الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة الشهيد حمه لخضر بالوادي

كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق

# سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات أثناء تنفيذ الصفقات العمومية

مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستر أكاديمي

تخصص قانون إداري

***إعداد الطالبة***
*الزايز حنان*

***إشراف الدكتور***
*جرمون محمد الطاهر*

***لجنة المناقشة:***

| | | | |
|---|---|---|---|
| فطحيزة تجاني بشير | أ | جامعة الشهيد حمه لخضر بالوادي | مناقشا |
| جرمون محمد الطاهر | أ.د | جامعة الشهيد حمه لخضر بالوادي | مشرفـا |
| بن خليفة الهام | أ.د | جامعة الشهيد حمه لخضر بالوادي | رئيسـا |

***السنة الجامعية :9102-0202.***

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَٰنِ الرَّحِيمِ

وَأَنْ لَيْسَ لِلْإِنْسَانِ إِلَّا مَا سَعَى وَأَنَّ سَعْيَهُ

سَوْفَ يُرَى.

# إهداء

**الحمد لله والصلاة والسلام على خير المرسلين وخاتم النبيين...**

**أهدي ثمرة عملي المتواضع:**

**إلى مثلي الأعلى، إلى من علماني كيف تكون الحياة، واللذان لم يبخلا علي بشيء...، أمي وأبي حفظهما الله ورعاهما وأطال في عمرهما.**

**إلى من كانوا دوما بجانبي نورا على دربي وأجمل شعلة في حياتي أخواتي: سهام، سميرة، نبيلة، فضيلة، هاجرة، رفيعة، سلمى، وأزواجهم وأبنائهم.**

**وإلى وكل من شجعني وصبر علي طوال هذه الأعوام وشاركني طرق النجاح، وكان وراء كل خطوة أخطوها في طريق العلم والنجاح.**

**إلى كل أساتذتي طوال مشواري الدراسي.**

**وإلى صديقاتي الغاليات على قلبي أسماء وسارة وفاطمة الزهراء وسمية**

**إلى كل من عرفني من قريب أو بعيد ولم يكتبهم قلمي.**

**حنان**

# شكر وتقدير

**الحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات وتتحقق بفضله المقاصد والغايات على توفيقه وإحسانه وفضله للوصول إلى إنجاز هذه الرسالة العلمية فالشكر لله والحمد لله.**

**أتقدم بأسمى عبارات الشكر والتقدير والامتنان إلى أستاذي الفاضل "جرمون محمد الطاهر" الذي تفضل بالإشراف على مذكرتي فجزاه الله خيرا.**

**كما أتقدم بالشكر والتقدير أيضا إلى جميع أعضاء هيئة التدريس بقسم الحقوق عامة على ما بذلوه من جهد وإلى زملائي الطلبة تخصص قانون إداري خاصة.**

**وكذلك أتقدم بالشكر إلى أعضاء اللجنة على قبولهم وتفضلهم لمناقشة هذه الرسالة ورغبتهم في إبداء نصائحهم وتوجيهاتهم من أجل تسديدها.**

**وأوجه شكري لكل من نصحني أو أرشدني أو وجهني أو ساهم معي في إعداد هذه المذكرة بإيصالي للمراجع المطلوبة في أي مرحلة من مراحله.**

حنان

# قائمة المختصرات

**ب ت:** بدون تاريخ.

**ب ط:** بدون طبعـة.

**ت:** تاريخ.

**ج:** الجزء.

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

**د.ش.ا.ع:** دفتر الشروط الإدارية العامة.

**ص:** صفحة.

**ص- ص:** مـن صفحـــة إلـى صفحـــة.

**ص.ع:** الصفقات العمومية.

**ط:** طبعـة.

**ع:** عـــــدد.

**ف:** فقـــرة.

**ق. م:** القانـــون المدنـي.

**ق.خ:** القانـــون الخاص.

**ق.م.ف:** القانون المدني الفرنسي.

**م: مادة.**

**م.إ.ع:** المحكمة الإدارية العليا.

**م.د.ف:** مجلس الدولة الفرنسي.

**م. ر:** مرســوم رئاسـي.

**م. ف:** المشرع الفرنسي.

**ن.ر.ص.م.ع:** النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي.

**الملخص:**

تعد الجزاءات في مجال تنفيذ الصفقات العمومية احدى الامتيازات والسلطات التي تتمتع بها الإدارة في مواجهة المتعاقد معها إذا أخل بالتزاماته التعاقدية، وذلك لإجباره على تنفيذ تلك الأخيرة، ويكمن أساس ذلك في فكرة سير المرافق العامة، حيث أن الصفقات العمومية تبرم من أجل تنفيذها حفاظا على سير المرافق العامة وتحقيق الصالح العام.

ولقد اعترف المشرع للإدارة في قانون الصفقات العمومية بجملة من السلطات في مواجهة المتعاملين الاقتصاديين، ذلك من خلال توقيع جزاءات مختلفة دون حاجة لاستصدار حكم مؤقت، بل وبدون حاجة للنص عليها في الصفقة. منها ما هو مؤقت أي توقع والعقد مستمر ومنها ما يؤدي إلى إنهاء الرابطة التعاقدية.

غير أن هذه السلطة الجزائية لا تعد سلطة مطلقة فهي سلطة تقديرية تخضع لرقابة القضاء الإداري وذلك لمنع تعسف الإدارة تجاه المتعاقد معها.

**الكلمات المفتاحية:**

الجزاءات – الصفقات العمومية – المصلحة المتعاقدة – المتعامل الاقتصادي – رقابة القضاء الإداري.

**Résumé:**

Les sanctions dans le domaine de l'exécution des marchés publics font partie des privilèges et pouvoirs dont jouit l'administration face à l'entrepreneur en cas de manquement à ses obligations contractuelles, afin de le contraindre à mettre en œuvre ces dernières, et le fondement de cela réside dans l'idée de l'exploitation des services publics, car les marchés publics sont conclus pour leur mise en œuvre afin de préserver le progrès Services publics et réalisation du bien public.

Le législateur a reconnu l'administration dans la loi sur les marchés publics avec un ensemble d'autorités face aux commerçants économiques, en imposant diverses sanctions sans qu'il soit nécessaire de rendre une décision provisoire, et même sans qu'il soit nécessaire de les stipuler dans l'accord. Certains d'entre eux sont temporaires, c'est-à-dire l'attente et le contrat est continu, et certains d'entre eux conduisent à la résiliation du lien contractuel.

Cependant, cette autorité pénale n'est pas considérée comme un pouvoir absolu, car il s'agit d'une autorité discrétionnaire soumise au contrôle du pouvoir judiciaire administratif afin d'éviter les abus de l'administration à l'égard du contractant.

**Les mots clés:**

Pénalités - Marchés Publics - Intérêts Contractuels - Négociant en économie - Surveillance du Tribunal Administrative.

# مقدمة

**مقدمة:**

إن الإدارة أثناء إدارتها للمرافق العامة تستخدم كل الأساليب والوسائل والطرق، حيث تمارس نوعين من الأعمال أعمال مادية وأعمال قانونية، تتخذ الأعمال القانونية مظهرين: الأول قرارات إدارية وهي عبارة عن تصرفات قانونية تقوم بها الإدارة من جانب واحد بإرادتها المنفردة، وهي أهم الوسائل لإدارة مرافقها، أما المظهر الثاني فهو العقود الإدارية تلجأ إليها الإدارة عندما تكون وسيلة القرار الإداري غير قادرة على تلبية الحاجات العامة، وهي عبارة عن أعمال قانونية صادرة بناء على اتفاق بينها وبين طرف آخر بمقتضى عقد.

فعندما عجز أسلوب التعاقد المدني عن تلبية تلك الحاجات العامة ومتطلبات المرفق العامة؛ ظهرت فكرة التعاقد الإداري التي كانت نتاج القضاء الإداري الفرنسي، حيث أصبحت الإدارة تستطيع تسيير مرافقها العامة بصورة تظهر فيها بمظهر السلطة العامة، تخضع لقواعد استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص، تتمتع بحقوق وامتيازات لا يتمتع بها المتعاقد معها قصد تحقيق النفع العام.

من هنا أصبح لدينا نوعين من العقود لا تخضع لنظام قانوني واحد، عقود مدنية وعقود إدارية، فعندما تقرر مثلا إتباع أسلوب العقود المدنية هنا تظهر بمظهر الشخص العادي مجردة من الامتيازات، أما أسلوب العقود الإدارية أصبحت هي الأداة لأداء الإدارة نشاطاتها، وبالتالي نجد أن معظم التشريعات اهتمت بتنظيمها وخاصة الصفقات العمومية باعتبارها أحد أهم العقود الإدارية، حيث أن الصفقات العمومية أصبحت أبرز طرق الإنفاق العام، ونتج عن هذا الاهتمام آثار أهمها منح المصلحة العامة امتيازات وسلطات مميزة في كافة مراحل الصفقة العمومية.

حيث اعترف المشرع للمصلحة بجملة من السلطات لا نجد مثيل لها في القانون الخاص، كما أن هذه الامتيازات تظهر بوضوح بعد إبرام الصفقة العمومية أي خلال مرحلة التنفيذ، إذ يتقرر لها في هذه المرحلة مواجهة المتعاقد، والحد قدر الإمكان من سلوكياته السلبية وهدر المال العام. أي تظهر سلطة الإدارة في توقيع الجزاء، وذلك من خلال استعمال امتياز المبادرة الذي يعتبر أهم الخصائص التي تمتاز بها هذه السلطة، حيث تستطيع فرض سلطتها بإرادتها المنفردة دون صدور أي حكم قضائي. وهي تعتبر أخطر الامتيازات التي تتمتع بها الإدارة.

وتتدرج الجزاءات التي تملك المصلحة المتعاقدة توقيعها على المتعامل المتعاقد المقصر في تنفيذ التزاماته حسب درجة الخطأ الذي يرتكبه هذا الأخير، فكلما كان الخطأ جسيما كلما أصبحت العقوبة أشد قسوة إبتداء من الجزاءات المالية، ثم الجزاءات الضاغطة، وصولا إلى جزاء الفسخ.

وتتمثل أهمية دراستنا للموضوع محل البحث في أنه يمكن الاستفادة منه على أرض الواقع، كما يمكن الاستفادة منه في الجانب الفقهي والقانوني، فهو موضوع حيوي يستحق الاهتمام لأن معظم جوانبه لا تزال غامضة تحتاج الى توضيح والتدقيق، فنجد أن البحوث اقتصرت على العموم واكتفت بدراسة الجانب النظري وبالتالي من خلال هذا البحث نستطيع معالجة الإشكالات العملية التي يثيرها هذا الموضوع.

**أهداف الدراسة:**

إن الهدف من دراستنا هذه هو تحديد مفهوم السلطة الجزائية للإدارة وبيان خصائصها وأساسها القانوني، وكذلك إبراز الجزاءات التي تملك الإدارة توقيعها مع المتعامل المتعاقد معها في حالة إخلاله ببنود الصفقة العمومية.

**أسباب اختيار الموضوع:**

كانت هناك بعض الأسباب الدافعة لاختيارنا لهذا الموضوع، تنقسم إلى أسباب ذاتية وأخرى موضوعية، فالأسباب الذاتية تتمثل في اختيارنا الموضوع من أجل المعرفة وحب الاطلاع على الغموض الذي يحتويه هذا الموضوع، أما الأسباب الموضوعية تتمثل في: معالجة وتوضيح مفهوم السلطة الجزائية الممنوحة للإدارة في مرحلة التنفيذ، باعتبارها مرحلة مهمة ومجالا خصبا لممارسة هذه السلطة، وكذلك ندرة الدراسات القانونية المتخصصة في الجزائر التي تناولت هذا الموضوع، رغم أن هذه السلطة الجزائية عبارة عن نظرية قائمة ومستقلة فهي مازالت تحتاج إلى المزيد من ترتيب مبادئها وبيان أساسها وجعلها في صورة نظرية قانونية عامة، وجود بعض الثغرات والنواقص التشريعية التي تحتاج إلى إعادة نظر ومن ثم تعديلها بما يتناسب مع مبادئ وأحكام وقواعد هذه السلطة التي بات جزء كبير منها مسلم به، ازدياد الاهتمام إلى استخدام العقد الإداري في النشاط الاقتصادي والاجتماعي ازدادت أهمية هذه السلطة نظرا لمواكبة المستجدات المعاصرة، وكذلك المساهمة في عملية مكافحة الفساد الإداري؛ وإزالة التخوفات والعراقيل التي تعتري المتعاقدين مع الإدارة؛ ودحض محاولات

التشكيك في قدرة نظام العقود الإدارية على مواكبة المستجدات المعاصرة؛ والخروج بنتائج مفيدة للدراسة؛ والمساهمة في إثراء مكتبة الجامعة خاصة مكتبة الحقوق، كل هذه الأسباب جعلنا منها دافعا للدراسة واختيارنا للموضوع.

**صعوبات الدراسة:**

كأي مذكرة أو رسالة فقد واجهتنا بعض الصعوبات ونذكر منها على وجه الخصوص انتشار وباء كرونا ومنه غلق أبواب المكتبات الجامعية، وعدم حصولنا على المراجع خاصة الكتب، بالإضافة إلى شل حركة النقل والتي ساهمت في صعوبة الاتصال المباشر بالأستاذ المشرف.

**الإشكالية:**

- ماهي الجزاءات التي تملك الإدارة توقيعها على المتعاقد معها المخل بالتزاماته أثناء مرحلة تنفيذ الصفقة العمومية؟

**المنهج المتبع:**

ارتأينا في هذه المذكرة بداية اتباع المنهج التاريخي حيث تناولنا المراحل التاريخية التي مرت بها مبادئ وأحكام السلطة الجزائية، واستخدمنا المنهج التحليلي، الذي هو من أهم المناهج خاصة في مجال الدراسات القانونية، ولكون غالبية مبادئ وأحكام وقواعد سلطة الإدارة الجزائية تنظمها في الأصل نظرية قضائية صاغها القضاء الإداري الفرنسي؛ وهذا من أجل تحليل ومناقشة واستقراء مضامين النصوص القانونية، وكذلك الاستعانة بالأحكام والقرارات القضائية التي أقرها مجلس الدولة الفرنسي على سبيل المقارنة بين موقف القضاء الجزائري والقضاء الفرنسي وأحيانا القضاء المصري.

**تقسيم الدراسة:**

للإجابة عن الإشكالية قسمنا موضوعنا إلى فصلين كالتالي:

الفصل الأول تطرقنا فيه إلى الحديث عن سلطة الإدارة الجزائية في أثناء تنفيذ الصفقات العمومية، وهذا الفصل قسمناه بدوره إلى مبحثين فالمبحث الأول خصص في دراسة الخصائص العامة لسلطة الإدارة في توقيع الجزاءات على المتعاقد وهذا جعلنا ندرجه تحت مطلبين فالمطلب الأول درسنا فيه مضمون سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات على المتعاقد معها، أما المطلب الثاني فقد تضمن الأساس القانوني لسلطة الإدارة الجزائية وأهم الخصائص التي

تجمعها. أما المبحث الثاني فقد خصصناه لدراسة ضمانات مشروعية توقيع الجزاءات التعاقدية، وهذا الأخير قسم إلى مطلبين، فالمطلب الأول تكلمنا فيه عن الضمانات السابقة على توقيع الجزاءات التعاقدية، أما المطلب الثاني فقد تحدثنا فيه عن الضمانات اللاحقة على توقيع الجزاءات التعاقدية.

أما الفصل الثاني فقد تطرقنا فيه إلى دراسة الجزاءات التي تملك الإدارة توقيعها على المتعاقد عند إخلاله ببنود الصفقة العمومية، وقد قسمنا هذا الفصل إلى مبحثين، المبحث الأول تكلمنا فيه عن توقيع الجزاءات المالية والضاغطة، والذي بدوره شمل مطلبين فالمطلب الأول تحدثنا عن توقيع الجزاءات المالية وأما المطلب الثاني فقد درسنا فيه توقيع الجزاءات الضاغطة وبعد ذلك تطرقنا إلى المبحث الثاني والذي كانت دراستنا فيه عن توقيع الجزاءات المنهية للعقد(الفاسخة)، وقد ضمناه مطلبين المطلب الأول تحدثنا فيه عن الأحكام المنظمة للفسخ الجزائي، أما المطلب الثاني فقد تضمن أنواع الفسخ الجزائي وآثارها القانونية.

# الفصل الأول

تعتبر سلطة الإدارة الجزائية من أبرز الامتيازات التي تتمتع بها الإدارة أثناء تنفيذ الصفقات العموميـة، ذلك لمواجهة أي تقصير يقوم به المتعاقد معها عند تنفيذ التزاماته العقديـة، وإجباره على تنفيذها على أكمل وجه، فهي تستطيع أن تمارسها حتى عند عدم وجود نص قانوني يجيز لها ذلك، ودون الحاجة إلى الحصول على حكم قضائي؛ وكل هذا من أجل الحفاظ على سير المرافق العامة بانتظام واطراد.[1]

ولمعرفة التأصيل القانوني لسلطة الإدارة الجزائية أثناء تنفيذ الصفقات العمومية، قسمنا هذا الفصل إلى مبحثين **(المبحث الأول)** تطرقنا للخصائص المتعلقة بالسلطة الجزائية للإدارة عينها، أما في **(المبحث الثاني)** تطرقنا إلى ضمانات مشروعية توقيع الجزاءات التعاقدية.

[1] – مجدوب عبد الحليم، **التأصيل القانوني لسلطة الإدارة الجزائية في العقود الإدارية**، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، الجزائر، المجلد: 04، ع: 02، 2019، ص.2115.

## المبحث الأول: الخصائص المتعلقة بالسلطة الجزائية للإدارة عينها.

وفقا للنظرية العامة للجزاء ونظامها القانوني، فإن الخصائص المتعلقة بسلطة فرض الجزاءات بالإرادة المنفردة للإدارة عينها، هي خصائص تشترك بها أنواع الجزاءات كافة، التي تطبق على المتعاقد المقصر في أداء التزاماته، إلا فيما يتعلق ببعض الاستثناءات التي تم التطرق إليها، حيث أن هذه الخصائص تتجلى في ظلها المبادئ والميزات الأساسية التي تقوم عليها سلطة الإدارة الجزائية، التي تبرز مفهومها ونشأتها، وتعطينا تعريفها، والخصائص التي تشترك فيها مختلف أنواع الجزاءات، التي تأتى تطبيقا لأشكال هذه السلطة، وكذلك عن الأساس القانوني الذي تستند إليه.[1]

ولهذا قسمنا هذا المبحث إلى مطلبين، حيث تطرقنا في **(المطلب الأول)** إلى مضمون سلطة الإدارة أثناء تنفيذ الصفقات العمومية توقيع الجزاءات على المتعاقد، وفي **(المطلب الثاني)** تطرقنا إلى الأساس القانوني لسلطة الإدارة الجزائية وأهم الخصائص التي تجمعها.

### المطلب الأول: مضمون سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات على المتعاقد

تتمتع الإدارة بسلطة جزائية استثنائية، أي لها الحق في تطبيق الجزاء بإرادتها المنفردة دون الحاجة إلى اللجوء إلى القضاء، ولتوضيح مضمون هذه السلطة تناولنا مفهوم سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات في العقد الإداري **(الفرع الأول)**، ونشأة نظرية الجزاء في العقد الإداري **(الفرع الثاني)**.

#### الفرع الأول: مفهوم سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات في العقد الإداري.

**أولا- المعنى العام للجزاء:**

[1] – سعيد عبد الرزاق باخبيره، **سلطة الإدارة الجزائية أثناء تنفيذ العقد الإداري (دراسة مقارنة)**، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق (بن عكنون)، جامعة يوسف بن خدة، الجزائر، 2008، ص.32.

الجزاء في المعنى اللغوي، مصدره: جازى، وهو الثواب، العقاب، المكافأة عن العمل، والجزاء في الاصطلاح القانوني: هو الأثر الذي يرتبه القانون على مخالفة قواعده.[1] أما بمعناه الواسع فهو الأثر المترتب على تنفيذ أو مخالفة الأحكام التي نص عليها المشرع، أي أنه يكون شاملا ليس العقاب فقط – كجزاء عن مخالفة هذه الأحكام – إنما مكافأة من التزم بتنفيذها، غير أننا نجد أن فكرة الجزاء ينصرف إلى المعنى الضيق الذي يتضمن العقاب على مخالفة الأحكام المنصوص عليها من قبل المشرع. ويختلف نوع الجزاء باختلاف نوع القاعدة الملزمة التي خالفها الفرد، فهناك الجزاء الديني، الجزاء الأدبي، الجزاء القانوني وهذا الأخير قد يكون جزاء مدنيا أو جزاء جنائيا، أو جزاءً إداريا[2] والجزاءات الإدارية أنواع منها:

### 1. الجزاء التأديبي:

هناك من عرفه **(جزاء يمس الموظف المخطئ في مركزه الوظيفي أي في حياته ومقدراته الوظيفية)**، وبالتالي فهو جزاء توقعه الإدارة، لا يمس سوى الحقوق والمزايا الوظيفية (المادية أو المعنوية)، كما قد يكون المساس جزئيا كخصم جزء من راتب الموظف، أو كليا كالفصل.[3]

### 2. الجزاء الإداري العام:

هو قرارات فردية ذات طبيعة عقابية، جزاء مخالفة التزامات أو قرارات إدارية توقعها الإدارة كسلطة عامة عند مباشرتها لنشاطاتها، غايتها ضبط أداء الأنشطة الفردية بما يحقق المصلحة العامة وفقا للشكل والإجراءات المقررة قانونا، ويتصف هذا الجزاء بالعمومية وينقسم إلى جزاءات شخصية كسحب الترخيص، وتدابير عينية كالمصادرة وغلق المحلات.[4]

### 3. الجزاء التعاقدي:

---

[1] سعيد عبد الرزاق باخبير، المرجع السابق، ص.36.

[2] مريم محمد أحمد، **سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات على المتعاقد معها، (دراسة مقارنة بين القانونين المصري والعراقي)**، رسالة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، مصر، 2015، ص.10.11.

[3] حسام محسن عبد العزيز، **سلطة الإدارة الجزائية في فرض الغرامة التأخيرية في العقد الإداري وضماناتها، (دراسة مقارنة)**، (ب ط)، المركز العربي للنشر والتوزيع ثقافة بلا حدود، (ب ت)، ص.25.

[4] حسام محسن عبد العزيز، نفس المرجع، ص.26.27.

وهو جزاء تطبقه الإدارة بإرادتها المنفردة دون الحاجة فيها إلى المحكمة للحصول على حكم قضائي بالجزاء، وهو أنواع حسب العقد الذي تسير بمقتضاه.[1]

**ثانيا- معنى الجزاء في مجال تنفيذ العقود الإدارية وتكييفه القانوني:**

**1. المقصود بالجزاء في مجال تنفيذ العقود الإدارية:**

الجزاء في مجال العقود عامة، هو الأثر الذي يترتب بقوة القانون؛ نتيجة لإخلال أحد أطراف العلاقة التعاقدية، ببنود العقد المبرم بينهما.[2]وبمعنى آخر هو ذلك الجزاء الـــــذي تفرضـــــه جهة الإدارة مخولة بموجب القانون على المتعاقد معها؛ في حال إخلاله بتنفيذ شروط العقد الإداري.[3]

إن المبدأ الأساسي لنظرية العقود الإدارية يتمثل في فكرتين: الأولى أن تطبيق الجزاءات المختلفة غالبا ما ينتج من قرار الإدارة الصادر من جانب واحد، وهي لا تحتاج إلى اللجوء إلى المحكمة للحصول على حكم قضائي بالجزاء، أما الفكرة الثانية فتكمن في أن سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات قائمة بذاتها حتى في حالة صمت العقد، وبحكم أن هذا الاختصاص من النظام العام، فإن الإدارة لا تملك التنازل عنه.[4] ومن المتفق عليه أن لا تكون هذه الجزاءات عقوبات جنائية، إذ أنه لا يجوز لغير القضاء توقيع هذه العقوبات.[5]

فنظام الجزاءات التعاقدية هو نظام أساسي وأصيل ومن أسباب أصالته؛ عدم كفاية الجزاءات الموجودة في العقود المدنية، وأن لجوء الإدارة إلى القاضي؛ يؤدي إلى إلحاق

---

[1] حسام محسن عبد العزيز، المرجع السابق، ص.27.

[2] سعيد عبد الرزاق باخبير، مرجع سابق، ص.37.

[3] أشرف محمد حمامده، **الجزاءات في تنفيذ العقود الإدارية في النظام السعودي**، مجلة المنار للبحوث والدراسات القانونية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة يحي فارس بالمدية، الجزائر، ع: 6، 2018، ص.41.

[4] طارق سلطان محمد عبد الرحمان سلطان، **سلطة الإدارة في توقيع الجزاء على المتعاقد في العقود الإدارية**، الأكاديمية الملكية للشرطة، مركز الإعلام الأمني، البحرين، ص.17.

[5] محمد الشافعي أبو راس، **العقود الإدارية**، **https://elmouhami.com**، ص.93. فيفري 2020.

الأضرار بالمصلحة العامة ويعطل سير المرفق العام لبطء الإجراءات، كما أنها تعد سلاحا ووسيلة فعالة في يد الإدارة؛ من أجل ضمان عدم إخلال المتعاقد بالتزاماته.[1]

## 2. التكييف القانوني للجزاء في مجال تنفيذ العقود الإدارية:

نظرا لأهمية الجزاء الذي تفرضه الإدارة على المتعاقد المقصّر في تنفيذ التزاماته، كان من الضروري معرفة طبيعة الجزاء التعاقدي والنظام القانوني له، حيث نجد ثلاثة اتجاهات أو آراء حول طبيعة الجزاء التعاقدي.

### الرأي الأول: الجزاء التعاقدي تعويض للإدارة:

يرى بعض الفقهاء، أن الجزاء التعاقدي إنما هو تعويض جزافي للإدارة نتيجة للأضرار التي لحقتها من جراء إخلال المتعاقد في تنفيذ التزاماته، وإذا كان الأصل في العقود هو وجوب إثبات الضرر حتى يتم اقتضاء التعويضات في مقابلها، فإنه بالنسبة للعقود الإدارية يكون الضرر مفترضا لاتصاله بالمرفق العام، وهو الرأي الذي ذهب إليه مجلس الدولة الفرنسي.[2] وهذا الرأي غير سديد لأن الجزاءات قد تأخذ صور أخرى غير مالية.[3]

### الرأي الثاني: الجزاء المالي عقوبة للمتعاقد:

إن الجزاءات المفروضة تعتبر عقوبة من قبل الإدارة على المتعاقد معها؛ لأن إخلاله بالتزاماته التعاقدية تقتضي فرض عقوبة عليه بهدف ردعه وإجباره على الالتزام بالتنفيذ، وكذلك يعتبر هذا الرأي غير سديد؛ لأنه إذا كان عقوبة يعني ذلك خضوعه لذات المبـــادئ التي تخضع لها الجزاءات الرادعة سواء من حيث مشروعيتها الموضوعية أو الإجرائية.[4]

### الرأي الثالث: الجزاء التعاقدي وسيلة لإرغام المتعاقد على تنفيذ التزاماته:

تعد الجزاءات التعاقدية وسيلة لإرغام وحث المتعاقد على تنفيذ التزاماته على أحسن وجه، ولها تأثير مهم على المتعاقد بحيث يجعله يحرص على التزاماته التعاقدية تفاديا لدفع

---

[1] حسام محسن عبد العزيز، مرجع سابق، ص.33.

[2] نقلا عن: حسام محسن عبد العزيز، نفس المرجع، ص.38.39.

[3] أشرف محمد حمامده، مرجع سابق، ص. 42.

[4] أشرف محمد حمامده، نفس المرجع، ص. 42. 43.

الجزاءات التعاقدية، وتأكيدا لذلك ذهب البعض إلى القول بأن **(التعويض في العقود الإدارية لا يعد دائما تعويضا عن الضرر، إذ غالبا ما يمثل إجراء ضاغطا على المتعاقدين توخيا للتنفيذ التزاماتهم على الوجه الأكمل )**.[1] وهو الرأي السديد حيث أن الإدارة لا تستند في مباشرة هذه السلطة إلى نصوص العقد الإداري بل إلى سلطتها الضابطة لسير المرفق العام.[2]

## الفرع الثاني: نشأة نظرية الجزاء في العقد الإداري

إن إخلال المتعاقد في تنفيذ التزاماته التعاقدية، يعتبر هو الشرط الأساسي الذي يعطي للإدارة الحق في توقيع الجزاءات عليه، إلى جانب شروط أخرى، فهو السبب الرئيسي في وجود النظام القانوني للجزاءات الإدارية في مجال تنفيذ العقود الإدارية، وهذا الأخير ساهمت في إرساء دعائمه مراحل تاريخيـة مهمـة، كان لها الفضـل فيما هو عليـه الآن، فقد عرف هذا النظام تطور في ظل قضاء مجلس الدولة الفرنسي، باعتباره المنشأ الأصلي لنظرية الجزاءات في العقد الإداري.[3]

### أولا –مرحلة الاكتفاء بتوقيع الجزاءات التعاقدية:

مع نهاية القرن التاسع عشر وبداية القرن العشرين كانت الإدارة تستمد سلطتها في توقيع الجزاءات من النصوص التعاقدية أو القانونية، وهو المبدأ الذي استقر عليه مجلس الدولة الفرنسي آنذاك.[4] فنجد له حكمين مشهورين،[5] حيث رفض طلب الإدارة المتعاقدة الحكم لها

---

[1] حسام محسن عبد العزيز، مرجع سابق، ص. 41.

[2] أشرف محمد حمامده، مرجع سابق، ص. 43.

[3] جلول بن سديرة، **الجزاءات في مجال تنفيذ العقود الإدارية**، رسالة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام المعمق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بالقايد، الجزائر، 2015، ص.29.

[4] سعيد عبد الرزاق باخبير، مرجع سابق، ص.43.

[5] –**الحكم الأول:** كان بتاريخ 1881/07/15في قضية (Chemins de fer d' orléans a Rouen)، حيث قضى مجلس الدولة الفرنسي فيه (إذا ما رأت الإدارة المتعاقدة أنه من غير المناسب إسقاط الالتزام لمنصوص عليه في دفاتر الشروط للاعتبارات التي تراها، فبالتالي لا يجب على القضاء بتعويض الإدارة من قبل الشركة المتعاقدة إذ أن العقد ينص صراحة على جزاء وحيد في حالة عدم تنفيذ الالتزام، إسقاط الالتزام ...)

بالتعويض، كجزاء عن إخلال المتعاقد، وذلك على أساس أن هذه التعويضات غير منصوص عليها في كلا العقدين، ومن خلال هاذين الحكمين يتضح أن الإدارة تستمد سلطتها في توقيع الجزاءات من النصوص التعاقدية؛ وبالتالي كانت لا تستطيع أن توقع جزاءات لم ينص العقد أو دفتر الشروط على حق الإدارة في توقيعها.[1]

وكان للإدارة اختيار أحد الأمرين: أن تتسامح وتتحمل هي الآثار أو تقوم بفسخ العقد الإداري مما يكلفها وقتا وجهدا كبيرين، وهذين الخيارين يترتب عليهما نتائج سلبية على حسن سير المرافق العامة بانتظام واطراد.[2]

غير أن الفقه انتقد المبدأ الذي استند إليه القاضي في الحكمين السابقين، وهو مبدأ الوقوف عند الجزاءات العقدية، لأن ذلك مخالف للعدالة، إذ لا يحق لأي كان أن يعفي نفسه مسبقا من الأخطاء التي يمكن أن يرتكبها في المستقبل.[3] وبعد فترة تراجع عن تلك النظرية نتيجة تلك الانتقادات التي وجهها له العديد من الفقهاء الذين رأوا أن هذا المسلك لا يتناسب مع القانون العام، ولا يلبي المصلحـة العامة، حيث أن عدم وجود جزاء يدفع الملتزم إلى الإهمال في التزاماته.[4] وهذا ما تطرقنا له في المرحلة التالية.

**ثانيا –مرحلة توقيع الجزاءات الغير تعاقدية بواسطة القاضي:**

---

أمّا **الحكم الثاني:** كان بتاريخ 1884/01/11في قضية (level)، حيث قضى م.د.ف (... بأن لا يحق للإدارة المتعاقدة المطالبة بتعويضها عن الضرر الذي أصابها من عدم التنفيذ في حالة خلو نصوص العقد من ذلك ...) **انظر:** جلول بن سديرة، مرجع سابق، ص. 29.

[1] حسن محمد علي حسن البنان، **الجزاءات المالية في العقد الإداري (دراسـة مقـــارنة)**، مجلة الرافديـن للحـقوق، كلية الحقوق، جامعة الموصل، العراق، المجلـد: 12، ع: 54، 2012، ص.386.

[2] جلول بن سديرة، مرجع سابق، ص. 30.

[3] علي بن شعبان، **آثار عقد الأشغال العامة على طرفيه في التشريع الجزائري**، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة منتوري قسنطينة، الجزائر، 2011، ص.89.

[4] سعيد عبد الرزاق باخبير، مرجع سابق، ص.44.

في هذه الخطوة جاء حكم م.د.ف في قضية (**Déplanque**)[1] أين قرر اللجوء إلى القواعد العامة في حال أن دفتر الشروط لم ينص صراحة على جزاء لمخالفة معينة؛ لأن عدم قيام المتعاقد مع الإدارة بتنفيذ التزاماته يعتبر إخلالا من جانبه يستوجب التعويض لصالح الإدارة متى لحقها ضرر جراء تصرفه هذا.[2]

أقر م.د.ف لأول مرة للإدارة أن تفرض جزاءات لم ترد في العقد في قضية السيد (**Déplanque**)، والخاصة بإنارة مدينة (**تولوز**) الفرنسية في حكم صدر عنه عام 1907،[3] فنجد أن مجلس الدولة قام بتطبيق جزاء التعويض،[4] وهو جزاء غير منصوص عليه في العقد؛ وبالتالي لم يعد دفتر الشروط كافيا لوحده مثلما كان سائدا من قبل. حيث أن مجلس الدولة قد أخذ بالمبادئ[5] التي انتهى إليها مفوض الحكومة (**romieu**) في هذه القضية، والتي بموجبها تحررت الإدارة المتعاقدة من الأحكام التعاقدية التي كانت مفروضة عليها في مجال توقيعها للجزاءات في حالة إخلال المتعاقد معها بتنفيذ التزاماته.[6]ورغم أن النزاع يتعلق بعقد الالتزام إلا أن المبدأ يطبق على كل العقود الإدارية.[7] وهذا الحكم مد العلاقات بين الإدارة

---

[1] ملخص القضية بتاريخ 1897/11/11أبرم **السيد ديبلانك** عقد إمتياز مع مدينة تولوز الفرنسية بقصد إنارتها، وقع إخلال من طرف السيد ديبلانك (إخلال غير جسيم)، وعند عرض الأمر على القضاء، قضى بأحقية الإدارة المتعاقدة بالتعويض عن الضرر الذي لحقها من جراء إخلال المتعاقد، وهو تعويض غير منصوص عليه في العقد. أشار إلى وقائع هذه القضية جلول بن سديرة، مرجع سابق، ص. 31.

[2] علي بن شعبان، مرجع سابق، ص. 91.90.

[3] حسام محسن عبد العزيز، مرجع سابق، ص.34.

[4] استند هذا الجزاء ضمنيا من نص م 1142 من ق.م.ف. إعمالا للقواعد العامة فالقاضي الإداري يستلهم حلول من ق.م دون أن يكون ملزما به. راجع جلول بن سديرة، مرجع سابق، ص.34.33.

[5] وهذه **المبادئ هي:**

*إذا أغفل تحديد جزاءات في العقد الإداري لا يعني عدم وجودها.

*كل التزام تعاقدي يقابله جزاء في حالة الإخلال به إذ يتعين على القاضي أن يطبق القواعد العامة إذا لم يتضمن العقد نص صريح.

*إذا حدد العقد بعض الجزاءات لبعض المخالفات الجسيمة وأغفل عن البعض لا يعني أن باقي المخالفات المغفلة دون جزاءات.

*لا يجوز كقاعدة عامة للإدارة استبدال الجزاء الذي تم الاتفاق عليه. **مأخوذ عن:** علي بن شعبان، مرجع سابق، ص.93.

[6] جلول بن سديرة، مرجع سابق، ص.32.

[7] علي بن شعبان، مرجع سابق، ص.92.

والمتعاقدين معها نوعا من المرونة في فكرة الجزاءات الإدارية في العقد الإداري إلا أنها بقت مقيدة بقيدين.

**القيد الأول:** وجوب لجوء الإدارة للقضاء إذا أرادت الحصول على تعويض مقابل الأضرار التي تلحق بها جراء تقصير المتعاقد معها لا أن تحدده هي مباشرة.

**القيد الثاني:** وجوب تقيد الإدارة بالشروط التي يتضمنها العقد في شأن توقيع الجزاءات، فإذا نص العقد على جزاء لمخالفة معينة، فليس من حق الإدارة توقيع جزاء آخر للمخالفة عليها.[1]

لكن سرعان ما اعترف بسلطة الإدارة في تحديد التعويض التي تستحقه من قبل المتعاقد بإرادتها المنفردة من دون الحاجة إلى اللجوء للقضاء لاستصدار حكم بذلك.[2]

**ثالثا –مرحلة الاعتراف للإدارة بحق تطبيق الجزاء غير التعاقدي بنفسها:**

إن هذه المرحلة كانت أكثر جرأة حيث أن مجلس الدولة الفرنسي رأى من الواجب السماح للإدارة باستعمال امتيازها في التنفيذ المباشر، أي القيام بتنفيذ جزاء التعويض بنفسها، وأن تخضع لاحقا لرقابة القضاء، وأجاز لها أيضا بتوقيع جزاء أخف أو أشد من الجزاء الذي حدده العقد، فنجده بموجب حكم قضية شركة ملاحة جنوب الأطلنطي،[3] المؤرخ في 1929/10/11، وبالتالي زال القيدين اللذان كانا يشكلان العائق أمام الإدارة، في استعمال حقها في توقيع الجزاءات على المتعاقد معها في حالة إخلاله بالتزاماته التعاقدية، تحررت من القيد الأول وهو قيد اللجوء إلى القضاء، حيث اعترف لها القضاء الإداري الفرنسي بحقها في الحصول على التعويض، بعد أن تقوم بتقديره بإرادتها المنفردة. وأقر لها بحقها في إحلال جزاءات محل الجزاءات التعاقدية، وبالتالي تحررها من القيد الثاني.[4]

---

[1] سعيد عبد الرزاق باخبير، مرجع سابق، ص.50.49.

[2] حسام محسن عبد العزيز، مرجع سابق، ص. 34.

[3] تتلخص وقائع هذه القضية: (كانت هذه الشركة ملتزمة بموجب العقد إداري ودفتر الشروط بأن تعرض على قضاء التحكيم المنازعات ذات الطابع الجماعي التي تحدث بينها وبين مستخدميها بخصوص شروط العمل، وقد حدث أن رفضت الشركة الملتزمة العمل بذلك في ظرف معين، فأصدر الوزير المختص بالبحرية التجارية قرارا تنفيذيا مباشرا بتحميلها مبالغ مالية –غير مصرح بقيمتها– كتعويض للدولة)، وقائع هذه القضية **مأخوذ عن:** جلول بن سديرة، مرجع سابق، ص. 35.

[4] سعيد عبد الرزاق باخبير، مرجع سابق، ص–ص.52–50.

كما أن العديد من قرارات مجلس الدولة الفرنسي نصت على أن سلطة توقيع الجزاءات مستقلة عن نصوص العقد وتوجد ولو لم ينص عليها فيه، أمّا إذا نص العقد على بعضها فإن ذلك لا يعني تقييد حرية الإدارة فيما عدا ما نص عليه، بل تستطيع الإدارة تحت رقابة القضاء أن توقع على المتعاقد أنواع الجزاءات المقررة جميعها ويستثنى من هذه القاعدة في فرنسا جزاء إسقاط الالتزام، إذ يجعل مجلس الدولة الفرنسي هذه السلطة للقضاء.[1]

## المطلب الثاني: الأساس القانوني لسلطة الإدارة الجزائية وأهم الخصائص التي تجمعها

إن سلطة الإدارة الجزائية، لها أساس قانوني وسمات وخصائص، تجعلها سلطة استثنائية تفرض فقط على المتعاقد الذي تراخى عن تنفيذ واجباته التعاقدية. ولهذا حتى نعرف هذا الأساس وهذه الخصائص تناولنا في هذا المطلب الأساس القانوني لسلطة الإدارة الجزائية **(الفرع الأول)** والخصائص المشتركة للجزاءات التعاقدية في مجال تنفيذ العقد الإداري في **(الفرع الثاني)**.

### الفرع الأول: الأساس القانوني لسلطة الإدارة الجزائية

قد ينص في العقد أو دفاتر الشروط على حق الإدارة في توقيع الجزاءات الإدارية، وقد يرد النص على هذه الجزاءات في القوانين أو اللوائح، وقد لا ينص عليها، وبالتالي قد يتبادر إلى الذهن أن الأساس القانوني لسلطة الإدارة في توقيع الجزاءات على المتعاقد تكمن في النصوص التعاقدية، أو التنظيمية المدرجة في قوائم الشروط العامة.[2]

لا يوجد ثمة خلاف على الصعيدين الفقهي والقضائي حول أحقية الإدارة في توقيع الجزاء المناسب على المتعاقد، غير أن الخلاف في الفقه يكمن في السند أو الأساس القانوني الذي يضفي على سلطة الإدارة في فرض الجزاءات على المتعاقد معها صفة الشرعية.[3] حيث أن

[1] حسام محسن عبد العزيز، مرجع سابق، ص.35.

[2] أشرف محمد محامده، مرجع سابق، ص.44.43.

[3] مجدوب عبد الحليم، مرجع سابق، ص. 2118.

المبدأ المستقر عليه في الفقه والقضاء أن للإدارة سلطة توقيع الجزاءات بنفسها على المتعاقد معها عند إخلاله بالتزاماته التعاقدية، وهذا ما أخذ به الفقيه **(دي لوبادير)**.[1]

فذهب البعض إلى أن هذا الأساس يكمن في فكرة السلطة العامة، في حين اعتبر البعض الآخر فكرة المرفق العام تعد أساسا صالحا لسلطة الإدارة في توقيع الجزاءات،[2] في الوقت الذي ظل فيه آخرون الحل التوفيقي هو بين الفكرتين.[3]

**أولا- فكرة السلطة العامة كأساس لسلطة الإدارة الجزائية:**

إن فكرة السلطة العامة هي مجموعة من الامتيازات التي تتمتع بها الإدارة، التي تستعملها من أجل إشباع الحاجات العامة، وتهدف فكرة السلطة العامة إلى تحقيق الصالح العام، وتغليبها على المصلحة الفردية، وهي تمثل قاعدة المساواة بين المتعاقدين بخلاف الأمر في العقود المدنية،[4]

ساد هذا المعيار خلال القرن التاسع عشرة للميلاد في فرنسا، حيث تعتمد هذه الفكرة على المسلك الذي تسلكه الإدارة في سبيل قيامها بمزاولة نشاطها، فالإدارة إمّا أن تتصرف كعقود الأفراد والتي تكون محكومة بقواعد القانون الخاص وتخضع للقضاء العادي، أو أنّها تمارس تلك النشاطات بوصفها سلطة آمرة والتي يحكمها القانون الإداري وتخضع للقضاء الإداري ولعل أبرز ما يميزها في هذه الحالة هو حقها في التنفيذ المباشر والذي يقصد به حق الإدارة في اصدار القرارات الإدارية اتجاه الأفراد بإرادتها المنفردة دون اللجوء إلى القضاء،[5] فهي تستطيع اصدار القرارات التنفيذية كأسلوب لممارسة النشاط الإداري ومظهرا من مظاهر السلطة العامة.[6]

---

[1] مخلد توفيق مشاوش خشمان، محمد يوسف الحسين، **العقود الإدارية وجزاءاتها في فقه القضاء الإداري الأردني والقضاء المقـــارن**، مجلــة دراسات علوم الشريعــة والقانــون، كلية الحقــوق، جامعة دمشق، سوريا، المجلــد: 43، ملحق: 03، 2016، ص.1349.

[2] مخلد توفيق مشاوش خشمان، محمد يوسف الحسين، نفس المرجع، ص.1350.

[3] **انظر**: سعيد عبد الرزاق باخبير، مرجع سابق، ص.70.

[4] هشام محمد حمود الحلفي، **سلطة الإدارة في فرض الجزاءات على المتعاقد معها في العقود الإدارية**، مجلة كلية التربية الأساسية، الجامعة المستنصرية، العراق، المجلد: 23، ع: 97، 2017، ص.963.

[5] مريم محمد أحمد، مرجع سابق، ص.14.

[6] مخلد توفيق مشاوش خشمان، محمد يوسف الحسين، مرجع سابق، ص.1349.1350.

يرى أصحاب هذا الاتجاه أن الأساس القانوني الذي يمكن أن تستند إليه سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات على المتعاقد معها المقصر في تنفيذ التزاماته، في حالة سكوت العقد يَكْمُنُ في فكرة السلطة العامة، على أساس أن الجزاءات التي توقعها الإدارة على المتعاقد معها هي مظهر من مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية، كما أنّها تطبيق لنظرية امتياز التنفيذ المباشر.[1]

**الآراء الفقهية المؤيدة لفكرة السلطة العامة:**

يرى البعض من الفقه الفرنسي أن من حق الإدارة استعمال امتيازها في التنفيذ المباشر، الذي يعد الدعامة الأساسية للسلطة العامة في نطاق تنفيذ أي عقد مبرم بخصوص المرافق العامة للدولة، فلها أن تفسخ العقد وأن تحل نفسها محل متعاقدها المقصر،[2] ففي داخل العقود المبرمة بخصوص المرافق العامة تستطيع الإدارة فسخ العقد وإحلال نفسها محل المتعاقد بقرارها المنفرد، ودون أن تكون ملزمة بعرض الأمر على القضاء.[3]

ومن جملة هؤلاء الفقهاء الفقيه هوريو (**houriou**)[4] الذي يرى أن من حق الإدارة استعمال امتيازها في التنفيذ المباشر في نطاق تنفيذ أي عقد مبرم بخصوص المرافق العامة مثال: فسخ عقد التوريد (التجهيز) وتحل نفسها محل المتعاقد المقصر، وذلك بمجرد اصدار قرار بسيط من جانبها، أما ميشيل روسيه فيرى أن العقد الإداري هو تصرف قانوني يتضمن سلطات غير مألوفة وأن السلطة العامة تظهر بوضوح في هذا المجال، وتتمثل سلطة حق التصرف المنفرد في ثلاث مظاهر سلطة الرقابة وسلطة التعديل وسلطة الجزاء.[5]

وكذلك نجد الفقيه فيدال (**videl**) الذي قال **(أن امتياز الإدارة بتوقيع الجزاء على المتعاقد معها هو من بين أهم امتيازات التنفيذ المباشر التي تملكها جهة الإدارة، وبالتالي يمكن**

---

[1] مجدوب عبد الحليم، مرجع سابق، ص. 2119.

[2] محمد حسن مرعي، **الجزاءات الجنائية والمالية في العقود الإدارية، (دراسة تحليلية مقارنة)**، (ب ط) المركز العربي للنشر والتوزيع ثقافة بلا حدود، (ب ت)، ص.21.

[3] مريم محمد أحمد، مرجع سابق، ص.14.

[4] مجدوب عبد الحليم، مرجع سابق، ص.2119.

[5] حسام محسن عبد العزيز، مرجع سابق، ص.53.

**للإدارة تطبيــق الجزاءات على المتعاقــد معها متى دعت ضــرورة ضمان السيـــر الحسن للمرفق العـام، وهذا دون الحاجة منها إلى تضمين نصوص العقد ذلك)**، وأجزم على ذلك أيضا الفقيه بيكينيو( **Péquignot** ) الذي استشهد على ذلك بحكم مجلس الدولة الفرنسي في قضية شركة ملاحة جنوب الأطلنطي في1929/10/12.[1]

يؤيد مجلس الدولة الفرنسي فكرة السلطة العامة أساسا لسلطة الإدارة في فرض الجزاء في العقد الإداري، وذلك من خلال حكمه الصادر في 1926/11/27 في قضية (**Monot**) التي قضى فيها للإدارة أن تلجأ لتحصيل قيمة التعويضات بمقتضى أوامر بالدفع تصدرها بإرادتها المنفردة؛ تطبيقا لأهم امتيازاتها المتمثل في التنفيذ المباشر، وهو بذلك أسند لها هذه السلطة على أساس سلطتها العامة باستخدام أهم امتيازاتها المتمثل في التنفيذ المباشر.[2]

وكذلك نجد معيار السلطة العامة من خلال حكمه بخصوص قضية شركة ملاحة جنوب الأطلنطي، حيث بصدور هذا الحكم تأكد حق الإدارة في استعمال التنفيذ المباشر، وأصبحت القاعدة في توقيع الجزاءات هو استعمال الإدارة لامتياز التنفيذ المباشر فيما عدا ما يتعلق بجزاء إسقاط الالتزام إلا في حالة الاتفاق بين المتعاقدان بمقتضى نص صريح على حقها في توقيعه بإرادتها المنفردة.[3]

إن فكرة السلطة العامة لا تصلح أساسا لتوقيع الجزاءات الإدارية وذلك يرجع إلى:

لو أدرك المتعاقد مع جهة الإدارة أن الأساس القانوني لسلطة الإدارة في توقيع الجزاء يكمن في مبدأ السلطة العامة؛ لأنصرف المتعاقدين عن التعاقد مع الإدارة خوفا من مجابهة تلك السلطة، مما يؤدي إلى تعطيل سير المرفق العام، ومن الناحية أخرى فإن هذه الفكرة تقف عند الوسيلة دون اهتمام بالغاية فضلا عما تهيئه من فرص لاستبداد الإدارة على السلطة وتعسفها، وعلى ذلك فإن السلطة لا يجب أن تكون سلطة قانونية في ذاتها، وإنما وسيلة لتحقيق

[1] مجدوب عبد الحليم، مرجع سابق، ص.2119.

[2] محمد حسن مرعي، مرجع سابق، ص.24.

[3] مريم محمد أحمد، مرجع سابق، ص. 17.16.

الخدمات التي تؤديها الدولة إلى الأفراد عن طريق المرافق العامة، وبذلك فهي مقيدة بهدف المرفق العام الذي يصبغ على تصرفاتها طابع الشرعية.[1]

**ثانيا –فكرة المرفق العام كأساس لسلطة الإدارة الجزائية:**

إن المرفق العام هو كل مشروع تديره أو تشرف الدولة على إدارته، ويعمل بانتظام لتزويد الجمهور بالحاجات العامة التي أنشئ من أجلها، لا بقصد الربح، بل بهدف المساهمة في صيانة النظام في الدولة.[2] حيث نجد اتجاه آخر يرى أن الأساس القانوني لسلطة الإدارة في توقيع الجزاءات على المتعاقد معها، يقوم على أساس مبدأ سير المرفق العام بانتظام واطراد، نظرا للصلة الوطيدة التي تربط العقود الإدارية بالمرافق العامة، والإدارة عند إبرامها هذا النوع من العقود تستهدف تحقيق المصلحة العامة، وضمان سير المرافق العامة بانتظام واطراد، وبالتالي من حقها وواجبها أن تتخذ كافة الإجراءات التي تكفل إجبار المتعاقد معها على تنفيذ التزاماته التعاقدية، وذلك باستعمال أسلوب القانون العام الذي يسمح لها مباشرة سلطتها في توقيع الجزاءات بنفسها، كلما قام المتعاقد بإخلال التزاماته التعاقدية.[3]

ذلك أن استخدام أساليب القانون العام عند إبرام العقد الإداري تظهر بوضوح إرادة الطرفين المتعاقدين، في السماح بتطبيق القواعد التي تهدف إلى حسن سير المرفق العام الذي يتصل به العقد، مما يتفرع عنه حق الإدارة باعتبارها المسؤولة عن سير المرفق العام في اتخاذ الإجراءات الفورية والحازمة لمواجهة عجز المتعاقد عن تنفيذ التزاماته التعاقدية، مستندة في ذلك احتياجات المرفق العام لتأمين سيره بانتظام واطراد.[4]

تعد فكرة المرفق العام بالنسبة لدعاتها، هي الأساس القانوني الصالح لسلطة الإدارة في توقيع الجزاءات على المتعاقد المقصر، وقد ذهب جيز **(Jeze)** بهذا الشأن للقول: إن السير المنتظم والمستمر للمرفق العام يتطلب أكبر قدر من الدقة في تنفيذ العقد الإداري، ولذلك فمن

[1] أشرف محمد محامده، مرجع سابق، ص.45.46.

[2] هشام محمد حمود الحلفي، مرجع سابق، ص.964.

[3] مجدوب عبد الحليم، مرجع سابق، ص. 2120.2121.

[4] مخلد توفيق مشاوش خشمان، محمد يوسف الحسين، مرجع سابق، ص.1351.

المهم أن تكون لالتزامات المتعاقد مع الإدارة جزاءات حازمة... فاحتياجات المرافق العامة هي أساس وقياس جزاءات القانون العام.[1]

فاحتياجات المرفق العام هي الأساس الذي تقوم عليه سلطة الإدارة في فرض الجزاءات في العقد الإداري، ومن مؤيدي هذا الرأي أيضا الفقيه **(دي لوبادير)**[2] والفقيه **(بيكينيو)** اللذان يريان أن من حق الإدارة استعمال سلطتها في القرار التنفيذي والتنفيذ المباشر، عندما تطبق الجزاء على المتعاقد المقصر بدون الحاجة لشرط صريح في العقد.[3]

كما يرى الفقيه ديجيه **(Duguit)** والذي يعد بدوره من أكبر الفقهاء الذين أرسوا دعائم مدرسة المرفق العام أن **(كافة نظريات القانون الإداري تجد أساسها في فكرة المرفق العام، فلو لا المرفق العام الذي يهتم بالمصلحة العامة، كما خولت جهة الإدارة سلطات استثنائية لا وجود لها في نطاق قواعد القانون الخاص، وفقا لنظرية المرفق العام فإن نطاق تطبيق كل من القانون الإداري واختصاص القضاء الإداري يتحدد بكل نشاط تقوم به الدولة ويستهدف مباشرة تحقيق الصالح العام للجميع).**[4]

أما موقف القضاء الفرنسي فقد أكد مجلس الدولة في حكم له بتاريخ 1914/05/23 بأن للإدارة أن تفرض الجزاءات على المتعاقد معها الذي يخل بالتزاماته؛ بالشكل الذي يؤثر في دوام سير المرفق العام بانتظام واطراد حتى ولو لم ينص عليه في العقد.[5]

إن تباين وجهات النظر المختلفة في الأساس القانوني لحق الإدارة في الجزاء سواء ارتبط بفكرة السلطة العامة أو مبدأ استمرار المرفق العام وانتظامه؛ يرجع في الأصل إلى الخلاف

---

[1] سعيد عبد الرزاق باخبير، مرجع سابق، ص.76.

[2] يرى الفقيه أندري دي لوبادير (**Andree de laubadere**) بأن (الجزاءات التي تمتلكها جهة الإدارة في نطاق تنفيذ العقود الإدارية لا تستهدف قمع أوجه الإخلال أو إعادة التوازن للالتزامات التعاقدية فحسب بقدر ما تهدف بالدرجة الأولى إلى ضمان كفالة حسن سير المرافق العامة) **انظر**: مجدوب عبد الحليم، مرجع سابق، ص. 2121.

[3] محمد حسن مرعي، مرجع سابق، ص. 29.

[4] مجدوب عبد الحليم، مرجع سابق، ص. 2121.

[5] حسام محسن عبد العزيز، مرجع سابق، ص.59.

الأعم والأشمل والمتعلق بأساس القانون الإداري. وعلى أية حال فإن كلا الفكرتين كأساس لحق الإدارة في فرض الجزاءات يلتقيان في نتيجة واحدة وهي تحقيق المصلحة العامة.[1]

## الفرع الثاني: الخصائص المشتركة للجزاءات التعاقدية في مجال تنفيذ العقد الإداري

استقر الفقه والقضاء الإداري على صياغة نظرية مستقلة بنظام جزاءات العقد الإداري، لها مقوماتها وذاتيتها التي تنبع من طبيعة أوضاع المرافق العامة ووجوب سيرها بانتظام واطراد،[2] وإن الجزاءات في مجال العقود الإدارية لا تهدف فقط إلى معاقبة المتعاقد عن أخطائه في تنفيذ عقده، كما هو الحال في عقود القانون الخاص، إنما تهدف أساسا إلى حسن تنفيذ العقد المتصل بسير المرفق العام وضمان استمراره وانتظامه تحقيقا للمصلحة العامة، ودور الجزاءات في العقود الإدارية جعله يتمتع بخصائص ذاتية غير معروفة في قواعد القانون الخاص،[3] وتشترك جميع أنواع الجزاءات في خصائص مشتركة يمكن إجمالها فيما يلي:[4]

### أولا- توقيع الجزاءات بإرادتها المنفردة – امتياز المبادرة

تتمتع الإدارة بحرية في التصرف لا وجود لها في القانون الخاص، حيث أنها تستطيع أن توقع الجزاءات بنفسها ودون الحاجة إلى الرجوع للقضاء، وذلك تحت رقابة القضاء بطبيعة الحال،[5] وتجد الجزاءات الإدارية تبريرها في فكرة جوهرية مؤداها وجوب المحافظة على دوام سير المرفق العام بانتظام واطراد، وهذا الامتياز هو ما يعرف بامتياز المبادرة أو ما يسمى بالتنفيذ المباشر، ويقصد به حق الإدارة في اصدار أوامر ملزمة للأفراد، وتنفيذها بالقوة الجبرية

---

[1] خالد محمد مصطفى المولى، **الجزاءات المالية في العقد الإداري (دراسة مقارنة)**، مجلة بحوث مستقبلية، كلية الحدباء الجامعة، العراق، ع: 18، 2007، ص.162.

[2] طارق سلطان محمد عبد الرحمان، مرجع سابق، ص. 25.

[3] حسام محسن عبد العزيز، مرجع سابق، ص.44.

[4] أشرف محمد محامده، مرجع سابق، ص.46.

[5] فارس مخلف خلف الدليمي، **الجزاءات المالية في العقد الإداري، (دراسة مقارنة بين التشريعين العراقي والأردني)**، رسالة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، الأردن، 2016، ص. 35.

ودون حاجة إلى إذن سابق من القضاء،[1] علما بأن هذا الامتياز لا مثيل له في القانون الخاص، إلا أنها تخضع للرقابة القضائية في ممارستها لهذا الحق، لأن الجزاء في هذه الحالة يعتبر قرار إداري يخضع لرقابة القضاء.[2] وقد اختلف الفقهاء حول سند سلطة الإدارة في الامتياز المباشر، فأرجعه البعض إلى ضرورة سير المرفق العام بانتظام واطراد، وارجعه البعض الآخر إلى فكرة السلطة العامة.[3]

على عكس توقيع الجزاء في ظل العقود المدنية، وضرورة اللجوء للقضاء في هذا الشأن فإن الإدارة تملك حق توقيع الجزاءات بنفسها، كقاعدة عامة دون حاجة للجوء للقضاء حيث ينفرد القضاء بتوقيع الجزاء ومرد ذلك إلى اختلاف طبيعة الجزاءات المدنية عن الجزاءات الإدارية، واختلاف طبيعة العقود الإدارية عن طبيعة العقود المدنية كما قدمنا، وإن ممارسة الإدارة لسلطتها في توقيع الجزاءات بنفسها هو أمر ضروري، فالجزاءات في عمقها وسائل فعالة لتهديد وإجبار المتعاقد على احترام شروط العقد والوفاء بالتزاماته.[4]

إن مجلس الدولة الفرنسي خروجا من القاعدة العامة جعل استثناء وهو ترك حق توقيع جزاء إسقاط الالتزام من قبل القضاء، نظرا لخطورته عمليا، وهو يعتبر المسلك الصحيح، لاسيما إذا لم يوجد نص صريح يجيز للإدارة توقيعه من تلقاء نفسها.[5] وقد تأكد هذا الحق في فرنسا بصدور حكم مجلس الدولة الفرنسي في قضية شركة ملاحة جنوب الأطلنطي.[6]

**ثانيا –التجاء الإدارة إلى القضاء لتوقيع الجزاء بدلا منها:**

إن حق الجزاء المعترف به للإدارة من جانب واحد يعد امتيازا أصيلا للسلطة العامة موجود من تلقاء نفسه لصالح الإدارة واختصاصها متعلقا بالنظام العام. وقد أيد هذا الأساس

---

[1] أشرف محمد محامده، مرجع سابق، ص.47.48.

[2] ياقوتة عليوات، **تطبيقات النظرية العامة للعقد الإداري (الصفقات العمومية في الجزائر)**، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة منتوري قسنطينة، الجزائر، 2009، ص. 225.

[3] طارق سلطان محمد عبد الرحمان، مرجع سابق، ص.26.

[4] عبد القادر دراجي، **سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات الإدارية**، مجلة الفكر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر باتنة، الجزائر،2012. ص.95.

[5] سعيد عبد الرزاق باخبير، مرجع سابق، ص.57. 58.

[6] طارق سلطان محمد عبد الرحمان سلطان، مرجع سابق، ص.26.

بعض الفقهاء الفرنسيين أمثال هوريو وميشيل روسي،[1] ونجد أيضا أن القضاء والفقه يعترفان بحق الإدارة في النزول عن حقها في تطبيق الجزاءات الإدارية على المتعاقد معها في حالة إخلاله بالتزاماته المقررة عليه،[2] وإمكانية اللجوء للقضاء لاستصدار حكم قضائي، يقضي بتوقيع الجزاء المناسب على المتعاقد معها في حالة إخلاله بتنفيذ التزاماته التعاقدية وذلك لأسباب تقدرها لفائدة المرفق العام، فمن جهة تحتاط الإدارة وتأمن قيام المسؤولية من جانبها، ومن جهة أخرى حتى يكون للمتعاقد قناعة شخصية بمشروعية الجزاء كونه موقع من طرف القضاء وبالتالي ينعكس إيجابا على تنفيذه لالتزاماته التعاقدية؛ لكن إمكانية اللجوء إلى القضاء ليست بصفة مطلقة بل مرهونة بشرطين:[3]

**1)**- الشرط الأول: ألا يكون العقد الإداري ينص على أن توقيع الجزاءات على المتعاقد في حالة إخلاله بالتزاماته من اختصاص سلطة إدارية أخرى، كأن تكون سلطة الوصاية مثلا.[4]

**2)**- الشرط الثاني: ألا يكون في الحالات التي تتطلب السرعة في توقيع الجزاءات، حيث أن اللجوء إلى القضاء يؤدي إلى بطء إجراءات التقاضي.[5]

فنجد الفقيه الفرنسي **(شينو)** يرى أن الإدارة لا تستطيع أن تنفرد بامتياز عام في التنفيذ المباشر في نطاق علاقاتها التعاقدية مع الآخرين إلا إذا منحها هذا الحق، واستند في رأيه على حكم مجلس الدولة المصري عام 1907، الذي ذكر فيه أن سكوت دفتر الشروط وخلوه من تنظيم الجزاءات أن يرجع إلى قواعد القانون الخاص وقد أيده **(هوريو)**، وبالتالي هذا الحكم يقدم

---

[1] خالد محمد مصطفى المولى، مرجع سابق، ص.160.

[2] سعيد عبد الرزاق باخبير، مرجع سابق، ص.65.

[3] يرى **(بكنيو)** أن الإدارة لا تستطيع التنازل عن هذا الحق إذا كان مستمدا من القانون ولا يستطيع التفويض فيه إلا بنص صريح. ولا يمكنها التنازل أيضا لأن هذا الحق منح لها لبطء القضاء والذي يتعارض مع السير المنظم للمرفق العام، كما لا يمكنها أن تلجأ إلى القضاء إذا كان العقد يعطي الحق لسلطة إدارية أخرى لغرض تطبيق العقد، وفي غير هاتين الحالتين يمكن للإدارة أن تتنازل عن امتيازها في التنفيذ المباشر واللجوء إلى القضاء. **انظر:** خالد محمد مصطفى المولى، مرجع سابق، ص.163.

[4] وهذا ما أكده م.د.ف أين رفض طلب المجلس البلدي بفسخ عقد الإمتياز، وذلك على أساس أن العقد المطلوب فسخه يحتفظ بهذا الحق للمحافظة **(préfet)**، باعتباره إدارية لها وصاية على المجلس البلدي. **انظر:** جلول بن سديرة، مرجع سابق، ص. 40.

[5] جلول بن سديرة، مرجع سابق، ص-ص.39-41.

دليل على أن الإدارة أصبحت تتنازل عن إمكانيات التنفيذ المباشر الممنوحة لها بموجب العقد صراحة باللجوء إلى القاضي، وإن هذا الرأي لا يلغي من الإدارة في التنفيذ المباشر وإن لجوء الإدارة إلى القاضي هو لسريان نظرية كفاية العقد بما نص عليه من جزاءات هي السائدة، إلا أن هذه النظرية فقدت قيمتها، ورأى **(بلندو)** أن الإدارة أصبحت حرة في التنفيذ المباشر، وأن الرخصة المتروكة للإدارة في أن تلجأ إلى قاضي العقد تمثل هزيمة جديدة لمبدأ التنفيذ المباشر في نطاق العقد الإداري.[1]

إلا ان هذا الموضوع يعد من المسائل الخلافية في الفقه والقضاء، وقد تراوحت الآراء ما بين مؤيد وغير محبذ لقيام الإدارة بالتنازل عن حقها الأصيل في توقيع الجزاء من تلقاء نفسها، وكما أن هناك بعض أنواع الجزاءات التي لا تتحمل إجراءات القضاء المتصفة بالبطء عادة لاسيما الجزاءات الضاغطة ففي هذه الحالة ينبغي أن تتمسك الإدارة بممارسة حقها الأصيل في توقيع الجزاء بنفسها،[2] وفي هذه الحالة أيضا لا يستطيع القاضي أن يحكم بعدم اختصاصه لو رفعت الإدارة إليه طلب توقيع الجزاء.[3]

**ثالثا – توقيع الجزاءات الإدارية دون الحاجة إلى النص عليها في العقد**

القاعدة العامة في نطاق القانون الخاص تقضي بأن العقد شريعة المتعاقدين، حيث تقوم نصوص العقد مقام القانون، وفي حالة إخلال أحد طرفي العقد بالتزاماته التعاقدية فإن الجزاء يتقرر وفقا لما هو منصوص عليه في العقد، وفي حالة غياب اتفاق فإن الجزاء يتقرر وفقا للقانون، نجد نفس الأمر في مجال العقود المبرمة في نطاق القانون العام حيث نجد غالبا،[4] ينص العقد على مختلف الجزاءات التي يجوز للإدارة توقيعها على المتعاقد معها المقصر في التزاماته، وأن سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات على المتعاقد معها مستقلة عن نصوص العقد، ولا يشترط لوجودها أن تتضمنها أحكام العقد بل هي موجودة وأن لم ينص

[1] خالد محمد مصطفى المولى. مرجع سابق، ص.161.

[2] سعيد عبد الرزاق باخبير، مرجع سابق، ص–ص. 66–69.

[3] خالد محمد مصطفى المولى، مرجع سابق، ص.163.

[4] جلول بن سديرة، مرجع سابق، ص. 41.

عليها العقد، وهذا ما استقر عليه مجلس الدولة الفرنسي منذ حكمه المؤرخ في 13 ماي1907 الصادر في قضية **(دبلانك)**.[1]

إن الإدارة تستند في سلطتها في توقيع الجزاءات على حقها كسلطة عامة وواجبها في تسيير المرافق العامة، وهي تستمد كل ذلك أصلا من النصوص الدستورية وكافة النصوص الأخرى فهي لا تستمد سلطتها في توقيع الجزاءات من العقد الإداري ونصوصه، ذلك أن حق الإدارة في توقيع الجزاءات، لا ينبع من نصوص العقد، بل من طبيعة العقد الإداري، ومن حقوقها وواجباتها كسلطة عامة،[2] فمن المستقر عليه في العقود الإدارية أن لكل التزام يلتزم به المتعاقد مع الإدارة جزاء حتى ولو لم ينص عليه في العقد، وأن سلطة الإدارة في توقيع جزاءات مستقلة عن نصوص العقد.[3]

لكن نجد الوضع في فرنسا منذ نهاية القرن التاسع عشر وبداية القرن العشرين كان المبدأ المستقر هو أن العقد الإداري وحده يستقل ببيان جزاءاته، وهذا الاتجاه القضائي أيده الفقه الفرنسي آنذاك، وقد انتقد هذا المبدأ لسببين:

**1)**-غير معقول أن تبقى بعض المخالفات لبنود العقد دون جزاء بحجة عدم النص عليه، فإن نية المتعاقدين ومبدأ دوام سير المرفق العام بانتظام واطراد يحتمان ضرورة تنفيذ كل بنود العقد وتوفير الحماية الكافية لها، كما أن هناك مبدأ يقضي أنه لا يمكن لأحد أن يعفي نفسه من النتائج التي يمكن أن تؤدي إليها الأخطاء التي سوف يرتكبها.[4]

**2)**- تطبيقا لهذا المبدأ أجاز المشرع للإدارة حق تطبيق جزاء الإسقاط لمواجهة المخالفات الغير المنصوص عليها في العقد وهذا يرتب أحد الاحتمالين:

أ) - إما لجوء الإدارة إلى ممارسة جزاء الإسقاط لمواجهة المخالفات الغير منصوص عليها، مما يهدد المرفق بالتوقف والاضطراب.

[1] فارس مخلف خلف الدليمي، مرجع سابق، ص.38.

[2] عبد القادر دراجي، مرجع سابق، ص.94.

[3] أشرف محمد محامده، مرجع سابق، ص. 47

[4] طارق سلطان محمد عبد الرحمان سلطان، المرجع السابق، ص.29.

**ب)** – إما أن تعمد الإدارة إلى إهدار الجزاء وعدم تطبيقه نتيجة خطورته وآثاره الضارة على المرفق ومصالح المنتفعين، وهذا يتساوى مع عدم النص على وجود جزاء لمواجهة بعض الالتزامات التعاقدية.[1]

**رابعا – اختيار الوقت المناسب لتوقيع الجزاء**

إن للإدارة الحق في اختيار وقت توقيع الجزاء، مادام أن العقد لم يحدد ميعادا لذلك،[2] فهي لها سلطة تقديرية في اختيار الوقت المناسب وحسب مقتضيات سير المرفق العام،[3] وكان الفقه قد تضامن والقضاء الإداري، على اشتراط عدم وجود نص صريح في العقد المبرم بين الإدارة والمتعاقد معها، يحدد وقتا معينا لتوقيع الجزاء؛ لكي تستطيع الإدارة الانفراد بتوقيعه في الوقت الذي تراه هي مناسبا.[4]

وبالتالي فعند حدوث الخطأ المبرر لتوقيع الجزاء الإداري ليس من الضروري أن تقوم الإدارة بتوقيع الجزاء فور وقوع الخطأ، فللإدارة التريث في إيقاع الجزاء، فقد يفيق المتعاقد ويعود إلى الصواب من حيث النهوض بالتزاماته.[5] ومن ثم إعطائه فرصة حتى يتمكن من تدارك تقصيره، مما يستوجب عليه المبادرة إلى تنفيذ ما أخل به من التزاماته التعاقدية، وأن لا يتخذ ذلك لمصلحته كذريعة حتى يتهرب من توقيعها للجزاء عليه، بحجة أن الإدارة تراخت في توقيعها للجزاء عليه وأن تراخيها قد ألحق به ضرر.[6]

إذن من الممكن أن يكون في هذا التريث تحقيق للمصلحة العامة، وذلك إذا كان هناك من الوسائل الأخرى ما تحمل المتعاقد على التنفيذ، وذلك تماشيا مع الهدف من الجزاءات الإدارية وهي حمل المتعاقد على السير في تنفيذ العقد لتحقيق المصلحة العامة.[7]

---

[1] طارق سلطان محمد عبد الرحمان سلطان، نفس المرجع، ص.28.29.

[2] عبد القادر دراجي، مرجع سابق، ص.95.

[3] حسام محسن عبد العزيز، مرجع سابق، ص.47.

[4] سعيد عبد الرزاق باخبير، مرجع سابق، ص.63.

[5] أشرف محمد محامده، مرجع سابق، ص. 48.

[6] جلول بن سديرة، مرجع سابق، ص.43.

[7] أشرف محمد محامده، مرجع سابق، ص. 49.

وإذا أقرت الإدارة صراحة أو ضمنا بأنها لم تحرص على تنفيذ العقد في المواعيد المتفق عليها ترتيبا على أن تنفيذ العقد في هذه المواعيد كان لازما، فيعتبر ذلك بمثابة إعفاء ضمني للمتعاقد من تنفيذ العقوبة مما لا يكون معه محل لتوقيع الجزاءات.[1]

**خامسا – توقيع الجزاء دون حاجة إلى إثبات وقوع ضرر**

إن الهدف من اتخاذ الجزاءات ليس مجرد معاقبة المتعاقد على خطأ ارتكبه، وإنما الهدف الأساسي هو تأمين سير المرافق العامة ودوام انتظامها؛ وبالتالي كان الضرر مفترض كنتيجة لإخلال المتعاقد بالتزاماته أو تأخره في التنفيذ، وليس على الإدارة إثبات الضرر كما أنه ليس على المتعاقد إثبات أن تقصيره لم ينتج عنه أية أضرار للإدارة، فهنا الضرر مفترض بفرض غير قابل لإثبات العكس،[2] وبالتالي لا يجوز للمتعاقد اللجوء إلى القضاء والطعن في مشروعية الجزاء؛ لأن مجرد إخلاله بتنفيذ التزاماته يشكل قرينة قاطعة، غير قابلة لإثبات العكس.[3]

فالجزاءات الإدارية في العقود الإدارية لا تستهدف في واقع الأمر تقويم اعوجاج في تنفيذ الالتزامات التعاقدية بقدر ما تتوخى تأمين سير المرافق العامة وضمان سيرها بانتظام واطراد تحقيقا للمصلحة العامة، فبمجرد وقوع الخطأ يوجب على الإدارة سلطة توقيع الجزاء، وبالتالي فالجزاء مرتبط بالخطأ لا بالضرر.[4] ويستثنى من ذلك التعويضات التي يشترط فيها أن تكون عن ضرر محقق.[5]

**سادسا – جواز الجمع بين الجزاءات:**

تستطيع الإدارة الجمع بين جزاءات متعددة مادام قد تحقق السبب الذي يستوجب كلا منها، إذ أن كل سبب من الأسباب التي تؤدي إلى توقيع هذه الجزاءات يستقل عن الآخر في الطبيعة والوجهة والغاية، وليس ثمة ما يمنع الجمع بين جزاءات متعددة في العقد الإداري

[1] طارق سلطان محمد عبد الرحمان سلطان، مرجع سابق، ص.31.

[2] سعيد عبد الرزاق باخبير، مرجع سابق، ص–ص.53 –55.

[3] جلول بن سديرة، مرجع سابق، ص.46.

[4] أشرف محمد محامده، مرجع سابق، ص.49.

[5] جلول بن سديرة، مرجع سابق، ص.45.

طالما تحقق السبب المخول لتوقيع كل منها، وهذا النظام أساسي وأصيل يرجع لعدة أسباب منها عدم كفاية الجزاءات الموجودة في نطاق العقود المدنية، وهذا مرجعه لسببين التاليين:

**السبب الأول:** لجوء الإدارة إلى القاضي من شأنه تعطيل سير المرفق العام لبطء إجراءاته.

**السبب الثاني:** كذلك أنها تعد سلاحا ووسيلة فعالة لضمان عدم إخلال المتعاقد بالتزاماته.[1]

أي لها الحق في توقيع جزائين في نفس الوقت ما دام تحقق السبب، شريطة عدم تعارض الجزاءين مع بعضهما البعض، وألا يحضر العقد الإداري ودفتر الشروط ذلك صراحة، مثال لا يجوز الجمع بين جزاء الفسخ مع جزاء التنفيذ على حساب المتعاقد معها، إلا أنها يجوز لها الجمع بين جزاء الفسخ مع جزاء مصادرة التأمين.[2]

**سابعا –عدم جواز اتخاذ أي إجراء لإعاقة سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات:**

لا يجب أن يحول بين الإدارة وبين استعمال حقها في توقيع الجزاءات التعاقدية أي إجراء مهما كانت صورته.[3]

**ثامنا –يجوز للإدارة في غير المخالفات المالية استبدال الجزاءات المنصوص عليها في العقد بجزاءات أخرى غير منصوص عليها:**

إن للإدارة كقاعدة عامة سلطة تقديرية في اختيار الجزاء المناسب لتوقيعه على المتعاقد معها المخل بتنفيذ التزاماته،[4] وذلك إما بالتخفيف إذا قدرت أن الجزاء المتفق عليه في العقد مبالغ فيه، أو بالتشديد إذا قدرت أن جسامة المخالفة لا تتفق مع الجزاء المنصوص عليه في العقد،[5] فنجد في فرنسا كتوجيه عام يجوز للإدارة أحيانا بتخفيف الجزاء أو تشديده فمثلا يحق

---

[1] فارس مخلف خلف الدليمي، مرجع سابق، ص–ص.49–51.

[2] جلول بن سديرة، مرجع سابق، ص. 44.

[3] حسام محسن عبد العزيز، مرجع سابق، ص. 47.

[4] في حالة إذا توقع المتعاقدان خطأ معين ووضع له جزاء معين، يجب على الإدارة أن تتقيد بهذا الجزاء، لكن نجد أن القضاء الإداري الفرنسي استثنى حالة الضرورة كتعرض المرفق العام للخطر وذلك بالنسبة للجزاءات المالية. **انظر:** جلول بن سديرة، مرجع سابق، ص.44.

[5] جلول بن سديرة، مرجع سابق، ص.44.

للإدارة: فرض الحراسة بدلا من توقيع جزاء الإسقاط وفرض جزاء الحلول بدلا من توقيع الغرامات المنصوص عليها وهكذا.[1]

أما بالنسبة للمخالفات المالية فالقاعدة العامة هي التي تطبق دون أي استثناء فهي تعتبر تعويضا جزافيا متفق عليه مقدما في العقد، وبالتالي يستطيع الاستعاضة عنها بتعويض أكثر ارتفاعا؛ لكنها تستطيع أن توقع وسائل الضغط المؤقتة أو جزاءات الفسخ النهائية بدلا من فرض الغرامات ذاتها.[2]

[1] طارق سلطان محمد عبد الرحمان سلطان، مرجع سابق، ص.29.

[2] طارق سلطان محمد عبد الرحمان سلطان، نفس المرجع، ص.29.

## المبحث الثاني: ضمانات مشروعية توقيع الجزاءات التعاقدية

إن سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات على المتعاقد تمثل امتياز لها، وأن غالبية فقهاء القانون العام أجمعوا على هذا الحق وتأكد ذلك بموجب أحكام قضائية أقرها كل من القضاء الإداري وكذلك القضاء العادي، وأصبحت تلك المبادئ جزءا لا يتجزأ من نظرية الجزاءات ونظامها القانوني، إلا أنه وإن كان قد تم الاعتراف للإدارة بهذه السلطة الخطيرة في مواجهة المتعاقد معها فإنه كان لابد من وجود ضمانات لهذا المتعاقد في مواجهة الإدارة؛ حتى لا تتعسف في استعمال هذا الحق، فجهة الإدارة وهي بصدد ممارستها لسلطتها الجزائية تخضع إلى مجموعة من الضمانات،[1] تستهدف المشروعية وتصون المصلحة العامة، لذلك يكون غير دقيق ما يراه بعض الفقهاء من أن هذه الضوابط ضمانات للمتعاقد فحسب، كما يكون غير صحيح ما انتهى إليه البعض الآخر من أنها ضمانات وقائية للإدارة،[2] فهي ضمانات للتوفيق بين حق الإدارة في ضمان سير المرافق العامة بانتظام، وحق المتعاقد في معاملة عقدية عادلة أي أنها تهدف الإدارة المشروعية في جميع الحالات، وإذا كان الجزاء التعاقدي يمر في اتخاذه بمرحلتين: مرحلة تسبق اتخاذه ومرحلة لاحقة لاتخاذه، فإن هذه الضمانات تكون متلازمة معه في المرحلتين، الضمانات السابقة على توقيع الجزاءات التعاقدية تطرقنا إليها في **(المطلب الأول)** والضمانات اللاحقة على توقيع الجزاءات التعاقدية في **(المطلب الثاني)**.

### المطلب الأول: الضمانات السابقة على توقيع الجزاءات التعاقدية

[1] كذلك هناك الضوابط أخرى حيث لا يجوز لها توقيع جزاءات جنائية حتى وإن كان إخلال المتعاقد معها يشكل جريمة، ولا يمكنها النص على عقوبة جنائية كسلطة ضبط إداري من أجل تنفيذ عقودها. لابد الاشارة إلى أن تلك الضوابط تعتبر في نفس الوقت ضمانات للمتعامل المتعاقد مع الإدارة تجاه الإدارة في توقيع الجزاءات كما له حقوق أخرى وهي: *المقابل المالي *تعويضات*إعادة التوازن المالي وهي حقوق عامة في تنفيذ العقد الإداري. **انظر**: سعيد عبد الرزاق باخبير، مرجع سابق، ص. 81.

[2] ضرار القزاز، **الضوابط السابقة على الجزاء التعاقدي في العقود الإدارية (دراسة مقارنة سورية، مصر، فرنسا)**، مجلة جامعة البعث، كلية الحقوق، جامعة بلاد الشام، سوريا، المجلد: 39، ع: 52، 2017، ص.15.

إن هذه الضمانات تحيط الجزاء التعاقدي قبل أن يرى النور، وينتقل إلى الواقع، وهي الضمانات التي يجب مراعاتها من قبل الإدارة قبل اتخاذ الجزاء الذي سوف توقعه على المتعاقد معها، وهي إما أن تكون ضمانات إجرائية كالإعذار **(الفرع الأول)** وإما أن تكون ضمانات موضوعية كالتسبيب والتناسب **(الفرع الثاني)**.

## الفرع الأول: الضمانات الإجرائية لتوقيع الجزاءات التعاقدية (الإعذار)

إن الإعذار يعتبر من الضمانات الأساسية لتوقيع الجزاء الإداري، وحتى نتمكن من معرفة هذه الضمانة، وأثره في تحقيق مشروعية الجزاءات التعاقدية، تكلما في هذا الفرع عن مفهومه **(أولا)** وشروطه **(ثانيا)** ثم بينا حالات الإعفاء منه **(ثالثا)**.

### أولا: مفهوم الإعذار

**الاصطلاح اللغوي:** مصدره أعذر، وهو رفع عنه الذنب واللوم فيه وأوجب له العذر.

**أما الاصطلاح الفقهي القانوني:** يقصد به وضع المدين **(المتعاقد)** في حالة المتأخر عن تنفيذ التزاماته قانونيا، حيث أن مجرد حلول أجل الالتزام لا يكفي في جعل المدين في هذا الوضع القانوني، بل لابد من إعذاره، فهو إجراء تمهيدي يسبق الجزاءات القانونية أو التعاقدية، وبعد الإعذار يصبح المدين ملزما بتنفيذ التزامه فورا، وكل تأخير في التنفيذ يستوجب التعويض.[1] وهو بمثابة دعوة رسمية للمتعاقد، لتنفيذ التزاماته على وجه صحيح، ولا يقتصر الإعذار في بعض الجزاءات، على إنذار موجه إلى الملتزم؛ لكنه يفرض على الإدارة التزامين: منح مهلة معقولة للمتعاقد وأن تناقش الإدارة معه في ملاحظاته وأوجه دفاعه على اعتباره ضمانة من ضمانات حق الدفاع ويعد إجراء واجبا حتى في حالة عدم وجود نص يتطلبه.[2]

وفي نطاق العقود الإدارية[3] يعد إعذار المتعاقد قبل توقيع الجزاء عليه من الأمور المنطقية التي تفرضها قواعد العدالة، حتى يتسنى للمتعاقد تصحيح مخالفاته، إلا إذا أعفيت منه

[1] سعيد عبد الرزاق باخبير، مرجع سابق، ص. 83.84.

[2] ضرار القزاز، مرجع سابق، ص.17.18.

[3] مريم محمد أحمد، مرجع سابق، ص.51.

الإدارة في العقد، أو وقعت الإدارة أمام مسألة تستدعي التنفيذ العاجل مثلما هو جاري العمل به في مجلس الدولة الفرنسي،[1] في قضية (**veuve yrompier**)، كما تأكد هذا الاتجاه في حكم (**Maillom**) الذي قرر أنه وفقا للمبادئ العامة للقانون أن العقوبة لا يمكن توقيعها دون إحاطة صاحب الشأن بالاتهامات المنسوبة إليه حتى يعد دفاعه، ويلاحظ أن كلا من الإعذار واحترام حقوق الدفاع يمكن أن يغني أحدهما عن الآخر،[2] وهو نفس النهج الذي سار عليه المشرع الجزائري،[3] ويعني أن توجه الإدارة إلى المتعاقد معها تنبيها أو إخطارا تشعره بتقصيره أو الأخطاء المرتكبة من جانبه عند تنفيذ العقد، والإعذار بهذا المعنى يتطلبه النظام في بعض الجزاءات كجزاء سحب العمل من المتعاقد،[4] حيث قيد المشرع المصلحة المتعاقدة قبل مباشرة هذا الإجراء بضرورة إعذار المتعاقد ومنحه آجال لتدارك تقصيره خلال مدة زمنية يحددها هذا الإعذار، وبالتالي لا يمكنها سحب المشروع إلا بعد انقضاء هذا الأجل، ويعد هذا الإعذار شرطا جوهريا لصحة الجزاء، إلا إذا نص العقد أو دفتر الشروط على إعفاء الإدارة من هذا الإجراء أو بتوافر حالة الاستعجال التي تسمح للإدارة بسحب المشروع دون أي إعذار.[5]

وكقاعدة عامة فإن ضرورة الإنذار إنما تكون في بعض أنواع الجزاءات دون اشتراطها لإمكان توقيع الإدارة لجزءات أخرى، وبصفة عامة فإن للإدارة أن توقع الجزاء دون اشتراط الإنذار السابق إذا ما نص العقد على ذلك أو إذا كانت النصوص القانونية تبيح ذلك، أو إذا اقتضت ظروف الاستعجال أو طابع الضرورة، أو طبيعة المهمة موضوع العقد، بتوقيع الجزاء دون إنذار سابق. وثمة جانب في الفقه يعتبر أن موضوع الإعذار في يد الإدارة جوازي، لها أن توجهه أو لا توجهه طبقا لمقتضيات المصلحة العامة.[6]

---

[1] مجدوب عبد الحليم، مرجع سابق، ص. 2126-2127.

[2] ضرار القزاز، مرجع سابق، ص.18.19.

[3] مجدوب عبد الحليم، مرجع سابق، ص. 2126.2127.

[4] أشرف محمد محامده، مرجع سابق، ص-ص.50-52.

[5] مروان دهمة، **الجزاءات الإدارية في مجال تنفيذ الصفقات العمومية**، مجلة دفاتر السياسة والقانون، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، الجزائر، عدد خاص، 2018، ص.368.

[6] عبد القادر دراجي، مرجع سابق، ص.95.96.

كما أن الفقه الفرنسي متفق من حيث المبدأ بضرورة إعذار المتعاقد مع الإدارة عند تقصيره وإخلاله بتنفيذ التزاماته المترتبة عليه بموجب العقد، وذلك لتنبيهه بضرورة إصلاح أخطائه، كما أن مجلس الدولة الفرنسي هو الآخر سلم بضرورة الإعذار بتوقيع الغرامة، واعتبار المتعاقد مع الإدارة متراخيا وغير جاد بتنفيذ التزامه من وقت الإعذار ومتوجبا عليه التعويض النقدي من هذا الوقت.[1]

**ثانيا: شروط الإعذار**

لا يشترط النص أن يتم الإعذار في شكل محدد، وإنما يكفي أن يتم بمجرد إبلاغ يقوم به مندوب الإدارة يتضمن بيانات لازمة،[2] وأن يصدر عن الجهة الإدارية وأن يكون مبينا للمخالفات المنسوبة للمتعاقد[3] والمدة التي يجب أن يتم فيها التصحيح.[4]

**1)- أن يكون صادرا من الجهة الإدارية المختصة:** أي يجب أن يصدر عن الجهة المختصة وأن يكون معبرا عن إرادة الإدارة، على نحو قاطع وصريح.[5]

**2)- وضوح الإعذار:** يتعين أن يتضمن الإعذار بيان المخالفات التي ارتكبها المتعاقد مع الإدارة وكيفية تفاديها، لأن المتعاقد قد لا يعلم عن المخالفات ولا يعلم كيفية تفاديها، ولا شك أنه

---

[1] حسن محمد علي حسن البنان، حسام محسن عبد العزيز، **الضمانات الإجرائية والموضوعية في مواجهة الغرامة التأخيرية قبل وأثناء توقيعها في العقد الإداري (دراسة مقارنة)**، مجلة جامعة تكريت للحقوق، كلية الحقوق، العراق، المجلد: 6، ع: 3، 2016، ص.383.384.

[2] نصت م 03 من قرار وزير المالية المؤرخ في 2011/03/28 على أنه يجب أن يحتوي الإعذار على البيانات التالية:

* تعيين المصلحة المتعاقدة وعنوانها *تعيين المتعامل المتعاقد وعنوانه.

* التعيين الدقيق للصفقة ومراجعها.

* توضيح إذا ما كان أول أو ثاني إعذار عند الاقتضاء *موضوع الإعذار.

* الأجل الممنوح لتنفيذ موضوع الإعذار.

* العقوبات المنصوص عليها في حالة رفض التنفيذ. **انظر:** مجدوب عبد الحليم، نفس المرجع، ص.2128.

[3] ضرار القزاز، مرجع سابق، ص. 20.

[4] حيث نجد أن المشرع الجزائري أناط بالوزير المكلف بالمالية تحديد: (البيانات الواجب إدراجها في الإعذار، وكذلك آجال نشره في شكل إعلان قانوني) والمواد المتعلقة بوجوب الإعذار هي: م164-م168-م179 -م180-م181- م182 من القانون المدني الجزائري. **انظر:** سعيد عبد الرزاق باخبير، مرجع سابق، ص. 90-91.

[5] ضرار القزاز، مرجع سابق، ص.20.

بعد علمه ذلك قد يؤدي إلى تصحيح مسلكه وتجنيبه الأخطاء التي وقع فيها، بل ويجنب الإدارة تكاليف وأعباء التعاقد مع آخر في نفس العقد.[1]

**3)- المدة الزمنية:** تحدد مدة معينة بين الإعذار والجزاء، على أن تكون تلك المدة معقولـــة، بحيث يستطيع المتعاقد أن يتلافى الأخطاء المرتكبة.[2]

نجد أن معظم التشريعات لا تشترط شكل معين للإعذار، باستثناء المشرع الجزائري فرض على الإدارة وبالأخص في عقـد الأشغـال العامـة أن يتخذ الإعذار شكل رسالة موصى عليهـا، ترسل إلى المتعاقد مع إشعار بالاستلام ونشره وفق الشروط المحددة في القرار، والتي تستوجب أن ينشر الإعذار في ن.ر.ص.م.ع، أو على مستوى جريدتين يوميتين وطنيتين موزعتين عبر كامل التراب الوطني، وأن يكون محررا باللغة العربية وبلغة أجنبية واحدة على الأقل.[3]

إن المشرع الفرنسي والجزائري أخذ بهذا الشرط كأصل عام بالنسبة إلى العديد من أنواع الجزاءات، لاسيما في مجال عقود المقاولات، حتى يتمكن المتعاقد من إبداء ملاحظاته وتقديم أوجه دفاعه، فنجد المشرع الجزائري نص على ذلك صراحة في بعض الحالات[4] على أنه **(إذا لم يف المتعاقد بالتزاماته، توجه له المصلحة المتعاقدة إعذار ليفي بالتزاماته العقدية في أجل محدد)**،[5] وفي حالة ما لم تتضمن نصوص العقد ما يدل بشكل صريح على جدية توجيه

---

[1] ضرار القزاز، المرجع السابق، ص.20.

[2] ضرار القزاز، نفس المرجع، ص.20.

[3] مجدوب عبد الحليم، مرجع سابق، ص.2128.

[4] وأبرز هذه الحالات والتي نصت عليها م 181 من ق.م الصادر بالأمر رقم 75-58المؤرخ في 26سبتمبر 1975 :1- النص صراحة على الإعفاء من الإعذار في العقد أو دفاتر الشروط.2-إذا تعمد المتعاقد عدم التنفيذ، أو فقده النهائي للقدرة على ذلك. 3-حالة ارتكاب المتعاقد لأفعال الغش والتدليس أثناء تنفيذ التزاماته .4-عدم جدوى الإعذار بالنسبة إلى بعض الجزاءات، مثل وضع المرفق تحت الحراسة الإدارية لما يتطلبه هذا الإجراء من سرعة .5-حالة القـوة القاهرة وحالـة الحـرب، وهو ما ينص عليه عادة د.ش.إ.ع. **انظر**: سعيد عبد الرزاق باخبير، مرجع سابق، ص. 86.

[5] سعيد عبد الرزاق باخبير، نفس المرجع، ص. 85.

الإعذار في هذه الحالة يتعين على الإدارة إعمال القاعدة الأصلية التي يقررها القانون المدني بالإعذار في مجال العقود المدنية.[1]

يرى غالبية الفقهاء، ضرورة إعمال القاعدة الأصلية أي إلزام الإدارة بإعذار المتعاقد قبل توقيع الجزاء ولو لم يرد نص في العقد والبعض الآخر يقلل من أهمية تطبيق النصوص المدنية، كما أن عدم التزامها يعرض قرارها بالجزاء للطعن أمام القضاء المختص وعند التزامها بالإعذار يرتب نتائج:

- توقيع الجزاء بإرادتها المنفردة، طبقا لبنود العقد وملحقاته، أو المواد القانونية ذات العلاقة.
- يصبح المتعاقد مسؤولا عن التعويض لتأخره في تنفيذ الالتزام، وذلك من وقت إعذاره.
- الأعذار ينقل تبعة الهلاك من طرف إلى طرف.[2]

أما مجلس الدولة الفرنسي نجده ذهب إلى اعتبار الإعذار شرطا ضروريا للقضاء بالفسخ، لابد أن تتضمنه العقود ودفاتر الشروط، ويجب مراعاته حتى لو خلا العقد من النص على هذا الشرط. وأن عدم مراعاة الإدارة لشرط الإعذار له أثر هام متمثل في إعفاء هذا المتعاقد من النتائج الباهظة على هذا الجزاء مهما كانت الأخطاء المنسوبة إليه، بل ذهب إلى أبعد من ذلك حيث اعتبر أن عدم النص على هذا الشرط لا يعفي الإدارة من الالتزام به، وبالتالي قرارها المتضمن فسخ العقد والغير مسبوق بالإعذار يكون مخالف للقانون.[3]

**ثالثا: حالات الإعفاء منه**

يمكن تقسيم هذه الحالات إلى حالتين:

**1)- الإعفاء من الإعذار بناء على نص**

وهذا النص إما أن يرد في تشريع كدفتر الشروط العامة وإما أن يوجد ضمن نصوص العقد، إلا أن تأسيس الإعفاء على اتفاق طرفي العقد لابد أن يؤخذ على حذر كاف، حيث في

[1] مجدوب عبد الحليم، مرجع سابق، ص. 2128.

[2] سعيد عبد الرزاق باخبير، مرجع سابق، ص.90.89.

[3] ضرار القزاز، مرجع سابق، ص.23.22.

حالة الشك حول تطبيق شرط الإعفاء من الإعذار فإن الشك يفسر لصالح المتعاقد، وهو ما يكون أثره اعتبار الإعذار أمرا ملزما للإدارة، لاسيما بالنسبة للجزاءات الجسيمة كالفسخ.[1]

**2)- الإعفاء من الإعذار لظروف معينة**

يختص قاضي العقد بتقدير هذه الظروف حسب كل منازعة، إذا كانت هذه الظروف تضفي على تنفيذ العقد، طابع الضرورة الملحة، مثال توريد المواد العسكرية خلال الحرب، وعند غش المتعاقد هنا تعفى الإدارة من الإعذار. كما تعفى الإدارة من الإعذار إذا كان الجزاء الإداري لا ينطوي على خطورة بالغة تضر بمصالح المتعاقد بشرط عدم وجود نص ينص على خلاف ذلك. وإذا أعلن المتعاقد من تلقاء نفسه تنفيذ التزاماته أو عدم قدرته على تنفيذها، وكذلك تعفى الإدارة منه إذا خرج المتعاقد على مبدأ حسن النية، كما يتم التجاوز عن الإعذار لأسباب خارجة عن الإدارة بسبب الظروف الاستثنائية كالحرب أو القوة القاهرة.[2]

**الفرع الثاني: الضمانات الموضوعية لتوقيع الجزاءات التعاقدية (التسبيب، التناسب)**

إن كل من التسبيب والتناسب يعد جزء لا يتجزأ من القرار الجزائي، لا يمكن أن ينفصل عنه، ولهذا تناولنا تسبيب قرار الجزاء التعاقدي **(أولا)**، ثم التناسب بين الجزاء التعاقدي والمخالفة التعاقدية **(ثانيا)**.

**أولا: تسبيب قرار الجزاء التعاقدي**

**1)- مفهوم تسبيب قرار الجزاء التعاقدي**

تظهر هذه الضمانة في مجال الجزاءات الإدارية للحد من سلطة الإدارة الجزائية في مواجهة المتعاقد معها،[3] ويعرف تسبيب القرار الإداري في الفقه بأنه "**التزام قانوني تعلن الإدارة بمقتضاه الأسباب القانونية والواقعية التي حملتها على إصدار القرار الإداري وشكلت الأساس**

[1] ضرار القزاز، المرجع السابق، ص. 26.

[2] ضرار القزاز، نفس المرجع، ص. 27-28.

[3] ضرار القزاز، نفس المرجع، ص.32 .33.

**القانوني الذي بني عليه**" كما يعرف بأنه "**إفصاح أو تبيان للأسباب التي دفعت الإدارة واستند إليها القرار الإداري عند صدوره**".[1]

أي أنه أحد مظاهر الشكل: مثل الكتابة، الإمضاء، التاريخ... إلخ. وهو يختلف عن ركن السبب حيث إذا خلى القرار من السبب يصبح القرار معدوم، بينما إذا خلى من التسبيب يصبح القرار غير صحيح في شكله وليس في مضمونه،[2] أي أن القواعد التي تحدد التسبيب تتعلق بالمشروعية الخارجية للقرار، أما السبب فهو أحد العناصر الموضوعية، والقواعد التي تحكمه تتعلق بالمشروعية الداخلية للقرار.[3]

نجد أن المشرع الجزائري اتبع "مبدأ لا تسبيب إلا بنص قانوني"[4] وهو المبدأ التقليدي أي أن الإدارة غير ملزمة بتسبيب قراراتها ما لم يلزمها نص،[5]وهي القاعدة العامة في القانون الإداري وبالتالي فهي تتمتع بقدر من الحرية في ذلك، مادام أنه يفترض في قرارها أن سببه هو المصلحة العامة، وهو الرأي الذي يأخذ به مجلس الدولة الفرنسي في حالة غياب النص عليه طبعا. فهو قائم على قرينة الصحة،[6] أي أن التسبيب هو الاستثناء ولا يتقرر إلا بنص. يرى أنصار هذا المبدأ أن التسبيب يتعارض مع:

**أ)** – تسهيل العمل الإداري فهو يشكل زيادة عبء العمل على عاتق السلطة الإدارية واعتنق هذه الحجة مفوض الحكومة في فرنسا GENTOT.

**ب)** – سرية العمل الإداري حيث يؤدي إلى كشف معلومات يجب الاحتفاظ بسريتها.[7]

---

[1] إسماعيل جابوربي، **تسبيب القرارات الإدارية بين الجواز والوجوب (دراسة مقارنة)**، مجلة آفاق علمية، المركز الجامعي تمنراست، الجزائر، المجلد :11، ع:04، 2019، ص.158.

[2] نوال معزوزي، **التسبيب الوجوبي للقرارات الإدارية تجسيدا لمبدأ الوضوح الإداري**، مجلة صوت القانون، جامعة الجيلاني بونعامة خميس مليانة، الجزائر، ع:7، 2017، ص.296.

[3] وهيبة بلباقي، **علاقة التسبيب بركن السبب في القرارات الإدارية**، مجلة دفاتر السياسة والقانون، معهد الحقوق والعلوم السياسية، المركز الجامعي نور البشير البيض، الجزائر، ع: 18، 2018، ص.1.

[4] وهو ما يسمى بالتسبيب الجوازي أو الاختياري **انظر**: إسماعيل جابوربي، مرجع سابق، ص.161.

[5] نوال معزوزي، مرجع سابق، ص.293.

[6] ضرار القزاز، مرجع سابق، ص. 33.32.

[7] نوال معزوزي، مرجع سابق، ص.298.

**ج)** – مبدأ "عدم خضوع القرار للشكليات" والتي هي إحدى أهم الخصائص الأساسية للقرار الإداري.

**د)** – خاصية صدور القرار عن السلطة العامة والتي تعني الإجبار أكثر من الإقناع.

**هـ)** –عدم فاعلية التسبيب بسبب فاعلية الرقابة القضائية، لأن قاضي الإلغاء دائما يبحث عن الأسباب حتى ولو كان القانون لا يلزمها بالتسبيب.[1]

كما نجد أنه إذا قامت الإدارة بتسبيب قرارها من تلقاء نفسها أو استنادا إلى نص فإن هذا التسبيب يخضع لرقابة القضاء، فإذا تبين أن السبب المذكور من قبل الإدارة غير صحيح ثم صرحت الإدارة بالسبب الحقيقي، وجب اعتماد هذا الأخير في هذه الحالة، أما إذا لم تسبب الإدارة قرارها – وهو الأصل – فتقوم القرينة في هذه الحالة على صدور القرار الإداري استنادا إلى سبب صحيح ويقع على المدعي، بخلاف ذلك عبء إثبات ما يدعيه وإقامة الدليل عليه.[2]

أما في الفقه الحديث نجد أغلب الأنظمة القانونية تسعى إلى تقرير مبدأ التسبيب الوجوبي، وصياغته في نصوص ملزمة وصل حد تقديسها إلى إقراره كمبدأ دستوري في بعض الأنظمة،[3] من بينها القانون الفرنسي 11 ماي 1979 الصادر بشأن إصلاح العلاقة بين الإدارة والجمهور والمعدل بالقانون 17 جانفي 1986 وقانون جويلية 2000،[4] حيث أن إلزام الإدارة بضرورة تسبيب قرار توقيع الجزاءات الصادر منها، يشكل ضمانة مهمة للمتعاقد مع جهة الإدارة، كما أن التسبيب يمكن القاضي من بسط رقابته على الأسباب التي دفعت الإدارة إلى توقيع الجزاء على المتعاقد؛ ليقرر استنادا إلى سبب توقيع الجزاء مشروعية أو عدم مشروعية قرار الإدارة،[5] وهو ما استقر عليه القضاء الإداري الفرنسي، وأيده الفقه، نظرا لخطورة القرار الجزائي بما فيه القرار الجزائي العقدي، حيث يرى **(دي لوبادير)** أن القانون أشار بصفة عامة وبالتالي حتى الجزاءات التعاقدية يجب أن تكون مسببة، كما أجمع الفقهاء على وجوب تسبيب

[1] نوال معزوزي، المرجع السابق، ص.299.

[2] مريم محمد أحمد، مرجع سابق، ص.82.81.

[3] نوال معزوزي، مرجع سابق، ص.294.

[4] ضرار القزاز، مرجع سابق، ص.34.33.

[5] مريم محمد أحمد، مرجع سابق، ص.83.82.

الجزاءات الإداريــة المتعلقة بفرض جزاءات على المتعـاقد مع الإدارة أيا كـانت هذه الجزاءات، خاصة قراراتها الصادرة بفسخ العقود، حتى يستطيع قاضي العقد أن يمارس رقابته على الأسباب التي استندت إليها الإدارة في إيقاع الجزاء.[1]

أن القانون الفرنسي السابق ذكره جعل من التسبيب الوجوبي كمبدأ عام، وفي المقابل نجده تضمن بعض الاستثناءات التي من شأنها تعفي الإدارة من تسبيب القرارات، وذلك في المواد (1)(4) و(5) وهي ثلاث استثناءات، السرية: وهذا الاستثناء دائم أي أنه يمنع التسبيب بشكل دائم ولكن قيمته محدودة، الاستعجال المطلق: وهو استثناء عام لكنه يتوقف على الظروف والملابسات التي تحيط بمصدر القرار، القرارات الضمنية: وهو استثناء عارض لكنه مؤثر على الالتزام بالتسبيب، مع ملاحظة أنه في الحالتين الأخيرتين لا يستحيل على الإدارة الإفصاح عن الأسباب في وقت لاحق.[2]

فالتسبيب يعد ضمانة للمقاول مع الإدارة كما يعد كذلك بالنسبة للإدارة نفسها، كون هذا التسبيب يقي القرار الإداري من الإلغاء من قبل القضاء، لأن القاضي عند مراقبة القرار الإداري يستند إلى تسبيب الإدارة إذا ما كان وفقا للقانون أم لا، ويجب أن يكون التسبيب مكتوبا وأن يتضمن شرحا للأسباب القانونية الفعلية التي بني على أساسها القرار.[3]

ولقـد أصبـــح من الضروري الآن تكريس مبـدأ التسبيب الوجوبـي في القانـون الجزائـري، الذي بمقتضاه تبتعد أعمال الإدارة عن السرية، وتكون حقوق الأفراد موضع اعتبار قبل إصدار أي قرار إداري، والذي يحقق التفاهم والتعاون ويقوي جسور الثقة بين الإدارة والمتعاملين معها.[4]

**2)- شروط صحة تسبيب الجزاء التعاقدي**

---

[1] ضرار القزاز، مرجع سابق، ص.34.35.

[2] أنيس فوزي عبد المجيد، **الاستثناءات الواردة على مبدأ التسبيب الوجوبي للقرارات الإدارية الفردية في فرنسا**، مجلة الشريعة والقانون، كلية الحقوق، جامعة دمشق، سوريا، ع: 50، 2012، ص.317.

[3] صوفية عباد، **سلطة الإدارة في توقيع جزاء سحب العمل من المقاول في صفقـة الأشغـال العامـة في التشريـع الجزائـري**، مجلة العلوم القانونية والسياسية، الجزائر، المجلد: 09، ع: 02، 2018، ص.595.

[4] نوال معزوزي، مرجع سابق، ص. 293.294.

**أ)** – أن يكون التسبيب مكتوبا باعتباره شكلا من أشكال القرار الإداري، وبذلك حتى يتمكن المعني بالقرار فهمه، وتحليله والتمعن فيه ويرى إن كان السبب مشروعا أو غير مشروع.[1]

**ب)** – أن يكون التسبيب مباشرا ومعاصر لصدور القرار، بمعنى أن يعلم صاحب الشأن بالتسبيب، بمجرد قراءة القرار أو ملحقه المشار فيه إلى التسبيب دون الرجوع إلى وثيقة أخرى.

**ج)** – أن يكون التسبيب مفصلا ومعلنا لصاحب الشأن.

**د)** – يجب أن تذكر الاعتبارات الواقعية والقانونية التي تشكل أساس القرار الإداري والتي تتضمن تسبيب القرار الإداري والتي حملت مصدر القرار على إصداره.[2]

**هـ)**– أن لا يكون نمطيا تستخدمه الإدارة في كل الحالات فيفقد جوهره، كما يرى مجلس الدولة الفرنسي أن مسألة التسبيب بالإحالة الذي نجده كثيرا في النطاق العملي يعد من قبيل عدم احترام إرادة المشرع، لاحتمال تشابه حالتين ظاهريا وهناك فوارق دقيقة.[3]

أي أنه هناك نوعين،[4] من شروط صحة التسبيب، شروط صحة التسبيب الخارجية بأن يكون التسبيب مكتوبا، وأن يكون معاصرا لإصدار القرار ويجوز استثناء من ذلك، أن يتم التسبيب بالإحالة إذا توافرت بعض الشروط أهمها أن يعلن مصدر القرار أنه يتبنى الأسباب الواردة في الوثيقة المحال إليها، وأن تكون هذه الوثيقة مرفقة بالقرار نفسه. أما شروط صحة التسبيب الداخلية فتتعلق بوجوب بيان الاعتبارات القانونية والواقعية أي أساس القرار، وأن يكون السبب كافيا ومتصلا بالواقع، وواضح العبارات.[5]

### 3)–دور التسبيب في الرقابة على مشروعية السبب في القرار الإداري

يعتبر التسبيب ضمانة هامة لفاعلية الرقابة على عيب السبب الذي يكون مكتوب في وثيقة القرار يمكن القاضي من التأكد من وجود السبب، ومن مدى كفايته. ويؤدي إلى تسهيل

---

[1] إسماعيل جابوربي، المرجع السابق، ص.161.

[2] إسماعيل جابوربي، نفس المرجع، ص.161.

[3] ضرار القزاز، مرجع سابق، ص.38.

[4] **انظر**: سمية كامل، **تسبيب القرارات الإدارية**، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم تخصص علوم قانونية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة جيلاني ليابس، سيدي بلعباس، الجزائر، 2018، ص.84.65.

[5] وهيبة بلباقي، **شروط صحة التسبيب الواجب قانونا أثناء تنفيذ الصفقات العمومية في القرارات الإدارية**، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، معهد الحقوق والعلوم السياسية، المركز الجامعي نور البشير البيض، الجزائر، ع: 18، 2018، ص.268.

المهمة الصعبة على القضاء الإداري، كما أنه في بعض الحالات يعتبر التسبيب الوسيلة الوحيد التي تمكن القاضي من معرفة أسباب القرار، فهو ليس مجرد شكلية جوهرية، يجب احترامها في حالة النص عليها، بل كذلك وسيلة إثبات مكتوبة في القرار ذاته تبين مدى وجود وصحة السبب؛ لكن رغم أهمية (التسبيب القانوني) في الرقابة على المشروعية الداخلية للقرار، إلا أن القاضي يفضل إلزام الإدارة بالإفصاح عن الأسباب (التسبيب القضائي)، بدلا من استخدام التسبيب كوسيلة من وسائل الإثبات المباشرة لعيب السبب. فالتسبيب الأول له خاصية قبلية لصيقة بالقرار أما الثاني له خاصية بعدية.[1]

**ثانيا: التناسب بين الجزاء التعاقدي والمخالفة التعاقدية**

**1)- القيمة القانونية للتناسب**

**أ) - أهمية التناسب:** من المتفق عليه فقها وقضاء أن مبدأ التناسب أهم الضمانات التي تحد من تعسف الإدارة اتجاه المتعاقد معها حيث الغاية من الجزاء الردع لا الانتقام،[2] فبمقتضى التناسب لا تغلو الإدارة بتوقيع الجزاء في اختياره، وإنما عليها أن تتخذ ما يكون على وجه اللزوم ضروريا لمواجهة المخالفة الإدارية وآثارها.[3]

**ب) - متطلبات التناسب:** يجب الأخذ في الاعتبار عدة أمور منها خطورة المخالفة وهل هي اعتدت على المصالح الجوهرية أم لا؟ والآثار المترتبة على هذه المخالفة وكذلك نسبة جسامة الخطأ، ومراعاة كذلك عدة أمور وهي قياس درجة خطورة المخالفة؛ أي قياس نسبة الاعتداء على المصلحة المحمية قانونا، وأيضا قياس مقدار كفاية الجزاء وهو ما يضمن عدم تحول الجزاء إلى أداة عقاب، فتقدير التناسب في المجال العقدي يعتمد على قدر ما يصيب الإخلال بتنفيذ العقد من تعطيل للمرفق العام، فيجب الاعتداد بالظروف والملابسات ومدى جسامة العمل المادي المشكل لها، وما إذا كان المتعاقد معتاد عليها أو أنها المخالفة الأولى، إن كان هذا

---

[1] وهيبة بلباقي، **دور التسبيب في الرقابة على مشروعية السبب في القرار الإداري**، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، المركز الجامعي نور البشير البيض، الجزائر، المجلد 07، ع:06، 2018. ص-ص.102-104و114.

[2] ضرار القزاز، مرجع سابق، ص-ص 38-40.

[3] راضية زرقيني، بلخير دراجي، **ضمانات مشروعية الجزاءات الإدارية، التوجهات الحديثة للقضاء الإداري ودوره في إرساء دولة القانون**، جامعة الشهيد حمه لخضر، الوادي، الجزائر، 06-07 مارس 2018، ص.267.

الإخلال بناء على قصد المخالف أو نتيجة إهمال وتقصير وعدم خبرة، كما يجب أن لا يكون التناسب شديدا منطويا على الغلو أو لينا مما يجعل المخالفين يستهينون به.[1]

**2)- مدى تطبيق التناسب في نطاق الجزاء التعاقدي**

يبدو للبعض أن الإدارة لا تتقيد بالتناسب في مجال العقود لأنه تحكمه تصرفات رضائية لكن هذا غير صحيح، فالإدارة مقيدة بالتناسب حتى في مجال العقود وهو ما ذهب إليه المجلس الدستوري الفرنسي وبالتالي يترتب على ذلك أمران إمكان إسناد سلطة الجزاء إلى الإدارة من جهة، وأن تتقيد هذه الجهة بالتناسب في المجال التأديبي أو التعاقدي، ومن الأمثلة على ذلك ما قضت به محكمة التمييز العليا جلسة 1995/01/15، في الطعن رقم 94/123، ق. عليا، مجموعة المبادئ القانونية في العقود الإدارية، ومن مقتضى التناسب عدم تعدد الجزاء على المخالفة الواحدة؛ أي عدم جواز الجمع بين جزاء إنهاء العقد والتنفيذ على حساب المتعاقد المقصر، أما الجمع بين الفسخ ومصادرة التأمين والتعويض لا يعتبر محظورا.[2]

## المطلب الثاني: الضمانات اللاحقة على توقيع الجزاءات التعاقدية

إن الرقابة القضائية اللاحقة على قرار الإدارة بتوقيع الجزاء على المتعاقد معها من أهم الخصائص التي يتميز بها النظام القانوني المنظم لهذه السلطة، وحق التقاضي مكفول في معظم الدساتير وتزداد أهميته في نظرية الجزاءات الإدارية في العقود الإدارية باعتباره أحد القيود التي تحد من سلطة الإدارة وكذلك يشكل ضمانة حقوقية للمتعاقد معها، وهنا تناولنا نطاق رقابة القضاء على قرار الإدارة بالجزاء في **(الفرع الأول)** وسلطة القاضي الإداري في مواجهة الجزاء الغير مشروع في **(الفرع الثاني)**.

### الفرع الأول: نطاق رقابة القضاء على قرار الإدارة بالجزاء

هذه الرقابة القضائية تشمل مشروعية القرار الصادر بتوقيع الجزاء وأركان القرار الإداري، وهي الاختصاص والشكل والإجراءات ومخالفة القانون والانحراف في استعمال

[1] ضرار القزاز، المرجع السابق، ص-ص. 40-42.

[2] ضرار القزاز، نفس المرجع، ص-ص. 42-44.

السلطة، كما أنها تمتد إلى سبب القرار الإداري وأهدافه، والوقائع التي ارتكزت عليها الإدارة في توقيع الجزاء، وفي هذا الفرع تناولنا رقابة المشروعية **(أولا)** ثم رقابة الملاءمة **(ثانيا)**.

**أولا: رقابة المشروعية.**

يجب على الإدارة عند قيامها بأعمالها أو عند اصدر قراراتها أن تحترم القواعد القانونية النافذة في الدولة، وهذا ما يطلق عليه بمبدأ المشروعية، فالمشروعية هي تلك الصفة التي تلحق أي تصرف أو عمل يتفق مع القانون،[1]حيث يجب أن يصدر قرار الجزاء الإداري في العقود الإدارية مطابق للمشروعية في كافة جوانبه، فيلزم صدوره من الجهة المختصة بإصداره، وأيضا مراعاة الشكل والإجراءات التي تنص عليها الأنظمة، ومراعيا فيه السبب، والغاية، وأن يهدف إلى تحقيق المصلحة العامة.[2]

**1)-عيب عدم الاختصاص:**

إن قواعد الاختصاص هي التي تحدد الأشخاص أو الهيئات التي تملك إبرام التصرفات العامة، وعيب عدم الاختصاص هو العيب الوحيد الذي يعتبر من النظام العام، وبالتالي يمكن للقاضي التصدي له من تلقاء نفسه ولو لم يثره طالب الإلغاء؛ لكنه لا يستطيع أن يقضي بأكثر مما يطلبه الخصوم، ولا يمكن للإدارة أن تحتج بالاستعجال في مخالفة قواعد الاختصاص إلا في حالتي الظروف الاستثنائية وحالة الضرورة، ولا يجوز للإدارة أيضا أن تتفق مع المتعاقد معها على تعديل قواعد الاختصاص أو التنازل عنها،[3] فقد يكون عيب عدم الاختصاص شخصيا، وقد يكون زمنيا، وقد يكون مكانيا وقد يكون موضوعيا، ويتدرج عيب الاختصاص حسب درجة خطورته إلى عيب عدم الاختصاص البسيط (عيب عدم الاختصاص العادي)، وعيب عدم الاختصاص الجسيم (عيب اغتصاب السلطة)، وهذا الأخير معاقب عليه جنائيا.[4]

**2)-عيب الشكل:**

[1] مريم محمد أحمد، مرجع سابق، ص. 72.

[2] أشرف محمد محامده، مرجع سابق، ص. 52.

[3] مريم محمد أحمد، مرجع سابق، ص. 73.

[4] عمار عوابدي، **القانون الإداري، النشاط الإداري**، ج 2، ط 4، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2007، ص175.

يقصد بعيب الشكل عدم التزام الإدارة المتعاقدة بالإجراءات والشروط الشكلية الواجب عليها اتباعها عند إعمالها لسلطتها في توقيع الجزاء،[1] يعد القرار الصادر بالجزاء غير مشروع، إذا صدر عن الإدارة من دون اتخاذ إجراء أو شكل معين يتطلبه القانون، أو العقد ومثال ذلك الجزاء الغير المسبوق بإعذار أو الصادر من دون تصديق من سلطة أعلى منها، متى كان ذلك مطلوبا.[2]

### 3)-عيب مخالفة القانون:(عيب المحل)

تكون 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،[3] يجب أن يصدر قرار الإدارة بتوقيع الجزاء على المتعاقد معها طبقا للنصوص القانونية والتعاقدية، ويجب أن ينطوي فعل المتعاقد على خطأ تعاقدي، فإن لم يوجد هذا الفعل أصلا، أو وجد لكنه لا يشكل بذاته خطأ، أو لا يتعارض مع التزاماته التعاقدية أو القانونية، فإن الجزاء هنا يكون مشوبا بعيب مخالفة القانون.[4]

### 4)-عيب الانحراف بالسلطة:

إن عيب الانحراف بالسلطة هو عيب يشوب القرار الإداري في ركن الغاية، الذي في ظاهره يبدو سليما وصحيحا، لكونه عمل صادر من هيئة إدارية مختصة وفقا للشكل الذي يستلزمه القانون، والطاعن هنا يتهم الإدارة بأنها جانبت العدالة عمدا، ويتهمها بسوء نيتها، لأنها أرادت تحقيق غاية غير مشروعة، فللإدارة سلطة تقديرية؛ لكن يجب توجيه هذه

---

[1] عبد الوافي عبد الجبار، **رقابة القضاء الإداري على قرار الإدارة توقيع الجزاء في عقود الصفقات العمومية**، مجلة القانون والعلوم السياسية، النعامة، الجزائر، ع:7، 2018، ص. 259.

[2] سعيد عبد الرزاق باخبير، مرجع سابق، ص. 112.

[3] صوفية عباد، **سلطة الإدارة في توقيع جزاء سحب العمل من المقاول في صفقة الأشغال العامة في التشريع الجزائري**، مرجع سابق، ص.597.

[4] عبد الوافي عبد الجبار، مرجع سابق، ص. 259.

السلطة إلى غاية تحقيق المصلحة العامة، أو إلى الغاية المحددة قانونيا بشكل جدي دون هدف آخر، فهنا القاضي الإداري يحتاج إلى جهد كبير ومشقة من أجل الغور في أعماق مصدر القرار، وذلك بغية إيجاد الغاية الحقيقية لإصدار القرار، ومن ثم الوصول إلى النتيجة النهائيـة.[1]

**5)- عيب السبب:**

يقصد بعيب السبب، انعدام الوقائع المادية أو القانونية، أو وقوع خطأ في تقديرها وتكييفها وتفسيرها خلال صدور قرار إداري معين من قبل سلطة إدارية مختصة،[2] يجب أن تستند الإدارة عند إصدارها لقرار ما على سبب؛ لكن وجود السبب لا يلزمها بالضرورة إصدار القرار فهي تتمتع بسلطة تقديرية؛ لكي يكون سبب القرار صحيحا يشترط فيه:

- أن يكون مشروعا، أي أن تكون الواقعة التي يستند إليها مصدر القرار الإداري مشروعة غير مخالفة للقوانين والأنظمة النافذة.
- أن يكون موجودا وقائما وقت اتخاذ القرار، أي أن يكون له وجود مادي وفعلي.

وسلطة القاضي في رقابة ركن السبب يكون قاصرا على السبب الذي استندت إليه الإدارة عند إصدارها القرار، دون أن يكون له الحق في افتراض أسباب أخرى ليحمل عليها القرار.[3]

**ثانيا: رقابة الملاءمة.**

يتسع نطاق الرقابة القضائية على سلطة الإدارة في توقيع الإدارة، ليشمل إلى جانب الرقابة على مشروعية الجزاء، الرقابة على مدى ملاءمته، حيث أن الرقابة لا تقتصر على التأكد من الوجود المادي لأسباب الجزاء وتكييفها القانوني، وإنما تشمل أيضا مدى ملاءمة الجزاء مع خطورة الأفعال الصادرة عن المتعاقد، فيمكن للقاضي أن يقرر عدم صحة الجزاء

[1] أحمد خورشيد حميدي، **إثبات عيب إنحراف السلطة**، مجلة جامعة كركوك للدراسات الإنسانية، العراق، المجلد: 07، ع: 1، 2012، ص.3.

[2] عمار عوابدي، مرجع سابق، ص173.

[3] مريم محمد أحمد، مرجع سابق، ص. 80.81.

المتخذ من طرف الإدارة والذي يعتبر مبالغا فيه أي أن القاضي يقدر ما إذا كانت جسامة الخطأ كافية لتبرير الجزاء، أم أن الجزاء زائد عن الحد.[1]

يعتبر القاضي الإداري من حيث الأصل قاضي مشروعية، وليس قاضي ملاءمة، طالما أن الإدارة تتمتع بالسلطة التقديرية فهي تزن ملاءمة قراراتها وتقديرها؛ لكن هذا الأصل يرد عليه استثناءات عندما تصدر الإدارة قرارات مقيدة للحرية وأخرى تتضمن توقيع جزاءات، ففكرة الملاءمة نسبية، وليست متناقضة مع فكرة الشرعية، فتقدير الملاءمة لا يتم إلا بالنسبة إلى مجموعة من العوامل الواقعية المتميزة عن فكرة المشروعية، فعلى الإدارة مراعاة مبدأ التناسب[2] بين الوقائع المبررة لاتخاذ القرار الإداري ومحل هذا القرار، حتى مع عدم وجود نصوص صريحة تتضمنها.[3] يجب على الإدارة عند فرض الجزاء إعمال مبدأ التناسب والذي يتطلب أمرين:

- الالتزام بالمعقولية في اختيار الجزاء الإداري.
- الالتزام بعدم تعدد الجزاءات الإدارية عن المخالفة الواحدة.[4]

إن هذه الرقابة لا تمس بحرية الإدارة في تقديرها، فالقاضي يقوم بتطبيق المبادئ القانونية العامة ضمانا للمشروعية، وكل ما يقضي به في هذه الحالة أن هذا العمل لا يحقق المصلحة العامة نتيجة عدم ملاءمة تقدير الإدارة، وبالتالي عليها أن تعيد عملها بغية تحقيق هذه المصلحة، فهو بسط رقابته على التقدير الموجود أصلا دون أن يغتصب سلطة الإدارة،[5] وتكون الإدارة تمارس جزاءات غير مشروعة في الحالات الآتية:

**أولا: عدم مشروعية الجزاءات المالية:**

---

[1] عبد الوافي عبد الجبار، مرجع سابق، ص. 160.161.

[2] أشارت م (08) من إعلان حقوق الإنسان عام 1789، إلى مضمون هذا المبدأ حين أكدت على أن تكون العقوبة لازمة ومتناسبة مع السلوك غير المشروع والمصلحة المعتدى عليها، بقدر الضرر الذي أصابها وبالنظر إلى الخطأ الواقع من الفاعل. **انظر:** مريم محمد أحمد، مرجع سابق، ص. 84.

[3] مريم محمد أحمد، نفس المرجع، ص.83.

[4] مريم محمد أحمد، نفس المرجع، ص.85.

[5] مريم محمد أحمد، نفس المرجع، ص.87.

فإذا ما أوقعت الإدارة هذه الجزاءات بدون مبرر وعدم توافر الشروط القانونية لتوقيعها، فإنها تكون قد أخطأت في توقيع الجزاء مما يؤدي إلى إثارة مسؤوليتها التعاقدية على أساس الخطأ كأن يكون القرار الذي يقررها صادر من سلطة غير مختصة بإبرام العقد. أو تكون غرامة التأخير المفروضة من قبل الإدارة غير مشروعه لتجاوزها الحدود القصوى المحددة من قبل المشرع.[1]

**ثانيا: عدم مشروعية الجزاءات المؤقتة:**

يشترط لصحة قرار سحب العمل في عقد الأشغال العامة، والشراء على حساب المتعاقد في عقد التوريد أن يكون القرار صادرا عن سلطة مختصة وأن يسبقه إعذار للمتعاقد مع الإدارة مالم ينص العقد على خلاف ذلك وأن يكون قائما على سبب يبرره من الواقع والقانون وأن تقوم الإدارة بتنفيذ العقد على حساب المتعاقد، وهذا يتطلب منها ألا تحيد عن الغاية أو الهدف.[2]

**ثالثا: عدم مشروعية جزاء الفسخ:**

تترتب مسؤولية الإدارة التعاقدية في الحالات التالية:

- عدم إخلال المتعاقد بالتزاماته التعاقدية، أو استعماله الغش بنفسه أو بواسطة غيره في التعامل مع الإدارة.
- إذا كان قرار الفسخ صادرا من سلطة غير مختصة، حيث يقتصر الحق في الفسخ على السلطة المختصة بإبرام العقد.
- إذا كان فسخ العقد الإداري مستهدفا غاية أخرى، غير ضمان استمرار المرفق العام.
- إذا قامت الإدارة بفسخ العقد الإداري مع المتعاقد معها المقصر في تنفيذ التزاماته دون إنذاره.[3]

---

[1] رفح كريم رزوقي كربال، **المسؤولية التعاقدية للإدارة القائمة على الخطأ**، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، كلية القانون، جامعة بابل، العراق، ع:3، 2015، ص.508.

[2] رفح كريم رزوقي كربال، نفس المرجع، ص.509.

[3] رفح كريم رزوقي كربال، نفس المرجع، ص.511.510.

## الفرع الثاني: سلطة القاضي الإداري في مواجهة الجزاء الغير مشروع

استقر م.د.ف على أن القاضي الإداري لا يملك سلطة إلغاء قرار الجزاء، ولو كان هذا القرار غير مشروع، أو ليس له ما يبرره ولكنه يستطيع فقط أن يبحث عما إذا كان 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.[1]

والمبدأ العام هو خضوع قرار الجزاء لرقابة القضاء الكامل إلغاءً أو تعويضا الذي يختص بنظر كافة المنازعات المتولدة عن العقد، أما إذا أصدرت جهة الإدارة قرار الجزاء استنادا إلى القوانين واللـوائح، فإن الاختصاص بنظر الطعن بالإلغاء على هذا القرار ينعقد لقاضي الإلغاء وإذا اقترن طلب الإلغاء بطلب التعويض ينعقد الاختصاص للقضاء الكامل.[2]

وتختلف الرقابة القضائية على سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات الإدارية باختلاف نوع الجزاء ونوع العقد وعليه فإن القاضي يستطيع أن يحكم بإلغاء الجزاء أو تخفيفه (غرامات مالية) أو استبداله بغيره، كما يستطيع أن يحكم بالتعويض بالنسبة للجزاءات الضاغطة،[3] أي أن القرارات التي تصدرها الإدارة المتعاقدة بصـدد تنفيـذ العقـد[4] أو استنادا إلى نص من نصوصــه، فهي ترتبط بالعقد ارتباط الجزء بالكل، لا يمكن الطعن فيها بالإلغاء وإنما وجب الطعن فيها أمام القضاء الكامل، باستثناء الجزاءات المالية يستطيع القاضي الإداري في فرنسا أن يحكم بردها، أو الإعفاء منها حسب الأحوال. فالمنازعات المتعلقة بالتدابير والإجراءات التي

---

[1] صوفية عباد، **سلطة الإدارة في توقيع جزاء سحب العمل من المقاول في صفقة الأشغال العامـــــة في التشريع الجزائري**، مرجع سابق، ص.598.

[2] طارق سلطان محمد عبد الرحمان سلطان، مرجع سابق، ص.32.

[3] مخلد توفيق مشاوش خشمان، محمد يوسف الحسين، مرجع سابق، ص.1352.

[4] وهي عكس القرارات المنفصلة عن العقد الإداري يجوز الطعن فيها بالإلغاء. وهي القرارات التي تصدرها الإدارة في المراحل التمهيدية للعملية العقدية وهي قرارات إدارية نهائية تتكون من مجموعة من القرارات فهو يمر بعدة مراحل أولها قرار الإعلان عن المناقصة، ثم بعد ذلك فحص العطاءات وصولا إلى إبرام العقد وفي جميع هذه المراحل تقوم الإدارة بإصدار قرارات إدارية وذلك تمهيدا لإبرام العقد. **انظر:** رشا عبد الرزاق جاسم، **الطعن بالإلغاء في القرارات الإدارية المنفصلة عن القرار الإداري**، كلية القانون، الجامعة المستنصرية، العراق، ص.4.

تتخذها الإدارة في مواجهة المتعاقد معها تندرج ضمن اختصاص القضاء الكامل وهي تعتبر منازعات حقوقية.[1]

ونجد أن فرنسا بعد التطورات الحديثة قد أفسح المجال لقضاء الإلغاء بالنظر في دعاوى وإبطال القرارات الإدارية المتعلقة بالعقود الإدارية في القرارات الإدارية المنفصلة على سبيل الاستثناء، وبشرط أن تقدم من قبل غير أطراف العلاقة التعاقدية على أساس عدم مشروعية تلك القرارات وليس على أساس مخالفة الإدارة لالتزاماتها التعاقدية.[2]

[1] عبد الوافي عبد الجبار، مرجع سابق، ص. 254.

[2] سعيد عبد الرزاق باخبير، مرجع سابق، ص-ص. 94-98.

**خلاصة الفصل**

من خلال دراستنا لهذا الفصل قمنا في المبحث الأول بتحديد مفهوم السلطة الجزائية، وذلك من خلال إدراج بعض التعريفات لها، وكذلك بينا الطبيعة القانونية لها، ثم بعد ذلك أدرجنا التطور التاريخي لنظام الجزاءات عبر مراحل ثلاث نتجت عنها تنظيم نظرية مستقلة بذاتها تستمد أصولها من أحكام القضاء الادري الفرنسي، أي أنها نظرية ذات طابع قضائي يختلف نظامها عن نظام الجزاءات في القانون المدني، الذي أصبح عاجزا عن تقديم القواعد التي تتناسب مع سير المرفق العام بانتظام واطراد ثم بعد ذلك ناقشنا الأساس القانوني لسلطة الإدارة الجزائية وتوصلنا إلى نتيجة مهمة إلى أن الأساس القانوني لهذه السلطة الجزائية مستمد أصوله من طبيعة المرفق العام واتصال العقد الإداري به، أي أنها تستمد قوتها من العقد، وأوضحنا الخصائص المشتركة للجزاءات التعاقدية وتأكد لنا أن أبرز هذه الخصائص هي حق الإدارة في قدرتها على فرض الجزاءات بإرادتها المنفردة على المتعاقد المخل بالتزاماته، أثناء تنفيذ عقودها الإدارية، ودون وساطة القضاء وفقا لامتيازها في التنفيذ المباشر، ودون الحاجة إلى النص عليها في العقد تستمد هذا الحق من الخصائص الذاتية التي تتميز بها العقود وغيرها من الخصائص، وفي المبحث الثاني تطرقنا إلى ضمانات مشروعية توقيع الجزاءات التعاقدية، ضمانات سابقة على توقيع الجزاءات التعاقدية تحيط الجزاء التعاقدي قبل أن يرى النور توقعها الإدارة قبل اتخاذ الجزاء وهي إما أن تكون ضمانات إجرائية تتمثل في الإعذار، الذي بينا مفهومه وشروطه وإما أن تكون ضمانات موضوعية كالتسبيب والتناسب من جهة وضمانات لاحقة على توقيع الجزاءات التعاقدية من جهة أخرى ونطاق الرقابة القضائية رقابة المشروعية ورقابة الملاءمة وسلطة القاضي الإداري في مواجهة الجزاء الغير المشروع.

# الفصل الثاني

تعرف الصفقات العمومية العديد من التجاوزات التي يقترفها المتعاقدين مع الإدارة، ومن أجل ذلك نجد المشرع يقوم بمواجهتها بموجب مجموعة من الجزاءات قصد حمل المتعاقد على تنفيذ التزاماته المتعهد بها أمام المصلحة المتعاقدة، والتي تمارسها من تلقاء نفسها دون الحاجة إلى اللجوء إلى القضاء، ويمكن للمصلحة المتعاقدة توقيع الجزاءات إذا ما قصر المتعاقد معها في كيفية أداء التزامه سواء امتنع عن التنفيذ؛ أو تأخر فيه أو نفذ الالتزام على غير الوجه المطلوب، أو أحل غيره محله دون موافقة الإدارة المتعاقدة. كما أنه قد لا يحترم تعليمات المهندس المشرف، فنجد أن القانون الإداري أعطى للإدارة حق توقيع جزاءات مباشرة على المتعاقد المخالف لالتزاماته، من بينها جزاءات مؤقتة لا تنطوي على إنهاء الصفقة، وإنما الغرض منها الوصول إلى تنفيذ الالتزام المتصل بالمرفق العام وهي الجزاءات المالية والضاغطة التي تناولناها في **(المبحث الأول)**، ومنها ما يؤدي إلى إنهاء العلاقة التعاقدية، وهي ما اصطلح الفقه الإداري على تسميتها بالجزاءات الفاسخة أو الفسخ الجزائي تناولناها في **(المبحث الثاني)**.

## المبحث الأول :توقيع الجزاءات المالية والضاغطة

أعطى المشرع المصلحة المتعاقدة سلطة توقيع بعض الجزاءات الغاية منها دفع المتعاقد لتدارك تقصيره والوفاء بما التزم به تجاه المصلحة المتعاقدة، والتي من بينها توقيع الجزاءات المالية تطرقنا إليها في **(المطلب الأول)** تفرضها المصلحة بغية تغطية ما لحقها من أضرار جـراء هذا الإخـلال، والتي يمكن أن تصل إلى استعمال وسائل الإكراه والضغط وهي توقيع الجزاءات الضاغطة تطرقنا إليها في **(المطلب الثاني)**.

### المطلب الاول: توقيع الجزاءات المالية

إن الجزاءات المالية عبارة عن مبالغ مالية من حق المصلحة المتعاقدة أن تطالب بها المتعاقد معها إذا أخل بالتزاماته التعاقدية، والتي تقوم بتنفيذها من تلقاء نفسها وبغض النظر عن الضرر الذي يلحقها، وهذا لضمان تنفيذ الصفقة وفق الشروط والمواعيد المتفـق عليها في العقـد، وتتخذ هذه الجزاءات صورة الغرامة التأخيرية ذكرناها في **(الفرع الأول)** أو التعويض[1] ذكرناها في **(الفرع الثاني )**، كما قد تأخذ صورة مصادرة التأمين بيناها في **(الفرع الثالث)**.

#### الفرع الأول: الغرامة التأخيرية (La pénalité de retard)

إن الغرامـة التأخيريـة من الجزاءات التي توقعهـا الإدارة على المتعاقـد معها المخل بالتزاماته، وهدف الإدارة من تطبيق الغرامة التأخيرية يرجع أساسا إلى ضمان استمرار المرفق العام وتغليب المصلحـة العامة على المصلحـة الفرديـة، وهي تفرض على المخـل بالتزاماتـه التعاقدية، ولمعرفة الغرامة التأخيرية تطرقنا في هذا الفرع إلى ماهية الغرامة التأخيرية **(أولا)** الأساس القانوني لغرامة التأخير **(ثانيا)** إعفاء المتعاقد مع الإدارة من غرامة التأخير **(ثالثا)**.

**أولا: ماهية غرامة التأخير**

[1] نجد أن هناك من يرى أن التعويض لا يدخل ضمن الجزاءات المالية التي تتميز بها العقود الإدارية، حيث تعتبر مجرد تطبيق للقواعد العامة في (ق.خ) لأن الجزاءات التي تملك الإدارة توقيعها بإرادتها المنفردة، الضرر فيها مفترض بمجرد وقوع الخطأ، أما التعويض فيقوم على عناصره الثلاثة الخطأ والضرر ورابطة السببية. أي قد يبدو أن ثمة تشابه بين بعض الجزاءات المالية في كل من العقود المدنية والعقود الإدارية، لكن بعد البحث المتعمق في طبيعة كل منها في مجالي القانون الخاص والعام، يجد هناك اختلاف كبير بينهما. راجع: أشرف محمد حمامده، مرجع سابق، ص. 52.

**1)- تعريف غرامة التأخير**

**الغرامة في اللغة:**

غرم يغرم غرما وغرامة، والغرم: الدين، ورجل غارم: عليه دين وفي الحديث: لا تحل المسألة إلا لذي غرم مفظع، أي ذي حاجة لازمة من غرامة مثقلة. وفي الحديث: "**أعوذ بك من كل المأثم والمغرم**"، وهو مصدر وضع موضع الإسم، ويريد به مغرم الذنوب والمعاصي، وقيل المغرم كالغرم وهو الدين، ويريد به ما أستدين فيما يكرهه الله، أو فيما يجوز، ثم عجز عن أدائه، فأما دين احتاج إليه، وهو قادر على إدائه، فلا يستفاد منه وقوله عز وجل **(وَالْغَارِمِينَ وَفِي سَبِيلِ اللَّهِ)** قال الزجاج: – الغارمون هم الذين لزمهم الدين في الحمالة، وقيل: " **هم الذين لزمهم الدين في غير معصية**".[1]

**والغرامة في الفقه:**

قال ابن همام: "**حق مالي يلزم لسبب**". وقال البابرتي: "**حقيقة الغرامة هي أن يلزم الإنسان ما ليس عليه**". وقال الكاساني: "**الغرامة بمعنى الضمان**"، وعند المالكية تأتي الغرامة بمعنى الضمان. قال ابن عرفة الغارم: " مدين آدمي لا في فساد". وقال الرملي الشافعي: "**الضمان غرامة محضة**". وقال البهوتي الحنبلي: "**الغرم الضمان**".[2]

**والغرامة في القانون:**

عقوبة جنائية تفرضها الدولة أو المحاكم لصالح الخزانة العامة، تستهدف أغراضا معينة كالزجر والتخويف الذي لا يتحقق إلا بتوقيعها على من ارتكب الفعل المعاقب عليه.[3]

**التأخير:**

يقال: بعته سلعة بأخرة أي بنظرة وتأخير ونسيئة، وفي أسماء الله تعالى: الآخر وهو الباقي بعد فناء خلقه كلهم، والمؤخر، وهو الذي يؤخر الأشياء فيضعها في مواضعها، وهو ضد المقدم، والتأخر ضد التقدم، والتأخير: ضد التقديم.[4]

تدور التعريفات الفقهية حول ثلاثة اتجاهات:

---

[1] بيرك فارس حسين ومنار عبد المحسن عبد الغني، **التعويض والغرامة وطبيعتهما القانونية (دراسة تحليلية مقارنة)**، مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية والسياسية، العراق، ع: 6، ص.88.89.

[2] سليمان الخلف بن خلف الحميد، **غرامة التأخير في عقد المقاولة في الشريعة والقانون**، مجلة الجامعة العراقية، كلية القانون، الجامعة العراقية، العراق، ع: 1/32، ص.189.

[3] سليمان الخلف بن خلف الحميد، نفس المرجع، ص.189.

[4] سليمان الخلف بن خلف الحميد، نفس المرجع، ص.190.

**الاتجاه الأول:** عرف غرامة التأخير بأنها مبلغ جزافي كتعويض اتفاقي منصوص عليه في العقد، يؤخذ من المتعاقد المقصر في تنفيذ التزاماته.

**الاتجاه الثاني:** ذهب إلى تعريف غرامة التأخير بأنها مبلغ إجمالي تقدره الإدارة مقدما، وتنص على توقيعه متى أخل المتعاقد بالتزام معين، لاسيما فيما يتعلق بالتأخير في التنفيذ.

**الاتجاه الثالث:** ذهب إلى أن لغرامة التأخير طبيعة مختلطة، فهي تعد تعويضا جزافيا وتهديدا جزافيا.[1]

نجد أيضا أن الفقه الجزائري قدم تعريفات لها، فقد عرفها الدكتور سليمان الطماوي بأنها "**مبالغ إجمالية تقدرها الإدارة مقدما وتنص على توقيعها متى أخل المتعاقد بالتزام معين، لاسيما فيما يتعلق بالتأخير في تنفيذ العقد**"، وهو نفس ما خلص إليه دكتور عمار عوابدي الذي يرى هو الآخر بأنها "**المبالغ المالية التي يجوز للإدارة أن تطالب بها الطرف المتعاقد إذا ما أخل بالتزاماته التعاقدية أثناء تنفيذ العقود الإدارية**".[2] كما عرفها **الدكتور محمد الصغير بعلي** أنها ذلك الجزاء المالي الذي توقعه الإدارة المتعاقدة على المتعاقد معها من أجل إلزامه على تنفيذ العقد ولها صورتين:[3]

**الصورة الأولى:** توقعها في حالة التأخر في إنجاز وتنفيذ العقد الإداري في المواعيد[4] المحددة للإنجاز والهدف منها هو ضمان سير المرفق العام قصد تلبية احتياجات الجمهور.

---

[1] منصور إبراهيم العتوم، **النظام القانوني لغرامة التأخير في العقود الإدارية (دراسة تحليلية مقارنة)**، مجلة الشريعة والقانون، كلية القانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، الإمارات، ع: 53، 2013، ص.346.347.

[2] مروان دهمة، مرجع سابق، ص .360.361.

[3] تعتبر هاتين الصورتين أو الحالتين بمثابة ضوابط توقيع الغرامة التأخيرية ففي **الحالة الأولى:** يعد عنصر الزمن عاملا استراتيجيا في تنفيذ الصفقات العمومية يتعين احترامه والتقيد به حتى يتم الإنتقال إلى تنفيذ الشطر الموالي من البرنامج أو الدخول في علاقة تعاقدية أخرى وبالتالي لا يمكن إغفاله فهو يعد أيضا أحد عناصر التقييم من قبل لجنة الفتح وتقييم العروض. ونكون أمام **الحالة الثانية:** عندما يكون التنفيذ غير مطابق لدفتر الشروط. **مأخوذ عن:** مروان دهمة، نفس المرجع، ص.361.362.

[4] تتعدد صور الإخلال بمدد التنفيذ، غير أنه يمكن حصرها بما يلي: **أولا: عدم البدء في تنفيذ العقد** : حيث تبدأ مدة التنفيذ من التاريخ الوارد في العقد أو النص القانوني، وإذا خلا الأخيرين من النص عليه لا يعني تحرر المتعاقد ففي هذه الحالة ينبغي تحديد الميعاد في ضوء إمكانات المتعاقد، والممارسة وفقا للعقود المماثلة والنية المحتملة للأطراف، وإذا كان البدء في التنفيذ يتوقف على قيام الإدارة بإجراء عمل معين فإن المتعاقد هنا لا يسأل عن التأخير **ثانيا: تأخر عن إتمام العمل المطلوب منه في المدة المحددة** : في هذه الحالة تستحق غرامة التأخير حتى لو قام المتعاقد بإنجاز العمل بعد فوات المواعيد المحددة، كما تستحق حتى لو تم تمديد مدة التنفيذ، **ثالثا: تخلف عن تنفيذ العقد كليا** : تعد هذه الصورة مخالفة جسيمة الأمر الذي يتيح للإدارة بفسخ العقد، وفرض غرامة التأخير. **مأخوذ عن:** منصور إبراهيم العتوم، مرجع سابق، ص-ص.359-361.

**الصورة الثانية:** وذلك في حالة التنفيذ الذي يكون غير مطابق لشروط العقد (التنفيذ المعيب).[1]

إن غرامة التأخير تجد أساسها في المادة 147[2] من المرسوم الرئاسي رقم 15- 2015 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، والتي خول المشرع بموجبها للمصلحة المتعاقدة توقيع عقوبات مالية في شكل غرامة مكتفيا في ذلك بتحديد حالتين يمكن من خلالهما فرض هذا النوع من الجزاءات دون أي تحديد لمدلولها، كما نجد أساسها القانوني في المادة 95[3] من نفس المرسوم تحت عنوان البيانات الإلزامية،[4] وكما ذهب اجتهاد قضاء الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا إلى تكريس تطبيق الغرامات التأخيرية، كما هو الشأن في القرار الصادر عنها بتاريخ 1989/12/16[5] في قضية (ع.ط) ضد والي ولاية قالمة،[6] فالغرامة التأخيرية يمكن أن تتضمنها شروط الصفقة وإن لم تحددها تطبق القواعد القانونية المنصوص عليها في قانون الصفقات العمومية.[7]

**2)- خصائص غرامة التأخير**

**أ) - غرامة التأخير هي بمثابة تعويض جزافي يتم النص عليه في العقد مقدما:**

---

[1] عادل قرانة، **إعفاء المتعاقد مع الإدارة من غرامة التأخير**، مجلة التواصل في الاقتصاد والإدارة والقانون، جامعة باجي مختار، عنابة، الجزائر، ع 35، 2013، ص. 179.

[2] تنص م 147 من المرسوم الرئاسي 15-247، المؤرخ في 16 سبتمبر 2015 والمتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، الصادر في 20 سبتمبر 2015، جريدة رسمية، ع 50. على أنه "**يمكن أن ينجر عن عدم تنفيذ الالتزامات التعاقدية من قبل المتعاقد في الآجال المقررة أو تنفيذها غير المطابق، فرض عقوبات مالية ....**"

[3] تنص م 95 من المرسوم الرئاسي 15-247 على أنه: **يجب أن تشير كل صفقة عمومية إلى التشريع والتنظيم المعمول بهما وإلى هذا المرسوم، ويجب أن تتضمن على الخصوص البيانات الآتية:".. نسب العقوبات المالية وكيفيات حسابها وشروط تطبيقها أو على حالات الإعفاء منها** ".

[4] مروان دهمة، مرجع سابق، ص.360.361.

[5] جاء في منطوق القرار:" **من المقرر قانونا أن غرامات التأخير تطبق عند عدم تكملة الأشغال في الآجال على أساس مواجهة بسيطة بين تاريخ انقضاء الأجل المتعاقد عليه وتاريخ الاستلام ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بمخالفة القانون غير سديد، ولما كان ثابتا في قضية الحال أن المدة المتنازع عليها كائنة بالضبط خارج مدة تنفيذ الأشغال والتي لا يمكن وضعها على عاتق المقاول، فإن القرار المستأنف فيه القاضي بدفع مبالغ للطاعن تعويضا عن الضرر اللاحق به طبق القانون تطبيقا صحيحا** " **مأخوذ عن:** إسماعيل بحري، **الضمانات في مجال الصفقات العمومية في الجزائر**، رسالة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، فرع قانون الدولة والمؤسسات العمومية، كلية الحقوق، جامعة يوسف بن خدة، الجزائر، 2009، ص. 102.

[6] إسماعيل بحري، نفس المرجع، نفس الصفحة.

[7] رييحة سبكي، **سلطات المصلحة المتعاقدة تجاه المتعامل المتعاقد معها في مجال الصفقات العمومية**، رسالة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، 2013، ص.93.

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

**ب)-غرامة التأخير من النظام العام:[1]**

إن غرامة التأخير من النظام العام، لا يجوز الاتفاق على مخالفته، وبالتالي يجب أن يكون منصوص عليه في العقد، حيث لا تستطيع الإدارة أن تزيد في قيمتها، كما لا يمكن للمتعاقد أن يحتج؛ لأن الضرر هنا متحقق بمجرد التأخير.[2]

**ج )- غرامة التأخير اتفاقية:[3]**

الغرامة التأخيرية ذات طبيعة اتفاقية بمعنى أن عملية تطبيقها متوقفة على إرادة الطرفين و مقدارها يحدد في الصفقة، و تلتزم المصلحة المتعاقدة به فلا تستطيع زيادته[4] حتى و لو نتج عن التأخير ضرر يزيد عما حدد في الصفقة، كما لا يجوز لها أن تترك القدر المحدد في العقد و تطبق ما تنص عليه في القوانين؛ لأنّ العبرة هنا بما تواضعت عليه إرادة المتعاقدين المشتركة عند إبرام الصفقة، أما إذا لم تحدد ضمن شروط الصفقة، فإنّ تطبيقها يصبح مستبعدا.[5] حيث دفاتر الشروط الإدارية العامة[1] غالبا تقضي بإدراجها في العقود، وبالتالي فهي

---

[1] يجوز للإدارة تطبيقها متى ظهر موجبها ولو بعد انقضاء مدة العقد إذ أنه حق على التراخي لا على الفور. **انظر:** أشرف محمد حمامده، مرجع سابق، ص. 54.

[2] أشرف محمد حمامده، نفس المرجع، ص.54.53.

[3] إن من خصائص الغرامة التأخيرية في الجزائر أنها من طبيعة اتفاقية أي أنها محددة مسبقا ويظهر ذلك من خلال نص م 147من م.ر 15-247 والتي جاء فيها "**تحدد الأحكام التعاقدية للصفقة نسبة العقوبات المالية وكيفيات فرضها أو الإعفاء منها طبقا لدفاتر الشروط المذكورة في المادة 26 من هذا المرسوم باعتبارها عناصر مكونة للصفقات العمومية** "ويتأكد ذلك من خلال نص م 36 من د.ش.إ.ع المطبقة على صفقات الأشغال المتعلقة بوزارة تجديد البناء والأشغال العمومية والنقل، ج.ر.ج.ج، السنة الثانية، ع: 2، المؤرخة في 19 جانفي 1964، والتي جاء فيها : " **إذا ورد في عقد الصفقة نصوص تتضمن عقوبات مالية على التأخير فيجرى تطبيقها دون إنذار سابق بعد التأكد العادي من تاريخ انقضاء الأجل التعاقدي للتنفيذ وتاريخ استلام الأشغال المؤقت** " **مأخوذ عن:** عادل قرانة، مرجع سابق، ص.180.

[4] وفي هذا الصدد تشير م.إ.ع في مصر في قرارها إلى أنه: إذا تضمنت الشروط الخاصة للمزايدة مقدار الغرامة التي يتحملها المتعاقد مع الإدارة في حالة إخلاله بالتزاماته فيها. فإن مقدار الغرامة حسبما نصت عليه هذه الشروط يكون هو الواجب إعماله من دون النص اللائحي وذلك لأنه خاص ومن المبادئ المسلم بها فقها أن الخاص يقيد العام ولأنه الذي توافقت عليه إرادة المتعاقدين المشتركة. **انظر:** خالد محمد مصطفى المولى، مرجع سابق، ص.168.

[5] ربيحة سبكي، مرجع سابق، ص.94.93.

جزء لا يتجزأ من العقد؛ لكن السؤال المهم هو هل يمكن فرض الغرامات التأخيرية ولو لم ينص عليها لا في العقد ولا في الشروط الملحقة به؟

ذهب جانب من الفقه أن الإدارة تملك الحق في فرض الغرامات التأخيرية ولو لم يرد نص في العقد، إلا أن الرأي الراجح أنه لابد من النص على الغرامات التأخيرية في العقد أو الشروط الملحقة به التي يحيل العقد عليها. وقد أوضح القسم الاستشاري بمجلس الدولة المصري هذا الأمر بقوله:" **أن هذه اللائحة لا تعتبر مكملة للعقد، ولا يمكن تطبيق الجزاءات المبينة ما لم يتضمن العقد أحكامها أو الإحالة عليها باعتبارها جزء مكملا له، وبذلك فإن الإدارة لا يجوز لها توقيع غرامة لم ينص عليها العقد استنادا إلى اللائحة المذكورة ....**"[2]

**د)- غرامة التأخير تلقائية:[3]**

تقوم الإدارة بتوقيع غرامة التأخير بمجرد تأخر المتعاقد معها في تنفيذ العقد دون الحاجة إلى إثبات أن ضررا أصابها، وهذه الخاصية نتيجة لارتباط العقود الإدارية بالمرافق العامة وبالتالي فرضها يستهدف حسن سير هذه الأخيرة.[4] توقع بمجرد حصول التأخير ومن دون حاجة إلى تنبيه أو إعذار أو أي إجراء آخر.[5] فنجد المشرع الجزائري من خلال المادة 147 من المرسوم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، لم ينص على ضرورة إعذار المتعاقد قبل توقيع غرامة التأخير، بل بمجرد التأخير في تنفيذ الالتزامات

---

[1] ورد في نص المادة 36 من د.ش.إ.ع لسنة 1964التي تقضي بأنّه: "**إذا ورد في عقد الصفقة نصوص تتضمن عقوبات على التأخير، فيجري تطبيقها دون إنذار سابق بعد التأكد العادي من تاريخ انقضاء الأجل التعاقدي للتنفيذ وتاريخ استلام الأشغال المؤقت..**"، فاعتمادا على أداة الشرط الواردة في النص نستخلص أن المشرع علق تطبيق الغرامة التأخيرية على وجوب النص عليها ضمن شروط الصفقة وإلا أصبح تطبيقها مستبعد لكن هناك إشكال في حالة غياب الغرامة التأخيرية في الصفقة، هل يعني ذلك تنازل المصلحة عن حقها، رغم توافر النص التشريعي المنظم لها، نجد م 18 من د.ش.إ.ع تنص :"**يجب على المقاول الإلمام بكل النظم الإدارية التي يجب عليه التقيد بها في تنفيذ الأشغال** "وهذا ما يدل على أن أطراف العلاقة التعاقدية ملزمون بالنصوص القانونية لأنها وضعت للكافة، والتي من المؤكد أنها تتناول الجزاءات في حالة الإخلال بالالتزامات التعاقدية، **انظر**: ربيحة سبكي، المرجع السابق، ص.94.95.

[2] مازن ليلو راضي، **الوجيز في القانون الإداري**، ص.158، **https//hdiscussion.com.**، 2020/03/13.

[3] ويظهر ذلك من خلال نص م 147من المرسوم الرئاسي 15-247الفقرة 3 " **تقتطع العقوبات المالية التعاقدية المطبقة على المتعاملين المتعاقدين بموجب بنود الصفقة من الدفعات التي تتم حسب الشروط والكيفيات المنصوص عليها في الصفقة**.. ". **مأخوذ عن**: عادل قرانة، مرجع سابق، ص.180.

[4] منصور إبراهيم العتوم، مرجع سابق، ص-ص.349-353.

[5] ربيحة سبكي، مرجع سابق، ص.98.

تقتطعها مباشرة.[1] و كذلك نص المادة 36 من د.ش.إ.ع المتعلق بصفقات الأشغال العامة التي نصت على أنّه إذا وردت في الصفقة نصوص تتضمن عقوبات على التأخير، فيجري تطبيقها من دون إنذار سابق.[2]

**هـ) –يتم توقيع هذا الجزاء بقرار إداري من جانب الإدارة دون اللجوء إلى القضاء:**

وهو ما يعرف بامتياز المبادرة،[3] ويجب أن يكون قرار الجزاء موافقًا للمشروعية من كل جوانبه، كما يجوز للمتعاقد الطعن في صحته، كأن ينفي التأخير وهو السبب الموجب لاصدار القرار،[4] وهذا ما جعل غرامة التأخير تتميز بأنها مرنة؛ لكن مجرد النص عليها في العقد لا يكفي لاستحقاقها، بل لابد من أن تفصح الإدارة عن إرادتها الملزمة في فرض هذه الغرامة من خلال اصدار قرار الجزاء، واقتضاءها منوط بتقدير جهة الإدارة.[5]

**و) – جواز الجمع بين غرامة التأخير وباقي الجزاءات الأخرى:**

يجوز جمعها مع الجزاءات الضاغطة أو الجزاءات الفاسخة، مثال توقع غرامة التأخير مع جزاء سحب العمل من المقاول متى توافرت شروط كل من الجزاءين.[6]

**ثانيا: الأساس القانوني لغرامة التأخير وموقف الفقه من سلطة فرضها**

**1)– الأساس القانوني لغرامة التأخير:**

اختلف موقف الفقه والقضاء حول الأساس القانوني لتوقيع غرامات التأخير بحق المتعاقد مع الإدارة، فاتجاه ذهب إلى أن الأساس تعاقدي، واتجاه آخر ذهب إلى أنه أساس غير تعاقدي.

**أ) – الأساس التعاقدي لغرامة التأخير**

لقد ذهب فقهاء القانون العام إلى أنه ما دام أن الجزاءات المالية ومنها الغرامات التأخيرية تستند إلى العقد، فإنه لا يجوز للإدارة تطبيقها ما لم يكن منصوص عليها مسبقا في العقد، مما يعني تطبيق توقيع هذه الغرامة وفقا للائحة التنفيذية لقانون الصفقات العمومية حتى ولو لم ينص عليها العقد، طالما لم يستبعدها الأطراف صراحة، كما نجد المحكمة الإدارية العليا قضت

---

[1] عادل قرانة، مرجع سابق، ص.180.

[2] ربيحة سبكي، مرجع سابق، ص.99.

[3] ارجع إلى الفصل الأول تم التطرق إلى تعريفه. ص22.

[4] أشرف محمد حمامده، مرجع سابق، ص.55.54.

[5] منصور إبراهيم العتوم، مرجع سابق، ص.351.350.

[6] أشرف محمد حمامده، مرجع سابق، ص. 55.

بوجوب تقييد جهة الإدارة بما ورد في العقد، وليس لها كقاعدة عامة أن تخالفه وذلك في حكمها[1] الصادر في 21مارس 1970.[2]

**نقد النظرية التعاقدية لغرامة التأخير:** يرى جانب من الفقــه أن الأخــذ بالنظريــة التعاقديــة، يعتبر العقد شرط للغرامة، فإن كلا من طرفي العقد يستطيـع أن يتمسك به إزاء الآخــر، وبالتالي فهي تعطي الدور الأساسي لإرادة الأطراف في استبعاد القانون الذي ينظم القواعد الإجرائية لغرامة التأخير.[3]

**ب) – الأساس الغير تعاقدي لغرامة التأخير**

يرى أصحاب هذا الاتجاه أن الأساس القانوني للغرامات المالية ومنها غرامة التأخير هو أساس غير تعاقدي، ذلك أنها تفرض بحكم القانون حتى في حالة سكوت العقد عن مسألة توقيعهـا، في حالة إخلال المتعاقد مع الإدارة بالتزاماته، وإذا نص العقد على بعض هذه الجزاءات فإن الأخرى توجد بحكم القانون، ويتنازع هذا الاتجاه رأيان هما:

**الرأي الأول:** يقول بأن الأساس القانوني لحق الإدارة في فرض الغرامة يكمن في فكرة السلطة العامـة، حيث يعد توقيع هذا الجزاء مظهرا من مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية.

**الرأي الثاني:** يقول إن الأساس القانوني لحق الإدارة في توقيع الغرامة يقوم على مبدأ دوام سير المرافق العامة، فمن واجب الإدارة أن تتخذ من الإجراءات ما يكفل حسن سير العمل في هذه المرافق، بما في ذلك فرض الجزاءات على المتعاقد معها بهدف إجباره على تنفيذ التزاماته المتصلة بسير المرفق، تحقيقيا للمصلحة العامة.[4]

**تجسيد النظرية غير التعاقدية لغرامة التأخير في القانون الجزائري:** نصت المادة 18 من د.ش.إ.ع على: " **على المقاول ...الإلمام بكل النظم الإدارية التي يجب عليه التقيد بها**

---

[1] حكمها الذي نص على أنه:" **من المبادئ المسلمة في فقه القانون الإداري أن غرامات التأخير في العقود الإدارية مقررة ضمانا لتنفيذ هذه العقود في المواعيد المتفق عليها حرصا على حسن سير المرافق العامة بانتظام واطراد، ولذا فإن الغرامات التي ينص عليها في تلك العقود توقعها جهات الإدارة من تلقاء نفسها دون أن تلتزم بإثبات حصول الضرر، كما لا يقبل إبتداء من المتعاقد إثبات عدم حصولــه" مأخوذ عن:** مليكة أسماء بن صغير، **غرامة التأخير في الصفقات العمومية،** أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم القانونية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجيلالي اليابس، سيدي بلعباس، الجزائر، 2019، ص.46.

[2] مليكة أسماء بن صغير، نفس المرجع، ص. 46.

[3] صوفية عباد، **الأساس القانوني لجزاء غرامة التأخير في صفقة الأشغال العامة وأثرها على امتيازات السلطة العامة في التشريع الجزائري،** مجلة الحقيقة، جامعة أحمد دراية، أدرار، الجزائر، مجلد: 17، ع: 03، 2018، ص.280.

[4] منصور إبراهيم العتوم، مرجع سابق، ص.355.356.

**لتنفيذ الأشغال**". أي يجب أن يكون المقاول مطلع على الشروط القانونية والنظم الإدارية، وأن الإخلال بهاذين الأخيرين حتى ولم لم ينص عليها في صفقة الأشغال العامة طبقت عليه المصلحة المتعاقدة العقوبات المستحقة المنصوص عليها في د.ش.إ.ع وهو أيضا ما نصت عليه المادة 147من المرسوم الرئاسي 247/15.

**نقد النظرية غير التعاقدية لغرامة التأخير:** باعتبار غرامة التأخير أساسها القانون، لا يعفي المتعامل المتعاقد من تنفيذ التزاماته العقدية باعتبارها واجبة التنفيذ، وإلا تعرض لعقوبات صارمة، كسحب العمل منه أو فسخ العقد.[1]

**2)- موقف الفقه من سلطة فرض الغرامة التأخيرية:**

فنجد الفقيه **(Rousset)** ذهب أن الإدارة المتعاقدة عندما تمارس السلطة العامة في فرض الغرامة التأخيرية تعبر عن فكرة أن المتعاقد معها قد قبل بعض الالتزامات، بينما يرى الفقيه الفرنسي **(Jéze)** أن احتياجات المرافق العامة هي أساس جزاءات القانون العام، وعلى هذا تستطيع الإدارة أن تفرض الغرامة التأخيرية حتى ولو لم يكن منصوص عليها في العقد وذلك من أجل المحافظة على سير المرافق العامة، ويمكننا القول إن توقيع الغرامة التأخيرية من طرف الإدارة على المتعاقد معها هو تطبيق لمبدأ امتيازات السلطة العامة، أما الإدارة باعتبارها تسهر على حسن سير المرافق العامة فإنها تقوم بتوقيع الغرامة التأخيرية على المتعاقد معها إذا أخل بالتزاماته؛ لكن تحت رقابة القضاء الإداري[2].

**ثالثا: شروط استحقاق الغرامة التأخيرية:**

لكي يكون لجهة الإدارة الحق في فرض الغرامة التأخيرية على المتعاقد معها يجب أن يكون هناك:

- **نص في العقد الإداري يخول الإدارة هذا الحق:** وفي بعض الأحيان لا يتم النص عليها في العقد الإداري فتكون الشروط العامة الملحقة بالعقد جزءا من العقد ومكملة له ومن ثم يصبح من حق الإدارة فرض هذه الغرامة.[3]

---

[1] صوفية عباد، **الأساس القانوني لجزاء غرامة التأخير في صفقة الأشغال العامة وأثرها على امتيازات السلطة العامة في التشريع الجزائري**، مرجع سابق، ص.281.282.

[2] هشام محمد فريجة، **الغرامة التأخيرية في العقود الإدارية**، مجلة جامعة الشارقة للعلوم القانونية، الإمارات، المجلد: 16، ع: 02، 2019، ص-ص.415-419

[3] عبد الرحمان عباس أدعين، **الغرامات التأخيرية في العقود الإدارية**، مجلة جامعة بابل للعلوم الإنسانية، العراق، المجلد 22، ع 3، 2014، ص.560.

- **تأخر المتعاقد في تنفيذ العقد:** إن الغرامة التأخيرية جزاء قصد به ضمان تنفيذ المتعاقد مع الإدارة للأعمال المكلف بها في المواعيد المحددة، وبالتالي فإن الغرامة التأخيرية تستحق بمجرد تحقق سببها وهو التأخير عن هذه المواعيد.
- **الضرر:** إن الضرر مفترض في تأخير تنفيذ العقد الإداري بقرينة قاطعة غير قابلة لإثبات العكس، فالتراخي في تنفيذ العقد الإداري ينطوي في ذاته على إخلال بالتنظيمات، فكل تأخير يترتب عليه ضرر هو حرمان المواطنين من الفوائد المتوخاة من المرفق العام.[1]

**رابعا: إعفاء المتعاقد مع الإدارة من غرامة التأخير:**

هناك حالات[2] تأخير من قبل المتعاقد في التنفيذ لا تستدعي توقيع غرامة التأخير، وهي حالات قدمها كل من الفقه والقضاء الإداري.

**1)- الإعفاء الوجوبي من غرامة التأخير**

**أ) - القوة القاهرة: (La force majeure)**

وهي عبارة عن ذلك الحادث الفجائي المستقل عن إرادة المتعاقدين، والذي لم يكن متوقع أثناء إبرام العقد، ومن آثاره إستحالة تنفيذ الالتزامات التعاقدية جميعها أو جزء منها.

**ب) - التأخير الحاصل بفعل الإدارة المتعاقدة: (Retard de administration)**

يمكن أن تكون الإدارة هي السبب الرئيسي في التأخر في التنفيذ وذلك في حالة ما شكل فعل الإدارة خطأ من جانبها، فتشكل هذه الأفعال مبررات قانونية لتأخر المتعاقد في التنفيذ.[3]

**2)- الإعفاء الجوازي من غرامة التأخير**

تتمتع جهة الإدارة بالحق في توقيع الغرامة التأخيرية بحق المتعاقد المقصر في تنفيذ العقد، لهذا يحق للإدارة أن تقرر إعفاء المتعاقد من أداء الغرامة التأخيرية كليا أو جزئيا إذا قدرت أن لذلك محلا، وأكد مجلس الدولة الفرنسي على حق الإدارة في أن تغض النظر عن

---

[1] عبد الرحمان عباس أدعين، المرجع السابق، ص.560.

[2] المشرع الجزائري وضع حالتين يتم خلالهما إعفاء المتعاقد من غرامة التأخير نصت عليهما م 147 من المرسوم الرئاسي 15-247 "... **يطبق هذا الإعفاء عندما لا يكون التأخير قد تسبب فيه المتعامل المتعاقد الذي تسلم له في هذه الحالة أوامر بتوقيف الأشغال أو باستئنافها. وفي حالة القوة القاهرة، تعلق الآجال ولا يترتب على التأخير فرض العقوبات المالية بسبب التأخير، ضمن الحدود المسطرة في أوامر توقيف واستئناف الخدمة التي تتخذها نتيجة ذلك المصلحة المتعاقدة. وفي كلتا الحالتين، يترتب على الإعفاء من العقوبات المالية، بسبب التأخر، تحرير شهادة إدارية**".

[3] عادل قرانة، مرجع السابق، ص-ص.182-178.

توقيع الغرامة المنصوص عليها في العقد، فلها أن تتنازل عن جزء من مبلغ الغرامة أو تعفيه منها، بشرط أن تعبر عن ذلك بإرادتها بشكل صريح.[1]

**أ) – التمديد الإداري:**

قد يتعرض المتعاقد أثناء تنفيذ العقد الإداري إلى صعوبات لا ترقى إلى مرتبة القوة القاهرة أو الظروف الطارئة، تجعله غير قادر على التنفيذ في الآجال المتفق عليها، ففي هذه الحالة الإدارة تعطي له مهلة جديدة للتنفيذ، من خلال طلب يقدم للإدارة رسميا وتوافق عليه دون تحفظ من جانبها، وهذا التمديد يكون بصورة صريحة أو ضمنية.[2]

**ب) – الإعفاء الإداري:**

للإدارة المتعاقدة إعفاء المتعاقد كليا أو جزئيا من غرامة التأخير، فهي ليست ملزمة بتوقيع الغرامة فيجوز لها إعفاء المتعاقد منها حسب سلطتها التقديرية، وذلك إذا لاحظت أن التأخير في التنفيذ لم يؤدي إلى حدوث أضرار بالمصلحة العامة، أو إذا قدرت أن ظروف التنفيذ كان فيها مشقة للمتعاقد.[3]

لم يساير الفقه هذا الاتجاه حيث يرى الفقيه جيز **(jeze)** إنه من الخطأ أن تتنازل الإدارة دون مسوغ قانوني عن الغرامات المستحقة؛ لأن ذلك يعتبر تنازلا عن دين محقق الوجود ومستحق للدولة، وأكد ذلك الفقيه **(Bosque)** بأنه متى نشأ دين لصالح الدولة فإنه يكون من حق البرلمان وحده أن يبرئ المدين من هذا الدين دون مقابل.[4]

وفي مصر ذهب الرأي الغالب في الفقه الإداري، إلى أن للإدارة الحق في أن تعفي المتعاقد معها من الغرامة التأخيرية.[5]

إلا أن هناك من الفقه المصري من يجمل الإعفاء من الغرامة التأخيرية في الشروط الآتية:

---

[1] حسن محمد علي حسن البنان وحسام محسن عبد العزيز، **حالات الإعفاء من الغرامة التأخيرية في العقد الإداري (دراسة مقارنة)**، مجلة جامعة تكريت للحقوق، العراق، المجلد: 5، ع: 30، 2016، ص.413.

[2] مليكة أسماء بن صغير، مرجع سابق، ص.101.

[3] عادل قرانة، مرجع سابق، ص.185.

[4] حسن محمد علي حسن البنان وحسام محسن عبد العزيز، **حالات الإعفاء من الغرامة التأخيرية في العقد الإداري (دراسة مقارنة)**، مرجع سابق، ص.414.

[5] حسن محمد علي حسن البنان وحسام محسن عبد العزيز، **حالات الإعفاء من الغرامة التأخيرية في العقد الإداري (دراسة مقارنة)**، نفس المرجع، ص.414.

- ألا يكون للمتعاقد مع الإدارة دخل في التأخير.
- أن تأذن إدارة الفتوى المختصة بهذا الإعفاء
- عدم حدوث ضرر للجهة الإدارية من جراء تأخر المتعاقد في تنفيذ التزاماته متى كان له يد في هذا التأخير.[1]

**خامسا: كيفية احتساب غرامة التأخير**

**1)- كيفية احتساب غرامة التأخير في عقد الأشغال العامة**

إن الغرامة التأخيرية تحدد في العقد مسبقا بنسبة عادة لا تتجاوز 10% من مبلغ العقد، وعلى الجهة الإدارة قبل بلوغ هذا الحد وبعد بلوغ المدة التأخيرية 25% من مدة العقد مضاف إليها، أي مدة إضافية ممنوحة اتخاذ الإجراءات الكفيلة بالإسراع في إنجاز العقد، أو سحب العمل بموجب شروط العقد على أن تطبق المعادلة التالية عند احتساب الغرامة:

(مبلغ العقد / مدة العقد) × (10%) = الغرامة التأخيرية لليوم الواحد.[2]

**2)- كيفية احتساب غرامة التأخير في عقد التوريد**

إن المشرع الجزائري لم يفصل في هذه المسألة ويتم عمليا تطبيق نفس طريقة احتساب غرامة التأخير في عقد الأشغال كالتالي:

(مبلغ العقد / مدة التوريد) × (10%)=الغرامة التأخيرية عن كل يوم.[3]

## الفرع الثاني: التعويض

**أولا: مفهوم التعويض**

عوض الشيء مثله أو بدله، فيقال اعتاض هذا الأمر من ذاك إعتياضا، ويقال خذ هذا عوضا عن ذاك، والعوض بمعنى الخلف والبدل والبديل، أما اصطلاحا فيعرف التعويض بأنه: "**مبلغ من النقود أو أية ترضية من جنس الضرر تعادل ما لحق المضرور من خسارة وما فاته من كسب كانا نتيجة طبيعة للفعل الضار**".[4]

---

[1] حسن محمد علي حسن البنان وحسام محسن عبد العزيز، **حالات الإعفاء من الغرامة التأخيرية في العقد الإداري (دراسة مقارنة)**، المرجع السابق، ص. 415.

[2] مليكة أسماء بن صغير، مرجع سابق، ص.223.

[3] مليكة أسماء بن صغير، نفس المرجع، ص.248.

[4] بيرك فارس حسين، مرجع سابق، ص.81.

هناك اختلاف حول مفهوم التعويض فمنهم من عرفه بأنه جزاء المسؤولية أي الحكم والأثر الذي يترتب عليها وهو التزام المسؤول بتعويض المضرور وجبر الضرر الذي أصابه وعلى ذلك فإن الحق في التعويض لا ينشأ من الحكم الصادر في دعوى المسؤولية وإنما نشأ من الفعل الضار فيترتب في ذمة المسؤول التزامه بالتعويض من تحقق أركان المسؤولية الثلاث والحكم ليس إلا مقرر لهذا الحق لا منشأ له. حيث عرف الفقه الفرنسي التعويض بأنه، "**عبارة عن المبالغ التي يحق للإدارة أن تطالب بها المتعاقد معها إذا أخل بالتزاماته التعاقدية، في حالة سكوت العقد أو دفاتر الشروط عن جزاء مالي آخر كالغرامات لمواجهة هذا الإخلال**".[1]

تعد أحقية المصلحة المتعاقدة في اقتضاء التعويض اللازمة نتيجة الأضرار التي قد تصيبها جراء عدم تقيد المتعاقد معها بالالتزامات المتفق عليها من بين الجزاءات المالية[2] شأنها في ذلك شأن الغرامات التأخيرية ومصادر مبلغ الضمان،[3] يشير **(دي لوبادير)** أنّه من المسلم به أن التعويض معترف به كجزاء تملك الإدارة توقيعه على المتعاقد معها بمقتضى عقد من العقود الإدارية،[4] والتعويضات هي المبالغ التي يتفق على أن يدفعها المتعاقد، حالة إخلاله بالتزاماته وذلك عن الأضرار التي أحدثها ذلك الإخلال.[5]

فالتعويض هو الجزاء الأصيل للإخلال بالالتزامات التعاقدية وذلك إذا لم ينص على جزاءات مالية لمواجهة هذا الإخلال والنظام القانوني لهذه التعويضات قريب من النظام المدني لها فيما يتعلق بكيفية تقدير التعويض وفي اشتراط ركن الضرر؛ لكن النظامين يختلفان فيما

---

[1] أحمد علي محمد مالي، **أحكام التعويض في العقود الإدارية (دراسة مقارنة في القانونين العراقي والأردني)**، مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، جامعة كركوك، العراق، ص.100.

[2] لقد كان التعويض محل خلاف الفقهاء فيما إذا كان يعتبر من صميم الجزاءات التي تستطيع الإدارة فرضها على المتعاقد معها أم أنها مجرد تطبيق للقواعد العامة في ق.خ فذهب جانب من الفقه إلى أن التعويض ليس من الجزاءات الإدارية إنما هو مجرد جبر للضرر لكن على نحو يختلف عن التعويض في العقود المدنية فهو يهدف إلى حمل المتعاقد على الوفاء التزاماته أكثر من مجرد جبر الضرر، كما يرى **الدكتور إبراهيم طه الفياض** أن التعويض لا يكون مقابلا حقيقيا لقيمة الضرر ولا سيما ما يلحق المرافق العامة وهو جزاء ليس ذي طبيعة إدارية حيث الإدارة لا تستطيع فرضه بإرادتها المنفردة وأن التعويض لا يكون محدد مقدما، بل يكون بعد طلب يقدم للقضاء والذي يكون بموجب قرار قضائي وليس بقرار إداري جزائي وبالتالي التعويض لا يتمتع بمزايا الجزاءات المالية إنما هو جزاء عام يكون لكلا طرفي العقد متى كان العقد خالي من جزاءات مالية. **مأخوذ عن:** أحمد طلال عبد الحميد، مرجع سابق، ص.101. **انظر** أيضا: إسماعيل بحري، مرجع سابق، ص.101

[3] مروان دهمة، مرجع سابق، ص.365.

[4] ربيحة سبكي، مرجع سابق، ص.115.

[5] عبد القادر دراجي، مرجع سابق، ص.97.

يتعلق بكيفية تحصيل هذه التعويضات،[1] أما الهدف من التعويض بالنسبة للعقود الإدارية فهو يتمثل كالآتي:

- ضمان سير المرافق العامة بانتظام واطراد.
- تغطية الأضرار الحقيقية التي تلحق بالإدارة.
- وهي وسيلة ضغط على المتعاقد للقيام بالتزاماته حتى وإن لم ينص في العقد.[2]

وحري بالإشارة إلى أن النظام القانوني للصفقات العمومية في الجزائر لم يشر بطريقة مباشرة وصريحة إلى التعويض كجزاء مالي، يطبق كضمان على المتعاقد في حالة إخلاله أو تقصيره في أداء التزاماته التعاقدية، إلا أنه يمكن إدراجه في إطار ما أسماه قانون الصفقات العمومية العقوبات المالية القسم الثامن، المادة 147 التي أفادت الفقرة الأولى منها على أن "**يمكن أن ينجر عن عدم تنفيذ الالتزامات التعاقدية من قبل المتعاقد في الآجال المقررة أو تنفيذها غير المطابق، فرض عقوبات مالية دون الإخلال بتطبيق العقوبات المنصوص عليها في التشريع المعمول به**".[3]

**ثانيا: شروط التعويض**

إن التعويض هو أثر يترتب على قيام المسؤولية التي تعد السبب المباشر للتعويض[4] أي لا يمكن للإدارة الحصول على التعويض إلا بعد توافر عدة شروط تمكنها من إعمال سلطتها الجزائية وهي تقترب من القواعد العامة.

**1) –وجود الخطأ:** وفقا للقواعد العامة في التعويض الخطأ دوما موجب لجبره بمقابل يؤديه المخطئ وهو نفس الأمر في مجال العقود الإدارية ويظهر الخطأ في صورتين:

أ) – **الصورة الأولى:** إيجابية مفادها تنفيذ المتعاقد لالتزامه ولكن بشكل غير مرضي.

ب) – **الصورة الثانية:** سلبية تتمثل في امتناع المتعاقد عن القيام بالتزاماته العقدية أحدها أو جميعها.

---

[1] بن عبد المالك بوفلجة، **النظام القانوني للتعويض في العقود الإدارية، (قراءة في تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق رقم:247/15)**، مجلة دفاتر السياسة والقانون، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، الجزائر، ع: 17، 2017، ص. 120.

[2] أحمد علي محمد مالي، مرجع سابق، ص.101.

[3] إسماعيل بحري، مرجع سابق، ص.101.

[4] بيرك فارس حسين، مرجع سابق، ص.82.

**2) -ثبوت الضرر**: حيث الضرر هو الركن الثاني للمسؤولية المدنية التي وجدت من أجل إصلاح الضرر وجبر الأضرار، وبالتالي إنتفاء الضرر يحول دون قبول دعوى المسؤولية، كما يعد الضرر مقياس مقدار التعويض.[1]

**3) -علاقة سببية بين الخطأ والضرر**: أي يجب أن تكون هناك علاقة سببية بين الإخلال وحدوث الضرر الفعلي للإدارة.[2]

**ثالثا: خصائص التعويض**

يهدف التعويض إلى جبر الضرر الذي تتعرض له المصلحة المتعاقدة، وفي الصفقات العمومية يرمي إلى كفالة حسن سير المرافق العامة، وحيث أن خوف المتعامل المتعاقد من دفع مبلغ مرتفع سيدفعه إلى تنفيذ التزاماته طواعية. كما أنّ التعويض كمبدأ عام لا يكون محددا مقدما في الصفقة، فالنصوص المنظمة للصفقات العمومية وكذلك دفاتر الشروط الإدارية العامة المتعلقة بصفقات الأشغال العامة، لم تتطرق ولم توضح طريقة تحديد مبلغ التعويض، اكتفت فقط بالحث على وجوب تعويض وبالتالي المصلحة المتعاقدة لا تملك إمكانية تحديد مقدار التعويـض بنفسهـا، ومن ثم فهي مجبـرة على اللجـوء إلى القضـاء للحصول على التعويض المناسب وعليـه، فإنّ القاضي هو الذي يحدد قيمة التعويض وفقا لجسامة الضرر. لا يجوز للدائن كقاعدة عامة المطالبة بالتعويض إلاّ بعد إعذار المدين بالقيام بالتزاماته، غير أنّه في مجال الصفقات العمومية المشرع سكتت عن ذلك.[3]

**رابعا: كيفية تحصيل التعويض**

إن من المسلم به في فرنسا لجوء الإدارة إلى تحصيل قيمة التعويض بمقتضى أوامر بالدفع تصدرها بإرادتها المنفردة، ويجوز للقاضي الحكم بإنقاص قيمة التعويض إذا كان مبالغا في تقديره أو إعفاء المتعاقد منه نهائيا إذا لم يكن لهذا التعويض أساس قانوني، أما بالنسبة للجزائـر فإنّ للمصلحة المتعاقـدة الحـق في الحصـول على التعويض المناسب، إلاّ أن النصوص المنظمة للصفقات العمومية ودفاتر شروطها لم تشر إلى كيفية تحصيل التعويض

[1] بن عبد المالك بوفلجة، مرجع سابق، ص. 121.

[2] بن عبد المالك بوفلجة، نفس المرجع، ص. 120.

[3] ربيحة سبكي، مرجع سابق، ص- ص.112-115.

المستحق بصفة واضحة، فنجد المواد 35/7[1]، 36، 48 من دفتر الشروط الإدارية العامة تنص على أن التعويض يقتطع من المبالغ التي يستحقها المتعاقد، أو من ضمانه، فيفهم مما سبق أن التعويض يمكن أن تقدره وتحصله الإدارة من تلقاء نفسها، وكذلك نجد 152من مرسوم15-247 تنص على: "**لا يمكن الاعتراض على قرار المصلحة المتعاقدة بفسخ الصفقة عند تطبيقها البنود التعاقدية في الضمان، والمتابعات الرامية إلى إصلاح الضرر الذي لحقها بسبب خطأ المتعاقد معها**" ومع ذلك لا نستطيع التأكيد بأنّ رغبة المشرع قد اتجهت إلى النحو الذي سارت عليه الحالة الفرنسية، فيجب عليه أن يفصح بوضوح[2] عن حق الإدارة في تحصيل التعويض من تلقاء نفسها أو تترك هذا الأمر للقضاء، حتى يزول أي لبس بهذا الصدد.[3]

بالإضافة نجد أن المتعاقد ملزم بدفع كفالة حسن التنفيذ، وبذلك قد وفر المشرع على المصلحة مصدرا لاقتطاع التعويضات المستحقة في حق المتعاقد الذي أخل بالتزاماته، طبعا على ألا يحول ذلك بين المتعاقد وحقه في اللجوء إلى القضاء للفصل في مشروعية تلك التعويضات بالأساس ومقدارها في حالة الاستحقاق.[4]

**خامسا: رقابة مشروعية جزاء التعويض**

دور قاضي العقد في الرقابة على جزاء اقتضاء التعويض الذي تملك المصلحة المتعاقدة توقيعه بإرادتها المنفردة حيث يراقب سلامة قرارها على الجزاءات، ففي فرنسا نجد أن مجلس الدولة الفرنسي يسلم بحق الإدارة في تحديد التعويض واقتضائه بنفسها دون الحاجة إلى اللجوء إلى القضاء، يسمح لها بأن تحدده هي مقدما على أن ينازع المتعاقد في هذا التقدير أمام القضاء إذا شاء، لها أن تعدل عن استعمال هذا الحق وتترك تقدير التعويض للقضاء،[5] فتقوم

---

[1] بالرجوع إلى أحكام ف (7) م35 تقول: "**إن الزيادة في النفقات الناجمة من النظام المباشر أو من الصفقة الجديدة يجرى اقتطاعها من المبالغ التي يستحقها المقاول وبخلاف ذلك فمن ضمانه ولا يحول ذلك بين ممارسة الإجراءات التي تتخذ بحقه في حالة عدم التسديد**". **انظر**: مروان دهمة، مرجع سابق، ص.365.366.

[2] نجد أن المشرع المصري كان واضحا في هذه المسألة وذلك من خلال م 26 من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات بقولها "...ويكون لها أن تخصم ما تستحقه من غرامات وقيمة كل خسارة تلحق بها ...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 الحاجة إلى اتخاذ أية إجراءات قضائية" **انظر**: مروان دهمة، نفس المرجع، ص.366.

[3] ربيحة سبكي، مرجع سابق، ص.115.116.

[4] مروان دهمة، مرجع سابق، ص.366.

[5] بن عبد المالك بوفلجة، مرجع سابق، ص.121.

الإدارة باصدار أوامر الدفع مباشرا أي المتعاقد له منازعة قرار الجزاء أمام القضاء الإداري سواء من حيث صحة القرار أو من حيث قيمة التعويض.[1]

**سادسا: تقدير التعويض القضائي**

من مقتضى اعتبار منازعات الجزاءات التعاقدية تدخل في نطاق القضاء الكامل، فإن سلطة قاضي العقد لا تتوقف عند حد إلغاء الجزاء غير المشروع أو وقف تنفيذه، وإنما يتجاوز ذلك إلى القضاء بالتعويض إذا كان له ثمة مقتضى قانوني.[2] فقاضي العقد عند تقديره للتعويض يأخذ في الاعتبار خطأ طرفي العقد، أي يراعي ما إذا كان الضرر ناتجا عن خطأ المتعاقد وحده أم أن الخطأ مشترك بينه وبين الإدارة، إذا كان الخطأ مشترك بينهما قدر نصيب كل منهما فيه ما إذا كان خطأ أحدهما يستغرق خطأ الآخر أم لا، ومثال على خطأ الإدارة الذي لا يحقق لها مبدأ التعويض الكامل أن تتأخر في تسليم الموقع للمقاول وكذلك ينظر إذا ما كان الضرر[3] محقق أم لا أي حصل فعلا وتجسدت آثاره على الواقع أم لا ثم تحديد قيمة الضرر،[4] كما يأخذ بعين الاعتبار المرحلة التي يتم إخطاره فيها. فيكون التعويض بقدر الضرر بتاريخ الحادث.[5]

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

---

[1] عبد الوافي عبد الجبار، مرجع سابق، ص.263.

[2] بن عبد المالك بوفلجة، مرجع سابق، ص.124.

[3] يقصد بالضرر بصفة عامة المساس بحق أو بمصلحة مشروعة لشخص ما مساسا، يترتب عليه جعل مركزه أسوء مما كان قبل، ذلك لأنه انتقص من المزايا أو السلطات التي يخولها ذلك الحق أو تلك المصلحة لصاحبه، وتقدير ما إذا ترتب عن الإخلال بالالتزامات ضرر ليس بالأمر السهل. **انظر**: بن عبد المالك بوفلجة، نفس المرجع، ص.122.121.

[4] يرى بعض الفقه أنه من الصعب جدا تقدير الأضرار التي تصيب الإدارة المتعاقدة، ذلك أن الأضرار قد لا يقتصر أثرها فحسب على المرفق محل التعاقد، بل قد يمتد أثرها إلى مرافق أخرى، بل إلى قدرة الإدارة ذاتها على أدائها لمهمتها في تسيير تلك المرافق. **انظر**: عبد القادر دراجي، مرجع سابق، ص.98.

[5] هناك إشكال يثور هل التعويض يكون وقت الضرر أم على أساس الحكم في الدعوى؟ خاصة أن العقود في حالة تذبذب لارتفاع وانخفاض في ظل الظروف الاقتصادية الحالية. **انظر**: بن عبد المالك بوفلجة، مرجع سابق، ص. 124.

الضرر ووجه أحقيته، كما لا يقتصر التعويض كأصل عام على مبلغ التعويض وإنما يمكن أن يتمثل في المنازعات الجزائية في تمديد مدة العقد.[1]

ما تقدم يعد الأصل في تقدير التعويض؛ لكن يجوز أن يتم التقدير باتفاق الطرفين مقدما قبل عرض النزاع على القضاء وهذا ما يعرف بالتعويض الاتفاقي أو (الشرط الجزائي) كما قد يتولى القانون مقدما تقدير التعويض متى ما كان محل الالتزام دفع مبلغ من النقود، وهذا ما يعرف بـ (التعويض القانوني).[2]

**سابعا: التكييف القانوني للتعويض**

نجد أن المشرع الجزائري في المادة 133من المرسوم 247/15 حدد بدقة مبلغ كفالة حسن التنفيذ[3] بنسبة تتراوح بين خمسة في المائة 5% وعشرة في المائة% من مبلغ الصفقة حسب طبيعة وأهمية الخدمات الواجب تنفيذها، إذا فطبيعة التعويض في القانون الخاص هي إصلاح الضرر وجبره ومحاولة إرجاع الحال إلى ما كان عليه قبل الإخلال أو التأخير في التنفيذ، أما في مجال العقود الإدارية[4] ينبغي النظر إليها لا على أنها تعويض مادي عن الضرر، أو أنها عقوبات على المتعاقد فحسب بل هي، من قبل وسائل في أيدي الإدارة تبتغي بها تأمين سير المرافق العامة بانتظام واطراد، فهي ليست مجرد أدوات لمعالجة إخلال الملتزم بالتزاماته.[5]

**ثامنا: الإعفاء من التعويض**

إن التعويض عكس غرامة التأخير، لا يمكن للإدارة أن تتنازل عن حقها في التعويض متى ثبت لها وذلك للأسباب التالية:

**1)**- أحد شروط التعويض توافر ركن الضرر وهذا يتنافى مع الحكم من الإعفاء في غرامة التأخير كون المصلحة العامة لم يلحقها ضرر.

---

[1] بن عبد المالك بوفلجة، المرجع السابق، ص- ص.122-120-125، ملاحظة: الضرر الذي يكون محلا للتعويض منصوص عليه في المواد 131-182- 182مكرر من القانون المدني، المعدل بالقانون رقم: 10/05 المؤرخ في 2005/06/20. **انظر**: ص.122 من هذا المرجع.

[2] بيرك فارس، منار عبد المحسن عبد الغني، مرجع سابق، ص.88.

[3] هنا اعتبر كفالة حسن التنفيذ عبارة عن تعويض. **انظر**: بن عبد المالك بوفلجة، مرجع سابق، ص. 122.

[4] بن عبد المالك بوفلجة، نفس مرجع، نفس ص. 122.

[5] عبد القادر دراجي، مرجع سابق، ص.98.

**2)**- التعويض توقعه سلطة قضائية بناء على طلب الإدارة، فحكم بالتعويض هو عبارة عن دين لصالح الدولة لا يحق للإدارة إعفاء المتعاقد منه.

**3)**-التعويض الهدف منه تغطية أضرار حقيقية لحقت الإدارة على خلاف غرامة التأخير كونها جزاءا عقديا الهدف منه الضغط على المتعاقد لتنفيذ التزاماته.[1]

**تاسعا: علاقة التعويض بالجزاءات الأخرى**

من أبرز مظاهر تمييز التعويض في العقود الإدارية عن العقود المدنية،[2] إمكان الجمع بينه وبين غيره من الجزاءات التعاقدية مثل: الجمع بين غرامة التأخير والتعويض؛ لكن فيما يخص الجمع بين التعويض ومصادرة التأمين هناك خلاف في الفقه هناك من رفض الجمع بينهما بزعم أن كلاهما تعويض، وهناك من ذهب إلى إمكان الجمع اعتبارا بأن لكل منها سببا لاستحقاقه يخالف الآخر، ويجب أن تكون إمكانية الجمع أن تتوفر فيها شرطين:

**1)**- أن يكون الضرر متجاوزا لقيمة التأمين، فالمتفق عليه أن مصادرة التأمين تمثل الحد الأدنى للتعويض.

**2)**- التعويض لا يستحق إلا بعد إنذار المدين ما لم ينص على غير ذلك هذا الاتجاه معمول به في مصر وفرنسا.[3]

حتى يكون التعويض من الجزاءات المالية يجب النص عليه صراحة في صلب العقد وتحدد آلية استيفائه ضمن الفقرات الجزائية للعقد الإداري حيث تستطيع الإدارة استيفاء مبلغ التعويض من المبالغ المستحقة للمتعاقد معها أو ما قد ستستحق مستقبلا، وإلا كان المطالبة به على أساس المسؤولية العقدية وطبقا للقواعد العامة.[4]

**عاشرا: اختلاف التعويض عن الغرامات التأخيرية ومصادر التأمينات**

---

[1] بن عبد المالك بوفلجة، مرجع سابق، ص.123.

[2] يعتبر الجمع بين التعويضات في مجال العقود المدنية إثراء المضرور بلا سبب وهو غير مسموح به، كما لوكان المال محل الخسارة مؤمن عليه من طرف شركة التأمين فهنا لا يحق للمضرور مطالبة الإدارة بالتعويض لأن الضرر يعتبر قد زال وقد عوضته شركة التأمين بدلا منها. **انظر**: بن عبد المالك بوفلجة، نفس المرجع، ص.124.

[3] بن عبد المالك بوفلجة، نفس المرجع، ص.124.

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

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

وعلى الرغم من أن البعض يرى أن التعويض لا يعد من الجزاءات الإدارية وإنما هو مجرد تطبيق لقواعد القانون الخاص. فإن هذا الرأي غير سليم خاصة وأن سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات أصبحت من المبادئ المستقرة فقها وقضاءا فضلا عن أن الإدارة تمتلك القدرة على إيقاع الجزاءات بما لها من سلطة التنفيذ المباشر.[3]

## الفرع الثالث: مصادرة التأمين النهائي

تعد مصادرة التأمين النهائي[4] احدى الجزاءات المالية التي توقعها المصلحة المتعاقدة أثناء تنفيذ الصفقة العمومية تجاه المتعامل المتعاقد المقصر في تنفيذ الالتزامات المتعهد بها تجاه الإدارة في الآجال وبالشروط والمواصفات المتفق عليها.

**أولا- تعريف مصادرة التأمين النهائي**

[1] أحمد طلال عبد الحميد، نفس المرجع، ص.102.

[2] أحمد طلال عبد الحميد، نفس المرجع، ص.103.

[3] خالد محمد مصطفى المولى، مرجع سابق، ص.174.

[4] تتمثل هذه التأمينات في كفالة التعهد، كفالة رد التسبيقات وكفالة حسن التنفيذ. راجع: ربيحة سبكي، مرجع سابق، ص.107.

إن مصادرة التأمين النهائي بمثابة تأمين لجهة الإدارة تتوقى به آثار الأخطار التي يرتكبها المتعاقد معها أثناء تنفيذه للعقد الإداري، ويضمن للإدارة قدرة المتعاقد في مواجهة المسؤولية الناتجة عن تقصيره، وهو عبارة عن شرط جزائي متفق عليه مقدما في العقد حال إخلال المتعاقد بالتزاماته التعاقدية، إلا أن هذا الجزاء يختلف عن التعويض الاتفاقي في القانون المدني في أن الإدارة تستطيع توقيع هذا الجزاء بإرادتها المنفردة دون حاجة إلى استصدار حكم من القضاء.[1]

وعلى ذلك اشترط التنظيم القانوني للصفقات العمومية كفالة حسن التنفيذ، كضمان مالي من شأنه أن يكفل التنفيذ الجدي والحسن للصفقة المتعاقد عليها، وعليه فإن الضمان الذي يقدمه المتعاقد للمصلحة المتعاقدة يقصد من ورائه القيام بتنفيذ التزاماته طبقا لشروط العقد والمواعيد المحددة، بحيث لو قصر في ذلك كان للمصلحة المتعاقدة حق مصادرة هذا الضمان أو الكفالة ولو لم ينص على ذلك في دفتر الشروط الإدارية العامة أو في العقد مادام أن الغاية من التأمين هي ضمان التنفيذ الفعلي.[2]

وتتم مصادرة الضمان بقرار من الإدارة عن طريق التنفيذ المباشر دون حاجة إلى الالتجاء للقضاء؛ لأن حق الإدارة في المصادرة هنا مفترض وثابت سواء نص عليه العقد أولم ينص عليه، ولا يطلب من الإدارة إثبات الضرر الذي أصابها.[3]

يعتبر شرط إيداع التأمين أو الضمان[4] شرطا وجوبيا ملزما للمتعاقد وحقا للمصلحة المتعاقدة التي يجب أن تحرص على إيجاد الضمانات الضرورية[5] التي تتيح أحسن الشروط لاختيار المتعاملين معها وأحسن الشروط لتنفيذ الصفقة، غير أنه يمكن للمصلحة أن تعفي

---

[1] أشرف محمد حمامده، مرجع سابق، ص.59.

[2] إسماعيل بحري، مرجع سابق، ص.103.

[3] حمدي القبيلات، **القانون الإداري (القرارات الإدارية –العقود الإدارية– الأموال العامة–الوظيفة العامة)**، ج 2، ط1، دار وائل، 2010، ص.153.

[4] هناك نوعان من التأمين: ***التأمين المؤقت:** (كفالة التعهد): المنصوص عليها في م 125 من م.ر 15–247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام وهو الذي يشترطه المشرع لقبول العرض لضمان جدية صاحب العرض، وبدونه لا يقبل عرضه، ويصادر هذا التأمين إذا سحب مقدم العرض عرضه قبل إنتهاء فترة سريان العروض أو إذا تخلف عن إيداع التأمين النهائي، ***أما التأمين النهائي** فهو الذي يقدمه من ترسو عليه الصفقة وهو ضمان لقيامه بتنفيذ التزاماته طبقا لشروط الصفقة بحيث إذا قصر في ذلك للمصلحة المتعاقدة مصادرة هذا التأمين. **انظر:** ربيحة سبكي، مرجع سابق، ص.108.

[5] سواء من الناحية المالية أو التقنية أو المهنية. **انظر:** مروان دهمة، مرجع سابق، ص.364.

المتعاقد من شرط تقديم الضمان إذا لم يتعدى أجل تنفيذ الصفقة ثلاثة أشهر أو إذا اعتقدت أن طابع الخدمات لا يتطلب ذلك.[1]

وبالتالي يجب على المصلحة المتعاقـدة إسنـاد الصفقة لمؤسسة يعتقد أنها قادرة على تنفيذها، وهو ما يمكنها من ممارسة سلطتها في مصادرة التأمينات المودعة لديها في شكل مبلغ ضمان مالي كفيل بأن يجعلها في وضعية مالية حسنة بما يكفل حسن تنفيذ الصفقة ولا يكون ذلك إلا بفرض مبالغ مالية تؤمن ذلك، فنجد المشرع الجزائري ألزم المتعاقد بوضع مبالغ كفالة حسن التنفيذ[2] وكفالة رد التسبيقات تحت تصرف المصلحة المتعاقدة بواسطة بنك لتمارس عن طريقها الجزاء المالي في إطار ما حدده القانون.[3]

كما لا يحق للإدارة التنازل عن حق التأمين وذلك حرصا على ضمان تنفيذ الصفقة، غير أن المشرع أعطى للمتعامل المتعاقد الذي التزم بتنفيذ التزاماته، الحق في استرجاع التأمين النهائي،[4] كليا في مدة شهر واحد إبتداء من تاريخ التسليم النهائي للصفقة، أما في حالة عدم تنفيذ فإن الضمان لا يرد للمتعامل المتعاقد إلا بإكماله كل الالتزامات العقدية، وفي حالة عجزه عن ذلك يفقد هذا الضمان.[5]

**ثانيا- إمكانية الجمع بين مصادرة التأمين والتعويض**

قد لا يمكن لمبالغ التأمينات المصادرة تغطية كافة الأضرار المترتبة عن إخلال المتعاقد لالتزاماته مما يخول للمصلحة المتعاقدة حقها في اقتضاء التعويض اللازم متى كانت الأضرار تفوق قيمة تلك المبالغ، وهذا ما أكدته المادة 152 من المرسوم الرئاسي 15-247 بقولها: "**لا يمكن الاعتراض على قرار المصلحة المتعاقدة بفسـخ الصفقة عند تطبيقها البنود التعاقدية للضمـان، والمتابعـات الراميـة إلى إصلاح الضـرر الذي لحقهـا بسبب خطأ المتعـاقد معـها**"، نجد المشرع منع على المتعاقد المقصر من الاعتراض على الجزاءات التي قد

---

[1] ربيحة سبكي، مرجع سابق، ص.108.

[2] نصت عليها م130 من م.ر 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام "**زيادة على كفالة رد التسبيقات المنصوص عليها في المادة 110أعلاه يتعين على المتعامل المتعاقد أن يقدم حسب نفس الشروط كفالة حسن تنفيذ الصفقة**"، كما نصت م 133 من نفس المرسوم على مبالغها بنسب تتراوح بين (5%) و(10%) من مبلغ الصفقة وذلك حسب طبيعة وأهمية الخدمات الواجب تنفيذها.

[3] مروان دهمة، مرجع سابق، ص.364.

[4] **انظر** المادة 134من مرسوم 15-247 والمادة 48 من د.ش.إ.ع مرجع سابق.

[5] ربيحة سبكي، مرجع سابق، ص.108.109.

تفرضها المصلحة المتعاقدة عند تطبيقها لجزاء الفسخ، فمن الباب الأولى أن لا يعترض على قيامها بالجمع بين مصادرة التأمين والتعويض عن الأضرار والتي لم تغطها مبالغ التأمين، على أن لا يكون دفتر الشروط حضر ذلك.[1]

**ثالثا- شروط مصادرة التأمين النهائي**

في حال توفر حالة من الحالات التي تجيز للإدارة مصادرة الضمان يجب عرض الأمر على لجنة فحص العروض أو اللجنة المختصة بالشراء بحسب الأحوال، لدراسة الحالة وتقديم توصية مسببة إلى صاحب الصلاحية في الترسية، مع الأخذ في الاعتبار الآثار المترتبة على المصادرة، ومدة سريان الضمان، يكون طلب المصادرة مقتصرا على الضمان الخاص بالعملية التي أخل المتعاقد فيها بالتزاماته، ولا يمتد إلى مصادرة الضمانات الخاصة بالعمليات الأخرى، ويكون للأسباب التي قدم الضمان لأجلها.[2]

**رابعا- خصائص مصادرة التأمين النهائي**

يتميز جزاء مصادرة التأمين بالخصائص الآتية:

**1)**- إن حق الإدارة في مصادرة الضمان عند التقصير في التنفيذ يقوم حتى ولم ينص عليه.

**2)**- إن للإدارة الحق في توقيع جزاء المصادرة بنفسها دون انتظار لحكم القضاء.

**3)**- تقوم الإدارة بتوقيع هذا الجزاء بغير حاجة إلى إلزامها بإثبات أن ضررا ما قد لحق بها بسبب إخلال المتعاقد معها؛ لأن الضرر مفترض بفرض غير قابل لإثبات العكس،[3] مرتبط بالخطأ، لا علاقة له بالضرر.[4]

**4)** - يمثل التأمين المودع لضمان تنفيذ الصفقة الحد الأدنى للتعويض الذي يحق للإدارة اقتضاؤه، فلا يحق المتعاقد أن يثبت أن الضرر الذي لحق المصلحة المتعاقدة يقل عن التأمين وإذا كانت مصادرة التأمين قد جبرت الضرر اللاحق بالمصلحة المتعاقدة كله، فلا محل للحكم بالتعويض إلا إذا اتفق على غير ذلك أما في الحالة المعاكسة فإنه يتعين الحكم بالتعويض

[1] مروان دهمة، مرجع سابق، ص.365.

[2] أشرف محمد حمامده، مرجع سابق، ص.61.

[3] إسماعيل بحري، مرجع سابق، ص.103.

[4] أشرف محمد حمامده، مرجع سابق، ص.60.

الكافي لجبر الضرر، وعندئذ ينبغي عند حساب التعويض المستحق مراعاة خصم التأمين منه.[1]

**5)**- إن هذا الجزاء يقترب من غرامة التأخير، إلا أنه يختلف عنها في أن الغرامة تكون قاصرة على خطأ واحد فقط هو التأخير في تنفيذ الالتزامات، أما مصادرة التأمين فتستطيع الإدارة توقيع هذا الجزاء جراء ارتكاب المتعاقد معها أي إخلال بشروط العقد.[2]

**6)**-إن مصادرة التأمينات تتشابه مع التعويض في العقد الإداري على الرغم من أن كل منها يشكل فكرة قائمة بذاتها وهذا هو الذي دفع القضاء الإداري إلى إعطاء الحق للإدارة في جواز الجمع بينهما لذلك فإن القضاء الإداري قد أعطى الحق للإدارة في مطالبة المتعاقد بتكملة ما يزيد على مبلغ التأمين الذي لا يفي بالتعويضات اللازمة عما أصابها من أضرار حقيقية ومن ثم عند حساب التعويض المستحق الأخذ بعين الاعتبار خصم مقدار التأمينات المصادرة.[3]

**7)**- عد قسم من التأمينات في بعض الأحيان بمثابة رسوم مالية تمثل جزاء من استخدام أدوات المرفق العام واندثاراته ويمكن ملاحظة ذلك في عقود الأشغال العامة عندما يستعير المتعاقد من الإدارة بعض الآلات والأدوات اللازمة لتنفيذ المقاولة وبذلك يمكن للإدارة الاحتفاظ ببعض التأمينات في مقابل ذلك وكتعويض عن الاندثار.[4]

## المطلب الثاني: توقيع الجزاءات الضاغطة

إن التشريع خول للمصلحة المتعاقدة فرض جزاءات على المتعاقد معها المخل بتنفيذ التزاماته موضوع الصفقة، وهذه الجزاءات لا تقتصر على توقيع الجزاءات المالية فقط وإنما تتمتع أيضا بسلطـــة فرض جزاءات أشد تأثيرا على المتعامل المتعاقد إذا تمادى في عدم تنفيذ التزاماته العقدية، وتسمى هذه الجزاءات بالجزاءات الضاغطة.[5] وهي ما تملكه الإدارة من

[1] ربيحة سبكي، مرجع سابق، ص.110.111.

[2] أشرف محمد حمامده، مرجع سابق، ص.60.

[3] خالد محمد مصطفى مولى، مرجع سابق، ص.175.

[4] خالد محمد مصطفى مولى، نفس المرجع، ص.176.

[5] فوزية هاشمي، **سلطة الإدارة المتعاقدة في تطبيق الجزاءات الضاغطة على المتعاقد معها**، المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عمار ثلجيي بالأغواط، الجزائر، المجلد: 02، ع: 3، ص.381.

وسائل ضغط لقهر إرادة المتعاقد معها، بقصد دفعه للوفاء بالتزاماته التعاقدية الممتنع عنها على النحو المنصوص عليه بالعقد وذلك عن طريق حلول الإدارة محل الملتزم المقصر أو أن تعهد إلى الغير تنفيذها وتعتبر هذه الجزاءات مؤقته لا يترتب عنها إنهاء العقد بالنسبة للمتعاقد معها بل يبقى هذا المتعاقد مسؤولا مع الإدارة؛ لكن العملية تتم على نفقته وتحت مسؤوليته.[1] وقسمنا هذا المطلب إلى فرعين، تناولنا في **(الفرع الأول)** صور الجزاءات الضاغطة، وفي **(الفرع الثاني)** تناولنا شروط توقيع الجزاءات الضاغطة.

## الفرع الأول: صور الجزاءات الضاغطة

تختلف صور الجزاءات الضاغطة التي تمارسها الإدارة باختلاف نوع الصفقة فتأخذ صورة سحب العمل من المقاول في عقد الأشغال العامة **(أولا)**، وصورة الشراء على حساب المورد في عقد التوريد**(ثانيا)** وذلك على التفصيل التالي:

### أولا: سحب العمل من المقاول في عقد الأشغال العامة[2] (La Mise en regie)

#### 1)- مضمونه

مضمون جزاء سحب العمل هو: "**أن يعهد الشخص العام صاحب الأعمال باستمرار التنفيذ إلى الغير، أو أن يقوم بها بنفسه على نفقة ومسؤولية المقاول المقصر**"،[3] وفي هذه الحالة فإن العلاقات التعاقدية تظل مستمرة، وذلك لضمان حسن تنفيذ العقد بهدف تأمين سير المرفق العام محل التعاقد بانتظام واطراد،[4] كما حاول العديد من الفقهاء تعريفه من بينهم عبد

---

[1] مبروكة غانية، **تمييز العقوبة الجزائية في الصفقات العمومية عن باقي العقوبات**، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، معهد الحقوق والعلوم السياسية، بالمركز الجامعي بآفلو، الجزائر، ص.105.

[2] يعرف عقد الأشغال العامة بأنه "**عقد بين الإدارة وأحد الأفراد أو احدى الشركات ويسمى مقاول، بمقتضاه يتعهد المقاول بالقيام ببناء أو ترميم أو صيانة مباني أو منشآت على عقار لحساب شخص معنوي عام وتحقيقا لنفع عام وذلك مقابل ثمن معين في العقد**". **انظر:** محمد رفعت عبد الوهاب، **النظرية العامة للقانون الإداري**، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2012، ص.567.

[3] أي أن قيام الإدارة بالتنفيذ على حساب المتعاقد له صورتان :**1**-أن تقوم جهة الإدارة بتنفيذ العقد بنفسها مباشرة وعن طريق موظفيها وعمالها، أي إذا تمثل العقد في أشغال عامة قامت هي بتنفيذ الأعمال المطلوبة للمرفق بأموالها وبعمالها، وذلك في أحوال الضرورة والاستعجال التي لا تحتمل البحث عن متعاقد آخر جديد**2**-التنفيذ عن طريق متعاقد آخر جديد، وذلك بأن تقوم الإدارة بإجراء مناقصة جديدة مثلا لاختيار متعاقد آخر يقوم بالتنفيذ محل المتعاقد المتخلف أو الممتنع. أو أن تقوم باختيار المتعاقد الجديد عن طريق الممارسة أو بأسلوب الأمر المباشر. **انظر:** محمد رفعت عبد الوهاب، نفس المرجع، ص.596.

[4] مريم محمد أحمد، مرجع سابق، ص.155.154.

المجيد محمد فياض،[1] وكذلك هناك اجتهادات قضائية[2] مختلفة أعطت له عدة تعاريف ليست موحدة لكنها متكاملة ومتقاربة ولا تعطي المفهوم المحدد والمطلوب لهذا الجزاء، بأنه من الجزاءات الضاغطة التي تنهي الصفقة إلا أنه إذا اتضح عجز المقاول صار نهائيا وأن هذا الجزاء لا جدوى منه يكون للإدارة استبداله بجزاء آخر مناسب كفسخ الصفقة، فهو جزاء تمهيدي لفسخ الصفقة، كما أن هذه القاعدة ليست ملزمة للإدارة فلها أن تقوم بفسخ الصفقة دون حاجة أن يسبقه جزاء سحب العمل.[3]

وغالبا ما يتطلب قيـام الإدارة بهذا الجزاء وجـود تقصير أو إخلال بالغ الجسامة من المتعاقد، وتنص دفاتر الشروط العامة غالبا على الحالات التي يجوز للإدارة أن تستخدم هذا الإجراء في حالة تحققها،[4] وبالرجوع إلى قانون الصفقات العمومية في الجزائر، نجد أنه قرر جزاء سحب العمل من المقاول في المادة 35 الفقرة 3 من دفتر الشروط الإدارية العامة بأنه:"...**إذا لم ينفذ المقاول المقتضيات المفروضة، يجوز للمهندس الرئيسي باستثناء حالة الاستعجال بعد عرض المسألة على الوزير، أن يأمر بإجراء النظام المباشر[5] على نفقة**

---

[1] عرفه عبد المجيد محمد فياض على أنه: "**أن تحل الإدارة محل المقاول المقصر في تنفيذ أعماله، وقيامها بتنفيذ العمل بنفسها على حساب، وتعهد إلى الغير بتنفيذ هذه الأعمال لإنجاز العمل**"، **وعرفه** آخرون: "**يقصد بجزاء سحب العمل من المقاول أن تجيز الإدارة المتعاقدة معها، إذا أخل بتنفيذه أو عدم تنفيذه على الوجه المطلوب، بأن تسحب منه العمل وتحل محله في إدارته أو تعهد به إلى غيره**" **انظر**: صوفية عباد، **سلطة الإدارة في توقيع جزاء سحب العمل من المقاول في صفقة الأشغال العامـة في التشريع الجزائري**، مرجع سابق، ص.589.

[2] *عرفته المحكمة الإدارية العليا بمصر في قرارها الصادر 1961/04/22طعن رقم 1137 "**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**".

*عرفته أيضا محكمة القضاء الإداري المصرية "قرار بتاريخ :1956/12/09 المجموعة في 35 عاما من 1926-1961"**عندما يخل المقاول في تنفيذ التزاماته التعاقدية أو يتراخى 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 آخر لتنفيذه**". **انظر**: صوفية عباد، **سلطة الإدارة في توقيع جزاء سحب العمل من المقاول في صفقة الأشغال العامة في التشريع الجزائري**، نفس المرجع، ص.588.589.

[3] صوفية عباد، **سلطة الإدارة في توقيع جزاء سحب العمل من المقاول في صفقة الأشغال العامـة في التشريع الجزائري**، نفس المرجع، ص.588.589.

[4] مازن ليلو ماضي، مرجع سابق، ص.159.

[5] نجد أن المشرع قد إستخدم عبارة " **النظام المباشر**" بدلا من مصطلح " **الوضع تحت الإدارة مباشرة** " يمكن أن يفهم منه أنه نظام الاستغلال المباشر وهو مصطلح واسع المدلول خلافا لمدلولها الوارد باللغة الفرنسية والتي عبرت عن المقصود بأن يكون السحب كليا أو جزئيا حسب الأحوال حال امتناع المقال من تنفيذ التزاماته، كما يرى **(Jeze)** أن عبارة" **الوضع تحت الإدارة**

**المقاول، ذلك النظام الذي يجوز أن يكون جزئيا ...**" كما نصت المادة على ترتيبات سحب العمل من المقاول في الفقرة الخامسة[1] وحالات السحب التي وردت على سبيل المثال في الفقرة الأولى،[2] ففي هذه الحالات ليس للقاضي أن يتدخل للحكم على مدى ملائمة السحب للخطأ، كما نجد أن التشريعات المقارنة حرصت على أن تكون هذه الحالات مذكورة على سبيل الحصر وليس على سبيل المثال.[3]

**1) أسباب فرض جزاء سحب العمل من المقاول في صفقة الأشغال العامة**

أ) – إذا تأخر في البدء في التنفيذ أو تباطأ فيه، وترى الإدارة المتعاقدة أنه لا يمكنه إتمامه في المدة المتفق عليها رغم تنبيهه كتابة.

ب) – إذا أوقف العمل إيقافا تاما دون سبب معقول.

ج) – إذا تأخر في تنفيذ العقد، ولم ترى الإدارة المتعاقدة إعطاءه مهلة لذلك أوعجز عن التنفيذ بعد إعطاءه مهلة.

د) – إذا قام بنفسه أو بواسطة غيره وبطريق مباشر أو غير مباشر باستعمال وسيلة من وسائل الغش أو التدليس أو التلاعب في تنفيذ العقد أو التعامل مع الجهة المتعاقدة أثناء ذلك التنفيذ.

هـ) – إذا أعسر المتعاقد أو أشهر إفلاسه أو دخل في صلح مع دائنيه.

و) – إذا أهمل إهمالا جسيما في تنفيذ العقد أو أغفل القيام باحدى التزاماته الجوهرية المقررة في العقد ولم يباشر في إصلاح آثار ذلك.[4]

**3) – خصائص سحب العمل من المقاول في صفقة الأشغال العامة**

---

**مباشرة**" لا تحتوي على المعنى الدقيق لهذا الجزاء. كما هو عليه الحال عند تكليفه بتنفيذ الأعمال الطارئة الغير منصوص عليها، وبالتالي امتناعه هنا لا يعد خطأ من جانبه. **انظر: صوفية عباد، سلطة الإدارة في توقيع جزاء سحب العمل من المقاول في صفقة الأشغال العامة في التشريع الجزائري**، مرجع سابق، ص.589. ومروان دهمة، مرجع سابق، ص. 367.

[1] تنص ف (05) من م (03) **من د.ش.ا.ع.** على أنه: "**وعلى كل حال يرفع الأمر المتعلق بهذه العمليات إلى الوزير الذي يمكنه تبعا للظروف أن يأمر بإعادة إجراء المناقصة على ذمة المقاول المتخلف أو فسخ الصفقة دون قيد أو بمتابعة النظام المباشر بالإدارة** " **انظر**: إسماعيل بحري، مرجع سابق، ص.104.

[2] تنص الفقرة (01) من المادة (03) **من د.ش.ا.ع** على أنه:" **إذا لم يتقيد المقاول بشروط الصفقة أو بأوامر العمل التي يتلقاها من مهندس الدائرة أو المهندس المعماري، يعمد المهندس الرئيسي إلى إنذاره بلزوم التقيد بتلك الشروط والأوامر في أجل يحدد بمقرر يجري إبلاغه له بموجب أمر المصلحة** " **انظر**: إسماعيل بحري، نفس المرجع، ص.104.

[3] إسماعيل بحري، نفس المرجع، ص.104.

[4] مازن ليلو ماضي، مرجع سابق، ص.273.

**أ)** – يعد سحب العمل من المقاول المقصر، إجراء مؤقتا لا يترتب عليه إنهاء صفقة الأشغال العامة، وإنما تظل قائمة ويبقى المقاول ملتزما بتنفيذ كافة التزاماته.

**ب)** – يرتبط جزاء سحب العمل من المقاول وتنفيذه على حسابه بالنظام العام[1] باعتباره ضمانة هامة لإتمام المشروع محل الصفقة ضمانا لسير المرفق العام.

**ج)** – جزاء سحب العمل من المقاول يتميز بضرورة إعذار هذا الأخير قبل توقيعه.

**د)** – يوقع جزاء سحب العمل من المقاول بواسطة قرار تصدره المصلحة المتعاقدة بإرادتها المنفردة دون اللجوء إلى القضاء.[2]

**3) –الآثار القانونية المترتبة عن سحب العمل من المقاول**

**أ)** ـ تبقى الصفقة مستمرة ومنتجة لآثارها مع بقاء مسؤولية المقاول عن الأشغال، فقط يستبعد مؤقتا عن تنفيذ العمل والسماح له بمتابعة الأشغال ودون القيام بعرقلة أوامر المصلحة حسب ما نصت عليه الفقرة 6 من المادة 35من د.ش.ا.ع.

**ب)** – ليس للمتعاقد الحق في أن يتقاضى مقابل مالي عنما قام بتنفيذه من أعمال، ولا يمكن له أن يسترجع الضمان.[3]

**ج)** – للمقاول الحق في متابعة الأشغال دون التدخل في تنفيذها إضافة إلى تحمله كافة النفقات الناتجة عن التنفيذ المباشر، إذ يتحمل فرق السعر إذا كان بالزيادة ولا يستطيع أن يتحلل من هذا الالتزام، كما لا يمكنه المطالبة بحصة الأرباح إذا أدى النظام المباشر لخفض النفقات.[4]

---

[1] اختلفت آراء فقهاء القانون في بيان الطبيعة القانونية لسحب العمل من المقاول، حيث اعتبره أغلب فقهاء القانون من النظام العام باعتبار أنه ضروري للمحافظة على تنفيذ العقد لضمان سير المرفق بانتظام واستمرار، وهناك من رآه عبارة عن اتفاق أنشأ بين العلاقة التعاقدية حيث يرون تجسيد اتفاق العلاقة التعاقدية يقوم على استبعاد هذا الجزاء وبالتالي لا يمارس هذا الجزاء إلا في حالات التقصير الشديد. **انظر:** صوفية عباد، **سلطة الإدارة في توقيع جزاء سحب العمل من المقاول في صفقة الأشغال العامـــــــة في التشريع الجزائري**، مرجع سابق، ص. 590.

[2] ربيحة سبكي، مرجع سابق، ص.125.

[3] فوزية هاشمي، مرجع سابق، ص.387.

[4] فوزية هاشمي، نفس المرجع، نفس ص.387.

ومن المهم كذلك التفرقة بين سحب العمل من المقاول وبين قيام الإدارة بالاتفاق معه على أن تجزأ قسما من المقاولة بنفسها أو بالاستعانة بمقاول آخر فالمقاول يتحمل النفقات الإدارية في الحالة الأولى ولا يتحملها في الحالة الثانية.[1]

**ثانيا: الشراء على حساب المورد في عقد التوريد (Le Marche par défaut)**

**1)-مضمونه**

يتعلق بعقود التوريد[2] من حيث قيام المتعاقد فيها الالتزام بأداء مهمات محددة تحتاج إليها الإدارة في قيامها بواجباتها المنوطة بها، ومن ثم فإن أي تأخير أو إخلال في توريد الكميات أو العينات المتفق عليها يؤدي إلى ممارسة هذا النوع من الجزاءات من قبل الإدارة المتعاقدة، لذلك فإن هذه الأخيرة تملك توقيعه سواء نص على ذلك في العقد أم لا. وذلك بواسطة قرار تصدره، حيث يتضمن شراء الأصناف على حساب المورد وعلى مسؤوليته.[3]

**2)-خصائصه**

**أ)** – يعد الشراء على حساب المورد إجراء مؤقت لا يتضمن إنهاء صفقة اللوازم بل يظل المورد مسؤول أمام المصلحة المتعاقدة حيث تقوم هذه الأخيرة بشراء المواد والأصناف التي لم يقم المورد العاجز بتوريدها على حسابه وتحت مسؤوليته المالية.

**ب)** – تتخذ المصلحة المتعاقدة جزاء الشراء على حساب ومسؤولية المورد المقصر بتنفيذ الصفقة بنفسها، دون وساطة القاضي، ومن دون اشتراط النص على هذا الجزاء في الصفقة.[4]

**ج)** – يعتبر إجراء الشراء على حساب المورد من الجزاءات التي تتميز بخاصية الإعذار قبل توقيعها.

**د)** – إن جزاء الشراء على حساب ومسؤولية المورد، من وسائل التنفيذ العيني التي تتلاءم مع السرعة والمرونة، على وفق ما يقتضيها حسن سير المرفق العام بانتظام واطراد، فهي تهدف إلى إرغام المتعامل المتعاقد على أداء التزاماته التي قصر فيها.[1]

---

[1] مازن ليلو ماضي، مرجع سابق، ص.274.

[2] عرفه م. ف في قانون المشتريات العامة الصادر بموجب الرسوم رقم (2006/975) بتاريخ 2006/8/1 بأنه:" **تلك العقود التي تبرم مع الموردين بحيث يكون محل تلك العقود الشراء، أو التأجير التمويلي، أو الإيجار، أو الإيجار البيعي للمنتجات أو المعدات – الأدوات** ". **مأخوذ عن:** خالد سليمان أسود العنزي، **عقد التوريد الإداري (دراسة مقارنة بين القانونين الأردني والكويتي)**، رسالة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، الأردن، 2012، ص.15.

[3] إسماعيل بحري، مرجع سابق، ص.106.

[4] ربيحة سبكي، مرجع سابق، ص. 134.

**3)-الآثار القانونية المترتبة لجزاء الشراء على حساب المتعاقد**

**أ)** – يتحمل المورد الأصلي كافة النتائج الباهظة عند التنفيذ على حسابه، ولا يلزم أن ينص العقد على ذلك؛ لكن إذا أجريت العملية بثمن أقل من ثمن العقد الأصلي فإن الفرق يكون من حق الإدارة ولا شأن للمورد به.

**ب)** – تقتصر مسؤولية المورد الجديد على وجود التوريدات التي تضمنها التنفيذ على حساب المورد المستبعد فقط، فهو ليس مندوبا لهذا الأخير أو وكيلا عنه، كما لا يقوم بالتوريد لحسابه.

**ج)** – تكون الإدارة عندما تقوم بالشراء على حساب المتعاقد وكيلا عنه في هذا الشأن، فتلزم بأن تبذل في تنفيذ هذه الوكالة العناية التي تبذلها في أعمالها الخاصة.

ويفضل أن تقوم عند الشراء باتباع طريق طلب العروض حتى تتيح الفرصة لكل من يشاء أن يتقدم لها بأسعاره فيزيد عدد المتنافسين وبالتالي تنخفض الأسعار ومنه تستطيع الحصول على ما يلزمها بأنسب الأسعار.[2]

## الفرع الثاني: شروط توقيع الجزاءات الضاغطة

ولكيلا تتعسف الإدارة في توقيع الجزاء اشترط الفقه والقضاء الإداريين توافر شروط معينة وهي:

**الشرط الأول: ارتكاب المتعاقد خطأ من الأخطاء الجسيمة (Une Faut Grave)**

الخطأ الجسيم عبارة عن إخلال المتعاقد بالتزام جوهري ورد النص عليه بالعقد أو في نص نظامي أو خطأ يضر بسير المرفق العام، أي الإخلال لا يقتصر على الإخلال بالتزام تعاقدي فحسب وإنما أيضا مساس بالمرفق العام الذي يتصل بالعقد، فكل مخالفة من جانب المقاول لالتزاماته التعاقدية تمثل خطأ تعاقديا من جانبه إلى جانب أنها تمثل في الوقت ذاته خطأ ضد المرفق العام، ومن غير المعقول توقيع هذا الجزاء لمجرد الخطأ البسيط؛ لأن هذا الأخير يرتب نتائج باهضة في مواجهة المتعاقد، والإدارة وحدها من تقدر مدى جسامة الخطأ، وبناء على طلب من المتعاقد يقوم القاضي برقابة تقدير الإدارة لمدى جسامة الخطأ وكفايته لتوقيع

[1] ربيحة سبكي، المرجع السابق، ص. 134.

[2] إسماعيل بحري، مرجع سابق، ص. 107.

الجزاء الضاغط، وذلك في الحالات غير المنصوص عليها في القانون، أما الحالات التي نص عليها القانون وجعلها أخطاء تجيز توقيع الجزاء، فلا يحق للقاضي مراقبتها.[1]

**أولا- الخطأ الذي يستوجب سحب المشروع من المقاول**

حسب الفقرة (01)[2] من المادة 35 من دفتر الشروط الإدارية العامة، لا بد من توفر شرطين حتى يكون الخطأ جسيم:

**1)- عدم التقيد بشروط الصفقة:**

وذلك بالتنفيذ المخالف للشروط والمواصفات أو عدم التقيد بالآجال المتفق عليها، ما لم يكن هذا التأخير راجع للإدارة بحد ذاتها أو لأسباب خارج عن إرادتها (القوة القاهرة).

**2)- عدم الامتثال لأوامر المصلحة المتعاقدة:**

يتعين على المقاول ضرورة التقيد بالتوجيهات والأوامر الصادرة من قبل الإدارة وعدم الامتثال لذلك يعد خطأ جسيما يبرر قيامها بسحب المشروع وتنفيذه على حسابه وتحت مسؤوليته.[3]

**ثانيا- الخطأ الذي يستوجب الشراء على حساب ومسؤولية المورد**

من الأفعال التي تبرر قيام المصلحة بالشراء على حساب المتعاقد وتحت مسؤوليته، كأن يتأخر المورد في تسليم ما تم الاتفاق عليه ضمن الصفقة؛ أو رداءة الأصناف والمواد الموردة وعدم مطابقتها للمواصفات المطلوبة؛ أو الامتناع عن توريدها. وهو ما يمكن المصلحة المتعاقدة من خصم ما تستحقه من غرامات وقيمة كل خسارة تلحق بها، بما في ذلك فروق الأسعار والمصاريف الإدارية من أية مبالغ مستحقة أو تستحق للمتعاقد لديها، وفي حالة عدم كفايتها تلجأ إلى خصمها من مستحقاتها لدى أي جهة إدارية أخرى أيا كان سبب الاستحقاق دون الحاجة إلى اتخاذ إجراءات قضائية.[4]

**الشرط الثاني: الإعذار المسبق**

---

[1] أشرف محمد حمامده، مرجع سابق، ص.64.63.

[2] تنص ف (01) من م 35من د.ش.إ.ع على: "**إذا لم يتقيد المقاول بشروط الصفقة أو بأوامر المصلحة التي يتلقاها من مهندس الدائرة أو المهندس المعماري يعمد المهندس الرئيس إلى إنذاره بلزوم التقيد بتلك الشروط والأوامر في أجل يحدد بمقرر يجرى إبلاغه له بموجب أمر المصلحة**".

[3] مروان دهمة، مرجع سابق، ص.368.

[4] مروان دهمة، نفس المرجع، ص.369.

الإعذار هو إثبات لحالة تأخير المتعاقد في تنفيذ التزاماته من الناحية القانونية، وبذلك فهو ليس وسيلة لإظهار إرادة إحداث حالة قانونية جديدة، وإنما هو إجراء تمهيدي يجب أن يسبق تطبيــق الجزاءات القانونية والاتفاقيــة. فالإعذار يهدف إلى وضع المتعاقد في مركز قانوني معين، هو وضع المتأخر أو الممتنع عن تنفيذ الالتزامات إن لم يوف بها خلال المدة المحددة.[1]

**أولا- وجوب إعذار المقاول**

تقوم الإدارة بإعذار المتعاقد وبالتالي يستطيع تصحيح الخلل وتنتهي المشكلة، وغالبا الإعذار ما يكون منصوص عليه في الصفقة أو في دفتر الشروط؛ لكن عدم النص عليه لا يعني أنه ليس ضروري بل يبقى شرطا مفروضا على الإدارة وهو ما أكدته المادة 01/35 من دفتر الشروط الإدارية العامة، إذ تمنحه 10أيام كي يتمكن من تنفيذ التزاماته وذلك طبقا للمادة 02/35 منه وليس للمقاول أن يحتج ببطلان جزاء السحب إذا انقضت المدة المحددة والإدارة لم تقم بسحب الأعمال بعد؛ لكن في حالات الاستعجال المشرع أعفى المصلحة المتعاقدة من الإعذار عند قيامها بسحب الأشغال طبقا للمادة 10/35 إذ تقوم هذه الأخيرة بإكمال الأشغال عن طريق إجراء الاستغلال المباشر وكذلك تستند عند توقيعها لهذا الجزاء إلى المرسوم الرئاسي 247/15، حيث توقع الإدارة هذا الجزاء باصدار قرار إداري مستوفي لجميع الشروط الشكلية والموضوعية، وكذلك يجب أن يستوفي الإعذار بيانات مهمة نصت عليها المادة (3) من قرار وزير المالية.[2]

ويتم تبليغ هذا الإعذار بموجب رسالة موصى عليها مع إشعار بالاستلام وهذا ما نصت عليه المادة (04) من نفس القرار، ونشره طبقا للمادة 1/05و2من ذات القرار، ويسري الإعذار إبتداء من تاريخ النشر الأول في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي والنشرة الرسمية للصفقات العمومية أو في الصحافة طبقا للمادة 3/05 من نفس القرار.[3]

**ثانيا -وجوب إعذار المورد**

---

[1] أشرف محمد حمامده، مرجع سابق، ص.64.

[2] قرار وزير المالية المؤرخ في 2011/03/28، يحدد البيانات التي يتضمنها الإعذار وآجال نشره، ج.ر.ج.ج الصادرة في :2011/04/20، ع: 24، ينص على البيانات التالية: (***تعيين المصلحة المتعاقدة وعنوانها. *تعيين المتعاقد المتعامل وعنوانه. * التعيين الدقيق للصفقة ومراجعها. * توضيح إن كان أول أو ثاني إعذار عند الاقتضاء. *موضوع الإعذار. *الأجل الممنوح لتنفيذ موضوع الإعذار. *العقوبات المنصوص عليها في حالة رفض التنفيذ).**

[3] فوزية هاشمي، مرجع سابق، ص.386.385.

تلتزم المصلحة المتعاقدة قبل مباشرة هذا الجزاء بضرورة توجيه إعذار للمورد المقصر قصد تدارك تقصيره في التزاماته التي أخل بها مع توقيع غرامة إذا اقتضى الأمر ذلك، ويعد الإعذار شرطا جوهريا تقتضيه طبيعة هذا الجزاء، إلا إذا نص العقد أو دفتر الشروط على إعفاء الإدارة من هذا الإجراء.[1]

**الشرط الثالث: يجب أن يكون القرارين الإداريين مشروعين**

يجب أن يكون كل من قرار سحب العمل من المقاول وقرار الشراء على حساب المورد مشروعين في جميع أركانهما من حيث الاختصاص والمحل والغاية والالتزام بما أوردته الأنظمة واللوائح من أشكال وإجراءات، وبالتالي يجوز للقاضي الحكم بعدم مشروعيتهما وإلغائهما إذا شاباهما عيب من هذه العيوب.[2]

[1] مروان دهمة، مرجع سابق، ص.369.

[2] أشرف محمد حمامده، مرجع سابق، ص- ص.69-73.

## المبحث الثاني :توقيع الجزاءات المنهية للعقد(الفاسخة)

تتدرج الجزاءات التي تملك المصلحة المتعاقدة توقيعها على المتعاقد معها حسب درجة الخطـأ الذي يرتكبه كل منهما، فكلما كان الخطأ جسيما كلما تدرجت العقوبة إلى درجة أشد قساوة، تستمد المصلحة المتعاقدة سلطتها في توقيع الجزاءات الفاسخة استنادا إلى حقها في استعمال امتياز التنفيذ المباشر، كما أن ليس كل فسخ توقعه المصلحة المتعاقدة يعتبر بمثابة جزاء بسبب التقصير الجسيم من طرف المتعاقد معها فهناك ما يسمى الفسخ الاتفاقي[1] وكذلك الفسـخ لدواعـي المصلحـة العامـة[2] وهذه كانت الصـورة الأولى لفسـخ الصفقـة بالإرادة المنفـردة، مجلس الدولة الفرنسي في هذا الصدد فرق بين الفسخ في العقود الإدارية وبين الفسخ في حالة عقد الالتزام حيث يطلق عليه تسمية إسقاط الالتزام. وبالتالي تناولنا عند دراسة الأحكام المنظمة للفسخ الجزائي **(المطلب الأول)** وأنواعه وما قد يترتب عنها من آثار **(المطلب الثاني)**.

### المطلب الأول: الأحكام المنظمة للفسخ الجزائي

[1] **الفسخ الاتفاقي** هو إنهاء العقد قبل تمام تنفيذه أو تمام مدته، باتفاق يتم بين طرفيه، الإدارة والمتعاقد معها ومادامت القاعدة تقول إن العقد لا يقوم إلا باتفاق بين طرفيه، فإنه يكون منطقيا أن ينتهي العقد كذلك باتفاق طرفيه، حيث لا تنفرد العقود الإدارية في هذا المجال بشروط خاصة، فهو يخضع للقواعد العامة التي تخضع لها جميع العقود. وقد يتضمن الفسخ الاتفاقي على إلزام أحد الطرفين بتعويض، عما أصاب الآخر من أضرار. **انظر**: محمد الشافعي أبوراس، مرجع سابق، ص.128.

[2] * يطلق عليه أيضا تسمية **الفسخ التقديري**. **انظر**: عبد الوافي عبد الجبار، مرجع سابق، ص.265.

* ويكون اللجوء إلى هذا الإجراء مبررا بسبب المصلحة، تلجأ إليه الإدارة بإرادتها المنفردة مع عدم اشتراط ارتكاب المتعاقد خطأ تعاقدي، وهذا ما أقرته صراحة م 150 من م.ر.رقم15-247 بنصها على أنه: "**يمكن المصلحة المتعاقدة القيام بفسخ الصفقة العمومية من جانب واحد، عندما يكون مبررا بسبب المصلحة العامة، حتى بدون خطأ من المتعامل المتعاقد** "وفي هذه الحالة المتعاقد من حقه المطالبة بالتعويض عما أصابه من ضرر نتيجة إنهاء الصفقة وعما فاته من كسب، كما نجد أن المشرع لم يفرق بين مصطلح "**الفسخ**" ومصطلح "**الإنهاء**" على اعتبار الأول يتم اللجوء إليه في حالة إخلال أحد أطراف العلاقة العقدية بالتزاماته التعاقدية، بينما الثاني يكون دون خطأ من المتعاقد متى قدرت المصلحة ذلك. **انظر**: خلاف فاتح، **محاضرات في قانون الصفقات العمومية (طبقا لأحكام م.ر. رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام)**، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة محمد الصديق بن يحي، جيجل، الجزائر، 2015-2016، ص.78.

يعد الجزاء الفاسخ، الامتياز السلطوي الأخير، الذي تلجأ إليه الإدارة عند عدم التزام المتعاقد معها أثناء أداء التزاماته التعاقدية. وهو وسيلة خطيرة بحيث يتم إنهاء هذه الرابطة من الأساس، وذلك دفاعا عن المرفق العام والمصلحة العامة للجمهور، فهذا الجزاء من النظام العام ولا يمكن الاتفاق على استبعاده ولا يحق لجهة الإدارة التنازل عنه. وفي هذا المطلب قمنا بتحديد مفهومه في **(الفرع الأول)** وتوضيح خصائصه في **(الفرع الثاني)**.

## الفرع الأول مفهوم الفسخ الجزائي

الأصل أن الصفقات العمومية تنقضي بالطرق الطبيعية إلا أنها قد تنتهي نهاية غير طبيعية في حالة الفسخ الجزائي، وهنا قمنا بإعطاء تعريف له لفهم المعنى المقصود منه **(أولا)** وتبيان شروطه **(ثانيا)** وتمييزه عن النظم القانونية المشابهة له **(ثالثا)**.

### أولا- تعريف الفسخ الجزائي

الفسخ في مجال تنفيذ العقود الإدارية: "**هو ذلك الجزاء الشديد الذي تلجأ إليه الإدارة المتعاقدة، لحل الرابطة التعاقدية بينهما وبين المتعاقد معها المخل بتنفيذ التزاماته التعاقدية إخلالا جسيما وفادحا، مما يستدعي استبعاده نهائيا عن دائرة التنفيذ**" أي أن الإدارة لا تلجأ إلى توقيع جزاء الفسخ، إلا بعد أن يتأكد لها بصفة نهائية، أن المتعاقد معها لم ينفذ أو لم يعد قادرا على تنفيذ التزاماته على وجه مرض، مما يهدد استمرار المرفق العام.[1]

كما يمكن تعريفه بأنّه "**جزاء تلجأ إليه المصلحة المتعاقدة عندما يثبت لها بصورة قاطعة عجز أو عدم مقدرة المتعاقد في تنفيذ الالتزامات محل التعاقد بصورة مرضية والتي منها عدم مراعاة تنفيذ الأعمال، أو عدم تسليم التوريدات في المواعيد المقررة تنتهي مقتضاه الرابطة التعاقدية بين المصلحة المتعاقدة وبين المتعاقد معها**"، يأتي الفسخ الجزائي غالبا بعد جزاء سحب العمل من المقاول والشراء على حساب المورد على التوالي، وذلك حينما تقدر المصلحة المتعاقدة عدم جدوى هذين الجزاءين الأخيرين.[2] أي أن الفسخ الجزائي هو آخر الجزاءات التي

[1] جلول بن سديرة، مرجع سابق، ص.112.

[2] ربيحة سبكي، مرجع سابق، ص.140.

يمكن أن تلجأ إليها الإدارة مع المتعاقد. إذ أن الأصل أنه لا ينبغي للإدارة المتعاقدة أن تلجأ إلى هذه الوسيلة، إلا إذا اتضح لها أن المتعاقد لم يعد قادرا على أداء التزاماته.[1]

إن المشرع الجزائري قد اعترف صراحة للمصلحة المتعاقدة بسلطة فسخ الصفقة العمومية لعدم تنفيذ المتعاقد لالتزاماته بموجب المادة 149 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15 إلا أنه لم يقدم تعريفا له كما أنه أطلق عليه تسمية الفسخ من جانب واحد، وإزاء هذا الأمر حاول الفقه في القانون الإداري تقديم العديد من التعريفات له ركزت جميعها على مدى جسامة هذا الجزاء، والجهة التي لها الحق في ممارسة هذه السلطة وسبب صدور الجزاء وشكله والآثار المترتبة عنه. حيث يؤخذ عليها أنها اقتصرت فقط على شكل واحد للفسخ الجزائي وهو الفسخ الجزائي المجرد أو البسيط، وأهملت الصورة الثانية المتعلقة بالفسخ على حساب المتعاقد.[2]

**ثانيا- شروط تطبيق الفسخ الجزائي**

نظرا لخطورة هذا الجزاء فإن سلطة الإدارة في توقيعه لا تعتبر مطلقة، حيث يشترط لكي تباشر المصلحة المتعاقدة سلطتها في توقيع الفسخ الجزائي، ضمانا لعدم تعسفها في توقيعه أن يرتكب المتعاقد خطأ جسيما وأن تقوم بإعذاره وإعطائه أجل محدد قبل توقيع هذا الجزاء نظرا لخطورة الآثار المترتبة عنه، وكذلك لابد أن يكون توقيع جزاء الفسخ بقرار من الإدارة. وهي شروط تمهد لفسخ العقد.[3]

**1- الخطأ الجسيم (La Faut Grave)**

ليس كل خطأ يبرر الفسخ وإنما يجب أن يكون المتعاقد قد ارتكب خطأ على درجة معينة من الجسامة والخطأ الجسيم عبارة عن إخلال تعاقدي أو قانوني جوهري، والمصلحة المتعاقدة هي الوحيدة التي تستطيع أن تقدر مدى جسامة الخطأ، ففي فرنسا تملك السلطة العامة الصلاحية لفسخ العقد من جانب واحد، ويكون الفسخ بسبب خارج التوقعات العقدية فهو إخلال

[1] سعيد عبد الرزاق باخبيره، مرجع سابق، ص. 312.

[2] محمد الصادق قابسي، **سلطة المصلحة المتعاقدة في الفسخ للصفقة العمومية**، مجلة العلوم الاجتماعية والإنسانية، جامعة باتنة، الجزائر، 2018، ص.437.

[3] سورية دبش، **الجزاءات الإدارية غير المالية في قانون الصفقات العمومية (طبقا للمرسوم الرئاسي 15-247)**، المجلة الجزائرية للأمن والتنمية، جامعة باتنة، الجزائر، ع 09، 2016. ص.229.

بين، يكيف على أنه خطأ جسيم بالقدر الذي لم يستجب فيه المتعاقد لأحكام الصفقة، ومن أمثلة الأخطاء الجسيمة المبررة للفسخ في نظر الفقه والقضاء الفرنسي:

- ترك مواقع العمل وإيقاف تنفيذ الأشغال.
- عدم تنفيذ الأعمال في مواعيدها المحددة.
- التنازل عن العقد دون موافقة الإدارة.[1]
- عدم الالتزام بالتنفيذ الدقيق لأوامر المصلحة.
- رفض المقاول للتغيرات المفروضة عليه خلال العمل.
- وقوع أعمال التدليس والمخالفات المتكررة من جانب المقاول لشروط الشغل.[2]

ومن أمثلــة الأخطاء الجسيمة أيضا: عدم تنفيذ الأوامر المصلحية الموجهة من رجال الإدارة، عجز المتعاقد عن تكملة التأمين المالي خلال المدة المقررة، التعاقد من الباطن دون موافقة الإدارة المتعاقدة، مخالفة شروط العقد، أفعال الغش والاحتيال الصادرة عن المتعاقد في تنفيذ التزاماته التعاقدية.[3]

وقد اكتفى المشرع في نص المادة 149[4] من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 بالإشارة إلى عدم تنفيذ المتعاقد لالتزاماته كمبرر لفسخ الصفقة من جانب واحد وهذا دون تعداد لصور الإخلال أو أسباب الفسخ، كما لم يشترط درجة معينة من الجسامة للخطأ المرتكب من المتعامل المتعاقد لمعاقبته بالفسخ، وهذا من شأنه يسمح للمصلحة المتعاقدة باعتبار أي خطأ أو إخلال يرتكبه المتعاقد مبررا لفسخ الصفقة[5] وبالتالي فسح لها مجال واسع من أجل تقدير ما

---

[1] سورية دبش، المرجع السابق، ص.229.

[2] جلول بن سديرة، مرجع سابق، ص.114.

[3] زينة مقداد، **سلطة الإدارة في فسخ العقد الإداري**، المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عمار الثليجي بالأغواط، الجزائر، المجلد: 02، ع: 4، ص.424.

[4] جاءت عبارات النص عامة تخلو من التفصيل، يفضل ذكر الحالات الرئيسة حتى تتبين اتجاهات المشرع في هذا الشأن. حيث تنص المادة 149من المرسوم الرئاسي 15-247. **التي تنص على أنّه :" إذا لم ينفذ المتعاقد التزاماته، توجه له المصلحة المتعاقدة إعذار ليفي بالتزاماته التعاقدية في أجل محدد. وإن لم يتدارك المتعاقد تقصيره في الأجل الذي حدده الإعذار المنصوص عليه أعلاه، يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تفسخ الصفقة من جانب واحد". انظر:** ربيحة سبكي، مرجع سابق، ص.142.

[5] إسماعيل بحري، مرجع سابق، ص.109.108.

إذا كان إخلال المتعاقد بالتزاماته يدخل في دائرة التقصير المبرر للفسخ أم لا،[1] إذ أنه كان من الأجدر على المشـرع الجزائـري أن يذكر على الأقل بعض الحالات، التي يمكن اللجوء فيها إلى الفسخ الجزائي، كما هو معمول به في فرنسا.[2]

ومع ذلك تؤدي دفاتر الشروط الإدارية العامة دورا ملحوظـا، إذ أنهـا تكمل البنـاء التشريعـي، فقد نجدها أشارت إلى العديد من الأخطاء[3] التي يرتكبها المتعاقد والتي تعتبر من قبيل الأخطاء التي تبرر الفسخ.[4] ومن المسلم به أن هذه الحالات التي وردت فيه جاءت على سبيل المثـال وليس على سبيل الحصـر؛ لأن لجهة الإدارة حق في فسخ العقود الإدارية، إذا أخل المتعاقد إخلالا يوجب فرض هذا الجزاء عليه.[5]

إن النص على بعض حـالات الفسـخ في العقد، لا يعنـي عدم وجوبـه بالنسبة لحـالات الخطأ الأخرى، وإنما تخضع هذه الحالات غير المنصوص عليها للقواعد العامة للجزاءات كما تخضـع لرقابـة القضـاء مـن حيث الملاءمة فهـذه الحـالات وردت على سبيـل المثال لا الحصـر، يذكر الفقه أنه غالبا ما تنص دفاتر الشروط العامة للعقود الإدارية على وجوب فسخ العقد في حالة إفلاس المتعاقد أو في حالة التصفية القضائية لذمته المالية. ففي هذه الحالة يقع الفسخ بقوة القانون.[6]

وعلى العموم يرى الفقه الإداري أن كل الأفعال المبررة لتوقيع الجزاءات الضاغطة، إذا ازدادت جسامتها بدرجة معينة، فإنها ذاتها تبرر الفسخ، ويرجع ذلك إلى أن الفسخ الجزائي أشد جسامة في آثاره من الجزاءات الضاغطة، التي هي مجرد إجراءات مؤقتة قد تنتهي إلى الفسخ.[7] وإن الإدارة تستمـد حقها في فسخ العقـد من طبيعة العقـد الإداري وليس من نصوص العقد، كما أن هذا الحق قد يثبت لجهة الإدارة بمقتضى نصوص القوانين واللوائح.[8]

---

[1] فاتح خلاف، مرجع سابق، ص.76.

[2] جلول بن سديرة، مرجع سابق، ص.114.

[3] اعتبرت م 11/35 من د ش إ. ع قيام المتعاقد بأعمال الغش والتدليس أثناء تنفيذ الأشغال من الأخطار الجسيمة التي تبرر فسخ الصفقة، وهذا يتعدى الأمر ذلك إلى حرمان في المشاركة في الصفقات العمومية. **انظر**: مروان دهمة، مرجع سابق، ص.371.

[4] ربيحة سبكي، مرجع سابق، ص. 143.

[5] مريم محمد أحمد، مرجع سابق، ص.215.

[6] سعيد عبد الرزاق باخبيره، مرجع سابق، ص.341.342.

[7] جلول بن سديرة، مرجع سابق، ص.115.

[8] مريم محمد أحمد، مرجع سابق، ص.213.

**2- الإعذار**

يعد الإعذار التزام عام يقع على عاتق الإدارة ولو لم ينص عليه العقد، وإلا أصبح قرارها قابل للبطلان، وهو أمر منطقي تفرضه قواعد العدالة، فهو ينبه المتعاقد إلى مخالفته من جهة، وينذره بتوقيع الجزاء عليه إذا استمر فيها من جهة أخرى.[1] ولقد اعتبره م.د.ف من حقوق الدفاع يجب على الإدارة احترامه.[2]

وهو إجراء تمهيدي سابق لتطبيق الجزاءات القانونية أو الاتفاقية ونظرا لأهمية الإعذار من جهة، وخطورة الآثار المترتبة على جزاء الفسخ من جهة أخرى، فإن المشرع الجزائري جعل من الإعذار إجراء وجوبيا وهو ما أكدته المادة 149 من المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.[3] وتطبيقا لذلك نصت المادة 02 من القرار المؤرخ في 28 مارس 2011[4] المحدد للبيانات التي يضمنها الإعذار وآجال نشره بقولها: "**إن الفسخ من جانب واحد لصفقة من طرف مصلحة متعاقدة لا يتم إلا بعد إعذارين قانونيين للمتعامل المتعاقد العاجز**"، ذلك أن المصلحة المتعاقدة المطالبة بالتنفيذ العيني قبل اللجوء إلى الفسخ وذلك حرصا على استقرار عقد الصفقة، وإذا ثبت لها عدم التزام المتعاقد المقصر بتدارك تقصيره تقوم بفسخ الصفقة بإرادتها المنفردة.[5]

و بناء على ذلك، تلتزم الإدارة المتعاقدة قبل توقيع جزاء الفسخ بضرورة إعذار المتعاقد معها؛ لأن قرار الفسخ غير المسبوق بالإعذار معيب، ويعفى في هذه الحالة المتعاقد من نتائجه الباهظة، وفي حالة حصول ضرر له فمن حقه الحصول على تعويض،[6] إلا أن قاعدة الإعذار المسبق ليست مطلقة، إنما هناك استثناءات تعفي الإدارة منه، نجد منها: النص صراحة على إعفاء الإدارة من الإعذار، إعلان المتعاقد عدم التنفيذ، غش المتعاقد، تنازل المتعاقد عن العقد للغير، ثبوت عدم جدوى الإعذار لأسباب راجعة إلى المتعاقد نفسه، مثل مخالفته لالتزام

---

[1] زينة مقداد، مرجع سابق، ص.424.

[2] سورية دبش، مرجع سابق، ص.229.

[3] محمد الصادق قابسي، مرجع اسابق، ص.445.444.

[4] الجريدة الرسمية رقم 24 لسنة 2011.

[5] مروان دهمة، مرجع سابق، ص.372.371.

[6] جلول بن سديرة، مرجع سابق، ص.116.

جوهري يتعذر تداركه حالة الاستعجال، إذا كان الفسخ إثر إجراء جزائي ضاغط سبق إعذار المتعاقـد به، ومن أجل ذات الأخطاء.[1]

**3-توقيع جزاء الفسخ بقرار من الإدارة:**

يجب أن يصدر قرار فسخ العقد من السلطة المختصة، وهي سلطة التقرير بالتصريح بالفسخ وبخلافه فإن قرار الفسخ يقع باطلا، ويجب أن يكون القرار صريحا ومكتوبا، كما يجب على الإدارة إعلان المتعاقد بقرار الفسخ بأية وسيلة من الوسائل حتى لو لم ينص العقد على هذا الإجراء تطبيقا للمبادئ العامة فهو شرط للقوة التنفيذية.[2] ويخضع القرار لرقابة القاضي من زاويتي المشروعية والملاءمة، إذ يجوز للمتعاقد أن يطعن في قرار الإدارة بالفسخ إذا لم يكن مشروعا أو ملائما لخطئه. كما أنه ليس من حق القاضي إلغاء قرار الفسخ مهما شابه من عيوب، وإنما تقتصر ولايته على بحث الحق في التعويض وهو ما ذهب إليه القضاء الإداري في فرنسا.[3]

هناك من يرى أن شروط فسخ عقد الصفقات العمومية دائما اتفاقية وتشكل جزءا من البنود التعاقدية؛ لأنها واردة مسبق في عقد الصفقة العمومية والمتعاقد على علم مسبق بها وهو ما تؤكده المادة 95 من قانون الصفقات العمومية التي جاء فيها :"**ويجب أن تتضمن على وجه الخصوص البيانات الآتية :"...شروط فسخ الصفقة** ..."فهذه المادة نلاحظها واردة دون تحديد ما يعني أنها تشمل الفسخ بصورتيه الجزائي أو الاتفاقي، وكلمة "**يجب**" يعني أنها شكلية وجوهرية، وهو ما تؤكده أيضا الفقرة 1 من المادة 152 من المرسوم15-247 التي جاء فيها "**لا يمكن الاعتراض علـى قـرار المصلحـة المتعاقـدة بفسخ الصفقـة عنـد تطبيقهـا البنـود التعاقديـة في الضمـان، والمتابعات الرامية إلى إصلاح الضرر الذي لحقها بسبب خطأ المتعاقد معها** ". كما يعتبرون أن الفسخ لا يعتبر امتياز للمصلحة المتعاقدة طالما مرتبط بشرط الإخلال فما هو إلا تكريس للقواعد العامة. وأن الفسخ في الصفقات العمومية لا يتميز كثيرا عن الفسخ في العقود العادية ففي كلاهما يشترط الإعذار؛ لكن نجد قانون الصفقات العمومية

[1] زينة مقداد، مرجع سابق، ص.425.

[2] مريم محمد أحمد، مرجع سابق، ص.221.

[3] إسماعيل بحري، مرجع سابق، ص. 109.

أكثر مرونة فنجد الإدارة هي من تحدد المهلة للمتعاقد بينما في القانون المدني هذه المهلة يطلبها المتعاقد من القاضي.[1]

ويتطلب كذلك مجلس الدولة الفرنسي لإيقاع الفسخ عدة شروط هي:

- الخطأ الجسيم.
- الإعذار قبل توقيع جزاء الفسخ إلا إذا نص العقد على خلاف ذلك.
- إيقاع الفسخ بقرار من الإدارة، دون حاجة للالتجاء للقضاء.
- رقابة القضاء الواسعة التي تشمل نواحي المشروعية والملاءمة للعقوبة المتخذة.[2]

**ثالثا- تمييز الفسخ الجزائي عن النظم القانونية المشابهة له**

يختلف الفسخ الجزائي في مجال الصفقات العمومية مع نظيره في عقود القانون الخاص، كما يختلف أيضا مع فسخ الصفقة العمومية لدواعي المصلحة العامة رغم صدوره بالإرادة المنفردة للإدارة، ويختلف أيضا عن الجزاءات الضاغطة.

**1- تمييز الفسخ الجزائي عن الفسخ في عقود القانون الخاص**

الفسخ الجزائي للصفقة من السلطات الممنوحة للإدارة المتعاقدة، تملك توقيعه بنفسها دون حاجة للجوء للقضاء، بينما الفسخ في ظل القانون المدني لا يكون إلا عن طريق القضاء للمطالبة بالفسخ والتعويض، كما القاضي الإداري لا يملك منح المتعاقد مهلة معينة لتنفيذ التزامه؛ لأنه لا يملك في الأصل تقدير احتياجات المرفق العام، على عكس القاضي المدني يجوز له منح المدين أجلا زمنيا للتنفيذ، فجزاء الفسخ عبارة عن وسيلة وقائية لحماية المرفق العام بينما يهدف في عقود القانون الخاص للحصول على المصلحة الخاصة، وتتمتع الإدارة بسلطة تقديرية واسعة في توقيعه.[3]

**2- تمييز الفسخ الجزائي عن الفسخ لدواعي المصلحة العامة**

هاتين السلطتين يجمعهما أن الإدارة هي مصدرة الإجراء وأساسهما القانوني يتقارب إلى حد كبير، كما أن القاضي الإداري لا يملك سلطة إلغاء قرار الإدارة في كلا السلطتين، أما

[1] سهام عبدلي، **الفسخ بين الطبيعة الإدارية للصفقة العمومية والقانون الخاص**، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والإقتصادية، المركز الجامعي لتمنراست، الجزائر، ع: 09، 2015، ص-ص.80-76.

[2] محمد العموري، **العقود الإدارية**، https://pedia.svuonline.org ، **فيفري 2020**.

[3] محمد الصادق قابسي، مرجع سابق، ص.439.440.

الاختلاف بينهما فيكمن في أن الفسخ الجزائي يتطلب أن يصدر عن المتعاقد فعل جسيم، كي تستطيع الإدارة ممارسة هذه السلطة. بينما في سلطة إنهاء العقد لدواعي المصلحة العامة، فللإدارة سلطة تقديرية واسعة في إنهاء العقد لدواعي المصلحة العامة، ومن دون خطأ من جانب المتعاقد معها. كما أن آثارهما مختلفة حيث أن المتعاقد لا يستحق أية تعويض في حالة الفسخ الجزائي نظرا إلى ارتكابه الخطأ، بينما في سلطة إنهاء العقد لدواعي المصلحة العامة فيستحق المتعاقد التعويض كاملا عما لحقه من خسارة وما فاته من كسب.[1]

### 3- تمييز الفسخ الجزائي عن الجزاءات الضاغطة

يعتبر كل من الفسخ الجزائي والجزاءات الضاغطة، جزاءات تصدرها المصلحة المتعاقدة بالإرادة المنفردة بسبب الأخطاء التي يرتكبها المتعاقد أثناء تنفيذ للصفقة العمومية، ومع ذلك فإنّهما يختلفان من عدة جوانب، الجزاءات ضاغطة الهدف منها إجبار المتعاقد على تنفيذ التزاماته وهي مؤقتة لا يترتب عليها إنهاء الصفقة وإنّما لضمان حسن تنفيذها، بينما المؤكد منه أن جزاء الفسخ يؤدي إلى إنهائها بصفة قطعية، يشمل الجزاء في الجزاءات الضاغطة على الالتزام الذي لم يؤديه المتعاقد، بينما في الفسخ الجزائي يشمل العقد كله.[2]

### 4. مع جزاء إسقاط الالتزام في عقود الالتزام:

كلتا السلطتان تفترض أخطاء جسيمة من المتعاقد، كي تمارسهما الإدارة، كما أن المتعاقد لا يستحق أي تعويض عن فسخ العقد بسبب أفعاله المخلة بالالتزامات مع تحمله النتائج المالية، التي تنشأ عن فسخ العقد، وللإدارة الحق بمطالبته بالتعويضات جراء أخطائه الجسيمة، أما أهم نقاط الاختلاف نجد أن القاعدة العامة في قضاء مجلس الدولة الفرنسي تفترض صدور جزاء الإسقاط من قاضي العقد، وليس من الإدارة إلا إذا احتفظت لنفسها صراحة بمقتضى نص بهذا الحق. بينما في الفسخ الجزائي الأصل العام يكون بالإرادة المنفردة للإدارة، وأن قاضي العقد لا يملك حق إلغاء جزاء الفسخ في عقدي الأشغال العامة والتوريد، إذا كان غير مشروع أو ليس له ما يبرره. ويملكها بشأن جزاء إسقاط الالتزام في عقد الالتزام.[3]

---

[1] سعيد عبد الرزاق باخبيره، مرجع سابق، ص.316.

[2] ربيحة سبكي، مرجع سابق، ص.150.

[3] سعيد عبد الرزاق باخبيره، مرجع سابق، ص.318.317.

## الفرع الثاني: خصائص الفسخ الجزائي

ينفرد الفسخ الجزائي بالعديد من السمات تمييزه عن الجزاءات المالية والضاغطة، حيث تتمثل أبرزها كالآتي:

### أولا- حق المصلحة المتعاقدة في توقيع الفسخ الجزائي بنفسها

أهم خاصية يتميز بها نظام الجزاءات في مجال العقود الإدارية هي حق الإدارة المتعاقدة في توقيع الجزاءات بإرادتها المنفردة على المتعاقد معها عند إخلاله بتنفيذ التزاماته، وهذا الحق مقرر لها بصفة خاصة أيضا بالنسبة للفسخ الجزائي، حيث تملك الإدارة فسخ العقد عندما يرتكب المتعاقد معها إخلالا جسيما بموجب قرار إداري صادر بإرادتها المنفردة، ودون حاجة إلى اللجوء للقضاء لاستصدار حكم قضائي، وذلك حتى وإن لم ينص العقد أو دفتر الشروط على ذلك.[1]

### ثانيا-إعذار المتعاقد قبل توقيع الفسخ الجزائي

يعتبر الإعذار المسبق من الشروط الجوهرية لتوقيع الفسخ الجزائي من جانب الإدارة المتعاقدة، إذ أن إعطاء المتعاقد فترة زمنية معينة، للقيام بتنفيذ التزاماته قاعدة عامة تتطلبها الإجراءات الشكلية لتوقيع الفسخ الجزائي. وإن الإعذار قبل توقيع الفسخ الجزائي يشمل جميع العقود الإدارية، مالم ينص على استبعاده بموجب نص صريح.[2]

### ثالثا- الرقابة القضائية على قرار الفسخ الجزائي

إن دعوى القضاء الكامل أو ما يسمى هي الوسيلة القضائية الوحيدة التي يملكها أطراف أي عقد إداري للطعن في أي قرار أو إجراء متعلق بالعقد الذي يربطهم، لا يجوز لأي متعاقد – كقاعدة – أن يلجأ إلى دعوى الإلغاء للطعن في أي قرار أو إجراء متعلق بالعقد الذي يربطه مع المتعاقد الآخر، سواء الإدارة أو المتعاقد معها، كما أن بعض الفقهاء في فرنسا يرون وجوب التفرقة بين حق الجزاء المؤسس على نصوص تشريعية ولائحية وبين هذا الحق المستمد من

[1] جلول بن سديرة، مرجع سابق، ص.118.117.

[2] جلول بن سديرة، نفس المرجع، ص.118.

العقد ذاته، ففي الحالة الأولى يكون قاضي الإلغاء هو المختص، بينما ينعقد الاختصاص في الحالة الثانية لقاضي العقد. كما يفحص قاضي العقد قرار الفسخ الجزائي من زاويتي المشروعية والملاءمة.[1]

## المطلب الثاني: أنواع الفسخ الجزائي وآثارها القانونية

يترتب عن فسخ الصفقة في حالة الإخلال الجسيم الصادر من المتعاقد إنهاء الرابطة العقدية بين المصلحة المتعاقدة والمتعاقد معها، إلاّ أنّ اختلاف درجة جسامة أخطاء المتعاقد يؤدي إلى اختلاف أنواع الفسخ، وفي هذا المطلب تناولنا أنواع الفسخ الجزائي في **(الفرع الأول)** والآثار القانونية للفسخ الجزائي في **(الفرع الثاني)**.

### الفرع الأول: أنواع الفسخ الجزائي

يفرق الفقه والقضاء في فرنسا بين نوعين من الفسخ الجزائي وذلك تبعا لمدى جسامة وخطورة آثار كل منهما على مركز المتعاقد. وللمصلحة المتعاقدة سلطة تقديرية في تقدير نوع هذا الفسخ.

**أولا- الفسخ الجزائي المجرد البسيط**

هذا النوع من الفسخ تكون الإدارة فيه أقل صرامة ويكون في حالة إفلاس المتعاقد معها وتصفية ذمته المالية.[2] الذي يقصد به قيام الإدارة المتعاقدة بإنهاء الرابطة التعاقدية مع المتعاقد معها المخـل بالتزاماتـه دون قيد أو شرط، أي دون تحميله الأعباء المترتبة على الصفقة الجديدة، ومع الإبقاء على حق الإدارة في توقيع عقوبات أخرى كغرامة التأخير والمطالبة

[1] حسام فيصل، **رقابة القضاء الإداري على قرار الإدارة بالفسخ الجزائي للعقـد الإداري (دراسة مقارنة)**، مجلـة جامعـة البعـث، سوريا، المجلد: 39، العدد: 77، 2017، ص-ص.142-144و146.

[2] جلول بن سديرة، مرجع سابق، ص.123.

بالتعويض، ولقد أخذ المشرع الجزائري بهذا النوع من الفسخ وأطلق عليـه "فسخ الصفقة دون قيد".[1]

وتكفل بمعالجة حالـة الرابطة العقدية بين المقاول والإدارة في حال إفلاس[2] المقاول أو التسوية القضـائية، وذلك حرصا منه على قاعـدة الاعتبار الشخصي في عقد الأشغـال العامة، فحتى لا تفاجأ الإدارة بغريب أو شخص من الغير يباشر تنفيذ ما تعاقدت بشأنه مع شخص اختارته لاعتبارات رأتها فيه.[3] وفي حالة تقرير المصلحة المتعاقدة لجزاء الفسخ لا يكون للمتعاقد حق الاعتراض على ذلك وهو الأمر الذي أكدته المادة 152.[4] من المرسوم الرئاسي 15-247.[5]

وقد ذهب جانب من الفقه إلى أن قيام الإدارة بفسخ العقد مع المتعاقد المخل لا يعتبر امتيازا مقررا لمصلحة الإدارة ولا يعدو أن يكون تطبيقا للقواعد العامة في القانون الخاص التي تقضي في حالة حصول إخلال في تنفيذ العقود الملزمة لجانبين يكون للأفراد حق فسخ العقد عندما لا ينفذ أحد المتعاقدين ما عليه من التزام.[6]

## ثانيا- الفسخ الجزائي على حساب ومسؤولية المتعاقد

---

[1] محمد الصادق قابسي، مرجع سابق، ص.443. ملاحظة: يتضح من خلال ما نصت عليه م 5/35 من د.ش.ا.ع بقولها: "**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 بدون قيد أو بمتابعة النظام المباشر بالإدارة** ". **انظر** نفس الصفحة من هذا المرجع.

[2] تنص م 37من د.ش.إ.ع على: "**يفسخ العقد كذلك بحكم القانون وبدون تعويض، في حالة إفلاس المقاول وباستثناء الحالة التي تقبل بها الإدارة العروض التي يمكن أن يتقدم بها وكيل دائني التفليسة لمتابعة المقاولة وذلك في الحالة التي تسمح له فيها المحكمة بمتابعة استغلال المشغل، ويفسخ العقد كذلك في حالة التسوية القضائية التي لا يسمح فيها للمقاول بمتابعة استغلال مشغله**" وفي الحالتين إن رأت بأن شخصية المقاول لها دور جوهري في تنفيذ الأشغال ولا يمكن تعويضه بوكيل دائن المقاول أو المصفى، تقرر فسخ العقد على حساب المقاول المفلس، وإلا تواصل تنفيذ العقد مع وكيل الدائنين متى توافرت شروط ذلك والمتمثلة خاصة في ضرورة الحصول على إذن من المحكمة من قبل وكيل الدائنين بمواصلة تشغيل مقاولة المتعاقد المفلس، **انظر:** سورية دبش، مرجع سابق، ص.232.

[3] سورية دبش، نفس المرجع، ص.232.

[4] وهو ما أكدته م 152 من م.ر 15/247 بقولها " **لا يمكن الاعتراض على قرار المصلحة المتعاقدة بفسخ الصفقة عند تطبيقها البنود التعاقدية للضمان، والمتابعة الرامية إلى إصلاح الضرر الذي لحقها بسبب خطأ المتعاقد معها....**" **انظر:** محمد الصادق قابسي، مرجع سابق، ص.443.

[5] محمد الصادق قابسي، نفس المرجع، ص.443.

[6] أحمد طلال عبد الحميد، مرجع سابق، ص.112.

يقصد به إنهاء المصلحة المتعاقدة للصفقة القائمة بينها وبين المتعامل المتعاقد المخل بالتزاماته التعاقدية، مع تحميل المتعاقد كافة النفقات والمصروفات الإضافية الناجمة عن إبرام صفقة جديدة مع الغير. وهو أشد قسوة من النوع الأول، هنا تستطيع المصلحة المتعاقدة عند إبرام الصفقة الجديدة أن تلجأ إلى طريقة التراضي مع شرط أن تراعي عدم الإضرار بالمتعاقد القديم باختيار أفضل الشروط المالية، ونظرا لخطورة هذا النوع، فإن الرأي مستقر في الفقه والقضاء في فرنسا على أنّه لا يجوز للإدارة أن تلجأ إلى هذا الجزاء، إلاّ إذا كان منصوصا عليه صراحة في العقد أو دفاتر الشروط، بالنسبة للجزائر، فإنّ المرسوم الرئاسي 15-247 لم ينص على هذا النوع من الفسخ الجزائي، إلا ما ذكر بالنسبة للمتعاقد الأجنبي في حالة عدم تجسيده للاستثمار. وقد يتعدى الأمر ذلك بتسجيل المؤسسة الأجنبية في قائمة المؤسسات الممنوعة من التعهد في الصفقات العمومية.[1]

وبالرجوع إلى د.ش.إ.ع الجزائري نجد قد تضمن الإشارة إلى العديد من الأخطاء التي يرتكبها المقاول والتي تعد مبررا للفسخ وهو ما أوضحته المادة 11 فقرة 3، والمادة 12 فقرة 1 وفقرة 4 و5، والمادة 35 فقرة11.[2]

## الفرع الثاني: الآثار القانونية للفسخ الجزائي

ينتج عن قيام المصلحة المتعاقدة بتقرير الفسخ الجزائي بنوعيه، عدة آثار قانونية تختلف باختلاف نوعي الفسخ وكذلك باختلاف نوع الصفقة، ومع ذلك هناك من الآثار ما هو مشترك بين نوعي الفسخ **(أولا)** ومنها ما هو خاص بالنوع الأول **(ثانيا)** ومنها ما هو خاص بالنوع الثاني**(ثالثا)**.

### أولا- الآثار المشتركة بين نوعي الفسخ الجزائي

يترتب على الفسخ الجزائي من جانب الإدارة المتعاقدة سواء كان الفسخ الجزائي مجردا أو على حساب ومسؤولية المتعاقد الآثار القانونية التالية:

[1] ربيحة سبكي، مرجع سابق، ص.157.156.

[2] محمد الصادق قابسي، مرجع سابق، ص.444.

**1).** إنهاء العلاقة التعاقدية بين طرفي العقد بالنسبة للمستقبل. إبتداء من التاريخ المحدد في قرار الفسخ، أو من تاريخ إعلان هذا القرار إلى المتعاقد في حالة خلو القرار من تاريخ معين لنفاذه.

**2)** . ينتج عن كلا النوعين استبعاد المتعاقد نهائيا، وذلك بأن يخلي المقاول أماكن العمل في عقد الأشغال العامة وإلا تحققت مسؤوليته، كما أن من حق الإدارة أن ترفض استلام أية توريدات تالية لقرار الفسخ.

**3)** . للإدارة الحق في أن تجمع بين جزاء الفسخ والجزاءات المالية المختلفة وفقا للحالة.[1]

**4)** – تقوم الإدارة بفرض جزاء الفسخ تحت رقابة القضاء.

**5)** – جواز عدم تعامل الإدارة مستقبلا مع المتعاقد المفسوخ عقده، وشطب إسمه من قائمة المتعاملين معها، على اعتبار أن سبب الفسخ غالبا ما يكشف عدم صلاحية المتعاقد لإسناد أعمال إليه لاحقا،[2] كما من حق المصلحة المتعاقدة أن ترفض استلام أية توريدات بعد إجراء الفسخ.[3]

**6)** استحدث المرسوم الرئاسي 247/15 الفسخ الجزائي الجزئي.[4]

**ثانيا– الآثار الخاصة بالفسخ الجزائي المجرد البسيط**

**1) –** تكتفي المصلحة المتعاقدة في هذا النوع باستبعاد المتعاقد المقصر دون قيد ولا شرط، ودون أن تلزمه بالأعباء المترتبة عن الصفقة الجديدة، وهنا تظهر الإدارة أقل صرامة في ممارستها لسلطتها في فسخ العقد.

**2)** – يحق للإدارة الجمع بين الفسخ وبين توقيع غرامات التأخير أو المطالبة بتعويضات عن الأضرار التي لحقت بها، خلال الفترة السابقة على صدور قرار الفسخ؛[5] لكنها لا تستطيع مطالبة المتعاقد بتحمل التبعات المالية للعقد الجديد الذي تبرمه.[1]

---

[1] سعيد عبد الرزاق باخبيره، مرجع سابق، ص.358.357.

[2] زينة مقداد، مرجع سابق، ص.425.

[3] جلول بن سديرة، مرجع سابق، ص.124.

[4] **انظر** إلى المادة 149 من المرسوم الرئاسي 247/15.

[5] محمد الصادق قابسي، مرجع سابق، ص.446.

**3)** – إقامة كشف حسابات بالأعمال والتوريدات المنجزة والمسلمة للإدارة والتي توضع في الاعتبار عند تصفية الصفقة المفسوخة وتعويض المتعاقد.[2]

**4)**– يقوم المتعاقدان برد ما تحصل عليه كل متعاقد من الآخر، فتقوم الإدارة بتسليم المتعاقد معها الأصناف التي قام بتوريدها، وقيمة ما قام به من أشغال، وفي المقابل يقوم المتعاقد بدوره برد ما يكون قد حصل عليه من الإدارة من أموال تنفيذا للعقد.[3]

**ثالثا– الآثار الخاصة بالفسخ الجزائي على مسؤولية المتعاقد**

يترتب عن الفسخ الجزائي على مسؤولية المتعاقد، إبرام عقد إداري جديد لإتمام تنفيذ العقد الأصلي، وتحمل المتعاقد آثار هذا العقد الجديد زيادة على التعويض مما يترتب عن ذلك الآثار التالية:

**1)**– تتمتع الإدارة المتعاقدة بسلطة تقديرية واسعة في اختيار الطريقة المناسبة لإبرام العقد وفقا لإجراء طلب العروض أو إجراء التراضي.

**2)**– يتحمل المتعاقد الأصلي، كافة الأعباء المالية المترتبة عن العقد الجديد بما فيها النفقات الزائدة الناتجة عن ذلك، على أن تخصم هذه الزيادة في النفقات من المبالغ المستحقة له.

**3)**– إذا كان العقد الجديد ثمنه أقل من المقرر في العقد الأصلي المفسوخ، فإن هذا الفارق من حق الإدارة وحدها.

**4)**– يتم إقصاء المتعاقد مستقبلا من تقديم عروضه للمشاركة في عمليات إبرام عقود إدارية بشكل مؤقت، أو بشكل نهائي.[4]

**5)**– أن الفقه الفرنسي أشار إلى جملة من الضمانات التي يستحقها المتعاقد، لاسيما المقاول المفسوخ عقده في عقد الأشغال العامة، إزاء الأثر المهم الذي يرتبه هذا النوع من الجزاء، مقارنة بالفسخ الجزائي المجرد البسيط، وتتركز تلك الضمانات فيما يأتي:[5]

---

[1] جلول بن سديرة، مرجع سابق، ص.125.

[2] محمد الصادق قابسي، مرجع اسابق، ص.446.

[3] جلول بن سديرة، مرجع سابق، ص.125.

[4] جلول بن سديرة، نفس المرجع، ص.126.

[5] سعيد عبد الرزاق باخبيره، مرجع سابق، ص.363.

**أ)** – يجب أن تتم الصفقة الجديدة في إطار الصفقة الأصلية، وعلى أساس نفس دفتر الشروط. ومن حق المتعاقد المطالبة بإجراء طلب العروض الجديد دون تعديل مواصفات الأعمال المنصوص عليها أصلا، إلاّ إذا كانت التعديلات لا تؤثر في زيادة الأسعار الجديدة.

**ب)** – تلتـزم المصلحة المتعاقدة أثنـاء إبرام الصفقة الجديدة أن تتم العملية بأقل الأسعار الممكنة، فلا يجوز تحميل المتعاقد المفسوخ عقده أسعار مبالغ فيها.

**ج)** – حق المتعاقد المستبعد مراقبة طلب العروض الجديد وله أن يطعن فيه أمام القاضي الإداري باعتبار إجراء طلب العروض قرارا إداريا منفصلا عن الصفقة العمومية، فيملك القاضي إلغاءه متى تحقق من عدم مشروعيته.

وعلى المتعاقد المفسوخ عقده، على مسؤوليته أن ينتظر تمام تنفيذ الأعمال عن طريق المتعاقد الجديد وتصفية الحساب كي يحق له المطالبة بسعر الأعمال التي قام بتنفيذها واسترداد ما بقي له من تأمينه.[1]

وفي الأخير لابد الإشارة إلى أنه هناك صورة أخرى من الجزاءات التي تملك الإدارة توقيعها على المتعاقد عند إخلاله ببنود الصفقات العمومية، وهي إدراج المتعاقد مع الإدارة بالقائمة السوداء، حيث نجد أن التشريعات الفرنسية لم تشر إلى تعريف الاقصاء من المشاركة في المناقصات العامة، بينما على المستوى القضائي نجد أن المحكمة الإدارية العليا قضت في احدى أحكامها على أن ( **الشطب من سجل المتعهدين يعد من الجزاءات التي تملك الإدارة فرضها في حال تخلفه عن الوفاء بالتزاماته أو عند استعماله الغش أو التلاعب أثناء معاملته معها...)**، وعلى المستوى الفقهي عرفه الفقيه الفرنسي **(دي لوبادير )** على أنه، **(إجراء يتيح للإدارة أن تستبعد بقرار عام المتعهدين غير المرغوب فيهم من كل المناقصات التابعة للإدارة بشكل نهائي أو لفترة محدودة ).**[2]

[1] ربيحة سبكي، مرجع سابق، ص.162.

[2] رائد جاسم كاظم الموسري، **التنظيم القانوني لإدراج المتعاقدين مع الإدارة بالقائمة السوداء (دراسة مقارنة)**، رسالة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، كلية القانون، جامعة القادسية، العراق، 2018، ص.8.7.

**خلاصة الفصل**

في هذا الفصل قمنا بدراسة الجزاءات التي تملك الإدارة توقيعها على المتعاقد عند إخلاله ببنود الصفقات العمومية حيث تطرقنا في المبحث الأول إلى توقيع الجزاءات المالية والضاغطة وهي جزاءات لا تؤدي إلى إنهاء الصفقة، قسمناه إلى مطلبين في المطلب الأول الجزاءات المالية، تأخـذ ثـلاث صور بينــاها في ثلاث فروع، غرامة التأخير، التعويض، مصادرة الضمان، وبينا أيضا أن نظام الجزاءات الذي يحكم سلطة الإدارة الجزائية لا يقف عند حدود هذه الجزاءات المالية، بل إنه يعطي للإدارة وسائل فعالة تضمن بها تنفيذ الصفقة العمومية على الرغم من عجز المتعاقد معها وهي الجزاءات الضاغطة و هي عبارة إجراءات تتخذها بهدف الضغط وإرغام المتعاقد معها على التنفيذ وجعلناها في مطلب ثاني تناولنا صور الجزاءات الضاغطة في الفرع الأول وهي سحب العمل من المقاول والشراء على حساب المورد، ثم شروط توقيع الجزاءات الضاغطة في فرع ثاني .

كما أولت دراستنا اهتماما خاصا بالجزاءات الفاسخة التي تؤدي إلى إنهاء العلاقة تعاقدية وأفردناها في مبحث كامل وذلك لأهميته التي يحتلها في نظرية الجزاءات القانونية، وكذلك نظرا لأهميته في الواقع التطبيقي تناولنا الأحكام المنظمة للفسخ الجزائي في المبحث الأول، تعرضنا مفهومه وخصائصه في فرع أول وفرع ثاني على التوالي، وتطرقنا في المطلب الثاني إلى أنواعه وأثاره القانونية، ففي الفرع الأول تكلمنا على أنواعه وفي الفرع الثاني على آثاره القانونية.

# الخاتمة

# الخاتمة

من خلال دراستنا لهذه المذكرة اتضح لنا أن نظام الجزاءات في مجال الصفقات العمومية يتميز بجملة من الخصائص متميزة عما نجده في القانون الخاص، حيث يمكن للإدارة فرض جزاءات مباشرة بإرادتها المنفردة دون حاجة للحصول على حكم قضائي وفقا لامتيازها في التنفيذ المباشر، وكذلك دون نص، فهذه الجزاءات تعتبر احدى الامتيازات الضرورية التي تحتاجها الإدارة أثناء تسيير مرافقها، فهي تستمد هذا الحق من الخصائص الذاتية التي تتميز بها الصفقات العمومية، فهذا النظام لا يهدف إلى إعادة التوازن بين التزامات الأطراف ولا يتسم بطابع العقوبة فقط وإنما يهدف للوصول إلى تنفيذ الالتزام المتصل بالمرفق تنفيذا عينيا، كما أن هذه الجزاءات متنوعة توقعها الإدارة حسب جسامة الخطأ الذي يرتكبه المتعاقد معها، جزاءات تتخذها بهدف الضغط على المتعاقد معها وإرغامه على تنفيذ التزاماته، وأخرى توقعها في حالة الإخلال الجسيم وتؤدي إلى إنهاء الرابطة التعاقدية. وبعد الانتهاء من هذه الدراسة تمكنا من استخلاص أهم النتائج، وبعض النقائص والتوصيات التي يمكن تقديمها بخصوصها.

**أولا: أهم النتائج:**

- اتضح لنا أن السلطة الجزائية واحدة من الامتيازات السلطوية المهمة التي تتمتع بها الإدارة أثناء تنفيذ الصفقات العمومية، توقعها الإدارة بإرادتها المنفردة، دون الحاجة إلى حكم صادر من القضاء، ودون الحاجة إلى النص عليها في العقد، ولا تستطيع الإدارة أن تتنازل عنها؛ لأنها تستهدف تحقيق المصلحة العامة؛ فهي من النظام العام.
- إن الهدف الأساسي من نظام الجزاءات هو الوصول إلى تنفيذ الالتزام المتصل بالمرفق العام تنفيذا عينيا، في المواعيد المقررة.
- وجدنا أن المشرع لم يول اهتماما كافيا بمرحلة التنفيذ مثلما فعل في مرحلة الإبرام، حيث لوحظ ثغرات ونقص فيها. وعدم استقرار النصوص القانونية في تحديد مفهوم الجزاء الإداري، وكذلك عدم تحديد صلاحيات الجهات الإدارية المنوط بها تطبيق الجزاءات.

- وفّق المشرع الجزائري عندما صرح عن الإعذار المسبق؛ بما لا يدع مجالا للشك في المادة 149 من المرسوم 247/15، فقاعــدة الإعذار المسبق تعـد قاعـدة أصلية وضمانة حقيقيـة كمــا في نظـرية الجزاءات.
- المنازعات المتعلقة بقرارات الجهة المتعاقدة عند تطبيق سلطة الجزاء، تدخل في حدود القضاء الكامل، لأن هذه القرارات تعتبر متصلة بالعقد. وبالتالي فهي منازعات حقوقية.
- تعـد إشكالية اقتضاء المصلحـة المتعاقـدة للتعويـض من أهـم المسائـل التي تثيـر الجدل، حيث نجد أن المشـرع لم يفصح عن رؤيتــه حول تقديـر نسبــة هذا التعويض من قبل الجهـة المتعاقـدة، وبالتالي يكون اقتضاء التعويض وتحصيله وفقا لترتب المسؤولية العقدية وتوافر ركن الضرر، وللقاضــي سلطـة واسعة في تقديـر التعويـض بحيث يتطلب تنـاسب التعويض والضـرر، كما له أن يجمع التعويض بجزاءات أخرى كمصادرة الضمان أو الفسخ الجزائي.
- لا يمكن للمصلحة المتعاقدة التنازل عن التعويض عكس غرامة التأخير؛ لأن الضرر فيه متوفر، أي أن إجراء الإعفاء من التعويض أو تخفيضه لا يخضع لسلطة المصلحة المتعاقدة.
- طبيعة غرامة التأخير مختلطة، لها طابع تعويضي وطابع تهديدي، ويستهدف حسن سير العمل في المرافق العامة، كما تجعل المتعاقد أكثر حرصا على تنفيذ التزاماته التعاقدية في الآجال المحددة.
- يختلف الأساس القانوني لتوقيع غرامة التأخير حسب مقتضى الحال، فهو تعاقدي إذا كان منصوصا على الغرامة في العقد، وإلا فهو غير تعاقدي يتمثـل في امتيـازات السلطــة العامــة، أي يمكن توقيع الغرامة التأخيرية إذا أخل المتعاقد مع الإدارة بالتزاماته حتى ولو لم ينص العقد على ذلك، ويكون ذلك بصورة تلقائية. ولكونها اتفاقية لا يستلزم الأمر إعطاء المتعاقد مهلة إضافية لإعمالها.
- أغفـل التشريـع الجزائــري في تحديد نسبة غرامـة التأخيـر على غرار التشريعات المقارنة، وبالتالي اقتضاء غرامة التأخير منوط بتقدير الإدارة باعتبارها القوامة على حسن سير المرافق العامة. إن المشرع لم يتطرق بشكل واضح لطريقة فرض الغرامة التأخيرية في المادة 147 من المرسوم الرئاسي 247/15.

- لا يحق للإدارة فرض غرامة التأخير إذا كان التأخير ناتج عن عدم وفاء الإدارة بالتزاماتها أو بسبب حوادث طارئة. لا يجوز فرض غرامة التأخير لغير الأسباب المحددة بموجب القواعد الناظمة لها، كما أنه إذا توقع الطرفان إخلالا معينا بالعقد وقررا له جزاءً محددا، فيجب على الإدارة أن تتقيد بالغرامة التأخيرية المنصوص عليها ولا يجوز لها استبدالها.
- إن القواعد الناظمة للإعفاء من غرامة التأخير، بصورة وجوبية أو جوازية، مستمدة من طبيعة العقد الإداري، إعمال مبدأ التوازن المالي لتلك العقود، وذلك بهدف حسن سير المرافق العامة بانتظام.
- أغفل المشرع الجزائري على النص عن الجزاءات الضاغطة، واكتفى فقط بالتلميحات.
- لم ينص المرسوم الرئاسي 15-247 على الفسخ الجزائي على حساب ومسؤولية المتعاقد، إلا ما ذكر بالنسبة للمتعاقد الأجنبي في حالة عدم تجسيده للاستثمار. وقد يتعدى الأمر ذلك بتسجيل المؤسسة الأجنبية في قائمة المؤسسات الممنوعة من التعهد في الصفقات العمومية.
- أضاف قانون الصفقات الجديد الفسخ الجزائي الجزئي، وبالتالي إذا نفذ المدين التزاماته تنفيذا جزيئا ولم يرد الدائن إزالة آثار العقد جميعا، فله أن يطلب الفسخ الجزئي ما دامت الصفقة قابلة للتجزئة.
- سلطة الإدارة في توقيع جزاء الفسخ سلطة مقيدة بشروط كارتكاب المتعاقد لخطأ جسيم، وضرورة إعذاره، وإمهاله فترة من الزمن من أجل تصحيح خطأه.
- لم يعط المشرع الجزائري تعريفا للخطأ الجسيم، ولم يبين خصائصه وصفاته، وأعطى لجهة الإدارة مسؤولية تقديره. وهذا يعد تهديدا خطيرا لحقوق المتعاقد.
- لم يساير دفتر الشروط الإدارية العامة لسنة 1964، الأوضاع الجديدة خاصة مع التحولات الاقتصادية الكبرى، ضف على ذلك أن معظم تأشيراته تحمل نصوصا فرنسية ملغاة وبالتالي تعارض أحكامه مع تنظيم الصفقات العمومية.
- لم يميز المشرع الجزائري في قانون الصفقات 247/15 بين مصطلح العقوبات المالية والغرامات التأخيرية وكذلك بين مصطلح الإنهاء والفسخ.

**ثانيا: التوصيات:**

أما فيما يخص التوصيات التي يمكن ذكرها بعد دراسة وتحليل الموضوع من أجل الحد من النقائص المتعلقة بسلطة الإدارة الجزائية تتمثل في:

- يجب تغطية مرحلة تنفيذ الصفقة العمومية تشريعيا بصورة كاملة لاسيما تنظيم الصفقات العمومية، وتخصيص لها قسم خاص في الصفقات العمومية. ومعالجة الثغرات القانونية المتعلقة بعملية تنفيذ الصفقات العمومية.
- يجب على الإدارة احترام القيود المفروضة عليها قبل توقيع الجزاءات على المتعاقد معها، وبذلك تحرص على ضرورة إعذار المتعاقد معها المخل بالتزاماته قبل توقيع الجزاء يجب أن تبسط رقابة القضاء من زاويتي المشروعية والملاءمة على كافة القرارات الجزائية، وأن تكون شاملة للتعويض والإلغاء معا.
- لابد من تعديل المادة 147 من مرسوم 247/15 التي اكتفت بإحالة موضوع تحديد نسب اقتضاء الغرامة التأخيرية إلى بنود الصفقة، بحيث يقوم بوضع نسب لها ويفصلها ويحددها في كل نوع من أنواع الصفقات؛ لأن الواقع العملي يثبت أنه في كثير من الأحيان إغفال الجهة الإدارية على تحديد نسبتها.
- من الأجدر على المشرع الجزائري أن يدرج نصوص صريحة تحدد كيفية حساب نسبة غرامة التأخير، متدرجة حسب مدة التأخير تتناسب معها تناسبا طرديا، وتوحيد قواعد فرض غرامة التأخير.
- لابد من إعادة صياغة النصوص المتعلقة بالتعويض بشكل واضح، فنجد أنه من غير المنطقي حرمان الإدارة من هذا الجزاء طالما اعترف لها بصادرة التأمين من جانب واحد.
- نوصي بضرورة إلزام الإدارة بتسبيب قراراتها الإدارية عند فرض الجزاءات على المتعاقد معها، لغرض تسهيل مهمة القضاء في الرقابة عليها، الأمر الذي يعد ضمانا للمتعاقد من تعسف جهة الإدارة.
- لابد على المشرع النص على الجزاءات الضاغطة في قانون الصفقات العمومية وتحديد الأخطاء التي تبرر توقيع هذا الجزاء، لتفادي تعسف الإدارة.
- لابد على المشرع الجزائري النظر في مدة الإعذار 10 أيام بحيث يستطيع المقاول تصحيح مساره كون أن المصلحة المتعاقدة هي أعلم بسير أعمال المشروع والمدة التي

تستطيع من خلالها معالجة الانحرافات، ورفع الغبن عن المقاول المقصر عن طريق قيامه بالتصرف بالمشروع فقط دون تحمل مسؤوليته.

- لابد على المشرع استكمال البناء التشريعي لجزاء الفسخ وإضافة فقرات إلى المادة 149 تتضمن أهم حالات الفسخ الجزائي. وتحديد قائمة الأخطاء التي تبرر ذلك، وأجل الإعذار، وكذلك ذكر الأخطاء التي تبرره حتى لا يترك مجال لتقدير الإدارة.
- على المشرع الجزائري إيجاد تعريف دقيق للخطأ الجسيم بحيث لا يترك للإدارة مجالا للشك.
- نقترح تعديل د.ش.ا.ع نظرا لأهميته وذلك بموجب مرسوم تنفيذي كما أشارت إليه المادة 26 من مرسوم 247/15. حتى يواكب المستجدات الطارئة، وتصبح أحكامه أكثر فعالية، كما نقترح إصدار دفاتر شروط خاصة بصفقات اللوازم.
- نأمل من المشرع الجزائري استبدال مصطلح العقوبات المالية الواردة في القسم الثامن من المرسوم 15 /247 بمصطلح غرامات التأخير. والتمييز بين مصطلح الإنهاء والفسخ، حيث نجد أن المشرع لم يفرق بين مصطلح "**الفسخ**" ومصطلح "**الإنهاء**" على اعتبار الأول يتم اللجوء إليه في حالة إخلال أحد أطراف العلاقة العقدية بالتزاماته التعاقدية، بينما الثاني يكون دون خطأ من المتعاقد متى قدرت المصلحة ذلك.

# قائمة المراجع

**قائمة المصادر والمراجع:**

**أولا: القرآن الكريم**

**ثانيا: النصوص القانونية:**


- المرسوم الرئاسي 247/15 المؤرخ في 02 ذو الحجة 1436 الموافق لـ: 16 سبتمبر 2015، **يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام**، ج.ر، ع 50، الصادر في 20 سبتمبر 2015.
- دفتر الشروط الإدارية العامة **المطبقة على صفقات الأشغال المتعلقة بوزارة تجديد البناء والأشغال العمومية والنقل**، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، السنة الثانية، ع 2، المؤرخة في 19 يناير 1964.
- قرار وزير المالية المؤرخ في 2011/03/28، **يحدد البيانات التي يتضمنها الإعذار وآجال نشره**، ج.ر.ج.ج الصادرة في :2011/04/20، ع 24.


**ثالثا: قائمة المراجع:**

**أ- الكتب**


- حسام محسن عبد العزيز، **سلطة الإدارة الجزائية في فرض الغرامة التأخيرية في العقد الإداري وضماناتها، (دراسة مقارنة)**، (ب ط)، المركز العربي للنشر والتوزيع ثقافة بلا حدود، (ب ت).
- حمدي القبيلات، **القانون الإداري (القرارات الإدارية –العقود الإدارية- الأموال العامة- الوظيفة العامة)**، ج 2، ط1، دار وائل، 2010.
- عمار عوابدي، **القانون الإداري، النشاط الإداري**، ج 2، ط 4، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر،2007.
- محمد حسن مرعي، الجبوري، **الجزاءات الجنائية والمالية في العقود الإدارية، (دراسة تحليلية مقارنة)**، (ب ط) المركز العربي للنشر والتوزيع ثقافة بلا حدود، (ب ت).
- محمد رفعت عبد الوهاب، **النظرية العامة للقانون الإداري، (ب ط)**، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2012.

**ب- الرسائل الجامعية**

*** دكتوراه**


- سعيد عبد الرزاق باخبيره، **سلطة الإدارة الجزائية في أثناء تنفيذ العقد الإداري (دراسة مقارنة)**، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق (بن عكنون)، جامعة يوسف بن خدة، الجزائر، 2008.
- سمية كامل، **تسبيب القرارات الإدارية**، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم تخصص علوم قانونية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة جيلاني ليابس، سيدي بلعباس، الجزائر،2018.
- علي بن شعبان، **آثار عقد الأشغال العامة على طرفيه في التشريع الجزائري**، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة منتوري، قسنطينة، الجزائر،2012.
- مليكة أسماء بن صغير، **غرامة التأخير في الصفقات العمومية**، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم القانونية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجيلالي اليابس، سيدي بلعباس، الجزائر، 2019.
- ياقوتة عليوات، **تطبيقات النظرية العامة للعقد الإداري (الصفقات العمومية في الجزائر)**، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه الدولة في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة منتوري، قسنطينة، الجزائر، 2009.


*** ماجستير**


- أحمد طلال عبد الحميد، **قاعدة العقد شريعة المتعاقدين في مجال العقود الإدارية (دراسة قانونية مقارنة)**، رسالة لنيل درجة الماجستير في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة النهرين، العراق، 2012.
- إسماعيل بحري، **الضمانات في مجال الصفقات العمومية في الجزائر**، رسالة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة يوسف بن خدة، الجزائر، 2009.
- جلول بن سديرة، **الجزاءات في مجال تنفيذ العقود الإدارية**، رسالة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام المعمق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بالقايد، تلمسان، الجزائر، 2015.

- خالد سليمان أسود العنزي، **عقد التوريد الإداري (دراسة مقارنة بين القانونين الأردني والكويتي)**، رسالة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، الأردن، 2012.
- رائد جاسم كاظم الموسري، **التنظيم القانوني لإدراج المتعاقدين مع الإدارة بالقائمة السوداء (دراسة مقارنة)**، رسالة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، كلية القانون، جامعة القادسية، العراق، 2018.
- ربيحة سبكي، **سلطات المصلحة المتعاقدة تجاه المتعامل المتعاقد معها في مجال الصفقات العمومية**، رسالة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري – تيزي وزو، الجزائر، 2013.
- فارس مخلف خلف الدليمي، **الجزاءات المالية في العقد الإداري، (دراسة مقارنة بين التشريعين العراقي والأردني)** رسالة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، الأردن، 2016.
- **مريم محمد أحمد، سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات على المتعاقد معها، (دراسة مقارنة بين القانونين المصري والعراقي)**، رسالة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، مصر، 2015.

**ج- المجلات العلمية**

- أحمد خورشيد حميدي، **إثبات عيب انحراف السلطة**، مجلة جامعة كركوك للدراسات الإنسانية، العراق، المجلد: 07، ع: 1، 2012، ص-ص.01-18.
- أحمد علي محمد مالي، **أحكام التعويض في العقود الإدارية (دراسة مقارنة في القانونين العراقي والأردني)**، مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، جامعة كركوك، العراق، ص-ص.64-116.
- إسماعيل جابوربـــي، **تسبيـــب القـــرارات الإدارية بين الجواز والوجوب (دراسة مقارنة)**، مجلة آفاق علمية، المركز الجامعي لتمنراست، الجزائر، المجلد:11، ع:04 ،2019، ص-ص.155-177.
- أشرف محمد حمامده، **الجزاءات في تنفيذ العقود الإدارية في النظام السعودي**، مجلة المنار للبحوث والدراسات القانونية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة يحي فارس بالمدية، الجزائر، ع:6، 2018، ص-ص.39-77.

- أنيس فوزي عبد المجيد، **الاستثناءات الواردة على مبدأ التسبيب الوجوبي للقرارات الإداريـــة الفرديـــة في فرنســـا**، مجلـــة الشريعـــة والقانـــون، كلية الحقوق، جامعة دمشق، سوريا، ع: 50، 2012، ص- ص315-354.
- بن عبد المالك بوفلجة، **النظام القانوني للتعويض في العقود الإدارية، (قراءة في تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق رقم:247/15)**، دفاتر السياسة والقانون، ورقلة، ع:17، 2017، ص-ص.119-128.
- حسام فيصل، **رقابة القضاء الإداري على قرار الفسخ الجزائي للعقد الإداري (دراسة مقارنة)**، كلية الحقوق، جامعة دمشق، مجلة جامعة البعث، سوريا، المجلد: 39، ع: 77، 2017، ص.139-171.
- حسن محمد علي حسن البنان، **الجزاءات المالية في العقد الإداري (دراسة مقـــارنة)**، مجلة الرافديـن للحـقوق، كلية الحقوق، جامعة الموصل، العراق، المجلـد: 12، ع: 54، 2012، ص-ص.381-440.
- حسن محمد علي حسن البنان، حسام محسن عبد العزيز، **الضمانات الإجرائية والموضوعية في مواجهة الغرامة التأخيرية قبل وأثناء توقيعها في العقد الإداري (دراسة مقارن)**، مجلة جامعة تكريت للحقوق، العراق، المجلد: 6، ع: 30، 2016، ص-ص.366-400.
- حسن محمد علي حسن البنان وحسام محسن عبد العزيز، **حالات الإعفاء من الغرامة التأخيرية في العقد الإداري (دراسة مقارنة)**، مجلة جامعة تكريت للحقـــوق، العراق، المجلد: 5، ع: 30، 2016، ص-ص.405-444.
- رفح كريم رزوقي كربال، **المسؤولية التعاقدية للإدارة القائمة على الخطأ**، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، كلية القانون، جامعة بابل، العراق، ع:3، 2015، ص-ص.480-532.
- زينة مقداد، **سلطة الإدارة في فسخ العقد الإداري**، المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية، المجلد: 02، ع: 04، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عمار الثليجي بالأغواط، الجزائر، ص-ص.420-426.

- سليمان الخلف بن خلف الحميد، **غرامة التأخير في عقد المقاولة في الشريعة والقانون**، مجلة الجامعة العراقية، كلية القانون، الجامعة العراقية، العراق، ع: 1/32، ص-ص.188-226.
- سهام عبدلي، **الفسخ بين الطبيعة الإدارية للصفقة العمومية والقانون الخاص**، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، المركز الجامعي لتمنراست، الجزائر، ع:09، 2015، ص-ص.75-95.
- سورية دبش، **الجزاءات الإدارية غير المالية في قانون الصفقات العمومية (طبقا للمرسوم الرئاسي 15-247)**، المجلة الجزائرية للأمن والتنمية، جامعة باتنة، الجزائر، ع: 09، 2016، ص-ص.227-239.
- صوفية عباد، **الأساس القانوني لجزاء غرامة التأخير في صفقة الأشغال العامة وأثرها على إمتيازات السلطة العامة في التشريع الجزائري**، مجلة الحقيقة، جامعة أحمد دراية، أدرار، الجزائر، مجلد: 17، ع: 03، 2018، ص-ص.274-295.
- صوفية عباد، **سلطة الإدارة في توقيع جزاء سحب العمل من المقاول في صفقة الأشغال العامة في التشريع الجزائري**، مجلة العلوم القانونية والسياسية، الجزائر، المجلد: 09، ع:02، 2018، ص-ص.586-601.
- ضرار القزاز، **الضوابط السابقة على الجزاء التعاقدي في العقود الإدارية (دراسة مقارنة سورية، مصر، فرنسا)**، مجلة جامعة البعث، كلية الحقوق، جامعة بلاد الشام، سوريا، المجلد: 39، ع: 52، 2017، ص-ص.11-50.
- طارق سلطان، **سلطة الإدارة في توقيع الجزاء على المتعاقد في العقود الإدارية**، الأكاديمية الملكية للشرطة، مركز الإعلام الأمني.
- عادل قرانة، **إعفاء المتعاقد مع الإدارة من غرامة التأخير**، مجلة التواصل في الاقتصاد والإدارة والقانون، جامعة باجي مختار، عنابة، الجزائر، ع:35، 2013، ص-ص.177-188.
- عبد القادر دراجي، **سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات الإدارية**، مجلة الفكر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر باتنة، باتنة، الجزائر،2012، ص-ص.92-105.

- عبـد الرحمان عباس أدعين، **الغرامات التأخيرية في العقود الإدارية**، مجلة جامعة بابل، العلوم الإنسانية، العراق، المجلد: 22، ع: 3، 2014، ص-ص.553-565.
- عبد الوافي عبد الجبار، **رقابة القضاء الإداري على قرار الإدارة توقيع الجزاء في عقود الصفقات العمومية**، مجلة القانون والعلوم السياسية، النعامة، الجزائر، ع:07، 2018، ص-ص.252-270.
- فارس حسين بيرك ومنار عبد المحسن عبد الغني، **التعويض والغرامة وطبيعتهما القانونيـــة (دراسة تحليلية مقارنـة)**، مجلـة جامعـة تكريت للعلـوم القانونية والسياسية، العراق، ع: 06، ص-ص.78-125.
- فوزية هاشمي، **سلطة الإدارة المتعاقدة في تطبيق الجزاءات الضاغطة على المتعاقد معهـا**، المجلـة الأكاديميـة للبحـوث القانونيـة والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عمار ثلجيي بالأغواط، الجزائر، المجلد: 02، ع:03، ص-ص.381-395.
- مبروكة غانية، **تمييـــز العقوبـــة الجزائيـــة في الصفقات العمومية عن باقي العقوبات**، مجلة البحـــوث القانونيـــة والاقتصاديـــة، معهد الحقوق والعلوم السياسية، بالمركز الجامعي بآفلو، الجزائر، ص-ص.101-113.
- مجدوب عبد الحليم، **التأصيل القانوني لسلطة الإدارة الجزائية في العقود الإدارية**، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، الجزائر، المجلد: 04، ع: 02، 2019، ص-ص.2115-2140.
- محمد الصادق قابسي، **سلطة المصلحة المتعاقدة في الفسخ للصفقة العمومية**، مجلة العلوم الاجتماعية والإنسانية، جامعة باتنة، الجزائر، ع:16، 2018، ص-ص.434-453.
- مخلد توفيق مشاوش خشمان، محمد يوسف الحسين، **العقود الإدارية وجزاءاتها في فقه القضاء الإداري الأردني والقضاء المقارن**، مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون، كلية الحقوق، جامعة دمشق، سوريا، المجلد: 43، ملحق: 03، 2016، ص-ص.1343-1356.
- مروان دهمة، **الجزاءات الإدارية في مجال تنفيذ الصفقات العمومية**، مجلة دفاتر السياسة والقانون، جامعة ورقلة، الجزائر، عدد خاص، 2018، ص-ص.359-375.
- منصور إبراهيم العتوم، **النظام القانوني لغرامة التأخير في العقود الإدارية (دراسة تحليلية مقارنة)**، مجلة الشريعة والقانون، كلية القانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، الإمارات، ع: 53، 2013، ص-ص.343-395.

- نوال معزوزي، **التسبيب الوجوبي للقرارات الإدارية تجسيدا لمبدأ الوضوح الإداري**، مجلة صوت القانون، جامعة الجيلاني بونعامة خميس مليانة، الجزائر، العدد: 07، 2017، ص-ص.293-320.
- هشام محمد حمود الحلفي، **سلطة الإدارة في فرض الجزاءات على المتعاقد معها في العقود الإدارية**، مجلة كلية التربية الأساسية، الجامعة المستنصرية، العراق، المجلد: 23، ع: 97، 2017، ص-ص.961-984.
- هشام محمد فريجة، **الغرامة التأخيرية في العقود الإدارية**، مجلة جامعة الشارقة للعلوم القانونية، الإمارات، المجلد: 16، ع:02، 2019، ص-ص.410-435.
- وهيبة بلباقي، **دور التسبيب في الرقابة على مشروعية السبب في القرار الإداري**، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، المركز الجامعي نور البشير البيض، الجزائر، المجلد: 07، ع:06 ،2018، ص-ص.101-120.
- وهيبة بلباقي، **شروط صحة التسبيب الواجب قانونا في القرارات الإدارية**، المركز الجامعي البيض، الجزائر، ص-ص.235-271.
- وهيبة بلباقي، **علاقة التسبيب بركن السبب في القرارات الإدارية**، مجلة دفاتر السياسة والقانون، ع: 18، 2018، معهد الحقوق والعلوم السياسية، المركز الجامعي نور البشير البيض، الجزائر، ص-ص.01-10.

**د-مداخلات**

- راضية زرقيني، بلخير دراجي، **ضمانات مشروعية الجزاءات الإدارية، التوجهات الحديثة للقضاء الإداري ودوره في إرساء دولة القانون**، جامعة الشهيد حمه لخضر، الوادي، الجزائر، 06-07 مارس 2018، ص-ص.257-269.

**رابعا: محاضرات**

- فاتح خلاف، **محاضرات في قانون الصفقات العمومية (طبقا لأحكام المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام)**، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد الصديق بن يحي، جيجل، الجزائر، 2015-2016.
- رشا عبد الرزاق جاسم، **الطعن بالإلغاء في القرارات الإدارية المنفصلة عن القرار الإداري**، كلية القانون، الجامعة المستنصرية. العراق.

**خامسا: مواقع الانترنيت**

- مازن ليلو راضي، **الوجيز في القانون الإداري**، https//hdiscussion.com، ماي2020.
- محمد العموري، **العقود الإدارية**، https://pedia.svuonline.org ، فيفري 2020.
- محمد الشافعي أبو راس، **العقود الإدارية**، https://elmouhami.com ، فيفري 2020.

# فهرس المحتويات

# فهرس المحتويات


| الموضوع | الصفحة |
|---|---|
| **إهداء** | ... |
| **شكر وتقدير** | ... |
| **قائمة المختصرات** | ... |
| **مقدمة عامة** | ب |
| **الفصل الأول : سلطة الإدارة الجزائية في أثناء تنفيذ الصفقات العمومية** | 7 |
| **مقدمة الفصل** | 7 |
| **المبحث الأول: الخصائص العامة لسلطة الإدارة في توقيع الجزاءات على المتعاقد** | 8 |
| **المطلب الأول:** مضمون سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات على المتعاقد معها | 8 |
| **الفـرع الأول:** مفهوم سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات في العقد الإداري | 8 |
| **أولا:** المعنى العام للجزاء | 8 |
| **ثانيا:** معنى الجزاء في مجال تنفيذ العقود الادارية وتكييفه القانوني | 10 |
| **الفـرع الثاني:** نشأة نظرية الجزاء في العقد الإداري | 12 |
| **أولا:** مرحلة الاكتفاء بتوقيع الجزاءات التعاقدية | 12 |
| **ثانيا:** مرحلة توقيع الجزاءات الغير تعاقدية بواسطة القاضي | 13 |
| **ثالثا:** مرحلة الاعتراف للإدارة بحق تطبيق الجزاء غير التعاقدي بنفسها | 15 |
| **المطلب الثاني:** الأساس القانوني لسلطة الإدارة الجزائية وأهم الخصائص التي تجمعها | 16 |
| **الفـرع الأول:** الأساس القانوني لسلطة الإدارة الجزائية | 16 |
| **أولا:** فكرة السلطة العامة كأساس لسلطة الإدارة الجزائية | 17 |
| **ثانيا:** فكرة المرفق العام كأساس لسلطة الإدارة الجزائية | 20 |
| **الفرع الثاني:** الخصائص المشتركة للجزاءات التعاقدية في مجال تنفيذ العقد الإداري | 22 |
| **أولا:** توقيع الجزاءات بإرادتها المنفردة – امتياز المبادرة | 22 |
| **ثانيا:** التجاء الإدارة إلى القضاء لتوقيع الجزاء بدلا منها | 24 |
| **ثالثا:** توقيع الجزاءات الإدارية دون الحاجة إلى النص عليها في العقد | 25 |

**رابعا:** اختيار الوقت المناسب لتوقيع الجزاء..... 27
**خامسا:** توقيع الجزاء دون حاجة إلى إثبات وقوع ضرر..... 28
**سادسا:** جواز الجمع بين الجزاءات..... 29
**سابعا:** عدم جواز إتخاذ أي إجراء لإعاقة سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات..... 29
**ثامنا:** يجوز للإدارة في غير المخالفات المالية استبدال الجزاءات المنصوص عليها في العقد بجزاءات أخرى غير منصوص عليها..... 29
**المبحث الثاني: ضمانات مشروعية توقيع الجزاءات التعاقدية**..... 31
**المطلب الأول:** الضمانات السابقة على توقيع الجزاءات التعاقدية..... 31
**الفـرع الأول:** الضمانات الإجرائية لتوقيع الجزاءات التعاقدية (الإعذار)..... 32
**أولا:** مفهوم الإعذار..... 32
**ثانيا:** شروط الإعذار..... 34
**ثالثا:** حالات الإعفاء من الإعذار..... 36
**الفرع الثـاني:** الضمانات الموضوعية لتوقيع الجزاءات التعاقدية ..... 37
**أولا:** تسبيب قرار الجزاء التعاقدي..... 37
**ثانيا:** التناسب بين الجزاء التعاقدي والمخالفة التعاقدية..... 42
**المطلب الثاني:** الضمانات اللاحقة على توقيع الجزاءات التعاقدية..... 43
**الفـرع الأول:** نطاق رقابة القضاء على قرار الجزاء التعاقدي..... 43
**أولا:** رقابة المشروعية..... 44
**ثانيا:** رقابة الملاءمة..... 46
**الفرع الثاني:** سلطة القاضي الإداري في مواجهة الجزاء الغير المشروع..... 48
**خلاصة الفصل**..... 51
**الفصل الثاني: الجزاءات التي تملك الإدارة توقيعها على المتعاقد عند إخلاله ببنود الصفقات العمومية**..... 53
**مقدمة الفصل**..... 53
**المبحث الأول: توقيع الجزاءات المالية والضاغطة**..... 54
**المطلب الأول:** توقيع الجزاءات المالية..... 54
**الفـرع الأول:** غرامة التأخير..... 54

**أولا:** ماهية غرامة التأخير..... 54
**ثانيا:** الأساس القانوني لغرامة التأخير وموقف الفقه من سلطة فرضها..... 60
**ثالثا:** شروط استحقاق الغرامة التأخيرية..... 62
**رابعا:** إعفاء المتعاقد مع الإدارة من غرامة التأخير..... 63
**خامسا:** كيفية احتساب غرامة التأخير..... 65
**الفـرع الثاني:** التعويض..... 65
**أولا:** مفهوم التعويض..... 65
**ثانيــا:** شروط التعويض..... 67
**ثالثــا:** خصائص التعويض..... 68
**رابعـا:** كيفية تحصيل التعويض..... 68
**خامسا:** رقابة مشروعية جزاء التعويض..... 69
**سادسا:** تقدير التعويض القضائي..... 70
**سابعا:** التكييف القانوني للتعويض..... 71
**ثامنــا:** الإعفاء من التعويض..... 71
**تاسعا:** علاقة التعويض بالجزاءات الأخرى..... 72
**عاشرا:** اختلاف التعويض عن الغرامات التأخيرية ومصادر التأمينات..... 72
**الفــرع الثالث:** مصادرة التأمين النهائي..... 73
**أولا:** تعريف مصادرة التأمين..... 73
**ثانيا:** إمكانية الجمع بين مصادرة التأمين والتعويض..... 75
**ثالثا:** شروط مصادرة التأمين النهائي..... 76
**رابعا:** خصائص مصادرة التأمين النهائي..... 76
**المطلب الثـاني:** توقيع الجزاءات الضاغطة..... 77
**الفــرع الأول:** صور الجزاءات الضاغطة..... 78
**أولا:** سحب العمل من المقاول..... 78
**ثانيا:** الشراء على حساب المورد..... 82
**الفــرع الثاني:** شروط توقيع الجزاءات الضاغطة..... 83
**الشرط الأول:** ارتكاب المتعاقد خطأ من الأخطاء الجسيمة..... 83

**الشرط الثاني:** الإعذار المسبق..... 84
**الشرط الثالث:** يجب أن يكون القرارين الإداريين مشروعين..... 86
**المبحث الثاني: توقيع الجزاءات المنهية للعقد (الفاسخة )**..... 87
**المطلب الأول:** الأحكام المنظمة للفسخ الجزائي..... 87
**الفــرع الأول:** مفهوم الفسخ الجزائي..... 88
**أولا:** تعريف الفسخ الجزائي..... 88
**ثانيا:** شروط تطبيق الفسخ الجزائي..... 89
**ثالثا:** تمييز الفسخ الجزائي عن النظم القانونية المشابهة له..... 94
**الفــرع الثاني:** خصائص الفسخ الجزائي..... 96
**أولا:** حق المصلحة المتعاقدة في توقيع الفسخ بنفسها..... 96
**ثانيا:** إعذار المتعاقد قبل توقيع الفسخ الجزائي..... 96
**ثالثا:** الرقابة القضائية على قرار الفسخ الجزائي..... 96
**المطلب الثاني:** أنواع الفسخ الجزائي وآثاره القانونية..... 97
**الفــرع الأول:** أنواع الفسخ الجزائي..... 97
**أولا:** الفسخ الجزائي المجرد البسيط..... 97
**ثانيا:** الفسخ الجزائي على حساب ومسؤولية المتعاقد..... 99
**الفــرع الثاني:** الآثار القانونية للفسخ الجزائي..... 99
**أولا:** الآثار المشتركة بين نوعي الفسخ الجزائي..... 99
**ثانيا:** الآثار الخاصة بالفسخ الجزائي المجرد البسيط..... 100
**ثالثا:** الآثار الخاصة بالفسخ الجزائي على مسؤولية المتعاقد..... 101
**خلاصة الفصل**..... 104
**خاتمة**..... 106
**قائمة المصادر والمراجع**..... 112
**فهرس المحتويات**..... 121