# سلطة الإدارة في توقيع جزاء سحب العمل من المقاول في صفقة الأشغال العامة في التشريع الجزائري

# The authority of the administration in application of the withdrawal sanction of the contractor's work in the public contract in Algerian legislation

**طالبة الدكتوراه/ صوفية عباد**
**جامعة العربي التبسي تبسة، الجزائر**
abbad_droit@yahoo.com

تاريخ الاستلام: 2018 /02/12 تاريخ القبول للنشر: 2018/05/17

❖❖❖❖❖❖

**ملخّص:**

جزاء سحب العمل من المقاول هو إجراء من إجراءات الضغط توقعه الإدارة في حالة وجود تقصير أو خطأ جسيم من طرف المقاول، وعدم تنفيذه للأوامر المصلحية وتطبقه بإرادتها المنفردة دون اللجوء إلى القضاء، وقيامها بتنفيذ الأشغال على مسؤولية المقاول المقصر وحسابه، غير أن هذه السلطة التقديرية ليست مطلقة في مواجهة المقاول لحد قد يضر بمصالحه وحقوقه في مقابل ذلك وضعت ضمانات لحماية المقاول من تعسف الإدارة وذلك بإعذاره قبل توقيع الجزاء عليه، وخضوع قرار الجزاء للرقابة من زوايتي المشروعية والملائمة.

**كلمات المفتاحية:** خطأ جسيم، الإعذار، المشروعية.

***Abstract:***

*The penalty of taking the work form the contractor is a procedure of pressure done by the administration in the case of a failure or a serious misconduct by the contractor, and not execute of the service orders, And applied by its unilateral will, without recourse to justice, and carrying out the work on the responsibility of the contractor and his account, but this authority of appreciation is not absolute to face the contractor to the extent that may damage his interests and rights, in return for that, it set up grantees to protect the contractor from the administration's abuse; by warning him before executing the penalty and the submission of the penalty decision to the control from two angles of the legitimacy and suitability.*

***key words:*** *serious misconduct, notice, legitimacy.*

## مقدّمة:

تلجأ الإدارة في سبيل تنفيذها لخطتها الاقتصادية والاجتماعية إلى إبرام الصفقات العمومية. وفي محيط هذه الصفقات تشغل صفقة الأشغال العامة أهمية بارزة تستطيع الدولة من خلالها تنفيذ مشروعاتها العامة وتأمين استمرار المرافق العامة وتحقيق الصالـح العام.

ومن أجل صيانة هذا الأخير، أعطيت الإدارة سلطة تتمتع بها تجاه المقاول المتعاقد معها هي سلطة توقيع جزاء سحب العمل منه في حالة ما إذا اخل بالتزاماته، الواقعة عليه بموجب الصفقة العمومية. وتخضع هذه الجزاءات للسلطة التقديرية للإدارة غير أن هذه السلطة ليست مطلقة في مواجهة المقاول لحد ق

ومن هنا تبرز أهمية موضوع البحث في إيضاح شروط سحب العمل من المقاول، والحالات التي يجوز فيها توقيع هذا الجزاء، والآثار القانونية المترتبة عليه، وذلك بهدف تحقيق المنفعة العامة مع توضيح الضمانات التي يكفلها القانون لحماية المقاول في حالة توقيع المصلحة المتعاقدة لهذا الجزاء، مما يشجع المقاول للتعاقد معها.

وللوصول إلى النتائج المرجوة في بحثنا فقد اعتمدت على المنهج التحليلي التي يقوم على تحليل النصوص القانونية للمرسوم الرئاسي 15-247 المؤرخ في 16 ديسمبر 2015 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

ودفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال بوزارة تجديد البناء والأشغال العمومية والنقل المؤرخ في 21 نوفمبر1964.

وإزاء ذلك كله تبرز لنا الإشكالية التالية: إلى أي مدى يمكن للقاضي الإداري ضمان حماية المقاول من سلطة المصلحة المتعاقدة في ممارستها لجزاء سحب العمل من جهة، ومدى توفير الحماية للمقاول من تعسف سلطة الإدارة في توقيع جزاء سحب العمل من جهة أخرى؟

للإجابة على هذه التساؤل المزدوج اعتمدت الباحثة على خطة مقسمة إلى مبحثين:

**المبحث الأول:** ماهية جزاء سحب العمل من المقاول في صفقة الأشغال العامة.

**المبحث الثاني:** ضمانات المقاول تجاه الإدارة في حالة سحب العمل منه

## المبحث الأول

## ماهية سحب العمل في صفقة الأشغال العامة

جزاء سحب العمل من المقاول في صفقة الأشغال العامة، قد عرف عند اليونان وفي القانون المدني الفرنسي القديم، إلا أنه كان على شكل الشرط الجزائي، حيث أن نظرية الجزاءات بصفة عامة وسحب العمل من المقاول بصفة خاصة(1) لم يكن معروفا حيث لم يظهر إلاّ مع نشأة مجلس الدولة، فقد نص عليه المشرع الجزائري في دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على الصفقات المتعلقة بوزارة تجديد البناء والأشغال العمومية والنقل في المادة 35 ضمن التدابير القسرية. ومن أجل الإلمام بماهية

جزاء سحب العمل من المقاول في مجال صفقات الأشغال العامة، لا بد من التطرق لتعريفه وتحديد طبيعته القانونية (المطلب الأول)، ثم حالاته وأثاره المترتبة عليه (المطلب الثاني):

**المطلب الأول: تعريف جزاء سحب العمل من المقاول وتحديد طبيعته القانونية**

الجزاء بصفة عامة هو الأثر الذي يرتبه القانون على مخالفة أحكامه ويستهدف ضمان احترامها. وإذا كان سحب العمل من المقاول هو أحد الجزاءات الضاغطة المؤقتة، والهدف منه المحافظة على سير المرفق العام بانتظام واطراد فينبغي التعرض لتعريفه في (الفرع الأول)، وتحديد طبيعته القانونية في (الفرع الثاني)

**الفرع الأول: تعريف جزاء سحب العمل من المقاول في صفقة الأشغال العامة**

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

**أولاً- المحاولات الفقهية لتعريف جزاء سحب العمل من المقاول:**

عرفه الأستاذ عبد المجيد محمد فياض بأنه: "أن تحل الإدارة محل المقاول المقصر في تنفيذ أعماله، وقيامها بتنفيذ العمل بنفسها على حسابه، وتعهد إلى الغير بتنفيذ هذه الأعمال لإنجاز العمل"[(2)].

وعرفه فقهاء آخرون على النحو التالي:

"يقصد بجزاء سحب العمل من المقاول، أن تجبر الإدارة المتعاقد معها، إذا أخل بتنفيذه أو عدم تنفيذه على الوجه المطلوب، بأن تسحب منه العمل وتحل محله في إدارته أو تعهد به إلى غيره"[(3)].

"سحب العمل من المقاول وهو عبارة عن جزاء، توقعه الإدارة في أثناء تنفيذ عقود الأشغال العامة بمقتضاه تحل الإدارة نفسها محل المقاول المقصر عن تنفيذ التزاماته، أو المتباطئ في أدائها، أو أن تعهد إلى غيره بتنفيذ الأعمال، وذلك على حساب المقاول وتحت مسؤوليته"[(4)].

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

عرفته المحكمة الإدارية العليا بمصر في قرارها الصادرة بتاريخ: 22-04-1961 طعن رقم 1137 بأنه: "جزاء من الجزاءات التي تملك جهة الإدارة ممارستها، فهي وسائل ضغط وإجراءات قهرية يبررها أن العقود الإدارية يجب أن تنفذ بدقة لأن سير المرافق العامة يقتضي ذلك"[(5)].

كما عرفته محكمة القضاء الإداري المصرية في قرارها الصادر بتاريخ 9-12-1956 المجموعة في 35 عاما من 1926-1961 بأنه: "عندما يخل المقاول في تنفيذ التزاماته التعاقدية أو يتراخي في تنفيذها، فإن الإدارة لها من الإجراءات التي تكفي ضمان تنفيذ الأشغال لتأمين سير المرافق العامة. وعلى هذا الأساس فإن الإدارة تستطيع أن تحل بنفسها محل المقاول المقصر في إنجاز العمل أو أن تعهد به إلى مقاول أخر لتنفيذه"[(6)].

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

**ثانياً- التعريف التشريعي لجزاء سحب العمل من المقاول:**

عرف المشرع الجزائري جزاء سحب العمل من المقاول في المادة 35 الفقرة 03 من دفتر الشروط الإدارية والعامة المطبق على صفقات الأشغال الخاصة بوزارة تجديد البناء والأشغال العمومية والنقل: "... إذا لم ينفذ المقاول المقتضيات المفروضة يجوز للمهندس الرئيس، باستثناء حالة الاستعجال بعد عرض المسألة على الوزير، أن يأمر بإجراء النظام المباشر...".

استعمال المشرع الجزائري عبارة إجراء النظام المباشر بدلا من مصطلح الوضع تحت الإدارة المباشرة، يمكن أن يفهم منه أنه نظام الاستغلال المباشر، الذي يعتبر أسلوبا من أساليب إدارة المرفق العام، بمقتضاه تتولى السلطة الإدارية بنفسها إدارة المرفق العام، عن طريق موظفيها وتحت مسؤوليتها وبواسطة أموالها. أما الوضع تحت الإدارة المباشرة فهو أحد الجزاءات الضاغطة التي تفرضها الإدارة على المتعاقد المخل في تنفيذ التزامه، وبموجبه تحل الإدارة في تنفيذ الأشغال على حسابه وتحت مسؤوليته.

يرى(جيز)[(7)]، إن عبارة( Miss on regime) أي الوضع تحت الإدارة المباشرة لا تحتوي على المعنى الدقيق لهذا الجزاء. فعندما تعهد الإدارة للمتعاقد تنفيذ أعمال طارئة غير منصوص عليها، في العقد وبشروط أخرى يقال عند ذلك كأن هذه الإعمال قد تم القيام بها بالإدارة المباشرة من قبل المتعاقد وبسعر خاص. وفي هذه الحالة لا يوجد أي خطأ من جانب المتعاقد يستوجب توقيع الجزاء عليه، إذ هو بإرادته يقوم بهذه الأعمال. أما في حالة رفض المتعاقد تنفيذ الأعمال الطارئة، وقيام الإدارة بتنفيذها بنفسها فيقال قد نفذت عن طريق التنفيذ المباشر.

ونص المشرع الجزائري أيضا في المادة 03/29 من المرسوم الرئاسي 15-247 الموافق لـ 16 سبتمبر 2015 يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام: "....تهدف الصفقة للأشغال إلى إنجاز منشأة أو أشغال البناء، أو هندسة مدنية من طرف المقاول، في ظل احترام الحاجات التي تحددها المصلحة المتعاقدة صاحبة المشروع...".

وباستقراء نص المادة نلاحظ أن المقاول يلتزم بالقيام بإنجاز مشاريع البناء أو الترميم، وذلك وفق احترام الشروط المنصوص عليها في دفتر الشروط، التي حددتها المصلحة المتعاقدة وفقا للمدة المتفق عليها لإنجاز الأشغال.

إذًا سحب العمل يفرض على المقاول في حالة عدم تنفيذه لالتزاماته المنصوص عليها في الصفقة العمومية أو الإخلال بها. أما في حالة تكليف المقاول بتنفيذ أعمال أخرى غير منصوص عليها في الصفقة وامتناعه عن التنفيذ، فهنا لا يعد قيام الإدارة بهذه الأعمال جزاء يوقع عليه وإنما وسيلة تلجأ إليها الإدارة لتنفيذ هذه الإعمال إذ ليس هناك أي خطأ من جانبه.

من جماع ما سبق يمكننا القول أن سحب العمل من المقاول هو" إجراء قانوني يعطي للإدارة السلطة في أن تسيطر على الأعمال التي قصر المقاول في تنفيذها، وتعهد هذه الأعمال إلى مقاول آخر. بحيث يتم تنفيذها على حساب المقاول المقصر وعلى مسؤوليته، وذلك للحفاظ على استمرار المرفق العام، والإدارة لما لها من امتيازات السلطة العامة وبالتالي امتياز التنفيذ المباشر دون اللجوء للقضاء".

**الفرع الثاني: الطبيعة القانونية لسحب العمل من المقاول**

سحب العمل من المقاول هو جزاء من الجزاءات الضاغطة والذي بمقتضاه تستطيع الإدارة أن ترفع يد المقاول عن تنفيذ الأشغال موضوع الصفقة، وتحل محله أو تحل غيره محله في تنفيذ الأشغال. وذلك على حساب المقاول الأصلي ومسؤوليته مستخدمة في ذلك أدواته وآلاته. وذلك إعمالا لسلطتها في التنفيذ المباشر دون اللجوء مسبقا إلى القضاء وحتى ولو لم يكن منصوصا عليه في الصفقة.

وبالنظر إلى صفقة الأشغال العامة غالبا ما يزال ينظمها دفتر الشروط الإدارية العامة شروط تنص على حق الإدارة في ممارسة هذه السلطة، توجد ولو لم ينص عليها في الصفقة فهذه السلطة مقررة بقوة القانون لمصلحة الإدارة بقدر ضرورتها لتنفيذ الأشغال الكفيلة بحسن سير المرفق العام[8].

وبهذا فقد اختلفت آراء فقهاء القانون في بيان الطبيعة القانونية لسحب العمل من المقاول هل هو من النظام العام أم اتفاق أنشأ بين العلاقة التعاقدية؟

**الرأي الأول:**

يري أغلب فقهاء القانون أن حق الإدارة في الحلول محل المقاول العاجز عن أداء كفالة تنفيذ الأشغال موضوع العقد، هو من النظام العام باعتبار أنه ضروري للمحافظة على تنفيذ العقد لضمان سير المرفق بانتظام واستمرار والمحافظة على عدم تعطل المرفق، وبذلك فإنه يتواجد بقوة القانون دون اشتراط أن ينص عليه العقد[9].

ويترتب على ذلك أنه لا يجوز أن يتضمن العقد نصا يحرم الإدارة من وضع المقاولة تحت الإدارة مباشرة بوجه عام. وإذا أدرج مثل هذا الشرط فإنه يكون باطلا ولا أثر له لمخالفته النظام العام، لأنه يلغي سلطة قانونية ضرورية لكفالة سير المرفق العام[10].

**الرأي الثاني:**

يرى أن تجسيد اتفاق العلاقة التعاقدية يقوم على استبعاد هذا الجزاء، فإنه يجب أن يفسر إرادتهم هذه على أساس أن حق الإدارة في تطبيقه، يجب ألا يمارس إلا في حالات التقصير الشديد التي يتعرض فيها المرفق العام للخطر، بحيث يقتصر تطبيق هذا الاتفاق على حالات الخطأ العادي.

على أن يختص القاضي العقد بتقدير هذه الحالة أو تلك[11].

وعلى هذا الأساس يتفق أغلب الفقهاء على أن النص في العقد بعدم جواز سحب الإدارة للمقاولة في عقود الأشغال العامة، يعتبر باطلا ولا يعتد به[12].

وبهذا فإنه غالبا من الناحية العملية، ما ينص في دفتر الشروط المتعلق بصفقة الأشغال العامة على هذا الجزاء نظرا لأهميته بالنسبة لأطراف العلاقة التعاقدية.

**المطلب الثاني: حالات سحب العمل من المقاول والأثار المترتبة عليه**

تملك **الإدارة** الحق في الحلول محل المقاول وتنفيذ الصفقة على حسابه، وعلى مسؤوليته وإيقاع هذا الجزاء من حق الإدارة بحيث تستطيع الإدارة إيقاعه دون اللجوء إلى القضاء، سواء نصت الصفقة على هذا الجزاء أم لم تنص عليه.

إلا أن المشرع ومن خلال السلطة الممنوحة للإدارة جعل واجب توفر حالات لكي تستطيع الإدارة الحلول محل المقاول المقصر والتنفيذ على حسابه، وعلى الإدارة التدقيق بتوافر هذه الحالات ومدى صحتها حتى تستطيع إيقاع هذا الجزاء على المقاول دون الانحراف في استعمال السلطة. وسندرس في الفرع الأول حالات سحب العمل من المقاول، وفي الفرع الثاني: الآثار المترتبة على سحب العمل.

**الفرع الأول: حالات سحب العمل من المقاول في صفقة الأشغال العامة**

لغرض إتمام الأعمال بأفضل وجه، نجد الإدارة عند إحالتها العمل إلى المقاول فإنها تقوم بالتحقق من المركز المالي للمقاول من حيث القدرة المالية، لكي تستطيع الاطمئنان على سير المرفق العام.

وقد أورد دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال المتعلقة بوزارة تجديد البناء هذه الحالات على سبيل المثال لا الحصر، وهذا ما نص عليه دفتر الشروط الإدارية والعامة[13].

وعلى هذا الأساس سنقوم بدارسة الحالة المتعلقة بالمركز المالي للمقاول من ناحية، ومن ناحية أخرى الحالة المتعلقة بالشخص المقاول.

**أولاً- الحالة المتعلقة بالمركز المالي للمقاول:**

والتي **تتمثل** في إفلاس المقاول، أو تقدم بطلب إشهار إفلاسه فهنا يكون المركز المالي للمقاول ضعيفا لا يقدر على تنفيذ الأشغال موضوع الصفقة فتلجأ الإدارة إلى سحب العمل من المقاول وذلك ما نصت عليه المادة 37 من دفتر الشروط الإدارية والعامة[14].

**ثانياً- الحالة المتعلقة بشخص المقاول:**

أ- إذا تخلي المقاول عن تنفيذ أشغال البناء موضوع الصفقة، وهذه الأشغال تتعلق خاصة بإنجاز المشاريع من طرف المقاول وذلك حسب المخطط المقدم من طرف المصلحة المتعاقدة بصفتها صاحبة المشروع.

وذكرها المشرع في المادة 29 من المرسوم الرئاسي 247/15 المتعلق بالتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام[15].

وبهذا فإن المقاول ملزم بتنفيذ البنود المنصوص عليها في دفتر الشروط، موضوع الصفقة ومدة تنفيذ الصفقة، لأن الجهة المكلفة بمتابعة المشروع، تقوم بتسجيل محاضر الورشة. في حالة إخلاء الورشة من الآلات والعتاد والعمال المجهزين لإنجاز المشروع من تلقاء نفسه دون سبب[16].

**ب-** وقوع خطأ جسيم من جانب المقاول في تنفيذ الأشغال، إن قيام الإدارة صاحبة الأشغال بإصدار جزاء سحب العمل من المقاول يفترض فيه وقوع خطأ جسيم من جانب المقاول في أثناء تنفيذ الأشغال محل التعاقد[17].

كما قد يرتكب المقاول أخطاء متعددة، لا يعتبر أي منها على حدة وبذاته كافيا لوضع المقاولة تحت الإدارة مباشرة، ولكن اجتماعها يدل في مجموعه على إهمال خطير ينسب إلى المقاول في تنفيذ الصفقة مما يبرر مشروعية الإجراء[18].

ج- عدم الامتثال للأوامر المصلحية، يلتزم المقاول في صفقة الأشغال العامة أثناء فترة المشروع، باستجابة لقرار الأمر المصلحي فهو: "قرار إداري له طابع ملزم للمقاول الذي يوجه إليه.

وتقرر هذه الخاصية عادة دفاتر الاشتراط. والتزام المقاول بالخضوع أثناء فترة المشروع للأوامر المصلحية الصادرة من الإدارة، ولا تقتصر على تلك التي تدخل في نطاق التنفيذ الدقيق للعقد، ولكن يمتد إلى مختلف التعديلات التي قد تفرضها الإدارة[19].

ويشترط لاستجابة المقاول لقرار الأمر المصلحي الشروط التالية:

**1-** أن يكون مكتوبا، وأن يكون مؤرخا ومرقما ومسجلا[20]، ويترتب على ذلك أن المقاول لا يلتزم بتنفيذ الأوامر الشفهية إلا إذا كان العقد ينص على إمكان العمل بالأوامر الشفهية[21].

**2-** أن يكون متعلقا بتنفيذ العقد، على أنه يجب ألا يتضمن تعديلا للعقد أو مساسا بشروطه الجوهرية[22].

**3-** أن تكون مشروعة إذ لا يلتزم المتعاقد بتنفيذ الأوامر غير المشروعة، ولكن عليه الامتثال لها.

حتى لا تعطل مصالح المرفق العام، والالتجاء إلى القضاء طالبا إلغائها والتعويض عنها إذا كان له مبرر، إذ يجوز له التعليل بعدم مشروعيتها وهذا ما نصت عليه المادة 7/12من دفتر الشروط الإدارية العامة:"...عندما يرتئي المقاول بأن مقتضيات أمر المصلحة تتجاوز التزاماته المتعاقد عليها بالصفقة، فيجب عليه تحت طائلة الفسخ، تقديم ملاحظة خطية ومعللة الأسباب إلى مهندس الدائرة أو المهندس المعماري خلال أجل عشرة أيام...".

**الفرع الثاني: أثار سحب العمل في صفقة الأشغال العامة**

يترتب عل قرار سحب العمل من المقاول وتنفيذه على حساب المقاول المقصر آثار قانونية تتمثل في ما يلي:

**أولاً- آثار جزاء سحب العمل بالنسبة للمقاول المنفذ:**

إن قيام الإدارة بسحب العمل من المقاول المقصر وإسنادها الأعمال لمقاول آخر ينتج عنها عدة نتائج:

أ- إن إجراء سحب العمل من المقاول المقصر لا ينهي الصفقة بل هو إجراء مؤقت للإدارة الحرية في اختيار الطريقة التي تنفذ بها الأعمال، مع بقاء المقاول المقصر مسؤولا عن تلك الأعمال، ويستلزم أن تكون هذه الصفقات جزئية، بمعنى أن ترد على بعض الأعمال التي يلزم تنفيذها، وليس على كل الأعمال وإلا تعد بمثابة صفقة جديدة وهذا ما أشار إليه المشرع الجزائري في المادة 5/35 من دفتر الشروط الإدارية العامة: "...وعلى كل حال يرفع الأمر المتعلق بهذه العمليات إلى الوزير الذي يمكنه تبعا للظروف أن يأمر بإعادة إجراء المناقصة على ذمة المقاول المتخلف أو بفسخ الصفقة دون قيد أو بمتابعة النظام المباشر بالإدارة..."

**ب**- يحق للمقاول المنفذ استعمال أدوات وآلات المقاول المقصر، دون مقابل ويكون ذلك في إطار تنفيذ الأعمال التي لم يقم بها، ولا يكون له الحق في طلبها واستردادها أثناء تنفيذ الأعمال على حسابه، وفي حالة ضياعها أو تلفها بخطأ المقاول المنفذ، فإن المسؤولية تقع على عاتق الإدارة.

ج- يمنع على المقاول المقصر التعرض للمقاول المنفذ والتدخل في طريقة تنفيذ الأعمال، الموكلة له؛ فمن حقه الرقابة على التنفيذ، دون تدخل من شأنه إعاقة التنفيذ أو تعطيل العمل(23).

وهذه الآثار تعني أن سحب العمل من المقاول المقصر والتنفيذ على حسابه ينتج عنها علاقة تعاقدية جديدة بين الإدارة من جهة والمقاول المقصر من جهة ثانية، والمنفذ من جهة ثالثة.

وبالتالي يترتب عليها قيام المقاول المنفذ بالتزاماته التعاقدية واقتضاء ماله من حقوق إدارية.

**ثانياً- أثر جزاء السحب بالنسبة للمقاول المقصر**

لا يترتب على اتخاذ الإدارة إجراء سحب العمل المقاول المقصر، إنهاء الرابطة التعاقدية بينهما، إذ تظل الصفقة سارية يترتب عليها التزامات بين الطرفين، وكل ما هناك أن الإدارة تحل محل هذا المقاول فيما لم ينفذه، لتقوم بتنفيذه على نفقته.

ويترتب على سريان صفقة الأشغال العامة رغم قيام المصلحة المتعاقدة بالتنفيذ على حساب المقاول عدة أمور:

أ- لا يكون المقاول مستحقا لقيمة الأعمال، التي قام بها أو الجزء الذي نفذه مما، تعاقد عليه إلا بعد تصفية الحساب بإتمام المقاول المنفذ منها، كما لا يرد له التأمين الذي دفعه إذ يظل ضمانا لسداد نفقات التنفيذ(24).

ب- يتحمل المقاول المقصر المصاريف الزائدة، سواء المصاريف الإدارية لإسناد الأعمال لمقاول آخر، والزيادة الحاصلة في النفقات الناجمة، من سحب العمل أو الصفقة الجديدة يجرى اقتطاعها من المبالغ التي يستحقها المقاول، وبخلاف ذلك فمن ضمانه ولا يحول ذلك دون ممارسة الإجراءات التي تتخذ بحقه في حالة عدم التسديد(25).

ج- يكون للمقاول المقصر كافة الحقوق المترتبة على الصفقة، لاسيما ما له من حق المطالبة بفسخها، كما يعطى له حق الرقابة والإشراف إذ يمكنه إذا ما تحسنت أحواله المالية طلب رفع إجراء سحب العمل منه إذا أثبت بالوسائل الضرورية إمكانية سير الأشغال وإيصالها إلى نهايتها الحسنة وهذا ما يؤدي إلى بقاء الصفقة سارية المفعول(26).

## المبحث الثاني

## ضمانات المقاول تجاه الإدارة في حالة سحب العمل منه في صفقة الأشغال العامة

تتمثل هذه الضمانات في التوفيق بين حق الإدارة في ضمان سير المرافق العامة بانتظام وإطراد، وحق المقاول في معاملة عقدية عادلة، تهدف إلى صدور قرار جزاء سحب العمل من الإدارة بإراداتها المنفردة، بطريقة مشروعة، بمعنى أن تضمن ألا تخرج الإدارة عن حدود المشروعية، وألا يخرج المقاول عن نطاق المصلحة العامة. فلا تتحلل الإدارة من واجبها في حماية الصالح العام، ولا يهمل المقاول في تنفيذ التزاماته التعاقدية.

ولمعرفة ضمانات المقاول تجاه الإدارة في حالة سحب العمل منه، لابد من تحديد الضمانات السابقة على جزاء سحب العمل من المقاول (المطلب الأول)، الضمانات اللاحقة على جزاء سحب العمل من المقاول (المطلب الثاني).

### المطلب الأول: الضمانات السابقة على جزاء سحب العمل من المقاول

هذه الضمانات تتطلب من الإدارة مراعاتها قبل اتخاذ الجزاء التي ترى توقيعه على المقاول ولذلك فإنها إما أن تكون إجرائية، وإما أن تكون موضوعية.

#### الفرع الأول: الضمانات الإجرائية(الإعذار)

إن الإعذار يعتبر من الضمانات الأساسية لتوقيع الجزاء الإداري، ومن الضمانات الهامة في الصفقات العمومية، فهو وسيلة لإثبات إخلال المتعاقد بالوفاء بالتزاماته التعاقدية، مع إفصاح الإدارة فيه عن نيتها في توقيع الجزاء المقابل لذلك الإخلال، إذا لم يقم المتعاقد معها بالوفاء بالتزامه في الوقت المحدد (27).

كما نص المشرع الجزائري عليه في المادة 1/35 من دفتر الشروط الإدارية والعامة بقوله: "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 يجرى إبلاغه له بموجب أمر المصلحة".

فالمشرع الجزائري من خلال نص المادة لم يحدد الشروط الشكلية التي يتضمنها الإعذار إلا ما بينته المادة 03 من قرار وزير المالية المؤرخ في 2011/03/28[28] تحدد البيانات التي يتضمنها الإعذار:

- تعيين المصلحة المتعاقدة وعنوانها.
- تعيين المتعامل المتعاقد وعنوانه.
- التعيين الدقيق للصفقة ومراجعتها.
- توضيح إذا كان أول أو ثاني إعذار، عند الاقتضاء.
- تحديد موضوع الإعذار.
- الأجل الممنوح لتنفيذ موضوع الإعذار.
- العقوبات المنصوص عليها في حالة رفض التنفيذ.

ويتعين لتبليغ الإعذار إلى المقاول أن ترسل له رسالة موصى عليها مع إشعار بالاستلام والنشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي وعلى الأقل في جريدتين يوميتين موزعتين على المستوى الوطني[29]، حتى يتسنى له إصلاح تلك المخالفة. وفي حالة عدم إعذاره، فلا وجه لإلزامه بالمبالغ الناجمة عن التنفيذ على حسابه، إلا أن الإدارة يمكن أن تعفيه في حالتين استثنائيتين هما:

أ- إذا ما تضمنت صفقة الأشغال العامة أو دفاتر الشروط نصا صريحا بإعفاء الإدارة من الإعذار المسبق للمقاول قبل توقيع جزاء سحب العمل[30].

**ب-** حالة الاستعجال: تعفي الإدارة من شرط الإعذار في حالة الاستعجال، بحيث تستطيع جهة الإدارة أن توقع جزاء سحب العمل وتحل محل المقاول المقصر، وتقوم بتنفيذ الأعمال العاجلة التي قصر المقاول في تنفيذها قبل إعذاره. وفي هذه الحالة يتحمل المقاول النفقات المترتبة على هذا الإجراء بالرغم من عدم إعذاره وذلك بسبب حالة الاستعجال[31]، وهو ما أكد عليه المشرع الجزائري في المادة 2/35 من دفتر الشروط الإدارية العامة بقوله:"...باستثناء حالة الاستعجال لا يجوز أن يقل عن عشرة أيام ابتداء من تبليغ الإنذار".

**الفرع الثاني: الضمانات الموضوعية(التسبيب)**

التسبيب يعد ضمانة للمقاول مع الإدارة كما يعد كذلك بالنسبة للإدارة نفسها، كون هذا التسبيب يقي القرار الإداري وقد الإلغاء من قبل القضاء، لاسيما أن القاضي عند مراقبته القرار الإداري فإنه يستند على تسبيب الإدارة لقرارها وفقا لما أشترطه القانون[32].

ويلزم **أن** يكون التسبيب مكتوبا وأن يتضمن شرحا للأسباب القانونية الفعلية التي بني على أساسها القرار. أوجب القانون ضرورة التسبيب بالنسبة للجزاءات التي توقعها الإدارة على متعاقديها ومنها جزاء سحب العمل[33].

وقد اعتبر القضاء الإداري بالجزائر أن عدم تسبيب القرارات الإدارية في الحالات التي ينص عليها القانون، يعتبر عيبا شكليا يستلزم الإلغاء[34].

**المطلب الثاني: الضمانات اللاحقة على جزاء سحب العمل من المقاول**

إذا كانت الضمانات السابقة تواجه سلطة الإدارة قبل اتخاذ جزاء سحب العمل فإن للضمانات اللاحقة لاتخاذه دورا هاما يتمثل في مواجهة الجزاء بعد نفاذه، بمعنى أن للمقاول الحق في تعقب هذا الجزاء قضائيا.

**الفرع الأول: الرقابة القضائية على جزاء سحب العمل من المقاول**

تعد الرقابة القضائية على جزاء سحب العمل من المقاول من الضمانات الفعالة الممنوحة للمقاول في مواجهة المصلحة المتعاقدة، إذ يعد الطعن في قرار الجزاء من النظام العام، لا يمكن للإدارة الاتفاق مع المقاول على استبعاد اللجوء إلى القضاء في الصفقة الأشغال العامة.

ويختص القضاء الإداري في منازعات الصفقات العمومية طبقا للمعيار العضوي المنصوص عليه في المادة 800 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أن يكون تمثيل المصلحة المتعاقدة من طرف الوالي أو رئيس المجلس الشعبي البلدي أو مدير مؤسسة وطنية ذات الطابع الإداري.

أما المؤسسات العمومية الاقتصادية والتجارية فقد اختلف في الجهة التي تفصل في منازعات الصفقات المبرمة من طرفها، إلا أن الأستاذ محمد الصغير بعلي يرى أن منازعاتها تخضع للمحاكم العادية[35].

وبهذا سندرس هذا الفرع في النقاط التالية:

**أولاً- نطاق الرقابة القضائية على قرار جزاء سحب العمل من المقاول:**

يمتد نطاق الرقابة القضائية على قرار المصلحة المتعاقدة قرار سحب العمل من المقاول من طرف المصلحة المتعاقدة في اتجاه المقاول بمناسبة إخلاله بالتزاماته التعاقدية في صفقة الأشغال العامة إلى زاويتين:

**أ- رقابة المشروعية:**

لما كان قرار الجزاء من قبيل القرارات الإدارية التي يمكن فصلها عن العقد، فيصلح أن يكون محلا لدعوى الإلغاء، وهو ما استقر عليه قضاء مجلس الدولة الفرنسي، حيث يتطرق القاضي إلى مراقبة سلامة وصحة أركان قرار الجزاء وذلك بمراقبة توفر أركانه ومدى مشروعيته[36].

**1- عيب الشكل والإجراءات:**

يكون القرار الإداري مشوبا بهذا العيب عند مخالفة إجراء جوهري منصوص عليه في صفقة الأشغال العامة أو في القانون، كتخلف إجراء الإعذار السابق على توقيع الجزاء، فهذا الإجراء جوهري، مما يمكّن المقاول من اللجوء للقضاء نظرا لمخالفة مشروعية القرار.

**2- عيب عدم الاختصاص:**

يكون القرار الإداري مشوبا بهذا العيب إذا كان قرار الجزاء غير مشروع لصدوره من جهة إدارية غير مختصة أصلا بإصداره وهذا ما يسمى بعيب عدم الاختصاص، أو بصدوره في مواضيع لم يحددها القانون أو الصفقة وهذا ما يسمى بالاختصاص الموضوعي.

فبالنسبة لجزاء سحب العمل من المقاول فيجب أن يصدر القرار عن الجهة المختصة بذلك وإلا كان الإجراء مشوبا بعيب عدم الاختصاص.

والجهة المختصة في صفقة الأشغال العامة هو الوزير وهذا ما نصت عليه المادة 06/35 من دفتر الشروط الإدارية العامة لسنة 1964: "...وعلى كل حال يرفع الأمر المتعلق بهذه العمليات إلى الوزير الذي يمكنه تبعا للظروف أن يأمر بإعادة إجراء المناقصة على ذمة المقاول المتخلف أو بفسخ الصفقة دون قيد أو بمتابعة النظام المباشر بالإدارة".

**3- عيب مخالفة القانون:**

حتى يكون القرار الإداري مشروعا، لا بد أن تحترم النصوص القانونية، وتكون الإدارة أمام مخالفة النصوص القانونية في حالة عدم وجود الفعل أو الخطأ الذي تثيره لتبرير تطبيق جزائها، أو أن الفعل المثار من قبلها لا يقابله أي التزام مفروض على المقاول، أو عدم احترام قرار الجزاء للقواعد العامة أو تدرجها كلجوء الإدارة إلى قرار فرض جزاء سحب العمل دون احترام حجية الشيء المقضي به.

**4- عيب انحراف السلطة:**

يكون القرار الإداري مشوبا بهذا العيب إذا كان هدف مُصدر القرار تحقيق غرض خارج عن المصلحة العامة كصدور جزاء سحب العمل لتنفيذ أغراض شخصية مثلا على حساب المقاول المقصر.

**ب- الرقابة الملائمة:**

إن القضاء عندما يمارس الرقابة الملائمة يراقب مدى ملائمة تصرفات الإدارة مع الوقائع المعروضة، فيحدد إن كان المقاول قد أخل فعلا بالتزاماته أولا، ويبحث في تناسب الجزاء الموقع من طرف الإدارة مع الخطأ المنسوب للمقاول[37]، ويمكن للقاضي في هذه الحالة اللجوء إلى الخبرة الفنية لتعلق موضوع الصفقة العمومية بأشغال البناء.

فبالنسبة لجزاء سحب العمل من المقاول، فإن القاضي يتولى رقابة التناسب بين جسامة إجراء فرض الجزاء، ونوع التأخير الذي حدث للأشغال، وعليه يجب تحقق القاضي من هذا التناسب، فلا بد أن يكون هناك تناسب معقول.

**الفرع الثاني سلطة القاضي الإداري في مواجهة الجزاء غير المشروع**

من الموضوعات التي مازالت تثير جدلا في القضاء الإداري والفقه في تحديد سلطة القاضي في مواجهة قرار الإدارة بسحب العمل من المقاول في حالة عدم مشروعيته، حيث استقر مجلس الدولة الفرنسي بتطبيق قاعدة عامة مفادها: "أن قاضي المنازعات المتعلقة بعقود الأشغال العامة لا يملك –كقاعدة عامة-سلطة تقرير إلغاء التدابير الصادرة من الإدارة صاحبة العمل ضد المقاول المتعاقد معها،

وإنما يحق له أن يبحث عما إذا كانت التدابير قد صدرت في ظروف من شأنها أن تنشئ لصالح المقاول الحق في التعويض"[38].

وتطبيقا لذلك فإن القاضي الإداري لا يملك سلطة إلغاء قرار الإدارة بسحب العمل من المقاول في عقد الأشغال العامة ولو كان هذا السحب غير مشروع، أو ليس له ما يبرره، ولكنه يستطيع فقط أن يبحث عما إذا كان هذا القرار الذي أصدرته الإدارة بمخالفة القانون ينشئ للمقاول حقا في التعويض أو لا.

فهذا القرار إذا ما شابه خطأ أو سوء تقدير؛ تخضع لاختصاص القضاء الإداري على أساس دعوى القضاء الكامل[39].

## خاتمة:

أعطى المشرع الجزائري للمصلحة المتعاقدة سلطة توقيع جزاء سحب العمل من المقاول ويعد هذا الإجراء الإداري أحد الجزاءات الضاغطة، التي تلجأ إليها الإدارة لإجبار المقاول معها على تنفيذ التزاماته التعاقدية، فالغرض منه تصحيح مسار المقاول وتقليل المخالفات وسرعة الإنجاز المشروع، وتحقيق التوازن بين حق المصلحة المتعاقدة في ممارسة هذه السلطة بتوقيع جزاء، وبين ضمانات المقاول تجاه المصلحة المتعاقدة عند استعمالها لحقها في توقيع هذا الجزاء.

ومن خلال هذا نتوصل إلى النتائج أعقبها بجملة من مقترحات التالية:

**1-** إن السلطة الممنوحة للإدارة تبيح لها إيقاع جزاء سحب العمل دون اللجوء إلى القضاء وإن هذا الإجراء إنما هو حق مقرر وثابت لها وإن أي شرط يرد يلغي هذا الحق يعد باطلا.

**2-** إن حق الإدارة في اللجوء إلى جزاء سحب العمل لا يتقيد بوقت وزمن معين فمجرد بدء المشروع بالتنفيذ يتيح إيقاع هذا الجزاء إذا ما توفرت شروطه حيث يمكنها استبعاد المقاول مؤقتا وحلولها محله في تنفيذ التزاماته أو إحالة العمل إلى مقاول ثان على عاتق ومسؤولية المقاول الأول.

**3-** لجوء الإدارة إلى جزاء سحب العمل يتطلب حصول الخطأ الجسيم والذي لم نجد تعريفا يبين خصائصه وصفاته وأعطى لجهة الإدارة مسؤولية تقديره.

**4-** يتميز جزاء سحب العمل بأنه أحد الجزاءات الضاغطة المؤقتة، تلجأ إليه الإدارة بقصد ضمان سير المرفق العام، ولا يؤدي إلى إنهاء الصفقة بل يبقى المقاول مسؤولا عن تنفيذ العمل، وهنا تكمن المشكلة من حيث أن قرار سحب العمل كما هو معلوم يمر بعدة مراحل تتمثل في إعذار المقاول ويمثل الإعذار هنا تعبيرا عن نية الإدارة في توقيع الجزاء، وبعد ذلك تقوم الإدارة بإصدار قرار السحب الذي يمر بإجراءات طويلة في مسار القضاء حتى يتم البت فيه، وبعد ذلك تقوم الإدارة بوضع اليد على الآلات والمعدات الخاصة بالمقاول واحتساب القيمة عند سحب العمل هذا بالإضافة إلى تصفية حساب المقاول النهائي، وإن لم تكن الإدارة لها القدرة على تنفيذ الأعمال

تقوم بالإعلان عن مناقصة جديدة لغرض إحالة المشروع إلى مقاول آخر. ولهذا قد يتجاوز المشروع المدة المقررة، لهذا فإن الإدارة قد ساهمت في تعطيل المرفق العام وإضاعة الغاية المتوخاة من تنفيذه.

**مقترحات:**

**1-** لا يحق للمصلحة المتعاقدة سحب العمل من المقاول دون إعذاره، ولابد على المشرع الجزائري النظر في مدة الإعذار 10 أيام بحيث يستطيع المقاول تصحيح مساره كون أن المصلحة المتعاقدة هي أعرف بسير أعمال المشروع والمدة التي تستطيع من خلالها معالجة الانحرافات.

**2-** في حالة سحب العمل من المقاول، وحلول الإدارة محل المقاول المقصر، أو إحالة العمل إلى مقاول المنفذ أخرى على نفقة المقاول الأول ومسؤوليته، وهنا يبدو التناقض والإجحاف في حق المقاول المقصر، وجب على المشرع الجزائري معالجة هذا الخلل بحيث يرفع الغبن عن المقاول عن طريق قيامه بالتصرف بالمشروع فقط دون تحمل مسؤوليته.

**3-** على المشرع الجزائري إيجاد تعريف دقيق للخطأ الجسيم بحيث لا يترك للإدارة تقرير هل الخطأ جسيم يستوجب سحب المشروع من المقاول أم لا.

## الهوامش:

(1) عبد الله عبد الرحمن محمد سامح، سحب العمل من المقاول في عقود الأشغال العامة- دراسة مقارنة-، مركز الدراسات العربية، مصر، الطبعة الأولى،2016،ص89.

(2) سهام بن دعاس، المتعامل المتعاقد في ظل النظام القانوني للصفقات العمومية، مذكرة ماجستير، القانون الإداري ومؤسسات دستورية، كلية الحقوق، جامعة باجي مختار، عنابة، ص125.

(3) عبد الله نواف العنزي، النظام القانوني للجزاءات في العقود الإدارية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية،2010،ص115.

(4) سعيد عبد الرزاق باخبيرة، سلطة الإدارة في أثناء تنفيذ العقد الإداري-دراسة مقارنة-،أطروحة دكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية،الجزائر،2008،ص246-247.

(5) فتيحة حابي، النظام القانوني لصفقة إنجاز الأشغال العمومية(في ظل المرسوم الرئاسي2010-236)،مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة تيزي وزو،2013،ص286.

(6) محمد عبد الله حمود، إنهاء العقد بالإرادة المنفردة، دار العلمية الدولية للنشر والتوزيع، الأردن، الطبعة الأولى،2002،ص164.

(7) هارون عبد العزيز جمل، النظام القانوني للجزاءات في عقد الأشغال العامة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين الشمس،القاهرة،1979،ص176.

(8) الرسالة نفسها، ص 178.

(9) عبد الله عبد الرحمن محمد سامح، مرجع سابق،ص131.

(10) عبد المجيد محمد فياض، نظرية الجزاءات في العقد الإداري-دراسة مقارنة-،دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، الطبعة الأولى،1975،ص219.

(11) سعيد عبد الرزاق باخبيرة، الرسالة السابقة،ص248.

(12) عبد المجيد محمد فياض، مرجع سابق،ص214.

(13) أنظر نص المادة1/35من دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال بوزارة تجديد البناء والأشغال العمومية والنقل المؤرخ في 21 نوفمبر1964،الجريدة الرسمية رقم06.

(14) أنظر نص المادة 37 من دفتر الشروط الإدارية العامة.

(15) أنظر المادة 29 من المرسوم الرئاسي 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر2015 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، جريدة رسمية رقم50.

(16) أنظر نص المادة 4/35 من دفتر الشروط الإدارية العامة.

(17) هارون عبد العزيز جمل، مرجع سابق،ص183.

(18) فتيحة حابي، المذكرة السابقة،ص289

(19) على عبد العزيز الفحام، سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري، دار الفكر العربي،مصر،1975،ص429.

(20) أنظر المادة 1/12 من دفتر الشروط الإدارية العامة.

(21) عبد الله نواف العنزي، مرجع سابق،ص123.

(22) المرجع نفسه،ص123.

(23) المرجع نفسه،ص129.

(24) أنظر نص المادة 8/35 من دفتر الشروط الإدارية العامة.

(25) أنظر نص المادة 07/35، من دفتر الشروط الإدارية العامة.

(26) أنظر نص المادة 06/35، من دفتر الشروط الإدارية العامة.

(27) عبد العزيز عبد المنعم خليفة، تنفيذ العقد الإداري وتسوية منازعاته قضاء وتحكيما، منشأة المعارف،مصر،2009،ص111.

(28) المادة 03 من قرار وزير المالية المؤرخ في 2011/03/28، يتضمن تجديد البيانات التي يتضمنها الإعذار وأجال نشره، جريدة رسمية، عدد 24.

(29) أنظر نص المادة 04 من قرار نفسه.

(30) عبد المجيد محمد فياض، مرجع سابق،ص227.

(31) فتيحة حابي، المذكرة السابقة،ص290.

(32) أحمد محمد ثوميد، التنظيم القانوني للجزاءات المالية في العقود الإدارية(دراسة مقارنة)،دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية،2017،ص130.

(33) عبد الله عبد الرحمن محمد سامح، مرجع سابق، ص389.

(34) نوال ملوك، سلطة توقيع الجزاءات في العقد الإداري، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة باجي مختار،عنابة،2012،ص125.

(35) أنظر في هذا الصدد قرار رقم 003889 المؤرخ في 2002/11/05،الغرفة الأولى، مجلس الدولة، يتضمن صفقة عمومية(ز.ش) ضد المدير العام لمؤسسة للشرق قسنطينة، القاضي الإداري غير مختص للبث في النزاع القائم بخصوص مؤسسة عمومية ذات طابع صناعي وتجاري صفقة عمومية، مجلة مجلس الدولة،عدد2003،03،ص109-110.

(36) بختي سهام، التزامات المقاول في الصفقات العمومية المتعلقة بأشغال البناء، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق،الجزائر،2015،صفحة95.

(37) المذكرة نفسها،ص96.

(38) عبد الحميد مفتاح خليفة، إنهاء العقد الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية،2007،ص 433.

(39) أنظر نص المادة 801 من القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25فبراير سنة2008 يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، جريدة رسمية العدد21.

سلطة الإدارة في توقيع جزاء سحب العمل من المقاول
في صفقة الأشغال العامة في التشريع الجزائري ـــــــ