الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة الدكتور الطاهر مولاي - سعيدة-

كلية الحقوق والعلوم السياسية

- قسم الحقوق -

الجزاءات الضاغطة في العقود الإدارية

مذكرة التخرج لنيل متطلبات شهادة الماستر في الحقوق

تخصص: القانون الإداري

من إعداد الطالبة:

– ديداوي كريمة

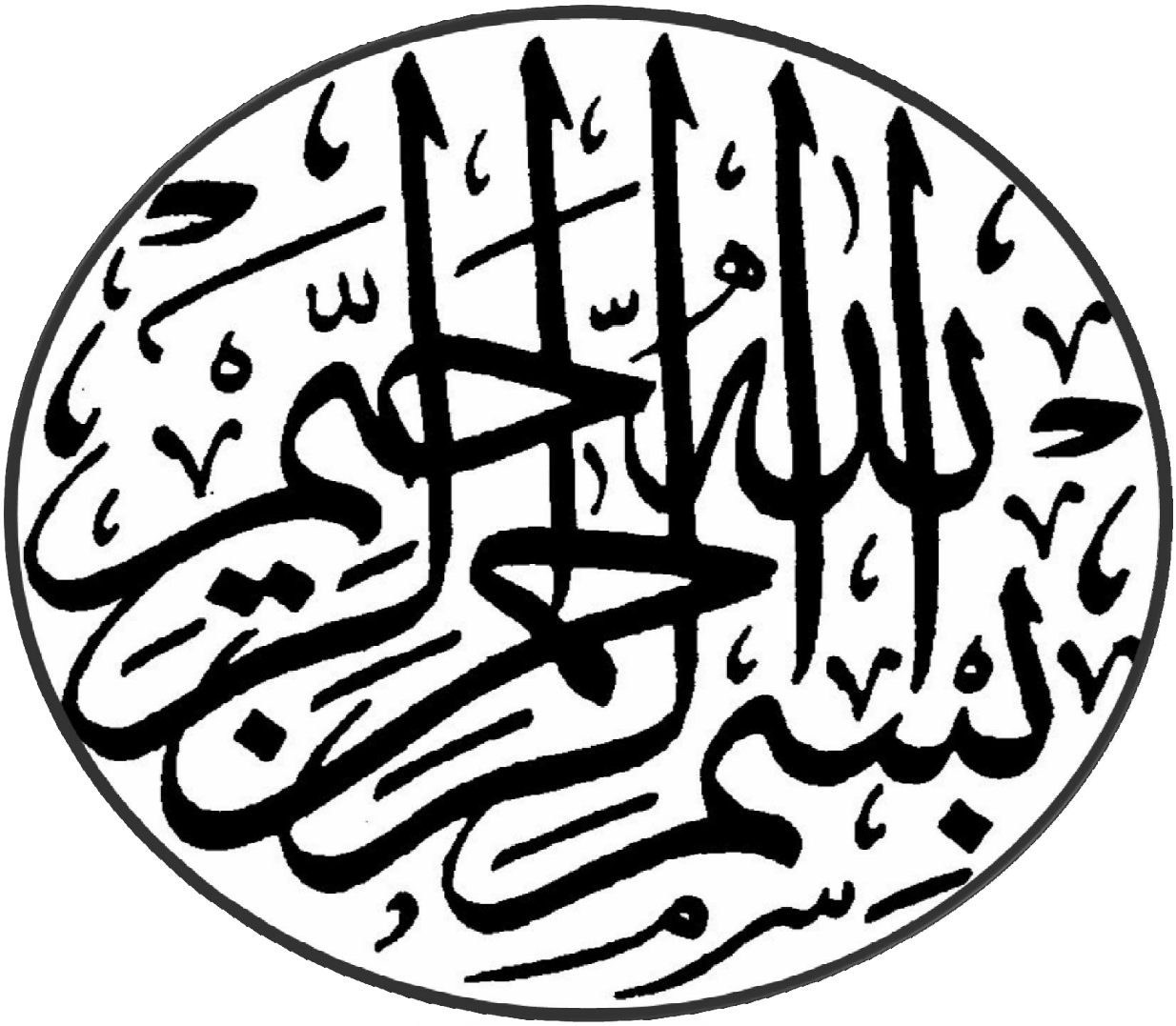
تحت إشراف :

– الدكتورة هاشمي فوزية

لجنة المناقشة

الدكتورة مقداد زينة	أستاذ محاضر قسم ب	رئيسا
الدكتورة هاشمي فوزية	أستاذ محاضر قسم ب	مشرفا و مقررا
الأستاذة عبو تركية	أستاذ مساعد قسم أ	عضوا مناقشا

السنة الجامعية: 2020/2019



لقوله تعالى:

فَوْقَ كُلِّ ذِي عِلْمٍ عَلِيمٌ ﴿٧٦﴾

سورة يوسف الآية (76)

مقدمة

مقدمة:

تلجأ الإدارة عند ممارستها نشاطاتها و أعمالها اليومية المنوطة بها إلى نوعين من الأعمال، تتيحها لها القوانين و التنظيمات، فقد تكون أعمالا مادية و أخرى قانونية هدفها إشباع الحاجات العامة و تحقيق الأهداف المرسومة في السياسة العامة للأمة.

فالأعمال المادية، تتمثل في كل الوقائع الصادرة عن الجهات الإدارية كبناء المنشآت أو تعبيد الطرقات...

أما الأعمال أو التصرفات القانونية، فهي التي تهدف الإدارة من ورائها إلى إحداث آثار قانونية معينة، حيث تتخذ هذه التصرفات شكلين مختلفين، إذ يتمثل الأول في تصرفات الإدارة من جانب واحد و بإرادة منفردة، حيث تسلك الإدارة في هذا الشكل أسلوب الأمر و الالتزام للتعبير عن امتيازات السلطة العامة، تمثله القرارات الإدارية، التي تعد من أهم الوسائل القانونية التي تعتمد عليها الجهات الإدارية عند ممارستها لأعمالها اليومية، من إدارة مرافقها العامة و حماية النظام العام.

ويتمثل الشكل الثاني في التصرفات القانونية الصادرة بتلاقي إرادتين، الإدارة من جهة و شخص آخر سواء كان طبيعيا أو معنويا من جهة أخرى، ويتجسد هذا الاتفاق في العقود الإدارية التي تلجأ إليها الجهات الإدارية، عندما تعجز القرارات الإدارية عن تحقيق أهدافها العامة من مستلزمات و احتياجات المرافق العامة، التي تتطلب تعاون الإدارة و الأفراد في تسيير نشاطها و تحقيق أهدافها المسطرة.

إذا للعقود الإدارية أهمية كبرى في مجال العمل الإداري، ذلك أنها تمثل إحدى أعمال الإدارة القانونية الرامية إلى تحقيق المصلحة العامة، إلى جانب تمكين الجهة الإدارية من تحقيق حسن سير المرافق العامة على نحو يضمن دوام سيرها بانتظام و اطراد.

و كما هو معروف، فإن العقود التي تبرمها الإدارة شأنها شأن كل عقد ينشئ التزامات، يجب على أطرافه تنفيذها طبقا للشروط المتعاقد عليها، بما يتفق مع مبدأ حسن النية من جهة و سلوك الإدارة في تحقيق الصالح العام من جهة أخرى.

و باعتبار العقود الإدارية من الوسائل الأصلية الموضوعة تحت يد الإدارة لاستخدامها في تلبية حاجاتها و تحقيق المصلحة العامة، كان لزاما إخضاعها لقواعد استثنائية غير مألوفة و لا نظير لها في مجال القانون الخاص، الأمر الذي يجعل إرادة الإدارة المتعاقدة أعلى من إرادة المتعاقد معها، حيث تبرم عقودها و تنفذها وفقا لقواعد القانون العام، و ذلك لضمان تحقيق الغاية المرجوة من هذا التعاقد.

بناء على ذلك، يمكن الإشارة أن طبيعة العقود الإدارية و وضعية المتعاقدين منح للإدارة المتعاقدة سلطات و امتيازات استثنائية لا نظير لها في العقود المبرمة في ظل القانون الخاص، و ذلك لمواجهة المتعاقد معها أثناء عملية تنفيذ العقد، حيث تبدأ هذه السلطات بالرقابة و التوجيه مرورا بسلطة التعديل وصولا إلى سلطة فرض الجزاءات على المتعاقد إذا ما أخل بتنفيذ التزاماته التعاقدية.

إن نظام الجزاءات في العقد الإداري يتميز بخاصية أساسية هي أن الإدارة تستطيع أن تستخدم امتيازها في التنفيذ المباشر، و ذلك لتطبيق تلك الجزاءات و من دون حاجة لاستصدار حكم قضائي يقضي بذلك، إذ أن الإدارة تستعمل هذا الحق انطلاقا من تمتعها بالسلطة الآمرة و بحكم مسؤوليتها في المحافظة على دوام سير المرافق العامة بانتظام و اطراد.

هذا و قد تتنوع الجزاءات في العقود الإدارية إلى جزاءات ذات طبيعة فاسخة و أخرى ذات طبيعة مالية، فضلا عن الجزاءات ذات الطبيعة الضاغطة.

وعلى هذا الأساس، فإن هذه الدراسة تتناول موضوع الجزاءات الضاغطة في العقود الإدارية، و الذي يتجسد في كثير من النواحي، ذلك أن موضوع الجزاءات الضاغطة من أهم الموضوعات و الدراسات التي يبنى عليها إنفاق المال العام.

على هذا النحو، فان موضوع فرض الجزاءات الضاغطة يعد من أصعب المواضيع في نظرية العقد الإداري، خاصة و أن الفقه الجزائري أهمل و أجحف في هذا الجانب، حيث أنه لم يتطرق لهذا الموضوع بالدراسة و التحليل و لم يوليه العناية الكافية، رغم أهميته القصوى في العقود الإدارية، مما يجعله ثغرة خطيرة تسهل انتشار التلاعب بالأموال العامة في مجال العقود الإدارية.

إلى جانب ذلك، إن دراسة الجزاءات الضاغطة تهدف إلى تبيان أهم العوامل التي تعتمد عليها الإدارة لضمان تنفيذ العقد الإداري على الوجه المطلوب، و تجنب أي إخلال من جانب المتعاقد بالتزاماته و التي قد تؤدي حتما إلى قصور المرفق العام عن استمرار تقديم خدماته بانتظام.

لهذه الأسباب و من خلال ما تقدم ذكره يتلخص المبتغى و الفائدة من دراسة موضوع الجزاءات الضاغطة في العقود الإدارية، إلى الوقوف على الأحكام القانونية التي نظمها التشريع الجزائري لهذه الجزاءات.

و يمكن تحقيق هذا الهدف الرئيسي من خلال الأهداف التالية:

- إن دراسة الجزاءات الضاغطة يساعدنا على معرفة دور المشرع الجزائري في وضع شروط و ضوابط قانونية تحكم هذه الجزاءات، و تبيان أهم الآثار المترتبة عنها.
- تفيدنا هذه الدراسة أيضا تبيان التطبيقية لهذه الجزاءات في الواقع العملي كأحد الشروط الاستثنائية في العقد الإداري.

أما فيما يخص الدراسات التي تناولت هذا الموضوع، فانه يوجد اهتمام بعض الباحثين لهذه الجزاءات و ذلك نظرا لخطورتها و أهميتها في نفس الوقت، لذا فقد كانت هناك بعض المذكرات و الأطروحات و المقالات التي تناولت الجزاءات بالدراسة و التحليل مثل أطروحة دكتوراه للباحث سعيد عبد الرزاق باخبيرة المعنونة بسلطة الإدارة الجزائية أثناء تنفيذ العقد الإداري دراسة مقارنة جامعة الجزائر ، و رسالة ماجستير للباحث جلول بن سديرة و المعنونة الجزاءات في مجال تنفيذ العقود

الإدارية جامعة تلمسان، أما المقالات فمنها سلطة الإدارة في توقيع جزاء سحب العمل من المقاول في صفقة الأشغال العامة في التشريع الجزائري للباحثة صوفية عباد، منشور في مجلة العلوم القانونية و السياسية بجامعة تبسة، و كذا مقال سلطة الإدارة المتعاقدة في تطبيق الجزاءات الضاغطة على المتعاقد معها لباحثة فوزية هاشمي، المنشور في المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية و السياسية بجامعة الأغواط.

أما الصعوبات التي اعترضت هذا البحث، كانت قلة المراجع المتخصصة التي تناولت الجزاءات الضاغطة في التشريع الجزائري، أمرا غاية في الصعوبة إضافة إلى مواقف المتباينة لتشريع الجزائري، الأمر الذي طرح عدة استفسارات بين الجانب التطبيقي و الجانب القانوني.

و عليه تثار إشكالية جوهرية حول ما مدى تمتع الجهة المتعاقدة في فرض الجزاءات الضاغطة على المتعاقد معها؟ و ما مدى فعالية الجزاءات الضاغطة في ضمان التنفيذ الجيد للعقد الإداري؟

ومن أجل الإجابة على هذه الإشكالية والإحاطة بجميع جوانبها، تم إتباع مناهج معينة تتطلبها جميع الدراسات القانونية، تتمثل في المنهج التحليلي و المنهج الوصفي.

فالمنهج التحليلي يكون لتحليل مفردات هذا الموضوع ومضمون النصوص القانونية التي تحكم العقود الإدارية. أما المنهج الوصفي فيكونلتبيان جميع المعلومات المتعلقة بالموضوع والربط بين الأسباب والنتائج و ذلك لمحاولة تفسيرها قصد الوصول إلى حل للإشكالية المطروحة.

وعلى ضوء هذا وبهدف الإلمام بكل ما يمكن أن يفيد في تفصيل و توضيح الجزاءات الضاغطة في العقود الإدارية، تم تقسيم البحث إلى فصلين. حيث خصص **الفصل الأول**لدراسة الأحكام العامة للجزاءات الضاغطة، من خلال التطرق للإطار المفاهيمي للجزاءات الضاغطة**كمبحث أول** وتبيانالأساس القانوني للجزاءات الضاغطة و تكييفها**كمبحث ثاني**.

أما **الفصل الثاني** فعالج صور الجزاءات الضاغطة، حيث تتناول دراسةوضع المرفق تحت الحراسة في عقد الالتزام**كمبحث الأول**، وخصص **المبحث الثاني** لدراسة سحب العمل من المقاول في عقد الأشغال العامة، **أما المبحثالثالث** فقد تناول الشراء على حساب المورد في عقد التوريد.

الفصل الأول: الأحكام العامة للجزاءات الضاغطة

الفصل الأول: الأحكام العامة للجزاءات الضاغطة

إن القاعدة التي تحكم العقود الإدارية بشكل عام أن العقد شريعة المتعاقدين، ووفقا لأحكام هذه القاعدة فانه لا يجوز لأي من أطرافه أن يستقل بإرادته المنفردة بتعديله أو بإنهائه، إلا أن هذه القواعد و إن كانت تسري في العقود التي تنشأ في ظل القانون الخاص، فان الأمر مختلف في ظل القانون العام، حيث أن الإدارة طرف في العقد، و تسعى في إبرامها للعقود لتحقيق صالح العام، فلا يمكن أنتعامل معاملة الأفراد في إنشاءها وتسييرها للمرفق العام.

و لكون الإدارة قوامة على المرفق العام فإنها منحت امتيازات و سلطات في مواجهة المتعاقد معها، تستطيع بمقتضاها أن تفرض عليه جزاءات في حالات معينة.

و من بين أهم هذه الجزاءات نجد الجزاءات الضاغطة التي تستخدمها الإدارة ليس فقط في مواجهة حالات إخلال بالالتزامات التعاقدية، و إنما لضمان سير المرافق العامة من خلال التنفيذ الجيد للعقد، و من تم تلبية الحاجات العامة.

و عليه ولتفصيل أكثر في هذه الجزاءات خصص المبحث الأول لدراسة الإطار المفاهيمي للجزاءات الضاغطة، أما المبحث الثاني فتطرق لتبيان الأساس القانوني للجزاءات الضاغطة و تكييفها.

المبحث الأول: الإطار المفاهيمي للجزاءات الضاغطة

إن أبرز مظهر يتميز به العقد الإداري عن غيره من العقود الأخرى، هو أنه يخول لجهة الإدارة سلطات استثنائية غير مألوفة لمواجهة المتعاقد المخل بالتزاماته أو المتماطل أثناء تنفيذ موضوع العقد.

و لعل سلطة توقيع الجزاءات من قبل الإدارة تعد من أهم هذه السلطات التي تلجأ إليها الإدارة في حالة تقصير المتعامل المتعاقد في تنفيذ التزاماته التعاقدية على أي وجه من الوجوه، سواء امتنع عن التنفيذ أو نفذه على وجه غير مرض أو أحل غيره للقيام بتنفيذ الالتزامات المتفق عليها دون موافقة الإدارة.

و من أهم هذه الجزاءات، نجد الجزاءات الضاغطة التي تعد من أشد و أخطر الجزاءات التي تلجا إليها المصلحة المتعاقدة.

لتفصيل أكثر تم تخصيص المطلب الأول لمفهوم الجزاءات الضاغطة ، أما المطلب الثاني تم التطرق لخصائص الجزاءات الضاغطة.

المطلب الأول:مفهومالجزاءات الضاغطة

تعد الجزاءات الضاغطة أكثر الجزاءات الإكراهية تطبيقا في مجال العقود الإدارية، حيث توقعها الإدارة على كل متعاقد مقصر و مخل بتنفيذ التزاماته، بغض النظر عن وقوع أي ضرر لها.

لتفصيل أكثر في هذه الجزاءات، تم تخصيص في الفرع الأول تعريف الجزاءات الضاغطة، أما الفرع الثاني فتطرق تطور حق الإدارة في فرض الجزاءات.

الفرع الأول: تعريف الجزاءات الضاغطة

لتحديد مفهوم الجزاءات الضاغطة ينبغي التعرض لتعريف الجزاء بصفة عامة، ثم التطرق إلى التعريفات التي طرحت بخصوص الجزاءات في العقود الإدارية، لننتهي بتعريف الجزاءات الضاغطة.

و على هذا الأساس يعرف الجزاء لغة على أنه: يأتي من الفعل جزى جزاه بما صنع يجزيه جزاء وجازاه بمعنى وجزى عنه هذا أي قضى، ومنه **قوله تعالى: "لا تجزي نفس عن نفس شيئا"**[1]،ويمكن أن يكون للجزاء بمعنى المكافأة **قوله تعالى:"جزاؤهم عند ربهم جنات عدن تجري من تحتها الأنهار خالدين فيها أبدا رضي الله عليهم ورضوا عنه ذلك لمن يخشى ربه"**[2]، ويكون كذلك بمعنى العقاب **بقوله تعالى:"فإن قاتلوكم فاقتلوهم.. جزاء الكافرين"**. و" **يا أيها الذين كفروا لا تعتذروا اليوم إنما تجزون ما كنتم تعملون"**.[3]

و منه كذلك **قوله تعالى:" إن الساعة آتية أكاد أخفيها لتجزى كل نفس بما تسعى"**[4].

إذا فإذا كان السلوك الآثم يمثل فعلا فسيكون الجزاء عندئذ ردا على ذلك الفعل، و ليس معالجة له بل معالجة لأثاره إذ لا يعقل أن تأتي المعالجة بعد وقوع الفعل إلا ما يتعلق منها بتغطية ما ينجم عن الفعل من أضرار مادية، و ذلك من خلال مجموعة من الجزاءات، فان بذلك إن وجهي الردع في العقوبة يكون في الردع الخاص للشخص المعاقب جزاءا لسلوكه، و الردع العام لغيره بضرورة تجنب إتيان نفس السلوك، الأمر الذي يمنع حدوث حالات مماثلة في المستقبل.و الجزاء في القانون هو ما ترتب عن مخالفة القاعدة القانونية، و ينفذ حالا و جبرابواسطة السلطة العامة.[5]

---

[1]- رشا محمد جعفر الهاشمي، الرقابة القضائية على سلطة الإدارة في فرض الجزاءات على المتعاقد معها دراسة مقارنة، منشورات حلبي الحقوقية، بيروت، الطبعة الأولى ،2010، ص15.

[2]- سورة البينة، الآيةرقم 08.

[3]- سورة التحريم، الآية رقم 07 .

[4]-سورة طه الآية رقم 15.

[5]-Elearning.univ-adrar.dz .p10.

أما بالنسبة للجزاءات في العقود الإدارية، و بالرجوع إلى التشريع نجده قد ترك مهمة تعريف هذه الجزاءات إلى الفقه، و هذه نتيجة منطقية، لأنه ليس من صميم عمل المشرع وضع التعاريف الجامعة المانعة للمواضيع المختلفة، و إنما اكتفى بتحديد أنواعها، و أقسامها، و النتائج القانونية المترتبة عليها.

و عليه فان الجزاءات الإدارية تعد من أهم الوسائل و الطرق المألوفة لتنفيذ القانون، و ظاهرة تفرضها متطلبات التوازن في الحياة اليومية، بين واجب الإدارة في أداء دورها في تنفيذ القانون، و حق الأفراد في التمتع بما يكفل لهم من حقوق.

و على هذا الأساس، تعرف الجزاءات في العقود الإدارية على أنها الجزاءات التي تفرضها الجهة المخولة بموجب قانون على المتعاقد معها في حالة إخلاله في تنفيذ شروط العقد

كما تعرف أيضا على أنها تلك الامتيازات التي تسمح للإدارة المتعاقدة، و هي بصدد تنفيذ عقودها الإدارية بتوقيع مختلف الجزاءات التعاقدية و غير التعاقدية مهما كانت طبيعتها، و ذلك لمواجهة إخلال المتعاقد معها بالتزاماته التعاقدية أو قصر في تنفيذها على أي وجه من أوجه الإخلال بعد اعذراه[1].

هذا و قد عرفها المجلس الدستوري الفرنسي على أنها:" تلك العقوبة التي تفرضها سلطة إدارية، بموجب ما تملكه من امتيازات السلطة العامة، بالقدر اللازم لتحقيق أهدافها، مراعية في ذلك النصوص القانونية الخاصة بحماية الحقوق والحريات المكفولة بموجب الدستور".[2]

[1]- جلول بن سديرة، الجزاءات في مجال تنفيذ العقود الإدارية، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام ، جامعة أبو بكر بلقايد، كلية الحقوق و العلوم السياسية، تلمسان، 2015/2014، ص 16.

[2]- سورية ديش، الجزاءات في قانون العقوبات الإداري، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم، تخصص التجريم في الصفقات العمومية، فرع قانون عام، جامعة الجيلالي ليابس، كلية الحقوق و العلوم السياسية، سيدي بلعباس، 2019/2018،ص46.

ومن جهته عرف مجلس الدولة الفرنسي الجزاء الإداري بأنه:"عبارة عن قرار إنفرادي صادر عن سلطة إدارية بموجب ما تملكه من امتيازات السلطة العامة، والذي يفرض عقوبة على كل مخالفة للقوانين والتنظيمات.[1]

أما بالنسبة للجزاءات الضاغطة و باعتبارها نوع من أنواع الجزاءات الإدارية المطبقة في العقود الإدارية فتعرف على أنها: " جزاءات ذات طبيعة مؤقتة تملك الإدارة توقيعها على المتعاقد معها في حالة إخلاله بالتزامات التعاقدية إخلالا جسيما، وذلك بقيامها تنفيذ تلك الالتزامات أو أن تعهد بتنفيذها إلى شخص آخر على حساب المتعاقد المقصر وتحت مسؤوليته المالية.[2]

كما تعرف أيضا على أنها جزاءات مؤقتة توقعها الإدارة على المتعاقد المقصر نفاذا للامتيازات في التنفيذ المباشر، لإجباره على الوفاء بالتزاماته التعاقدية من خلال حلول الإدارة محله أو تكليفها لغير الملتزم المقصر[3]، وهذه الجزاءات تتصف بأنها أشد قسوة إذا ما قورنت بالجزاءات المالية، لهذا لا تلجأ إليها المصلحة المتعاقدة إلا إذا أخل المتعامل المتعاقد معها تنفيذ الصفقة إخلالا خطيرا."[4]

[1]- سورية ديش،المرجع نفسه،ص46.

[2]- بلاوي ياسين بلاوي، الجزاءات الضاغطة في العقد الإداري، دار الكتب القانونية، مصر، طبعة 2011، ص73.

[3]- فوزية سكران، سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات الإدارية على المتعاقدين معها في العقود الإدارية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، طبعة 2017 ، ص105.

[4]- ربيحة سبكي، سلطات المصلحة المتعاقدة تجاه المتعامل المتعاقد معها في مجال الصفقات العمومية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون الإجراءات الإدارية، جامعة مولود معمري، كلية الحقوق و العلوم السياسية، تيزي وزو،2013،ص117.

الفرع الثاني: تطور حق الإدارة في فرض الجزاءات

تحتل نظرية الجزاءات مكانة هامة في القانون و القضاء الإداري، حيث تعتبر هذه الأخيرة من اكتشاف و صنع مجلس الدولة الفرنسي، الذي أرسى مبادئها و أسسها و عمل على تطويرها و بلورتها.

ففي بداية القرن 20 كان المبدأ المعمول به هو مبدأ كفاية الجزاءات الإدارية، أي أن الجزاءات التي يمكن للإدارة تطبيقها و فرضها على المتعاقدين معها إذا أخلوا بشرط من شروط العقد هي تلك المنصوص عليها في العقد حصرا، بمعنى أن العقد الإداري هو المرجع الوحيد لبيان تلك الجزاءات، ز من ثم لا يجوز تطبيق أي نوع من الجزاءات باستثناء الفسخ[1].

و نظرا لخطورة جزاء الفسخ، و ما يترتب عليه من نتائج التي تنهي الرابطة التعاقدية بين المصلحة المتعاقدة و المتعامل المتعاقد، و إلى عدم التناسب بين المخالفة و الجزاء الذي يتم تطبيقه على أبسط مخالفة يرتكبها المتعاقد تجاه الإدارة، الأمر الذي يؤثر سلبا على استمرارية المرفق العام. لهذا كان لزاما على مجلس الدولة الفرنسي خاصة بعد الانتقادات التي وجهت إليه، العمل على تطوير نظرية الجزاءات و إيجاد الحلول التي تلاءم قواعد و أحكام العقود الإدارية.

لذا فقد أجاز مجلس الدولة الفرنسي للجهة الإدارية فرض جزاءات بديلة لجزاء الفسخ على كل متعاقد مخل بشروط العقد، حتى في حالة سكوت العقد عن ذلك[2].

و بهذا يمكن القول أن مجلس الدولة الفرنسي قد منح للإدارة الحرية في اختيار الجزاء المناسب للمخالفة المرتكبة من قبل المتعاقد معها، سواء كانت جزاءات ردعية أو مالية أو ضاغطة.

[1]- وليد سعود فارس القاضي، الجزاءات في مجال العقود الإدارية دراسة مقارنة، رسالة مقدمة للحصول على درجة الماجستير ، جامعة آل البيت، كلية الدراسات الفقهية و القانونية، 2000، ص 2.

[2]- وليد سعود فارس القاضي، المرجع نفسه، ص 5.

المطلب الثاني: خصائص الجزاءات الضاغطة

نظرا لأهمية الجزاءات الضاغطة التي يجوز للإدارة فرضها على المتعاقد معها المقصر في تنفيذ التزاماته و المخل بتنفيذ التزاماته، فهي تقوم على نظام خاص بها له ذاتيته و قواعده، حتى لا تسيء الإدارة استخدامها ضد المتعاقدين معها، حيث تتحدد هذه الذاتية في مجموعة من الخصائص تتميز بها الجزاءات الضاغطة على الجزاءات الأخرى المطبقة في العقود الإدارية.

و عليه فانه يمكن للجهة الإدارية أن توقع الجزاء بنفسها (الفرع الأول)، كما توقع الجزاء على المتعاقد دون وجود نص (الفرع الثاني)، إضافة إلى فرض الإدارة هذا الجزاء بصفة مؤقتة (الفرع الثالث).

الفرع الأول: توقيع الإدارة الجزاء بنفسها

إن المبدأ المستقر عليه فقها و قضاءا الإداريا، أن للإدارة الحق في فرض الجزاءات على المتعاقد المقصر أو المخل بتنفيذ التزاماته التعاقدية بإرادتها المنفردة دون الحاجة إلى اللجوء للقضاء لاستصدار حكم قضائي يعطيها الحق في مباشرة سلطتها في توقيع الجزاء على المتعاقد المقصر[1].

و تبعا لذلك تتمتع الإدارة بحرية التصرف التي لا مقابل لها في القانون الخاص، إذ لا وجود لهذا الحق في العقود المدنية، لأن الأشخاص العاديون في مجال هذه العقود لا يمكنهم إجراء التنفيذ الجبري إلا من خلال اللجوء إلى القضاء.

[1]– عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، طبعة 2005، ص 261.

و على هذا الأساس، فان مبرر تمتع الإدارة بهذه السلطة هو ضمان حسن تنفيذ موضوع العقد تنفيذا جيدا تحقيقا للصالح العام و الحفاظ على دوام سير المرافق العامة، لهذا تفرض الجهة الإدارية الجزاء المناسب ضد المتعاقد المقصر في التنفيذ بإرادتها المنفردة من خلال قرار تصدره بنفسها[1]، مع اختيار الوقت الذي تراه مناسبا لتوقيع هذا الجزاء[2]، ما لم يوجد نص يلزم الإدارة بتوقيعه في وقت معين[3].

و هذا ما أكده القضاءالإداريفيمصر بقوله أن:"...الإدارةتعملفيإبرامهاللعقدالإداري بوصفها سلطة عامة تتمتع بحقوق و امتيازات لا يتمتع بمثلها المتعاقد معها، و ذلك بقصد تحقيق نفع عام، أو مصلحة مرفق من المرافق العامة، كما أن الإدارة تعتمد في إبرامه و تنفيذه على أساليب القانون العام، فكفتا المتعاقدين فيه غير متكافئتين تغليبا للمصلحة العامة على المصلحة الفردية مما يجعل للإدارة سلطة مراقبة تنفيذ شروط العقد و كذا حق توقيع الجزاءات على متعاقديها و ذلك بإرادتها المنفردة".[4]

إذا فالإدارة تملك سلطة توقيع الجزاءات على المتعاقد معها بنفسها إذا لم يوف بالتزاماته التعاقدية، و بدون حاجة للجوء إلى القضاء، و علة ذلك أن تقصير المتعاقد وتراخيه في تنفيذ التزاماته قد يضر بالمرفق العام إضرارا كبيرا، وتجنبا لذلك فإن الإدارة توقع الجزاءات على المتعاقد بنفسها، و دون تدخل القضاء لما يتصف به طريق القضاء من بطئ قد يهدد سير المرفق العام.[5]

[1]- بلاوي ياسين بلاوي، المرجع السابق، ص 32.

[2]- مفتاح خليفة عبد الحميد، حمد محمد حمد الشلماني، العقود الإدارية و أحكام إبرامها، ديوان المطبوعات الجامعية، الإسكندرية،طبعة2008، ص 146.

[3]- بلاوي ياسين بلاوي، المرجع السابق، ص 32.

[4]- حكم المحكمة الإدارية العليا بمصر، المؤرخ في 1963/05/25، أخذا عن هيثم حليم غازي، سلطات الإدارة في العقود الإدارية دراسة تطبيقية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، طبعة 2014، ص 95.

[5]- بلاوي ياسين بلاوي، المرجع السابق، ص31.

الفرع الثاني:توقيع الإدارة الجزاء دون نص

إذا كانت القاعدة العامة تقضي بأن العقد شريعة المتعاقدين في القانون الخاص، فلا وجود لهذه القاعدة في العقود الإدارية و ذلك لارتباطها بالمرفق العام، و من تم يجب أن لا يكون احترامها سببا يؤدي إلى هدم مبدأ دوام المرفق العام و استمراره ، لأنه من غير المعقول أن تقف الجهة الإدارية باعتبارها قوامة على الصالح العام و دوام سير المرفق العام مكتوفة الأيدي عن مواجهة خطر ناتج عن تقصير أو عدم التنفيذ الصحيح من جانب المتعاقد معها لالتزاماته، استنادا أن لهذا الخطأ جزاء معينا في العقد و يجب الالتزام به. لهذا فللإدارة الحق في أن تفرض على المتعاقد معها الجزاء المناسب دون أن تكون مقيدة بالجزاء العقدي[1].

إذا فإغفال العقد النص على جزاءات محددة توقع عند حصول مخالفات معينة يرتكبها المتعاقد عند إبرام العقد، يخوللجهة الإدارية تحديد الجزاءات التي تترتب على هذا الإخلال، دون حاجة إلى إثبات وقوع ضرر معين أصاب المرفق العام، إذ أن هذا الضرر مفترض بقرينة قاطعة غير قابلة لإثبات العكس، لأن الهدف من توقيع تلك الجزاءات ليس مجرد معاقبة المتعاقد على خطأ ارتكبه، وإنما يكمن في تحقيق المصلحة العامة.

و عليه فان حق الإدارة الذي تمتلكه في توقيع الجزاء على المتعاقد معها ولو لم ينص على ذلك في العقد، يرجع إلى صلة العقود الإدارية بالمرافق العامة، بحيث لا يجوز أن يحمي سكوت العقد إخلال المتعاقدمع الإدارة بالتزاماته.[2]

[1]– عبد المجيد فياض، نظرية الجزاءات في العقد الإداري دراسة مقارنة، رسالة مقدمة للحصول على درجة دكتوراه في الحقوق، جامعة عين الشمس، كلية الحقوق، مصر، 1974، ص 89 و 90.

[2]– أسماء أحمد الحاج محمد، وليد خضر كافي فرج، (سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات في العقود الإدارية)، مجلة السودان الأكاديمية للبحوث والعلوم، جامعة الجزيرة، السودان، المجلد7، العدد 16،يناير 2020،ص47.

إذا للإدارة سلطة توقيع الجزاء على المتعاقد المقصر في تنفيذ التزاماته دون حاجة إلى النص في العقد على توقيع هذا الجزاء، ذلكباعتبار أن لكل التزام يلتزم به المتعاقد مع الإدارة جزاء حتى ولو لم ينص عليه في العقد. [1]

هذا و قد استقرت أحكام مجلس الدولة الفرنسي على أن سلطة فرض الجزاءات هي سلطة مستقلة عن نصوص العقد، توقع حتى و لو لم ينص العقد عليها و في حالة نص العقد على بعضها فان هذا لا يعني تقييد حرية الإدارة فيما عدا ما نص عليه، بل تستطيع الإدارة توقيع على المتعاقد معها جميع أنواع الجزاءات المقررة تحت رقابة القضاء[2].

تأسيسا على ما سبق، يتضح أن العقد الإداري إذا سكت عن النص على بعض الجزاءات فلا يعني هذا أن الإدارة لا تستطيع فرض جزاءات لم ينص عليها العقد، أو إذا نص على جزاء أخر، فذلك لا يعني اقتصار حق الإدارة في فرض الجزاءات على ما دون في العقد، بل يجوز لهذه الأخيرة أن تفرض على المتعاقد المخل بالتزاماته أيا من الجزاءات سواء كان منصوص عليها في العقد أو لا تحقيقا لمصلحة المرفق، ذلك أن الإدارة تمارس هذه السلطة باعتبارها مستقلة عن نصوص العقد، و ناتجة عن اتصاله بنشاط المرفق العام و المكلفة بتسييره وتنظيمه.[3]

[1]- أشرف محمد حمامده، (الجزاءات في تنفيذ العقود الإدارية في النظام السعودي)، مجلة المدار للبحوث والدراسات القانونية والسياسية، جامعة يحي فارس، المدية، المجلد3، العدد 6،سبتمبر 2018،ص47.

[2]- وليد سعود فارس القاضي، المرجع السابق، ص 4.

[3]- منصور نصري النابلسي، العقود الإدارية دراسة مقارنة، مكتبة زين الحقوقية و الأدبية، لبنان، الطبعة الأولى، 2010، ص156.

الفرع الثالث: توقيع الجزاء بصفة مؤقتة

تعتبر الجزاءات الضاغطة من أشد أنواع الجزاءات الإدارية قسوة التي تلجأ إليها الإدارة المتعاقدة تجاه المتعاقد معها، و ذلك بغية ضمان سير المرفق العام، إذ لا تؤدي إلى إنهاء الرابطة التعاقدية بينهما، بمعنى أنها مؤقتة تلجأ إليها الإدارة عندما يرتكب المتعامل المتعاقد خطأ جسيما.

و تهدف المصلحة المتعاقدة من وراء فرض هذه الجزاءات، الضغط على المتعاقد و حمله على تنفيذ التزامات العقدية.

إذا فالجزاءات الضاغطة لا تنهي العقد، و إنما تؤدي فقط إلى حلول مؤقتة محل المتعاقد مع الإدارة في حال عجزه تنفيذ التزاماته على النحو المتفق عليه، و رغم ذلك يبقى المتعامل المتعاقد مسؤولا أمام الجهة الإدارية عن تمام التنفيذ الذي يتم على مسؤوليته و لحسابه، و بالتالي يمكن تكييف مركز القائم بالتنفيذ على أنه وكيل عن المتعاقد.

المبحث الثاني: الأساس القانوني للجزاءات الضاغطة و تكييفها

كما هو معلوم أن القانون و القضاء الإداريين خولا للإدارة الحق في فرض جزاءات ضاغطة على المتعاقد معها عند إخلاله في تنفيذ التزاماته التعاقدية، حيث يعد هذا الحق من الأمور التي يقوم عليها نظام الجزاءات في العقد الإداري، تمارسه الجهة المتعاقدة بإرادتها المنفردة دون حاجة إلى وجود نص يقره في العقد أو بند في دفتر الشروط، و دون حاجة لإذن قضائي.

لكن بالرغم من تمتع الإدارة بهذا الحق إلا أن الخلاف ظل قائما حول تحديد الأساس القانوني للجزاءات الضاغطة (المطلب الأول) و حول تكييفها القانوني (المطلب الثاني).

المطلب الأول: الأساس القانوني للجزاءات الضاغطة

لقد اختلفتآراء الفقهاء حول تحديد الأساس القانوني لسلطة الإدارة في توقيع الجزاءات الضاغطة فمنهم من يرى أن أساس هذه السلطة يقوم على فكرة السلطة العامة (الفرع الأول)، بينما يرى البعض الآخر أن فكرة المرفق العام هي الأساس القانوني لهذه السلطة (الفرع الثاني).

الفرع الأول: فكرة السلطة العامة

يرى جانبا من الفقه أن الأساس القانوني لسلطة الإدارة في فرض الجزاءات على المتعامل المتعاقد المقصر في تنفيذ التزاماته، يكمن في فكرة السلطة العامة و ذلك باعتبارها مجموعة من الامتيازات التي تتمتع بها الإدارة وتستخدمها من أجل إشباع الحاجات العامة في الدولة.[1]

إذا فالسلطة العامة تجعل مركز الإدارة أسمى و لا يتساوى مع مراكز الأفراد، و بالتالي فهي تلعب دورا أساسيا في إخضاع تنفيذ العقد لقواعد استثنائية و غير مألوفة في القوانين الأخرى، ذلك أن تقصير المتعاقد في الوفاء بالتزامه، يجعل الإدارة تفرض عليه جزاءات، التي تعد مظهر من مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية و تطبيق عملي لامتياز التنفيذ المباشر[2]، الذي يعني سلطة الإدارة فيإصدار قرارات في مواجهة الأفراد وتنفيذها بنفسها دون الحاجة إلى اللجوء إلى القضاء.

و على هذا الأساس فان حق فرض الجزاء المعترف به للإدارة من جانب واحد، يعتبر امتيازا أصيلا للسلطة العامة موجودا من تلقاء نفسه لصالح الإدارة المتعاقدة و اختصاصا متعلق بالنظام العام[3].

[1] – رشا محمد جعفر الهاشمي، المرجع السابق،ص200.

[2] – منصور نصري النابلسي، المرجع السابق، ص40.

[3] – عبد المجيد فياض، المرجع السابق، ص 54.

و بناء على ذلك، يرى البعض من الفقه الفرنسي أن حق الإدارة في استعمال امتيازها في التنفيذ المباشر، يعد من أهم الدعائم الأساسية في نطاق ما تبرمه من عقود ذات الصلة الوثيقة بالسلطة العامة، الأمر الذي يمكنها من الحلول محل المتعاقد المقصر في تنفيذ التزاماته، و ذلك بمجرد قرار من جانبها دون أن تكون ملزمة بعرض الأمر على القضاء ليقضي لها بهذا الجزاء[1].

هذا و قد أيد القضاء الإداري الفرنسي في العديد من أحكامه فكرة السلطة العامة كأساس لسلطة الإدارة في فرض الجزاء في العقد الإداري، و من أحكامه ذلك الحكم الصادر في 1926/11/27، و الذي قضى فيه بأن للإدارة في الكثير من الحالات بالاستناد على سلطتها العامة تلجأ لتحصيل التعويضات بموجب أوامر بالدفع تصدرها بإرادتها المنفردة تطبيقا لأهم امتيازاتها المتمثل في التنفيذ المباشر.[2]

الفرع الثاني: فكرة المرفق العام

لقد ذهب جانب كبير من الفقه الفرنسي إلى القول أن فكرة المرفق العام وضرورة سيره بانتظام واطراد هي الأساس القانونيلسلطة الإدارة في توقيع الجزاءات على المتعاقد معها عند إخلاله بتنفيذ التزاماته التعاقدية، ويضيف كذلك إلى أن الجزاءات في العقود الإدارية لا تستهدف مواجهة تقصير المتعاقد بالتزاماتهالتعاقدية فحسب،وإنما تهدف إلى ضمان حسن سير المرافق العامة، وعلى هذا الأساس تستطيع الإدارة أن تفرض جزاءات على المتعاقد معها بسبب إخلاله في تنفيذ العقد وإن لم يكن منصوصا عليها في بنوده وذلك باستعمال امتيازها في تنفيذ المباشر.[3]

[1]- جلول بن سديرة، المرجع السابق، ص 49.

[2]- سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، دار الفكر العربي، القاهرة، الطبعة الثالثة، 1975، ص 504.

[3]- بلاوي ياسين بلاوي، المرجع السابق، ص65.

و عليه فان استعمال الإدارة لامتياز التنفيذ المباشر يعد التزاما و ليس رخصة، وهذا ما أكده الفقيه "جيز" الذي رأى أن ضمان السير المنتظم للمرافق يتطلب دقة في تنفيذ العقد الإداري، لذلك فمن الضروري أن تكون الجزاءات المترتبة على إخلال المتعاقدحازمة، ومبرر ذلك استخدام طريقة القانون العام تظهر بوضح بتمتع الإدارة بحق فرض الجزاءات التي تمكن و تسهل سير المرفق العام بانتظام[1]، فاحتياجات المرفق العام هي الأساس الذي تقوم عليه سلطة الإدارة في فرض الجزاء، وقياس جزاءات القانون العاميجعل اتخاذها مباشرة ومن دون وساطة القاضي.[2]

و قد أيد هذا الرأي أيضا كل من الفقيه (دي لوبادير) و الفقيه (بكينيو) و ذلك من خلال اعتبارهما لحق الإدارة في استعمال سلطتها و التنفيذ المباشر عند تطبيق الجزاء على المتعاقد المخل بالتزاماته، يسوغه اتصال عقودها الإدارية بالمرافق العامة و متطلبات تسييرها[3].

هذا و قد أخذ مجلس الدولة الفرنسي في العديد من أحكامه بفكرة المرفق العام كأساس قانوني لإمكانية الإدارة في فرض الجزاء على المتعاقد معها، و من أحكامه نجد مثلا حكمه الصادر 1926/10/29 في قضيةVill de Stinne، و الذي جاء فيه أن للإدارة الحق في أن تضع المرفق العام المدار بطريقة الالتزام تحت الحراسة إذا قصر الملتزم في تسيير المرفق العام[4].

و أيضا في حكمه في قضية Vill de Touton، و الذي أكد من خلالها حق الإدارة في فرض الجزاءات على المتعاقد معها الذي يخل بالتزاماته بالشكل الذي يؤثر في دوام سير المرفق العام بانتظام و اطراد[5]...

---

[1]- عبد المجيد فياض، المرجع السابق، ص 51.

[2]- هشام محمد حمود الحلفي، (سلطة الإدارة في فرض الجزاءات على المتعاقد معها في العقود الإدارية)، مجلة كلية التربية الأساسية، جامعة المستنصرية، المجلد 23، العدد97، 2017، ص964 و 965.

[3]- رشا محمد جعفر الهاشمي، المرجع السابق، ص 137.

[4]- سليمان محمد الطماوي، المرجع السابق، ص 523.

[5]- سليمان محمد الطماوي، المرجع نفسه، ص 520.

أما في الجزائر فقد اهتم التشريع الجزائري بفكرة المرفق العام و بحتمية استمرار المرافق العامة بشكل منتظم، طالما أنه يقدم خدمات للمواطنين تعتبر أساسية لإشباع حاجات عامة و التي لا يمكن بأي حال من الأحوال الاستغناء عنها، ومن هذا المنطلق فأي توقف أو خلل في سير المرافق العامة يؤدي إلى شلل الحياة العامة في الدولة.

إلى جانب ذلك فقد نص المرسوم الرئاسي[1] رقم 15-247 على جملة من المبادئ تتمثل أساسا في الاستمرارية والمساواة والقابلية للتكيف، و التي يجب احترامها و التقيد بها في أسلوب التفويض لتسيير المرافق العمومية وذلك وفق لما نصت المادة209.

مما سبق بيانه يمكن القول كرأي راجح بالنسبة لنا، أن الأساس القانوني لحق الإدارة في توقيع الجزاءات على المتعاقد معها يكمن في فكرة المرفق العام، و ذلك باعتبار الإدارة هي القوامة على مرافقها العامة و مسؤولة بحكم وظيفتها من حسن سيرها وتنظيمها، لذا يمكنها توقيع أي جزاء تراه مناسبا على كل متعاقد مقصر، و ذلك لكفالة سير المرفق العام بانتظام و اطراد و دفع أي خلل يمكن أن يعيق سيره، لكن هذه الحماية و الاستمرارية لا يمكن أن تحققها إلا من خلال تمتعها بامتيازات السلطة العامة.

و عليه يكمن القول أن الأساس القانوني لحق الإدارة في فرض الجزاء على المتعاقد معها، يكمن في امتيازات السلطة العامة التي تجد تبريرها في ضمان سير المرافق العامة بانتظام و اطراد.

[1]- المرسوم الرئاسي رقم 247/15، المؤرخ في 16 سبتمبر 2015، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام، الجريدة الرسمية، الصادرة في 20 سبتمبر 2015، العدد 50.

المطلب الثاني: التكييف القانوني للجزاءات الضاغطة

يخضع تنفيذ العقد الإداري لمبدأ وجوب تنفيذه بطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية، شأنه في ذلك شأن العقد المدني، و من تم فإذا أخل المتعاقد أثناء التنفيذ بالتزاماته المحددة بموجب العقد المبرم و دفتر الشروط، تفرض عليه الجهة الإدارية جزاءات، هذه الأخيرة اختلفت الآراء في تكييفها و تحديد وصفها، فمنهم من يعتبرها عقوبة تفرضها الإدارة (الفرع الأول)، و البعض الآخر اعتبرها تعويضا جزافيا (الفرع الثاني)، بينما ذهب البعض الآخر إلى أنها إجراء يهدف إلى إجبار المتعاقد على تنفيذ التزاماته (الفرع الثالث).

الفرع الأول: الجزاء الضاغط عقوبة تفرضها الإدارة

إن إخلال المتعاقد في تنفيذ التزاماته يقتضي ذلك توقيع الجزاءات عليه من قبل الإدارة و ذلك من أجل ردعه و حمله على تنفيذ التزاماته التعاقدية.

و يتماثل الجزاء الإداري مع الجزاء الجنائي في أن كليهما له خاصية ردع يقع على مرتكب السلوك الآثم، و يستوي أن يتمثل السلوك في فعل أو امتناع عن فعل، و غاية الأمر يمثل خرقا لنص قانوني أو مخالفة لأمر إداري[1].

الفرع الثاني: الجزاء الضاغط تعويض جزافي للإدارة

يربعضالفقهاء أن الجزاءات التي تفرضها الإدارة في إطار تنفيذها لعقودها الإداريةهي تعويض جزافي لها، نتيجة للأضرار التي تحملتها من جراء إخلال المتعاقد معها في تنفيذالتزاماته، و إذا كانت القاعدة العامة هي وجوب إثبات الضرر في سبيل اقتضاء التعويضات في مقابلها، فانه في العقود الإدارية يكون الضرر مفترض لاتصالها بالمرفق العام[2].

[1]- رشا محمد جعفر الهاشمي، المرجع السابق، ص 36.

[2]- رشا محمد جعفر الهاشمي، المرجع نفسه، ص 34.

إذا القاعدة المسلم بها حسب هذا الرأي أن كل خطأ سواء كان إخلالا بالتزام عقدي أم بالتزام فرضه القانون سبب ضرر لغيره يلزم من ارتكبه بالتعويض.

و عليه فان التسليم بأن الجزاءات في العقود الإدارية هي جبر للأضرار التي لحقت بالجهة المتعاقدة يقودنا للقول بأن هذا التعويض لا يقتصر على الطابع المالي فقط، فقد يشمل الطابع غير المالي و المتمثل في الجزاءات الضاغطة مثل سحب المشروع أو الشراء على حساب المتعاقد[1].

الفرع الثالث: الجزاء الضاغط هو جبر المتعاقد على التنفيذ

وفقا لهذا الرأي تعد الجزاءات التي تفرضها الإدارة على المتعاقد معها بسببإخلاله المتعاقد في تنفيذ التزاماته التعاقدية، هو إجراء يهدف لحمل المتعاقد و جبره على تنفيذ التزاماته التعاقدية و ذلك لضمان سير المرفق العام بانتظام و اطراد.

و عليه و باعتبار أن الإدارة هي المسؤولة عن إدارة المرافق العامة، و الإشراف عليها من حيث تنظيمها و تسييرها، فمن حقها إذن أن تتمتع بسلطة توقيع الجزاءات في مجال العقود الإدارية، و ذلك من أجل إجبارالمتعاقد معها و حمله على تنفيذ التزاماتهالتعاقديةعلى وجه أفضل[2].

مما تقدم يمكن القول بأن التكييف القانوني للجزاءات الضاغطة المفروضة على المتعامل المتعاقد المقصر في التزاماته، تعد تعويضا للإدارة و إجراء دافع للمتعاقد لحمله و جبره على تنفيذ التزاماته، فهي بذلك تعد بمجموعها وسائل حث له على تنفيذ ما هو موكول إليه من التزامات.

[1]- رشا محمد جعفر الهاشمي، المرجع نفسه، ص 35.

[2]- جلول بن سديرة، المرجع السابق، ص 19.

الفصل الثاني

صور الجزاءات الضاغطة

الفصل الثاني: صور الجزاءات الضاغطة

يخضع تنفيذ العقود الإدارية لمبدأ وجوب تنفيذها بطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية شأنها في ذلك شأن العقود المدنية، و من تم فإذا أخل المتعامل المتعاقد أثناء تنفيذ التزاماته المحددة بموجب العقد المبرم و دفتر الشروط، كمخالفة للمواصفات المتفق عليها أو تأخير عن تسليم الأشغال في الآجال المحددة، أو تنفيذ التزامه على وجه غير مرض، يعد مقصرا و مخلا بالتنفيذ.

و لما كان إخلال المتعاقد مع الإدارة بالتزاماته التعاقدية لا يمثل إخلالا بالتزام عقدي فحسب، بل ينطوي على المساس بغاية إبرام العقود الإدارية و المتمثلة في حسن سير المرافق العامة بانتظام، لذا قد أجازات معظم التشريعات للإدارة بتوقيع جزاءات ضاغطة على المتعاقد معها بإرادتها المنفردة و دون انتظار حكم قضائي، و ذلك لإرغامه و جبره على التنفيذ موضوع العقد.

هذا و تختلف صور الجزاءات الضاغطة التي تفرضها الإدارة لمواجهة المتعاقد معها، تبعا لاختلاف طبيعة العقد، لأن العقود كثيرة و متنوعة نخصصها في أهمها، و الأكثر استعمالا، و نشير أنها تتطابق في كافة الجزاءات منها الجزاءات الضاغطة، فهي تتخذ صورة وضع المرفق تحت الحراسة في عقد الالتزام (المبحث الأول)، و سحب العمل من المقاول في عقد الأشغال العامة (المبحث الثاني)، و الشراء على حساب المورد في عقد التوريد (المبحث الثالث).

المبحث الأول: وضع المرفق تحت الحراسة في عقد الالتزام

بغية تحقيق المصلحة العامة للمجتمع، تقوم الإدارة بدور مهم و فعال من خلال إشرافها على المشاريع التي تحقق الأهداف الاقتصادية و الاجتماعية.

و في سبيل تحقيق الإدارة لنشاطاتها، تلجأ إلى إبرام عدة عقود مع أشخاص القانون الخاص سواء أفراد أو شركات من أجل مساعدتها في تلبية الحاجات العامة.

و يعتبر عقد الالتزام من أشهر العقود الإدارية التي تعتمد عليها لممارسة نشاطاتها الاقتصادية، لكن في حالة إخلال المتعاقد مع الإدارة بالتزاماته، فتتمتع هذه الأخيرة بسلطة فرض الجزاء عليه و المتمثل في وضع المشروع تحت الحراسة.

لتفصيل أكثر في هذا الجزاء تم التطرق إلى مفهوم وضع المرفق تحت الحراسة كمطلب أول، أما المطلب الثاني فخصص لتبيان شروط الوضع تحت الحراسة و الآثار المترتبة عليه.

المطلب الأول: مفهوم وضع المرفق تحت الحراسة

يفرض مبدأ دوام سير المرافق العامة بانتظام على صاحب الامتياز التقيد بشروط العقد و تنفيذ التزاماته التعاقدية على أكمل وجه، فإذا تخلف و تعنت توقع عليه الإدارة المانحة للامتياز جزاء وضع المرفق تحت الحراسة.

و عليه لتفصيل أكثر تم تخصيص الفرع الأول لدراسة تعريف الوضع تحت الحراسة، أما الفرع الثاني فخصص لتبيان خصائص الوضع تحت الحراسة.

الفرع الأول: تعريف الوضع تحت الحراسة

بغية إشباع الحاجات العامة وسير المرافق العامة تقوم بانتظام الإدارة بإبرام عدة عقود إدارية، لعل أهمها عقد الالتزام أو ما يصطلح عليه بعقد الامتياز الذي يعتبر الطريقة الأكثر شيوعا في استغلال المرافق

العامة، حيث تكلف بمقتضاه الجهة الإدارية المختصة فردا أو شركة خاصة بإدارة مرفق عام و استغلاله لمدة معينة من الزمن، بواسطة عمال و أموال يقدمها صاحب حق الامتياز و هو الملتزم على مسؤوليته، مقابل رسوم يدفعها المنتفعون من خدمات و ذلك في إطار النظام القانوني الذي يخضع له هذا المرفق[1].

و عليه يعد عقد الامتياز(التزام المرافق العامة) من أشهر العقود الإدارية، و لعله من أهمها أيضا، في الدول الغير اشتراكية، إذ يعتبر عقد الامتياز عقد إداري يتولى الملتزم- فردا كان أو شركة- بمقتضاه و على مسؤوليته، إدارة مرفق عام اقتصادي و استغلاله مقابل رسوم يتقاضاها من المنتفعين، مع خضوعه للقواعد الأساسية الضابطة لسير المرافق العامة فضلا عن الشروط التي تضمنها الإدارة في عقد الامتياز[2].

كما عرف مجلس الدولة الجزائري عقد الامتياز على أنه: "...هو عقد إداري تمنح بموجبه السلطة الامتياز للمستغل، بالاستغلال المؤقت لعقار تابع للأملاك الوطنية بشكل استثنائي و بهدف محدد و متواصل مقابل دفع أتاوة، لكنه مؤقت و قابل للرجوع فيه..."[3].

هذا و قد نص المشرع الجزائري على هذا الأسلوب من خلال المادة 155 من قانون البلدية[4] التي نصت على أنه:" يمكن المصالح العمومية البلدية المذكورة في المادة 149 أعلاه، أن تكون محل امتياز طبقا للتنظيم الساري المفعول يخضع الامتياز لدفتر شروط نموذجي يحدد عن طريق التنظيم"، و كذا

[1]- عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، جسور للنشر و التوزيع، الجزائر، طبعة 2011 ص 97.

[2]- سليمان محمد الطماوي، المرجع السابق، ص 108.

[3]- قرار مجلس الدولة، الصادر في 2004/03/09، قضية رقم 11950، فهرس رقم 11952، أخذا عن عمار بوضياف، المرجع السابق، ص 98.

[4] - قانون رقم 10/11، المؤرخ في 2011/06/22، المتعلق بالبلدية، الجريدة الرسمية، الصادرة في 2011/07/03، العدد 37.

نصت المادة 149 من قانون الولاية[1] على أنه:" إذا تعذر استغلال المصالح العمومية الولائية المذكورة في المادة 146 أعلاه عن طريق التنظيم الاستغلال المباشر أو المؤسسة، فانه يمكن المجلس الشعبي الولائي الترخيص باستغلالها عن طريق الامتياز".

كما نص المشرع الجزائري كذلك على عقد الامتياز في المادة 2/210 من المرسوم الرئاسي 247/15 على أنه:" الامتياز تعهد للسلطة المفوضة للمفوض له انجاز منشآت أو اقتناء ممتلكات ضرورية لإقامة المرفق العام و استغلاله، و إما تعهد له فقط باستغلال المرفق العام يستغل المفوض له المرفق العام باسمه و على مسؤوليته، تحت مراقبة السلطة المفوضة، و يتقاضى عن ذلك أتاوى من مستخدمي المرفق العام، يمول المفوض له الانجاز و اقتناء الممتلكات، واستغلال المرفق العام بنفسه".

إذا عقد الامتياز يمكن الإدارة من توكيل المتعاقد يقوم نيابة عنها بتنظيم و إدارة و تسيير و استغلال المرفق العام و ذلك من أجل تحقيق الصالح العام.

و عليه فإذا قصر الملتزم في تلك المهمة الموكلة إليه بارتكاب خطأ جسيما أو الإخلال بالتزاماته التعاقدية، فإنها تسارع إلى إدارة المرفق بنفسها ساحبة إياه من يد المتعاقد، أو أن تضع المرفق تحت حارس أخر[2]، و هو ما يعرف بوضع المرفق تحت الحراسة.

و على هذا الأساس، يعد الوضع تحت الحراسة إجراء يهدف إلى إبعاد المقصر عن إدارة المرفق العام مؤقتا، و تباشر السلطة مانحة الالتزام هذه الإدارة بنفسها أو عن طريق حارس تعينه، لتضمن للمرفق سيره المنتظم و المستمر وفقا لتحقيق المصلحة العامة[3].

---

[1]- قانون رقم 07/12، المؤرخ في 2012/02/21، المتعلق بالولاية، الجريدة الرسمية، الصادرة في 2012/02/29، العدد 12.

[2]- عبد القادر دراجي، (سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات الإدارية)، مجلة الفكر، جامعة محمد خيضر، بسكرة، العدد 10، ص 101.

[3]- خلاف بيو، (الموازنة بين مصالح الطرفين المتعاقدين أثناء تنفيذ العقد الإداري)، مجلة أبحاث قانونية و سياسية، جامعة محمد الصديق بن يحي، جيجل، العدد 6، جوان 2018، ص462.

إذا فالوضع تحت الحراسة، هو جزاء من الجزاءات المترتبة عن عدم تنفيذ صاحب الامتياز لالتزاماته الناجمة عن عقد الامتياز الإداري[1].

فهو بذلك إجراء ضروري لتنظيم المرفق محل الامتياز، و ذلك باعتبار أن الإدارة المانحة لهذا الامتياز هي المكلفة بتنظيمه و مراقبة سيره، و حتى يستمر المرفق في أداء خدماته للجمهور.

لذلك فان وضع الإدارة للمرفق محل عقد الامتياز تحت الحراسة الإدارية، هو جزاء تواجه به الإدارة إخلال صاحب الامتياز بالتزاماته بشكل جسيم، و ذلك من خلال رفع يده بشكل مؤقت عن إدارة المرفق[2].

و يقصد بالحراسة على المرفق العام أيضا رفع يد الملتزم عن إدارة المرفق لمدة محددة، و قيام السلطة مانحة الالتزام بمباشرة الإدارة بنفسها، أو بمن تختاره بغية ضمان سير المرفق العام بانتظام و اطراد، و دون أن يؤدي ذلك إلى فسخ عقد الامتياز أو إسقاط حقوق الملتزم الأصلي، و كل ما يترتب عليه هو رفع يد الملتزم مؤقتا عن إدارة المشروع[3].

و عليه إذا ما ارتكب صاحب الامتياز مخالفات جسيمة لبنود العقد، و التي من شأنها أن تعرض استمرار و انتظام المرفق العام للخطر،فانه يكون للإدارة المانحة للامتياز الحق في أن ترفع يده عن إدارة هذا المرفق، و تتولى إما هي إدارته بنفسها أو بواسطة شخص آخر تعينه، و ذلك لمدة زمنية محددة إلى غاية زوال أسباب هذه الحراسة[4].

---

[1]- جلول بن سديرة، المرجع السابق، ص 88.

[2]- عبد العزيز عبد المنعم خليفة، تنفيذ العقد الإداري و تسوية منازعاته قضاء و تحكيما، تنفيذ العقد الإداري ، منشأة المعارف،الإسكندرية، طبعة 2009، ص 87.

[3]- هيثم حليم غازي، المرجع السابق، ص 134.

[4]- سعيد عبد الرزاق باخبيرة، المرجع السابق، ص 238.

الفرع الثاني: خصائص وضع المرفق تحت الحراسة

يتسم جزاء وضع المرفق تحت الحراسة بعدة خصائص تتمثل في:

1- يتعلق جزاء وضع المشروع تحت الحراسة بالنظام العام و مقتضيات حسن سير المرافق العامة، حيث تستطيع الإدارة فرضه سواء نص عليه في العقد أو لم ينص عليه، و ذلك لكون سير المرفق العام بشكل منتظم و مستمر يقع على عاتقها[1].

2- يتصف وضع المرفق تحت الحراسة بأنه جزاء مؤقت، أي هوعبارة عن إجراء وقتي يصدر من جانب الإدارة دون التجاء سابق إلى القضاء[2].

3- تفرض الإدارة جزاء وضع المشروع تحت الحراسة الإدارية بمقتضى قرار إداري صادر بإرادتها المنفردة[3] دون اللجوء إلى القضاء، و هذا الحق يمثل مظهرا من مظاهر السلطة العامة التي تتمتع به الإدارة في نطاق العقود الإدارية.

4- يتطلب وضع المرفق تحت الحراسة خطأ جسيما من قبل الملتزم، فإذا ارتكب هذا الأخير خطأ جسيما أدى ذلك إلى اضطراب المرفق العام أو هدده بالتوقف بشكل جزئي أو كلي، فالإدارة عندئذ الحق في وضع المرفق تحت الحراسة[4].

5- إن حق الإدارة المانحة للامتياز في وضع المرفق تحت الحراسة الإدارية، هو جزاء تباشره بنفسها باستعمال امتيازها في التنفيذ المباشر[5].

---

[1]- وليد سعود فارس القاضي، المرجع السابق، ص 71 و 72.

[2]- سليمان محمد الطماوي، المرجع السابق، ص 532.

[3]- عبد القادر دراجي، المرجع السابق، ص 101.

[4]- وليد سعود فارس القاضي، المرجع السابق، ص 72.

[5]- جلول بن سديرة، المرجع السابق، ص 90.

6– يجب على الإدارة تحديد فترة الحراسة الإدارية في قرار فرضها، و إذا كانت هذه المدة محددة في العقد فليس لهذا التحديد صفة الإلزام بالنسبة للإدارة، فهي ليست ملزمة بإنهاء الحراسة الإدارية عند انتهاء مدتها، إذ يجوز لها إطالة هذه المدة إذا رأت ضرورة لذلك[1].

7– لا يشترط كقاعدة عامة إعذار صاحب الامتياز بوضع المرفق تحت الحراسة الإدارية، و ذلك نظرا للطابع الاستعجالي لهذا الجزاء، باعتباره يتطلب سرعة و فورية في توقيعه، و دون اللجوء للقضاء مسبقا، و ذلك لما تتميز به إجراءات التقاضي من بطء قد يعرض سير المرفق العام للخطر[2].

8– لا يجوز للإدارة المانحة للامتياز تضمين العقد شرطا بتنازلها عن حقها في إجراء فرض الحراسة[3].

المطلب الثاني: شروط وضع المرفق تحت الحراسة و الآثار المترتبة عليه

من شأن تقصير الملتزم بالتزاماته التعاقدية تعريض استمرار المرفق العام للخطر، الأمر الذي يدفع بالسلطة المانحة للامتياز التدخل من أجل وضع المرفق تحت الحراسة كجزاء يفرض على الملتزم نتيجة تقصيره في تسيير هذا المرفق.

غير أن الجهة الإدارية لا تلجأ لهذا الجزاء إلا بعد توافر شروط إعماله (الفرع الأول)، حتى ينتج آثاره (الفرع الثاني)، إذ يخضع تطبيق هذا الجزاء إلى رقابة قضائية (الفرع الثالث).

الفرع الأول: شروط وضع المرفق تحت الحراسة

حتى تستطيع الإدارة وضع المشروع تحت الحراسة يجب توافر الشروط التالية:

[1]– جلول بن سديرة، المرجع نفسه، ص 91.

[2]– بلاوي ياسين بلاوي، المرجع السابق، ص 136 و137.

[3]– هيثم حليم غازي، المرجع السابق، ص 135.

أولا: الخطأ الجسيم

للإدارة أن تقرر وضع المرفق المدار بطريق الامتياز تحت الحراسة لمدة تحددها، إذا تبين لها أن الملتزم قد ارتكب مخالفات جسيمة لعقد الامتياز مما يؤدي إلى تعرض استمرار المرفق العام للخطر، خاصة في حالة التوقف الكلي أو الجزئي عن تسيير المرفق نتيجة عجز الملتزم، أو عدم كفاءته أو قدرته، مما يهدد تأدية المرفق لخدماته بانتظام و اطراد.

أيضا في حالة عدم إتباع الملتزم لتعليمات الإدارة الخاصة بكيفية سير المرفق، تأسيسا على أن للإدارة سلطة الرقابة و التوجيه في تنفيذ العقد الإداري، فيخالف الملتزم تعليمات الإدارة ففي هذه الحالة يحق لهذه الأخيرة وضع المشروع تحت الحراسة[1].

ثانيا: القوة القاهرة[2]

بإمكان الإدارة فرض الحراسة رغم عدم وجود خطأ من الملتزم، و ذلك إذا طرأت ظروف تهدد المرفق بالتوقف دون أن يتمكن الملتزم من مواجهتها كإضراب لا ذنب له فيه، فتتدخل الإدارة لتمكين المرفق من الاستمرار.

و عليه نعتقد عدم الصواب في هذا الشرط، و ذلك لوجود خلط ما بين أسباب وضع المشروع تحت الحراسة كإجراء وقائي، و بين حق الإدارة في فرضه كجزاء تمتلكه عندما تضع المشروع تحت الحراسة في حالة خطأ المتعاقد.

[1]- منصور صنت غريبان الديحاني، سلطة الإدارة في مصادرة التأمين و التنفيذ على حساب المتعاقد، رسالة مقدمة لاستكمال متطلبات درجة الماجستير في القانون العام، جامعة عمان العربية للدراسات العليا، 2008، ص82.

[2]- منصور صنت غريبان الديحاني، المرجع نفسه، ص82.

الفرع الثاني: الآثار المترتبة عن وضع المرفق تحت الحراسة

يترتب على قرار الإدارة بوضع المرفق المدار بطريق الامتياز تحت الحراسة الإدارية، مجموعة من الآثار القانونية تتمثل في:

1 – إن وضع المرفق تحت الحراسة هو إجراء مؤقت بطبيعته لا يؤدي إلى إنهاء الالتزام، و يكون مصيره إما أن تعود إدارة المرفق إلى الملتزم الأصلي، و إما يؤدي به الحال إلى إسقاط الالتزام بفسخ العقد، و مجلس الدولة الفرنسي مستقر على انه لا يجوز للإدارة فسخ العقد من جانبها، فالحكم بفسخ العقد لا يكون إلا عن طريق القضاء[1].

2 – من حق الإدارة –أثناء فترة الحراسة– أن تحصل رسوم الانتفاع بالمرفق، و كذلك كافة إيراداته، و يرى الفقه أن أموال هذه الإيرادات يجب أن تعتبر كأموال عامة على أساس أنها ترد من مرفق، و تخصص كذلك لتسيير مرفق عام، و تستخدم تحت إشراف جهة إدارية عامة، و من ثم لا يستطيع دائنوا الملتزم الحجز عليها[2].

3– في حالة وضع المرفق تحت الحراسة بسبب خطأ الملتزم، تتولى الجهة المانحة للالتزام إدارة المرفق و استغلاله بنفسها أو بواسطة حارس تقوم بتعيينه، و يتم ذلك على حساب الملتزم الأصلي حيث يتحمل النفقات التي دفعتها الجهة المانحة لإدارة المرفق، كما يتحمل كامل الخسائر التي قد تلحق بالمشروع طوال فترة وضعه تحت الحراسة[3].

4– إذا قامت الإدارة بوضع المرفق تحت الحراسة لسبب لا دخل للملتزم فيه، ففي هذه الحالة تتحمل الجهة المانحة للالتزام كل نفقات إدارة و استغلال المرفق[4].

---

[1]– فوزية سكران، المرجع السابق، ص 109.

[2]– منصور نصري النابلسي، المرجع السابق، ص 237.

[3]– سليمان محمد الطماوي، المرجع السابق، ص 530.

[4]– سليمان محمد الطماوي، المرجع نفسه، ص 530.

5– لا يجوز للإدارة أن تمتلك الآلات و العدد و كل ما يستخدمه الملتزم من أدوات تساعده في إدارة و استغلال المرفق، و لكن يجوز لها أن تستولي عليها بشكل مؤقت على أن تتحمل كامل المسؤولية عن ضياع أو تلف تلك الآلات و العدد[1].

6– يمكن لصاحب الامتياز المستبعد أن يطلب من الإدارة المانحة للامتياز إنهاء إجراء الحراسة الإدارية، و ذلك في أي وقت يرى فيه أنه باستطاعته إدارة المرفق من جديد، و بحسب ما هو متفق عليه في عقد الامتياز، و للإدارة المانحة للامتياز السلطة التقديرية في قبول أو رفض طلبه هذا، و ذلك وفقا لما تراه مناسبا لتحقيق المصلحة العامة[2].

7– ينبغي على الإدارة التقيد بشروط عقد الالتزام، و من تم لا يجوز لها أن تخفض الرسوم التي يدفعها المنتفعون أو أن تقوم بزيادة تكاليف الاستغلال[3].

الفرع الثالث: الرقابة القضائية على جزاء وضع المرفق تحت الحراسة

تخضع قرارات توقيع الجزاء التي تصدرها الإدارة ضد المتعاقد معها أثناء مرحلة تنفيذ العقد الإداري إلى رقابة القضاء، باعتبارها ضمانة مقررة لصالح المتعامل المتعاقد.

على هذا الأساس يحق لكل ملتزم (صاحب الامتياز) الذي تم استبعاد الطعن أمام القضاء الإداري، في عدم مشروعية جزاء وضع المرفق تحت الحراسة الموقع عليه، و ذلك على أساس دعوى القضاء الكامل.

و في هذا الإطار تشمل رقابة القاضي الإداري مشروعية قرار الجزاء من حيث الشكل و الاختصاص أو مخالفة القانون، إلى جانب رقابة ملائمة من حيث مدى ملائمة جزاء الحراسة للخطأ المنسوب للملتزم.

[1]– عبد المجيد فياض، المرجع السابق، ص 209.
[2]– بلاوي ياسين بلاوي، المرجع السابق، ص 150.
[3]–عبد المجيد فياض، المرجع السابق، ص 209.

و إذا تبث للقاضي الإداري أن الجزاء غير مشروع، ففي هذه الحالة يقتصر حكم القاضي على التعويض فقط دون الإلغاء[1].

لكن مجلس الدولة الفرنسي أجاز لقاضي العقد إلغاء قرار فرض الحراسة على المرفق لعدم مشروعيته، أو لعدم ملائمة الخطأ المرتكب من قبل الملتزم، أو إذا لم يكن هناك ما يبرره قانونا[2].

المبحث الثاني: سحب العمل من المقاول في عقد الأشغال العامة

يكتسي عقد الأشغال العامة أهمية بارزة في تنفيذ مخططات التنموية للدولة، إذ يعتمد على عنصر مهم فيه و المتمثل في عنصر الزمن لتحديد مواعيد تنفيذ موضوع العقد، و تسليم الأشغال.

لذا و نظرا لأهمية نشاط الإدارة الذي تقوم به لسد الحاجات العامة، يلزم على المتعامل المتعاقد التقيد بجميع الشروط و المواصفات و الالتزامات المنصوص عليها في العقد، و في بنود دفتر الشرط، فإذا أخل أو تقاعس في تنفيذ هذه الالتزامات المتفق عليها، فان الجهة المتعاقدة، و لضمان التنفيذ تفرض عليه جزاء ضاغطا لجبره على إنهاء الأعمال موضوع العقد، و تسليمه في المواعيد المحددة في العقد.

و عليه فإذا تراخى المتعامل المتعاقد على التنفيذ، تسحب الجهة الإدارية الأشغال منه، و يتم تنفذها على مسؤوليته.

لتفصيل أكثر في هذا الجزاء سيتم تبيان مفهوم سحب العمل من المقاول كمطلب أول، أما المطلب الثاني فخصص لشروط سحب االعمل، و الآثار المترتبة عليه.

[1]- جلول بن سديرة، المرجع السابق، ص 94.

[2]- عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص 281؛ هيثم حليم غازي، المرجع السابق، ص 138.

المطلب الأول: مفهوم سحب العمل من المقاول

من المسلم به أن الجهة الإدارية عند إبرام عقودها تبذل قصارى جهدها في اختيار متعاقد معها مقتدر من الناحية المادية و التقنية، و ذلك لضمان التنفيذ الجيد لموضوع العقد.

لكن بالرغم من ذلك، إلا أن الإدارة قد تفاجئ بتقصير المتعاقد في الوفاء بالتزاماته التعاقدية، الأمر الذي يخولها تسليط جزاءات لجبره و إرغامه على التنفيذ، و من أهم هذه الجزاءات نجد سحب المشروع في عقد الأشغال.

و على هذا الأساس و لتفصيل أكثر في سحب المشروع تم التطرق لتعريف سحب العمل من المقاول كفرع أول، أما الفرع الثاني خصص لتبيان خصائص سحب العمل.

الفرع الأول: تعريف سحب العمل من المقاول

تكتسي العقود الإدارية أهمية بالغة، ومحور أساسي في المنظومة الاقتصادية، إذ تعد من أهم الأدوات التي تعتمد عليها الإدارة لتلبية حاجاتها وتحقيق للصالح العام، وعليه ومن أجل تنشيط عجلة التنمية الاقتصادية، وتجديد البرامج التنموية في الدولة من تشييد المباني، و مد الطرقات، تقوم الإدارة في إبرام عقد الأشغال العامة الذي يقصد به أنه:عقد إداري يتم بين شخص معنوي عام و أحد الأفراد أو الشركات، يتعهد بمقتضاه المقاول بعمل من أعمال البناء، أو الترميم، أو الصيانة في عقار لحساب الشخص المعنوي، تحقيقا لمنفعة عامة في مقابل ثمن يحدد في العقد[1].

وكذلك يعرف عقد الأشغال العامة على أنه: اتفاق بين الإدارة و أحد الأفراد أو الشركات أو المؤسسات، للقيام ببناء، أو ترميم، أو صيانة عقار لحساب شخص معنوي عام، نظير مقابل يتفق عليه في العقد بقصد تحقيق المصلحة العامة[2].

[1] – منصور صنت غريبان الديحاني، المرجع السابق، ص 16.

[2] – عمار بوضياف، المرجع السابق، ص 86.

و عليه فحتى نكون أمام عقد أشغال عامة وجب توافر ثلاثة شروط هي:

- أن ينصب العقد على العقار: كأن يتعلق بمشروع إنجاز طريق عام أو مجموعة سكنات أو ترميمها؛
- أن يتم العامل لحساب شخص معنوي؛
- يجب أن يهدف العقد إلى تحقيق منفعة عامة.

على هذا الأساس، يعد الأشغال العامة من أهم العقود التي تعتمد عليها لتحقيق أهدافها المرسومة للسياسة العامة للأمة، لذا فهي تحرص على اختيار متعامل متعاقد قادر من الناحية المالية والتقنية لتنفيذ موضوع هذا العقد.

لهذا وفي حالة إخلال أو تقاعس المتعامل المتعاقد في تنفيذ التزاماته التعاقدية سواء امتنع عن التنفيذ أو تأخر في تنفيذه، تقوم الجهة المتعاقدة باعتبارها صاحبة المشروع بتوقيع الجزاءات على المتعاقد المخل، وذلك بهدف ضمان استمرارية المرفق العام.

ومن أهم هذه الجزاءات التي خولها القانون والقضاء الإداري للإدارة سحب المشروع من المتعاقد، و الذي يقصد به جزاء توقعه الإدارة أثناء تنفيذ عقد الأشغال العامة، بمقتضاه تحل الإدارة نفسها محل المقاول المقصر عن تنفيذ التزاماته أو المتباطئ في أدائها، أو أن تعهد إلى غيره بتنفيذ الأعمال، وذلك على حساب المقاول وتحت مسؤوليته".[1]

كما يعرف سحب المشروع من المقاول على أنه: وقف المقاول المقصر في تنفيذ التزاماته أو المتأخر في أدائها من قبل الإدارة، إذ تقوم هذه الأخيرة بتنفيذ الأعمال المطلوبة بنفسها أو بواسطة متعاقد جديد على مسؤولية و حساب المتعاقد الأصلي[2].

[1] – صوفية عباد، (سلطة الإدارة في توقيع جزاء سحب العمل من المقاول في صفقة الأشغال العامة في التشريع الجزائري)، مجلة العلوم القانونية والسياسية، جامعة العربي تبسي، تبسة، المجلد 09، العدد 02، جوان 2018، ص588 و 589.

[2] – هيثم حليم غازي، المرجع السابق، ص 139.

إذا فحلول الإدارة محل المتعاقد بنفسها أو بواسطة متعاقد آخر يعتبر إجراء قهري لتنفيذ الأشغال الموقفة، إذ يمكن هذا الإجراء المصلحة المتعاقدة الاستيلاء على عمال و أدوات المتعامل المقصر بالقدر الذي يمكنها من إنجاز الأشغال[1].

و هذا ما أكدته المحكمة الإدارية العليا بمصر في قرارها الصادر بتاريخ 1961/04/24و الذي جاء فيه:"أن الجزاءات التي تمتلك جهة الإدارة ممارستها هي وسائل ضغط وإجراءات قهرية يبررها أن العقود الإدارية يجب أن تنفذ بدقة لأن سير المرافق العامة يقتضي ذلك."[2]

إذا الإدارة عند ممارستها لهذا الجزاء لا تنهي العقد مع المتعاقد[3]، و إنما ترغمه على التنفيذ، و تبقي على الرابطة التعاقدية قائمة منتجة لأثارها، مع الاحتفاظ بحقها في التنفيذ على حساب المتعاقد إذا أخل بأي شرط من شروط العقد، ويكون هذا التنفيذ بموجب قرار صادر من قبل السلطة المختصة.

من خلال التعريفات المشار إليها أعلاه، يمكن القول أن جزاء سحب العمل من المقاول عبارة عن إجراء ضاغط، تستخدمه الجهة المتعاقدة للضغط على المقاول المقصر في تنفيذ التزاماته التعاقدية قصد تأمين سير المرفق العام بانتظام، و ضمان تنفيذ موضوع العقد من خلال التنفيذ على حسابه مباشرة، أو بأن تعهد إلى مقاول آخر على حسابه و مسؤوليته، دون إنهاء العقد محل التنفيذ.

هذا و بالرجوع المشرع الجزائري نجده قد قرر سحب المشروع من المقاول بموجب المادة3/35 من دفتر الشروط الإدارية العامة[4]لسنة 1964 والتي جاء فيها:"...إذا لم ينفذ المقاول المقتضيات المفروضة،

[1]- فوزية هاشمي، (سلطة الإدارة المتعاقدة في تطبيق الجزاءات الضاغطة على المتعاقد معها)، المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية و السياسية، جامعة عمار ثلجي، كلية الحقوق و العلوم السياسية، الأغواط، المجلد 2، العدد 03، 2018، ص 383.

[2] - صوفية عباد،المرجع السابق، نفس الصفحة.

[3]- عبد القادر دراجي، المرجع السابق، ص 102.

[4]- قرار مؤرخ في 1964/11/21، المتضمن المصادقة على دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال الخاصة بوزارة تجديد البناء و الأشغال العمومية و النقل، الجريدة الرسمية، الصادرة في 1965/01/19، العدد 06.

يجوز للمهندس من الرئيس باستثناء حالة الاستعجال بعد عرض المسألة على الوزير أن يأمر بإجراء النظام المباشر على نفقة المقاول، ذلك النظام الذي يجوز أن يكون جزئيا."

وعليه يمكن القول، أن المشرع الجزائري قد استعمل مصطلح النظام المباشر، والذي يقصد به التنفيذ المباشر للأشغال، أي سحبها من المقاول وتنفيذها مباشرة من قبل الإدارة المتعاقدة صاحبة الأشغال على نفقة المقاول المتخلف، وتحت مسؤوليته.[1]

ويختلف النظام المباشر عن بعض المفاهيم الأخرى كالاستغلال المباشر، الذي يعتبر أحد أساليب إدارة المرفق العام، حيث تتولى الإدارة تسيير مرافقها مباشرة مستعملة في ذلك أموالها وموظفيها مع استخدام لامتيازات السلطة العامة.

أما النظام المباشر أو الإدارة المباشرة كما أطلق عليه التشريع الجزائري في المادة3/35 من دفتر الشروط الإدارية العامة، فيعتبر جزاء ضاغط على المقاول لإرغامه على تنفيذ التزاماته التعاقدية دون إلغاء الصفقة، إذ تبقى منتجة لأثارها.[2]

الفرع الثاني: خصائص سحب العمل من المقاول

يتميز جزاء سحب العمل من المقاول في عقد الأشغال العامة بعدة خصائص تتمثل في:

1 – إن إجراء سحب العمل من المقاول إجراء مؤقت لا يترتب عليه إنهاء عقد الأشغال العامة، الذي يستمر نافذا وينفذ على حساب المقاول الأصلي الذي يتحمل مخاطر قيام الإدارة وبهذا التنفيذ.[3]

[1]– جلول بن سديرة، المرجع السابق ، ص95 ؛ ربيحة سبكي، المرجع السابق، ص119.
[2]– فوزية هاشمي، المرجع السابق، ص384.
[3]– فوزية سكران، المرجع السابق، ص121.

2 – يخضع إصدار قرار تنفيذ التعاقد على حساب المتعاقد المقصر أو الممتنع عن الوفاء بالتزامه لسلطة الإدارة التقديرية تطبيقا لقاعدة "التنفيذ العيني" للالتزام التعاقدي، حيث تقوم الإدارة باتخاذ هذا القرار دون حاجة منها للجوء للقضاء ضمانا لحسن سير المرفق[1].

3 – يعتبر جزاء سحب العمل من المقاول المقصر يتعلق بالنظام العام، و ذلك باعتباره ضمانة هامة لإتمام العمل محل التعاقد ضمانا لسير الرفق العام، و من تم لا يجوز للإدارة التنازل عنه،و يبطل معه النص بالعقد على حرمان الإدارة المتعاقدة من استعماله لكونه يلغي سلطة هامة ممنوحة للإدارة لكفالة سير المرفق العام[2].

4– للإدارة سحب العمل من المقاول دون أن تطلب ذلك من جهة القضاء، بمعنى أنها تمارس هذا الحق بواسطة قرار تصدره من جانبها بشكل منفرد، إذ ينبغي أن يكون القرار مشروعا خاليا من العيوب التي تشوب القرارات الإدارية[3].

5– حتى تتمكن الجهة الإدارية من سحب العمل من المقاول، يجب أن يرتكب هذا الأخير خطأ على درجة معينة من الجسامة أثناء تنفيذ التزاماته التعاقدية.

6– قبل قيام الإدارة المتعاقدة سحب المشروع من المقاول، ينبغي عليها إعذار هذا الأخير و إعطائه فرصة أخيرة حتى يصحح أخطاءه ليتجنب توقيع الجزاء عليه.

7– إن إعمال الجهة المتعاقدة سلطتها في سحب العمل من المقاول أمر تفرضه اعتبارات الصالح العام و تحقيق المصلحة العامة.

---

[1]– عبد العزيز عبد المنعم خليفة، تنفيذ العقد الإداري و تسوية منازعاته قضاء و تحكيما، تنفيذ العقد الإداري و تسوية منازعاته قضاء و تحكيما، المرجع السابق، ص91.

[2]– عبد العزيز عبد المنعم خليفة، تنفيذ العقد الإداري و تسوية منازعاته قضاء و تحكيما، تنفيذ العقد الإداري و تسوية منازعاته قضاء و تحكيما، المرجع نفسه، ص93.

[3]– عبد المجيد فياض، المرجع السابق، ص 219.

المطلب الثاني:شروط سحب العمل و الآثار المترتبة عليه

نظرا لخطورة هذا الجزاء لما له من آثار سلبية تمس المقاول الذي تخلف أو تأخر عن تنفيذ احد التزاماته التعاقدية، فإنه لابد من توفر شروط تطبيقه حتى لا تتعسف الإدارة في إعماله باعتبارها تنفرد بتوقعه على المتعاقد معها.

لذا و لتفصيل أكثر خصص الفرع الأول لتبيان شروط سحب العمل من المقاول، أما الفرع الثاني فتطرق للآثار المترتبة عن سحب العمل من المقاول، و الفرع الثالث خصص للرقابة القضائية على جزاء سحب عمل من المقاول.

الفرع الأول: شروط سحب العمل من المقاول

باعتبار الجهة الإدارية تتمتع بسحب المشروع من المقاول الذي أخل بالتزاماته، فان هذا السحب لا يتم إلا بتوافر شروط معينة تتمثل في:

أولا– وقوع خطأ جسيم من المقاول:

حتى يتسنى للجهة الإدارية القيام بوضع المشروع تحت الإدارة المباشرة لها بعد سحب العمل من المقال، لابد من ارتكاب هذا الأخير لخطأ في غاية الجسامة، ذلك أن الأخطاء البسيطة، و التي لا ترقى إلى هذه الدرجة لا تكفي لتبرير هذا الجزاء[1].

و عليه يعتبر المقاول مسؤولا عن خطئه العقدي، وهذا الأخير قسمه فقهاء القانون الفرنسي القديم إلى درجات تتمثل في:

- خطأ جسيم وهو الخطأ الذي لا يرتكبه الشخص المعتاد؛
- خطأ تافه وهو الذي لا يرتكبه الشخص الحازم الحريص.

[1] – هيثم حليم غازي، المرجع السابق، ص 140.

وقد انتهى القول بهذا التقسيم بعدما نص القانون الفرنسي على مسؤولية الملتزم التزاما تعاقدي عن خطئه، ويقاس هذا الخطأ بمعيار عناية الشخص المعتاد، بحيث لا تنخفض إلى عيار الرجل المهمل، وترقى إلى معيار الرجل الحريص.[1]

و عليه فإن الفقه والقضاء الفرنسي يسلم بأن قيام الإدارة بوضع المقاولة تحت الإدارة المباشرة يفترض فيه وقوع خطأ جسيم من جانب المقاول، فإذا كانت المخالفات ذات أهمية ثانوية لا ترقى إلى هذه الدرجة، فإنها لا تعد مبررا كافيا لتوقيع هذا الجزاء[2]، الأمر الذي يمنح الحق للمقاول في مطالبة الإدارة بالتعويض عن الأضرار التي لحقت به جراء تصرفاتها إذا كان الخطأ غير جسيم، لكن إذا ارتكب المقاول عدة أخطاء، فان اجتماعها يدل على إهمال جسيم ينسب إلى المقاول في تنفيذ الأشغال، الأمر الذي يبرر مشروعية الجزاء[3].

إذا فليس كل خطأ من جانب المتعاقد يبرر لجهة الإدارة أن توقع عليه الجزاءات غير المالية، بل يجب أن يكون خطأه من درجة كبيرة من الخطورة و الجسامة، إذ يؤدي ذلك الخطأ إلى الإضرار الكبير بالصالح العام.

على هذا الأساس و بالرجوع إلى المادة 1/35 من دفتر الشروط الإدارية لسنة 1964، إن المشرع الجزائري لم يحدد لنا حالات سحب العمل من المقاول على سبيل الحصر، و إنما أورده على سبيل المثال، لكن عند التمسك بحرفية النص و تفسيره، يفهم أن الأخطاء الجسيمة التي تبرر اتخاذ الإدارة

لجزاء سحب العمل من المقاول تنحصر في صورتين التي اعتمدهما مجلس الدولة الفرنسي، و تتمثلان في[4]:

[1] – ياسين بلاوي ياسين، المرجع السابق، ص99.

[2] – عبد المجيد فياض، المرجع السابق، ص 215.

4 – جلول بن سديرة، المرجع السابق، ص 96.

[4] – هيثم حليم غازي، المرجع السابق، ص140و 141؛ فوزية سكران، المرجع السابق، ص114و 115.

- عدم مراعاة شروط العقد؛
- عدم الامتثال للأوامر المصلحية.

1– عدم مراعاة شروط العقد:

بعد الانتهاء من جميع الإجراءات التي حددها التنظيم و المتعلقة بسريان العقد، يتم تأريخ وثيقة التبليغ، و ترقيمها، وتسجيلها وفق ما تقتضيه المعاملات الإدارية قبل تبليغ المقاول بها، و تكون مرفقة بالعقد فضلا عن كل الوثائق التي من شأنها أن تسهل للمتعامل المتعاقد البدء في تنفيذ موضوع العقد، مثل: الأمر بالأشغال و التصاميم المتعلقة بالأشغال، رزنامة الانجاز و آجال التنفيذ التي يتضمنها العقد و دفتر الشروط، إذ يلتزم المقاول بإنهاء الأعمال موضوع التعاقد، بحيث تكون صالحة تماما للتسليم المؤقت، و في المواعيد المحددة.

و عليه فإذا تأخر المتعاقد في تنفيذ الأشغال، أو ترك الموقع، و أوقف الأشغال لفترة معينة، أو تخلى عن التنفيذ كليا أو جزئيا، جاز للمصلحة المتعاقدة توقيع جزاءات ضاغطة على المقاول المقصر في التنفيذ، و تسحب الأشغال منه، و توضع تحت الإدارة المباشرة، أو بواسطة مقاول آخر إذ تنفذ على حساب مسؤولية المقاول المقصر و تحت حسابه[1].

2 – عدم الامتثال للأوامر المصلحية:

بغية ضمان التنفيذ الجيد لموضوع العقد، تلجأ الجهة المتعاقدة لإصدار أوامر مصلحية قصد تحديد أوضاع تنفيذ العقد، إذ تعد هذه الأوامر قرارات إدارية يتعين على المقاول احترامها، و تنفيذ ما جاء بها، و يتم إصدار هذه الأوامر غالبا من طرف المهندسين القائمين و المشرفين على عملية تنفيذ الأشغال العامة[2].

[1]– المادة 3/35 من دفتر الشروط الإدارية لسنة 1964؛ المادة 147 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15.

[2] – المادة 3/12 من دفتر الشروط الإدارية لسنة 1964،

إذا فبمجرد عدم استجابة المقاول لهذه الأوامر يعد مخالفة منه تستوجب وضع المقاولة تحت سلطة الإدارة المباشرة[1]، إذ تتعدد هذه المخالفات كعدم احترام المقاول لشروط البناء المتفق عليها كنوعية المواد المستعملة.

هذا و قد استقر مجلس الدولة الفرنسي على أن عدم امتثال المقاول للأوامر المصلحية يعتبر خطأ جسيم، الذي يبرر توقيع جزاء شديد يتناسب مع ما قد يحدثه الامتناع عن تنفيذ هذه الأوامر من اضطرابات خطيرة تعيق حسن سير المرفق العام[2].

و عليه فان خضوع المقاول لهذه الأوامر والتعليمات التزام مهم لضمان التنفيذ الجيد لموضوع العقد،إذ لا يقتصر هذا الخضوع على تلك التي تدخل في نطاق التنفيذ الدقيق للعقد، بل يمتد أيضا إلى التعديلات التي قد تفرضها الإدارة لضمان التنفيذ،[3]كالأشغال الضرورية التي تقتضيها القوة القاهرة، فإذا امتنع المقاول عن تنفيذها رافضا لتنفيذ العقد يعرضه ذلك لسحب الأعمال منه، كما يمكن للمقاول متابعة العمليات دون عرقلة تنفيذها، لكن إذا انطوت تلك الأوامر على تغيير موضوع العقد، و قلب اقتصادياته، و التأثير على التوازن المالي للمقاول، ففي هذه الحالة يجوز للمقاول رفض هذه الأوامر أو طلب فسخ العقد.

و عليه و بغية الاستجابة للأمر المصلحي الصادر من قبل الجهة المتعاقدة، فيجب توافر الشروط التالية[4]:

- أن يكون مكتوبا،وأن يكون مؤرخا ومرقما ومسجلا، ويترتب على ذلك أن المقاول لا يلتزم بتنفيذ الأوامر الشفهية إلا إذا كان العقد ينص إمكان العمل الأوامر الشفهية؛
- أن يكون متعلقا بتنفيذ العقد، على أنه يجب ألا يتضمن تعديلا أو مساسا بشروطه الجوهرية؛

[1] – فوزية سكران، المرجع السابق، ص115.

[2] – ربيحة سبكي، المرجع السابق، ص 122.

[3] – هيثم حليم غازي، المرجع السابق، ص141و 142.

[4] – صوفية عباد، المرجع السابق، ص 592.

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

ثانيا: وجوب إعذار المقاول

إعذار المتعاقد قبل توقيع الجزاء عليه أمر منطقي، فهو ينبه المتعامل المتعاقد على مخالفته و تقصيره الذي قد يضر بالمرفق العام، و بالتالي من الممكن أن يقوم المتعاقد مع الإدارة بتصحيح الخلل الذي قام به، و بالتالي تنتهي المشكلة[1].

و يعد الإعذار من الإجراءات السابقة التمهيدية لممارسة الإدارة سلطاتها بتوقيع الجزاءات على المتعاقد معها[2].

ويقصد بالإعذار mise en demeure طبقا للقواعد العامة إثبات حالة تأخير المدين في تنفيذ التزاماته إثباتا قانونيا، وبذلك فهو ليس وسيلة لإظهار إرادة لإحداث حالة قانونية جديدة، بل هو إجراء تمهيدي يجب أن يسبق تطبيق الجزاءات القانونية أو الاتفاقية.[3]

إذا فالتزام الإدارة بإعذار المتعاقد يكون في الغالب منصوصا عليه في الصفقة أو في دفتر الشروط، غير أن سكوت العقد عن اشتراط الاعذار أو عدم وجود شرط في دفاتر الشروط يلزم الإدارة بالإعذار، لا يعني عدم ضرورته بل يبقى شرطا مفروضا على الإدارة[4].

فالإدارة عند قيامها بإعذار المتعاقد، فإنها تقوم بذلك لإعلام المتعاقد معها، أن الإدارة تنوي تطبيق الجزاءات نتيجة إخلاله الجسيم في تنفيذ التزاماته، فالإعذار بذلك تظهر أهميته من جانبين، إذ يتعلق الجانب الأول بالإدارة التي لا يجعلها الاعذار في عجلة من أمرها عند فرض هذا النوع من الجزاءات،

[1] – فوزية هاشمي، المرجع السابق، ص 386.
[2] – بلاوي ياسين بلاوي، المرجع السابق، ص117.
[3] – عبد المجيد محمد فياض، المرجع السابق،ص 93.
[4] – فوزية هاشمي، المرجع السابق، ص 386.

لكي لا يصبح عرضة للطعن أمام القضاء، أما الجانب الثاني فيتعلق بالمتعاقد الذي يعطيه الاعذار الموجه من قبل الإدارة فرصة لإصلاح الإخلال الذي قام به.

ويتجه الفقه والقضاء في فرنسا إلى أنه يلزم لصحة قرار سحب الأعمال، إعذار المقاول بوضع المقاولة تحت الإدارة المباشرة ومنحه مهلة كافية لإصلاح مخالفته، وإلا كان مسلكها بتوقيع هذا الجزاء معيبا، إذ يجب أن يتضمن قرار الاعذار الشروط التالية[1]:

- المخالفات المنسوبة للمقاول؛
- الأعمال التي يجب القيام بها سواء كانت محددة مثل العيوب الواجب إصلاحها، أو تمس العقد كمطالبته بتحسين التنفيذ؛
- المدة الزمنية الممنوحة لتنفيذ الإصلاحات المطلوبة؛
- إعذار المقاول بأن إجراء وضع المقاولة تحت الإدارة المباشر ذاته هو ما تنوي الإدارة اتخاذه عند عدم استجابته.

و قد أكد التشريع الجزائري بموجب المادة 1/35 من دفتر الشروط الإدارية العامة لسنة 1964، على ضرورة إعذار المقاول المقصر من قبل الإدارة المتعاقدة قبل إجراء سحب الأعمال منه، إذ تمنحه آجال عشرة أيام (10) طبقا لما نصت عليه الفقرة الأولى و الثانية من المادة 35، حتى يتمكن من تنفيذ التزامه، كما يجب على الإدارة المتعاقدة احترام هذه المدة، إذ لا توقع الجزاء إلا بعد انقضاءها، و ليس للمقاول أن يحتج ببطلان جزاء السحب إذا انقضت المدة المحددة، و الإدارة لم تقم بسحب الأعمال بعد.

[1]- هيثم حليم غازي، المرجع السابق، ص 143.

لكن في حالات الاستعجال فقد أعفى المشرع الجزائري المصلحة المتعاقدة من إعذار المقاول المقصر في التزاماته عند قيامها بسحب الأشغال طبقا للفقرة 10 من المادة 35 من دفتر الشروط الإدارية، إذ تقوم هذه الأخيرة بإكمال الأشغال عن طريق إجراء الاستغلال المباشر.

و هكذا فإن الجهة المتعاقدة تقوم بتوقيع جزاء سحب الأشغال من المقاول استنادا لأحكام المرسوم الرئاسي 247/15، و كذا نصوص دفتر الشروط الإدارية العامة الذي يعد الدعامة الأساسية لذلك، حيث توقع الإدارة هذا الجزاء بإصدار قرار إداري مستوفي لجميع الشروط الشكلية و الموضوعية.

هذا إضافة إلى مجموعة من البيانات المهمة، التي ألزمت المادة 03 من قرار وزير المالية[1] توافرها في الاعذار وتتمثل في:

- تعيين المصلحة المتعاقدة و عنوانها؛
- تعيين المتعاقد المتعامل و عنوانه؛
- التعيين الدقيق للصفقة و مراجعها؛
- توضيح إن كان أول أو ثاني إعذار عند الاقتضاء؛
- موضوع الاعذار؛
- الأجل الممنوح لتنفيذ موضوع الاعذار؛
- العقوبات المنصوص عليها في حالة رفض التنفيذ.

[1]- قرار وزير المالية، المؤرخ في 2011/03/28، يحدد البيانات التي يتضمنها الاعذار و آجال نشره، الجريدة الرسمية، الصادرة في 2011/04/20، العدد 24.

كما ألزمت المادة 04 من نفس القرار، أن تقوم الجهة الإدارية بتبليغ الاعذار للمتعاقد بموجب رسالة موصى عليها من إشعار بالاستلام، مع نشره طبقا للشروط المنصوص عليها في الفقرة الأولى و الثانية من المادة 5 من ذات القرار.

و يسري الاعذار ابتداء من تاريخ النشر الأول في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي و النشرة الرسمية للصفقات العمومية، أو في الصحافة طبقا للفقرة الثالثة من المادة 5 من نفس القرار.

وعليه فإنفالاعذار ضرورة تفرضها القواعد العامة لتنفيذ الالتزام، فهو بذلك ضمانة للمتعاقد تجاه سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات، إذ يعد التزام الإدارة بتوجيه إعذار إلى المقاول قبل توقيع الجزاء أمر وجوبي، حتى ولو لم ينص عليه في العقد أو دفتر الشروط، بمعنى عدم إدراج بند في دفتر الشروط يقضي بتوجيه الإدارة إعذار إلى المتعاقد معها لا يعني ذلك الاستغناء عنه بل يبقى الإعذار شرطا مفروضا على الإدارة يتحتم عليه التقيد به.

الفرع الثاني :الآثار المترتبة عن جزاء سحب العمل من المقاول

إن جزاء سحب العمل من المقاول في عقد الأشغال العامة يترتب عنه مجموعة من الآثار تتمثل في:

1 – جزاء سحب العمل من المقاول ما هو إلا إجراء عارض ومؤقت لا يترتب عنه إنهاء العقد الأصلي، بل يبقى العقد قائما،كما يبقى المقاول المعذر ملزما به إذ يمكن السماح له بمتابعة العمليات دون القيام بعرقلة أوامر المصلحة حسب ما نصت عليه الفقرة 6 من المادة 35 من دفتر الشروط الإدارية لسنة 1964.

2 – يترتب عن جزاء سحب الأشغال استمرار مسؤولية المقاول المقصر،إذ له الحق في متابعة الأشغال دون التدخل في تنفيذها، هذا إضافة إلى تحمله كافة النفقات الناتجة عن التنفيذ المباشر، حيث

يتحمل فرق السعر إذا كان بالزيادة و لا يستطيع أن يتحلل من هذا الالتزام، كما لا يمكنه المطالبة بحصة في الأرباح إذا أدى النظام المباشر لخفض النفقات.[1]

3 – لا يجوز الجمع بين جزاء سحب العمل من المقاول وبين فسخ الصفقة، لأن جزاء السحب يفترض بقاء الرابطة العقدية منتجة لآثارها، بينما الفسخ ينهيها، والجمع بينهما يعني إعدام العقد، و اعتباره كأنه لم يكن، ثم استمراره في نفس الوقت منتجا لآثار معينة، وهو ما لا يمكن التسليم به.[2]

4 – يمكن للإدارة صاحبة الأشغال رفع جزاء سحب العمل وإعادة العمل للمقاول المستبعد، لإكمال وإنجاز ما قد تم البدء فيه من قبله من أشغال بصورة مرضية في حالة ما أثبتت قدرته على ذلك، والضمانات اللازمة لتنفيذ العمل وفق موعده المحدد، بما ينطبق مع شروط ومواصفات عقد الأشغال العامة، ولها أن تستعمل في ذلك كامل سلطتها التقديرية بالموافقة على طلبه أو رفضه.

5 – بإمكان الإدارة بيع ما تم الحجز عليه من طرفها كضمان من شأنه أن يكفل لها استيفاء حقوقها، وما يترتب لها من تعويضات عما لحقها من أضرار بسبب سحب العمل.[3]

6 – يظل المقاول مسؤول عن جميع التزاماته التعاقدية بعد سحب العمل، ولا يمكنه استرداد التأمين أو الضمان وقت الإعلان عن إجراء السحب.[4]

[1]– فوزية هاشمي، المرجع السابق، ص 387.

[2]– ربيحة سبكي، المرجع السابق، ص127.

[3]– عبد الحليم مجدوب، الضمانات القانونية المخولة لجهة الإدارة في مواجهة المتعاقد معها أثناء تنفيذ العقد الإداري دراسة مقارنة، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق، تخصص قانون عام، جامعة أبوبكر بلقايد، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تلمسان،2019/2018، ص23.

[4]– صوفية عباد، المركز القانوني للمتعامل المتعاقد في تنظيم الصفقات العمومية الجزائرية، رسالة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في إطار مدرسة الدكتوراه، جامعة باجي مختار، كلية الحقوق و العلوم السياسية، عنابة،2011، ص159.

الفرع الثالث:الرقابة القضائية على جزاء سحب العمل من المقاول

إن سلطة الإدارة في توقيع الجزاء على المتعاقد في العقود الإدارية تخضع للرقابة القضائية اللاحقة، إذ يجوز لكل متعاقد تم توقيع الجزاء عليه من قبل الإدارة اللجوء إلى القضاء لرفع ما وقع عليه من جزاءات، ويمثل هذا ضمانة هامة من ضمانات المتعاقد مع الإدارة في تنفيذ العقودالإدارية ويحق للمقاول أن ينازع أمام القضاء في صحة إجراء سحب العمل منه.

إذ يعد هذا الأخير من الإجراءات التي تخضع فيها المصلحة المتعاقدة لرقابة القضاء، إذا ثبتأن هذا الإجراء صدر معيبا سواء من حيث الشكل كصدوره من غير السلطة المختصة، أو من حيث الموضوع كعدم ثبوت خطأ المقاول[1].

و عليه أنه من الملاحظ أن رقابة القضاء الإداري على قرار الإدارة في سحب العمل من المقاول المقصر تكون شكلين هما:

أولا: رقابة المشروعية:و هي عبارة عن صفة كل ما هو مطابق للقانون، ولا يتحقق احترام مبدأ المشروعية إلا بكفالة رقابة القضاء على نشاط الإدارة من حيث مدى توافقه مع القواعد المقررة سلفا، عندها يكون دور القاضي في رقابة المشروعية على الجزاءات التي توقعها الإدارة بحق المتعاقد معها هو فحص قرار الجزاء من حيث مطابقته أو عدم مطابقته للقواعد القانونية دون أن تمتد هذه الرقابة إلى بحث مدى ملائمة الجزاء للخطأ المنسوب للمتعاقد[2]، و هنا يجب التمييز بين نوعين من القرارات، فيتمثل النوع الأول في القرارات التي تصدرها الجهة المتعاقدة أثناء المراحل التمهيدية للتعاقد و قبل إبرام العقد كاستبعاد المتعهد أو عرض، فهذه القرارات منفصلة عن العقد يجوز الطعن فيها استقلالا و بالتالي لا يترتب إلغاءها بالضرورة إلغاء العقد[3]، أما النوع الثاني فهي القرارات التي تصدرها المصلحة

[1]- ربيحة سبكي، المرجع السابق، ص 128و127.
[2]- بلاوي ياسين بلاوي، المرجع السابق، ص 215و 216.
[3]- سبكي ربيحة، المرجع السابق، ص 128.

المتعاقدة تنفيذا للعقد، و استنادا إلى نص من نصوصها، حيث ترتبط هذه القرارات بالعقد ارتباط الجزء بالكل، الأمر الذي يجعل الطعن فيها بالإلغاء استقلالا عن العقد غير جائز مثالها سحب العمل من المقاول[1]، و بالتالي إذا شاب هذه القرارات أي عيب فان القاضي لا يلغي قرار السحب إنما يكتفي بالتعويض فقط.

إذا عند قيام المقاول بالطعن أمام القضاء الإداري في عدم مشروعية قرار جزاء السحب الموقع عليه، يكون ذلك على أساس دعوى القضاء الكامل، إذ تظهر أهمية إخضاع قرارات الإدارة القاضية بتوقيع جزاء سحب العمل من المقاول إلى رقابة القضاء ذلك أنه إذا ما خالفت الإدارة أو تعسفت في استعمال سلطتها هذه فإن للمتعاقد الحق في اللجوء إلى القضاء الإداري للحكم بعدم مشروعية قرار الإدارة وبالتالي الحصول على التعويض المناسب.

ثانيا: رقابة الملائمة: أن رقابة القضاء للإدارة رقابة واسعة لا تقتصر على مشروعية القرار فقط، بل تمتد رقابة القاضي الإداري على تقدير الإدارة لأهمية السبب وخطورته ومدى تناسبه مع الإجراء المتخذ على أساسه، بمعنى أن الرقابة القاضي الإداري لا تكتفي بالتحقق من ارتكاب المتعاقد للأفعال التي تدعيها الإدارة من عدمها، وإنما تقدر جسامة الجزاء الموقع عليه بالمقارنة مع خطورة المخالفات المنسوبة إليه.

المبحث الثالث:الشراء على حساب المورد في عقد التوريد

نظرا لأهمية نشاط الإدارة الذي تقوم به لسد الحاجات العامة و الذي يفرض عليها توفير مواد معينة بصفة مستمرة، لهذا تلجأ إلى عقود التوريد حيث تتفق الإدارة مع أحد الأشخاص الطبيعية أو المعنوية لتوريد أشياء و سلع معينة لازمة لاستمرارية سير المرفق العام.

[1]- عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص 358.

لذا فإذا أخل المورد بالتزاماته التعاقدية تفرض عليه الجهة المتعاقدة جزاء يتمثل في الشراء على حسابه.

و عليه لتفصيل أكثر في هذا الجزاء، خصص المطلب الأول لمفهوم الشراء على حساب المورد في عقد التوريد، أما المطلب الثاني فتطرق إلى تبيان شروط الشراء على حساب المورد و الآثار المترتبة عليه.

المطلب الأول: مفهوم الشراء على حساب المورد

إلى جانب سحب العمل من المقاول في عقد الأشغال العامة، يمكن للإدارة المتعاقدة توقيع جزاء الشراء على حساب المورد و تحت مسؤوليته، الذي يمثل صورة الجزاء الضاغط بالنسبة لعقد التوريد.

و عليه و لتفصيل أكثر تطرق الفرع الأول تعريف الشراء على حساب المورد، أما الفرع الثاني فخصص لتبيان خصائص الشراء على حساب المورد.

الفرع الأول: تعريف الشراء على حساب المورد

بغية ممارسة الإدارة لنشاطاتها المختلفة فهي تلجأ دائما لإبرام عدة عقود إدارية التي تتسع مجالاتها، وتتعدد أنواعها باعتبارها الأداة الوحيدة التي منحت لها لتلبية حاجاتها، ومن أهم العقود المبرمة عقد التوريد، الذي يكتسي أهمية بالغة في تحقيق النفع العام.

إذ يعتبر عقد التوريد اتفاق بين الإدارة و أحد الأشخاص (المورد) بقصد تموينها و تزويدها باحتياجاتها من منقولات، و هذا لقاء مقابل تلزم بدفعه، و بقصد تحقيق مصلحة عامة[1].

[1]- عمار بوضياف، المرجع السابق، ص 90 و 91.

و يعرف عقد التوريد أيضا على أنه: اتفاقية بين الجهة المشترية والجهة البائعة، على أن الجهة البائعة تورد إلى الجهة المشترية سلعا أو مواد محددة الأصناف في تواريخ مستقلة معينة لقاء ثمن معلوم متفق عليه بين الطرفين.[1]

كما عرفه القضاء الإداري المصري على أنه عقد التوريد الإداري بأنه اتفاق بين شخص معنوي من أشخاص القانون العام وفرد أو شركة يتعهد بمقتضاه هذا الفرد أو تلك الشركة بتوريد أشياء معينة للشخص المعنوي لازمة لمرفق عام مقابل ثمن معين.[2]

تأسيسا على ما سبق يكتسي عقد التوريد أهمية بالغة،و محورا أساسيا في دفع عجلة التنمية، لذا تبذل الإدارة قصارى جهدها في عملية اختيار المورد قصد تموينها و تزويدها باحتياجاتها.

ومن المبادئ والإجراءات الرئيسة التي ينبغي تطبيقها لضمان أن البضائع المسلمة بموجب عقد التوريد تمتثل لموصفات الفنية المطلوبة التي تم الاتفاق عليها، تعتمد الإدارة على عملية المعاينة و الفحص، بغيةالتأكد من مدى مطابقتها للشروط المنصوص عليها في دفتر الشروط، و ذلك تمهيدا لاستلامها النهائي[3].

لذا و في حالة إخلال المورد بالتزاماته المتفق عليها بموجب دفتر الشروط وبمعايير الجودة، تقوم الجهة الإدارية معاقبته من خلال تطبيق جزاء الشراء على حسابه، والذي يقصد به الإجراء الذي تتخذه المصلحة المتعاقدة تجاه المورد المتعاقد معها، الذي تخلف عن توريد الأصناف المتعاقد عليها في المدة

[1]- هيثم حليم غازي، المرجع السابق، ص148.

[2]- خالد سليمان أسود العنتري، عقد التوريد دراسة مقارنة بين القانونين الأردني والكويتي، رسالة ماجستير، قانون عام، جامعة الشرق الأوسط، حيزران،2012، ص14.

[3]- فوزية هاشمي، المرجع السابق، ص 388.

المحددة، أو تخلف عن توريدها بالمواصفات المطلوبة، وذلك بشراء هذه الأصناف على نفقته وتحت مسؤوليته.[1]

كما يعرف الشراء على حساب المورد أيضا على أنه جزاء من الجزاءات الإكراهية، تفرضه الإدارة في عقود التوريد على المورد المقصر بقصد إرغامه على تنفيذ التزاماته التعاقدية، و لمنع تعطيل المرفق العام حتى يقوم بدوره في إشباع الحاجات العامة بشكل منتظم و مستمر[2].

إذا فالشراء على حساب المورد يرتبط بطبيعة عقد التوريد، حيث يحق للإدارة المتعاقدة في حالة تقصير المتعاقد معها في توريد الأصناف المتفق عليها، أن تقوم بهذا الإجراء على حسابه و تحت مسؤوليته، حتى و لو لم ينص عليه في العقد[3].

و يعد الشراء على حساب المتعاقد المقصر أحد تطبيقات مبدأ التنفيذ العيني للالتزام، فالأصل العام أن المورد يلتزم بتنفيذ التزاماته، إذ يلتزم بتوريد المواد حسب الأصناف المتفق عليها، و في المواعيد المحددة.

فإذا امتنع أو تقاعس عن تنفيذ التزاماته المحددة بالعقد، جاز للإدارة القيام بهذا التنفيذ تحت حساب و مسؤولية المورد المقصر دون إنهاء العقد الأصلي[4]، و ذلك ضمانا لسير المرفق العام على النحو الذي يحقق الصالح العام.

و يرى قضاء المحكمة الإدارية العليا بمصر أن التنفيذ على حساب المورد، يجعل هذا الأخير يتحمل زيادة الأسعار، و ذلك تطبيقا لقاعدة التنفيذ العيني[1]، أما إذا نفذت الالتزامات بثمن أقل من ثمن الصفقة الأصلية فان فرق النفقات يكون لصالح الإدارة و لا شأن للمورد بها.

2– سعيد عبد الرزاق باخبيره، سلطة الإدارة الجزائية أثناء تنفيذ العقد الإداري دراسة مقارنة، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون العام، جامعة يوسف بن خدة، كلية الحقوق، الجزائر، 2008/2007، ص 262.

[2]– سليمان محمد الطماوي، المرجع السابق، ص 538.

[3]– عبد المجيد فياض، المرجع السابق، ص 238 و 239.

[4]– نصري منصور النابلسي، المرجع السابق، ص 236.

لكن بالرجوع إلى أحكام قانون الصفقات العمومية و دفتر الشروط الإدارية لسنة 1964، نجد أن المشرع الجزائري قد أغفل عن النص على جزاء الشراء على حساب المورد في حالة تخلفه عن تنفيذ التزاماته التعاقدية.

الفرع الثاني: خصائص الشراء على حساب المورد:

حتى تتمكن الجهة الإدارية من التفرقة بين جزاء الشراء على حساب و مسؤولية المورد في عقد اللوازم، و غيره من الجزاءات التي تدخل تحت طائفته، لابد من وجود خصائص تميزه و تتمثل في:

1 – يتميز الشراء على حساب المتعاقد المقصر بأنه إجراء مؤقت، تتمكن الإدارة بمقتضاه من الحلول محل المتعاقد المقصر أو إحلال متعاقد آخر[2]، ويكون ذلك من أجل استمرارية المرفق العام.

2– يتميز جزاء الشراء على حساب المورد إرادي، بمعنى أن الجهة المتعاقدة تطبقه بنفسها توقيع جزاء الشراء على حساب المتعاقد المقصر، دون الحاجة للجوئها إلى القضاء للحكم بفرضه.[3]

3 – يتميز هذا الإجراء أنه ذو طبيعة عقابية، أي معاقبة المتعهد المقصر و مجازاته على إخلاله بالتزاماته التعاقدية، فهو إرغام المتعاقد وإجباره على احترام التزاماته التعاقدية في المواعيد المحددة.

4– إن جزاء الشراء على حساب المورد يصدر بموجب قرار إداري تصدره الجهة الإدارية بإرادتها المنفردة[4].

5– يعد جزاء الشراء على حساب المورد و تحت مسؤوليته من وسائل التنفيذ العيني، التي ترغم المتعامل المتعاقد على أداء التزاماته التي قصر فيها.

---

[1]– هيثم حليم غازي، المرجع السابق، ص 148.

[2]– علي خطار الشنطاوي، (صلاحية الإدارة في الشراء على حساب المتعاقد دراسة مقارنة)، مجلة البلقاء العلوم الإنسانية و الاجتماعية، جامعة الأردن ،كلية الحقوق، عمان، المجلد8، العدد 1، 2001، ص58.

[3]– علي خطار الشنطاوي، المرجع نفسه، ص 57.

[4]– رشا محمد جعفر الهاشمي، المرجع السابق، ص 87.

6– تلتزم الجهة الإدارية كقاعدة عامة باعذار المورد بتقصيره قبل قيامها بالشراء على حسابه، ذلك أن هذا الجزاء يتميز بخاصية الاعذار قبل التوقيع.

7– تملك الإدارة حق توقيع هذا الجزاء الضاغط سواء تم النص عليه في العقد أو لم ينص عليه، و عادة ما تتضمن دفاتر الشروط كيفية تطبيق هذا الجزاء[1].

المطلب الثاني: شروط الشراء على حساب المورد و الآثار المترتبة عليه

يعد الشراء على حساب المورد من الجزاءات الضاغطة التي توقعها الجهة المتعاقدة على كل مورد أخل أو تقاعس في تنفيذ التزاماته، لذا و حتى لا تتعسف الإدارة في توقيع هذا الجزاء لابد من توافر شروط معينة (الفرع الأول)، حتى يرتب هذا الأخير آثاره (الفرع الثاني)، غير أنه و إن كانت الجهة الإدارية توقع هذا الجزاء بنفسها، إلا أن قرارها يخضع للرقابة القضائية (الفرع الثالث).

الفرع الأول: شروط الشراء على حساب المورد

قبل توقيع جزاء شراء على حساب المورد وفقا لامتيازاتها، ينبغي تطبيقه توافر شروط تتمثل في:

أولا:حدوث خطأ جسيم من المورد:

يشترط القضاء الإداري لممارسة الإدارة سلطاتها في التنفيذ على حساب المتعاقد المقصر بالوفاء بالتزاماته أن يكون إخلاله من الجسامة بحيث يبرر للإدارة استخدام هذا الإجراء.[2]

إذا لصحة قيام الإدارة بالشراء على حساب المورد، يشترط أن يكون هذا الأخير قد قصر في تنفيذ التزاماته مستحقة الأداء تقصيرا جسيما لدرجة تبرر التنفيذ على حسابه و تحت مسؤوليته، كعجز المورد على توريد كل الكميات المطلوبة، أو تأخر في توريدها في الميعاد المحدد في العقد أو ورد أصناف

[1]– عبد القادر دراجي، المرجع السابق، ص 103.

[2]– رشا محمد جعفر الهاشمي، مرجع سابق، ص86.

ليست بنوعية و الجودة المطلوبة[1]، الأمر الذي يجعل إخلاله هذا يعرض المرفق العام للخطر، و هذا ما جرى عليه القضاء مجلس الدولة الفرنسي استنادا إلى مبادئ القانون العام، و عدم النص عليه في العقد لا يعني حرمان الإدارة من فرضه[2].

هذا مع الأخذ بعين الاعتبار أنه ليس كل خطأ صادر عن المورد يستوجب فرض هذا الإجراء، فبمجرد التأخير ليس كافيا لتبرير اللجوء إلى تطبيق جزاء الشراء على حساب المورد المقصر، وإنما يجب أن يكون التأخير سببا في تخلف المورد بتنفيذ التزاماته، لذلك يرى الفقيه (jeze): "إذا كان المبدأ العام يجيز للدائن أن يطلب من المحكمة الترخيص له في حالة عدم التنفيذ أن يقوم على نفقة المدين،فإنه من باب أولى، وفي دائرة المصلحة العامة تملك الإدارة هذه القدرة، ضمانا لسير المرافق العامة على خير وجه،فيكون لها الحق أن تقرر تنفيذ عقد التوريد على نفقة المتعهد ومسؤوليته من دون وساطة القضاء، ومن دون اشتراط لنص على مثل هذه السلطة في العقد.[3]

ومن الأخطاء التي تبرر الشراء على حساب المورد العجز ومسؤوليته ما يلي:

- التأخير الجسيم عن تسليم الأصناف المتعاقد عنها؛
- الامتناع أو العجز عن تنفيذ عقد التوريد؛
- تنفيذ العقد على وجه غير مرض كعدم مطابقة الأصناف الموردة للمواصفات المتعاقد عليها، أو إحلال المتعهد لغيره دون موافقة الإدارة؛
- الإهمال في تنفيذ الالتزامات التي فرضتها عليه الصفقة على وجه يعرض المرفق العام الخطر.[4]

وذكرت هذه الأخطاء على سبيل المثال وليس سبيل الحصر، على الرغم من أن بعض تشريعات الدول الأخرىأشارت في نصوصها إلى بعض الأفعال التي بناء عليها يحق للإدارة توقيع جزاء الشراء في

[1]- هيثم حليم غازي، المرجع السابق، ص 150.
[2]- رشا محمد جعفر الهاشمي، المرجع السابق، ص 86.
[3]- فوزية سكران، المرجع السابق، ص130.
[4]- فوزية سكران، المرجع نفسه، ص131؛ ربيحة سبكي، المرجع السابق، ص131.

صفقات اللوازم، أما في غير ذلك فإن الإدارة المتعاقدة السلطة التقديرية في تقدير مدى جسامة الفعل الذي بموجبه تقرر جزاء الشراء[1].

و على هذا الأساس و بالرجوع للمرسوم الرئاسي 247/15، نجد أن المشرع الجزائري لم ينص على الأفعال و الأخطاء التي تبرر مثل هذا الجزاء.

ثانيا: وجوب إعذار المورد

نظرا لأهمية الجزاء الذي توقعه الإدارة على المورد المقصر في تنفيذ التزاماته، يجب على المصلحة المتعاقدة إعذار المورد قبل الشراء على حسابه و تحت مسؤوليته، إذ بهذا الاعذار فإن الإدارة تمنح مهلة للمورد حتى يصلح الخلل الذي تسبب فيه، و تدارك الأمر لتنفيذ التزاماته وفقا لما تم الاتفاق عليه.

وعليه يرى الفقه الفرنسي على ضرورة إعذار كل مورد يخل بتنفيذ التزامه في المواعيد المحددة في العقد في الحال، بخطاب مسجل بعلم الوصول بأنه: ينفذ التزامه قبل انقضاء المهلة المحددة بهذا الخطاب، وأنه في حال عدم التنفيذ بمعرفته فانه سيجري الشراء على نفقته و تحت مسؤوليته.

و على هذا الأساس يعد شرط الإعذار ضرورة تقتضيها طبيعة هذا الجزاء بالنظر إلى آثار القانونية المترتبة على المورد المستبعد، لهذافقد سار المشرع الجزائري على نهج نظيره الفرنسي في الحرص على وجوب إعذار المتعاقد قبل توقيع هذا الجزاء عليه، ولا يوجد سبب إلى استبعاد هذا المبدأ ، إذ يجب على الإدارة بالتقيد بشرط الإعذار.[2] وفقا لما نص عليه قرار وزير المالية.

[1]- ربيحة سبكي، المرجع نفسه، ض 132.

[2]- فوزية سكران، المرجع السابق، ص133.

الفرع الثاني:الآثار المترتبة عن الشراء على حساب المورد

تتعدد الآثار التي تترتب عن قيام الجهة الإدارية بالشراء على حساب المورد المقصر في تنفيذ إلتزاماته التعاقدية:

1- الشراء على حساب المورد المقصر هو إجراء لا يترتب عليه إنهاء عقد التوريد، فالعقد يظل قائما ومنتجا لآثاره القانونية بين أطرافه، ويتم الشراء على حساب المورد المقصر وتحت مسؤوليته[1]،ففي حالة عدم قيام المورد بالتوريد في الميعاد المحدد، فإن الإدارة تقوم بشراء الأصناف التي لم يقم المتعهد بتوريدها من غيره على حسابه، بنفس الشروط والمواصفات المعلن عنها والمتعاقد عليها.[2]

2- تحمل المورد كل النتائج والآثار التي تترتب من جراء قيام الإدارة بالشراء على حسابه وتحت مسؤوليته[3]، ولا يلزم أن ينص العقد على ذلك ولكن إذا أجريت العملية بثمن أقل من ثمن العقد الأصلي،فإن الفرق يكون من حق الإدارة، ولا شأن للمورد به[4]، ولا يمكنه المطالبة به حتى لا يستفيد منه.

3- تعتبر الإدارة عند إجرائها للشراء على حساب المتعاقد المقصر وكيلا عنه في هذا الشأن، فتلتزم بأن تبذل في تنفيذ هذه الوكالة العناية التي تبذلها في أعمالها الخاصة، وتؤكد على ذلك المحكمة الإدارية العليا المصرية في حكم صدر عنها بالقول"...إن جهة الإدارة وقد قامت بتنفيذ العقد على حسابه وتكون ملزمة بشروط المزايدة الأولى ومدتها بنفسها، عدا السعر الذي تحدده المزايدة الثانية، لأنها في ذلك تقوم بدور الوكيل فتلتزم بما نص عليه في المادة 704 من القانون المدني من أن تبذل في هذه الوكالة العناية التي تبذلها في أعمالها الخاصة..."[5]

---

[1]- هيثم حليم غازي، المرجع السابق، ص151.

[2]- سليمان الطماوي، المرجع السابق ص538 و 539.

[3]- فوزية سكران، المرجع السابق، ص138.

[4]- عباد صوفية، المركز القانوني للمتعامل المتعاقد في تنظيم الصفقات العمومية الجزائرية، المرجع السابق ،ص 161.

[5]- فوزية سكران، المرجع السابق، ص137.

4- تقتصر مسؤولية المورد الجديد فقط على وجود التوريدات التي تضمنها التنفيذ على حساب المورد الذي تم استبعاده، فهو ليس مندوبا لهذا الأخير أو وكيلا عنه، كما أنه لا يقوم بالتوريد لحسابه.[1]

5- لا يجوز للإدارة أن تتعسف في استعمال حقها في التنفيذ العيني، ويعد تعسفا منها في استعمالها لهذا الحق أو تأخيرها أو تجاوزها المدة المعقولة.[2]

6- لا يجوز للجهة المتعاقدة الجمع بين جزائيين أي بين الشراء و الإنهاء، ذلك أن الشراء على حساب المورد المقصر في تنفيذ التزاماتهيكون تحت طائلة استمرار الرابطة التعاقدية، لكن إنهاء التعاقد يعني زوالها،والجمع بينهما يعني إنهاء العقد ثم استمراره في ذات الوقت منتجا لآثار معينة، وهذا لا يمكن التسليم به حسبما ذهب إليه قضاء المحكمة الإدارية العليا في هذا الشأن على أنه لا يكون مقبولا قانونا أن تلجأ الإدارة إلى توقيع الجزائيين معا على المتعاقد المقصر، جزاء التنفيذ على حسابه وجزاء إنهاء العقد[3].

الفرع الثالث: الرقابة القضائية على جزاء الشراء على حساب المورد

نظرا للانعكاسات السلبية التي يحدثها التنفيذ غير الجيد للعقد أو التراخي في تنفيذه على استمرارية المرفق العام و تلبية الحاجات العامة، فإن جميع التشريعات منحت للإدارة المتعاقدة توقيع جزاءات ضاغطة على المتعامل المتعاقد لإكراهه على التنفيذ.

وقد خول التشريع الجزائري و المقارن للمصلحة المتعاقدة في حالة إخلال المورد عن تنفيذ التزامه، التدخل و الشراء على حسابه و تحت مسؤوليته سواء بنفسها أو بالتعاقد مع مورد أخر.

[1]- جلول بن سديرة، المرجع السابق، ص109.

[2]- فوزية سكران ، المرجع السابق، ص140.

[3]- عبد العزيز عبد المنعم خليفة، تنفيذ العقد الإداري و تسوية منازعاته قضاء و تحكيما، تنفيذ العقد الإداري و تسوية منازعاته قضاء و تحكيما، المرجع السابق، ص94 و 95.

فيكون توقيع الجزاء على المتعاقد المقصر بالإرادة المنفردة للجهة المتعاقدة دون حاجة لحكم قضائي، عن طريق إصدار قرار إداري من الجهة المختصة.

و لضمان حقوق المتعاقد من جهة و رقابة الإدارة عند توقيع الشراء على حساب المورد المقصر، فقد أجاز القانون و القضاء الإداري للمتعاقد اللجوء للقضاء المختص للطعن في قرار الإدارة.

إذ يمارس القاضي الإداري رقابته على قرار الجهة الإدارية بتوقيع الجزاء على المورد، إذ يبسط رقابته في هذا الصدد من زاويتي المشروعية و الملائمة[1].

و ترتكز رقابة القاضي على قرار توقيع الجزاء، على البحث في مدى شرعية هذا القرار من عدمه، و ذلك من خلال إبراز مختلف العيوب التي قد تشوب هذا القرار و تجعله غير مشروع بتوفر جميع الشروط الشكلية و الإجرائية المقررة قانونا.

كما تمتد هذه الرقابة أيضا إلى البواعث التي أدت بالإدارة إلى توقيع هذا الجزاء، و كذلك الأسباب، ليقرر القاضي إذا كان المورد قد أخطأ بالفعل، و ما إذا كان الجزاء يتناسب مع الخطأ المنسوب للمورد من عدمه.

لهذا فالقضاء الإداري لا يملك سلطة إلغاء التدبير الصادر من قبل الجهة الإدارية في مواجهة المورد، لكنه يستطيع فقط أن يبحث عما إذا كان التدبير قد صدر في ظروف من شأنها أن تنشئ للمورد الحق في التعويض من عدمه[2].

[1] – نصري منصور النابلسي، المرجع السابق، ص 274.

[2] – نصري منصور النابلسي، المرجع نفسه، ص 274 و 275.

الخاتمة

خاتمة:

من أجل إنجاز و تحقيق أهدافها المرسومة في السياسة العامة للأمة و إشباع الحاجات العامة المادية منها و المعنوية لأفراد المجتمع، تلجأ الإدارة العامة للقيام بالعديد من العمليات الإدارية و إبرام العديد من العقود، وذلك من خلال الاعتراف لها بأهلية التعاقد مع أشخاص القانون الخاص لمساعدتها في تلبية حاجاتها.

لهذا يخضع تنفيذ العقود الإدارية التي تبرمها الإدارة لمبدأ وجوب تنفيذها بطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية شأنها في ذلك شأن العقود المدنية، و من تم فإذا أخل المتعامل المتعاقد أثناء تنفيذ التزاماته المحددة بموجب العقد المبرم و دفتر الشروط، تفرض عليه جزاءات لإرغامه على التنفيذ.

إذا فموضوع الجزاءات الضاغطة في مجال العقود الإدارية يعتبر من أهم المواضيع و أدقها، و ذلك باعتبارها امتياز من الامتيازات الممنوحة للإدارة، حتى تستطيع بواسطتها تنفيذ عقودها بطريقة تضمن المحافظة على مبدأ حسن سير المرافق العامة بانتظام و اطراد.

هذا و تبرز أهمية هذه الجزاءات أيضا للحيلولة دون توقف المرافق العامة، و ذلك من خلال دورها الفعال في حمل المتعاقد و دفعه إلى تنفيذ التزاماته طبقا للشروط المتعاقد عليها، الأمر الذي يوفر قدرا أكبر من الأمان لاستمرار سير المرافق و تحقيق المصلحة العامة.

و على هذا الأساس، و من خلال دراسة موضوع الجزاءات الضاغطة في العقود الإدارية تم التوصل إلى عدة نتائج تتمثل في:

- إن الجزاءات الضاغطة التي تفرضها الإدارة على المتعاقد معها، هي من الامتيازات الاستثنائية التي تتمتع بها الإدارة و لا يمكن التنازل عنها، لأن الغرض منها تحقيق المصلحة العامة و الحفاظ على حسن سير المرفق العام و استمراره بانتظام.

- لما كانت وظيفة الإدارة تتمثل في إشباع الحاجات العامة، كان من اللازم الاعتراف لها بسلطة تطبيق الجزاءات الضاغطة بإرادتها المنفردة باستخدام امتيازها في التنفيذ المباشر، دون وساطة القاضي و دون الحاجة لاشتراط النص على هذه الجزاءات في بنود العقد، و هذا حتى لا يتعرض المرفق العام إلى التوقف و بالتالي الإخلال بالمصلحة العامة التي تعتبر من غايات وظيفة الإدارة.
- إن تطبيق الجزاءات الضاغطة على المتعاقد المقصر في تنفيذ التزاماته، لا يعني إنهاء الرابطة العقدية بل تبقى قائمة منتجة لآثارها، حيث يتم تطبيق هذه الجزاءات لإرغام و جبر المتعاقد على تنفيذ موضوع العقد.
- تتسم الجزاءات الضاغطة في العقد الإداري بنظام قانوني خاص بها يميزها عن غيرها من الجزاءات الإدارية، و يضع لها شروط و ضوابط تتقيد بها الإدارة عند فرضها.
- لما كانت سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات الضاغطة يعد من أخطر السلطات التي تتمتع بها، لذا أقر القضاء الإداري ضمانات كحماية للمتعاقد حتى لا يقع تحت سيطرت الإدارة و تعسفها في استعمال حقها في إيقاع هذه الجزاءات.
- من خلال أحكام المرسوم الرئاسي 247/15، نجد أن المشرع الجزائري لم يشر ضمن نصوصه على الجزاءات الضاغطة و لم يوليها أي اهتمام.

و في ضوء النتائج المقدمة سابقا و التي تم التوصل إليها بعد هذه الدراسة، فانه يمكننا أن نقدم بعض التوصيات للمساهمة في إثراء موضوع الجزاءات الضاغطة في العقود الإدارية، و التي تتمثل في:

- نظرا لخطورة الجزاءات المفروضة على المتعامل المتعاقد نوصي بتخصيص مواد ضمن تنظيم الصفقات العمومية 247/15، لتبيان أحكامها و تحديد شروط تطبيقها.

- إلغاء العمل بدفتر الشروط الإدارية لسنة 1964، أو تعديله وفق لما يتماشى مع الأوضاع الاقتصادية الراهنة.

توسيع الضمانات المقررة لصالح المتعاقد و ذلك لتشجيع المتعاقدين على المشاركة في التنمية الاقتصادية.

قائمة المراجع

قائمة المراجع و المصادر المعتمد عليها:

1- القرآن الكريم

2 - المراجع

أولا: المراجع العامة:

1-سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، دار الفكر العربي، القاهرة، الطبعة الثالثة، 1975.

2- عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، طبعة 2005.

3 - عبد العزيز عبد المنعم خليفة، تنفيذ العقد الإداري و تسوية منازعاته قضاء و تحكيما، منشأة المعارف، الإسكندرية، طبعة 2010.

4- عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، جسور للنشر و التوزيع، الجزائر، طبعة 2011.

5- مفتاح خليفة عبد الحميد، حمد محمد حمد الشلماني، العقود الإدارية و أحكام إبرامها، ديوان المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، طبعة 2008.

6- منصور نصري النابلسي، العقود الإدارية دراسة مقارنة، مكتبة زين الحقوقية و الأدبية، لبنان، الطبعة الأولى 2010.

7- هيثم حليم غازي، سلطات الإدارة في العقود الإدارية دراسة تطبيقية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، طبعة 2014.

ثانيا: المراجع المتخصصة

1– بلاوي ياسين بلاوي، الجزاءات الضاغطة في العقد الإداري، دار الكتب القانونية، مصر، طبعة 2011.

2– رشا محمد جعفر الهاشمي، الرقابة القضائية على سلطة الإدارة في فرض الجزاءات على المتعاقد معها دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، الطبعة الأولى 2010.

3– فوزية سكران، سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات الإدارية على المتعاقدين معها في العقود الإدارية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، طبعة 2017.

2 – أطروحات الدكتوراه و رسائل الماجستير

أولا: أطروحات الدكتوراه

1 – سعيد عبد الرزاق باخبيرة، سلطة الإدارة الجزائية أثناء تنفيذ العقد الإداري دراسة مقارنة، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون العام، جامعة بن يوسف بن خدة، كلية الحقوق و العلوم السياسية، الجزائر، 2008/2007.

2– سورية ديش، الجزاءات في قانون العقوبات الإداري، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم، تخصص التجريم في الصفقات العمومية، فرع قانون عام، جامعة الجيلالي ليابس، كلية الحقوق و العلوم السياسية، سيدي بلعباس، 2019/2018.

3– عبد المجيد فياض، نظرية الجزاءات في العقد الإداري دراسة مقارنة، رسالة مقدمة للحصول على درجة دكتوراه في الحقوق، جامعة عين الشمس، كلية الحقوق، مصر، 1974.

4– عبد الحليم مجدوب، الضمانات القانونية المخولة لجهة الإدارة في مواجهة المتعاقد معها أثناء تنفيذ العقد الإداري دراسة مقارنة، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق، تخصص قانون عام، جامعة أبو بكر بلقايد، كلية الحقوق و العلوم السياسية، تلمسان، 2019/2018.

ثانيا: رسائل الماجستير

1 – جلولبن سديرة، الجزاءات في مجال تنفيذ العقود الإدارية، مذكرة لنيل شهادة الماجيستير في القانون العام المعمق، جامعة أبوبكر بلقايد، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تلمسان، 2015/2014.

2– خالد سليمان أسود العنتري، عقد التوريد دراسة مقارنة بين القانونيين الأردني و الكويتي، رسالة ماجستير، قانون عام، جامعة الشرق الأوسط، 2012.

3– ربيحة سبكي، سلطات المصلحة المتعاقدة تجاه المتعامل المتعاقد معها في مجال الصفقات العمومية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون الإجراءات الإدارية، جامعة مولود معمري، كلية الحقوق و العلوم السياسية، تيزي وزو، 2013.

4– صوفية عباد، المركز القانوني للمتعامل المتعاقد في تنظيم الصفقات العمومية الجزائرية، رسالة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في إطار مدرسة الدكتوراه، جامعة باجي مختار، كلية الحقوق و العلوم السياسية، عنابة، 2011.

5– منصور صنت غريبات الديحاني، سلطة الإدارة في مصادر التأمين و التنفيذ على حساب المتعاقد، رسالة مقدمة لاستكمال متطلبات درجة الماجستير في القانون العام، جامعة عمان العربية للدراسات العليا، عمان، 2008.

6– وليد سعود فارس القاضي، الجزاءات في مجال العقود الإدارية دراسة مقارنة، رسالة مقدمة للحصول على درجة الماجستير، جامعة آل البيت، كلية الدراسات الفقهية و القانونية، 2000.

3 – المجلات و الدوريات

1–أشرف محمد حمامده، (الجزاءات في تنفيذ العقود الإدارية في النظام السعودي)، مجلة المدار للبحوث و الدراسات القانونية و السياسية، جامعة يحي فارس، المدية، المجلد 03، العدد 06، سبتمبر 2018.

2– أسماء أحمد الحاج محمد، وليد خضر كافي فرج الله، (سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات في العقود الإدارية)، مجلة السودان، الأكاديمية للبحوث و العلوم، جامعة الجزيرة، السودان، المجلد 07، العدد 16، يناير 2020.

3– خلاف بيو، (الموازنة بين مصالح الطرفين المتعاقدين أثناء تنفيذ العقد الإداري)، مجلة أبحاث قانونية و سياسية، جامعة محمد الصديق بن يحي، جيجل، العدد 06، جوان 2018.

4– صوفية عباد، (سلطة الإدارة في توقيع جزاء سحب العمل من المقاول في صفقة الأشغال العامة في التشريع الجزائري)، مجلة العلوم القانونية و السياسية، جامعة العربي تبسي، تبسة، المجلد 09، العدد 02، جوان 2018.

5– علي خطار الشنطاوي، (صلاحية الإدارة في الشراء على حساب المتعاقد دراسة مقارنة)، مجلة البلقاء العلوم الإنسانية و الاجتماعية، الجامعة الأردنية، كلية الحقوق، عمان، المجلد 08، العدد 01، سنة 2001.

6– عبد القادر دراجي، (سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات الإدارية)، مجلة الفكر، جامعة محمد خيضر، بسكرة، العدد 10.

7– فوزية هاشمي، (سلطة الإدارة المتعاقدة في تطبيق الجزاءات الضاغطة على المتعاقد معها)، المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية و السياسية، جامعة عمار ثلجي، كلية الحقوق و العلوم السياسية، الأغواط، المجلد 02، العدد 03، سنة 2018.

8– هشام محمد حمود الحلفي، (سلطة الإدارة في فرض الجزاءات على المتعاقد معها في العقود الإدارية)، مجلة كلية التربية الأساسية، جامعة المستنصرية، المجلد 23، العدد 97، لسنة 2017.

3– المصادر القانونية:

أولا: القوانين

1– قانون رقم 10/11، المؤرخ في 2011/06/22، يتعلق بالبلدية، الجريدة الرسمية، الصادرة في 2011/07/03، العدد 37.

2– قانون رقم 07/12، المؤرخ في 2012/02/21، يتعلق بالولاية، الجريدة الرسمية، الصادرة في 2012/02/29، العدد 12.

ثانيا: المراسيم

1- المرسوم الرئاسي رقم 247/15، المؤرخ في 02 ذي الحجة 1436، الموافق 16 سبتمبر 2015، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام، الجريدة الرسمية، الصادرة في 20 سبتمبر 2015، العدد 50.

ثالثا: القرارات

1- قرار المؤرخ في 21 نوفمبر 1964، المتضمن المصادقة على دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال الخاصة بوزارة تجديد البناء و الأشغال العمومية و النقل، الجريدة الرسمية، الصادرة في 19 يناير 1965، العدد 06.

2– قرار وزير المالية، المؤرخ في 2011/03/28، يحدد البيانات التي يتضمنها الإعذار و آجال نشره، الجريدة الرسمية، الصادرة في 2011/04/20، العدد 24.

فهرس المحتويات

فهرس المحتويات

الفهرس	الصفحة
مقدمة	أ– هـ
الفصل الأول: الأحكام العامة للجزاءات الضاغطة	6
المبحث الأول: الإطار المفاهيمي للجزاءات الضاغطة	7
المطلب الأول: مفهوم الجزاءات الضاغطة	7
الفرع الأول: تعريف الجزاءات الضاغطة	8
الفرع الثاني: تطور حق الإدارة في فرض الجزاءات	11
المطلب الثاني: خصائص الجزاءات الضاغطة	12
الفرع الأول: توقيع الإدارة الجزاء بنفسها	12
الفرع الثاني: توقيع الإدارة الجزاء دون نص	14
الفرع الثالث: توقيع الجزاء بصفة مؤقتة	16
المبحث الثاني: الأساس القانوني للجزاءات الضاغطة و تكييفها	16
المطلب الأول: الأساس القانوني للجزاءات الضاغط	17
الفرع الأول: فكرة السلطة العامة	17
الفرع الثاني: فكرة المرفق العام	18
المطلب الثاني: التكييف القانوني للجزاءات الضاغطة	21
الفرع الأول: الجزاء الضاغط عقوبة تفرضها الإدارة	21
الفرع الثاني: الجزاء الضاغط تعويض جزافي للإدارة	22
الفرع الثالث: الجزاء الضاغط هو جبر المتعاقد على التنفيذ	22
الفصل الثاني: صور الجزاءات الضاغطة	24
المبحث الأول: وضع المرفق تحت الحراسة في عقد الالتزام	25
المطلب الأول: مفهوم وضع المرفق تحت الحراسة	25

الفرع الأول: تعريف الوضع تحت الحراسة	26
الفرع الثاني: خصائص وضع المرفق تحت الحراسة	29
المطلب الثاني: شروط وضع المرفق تحت الحراسة و الآثار المترتبة عليه	31
الفرع الأول: شروط وضع المرفق تحت الحراسة	31
الفرع الثاني: الآثار المترتبة عن وضع المرفق تحت الحراسة	32
الفرع الثالث: الرقابة القضائية على جزاء وضع المرفق تحت الحراسة	34
المبحث الثاني: سحب العمل من المقاول في عقد الأشغال العامة	35
المطلب الأول: مفهوم سحب العمل من المقاول	35
الفرع الأول: تعريف سحب العمل من المقاول	36
الفرع الثاني: خصائص سحب العمل من المقاول	39
المطلب الثاني: شروط سحب العمل و الآثار المترتبة عليه	41
الفرع الأول: شروط سحب العمل من المقاول	41
الفرع الثاني: الآثار المترتبة عن سحب العمل من المقاول	49
الفرع الثالث: الرقابة القضائية على جزاء سحب العمل من المقاول	50
المبحث الثالث: الشراء على حساب المورد في عقد التوريد	52
المطلب الأول: مفهوم الشراء على حساب المورد	52
الفرع الأول: تعريف الشراء على حساب المورد	53
الفرع الثاني: خصائص الشراء على حساب المورد	55
المطلب الثاني: شروط الشراء على حساب المورد و الآثار المترتبة عليه	56
الفرع الأول: شروط الشراء على حساب المورد	57
الفرع الثاني: الآثار المترتبة عن الشراء على حساب المورد	59
الفرع الثالث: الرقابة القضائية على جزاء الشراء على حساب المورد	61
خاتمة:	63
قائمة المراجع المعتمد عليها:	66
الفهرس:	71