لـ 24 يوليو 2002 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية الج ر العدد 52 مؤرخة في 28 يوليو 2002.
- 2- المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المؤرخ في 28 شوال 1431 هـ الموافق لـ 07 اكتوبر 2010 يتضمن تنظيم الصفقات العمومية المعدل والمتمم. ج ر العدد 58 المؤرخة في 07 اكتوبر 2010.

3- المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المؤرخ في 02 ذي الحجة 1436 هـ الموافق لـ 16 سبتمبر 2015 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام. ج ر عدد 50 مؤرخة في 20 سبتمبر 2015.

• المراسيم التنفيذية:

1- المرسوم التنفيذي رقم 97-268 المؤرخ في 16 ربيع الاول 1418 هـ الموافق لـ 21 يوليو 1997 يحدد الاجراءات المتعلقة بالصفقات العمومية وتنفيذها ويضبط صلاحيات الأمرين بالصرف ومسؤولياتهم. ج ر عدد 48 مؤرخة في 18 ربيع الاول عام 1418 هـ الموافق لـ 22 جويلية 1997م.

2- المرسوم التنفيذي رقم 98-67 المؤرخ في 24 شوال 1418 هـ الموافق لـ 21 فبراير 1998 المتضمن انشاء صندوق ضمان الصفقات العمومية وتنظيمه وسيره. ج ر العدد 11 مؤرخة في 02 ذو القعدة 1418. الموافق لـ 28 فيفري 1998م.

3- المرسوم التنفيذي رقم 03-404 المؤرخ في 05/11/2003 يتضمن الغاء المصادقة على اتفاقية امتياز استغلال خدمات النقل الجوي الممنوحة لشركة الطيران "انتينيا للطيران" وكذا دفتر الشروط المرفق. ج ر العدد 67 المؤرخة في 05 نوفمبر 2003.

4- المرسوم التنفيذي رقم 20-69 مؤرخ 26 رجب 1441 هـ الموافق لـ 21 مارس 2020 يتعلق بتدابير الوقاية من انتشار وباء فيروس كورونا (كوفيد 19) ومكافحته.

5- المرسوم التنفيذي رقم 20-70 مؤرخ 29 رجب 1441 هـ الموافق لـ 24 مارس 2020 يحدد تدابير تكميلية للوقاية من انتشار وباء فيروس كورونا (كوفيد 19) ومكافحته.

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

• القرارات:

1- القرار المؤرخ في 16 رجب 1348 هـ الموافق لـ 21 نوفمبر 1963 المتضمن

قائمة المصادر والمراجع

المصادقة على دفتر الشروط الادارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال العامة بوزارة تجديد البناء والأشغال العمومية والنقل. ج ر السنة الثانية العدد 06 مؤرخة في 19 يناير 1965.

2- القرار المؤرخ في 23 ربيع الثاني علم 1432 هـ الموافق لـ 28 مارس 2011

يحدد البيانات التي يتضمنها الإعذار وأجال نشره. ج ر العدد 24 مؤرخ في 20 افريل 2011.

3- القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 15 جمادى الأولى عام 1434 هـ الموافق لـ

27 مارس 2013 يتمم القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 01 فبراير 2011 الذي يحدد قائمة صفقات الدراسات والخدمات المعفاة من كفالة حسن التنفيذ.

4- قرار وزير الداخلية رقم 163 بتاريخ 13 أفريل 2020 بخصوص التخفيف من

آثار تدابير الوقاية من وباء كورونا فيروس " كوفيد 19" ومكافحته، على الأداة الوطنية للإنجاز.

5- النظام رقم 93-01 المؤرخ في 10 رجب 1413 الموافق لـ 03 يناير 1993

يحدد شروط تأسيس بنك ومؤسسة مالية وشروط إقامة فرع بنك ومؤسسة مالية أجنبية.

ج ر العدد 17 مؤرخة في 20 رمضان 1413 هـ. الموافق لـ 13 مارس 1993م.

6- النظام رقم 93-02 المؤرخ في 10 رجب 1413 هـ الموافق لـ 03 يناير 1993

يتعلق باصدار عقود الضمان والضمان المقابل من قبل البنوك الوستاء المعتمدين. ج ر العدد

17 مؤرخة في 20 رمضان 1413 هـ. الموافق لـ 13 مارس 1993م.

• الأحكام القضائية:

1- حكم المحكمة الإدارية ام البواقي الصادر بتاريخ 2016/02/03 قضية

رقم 15/01353 بين (ع-س) مدعي وبلدية بابار ممثلة بواسطة رئيس المجلس الشعبي البلدي مدعى عليها.

2- حكم المحكمة الإدارية ام البواقي الصادر بتاريخ 2018/01/10 قضية

رقم 18/00042 بين مقولة اشغال البناء ممثلة في شخص رئيسها (س-م) وولاية ام البواقي ممثلة في شخص السيد الوالي.

3- حكم المحكمة الإدارية ام البواقي الصادر بتاريخ 2018/01/10 قضية رقم

18/00146 بين المدعي (ع-م ش) و الدولة ممثلة في شخص السيد والي ولاية ام البواقي.

قائمة المصادر والمراجع

- 4- حكم المحكمة الإدارية ام البواقي الصادر بتاريخ 2018/07/04 قضية رقم 18/00220 بين المدعي (ع - م ش) و الدولة ممثلة في شخص السيد والي ولاية ام البواقي.
- 5- حكم المحكمة الإدارية ام البواقي الصادر بتاريخ 2018/10/24 قضية رقم 18/381 بين (س-ع) والدولة ممثلة في شخص والي ولاية ام البواقي بصفته أمرا بالصرف.
- 6- حكم المحكمة الإدارية ام البواقي الصادر بتاريخ 2019/12/18 قضية رقم 19/525 بين صاحبة مقاوله الاشغال العمومية الكبرى والري وبلدية الجازية ممثلة في شخص مديرها.
- 7- حكم المحكمة الإدارية ام البواقي الصادر بتاريخ 2022/01/19 قضية رقم 21/550 بين (ب- ح) صاحبة مؤسسة اشغال البناء وبين بلدية الزرق.
- القوانين العربية:

- 1- القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948 الصادر في 09 رمضان 1367 هـ الموافق لـ 16 يوليو 1948 الوقائع المصرية العدد 108 مكرر (أ) 1948.
- 2- القانون رقم 89 لسنة 1998 المؤرخ في 12 محرم 1419 هـ الموافق لـ 08 ماي 1998م المتعلق بتنظيم المناقصات والمزايدات لجمهورية مصر العربية الجريدة الرسمية العدد 19 مكرر.
- 3- القانون رقم 98- 1367 المؤرخ في 06 سبتمبر 1998 المتعلق باصدار اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات الصادر للقانون رقم 89 لسنة 1998(مصر).

قائمة المراجع:

أ ولا: باللغة العربية

- الكتب:

- 1- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المجلد الأول، الطبعة الثالثة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1981.
- 2- سعيد حوى، الاسلام، الطبعة الثانية، شركة الشهاب للنشر والتوزيع، 1988، الجزائر.

- 3- محمد المنجي، دعوى التعويض، الطبعة الاولى، منشأة المعارف بالاسكندرية، مصر، 1990.
- 4- عكاشة محمد عبد العال، قانون العمليات المصرفية الدولية، (د-ط)، الدار الجامعية، بيروت، لبنان، 1993.
- 5- سامي جمال الدين، اصول القانون الإداري (نظرية العمل الإداري)، (د-ط)، دار الكتاب الحديث، كلية الحقوق بجامعة الاسكندرية، مصر، 1993.
- 6- عبد الحكيم فودة، الخصومة الإدارية (احكام دعوى الإلغاء والصيغ النموذجية لها)، (د-س - ط) دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 1996.
- 7- أنور طلبة، الوسيط في القانون المدني (الجزء الأول)، (د-ط)، (د-ن)، 1993.
- 8- ابراهيم عبد العزيز شيحا، الوسيط في مبادئ وأحكام القانون الإداري، (د-ط)، الدار الجامعية، بيروت، لبنان، 1997.
- 9- عبد الله سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائي (القسم العام) الجزء الثاني، (د-ط)، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 2002.
- 10- احمد محمود جمعة، العقود الإدارية، (د-ط)، منشأة المعارف، الاسكندرية، مصر، 2002.
- 11- هاني دويدار، الوجيز في العقود التجارية والعمليات المصرفية، (د-ط)، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2003.
- 12- رمضان أبو السعود، مصادر الالتزام، الطبعة الثالثة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، مصر، 2003.
- 13- حسين عثمان محمد عثمان، اصول القانون الاداري، (د-ط)، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، مصر، 2004.
- 14- عمار عوابدي، نظرية المسؤولية الإدارية، الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2004.
- 15- سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، الطبعة السادسة، دار الفكر العرب، القاهرة، مصر، 2005.

- 16- عبد الغني بسيوني عبد الله، القضاء الإداري، الطبعة الثالثة، منشأة المعارف، الاسكندرية، مصر، 2006.
- 17- محمد فؤاد عبد الباسط، العقد الإداري (المقومات، الإجراءات، الآثار)، (د - ط)، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، مصر، 2006.
- 18- مازن عبد العزيز يزفاغور، الإعتماد السندي والتجارة الالكترونية (في ظل القواعد والعراف الدولية والتشريع الداخلي)، الطبعة الاولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2006.
- 19- نواف كنعان، القانون الإداري (الكتاب الثاني)، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2007.
- 20- موريس نخلة، الكامل في شرح القانون المدني (دراسة مقارنة)، الجزء الثالث، (د- ط)، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2007.
- 21- حمد محمد حمد الشلماني، امتيازات السلطة العامة في العقد الإداري، (د-ط)، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، مصر، 2007.
- 22- عدنان ابراهيم سرحان، شرح القانون المدني (العقود المسماة المقاوله، الوكالة، الكفالة)، الطبعة الاولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الاردن، 2007.
- 23- نواف كنعان، القانون الإداري (الكتاب الثاني)، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الاردن، 2007.
- 24- عبد العزيز عبد المنعم خليفة، ضمانات مشروعية العقوبات الادارية العامة ، (د- ط)، منشأة المعارف، الاسكندرية، مصر، 2008.
- 25- لحسين بن الشيخ أث ملويا، المنتقى في قضاء مجلس الدولة، الجزء الثاني، الطبعة الثالثة، دار هومه، الجزائر، 2008.
- 26- مفتاح خليفة عبد الحميد وحمد محمد حمد الشلماني، العقود الادارية واحكام ابرامها، (د-ط)، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، مصر، 2008.
- 27- محمد سعد فوده، النظرية العامة للعقوبات الإدارية، (د-ط)، دار الجامعة الجديدة، الأزاريطة، مصر، 2008.

- 28- أكرم ياملكي، الأوراق التجارية والعمليات المصرفية، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الاردن، 2008.
- 29- علاء محي الدين مصطفى ابو أحمد، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية في ضوء القوانين الوضعية والمعاهدات الدولية وأحكام محاكم التحكيم (دراسة مقارنة)، (د-ط)، دار الجامعة الجديدة، الأزاريطة، مصر، 2008.
- 30- محمود الكيلاني، الموسوعة التجارية والمصرفية (المجلد الرابع عمليات البنوك) دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، عمان، الاردن، 2009.
- 31- سامي جمال الدين، اصول القانون الإداري، (د-ط)، منشأة المعارف بالإسكندرية، مصر، 2009.
- 32- علي خطار شطناوي، القانون الإداري الأردني (الكتاب الثاني)، الطبعة الأولى، دار وائل للنشر والتوزيع، الأردن، عمان، 2009.
- 33- خالد عبد الفتاح محمد، المشكلات العملية في قانون المناقصات والمزايدات الجديد وأحكام العقود الإدارية، الطبعة الأولى، (د-د-ن)، مصر، 2009-2010.
- 34- عبد الله نواف العنزلي، النظام القانوني للجزاءات في العقود الإدارية، (د-ط)، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، مصر، 2010.
- 35- لحسين بن الشيخ أث ملويا، المنتقى في قضاء مجلس الدولة، الجزء الأول، الطبعة الخامسة، دار هومه، الجزائر، 2010.
- 36- حمدي القبيلات، القانون الإداري (الجزء الثاني)، الطبعة الأولى، دار وائل للنشر، عمان، الأردن، 2010.
- 37- محمد عبد المجيد اسماعيل، القانون العام الاقتصادي والعقد الإداري الدولي الجديد، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2010.
- 38- مصطفى أحمد أبو عمرو، موجز أحكام الإلتزام، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2010.
- 39- رشا محمد جعفر الهاشمي، الرقابة القضائية على سلطة الإدارة في فرض الجزاءات

- على المتعاقد معها (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2010.
- 40-** محمود خلف الجبوري، العقود الإدارية، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الاردن، 2010.
- 41-** مصطفى أحمد أبو عمر، موجز أحكام الإلتزام، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2010.
- 42-** نبيل ابراهيم سعد ومحمد حسن قاسم، مصادر الإلتزام (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2010.
- 43-** مال الله جعفر عبد الملك الحمادي، ضمانات العقد الاداري الاجراءات السابقة على ابرام العقد الاداري، الطبعة الثانية، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2010.
- 44-** مصطفى سالم النجيفي، العقود الإدارية والتحكيم، الطبعة الأولى، الآفاق المشرقة ناشرون، الامارات العربية المتحدة، الشارقة، 2011.
- 45-** محمد سعيد عبد الرحمان، القوة القاهرة في قانون المرافعات (دراسة تأصيلية تطبيقية مقارنة)، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2011.
- 46-** بلاوي ياسين بلاوي، الجزاءات الضاغطة في العقد الإداري، (د - ط)، دار الكتب القانونية، مصر، 2011.
- 47-** بلال أمين زين الدين، المسؤولية الإدارية التعاقدية وغير التعاقدية (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، ريم للنشر والتوزيع، 2011.
- 48-** عمار بو ضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، الطبعة الثالثة، جسور للنشر والتوزيع، المحمدية، الجزائر، 2011.
- 49-** زاهية حورية سي يوسف، عقد الكفالة، الطبعة الرابعة، دار الامل للطباعة والنشر والتوزيع، تيزي وزو، الجزائر، 2012.
- 50-** سايس جمال، الاجتهاد الجزائري في القضاء الإداري (الجزء الأول)، الطبعة الأولى، منشورات كلبيك، الجزائر، 2013.

- 51- سايس جمال، الاجتهاد الجزائري في القضاء الإداري (الجزء الثاني)، الطبعة الأولى، منشورات كليك، الجزائر، 2013.
- 52- سايس جمال، الاجتهاد الجزائري في القضاء الإداري (الجزء الثالث)، الطبعة الأولى، منشورات كليك، الجزائر، 2013.
- 53- عبد القادر عدو، مبادئ قانون العقوبات الجزائري (القسم العام)، الطبعة الثانية، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2013.
- 54- زاله سعيد يحيى، النظام القانوني للبنوك الاستثمار دراسة تحليلية مقارنة، (د-ط)، دار الكتب القانونية-دار شتات للنشر والبرمجيات، مصر والامارات، 2013.
- 55- عبد اللطيف قطيش، الصفقات العمومية تشريعا وفقها واجتهاد (دراسة مقارنة)، الطبعة الثانية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2013.
- 56- محمد سمير محمد جمعة، إلغاء القرارات الإدارية القابلة للانفصال، (د-ط)، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2013.
- 57- حمد حسن مرعي الجبوري، سلطة الإدارة في فرض الجزاءات الجنائية والمالية في العقود الإدارية، (د-ط)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2014.
- 58- عماد صوالحية، الجزاءات الإدارية العامة، الطبعة الأولى، مكتبة الوفاء القانونية، الاسكندرية، مصر، 2014.
- 59- الياس ناصيف، العقود المصرفية، المجلد الثاني، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2014.
- 60- حسن عبد الله حسن، عقود مقاولات الأعمال بين ضيق نصوص المناقصات والمزايدات ورحابة الواقع العملي، (د-ط)، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، مصر، 2015.
- 61- بلحاج العربي، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الثاني، (د-ط)، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2015.
- 62- خلوفي رشيد وسايس جمال، اجتهادات أساسية في القضاء الإداري، الطبعة الأولى، منشورات كليك، الجزائر، 2015.
- 63- عبد السلام أحمد بني حمد، الإعداء وأثره في التصرف القانوني (دراسة مقارنة)،

- الطبعة الأولى، دار وائل للنشر، عمان، الاردن، 2015.
- 64-** محمد علي الخلايلة، القانون الإداري (الكتاب الثاني)، الطبعة الثانية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الاردن، 2015.
- 65-** ذنون يونس سليمان العبادي، مظاهر السلطة العامة في انهاء العقد الإداري، (د-ط)، دار الكتب القانونية ودار شتات للنشر والبرمجيات، مصر والإمارات، مصر، 2015.
- 66-** ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية، (د-ط)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2015.
- 67-** حسن محمد محمد بودي، التعاقد عبر الأنترنت (دراسة فقهية مقارنة)، (د-س-ط)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2015.
- 68-** ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية، (د-ط)، دار الجامعة الجديدة، الازاريطه، مصر، 2015.
- 69-** محمد مقبل العنذلي، آثار العقد الإداري (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، دار وائل للنشر، الأردن، 2015.
- 70-** برهان زريق، عقد الأشغال العامة، الطبعة الأولى، (د - د - ن)، سوريا، 2016.
- 71-** سامح عبد الله عبد الرحمان محمد، سحب العمل من المقاول في عقود الأشغال العامة (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، مصر، 2016.
- 72-** عمر أحمد العرايشي، حجية السندات الإلكترونية في الإثبات، الطبعة الأولى، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2016.
- 73-** مونية جليل، التدابير الجديدة لتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، (د-ط)، دار بلقيس، الدار البيضاء، الجزائر، 2017.
- 74-** حسام محسن عبد العزيز، سلطة الإدارة الجزائية في فرض الغرامة التأخيرية في العقد الإداري وضمائماتها (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، المركز العربي للنشر والتوزيع، مصر، 2018.
- 75-** نزيه نعيم شلالا، دعاوى الكفالة المصرفية، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي

الحقوقية، بيروت، لبنان، 2018.

76- النوي خرشي، الصفقات العمومية، (د-ط)، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2018.

77- بشار رشيد حسين المزوري، المسؤولية التعاقدية للإدارة في تنفيذ العقود الإدارية (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، المركز العربي للنشر والتوزيع، مصر، 2018.

78- عبد العزيز خليفة، الوجيز في الأسس العامة للعقود الإدارية، (د-ط)، دار الكتاب الحديث، الكويت.

79- هيثم حليم غازي، سلطات الإدارة في العقود الإدارية، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، مصر.

80- سليمان رمضان محمد عمر، النظام القانوني لخطابات الضمان المصرفية (دراسة مقارنة بالفقه الاسلامي)، (د-ط)، دار المناهج، (د-س-ن).

81- مصطفى رشدي شيحة، الإقتصاد النقدي المصرفي، (د-ط)، الدار الجامعية، مصر، (د-س-ط).

82- طلبه وهبه خطاب، أحكام الإلتزام بين الشريعة الإسلامية والقانون (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، (د س ن).

- الرسائل الجامعية:

• أطروحات الدكتوراه:

1- سعيد عبد الرزاق باخبيرة، سلطة الإدارة الجزائية في أثناء تنفيذ العقد الإداري (دراسة مقارنة)، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2008.

2- عليوات ياقوتة، تطبيقات النظرية العامة للعقد الإداري (الصفقات العمومية في الجزائر)، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، قسم القانون العام، جامعة قسنطينة، الجزائر، 2009.

3- بن شعبان علي، آثار عقد الأشغال العامة على طرفيه في التشريع الجزائري، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قانون عام، جامعة قسنطينة، الجزائر، 2012.

- 4- امقران راضية، خطابات الضمان المصرفية وموقف الشريعة الاسلامية منها، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، فرع القانون الخاص، جامعة الجزائر 1، الجزائر، 2014.
- 5- منصور بخته، مسؤولية البنوك في عقود الائتمان، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، الجزائر، 2015.
- 6- محمد السعيد ليندة، الكفالة البنكية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، تخصص قانون الاعمال، جامعة الجزائر 1، الجزائر، 2018.
- 7- هاشمي فوزية، آثار تنفيذ الصفقات العمومية على الطرفين المتعاقدين (دراسة مقارنة)، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تخصص علوم قانونية، فرع التجريم في الصفقات العمومية، جامعة سيدي بلعباس، الجزائر، 2018.
- 8- مليكة أسماء بن صغير، غرامة التأخير في الصفقات العمومية، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، فرع التجريم في الصفقات العمومية، جامعة سيدي بلعباس، الجزائر، 2019.
- 9- بن بابوش فاطنة، الكفالة البنكية كأداة للضمان في عمليات الائتمان في ظل التشريع الجزائري، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تخصص علوم قانونية، فرع قانون البنوك، جامعة سيدي بلعباس، الجزائر، 2019.
- 10- حوت فيروز، النظام القانوني للتعاقد الالكتروني في مجال الصفقات العمومية (دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه علوم، كلية الحقوق والعلوم السياسية، فرع قانون العقود، جامعة سيدي بلعباس، الجزائر، 2020.

• رسائل الماجستير:

- 1- وليد سعود فارس القاضي، الجزاءات في مجال العقود الإدارية (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، كلية الدراسات الفقهية والقانونية، جامعة آل البيت، 2000.
- 2- سليمان أحمد محمد القرم، خطاب الضمان في المصارف الإسلامية رسالة ماجستير في الفقه والتشريع، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، 2003.
- 3- منصور صنت غريبان الديجاني، سلطة الإدارة في مصادرة التأمين والتنفيذ

على حساب المتعاقد (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير في القانون العام، جامعة عمان العربية للدراسات العليا، الأردن، 2008.

4- بحري اسماعيل، الضمانات في مجال الصفقات العمومية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، فرع قانون الدولة والمؤسسات العمومية، جامعة الجزائر، 2009.

5- بحري اسماعيل، الضمانات في مجال الصفقات العمومية في الجزائر، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، فرع قانون الدولة والمؤسسات العمومية، جامعة الجزائر، الجزائر، 2009.

6- ياسين المعاينة، سلطة الادارة في فرض الجزاءات على المتعاقد معها في عقد التوريد، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الإسراء، الأردن، 2011.

7- حازم ظاهر عرسان صالح، التعويض عن تأخر المدين في تنفيذ التزاماته (دراسة مقارنة)، كلية الدرايات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، 2011.

8- حمو حسينة، انحلال العقد عن طريق الفسخ، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، فرع قانون المسؤولية المهنية، جامعة تيزي وزو، الجزائر، 2011.

9- بسام سعيد جبر جبر، ضوابط التفرقة بين الشرط الجزائي والغرامة التهديدية ودورها في منع تراخي تنفيذ العقد (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، قسم القانون الخاص، جامعة الشرق الأوسط، الاردن، 2011.

10- أحمد طلال عبد الحميد، قاعدة العقد شريعة المتعاقدين في مجال العقود الإدارية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، قسم القانون العام، جامعة النهريين، العراق، 2012.

11- عمار حسين علي المرسومي، سلطة الإدارة العامة بسحب المشروع في عقود الأشغال العامة في القانون العراقي (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير في القانون، جامعة الاسراء، الاردن، 2012.

12- خالد سليمان أسود العنزي، عقد التوريد الإداري دراسة مقارنة بين القانونين الأردني والكويتي، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، قسم القانون العام، جامعة الشرق الأوسط، الأردن، 2012.

13- مريان حورية، الأجال في قانون الصفقات العمومية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق،

- فرع القانون العام، جامعة الجزائر، الجزائر، 2013.
- 14- نويري سامية، الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة ام البواقي، 2013.
- 15- سبكي ربيحة، سلطات المصلحة المتعاقدة اتجاه المتعامل المتعاقد معها في مجال الصفقات العمومية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، فرع قانون الاجراءات الادارية، جامعة تيزي وزو، الجزائر، 2013.
- 16- محمد صبار محمد المشهداني، سلطة الادارة في فرض الجزاءات غير المالية في العقد الاداري، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الاسراء، الاردن، 2014.
- 17- طلال علي سليمان الشوبكي، أثر الغش في التزام المصرف مصدر خطاب الضمان، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، قسم القانون الخاص، جامعة الشرق الاوسط، الاردن، 2015.
- 18- حذيفة عادل عبد الكريم منصور، انتهاء العقد الاداري بالارادة المنفردة (دراسة مقارنة بين التشريع الاردني والعراقي)، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، القانون العام، جامعة الشرق الاوسط، 2015.
- 19- بن سديرة جلول الجزاءات في مجال تنفيذ العقود الإدارية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قانون عام معمق، جامعة تلمسان، الجزائر، 2015.
- 20- فارس مخاف خلف الديلمي، الجزاءات المالية في العقد الإداري (دراسة مقارنة بين التشريعين العراقي والأردني)، رسالة ماجستير، تخصص قانون عام، جامعة الشرق الأوسط، الاردن، 2016.
- 21- وائل نورس هناوي، دور الكفالة المصرفية في عملية المبادلات التجارية الخارجية وتنفيذ المشاريع الاقتصادية، رسالة ماجستير، كلية الاقتصاد، قسم المصارف والتأمين، جامعة دمشق، سوريا، 2016.
- 22- هبة اسماعيل، تنفيذ الصفقات العمومية والرقابة الخارجية عليها، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم القانون العام والاقتصادي، جامعة وهران 2، الجزائر، 2017.
- 23- أحمد محمود أحمد أبو موسى، التعاقد من الباطن في نطاق عقود الأشغال العامة في

فلسطين (دراسة مقارنة مع الشريعة الإسلامية)، رسالة ماجستير في القانون العام، كلية الشريعة والقانون، الدامعة الاسلامية بغزة، فلسطين، 2017.

24- جابر صالح محمد الحمادي، سلطات الإدارة في العقد الإداري، رسالة ماجستير،

كلية الحقوق، قانون عام، جامعة الامارات العربية المتحدة، نوفمبر 2019.

25- علياء علي القحطاني، النظام القانوني لغرامة التأخير في إطار تنفيذ العقود الإدارية

(دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، كلية القانون، القانون العام، جامعة قطر، 2021.

- المجالات والدوريات العلمية:

1- سحر جبار يعقوب، الجزاءات المالية في العقد الإداري، مجلة كلية الفقه، العدد 5،

جامعة الكوفة، العراق، 2007.

2- عبد الغني عكة، التسوية المالية للصفقات العمومية في ظل المرسوم رقم 10-236

المؤرخ في 07 أكتوبر 2010، حوليات جامعة الجزائر1، العدد 2، المجلد 20، بتاريخ 2011/11/30.

3- حمد علي حسن البنان، الجزاءات المالية في العقد الإداري دراسة مقارنة،

مجلة الرافدين للقانون، المجلد 12، العدد 54، العراق، 2012.

4- منصور ابراهيم العتوم، النظام القانوني لغرامة التأخير في العقود الادارية (دراسة

تحليلية مقارنة)، مجلة الشريعة والقانون، المجلد 27، العدد 53، كلية القانون جامعة الامارات العربية المتحدة، 2013.

5- عادل قزانه، اعفاء المتعاقد مع الادارة من غرامة التأخير، مجلة التواصل في

الاقتصاد والادارة والقانون، العدد 35، الجزائر، جامعة باجي مختار، عنابة، الجزائر، 2013 /09/30.

6- حابي فتيحة، فسخ صفقات الأشغال العمومية، مجلة الإجتهد للدراسات القانونية

والاقتصادية، المركز الجامعي تمنغاست، الجزائر، العدد 09، بتاريخ 01 سبتمبر 2015.

7- بن بوزيد دغبار نورة، التنظيم القانوني للكفالة وتطبيقاته في قانون الصفقات

العمومية، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، العدد 02، المجلد 04، جامعة

البليدة 02، العفرون، البليدة، الجزائر، بتاريخ 01 جوان 2015.

- 8- حسن محمد علي حسن البنان، حالات الإعفاء من الغرامة التأخيرية في العقد الإداري، مجلة جامعة تكريت للحقوق، المجلد 05، العدد 20، العراق، 2016.
- 9- فوزية سكران، جزاء مصادرة التأمين في العقود الادارية (دراسة مقارنة)، مجلة أكاديميا، العدد 05، المجلد 04، جامعة حسيبة بن بو علي، الشلف، 01 جوان 2016.
- 10- رؤوف بو سعديّة، دور صندوق ضمان الصفقات العمومية في تشجيع الاستثمار المحلي، مجلة الحقوق والحريات، العدد الثالث، الجزائر، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم، بتاريخ 07 ديسمبر 2016.
- 11- سورية دبش، الجزاءات الإدارية غير المالية في قانون الصفقات العمومية (طبقاً للمرسوم الرئاسي 15-247)، المجلة الجزائرية للأمن والتنمية، العدد 09، جامعة الحاج لخضر 1، باتنة، الجزائر، بتاريخ 2016/07/01.
- 12- بن عبد المالك بو فلجة، الغرامة التأخيرية في ضوء المرسوم رقم 15-247 المتضمن تنفيذ الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، مجلة الإجتهد القضائي، المجلد 09، العدد 15، الجزائر، جامعة محمد خيضر، بسكرة، بتاريخ 2017/06/15.
- 13- عبد الحلیم مجدوب، غرامات التأخير في العقود الإدارية، المجلة الجزائرية للحقوق والعلوم السياسية، العدد 04، الجزائر، 2017.
- 14- فريد رمضاني، حالات اعفاء المتعاقد مع الادارة من غرامة التأخير في العقود الادارية، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، العدد 11، الجزائر، جوان 2017.
- 15- ضرار القزار، سلطة الادارة في فرض الجزاءات المالية والضاغطة في العقود الادارية، مجلة جامعة البعث، مجلد 39، العدد 51، سوريا، 2017.
- 16- بن عبد المالك بو فلجة، النظام القانوني للتعويض في العقود الإدارية، دفاثر السياسة والقانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة قاصدي مرباح ورقلة المجلد 09، العدد 17، الجزائر، بتاريخ 2017/06/01.
- 17- زينب احمد عوين ومن معها، جريمة الغش في توريد مواد مخالفة للمواصفات في عقد التوريد، مجلة كلية القانون، جامعة النهرين، المجلد 19، العدد 2، العراق، 2017.
- 18- حسام فيصل، رقابة القضاء الإداري على قرار الإدارة بالفسخ الجزائي للعقد

- الإداري (دراسة مقارنة)، مجلة جامعة البعث، المجلد 39، العدد 77، سوريا، 2017.
- 19- صوفية عباد، الأساس القانوني لجزاء غرامة التأخير في صفقة الأشغال العامة وأثرها على امتيازات السلطة العامة في التشريع الجزائري، مجلة الحقيقة، المجلد 17، العدد 3، جامعة احمد دراية، أدرار، الجزائر، بتاريخ 2018/09/30.
- 20- صدارة محمد، الغرامة التهديدية في المادة الإدارية، مجلة الحقوق والعلوم الانسانية، المجلد 11، العدد 02، جامعة زيان عاشور، الجلفة، بتاريخ 2018/06/17.
- 21- انصاف أحمد محمد، غرامات التأخير كجزاء في العقد الإداري، مجلة جامعة تشرين للبحوث والدراسات العلمية، سلسلة العلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 40، العدد 05، سوريا، 2018.
- 22- محمد الصادق قابسي، سلطة المصلحة المتعاقدة في الفسخ الجزائي للصفقة العمومية، مجلة العلوم الاجتماعية والانسانية، العدد 16، جامعة المسيلة، الجزائر، بتاريخ 2018/12/31.
- 23- بو بكر بختي، الضمانات المالية لتنفيذ الصفقات العمومية – كفالة حسن تنفيذ الصفقة العمومية نموذجاً، مجلة دفاتر السياسة والقانون، عدد خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة قاصدي مرباح ورقلة، الجزائر، جوان 2018.
- 24- أشرف محمد حمامه، الجزاءات في تنفيذ العقود الإدارية في النظام السعودي، مجلة المنار للبحوث والدراسات القانونية والسياسية، العدد 06، جامعة يحي فارس، المدينة، الجزائر، بتاريخ 2018/09/01.
- 25- صوفية عباد، سلطة الإدارة في توقيع جزاء سحب العمل من المقاول في صفقة الأشغال العامة في التشريع الجزائري، مجلة العلوم القانونية والسياسية، المجلد 09، العدد 02، جامعة الوادي، الجزائر، بتاريخ 2018/06/28.
- 26- عبد الوهاب محمد، الانهاء الانفرادي للصفقة العمومية لدواعي المصلحة العامة في ظل احكام المرسوم الرئاسي 15-247، العلوم الاجتماعية والقانونية، جامعة الجلفة، الجزائر، العدد 9. جامعة زيان عاشور، الجلفة، بتاريخ 01 مارس 2018.
- 27- زينة مقداد، سلطة الإدارة في فسخ العقد الإداري، المجلة الأكاديمية للبحوث

القانونية والسياسية، العدد 04، المجلد 02، جامعة عمر تليجي، الأغواط، الجزائر، بتاريخ 30 سبتمبر 2018.

28- هاشمي فوزية، سلطة الإدارة المتعاقدة في تطبيق الجزاءات الضاغطة على المتعاقد معها، المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية، العدد 03، المجلد 02، الأغواط، الجزائر، بتاريخ 30 مارس 2018.

29- عبد الوافي عبد الجبار ومن معه، رقابة القضاء الإداري على قرار الإدارة توقيع الجزاء في الصفقات العمومية، مجلة القانون والعلوم السياسية، العدد 07، المركز الجامعي النعامة، الجزائر، بتاريخ 01 / 01 / 2018.

30- هشام محمد فريجة، الغرامة التأخيرية في العقود الإدارية، مجلة جامعة الشارقة للعلوم القانونية، المجلد 16، العدد 02، الشارقة، ديسمبر 2019.

31- طيبة ماجد، خطابات الضمان وكيفية التعامل بها، مجلة بغداد للعلوم الاقتصادية، العدد 37، العراق، ماي 2019.

32- مجدوب عبد الحليم، مدى امكانية جواز الجمع بين جزاء مصادرة التأمين والتعويض في العقود الادارية، مجلة الابحاث القانونية المعمقة، العدد 30، تلمسان، الجزائر، بتاريخ 27 فيفري 2019.

33- أروى اسماعيل مسلم، أثر نظرية عمل الأمير على إعادة التوازن المالي في العقود الإدارية، مجلة دراسات في العلوم الإنسانية والاجتماعية، المجلد 02، العدد 23، الأردن، 25 ديسمبر 2019.

34- هيلان عدنان أحمد، الاعتبار الشخصي في التعاقد، مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، المجلد 08، العدد 29، العراق، 2019.

35- أسامة طه حسين ونجيب خلف أحمد، الجزاء الإداري العقدي، مجلة العلوم القانونية والسياسية، المجلد 08، العدد 02، جامعة ديالى، العراق، 2019.

36- محمد طه حسن الحسيني، الضرر والتعويض في القضاء الإداري، كلية الحقوق، الجامعة الإسلامية، العدد 52 سنة 2019.

37- أسماء أحمد الحاج محمد، وليد خضر كافي فرج الله، سلطة الإدارة في توقيع

- الجزءات في العقود الإدارية، مجلة السودان الأكاديمية للبحوث والعلوم، المجلد 07، العدد 16، السودان، يناير 2020.
- 38-** حكيم عبد الرحيم محمد ناصوف ومن معه، سحب العمل والتنفيذ على حساب المتعاقد في عقود الأشغال العامة، المجلة الدولية للقانون والدراسات، المجلد 02، العدد 02، بتاريخ 02 نوفمبر 2020، دار نشر جامعة قطر.
- 39-** فرقد عبود العارضي، النظام القانوني للعقد الإداري في العراق، مجلة رسالة الحقوق، المجلد 12 - العدد 01، العراق، 2020.
- 40-** علي حمود العايد الحوامدة، المرتكز القانوني لسلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري بالإرادة المنفردة دون خطأ من المتعاقد (دراسة مقارنة)، المجلة القانونية، المجلد 12، العدد 09، 2021.
- 41-** محمد مصطفى الطراونة، التعويض عن تأخر المدين في تنفيذ التزاماته في الظروف القاهرة، مجلة كلية الشريعة والقانون بتفهننا الأشراف، دقهلية، العدد 23، الجزء 3، 2021.
- 42-** مقداد زينة، النظام القانوني للمناولة في الصفقات العمومية طبقاً للمرسوم 15-247، المجلة الجزائرية للحقوق والعلوم السياسية، المجلد 06، العدد 01، جامعة تيسمسيلت، الجزائر، بتاريخ 01 جوان 2021.
- 43-** حبشي ليلي كميلى، الغرامة التأخيرية آلية لضمان احترام آجال تنفيذ الصفقة العمومية دراسة تحليلية في التشريع الجزائري، مجلة الدراسات التحقيقية، العدد 09، الجزائر.
- 44-** عبد الرحمان عباس ادعين، الغرامات التأخيرية في العقود الإدارية، مجلة جامع بابل للعلوم الإنسانية، المجلد 22، العدد 3، العراق.
- 45-** علي سعود الظفيري، غرامة التأخير في العقود الإدارية في ضوء أحكام القضاء والإفتاء في دولة الكويت (دراسة مقارنة)، مجلة الحقوق، المجلد 15، العدد 2، الكويت.
- 46-** انسام فالح حسن، التكييف القانوني للغرامة في نطاق العقود الإدارية والأحكام الإدارية، كلية القانون والسياسة، جامعة البصرة، العراق.

المواقع والروابط الالكترونية:

- 1- قضاء مجلس الدولة الفرنسي في حكم شهير في 03-05-1907 في قضية (Deplanque) موقع <https://almerja.com> بتاريخ 18-04-2021 الساعة 15:50.
- 2- مقال لفواز صالح بعنوان التعويض على موقع <http://arab-ency.com.sy> بتاريخ 02-04-2021 الساعة 20:14.
- 3- مقال بعنوان : تعليق فرض العقوبات المالية على المؤسسات بسبب التأخير في الإنجاز لرئيس منتدى رؤساء المؤسسات محمد سامي عقلي والخبير الاقتصادي فريد بن يحيى على موقع www.radioalgerie.dz بتاريخ 15/04/2020 وتم الاطلاع على الموقع بتاريخ 2021/04/12 الساعة 19:00.
- 4- مقال بعنوان: تعليق فرض العقوبات المالية على المؤسسات <https://www.awras.com> تم الاطلاع على الموقع بتاريخ 2021/04/12 الساعة 19:10.
- 5- مقال بعنوان: كوفيد-19 " تفاصيل إجراءات جديدة لتجنب المقاولات غرامات التأخير في تنفيذ الصفقات العمومية بتاريخ 15-04-2020 على موقع <https://walaw.press> وتم الاطلاع على الموقع بتاريخ 12-04-2021 الساعة 19:00.
- 6- مقال بعنوان: تعليق فرض العقوبات المالية على المؤسسات بسبب التأخير في الإنجاز بتاريخ 15-04-2020 على <http://www.ministerecommunication.gov.dz> وتم الاطلاع على الموقع بتاريخ 12-04-2021 الساعة 18:38.
- 7- مقال لـ زهير مصطفى صالح بعنوان " الآثار الناشئة عن التعاقد من الباطن في العقود الإدارية (دراسة مقارنة) نشر بتاريخ 28/11/2018 على موقع <https://www.droitentreprise.com> وتم الاطلاع عليه بتاريخ 10/07/2021 الساعة 22:20.
- 8- مقال لـ مودع فريدة بعنوان " سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري" بتاريخ

2019/09/01 على موقع <https://almerja.com> وتم الاطلاع عليه بتاريخ 2021/06/21 الساعة 14:30.

9- مقال سحر جبار يعقوب بعنوان " معنى الفسخ في العقود الادارية وتمييزه عن
أوضاع مشابهة " بتاريخ 2016/06/15 على موقع <https://almerja.net> وتم الاطلاع عليه
بتاريخ 2021/06/20 الساعة 19:15.

10- مقال لـ احمد سليم فريز نصره بعنوان "المقصود بالخطأ الجسيم بتاريخ "
2019/01/14 على موقع <https://almerja.com> وتم الإطلاع عليه بتاريخ
2021/06/26 الساعة 17:30.

ثانيا: باللغة الأجنبية:

- **Ressources juridiques:**

1- La loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975 modifiée relative à la sous-traitance définit le régime général de la sous-traitance applicable aux contrats publics ou privés, qu'ils constituent ou non des marchés public (France).

2- La loi n° 96-597 du 2 juillet 1996 de modernisation des activités financières a sensiblement modifié la loi n° 84-46 du 24 janvier 1984 relative à l'activité et au contrôle des établissements de crédit 1, dite loi bancaire(France).

3- Code des marchés publics 2006-2016 Décret n° 2006-975 du 1er août 2006 portant code des marchés publics NOR: ECOM0620003D(France).

4- Code de la commande publique français décret n° 2018-1075 du 3 décembre 2018 portant partie réglementaire du code de la commande publique JORF n°0281 du 5 décembre 2018(France).

5- Code civil français modifié par ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016.

6- Ordonnance n° 2018-1074 du 26 novembre 2018 portant partie législative du code de la commande publique(France).

- **Ouvrages :**

1- Jean-Marie Auby et Robert ducors- ader, Droit administratif, sans édition, ,Daloz,Paris,France, 1967.

2- François Terré avec lui , Droit civile (les obligation) , Précis Dalloz , 5^eédition , 1993.

3- Patrick Schultz, Eléments du droit des marchés publics,2^e édition, LGDJ-Montchrestien, Paris, France, 2002.

4- Yves Gaudmet, Traité droit administratif, 16^e édition, édditios LGDJ, Paris, France, 2002.

5- Jean-Marie Auby et ceux avec lui, Droit administratif des biens, 4^e édition, Dalloz,Paris,France, 2003.

6- Françoise Dekeuwer-Defossez, Droit bancaire, 8^eédition, Dalloz ,Paris, 2004.

7- Christophe Lajoie , Droit des marchés publics ,2^e édition ,Gualino éditeur , Paris , France , 2005.

8- Jacqueline Morand-Deviller, Cours de droit administratif des biens, 4^e édition, LGDJ-Montchrestien, Paris, France, 2005.

9- Laurent Riche, Droit des contrats administratifs, 5^e Edition, LGDJ-Montchrestien, Paris,France, 2006.

10- Florian linditch, Le droit des marchés publics, 4^eédition , Dalloz, 2006.

11- Emmanuelle Gillet- Lorenzi Seydou Traoré, Droit Administratif des biens, 1^e édition, Les éditions du C.N.F.P.T, Paris, France, 2007 .

12- Hélène Hoepffner, La modification du contrat administratif, sans édition, LGDJ-Montchrestien, Paris, France, 2009.

13- Cédric Alter , Droit bancaire general, Edition larcier, Bruxelles, 2010.

14- Pierre-Laurent Frier, Jacques Petit, Précis de droit administratif, 6^e édition, LGDJ-Montchrestien, Paris, France, 2010.

15- Jacqueline Morand-Deville, Droit administratif des biens, 6^e édition, LGDJ-Montchrestien, Paris, France, 2010.

16- Marceau Long et ceux avec lui, les grands arrêts de la jurisprudence administrative, 18^e édition, Dalloz, Paris, France, 2011.

17- Matthieu Poumarède, Droit des obligations, Montchrestien, Paris, France, 2011.

18- Dominique Legeais, sûretés et garanties du crédit, 8^e édition, LexisNexis Editions LGDG, Paris, France, 2011.

19- Philippe Garsault et Stéphane Priami, la banque fonctionnement et stratégies, 2^e édition, Economica, Paris, France.

20- Joseph Frank Oum Oum, La responsabilité contractuelle en droit administratif, éditions LGDJ, Paris, France, 2014.

- **Mémoires et thèses :**

1- Ibrahim Elbehery, Théorie des contrats administratifs et

marchés publics internationaux, thèse pour le doctorat en droit, sciences de l'homme et société, université Nice Sophia Antipolis, France, 2004.

2- Grégory Kalflèche , Des marchés publics à la commande publique l'évolution du droit des marchés publics, thèse pour le doctorat en droit, Droit – Économie – Sciences sociales, Université Panthéon-Assas (Paris II), France, 2004.

3- Delphine Sion , De l'apport de l'enrichissement sans cause au droit des contrats administratifs contribution au règlement indemnitaire des situations péri-contractuelles , Thèse pour le doctorat de droit public ,Aix Marseille université , Faculté de droit d'Aix-en-Provence , France,2016.

4- Hennichefaiza, Le management dans les banques Publiquesalgeriennes, mémoire de magister en sciences commerciales, option management des entreprises, universited'oran es-senia, algerie,2007.

- **Etudes,articles et rapports :**

1- Yves gaudemet, Le contrat administratif, un contrat hors la loi, Cahiers du conseil constitutionnel n° 17 (dossier : loi et contrat) - Mars 2005, France.

2- Christine Marsal, Les banques commerciales, IAE de Dijon, Université de Bourgogne, Version juin 2013.

3- Hijrian A. Prihantoro, Judicial annulment and its effects on the

Continuation of contracts: an analytical study through the Jordanian, *Ijtihad: Jurnal Wacana Hukum Islam dan Kemanusiaan*, Volume 18, No. 2, Desember 2018.

4- Berrig Rahma, Les Règles de la Responsabilité Contractuelle Selon le Code Civil algérien, *Revue Académique des Etudes Sociales et Humaines* Vol 12, N° 01, Section (A) Sciences économiques et droit, 2020.

5- Guide des marchés public, République algérienne démocratique et populaire, Ministère des Finances, édition 2021.

6- Guide pratique marchés publics et privés de travaux " Les garanties," Fédération française du bâtiment (FFB), Juin 2017, France.

7- Thomas Passos Martins, L'inversion des principes du contrat administratif, *Belo Horizonte*, ano 17, n 69, jul 2017, Brasil.

8- Pierre Lemieux, Le pouvoir d'inspection et de contrôle de l'administration dans les marchés de travaux publics, *Revue générale de droit*, Vol 10, N 2, Le document a été créé 15/11/2020, éditions de l'Université d'Ottawa, Kanada.

- Sites Web et liens :

1- Article de l'écrivain titré Maxime bizeau " Responsabilité contractuelle : définition, conditions et aménagements conventionnels" sur le site <https://fiches-droit.com> à 09/07/2018 et je l'ai vu à la date 06/06/2021 à l'heure 18:20.

2- Article de l'écrivain Léa Boluzet titré " Caution bancaire :

définition et fonctionnement", sur le site <https://www.capital.fr> à 11/06/2019 et je l'ai vu à la date 16/06/2021 à l'heure 20:00.

3- <https://fiches.dalloz-etudiant.fr> , Publication : Les grands arrêts de la jurisprudence administrative, 16e édition 2007, Numéro du document : GAJA/16/2007/0009, Le site a été consulté le 09/06/2021 à 19:05.

4- Article de l'écrivain Aurélien Bamdé titré "La responsabilité contractuelle(régime juridique), sur le site <https://aurelienbamde.com> à 19/11/2019 et je l'ai vu à la date 10/06/2021 à l'heure 17:20.

5- le site <https://www.revuegeneraledudroit.eu> je l'ai vu à la date 19/06/2021 à l'heure 11:05.

6- Article de l'écrivain Amir Ammar "Pouvoirs de gestion justifiés Par l'intérêt public dans le cadre du contrat PPP" , sur le site <https://www.village-justice.com> à 08/01/2020 et je l'ai vu à la date 17/06/2021 à l'heure 18:27.

7- Article de l'écrivain Jessica Tatiana Güechá Torres "La résiliation unilatérale du contrat administratif en France", sur le site <https://revistas.unilibre.edu.com> à 28/06/2019 et je l'ai vu à la date 26/06/2021 à l'heure 13:50

8- Article " La résiliation unilatérale par l'administration des marchés publics et des contrats de concession " sur le site <https://www.economie.gouv.fr> à 01/04/2019 et je l'ai vu à la date 26/06/2021 à l'heure 13:00.

9- Article de l'écrivain titré Maxime bizeau" Responsabilité contractuelle: définition, conditions et aménagements conventionnels "sur le site <https://fiches-droit.com> à 09/07/2018 et je l'ai vu à la date 06/06/2021 à l'heure 18:20.

الملاحق:

الملحق رقم: 01.

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وزارة العدل

المديرية العامة لإدارة السجون وإعادة الإدماج

مؤسسة.....

دفتري شروط نموذجي يتضمن إبرام صفقات طلبات لتموين مطاعم المؤسسات العقابية، التابعة للمديرية العامة لإدارة السجون وإعادة الإدماج للسنة المالية 2019، قابلة للتجديد لمدة سنتين (02) بالمواد الغذائية.

دفتري التعليمات الخاصة

المادة 08 : المناولة (التعاقد الثانوي).

لا يقبل أي شكل من أشكال المناولة، أو التعاقد الثانوي من أجل تنفيذ كل أو جزء من الخدمات موضوع الصفقة.

المادة 13 : عقوبات التأخير.

إن التأخير في تنفيذ الخدمات يعرض المتعامل المتعاقد إلى عقوبات، هذه الأخيرة متمثلة في تطبيق نسبة مقدرة بـ 05% من مبلغ الطلبية عن كل يوم تأخير. إذا تجاوز مبلغ عقوبات التأخير نسبة 10% من المبلغ الأقصى للصفقة بحساب كل الرسوم، في هذه الحالة للمصلحة المتعاقدة، الحق في فسخ الصفقة و على ذمة المتعامل المتعاقد.

المادة 16 : كفالة حسن التنفيذ.

تطبيقا لأحكام المواد 130 و 131 و 132 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المؤرخ في 16/09/2015 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، وتفويضات المرفق العام، يجب على المتعامل المتعاقد تقديم كفالة حسن التنفيذ.

تتم هذه الكفالة بنفس الشروط في حالة وجود ملحق للصفقة، تصدر عن بنك خاضع للقانون الجزائري أو صندوق ضمان الصفقات العمومية.

حدد مبلغ كفالة حسن التنفيذ بـ خمسة بالمائة (05 %) من المبلغ الأقصى بكل الرسوم للصفقة.

المادة 18 : استرجاع كفالة حسن التنفيذ.

تسترجع كفالة حسن تنفيذ الصفقة كليا في مدة شهر من انقضاء آجال تنفيذ الصفقة، بشرط وفاء المتعامل المتعاقد بكل الالتزامات التعاقدية نحو المصلحة المتعاقدة، و يحرر في هذه الحالة محضر مؤرخ و موقع بين الطرفين.

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة العدل

مؤسسة
أمر بالخدمة رقم: 01./..2022

أمر بالخدمة

باب 34-36*.. المادة وحيدة: *...التغذية.....*

*صفقة رقم 01/ 2020 حصة 01 و الحصة 02 2020 : بتاريخ 2020.01.26
مجددة بتاريخ 2021.01.02

*تأشير المراقب المالي : رقم 748 : بتاريخ 2021.06.06

المؤسسة * ش ذ م م أي أبي أغرو . بجاية * مدعوة لتنفيذ محتوى الصفقة رقم 01/ 2020 مجددة
لسنة 2021

الحصة رقم 01 : المواد الغذائية العامة

الحصة رقم 02 : الحليب ومشتقاته

لفائدة المؤسسة وفقا للموصفات التقنية المنصوص عليها في الصفقة

مبلغ الصفقة الحد الأقصى وبكل الرسوم : 17.081.480.00 دج

مبلغ الصفقة بالحد الأدنى وبكل الرسوم : 15.528.548.34 دج

آجال التنفيذ سنة (01) قابلة للتجديد لسنتين موالييتين

يسري مفعول الأمر بالخدمة هذا ابتداء من تاريخ التبليغ. 2021.06.06

تاريخ التبليغ...2021.06.06

حرر في 2022.05.06

المصلحة المتعاقدة
التوقيع والختم

المتعاقد معه
التوقيع والختم

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة

مؤسسة

الرقم ات ع ب 2021

كشف تفصيلي حول الغرامة عن التأخير

تطبيقا لأحكام المادة 122 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المؤرخ في 2015/09/16 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، يخصوص الفوائد عن التأخير فإن مؤسسة ألزمت المتعامل بدفع فائدة التأخير حسب المدة الزمنية والمفدرة بـ 60 يوما وبنسبة 02% مبلغ الفاتورة وبكل الرسوم 546.000.00 دج خمسمائة وستة وأربعون ألف دينار جزائري

$$\frac{2 \times 60 \times 546.000.00}{360} = \text{الفائدة}$$

المبلغ الإجمالي لغرامة التأخير يقدر بـ : 182.000.00 دج مائة وإثنان وثمانون ألف دينار جزائري

حرر في:

مدير المؤسسة

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة العدل

المديرية العامة:

السيد: مدير مؤسسة

.....

مؤسسة.....

الأمر بالصرف الثانوي

الرقم م إ ت ع ب /...../ 2022/

إلى السيد/

مدير البنك الوطني الجزائري

وكالة بجاية

رفع اليد على كفالة حسن التنفيذ

طبقا لأحكام المادة 134 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15 المؤرخ في 15.09.2015 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية المعدل والمتمم . نحن مدير مؤسسةالأمر بالصرف الثانوي بناء على الإستلام النهائي لصفقة رقم 2020/01 المجددة بمقرر التجديد رقم : 2021/03 بتاريخ: 2021.01.02 للمتعهد ش ذ م م أي أو أبي

أقرو Eurl IEAP AGRO Produit

بمبلغ 17.081.480.00 دج بكل الرسوم كحد أقصى لتموين مطاعم مؤسسة وملحقتها مؤسسة حصة رقم 01 و 02 المواد الغذائية العامة

والحليب ومشتقاته للسنة المالية 2021

وعليه نطلب من سيادتكم رفع اليد على كفالة الضمان طبقا للأحكام المادة المذكورة أنفا للمعني والمقدرة بـ 5% بقيمة 854.074.00 دج (ثمانمائة وأربعة وخمسون ألف وأربعة وسبعون دينار جزائري) إعتبارا من تاريخ الإمضاء على رفع اليد.

حرر في:.....

الأمر بالصرف الثانوي

عين البيضاء في : 2021.07.14

السيد /
العنوان :
الحساب المصرفي رقم :
السيد /
مدير / القرض الشعبي الجزائري
وكالة
وكالة 354 عين البيضاء
لدى : القرض الشعبي الجزائري

الموضوع: طلب كفالة حسن التنفيذ على الإتفاقية

يشرفني أن اطلب من سيادتكم إجراء كفالة الضمان للإتفاقية رقم 03
2019/ المجددة لسنة المالية 2021 مع مؤسسة
بمبلغ إجمالي للإتفاقية بالحد الأقصى وبكل الرسوم 4.128.300.00 دج أربعة ملايين .
ومائة وثمانية وعشرون ألف وثلاثمائة دينار جزائري .طبقا للأحكام المادة 124 من المرسوم
الرئاسي رقم 247/15 الموافق لـ 16 سبتمبر 2015 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية
وتفويضات المرفق العام .
تقبلوا مني أسمى عبارات التقدير والإحترام

ختم وتوقيع الزبون

خطاب ضمان

الذكان:

خطاب ضمان رقم:

التاريخ:

السادة/

السلام عليكم ورحمة الله وبركاته،

حيث أن عملنا السادة /قد تقدموا بمطالعتهم لتفصيل تركيب كميرات مراقبة واجهزة حاسب الآلي

نحن (البنك اسم البنك) نتعهد بموجب هذا تعهداً غير مشروط وغير قابل للنقض بأن ندفع لكم مبلغاً قدره يمثل 1% من قيمة العقد وفقاً لما يلي:

أ) أن ندفع لكم فوراً وبمجرد طلبكم الكتابي وبصرف النظر عن أي اعتراض من المفاوض أو من أي جهة أخرى هذا المبلغ أو أي مبالغ تطلبون دفعها على ألا تتجاوز في مجموعها المبلغ المذكور أعلاه وهو..... وذلك بالتحويل الى حسابكم لدى أي بنك أو بأية طريقة أخرى مقبولة لديكم.

ب) أية مدفوعات تتم بناء على طلبكم ستكون صافية وحالية من وبدون أي خصم حالي أو مستقبلي على سبيل الوفاء بأية ضرائب أو تنقيدات أو رسوم أو نفقات أو أتعاب أو استقطاعات أو حجوزات مهما كانت طبيعتها أو الجهة التي فرضتها.

ج) تشكل التعهدات الواردة في هذا الضمان التزامات أساسية مباشرة علينا غير مشروطة بأي شروط وغير قابلة للنقض. وسوف لن تعفي من كل أو بعض هذه الالتزامات لأي سبب من الأسباب إلا كانت طبيعته أو مصدره مثل التغيير في شروط العقد أو تمديده أو التغيير في مدى أو طبيعة العمل المطلوب إنجازة أو التقصير أو القيام بأي فعل أو اجراء من جانبكم أو من جانب الغير من شأنه أن يعفي أو يخلي طرفنا من التزاماته ومسؤولياته المنصوص عليها في هذا الضمان.

د) يظل هذا الضمان ساري المفعول وناظراً حتى نهاية يوم من شهر سنة ووفق شروط هذا الضمان انه اذا قدمتم لنا

احضاراً كتابياً وموقماً في أو قبل التاريخ المذكور لانتهاء هذا الضمان أو لأي تمديدات لاحقة - وفقاً للشروط - بأن تمدد الضمان، فاننا سوف نقوم:

أ- تمديد هذا الضمان تلقائياً للمدة المطلوبة "على أن لا تتعدى 365 يوماً" من التاريخ الأصلي لانتهاء الضمان أو من تاريخ التمديدات اللاحقة

حسب توضيح تلك المدة في طلب التمديد.

ب- بأن ندفع لكم قيمة الضمان.

البنك

المفوضين بالتوقيع



صندوق ضمان الصفقات العمومية

Caisse de Garantie des Marchés Publics

CAUTION DE RESTITUTION
D'AVANCE FORFAITAIRE
N° /

La Caisse de Garantie des Marchés Publics, par abréviation – C G M P – établissement public à caractère industriel et commercial, créée par décret exécutif n° 98-67 du 21 février 1998, inscrite au registre de commerce sous le n°4105/B/98 dont le siège social est sis :

Rue des Frères BOUADOU, cité financière (ex Ravin de la femme sauvage)

BIR MOURAD RAIS – ALGER -

valablement représentée par Monsieur :
agissant en qualité de Directeur de la Direction Régionale de

En vertu des pouvoirs qui lui ont été conférés par Monsieur le Directeur Général, en date du et dans le cadre des dispositions de l'article 2 alinéa 2 du décret exécutif n°98-67 du 21 février 1998 portant création, organisation et fonctionnement de la CGMP, du décret présidentiel n°02-250 du 24 juillet 2002 portant réglementation des marchés publics et ses textes subséquents.

Connaissance prise du marché n° Conclu en date du

Entre :

ci-après dénommé (e) : maître de l'ouvrage

et l'entreprise :

ci-après dénommée : cocontractant, titulaire du marché.

Visé sous le n° en date du

Pour un montant global de :

ayant pour objet :

Déclare par la personne de son représentant susnommé, qu'elle se porte caution solidaire pour le compte du titulaire du marché sus-indiqué en faveur du maître de l'ouvrage sus-désigné,

pour un montant de

(en lettres)

Représentant% du montant global du marché sus-indiqué.

En faveur du maître de l'ouvrage :

Le montant cautionné couvre la restitution de l'avance forfaitaire accordée par le dit maître de l'ouvrage au titulaire du marché.

En conséquence, et selon le cas, la CGMP paiera au maître de l'ouvrage le montant cautionné s'il est totalement dû par le titulaire du marché ou le reliquat éventuel de l'avance forfaitaire non restituée, si celui-ci n'a pas remplis ses obligations contractuelles et que le marché sus-indiqué est dûment et valablement résilié par le maître de l'ouvrage.



Sous réserve du paragraphe précédent, la CGMP paiera jusqu'à concurrence de la somme garantie ci-dessus mais, dans la limite de ce qui est réellement dû par le débiteur principal : le paiement intervenant sur la base d'une lettre de mise en jeu du cautionnement recommandée avec accusé de réception émanant du maître de l'ouvrage.

Le présent cautionnement entrera en vigueur à la date de sa signature ou à la date d'entrée en vigueur du marché sus - mentionné si elle est ultérieure à celle du présent acte et restera valable jusqu'à sa restitution ou à la présentation de la mainlevée totale et définitive qui devra intervenir lorsque les paiements auront atteint 80% du montant du marché conformément à l'article 71 alinéa 3 du décret présidentiel n°02-250 du 24 juillet 2002.

- Il est par ailleurs entendu que le présent acte de cautionnement est souscrit pour le seul marché tel que désigné ci-dessus et qu'il ne s'étend à aucun avenant qui en modifierait les conditions, notamment, de délai et de prix.

Tout litige éventuel portant sur l'interprétation et/ ou l'exécution du présent contrat de cautionnement sera soumis au tribunal du lieu où doit être introduite l'action contre le débiteur principal que le maître de l'ouvrage s'engage à citer en même temps que la caution, nonobstant le caractère solidaire du présent cautionnement.

Fait à.....le.....

Caisse de Garantie des Marchés Publics
Le Directeur Régional





صندوق ضمان الصفقات العمومية
Caisse de Garantie des Marchés Publics

CAUTION DE RESTITUTION D'AVANCE
SUR APPROVISIONNEMENT
N° /

La Caisse de Garantie des Marchés Publics, par abréviation - C G M P - établissement public à caractère industriel et commercial, créée par décret exécutif n° 98-67 du 21 février 1998, inscrite au registre de commerce sous le n°4105/B/98 dont le siège social est sis :

Rue des Frères BOUADOU, cité financière (ex Ravin de la femme sauvage)
BIR MOURAD RAIS - ALGER -

valablement représentée par Monsieur :
agissant en qualité de Directeur de la Direction Régionale de :

En vertu des pouvoirs qui lui ont été conférés par Monsieur le Directeur Général, en date du et dans le cadre des dispositions de l'article 2 alinéa 2 du décret exécutif n°98-67 du 21 février 1998 portant création, organisation et fonctionnement de la CGMP, du décret présidentiel n°02-250 du 24 juillet 2002 portant réglementation des marchés publics et ses textes subséquents.

Connaissance prise du marché n° Conclu en date du

Entre :

ci-après dénommé (e) : maître de l'ouvrage

et l'entreprise :

ci-après dénommée : cocontractant, titulaire du marché.

Visé sous le n° en date du

Pour un montant global de :

(en lettres)

ayant pour objet :

Déclare par la personne de son représentant susnommé, qu'elle se porte caution solidaire pour le compte du titulaire du marché sus-indiqué en faveur du maître de l'ouvrage sus-désigné, pour un montant de

(en lettres)

Représentant % du montant global du marché sus-indiqué.

En faveur du maître de l'ouvrage :

Le montant cautionné couvre la restitution de l'avance sur approvisionnement accordée par ledit maître de l'ouvrage au titulaire du marché.

En conséquence, et selon le cas, la CGMP paiera au maître de l'ouvrage le montant cautionné s'il est totalement dû par le titulaire du marché ou le reliquat éventuel de l'avance sur approvisionnement non restituée, si celui-ci n'a pas remplis ses obligations contractuelles que le marché a été dûment et valablement résilié par le maître de l'ouvrage.



Siège social : 46, Rue des Frères BOUADOU - Cité Financière (Ex Ravin de la femme Sauvage) - Bir Mourad Rais

Tel : (021) 44 95 88 à 94 / Fax : (021) 44 95 96 - 44 95 85 / E-mail : cgmpr@sonelalg

Direction Régionale Centre : 46, Rue des Frères BOUADOU - Bir Mourad Rais - Alger. Tel : (021) 44 95 80 à 84 / Fax : (021) 44 95 92 / E-mail : cgmpr@sonelalg

Direction Régionale Est : Place KHEMISTI - Constantine. Tel : (051) 64 81 61 - 105 166 11 92 / Fax : (021) 11 11 63 / E-mail : cgmpr@sonelalg

Soit Réserve du paragraphe précédent, la CGMP paiera jusqu'à concurrence de la somme garantie ci-dessus mais, dans la limite de ce qui est réellement dû par le débiteur principal ; le paiement intervenant sur la base d'une lettre de mise en jeu du cautionnement recommandée avec accusé de réception émanant du maître de l'ouvrage.

Le présent cautionnement entrera en vigueur à la date de sa signature ou à la date d'entrée en vigueur du marché sus – mentionné si elle est ultérieure à celle du présent acte et restera valable jusqu'à sa restitution ou à la présentation de la mainlevée totale et définitive qui devra intervenir lorsque les paiements auront atteint 80% du montant du marché conformément à l'article 71 alinéa 5 du décret présidentiel n°02-250 du 24 juillet 2002.

Il est par ailleurs entendu que le présent acte de cautionnement est souscrit pour le seul marché tel que désigné ci-dessus et qu'il ne s'étend à aucun avenant qui en modifierait les conditions, notamment, de délai et de prix.

Tout litige éventuel portant sur l'interprétation et/ ou l'exécution du présent contrat de cautionnement sera soumis au tribunal du lieu où doit être introduite l'action contre le débiteur principal que le maître de l'ouvrage s'engage à citer en même temps que la caution, nonobstant le caractère solidaire du présent cautionnement.

Fait à.....le.....

Caisse de Garantie des Marchés Publics
Le Directeur Régional



- 1. Original pour le maître de l'ouvrage
- 1. Copie à soumettre au soumissionnaire
- 1. Copie pour la CGMP



صندوق ضمان الصفقات العمومية
Caisse de Garantie des Marchés Publics

CAUTION DE BONNE EXECUTION

N° /

La Caisse de Garantie des Marchés Publics, par abréviation - C G M P - établissement public à caractère industriel et commercial, créée par décret exécutif n° 98-67 du 21 février 1998, inscrite au registre de commerce sous le n°4105/B/98 dont le siège social est sis :

Rue des Frères BOUADOU , cité financière (ex Ravin de la femme sauvage)

BIR MOURAD RAIS - ALGER -

valablement représentée par Monsieur :
agissant en qualité de Directeur de la Direction Régionale de :

En vertu des pouvoirs qui lui ont été conférés par Monsieur le Directeur Général, en date du et dans le cadre des dispositions de l'article 2 alinéa 2 du décret exécutif n°98-67 du 21 février 1998 portant création, organisation et fonctionnement de la CGMP, du décret présidentiel n°02-250 du 24 juillet 2002 portant réglementation des marchés publics et ses textes subséquents.

Connaissance prise du marché n° Conclu en date du

Entre :

ci-après dénommé (e) : maître de l'ouvrage

et l'entreprise :

ci-après dénommée : cocontractant, titulaire du marché.

Visé sous le n° en date du

Pour un montant global de :

Ayant pour objet :

Déclare par la personne de son représentant susnommé, qu'elle se porte caution solidaire pour le compte du titulaire du marché sus-indiqué en faveur du maître de l'ouvrage sus-désigné, pour un montant de

(en lettres)

Représentant % du montant global du marché sus-indiqué.

Le montant couvert par le présent cautionnement qui est une garantie financière excluant pour la CGMP toute obligation de faire autre que celle du paiement, couvre les risques de non-exécution des clauses contractuelles du marché pour la période allant de la date de l'ordre de service émis par le maître de l'ouvrage à la date contractuelle de réception provisoire, telle que fixée dans le marché.

Si les clauses du marché prévoient un délai de garantie, ce cautionnement est transformé en cautionnement de garantie pour couvrir les risques de malfaçon ou d'exécution imparfaite des ouvrages pendant la période de garantie telle que fixée dans ce marché.



Siège social : 46, Rue des Frères BOUADOU - Cité Financière (Ex Ravin de la femme Sauvage) - Bir Mourad Rais - Alger.

Tel : (021) 44 95 89 à 84 / Fax : (021) 44 95 86 - 44 95 85 / E-mail : cgmp@winonline.dz

Direction Régionale Centre : 46, Rue des Frères BOUADOU - Bir Mourad Rais - Alger. Tel : (021) 44 95 80 à 84 / Fax : (021) 44 95 82

Direction Régionale Est : Place KHEMISTI - Constantine. Tel : (031) 64 11 60 - (031) 64 11 62 / Fax : (031) 64 11 63 / E-mail : cgmpcst@yahoo.fr

Direction Régionale Ouest : 18, Rue Abdallah SAHRAOUI - Oran. Tel : (041) 40 11 50 - (041) 40 11 09 / Fax : (041) 40 16 19 / E-mail : cgmp-oran@winonline.dz

En conséquence, la CGMP paiera au maître de l'ouvrage la somme dont le titulaire du marché serait débiteur et à concurrence du montant ci-dessus, s'il est dûment constaté, au cours de la durée du marché et au plus tard, à la date de réception définitive fixée au marché, que le titulaire du marché n'a pas rempli totalement ou partiellement ses obligations contractuelles objet du marché ou qu'il les a remplies imparfaitement et le maître de l'ouvrage a valablement et dûment résilié le marché.

Sous réserve du paragraphe précédent, la CGMP paiera jusqu'à concurrence de la somme garantie ci-dessus mais, dans la limite de ce qui est réellement dû par le débiteur principal ; le paiement intervenant sur la base d'une lettre de mise en jeu du cautionnement recommandée avec accusé de réception émanant du maître de l'ouvrage.

Le présent cautionnement entrera en vigueur à compter de la notification de l'ordre de service d'exécuter les travaux ou à défaut à la date de sa signature. Il restera valable jusqu'à sa restitution ou à la présentation de la mainlevée totale et définitive qui devra intervenir au plus tard un mois après la réception définitive.

Il est par ailleurs entendu que le présent acte de cautionnement est souscrit pour le seul marché tel que désigné ci-dessus et qu'il ne s'étend à aucun avenant qui en modifierait les conditions, notamment, de délai et de prix.

Tout avenant portant sur la modification du montant du marché donnera lieu à l'émission d'un acte de cautionnement complémentaire conformément aux dispositions de l'article 34 du décret présidentiel n°02-250 du 24 juillet 2002 portant réglementation des marchés publics.

Tout litige éventuel portant sur l'interprétation et/ ou l'exécution du présent contrat de cautionnement sera soumis au tribunal du lieu où doit être introduite l'action contre le débiteur principal que le maître de l'ouvrage s'engage à citer en même temps que la caution, nonobstant le caractère solidaire du présent cautionnement.

Fait à.....le.....

Caisse de Garantie des Marchés Publics
Le Directeur Régional



- 1. Original pour le maître de l'ouvrage
- 1. Copie à notifier au soumissionnaire
- 1.copie pour la CGMP



صندوق ضمان الصفقات العمومية
Caisse de Garantie des Marchés Publics

CAUTION DE GARANTIE
N° /

La Caisse de Garantie des Marchés Publics, par abréviation – C G M P – établissement public à caractère industriel et commercial, créée par décret exécutif n° 98-67 du 21 février 1998, inscrite au registre de commerce sous le n°4105/B/98 dont le siège social est sis :

Rue des Frères BOUADOU , cité financière (ex Ravin de la femme sauvage)
BIR MOURAD RAIS – ALGER -

valablement représentée par Monsieur :
agissant en qualité de Directeur de la Direction Régionale de

En vertu des pouvoirs qui lui ont été conférés par Monsieur le Directeur Général, en date du et dans le cadre des dispositions de l'article 2 alinéa 2 du décret exécutif n°98-67 du 21 février 1998 portant création, organisation et fonctionnement de la CGMP, du décret présidentiel n°02-250 du 24 juillet 2002 portant réglementation des marchés publics et ses textes subséquents.

Connaissance prise du marché n° Conclu en date du

Entre :

ci-après dénommé (e) : maître de l'ouvrage

et l'entreprise :

ci-après dénommée : cocontractant, titulaire du marché.

Visé sous le n° en date du

Pour un montant global de :

Ayant pour objet :

Déclare par la personne de son représentant susnommé, qu'elle se porte caution solidaire pour le compte du titulaire du marché sus-indiqué en faveur du maître de l'ouvrage sus-désigné, pour un montant de

(en lettres)

Représentant % du montant global du marché sus-indiqué.

Le présent cautionnement couvre les risques de malfaçon ou d'exécution imparfaite par le titulaire du marché, de ses obligations contractuelles au titre du marché, survenant pendant la période de garantie allant de la date du procès-verbal de réception provisoire à celle contractuellement fixée pour le prononcé de la réception définitive.

Par le présent cautionnement, la CGMP, s'engage à payer au maître de l'ouvrage à concurrence du montant garanti les sommes dont le titulaire du marché serait déclaré débiteur au titre du dit marché.



Siège social : 46, Rue des Frères BOUADOU - Cité Financière (Ex Ravin de la Femme Sauvage) - Bir Mourad Rais - Alger.

Tel : (021) 44 95 84 / Fax : (021) 44 95 96 - 44 95 85 / E-mail : cgmp@vsnal.dz

Direction Régionale Centre : 46, Rue des Frères BOUADOU - Bir Mourad Rais - Alger. Tel : (021) 44 95 80-84 / Fax : (021) 44 95 92 / E-mail : cgmpr@vsnal.dz

Direction Régionale Est : Place MIZEMISTI - Constantine. Tel : (031) 64 11 60 - (031) 64 11 62 / Fax : (031) 64 11 63 / E-mail : cgmpe@vsnal.dz

Direction Régionale Ouest : 10, Rue des Frères SAHRAOUI - Oran. Tel : (041) 40 11 30 - (041) 40 11 68 / Fax : (041) 40 98 19 / E-mail : cgmpro@vsnal.dz

Sous réserve du paragraphe précédent, la CGMP paiera jusqu'à concurrence de la somme garantie ci-dessus mais, dans la limite de ce qui est réellement dû par le débiteur principal ; le paiement intervenant sur la base d'une lettre de mise en jeu d cautionnement recommandée avec accusé de réception émanant du maître de l'ouvrage.

Le présent cautionnement entrera en vigueur dès sa signature et demeurera valable jusqu'à sa restitution ou à la présentation de la mainlevée totale et définitive qui devra intervenir au plus tard un mois après la réception définitive.

Tout litige éventuel portant sur l'interprétation et/ ou l'exécution du présent contrat de cautionnement sera soumis au tribunal du lieu où doit être introduite l'action contre le débiteur principal que le maître de l'ouvrage s'engage à citer en même temps que la caution, nonobstant le caractère solidaire du présent cautionnement.

Fait à.....le.....



- 1. Original pour le maître de l'ouvrage
- 1. Copie à notifier au soumissionnaire
- 1 copie pour la CGMP

الملحق رقم: 10

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة

المديرية العامة

مؤسسة

الرقم م ا ت ع ب 2022

قرار فسخ الصفقة من جانب واحد

إن الأمر بالصرف الثانوي لمؤسسة

ذكر جميع القوانين المتعلقة بالمحاسبة العمومية مع ذكر بنود الصفقة الأمر بالخدمة....الخ

- القانون رقم 08-04 المؤرخ في 14/08/2004 المتعلق بشروط ممارسة الأنشطة التجارية، المعدل والمتمم.
- القانون رقم 02-04 المؤرخ في 23/06/2004 المحدد لقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المعدل والمتمم.
- القانون رقم 10-05 المؤرخ في 20/06/2005 المعدل والمتمم للأمر 75-58 المؤرخ في 26/09/1975 المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم.
- القانون رقم 01-06 المؤرخ في 20/02/2006 المتعلق بالوقاية من الفساد و مكافحته المعدل والمتمم.
- القانون رقم 03-09 المؤرخ في 25/02/2009 المتعلق بالقواعد العامة لحماية المستهلك و قمع الغش.
- الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 08/06/1966 المتضمن قانون العقوبات، المعدل والمتمم.
- الأمر رقم 95-07 المؤرخ في 25/01/1995 المتعلق بالتأمينات، المعدل و المتمم.
- الأمر رقم 03-03 المؤرخ في 19/07/2003 المتعلق بالمنافسة المعدل و المتمم.
- المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المؤرخ في 16/09/2015 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.
- المرسوم التنفيذي رقم 05-484 المؤرخ في 22/12/2005 المتعلق بالوسم وكيفية عرض المواد الغذائية .
- المرسوم التنفيذي 91-53 المتعلق بشروط النظافة للمواد الغذائية الموجه للإستهلاك.
- المرسوم التنفيذي رقم 96-132 المؤرخ في 13 أفريل 1996 المتضمن تحديد أسعار الدقيق و الخبز في مختلف مراحل التوزيع
- المرسوم التنفيذي 05-468 المتعلق بطرق تحرير الفاتورة، وصل التحويل، وصل التسليم، والفاتورة.
- المرسوم التنفيذي رقم 11-108 المؤرخ في 06 مارس 2011 الذي يحدد السعر الأقصى عند الاستهلاك وكذا هوامش الربح القصوى عند الإنتاج والاستيراد وعند التوزيع بالجملة والتجزئة لمادتي الزيت الغذائي المكرر العادي و السكر الأبيض .

- المرسوم التنفيذي رقم 13-378 المؤرخ في 09 نوفمبر 2013 الذي يحدد شروط و الكيفيات المتعلقة بإعلام المستهلك.
- القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 1994/01/08 المتعلق بنوعية الفواكه و الخضر الطازجة الموجهة للاستهلاك و عرضها.
- القرار المؤرخ في 1999/11/21 المتعلق بدرجات الحرارة و أساليب الحفظ بواسطة التبريد و التجميد أو التجميد المكثف للمواد الغذائية،
- القرار مؤرخ في 1996/07/15، يحدد خصائص وضع الدمغات على لحوم القصابة الموجهة للاستهلاك و عرضها.
- القرار الوزاري المؤرخ في 27 أكتوبر 1999، المعدل و المتمم، المتعلق بمواصفات مسحوق الحليب الصناعي شروط و عرضه و حيازته، و استعماله و تسويقه و كيفيات ذلك، الصادر عن وزارة التجارة.
- القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 2014/03/17 الذي يتضمن المصادقة على النظام التقني الذي يحدد القواعد المتعلقة بالمواد الغذائية "حلال
- صفقة رقم 2021/01 بتاريخ
- تأشيرة المراقب المالي رقم...../2021 بتاريخ
- أمر بالخدمة رقم/2021 بتاريخ.....

يقرر ماييلي

- المادة الأولى :** تفسخ الصفقة من جانب واحد المبرمة ما بين مؤسسة و المتعامل ش ذ م م باتنة المسجلة تحت رقم 2021/01 بتاريخ 2021.03.02 و المتضمنة تزويد مؤسسة بالمواد الغذائية بمبلغ إجمالي لصفقة و بكل الرسوم 14.128.000 دج لسنة المالية 2021
- المادة الثانية:** بيان الكشف الإجمالي لصفقة
- الحد الأدنى خارج الرسوم بالدينار الجزائري:.....
- الحد الأقصى خارج الرسوم بالدينار الجزائري:.....
- الحد الأدنى بكل الرسوم بالدينار الجزائري:.....
- الحد الأقصى بكل الرسوم بالدينار الجزائري:.....
- المادة الثالثة :** يتحمل المتعهد كل النفقات الناجمة عن قرار الفسخ بما في ذلك مصاريف النشر و الإشهار الخسائر المترتبة عن إعادة الإجراءات الإدارية و الأعباء المترتبة عن التأخير حسب دفتر الشروط
- المادة الرابعة :** يتم حجز كفالة الضمان و لا يحق للمتعهد المطالبة بها
- المادة الخامسة** يكلف السادة رئيس قسم الميزانية و المحاسب بالتنفيذ هذا القرار كل في حدود إختصاصه.

الأمر بالصرف الثانوي

République Algérienne Démocratique Et Populaire

Ministère de l'urbanisme et de la ville

Direction Des Equipements Publique

Wilaya D'Oum El Boughi

Service De Gestion et Suivi des

Opérations Réalisées

MISE EN DEMEURE N°01

LE BURAUX D'ETUDE [REDACTED] AIN BEIDA RUE 16 HAMDY ALI TITULAIRE D'UN ARCHE D'ETUDE N°12/2015 DU 18/01/2015 ET UN DELAIS D'ETUDE DE 60 JOURS ETV UN ORDRE DE SERVICE N°01 EN DATE DU 16/04/2016 RELATIF A L'ETUDE D'UN HOPITAL 240 LITS A OUM EL BOUAGHI EST MISE EN DEMEUR NOTIFIER L'ORDRE DE SERVICES DE REMISE DANS UN DELAIS DE (72 HEURES DE LA DATE PREMIERE PARUTION DE LA PRESENTE MISE EN DEMEURE AU PRESSE NATIONALE LE BULLETIN OFFICIEL DES MARCHE DE L'OPERATION PUBLIC (BOMOP).

DANS LE CONTRAIRE DES MESURES COERCITIVES SERONT PRISE A L'ENCONTRE DE VOTRE BURAUX D'ETUDE.

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة السكن والعمران والمدينة

مديرية التجهيزات العمومية
لولاية ام البواقي

إعذار رقم 01

يوجه هذا الإعذار [REDACTED] الكائن مقره بـ 16 شارع حمدي علي - عين البيضاء-أم البواقي والحائز على الصفقة رقم 2015/12 بتاريخ 2015/04/16 بمدة (60) يوما والمتعلق بدراسة مستشفى 240 سرير بأم البواقي بمبلغ 38.824.754.95 دج وتحت أمر الخدمة الخاص بالدراسة رقم 56/م ت ع 2015/ بتاريخ 2015/04/16، وهذا من اجل التأشير على أمر الخدمة الخاص باستئناف الدراسة وذلك في أجل أقصاه (72) ساعة من تاريخ أول صدور في الصحف الوطنية والنشرة الرسمية للمتعاقد العمومي ، وفي حالة عدم الاستجابة لهذا الإعذار سوف يتم اتخاذ الإجراءات الردعية في حقك مكتب دراساتكم طبقا للقوانين السارية المفعول .



الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

الوزير الأول

إلى
السيدات والسادة أعضاء الحكومة
وللتبليغ إلى
السيدات والسادة الولاة

13 نونبر 2020

رقم:163.....و.أ.

الموضوع: بخصوص التخفيف من آثار تدابير الوقاية من وباء كورونا فيروس "كوفيد.19" ومكافحته، على الأداة الوطنية للإنتاج.

إن الحكومة، وعيا منها بمسؤولية الحفاظ على النسيج الصناعي المنوطة بها، قد اتخذت جملة من التدابير ذات الطابع الجبائي وشبه الجبائي والقروض البنكية، بغرض دعم المؤسسات التي تكابد صعوبات على إثر الأزمة الصحية التي تواجهها بلادنا.

غير أن تطورات الوضعية الصحية المرتبطة بوباء "كوفيد.19" والآثار الناجمة عن تدابير الوقاية من هذا الوباء ومكافحته، قد أثرت سلبا على الأداة الوطنية للإنتاج، التي تعاني بشدة من وطأة تراجع نشاطها جراء التأخر في تموينها بالمعدات والمواد الأولية وعدم توفر اليد العاملة بسبب التعليق المؤقت لوسائل النقل.

وفي هذا السياق، وحرصا على عدم تضرر المؤسسات التي وجدت نفسها أمام استحالة ضمان إنجاز الأشغال والخدمات المقررة، فقد تقرر تطبيق أحكام المادة 147 من المرسوم الرئاسي رقم 247.15 المؤرخ في 10 سبتمبر 2015، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، التي تنص على تعليق الأجال التعاقدية وعدم فرض العقوبات المالية بسبب التأخير، ضمن الحدود المسطرة في أوامر توقيف واستئناف الخدمات التي تتخذها نتيجة ذلك المصلحة المتعاقدة.

وعليه، فإنه بالنسبة لجميع الصفقات العمومية للدولة، والجماعات المحلية والهيئات والمؤسسات العمومية، لن يتم تطبيق عقوبات التأخير، ابتداء من تاريخ نشر المرسوم التنفيذي رقم 69.20 المؤرخ في 21 مارس 2020، المتعلق بتدابير الوقاية من انتشار وباء كورونا فيروس "كوفيد.19" ومكافحته.

وجدير بالتوضيح أن المادة 147 من نظام الصفقات العمومية، يجب أن تطبق بطبيعة الحال، من قبل أصحاب المشاريع، بناء على طلب من المؤسسات الشريكة المتعاقدة.

2

من جهة أخرى وقصد تخفيف الأثار المالية لهذه الأزمة على مؤسسات الإنجاز العمومية والخاصة، وعلى التشغيل، يكلف السيد وزير المالية برصد اعتمادات الدفع وعمليات إعادة التقييم الضرورية لتسديد الديون المستحقة لهذه المؤسسات بعنوان الطلبية العمومية، وتبليغها إلى مختلف أصحاب المشاريع، تحت طابع استعجالي.

وأخيرا، ستستمر الحكومة في دراسة كافة السبل والوسائل الكفيلة بالرد على الصعوبات التي تواجهها المؤسسات الجزائرية بفعل الأزمة الصحية.

وانني أولى بالغ الأهمية للتطبيق الصارم والعاجل لهذه التعليمات،

الوزير الأول

عبد العزيز جراد



نسخة إلى:
- السيد رئيس الجمهورية (على سبيل عرض حال).

الفهرس:

01.....	مقدمة
11.....	الباب الأول: الجزاءات المالية
12.....	الفصل الأول: الغرامة التأخيرية
12.....	المبحث الأول: ماهية الغرامة التأخيرية
12.....	المطلب الأول: مفهوم الغرامة التأخيرية
12.....	الفرع الأول: تعريف الغرامة التأخيرية
13.....	أولاً: تعريف الغرامة التأخيرية لغة
13.....	ثانياً تعريف الغرامة التأخيرية فقهاً
14.....	الفرع الثاني: الطبيعة القانونية للغرامة التأخيرية
14.....	الاتجاه الأول: الغرامة التأخيرية تعويضات جزافية
16.....	الإتجاه الثاني: الغرامة التأخيرية جزاء اتفاقي
17.....	المطلب الثاني: المصدر القانوني للغرامة التأخيرية
18.....	الفرع الأول: الأساس التعاقدية للغرامة التأخيرية
20.....	الفرع الثاني: الأساس غير التعاقدية للغرامة التأخيرية
22.....	المطلب الثالث: خصائص الغرامة التأخيرية وتمييزها عما يشبهها من المفاهيم
22.....	الفرع الأول: خصائص الغرامة التأخيرية
22.....	أولاً: اتفاقية
24.....	ثانياً: تلقائية
25.....	ثالثاً: تطبق بقرار إداري
28.....	رابعاً: الغرامة التأخيرية مرنة
29.....	الفرع الثاني: تمييز الغرامة التأخيرية عن المفاهيم المشابهة لها
29.....	أولاً: الغرامة التأخيرية والشرط الجزائي
31.....	ثانياً: الغرامة التأخيرية والغرامة التهديدية
33.....	ثالثاً: الغرامة التأخيرية والغرامة الجزائية

- 34..... رابعا: الغرامة التأخيرية والتعويض
- 36..... المبحث الثاني: النظام القانوني للغرامة التأخيرية
- 36..... المطلب الأول: شروط فرض الغرامة التأخيرية وكيفية حسابها
- 36..... الفرع الأول: شروط توقيع الغرامة التأخيرية
- 36..... أولا: أن يكون سبب التأخر راجع للمتعاقد
- 37..... ثانيا: أن يكون المتعاقد قد تأخر في آجال التنفيذ
- 41..... ثالثا: وجوب الاعذار
- 43..... رابعا: وجود نص في الصفة العمومية
- 43..... خامسا: وجود ضرر
- 45..... الفرع الثاني: حساب الغرامة التأخيرية
- 45..... أولا: حالات حساب الغرامة التأخيرية
- 46..... ثانيا: طريقة حساب الغرامة التأخيرية
- 48..... المطلب الثاني: طرق تحصيل الغرامة التأخيرية والإعفاء منها
- 49..... الفرع الأول: طرق تحصيل الغرامة التأخيرية
- 50..... أولا: التأمين النهائي المودع من طرق المتعاقد مع الجهة الإدارية
- 50..... ثانيا: خطاب الضمان
- 50..... ثالثا: الحق في الحبس أو الحجز
- 51..... الفرع الثاني: الإعفاء من الغرامة التأخيرية
- 51..... أولا: اعتبارات الإعفاء من الغرامة التأخيرية
- 52..... ثانيا: حالات الإعفاء من الغرامة التأخيرية
- 66 خلاصة الفصل الأول**
- 67..... الفصل الثاني: مصادرة التأمين والتعويض**
- 67..... المبحث الأول: مصادرة التأمين
- 68..... المطلب الأول: ماهية مصادرة التأمين
- 68..... الفرع الأول: مفهوم مصادرة التأمين

- 68.....أولاً: تعريف مصادرة التأمين.
- 70.....ثانياً: الطبيعة القانونية لمصادرة التأمين.
- 71.....الفرع الثاني: خصائص مصادرة التأمين وتمييزه عن الجزاءات المالية الأخرى...
- 72.....أولاً: خصائص مصادرة التأمين.
- 76.....ثانياً: تمييز مصادرة التأمين عن الجزاءات المالية الأخرى.
- 79.....الفرع الثالث: أنواع التأمينات.
- 79.....أولاً: التأمين الابتدائي.
- 81.....ثانياً: التأمين النهائي.
- 86.....ثالثاً: مبلغ التأمين النهائي.
- 88.....المطلب الثاني: أدوات دفع التأمين النهائي.
- 88.....الفرع الأول: خطاب الضمان.
- 88.....أولاً: تعريف خطاب الضمان.
- 89.....ثانياً: أطراف خطاب الضمان.
- 90.....ثالثاً: خصائص خطاب الضمان.
- 93.....الفرع الثاني: الكفالة المصرفية.
- 94.....أولاً: تعريف الكفالة المصرفية وأطرافها.
- 95.....ثانياً: خصائص الكفالة المصرفية.
- 95.....ثالثاً: قواعد وأحكام قبول الكفالة المصرفية.
- 96.....رابعاً: التمييز بين خطاب الضمان والكفالة المصرفية.
- 98.....المطلب الثالث: أدوات دفع التأمين النهائي.
- 100.....الفرع الأول: البنوك.
- 100.....أولاً: تعريف البنك.
- 100.....ثانياً: أنواع البنوك.
- 102.....الفرع الثاني: صندوق ضمان الصفقات العمومية.
- 105.....أولاً: تنظيم صندوق ضمان الصفقات العمومية.

106.....	ثانيا: مهام صندوق ضمان الصفقات العمومية.
107.....	ثالثا: آليات عمل صندوق ضمان الصفقات العمومية.
109.....	المبحث الثاني: التعويض
109.....	المطلب الأول: الإطار المفاهيمي للتعويض
110.....	الفرع الأول: تعريف التعويض وطبيعته القانونية.
110.....	أولا: تعريف التعويض.
111.....	ثانيا: الطبيعة القانونية للتعويض في الصفقات العمومية.
114.....	الفرع الثاني: أنواع التعويض.
115.....	أولا: التعويض الإتفاقي.
115.....	ثانيا: التعويض القانوني.
116.....	ثالثا: التعويض القضائي.
116.....	الفرع الثالث: التمييز بين التعويض وما يشبهه من المفاهيم.
116.....	أولا: التمييز بين التعويض في القانون الإداري والتعويض المدني.
117.....	ثانيا: التمييز بين التعويض وغرامة التأخير.
118.....	المطلب الثاني: شروط التعويض وتحصيله.
119.....	الفرع الأول: الشروط العامة.
119.....	أولا: الخطأ.
122.....	ثانيا: الضرر.
124.....	ثالثا: العلاقة السببية بين الخطأ والضرر.
125.....	الفرع الثاني: الشروط الخاصة.
125.....	أولا: الإعذار.
127.....	ثانيا: عدم إمكانية التنفيذ العيني.
128.....	الفرع الثالث: تحصيل التعويض.
128.....	أولا: عناصر تقدير التعويض.
130.....	ثانيا: طرق تحصيل التعويض.

- المطلب الثالث: الإعفاء من التعويض.....130
- الفرع الاول: القوة القاهرة.....131
- أولاً: تعريف القوة القاهرة.....131
- ثانياً: شروط القوة القاهرة.....133
- الفرع الثاني: فعل الإدارة.....134
- أولاً: نظرية فعل الأمير.....134
- ثانياً: خطأ الإدارة.....137
- الفرع الثالث: فعل الغير.....138
- أولاً: تعريف فعل الغير.....138
- ثانياً: شروط فعل الغير.....138
- 140..... خلاصة الفصل الثاني**
- 141..... الباب الثاني: الجزاءات غير المالية**
- 142..... الفصل الأول: التنفيذ العيني (الجزاءات الضاغطة)**
- المبحث الأول: سحب العمل من المقاول.....142
- المطلب الأول: مفهوم سحب العمل من المقاول.....143
- الفرع الأول: تعريف سحب العمل من المقاول.....143
- أولاً: تعريف صفة الأشغال العامة.....143
- ثانياً: تعريف سحب العمل من المقاول.....146
- ثالثاً: الطبيعة القانونية لسحب العمل من المقاول.....149
- الفرع الثاني: شروط سحب العمل من المقاول.....150
- أولاً: الخطأ الجسيم.....151
- ثانياً: الإعذار.....151
- ثالثاً: صدور قرار الإدارة.....152
- المطلب الثاني: حالات سحب العمل من المقاول وآثار السحب.....153
- الفرع الأول: حالات سحب العمل من المقاول.....153

154.....	أولاً: حالات الخطأ الجسيم
162.....	ثانياً: حالات غير الخطأ الجسيم
164.....	الفرع الثاني: آثار سحب العمل من المقاول
164.....	أولاً: سحب العمل إجراء عارض ومؤقت
167.....	ثانياً: تنفيذ الأشغال على حساب المتعاقد
169.....	ثالثاً: نهاية سحب العمل من المقاول
171.....	المبحث الثاني: الشراء على حساب المورد
172.....	المطلب الأول: مفهوم الشراء على حساب المورد
172.....	الفرع الأول: تعريف الشراء على حساب المورد
172.....	أولاً: تعريف صفقة التوريد
175.....	ثانياً: تعريف الشراء على حساب المورد
176.....	الفرع الثاني: الطبيعة القانونية للشراء على حساب المورد
178.....	المطلب الثاني: شروط الشراء على حساب المورد وآثاره
178.....	الفرع الأول: شروط الشراء على حساب المورد
178.....	أولاً: الخطأ الجسيم
182.....	ثانياً: الإعذار
183.....	ثالثاً: صدور قرار الإدارة
183.....	الفرع الثاني: آثار الشراء على حساب المورد
184.....	أولاً: حلول الإدارة محل المورد في تنفيذ العقد
185.....	ثانياً: بقاء العقد قائماً ولا ينتهي
185.....	ثالثاً: تحمل المورد كافة النتائج المالية المترتبة على الشراء على حسابه
188.....	خلاصة الفصل الأول
189.....	الفصل الثاني: الفسخ الجزائي
189.....	المبحث الأول: الإطار المفاهيمي للفسخ الجزائي
190.....	المطلب الأول: تعريف الفسخ الجزائي وأساسه القانوني

190.....	الفرع الأول: تعريف الفسخ الجزائي
190.....	أولاً: التعريف اللغوي
190.....	ثانياً: التعريف الفقهي
191.....	الفرع الثاني: الأساس القانوني للفسخ الجزائي
191.....	أولاً: على مستوى الفقه الإداري
192.....	ثانياً: على مستوى القضاء الإداري
193.....	المطلب الثاني: الطبيعة القانونية للفسخ الجزائي وتمييزه عما يشبهه من المفاهيم...
193.....	الفرع الأول: الطبيعة القانونية للفسخ الجزائي
193.....	أولاً: تطبيق قواعد القانون المدني على الفسخ الجزائي
194.....	ثانياً: تطبيق أحكام النظام العام على الفسخ الجزائي
196.....	ثالثاً: الآثار القانونية المترتبة على اعتبار الفسخ الجزائي من النظام العام
197.....	الفرع الثاني: تمييز الفسخ الجزائي عما يشبهه من المفاهيم
197.....	أولاً: التمييز بين الفسخ الجزائي والفسخ المدني
201.....	ثانياً: التمييز بين الفسخ الجزائي والفسخ للمصلحة العامة
208.....	ثالثاً: التمييز بين الفسخ الجزائي وإسقاط الالتزام
213.....	المبحث الثاني: أنواع الفسخ الجزائي وشروطه وآثاره:
213.....	المطلب الأول: أنواع الفسخ الجزائي
214.....	الفرع الأول: تقسيم الفسخ الجزائي حسب النص عليه
214.....	أولاً: الفسخ الجزائي المنصوص عليه
216.....	ثانياً: الفسخ الجزائي غير المنصوص عليه
217.....	الفرع الثاني: تقسيم الفسخ الجزائي حسب جسامته
317.....	أولاً: الفسخ الجوازي
219.....	ثانياً: الفسخ على حساب ومسؤولية المتعاقد
223.....	المطلب الثاني: شروط الفسخ الجزائي وآثاره
223.....	الفرع الأول: شروط الفسخ الجزائي

223.....	أولاً: الخطأ الجسيم.....
227.....	ثانياً: الاعذار.....
233.....	ثالثاً: صدور قرار الفسخ من الإدارة.....
236.....	الفرع الثاني: آثار الفسخ الجزائي.....
236.....	أولاً: الآثار المشتركة لأنواع الفسخ.....
238.....	ثانياً: آثار الفسخ الجزائي البسيط.....
240.....	ثالثاً: آثار الفسخ الجزائي على حساب المتعاقد.....
242.....	خلاصة الفصل الثاني.....
243.....	الخاتمة.....
247.....	قائمة المصادر والمراجع.....
274.....	الملاحق.....
294.....	الفهرس.....

الملخص:

يلتزم المتعامل المتعاقد بتنفيذ التزاماته في الصفقة العمومية ، ويعتبر أي إخلال منه مساسا بالمرفق العام والمصلحة العامة، ولمواجهة ذلك منح القانون للمصلحة الإدارية المتعاقدة سلطة توقيع الجزاءات الإدارية عليه، هذه الأخيرة التي تختلف بحسب نوع الخطأ الذي ارتكبه المتعاقد وجسامته، فنجد الجزاءات المالية التي تنصب على الذمة المالية للمتعاقد وتتمثل في الغرامة التأخيرية ومصادرة التأمين والتعويض، من جهة أخرى نجد نوع ثاني من الجزاءات التي لا تمس الذمة المالية للمتعاقد لكنها تهدد مركزه التعاقد في الصفقة العمومية والتي قد تصل الى حد الاستغناء عنه نهائيا، هذه الجزاءات تتمثل في الجزاءات الضاغطة و الفسخ الجزائي للصفقة العمومية.

الكلمات المفتاحية:

الصفقة العمومية-الجزاءات الإدارية-خطأ المتعامل المتعاقد-الجزاءات المالية-الفسخ الجزائي-التنفيذ العيني.

The Summary :

the contractor committes to execute the public transaction, and Any breach of it shall be deemed to be prejudicial ,and In order to counteract this, the law confers on the contracting administrative interest the power to impose administrative sanctions on it . The latter, which differs according to the type and gravity of the contractor's error, We find The financial penalties that are based on the contractor's

financial penalties, namely, the late fine, the confiscation of insurance and compensation, on another level, we find a second type of sanctions that do not affect the financial disclosure of the contractor, but threaten its contractual position in the public transaction and may amount to a definitive dispensation.

These sanctions consist of pressure sanctions and the penal dissolution of the public transaction.

Keywords:

Public transaction - administrative sanctions-contractor's error- financial sanction
- punitive dissolution - execution in kind.

