وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة الدكتور مولاي الطاهر سعيدة

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم حقوق

الضمانات القانونية الممنوحة للإدارة لمجابهة التنفيذ المعيب للعقد الإداري

مذكرة تخرج لإستكمال متطلبات نيل شهادة الماستر في الحقوق

تخصص : قانون إداري

من إعداد الطالبتين :

– جديد فاطمة الزهراء

– شنيخار فضيلة

تحت إشراف :

– الدكتور: فليح كمال

أعضاء لجنة المناقشة:

براهيمي إبراهيم مخطار	أستاذ محاضر "أ"	**جامعة الدكتور مولاي الطاهر سعيدة**	رئيسا
فليح كمال	أستاذ محاضر "ب"	**جامعة الدكتور مولاي الطاهر سعيدة**	مشرفا مقررا
حزاب نادية	أستاذة مؤقتة	**جامعة الدكتور مولاي الطاهر سعيدة**	مساعد مشرف
هني عبد اللطيف	أستاذ محاضر "أ"	**جامعة الدكتور مولاي الطاهر سعيدة**	عضوا مناقشا

السّنة الجامعية: 2021/2020

بسم الله الرحمن الرحيم

بسم الله الرحمن الرحيم

" وَقُلِ اعْمَلُوا فَسَيَرَى اللَّهُ عَمَلَكُمْ وَرَسُولُهُ وَالْمُؤْمِنُونَ وَسَتُرَدُّونَ إِلَى عَالِمِ الْغَيْبِ وَالشَّهَادَةِ فَيُنَبِّئُكُمْ بِمَا كُنْتُمْ تَعْمَلُونَ"

صدق الله العظيم

سورة التوبة : الآية 10

شكر و تقدير

أول من يشكر و يحمد أناء الليل و أطراف النهار، هو العلي القهار، الأول و الآخر و الظاه ر و الباطن، الذي أغرقنا بنعمه التي لا تحصى، و أغرق علينا برزقه الذي لا يفنى، و أنار دروبنا، فله جزيل الحمد و الثناء العظيم، هو الذي أنعم علينا إذا أرسل فينا عبده و رسوله " محمدا بن عبد الله " عليه أزكى الصلوات و أطهر التسليم، أرسله بقرآنه المبين، فعلمنا ما لم نعلم، و حثنا على طلب العلم أيتما وجد .

لله الحمد كله و الشكر كله أن وفقنا و ألهمنا الصبر على المشاق التي واجهتنا لإنجاز هذا العمل المتواضع .

وإعمالا لقوله الله صلى الله عليه و سلم « مَنْ صَنَعَ إِلَيْكُمْ مَعْرُوفًا فَكَافِئُوهُ، فَإِنْ لَمْ تَجِدُوا مَا تُكَافِئُونَهُ فَادْعُوا لَهُ حَتَّى تَرَوْا أَنَّكُمْ قَدْ كَافَأْتُمُوهُ »

الشكر موصول إلى كل معلم أفادنا بعلمه، من أولى المراحل الدراسية حتى هذه اللحظة .

كما نرفع كلمة شكر إلى أستاذتنا الفاضلة " **حزاب نادية** " على حسن إشرافها وإبداء ملاحظاتها وتوجيهاتها القيمة من أجل إعداد هذه المذكرة، فجزاها الله كل خير وأنعمْ عليها بوافر الصحة والعافية لتبقى قائمة على ميدان العلم والمعرفة لكل طالب علم و لا يفوتنا أن نتقدم بالشكر إلى الأستاذ " **فليح كمال** " على مساعدته و تشجيعه من أجل إنجاز هذه الرسالة .

ونتقدم بجزيل الشكر لأعضاء لجنة المناقشة على تجشمهم عناء قراءة وتقييم هذه الرسالة والمساهمة في إثرائها، فلهم كل الاحترام والتقدير، وجزاهم الله عنا خير الجزاء.

كما نتقدم بخالص الشكر و العرفان إلى كل الأساتذة بكلية الحقوق بجامعة مولاي الطاهر سعيدة الذين تعاونوا معنا ولم يبخلوا بنصائحهم وإرشاداتهم القيمة .

الإهداء

أهدي هذا العمل المتواضع

إلى صاحب السيرة العطرة، والفكر المُستنير؛ فلقد كان له الفضل الأوَّل في بلوغي التعليم الع

الي (والدي الحبيب)، أطال الله في عُمره.

إلى من أُفضِّلها على نفسي، ولِمَ لا، فلقد ضحَّت من أجلي ولم تدَّخر جُهدًا في سبيل إسعادي على الدَّوام (أُمِّي الحبيبة) .

إلى من كانوا دوما بجانبي نورا على درب علمي وأجمل شعلة في حياتي هم عائلتي إخوتي وأخواتي : محمد و محمد الأمين و مليكة .

خاصة أخي غانم الله يرحمه و يدخله فسيح جنانه

إلى خطيبي و كل عائلته

صار الدهر لمعرفتكم أجمل الأيام وصار العمر بلقـائكم أحلى الأماني

إلى كل من يعرفونني من قريب أو بعيد ولم يكتبهم قـلمي

فاطمة الزهراء

الإهداء

الحمد لله الذي وفقني و نور قلبي بالعلم و المعرفة، فيارب لك الحمد و الشكر كما ينبغي لجلال وجهك و عظيم سلطانك، صلى الله على خير الأنام نبينا محمد عليه أفضل الصلاة والسلام.

أهدي عملي المتواضع هذا إلى:

أمي الحنون أطال الله في عمرها أنشاء و التي ساندتني و شجعتني منذ بداية مشواري الدراسي.

إلى من كان سندي و عوني و قدوتي و رباني على الفضيلة و الأخلاق، أبي الغالي.

إلى إخوتي و إلى جميع العائلة .

إلى صديقاتي اللاتي كن لي العون و السند و شكر خاص لهن على دعمهن و مساعدتهم لي .

إهداء خاص إلى نعمة الرفيقة: لخضاري نورالهدى.

إلى كل الأساتذة و على وجه الخصوص اساتذة قسم الحقوق .

و إلى كل من لم أذكرهم سهوا أو عمدا و لكل من رافقني في مشواري .

فضيلة.

قـــائمة بأهم المختصرات

Liste des principales abréviations

أولا : باللغة العربية

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

ج الجزء.

د. ش. إ. ع دفتر الشروط الإدارية العامة .

د. ب. ن دون بلد نشر.

د . س . ن دون سنة نشر.

د. ط دون طبعة.

ص الصفحة.

ط الطبعة.

ق م . ج القانون المدني الجزائري.

ق إ. م. إ قانون الإجراءات المدنية والإدارية .

م. د .ف مجلس الدولة الفرنسي

م المادة.

ثانيا : باللغة الفرنسية

ED :édition .

OP CIT : ouvrage précité .

P : page

مقدمة

مقدمة:

تلجأ الإدارة في ممارستها لنشاطها إلى نوعين من الأعمال المختلفة في طبيعتها وفي وصفها القانوني، فالنوع الأول الأعمال المادية وهي كل ما تجريه الإدارة دون أن تنوي من ورائه إحداث أثر قانوني، أما النوع الثاني من أعمال الإدارة فتسمى بالأعمال أو التصرفات القانونية وهي تلك الأعمال التي تجريها الإدارة ويقصد بها إحداث الآثار القانونية إما بخلق مراكز قانونية جديدة أو إجراء تعديل في المراكز القانونية القائمة أو إنهائها بحيث تتخذ هذه التصرفات القانونية مظهرين :

أولهما ما تصدره الإدارة بإرادتها المنفردة ويتمثل في القرارات الإدارية بقصد إحداث أثار قانونية معينة استنادا لما تملكه من سلطة إصدار القرارات بمقتضى القوانين و اللوائح .

و ثانيهما ما ينشأ عن الاتفاق و التراضي مع غيرها سواء كان فردا أو شركة حيث تتوافق الإرادتان و تتجهان نحو إحداث أثر قانوني معين بإنشاء التزام أو تعديله أو إلغائه في ظل ما يسمى بعقود الإدارة [1] .

و يتميز العقد الإداري في نطاق القانون العام من غيره من العقود في القانون الخاص، بتوافر ثلاثة شروط لا نجدها في العقد المدني، وهي أولا وجود الإدارة طرفا في العقد بوصفها

شخصا من أشخاص القانون العام، ثانيا أن يكون محل العقد أو موضوعه متصلا بتنفيذ التزام لمرفق عام، لأن مقتضيات سير المرفق العام بانتظام و استمرار وضروراته هي الهدف من إبرام العقد، ثالثا أن يتضمن العقد شروطا استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص، فالشروط التي تمتاز بها الإدارة، في مجال العقود الإدارية، تجعل موقف طرفي العقد – الإدارة و المتعاقد معها – غير متكافئ، وهذا يعد خروجا عن المألوف أي قواعد القانون الخاص [2] .

لذا تعتبر نشأة العقود الإدارية من النظريات الحديثة نسبيا في القانون الإداري .

1 – محمد شعبان الدرهوبي، حق المتعاقد في التعويض في العقد الإداري، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، (د ط)، 2017 ص 11 .

2 – سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، دار الفكر العربي، القاهرة، ط5، 1991، ص 93 .

يعتبر حكم تيريه Terrier الصادر عام 1903 الأساس الذي شيدت عليه فكرة العقود الإدارية بطبيعتها حيث تقرر بهذا الحكم أن اختصاص القضاء الإداري يتناول كل ما يتعلق بتنظيم وسير المرافق العامة، سواء كانت وسيلة الإدارة في ذلك عملا من أعمال السلطة

العامة أو تصرفا عاديا فالعقود التي تبرمها الإدارة بهذا الخصوص هي من قبيل الأعمال الإدارية بطبيعتها و يجب أن يختص القضاء الإداري بالفصل في كل ما ينجم عنها من منازعات [1] .

والحقيقة أنه إذا كانت فكرة المرفق العام بدت ملازمة للعقد الإداري في هذا الحكم إلا أنها لم تعد تلازمه فيما بعد و لم تعد ضرورية لإضافة الصفة الإدارية على عقود الإدارة بصورة دائمة . و أخذت نظرية العقود الإدارية بعد هذا الحكم تشق طريقها في أحكام القضاء الفرنسي حتى تأكدت بشكل واضح و نهائي في حكم مجلس الدولة الفرنسي عام 1912 في قضية شركة ألكرانيت الذ ي اشترط استعمال الإدارة لأساليب القانون العام في العقد لكي يعتبر إداريا .

فقد استقر الاجتهاد القضائي الفرنسي منذ 1956 على أن العقد الإداري هو العقد الذي يبرمه شخص عام سواء تضمن شروطا استثنائية أم مشاركة في تسيير مرفق عام أم خضع لنظام استثنائي . كما استقر القضاء الإداري المصري على أن العقد الإداري هو العقد الذي يبرمه شخص معنوي عام بقصد إدارة مرفق عام أو بمناسبة تسييره، و أن تظهر فيه نيته في الأخذ بأسلوب القانون العام، و ذلك بتضمين العقد شروطا استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص [2].

أما في الجزائر نصت المادة (800) من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجديد الصادر بالقانون رقم 08 – 09 المؤرخ في 2008/02/25 على أنه :

1 – أحمد عثمان عياد، مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1973، ص 14 .

2 – فوزية سكران، سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات الإدارية على المتعاقدين معها في العقود الإدارية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2017، ص 28 .

« المحاكم الإدارية هي جهات الوالية العامة في المنازعات الإدارية، تختص بالفصل في أول درجة، بحكم قابل الاستئناف في جميع القضايا، التي تكون الدولة أو الولاية أو البلدية أو إحدى المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية طرفا فيها » [1] . و بناءا على ذلك لا يكون العقد إداريا في القضاء الجزائري إلا إذا كان أحد أطرافه على الأقل شخصا من الأشخاص المحددة في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية .

كما نصت المادة 06 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، حينما نصت على أنه : « لا تطبق أحكام هذا الباب إلا على الصفقات محل نفقات : الدولة، الجماعات الإقليمية، والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري، المؤسسات العمومية الخاضعة للتشريع الذي يحكم النشاط التجاري... » [2] . باستقراء التعريفات السابقة للعقد الإداري نجد أن أغلبها قد اتفقت على أن العقد الإداري يقوم على عناصر ثلاثة، و هي : أن يكون أحد طرفي العقد شخصا معنويا عاما، و أن يتصل هذا العقد بالمرفق العام، و أن تختار الإدارة وسائل القانون العام.

و بناءا على ذلك، تظهر المكانة الهامة للعقود الإدارية، عن غيرها من الوسائل التي تستخدمها الإدارة في تسيير مرافقها و تنظيمها، إذ تملك الإدارة امتيازات و سلطات واسعة تفوق ما يتمتع به المتعاقد معها و تكمن الغاية من ذلك تحقيق المصلحة العامة التي تعلو على مصالح الأفراد الخاصة، فإن المبدأ السائر في العقد الإداري أن يقوم على اتفاق إرادتين أو أكثر على إحداث أثر قانوني معين، بقصد إنشاء التزامات متقابلة بينهما أو نقلها أو تعديلها أو إنهائها .

1 – المادة 800 من القانون 08- 09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، المؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق ل 25 فبراير سنة 2008، ج ، ر ،ج،ج عدد 21 الصادرة بتاريخ 17 ربيع الثاني 1429 الموافق ل 23 أفريل 2008، ص 92 .

2 – المرسوم الرئاسي رقم 15 -247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، مؤرخ في 2 ذي الحجة عام 1436 الموافق 16 سبتمبر 2015، ج، ر.ج.ج عدد 50 الصادر ة بتاريخ 06 ذي الحجة عام 1436 الموافق لـ 20 سبتمبر 2015.

و طالما أن الهدف المرجو من الإدارة هو تحقيق المصلحة العامة، و كذلك طبيعة العقد الإداري الذي يتصل بالمرفق العام، و يستهدف سيره بانتظام و اطراد، فإنه كان يحتم على المشرع توفير الضمانات القانونية الضرورية و اللازمة التي تكفل للإدارة عملية تنفيذ العقود، ذلك أن الإدارة هي المسئول الأول و الأخير عن تسيير المرافق العامة .

ومن هذا المنطلق يتبين لنا مسألة بحثنا، بحيث تكون مخصصة للكشف عن أهم الضمانات القانونية التي منحها المشرع للإدارة لتكفل عملية تنفيذ العقود الإدارية و لمواجهة المتعاقد المقصر.

- تتجسد أهمية هذا الموضوع باعتباره جديرا بالبحث والدراسة من جانبين و هما :

– **جانب نظري :أ** يتمثل في البحث عن الأساس القانوني الذي تقوم عليه هذه الضمانات، وموقف كل من الفقه والقضاء والتشريع منها، وكذا بيان حدودها و أنواع الجزاءات الإدارية المخولة للإدارة لتوقيعها على المتعاقد معها في مجال تنفيذ العقد الإداري .

– **جانب عملي** : يتمثل في توفير الضمانات الضرورية اللازمة لمعالجة الإنزلاقات التي قد يقع فيها المتعاقد مع الإدارة اثناء تنفيذه للعقد وزجره عنها .

إن البحث في أي موضوع ينطلق من أسباب ذاتية وصولا إلى أسباب موضوعية :

الأسباب الذاتية :

– الميول الشديد إلى مقياس العقود الإدارية .

– حاجة المكتبة القانونية في الجزائر إلى البحوث والدراسات المتخصصة المتعلقة في العقود الإدارية و الصفقات العمومية .

الأسباب الموضوعية :

– يعتبر من الموضوعات المعروفة في القانون الإداري بصفة عامة و العقود الإدارية بصفة خاصة .

- الهدف من وراء هذه الدراسة أنه موضوع حساس وله أهمية كبيرة في القانون الإداري، التي مجالها خصب ويدعو للدراسة.

أن الضمانات القانونية الممنوحة للإدارة لمجابهة التنفيذ المعيب للعقد الإداري يدعو للبحث فيه و الغوص لمعرفة إلى أي مدى يمكن استعمال هذه الضمانات .

- إلا وأنه أثناء تناوانا لموضوع هذه الدراسة واجهتنا بعض الصعوبات نذكر منها :
  - قلة الأبحاث و الدراسات السابقة في الجزائر، و على الرغم من ذلك فلم يمنعنا من البحث فيه حيث كانت معظم المراجع المعتمدة من خلال هذه الدراسة لفقهاء مصريين .
  - ندرة الأحكام القضائية في الجانب المقصود من هذه المذكرة.
  - صعوبة الحصول على القرارات الصادرة عن المحاكم الإدارية، لأن الحصول عليها حكر على أطرافها.
  - جائحة كورونا التي تعتبر هي السبب الرئيسي في عدم التنقل إلى جامعات ولايات أخرى والبحث في مكتباتها عن المراجع التي تدور حول هذا الموضوع .

وعلى هذا الأساس يمكن طرح الإشكالية التالية :

فيم تتمثل أهم الضمانات القانونية الممنوحة للإدارة لمجابهة التنفيذ المعيب للعقد الإداري ؟

- و تندرج تحت هذه الإشكالية مجموعة من التساؤلات أو إشكاليات فرعية والتي تتمحور حول:
  - ماهو الأساس القانوني الذي تقوم عليه هذه الضمانات ؟
  - ماهي حدود الإدارة في استخدامها لهذه الضمانات ؟
  - ماهي أهم أنواع الجزاءات التي تستخدمها الإدارة كضمانة في مجال تنفيذ العقد الإداري ؟
  - ماهو موقف كل من الفقه و التشريع والقضاء اتجاه هذه الضمانات ؟

للإجابة عن هذه التساؤلات اتبعنا مجموعة من **المناهج التالية :**

– **المنهج التحليلي :** يعتمد على تحليل النصوص القانونية والأنظمة والتعليمات ذات الصلة بموضوع المذكرة والاستعانة ببعض الأحكام و التطبيقات القضائية الصادرة عن المحاكم الإدارية والخروج باستنتاجات ترتبط بموضوع بحثنا.

– **المنهج المقارن :** لم نعتمد فقط على نظام قانوني واحد بل ضم عدة تشريعات مختلفة في كل من فرنسا و مصر و الجزائر و كذلك الآراء الفقهية و الأحكام القضائية الصادرة عنها والخروج باستنتاجات ترتبط بموضوع بحثنا. بالإضافة إلى المنهج الوصفي لشرح وتبيين بعض المفاهيم الغامضة .

وللإجابة على هذه الإشكالية و التساؤلات الفرعية، قمنا بتقسيم موضوع بحثنا هذا إلى فصلين :

الفصل الأول : سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات كضمانة على مواجهة تقصير و امتناع المتعاقد عن تنفيذ التزاماته التعاقدية و ذلك من خلال التطرق إلى المبادئ و الأسس القانونية لسلطة توقيع الجزاءات في مجال تنفيذ العقود الإدارية في(المبحث الأول) ، و أنواع الجزاءات الإدارية المخولة للإدارة لتوقيعها على المتعاقد معها في مجال تنفيذ العقد الاداري في (المبحث الثاني) أما عن **الفصل الثاني** الموسوم بعنوان سلطة الادارة في الانهاء الانفرادي للعقد الاداري كضمانة تتطلبها مقتضيات الصالح العام فقد تطرقنا من خلاله إلى موقف الفقه والقضاء والتشريع من سلطة الإدارة في الإنهاء الإنفرادي للعقد الإداري وأساسها القانوني في (المبحث الأول)، والقواعد المنظمة لسلطة الإدارة في الإنهاء الإنفرادي للعقد الإداري في (المبحث الثاني) .

الفصل الأول

سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات كضمانة على مواجهة تقصير وامتناع المتعاقد عن تنفيذ التزاماته التعاقدية

يرتب العقد الاداري سلطات للإدارة العامة كما يرتب الحقوق و الالتزامات بين اطرافه و التي يجب احترامها و التقيد بها، و في حالة إخلال المتعاقد مع الإدارة بإلتزامانه، أو قصر في تنفيذها بأي وجه من الوجوه، سواء كان بالامتناع من جانبه عن تنفيذ العقد او بتأخره في التنفيذ، أو بالتنفيذ غير أو بإحلال غيره في التنفيذ دون موافقة الادارة، فلهذه الأخيرة في كل هذه الحالات الحق بأن توقع على المتعاقد معها جزاءات لا يألفها الافراد في عقود القانون الخاص بل من غير الجائز أن ترد في تلك العقود .

وإذا كان المبدأ العام في تنفيذ العقود، حسن النية، بما يلقي على المتعاقدين واجبا مشتركا بعدم الاخلال بالتزاماتهم التعاقدية، فانه يضاف الى هذا المبدأ مبدأ اخر خاص بالقانون الاداري يتعلق بضرورة الحفاظ على سير المرافق العامة، و لذلك فان الاخلال بالالتزام التعاقدي الناجم عن عقد اداري تترتب عليه جزاءات شديدة .

فنظام الجزاءات في العقود الادارية لا يستهدف فقط إعادة التوازن بين التزامات الطرفين كما لا يتسم بطابع العقوبات كجزاء رادع وإنما الهدف الاساسي منه هو الوصول إلى تنفيذ الالتزام الضروري لسير المرفق العام فانتظام سير المرفق العام يتطلب تنفيذ العقود الإدارية المتصلة به بدقة .

حتى يتأنى لنا الأمر للإحاطة بهذه السلطة وجب علينا تقسيم هذا الفصل الى مبحثين لمعرفة مفهومها وذلك عبر التطرق الى المبادئ و الأسس القانونية التي تحكمها في المبحث الأول و أهم أنواعها في المبحث الثاني .

المبحث الأول : المبادئ و الأسس القانونية لسلطة توقيع الجزاءات في مجال تنفيذ العقود الإدارية

قد يرتكب المتعاقد مع الادارة في أثناء تنفيذ التزاماته مخالفات متعددة ، كقيامه بتنفيذ مخالف للشروط والمواصفات المتفق عليها في العقد، أو يمتنع عن التنفيذ، أو التأخر في المواعيد المحددة في التنفيذ، أو مخالفة تعليمات الإدارة أو التلاعب في معاملته مع الإدارة و غير ذلك من المخالفات التي تخل بالعقد بين الطرفين . فان من حق الإدارة أن توقع عليه الجزاءات التي تكفل تنفيذ العقد .

و على الرغم من استقرار الفقه و القضاء على حق الادارة في توقيع الجزاءات على المتعاقد معها اذا ما أخل بالتزاماته دون حاجة للجوء الى القضاء، و حتى في حالة خلو العقد من نص صريح يخولها هذا الحق، ذهب الرأي الأول اعتماد السلطة بوصفها أساسا قانونيا لهذا الحق بينما عدَ أصحاب الرأي الثاني أن أساس هذا الحق يكمن في فكرة المرفق العام[1] .

هذا ما يستدعي بنا البحث عن الأساس القانوني الذي تقوم عليه الإدارة المتعاقدة في توقيع الجزاءات (المطلب الأول) و من ثم البحث عن اهم الخصائص العامة التي تميزها عن غيرها من الجزاءات المعمول بها والحدود التي تقف عندها (المطلب الثاني) .

1-محمد ماهر أبو العينين، العقود الإدارية و قوانين المزايدات و المناقصات في قضاء و إفتاء مجلس الدولة، الكتاب الثاني، دار ابو مجد للطباعة، القاهرة، 2005، ص 527.

المطلب الاول : الأساس القانوني الذي تقوم عليه الإدارة في توقيع الجزاءات أثناء العقد الإداري

استقر الفقه والقضاء على أن الإدارة سلطة فرض الجزاءات على المتعاقد معها في حالة تقصيره في تنفيذ التزاماته التعاقدية، إذ أن للإدارة بحكم سلطاتها العامة امتيازات و صلاحيات ترجح كفتها أمام الفرد المتعاقد معها، والذي يكون ملزما بتنفيذ

العقد الإداري على أكمل وجه لضمان سير المرافق العامة بانتظام و استمرارها لتحقيق المصلحة العامة[1] إلا أن الخلاف في الفقه يكمن حول الأساس القانوني لسلطة الإدارة في فرض الجزاءات على المتعاقد معها، فبعض الفقهاء يذهب إلى أن الأساس القانوني لسلطة الإدارة تلك يكمن في "فكرة السلطة العامة" بينما يرى بعضهم الأخر أن هذا الأساس يقوم على فكرة "المرفق العام " .

و لذا سندرس في هذا المطلب أساس هذه السلطة، و الذي بدوره ينطوي على ثلاثة فروع : فكرة السلطة العامة كأساس قانوني لسلطة الإدارة الجزائية (الفرع الأول) ثم فكرة المرفق العام كأساس قانوني لسلطة الإدارة الجزائية (الفرع الثاني) ثم في (الفرع الثالث) الأساس القانوني لسلطة الإدارة في توقيع الجزاءات على المتعاقد معها في التشريع الجزائري .

الفرع الأول : فكرة السلطة العامة كأساس قانوني لسلطة الإدارة الجزائية

يرى أصحاب هذا الاتجاه، أن الأساس القانوني الذي يمكن أن تقوم عليه سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات على المتعاقد معها المقصر في تنفيذ التزاماته التعاقدية، في حالة سكوت

العقد يكمن في فكرة السلطة العامة، على أساس أن الجزاءات التي توقعها الإدارة على المتعاقد معها هي مظهر من مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية، كما أنها تطبيق لنظرية امتياز التنفيذ المباشر [2] وهو ما يعني أن للإدارة

1 –فوزية سكران، المرجع السابق، ص 64.

2 –مجدوب عبد الحليم، الضمانات القانونية المخولة لجهة الإدارة في مواجهة المتعاقد معها أثناء تنفيذ العقد الإداري–دراسة مقارنة، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق –تخصص قانون عام، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة تلمسان 2018- 2019، ص 165 .

كامل السلطة في إصدار قرارات لمواجهة الأفراد و تنفيذها بنفسها دون حاجة إلى إذن سابق من القضاء .

وعلى ضوء ذلك سنستعرض أهم المواقف و الآراء التي أيدت هذا الاتجاه كما يلي:

1 – موقف الفقه الفرنسي

يرى بعض فقهاء القانون العام في فرنسا إلى أن سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات على المتعاقد معها تجسد أساسها في فكرة السلطة العامة، ومن جملة هؤلاء الفقهاء هوريو Hauriou و الذي يرى أنه : « من حق الإدارة استعمال امتيازها في التنفيذ المباشر في نطاق تنفيذ أي عقد مبرم بخصوص المرافق العامة للدولة، فلها أن تفسخ عقد الأشغال العامة أو التوريد، و أن تحل نفسها محل متعاقدها المقصر في تنفيذ التزاماته، و ذلك بمجرد قرار بسيط من جانبها من دون أن تكون ملزمة بعرض الأمر على القضاء ليقضي لها بهذه الإجراءات [1] .

وكذلك موريس أندري فلام mourice André Flamme الذي يرى بأن: « السلطة العامة تظهر فقط في مجال تنفيذ العقد الإداري، و لذلك فإن سلطة اتخاذ القرار من جانب الإدارة –لوحدها هو تعبير عن فكرة قبول الطرف الأخر المتعاقد معها تحمل بعض الالتزامات، بحيث يعاقب عند ارتكابه لأية مخالفة، وهو ما تسعى إليه الإدارة من فرض الجزاءات عند ممارستها لهذه السلطة، استنادا الى فكرة السلطة العامة، فإن الإدارة ليست مقيدة بالجزاءات المنصوص عليها في العقد، بل لها ان تفرض الجزاءات حتى وإن لم ينص عليها العقد، ما عدا ما يتعلق بجزاء اسقاط الالتزام » [2].

و هو الشيء نفسه الذي يراه فيدل Vedel حيث أن : «سلطة الإدارة في مجازاة المتعاقد معها بمقتضى عقد إداري في حالة سكوت نصوص العقد، ينبع من فكرة السلطة العامة »[3] .

1 –صفاء فتوح جمعة، الطبيعة الاستثنائية للجزاءات في العقود الإدارية والقيود الواردة على الإدارة في توقيعها "تقاضي بلا قاض" مكتبة الوفاء، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، ط 1، ص 71 .

2 - مجدوب عبد الحليم، المرجع السابق، ص 166

3 -Vedel (G) , droit administratif, Tom 01, 05 ème ED, paris, 1973, p 345.

كما نجد من بين القرارات التي أيد فيها القضاء الإداري الفرنسي فكرة السلطة العامة كأساس قانوني لسلطة الإدارة في توقيع الجزاءات على المتعاقد معها المقصر في تنفيذ التزاماته التعاقدية، قراره الصادر بتاريخ 1926/11/27 في قضية (Monot) والذي قضى فيه " بأن للإدارة في الكثير من الحالات بالاستناد إلى سلطتها العامة أن تلجأ إلى تحصيل قيمة التعويض بمقتضى أوامر بالدفع تصدر عنها بإرادتها المنفردة، كإعمال لإحدى ومن جانب آخر يجزم بكينيو Péquignto القول مستشهدا بحكم مجلس الدولة الفرنسي في قضية شركة ملاحة جنوب الأطلنطي في 1929/10/12 أنه :« من حق الإدارة استعمال سلطتها في التنفيذ المباشر عندما تطبق جزاء ضد المتعاقد معها المقصر في تنفيذ التزاماته التعاقدية، دون حاجة الى وجود نص صريح في العقد يخولها هذا الحق، فهذه الامتيازات هي ما يميز العقد الإداري »[1] . أهم الامتيازات التي تملكها ألا و هو امتياز التنفيذ المباشر "[2] .

بعد استعراضنا لكل من الفقه و القضاء الإداريين الفرنسي، فما موقف الفقه والقضاء العربي من ذلك ؟

2–موقف الفقه العربي

وقد أيد جانب من الفقه المصري هذا الرأي، و ذهب الى قول :إن أساس القانوني لسلطة الإدارة في توقيع الجزاءات يكمن في فكرة السلطة العامة بحجة أن الجزاءات التي توقعها الإدارة على المتعاقد معها إذا قصر في تنفيذ التزاماته، هي مظهر من مظاهر السلطة العامة و تطبيقها لأهم امتياز من امتيازات السلطة العامة التي تملكها الإدارة بمواجهة الأفراد وهو امتياز التنفيذ المباشر[3] .

وقد أقرت المحكمة الإدارية العليا بمصر فكرة السلطة العامة في حكمها الصادر بتاريخ 1963/5/25 بقولها : " إن العقد الإداري .....يتميز بأن الإدارة تعمل في إبرامها له بوصفها سلطة عامة تتمتع بحقوق وامتيازات لا يتمتع بها المتعاقد معها، و ذلك بقصد تحقيق نفع عام أو مصلحة مرفق من المرافق العامة، كما أنه يفترق عن

1 – مجدوب عبد الحليم، المرجع السابق، ص 167.

2 – فوزية سكران، المرجع السابق، ص 66

3 – أحمد عثمان عياد، المرجع السابق، ص 341 .

العقد المدني في كون الشخص المعنوي العام يعتمد في إبرامه، و تنفيذه على أساليب القانون العام ووسائله، لتضمينه شروطا استثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص سواء كانت هذه الشروط واردة في ذات العقد أم كانت مقررة بمقتضى القوانين و اللوائح، فبينما مصالح الطرفين في العقد المدني متساوية ومتوازية إذ بكفتي المتعاقدين غير متكافئة في العقد الإداري، تغليبا للمصلحة العامة على المصلحة الفردية، مما يجعل للإدارة حق توقيع الجزاءات على المتعاقد، و حق فسخ العقد دون تدخل القضاء " [1].

أما الفقه العراقي فيرى، أنه لما كانت الإدارة هي القوامة على حسن أداء الخدمات العامة لجمهور المنتفعين من خدماتها، لذا فهي تتمتع بسلطات و امتيازات لا مثيل لها للأفراد الهدف منها مساعدتها على تسيير المرافق العامة بانتظام و اطراد، و هذا يبرر تمتعها بسلطة فرض الجزاءات على المتعاقدين معها من جانبها دون حاجة إلى مراجعة القضاء، و تنفيذ قراراتها من قبلها مباشرة رائدها في ذلك المصلحة العامة، و حسن أداء المرفق لخدماته للأفراد . لذلك باتت فكرة السلطة العامة هي العلة التي تبرر منح الإدارة هذه السلطات الواسعة التي يجد الفرد نفسه عاجزا أمامها إلاً عن مراجعة القضاء [2] .

و في لبنان يرى الاجتهاد اللبناني أنه إذا كانت الإدارة تملك حق فرض العقوبات، فإن هذا نابع بالتأكيد من كونها سلطة عامة تتمتع بامتيازات خاصة خارجة عن نطاق القانون العادي[3] .

مما يتضح لنا بعد عرض العديد من المواقف الفقهية والأحكام القضائية الخاصة بفكرة السلطة العامة، أن الأساس القانوني لسلطة الجزاء يكمن في فكرة السلطة العامة، للارتباط الوثيق لهذه الفكرة بالعقد الإداري، إذ يمتد أثرها إلى تنفيذ هذا العقد فيخضعه لقواعد استثنائية ولو لم يكن منصوصا عليها فيه ... و الجزاءات التي توقعها الإدارة إذا قصر المتعاقد في تنفيذ التزاماته، هي مظهر من مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية، وهي تطبيق

1 – فوزية سكران، المرجع السابق، ص 66 .

2 –سحر جبار يعقوب، الرقابة القضائية على سلطة الإدارة في فرض الجزاءات الإدارية في عقد التوريد، المركز العربي للدراسات و البحوث العلمية، بدون مكان النشر، 2020، ص 114- 115 .

3 –يوسف سعد الخوري، القانون الإداري العام، ج 1، بدون مكان النشر، ط1، 1994، ص 491 .

وإعمال لامتياز من أهم امتيازات السلطة [1] ، فإن جانب من الفقه انتقد هذه الفكرة و أسس رأيه على فكرة أخرى، ألا و هي مبدأ انتظام سير المرفق العام .

الفرع الثاني : مبدأ انتظام سير المرفق العام كأساس قانوني لسلطة الإدارة الجزائية

ذهب أصحاب هذا الاتجاه إلى القول بأن فكرة المرفق العام هي الأساس في القانون الإداري لاسيما في العقود الإدارية، و من طبيعة المرفق العام وجوب استمرار سيره و انتظامه دون توقف، لتحقيق المصلحة العامة، فهذه العقود تكون خاضعة لأحكام و قواعد خاصة تختلف عن القواعد التي تخضع لها العقود المدنية لتعلقها بنشاط المرافق العامة و من هنا سوف نتطرق إلى أهم تلك الرؤى و الأفكار التي تناولها الفقه بهذا الشأن:

1 – موقف الفقه في فرنسا

و في هذا الصدد يرى الفقيه الفرنسي أندري دي لوبادير André de laubadére بأن: «الجزاءات في العقود الإدارية لا تستهدف فحسب قمع أوجه الإخلال بالإلتزامات فحسب، وإنما تهدف إلى كفالة حسن سيرالمرافق العامة » [2] .

كما يزعم ديجيه Duguit و الذي يعد أكبر الفقهاء الذين دعموا مدرسة المرفق العام أن : «كافة نظريات القانون الإداري تجد أساسها في فكرة المرفق العام، فلولا المرفق العام الذي يهتم بالمصلحة العامة، لما خولت جهة الإدارة سلطات استثنائية لا وجود لها في نطاق قواعد القانون الخاص، ووفقا لنظرية المرفق العام فإن نطاق تطبيق كل من القانون الإداري و اختصاص القضاء الإداري يتحدد بكل نشاط تقوم به الدولة و يستهدف مباشرة تحقيق الصالح العام للجميع » [3] .

1- صفاء فتوح جمعة، المرجع السابق، ص 71.

2 – صفاء فتوح جمعة، المرجع السابق، ص 72 .

3 – مجدوب عبد الحليم، المرجع السابق، ص 170 .

وهو الشيء نفسه الذي يراه جيز JEZE بقوله أن :«السير المنتظم و المستمر للمرفق العام يتطلب أكبر قدر من الدقة في تنفيذ العقد الإداري، و لذلك فمن المهم أن تكون الالتزامات المتعاقد مع الإدارة جزاءات حازمة، فهي احتياجات المرافق العامة » [1].

2– موقف الفقه العربي

و في المقام عينه، يقول سليمان الطماوي أن : « حق الإدارة في توقيع الجزاءات الإدارية على المتعاقد المخل بتنفيذ التزاماته مردها إلى فكرة أن هذا العقد يستهدف تسيير مرفق عام عن طريق الاستعانة بالنشاط الفردي، فوجود المرفق العام هو الأساس القانوني لسلطة الإدارة في فرض الجزاءات على المتعاقد لضمان تنفيذ الالتزامات المتصلة بسير المرفق العام، أو استبعاد الاختلال »[2].

ويزعم عمار بوضياف أن الأساس القانوني الذي يمكن للإدارة الاستناد إليه في تطبيقها لسلطة توقيع الجزاء على المتعاقد معها يعود إلى فكرة تأمين سير المرافق العامة بانتظام و اطراد، باعتبار أن هذه الأخيرة تفرض تزويد جهة الإدارة و الاعتراف لها في مجال العقود الإدارية بممارسة جملة من السلطات و التي من بينها سلطة توقيع الجزاءات للضغط أكثر على المتعاقد معها و جعله أكثر حرصا في تنفيذ التزاماته التعاقدية [3] .

و قد جاء في حكم المحكمة الإدارية العليا بمصر في حكمها الصادر بتاريخ 1963/12/28 " .. إن للجهة الإدارية الحق في فسخ العقد و مصادرة التأمين، وشطب الإسم، وهذه ليست إلا جزاءات تملك الإدارة توقيعها على المتعاقد معها إذا تخلف عن الوفاء بها بما يفرضه عليه العقد، أو إذا استعمل الغش أو التلاعب في معلوماته معها، ولما كان توقيع هذه الجزاءات إنما يهدف أساسا إلى حسن تنفيذ العقد المتصل بالمرفق العام، وضمان استمراره بانتظام تحقيقا للمصلحة العامة، و من حق جهة الإدارة توقيعه دون انتظار لحكم من القضاء، فإنه لا

1 – مجدوب عبد الحليم، المرجع السابق،ص170 .

2 –سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 467.

3 – فوزية سكران، المرجع السابق، ص 68

وجه لاتخاذ أي إجراء يحول دون استعمال الجهة الإدارية لهذا الحق .. و هي في هذا لا تستند إلى العقد الإداري بل إلى سلطتها الضابطة للمرافق العامة .[1]"

و أخيرا يمكن القول أن الرأي الذي يعتمد على فكرة المرفق العام بوصفها أساسا لسلطة الإدارة في توقيع الجزاءات على المتعاقد أرجح، لأن مبدأ السير المنتظم و المطرد الذي يحكم نشاط المرافق العامة، يستلزم أن تكون الإدارة سلطة فرض الجزاءات على المتعاقد معها عند إخلاله بتنفيذ التزاماته التعاقدية، كونها هي المسئولة عن ضمان حسن سير المرافق العامة، و إن تقصير المتعاقد في تنفيذ شروط العقد، من شأنه الإخلال بمبدأ دوام سير المرافق العامة بانتظام واطراد.

الفرع الثالث : الأساس القانوني لسلطة الإدارة في توقيع الجزاءات على المتعاقد معها في التشريع الجزائري

تعد امتيازات المصلحة المتعاقدة في توقيع الجزاءات على المتعاقد معها المخل بتنفيذ التزاماته التعاقدية لم يكن أساسا التناقضات كما هو الحال في العقد الإداري وفي ظل القضاء والفقه المقارن، بل فرضتها الظروف الموضوعية للتطور الاقتصادي والاجتماعي في الجزائر[2]، وتعمد المصلحة المتعاقدة من أجل تنفيذ التزاماتها الى اللجوء الى ابرام صفقات عمومية بينها وبين مؤسسات القطاع الخاص في إطار المخطط الوطني

وهذا ما أكده المشرع الجزائري على سبيل المثال في قانون 88-02 بموجب نص المادة 34 والتي تنص على أنه ": تنجز مخططات المؤسسات الاقتصادية بواسطة عقود يرتضيها الأطراف بحرية قصد تبادل مواردهم وخدماتهم في اطار الأهداف والمقاييس المنصوص عليها في المخطط الوطني" [3].

1 – محمد ماهر أبو العينين، مرجع سابق،ص 527.

2 – خلفان محمد أمين، كمال محمد، سلطة الإدارة في تعديل و توقيع الجزاءات أثناء تنفيذ العقد الإداري، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في القانون العام، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة البويرة، 2018- 2019 ، ص 71.

3 – القانون رقم 88-02 المؤرخ في 12 يناير المتعلق بالتخطيط ، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد الثاني، الصادر بتاريخ 13 يناير 1988، ص 39 .

وبالرجوع إلى المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المنظم للصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام في الجزائر حاليا وتحديدا في الفقرة الأولى من نص المادة 01/147، نجد تقرير أنه : "يمكن أن ينجر عن عدم تنفيذ الالتزامات التعاقدية من قبل المتعاقد في الآجال المقررة أو تنفيذها غير المطابق ،فرض عقوبات مالية ،دون الإخلال بتطبيق العقوبات المنصوص عليها في التشريع المعمول به " [1].

ومن خلال ما سبق تناوله يمكن القول أن، الأساس القانوني لسلطة الإدارة المتعاقدة في توقيع الجزاءات على المتعاقد معها المخل بالتزاماته التعاقدية في التشريع الجزائري هو المخطط التنموي بالدرجة الأولى، ثم يأتي العقد واستنادا الى النص الأصلي في المخطط ليؤكده ويجسد هذه التعليمات في تفصيل وتدقيق هذه الجزاءات في بنوده حتى تصبح واضحة للأطراف المتعاقدة [2].

و بناءا على ذلك ،فإن النتيجة التي يمكن استخلاصها أن هناك توافقا حول الأساس القانوني بين ما هو وارد في نطاق القضاء و الفقه المقارن، وما هو وارد في مجال القانون الجزائري و ذلك على أساس أن ضرورات المرافق العمومية و حاجاتها من إنشاء و تسيير هي جزء من المخططات و البرامج التنموية في الجزائر، و ذلك كله بهدف تحقيق المصلحة العامة .

المطلب الثاني : خصائص و حدود سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات في مجال تنفيذ العقود الإدارية

يشمل هذا المطلب على أهم الخصائص العامة التي تميز الجزاءات الإدارية التي تملك الإدارة حق توقيعها على المتعاقد معها عن غيرها من الجزاءات المعروفة في القانون الخاص (الفرع الأول) و كذا أهم الحدود التي وضعها المشرع لجهة الإدارة أثناء ممارسته لهاته السلطة (الفرع الثاني) .

1 – المادة 01/147 من المرسوم الرئاسي 247/15، سالف الذكر، ص 136 .

2 –عبد القادر رحال، سلطة المتعامل العمومي في توقيع الجزاءات على المتعاقد معه في القانون الجزائري – دراسة مقارنة مذكرة ماجستير في القانون العام، معهد العلوم القانونية و الإدارية، جامعة تيزي وزو، 1990، ص 133 – 134.

الفرع الأول : الخصائص العامة لتوقيع الجزاءات التعاقدية في مجال تنفيذ العقد الإداري .

يمتاز نظام الجزاءات في العقد الإداري بخصائص تميزه عن الجزاءات المعروفة في القانون الخاص، إذ يمكن للإدارة بموجبه أن تفرض الجزاءات على المتعاقد معها إذا ما أخل بالتزاماته التعاقدية، و إن لم ينص عليها في العقد، كما يمكنها توقيع تلك الجزاءات على المتعاقد بنفسها من دون حاجة إلى اللجوء إلى القضاء شريطة إعذار المتعاقد قبل إصدار قرارها بتوقيع الجزاء عليه و يخضع هذا القرار لرقابة القضاء من حيث المشروعية و الملائمة[1] .

و للإشارة إلى أن هذه الخصائص مستمدة أصلا من أحكام مجلس الدولة الفرنسي و المصري، و تضمنتها القوانين و اللوائح بوصفها من الخصائص العامة لنظام الجزاءات العامة لنظام الجزاءات في العقد الإداري .

و يمكن تحديد هذه الخصائص العامة للجزاءات الإدارية في العقد الإداري بأربعة خصائص وهي :

سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات بنفسها ومن دون حاجة للجوء إلى القضاء (أولا) كما تستطيع توقيع الجزاءات حتى و إن لم ينص عليها العقد (ثانيا) وفضلا عن أحقيتها في اختيار موعد توقيع الجزاء (ثالثا) و دون حاجة منها إلى إثبات وقوع ضرر أصابها من جراء تقصير المتعاقد (رابعا) .

أولا : سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات بنفسها أو بإرادتها المنفردة .

امتياز المبادرة "le privilège du préalable " : وهو يعني حق الإدارة في توقيع الجزاء بنفسها دون حاجة إلى اللجوء إلى القضاء من خلال السند التنفيذي، مما يجعل المتعاقد معها في موقف المدعي دائما، و نادرا ما تكون الإدارة مدعيا، وهذا الامتياز لا أصل له في القانون المدني أو الخاص حيث أن الإدارة [2]، و على خلاف الحال في القانون الخاص، لا تحتاج إلى التوجه إلى المحكمة الإدارية للمطالبة بتوقيع الجزاء ضد المتعاقد المقصر، كما أنها تستخدم في هذا المضمار امتياز المبادرة [3] .

1 – فوزية سكران، المرجع السابق، ص 59

2–صفاء فتوح جمعة، المرجع السابق، ص 50 .

3 –فوزية سكران، المرجع السابق، ص 60 .

و هو يعطي حقا للإدارة في إصدار أوامر ملزمة للأفراد، و تنفيذها بالقوة الجبرية، ومن دون حاجة للجوء إلى القضاء، أي صلاحيتها في اتخاذ القرار التنفيذي، و تمثل هذه الطريقة استثناء على الأصل العام، و لكنها تقع تحت رقابة القضاء بطبيعة الحال .

و لقد أقر المشرع المصري لجهة الإدارة هذه الخاصية بالنص عليها صراحة في المادة 26 من القانون رقم 89 لسنة 1998 والمتعلق بتنظيم المناقصات والمزايدات بقوله : « ...يصبح التأمين النهائي من حق الجهة الإدارية، كما يكون لها أن تخصم ما تستحقه من غرامات وقيمة كل خسارة تلحق بها من أية مبالغ مستحقة أو تستحق للمتعاقد لديها وفي حالة عدم كفايتها تلجأ إلى خصمها من مستحقاته لدى أية جهة إدارية أخرى، أيا كان سبب الاستحقاق دون حاجة إلى اتخاذ أية إجراءات قضائية » [1] .

و هو ما أكدته المحكمة الإدارية العليا بمصر بقضائها أن " الإدارة تعمل في إبرامها للعقد الإداري 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، مما يجعل للإدارة سلطة مراقبة شروط العقد، و كذا حق توقيع جزاءات على متعاقديها بإرادتها المنفردة[2].

فالإدارة تملك توقيع جميع أنواع الجزاءات الإدارية على المتعاقد معها المقصر بنفسها من دون حاجة إلى اللجوء للقضاء مقدما، و لكن مجلس الدولة الفرنسي يستثني من ذلك عقوبة إسقاط الالتزام la déchéance de la concession)، فلا يجوز توقيعها إلا بحكم قضائي ما لم يوجد نص صريح بالعقد يخول جهة الإدارة حق

1 – صفاء فتوح جمعة، المرجع السابق، ص 52 .

2 –سعاد الشرقاوي، العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003، ص 462 .

توقيعه، إن هذا الجزاء شديد الوطأة على الملتزم الذي يتكبد نفقات ضخمة، لإعداد المرفق و تهيئته للاستغلال، ومن ثم توقيعه يجب أن يناط بالقاضي، و ليس بجهة الإدارة المتعاقدة [1].

أما مجلس الدولة المصري لم يتبع مجلس الدولة الفرنسي فيما يخص جزاء إسقاط الالتزام إذ منح للإدارة الحق في فرض عقوبة إسقاط الالتزام من دون حاجة إلى الالتجاء إلى القضاء و تترخص الإدارة في اختيار الوقت المناسب لفرض الجزاء بحسب ما تراه صالحا، لضمان سير المرفق العام، طالما لم يلزم العقد بفرض الجزاء في وقت معين، وأشار إلى ذلك حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في 1967/5/20، إذ ثبت " بأنه و باستثناء حالة النص على إلزام الإدارة بتوقيع الجزاء على المتعاقد معها في وقت معين، فإن الإدارة تترخص في اختيار وقت مناسب في توقيع الجزاء بحسب ما تراه صالحا لضمان سير المرافق العامة.

و من ثم فإنه لا مسؤولية عليها، إذا رأت في حدود سلطاتها التقديرية، أن تتريث في إيقاع الجزاء على المتعاقد المقصر حتى يفيء بالحق من حيث النهوض بالتزامها، و قد يكون هذا التريث تحقيقا للمصلحة العامة"[2].

أما مجلس الدولة الفرنسي فهو يستثني جزاء إسقاط الالتزام من بث الجزاءات الإدارية، التي تملك الإدارة حق توقيعها بنفسها على المتعاقد معها، في حالة إخلاله بتنفيذ التزاماته التعاقدية و يجعل توقيعه بيد القضاء [3] .

وعلى ضوء ما تقدم يتبين لنا أن للإدارة الحق في توقيع الجزاءات على المتعاقد معها إذا أخل بالتزاماته التعاقدية بنفسها بغض النظر عن نوع التقصير الذي يقع فيه، و القواعد الأصولية التي تقضي بها طبيعة العقود الإدارية، يدل ذلك على جهد المشرع لتوفير الضمانات الضرورية والكافية التي تتيح لجهة الإدارة اقتضاء حقوقها مباشرة، وإزاحة كافة الصعوبات والعراقيل التي تواجه مسيرة العقد بما قد يعود استمرار المرافق العامة بشكل سلبي .

1 –هيثم حليم غازي، سلطات الإدارة في العقود الإدارية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، الطبعة الأولى، 2014، ص 96.

2 –محمد حسن مرعي الجبوري، المرجع السابق، ص 51 .

3 –فوزية سكران، المرجع السابق، ص 62.

ثانيا : سلطة توقيع الجزاءات الإدارية دون الحاجة إلى النص عليها في العقد

إذا كانت القاعدة العامة تقتضي بأن العقد شريعة المتعاقدين في القانون الخاص، فلا وجود لهذه القاعدة في العقود الإدارية و لاتصالها بالمرفق العام، و من ثم يجب أن لا يكون احترامها سببا يؤدي إلى عدم مبدأ دوام سير المرفق العام و انتظامه، لأنه من غير العدالة أن تقف الإدارة بعدها المسئولة عن عدم دوام سير المرفق العام مكتوفة الأيدي عن مواجهة خطر ناتج عن عدم التنفيذ الصحيح من جانب المتعاقد لالتزاماته استنادا أن لهذا الخطأ جزءا معينا في العقد، و يجب الالتزام به فالتأخير و الإهمال في التنفيذ، قد يكون على درجة من الجسامة تجعل الغرامة المتفق عليها في العقد غير كافية، لذلك فللإدارة أن تفرض على المتعاقد الجزاء المناسب من دون أن تكون مقيدة بالجزاء العقدي [1] ، و هذا هو الحال مع جزاء التعويض .

إن سلطة الإدارة في توقيع الجزاء على المتعاقد معها مستقلة عن نصوص العقد، و لا يشترط لوجودها أن تتضمنها الأحكام لواردة في العقد، بل هي موجودة و إن لم ينص عليها العقد أو نص على بعض الجزاءات، وهو ما قضى به مجلس الدولة الفرنسي في حكمه الرئيسي الصادر بتاريخ 1907/5/31 في قضية Déplanque [2] .

و كذلك أحكام مجلس الدولة المصري، والتي سلكت هي الأخرى نفس النهج الذي سلكه المشرع الفرنسي، حيث جاء في أحد الأحكام الصادرة عنه بخصوص جزاء رفعته الإدارة على أحد المتعاقدين، رغم عدم النص على ذلك في العقد، ما يلي : «... و من ثم فليس بالذي يعتد به المدعي في مذكرته من شروط المزايدة لم ينص فيها على حق الوزارة في مصادرة التأمين، أنه مادام الغرض من التأمين هو ضمان التنفيذ ...

فلا يمكن تصور قيام هذا الضمان ما لم يكن للوزارة حق مصادرة هذا التأمين في حالة عدم التنفيذ سواء نص عليه، أو لم ينص في الشروط على هذا الحق، وإلا لما كان هناك محل أصلا لاشتراط دفع التأمين مع العطاء[3].

1 – فوزية سكران، المرجع السابق، ص 62 .

2 –مجدوب عبد الحليم، المرجع السابق، ص 178.

3 – رشا محمد جعفر الهاشمي، الرقابة القضائية على سلطة الإدارة في فرض الجزاءات على المتعاقد معها، دراسة مقارنه، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ط01، 2010، ص 26.

و من ثمة يتبين لنا 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 العقد على بعض الجزاءات، فلا يعني ذلك اقتصارا أيًا من الجزاءات سواء كان منصوصا عليها في العقد أم لم يكن، تحقيقا للمصلحة العامة فسلطة الإدارة في توقيع الجزاءات على المتعاقد معها مستقلة عن نصوص العقد ناتجة عن اتصاله بنشاط مرفق عام في سيره و تنظيمه [1] .

ثالثا : حق الإدارة في اختيار موعد توقيع الجزاء

تتسم الجزاءات الإدارية بأن ميقات توقيعها يتوقف عند إرادة الإدارة، فإذا لم يوجد نص يلزم الإدارة بتوقيع الجزاء على المتعاقد معها في حالة إخلاله بالتزاماته التعاقدية في مدى زمني معين فإن الإدارة يكون لها حق اختيار الوقت التي تراه مناسبا لتوقيع الجزاء وفق ما تراه محققا لضمان سير المرفق العام [2].

وهو ما أكدته المحكمة الإدارية العليا بمصر في أحد الأحكام الصادرة عنها بقولها: « .... باستثناء حالة النص على إلزام الإدارة بتوقيع الجزاء على المتعاقد معها في وقت معين، فإن الإدارة تترخص في اختيار الوقت المناسب لتوقيع الجزاء بحسب ما تراه صالحا لضمان سير المرافق العامة، ومن ثم فإنه التثريب في إيقاع الجزاءات على المتعاقد المقصر حتى يفيء إلى الحق من حيث النهوض بالتزاماته، وقد يكون في هذا التريث تحقيق لهذه المصلحة إذا كان في أحكام العقد ما يكفل حمل المتعاقد على المبادرة إلى التنفيذ»[3] .

1 – محمد حسن مرعي الجبوري، المرجع السابق، ص 53 .

2 – عبد العزيز عبد المنعم خليفة، تنفيذ العقد الإداري وتسوية منازعاته قضاءا وتحكيما، منشأة المعارف، الإسكندرية، (د ط)، 2008، ص 263 .

3 – رشا محمد جعفر الهاشمي، المرجع السابق، ص 21.

رابعا : سلطة الإدارة في توقيع الجزاء دون الحاجة إلى إثبات وقوع ضرر

إن الإدارة تملك سلطة توقيع الجزاءات على المتعاقد معها بدون الحاجة إثبات وقوع ضرر لأن الغاية من توقيع الجزاءات الإدارية عند إخلال المتعاقد في تنفيذ العقد ليس مجرد معاقبة المتعاقد على خطأ ارتكبه، و إنما يتجه أساسا إلى حسن سير المرافق العامة بانتظام تحقيقا للمصلحة العامة [1].

وفي هذا الشأن قضت المحكمة الإدارية العليا بمصر في جلسة لها بتاريخ 20 /05 /1967 بأن : «الجزاءات التي تملك الإدارة توقيعها على المتعاقد معها في روابط العقد الإداري إذا ما خالف شروط العقد أو قصر في تنفيذ الالتزامات المفروضة عليه بموجبه إنما تستهدف أساسا تأمين سير المرافق العامة فلا يشترط لتوقيعها إثبات وقوع ضرر أصاب المرفق، إذ أن هذا الضرر مفترض بمجرد تحقق سبب استحقاقها المنصوص عليه في العقد » [2].

و استنادا إلى ما سبق يمكننا القول أن للإدارة حق توقيع الجزاءات الإدارية على المتعاقد معها في حالة ما أخل بتنفيذ التزاماته التعاقدية دون حاجة منها إلى إثبات وقوع ضرر قد أصابها، باستثناء جزاء التعويض و الذي يرتبط مفهومه بحجم الضرر عدما ووجودا .

الفرع الثاني : حدود سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات على المتعاقد معها

تملك الإدارة سلطة توقيع جزاءات إدارية على المتعاقد معها المخل بتنفيذ التزاماته التعاقدية سواء إخلال بتنفيذها، أو التقصير فيها، أو بالتأخير في تنفيذها، أو بالتنفيذ غير المرضي كإحدى الضمانات القانونية المهمة التي أقرها لها المشرع ليضمن لها سلامة تنفيذ عقودها المبرمة مع أشخاص القانون الخاص، حتى تتمكن من مواجهتهم، بغرض الحفاظ على ضمان حسن سير المرافق العامة.

1 – محمد بوناب ،سلطات المصلحة المتعاقدة في تنفيذ الصفقة العمومية في ظل المرسوم الرئاسي 247/15، مذكرة لنيل شهادة الماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي، 2015 – 2016، ص 38 .

2 – مجدوب عبد الحليم، المرجع السابق، ص 182.

لكن و بالرغم من إقرار المشرع للإدارة بسلطة توقيع الجزاءات و اعتبارها ضمانة مهمة لها إلاُ أن استعمالها لهذه السلطة ليس مطلقا، بل تحدها مجموعة من الضوابط الأساسية عند ممارستها لها، فهي مقيدة بضرورة اعذار المتعاقد معها قبل توقيع الجزاء عليه (أولا) و خضوعها لرقابة القضاء (ثانيا) .

أولا : ضرورة اعذار المتعاقد قبل توقيع الجزاء عليه

قبل التطرق إلى أحكام الاعذار الذي يعد من الضوابط الأساسية لتوقيع الجزاء الإداري و ضمانة من ضمانات المتعاقد مع الإدارة في العقود الإدارية، لابد من إعطاء تعريف له :

هو ذلك التنبيه أو الإنذار الذي توجهه الإدارة إلى المتعاقد، و توضح له الخلل أو التقصير أو التأخير في تنفيذ العقد الإداري، و تأمره بضرورة الالتزام بتنفيذ العقد وفق القواعد القانونية المعمول بها في مدة تحددها له، تحت طائلة اتخاذ الإجراء القانوني المناسب بحقه، الذي يتخذ في مجمل الأحوال طابع الجزاء الإداري.

و الاعذار هو أمر منطقي تفرضه قواعد العدالة، ذلك أنه يعني تنبيه المتعاقد إلى مخالفته التي قد تضر بالمرفق العام، و من ثم يمكن له بعد اعذاره أن يصحح من هذه المخالفة و تنتهي المشكلة عند هذا الحد، كما أنه يعني أيضا إنذار له بتوقيع الجزاء الذي تراه الإدارة مناسبا، إذا استمر في هذه المخالفة [1] .

وفي تعريف آخر مختصر للاعذار، عرفه عبد الرزاق أحمد السنهوري على أنه : « إنذار موجه للمتعاقد بورقة رسمية تطلب فيها الإدارة منه تنفيذ التزامه » [2] .

– وجوب الاعذار بالجزاء :

يرى الفقهاء أن وجوب الاعذار بالجزاء شرط مهم قبل فرض الجزاء على المتعاقد مع الادارة ومن باب المقارنة نحاول دراسة كل من وجوب الاعذار بالجزاء في كل من فرنسا، مصر، الجزائر .

1 – فوزية سكران، المرجع السابق، ص 240 .

2 – عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد، ج 01، دار الفكر، د. ب. ن ، د ،س ، ن، ص 1984 – 1985.

1 – في فرنسا :

قيد مجلس الدولة الفرنسي جهة الإدارة بضرورة إنذار المتعاقد معها [1] ، و تنبيهه إلى الخطأ الذي ارتكبه قبل فرض الجزاء عليه، فالاعذار هو التزام ضروري بالنسبة لبعض الجزاءات مثل غرامات التأخير (Pénalités de retard) ، و جزاء فسخ العقد (siliation) أما في الجزاءات الأخرى، فإن الفقهاء مختلفون حول ضرورة الالتزام بتوجيه اعذار للمتعاقد قبل فرض هذا الجزاء عليه، يستفاد ذلك من بعض الأحكام الصادرة عن مجلس الدولة الفرنسي لتعميم هذا الالتزام، و منها حكم مجلس الدولة الصادر في 1941/06/11 م بخصوص قضية (Grenouiller) [2] .

و كذلك في عقد الأشغال العامة، يسلم بضرورة توجيه إعذار للمقاول في تنفيذ التزاماته قبل توقيع الجزاء عليه، وأن تكون هنالك مدة كافية لإصلاح خطئه، و كذلك في حالة الشراء على حساب المتعاقد و على مسئوليته، فإن تخلف الإعذار من شأنه أن يجعل الإجراء معيبا و لا يتحمل مسئوليته المورد [3] .

مستثنيا من ذلك الحالات الآتية : :

– الاتفاق على الإعفاء من الإعذار.

– الإعفاء من الإعذار لظروف معينة .

و من هنا نستنتج، أن الإعذار هو إجراء ضروري تلتزم به الإدارة قبل فرض الجزاء على المتعاقد معها، في حالة إخلاله بتنفيذ التزاماته التعاقدية، و لاسيما في الجزاءات الضاغطة فلا يوجد ما يبرر استبعاد الإدارة لهذا الإجراء .

2 – في مصر:

نصت المادة 84 من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات المصري على أنه : «إذا أخل المقاول بأي شرط من شروط العقد أو أهمل أو أغفل القيام بأحد التزاماته المقررة ولم يصلح أثر ذلك خلال خمسة عشر يوما

1 – فوزية سكران، المرجع السابق، ص 241.

2 – نفس المرجع، ص 242 .

3 – فوزية سكران، مرجع سابق، ص 242 .

من تاريخ إنذاره بكتاب موصى عليه بعلم الوصول على عنوانه المبين بالعقد بالقيام بإجراء هذا الإصلاح ...» [1] تشترط وجوب توجيه الإعذار للمتعاقد قبل توقيع الجزاء، و يكون ذلك حسب ما نصت المادة المذكورة بكتاب موصى بعلم الوصول على عنوانه المبين في العقد، على أن يصلح مخالفته خلال خمسة عشر يوما من تاريخ توجيه الإنذار إليه .

3– في الجزائر

يشترط قبل توقيع الجزاء على المتعاقد في الجزائر ضرورة إعذاره مع تحديد أجل معقول لتنفيذ التزاماته، حتى يتدارك المتعاقد أخطائه و من ثم محاولة تصليحها، فإذا انقضت مدة الإعذار و لم يستجب لها كان للإدارة المتعاقدة سلطة توقيع الجزاء عليه، و هذا ما نصت عليه المادة (149) من المرسوم الرئاسي 247/15 حيث جاء فيها : " إذا لم ينفذ المتعاقد التزاماته توجه له المصلحة العامة إعذارا ليفي بالتزاماته التعاقدية في أجل محدد . وإذا لم يتدارك المتعاقد تقصيره في الأجل الذي حدده الإعذار المنصوص عليه أعلاه، فإن المصلحة المتعاقدة يمكنها أن تقوم بفسخ الصفقة العمومية من جانب واحد..." [2]

و من خلال تحليل مضمون المادة يتضح أن المشرع الجزائري قد نص على الإعذار صراحة إذا أخل المتعاقد بالتزاماته تجاه الإدارة المتعاقدة، و إذا لم يتدارك المتعاقد الإعذار في الفترة المحددة له في هذه الحالة للإدارة المتعاقدة الحق في فسخ الصفقة العمومية .

ليبقى التزام الإدارة بإنذار المتعاقد من الأمور الحتمية التي يتوجب على الإدارة مراعاتها بالنسبة إلى بعض الجزاءات مثل : غرامة التأخير [3] (retard de Pénalités) وحالة فسخ العقد (Résiliation) .

1 – اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات و المزايدات المصرية، المؤرخة بتاريخ 05/08/ 1998، رقم 89، الصادرة بقرار وزير المالية المرقم 1367 سنة 1998 م .

2 – المادة 149 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، سالف الذكر ، ص 36 .

3 – المادة 62 من المرسوم التنفيذي رقم 18 / 199، مؤرخ في 2 أوت 2018، المتعلق بتفويضات المرفق العام ج ر ج ج ، عدد 48، الصادرة بتاريخ 5 أوت 2018، ص 11 .

بالنسبة لشكل الإعذار ليس له شكل محدد، و الإدارة غير ملزمة بذكر تفاصيل تقصير المتعاقد معها كافة . وكما أن لها أن تعدل عن توجيه الإنذار، لها أيضا الحق بالتمسك بالخطأ المنسوب للمتعاقد، و إنذاره من جديد . و يشترط في عدول الإدارة من توجيه الإنذار أن يكون صريحا، أو كنتيجة لموقف إيجابي من الإدارة، بحيث لا يكفي عدول الإدارة من توجيه الإعذار بمجرد تراخي المتعاقد أو مرور فترة زمنية طويلة بين توجيه الإنذار و فرض الجزاء عليه [1]. و أيضا فيما يتعلق بأسلوب الإعذار و طريقته ففي فرنسا و طبقا للقواعد العامة، فإن الإدارة تقوم بإعذار المقاول حسب الطرق المحددة في العقد الإداري المبرم بين الطرفين، كما يمكن أن يتم عن طريق تسجيل رسالة موجهة إلى المقاول [2] .

أما في مصر، فإن الإعذار يتم وفق القواعد العامة عن طريق توجيه إنذار للمدين و حسب ما هو مذكور في القانون المدني المصري[3] .

أما بالنسبة للجزائر فقد نصت الفقرة 4 من المادة (149) على شكل الإعذار أنه : "...يحدد الوزير المكلف بالمالية بموجب قرار البيانات الواجب إدراجها في الإعذار، و كذلك أجال نشره في شكل إعلان قانوني " [4] .

وخلاصة يمكننا القول، بأن الإعذار بات يعد ضمانة لكلا طرفي العقد سواء بالنسبة لجهة الإدارة أو المتعاقد معها، فبالنسبة الإدارة يعتبر الإعذار ضمانة لها لكونها سلكت الطريق السليم للإيقاع الجزاء، أما بالنسبة للمتعاقد فيعتبر ضمانة له هو الأخر من تمكينه تدارك التقصير والعمل على إصلاحه قبل تعرضه للجزاء .

ثانيا : خضوع قرارات الإدارة الجزائية لرقابة القضاء

تعد الرقابة القضائية أكبر ضمانة من ضمانات المتعاقد مع الإدارة في نطاق العقود الإدارية، و ذلك للحد من تعسف الإدارة في حالة فرض الجزاء عليه، أو مخالفتها للقانون .

1 – فوزية سكران، المرجع السابق، ص 246.

2 – نفس المرجع و الصفحة سابقا .

3 – المادة 219 من القانون المدني المصري (النافذ)، رقم 131 لسنة 1948 .

4 – الفقرة 4 من م 149 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15 ، سالف الذكر، ص 36

هذه الرقابة هي الضمانة الأساسية الفعالة للمتعاقد ضد إساءة استعمال الإدارة لهذه السلطة أو مخالفتها للقانون والواقع أن سلطة الإدارة في توقيع الجزاء هي سلطة تقديرية لا يحدها في ذلك إلا القاعدة العامة التي توجب أن يكون تصرف الإدارة بقصد تحقيق الصالح العام، و المبدأ العام هو خضوع قرار الجزاء لرقابة القضاء الكامل إلغاء أو تعويضا، الذي يختص بنظر كافة المنازعات المتولدة عن العقد، أما إذا أصدرت جهة الإدارة قرار الجزاء استنادا إلى القوانين و اللوائح، فإن الاختصاص بنظر الطعن بالإلغاء على هذا القرار ينعقد لقاضي الإلغاء، اللهم إلا إذا اقترن طلب الإلغاء بطلب التعويض، فحينئذ ينعقد الاختصاص للقضاء الكامل، و هذه الرقابة تتناول مشروعية الجزاء من حيث الشكل و الاختصاص و الانحراف أو إساءة استعمال السلطة، كما تمتد هذه الرقابة إلى ملائمة توقيع الجزاء و مدى تناسبه مع خطأ المتعاقد [1] .

و من المسلم به أن القضاء الإداري هو القضاء المختص في المنازعات الناشئة بين طرفي العقد، باستثناء تلك المسائل الأولية التي تدخل بطبيعتها في اختصاص القضاء العادي مثل أهلية المتعاقد مع جهة الإدارة و غيرها .

والقضاء الإداري هو الجهة المختصة أصلا بالنظر في المنازعات القضائية الناتجة عن العقود الإدارية هو قاضي العقد أي جهة القضاء الكامل و ليس قاضي الإلغاء [2] .

و قد قرر مجلس الدولة الفرنسي : " إن قرار السلطة بإسقاط الالتزام لا يمكن أن يكون محلا لدعوى الإلغاء من جانب الملتزم المستبعد " [3] . بالإضافة إلى أن قاضي العقد هو صاحب الولاية العامة في الفصل في مدى قانونية قرارات الإدارة و مشروعيتها بالفسخ الجزائي للعقود الإدارية، و ليس قاضي الإلغاء و لذلك فإن المتعاقد المفسوخ عقده يجب أن يطعن في قرار الإدارة بالفسخ الجزائي لعقده بمقتضى دعوى العقد (دعوى القضاء الكامل) أمام قاضي العقد، و ليس أمام قاضي الإلغاء، فكل القرارات الصادرة عن الإدارة المتعاقدة على أساس العقد في أثناء

1 – صفاء فتوح جمعة، المرجع السابق، ص 64.

2 – فوزية سكران، المرجع السابق، ص 256.

3 – نفس المرجع و الصفحة سابقا .

تنفيذه لا يمكن أن تنشئ للمتعاقد إلا الحق في إقامة دعوى التعويض في نطاق القضاء الكامل و ليس دعوى الإلغاء [1] .

و قد سار القضاء الإداري المصري على نهج نظيره الفرنسي نفسه في العقود الإدارية كافة، فقد قررت محكمة القضاء الإداري أنه : "متى توافرت في المنازعة حقيقة العقد الإداري سواء أكانت المنازعة الخاصة بانعقاد العقد أم صحته، أم تنفيذه أم انقضائه، فإنها كلها تدخل في نطاق ولاية القضاء الكامل دون ولاية الإلغاء " [2] . بالإضافة أن القضاء الإداري المصري أشار إلى الاستثناءات المتعلقة بالطعن المقدم من الغير ففي مجال عقد التوريد على سبيل المثال قبلت محكمة القضاء الإداري الطعن المقدم من الغير بالإلغاء ،ضد قرار ر سو مناقصة توريد أخشاب على غير المدعي [3] .

لم يختلف المشرع الجزائري عن نظيريه الفرنسي و المصري في اعتمادهما النظام القضائي المزدوج، فإنه يسند الاختصاص في النظر في المنازعات الناجمة عن تنفيذ العقد الإداري هو القضاء الإداري، كون أن أحد أطراف النزاع فيه عامة، وهذا طبقا لما جاءت به المادة 800 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، والتي نصت على أنه : « المحاكم الإدارية هي جهات الوالية العامة في المنازعات الإدارية تختص بالفصل في أول درجة، بحكم قابل لاستئناف في جميع القضايا، التي تكون الدولة أو الولاية أو البلدية أو إحدى المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارة طرفا فيها» [4].

و بناء على ما تقدم، نرى أن الرقابة القضائية على الجزاءات التي تفرضها الإدارة على المتعاقد معها المخل بتنفيذ التزاماته التعاقدية، بموجب العقد الإداري أنها ضمانة من ضمانات هذا الأخير و ذلك لتحقيق نوع من التوازن بين الطرفين، الأمر الذي يؤدي إلى حماية المتعاقد من تعسف الإدارة في توقيع الجزاء.

1 – نصري منصور نابلسي، العقود الإدارية، مكتبة زين الحقوقية، الأردن، ط 2، 2012، ص 170

2 – نفس المرجع، ص 172 .

3 – نفس المرجع و الصفحة سابقا .

4 – المادة 800 من قانون 08-09، سالف الذكر، ص92.

المبحث الثاني : أنواع الجزاءات الإدارية المخولة للإدارة لتوقيعها على المتعاقد معها في مجال تنفيذ العقد الإداري

تتنوع الجزاءات الإدارية إلى كثير من الأنواع، تستطيع الإدارة أن تمارسها في مواجهة المتعاقد الذي خالف التزامه، وهذه الجزاءات موضوعة حفاظا على حسن سير المرافق العامة، و تحقيقا للمصلحة العامة، لذلك وضع الإدارة في مركز القوة أمام المتعاقد، بحكم أنها موكلة للحفاظ على المصلحة العامة.

فتستطيع الإدارة فرض أنواع متعددة من الجزاءات حسب النظام القانوني الذي تسير بمقتضاه . فقد تكون هناك جزاءات مالية كالتعويض، و الغرامة التأخيرية و مصادرة التأمين أو تكون بمثابة وسائل ضغط مثل وضع المشروع تحت الحراسة وسحب العمل والشراء على حساب مسؤولية المورد المقصر.

ولتقصي ماهية أنواع هذه الجزاءات وطبيعتها القانونية التي تتخذها، سيقتضي منا الأمر تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين، نعالج فيهما أهم الجزاءات المالية المخولة لجهة الإدارة توقيعها على المتعاقد المقصر في تنفيذ التزاماته التعاقدية (المطلب الأول) وكذا سلطتها في توقيع الجزاءات الضاغطة (المطلب الثاني) .

المطلب الأول : الجزاءات المالية (الضمانات المالية)

تتنوع صور الجزاءات المالية التي تملك الإدارة توقيعها على المتعاقد المخل بالتزاماته، فهي قد تكون في صورة غرامة التأخير في حالة عدم التزام المتعاقد بالمواعيد المتفق عليها، أو مصادرة التأمين النهائي في حالة عدم قيامه بالوفاء بالتزامه، و قد تكون في صورة تعويض عن الأضرار التي لحقت بالإدارة [1] .

1 – هيثم حليم غازي، المرجع السابق، ص 106 .

و يمكن تعريف الجزاءات المالية على أنها : « عبارة عن مبالغ المال التي يحق للإدارة أن تطالب بها المتعاقد إذا أخل بالتزاماته التعاقدية سواء امتنع عن تنفيذ التزامه بالكامل أو تأخر في تنفيذها أو نفذها على وجه غير مرض بالكامل أو أحل غيره محله دون موافقة الإدارة [1].

ومما هو جدير بالذكر، هو أن هذا النوع من الجزاءات ينحصر في ضمان تنفيذ الالتزامات التعاقدية وحسب بقدر ما يصبو إلى ضمان تأمين وانتظام حسن سير المرافق العامة بانتظام و إضطراد، بل إن الالتزامات المتقابلة وضمان الدفع بعدم التنفيذ المعمول بها في عقود القانون الخاص لا يمكن الأخذ بها إطلاقا في العقود الإدارية لخضوع هاته الأخيرة لنظام قانوني متميز عنها، يخول لجهة الإدارة ضمان اقتضاء حقوقها اتجاه المتعاقد معها بطريقة مباشرة لا تتطلب إحالة النزاع على القضاء [2].

و الجزاءات المالية نوعين فقد تكون مرتبطة بحصول ضرر لحق الإدارة نتيجة لخطأ المتعاقد، و قد تكون نوعا من العقاب على المتعاقد بغض النظر عن صدور خطأ منه .

مما يتطلب إبراز كل نوع على حدى و ذلك بتقسيم هذا المطلب إلى ثلاثة فروع وفقا للنحو الآتي :

الغرامة التأخيرية (الفرع الأول) مصادرة التأمين (الفرع الثاني) التعويض (الفرع الثالث)

الفرع الأول : الغرامة التأخيرية

تتمتع الإدارة المتعاقدة بإيقاع جزاءات مالية على المتعاقد معها إذا قصر في تنفيذ التزاماته العقدية أو بعضها على رأسها غرامة التأخير، و يستوي في ذلك أن يكون قد امتنع عن تنفيذ التزاماته بالكامل أو تأخر في تنفيذها.

فما المقصود بغرامة التأخير؟ وماهي أهم الخصائص التي تميزها عن غيرها من الجزاءات المالية المعمول بها في نطاق تنفيذ العقد الإداري ؟ و ماهي أهم شروطها و حالات الإعفاء منها ؟

1 – عبد الحميد الشواربي، العقود الإدارية في ضوء الفقه – القضاء – التشريع، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2003 ص 37 .

2 – مجدوب عبد الحليم، المرجع السابق، ص 191.

أولا : تعريف الغرامة التأخيرية وخصائصها .

1 – تعريف الغرامة التأخيرية :

يمكن تعريف الغرامة التأخيرية، من خلال التعاريف الفقهية و التي في مجملها تبرز الطبيعة القانونية لهذا الجزاء بحيث عرفها André De Laubadaire بأنها " تعويضات جزافية متفق عليها في العقد الإداري توقع على المتعاقد في حالة إخلاله بتنفيذ التزاماته التعاقدية " [1]

يمكن تعريفها أيضا بأنها : " عبارة عن مبالغ إجمالية من المال تقدرها الإدارة مقدما تتضمنها نصوص العقد بصفته جزاءا يفرض على الطرف الأخر إذا تراخى أو تأخر في التنفيذ " [2]

عرفها الدكتور محمد رفعت عبد الوهاب بأنها : " مبلغ من المال محدد سابقا يفرض على المتعاقد أداؤه إذا لم يقم بتنفيذ التزاماته خلال المواعيد المتفق عليها في العقد " .

و عرفها الدكتور حسان عبد السميع هاشم بأنها : " مبلغ جزافي بوصفه تعويضا إتفاقيا منصوصا عليه في العقد يؤخذ من المتعاقد المتراخي في تنفيذ التزاماته " [3].

نجد أيضا أن المشرع الجزائري لا يختلف في تعريفه للغرامة التأخيرية عن غيره من الفقهاء إذ يعد أنه : " يمكن أن ينجر عن عدم تنفيذ الالتزامات التعاقدية من قبل المتعاقد في الآجال المقررة أو تنفيذها غير المطابق فرض عقوبات مالية دون الإخلال بتطبيق العقوبات المنصوص عليها في التشريع المعمول به " [4] .

و تأخذ الغرامة التأخيرية صورتين :

1 – خلفان محمد أمين، كمال محمد، المرجع السابق، ص 55 .

2 – عمار عوابدي، القانون الإداري، ديوان للمطبوعات الجامعية، الجزائر، (د ط)، 1990 ، ص 219 .

3 – حسان عبد السميع هاشم، الجزاءات المالية في العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002، ص 60 .

4 – أنظر المادة 147 من المرسوم الرئاسي 15–247، سالف الذكر، ص 36 .

1 – غرامة تأخيرية ناتجة عن تأخر المتعاقد في إنجاز التزاماته التعاقدية وفق المواعيد و الآجال المحددة مسبقا في العقد وعدم بدءه في التنفيذ، مردها ضمان حسن سير المرفق العام بانتظام و إضطراد، وتلبية الحاجات العامة للجمهور.

2 – غرامة ناتجة عن الإخلال بالالتزامات التعاقدية توقع على المتعاقد في حالة عدم تنفيذه ألحكام وبنود العقد المتفق عليها طبقا للمواصفات المطلوبة [1] .

- خصائص الغرامة التأخيرية و شروطها :

أ – خصائص الغرامة التأخيرية :تتميز الغرامة التأخيرية بمجموعة من الخصائص يمكن إجمالها كالآتي :

– الغرامة التأخيرية جزاء اتفاقي (اتفاقية) :

من خصائص الغرامة التأخيرية أنها اتفاقية لأنها تحدد مقدما في العقد و إذا لم يكن قد نص عليها في العقد، فلا يجوز للإدارة أن توقعها على المتعاقد و إذا كان التأخير مما يجوز أن يشبه بحالة عدم التنفيذ لأحكام الالتزام فإن للإدارة أن تلجأ مصادرة التأمين أو فسخ العقد وتقوم بشراء ما يستلزمه المرفق على المتعهد المقصر[2] .

لذا تتميز الغرامة التأخيرية بأنها تحدد مقدما في العقد الإداري أو في القانون، فا لعقود الإدارية عادة تحدد مقدار الغرامة التي تستطيع جهة الإدارة تطبيقها على المتعاقد المخالف .

ففي الجزائر أن الغرامة التأخيرية ذات طبيعة اتفاقية، فإن المشرع الجزائري أكد عليها من خلال النص القانوني كما يأتي : " تقتطع العقوبات المالية التعاقدية المطبقة على المتعاملين المتعاقدين بموجب بنود الصفقة من الدفعات التي تتم حسب الشروط و الكيفيات المنصوص عليها في الصفقة "[3].

1 – محمد الصغير بعلي، العقود الإدارية، دار العلوم للنشر و التوزيع، عنابة، الجزائر، 2005، ص 77 .

2 – سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 517.

3 – المادة 147 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، سالف الذكر، ص 36.

– غرامة التأخير تلقائية : بمعنى أنها تطبق مباشرة دون حاجة من جانب الإدارة إلى إثبات أن ضررا قد أصابها فالغرامة تعد بمثابة تعويض جزائي توقعه الإدارة و الضرر مفترض و لا يقبل إثبات العكس [1] .

فالوضع في مصر يختلف عن الوضع في فرنسا، إذ قضى مجلس الدولة المصري أن : " الغرامة التأخيرية تستحق بمجرد انتهاء الفترة المحددة في العقد دون التنبيه باستحقاقها " أما الوضع في فرنسا فإن : " الإدارة تلتزم من حيث المبدأ بأن تعذر متعاقدها المقصر بالغرامة قبل توقيعها عليه، و ذلك تطبيقا للخصائص المشتركة للجزاءات الإدارية و التي تسري إلا من يوم الإعذار بها .

ولقد تطرق أيضا المشرع الجزائري لهاته الخاصية، في نص المادة 36 من دفتر الشروط الإدارية العامة لسنة 1964 المتعلقة بتنظيم صفقات الأشغال العمومية والتي نصت على أنه: « إذا وردت في عقد الصفقة نصوص تتضمن عقوبات على التأخير، فيجري تطبيقها دون إنذار سابق بعد التأكد العادي من تاريخ انقضاء الأجل التعاقدي للتنفيذ وتاريخ استلام الأشغال المؤقت [2]»

و أكد عليها المشرع الجزائري من خلال النص القانوني " يعود القرار بالإعفاء من دفع العقوبات المالية بسبب التأخير إلى مسؤولية المصلحة المتعاقدة . ويطبق هذا الإعفاء عندما لا يكون التأخير قد تسبب فيه المتعامل المتعاقد الذي تسلم له في هذه الحالة أوامر بتوقيف الأشغال أو باستئنافها " [3]

تفرض من قبل الإدارة :

أنها تطبق بمقتضى قرار إداري دون حاجة إلى الالتجاء إلى القضاء للحكم بتوقيع هذا النوع من الجزاء و هو إجراء تتميز بأمره العقود الإدارية وحدها مما يخرج على ما يجري عليه العمل في ميدان القانون الخاص [4].

1 – محمد الصغير بعلي، المرجع السابق، ص 34

2 – المادة 36 من د ، ش، إ ،ع ،ج ، 1964المؤرخ في 11/21/ 1964 المتضمن المصادقة على دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال العامة بوزارة الأشغال العمومية و النقل، ج ، ر ، ج، ج، عدد 06 الصادر بتاريخ 19 /01 1965 .

3 – المادة 147 من المرسوم الرئاسي 247/15، سالف الذكر، ص 36 .

4 – محمد خلف الجبوري، المرجع السابق، ص 137 .

ب – شروط الغرامة التأخيرية :

1– تضمين العقد الإداري نصا يخول لجهة الإدارة الحق في فرض غرامة التأخير

لكي تستطيع الإدارة فرض جزاء الغرامة التأخيرية على المتعاقد معها، لابد من توافر شروط تحقق ذلك، من أهمها : معنى ذلك أنه يجب أن ينص في العقد الإداري على حق الإدارة في فرض الغرامة التأخيرية على المتعاقد معها إذا ما تأخر في تنفيذ الأعمال المنوطة به عن المدة المحددة للتنفيذ، باعتبارها اتفاقية [1] ، فخلو العقد من النص على الغرامة لا يجيز للإدارة توقيع العقوبة على المتعاقد معها [2] .

و بناء على ذلك ليس بإمكان الإدارة فرض غرامة التأخير على المتعاقد معها بمجرد تأخره عن تنفيذ التزاماته التعاقدية، في حال مالم تتضمن شروط العقد أو دفاتر الشروط الملحقة به نصا يخولها هذا الحق .

2 – تأخر المتعاقد في تنفيذ العقد :أن الغرامة التأخيرية جزاء يقصد به ضمان تنفيذ المتعاقد مع الادارة للأعمال المكلف به في المواعيد المحددة و بالتالي فأن الغرامة التأخيرية تستحق بمجرد تحقق سببها و هو التأخير عن هذه المواعيد، و هذا ما أشارت اليه محكمة التمييز بقرارها المرقم 455/ ح/1968 بقولها "ان الغرامة التأخيرية هي جزاء قصد به ضمان وفاء المتعاقد مع الادارة بالتزامه في المدد المتفق عليها " [3] .

3 – الضرر:

تستحق غرامة التأخير المنصوص عليها في العقد بمجرد تحقق سببها ألا وهو حصول الضرر، إذ أن الإدارة ليست ملزمة في هذه الحالة إلى إثبات يوحي بأن ضررا قد أصابها جراء التأخير الذي وقع فيه المتعاقد، بل إن هذا الضرر

1 – بن عبد المالك بوفلجة، "الغرامة التأخيرية في ضوء المرسوم رقم 247/15 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام " **مجلة الاجتهاد القضائي**، مخبر أثر الإجتهاد القضائي على حركة التشريع، العدد الخامس عشر، سبتمبر 2017، ص 255 .

2 – فوزية سكران، المرجع السابق، ص 78 .

3 – عبد الرحمان عباس ادعين، الغرامات التأخيرية في العقود الإدارية، مجلة بابل العراقية، المجلد 22 ، العدد 03، سنة 2014، ص 05 .

مفترض بقرينة قاطعة لا تقبل العكس، فإثبات الضرر ليس شرطا لاستحقاق غرامة التأخير، كما أنه ليس للمتعاقد التحلل من دفعها بحجة أن المرفق العام لم يصبه أي ضرر ناتج عن التأخر في تنفيذ العقد [1].

ثانيا : حالات الإعفاء من الغرامة التأخيرية

إن فرض الغرامة من قبل الإدارة على المتعاقد يجب أن ينص عليه في العقد عند إخلال المتعاقد بالتزاماته، فضلا عن ذلك فإنه لا يجوز أن يتضمن العقد نصا يعفي المتعاقد من دفع الغرامة، و لكنه يعفى في عديد من الحالات من فرض الغرامة التأخيرية عليه، و التي من جملتها ما سنورد ذكره في الأتي :

أ – القوة القاهرة : تعتبر القوة القاهرة من أبرز أسباب الإعفاء من غرامة التأخير، و يقصد بالقوة القاهرة في هذا المجال، كل عذر قهري يمنع المتعاقد من تنفيذ التزاماته في الموعد المتفق عليه .

و إذا كان القضاء يستقل بتقدير هذا العذر ليرتب عليه إعفاء المتعاقد من غرامة التأخير، إلا أنه يلزم توافر شروط، لكي يكون للقوة القاهرة أثرها المعفى من الغرامة من أبرزها شرطان:

– الشرط الأول : أن يحول تنفيذ الالتزام إل أمر مستحيل استحالة مطلقة، و الشرط الثاني هو عدم إمكان توقعه و على الرغم من أن القوة القاهرة تعد سببا منطقيا من الإعفاء من الغرامة، باعتبارها أنها تمثل تطبيقا للقواعد العامة، فيما تقضي به من أنه لا تكليف بمستحيل، لذا يجب إعمالها بغير نص [2] .

1 – مجدوب عبد الحليم، غرامات التأخير في العقود الإداري، المجلة الجزائرية للحقوق والعلوم السياسية، المركز الجامعي ،تيسمسيلت ،الجزائر، العدد الرابع، ديسمبر 2017، ص 163 .

2 – بن عبد المالك بوفلجة، المرجع السابق، ص 261.

ب – فعل الإدارة :

إذا كان المتعاقد ملتزما بتنفيذ الأعمال في المدد المقررة، فلا يعفيه من مسؤولية التأخير إلا إذاً كان سببا خارجا عن إرادته، وبناء عليه، يعفى المتعاقد مع الإدارة إذا كان التأخير ناشئا عن فعل الإدارة، ويستوى أن يكون فعل الإدارة خطأ أو إهمالا من جانبها، أو تقصيرًا، أو استعمالا لحق من حقوقها كالتعديل في طبيعة العمل أو كميته[1].

و بمقتضى مجلس الدولة الفرنسي بأن تأخر الإدارة بتسليم المتعاقد صور المخططات و التصاميم اللازمة للبدء في تنفيذ العقد يؤدي إلى إعفاء المتعاقد من فرض الغرامة عليه، لذا فإنه على الإدارة أن تقوم بذلك في مدة زمنية معقولة، حتى يستطيع المتعاقد معها تنفيذ أعماله خلال المدة المتفق عليها، و خلافه فإن الإدارة لا تستطيع أن تفرض أية جزاءات عليه في حالة تأخير العمل، لأن الإدارة بفعلها هي من تسبب بالتأخير، كما أن للإدارة أن تعفيه من الغرامة التأخيرية [2] .

إذ ذهبت المحكمة الإدارية العليا في مصر – في أحكام لها – إلى إعفاء المتعاقد مع الإدارة من المسئولية العقدية، ومن ثم من دفع الغرامة إذا كان تأخير تنفيذ العقد بسبب القوة القاهرة أو من جراء فعل صادر عن جهة الإدارة المتعاقدة [3].

أما في الجزائر فإذا كانت الإدارة المتعاقدة هي وحدها من تسببت في تأخير المتعاقد معها في تنفيذ التزاماته في الآجال المحددة، كأن يكون سبب تأخيره في التنفيذ راجعا مثلا إلى توقيف الأشغال و استئنافها بناء على أمر صادر عنها [4] .

1 – علياء علي القحطاني، النظام القانوني لغرامة التأخير في إطار تنفيذ العقود الإدارية، رسالة لاستكمال متطّلبات كلية القانون للحصول على درجة الماجستير في القانون العام، كلية القانون، جامعة قطر، ص 111.

2 – فوزية سكران، المرجع السابق، ص 81

3 –نفس المرجع والصفحة سابقا .

4 – أنظر المادة 4/147 من المرسوم الرئاسي 247/15، سالف الذكر، ص 36.

الفرع الثاني : مصادرة التأمين

تعتبر مصادرة التأمين كأحد الجزاءات ذات الطابع المالي، التي توقعها الإدارة في أثناء تنفيذ العقد الإداري، على المتعاقد المقصر عن تنفيذ التزاماته .

حتى نفصل أكثر في موضوع مصادرة التأمين يستوجب علينا التطرق إلى مفهومه (أولا) ثم التطرق إلى الطبيعة القانونية له (ثانيا) .

أولا – مفهوم مصادرة التأمين :

سندرس مفهوم مصادرة التأمين في أربعة نقاط أساسية : تعريف التأمين، ثم أنواعه ومن ثم خصائصه، ثم جواز الجمع بين التعويض و مصادرة التأمين .

1– تعريف التأمين :

يعرف التأمين أنه مبلغ من المال يودع لدى الجهة الإدارية المتعاقدة لتتقي به أثار الأخطاء التي يرتكبها المتعاقد أثناء تنفيذ العقد الإداري، و يضمن لها قدرته على مواجهة المسؤوليات الناتجة عن تقصيره [1] .

و في بعض الأحيان فإن بعض التأمينات تشكل رسوما مالية، بحيث تمثل جزءا من قيمة استعمال أدوات المرفق، و اندثار الآلات كما هو الحال في عقد التزام المرفق العام، و عقود الأشغال العامة . عندما يقوم المتعاقد مع الإدارة باستعارة بعض الأدوات الضرورية أو استئجارها من الإدارة، من أجل تنفيذ عقد المقاولة و الاحتفاظ بها، بقدر قيمة مبلغ التأمين المودع لدى الإدارة و ذلك تعويض عن اندثار تلك الآلات [2] .

و إن الهدف من التأمين هو ضمان الديون المختلفة التي يمكن أن تنتج عن تنفيذ العقد من جراء إخلال المتعاقد مع الإدارة في تنفيذ التزاماته التعاقدية [3].

1 – محمود خلف الجبوري، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 143 .

2 – فوزية سكران، المرجع السابق، ص 84.

3 –نفس المرجع و الصفحة سابقا .

2 – أنواع التأمين :

و التأمين على نوعين : تأمين ابتدائي مؤقت، و إما تأمين نهائي حسب تقديمه سواء قبل رسو العطاء في مرحلة ما قبل إبرام العقد، أم قدم بعده .

أ – التأمين الابتدائي المؤقت : يقصد به التأمين الذي يدفع عند التقدم بالعطاء العقد لضمان مدى جدية المتقدم بالعطاء وللمساواة بين المتنافسين، وهو عادة ما يكون بنسبة محددة من قيمة العطاء موضوع التعاقد [1] .

ب – التأمين النهائي : وهو التأمين الذي يدفع عند رسو العطاء عليه، لضمان قيام المتعاقد بتنفيذ التزاماته طبقا لشروط العقد، و معرفة ملائمة المتعاقد مع الإدارة إزاء المسؤوليات التي تواجهه عن قيامه بتنفيذ العقد [2] .

فالتأمين الابتدائي : الغرض منه هو لضمان جدية اشتراك المتعاقد للمناقصة قبل إبرام العقد و يكون بنسبة محددة من قيمة العطاء، أما التأمين النهائي : فالغرض منه هو ضمان حسن تنفيذ العقد مع التلويح بتعرضه لجزاء مصادرة التأمين عند إخلاله بأحد شروط العقد [3] .

وفي الظروف العادية فإن التأمين الابتدائي يسترجع في حالة عدم رُسو العطاء على من تقدم به أو قد يفقده إذ عدل عن العطاء قبل فتح المظاريف، أو إذا رفض المتعاقد دفع التأمين النهائي بعدُ رُسو المناقصة عليه [4] .

ففي مصر نظمت اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات المصري رقم 89 لسنة 1998 أحكام التأمين الابتدائي والتأمين النهائي استنادا إلى المادة (17) من ذلك القانون فإن مبلغ العطاء والتأمين المؤقت تحدده الإدارة على أن لا يتجاوز اثنان بالمائة (2 %) من القيمة التقديرية وحسب المادة (18) فإن مبلغ التأمين النهائي يجب أن يؤديه صاحب العطاء المقبول بنسبة لا تتجاوز خمسة بالمائة (5%) [5] .

---

1 – طارق سلطان، سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات على المتعاقدين معها في العقود الإدارية و ضوابطها (دراسة مقارنة) دار النهضة العربية، القاهرة، 2010، ص 185.

2 – فوزية سكران، المرجع السابق، ص 85 .

3 – نفس المرجع و الصفحة سابقا.

4 – فوزية سكران، **" جزاء مصادرة التأمين في العقود الإدارية – دراسة مقارنة "**، مجلة اكاديميا، العدد الخامس جوان 2016، ص 108

5 – فوزية سكران، المرجع السابق، ص 86

أما في فرنسا، فإن مبلغ الكفالة يجب ألا يتجاوز عموماً ثلاثة بالمائة (3 %) من مبلغ الصفقة الأساسي وخمسة بالمائة (5%) عندما تكون الصفقة مقترنة بفترات الضمان، وأن هذه الكفالة التي يدفعها صاحب الصفقة تضمن حسن تنفيذ الصفقة [1] .

أما في الجزائر، فإن التامين النهائي هو الذي يدفعه من ترسو عليه الصفقة، وهو ضمان لقيامه بتنفيذ التزاماته طبقا لشروط الصفقة، بحيث إذا أخل بذلك كان للمصلحة المتعاقدة مصادرة التأمين [2] .

3– خصائص مصادرة التأمين :

يتميز بمجموعة من الخصائص من أهمها :

– الإدارة تتمتع بجزاء مصادرة التأمين حتى لو لم ينص عليه صراحة العقد [3] .

– مصادرة التأمين يتم بموجب قرار إداري تصدره الجهة الإدارية المختصة عن طريق التنفيذ المباشر من دون حاجة إلى الالتجاء إلى القضاء مسبقا [4] .

– لا تملك الإدارة التنازل عن هذا الامتياز في دائرة جزاءات العقد الإداري ذلك أن سلطتها في هذا الشأن سلطة تقديرية تتأتى عن الرقابة القضائية، إلا إذا كانت مشوبة بعيب إساءة استعمال السلطة [5] .

– التأمين المودع لضمان تنفيذ العقد يمثل الحد الأدنى للتعويض الذي يحق للإدارة اقتضاؤه، ولكنه لا يمثل الحد الأقصى [6] .

1 – فوزية سكران، المرجع السابق ، ص 86

2 – سبكي ربيحة، سلطة المصلحة المتعاقدة تجاه المتعامل المتعاقد معها في مجال الصفقات العمومية، رسالة ماجستير في القانون، تخصص قانون الإجراءات الإدارية، جامعة تيزي وزو، 2013، ص 108 .

3 – نفس المرجع، ص 110 .

4 – صفاء فتوح جمعة، المرجع السابق، ص 108 .

5 – مجدوب عبد الحليم، المرجع السابق، ص 215.

6 – الفقرة 4 من المادة 130 من المرسوم الرئاسي 247/15، سالف الذكر، ص29 .

4 – جواز الجمع بين مصادرة التأمين و التعويض :

اتجهت أحكام القضاء الإداري في بداية الأمر إلى عدم جواز الجمع بين مصادرة التأمين و التعويض، و ذلك على أساس أنه لا يحق للإدارة أن تجمع بين أكثر من تعويض، و قد وجد لهذا المسلك تأييد من جانب الفقه في مصر و فرنسا [1] ، غير أنه لوحظ أن هذا المسلك قد عدل فصدرت أحكام قضائية قضت بإمكانية الجمع بينهما في حالة أن يكون الضرر الذي أصاب الإدارة فعلا قد تجاوز قيمة التأمين النهائي المحدد سلفا في العقد أو دفتر الشروط، و ذلك لجبر كل الضرر الذي أصاب الإدارة و ذلك لأن مبلغ التأمين يمثل الحد الأدنى للتعويض المستحق للإدارة في حالة إخلال المتعاقد بشروط العقد لذلك فليس من المجدي بالنسبة للمتعاقد أن يثبت أن مقدار التعويض اللازم لجبر الضرر الذي أصاب الإدارة يقل عن مبلغ التأمين [2].

و يؤكد لنا هذا ما ذهبت إليه المحكمة الإدارية العليا بمصر في حكم صادر عنها جاء فيه : « إن التأمين المودع لضمان تنفيذ العقد الإداري إنما يمثل الحد الأدنى للتعويض الذي يحق للإدارة اقتضائه، وبحيث لا يقبل من المتعاقد المقصر أن يثبت أن الضرر يقل عن مبلغ التأمين إلا أنه يمثل عينا الحد الأقصى .... » [3] .

أما المشرع الجزائري فقد جمع هذا الجواز في نص المادة 152 من المرسوم الرئاسي 247/15 التي تنص عى أنه «لا يمكن الاعتراض على قرار المصلحة المتعاقدة بفسخ الصفقة العمومية عند تطبيقها البنود التعاقدية في الضمان، والمتابعات الرامية إلى إصلاح الضرر الذي لحقها بسبب خطأ المتعاقد معها » [4].

و بنا عليه، فإن كان المشرع يمنع المتعاقد المقصر من الاعتراض على قرار المصلحة المتعاقدة عند تطبيقها جزاء الفسخ، على تطبيق الجزاءات الأخرى من مصادرة التأمين و تعويض الأضرار، فإنه من باب أولى عدم الاعتراض عليها في الجمع بين مصادرة التأمين و التعويض و ذلك لتغطية الضرر الفعلي الذي لم يغطه مبلغ الضمان .

1 – صفاء فتوح جمعة، المرجع السابق، ص 109– 110 .

2 – مجدوب عبد الحليم، المرجع السابق، ص 216.

3 – فارس علي جانكيز، سلطة الإدارة في حالة التنفيذ المعيب للعقد الإداري، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت – لبنان، ط 01، 2014، ص 140.

4 – المادة 152 من المرسوم الرئاسي 247/15، سالف الذكر 37 .

ثانيا – الطبيعة القانونية لمصادرة التأمين :

هناك اختلاف حول الطبيعة القانونية لمصادرة التأمين كونها تتشابه مع الشرط الجزائي ،أو ما يسمى بالتعويض الإتفاقي المنصوص عليه في القانون المدني، حيث أنه يتشابهان في فرضهما على المتعاقد عند تقصيره وإخلاله في تنفيذ أحد شروط العقد، ولكنهما يختلفان من حيث أن الإدارة في العقود الإدارية، تستطيع أن تفرضهما من تلقاء نفسها دون حاجة إلى اللجوء إلى القضاء، وذلك بمجرد التحقق من الضرر جراء إخلال المتعاقد ودون أن يتطلب ذلك من الإدارة إثبات إلحاق الضرر بها [1] .

يتفق الفقه و القضاء الفرنسي على أن شرط مصادرة التأمين، المقرر في العقد لصالح الإدارة فهو تقدير جزافي للتعويض، و يترتب على هذا الحق عدم مطالبتها بأية تعويضات أخرى مختلفة عن التأمين الذي أصبح من حقها.

وذهب جانب من الفقه الفرنسي بأن هذا الجزاء هو جزاء اتفاقي وهذا ما قضى به مجلس الدولة الفرنسي بالقول : «إذا اتفقت الإدارة والمتعاقد على تضمين العقد الإداري، أو قوائم الشروط، بندا يقضي مصادرة التأمين لصالح الإدارة، جزاءا للإخلال بالالتزامات المتعاقد فإن هذا الشرط يعتبر شرطاً جزائيا متفق عليه عند عدم التنفيذ على هذا الأساس لا يحق للإدارة أي تعويضات أخرى، إلا أنه يجب إعذار المتعاقد عند توقيع جزاء مصادرة التأمين » [2] .

ففي مصر : أن الفقه و القضاء الإداري متفقان على اعتبار مصادرة التأمين (شرطاً جزائياً) في العقود الإدارية في مواجهة إخلال المتعاقد بالتزاماته التعاقدية فهي، أي مصادرة التأمين جزاء تفرضه الإدارة بإرادتها المنفردة على المتعاقد معها دون اللجوء إلى القضاء، ودون أن يكلفها ذلك عند فرض الجزاء عليه أن يثبت بأن ضرراً ما قد لحق

1 – محمود خلف الجبوري، المرجع السابق، ص 144.

2 – فوزية سكران، المرجع السابق، ص 89 .

بها مما يجدر القول معه أن طبيعة هذا الجزاء يختلف عن التعويض لاتفاقي (شرط جزائي) الموجود في القانون المدني [1].

ومن جانب آخر، في حالة إلغاء العقد فإن مصادرة التأمين النهائي، هو في حقيقته تعويض عن الضرر الذي لحق بها، حيث جاء في حكم المحكمة الإدارية العليا بمصربخصوص ذلك « ... أن مصادرة التأمين النهائي في حالة إلغاء العقد لا يعدو في حقيقته تعويضا عما أصاب جهة الإدارة من الضرر وليس في هذا الحكم ما يفيد أنه قصد به الخروج على القواعد العامة في العقود الإدارية التي تجيز المطالبة بتعويض عن الأضرار التي تلحق الإدارة ،إذ جاوزت قيمتها ذلك التأمين » [2] .

أما في الجزائر لقد نص المشرع الجزائري من المرسوم 247/15 على أشكال عديدة لهذه التأمينات و المتمثلة في كفالة رد التسبيقات المادة (110) و كفالة الضمان المادة (131) و كفالة حسن التنفيذ المادة (130) إذ أن هذه التأمينات هي عبارة عن كفالة مالية تعتبر كضمان للإدارة كذلك حتى تتوقى بها آثار الأخطاء، التي قد يرتكبها المتعاقد معها في أثناء تنفيذ العقد الإداري ومدى قدرته على المسؤوليات الناتجة عن أخطائه، فمصادرة التأمينات كجزاء مالي يتمثل في استحواذ كحجز الإدارة المتعاقدة على هذه التأمينات وذلك في حالة إخلال المتعاقد بتنفيذ التزاماته التعاقدية [3] .

الفرع الثالث : التعويض

يرى البعض أن التعويض لا يدخل ضمن قائمة الجزاءات الإدارية لأنه مجرد تطبيق للقواعد العامة الواردة في المجموعة المدنية أن هذا الرأي يبدو وجيها و لكنه لم يصمد اتجاه أن سلطة الإدارة في فرض الجزاءات الإدارية في مواجهة المتعاقد المقصر أصبح مبدأ مجمعا عليه ففقها و قضاءا لذلك نعتقد و انطلاقا من التسليم أن للإدارة أن

1 – فوزية سكران، المرجع السابق، ص 91 .

2 – نفس المرجع، ص 92.

3 – بن سيدرة جلول، الجزاءات في مجال تنفيذ العقود الإدارية، رسالة ماجستير في القانون العام، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2015، ص 75 .

تمارس هذه السلطة بإرادتها المنفردة و الذي يعد التعويض من ضمن هذه الجزاءات، إذ ليس هناك أي مبرر أو مسوغ قانوني من استثنائه من القاعدة العامة بإناطة فرض الجزاءات الإدارية بالإدارة وحدها ليس في الأمر تحيز هنا إذ أن المتعاقد قادر على مقاضاة الإدارة مما قد يشوب تصرفها في تقرير التعويض و تقديره من عيوب وأخطاء أو مبالغة [1].

ويعود أصل التعويض إلى القانون الخاص و بعدها انتقل كتطبيق في نطاق العقود الإدارية و ما يلاحظ أن معظم أحكامه و قواعده يستمدها من القانون الخاص خاصة فيما يتعلق بكيفية تقدير التعويض و في اشتراط تحقق ركن الضرر، إلا أن الاختلاف الموجود بين التعويض في عقود القانون الخاص و التعويض في العقود الإدارية يكمن في كيفية تقديره و تحصيله [2].

و على ضوء ما تقدم سنستعرض في هذا الفرع إلى تعريف التعويض (أولا) ثم التطرق إلى أبرز شروطه (ثانيا) و كيفية تقديره و تحصيله (ثالثا) .

أولا : تعريف التعويض

1 – تعريفه فقهيا :

هو عبارة عن المبالغ التي يحق للإدارة أن تطالب بها المتعاقد معها إذا اخل بالتزاماته العقدية في حالة سكوت العقد أو دفاتر الشروط من النص على جزاء مالي آخر كالغرامات لمواجهة هذا الإخلال، وبذلك فإن الغاية الرئيسية منه تتمثل في جبر الصدع الناجم عن الضرر الذي تسبب فيه المتعاقد [3].

فالتعويض من الجزاءات التي تفرضها الإدارة على المتعاقد معها في حالة خلو العقد من أي جزاءات مالية لمواجهة إخلال المتعاقد في تنفيذ التزاماته التعاقدية [4].

1 – رشا محمد جعفر الهاشمي، المرجع السابق، ص 55 .
2 – مجدوب عبد الحليم، المرجع السابق، ص 219.
3 – طارق سلطان، المرجع السابق، ص 197 .
4 – سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 509 .

2 – تعريفه قضائيا :

قد نص المشرع في المادة (170) من القانون المدني المصري على التعويض القضائي بالقول : " يقدر القاضي مدى التعويض عن الضرر الذي لحق المضرور " ، و هذا طبقا لأحكام المادتين (221 – 222) مراعيا في ذلك الظروف و الملابسات، فإن لم يتيسر له وقت الحكم أن يعين مدى التعويض يقينا و نهائيا فله أن يحتفظ للمضرور بالحق في أن يطالب خلال مدة معينة بإعادة النظر في التقدير.

كما نص في المادة (221) على أنه : " إذا لم يكن التعويض مقدرا في العقد أو بنص في القانون فالقاضي هو الذي يقدره، و يشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة و فاته من كسب شرط أن يكون نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو التأخير في الوفاء به .. "[1] و هذا هو أصل نظام التعويض في القانون المدني المصري، و هو يطبق في العقود الإدارية كما أن التعويض يقدر تبعا لجسامة الضرر الذي أصاب جهة الإدارة بسبب إخلال المتعاقد بالتزاماته .

أما التعويض في الجزائر :

هو الذي يفرض على المتعامل المتعاقد بقصد إصلاح الأضرار التي لحقت بالمصلحة المتعاقدة، بسبب إخلال المتعاقد بالتزاماته، لذلك فإن التعويض هو جزاء المسئولية العقدية التي يتحملها المتعامل المتعاقد وهو الجزاء الأساسي لعدم وفاء المدين، و في هذا جاء في القانون المدني الجزائري أن : "كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه، و يسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض " [2] .

1 – فوزية سكران، المرجع السابق، ص 94 .

2 – راجع نص المادة 124 من القانون رقم 05 –10 المؤرخ في 20 جوان 2005، يعدل و يتمم الأمر 75 – 58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المعدل، المتضمن القانون المدني، الصادر بالجريدة الرسمية، العدد 44، في 26 جوان 2005، ص 23.

ثانيا : شروط التعويض

يقترب نظام التعويض في العقود الإدارية إلى حد كبير بنظيره الموجود في القانون الخاص إذ يشترط توافر أركان المسئولية العقدية المتمثلة في الخطأ و الضرر و تحقق العلاقة السببية التي بينهما و سنتطرق إلى هذه الأركان كمايلي:

– الخطأ العقدي : من المبادئ المستقر عليها للحكم بالتعويض اشتراط حدوث خطأ عقدي من المتعاقد يترتب عليه ضرر مباشر لجهة الإدارة المتعاقدة، ويعرف الخطأ العقدي على أنه : "إخلال عقدي بالتزام أي إخلال أحد المتعاقدين بالتزامه الناشئ عن العقد، وهذا الالتزام إما أن يكون إيجابيا أو أن يكون إلتز اما ببذل عناية أي بمعنى هو انحرا ف إيجابي أو سلبي في سلوك المدين يؤدي إلى مؤاخذته "[1].

إن التعويضات لا تشكل فقط جزءا (sanction) ، و لكن أيضا تشكل تعويضا ماليا عن الضرر الذي لحق بالإدارة الناتج عن الخطأ العقدي، و هذا الجزاء قائم في العقود الإدارية كافة، و في حالة عدم ثبوته لا تستحق الإدارة تعويضا [2] .

2 – تحقق الضرر :

يعتبر الضرر الركن الأساسي لقيام المسئولية العقدية، و لاستحقاق التعويض يجب تحقق الضرر بسبب الخطأ الذي أحدثه المتعاقد مع الإدارة فلا تتحقق المسئولية بدون ضرر[3] .

ونخلص من ذلك : أن التعويضات لا يمكن فرضها إلا إذا كان عدم التنفيذ من التعاقد قد سبب ضررا للإدارة، أي أفرغ تقصيره عن إلحاق ضرر بالإدارة [4] ، والضرر إما أن يكون ضررا ماديا و إما أدبيا و تعويض الضرر عن المسئولية العقدية محدودة المدى فلا تعويض إلا عن الضرر بين الخطأ الحاصل و حدوث الضرر، أي بمعنى أن الخطأ

1 – عبد الر ازق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المجلد الثاني، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ط 01، 1998، ص 735 .

2 – فوزية سكران، المرجع السابق، ص 96 .

3 – مجدوب عبد الحليم، المرجع السابق، ص 222 .

4 – فوزية سكران، المرجع السابق، ص 96 -97 .

من المتعاقد هو السبب في حدوث الضرر للإدارة، بحيث تنعدم المسئولية إذا كان الضرر لا مباشر

3 – تحقق العلاقة السببية بين الخطأ و الضرر: بوجود ركن الخطأ و الضرر لا تقوم المسئولية العقدية فلا بد أن تكون هناك علاقة رابطة يرجع إلى الخطأ كأن يرجع إلى سبب خارجي [1] .

ثالثا – كيفية تقدير و تحصيل التعويض :

يقدر التعويض بقيمة الضرر الذي تحملته الإدارة وقت وقوعه، و يراعى في تقدير تعويض ما أسهمت به الإدارة من أخطاء أو أعمال أَدت إلى حدوث الخطأ ووقوع الضرر أو ما سببه إخلال المتعاقد بالتزاماته [2] .

ففي فرنسا :

فيما يتعلق بكيفية تقدير التعويض فإن مجلس الدولة الفرنسي لم يكتفي بإعطاء الإدارة الحق باللجوء إلى القضاء لتقدير التعويض بل أنه ذهب إلى أبعد من ذلك بإعطاء الإدارة سلطة تحصيل قيمة التعويضات بمقتضى أوامر دفع تصدرها بإرادتها المنفردة [3] (leprocede‘ delarret **أما في مصر** : فإننا نلاحظ في نطاق التشريعات المطبقة لديها خلوها من النص على تخويل الإدارة بهذا لذلك يصبح من المتعين على الإدارة اللجوء إلى القضاء للحصول على حكم بالتعويض وهذا يطبق بشكل خاص في نطاق العقود الخاصة بالتعهد بالتدريس مدة معينة بعد التخرج من بعض المعاهد الحكومية و النتيجة المترتبة على ذلك أن اختلاف سلطة الإدارة في تحصيل التعويض في فرنسا عنه في مصر يجعل عدم إعطاء الإدارة في فرنسا الحق في أن تخصم مبلغ التعويض من مبلغ التأمين المودع لضمان التنفيذ إلا في حالة وجود نص في العقد أو في تشريع من التشريعات يسمح للإدارة بهذا الحق أما في مصر فنظرا لأنه كما ذكرنا أن الإدارة لا تمتلك سلطة تقدير مبلغ التعويض بنفسها لذلك من باب أولى لا تستطيع أن تخصم التعويض من مبلغ التأمين إلا بعد صدور حكم القضاء [4] .

1 - طارق سلطان، المرجع السابق، ص 203 .
2 – فوزية سكران، المرجع السابق، ص 99 .
3 – رشا محمد جعفر الهاشمي، المرجع السابق، ص 57 .
4 – سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 462 – 463 .

كما أكدت المحكمة الإدارية العليا بمصر في حكم لها أنه : " إذا تأخر المتعاقد مع الإدارة في تنفيذ التزاماته وأصاب الإدارة ضرر من جراء هذا التأخير، فإن للإدارة أن تطالبه بالتعويض عن الأضرار التي أصابتها، إذ جاء فيه : " يستلزم لتحميل المتعاقد مع الإدارة بالتعويض أن يصيب الإدارة ضرر نتيجة تأخر المتعاقد معها بتنفيذ التزاماته خلال الميعاد المتفق عليه [1] .

و في الجزائر : فإن النصوص القانونية المنظمة للصفقات العمومية و دفاتر شروطها لم تشر صراحة إلى الكيفية أو الطريقة التي تحصل بها الإدارة المتعاقدة للتعويضات الناجمة عنإخلال المتعاقد معها بتنفيذ التزاماته . إذ نجد بالرجوع إلى دفًتر الشروط الإدارية العامة لسنة 1964 في الفقرة 07 من المادة 35 والتي تنص على أنه :

"الزيادة الحاصلة في النفقات الناجمة من النظام المباشر أو من الصفقة الجديدة يجرى اقتطاعها من المبالغ التي يستحقها المقاول و بخلاف ذلك فمن ضمانه ولا يحول ذلك بين ممارسة الإجراءات التي تتخذ بحقه في حالة عدم التسديد .

و تنص أيضا المادة 48 في فقرتها الأولى على أنه : "يرد مبلغ الضمان أو تحرر الضمانة الحالة محله على إثر قيام الإدارة برفع اليد عن الأشغال، و بذلك في الشهر الذي يلي تاريخ الاستلام النهائي للأشغال إذا كان متعهد الصفقة قد أكمل لذلك التاريخ تعهداته تجاه الإدارة و إذا أثبت المقاول خاصة تأديته التعويضات التي يكون ملزما بها " [2] .

كما تنص المادة : 152 من المرسوم الرئاسي 15-247 على أنه : " لا يمكن الاعتراض على قرار المصلحة المتعاقدة بفسخ الصفقة العمومية عند تطبيقها البنود التعاقدية للضمان، و المتابعات الرامية إلى إصلاح الضرر

1 – فوزية سكران، المرجع السابق، ص 102 .

2 – المادتين 35 و 48 من د ش إ ع لسنة 1964، سالف الذكر .

الذي لحقها بسبب خطأ المتعاقد معها . و زيادة على ذلك يتحمل هذا الأخير التكاليف الإضافية التي تنجم عن الصفقة الجديدة "[1] .

و يتضح من خلال هذه النصوص أن المشرع الجزائري، قد اكتفى فقط بالنص على حق الإدارة المتعاقدة في الحصول على التعويض، الذي تستحقه من جراء إخلال المتعاقد معها بتنفيذ التزامه، لكن دون أن ينص صراحة على كيفية تحصيلها لهذا التعويض .

بالتالي و كما سبقت لنا الإشارة، فإن سلطة الإدارة المتعاقدة في توقيع الجزاءات على المتعاقد معها المخل بتنفيذ التزاماته التعاقدية في القانون الجزائري مقيدة بالنصوص القانونية فإنه في هذه الحالة و مع غياب النص القانوني الذي يعطي للإدارة المتعاقدة الحق في تحصيل التعويض بنفسها، و الذي ليس معناه سلب حقها في توقيع جزاء التعويض، و الخلاصة لا يمكنها تحصيلها بنفسها، بل عليها اللجوء إلى القواعد العامة الواردة في القانون المدني[2].

بالإضافة إلى ذلك أن الإدارة المتعاقدة لا ينحصر حقها فقط في توقيع الجزاءات المالية، بل أيضا تملك حق توقيع جزاءات أخرىعلى المتعاقد معها في حالة إخلاله بتنفيذ التزاماته هذه الجزاءات تختلف من حيث طبيعتها عن الجزاءات المالية فهي ذات طابع ردعي لذا أطلق عليها اسم الجزاءات الضاغطة، و هو ما سيتم شرحه في المطلب الموالي .

1 – المادة 152 من المرسوم الرئاسي 247/15، سالف الذكر، ص 37.

2 – وهو ما يفهم من خلال نص المادة 147 /01 من المرسوم الرئاسي 247/15 و التي تنص على أنه : " دون الإخلال بتطبيق العقوبات المنصوص عليها في التشريع المعمول به " . ولعل أولى هذه التشريعات هو القانون المدني .

المطلب الثاني الجزاءات الضاغطة (الضمانات غير المالية)

الجزاءات الضاغطة تطبيقها على المستوى العملي محدود، إذ توقع الإدارة على المتعاقد معها تلك الجزاءات بغرض الحصول على الوفاء بالالتزام المفروض على المتعاقد المقصر[1].

وهي جزاءات ذات طبيعة مؤقتة التي لا تنهي العقد وإنما توكل تنفيذه إلى غير المتعاقد الأصلي و لكن على مسؤولية هذا الأخير لضمان سير المرافق العامة بانتظام و اطراد .

و تختلف الجزاءات الضاغطة أو الضمانات غير المالية باختلاف نوع العقد الإداري المبرم على أنه سوف تقتصر دراستنا فقط بالنسبة للجزاءات المعروفة في العقود الإدارية الأكثر تطبيقا من الناحية العملية، و المتمثلة في سحب العمل من المقاول في عقود الأشغال العامة **(الفرع الأول)** ، و وضع المشروع تحت الحراسة لعقد الامتياز الإداري **(الفرع الثاني)** و الشراء على حساب و مسؤولية المورد المقصر في عقود التوريد **(الفرع الثالث)** .

الفرع الأول : سحب العمل من المقاول في عقود الأشغال العامة

40 جزاء سحب العمل من المقاول في عقد الأشغال العامة، يعد من الوسائل الضاغطة أو الإكراهية التي تمتلكها الإدارة، لدفع المتعاقد على الوفاء بتنفيذ التزاماته و كذلك تقصد منها الإدارة قهر إرادة المتعاقد معها و إجباره على أداء التزاماته في حالة تقصيره في ذلك [2] .

1 – فوزية سكران، المرجع السابق، ص 105 .

2 –فوزية سكران، المرجع السابق، ص 113 .

و يقصد بسحب العمل هو قيام الإدارة بتنفيذ العمل بنفسها أو بواسطة متعاقد جديد في حالة إخلال المتعاقد الأصلي و تقصيره في تنفيذ التزاماته و لا يؤدي هذا الجزاء إلى إنهاء العقد بالنسبة للمتعاقد المقصر لأنه يظل مسئولا أمام جهة الإدارة و العملية تتم على حسابه ومسؤوليته و ممارسة الإدارة لحقها في فرض هذا الجزاء مرتبط بالنظام العام كما يرى كثير من الفقهاء و بذلك لا تكون هنالك حاجة للنص عليه في العقد [1] .

حتى يتأتى لنا البحث في مسألة سحب العمل من المقاول في عقد الأشغال العامة لابد من التطرق إلى شروط سحبه (أولا) وكذا الطبيعة القانونية لهذا النوع من الجزاءات (ثانيا) والتطرق إلى أهم الآثار القانونية المترتبة عنه (ثالثا) .

أولا : شروط سحب العمل من المقاول

لكي تقوم الإدارة بسحب العمل من المقاول لابد من توافر شروط قانونية تتلخص في وقوع خطأ جسيم من جانب المقاول مع ضرورة إعذار المتعاقد قبل فرض جزاء سحب العمل من:

أ – وقوع خطأ جسيم من جانب المقاول :

يسلم كل من الفقه والقضاء الإداريين الفرنسي والمصري على أنه حتى يتسنى للإدارة القيام بوضع المقاولة تحت الإدارة المباشرة لها بعد سحب العمل من المقاول ارتكاب هذا الأخير لخطأ في غاية الجسامة، فالأخطاء البسيطة والتي لا ترقى إلى هذه الدرجة لا تكفي لتوقيع هذا الجزاء، حيث يكون باستطاعة المقاول في حالة ما تم وضع المقاولة تحت الإدارة المباشرة وسحب العمل منه دون وجه حق، أن يطلب تحميل الإدارة مسؤولية ما يترتب عن هذا الإجراء من نتائج بما في ذلك حقه في المطالبة بالتعويض [2].

و بوجه عام فإن قضاء مجلس الدولة الفرنسي يتجه إلى تفسير إخلال المقاول بالتزاماته إلى نوعين [3] :

1 – رشا محمد جعفر الهاشمي، المرجع السابق، ص 70 .
2 – نصري منصور النابلسي، المرجع السابق، ص 243 .
3 – فوزية سكران، المرجع السابق، ص 115 .

1 – عدم مراعاة المقاول لشروط العقد : أي عدم التزام المقاول بمدة التنفيذ المنصوص عليها في العقد دون وجود نص قانوني، مما يؤدي إلى التأخير في تنفيذ الأشغال العامة .

2 – عدم تنفيذ المقاول للأوامر المصلحية : التزام المقاول بالخضوع لهذه الأوامر لا يقتصر على تلك التي تدخل في نطاق التنفيذ الدقيق للعقد، ولكن يمتد أيضا إلى التعديلات التي قد تفرضها الإدارة طالما يمكن أن تتدخل في تقديرات المتعاقدين أو في نطاق التسامح المقبول[1].

أ – ضرورة إعذار المقاول قبل فرض جزاء سحب العمل منه : يتجه الفقه و القضاء **في فرنسا**، إلى أنه يلزم لصحة قرار سحب الأعمال إعذار المقاول بوضع المقاولة تحت تصرف الإدارة المباشرة، و منحه مهلة كافية للإصلاح مخالفته و إلا كان مسلكه بتوقيع هذا الجزاء معيبا [2] .

وفي مصر ،فإن المادة 84 من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات و المزايدات المصري على الإدارة قبل قيامها بوضع المقاولة تحت الإدارة المباشرة، ضرورة توجيه إعذار إلى المقاول، وذلك بإنذاره بكتاب موصى عليه بعلم الوصول بالقيام بإجراءات الإصلاحات اللازمة في خلال خمسة عشر يوما من تاريخ إخطاره، مع مراعاة أن سلطة الإدارة بخصوص هذا الشأن هي سلطة تقديرية لا يحدها في ذلك سوى عيب الانحراف بالسلطة [3] .

أما في الجزائر فتقرر جزاء سحب العمل من المقاول في الفقرة 3 من المادة (35) من دفتر الشروط الإدارية العامة التي تنص أنّه : "إذا لم ينفذ المقاول المقتضيات المفروضة يجوز للمهندس الرئيس، باستثناء حالة الاستعجال بعد عرض المسألة على الوزير، أن يأمر بإجراء النظام المباشر على نفقة المقاول، ذلك النظام الذي يجوز أن يكون جزئيا " [4] .

1 – فاطمة ريغي، سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات في العقود الإدارية، مذكرة ماستر، كلية العلوم الإنسانية و الاجتماعية جامعة محمد خيضر بسكرة 2019، ص 68 .

2 – فوزية سكران، المرجع السابق، ص 118 .

3 – المادة 84 من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات المصري، سالفة الذكر.

4 – سبكي ربيحة، المرجع السابق، ص 119 .

ويلاحظ من خلال هذه المادة أن المشرع الجزائري استخدم مصطلح النظام المباشر و الذي يقصد به التنفيذ المباشر للأشغال، أي سحبها من المقاول و تنفيذها مباشرة من الإدارة المتعاقدة صاحبة الأشغال على نفقة المقاول المتخلف .

ثانيا – الطبيعة القانونية لسحب العمل و تنفيذه على حساب المقاول المقصر :

سحب العمل من المقاول المقصر في عقد الأشغال العامة، وتنفيذه على حسابه، يعد وسيلة الإدارة في تنفيذ الالتزام عينا، وهو تنفيذ تقوم به الإدارة بنفسها أو بواسطة الغير على حساب المتعاقد معها وتحت مسؤوليته [1] . وتستمد الإدارة سلطتها في توقيع هذا الجزاء من امتيازات السلطة العامة التي تتمتع بها بحسبانها القائمة على شئون المرفق العام، و ضمان انتظام سيره . و بهذه الطريقة فإنه لا يجوز أن تتضمن عقود الأشغال العامة نصا يحرم الإدارة من حق وضع المقاولة تحت الإدارة المباشرة عامة، و إذا أدرج مثل هذا الشرط فإنه يكون باطلا لمخالفته النظام العام [2] .

و بخصوص هذا الشأن نصت المحكمة الإدارية العليا في مصر على أنه : " لا يعتبر التنفيذ على حساب المتعاقد المقصر عقوبة توقعها الإدارة على المتعاقد معها، وإنما هو وسيلة للضغط على المتعاقد المقصر وتطبيق لقاعدة التنفيذ العيني لالتزام تقوم به الإدارة لضمان حسن سير المرافق العامة بانتظام واضطرا د ويتحمل المقاول فروق الأسعار المترتبة على هذا التنفيذ " [3] .

و 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 بهذا التنفيذ [4] .

1 – محمد ماهر أبو العينين، المرجع السابق، ص 925 .
2 – فوزية سكران، المرجع السابق، ص 119 .
3 – ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية والتحكيم، الدار الجامعية للطباعة والنشر، الإسكندرية، 2000، ص 158.
4 – مجدوب عبد الحليم، المرجع السابق، ص 230 .

ثالثا – الآثار القانونية المترتبة عن جزاء سحب العمل من المقاول في عقد الأشغال العامة:

ومن الآثار القانونية التي يمكن أن تنشأ عن قرار الإدارة لسحب العمل من المقاول ووضعه تحت إدارتها المباشرة، تلك الآثار التي تتلخص في تنفيذ العقد، و الأعمال التي تتم كلها أو بعضها على حساب المقاول والتي سندرسها كما يلي :

يعد جزاء سحب العمل من المقاول، إجراء مؤقتا لا ينتهي على إثره العقد الأصلي ويبقى المقاول الاصلي مسئولا عن تنفيذ الاشغال الجديدة متابعة ومراقبة عمليات انجاز الاشغال بشرط عدم عرقلة التنفيذ [1] .

– يترتب على سحب العمل من المقاول نتيجة إهماله أو تقصيره في تنفيذ التزاماته تنفيذ الصفقة على حسابه إما عن طريق المصلحة المتعاقدة بنفسها أو بواسطة مقاول آخر تختاره هذه الأخيرة بالطريقة التي تراها مناسبة، وهذا ما قضت به المادة 5/35 من دفتر الشروط الإدارية العامة التي تنص : «وعلى كل حال يرفع الأمر المتعلق بهذه العمليات إلى الوزير الذي يمكنه تبعا للظروف أن يأمر بإعادة إجراء المناقصة على ذمة المقاول المتخلف أو بفسخ الصفقة دون قيد أو بمتابعة النظام المباشر بالإدارة » ، و من ثم يظل المقاول الأصلي مسئولا عن الأشغال، غير أنّه يستبعد مؤقتا عن تنفيذ العمل الذي عجز عن القيام به مع إمكانه الاحتفاظ بحقه بمتابعة العمليات شريطة ألا يعرقل تنفيذ أوامر الإدارة [2] .

وكذلك يترتب عن جزاء السحب حق حصول المصلحة المتعاقدة على النفقات الزائدة من مستحقات المقاول أو من مبلغ التأمين، وهذا ما نصت عليه الفقرة 8 من المادة 35 من دفتر الشروط الإدارية العامة . أما إذا تحصلت

1 – سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 510 .

2 – تنص المادة 6/35 على أنّه من دفتر الشروط الإدارية العامة الجزائري، المؤرخ في 1964/11/21، ج ر.ج.ج، ع 06، الصادر بتاريخ 19 يناير 1965 : «في حالة قيام الأشغال على النظام المباشر وخلال مدته يسمح للمقاول بمتابعة العمليات ولا يجوز له عرقلة تنفيذ أوامر المهندسين، أنظر كذلك : سليمان الطماوي، المرجع سابق ص 528، و أنظر كذلك : فوزية سكران، المرجع السابق، ص 127 .

الإدارة على وفر مالي من جراء التنفيذ المباشر للأشغال بقيمة تقل عن المبلغ الأصلي للصفقة، فإنه لا وجه للمطالبة بها أو بأي جزء منها من قبل المقاول، لأنّ ذلك سيصبح حقا مكتسبا للإدارة [1] .

– حق الإدارة في احتجاز كل أو بعض ما يوجد بمحل العمل من منشآت ومباني وآلات وأدوات مستعملة في تنفيذ المشروع ... بغية استخدامها لإتمام العمل، ليكون بذلك هذا التصرف ضمانا لحقوقها قبل حقوق المقاول[2].

الفرع الثاني : وضع المشروع تحت الحراسة لعقد الامتياز الإداري

يعد وضع المرفق العام تحت الحراسة من وسائل الضغط المؤقتة، بحيث تقوم الإدارة بوضع المشروع تحت الحراسة في حالة إخلاله في تنفيذ التزامه إخلالا جسيما الأمر الذي يستهدف من جهة الإدارة الضغط على الملتزم لأداء التزامه على أكمل وجه و لضمان تنفيذ العقد وسير المرفق العام بانتظام و استمرار [3]

ويعد هذا الإجراء كجزاء من الجزاءات المترتبة عن عدم تنفيذ الامتياز لالتزاماته الناجمة عن عقد الامتياز الإداري.

في حالة وضع المرفق العام تحت الحراسة لتقصير الملتزم، فإنه يتحمل مخاطر و خسارة المرفق و إدارته، و لكن إن كان وضع المشروع تحت الحراسة لا يعد خطأ منه، كأن يكون بسبب القوة القاهرة أو خطأ من جانب الإدارة، فإنه لا يتحمل الخسارة [4] .

فوضع المرفق تحت الحراسة هو إبعاد الملتزم المقصر عن إدارته و تباشر السلطة مانحة الالتزام هذه الإدارة بنفسها، لتضمن للمرفق سيره المنتظم أو المستمر [5] .

حتى يتأتى لنا البحث في مسألة وضع المشروع تحت الحراسة لعقد الامتياز الإداري لابد التعرض إلى الشروط القانونية الواجب توافرها لتوقيعه (أولا) و أهم الآثار القانونية التي تترتب عنه (ثانيا) .

1 – أنظر المادة 35 الفقرة 8 من د ش إ ع، سالف الذكر

2 – سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 513 .

3 – فوزية سكران، المرجع السابق، ص 106 -107 .

4 – سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 530 .

5 – فوزية سكران، المرجع السابق، ص 107 .

ولا الشروط القانونية لجزاء وضع المشروع تحت الحراسة لعقد الامتياز الإداري :

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

- إذا قصر الملتزم قي تسيير المرفق تقصيرا جسيما و يتحقق ذلك في حالة التوقف الجزئي أو الكلي للمرفق نتيجة عجز الملتزم أو عدم قدرته .
- إذا كان ثمة ما يهدده بالتوقف و لو من دون خطأ من الملتزم كحالة الإضراب الذي لا ذنب له فيه [1] .
- عدم امتثال و اتباع الملتزم للتعليمات والأوامر الصادرة إليه من قبل الإدارة صاحبة الامتياز[2] .

ثانيا – الآثار القانونية لوضع المشروع تحت الحراسة :

يترتب على جزاء وضع المشروع تحت الحراسة مجموعة من الآثار القانونية نورد ذكرها على النحو التالي :

- استبعاد الملتزم مؤقتا من إدارة المرفق لحين انتهاء فترة الحراسة، فالعقد يكون موقوفا و حاملا لآثاره القانونية وبالتالي يكون لدائني الملتزم أن ينتظروا لحين الضمان العام على القيمة المالية لحق الالتزام [3] .
- بما أنه يكون استغلال المرفق وفق الشروط المنصوص عليها في العقد و دفاتر الشروط ،فليس من حق الإدارة أن تقوم بخفض رسوم الانتفاع، أو زيادة في تكاليف الاستغلال، أو أن تمنح لنفسها زيادات لا مبرر لها، كما يكون للملتزم حق الرقابة و حق اللجوء إلى القضاء [4] .
- يكون من حق الإدارة الاستيلاء مؤقتا على العدد و الأدوات اللازمة لاستغلال المرفق و المملوكة للملتزم على أن تعادله فيما بعد بحالة سليمة [5] .

1 – رشا محمد جعفر الهاشمي، المرجع السابق، ص 80 .
2 – عبد الرزاق سعيد باخبيرة، المرجع السابق، ص 239 .
3 – محمود خلف الجبوري، المرجع السابق، ص 158 .
4 – فوزية سكران، المرجع السابق، ص 111 .
5 – محمود خلف الجبوري، المرجع السابق، ص 158 .

- تحمل الملتزم كافة المصاريف الازمة تحت مسؤوليته لضمان سير المرفق في حالة ما إذا وقع خطأ جسيم من جانبه، أدى إلى وضع المرفق تحت الحراسة أما إذا كان وضع الحراسة بغير خطأ الملتزم، فإن الإدارة في هذه الحالة هي من يقع عليها عبء تحمل مخاطر الإدارة المالية للمرفق [1] .
- تنظم الجهة الإدارية المانحة للامتياز الاستغلال المؤقت للمرفق، فإما أن تتولى ذلك بنفسها أو بواسطة وكلائها، أو تعهد به إلى حارس أخر وذلك وفق لما تراه مناسب لتحقيق الصالح العام ولصاحب الامتياز المستبعد حق الرقابة عليه [2] .
- فعلى الرغم أن الإدارة هي التي تحدد مدة الحراسة فإنها ليست ملزمة بإنهاء الحراسة عند انتهاء المدة [3] .

وخلاصة القول : وبعد أن تطرقنا إلى كل من الشروط القانونية لوضع المشروع تحت الحراسة وكذا أهم الآثار القانونية الناجمة عنه، يتبين لنا أن وضع المشروع تحت الحراسة ما هو إلا ضمانة بيد الإدارة للضغط على حامل الامتياز ودفعه إلى تعديل مواقفه وإصلاح أخطاءه التي وقع فيها، باعتباره يدير مرفقا هاما .

الفرع الثالث : الشراء على حساب و مسؤولية المورد المقصر في عقود التوريد

يعد الشراء على حساب المتعاقد (المورد) وسيلة من وسائل الضغط التي تستجيب لها الإدارة لإجبار المتعاقد المقصر على تنفيذ التزاماته التعاقدية ولا سيما في عقود التوريد [4] .

ويمكن تعريفه على أنه إجراء تتخذه الإدارة المتعاقدة اتجاه المتعاقد معها (المورد) الذي تخلف عن توريد الأصناف المتعاقد عليها بموجب العقد المبرم، وذلك بأن تقوم بتنفيذ العقد على حسابه و تحت مسؤوليته [5] .

1 – نصري منصور النابلسي، المرجع السابق، ص 237 .
2 – سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 509 .
3 – فارس علي جانكيز، المرجع السابق، ص 218 .
4 – فوزية سكران، المرجع السابق، ص 128 .
5 – سعيد عبد الرزاق باخبيرة، المرجع السابق، ص 262 .

و يعرف 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 [1] .

و حتى يتأتى لنا البحث في مسألة الشراء على حساب المورد المقصر لابد علينا أن نتطرق إلى كل من الطبيعة القانونية لهذا الجزاء (أولا) و كذا الشروط القانونية الواجب توافرها لتوقيعه (ثانيا) ثم الآثار القانونية التي تترتب عنه (ثالثا)

أولا – الطبيعة القانونية لجزاء الشراء على حساب المورد المقصر :

الشراء على حساب المورد، و تحت مسئوليته لا يعد عقوبة عقدية توقعها الإدارة على المتعهد بل هو إجراء تستهدف به الإدارة تنفيذ الالتزام عينا، و ذلك للضغط على المورد عند إخلاله بتعهده وقد شرع لحماية سير المرفق العام بانتظام واطراد[2] .

و السلطة التقديرية للإدارة في الشراء على حساب المورد و تحت مسئوليته لا تعد في ذاتها خروجا على مبدأ المشروعية بل هي سلطة مكفولة للإدارة قانونا و في إطار مبدأ المشروعية الذي يتوجب أن يكون ممارسة للإدارة لهذه السلطة بقصد تحقيق المصلحة العامة و تطبيقا للقانون بصورة سليمة [3] ، و عن سلطة الإدارة اللاحقة في الشراء على حساب المورد المقصر ليست نهائية لا معقب لها، بل تخضع لرقابة القضاء اللاحقة .

ويرى جيز أنه : « إذا كان المبدأ العام الذي تنص عليه المادة 1144 من القانون المدني الفرنسي حيث يجوز للدائن أن يطلب من المحكمة الترخيص له في حالة عدم التنفيذ أن يقوم بذلك على نفقة المدين، فإنه من باب أولى و في دائرة المصلحة العامة أن تملك الإدارة هذه القدرة، ضمانا لسير الم ارفق العامة على أحسن وجه

1 – سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 538 .

2 – فوزية سكران، المرجع السابق، ص 133 .

3 – نفس المرجع، ص 134 .

فيكون لها الحق أن تقرر تنفيذ عقد التوريد على نفقة ومسؤولية المتعهد دون وساطة القضاء ودون اشتراط النص على مثل هذه السلطة في العقد » [1] .

مطابقة الأصناف المشتريات على حساب المتعاقد المقصر لمواصفات الأصناف المتعاقد عليها ليس إلزاما على الإدارة لمصلحة المتعهد بحيث لا يصح الشراء إلا إذا راعته بل هو للإدارة تستخدمه لمصلحة المرفق العام، و من ثم فإنها تملك التنازل عن هذا الحق إذا كان التنازل لمصلحة المرفق العام كان يتعذر إيجاد أصناف مطابقة لمواصفات المتعاقد معها و كانت الأصناف المتيسرة أقل جودة لكنها صالحة للاستعمال، و سد حاجة المرفق العام ففي هذه الحالة تملك الإدارة التنازل عن حقها في وجوب مطابقة الأصناف للمواصفات، و يصبح لها شراء أصناف أقل جودة على حساب المتعهد المقصر حماية لسير المرفق العام [2] .

ثانيا – شروط توقيع الإدارة لجزاء الشراء على حساب المورد المقصر :

قبل توقيع جزاء الشراء على حساب المورد، ينبغي تطبيقه بتوافر شروط تتمثل في:

1 – وقوع خطأ جسيم من قبل المورد

يشترط القضاء الإداري لممارسة الإدارة سلطاتها في توقيع الجزاء المتمثل في التنفيذ على حساب المتعاقد المقصر بالوفاء بالتزاماته أن يكون إخلاله من الجسامة بحيث يبرر للإدارة استخدام هذا الإجراء [3] .

ففي حالة تقاعس المورد عن التسليم في حدود الآجال المتفق عليها في العقد، الرغم من إمهاله مدة إضافية على المدة المقررة لذلك، أو بسبب تنفيذ العقد على وجه غير مرض، أو بإحلال المتعهد لشخص أخر غيره محله دون أخذ موافقة من الجهة الإدارية، مع الأخذ بعين الاعتبار أن ليس كل خطأ يمكن للمورد أن يقع فيه يكون موجبا

1 – فارس علي جانكيز، المرجع السابق، ص 194 . وكذلك فوزية سكران، المرجع السابق، ص 130 .

2 – فوزية سكران، المرجع السابق، ص 135 .

3 – رشا محمد جعفر الهاشمي، المرجع السابق، ص 86 .

لفرض هذا الإجراء، فمجرد التأخير ليس بالخطأ الجسيم الذي يمكن للإدارة على أساسه تبرير هذا الإجراء، بل يجب أن يكون التأخير سببا في تخلف المورد بتنفيذ التزاماته [1] .

يجب أن يكون الفعل الذي يرتكبه المورد أثناء تنفيذه لصفقة اللوازم على درجة من الجسامة حتى يبرر الشراء على حسابه وتحت مسؤوليته، أما الأفعال التي تكون دون ذلك فإنّها لا تكون خطأ مبررا لاتخاذ هذا الإجراء . ومن الأخطاء التي تبرر الشراء على حساب ومسؤولية المورد العاجز ما يلي :

–التأخير الجسيم عن تسليم الأصناف المتعاقد عليها.

–الامتناع أو العجز عن تنفيذ التوريد.

– تنفيذ الصفقة على وجه غير مرض كعدم مطابقة الأصناف الموردة للمواصفات المتعاقد عليها، أو إحلال المتعهد لغيره من دون موافقة الإدارة .

–الإهمال في تنفيذ الالتزامات التي تفرضها عليه الصفقة على وجه يعرض المرفق العام للخطر [2] .

وذكرت هذه الأخطاء على سبيل المثال وليس سبيل الحص، على الرغم من أن بعض تشريعات الدول الأخرى [3] أشارت في نصوصها إلى بعض الأفعال التي بناء عليها يحق للإدارة توقيع جزاء الشراء في صفقات اللوازم، أما في غير ذلك فإن الإدارة المتعاقدة السلطة التقديرية في تقدير مدى جسامة الفعل الذي بموجبه تقرر جزاء الشراء.

2 – ضرورة إعذار المورد قبل اللجوء إلى فرض جزاء الشراء على حسابه :

في مصر: تنص المادة 94 من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات و المزايدات المصرية على ضرورة قيام الإدارة بضرورة إخطار المورد بخطاب موصى عليه بعلم الوصول على عنوانه المبين في العقد قبل قيامها بالشراء على حسابه[4] .

1 – نصري منصور النابلسي، المرجع السابق، ص 264 .
2 – فوزية سكران، المرجع السابق، ص 131 .
3 – سبكي ربيحة، المرجع السابق، ص 133 .
4 – فوزية سكران، المرجع السابق، ص 132 .

ففي فرنسا : كان للفقه الفرنسي رأي في حالة تخلف الإعذار فإن إجراء الشراء على حساب و مسئولية المورد يعد معيبا ولا يتحمل نتائجه ولا يوجد أي سبب يستتبع استبعاد هذا المبدأ [1].

أما في الجزائر : يجب على المصلحة المتعاقدة التقيد بشرط الإعذار قبل اتخاذ أي إجراء ضاغط بما فيه الشراء على حساب ومسؤولية المورد العاجز عن التوريد وذلك بمنحه مهلة أولية بإخطاره بوجوب تنفيذ التزامه، مع توقيع غرامة إذا اقتضى الأمر ذلك . يعتبر شرط الإعذار ضرورة تقتضيها طبيعة هذا الجزاء بالنظر إلى مرتباته القانونية على المورد المستبعد فالمشرع الجزائري سار على خطى المشرع الفرنسي في الحرص على إعذار المورد قبل توقيع الجزاء عليه ولا يوجد أي سبب لاستبعاد هذا المبدأ [2] .

ثالثا – الآثار القانونية لجزاء الشراء على حساب المتعاقد المقصر :

يترتب عن قيام الجهة الإدارية بالشراء على حساب المورد المقصر مجموعة من الآثار القانونية نذكرها على النحو الآتي :

1 – استبعاد المورد المقصر مؤقتا و حلول الإدارة محله في الشراء على حسابه و تحت مسئوليته :

إن جزاء الشراء على حساب المورد المقصر هو اجراء مؤقت لا يترتب عنه إنهاء العقد الأصلي بل تظل الرابطة التعاقدية قائمة ويظل المورد المقصر ملتزما أمام الإدارة بتنفيذ كافة الالتزامات الناشئة عن العقد [3] .

2 – التزام الإدارة بشراء الأصناف وفق الشروط و المواصفات المتعاقد عليها :

تقوم الإدارة بشراء المواد أو الأصناف التي لم يقم المتعهد بتوريدها من غيره على نفقته ولها أن تختار الطريقة التي تعتقدها مناسبة لإبرام عقد جديد سواء بالمناقصة العامة أو المحدودة أو بصورة مباشرة [4] .

3 – التزام الإدارة ببذل العناية اللازمة كالتي تبذلها في أعمالها الخاصة :

1 – نفس المرجع و الصفحة سابقا .

2 – سهام بن دعاس، المتعامل المتعاقد في ظل النظام القانوني للصفقات العمومية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، شعبة القانون الإداري والمؤسسات الدستورية، كلية الحقوق، جامعة باجي مختار عنابة، 2005 .

3 – رشا محمد جعفر الهاشمي، المرجع السابق، ص 84 .

4 – محمود خلف الجبوري، المرجع السابق، ص 156 .

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 ومدا 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 ... " [1]

4 – تحمل المورد كل النتائج و الآثار التي تترتب على جزاء الشراء على حسابه: يترتب على قيام الإدارة بالشراء على حساب المورد المقصر، و تحت مسئوليته أن يتحمل كل النتائج التي تنتج عن ها الإجراء و لا يشترط أن ينص العقد صراحة على ذلك و إذا تمت عملية الشراء على حسابه بثمن أقل من المذكور بالعقد الأصلي فإن فرق السعر يكون من حق الإدارة وحدها و لا يحق للمورد المطالبة لهو ذلك حتى لا يستفيد ولا يثرى المتعاقد المقصر في تنفيذ التزامه من إخلاله و تقصيره [2] .

5 – عدم جواز الجمع بين الشراء على حساب المورد المقصر، و إنهاء العقد في الوقت نفسه:

عدم جواز الجمع بين الشراء على حساب المورد المقصر وتحت مسؤوليته وبين إنهاء العقد فيما يخص الأصناف المقصر عن توريدها، كون أن جزاء الشراء على حساب المورد المقصر يعد من قبيل الجزاءات التي تؤدي إلى فسخ العقد [3] .

6– لا يجوز للإدارة أن تتعنت في استعمال حقها في التنفيذ العيني، ويعد تعسفا منها في استعمالها لهذا الحق أو تأخيرها في تأخيرها أو تجاوزها المدة المعقولة

و في الأخير نخلص إلى أن : للإدارة الحق في توقيع الجزاء بإرادتها المنفردة وفرضه جبرا على المتعاقد معه المقصر في تنفيذ التزاماته بغض النظر عن نوع التقصير الذي قد يقع فيه وطبيعة العقد الإداري محل التنفيذ، وذلك وإن دل

1 – فوزية سكران، المرجع السابق، ص 137 .

2 – فوزية سكران، المرجع نفسه، ص 138 .

3 – عبد الرزاق باخبيرة، المرجع السابق، ص 274

إنما يدل على جهد المشرع لتوفير الضمانات الضرورية والكافية لجهة الإدارة التي تسمح لها باقتضاء حقها مباشرة والضغط على المتعاقد معها لتنفيذ التزاماته بشكل مرض، وإزاحة كافة العراقيل التي قد تعرقل مسيرة العقد بما قد يعود على سير المرفق العام بشكل سلبي.

الفصل الثاني

سلطة الإدارة في الإنهاء الإنفرادي للعقد الإداري كضمانة تتطلبها مقتضيات الصالح العام

إن سلطة الإدارة في إنهاء العقود الإدارية هي سلطة تقديرية تتمثل في قدرتها على إنهاء العقد الإداري بإرادتها المنفردة و ليست مطلقة تمارسها من أجل الحفاظ على المصلحة العامة،و من المعروف أن العقود الإدارية تنعقد بين طرفين ليسا متساويين لأن أحدهما هو الإدارة التي تقوم على الصالح العام و تسعى لتحقيقه بينما يستهدف أفراد القانون الخاص تحقيق مصالحهم الخاصة ،الأمر الذي يبرر أن تكون إرادة الإدارة هي الأعلى و الأقوى من إرادة المتعاقد و مع هذا فإن العقد الإداري يتحمل إلتزامات متبادلة بين الطرفين حسب ما يتقرر وفق المبادئ العامة التي تحمل العقود الإدارية.

تعتبر سلطة الإدارة في إنهاء العقود الإدارية من أهم الخصائص و المميزات التي تتميز بها العقود الإدارية عن عقود القانون الخاص،و إحدى أهم و أخطر السلطات التي تتمع بها جهة الإدارة المتعاقدة في مواجهة المتعاقد معها،حيث تستطيع حتى و لو لم يتم النص عليها ضمن شروط العقد صراحة، فالإدارة بإعتبارها هي القوامة على خدمة المرفق العام و الحفاظ على سيره بإنتظام و إظطراد على النحو الذي يكفل الصالح العام و مواكبة تطوراته، فقد ترى الإدارة وفقا لسلطتها التقديرية أن العقد لم يعد ذا نفع بعد أن أصبح لا يتلائم مع إحتياجات المرفق العام الذي أبرم لأجله، لما في ذلك من تبديد للمال العام،ما يخول لها سلطة إنهاءه بإرادتها المنفردة و ذلك لإعتبارات الصالح العام.

يعتبر الفسخ طريقة من طرق إنهاء العقد الإدري وهو أن أهم السلطات التي تتمتع بها الإدارة في مواجهة المتعاقدين معها،و كإمتياز يضعها في مركز أسمى يمكنها من إدارة العقد بطريقة تضمن لها تسيير المرفق العام على أحسن وجه و بما يسمح لها بأداء مهمتها الأساسية و هي تلبية حاجات الجمهور[1].

كما تنتهي العقود نهاية طبيعية بتنفيذ الأطراف المتعاقدة لإلتزاماتها في حين تنتهي بإنقضاء آجالها الزمنية كون أن العامل الزمني فيها يعتبر عنصرا جوهريا كما يمكن أن تكون الإدارة المتعاقدة طرفا في إنهاء العقد.

1 مجدوب عبد الحليم، المرجع سابق، ص249.

و هذا ما سنتطرق إليه :

المبحث الأول: الذي سيتمحور حول موقف الفقه و القضاء و التشريع من سلطة الإدارة في الإنهاء الإنفرادي للعقد الإداري و أساسها القانوني فنتطرق في:

المطلب الأول: لموقف الفقه و القضاء و التشريع في الإنهاء الإنفرادي للعقد الإداري بإرادتها المنفردة.

و في المطلب الثاني: للأساس القانوني لسلطة الإدارة في الإنهاء الإنفرادي للعقد الإداري.

أما في المبحث الثاني: فسيكون محور دراستنا حول القواعد المنظمة لسلطة الإدارة في الإنهاء الإنفرادي للعقد الإداري.

المبحث الأول: موقف الفقه و القضاء و التشريع من سلطة الإدارة في الإنهاء الإنفرادي للعقد الإداري وأساسها القانوني:

إختلفت الأراء حول مدى تعلق هذه الفكرة بالنظام العام و حول سلطة الإدارة في ممارستها خارج النصوص القانونية أو الإتفاقية أو حتى في حالة النص صراحة على إستبعادها،كما تتمتع الإدارة بإمتياز مهم في عقودها الإدارية و هو قدرتها على إنهاء العقد الإداري بإرادتها المنفردة قبل إتمام هذا العقد نهائيا،إنطلاقا من تمتعها بإستعمال أساليب القانون العام في وظائفها.

لقد بات من الأمور المسلم بها أن الإدارة عند تسييرها للمرافق العامة تسعى لتحقيق المصلحة العامة وتلبية حاجيات الأفراد المتزايدة من خلال جملة العقود التي تبرمها،و نظرا للصلة التي تربط العقد الإداري و المرفق العام إلا أنه قد يصبح غي مجدي او نافع لسير المرفق العام،مما يتنافى مع المصلحة العامة،هو الأمر الذي يحتم على جهة الإدارة المتعاقدة التدخل من أجل وضع حد نهائي له، مما يرتب عليه أضرار تمس المرفق العام و المصلحة العامة على حد سواء إذا إستمر الوضع على تلك الحالة، حتى لو خلت نصوص العقد على على تضمين حق الإدارة في إنهاء العقد الإداري بإرادتها المنفردة.[1]

سنقوم بإستعراض أهم الآراء الفقهية التي إختلفت بين المؤيدة منها و المعارضة (الفرع الأول)،و أهم الأحكام القضائية (الفرع الثاني)، و رأي المشرع (الفرع الثالث)، التي جاءت في هذا الشأن، و سنتطرق لها فيما يلي:

المطلب الأول:موقف الفقه و الإجتهاد و التشريع في الإنهاء الإنفرادي للعقد الإداري:

إن سلطة الإدارة في إنهاء العقود الإدارية هي سلطة تقديرية و ليست مطلقة تمارسها بهدف الحفاظ على المصلحة العامة لا من أجل تحقيق مكاسب شخصية خاصة أو لأغراض بعيدة عن الغايات التي تعمل لأجلها.

1 _مجدوب عبد الحليم، المرجع سابق، ص259.

كما لا يخفى عنا، أنه في بعض الأحيان قد لا تفلح جميع الجزاءات التي تملكها جهة الإدارة في تقويم إعوجاج المتعاقد معها و المقصر في تنفيذ إلتزاماته التعاقدية لإرتكابه أخطاءا جسيمة في غاية الخطورة بما قد يهدد سلامة المرفق العام، و التي تدفع بالإدارة إلى إنهاء العقد الإداري بإرادتها المنفردة كجزاء على خطأ المتعاقد الجسيم حتى دون وجود نص يخول لها ذلك.

الفرع الأول:موقف الفقه من سلطة الإدارة في الإنهاء الإنفرادي لعقودها الإدارية:

ذهب فقهاء القانون الإداري للإعتراف لجهة الإدارة بجملة الضمانات في نطاق تنفيذ العقد الإداري، بما يمكن أن يضمن لها تنفيذ عقودها على نحو سليم، و الوصول إلى الغايات التي أبرمت لأجلها،كسلطة الرقابة والتوجيه، و سلطة التعديل، و سلطة توقيع الجزاءات على المتعاقد معها المقصر في تنفيذ إلتزاماته.

تعتبر سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري من أخطر السلطات التي تتمتع بها الإدارة في مواجهة المتعاقد،بإعتبار أن هذه السلطة تخلصنا إلى نتيجة أساسة ألا و هي عدم جواز فسخ أو إنهاء العقد من جانب واحد، وهو المبدأ الذي طالما تم خرقه في نطاق العقود الإدارية و ذلك بتخويل جهة الإدارة صلاحية إنهاء العقد بإرادتها المنفردة[1].

نظرا للخطورة التي تشكلها سلطة الإدارة في الإنهاء الإنفرادي للعقد الإداري، و ما تشكله من ضمانة لها في مواجهة المتعاقد، أدى هذا إلى تضارب بين فقهاء القانون الإداري حولها، فقد ذهب جانب منهم للإعتراف لجهة الإدارة بأحقيتها في ممارسة سلطة الإنهاء(أولا) بينما إتجه الجانب الآخر لإنكار ذلك(ثانيا).

أولا: الإتجاه المؤيد لسلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري في حالة عدم النص عليها في العقد

سنعالج في هذه الفقرة أراء الفقهاء التي جاءت مؤيدة لسلطة الإدارة في الإنهاء الإنفرادي للعقد الإداري، حتى مع عدم وجود نص يخول لها ذلك، سواءا كان هذا الإنهاء لمتطلبات تقتضيها المصلحة العامة أو لإرتكاب المتعاقد مع جهة الإدارة خطأ في غاية الجسامة.

1 _مجدوب عبد الحليم، المرجع السابق، ص261.

أ_حالة الإنهاء الإنفرادي لدواعي المصلحة العامة:

إستقر العديد من فقهاء القانون الإداري على أن سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري لدواعي المصلحة العامة من النظام العام، و لا يمكن للإدارة التنازل عنها أو تقييد حقها في ممارستها لها بإعتبارها حق ثابت لها في جميع العقود الإدارية التي تبرمها سواءا كانت بنص في العقد أو من دون نص.[1]

- **في فرنسا:**

نجد الفقه أندري دي لوبادير أن القضاء قد أقر بطريقة واضحة وجود هذه السلطة العامة للإدارة في إنهاء عقودها الإدارية إنهاءا إنفراديا[2].

و نجد الفقيه بنوا Benoit هو الآخر أنه:"إن سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري بإرادتها المنفردة تعتبر إمتيازا إستثنائيا من إمتيازات السلطة العامة المخولة لجهة الإدارة، كما أنها إحدى أهم السمات المميزة للعقود الإدارية، و تمارسها حتى رغم معارضة المتعاقد كونها تستند لمصلحة المرفق التي تقتضي إنهاء العقود التي أصبحت غير ملائمة له و لإحتياجاته"[3].

- **في الفقه العربي:**

ذهب الفقهاء العرب إلى نفس ما تطرق له الفقهاء الفرنسيين و هو إمكانية إستعمال الإدارة لسلطتها في إنهاء العقد،و نجد من بين هؤلاء الفقهاء نجد الفقيه محمد علي الخلايلة و الذي يرى بأن :«حق الإدارة في إنهاء العقد الإداري قائم حتى لتلك العقود التي تنص صراحة على هذا الحق بإعتباره حقا مقررا لحماية المصلحة العامة و لضمان سير المرفق العام و لا تملك الإدارة التنازل عنه بالإتفاق مع المتعاقد معها»[4].

1 _نصرو منصور نابلسي، مرجع سابق، ص373و ما بعدها.

2 _مقتبس عن أحمد عثمان عياد، المرجع سابق، ص355.

1-F. BENOIT, Op.CIT, P.661.

4 -محمود عاطف البنا،، المرجع السابق، ص238.

يرى محمود عاطف البنا أنه:«عندما كانت سلطة الإدارة في إنهاء عقودها الإدارية و بإرادتها المنفردة من خصائص العقد الإداري نظرا لما تستهدفه من مصلحة عامة و حسن سير المرافق العامة، لذا كانت هذه السلطة ثابتة لجهة الإدارة المتعاقدة،و لو لم ينص عليها العقد أو القانون، ولذا يثبت هذا الحق للإدارة دون حاجة إلى النص عليه».[1]

يضيف ماجد راغب حلو أنه:« بإستطاعة الإدارة ممارسة سلطة إنهاء العقد الإداري حتى ولو لم يتم النص صراحة ضمن شروط العقد، كما يقع باطلا تنازل الإدارة عنها».[2]

في ذات السياق، يذهب نصرو منصور النابلسي ألى القول بأن :«سلطة الإدارةفي الإنهاء الإنفرادي للعقد الإداري لدواعي المصلحة العامة، هي ميزة تمتاز بها الإدارة في العقود الإدارية،و هذه الميزة تحرر الإدارة من بنود العقد فلها تعديل العقد و إنهائه وفق مقتضيات المصلحة العامة و ضمن القواعد القانونية المعمول بها».[3]

ب_حالة إنهاء العقد الإداري لخطأ المتعاقد الجسيم:

كما رأينا سابقا فإن للإدارة الحق في توقيع الجزاءات الإدارية على كل متعاقد معها يتراخى عن تنفيذ إلتزاماته التعاقدية بإرادتها المنفردة و دون حاجتها لنص قانوني يبرر لها ذلك،و من جملة الجزاءات التي تمتلكها جهة الإدارة الفسخ الجزائي الذي يعتبر من أخطر الجزاءات التي يمكن أن توقع على المتعاقد معها لما ينتج عنه إنهاء الرابطة التعاقدية[4]، لإرتكاب المتعاقد أخطاء في غاية الجسامة ما يهدد سلامة المرافق العامة و يعرضها للخطر،لهذا يجمع غالبية الفقهاء الفرنسيين على أن سلطة الإدارة في الإنهاء الإنفرادي للعقد الإداري لدواعي المصلحة العامة من النظام العام، و تستطيع ممارسته حتى مع عدم وجود نص يخول لها ذلك.

1 _ محمود عاطف البنا،، المرجع السابق ، ص289.

2 _ماجد راغب حلو، المرجع السابق، ص255.

3 _نصري منصور النابلسي، المرجع السابق، ص376.

4 _يجعل هذا النوع من الفسخ المتعامل المتعاقد في قائمة المقصيين من المشاركة في الصفقات العمومية،و ذلك وفقا لما نصت عليه المادة 75 /08 من المرسوم الرئاسي 15/247 سالف الذكر .

نجد أضهر الفقهاء الفرنسيين المؤيدين لهذا الإتجاه الفقيه **جيز**(**JEZE**) و الفقيه **بلومان** (**BLUMANN**)و كذلك الفقيه **بونارد** (**BONNARD**)، الذين يعتبرون أن الإنهاء الجزائي للعقد الإداري جزء من النظام العام تم تخويله لصالح الإدارة المتعاقدة بغرض ضمان سير المرافق العامة بإنتظام تمارسه الإدارة حتى مع عدم وجود نص قانوني يخول لها ذلك،و يضيف بونارد أن جزاء الفسخ في العقود الإدارية موجودة بقوة القانون و بإمكان الإدارة ممارسته حتى مع عدم وجود نص في العقد أو دفتر الشروط يخولها هذا الحق، وذلك تماشيا مع ضرورات المرافق العامة و ضمان تنفيذ الإلتزامات محل التعاقد [1] .

أما بالنسبة للفقه العربي فيرى احمد عثمان عياد أنه إذا لم يوجد نص في العقد فإن حق الإدارة في فسخ العقد يوجد قائما بذاته بإعتباره حق أصيل للإدارة مستقل عن العقد و تستطيع إصداره إعمالا لسلطتها في التنفيذ المباشر دون اللجوء إلى القضاء للحصول على حكم الفسخ، و يضيف خالد خليل الظاهر أنه بإمكان جهة الإدارة توقيع جزاء الفسخ في جميع أنواع العقود الإدارية دون الحاجة للنص عليه في العقد أو الإلتجاء للقضاء.

ثانيا:الإتجاه المعارض لسلطة الإدارة في إنهاء العقد بدون نص:

سنتطرق في هذه الفقرة لمعالجة نقيض ما ورد في الفقرة الأولى المؤيدة لسلطة الإدارة في الإنهاء الإنفرادي للعقد الإداري و ذلك عبر التطرق لجملة الآراء التي جاءت معارضة لهذه السلطة في حالة الإنهاء لدواعي المصلحة العامة و في حالة خطأ المتعاقد الجسيم على النحو التالي:

أ– حالة الإنهاء الإنفرادي لدواعي المصلحة العامة:

نجد من جملة الفقهاء الذين ينكرون وجود سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري الفقيه الفرنسي لولييه (J.Lhuillie)، و الذي رفض إعمال الإدارة لهذه السلطة في حالة عدم ورود نص صريح ينص عليها في العقد، كونها لا توجد كقاعدة من قواعد القانون العام بالنسبة لعقود القانون الخاص و التي تقضي بأن الإتفاقيات لا

1 – نصري منصور النابلسي، المرجع السابق، ص370 .

تقتصر على إلزام المتعاقدين بما ورد فيها بل تشمل أيضا ماهو من مستلزماتها وفقا للعرف و العدالة و القانون حسب طبيعة الإلتزام[1].

كما نجد من الفقهاء من يحصر رفضه لممارسة الإدارة لسلطة الإنهاء في حالة أنه لم يرد نص في العقد يسمح لها بممارسة هذا الحق، و نجد الفقيه **ديفو (Dufau)** الذي يرى بأن:"الإدارة لا تملك فقط القدرة على التعديل من جانب واحد أثناء تنفيذ العقد للإلتزامات و الأداءات المنفذة بواسطة الملتزم،و لكنه محظور عليها أيضا أن تنهي عقد الإلتزام قبل التاريخ المحدد في العقد، فالملتزم له حق مكتسب في إستغلال المرفق العام طوال مدة عقد الإلتزام و إنهاء عقد الإلتزام لا يمكن أن يمارس إلا عندما يكون منصوصا عليه في كراسة الشروط الخاصة بعقد الإلتزام، بإستثناء الإسترداد القانوني المنظم بنص قانوني".[2]

أ- حالة إنهاء العقد الإداري لخطأ المتعاقد الجسيم:

ذهب جانب من الفقه إلى رفض الإعتراف الإدارة بسلطة توقيع الفسخ الجزائي، في حالة ما لم تتضمن نصوص العقد أو دفاتر الشروط ما يقر لها بذلك.

ذهب جانب من الفقه الفرنسي أيضا إلى أن سلطة الإدارة في إنهاء العقد بالإرادة المنفردة ليست علامة مميزة للعقود الإدارية و لكنها قاعدة عامة تسري على عقود القانون الخاص و القانون العام معا.

1_ أحمد عثمان عياد، المرجع السابق،ص261.

2 _رقية جودي، سلطة الإدارة في الإنهاء الإنفرادي، مذكرة لنيل شهادة الماستر، جامعة الجلفة،2014-2013،ص40.

كما أنه ليس إستثناء بل هو طريق عادي لإنقضاء العديد من العقود الملزمة لجانبين و تطبيقا لنص المادة **1794**من القانون المدني الفرنسيو التي تنص على أنه :"يستطيع رب العمل أن يفسخ العقد بإرادته عقد المقاولة و لو كان العمل قد تم البدء فيه من قبل، على أن يتم تعويض المقاول عن كل نفقاته و عن كل الأشغال التي قام بتنفيذها والأرباح التي يمكن أن يجنيها من عقد المقاولة"[1].

يرى البعض أيضا أنه في غالبية الأحوال فإن الشروط المسماة بالشروط الإستثنائية مثل سلطة الإنهاء الإنفرادي للعقد و الخاصة بالقانون العام يمكن إدراجها في عقود القانون الخاص، و بينما يذهب أغلب الفقهاء إلى أن سلطة الإدارة المتعاقدة في الإنهاء الإنفرادي للعقد الإداري بدون موافقة المتعاقد معها و حتى رغم معارضته تعتبر إمتيازا إستثنائيا من إمتيازات السلطة العامة التي تتمتع بها الإدارة كما أنها إحدى السمات المميزة للعقود الإدارية.

الفرع الثاني:موقف القضاء من سلطة الإدارة في الإنهاء الإنفرادي للعقد الإداري

سنتطرق في هذا الفرع إلى بعض الأحكام القضائية الصادرة في كل من فرنسا و مصر و الجزائر و المتعلقة بمدى وجود سلطة الإدارة في الإنهاء الإنفرادي للعقد الإداري لدواعي المصلحة(أولا) أو إرتكاب المتعاقد مع جهة الإدارة لخطأ جسيم (ثانيا).

1-"Le maître peut résilier , par sa seule volonté le marché forfait, quoique l'ouvrage soit déjà commenc,en dédommageant l'entrpreneur de toutes ses dépenses, de tous travaux,et de tout ce qu il aurait pu gagner dans cette entreprise » :**Art 1794** portant code civil-Derniere modification le 01janvier 2017_ Document généré le 05 janvier copyright (C) 2007-2017 legi France.

أولا:حالة الإنهاء الإنفرادي لدواعي المصلحة العامة:

أبدت العديد من الإجتهادات القضائية تأييدها لسلطة الإنهاء الإنفرادي للعقد الإداري لدواعي المصلحة، حيث أكد الإجتهاد القضائي الفرنسي على أن كل عقد إداري بإمكان الإدارة إنهائه إذا تأكدت من عدم فائدته أو لم يعد مطابقا لسياستها الحالية و ذلك حفاظا على المصلحة العامة[1].

و تجدر الإشارة بداية إلى أن مجلس الدولة الفرنسي يعتبر أن العقد الإداري القائم على سبب غير مشروع لا يحتاج حتى إلى قرار من الإدارة لإنهائه لأن هذا العقد باطل أصلا و قد أقر القضاء بسلطة الإدارة في إنهاء العقود الإدارية على إختلافها، و مثال ذلك في عقود الإلتزام حيث أقرت به صراحة في إحدى الأحكام الصادرة عنه بتاريخ **1964**/12/ 14 و التي جاء فيها :« إن البلدة تملك الحق في أن تنهي عقد إلتزام المرافق العامة عندما ترى فائدة ذلك للمصلحة العامة ».[2]

كما إعترف م.د.ف في حكم صادر عنه بخصوص ممارسة سلطة الإدارة في الإنهاء الإنفرادي لكافة العقود الإدارية الصادر بتاريخ 29جوان1953 جاء فيه:«...إن عملية الإنهاء تنبع هنا عن الإختصاص المنفرد للسلطات المسؤولة عن العقد الإداري...»[3]

أما في مصر فقد إستقرت أحكام مجلس الدولة هي الأخرى في العديد من الأحكام على التسليم بحق الإدارة المتعاقدة في إنهاء عقودها الإدارية و بإرادتها المنفردة رغم عدم إرتكاب المتعاقد لخطأ جسيم يستدعي هذا الإنهاء،و ذلك تحقيقا للصالح العام.

ما قضت به محكمة القضاء الإداري المصري في إحدى القرارت الصادرة عنها بتاريخ 30جوان1958 أكدت في :«...العقود الإدارية تتميز عن العقود المدنية بطابع خاص مناطه إحتياجات المرفق الذي يستهدف

1_ محمود عاطف البنا، المرجع السابق، ص297.

2 _ القرار رقم 159 الصادر بتاريخ 1964/12/14، جمهورية مصر العربية قرار وزير التأمينات و الشؤون الإجتماعية، مقتبس عن مجدوب عبد الحليم، سلطة الإدارة في الإنهاء الإنفرادي لدواعي المصلحة العامة، ص261.

3- مجموعة قرارت صادرة عن مجلس الجولة الفرنسي،مشار إليها لدى: سليمان محمد الطماوي، الإدارية، المرجع السابق ص647.

العقد تسييره و تغليب وجه المصلحة العامة على مصلحة الأفراد الخاصة فبينما تكون مصالح الطرفين في العقود المدنية متوازية و متساوية،إذ بها في العقود الإدارية غير متكافئة، إذ يجب أن يعلو الصالح العام على المصلحة الفردية الخاصة و يترتب على أن للإدارة سلطة إنهاء العقد إذا قدرت أن هذا يقتضيه الصالح العام، و ليس للطرف الآخر إلا الحق في التعويض إن كان له وجه و هذا على خلاف الأصل في العقود المدنية التي لا يجوز أن يستقل أحد الطرفين بفسخها أو إنهائها دون إرادة الطرف الآخر»[1].

كان **القضاء الإداري الجزائري** قد سار و أيد كل من القضاء الإداري الفرنسي و المصري، حينما إعترف هو الآخر لجهة الإدارة بحقها في إنهاء العقد الإداري لدواعي المصلحة العامة، حيث جاء في إحدى القرارت الصادرة عنه بتاريخ 21 جانفي 2003[2] بخصوص قضية رئيس المجلس الشعبي البلدي لبلدية المحمدية ضد **(ر.م)** أنه :«...حيث أن رئيس المجلس الشعبي البلدي المستأنف تمسك بأن المادة 10 من عقد الإيجار أجاز للبلدية فسخ العقد إذا كانت المصلحة العامة تقتضي ذلك، و بالفعل هناك مصلحة عامة أكيدة من حيث أن السوق المركزي بدأ يخلق مشاكل أمنية و صحية في وسط المدينة و بقرب دائرة الأمن و أن السوق ذا مصلحة محلية قد تم إنجازه عند الخروج من المدينة...» [3].

ثانيا:حالة إنهاء العقد لخطأ المتعاقد الجسيم:

إعترف مجلس الدولة الفرنسي لجهة الإدارة بحقها في فسخ العقد في حالة عدم إمكان المتعاقد معها على تقديم المشاركة و المعاونة في تنفيذ المرفق محل العقد بطريقة فعالة و مرضية، و في هذه الحالة تستطيع الإدارة توقيع

1 _ قرار صادر عن محكمة القضاء الإداري المصري بالقضية رقم 983 بتاريخ 1958/06/30، أضار إليه كل من الدكتور محمد علي خلايلية،القانون الإداري،مكتبة الجامعة ، إثراء للنشر و التوزيع-الإمارات 6 الناسر الأردن،2009،ص313، ماجد راغب حلو العقود الإدارية والتحكيم الدار الجامعية للطباعة و النشر، الإسكندرية، 2000 ص 209.

2 _قرار محكمة القضاء الإداري الجزائري بخصوص قضية ر.م.ش.ب ضد (ر.م) الصادر بتاريخ 2003/01/21، أشار إليه : سليماني السعيد محاضرات في مقياس القانون الإداري(**العقود الإدارية**) السنة الثانية حقوق ل م د، كلية الحقوق و العلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة محمد الصديق بن يحي، جيجل،2012-2013،ص 29.

3_ نصري منصور النابلسي، المرجع السابق ،ص312.

جزاء الفسخ بنفسها دون حاجة منها لإستصدار قرار قضائي مسبق يمنحها ذلك الحق،و لها أن تمارس هذه السلطة حتى مع عدم وجود نص في العقد.

كما ذهبت المحكمة الإدارية العليا بمصر في قرار صادر لها بتاريخ 21/11/2000 إلى القول بأن :«...لجهة الإدارة الحق في فسخ العقد و مصادرة التأمين إذا أخطأ المتعاقد، و ذلك بإرادتها المنفردة دون الإلتجاء إلى القضاء بإعتباره إمتياز لجهة الإدارة لتعلق العقد الإداري بالمرفق العام مع حقها بالرجوع على المتعاقد بالتعويض و ينتج عن هذا الجزاء غنهاء الرابطة التعاقدية»[1].

أما بالجزائر فقد أقر مجلس الدولة الجزائري في إحدى القرارت الصادرة عنه بتاريخ 19/11/2005 بخصوص قضية (م،ن) ضد رئيس البلدية، أنه:«...حيث أنه بالنسبة للقرار الصادر عن الغرفة الإدارية لمجلس قضاء بجاية في 17/06/2003 المستشهد به من طرف العارض في مذكرته الإضافية المؤرخة في 04/10/2010، فإنه يتعلق بفسخ العقد من طرف البلدية نتيجة عدم تسديد مبلغ الإيجار و ذلك دون إرسال إنذار بالدفع طبقا للقانون و لا علاقة له بنزاع الحال الذي يتعلق بإعفائه من دفع مستحقات الإيجار...».[2]

الفرع الثالث:موقف المشرع من سلطة الإنهاء الإنفرادي للعقد الإداري

تطرقت العديد من التشريعات لسلطة الإنهاء الإنفرادي للعقد الإداريفقد نظمت أحكامها و مبادئها في العديد من النصوص القانونية الصادرة عنها سواءا تعلق الإنهاء بدواعي المصلحة العامة(أولا) أم بسبب خطأ من المتعاقد قام بإرتكابه أثناء تنفيذ إلتزاماته(ثانيا)،و هذا ما سنستعرضه فيما يلي:

1_ نقلا عن مفتاح خليفة عبد الحميد، حمد محمد حمد الشلماني، المرجع السابق، ص191 و ما بعدها.

2 _قرار مجلس الدولة الصادر بتاريخ 19/11/2005 قضية (م.ن) ضد رئيس البلدية،أشار إليه:سليماني السعد،محاضرات في مقياس القانون الإداري(العقود الإدارية)السنة ثانية حقوق ل م د،كلية الحقوق و العلوم السياسية، قسم الحقوق،جامعة محمد الصديق بن يحي، جيجل،2012-2013،ص29.

أولا:حالة الإنهاء الإنفرادي لدواعي المصلحة العامة

لقد تطرق لها قانون الأشغال العامة الفرنسي في نص المادة 42 من المرسوم رقم 50/71 الصادر بتاريخ 18-01-1971 على أنه:«يمكن بموجب قرار صادر من السلطة المختصة و دون إعذار مسبق من فسخ العقد سواء بسبب إنشاء نظام الإدارة المباشرة،أو بإبرام عقد جديد أو بسبب فسخ العقد، بعد توقيع عقد مماثل او حتى بدون توقيع جديد، و ذلك مع مراعاة أداء المبالغ المستحقة للمقاول في كلفة الأحوال،و دون إلحاقه أية أضرار بحقوقه التعاقدية»[1].

كما نص المشرع الجزائري أيضا و بشكل صريح على سلطة الإدارة في إنهاء العقود الإدارية بما تقتضيه المصلحة العامة في قانون الصفقات العمومية رقم 15-247 في نص المادة 150 منه على أنه:«يمكن للمصلحة المتعاقدة القيام بفسخ الصفقة العمومية من جانب واحد،عندما يكون مبررا بسبب المصلحة العامة،حتى بدون خطأ من المتعاقد»[2].

أما بالنسبة للمشرع المصري فهو لم يشر أو يتطرق صراحة لسلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري بإرادتها المنفردة لدواعي المصلحة العامة،و إنما بين جميع الحالات التي يجوز فيها للإدارة أن تنهي فيها عقودها الإدارية دون حصرها على باعث المصلحة العامة.

ثانيا:حالة إنهاء العقد الإداري لخطأ المتعاقد الجسيم

نصت عليه المادة 42 من المرسوم 50-71 بفرنسا على أنه :«يمكن بموجب قرار صادر من السلطة المختصة،و دون إعذار مسبق، فسخ العقد سواء بسبب تقرير الإدارة المباشر أو... »[3]

1 _أشار إليه: حمد محمد الشلماني، المرجع السابق، ص242.

2 _المادة 150 من من المرسوم الرئاسي 247/15، سالف الذكر، ص 37.

3 _ حمد محمد حمد الشلماني، إنقضاء العقود الإدارية، المرجع السابق، ص 99 و ما بعدها.

نصت المادة 25 من قانون المناقصات والمزايدات المصري،على أنه:« يجوز للجهة الإدارية فسخ العقد أو تنفيذه على حساب المتعاقد إذا أخل بأي شرط من شروطه، و يكون الفسخ أو التنفيذ على حساب المتعاقد بقرار من السلطة المختصة، و يعلن للمتعاقد بكتاب موصى عليه بعلم الوصول إلى عنوانه المبين في العقد »[1].

أما المشرع الجزائري فقد نص هو الآخر في قانون الصفقات العمومية و تفويضات المرافق العامة رقم 15-247 في بابه الأول في القسم العاشر في المادة 149 منه على أنه:«إذا لم ينفذ المتعاقد إلتزاماته، توجه له المصلحة المتعاقدة إعذارا ليفي بإلتزاماته التعاقدية في أجل محدد، و إذا لم يتدارك المتعاقد تقصيره في الأجل الذي حدده الإعذار المنصوص عليه أعلاه، فإن المصلحة المتعاقدة يمكنها أن تقوم بفسخ الصفقة من جانب واحد،و يمكنها كذلك القيام بفسخ جزئي للصفقة».[2]

بهذا يتضح لنا إعتراف المشرع هو الآخر بسلطة الإدارة في إنهاء العقود الإدارية بإرادتها المنفردة مهما إختلفت أنواعها، ونكون قد إنتهينا من دراسة موقف كل من الفقه و الإجتهاد و التشريع في كل من مصر وفرنسا و الجزائر و التي أبدت تأييدها لوجود هذه السلطة بشكل واضح و صريح، لنخرج بسؤال نطرحه في هذا الصدد الا و هو:ماهو الأساس القانوني الذي يمكن أن تعتمد عليه الإدارة أثناء ممارستها لهذه السلطةإذا كانت فعلا تملك سلطة الإنهاء الإنفرادي للعقد الإداري؟.

1 _المادة 25 من قانون المناقصات و المزايدات المصري، سالف الذكر.

2 _المادة149من المرسوم الرئاسي 247/15، سالف الذكر، ص 36

المطلب الثاني:الأساس القانوني لسلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري بإرادتها المنفردة:

لقد ظهرت عدة نظريات و توجهات حول الأساس القانوني الذي تقوم عليه سلطة الإدارة في إنهائها للعقد الإداري و قد عرفت هذه المسألة جدلا كبيرا،و لم تكن آراء الفقهاء حولها موحدة بخصوص الأساس الذي تقوم عليه هاته السلطة.

كنتيجة لهذا، إنقسم الفقه إلى ثلاث إتجاهات، حيث ذهب إتجاه لإعتبار فكرة الصالح العام كأساس لسلطة الإدارة في الإنهاء الإنفرادي(الفرع الأول)،و إتجاه آخر إعتمد على فكرة السلطة العامة كأساس لسلطة الإدارة في إنهاء عقودها الإدارية(الفرع الثاني)،في حين كان هناك إتجاه ثالث رأى بأن الأساس القانوني لهذه السلطة مزدوج يستند إلى فكرة الصالح العام و إمتيازات السلطة العامة معا و في آن واحد(الفرع الثالث).

الفرع الأول:أساس سلطة الإدارة في الإنهاء الإنفرادي للعقد الإداري القائم على فكرة الصالح العام ومقتضيات سير المرفق العام:

يرى أصحاب هذا الإتجاه أن مصلحة المرفق الذي يرتكز عليه العقد هي تبرر إنهاء العقد الذي يصبح غير مفيد للمرفق أو غير ملائم لإحتياجات المرفق أو يشكل عبئا ثقيلا عليه إذ أن سلطة الإنهاء الإنفرادي للعقد الإداري المعترف بها للإدارة تعتبر قاعدة ناتجة عن إحتياجات المرافق العامة و عن المصلحة المالية للدولة و إن سلطة الإدارة في إنهاء العقد من جانب واحد تجد تبريرها في ضرورة توافر العمل الإداري مع الظروف القابلة للتطور، و أن الإدارة تستطيع دائما أن تنهي العقود التي أبرمتها عندما تتطلب المصلحة العامة ذلك و يجب أن لا تلتزم الإدارة بالإستمرار في عقد إتضح لها عدم فائدته أو أنه لم يعد مطابقا لسياستها الحالية.[1]

قد كان هناك جملة من الفقهاء في الفقه الإداري الفرنسي و الفقه العربي الذين أيدو قيام الأساس القانوني لسلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري على فكرة الصالح العام و مقتضيات سير المرافق العامة من بينهم في الفقه الإداري

1 –عثماني محمد أمين،سلطة الإدارة المنفردة في إنهاء العقد،مذكرة لنيل شهادة الماستر، قسم الحقوق،كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة سعيدة،2015–2016،ص20.

الفرنسي الفقيه"**بيكينيو**" **PEQUIGNOT** والذي يرى بأن سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري ما هي إلا نتيجة حتمية لإعتناق فكرة المرفق العام التي يرتكز عليها العقد الإداري، فإذا ما أصبح المرفق العام موضوع العقد يشكل عبئا على جهة الإدارة، فإنه من المصلحة العامة إزالة هذا العبء عن طريق إلغاء العقد،ذلك أنه من غير المقبول أن يصبح العقد حاجزا بين الإدارة و بين تحقيق أهدافها[1].

إلى جانب ذلك يرى **بنوا F .P BONOIT** أن سلطة الإدارة في إنهاء العقد تستند بالضرورة إلى فكرة مبدأ الحفاظ على سير المرفق العام، التي تقتضي إنهاء بعض العقود التي أصبحت لا تتلائم مع إحتياجاته، أو تلك التي تشكل عبئا ثقيلا عليها[2].

يضيف في ذات السياق أن سلطة الإنهاء الإنفرادي للعقد المعترف بها لجهة الإدارة تعتبر قاعدة ناتجة عن إحتياجات المرافق العامة، و صادرة في الوقت نفسه عن عدة إعتبارات و على رأسها حماية المصلحة المالية للدولة، كما برر قيام سلطة الإدارة في إنهاء العقد بإرادتها المنفردة دون خطأ المتعاقد معها على أساس فكرة إحتياج المرفق العام بقوله أنه من البديهي أن يتوقف الأمرعلى مصلحة المرفق العام إذا تبين عدم فائدته أو جدواه أو أن تكاليف إنجازه كانت باهضة.

أما في الفقه العربي نجد الدكتور"**محمد سليمان الطماوي**" يرى أنه للإدارة دائما أن تنهي عقودها الإدارية إذا أصبحت غير ذات فائدة للمرفق العام أو أصبحت لا تحقق المصلحة العامة المنشودة.[3]

كذلك يرى" **نصري منصور النابلسي**" بأن الأساس القانوني لسلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري بدون خطأ من المتعاقد معها يقوم على أساس فكرة المصلحة العامة و سير المرافق العامة بإنتظام، لأنه حتى في حال الأخذ بفكرة إمتياز السلطة العامة فإن إنهاء العقد طبقا لهذه الفكرة يجب تقييده ايضا بالمصلحة العامة و حاجات

1 _ G. PEQUIGNOT, OP.CITE.P. 391

2_ F.P. BONOIT, OP. CITE, P. 662.

3 –سليمان محمد الطماوي، المرجع السابق، ص649.

المرفق العام، فالمنبت و الأساس هو المصلحة العامة و حاجات المرفق العام و الوسيلة لإنهاء العقد من جانب الإدارة قبل حلول أجله دون خطأ من المتعاقد هو السلطة العامة و إمتيازات القانون العام التي تتمتع بها الإدارة.[1]

- **فكرة المرفق العام:**

يعود أساس فكرة المرفق العام للتطور الذي طرأ على المجتمع الفرنسي أواخر القرن 19 و بدأت حينئذ في التدخل في كافة الأنشطة و الأعمال التي كانت قبل ذلك مقصورة على الأفراد وحدهم،فأصبح لابد من الدولة أن تنشأ المرافق العامة المختلفة لتتولى القيام بالمهام التي يتطلبها الأفراد و الدولة على حد سواء، فالمصلحة العامة المجسدة في توفير إحتياجات المرافق العامة و ضمان سيرها بصورة طبيعية و منظمة هي الباعث الحقيقي للتعاقد وإستمراره و تعديله و إنهائه.

لهذا لم يعد المطلوب من قواعد القانون الإداري أن تنظم مظاهر السلطة العامة بل أصبحت حاجة الإدارة لقانون مستقل و متميز عن المبادئ الأساسية التي يقوم عليها القانون الخاص.

نظرا لأهمية فكرة المرفق العام،فقد إعتبرها بعض الفقهاء أساسا قانونيا يمكن الإعتماد عليه في وضع الإدارة بمركز أسمى، و من أنصار هذا الإتجاه و الذي ظهر في منتصف القرن 19 الفقيه **"ليون دوجي" و الفيقه "بونار"** بحيث يرى هؤلاء أن الدولة لا تتمتع بالسلطة و السيادة فهي مجموعة مرافق عامة تعمل لتلبية حاجات الجمهور ويعتبرون أن فكرة المرفق العام هي جوهر القانون الإداري بشكل عام و العقد الإداري بشكل خاص[2].

- **المرفق العام كأساس قانوني:**

إن الإدارة العامة إستنادا إلى مقتضيات سير المرفق العام قد يظهر لها بعد التعاقد أن المرفق العام لم يعد في حاجة إلى هذا العقد و عليه فمن مصلحة المجتمع إنهاء هذا العقد الذي أصبح يتنافى و المصلحة العامة له على

1 _نصري منصور النابلسي، المرجع السابق، ص364.

2 مجدوب عبد الحليم، مرجع سابق،ص270.

إعتبار أنه عبارة عن مشروع لعمل بإنتظام و إطراد تحت إشراف الدولة لسد حاجات عام مع خضوعه لنظام قانوني معين.

من القائلين بهذا الرأي الأستاذ "**بينكو**"الذي يرى أن للإدارة الحق في فسخ عقودها إذا ما إقتضى ذلك الصالح العام،لأنه من غير المقبول أن يصبح العقد حائلا بين الإدارة و بين تحقيق أهدافها و تأمين المنفعة العامة[1].

و يرى الأستاذ "بنوا" أن سلطة الإدارة في فسخ العقد تستند إلى مصلحة المرفق الذي يقتضي إنهاء العقود التي أصبحت غير متلائمة مع إحتياجاته أو التي تشكل عبئا ثقيلا[2].

أزمة المرفق العام:

حققت هذه النظرية نجاحا كأساس للقانون الإداري و مبادئه لكنها ما لبثت أن تراجعت بسبب التغيرات التي طرأت على القواعد التي تقوم عليها فكرة المرافق العامة من بين أسباب هذا التراجع ظهور مرافق عامة ذات نفع عام يديرها أفراد أو أشخاص خاصة،و مما أدى بالمساس بالمرافق كأساس قانوني لسلطة الإنهاء، ذلك أنه لم تصبح بعض المرافق بتلك الأهمية،و التي تبرر تحويل الإدارة إمتيازات و سلطات غير عادية و بالتالي أصبحت فكرة المرفق العام عاجزة عن تبرير سلطة الإدارة بشكل عام سلطتها المنفردة في إنهاء عقودها بشكل خاص.[3]

رغم ما حققته هذه النظرية كأساس للقانون الإداري و مبادئه و أحكامه و معيارا لتحديد إختصاصات القضاء الإداري، لم تلبث أن تراجعت بفعل تطور الحياة الإدارية و التغيرات التي طرأت في القواعد القائمة عليها فكرة المرافق العامة، بتأثر من سياسة الإقتصاد الموجه و المبادئ الإشتراكية و زيادة تدخل الدولة في النشاط ألإقتصادي و الإجتماعي، و ما رافق ذلك من ظهور المرافق الإقتصادية و الإجتماعية و الصناعية و المهنية خاصة في فترة الحرب العالمية الأولى.

1 _مشار إليه لدى: عثماني محمد أمين، مرجع سابق، ص 21.

2 _محمد عبد الله حمودة، مرجع سابق، ص 56-57.

3 _فريدة قصير مزياني، مرجع سابق، ص92.

من الأسباب الأخرى لتراجع نظرية المرافق العامة، ظهور مرافق عامة ذات نفع عام يديرها الأفراد أو الأشخاص الإعتبارية الخاصة.

ما ألزم الفقه بإيجاد حلول بديلة و هو ما أجاب عنه الفقيه "فالين" حيث رأى أن تنوع المرافق العامة لا يمس بالمبدأ الداعم لسلطة الإدارة، من هنا ظهرت فكرة الأساس الذي يبرر وجود قواعد القانون الإداري الإستثنائية و الغير مألوفة ضمن قواعد القانون الخاص، و يعد المعيار الذي يحدد نطاق تطبيق القانون الإداري و مجال القضاء الإداري.المصلحة العامة التي تعتبر المحور الذي تدور حوله قواعد القانون العام و تعد الأساس الذي يبرر وجود قواعد القانون الإداري الإستثنائية و الغير مألوفة ضمن قواعد القانون الخاص، و يعد المعيار الذي يحدد الطبيعة الإدارية للنشاط الإداري،و المعيار الذي يحدد نطاق تطبيق القانون الإداري و مجال القضاء الإداري[1].

الفرع الثاني:أساس سلطة الإدارة في الإنهاء الإنفرادي للعقد الإداري القائم على فكرة السلطة العامة:

يقصد بالسلطة العامة كأساس قانوني لسلطة الإدارة في إنهاء عقودها أن تطبق الإدارة قواعد قانونية خاصة ومتميزة تختلف عن تلك المطبقة على الأفراد الذين يرغبون في التعاقد معها هذا من جانب، وأن تتمتع الإدارة بإمتيازات معينة مقارنة بما هو عليه الحال بالنسبة للأفراد من جانب آخر.[2]

1. فكرة السلطة العامة:

يعتبر" **موريس هوريو**" رائد هذه المدرسة التي أطلق عليها مدرسة السلطة أو مدرسة تولوز إن للدولة إرادة تعلو إرادة الأفراد و من ثم فإن لها أن تستعمل أساليب السلطة العامة كأن تنزع ملكية فرد أو أن تعلق محلا أو طرقا أو تنظم حركة المرور فالإدارة إذا قامت بهذا النوع من الأعمال وجب أن تخضع لمبادئ أو أحكام القانون الإداري كما تخضع في منازعاتها المترتبة عن هذه الأعمال للقضاء الإداري.[3]

1 _ فريدة قصير مزيان، المرجع السابق، ص102.

2 _عمار عوابدي، المرجع السابق، ص137.

3 _عمار بوضياف، المرجع السابق، ص124.

كما يرى أنصار هذا الإتجاه أن الإمتيازات الإستثنائية المخولة لجهة الإدارة،و التي من بينها سلطة إنهاء العقد الإداري،هي النتيجة الطبيعية و المنطقية لنظام السلطة العامة،إستقلالا عن اشتراكات أطراف العقد، و أن الأساس القانوني لسلطة الإنهاء الإنفرادي يكمن في هاته الفكرة، و من أنصار هذا الإتجاه **فيدال Vedel** و الذي يرى أن:«سلطة الفسخ دون خطأ من المتعاقد هي نظام من أنظمة السلطة العامة تستطيع الإدارة تقريره بالإرادة المنفردة، و أن لا يجوز أن يصدر إلا لأسباب تتعلق بالصالح العام، و على الأخص بسبب إلغاء أو تعديل المرفق»[1].

كما يرى جانب من الفقه بأن سلطة الإدارة في الإنهاء إنما تقوم على فكرة السلطة العامة أكثر من قيامها على فكرة الصالح العام أو مقتضيات المرفق العام و يعتبر الصالح العام شرطا لممارسة هذه السلطة أكثر من أن يكون أساسا قانونيا لها،إذ تتمتع الإدارة في مجال العقود الإدارية بإمتياز التنفيذ المباشر على نطاق واسع فهي تستطيع أن تضع حدا للعقد بإرادتها المنفردة بإعتباراها سلطة إدارية.

يذهب أنصار هذا الإتجاه بأن سلطة الإدارة في إنهاء عقودها الإدارية تقوم على فكرة السلطة العامة أكثر من قيامها على فكرة الصالح العام و مقتضيات المرافق العامة، فالإدارة تمارسها في مجال العقود الإدارية عن طريق إستعمال إمتيازاتها في إصدار القرار التنفيذي و في التفيذ المباشر، أما فكرة الصالح العام أو مقتضيات المرافق العامة فهي تصلح شرط لممارسة هذه السلطة أكثر منها أساسا قانونيا لها.[2]

2. السلطة العامة كأساس قانوني:

عند ممارسة الإدارة لمظاهر السلطة العامة تكون في مركز أسمى من مراكز الأفراد فكل عمل يتضمن مظهر من مظاهر السلطة العامة يعد عملا إداريا،و يدخل في نطاق تطبيق قواعد القانون الإداري و في نطاق إختصاص القضاء الإداري.

1 _ نقلا عن : حمد محمد الشلماني، المرجع السابق، ص 69.

2 _نصري منصور النابلسي، مرجع سابق، ص277.

و لفكرة السلطة العامة عنصرين هما:

❖ العنصر الإيجابي لفكرة السلطة العامة:و يتمثل العنصر الإيجابي للسلطة العامة في مجموعة الإمتيازات و السلطات الإستثنائية التي تتمتع بها السلطة الإدارية و تباشرها في مواجهة الأفراد، كإصدار القرارات الإدارية، التنفيذ المباشر، نزع الملكية للمنفعة العامة ...الخ.

❖ العنصر السلبي لفكرة السلطة العامة: و يتمثل هذا العنصر في مجموعة القيود و الإلتزامات التي تلتزم بها الإدارة العامة أثناء ممارستها لوظائفها و أعمالها و من هذه القيود إحترام هدف المصلحة،إحترام أساليب إختيار المتعاقد مع الإدارة العامة و الإلتزام بقواعد حماية الأموال العامة.[1]

إن نظرية السلطة العامة بحسب مناصريها لا تتعلق بالأوامر و النواهي، إنما تشمل كل نشاط إداري تمارسه الإدارة بإستعمالها لوسائل القانون العام الغير مألوفة في القانون الخاص، و مثال ذلك إمتيازات الإدارة في مجال العقود الإدارية.

و مما سبق ذكره من آراء فقهية قيلت بشأن الأساس القانوني الذي يمكن أن تستند إليه الإدارة أثناء إستعمالها لسلطة إنهاء العقد الإداري، بين مرجع لهذا الأساس إلى فكرة العقد الإداري يكمن في فكرة المصلحة العامة، اتجه البعض الآخر إلى الجمع بين كل من الفكرتين و ذهب إلى القول بأن الأساس القانوني لسلطة الإدارة في إنهاء العقد مزدوج يجمع الفكرتين في وقت واحد هما:فكرة إمتيازات القانون العام التي تحتفظ بها الإدارة في العقد من ناحية، و فكرة الإحتياجات الخاصة بالمرفق العام من ناحية أخرى.

الفرع الثالث:الأساس القانوني المزدوج الذي يقوم على فكرة الصالح العام وإمتيازات السلطة العامة

نظرا للإنتقادات الموجهة للأفكار السابقة إن كل فكرة على حدى لا تصلح أن تكون أساس و معيار لسلطة الإنهاء الإنفرادي لذا إتجه جانب من الفقه إلى الجمع بين الفكرتين أو أكثر لتكون الأساس الذي يبرر

1 _فريدة قصير مزياني، مرجع سابق، ص93،94.

وجود هذه السلطة فإشتراك فكرة المرفق العام مع فكرة السلطة العامة يشكلان فكرة الجمع بين الهدف و الوسائل لتأسيس سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري بإرادتها المنفردة.

حيث يرى أنصار هذا الإتجاه أن سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري إنما تستند على إمتيازات القانون العامالتي تحتفظ بها الإدارة في العقد إلى جانب فكرة الإحتياجات الخاصة بالمرفق العام، لذلك فإن إنهاء العقد الإداري من جانب واحد تقوم على أساس قانوني مزدوج يستند إلى الصالح العام و إحتياجات المرافق العامة من جهة، و على فكرة السلطة العامة و إمتيازات القانون العام من جهة أخرى[1].

من بين أنصار هذا الإتجاه **أندري دي لوبادير و تيرينيه** اللذان يريان أن الشخص العام المتعاقد بحكم رسالته في المصلحة العامة و حسن تنفييذ المرافق العامة، و بمقتضى السلطة العامة التي يتمتع بها أن ينهي من جانب واحد العقود التي هو طرف فيها و لو لم يجز له ذلك أي شرط تعاقدي.

هو نفس الشيء الذي رآه **محمد صلاح عبد البديع**:«إن سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري من جانب واحد تقوم على أساس قانوني مزدوج يستند على الصالح العام و إحتياجات المرفق العام من ناحية، و على فكرة السلطة العامة من ناحية أخرى»[2].

كما يذهب السلال **سعيد جمعة الهويدي** إلى ذات السياق قائلا بأن:«سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري من جانب واحد، تقوم على أساس قانون مزدوج يستند في نفس الوقت على كل من فكرتي الصالح العام وإحتياجات المرفق العام من ناحية، وإلى فكرة السلطة العامة و و إمتيازات القانون العام من ناحية أخرى... »[3].

1 _ عثماني محمد أمين، مرجع سابق، ص 25.

2 _ نقلا عن: نصري منصور النابلسي، مرجع سابق، ص 368.

3 _السلال سعيد جمعة الهويدي، مرجع سابق، ص105.

كما يرى **محمد الصغير بعلي** من جهته:«يمكن للإدارة المتعاقدة، بما لها من إمتيازات السلطة العامة، أن تضع حدا نهائيا للعقد الإداري و تفك الرابطة التعاقدية لضرورات المصلحة العامة، و ذلك إعمالا لمبدأ التكييف الذي يسري على المرافق العامة».[1]

فإنه إذا و من المسلم به أن الإدارة تتمتع في نطاق العقود الإدارية بإمتيازات و سلطات في مواجهة المتعاقد معها لا مثيل لها في القانون الخاص كحقها في الرقابة على المتعاقد أثناء التنفيذ و في تعديل العقد و توقيع الجزاءات، وحقها في إنهاء العقد دون خطأ من المتعاقد، إذا رأت أن مقتضيات المصلحة توجب ذلك،و هذه الإمتيازات مقررة إنطلاقا من صلة العقود الإدارية بتسيير المرافق العامة.

فسلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري بدون خطأ من المتعاقد تقوم على أساس فكرة المصلحة العامة و سير المرافق العامة بإنتظام، لأنه في حال الأخذ بفكرة إمتياز السلطة العامة، فإن إنهاء العقد يجب تقييده طبقا لهذه الفكرة بالمصلحة العامة و الحاجات العامة و الوسيلة لإنهاء العقد من جانب الإدارة قبل حلول أجله و بدون خطأ من المتعاقد هو السلطة العامة و إمتيازات القانون العامالتي تتمتع بها الإدارة.[2]

أما فيما يتعلق بالأساس الذي تبناه المشرع الجزائري هو أن فكرة الجمع بين الأهداف و الوسائل،أو كما أطلق عليه الفقه المقارن الأساس التوفيقي، هو الذي يمكن أن يؤسس سلطة الإدارة في مجال العقود الإدارية وسلطة إنهائها، و القانون الإداري بوجه عام.

فإشتراك فكرة السلطة العامة بمدلولها الحديث مع فكرة المصلحة العامة للدولة الجزائرية و المتجسدة في أهداف و إنجاز سياسة التنمية الوطنية،و التي تعد العقود الإدارية بأشكالها وسيلة مثلى لذلك.

1 _محمد الصغير بعلي، مرجع سابق، ص79.

2 _نصري منصور النابلسي، مرجع سابق، ص367.

المبحث الثاني: القواعد المنظمة لسلطة الإدارة في الإنهاء الإنفرادي للعقد الإداري:

سبق و أشرنا أنه بإمكان جهة الإدارة بما لها من إمتيازات السلطة العامة،أن تضع حدا نهائيا للعقد الإداري وتفك الرابطة التعاقدية لضرورات تتماشى هي و المصلحة العامة فهي توجد بذاتها في جميع أنواع العقود الإدارية حتى لو أغفل النص عن ذكرها.

هذا و لقد إستقر كل من الفقه و القضاء الإداريين على أن سلطة الإدارة في إنهاء العقد ليست سلطة مطلقة تستخدمها كيفما تشاء دون قيد أو شرط سواء كان هذا الإنهاء لدواعي المصلحة العامة أو نتيجة لخطأ جسيم من قبل المتعاقد مع الإدارة بل تخضع لضوابط في ممارستها لها قبل إقدامها عملية إنهاء عقودها و هذا ما سنتطرق له في المطلب الأول أما في المطلب الثاني فسنتطرق لمختلف أنواع العقود الإدارية التي تبرمها الإدارة كونها تختلف من عقد لآخر حسب إعتراف غالبية الفقهاء بهذا.

المطلب الأول:شروط إستعمال سلطة الإنهاء الإنفرادي للعقد الإداري :

تخضع الإدارة لدى ممارستها لسلطة الإنهاء الإنفرادي للعقد الإداري لمجموعة من الشروط التي تضبط و تضمن عقلنة إستعمالها فتختلف هذه الشروط بين حالة عدم إرتكاب المتعامل المتعاقد ستوجب الإنهاء أي صادر لدواعي المصلحة و بين حالة إرتكاب المتعاقد لخطأ جسيم يستوجب الإنهاء، بكل ما يترتب عن هذا التفرق من إختلافات و بالتالي سندرس شروط كل حالة على حدا فيما يلي:

الفرع الأول:شروط إستعمال الإدارة لسلطة الإنهاء الإنفرادي لدواعي المصلحة العامة

إذا كانت سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري لدواعي المصلحة تتعلق بالصالح العام تمثل إمتيازا كبيرا للإدارة،[1] و في الوقت نفسه ضمانة أصلية معترف بها لها-أي أنها توجد حتى و لو لم ينص عليها في العقد أو ملحقاته- إلا أنها ليست سلطة مطلقة بل ترد عليها بعض القيود و ذلك عبر وضع نظام قانوني يحكمها حتى لا

1 – مجدوب عبد الحليم، المرجع السابق، ص280.

تسيء الإدارة إستخدامها، و يمكن حصر هذه الشروط في شرطين أساسيين هما: أن يكون إنهاء العقد الإداري صادر من أجل تحقيق المصلحة العامة و أن يكون قرار الإنهاء مشروعا[1].

أولا:أن يكون إنهاء العقد الإداري صادر من أجل تحقيق المصلحة العامة

لقد أجمع الفقه و القضاء الإداريين على أن الإدارة لا يمكنها إنهاء العقد الإداري بإرادتها المنفردة إلا عند قيام سبب من الأسباب التي تتعلق بالمصلحة العامة، إذ قد تستدعي المصلحة العامة و متطلبات تسيير المرفق العام أن تقوم الإدارة بإنهاء العقد الإداري بإرادتها المنفردة قبل إنتهاء أجله لإنعدام الفائدة من الإستمرار منه، دون الحاجة إلى إثبات صدور أي خطأ من جانب المتعاقد معها.

لقد أكد القضاء الإداري الفرنسي هذا الشرط حين قرر وجود إستناد الإنهاء إلى باعث من بواعث الصالح العام، و إلا كان تعسفيا و ليس له ما يبرره فقرر مجلس الدولة الفرنسي في قراره الصادر في **23كانون الثاني 1952** في قضية« **Chambauvet**» قرر أنه في هذه الظروف الخاصة فإن الفسخ الذي تقرر كان مستندا إلى باعث من بواعث الصالح العام و ليس تعسفيا، و قد أيد الفقه ما إليه القضاء الفرنسي فالعميد فيدل يرى أن الإدارة لا يجوز لها فسخ العقد إلا لأسباب يقتضيها الصالح العامو على الأخص إلغاء أو تحديث مرفق[2].

هو نفس النهج الذي سار عليه القضاء الإداري المصري في حكم صادر عنه بتاريخ **1970/12**/06 جاء فيه:" و لكي يكون قرار الإنهاء محققا للمصلحة العامة يجب أن يكون بعيدا عن الأسباب الشخصية كالعداء الشخصي للمتعاقد مع الإدارة لأسباب دينية أو سياسية أو لإعتبارات تتعلق بالمصلحة المالية للإدارة كالحصول على زيادة في مورد مالي تتقاضاه الدولة دون أن يكون هناك مصلحة عامة كإلغاء عقود إيجار المحل المؤجر رغبته في زيادة بدلات الإيجار أو إسترداد الإلتزام لغرض مالي[3].

1 _نصري منصور النابلسي، مرجع سابق، ص371.

2 _قرار صادر عن مجلس الدولة الفرنسي في 23كانون الثاني1952 في قضية chambavaut.

3 _أحمد عثمان عياد، مرجع سابق، ص267.

كذلك يذهب الأستاذ **دي لوبادير** إلى نفس الإتجاه حيث يرى أن الإدارة تستطيع فسخ العقد عندما لا تتلائم إستمراريته و متطلبات المصلحة العامة وحاجيات المرفق العام حيث يرى أنه لكي يكون الفسخ مشروعا يجب أن يعتمد على شرط المصلحة الجماعية و إذا لم يكن يتوفر هذا الشرط يصبح الفسخ تعسفيا و غير مبررا[1].

إذا كان تحقق شرط المصلحة العامة يعتبر أحد الشروط الرئيسة التي يجب توافرها في قرار الإدارة الذي يقضي بإنهاء العقد الإداري دون خطأ صادر من المتعاقد فإنه لابد من خضوع هذا الشرط الراجع لتقدير الإدارة إلى رقابة القضاء الإداري الذي يفصل في مدى توفر هذا الشرط من عدمه[2].

تجدر بنا الإشارة إلى أن الحالات التي يمكن أن تتحقق فيها المصلحة العامة شديدة التنوع و لا يمكن حصرها بدقة، و مع ذلك فقد قام القضاء الإداري في كل من فرنسا و مصر بتحديد بعض من هذه الحالات، والتي جاء إعترافه فيها بتوافر شروط المصلحة العامة كمبرر تستند إليه جهة الإدارة لدى إعمالها لسلطة إنهاء العقد الإداري كما قام برفض الإعتراف بتوافر هذه المصلحة في بعض الحالات الأخرى.

و بين الحالات التي أقر بها القضاء الإداري بتوافر شرط المصلحة أو صالح المرفق العام نذكر على سبيل المثال لا الحصر مايلي:

- ❖ حالة فسخ العقد بسبب إنقضاء إحتياجات المرفق التي أبرم العقد بغرض تحقيقها مثل:فسخ عقد إصلاح وتحسين توصيل المياه في إحدى المدن لإنعدام الفائدة من هذا العقد بعد إنظمام المدينة إلى أحد المشاريع الكبرى المختصة في توصيل المياه ما يجعل سيرورة الأشغال المنصوص عليها في العقد غير مفيدة[3].
- ❖ حالة إنهاء عقد إمتياز المرفق العام عن طريق إسترداد الإلتزام قبل إنتهاء المدة القانونية المحددة في العقد بقصد تحويل نظام إدارة المرفق العام إلى نظام الإدارة المباشرة أو إلى الشركة ذات إقتصاد مختلط بدلا من نظام الإلتزام الذي كان معمولا به في السابق أو رغبة من جهة الإدارة مانحة الإلتزام في أن تعهد بتسيير

1 _ نقلا عن :أحمد عثمان عياد، مرجع سابق، ص 268.

2 _نصري منصور النابلسي، مرجع سابق، ص386.

3 _أحمد عثمان عياد، مرجع سابق،ص269.

المرفق العام إلى مؤسسة محلية دون أن تقصد من وراء هذه العملية جني أرباح مالية أو لإتباع الملتزم في إدارة المرفق طريقة مختلفة عن الطريقة التي تريدها السلطة مانحة الإلتزام[1].

❖ حالة فسخ عقود التوريد بعد إنتهاء الحرب العالمية الثانية، و المتعلقة بالمجهود الحربي لتوفرها على شرط المصلحة العامة، و لقد أقر مجلس الدولة الفرنسي بهذا المسلك في الإعتراف للإدارة أيضا بسلطة إنهاء عقودها التي أبرمت أثناء الحرب العالمية الثانية لتوفر شروط المصلحة العامة المتمثلة في عدم فائدة هذه العقود، و زوال الإحتياج إليها بعد توقف القتال في أعقاب الحرب و عدم الحاجة إلى هذه العقود.

أقرت المحكمة الإدارية العليا بمصر في حكم صادر لها بتاريخ **1968/03/03** سلطة الإدارة في إنهاء عقد توريد بعدما تحقق لها أن الأصناف الموردة التي تم التعاقد عليها لا تفي بالغرض المطلوب من أجله.

كما جاء في قرار صادر عن المحكمة الإدارية العليا بمصر بخصوص التعاقد على بويه لطلاء أحذية الجيش بعد تغيير شكل و نوع الأحذية و الجلد المستعمل في صناعتها و الذي أصبح لا يتماشى مع نظام الأحذية القديم، ما يلي:«إذا ثبت أن البويه المتعاقد عليها مع أحد أسلحة الجيش أصبحت غير صالحة للغرض المتعاقد من أجله بسبب تغيير صنف الجلد المستعمل لأحذية الجنود فالإدارة أن تتحلل من تعاقدها و تعمل سلطتها العامة في إنهاء العقد و تعويض المتعاقد عما أصابه من ضرر...»[2].

و ذهب الفقه الجزائري الذي أقر بسلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري بإرادتها المنفردة و هذا ما أكده أحد رموز الفقه الجزائري الأستاذ محمد الصغير بعلي حين قال بأن الإدارة العامة تنهي العقد الذي أبرمته بإرادتها المنفردة دون أي تقصير من المتعامل المتعاقد إذا أبرمته بإرادتها المنفردة،دون أي تقصير من المتعامل المتعاقد إذا ما رأت بناءا

1 _محمد ماهر أبو العينين، مرجع سابق، ص269.

2 _قرار صادر عن المحكمة الإدارية العليا بتاريخ 1957/04/20، س 2، رقم 97،ص 927، أشار إليه: أحمد عثمان عياد، مرجع سابق، ص 269.

على سلطتها التقديرية أن ذلك من مقتضيات الصالح العام مراعاة لمبدأ الملائمة و التكيف، و هذا يخلصنا إلى أن شرط المصلحة العامة شرط ضروري لقيام الإدارة بأي إجراء من شأنه إنهاء عقدها[1].

يترتب على قيام الإدارة بإنهاء العقد الإداري لدواعي المصلحة العامة إنحلال العقد بكافة آثاره، و عودة المتعاقدين على الوضعية التي كانا عليها سابقا قبل العقد ليعيد كل طرف للآخر ما إستلمه منه فإذا إستحال ذلك جاز الحكم بالتعويض في هذه الحالة كما أصابه من ضرر و ما فاته من كسب[2].

ما يمكننا الإستفادة به مما تم ذكره آنفا أنه لا يجوز للإدارة إنهاء العقد الإداري لأي سبب كان إلا إذا كان هذا الإنهاء متعلقا بالمصلحة العامة، كون هذه الأخيرة هي الباعث الوحيد و الدافع الرئيسي الذي يمكن للإدارة الإستناد إليه لإنهاء عقودها الإدارية فإذا ما كان سبب إنهاء العقد لا يمت بصلة مع أسباب خارجة عن المصلحة العامة، فإنه في هذه الحالة نكون أمام ما يعرف بعيب الإنحراف بالسلطة.

ثانيا:أن يكون قرار الإنهاء قرارا مشروعا

إن القرار الإداري الذي يصدر عن السلطة الإدارية في إنهاء العقد الإداري يجب أن يكون مستوفيا لأركانه الشكلية و الموضوعية لكي يكون قرارا مشروعا وعليه يجب أن يكون قرار الإنهاء مخالفا لإجراءات الإنهاء المنصوص عليها في العقد أو القوانين أو اللوائح، فإذا أوجب القانون أن تراعي في مثل هذه القرارات إجراءات معينة أو شكلية محددة، فيجب أن يكون قرار الإنهاء مستوفيا لما نص عليه القانون من إجراءات كأن تقوم الإدارة بإنذار المتعاقد معها قبل إتخاذ قرار الإنهاء أو أن تحصل على موافقة جهة عليا قبل أن تقرر إنهاء العقد فعندما تفرض الجهة الإدارية هذه الإجراءات فإنها ترمي إلى هدفين أساسيين هما: مراعاة مصلحة الإدارة من جهة و ضمان

1 _ محمد الصغير بعلي، مرجع سابق، ص 125.

2 _عثماني محمد أمين، مرجع سابق، ص33.

حقوق الأفراد الذين يتعاملون معها من جهة أخرى، لأن إتباع الإجراءات الصحيحة يؤدي إلى إجتناب القرارات المرتجلة التي عادة ما تكون إما خاطئة أو غير عادلة[1].

إذا كان إنهاء العقد يقتضي صدوره عن نفس الجهة الإدارية المتعاقدة والمخولة لذلك قانونا، إلا أن المشرع بإمكانه و بصفة إستثنائية أن ينهي العقد لدواعي المصلحة العامة، و إذا كان للمشرع هذه السلطة فإنه للحكومة أيضا نفس السلطات بالنسبة لعقود الإلتزام بمقتضى القواعد المطبقة على العقود الإدارية وتنازل الحكومة عن القيام بإنهاء العقد و طلبها من المشرع القيام بذلك لا يمنعها بطبيعة الحال من أن تباشر إنهاء العقد بنفسها مستوفية بعض الشروط التي من المحتم عليها مراعاتها أثناء إصدارها لقرار الإنهاء.

كما لقد أقر **مجلس الدولة الفرنسي** بخصوص هذا الشأن في حكمة الشهير الصادر في **1988/04/22** للحكومة بسلطة إنهاء عقد إلتزام المرفق العام تجاوبا لدواعي المصلحة العامة و الذي جاء فيه:«...إستنادا على هذه الأسباب:"فإن الحكومة قد قامت في هذه الحالة بإستخدام قانوني لسلطتها في إنهاء عقد الإلتزام من أجل أسباب المصلحة العامة»[2].

أما من حيث تسبيب قراراتها إنهاء العقد الإداري بالإرادة المنفردة و كما عرفه البعض أنه إفصاح الإدارة عن الأسباب القانونية و الواقعة التي تبرر إصدارها للقرار فالتسبيب هو التعبير الشكلي عن أسباب القرار ومن ثم فإنه ينتمي للمشروعية الخارجية للقرار.

و الأصل لدى **مجلس الدولة الفرنسي** أن الإدارة ليست ملزمة بتسبيب قراراتها و منها قرار إنهاء العقد الإداري طالما أن هذا الإنهاء قد جاء لدواعي المصلحة العامة و دون خطأ من جانب المتعاقد.

مما يجدر بنا الإشارة إليه أن سلطة القاضي في هذه الحالة محددة وفق نطاق ضيق و هو التحقق من مدى جدية السبب الذي قامت على أساسه الإدارة بإنهاء العقد الإداري بإرادتها المنفردة و لا تتعداه إلى فحص ملائمة

1 _ محمد عبد الله حمود، مرجع سابق، ص 74.

2 _ نقلا عن: حمد محمد الشلماني، مرجع سابق،ص 188.

الإنهاء للسبب الذي قام عليه، وولاية القضاء قرارات الإنهاء ولاية قضاء كاملة[1]،ذلك أنه في حال عدم ثبوت صحية الأسباب و جديتها فإن القرار الإداري في هذه الحالة يكون مشوبا بعيب الإنحراف في إستعمال السلطة وبالتالي عدم مشروعيته ما يؤدي إلى إبطال هذا القرار و الحكم بالتعويض للمتعاقد المتضرر[2].

❖ أثر ممارسة الإدارة لسلطة الإنهاء الإنفرادي للعقد الإداري لدواعي المصلحة العامة

يترتب على ممارسة الإدارة لإمتيازاتها إنهاء العقد الإداري لدواعي المصلحة العامة و دون خطأ من المتعاقد نتيجة هامة جدا و هي تعويض المتعاقد معها تعويضا كاملا، و يختلف مصير الإلتزامات و الأدوات المستخدمة في التنفيذ حسب نوع كل عقد.

حق المتعاقد في التعويض نتيجة إنهاء عقده من جانب الإدارة بالإرادة المنفردة و دون خطأ منه:

يقابل سلطة الإدارة في إنهاء العقد حق المتعاقد في الحصول على التعويض و هذه السلطة إمتياز مهم للإدارة في عقودها الإدارية حيث تستطيع إنهاء العقد الإداري بإرادتها المنفردة و دون وقوع خطأ من المتعاقد و ليس للمتعاقد معها إلا الحق في التعويض.

هذا التعويض للمتعاقد ليس سببه خطأ الإدارة العامة،و ذلك لأنها تتمتع بهذا الحق طبقا للعقد الإداري الذي أعطى الإدارة هذا الإمتياز و هذا التعويض يكون تعويضا كاملا و قد يرد نص في العقد ينظم قيمة التعويض أو قد تنظمه القوانين و اللوائح.

أما إذا لم ينظم العقد أو القانون أو اللائحة كيفية إستحقاق التعويض عند إنهاء العقد بالإرادة المنفردة، فيقوم القاضي بتقدير ما يستحقه من تعويض وفقا للقواعد العامة و يقترب النظام القانوني للتعويض في العقود الإدارية من النظام المقابل له في عقود القانون الخاص فيما يتعلق بإشتراك توافر أركان المسؤولية العقدية من خطأ و ضرر ورابطة السببية بينهما و فيما يتصل بتقدير التعويض أيضا.

1 _حمد الشملاني،إمرجع سابق، ص 301.

2 _نصرو منصور النابلسي، مرجع سابق، ص401.

أ– التعويض الإتفاقي في القانون:

عند وجود نص صريح في العقد الإداري أو اللائحة عن كيفية إستحقاق المتعاقد مع الإدارة لمقدار التعويض يجب تطبيق هذا النص بصورة كاملة لأنه يتناول كيفية تعويض المتعاقد مع الإدارة و تحديد مقداره و الكيفية التي يحسب بها فمثلاإذا إتفق الطرفان على حرمان المتعاقد من أي تعويض نتيجة إنهاء عقده لدواعي المصلحة العامة، هنا يجب إعمال شرط العقد[1].

و قد يتفق الطرفان على تقدير مبلغ جزافي كتعويض أو قصر التعويض على الأضرار التي لحقت بالمتعاقد بالفعل مع إستبعاد التعويض عن الأرباح التي فاتته أو إشتمال التعويض على العنصرين كليهما أي تعويضه عما لحقه من خسارة و عما فاته من كسب.

ب – التعويض القضائي:

يحق للمتعاقد المتضرر من إنهاء العقد الإداري بالإرادة المنفردة للإدارة لدواعي المصلحة العامة،اللجوء إلى القضاء المختص و أن يثبت إما خطأ الإدارة أو تجاوزها لأحد بنود العقد للمطالبة بالتعويض أو حتى عند القيام بأعمال ثانوية أو يحمل أعباء إضافية و غيرها من حالات التعويض[2].

ج– التعويض الكامل:

إذا سلم القاضي الإداري بقيام مسؤولية الإدارة نتيجة للخطأ الذي إرتكبه –أيا كان نوع الخطأ المرتكب– فإنه يقضي بالتعويض الذي يغطي كامل الضرر الذي وقع على المضرور،ويقصد بالتعويض الكامل عن الأضرار التعويض الذي يغطي ما لحق المضرور من خسارة و ما فاته من كسب، و هذان هما العنصران اللذان يقدر القاضي الإداري على أساسهما التعويض[3].

1 _عبد الحميد مفتاح خليفة، المرجع السابق، ص321-322.

2 _ عثماني محمد، مرجع سايق، ص30.

3 _عمار بوضياف، مرجع سابق، ص140.

الفرع الثاني:شروط إستعمال سلطة الإدارة لسلطة الإنهاء الإنفرادي لخطأ المتعاقد

تقوم الإدارة بفسخ العقد دون خطأ من المتعاقد أو تقصير منه فكيف يكون ذلك حين يخطئ المتعاقد أو يصدر ما يخالف أحد بنود العقد أو أن يخل بأحد إلتزاماته التعاقدية، فتقوم الإدارة في حالة خطأ المتعاقد بإعمال سلطتها في إنهاء العقد الإداري أي إتخاذ إجراء الفسخ الجزائي.

كما تتخذ الإدارة على المتعاقد في حالة إجراء الفسخ عليه في حالة عدم خطأه جملة شروط كشرط المضلحة العامة و شرط صحة قرار الفسخ فإن هذه الشروط تزيد في حالة ما إذا أخطأ المتعاقد.

تكلم المشرع الجزائري في المادة **12 من المرسوم الرئاسي 10-236**[1] المتضمن تنظيم الصفقات العمومية المعدل و المتمم بصراحة على إمكانية الإدارة في الفسخ الإنفرادي للصفقة، إذا ما صدر تقصير و إهمال من قبل المتعاقد و لكن قبل ذلك لابد عليها من إعذاره مسبقا، و مقابل ذلك لايمكن للمتعاقد الإعتراض على قرار الإدارة بالفسخ و إعتبره ضمنيا خطأ جسيم.

و يشترط لمباشرة الإدارة سلطتها في إنهاء العقد عندما يخل المتعاقد بإلتزاماته التعاقدية توفر ثلاث شروطو هي: إرتكاب خطأ جسيم،إعذار المتعاقد، و عدم تدارك المتعاقد لخطأه أو تقصيره.

أولا:إرتكاب خطأ جسيم :

يعرف الخطأ الجسيم على أنه:"عبارة عن إخلال من جانب المتعاقد بإلتزام تعاقدي أو قانوني، مما يمكن أن يؤدي إلى فسخ العقد سواء عن طريق الإدارة بقرار صادر عنها بإرادتها المنفردة تحت رقابة القضاء أم عن طريق القضاء وفق القواعد القانونية المنصوص على تلك الحالات بها".

1_المادة 12 من المرسوم الرئاسي 10-236 ، المؤرخ في 28 شوال عام 1431 الموافق 7 أكتوبر 2010 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية المعدل و المتمم، ج، ر ، ج ،ج، عدد 58 الصادرة بتاريخ 7 أكتوبر 2010 .

فيعتبر المدين مخطأ إن لم يقم بتنفيذ إلتزاماته التعاقدية التي إلتزم بها عند إبرام العقد و بمجرد عدم قيامه بتنفيذ إلتزاماته يعتبر خطأ يقرر مسؤوليته التعاقدية و تعتبر كل مخالفة من المتعاقد مع الإدارة لإلتزماته التعاقدية تمثل خطأ تعاقدي.

من الأمثلة عن الأخطاء الجسيمة نجد أن مجلس الدولة الفرنسي أقر سلطة فسخ العقد في حالات معينة منها:عدم تنفيذ الأوامر المصلحية الموجهة من رجال الإدارة وكذلك ترك الأشغال التي تلتزم بإنجازها و إهمال المواعيد المقررة للعمل أو الإلتجاء إلى الغش أو تسليمه بضائع رديئة أو عجز المتعاقد عن تكملة التأمين المالي خلال المدة المقررة[1].

و من الأخطاء التي تدخل ضمن الخطأ الجسيم في كل من فرنسا و مصر و الجزائر و التي يمكن أن تصدق على جميع أنواع العقود الإدارية على سبيل المثال لا الحصر ما يلي:

- ❖ عدم مباشرة المقاول للأشغال المتفق على إنجازها ضمن المواعيد و الآجال المحددة في أوامر المصلحة الصادرة إليه[2] .
- ❖ تنازل المتعاقد أيا كانت صفته عن عقده للغير بدون أخذ ترخيص مسبق من الجهة المختصة.
- ❖ قيام مقاول الأشغال العامة بتنفيذ الأعمال المنوطة إليه على وجه غير مرض.
- ❖ إستعمال المتعاقد للغش و التدليس و التلاعب في تعامله مع الإدارة.
- ❖ التعاقد من الباطن دون أخذ موافقة مسبقة من جهة الإدارة.
- ❖ صدور حكم جنائي بالإدانة على مدير الشركة المتعاقدة و تخلف المتعاقد عن دفع مبالغ التأمين النهائي خلال الآجال المحددة لذلك.
- ❖ ترك المتعاقد مواقع العمل و إيقاف تنفيذ الأشغال محل العقد.

2_ رشا محمد جعفر الهاشمي، المرجع السابق، ص100.

2 – المادة 01/12 من : د، ش ، إ ،ع ، ج، المرجع السابق.

- ❖ حالة وفاة المتعاقد أو إفلاسه أو تعرضه للتسوية القضائية.
- ❖ عجز المتعاقد عن تكملة التأمين النهائي خلال مواعيده المحددة في العقد .
- ❖ عدم إحترام المتعاقد للشروط القانونية المدرجة في العقد المتعلق بالمتعاملين الأشخاص معه.

و ليس كل خطأ موجب للفسخ و إنما فقط ما يعتبر خطأ جسيم، و هي مسألة تخضع لتقدير الإدارة المتعاقدة و هي بدورها تخضع في هذه الشأن لرقابة قاضي العقد الذي يقدر مدى إعتبار خطأ المتعاقد جسيما أم غير جسيم .

إذا كانت جسامة الإخلال تعد شرطا للفسخ إلا أن النصوص التشريعية و الآراء الفقهية و أحكام القصاء تتفق على عدة حالات تتوافر فيها الجسامة و هي:حالات تتصل بتنفيذ العقد و حالات متعلقة بشخص المتعاقد .

أ – الحالات المتعلقة بتنفيذ العقد:

من أمثلة هذه الحالات عدم التنفيذ المطلق للأعمال المتفق عليها و لهذا إتجهت إدارة الفتوى و التشريع إلى أن عدم قيام الشركة المتعاقدة بتقديم خدمات إستشارية خاصة بتدريب و تأهيل موظفي الوزارة يعد إمتناعا عن تنفيذ هذه الأعمال مما يعطي الحق للوزارة بفسخ العقد بإرادتها المنفردة و دون الحاجة إلى نص أو اللجوء للقضاء[1].

و قد توجد حالة أخرى و هي أن شركة التنظيف قد عجزت عن تنفيذ شروط العقد و لم تستوفي إلتزاماتها من توفير المعدات و الأدوات و سكن العمال، و الوزارة قد أمهلتها عدة مرات لتعديل وضعها، إلا أن الشركة لم تستطع التنفيذ و كنتيجة لهذا العجز يجوز للوزارة فسخ العقد و مصادرة التأمين النهائي.

و لا يحول دون حق الإدارة في الفسخ أن يعلل المتعاقد إمتناعه عن التنفيذذلك أن عليه الإستمرار في التنفيذ إن كان ممكن و طلب تعويض عما لحقه من خسارة و ما فاته من كسب.

1 _عبد الله نواف العتري، النظام القانوني للجزاءات في العقود الإدارية، دار الجامعة الجديدة،الإسكندرية (ب ط) 2010 ، ص154.

ب –الحالات المتعلقة بشخص المتعاقد:

تتعلق هذه الحالات بتصرفات المتعاقد الشخصية التي تستوجب فسخ العقدإ ما لفقده الصلاحية الأخلاقية للمتعامل أو لإنعدام أهليته القانونية للنصرف أو عدم مقدرته أو كفائته المالية لتنفيذ إلتزاماته و من الأمثلة عن هذه الحالات نذكر:

_تنازل المتعاقد عن العقد الذي أبرمه مع الإدارة أو إستناده إلى مقاول دون موافقة الإدارة بعد إخلال جسيم كونه يتعارض مع ماينبغي أن يكون عليه تنفيذ العقد.

_إفلاس المتعاقد أو خضوع الشركة للتصفية القضائية مع وجوب الفسخ و خضوعه لنص في العقد فإذا وجد النص أعتبر العقد مفسوخا بنص قانوني و يجب على المتعاقد التمسك بفسخ العقد إتجاه الإدارة أما في حالة عدم وجود نص يقرر الفسخ يصبح الأمر جواز للوزارة فيمكنها فسخ العقد إذا أن عدم قدرة المتعاقد على تنفيذه.

_و من جهة الفسخ لأخلاقيات المتعاقد مثل إستعماله الغش و التلاعب في المعاملة مع الإدارة فالمتعاقد عليه التحلي بالخلق الذي يقتضيه شرف التعامل و مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود و المعاملات و لذلك أمرنا المولى سبحانه و تعالى بقوله في سورة المائدة:(يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ)[1]، إذن هو واجب ديني قبل أن يكون إلتزام عقديا فإذا أخل به المتعاقد إستحق الإقصاء من العملية التعاقدية و عدم التعامل معه مستقبلا لأن ذلك يدل على سوء خلقه،و لذلك إعتبر القضاء هذا بذاته مبرارا لهذا الجزاء الجسيم.

ثانيا:إعذار المتعاقد:

يقصد بالإعذار طبقا للقواعد العامة إثبات حالة تأخير المدين في تنفيذ إلتزاماته التعاقدية إثباتا قانونيا، و قد يكون الإعذار لغرض تنبيه المدين بضرورة العودة إلى الطريقة الصحيحة في التنفيذ.

كما يعني الإعذار ضرورة منح مهلة أو فترة معقولة للمتعاقد قد تسمح له بتنفيذ إلتزاماته، حيث لا تعفى الإدارة من ضرورة الإعذار إلا في حالة وجود نص صريح في العقد أو في دفاتر الشروط، أو إذا سبق الفسخ إتخاذ

1 _سورة المائدة، الآية 1.

إجراء من إجراءات الضغط على المتعاقد وثم يكون قد أعذر فيما سبق و طالما تم الفسخ لذات الأسباب التي دعت إلى إستخدام جزاءات الضغط فإنه لا يستوجب الإعذار قبل إتخاذه[1].

أما المشرع الجزائري فقد نص صراحة عن الإعذار بقوله "إذا لم ينفذ المتعاقد إلتزاماته توجه له المصلحة المتعاقدة إعذار ليفي بإلتزاماته التعاقدية في أجل محدد "ونصت المادة 102 من المرسوم التنفيذي رقم 145/82 المؤرخ في 1982/04/10 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية يقضي صراحة بضرورة الإعذار المسبق للمتعاقد قبل توقيع الجزاء عليه[2].

أما تشريعيا فقد نصت المادة 149 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام على أنه :"إذا لم ينفذ المتعاقد في أجل محدد وإذا لم يتدارك المتعاقد تقصيره في الأجل الذي حدده الإعذار المنصوص عليه أعلاه فان المصلحة المتعاقدة يمكنها أن تقوم بفسخ الصفقة العمومية من جانب واحد ويمكنها كذلك بفسخ جزئي للصفقة"

يمكن أن تعفى الادارة من الإعذار في الحالات التالية :

- في الحالة الأولى :أن يكون العقد أو دفتر الشروط قد نص على عدم تطلب الإعذار ولا يكون المتعاقد في هذه الحالة قد أسقط بقبوله عدم النص عليه .

- الحالة الثانية : أن يكون الفسخ نتيجة توقيع جزاء آخر كالتنفيذ على حساب المتعاقد وقد سبق إنذاره قبل توقيع هذا الجزاء الأخير.

- الحالة الثالثة : أنه لا حاجة للإنذار إذا كانت ظروف الحالة تقطع عدم جدواه أو عدم تحقق الغاية منه.

- الحالة الرابعة :لاضرورة للإنذار المتعاقد إذا إرتكب أفعال الغش عند تنفيذ إلتزاماته التعاقدية.

1 - أحمد سلامة بدر، مرجع سابق، ص200.

2 _ المادة102 من المرسوم التنفيذي رقم 145/82 المؤرخ في 1982/04/10 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية المعدل و المتمم .

– الحالة الخامسة : يمكن إعفاء الإدارة من الإنذار بمقتضى نص تشريعي أو لائحي.[1]

ثالثا : عدم تدارك المتعاقد لخطأه أو تقصيره.

أي أن المتعاقد لم يتمكن من إزالة الإخلال أو تدارك التقصير المسجل عليه في الأجل المحدد في الإعذار،كما يدخل في هذا الإطار إمتناع المتعاقد عن ذلك ،فإذا تحققت هذه الشروط جاز للإدارة أن تفسخ الصفقة من جانب واحد ودون الحاجة إلى اللجوء للقضاء ودون إمكانية مطالبة المتعاقد بالتعويض، ويتخذ الفسخ بقرار إداري وهذا حسب المادة 112 فقرة02من المرسوم الرئاسي 236/10 ذالمنظم للصفقات العمومية بقولها:".....وان لم يتدارك المتعاقد تقصيره في الأجل الذي حدده الإعذار المنصوص عليه أعلاه,لمصلحة المتعاقد ان تفسخ العقد من جانب واحد"[2]

– إذا توافر الشروط السابقة الذكر فإنه بترتب على توافرها عدة أثار :

الأثر المباشر للفسخ هو انتهاء الرابطة التعاقدية بين الإدارة والمتعاقد وهذا الإنتهاء يتميز بعدة خصائص هي:

1/ إن الفسخ يشمل العقد كله، أي يرد على جميع نصوص العقد فمثلا ،لا توقع الإدارة الفسخ على الإجزاء الذي لا يحقق نفعا ويبقى العقد فيها يحقق لها هذا النفع. ولأن الفسخ يرد على ما لم ينفذه المتعاقد لأن ما تم تنفيذه لا يمتد إليه الفسخ.

2/ إنهاء العقد هو اللأثر الاساسي للفسخ أي أنه يكون نتيجة توقف المتعاقد عن تنفيذ إلتزاماته التعاقدية بداية من التاريخ المحدد في قرار الفسخ لأن الفسخ يختلف عن الجزاءات الإدارية الأخرى كون هذه الأخيرة يمكن للإدارة إتخاذها دون أن تنقضي الرابطة العقدية أما الفسخ فيعني إنتهاء هذه الرابطة.

و إذا كان إنهاء العقد مع المتعاقد هو الأثر الأساسي للفسخ غلا أنه يرتب عدة آثار يتحدد على ضوئها نطاقه و مداه أهمها:

1 _نصري منصور النابلسي ،مرجع سابق، ص 290

2 – المادة: 02/112 من المرسوم الرئاسي 236/10 سالف الذكر.

- إخلال المتعاقد لأماكن العمل و تضع الإدارة يدها عليها إذا خولها العقد ذلك و لا يعد المتعاقد مسؤولا عنها إذا فقذت نتيجة قوة قاهرة أو لسبب أجنبي لا دخل للمتعاقد فيه.
- مصادرة التأمين الذي كان قد دفعه المتعاقد حال رسو العملية عليه.
- جواز عدم تعامل الإدارة مستقبلا مع المتعاقد المفسوخ عقده و شطب إسمه من قائمة المتعاملين معها لأن سبب الفسخ قد يكشف عدم صلاحية المتعاقد أو عدم كفائته العملية أو الأخلاقية أو المالية.
- يلتزم المتعاقد خاصة عندما يكون الفسخ جسيما بدفع نفقات إجراءات إبرام الإدارة عقد جديد مع متعاقد آخر للقيام بالأعمال التي لم ينفذها و يتحمل بالزيادة في نفقات إبرام العقد الجديد إتماما للأعمال التي لم ينفذها[1].

المطلب الثاني:صور و تطبيقات سلطة إنهاء الإدارة للعقد الإداري لبعض العقود الإدارية:

إن سلطة الإدارة في الإنهاء الإنفرادي للعقد الإداري هي من الأمور المتفق عليها في كل أنواع العقود الإدارية إلا أن هناك بعض من هذه العقود يتمتع بأهمية خاصة و يشكل نسبة كبيرة من العقود التي تبرمها الإدارة لإشباع الحاجات العامة و تحقيق المصلحة العامة، و لقد إخترنا ثلاثة(03) عقود إدارية لتكون تطبيقات لسلطة الإدارة في إنهاء عقودها الإدارية و بناءا على ذلك سنقسم هذا المطلب إلى ثلاثة فروع سنناقش في الفرع الأول سلطة الإدارة في إنهاء عقد الأشغال العامة و في الفرع الثاني سلطة الإدارة في إنهاء عقد الإمتياز(إلتزام المرافق العامة) و سنتطرق في الفرع الثالث لسلطة الإدارة في إنهاء عقد التوريد الإداري.

1 _عبد الله نواف العتري، مرجع سابق، ص167-168.

الفرع الأول:مظاهرسلطة الإدارة في إنهاء عقد الأشغال العامة:

أورد الفقه العربي الفرنسي الكثير من تعاريف عقد الأشغال العامة و يتفق معظمها على عناصر تكييف القضاء للأشغال بأنها عامة، كما تتفق على طبيعته الإدارية وفقا للقانون و فيما يلي نورد نماذج من هذه التعريفات على سبيل المثال فقط نذكرمنها ما يلي:

عرفه الفقيه الفرنسي **ديلوبادير** (**Deloubadere**) أنه ذلك العقد الإداري الذي تكلف الإدارة بموجبه شخص بتنفيذ أشغال عامة بمقابل ثمن[1].

و عرفه آخر بأنه إتفاق بين الإدارة و أحد المقاولين(فرد أو شركة) بقصد القيام ببعض الأشغال العامة يهدف إلى تحقيق مصلحة عامة في نظير مقابل مالي متفق عليه في العقد.

كما ورد تعريف آخر لهذا العقد يتمثل في أنه عقد يبرم بواسطةه شخص من أشخاص القانون العام و لحسابه بهدف القيام بعمل من أعمال البناء أو الترميم أو صيانة عقار يخضع لنظام قانوني خاص، ليس فقط مغاير لعقود القانون الخاص بل و لنظام العقود الإدارية الأخرى .

و مما نتوصل إليه من هذه التعريفات أنها تتقارب و تجمع على ضرورة توافر عناصر أساسية في العقد حتى يوصف بأنه عقد أشغال عامة و هي كالتالي:

أولا:أن يكون موضوع الأشغال عقارا:

تعتبر عقود الأشغال العامة تلك الإتفاقيات التي يكون موضوعها منصبا على عقار بالطبيعة و بالتخصيص، و مثال على الأشغال: أعمال البناء و الترميم و الحفر و شق الطرق و مد الخطوط الكهربائية و الهاتفية و غيرها من المواضيع التي أضفى عليها مجلس الدولة صفة عقود الأشغال العامة.

1 ـبن شعبان علي، آثار عقد الأشغال العامة على طرفيه في التشريع الجزائري، رسالة دكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة قسنطينة، 2011-2012، ص20.

ثانيا:أن يتم العمل لحساب شخص معنوي عام:

هذا كون عقد الأشغال العامة ذو طبيعة إدارية، فإن ذلك يعني أن أحد طرفيه على الأقل شخصا معنويا عاما و إلا لما أطلق عليه وصف العقد الإداري، و يستوي في ذلك أن يكون من العقود المحددة طبيعتها الإدارية من قبل المشرع أو وفقا للمعايير المستخلصة من إجتهادات القضاء.

أنه لا يشترط أن يكون العقار محل الأشغال مملوكا للشخص المعنوي العام، بل يكفي أن تتم الأشغال لحساب الشخص المعنوي العام حتى ولو كان العقار مملوكا للشخص خاص إذا كان مصيره سيؤول إلى الشخص العام، و هذا شرط أضافه مجلس الدولة الفرنسي و طبعا يستوي في ذلك أن يكون ذلك الشخص المعنوي إقليميا كالدولة والولاية و البلدية أو مصلحيا كالمؤسسات الإدارية.

كما أنه يعتبر الأشغال قد تمت لحساب شخص معنوي عام هذا كان لهذا الأخير إشراف أو رقابة أو توجيه على هذه الأشغال.

ثالثا: أن يكون الهدف من الأشغال تحقيق نفع عام.

يقوم هذا العنصر على تكييفه للأشغال أحيانا على طريقة تنفيذ الأشغال و أحيانا على من تؤول إليه الأشغال في نهايتها مع الحرص على توفر شرطي إرتباط الأشغال بهدف النفع العام ثم تدخل الشخص العام بهذه الأشغال بصفة ما سواء كمراقب أو وسيط أو رب عمل[1].

كما كما أضاف متتبع القضاء الفرنسي صفة عقد الأشغال العامة على بعض الإتفاقيات التي ليس لها علاقة قوية مع فكرة الأشغال العامة رغبة منه في إخضاع كا ما يتعلق بالأشغال العامة لنظام قانوني موحد هو القانون العام بحسب رأينا الذي يتفق مع ما يراه الآخرون.

و من هذه الإتفاقيات ذات العلاقة البسيطة بفكرة الأشغال العامة و رغم ذلك إعتبرها القضاء الإداري عقود أشغال عامة بذكر الفقهاء، عقد توريد المواد اللازمة لتنفيذ الأشغالرغم أن المورد لا يشارك في تنفيذ الأشغال

1 _ مجدوب عبد الحليم، مرجع سابق، ص288.

بشكل مباشر و كذا عقد نقل المواد اللازمة للأشغال العامة الذي إعتبره القضاء كذلك نظرا لصلته الوثيقة بالأشغال العامة.

أولا:الفسخ الإداري لعقد الأشغال العامة دون خطأ المقاول:

للإدارة سلطة إنهاء لعقد الأشغال العامة دون أن يرتكب المقاول المتعاقد معها أي خطأ يقتضي الصالح العام هذا الإنهاء.

نصت المادة 13 فقرة 02 من المرسوم الرئاسي 10-236 على أنه" تهدف صفقة الأشغال العامة إلى قيام المقاول بناء أو صيانة أو تأهيل أو ترميم أو هدم منشأة أو جزء منها، بما في ذلك التجهيزات المشتركة الضرورية للإستغلالها في ظل إحترام البنود التي تحددها المصلحة المتعاقدة صاحبة المشروع...".

و علينا الإشارة إلى أن المشرع الجزائري قد إستعمل مصطلح "المقاولة" في مراسيم سابقة لكنه سرعان ما تدارك ذلك بإستعمال مصطلح إنجاز أو تنفيذ الأشغال، ذلك لأن عقد المقاولة يخضع لأحكام القانون الخاص . حيث نص عليه المشرع في المادتين 478 و المادة 549 من القانون المدني[1].

أ-تعريف سلطة الفسخ الإداري لعقد الأشغال العامة بدون خطأ المقاول:

هو قيام المصلحة المتعاقدة صاحبة المشروع بفسخ العقد الذي يربطها مع المقاول من جانب واحد و دون خطأ منه لدواعي المصللحة العامة مع بقاء حق الأخير في التعويض قائما،و بالتالي فالفسخ في هذه الحالة عادة ما يقترب برغبة الإدارة في عدم مواصلة الإرتباط مع المقاول و لإعتبارات تتعلق بها بدرجة كبيرة،

ما يؤكد أن الفسخ في هذه الحالة أكثر تحقيقا لفكرة إختلاف العقد الإداري عن نظرة الملتزم و الأكثر إظهار سلطات الإدارة في إستعمالها لوسائلالقانون العام بما يخدم مصالحها و يحقق ما تريده.[2]

1 أنظر المادتين 478 و 549 من القانون المدني المعدل بالقانون رقم 07-05، سالف الذكر.

2 _ محمد الصغير بعلي، مرجع سابق، ص272.

أ- شروط ممارسته:

1) يجب أن يتخذ قرار الإنهاء قبل إنجاز العمل:

لكي تستطيع الإدارة إنهاء العقد يجبإتخاذ هذا القرار قبل إتمام تنفيذ الأشغال فإذا ما تم العمل لم تعد هناك فائدة من إنهاء العقد طالما أن الإدارة تلتزم عند ذلك بدفع كافة أجور الأشغال التي تم إنجازها من قبل المتعاقد.

و يثبت الحق في إنهاء العقد قائما بعد البدء في العمل و المضي فيه حتى ما قبل إتمامه فإذا أتمه المقاول وأعذر رب العمل لغرض تسلمه إنقطع حق الإدارة في إنهاء العقد بعد هذا الإعذار.

2) وجود مصلحة عامة تقتضي إنهاء العقد:

لا يكفي الشرط الأول لتبرر سلطة الإدارة في إنهاء العقد بل لابد أن تستدعي المصلحة العامة هذا الإنهاء، و حالات تحقق هذا الشرط كما سبق و ذكرنا أنها كثيرة و لا يمكن حصرها و مثال ذلك أن العقد أصبح ليس له فائدة أو أ،ه غير مجدي، و هذا بأن يظهر بعد بناء الأسس أن المنطقة التي تجري عليها الأشغال هي منطقة نفطية، ما يمكن أن يؤدي إلى خسارة إقتصادية كبيرة أو أنها لا تتولفر على مواصفات التربة المطلوبة ما يؤدي إلى تقهقر الأساسيات أو قيام حالة حرب أثناء سريان مفعول العقد تجعل التنفيذ مستحيلا من الناحية الواقعية.

و عموما فإن هذا الحق ليس مطلقا –حق فسخ عقد الأشغال العامة- هو حق مقيد بعدم الإنحراف بالسلطة و بالتالي فإذا ما ثبت خطأ الإدارة عند إتخاذ القرار فإن المقاول يستحق التعويض ليس على أساس النية و إستعمال قانوني و إنما على أساس تعسف الإدارة في إستعمال هذا الحق و الخطأ العمدي الذي إرتكبه[1].

3) إخطار المقاول بقرار الإنهاء:

يشترط بعض الفقهاء ضرورة إخطار المقاول بما تعتزمه الإدارة في إنهاء العقد و يترتب على ذلك نتيجة مفادها إعفاء المقاول من إتمام العمل و عدم إلتزام الإدارة بدفع الأجر للمقاول و إنما تلتزم بدفع التعويض.

1 _ رقية جودي، مرجع سابق، ص55.

الإدارة هنا لا تنهي العقد لغرض مواجهة أخطاءالمقاول و إنما المصلحة العامة إقتضت ذلك الإنهاء فالإنهاء لا مفر منه و لا فائدة من الناحية العملية لإخطار المقاول طالما أنه لا يتطيع الإعتراض.

و قد يرد إعتراض على هذا القول، بأن المقاول يستطيع مواجهة الإدارة أمام القضاء عن طريق الطعن بقرار الإنهاء بعد صدوره فلماذا لا يستطيع ذلك قبل صدوره؟.

نرد على هذا الإعتراض بوضوح بأن المقاول عندما أجيز له الطعن بالقرار بعد صدوره أمام القضاء، إنما بالطعن أمام بعدم مشروعيته و ليس بوجوده،أما إذا سمحنا له معارضة الإدارة في إصدار قرار الإنهاء فسوف تسلب الإدارة حقا أصيلا أكدته القوانين و إقتضت طبيعة العقد الإداري التي تجعل من المصلحة العامة للإدارة مصالحا تعلو على مصالح المتعاقدين.[1]

4) مسألة تعويض المقاول:

أوجب القانون على الإدارة صاحبة المشروع تعويض المقاول على جميع ما أنفقه و ما فاته من من كسب بحكم أن حقه في المقابل المالي من بين أهم الحقوق التي يتمتع بها هذا الأخير في مواجهة الإدارة، بإعتبار أن التعويض هو الجزاء الأصيل في مجال مسؤولية الإدارة التعاقدية، و هو بذلك يتفق و الهدف الذي من أجله أبرم المقاولة صفقة الأشغال العامة مع الإدارة لأنه يسعى إلى تحقيق الربح بالدرجة الأولى، و عدم حصوله على ذلك يعني خسارة مادية بالنسبة إليه فإذا كان ذلك بسبب خطأ الإدارة و تقصيرها في إلتزاماتها فإن الهدف الذي يرمي إليه حكم القاضي هو تعويضه من قبل الإدارة المسؤولة عن ذلك الضرر لأن إخلالها بإلتزامها يرتب عليها مسؤولية و هو إلتزام قانوني يوجب التعويض عن الضرر الناتج عنه.

عموما فيجب أن تلتزم الإدارة الإدارة بتعويض المقاول بنفسها أو عن طريق حكم قضائي.

نتيجة لإنهاء العقد قبل حلول الأجل المتفق عليه و هذا التعويض عادة ما يأخذ نوعين:تعويض عن الأعمال المنجزة لغاية صدور القرار، و تعويض عن الكسب الذي فاته فيما لو أنجز الأشغال المتفق عليها.

1 - مجدوب عبد الحليم، المرجع السابق، ص 301

هو المبدأ الذي يقره المشرع الجزائري كغيره إذ أن القاضي في هذا المجال يعتمد الأسس المدنية لأنها تمثل القواعد العامة، فيقدر التعويض وفقا لدرجة الضرر مع مراعاة مساهمة كل طرف في إرتكاب الخطأ فإذا كان الخطأ مشتركا، أي ساهم فيه المقاول، أنقص القاضي مقدار التعويض بنسبة مساهمة المقاول في الخطأ الذي سجدده في الغالب خبير يعينه القاضي [1] .

قد يقضي القاضي بعدم التعويض أصلا إذا إستغرق خطأ المقاول خطأ الإدارة صاحبة المشروع و هذا كله وفقا لأحكام القانون المدني الجزائري.

أما عن تقدير التعويض فإنه يكون شاملا لما لحق المدعي(المقاول) من ضرر و ما فاته من كسب:"بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالإلتزام أو للتأخير في الوفاء به..."[2].

إذا كان للمقاول الحق في التعويض عن الأضرار التي تلحق به جراء عدم الوفاء من قبل الإدارة المتعاقدة(المتعامل العمومي) فإن ذلك منوط بإثبات هذا الضرر و الذي يقع العبء فيه على عاتق المفاول، و هو أمر يسير إلا في الحالات التي يكون فيها إخلال الإدارة بإلتزامها نتيجة أعمالها لسلطاتها المشروعة إزاء المقاول كسلطة تعديل شروط العقد مثلا حين يتشدد القاضي في قبول الدليل الذي يستند إليه المقاول.

ثانيا:سلطة الفسخ الجزائي لعقد الأشغال العامة :

هو حق الإدارة صاحبة المشروع في إنهاء العقد بصورة منفردة كجزاء عن إخلال المقاول لإلتزاماته التعاقدية و هو حق أصيل قائم بذاته، حتى و إن لم ينص العقد على ذلك لكون أن العقد تحتفظ به الإدارة لنفسها منذ إبرامه إلى غاية نهايته.

1 – مجدوب عبد الحليم، المرجع السابق، ص 305 .

2 _نصري منصور النابلسي، مرجع سابق، ص 312.

يعرف الفسخ الجزائي أو ما يطلق عليه بالإنهاء الجزائي لعقد الأشغال العامة عادة على أنه:"ذلك الجزاء شديد الجسامة الذي تستطيع الإدارة صاحبة العمل توقيعه على المقاول المقصر في تنفيذ إلتزاماته العقدية حيث يترتب على ذلك إستبعاده نهائيا من تنفيذ العمل موضوع العقد أو الإستمرار في تنفيذها"[1].

الإدارة لا تلجأ إلى توقيع هذا الجزاء إلا بعد أن يتأكد لها بصفة نهائية أن المقاول لم يعد بإمكانه تقديم معاونته و مشاركته في تنفيذ المرفق العام.

فالإدارة يسمح لها بإنهاء العقد حين يظهر لها و بصورة أكيدة أن المقاول لم ينفذ أو لم بعد قادرا على تنفيذ إلتزاماته على وجه مرض أو لم يعد قادرا على تأمين التنفيذ مما يعرض المرفق العام و بالتالي المصلحة العامة للخطر، فهنا للإدارة أن تستغني نهائيا عن مشاركة هذا المقاول فهذا هو أساس سلطة الإدارة في هذا الشأن[2].

على ضوء ذلك تتمتع الإدارة في عقد الأشغال العامة بسلطة الإدارة في الإنهاء الإنفرادي على غرار بقية العقود الإدارية الأخرى،و ذلك في حالة ما أخل المتعاقد معها(المقاول) في تنفيذ إلتزاماته التعاقدية بإرتكابه لخطأ جسيم بالغ الخطورة و لم تفلح جميع الجزاءات التي تملكها جهة الإدارة في تقويمه، غبر أن هناك إختلافات في الفقه الفرنسي حول طبيعة جزاء فسخ عقد الشغال العامة وجب منا الإشارة إليه فهو تطبيق للقواعد العامة المعمول بها في القانون المدني أم أن لهذا الجزاء طبيعة خاصة ينفرد بها عنها، و هو ما سنجيب عنه وفقا للنحو التالي:

- ✓ الإتجاه الأول:رأي الأقلية:و يمثله الفقيه هوريو Hauriou حيث يزعم أن فسخ عقد الأسغال العامة ماهو إلا تطبيق للمبدأ الذي قررته المادة 1794 من القانون المدني الفرنسي شأنه سأن الإنهاء لدواعي المصلحة العامة و التي تنص على أن رب العمل يستطيع أن يفسخ عقد المقاولة بإرادته المنفردة و لو تم

1 _السلال سعيد جمعة الهويدي،المرجع السابق، ص 122،حمد محمد حمد الشلماني،المرجع السابق، ص 207.

2 _السلال سعيد جمعة الهويدي، المرجع السابق، ص122.

البدء في تنفيذ العقد على أن يعوض المقاول عن كافة نفقاته و الأموال التي يمكن أن يتحصل عليها من هذه المقاولة[1].

✓ الإتجاه الثاني:رأي الأغلبية: و يتزعمه الفقيه **جيزJEZZ** و الذي رفض تطبيق نص المادة المشار إليها أعلاه في مجال الفسخ الجزائي لعقد الأشغال العامة بحجة أنه لايمكن تطبيق مبادئ الفسخ المعمول بها في القانون المدني بصفة قاطعة على جزاء فسخ عقد الأشغال العامة ذلك أن هذا الأخير سببه خطأ المتعاقد مع الإدارة الثابت فعلا و من ثم فإنه لا يوجد أي علاقة تربط بينه و بين الفسخ الإنفرادي المقرر بنص المادة 1794 المشار إليها أعلاه من القانون المدني الفرنسي.[2]

شروط ممارسة الإدارة لسلطة الفسخ الجزائي لعقد الأشغال العامة :

لصحة قرار الإدارة بالفسخ الجزائي لا بد من توافر شروط معينة وهي :

أولا :أن يرتكب المقاول خطأ جسيم عند تنفيذ إلتزاماته:

❖ يتحقق الخطأ الجسيم عندما تكون هناك سوء نية من قبل المقاول أو إهمال و في مجال عقود الأشغال العمة يعد من قبيل الأخطاء الجسيمة رفض المقاول تنفيذ أوامر العمل الصادر من الإدارة وترك الأشغال وإهمال المواعيد المقررة لتنفيذها ،والعيب الجسيم وفي التنفيذ ، وعدم تكملة التأمين النهائي في المواعيد المقررة والتنازل عن العقد دون موافقة الإدارة.

❖ وبالرجوع الى التشريع الجزائري فنجد ان نص المادة 112 من المرسوم الرئاسي 10-236 السابقة الذكر لم تذكر صراحة الخطأ الجسيم بل إكتفت بالنص على :".....أن لم يتدارك المتقاعد تقصيرة في الأجل الذي حدده الإعذار المنصوص عليه يمكن للمصلحة المتقاعدة أن تفسح الصفقة من جانب واحد " [3] .

1 _مجدوب عبد الحليم، مرجع سابق، ص305.

2 _مفتاح خليفة عبد الحميد، مرجع سابق، ص231.

3 – المادة 112 من المرسوم الرئاسي 10-236، سالف الذكر .

وعموما فإن نية المشرع في هذه المادة تذهب لترك الحرية الكاملة للإدارة من خلال سلطتها التقديرية بتكييف تلك الأخطاء.

- ❖ كما يرى الفقه الفرنسي أن كل الأعمال المبررة لوضع المقاولة تحت الإدارة المباشرة إذا إزدادت جسامتها بدرجة معينة فإنها ذاتها تبرر الفسخ ويرجع ذلك الى أن الفسخ اشد جسامة في أثاره من جزاء وضع المقاولة تحت الإدارة المباشرة الذي هو إجراء مؤقت وقد ينتهي إلى الفسخ. وعلى كل حال يرجع الأمر المتعلق بهذه العمليات الى الوزير الذي يمكنه تبعا للظروف أن يأمر إعادة إجراء المناقصة على ذمة المقاول المتخلف أو بفسخ الصفقة دون قيد أو متابعة النظام المباشر للإدارة.
- ❖ ومن بين الأخطاء التي يمكن تصنيفها ضمن الخطأ الجسيم في عقود الأشغال العامة وبصفة خاصة، في نظر كل من الفقه والقضاء، مايلي:
- ❖ عدم مباشرة المقاول في تنفيذ الأشغال موضوع العقد ضمن مواعيدها المحددة .
- ❖ رفض المقاول للأشغال العامة تنفيذ الأوامرالمصلحية الموجهة إليه.
- ❖ ترك المقاول لموقع العمل وإيقاف تنفيذ الأشغال موضوع العقد.
- ❖ تنازل المقاول عن تنفيذ العقد دون اخذ موافقة من جهة الإدارة.
- ❖ تعاقد المقاول من الباطن لتنفيذ بعض الأعمال الموكل إليه تنفيذها دون اخذ موافقة صريحة من جهة الإدارة.
- ❖ تحايل المقاول وإستعماله لأساليب الغش في تنفيذ إلتزاماته التعاقدية.
- ❖ عدم دفع مستحقات التأمين في مواعيدها المقررة في العقد.
- ❖ إعلان المقاول عن إفلاسه بصفة رسمية أو تعرضه للتسوية القضائية .

ثانيا : إعذار المقاول قبل إتخاذ قرار الإنهاء:

وهو إلتزام الإدارة بإعذار المقاول طبقا لما إستقر عليه الفقه والقضاء ،أي أنه لا يمكن لجهة الإدارة فسخ عقد الأشغال العامة إلى بعد إعذار المقاول ،وتحديد مدة زمنية معقولة حتى يتسنى له تنفيذ شروط العقد[1].

وهو ما نص عليه **المشرع الجزائري** في المادة **99**من المرسوم الرئاسي المتضمن قانون الصفقات العمومية**247/15** السابق ذكره وكذا المادة**01/35** من دفتر الشروط العامة، إلا أن سكوت المشرع أو كراسة الشروط أو عدم إشتراط العقد للإعذار قبل توقيع الجزاء عليه حتى مع عدم النص على ذلك ن وإلا كان قرار الفسخ معيبا ويعفي المقاول المفسوخ عقده من النتائج المالية الباهظة المترتبة على الفسخ حسب ما إستقر عليه القضاء الفرنسي ،كما أسلفنا ذلك أن لايمكن سلطة إلغاء قرار الإدارة بالفسخ الجزائي ولو أنه معيب.

وبالعودة إلى التشريع فقد نصت المادة**84** من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزيدات المصري رقم **89 لسنة 1998**، على أنه: "إذا دخل بأي شرط من شروط العقد أو أهمل أو أغفل القيام بأحد إلتزاماته المقررة ولم يصلح أثر ذلك خلال خمسة عشر يوما من تارسخ إنذاره بكتاب موصي عليه بعلم الوصول على عنوانه المبين بالعقد بالقيام بإجراءات هذا الإصلاح كان للسلطة المختصة إتخاذ أحد الإجرائين التاليين:

أ/– فسخ العقد.

ب/– سحب العمل من المقاول وتنفيذ على حسابه بذات الشروط والمواصفات المعلن عنها"[2].

ومن جانبه نص المشرع الجزائري بدوره هو الأخر أيضا على توجيه إعذار إلى المقاول قبل توقيع جزاء الفسخ عليه ، وفي حالة لم يتدارك المقاول تقصيره في الأجل المحدد للإعذار جاز لجهة الإدارة أن تفسخ العقد من جانب واحد[3].

1 _نصري منصور النابلسي، مرجع سابق،ص395.

2 _ مفتاح خليفة عبد الحميد، مرجع سابق،ص 253.

3 _محمد الصغير بعلي، مرجع سابق، ص82.

كما نصت المادة 02 من القرار المؤرخ في 28 مارس 2011[1] الذي يحدد البيانات التي يجب أن يتضمنها الإعذار السالف ذكره ، على أنه:" إن الفسخ من جانب واحد لصفقة من طرف المصلحة المتعاقدة لا يتم إلا بعد إعذارين قانونيين المتعامل المتعاقد العاجز".

هناك حالات تعفى فيها الإدارة من الإلتزام بالإعذار وفقا للفقه والقضاء الفرنسي وهي :

- ❖ حالة ورود نص صريح يعفي الإدارة من توجيه اللإعذار قبل توقيع سواء كان النص في العقد أو في دفتر الشروط العامة.
- ❖ في حالة ما إذا أعلن المقاول صراحة عن رفضه لتنفيذ إلتزامه أو عدم القدرة على ذلك إذ لافائدة من الإعذارفي هذه الحالة.
- ❖ إذا كانت الظروف تؤكد عدم فائدته بفعل المقاول كالغش في التنفيذ أو ارتكابه لمخالفة يصعب تداركها أو إصلاح الوضع حتى مع الإعتذار.
- ❖ في حالة تنازل المقاول عن عقده دون موافقة الإدارة وفقا لما ينص عليه التشريع أو قام بالتعاقد من الباطن.
- ❖ كما تعفى الإدارة من الإعذار المسبق قبل توقيع جزاء الفسخ في حالة الاستعجال لأن الظرف لايسمح من حيث سعة الوقت لذلك.
- ❖ كذلك تعفى الإدارة من الإعذار قبل فسخ العقد مع المقاول إذا كان هذا الفسخ تاليا لجزاء سابق وهو وضع المقاولة تحت الإدارة المباشرة لأن هذا الأخير جزاء مؤقت قد ينتهي إلى الفسخ إذا استمر المقاول في المخالفة شرط أن تكون هذه المخالفة ذاتها هي سبب توقيع الجزاء .

ثالثا:يجب أن يصدر قرار من الإدارة بإنهاء العقد:

القرار الذي تصدره الإدارة بإنهاء العقد هو قرار إداري شأنه شأن أي قرار إداري يخضع للقواعد العامة التي تخضع لها القرارات الإدارية فيجب أن يكون قرار الإنهاء الإنهاء صادرا من الجهة المؤهلة قانونا بإتخاذه لكي لا

1 _ قرار مؤرخ في 28 مارس 2011 يحدد البيانات التي يتضمنها الإعذار و آجال نشره.

يكون مشوبا بعيب الإختصاص،كذلك فإن هذا القرار يجب أن يستوفي الشروط الشكلية المقررة في نصوص القوانين و شروط العقد فلا يجوز إتخاذ القرار مثلا قبل توجيه الإعذار إلى المقاول أو إن إتخاذ القرار يقتضي تشكيل لجنة فنية تتأكد من الأخطاء التي إرتكبها المقاول، فبدون تشكيل هذه اللجنة لا يجوز إتخاذ قرار الإنهاء ويخضع قرار الإنهاء لرقابة القضاء و تشمل هذه الرقابة مشروعية القرار و مدى ملائمة هذا الجزاء للخطأ للخطأ الذي إقترفه المقاول، و لكن عندما يقرر جزاء الفسخ لخطأ معين فعنئذا تقتصر رقابة القضاء على المشروعية دون الملائمة[1].

الفرع الثاني: سلطة الإدارة في إنهاء عقد الإمتياز

يعتبر عقد الإمتياز أو ما يعرف ما يعرف بعقد الإلتزام بأنه العقد الذي يتولى بمقتضاه شخص من أشخاص القانون الخاص (فرد كان أو شركة) و يسمى الملتزم و على نفقته و مسؤوليته إدارة و تسيير مرفق عام و إستغلاله مقابل رسوم يتقاضاها من المرتفقين مع خضوعه للقواعد الأساسية الظابطة لسير المرافق العامة فضلا عن الشروط التي تضمنها الإدارة لعقد الإمتياز.

تكلم المشرع الجزائري عنه في قانوني البلدية و الولاية في المادتين **155**من قانون البلدية الجديد رقم **11-10** المؤرخ في **22يونيو 2011** [2] و المادة **149**من قانون الولاية رقم **12-07 المؤرخ في 21فبراير2012**[3].

إلا أنه و إستثناءا على هذه القاعدة فإنه ينتهي عقد الإمتياز نهاية غير طبيعية قبل إنتهاء المدة القانونية لذلك، أو حتى قبل تنفيذ جميع الإلتزامات المنصوص عليها في العقد و يكون ذلك في حالتين: إما لإرتكاب الملتزم

1 _أحمد سلامة بدر،مرجع سابق،ص302و ما بعدها.

2 _المادة 155 من قانون البلدية رقم10/11، المؤرخ في 20 رجب عام 1432 الموافق 22 يونيو 2011، ج ، ر، ج ، عدد 37 الصادرة بتاريخ أول شعبان عام 1432 الموافق 3 يوليو 2011 .

3 _المادة 149من قانون الولاية رقم 07/12 المؤرخ في 28 ربيع الأول عام 1433 الموافق 21 فبراير 2012، ج ، ر،ج،ج عدد 12 الصادرة بتاريخ 7 ربيع الثاني عام 1433 الموافق 29 فبراير 2012 .

خطأ جسيم يدفع بالإدارة إلى إنهاء العقد أو مايعرف بالإسقاط (**أولا**) أو لدواعي تقتضيها المصلحة العامة و هو الإسترداد(**ثانيا**).

أولا:إسترداد المرفق العام:

يطلق إسترداد المرفق العام على عملية إلغاء عقد الإمتياز قبل حلول الأجل المقرر له بموجب قرار فردي من الإدارة لقاء تعويض لصاحب الإمتياز، بالتالي يعبر عن إنهاء الإدارة لعقد الإمتياز قبل نهايته الطبيعية دون خطأ من جانب الملتزم، إذا تبين لها أن طريقة الإلتزام لم تعد تتفق مع المصلحة العامة، أو أن المرفق محل العقد فقد صلاحيته التي كان يتمتع بها، كما لو كان محل العقد إدارة و إستغلال خط السكة حديدية و أغلق الخط، و ذلك إعمالا لحقها في إنهاء العقود الإدارية ما يستلزم تعويضه تعويضا عادلا عما لحقه من أضرار من جراء الإنهاء.

كما يعرفه **بونار BONNARD** بأنه:"ذلك القرار الإنفرادي و التقديري الذي تمتلكه جهة الإدارة والذي من شأنه إنهاء إدارة الإلتزام قبل التاريخ المحدد في العقد لإنقضائه و ذلك تحقيقا للمصلحة العامة، بينما يذهب **ليكومت LECOMT** في تعريفه للإسترداد إلى القول إلى بأنه عبارة عن طريق إستثنائي لإنهاء الإلتزام ينتج عن سلطة إنهاء الإلتزام التي تملكها السلطة مانحة الأتزام و هذا الطريق يسمح لها بإنهاء الإلتزام حتى قبل إنقضاء مدته، و فضلا عن ذلك فإن الإسترداد ليس له صفة الجزاء الذي يمكن توقيعه على الملتزم في حالة ما إذا إرتكب خطأ جسيم، فهو يصدر من الإدارة لمصلحة المرفق العام و عندما يبدو مناسبا لجهة الإدارة ألا تنتظر إنتهاء مدة الإلتزام من أجل إسترجاع المرفق ووضعه تحت الإدارة المباشرة لجهة الإدارة".

لقد أكد مجلس الدولة الفرنسي أن للإدارة مانحة الإلتزام سلطة إنهاء عقد إلتزام المرافق العامة لدواعي المصلحة العامة و التي تأخذ كما أشرنا إليه أعلاه شكل إسترداد الإلتزام، حيث قرر أنه:«يحق للسلطة مانحة

الإلتزام بمقتضى القواعد العامة المطبقة على العقود الإدارية، و مع مراعاة حق الملتزم في التعويض أن تنهي عقد الإلتزام قبل حلول أجله لدواعي المصلحة العامة »[1] .

هذا و يعد حق الإسترداد حقا من الحقوق الأصلية التي تتمتع بها جهة الإدارة وفقا للنظرية التقليدية المعمول بها في عقود الإلتزام،و بناءا على ذلك فإنه يحق لجهة الإدارة مانحة الإلتزام أن تلجأ إليه حتى و إن لم ينص على ذلك في صلب العقد،و ذلك متى إقتضى الصالح العام منها هذا الإنهاء ، على أن تراعي الإدارة أثناء قيامها بإسترداد الإلتزام الحقوق المالية المشروعة للملتزم، و ذلك بالتوفيق بين سلطتها في تحقيق الصالح العام، التي لا يمكن لها التنازل عنها في إنهاء الإلتزام و بين المصالح المالية للملتزم، أو ما يقابله من حقوق مخولة لهذا الأخير؛ تتجلى في تعويضه تعويضا كاملا يغطي ما لحقه من ضرر و ما فاته من كسب وفقا للقواعد العامة، مثلما قضى بذلك مجلس الدولة الفرنسي في حكمه الصادر بتاريخ :**1987/02/02** و الذي جاء فيه :« للسلطة مانحة الإلتزام بمقتضى القواعد العامة المطبقة على العقود الإدارية و مع مراعاة حق الملتزم في التعويض أن تنهي عقد الإلتزام قبل حلول أجله لدواعي المصلحة العامة » [2] .

يأخذ إسترداد الإلتزام في الواقع العملي ثلاث صور يمكننا إجمالها فيما يلي:

1- الإسترداد التعاقدي:

هو الإسترداد المنصوص عليه في وثيقة الإمتياز على نحو ينظم كيفية مباشرة الإدارة لهذا الحق و الذي تقرره بإرادتها المنفردة، و على ضوء ذلك تعد إجراءات تحقيقه من الشروط التعاقدية التي يتعين على الإدارة مراعاتها قبل توقيعه [3].

1 _مفتاح خليفة عبد الحميد، المرجع السابق، ص123.

2 – مفتاح خليفة عبد الحميد، المرجع السابق، ص 124 .

3 _لذا نجد بعض التشريعات تنص على ذلك، ففي فرنسا فإنه غالبا ما تتضمن دفاتر الشروط المتعلقة بعقد الإمتياز شروطا تنظم كيفية إسترداد الإدارة للمرفق المدار عن طريق الإمتياز،و بالعودة إلى إلى التشريع المصري فإننا نجد المشرع المصري قد ألزم جهة الإدارة هو الآخر على تضمين عقودها كيفية إسترداد المرفق،نور عيسى الهندي،النظام القانوني للإسترداد في عقد الإمتياز المجلة الأردنية في القانون و العلوم السياسية، المجلد 09، العدد 03، الأردن 2017، ص 40.

يفرق الفقه بين الفسخ الإتفاقي و الإسترداد التعاقدي، من حيث أن هذا الأخير عبارة عن حق تمارسه الإدارة إذا إقتضى الصالح العام منها ذلك، مع كفالة و ضمان الحقوق المشروعة للملتزم،فهو نوع من التوفيق بين حق الإدارة في إنهاء عقودها و بين حقوق المتعاقد معها، كما أنه إذا تضمن العقد حصر الأسباب التي تجيز للإدارة إسترداد الإلتزام فإنه ينبغي عليها التقيد بها، في حين أن الفسخ الإتفاقي ينقضي معه العقد بإتفاق طرفيه قبل تنفيذ موضوعه بالكامل أو حتى قبل إنقضاء المدة المنصوص عليها في العقد،على أن يتضمن إتفاق الطرفين تعويض المتعاقد من عدمه، و هو بذلك مجرد تطبيق للقواعد العامة[1].

يعتبر الإسترداد التعاقدي، من أكثر الأوضاع شيوعافي عقود إلتزام المرافق العامة في كل من فرنسا و مصر، و قد وضع مجلس الدولة الفرنسي مجموعة من الضوابط و الشروط الواجب توافرها حتى يتسنى للإدارة ممارسة هذا الحق بطريقة قانونية، و التي سنورد بعضها فيما يأتي:

_تقييد الإدارة بأسباب الإسترداد المنصوص عليها في العقد.

_أن تقوم الإدارة بإبداء نيتها في إسترداد المرفق كونه لم يعد يتماشى و متطلبات الصالح العام عن طريق توجيه إنذاراتإلى الملتزم، و ذلك بوقت كاف قبل القيام بهذا الإجراء،أو في المدة المحددة في العقد أو دفاتر الشروط[2]، ويعتبر الإنذار في مثل هذه الحالة ضروريا جدا حتى يستطيع الملتزم ترتيب أوضاعه طبقا لنية الجهة مانحة الإمتياز في إسترداد المرفق.

_أن يصدر قرار الإدارة بالإسترداد التعاقدي من قبل السلطة المختصة بإصداره، أو بمعنى آخر أن يصدر من نفس الجهة التي قامت بإبرام عقد الإمتياز.

إن هذه الأسباب جاءت على سبيل المثال لا الحصر، و هي أمثلة معترف بها لدى مجلس الدولة الفرنسي وتبرر لجهة الإدارة مانحة الإمتياز بإسترداده قبل نهاية مدته.

1 _أحمد عثمان عياد، مرجع سابق، ص 287.

2 _مفتاح خليفة عبد الحميد، مرجع سابق، ص141.

2-الإسترداد التشريعي:

عادة ما يتدخل المشرع في مجال عقود الإمتياز ليقوم بإصدار قوانين خاصة ينظم بموجبها كيفيات و طرق إسترداد المرافق العامة، إذ ليس من المستغرب ذلك طالما أن عقد إمتياز المرافق العامة يتم منحه بقانون، لذا فإنه من الطبيعي أن يقرر المشرع لإعتبارات عديدة و بحسب تقديره إسترداد أحد المرافق العامة أو إلغاء الإمتياز الممنوح لها.

قد تدخل المشرع الفرمسي في مجال عقود الإلتزام في العديد من المرات بإصداره مجموعة من القوانين الخاصة التي تنظم عملية إسترداد المرافق العامة وتوضيح كيفيات ممارستها منها قانون 29 ماي 1845 الخاص بإسترداد المرافق الخاصة بقنوت الملاحة،كما لجأ **المشرع المصري** لهذه الوسيلة لإنهاء عقد إمتياز شركة قناة السويس البحرية و ذلك بمقتضى القانون رقم **285 لسنة 1956 الصادر في 26 جويلية 1956** بتأميم الشركة العالمية لقناة السويس البحرية، فهذا القانون بالرغم من تسميته بقانون تأميم الشركة العالمية لقناة السويس البحرية فإنه في حقيقته ليس تأميما بل هو مجرد إسترداد قانوني لمرفق المياه[1].

أما في الجزائر، فإنه و من أبرز الأمثلة التي يمكننا أن نصوغها ضمن هذا الصدد ما حصل في قضية "**الخليفة للطيران** " عندما تم بموجب أمر رئاسي إلغاء المصادقة على إتفاقية إستغلال المرفق العمومي للنقل الجوي الممنوح لشركة الطيران المشار إليها أعلاه و كذا دفتر الشروط المرافق لها[2].

3-الإسترداد غير التعاقدي:

هو الإسترداد الذي تقرره الإدارة بإرادتها المنفردة أثناء تنفيذ عقد الإلتزام دون تنظيم سابق لأوضاعه في وثيقة الإمتياز أو وجود نص صريح يجيز لها ذلك، و لقد كان هذا النوع من الإسترداد محل خلاف بين الفقهاء كما أن بعضا منهملم يقر بوجوده صراحة معتبرا أن للإدارة الحق في الإنهاء المبستر لعقد الإلتزام حتى في حالة إفتقاد العقد

1 _سليمان محمد الطماوي، مرجع سابق، ص670.

2 _المرسوم الرئاسي رقم 03-404 رمضان عام عام 1424 الموافق ل 05نوفبر سنة 2003، يتضمن إلغاء المصادقة على إتفاقية إمتياز إستغلال المرفق للنقل الجوي الممنوح لشركة الطيران "**الخليفة للطيران** ".

أو دفاتر الشروط الملحقة به لنص يجيز إسترداده، إلا أن هذا الإنهاء يعد إنهاءا لعقد الإمتياز طبقا للقواعد الجاري العمل بها و ليس إسترداد للإلتزام[1].

ثانيا:الإسقاط كصورة من صور الإنهاء الإنفرادي لخطأ المتعاقد الجسيم في عقد الإمتياز

عرفه الفقيه **جازJEZE** بأنه فسخ عقد إلتزام المرفق العام على مسؤولية الملتزم بسبب الخطأ الذي إرتكبه.

أيضا عرفه الفقيه **بولاك** بأنه ذلك الجزاء الأكثر جسامة من جميع الجزاءات الأخرى و الذي ينهي عقد الإلتزام بإسبعاد الملتزم الذي يمتثل لإلتزام جوهري منصوص عليه في دفتر الشروط الخاصة بالعقد.

مما سبق من تعاريف للإسقاط يمكننا تعريفه بأنه طريقة من طرق إنهاء عقد الإلتزام بصورة مبسترة، و جزاء توقعه السلطة مانحة الإلتزام على الملتزم نتيجة إخلاله إخلالا جسيما في تنفيذ إلتزاماته العقدية.

غالبا ما تنص بنود العقد و دفاتر الشروط ضمن طيات صفحاتها على جزاء الإسقاط،كما أنه من المسلم به أن حق الإدارة في فسخ العقد حق أصيل لجهة الإدارة لا يمكنها التنازل عنه، حتى و لو لم ينص عليه في العقد[2]،إستنادا لسلطتها في تنظيم و تسيير المرافق العامة، إلا أنه من المفضل و هو المعتاد أن يتم إدراج نص في العقد ينظم هذه الحالة نظرا لأهمية موضوع العقد الذي هو تنظيم مرفق عام.

شروط ممارسته:

1- **أن يرتكب الملتزم أخطاء جسيمة:**فجزاء الإسقاط لا يمكن الإلتجاء إليه إلا عندما يقترف الملتزم أخطاء جسيمة لا تغتفر تؤدي إلى عجزه عن تسيير المرفق العام و أدائه الخدمات المطلوبة، و لا يفرض هذا الجزاء إلا إذا ثبت أن الجزاءات المالية و إجراءات الظغط المؤقتة غير كافية لإجبار الملتزم على رفع الأخطاء التي إقترفها.

1 _يونس إسماعيل حسن كهردي، مرجع سابق، ص 74.

2 _أحمد عثمان عياد، مرجع سابق، ص 366.

من تطبيقات الأخطاء الجسيمة التي تبرر الإنهاء الجزائي لعقد الإمتياز الإداري(الإسقاط) في نظر مجلس الدولة الفرنسي[1]، و التي سنورد ذكر بعضها على سبيل المثال لا الحصر فيما يلي:

- وقف إستغلال المرفق بما يؤدي إلى عدم إنتظام المرفق في تأدية خدماته للجمهور و خاصة إذا كان من المرافق الحيوية كالمياه و الغاز و الكهرباء.
- التنازل عن إدارة و تسيير المرفق المدار عن طريق الإلتزام دون أخذ موافقة من جهة الإدارة.
- عدم تسديد المستحقات المالية التي تقع على عاتق الملتزم قبل الإدارة.
- مخالفة التنظيمات الفنية و المالية للمرفق المدار عن طريقالإلتزام.
- عدم احترام الملتزم للأوامر المصلحية.
- إفلاس الملتزم.

أما بالجزائر فمن بين الأخطاء التي تندرج ضمن مفهوم الخطأ الجسيم، و على سبيل المثال لا الحصر، ما نصت عليه المادة01/30 من دفتر الأعباء النموذجي لإمتياز الطرق السريعة، و التي جاء فيها:« يتحمل صاحب الإمتياز سقوط حقوقه بسبب عدم إستئناف تأدية الخدمات إذا ما توقفت و بسبب عدم الوفاء بإلتزاماته التي يفرضها دفتر الأعباء...»[2]

2-إعذار الملتزم:

يتعين على الإدارة المانحة للإلتزام قبل توقيع جزاء الفسخ إعذار الملتزم و غالبا ما تتضمن وثائق الإلتزام مثل هذه الشروط و لا تتحرر الإدارة منه إلا بناء على شرط صريح في العقد، أو إذا ثبت من ظروف الحال أن الإعذار لا فائدة منه (**كما لو أعلن الملتزم عن عجزه عن إدارة المرفق**).

1 _يجري **م.د.ف** على نعت الخطأ المبرر لجزاء الإسقاط بنعوت متنوعة و عديدة و من ذلك قوله "إن الخطأ على درجة خاصة من الجسامة أو أن الملتزم قد دأب على مخالفة التنظيمات الفنية و المالية للمرفق المدار عن طريق الإلتزام".

2 _المرسوم التنفيذي رقم **380/96** المتعلق بإمتياز الطرق السريعة، سالف الذكر.

تعفى الإدارة من الإعذار، إذا تضمن العقد نصا صريحا يقضي بإعفاء الإدارة منه، أو إذا إتضح أن الإعذار غير ذي منفعة أو لا جدوى منه، حينما يعلن الملتزم أنه أصبح غير قادر على الإستمرار في إدارة المرفق، و تعفى الإدارة أيضا من الإعذار عندما تكون هناك حالة إستعجال أو ضرورة لا تسمح بإعذار الملتزم، أيضا لا جدوى من الإعذار في حالة الإفلاس أو التصفية القضائية بالنسبة للملتزم.

و لقد أكدت أحكام القضاء الإداري بمصر في أحد الأحكام الصادرة عنها على وجوب إعذار الملتزم قبل توقيع جزاء الإسقاط عليه، و يشترط توافر شرطين للقيام بذلك:

أ. أن يرتكب الملتزم مخالفات متكررة و جسيمة، أو يفقده المقدرة على تسيير المرفق العام بصورة منتظمة.

ب. إعذار الملتزم قبل توقيع هذا الجزاء عليه[1].

كما نصت المادة **87** من قانون المياه الجزائري لسنة **2005** على أنه :"تلغى الرخصة أو إمتياز إستعمال الموارد المائية بدون تعويض بعد إعذار يوجه لصاحب الرخصة أو الإمتياز، في حالة عدم مراعاة الشروط والإلتزامات المترتبة على أحكام هذا القانون و النصوص التنظيمية المتخذة لتطبيقه و كذا الرخصة أو دغتر الشروط[2].

2- أن يتم الإسقاط بحكم قضائي

القاعدة العامة في فرنسا أن الإدارة لا تملك إسقاط الإلتزام من تلقاء نفسه، إذ يتطلب الأمر الحصول على حكم قضائي من قاضي العقد ما عدا في الحالات التي تنص عليها البنود العقدية أو اللائحية، على منح الإدارة هذا الإختصاص بشكل صريح.

1 _مفتاح خليفة عبد الحميد، مرجع سابق، ص 223.

2 _المادة**87** القانون رقم **12/05** المتعلق بالمياه، سالف الذكر، و و أنظر كذلك:نص المادة **10**من دفتر الشروط الملحق بالمرسوم التنفيذي **152/09**، سالف الذكر.

و في هذه الحالة يكون من حق القاضي أن يحكم بقرار الفسخ (**الإسقاط**) الصادر من الإدارة دون تبرير أو بطريقة غير مشروعة و الحكم بالتعويض عنه إذا ترتب على القرار أضرار[1].

كما نجد أنه و بالعودة إلى نص المادة **12** الأمر رقم **04/08** المحدد لشروط و كيفيات منح الإمتياز على الأراضي التابعة للأملاك الخاصة للدولة بالجزائر، أنها قد نصت على أنه:" يترتب عن كل إخلال من المستفيد من الإمتياز للتشريع الساري المفعول و للإلتزامات التي يتضمنها دفتر الأعباء إتخاذ كافة الإجراءات من أجل إسقاط حق الإمتياز **لدى الجهات القضائية المختصة بمبادرة من مدير أملاك الدولة المختص إقليميا**" [2] .

يرى الدكتور **أحمد عثمان عياد** ضمن هذا الصدد أن:"قرار الإسقاط شأنه شأن الفسخ تطبق بصدده كافة القواعد المتعلقة بقرار الفسخ، و من ثمة فإن إسقاط الإلتزام لا يستوجب منه على الإدارة إعذار المتعاقد، كما لا يستلزم إستصدار حكم قضائي لذلك، بل يصدر –شأنه شأن الفسخ في االعقود الإدارية الأخرى– بقرار إنفرادي من الجهة مانحة الإلتزام، و ذلك إعمالا لسلطتها في التنفيذ المباشر" [3] .

الفرع الثالث: مظاهر سلطة الإدارة في إنهاء عقد التوريد الإداري

ينتهي عقد التوريد نهاية طبيعية، شأنه شأن سائر العقود الإدارية الأخرى، و ذلك بتنفيذ الالتزامات التي ينشئها العقد تنفيذا كاملا [4].

لكن قد تنتهي عقود التوريد الإدارية في بعض الحالات نهاية غير طبيعية أيضا، قد تكون ناجمة عن صدور خطأ جسيم من قبل المورد في تنفيذ التزاماته الناشئة عن العقد (**أولا**) أو لدواعي تقتضيها المصلحة العامة (**ثانيا**) وهو ما سيتم التطرق إليه بشيء من التفصيل على النحو التالي :

---

1 _ محمد سليمان الطماوي، مرجع سابق، ص 526.

2 – المادة 12 من الأمر 04/08 المؤرخ في أول رمضان عام 1429 الموافق 1 سبتمبر 2008 يحدد شروط وكيفيات منح الإمتياز للأراضي التابعة للأملاك الخاصة للدولة و الموجهة لإنجاز مشاريع إستثمارية المعدل و المتمم .

3 – أحمد عثمان عياد، المرجع السابق، ص 370 .

4 – وجب منا الإشارة هنا، إلى أن هناك نوعين من الاستلام أيضا في هذا النوع من العقود:استلام مؤقت و استلام نهائي، إلا إنهما لا يأخذان قدرا من الأهمية التي يأخذانها في عقود الأشغال العامة

أولا :سلطة الإدارة في إنهاء عقد التوريد الإداري نتيجة لخطأ المورد الجسيم

قد ينتهي عقد التوريد مثلما أشرنا إليه آنفا قبل حلول أجله، أي قبل تنفيذ المورد لكامل الالتزامات التي تعاقد بشأنها مع جهة الإدارة والتي تشكل موضوع العقد في حد ذاته، وذلك بسبب ارتكابه لخطأ في غاية الجسامة، ما يخول لجهة الإدارة حق إنهاء العقد انفراديا.

لقد نصت المادة **94** من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات المصري على أنه:"إذا تأخر المورد في توريد كل الكميات المطلوبة أو جزء منها محدد بالعقد... وفي حالة عدم قيام المورد بالتوريد في الميعاد المحدد بالعقد أو خلال المهلة الإضافية فعلى الجهة الإدارية أن تتخذ أحد الإجرائين التاليين طبقا لما تقرره السلطة المختصة ووفقا لما تقتضيه مصلحة العمل وذلك بعد إخطاره بكتاب موصى عليه بعلم الوصول إلى عنوانه المبين على العقد :

بالتالي، فإن استخدام الإدارة لجزاء الفسخ يعتبر الورقة الأخيرة التي يمكن أن تلوح بها جهة الإدارة في جهة المورد المقصر، وهو ما يفترض معه أن التقصير الصادر عن المورد ينطوي على قدر كبير من الجسامة

يعرف الإنهاء الجزائي أو ما يطلق عليه بالفسخ الجزائي لعقد التوريد الإداري على أنه: "ذلك الجزاء الجسيم الذي يترتب عليه إنهاء عقد التوريد بص فورية، واستبعاد المورد من توريد باقي التوريدات محل عقد التوريد نتيجة لإخلاله الجسيم بالبنود المتفق عليها فيه "[1].

(أ) شراء الأصناف التي لم يقم المورد بتوريدها من غيره على حسابه ذات الشروط والمواصفات المعلن عنها والمتعاقد عليها بأحد الطرق المقررة بقانون تنظيم المناقصات والمزايدات والأحكام الواردة بهذه اللائحة.

(ب) إنهاء التعاقد فيما يختص بهذه الأصناف...[2]".

[1] - مفتاح خليفة عبد الحميد، مرجع سابق، ص 257.

2 -المادة 94 من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات المصري، سالفة الذكر.

أ-أنواع الفسخ الجزائي لعقد التوريد الإداري

شأنه شأن الفسخ الجزائي المعمول به في عقد الأشغال العامة، يأخذ الفسخ الجزائي لعقد التوريد الإداري صورتين هما: الفسخ الجزائي البسيط -المجرد- (**1**) و الفسخ الجزائي على مسؤولية المتعاقد (**2**).

1-الفسخ الجزائي البسيط (المجرد)

حيث تستطيع الإدارة المتعاقدة توقيعه على المورد بمجرد اخلال صادر من جهته في تنفيذ التزاماته التعاقدية، أين تبدي رغبتها في عدم إتمام عملية التوريد، وتكتفي بفسخ العقد فقط، باستبعاد المورد عن إتمام ما بقي عليه من التزامات .

كما تقوم جهة الإدارة في هذا النوع من الفسخ، بتسليم المتعاقد معها الأصناف التي قام بتوريدها، والتأمينات التي دفعها، وفي مقابل ذلك يتعين على المورد بدوره هو الآخر رد جميع ما تحصل عليه من الإدارة – وسائل ومعدات- تنفيذا للعقد .

2-الفسخ الجزائي على مسؤولية المتعاقد

في هذه الحالة تقوم الإدارة بتجميل المورد فضلا عن إنهاء العقد، إعادة شراء المواد التي لم تورد على حسابه ويعتبر هذا النوع من أنواع الفسخ أشد جسامة من الفسخ المجرد، وهو ما دفع بالعديد من الفقهاء إلى التأكيد على وجوب إدراج نص في العقد يشير إليه .

كما يرى جانب آخر من الفقه الفرنسي، أنه لابد من استعمال عبارات وألفاظ واضحة بما لا يفتح مجالا للشك في عقد التوريد أو دفاتر الشروط الملحقة به، حتى يتم تطبيق هذا النوع من الفسخ على المورد ودون اعتراض منه على ذلك[1].

1 -مفتاح خليفة عبد الحميد، المرجع السابق، ص262.

ب–أسباب توقيع جزاء فسخ عقد التوريد الإداري

يتطلب كل من الفقه والقضاء الإداريين على جهة الإدارة لتوقيع عقوبة فسخ عقد التوريد الإداري، التأكد من صدور خطأ جسيم من قبل المورد، بما لا يكفي معه توقيع الجزاءات الأخرى التي تحوزها الإدارة المتعاقدة على حث المورد لتنفيذ العقد تنفيذا سليما، إذ أن تقدير جسامة الخطأ الذي قد يقع فيه المورد أثناء تأديته لالتزاماته التعاقدية يتم بالنظر إلى الآثار التي تنعكس على المرفق ذاته .

من جملة الأخطاء التي يمكن تصنيفها ضمن الأخطاء الجسيمة بشأن عقود التوريد، في نظر كل من الفقه والقضاء الإداريين في فرنسا ومصر، ما يلي:

- توقف المورد عن تسليم التوريدات أو عن تصنيع البضاعة المتفق عليها.
- قيام المورد بتسليم جهة الإدارة المتعاقد معها أصنافا رديئة غير تلك التي تم الاتفاق عليها في العقد.
- عدم تسليم المورد للأصناف المطلوبة منه ضمن مواعيدها المتفق عليها في عقد التوريد.
- قيام المورد بأعمال الغش والتدليس في تنفيذ التزاماته التعاقدية.
- عدم إعادة المورد للأدوات والمؤن المسلمة إليه أو إتلافها أو الإسراف في استعمالها.
- عدم صحة التقرير المقدم من المورد لتأييد العطاء المقدم منه عند تحرير العقد.
- إعلان المورد عن عدم قدرته على إتمام تنفيذ ما تبقى من التزامات كان قد تعاقد بشأنها مع جهة الإدارة[1].

ثانيا: سلطة الإدارة في إنهاء عقد التوريد الإداري لدواعي المصلحة العامة

فضلا عما سبق، بإمكان جهة الإدارة أن تنهي عقد التوريد الإداري انفراديا حتى مع عدم صدور خطأ من جانب المورد المتعاقد معها، وذلك لدواعي تقتضيها المصلحة العامة، كأن ترى الإدارة ووفقا لسلطتها التقديرية أن الاستمرار في استلام بعض التوريدات لم تعد في حاجة إليها، لكونها لم تعد تلائم سياستها الحالية المتبعة في إدارة وتسيير المرفق العام.

1 _رقية جودي، مرجع سابق، ص144.

بالرغم من أن هذه الصورة من صور الإنهاء الإنفرادي لعقد التوريد الإداري مكلفة جدا بالنسبة لجهة الإدارة، إلا أن الاستمرار في العقد بما يتعارض مع المصلحة العامة أكثر كلفة منها، ذلك أن الإدارة هي من يقوم بدفع مبلغ التعويض.

للمورد وهو في جميع الحالات أقل من ثمن الأصناف المتفق عليها في العقد وعلى وجه الخصوص إذا لم تكن هنالك حاجة لها [1].

حري بنا الإشارة ضمن هذا الموقف، إلى أن **مجلس الدولة الفرنسي** كان يؤسس في بادئ الأمر سلطة الإدارة في إنهاء عقد التوريد الإداري لدواعي المصلحة العامة، على نص المادة **1794** من القانون المدني – شأنه شأن عقد الأشغال العامة –، غير أنه عدل عن ذلك لاحقا وقام بتأسيسها على السلطة العامة الممنوحة لجهة الإدارة لنقض العقود التي أبرمتها من أجل المرافق العامة عندما ترى الإدارة عدم فائدة ذلك، على أن تقوم بتعويض المورد المتعاقد معها تعويضا عادلا، ويرى الفقيه **مالديديار MALDIDIAR** أن هذا المسلك من جانب **م ، د ، ف** ، ليس إلا تطبيقا لأحكام النظرية العامة للعقود الإدارية، ذلك أنه المقرر في حالة عدم وجود نص خاص يتعلق بموضوع محدد، مثل الإنهاء الإنفرادي للعقد الإداري دون وجود خطأ من جانب المتعاقد مع جهة الإدارة، فإن ذلك يقود إلى تطبيق النظرية العامة للقانون الخاص والمتعلقة بهذا الموضوع[2] .

لقد قرر في اجتهادات لاحقة عنه، أنه:"يحق للحكومة بمقتضى القواعد المطبقة على العقود الإدارية ومع مراعاة حقوق المتقاعد في التعويض أن تنتهي في أي وقت عقود التوريد التي أبرمتها"[3].

كنتيجة لهذا الاستقرار القضائي الذي جاء مكرسا لسلطة الإدارة في إنهاء عقد التوريد الإداري لدواعي المصلحة العامة، فإن المشرع الفرنسي أقر صراحة في المادة 01/24 من كراسة الشروط الإدارية العامة المطبقة على

1–هاني عبد الرحمن إسماعيل، المرجع السابق، ص 1285.

2– السلال سعيد جمعة الهويدي، المرجع السابق، ص 45.

3 –نصري منصور النابلسي، المرجع السابق، ص381 –

عقـود التوريـد الإداريـة في فرنسـا سـلطة الإدارة بإنهـاء عقدالتوريـد حـتى مـع عـدم وجـود خطـأ مـن جانـب المتعاقد،وبذلك أرسى مبدأ هاما من المبادئ الرئيسية لقانون العقود الإدارية.

بالنسبة **للقضاء الإداري المصري** ، فقد استقرت أحكام المحكمة الإدارية العليا هي الأخرى ؛ على أنه : لا يجوز للمتعاقد مع الإدارة أن يفسخ العقد المبرم معها بقرار منه إذا ما وجدت مبررات الفسخ، بل يتعين عليه أن يلجأ للقضاء للحصول على حكم منه بذلك، وأساس ذلك أن فسخ العقد كأصل عام أمر تترخص فيه الإدارة ضمانا لحسن سير المرافق العامة، وليس للمتعاقد معها إلا الحق في الطالبة بالتعويض إذا كان له مقتضى .

أما عن الشروط الواجب توافرها حتى يتسنى للإدارة إنهاء عقد التوريد انفراديا؛ هي نفسها المتعارف عليها بالنسبة لجميع العقود الإدارية الأخرى، من ضرورة توافر شرط المصلحة العامة، وتوفر قرار الإنهاء على كافة الشروط اللازمة لمشروعية الأعمال المبنية على سلطة تقديرية .

الخاتمـــــة

الخاتمة

يتضح لنا من خلال الدراسة التي تناولنا فيها :" **الضمانات القانونية الممنوحة للإدارة لمجابهة التنفيذ المعيب للعقد الإداري**" أن الإدارة تمتلك سلطة الإنهاء الإنفرادي ألا و هي من أهم السلطات التي يمكن أن تتمتع بها ولا يمكنها التنازل عنها، كما لاحظنا سعي كل من القضاء و الفقه و التشريع إلى توفير ما يلزم لجهة الإدارة من ضمانات من أجل تمكينها من من مواجهة أي إنحراف يصدر من المتعاقد معها فيما تم التعاقد فيه بغية تنفيذ العقد على نحو سليم و مرض، و لم نتوصل لهذا إلا بعد البحث عن مدى وجود هذه الضمانات و الأساس القانوني الذي تقوم عليه.

و عليه لابد أن نشير إلى أهم النتائج التي توصلنا إليها، و الإقتراحات التي نراها ضرورية .

خلصت هذه الدراسة إلى مجموعة من النتائج و هي:

– تعد الضمانات في مجملها من النظام العام و ليس بإستطاعة الإدارة التنازل عنها أو تقييد حقها في ممارستها لها حتى و لو لم ينص العقد على ذلك.

– إن سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري من أخطر السلطات التي قد تمارسها ضد المتعاقد معها، و هي سلطة مقررة على الإدارة فقط دون سواها.

– إن سلطة الإنهاء ليست سلطة مطلقة بل هي مقيدة بضوابط و شروط لابد من توافرها حتى تستطيع الإدارة اللجوء إليها و تطبيقها.

– تتفاوت مظاهر سلطة الإدارة في الرقابة على العقود الإدارية ضيقا و إتساعا بحسب طبيعة العقد المبرم و نوعه، فبينما تكون في أوجها في عقود الأشغال العامة و عقود الإمتياز، نجدها تأخذ مظهرا أقل في عقود التوريد مقارنة بالعقدين السابقين.

– للإدارة سلطة إنهاء العقد الإداري بإرادتها المنفردة قبل إتمام هذا العقد نهائيا، دون أن يصدر خطأ من المتعاقد، فهي المسؤولة على تحقيق الصالح العام متى تم تقدير، فهذه السلطة إنما تقوم على ضرورات المرافق العامة التي تستلزم إنهاء العقود التي لم تعد نافعة أو متماشية مع المصلحة العامة.

– للمتعاقد الحق في الحصول على التعويض المناسب لما لحقه من ضرر و ما فاته من كسب نتيجة إنهاء العقد قبل أوانه دون تقصير منه.

– لجهة الإدارة الحق في تعديل شروط العقد و طريقة تنفيذه بما يتضمن زيادة أو نقصانا في إلتزامات المتعاقد معها بغض النظر عما إذا كان العقد عقد إمتياز أو عقد أشغال عامة أو عقد توريد.

– إلى جانب إنهاء العقد الإداري لدواعي المصلحة العامة، قد تلجأ الإدارة إلى الفسخ الجزائي نتيجة إرتكاب المتعاقد لخطأ جسيم.

– رغم إختلاف وجهات النظر حول تحديد الأساس القانوني الذي تقوم عليه سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات الإدارية، إلا أنها كلها تدور ضمن حلقة واحدة تجمع كلا الإتجاهين –السلطة العامة و المصلحة العامة– ألا وهي تحقيق النفع العام و ضمان إستمرارية سير المرافق العامة بإنتظام و إطراد.

– للإدارة الحق في توقيع الجزاء بإرادتها المنفردة و فرضه جبرا على المتعاقد معها المقصر في تنفيذ إلتزاماته بغض النظر عن نوع التقصير الذي يقع فيه و طبيعة العقد محل التنفيذ.

بإمكان الإدارة توقيع الجزاءات و ممارسة سلطتها في الإنهاء الإنفرادي و إن لم ينص عليها القانون أو العقد.

–لا يكون لجوء الإدارة إلى إستعمال سلطتها في الإنهاء الجزائي إلا عند إقتراف المتعاقد معها لخطأ في غاية الجسامة، حيث يكون إنهائها للعقد الإداري لدواعي المصلحة العامة لمقتضيات تتطلبها هذه الأخيرة و دون أي خطأ من جانب المتعاقد.

– لا يمكن للإدارة فسخ العقد جزائيا إلا بعد إرتكاب المتعاقد معها حطأ في غاية الجسامة و بعد توجيه إعذار له توضح له فيه أوجه القصور على أمل تداركها.

إستنادا للنتائج التي تم الوصول لها سابقا بعد الدراسة، فإنه يمكن أن نقترح بعض الإقتراحات حول موضوع" الضمانات القانونية الممنوحة للإدارة لمجابهة التنفيذ المعيب للعقد الإداري" نوجزها في يلي:

ـ لابد من النظر في مسألة فسخ العقد التي منحها المضرع من خلال المرسوم الرئاسي رقم 10-236 في نص المادة 112 إلى المصلحة المتعاقدة لأنها قد تكون في بعض الأحيان متعسفة في حق المتعاقد معها و تعود عليه بالسلب نظرا لما تتمتع به المصلحة المتعاقدة من إمتيازات السلطة العامة.

ـ عقود الإدارة كثيرة و متنوعة و هو مايستدعي المشرع إلى تقنين كل نوع على حدى دون الإكتفاء بعقد الأشغال العامة و بعض التعليمات الخاصة بعقود الإمتياز.

ـ يجب توسيع ضمانات و حقوق المتعاقد مقارنة بسلطات الإدارة.

ـ وجوب التمييز بين إنهاء العقد كجزاء على خطأ المتعاقد الجسيم، و إنهاء العقد لدواعي المصلحة العامة وتوضيح الحالات التي تدفع بالإدارة إلى ذلك، حتى لا تتعسف في الإدارة في إستعمال حقها.

ـ ضرورة توضيح النسب التي يمكن أن تتخذها بعض أنواع الجزاءات المالية و شروط توقيعها و كذا حالات الإعفاء منها في مختلف العقود الإدارية التي تبرمها جهة الإدارة و دفاتر الشروط الملحقة بها و على رأسها غرامة التأخير شرحا و تفصيلا.

ـ ضبط كل من المقاول و الملتزم بقوانين أكثر، للحد من التجاوزات التي قد يرتكبونها حفاظا على المصالح العامة و على الأموال التي تأخذ من الخزينة العمومية.

قائمة المصادر والمراجع

قائمة المصادر والمراجع

– القرآن الكريم

سورة المائدة، الآية 01

أولا / المصادر

1_ القوانين

– القوانين العادية :

1) قانون رقم 88-02 المؤرخ في 22 جمادى الأولى عام 1408 الموافق 12 يناير سنة 1988، المتعلق بالتخطيط ، ج ، ر، ج ، ج عدد الثاني الصادرة بتاريخ 13 يناير 1988 .

2) القانون رقم 05-10 المؤرخ في 13 جمادى الأولى عام 1426 الموافق 20 يونيو 2005، ج، ر، ج، ج عدد 44 لسنة 2005، المعدل والمتمم للأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 والمتضمن القانون المدني .

3) القانون رقم 05-12 المؤرخ في 4 غشت الموافق ل 4 أوت سنة 2005 المتعلق بالمياه ج، ر، ج ،ج، عدد 60 الصادرة بتاريخ 30 رجب عام 1426 الموافق 4 سبتمبر سنة 2005 .

4) القانون رقم 08 – 09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية المؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق 25 فبراير 2008، ج، ر، ج، ج عدد 21 الصادرة بتاريخ 17 ربيع الثاني 1429 الموافق 23 أفريل 2008.

5) قانون رقم 11- 10المتعلق بالبلدية المؤرخ في 20 رجب عام 1432 الموافق ل 22 يونيو 2011، ج،ر،ج ، ج عدد 37 الصادرة بتاريخ أول شعبان عام 1432 الموافق 3 يوليو 2011 .

6) قانون رقم 12-07 المتعلق بالولاية المؤرخ في 28 ربيع الأول عام 1433 الموافق 21 فبراير سنة 2012، ج ، ر، ج ، ج عدد 12 الصادرة بتاريخ 7 ربيع الثاني عام 1433 الموافق 29 فبراير سنة 2012 .

2/ الإجتهادات القضائية

– قرار مجلس الدولة الصادر بتاريخ 2005/11/19 قضية (م.ن) ضد رئيس البلدية،أشار إليه:سليماني السعد،محاضرات في مقياس القانون الإداري (العقود الإدارية)السنة ثانية حقوق ل م د،كلية الحقوق و العلوم السياسية، قسم الحقوق،جامعة محمد الصديق بن يحي، جيجل، 2012 -2013.

المراسيم الرئاسية :

1المرسوم الرئاسي رقم 03-404 المؤرخ في 10 رمضان 1424 الموافق ل 5 نوفمبر 2003، المتضمن إلغاء المصادقة على إتفاقية إمتياز إستغلال المرفق للنقل الجوي الممنوح لشركة الطيران "خليفة للطيران"

2) المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المؤرخ في 28 شوال عام 1431، الموافق ل 7 أكتوبر 2010 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، المعدل و المتمم، ج ، ر، ج ،ج عدد 58 الصادرة بتاريخ 7أكتوبر 2010 .

3) المرسوم الرئاسي رقم 15 -247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، مؤرخ في 2 ذي الحجة عام 1436 الموافق 16 سبتمبر 2015، ج، ر، ج، ج عدد 50 الصادرة بتاريخ 20 سبتمبر 2015.

– المراسيم التنفيذية :

1-المرسوم التنفيذي رقم 82-145 المؤرخ في 10 أفريل 1982 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية.

2- المرسوم التنفيذي رقم 18 / 199 المؤرخ بتاريخ 20 ذي القعدة عام 1439 الموافق لـ 02 أوت 2018 يتعلق بتفويض المرفق العام، ج، ر،ج، ج عدد 48 الصادرة بتاريخ : 23 ذي القعدة عام 1439 الموافق لـ 05 أوت 2018 .

- القرارات :

1 - قرار صادر عن محكمة القضاء الإداري المصري بالقضية رقم 983 بتاريخ 1958/06/30.

2 – القرار المؤرخ في 21 /1964/11 ج، ر، ج، ج عدد 06 ، الصادر بتاريخ 1965/01/19 يتضمن المصادقة على دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال الخاصة بوزارة تجديد البناء والأشغال العمومية والنقل.

3_ قرار رقم 1964/12/14، جمهورية مصر العربية قرار وزير التأمينات و الشؤون الإجتماعية رقم 159.

4– القرار المؤرخ في 23 ربيع الثاني عام 1432، الموافق 28 مارس 2011 الذي يحدد البيانات التي يتضمنها الإعذار و آجل نشره ج، ر، ج، ج عدد 24 الصادرة في 20 أبريل سنة 2011 .

القوانين الأجنبية باللغة العربية :

1) القانون المدني المصري (النافذ) رقم 131 لسنة 1948 .

2) اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزا يدات المصري الصادر بتاريخ 1998/05/08 ج، ر،ج ،ج عدد 19 مكررالصادرة في 1998/05/08، الصادرة بقرار وزير المالية المرقم 1367 سنة 1998 منشور على الموقع الإلكتروني : www monofeya.gov.eg. شوهد بتاريخ 24 – 05- 2021 على الساعة 18 .

ثانيا / المراجع

1 – المراجع العامة :

1) أحمد سلامة، العقود الإدارية و عقود البوت، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2003.

2) أحمد عثمان عياد، مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية، دار النهضة العربية للنشر و التوزيع، القاهرة، 1973 .

3) حسان عبد السميع هاشم، الجزاءات المالية في العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002 .

4)أ حمد الشملاني، إمتيازات السلطة العامة في العقد الإداري، دار المطبوعات الجامعية، القاهرة، 2007.

5) سحر جبار يعقوب، الرقابة القضائية على سلطة الإدارة في فرض الجزاءات الإدارية في عقد التوريد، المركز العربي للدراسات و البحوث العلمية، بدون مكان النشر، 2020 .

6) سعاد الشرقاوي، العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003 .

7) سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، الطبعة الخامسة، دار الفكر العربي، القاهرة، 1991 .

8) صفاء فتوح جمعة، الطبيعة الاستثنائية للجزاءات في العقود الإدارية و القيود الواردة على الإدارة في توقيعها " تقاضى بلا قاض " مكتبة الوفاء، ، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، ط 1، 2019 .

9) عبد الحميد مفتاح خليفة، العقود الإدارية و أحكام إبرامها،دار المطبوعات الجامعية، إسكندرية، 2008.

10) عبد الحميد شواربي، العقود الإدارية في ضوء الفقه – القضاء – التشريع، منشأة المعارف الإسكندرية، 2003 .

11) عبد الر ازق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المجلد الثاني ط 01، نظرية الإلتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت، 1998.

12)عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد، ج 01، د. ط، دار الفكر، د . س .ن، د، ب، ن .

13) عبد العزيز عبد المنعم خليفة، تنفيذ العقد الإداري و تسوية منازعاته قضاءا و تحكيما ، منشاة المعارف الإسكندرية،(د ط) 2008 .

14) عبج الله نواف العتري، النظام القانوني للجزاءات في العقود الإدارية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2010.

15) عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية – طبقا للمرسوم الرئاسي15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015، القسم الثاني، ، جسور للنشر و التوزيع، المحمدية – الجزائر، الطبعة05 ، 2017.

16) عمار عوابدي ،القانون الإداري، ، ديوان للمطبوعات الجامعية الجزائر،(د ط) 1990.

17) فريـــدة قصـــير مـــزيان، مبـــادئ القـــانون الإداري الجزائـــري، مطبعـــة عمـــار قـــرفي، باتنـــة، 2001.

18) فوزية سكران، سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات الإدارية على المتعاقدين معها في العقود الإدارية، دار الجامعة الإسكندرية، 2017 .

19) ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية و التحكيم، الدار الجامعية للطباعة و النشر، الإسكندرية، 2000 .

20) محمـود خلـف الجبـوري، العقـود الإداريـة، دار الثقافـة للنشـر و التوزيـع، عمـان – الأردن الطبعـة الأولى، 2010 .

21) محمود عاطف البنا، العقود الإدارية، ، دار الفكر العربي، القاهرة، الطبعة الأولى، 2007.

22) محمد الصغير بعلي، العقود الإدارية، دار العلوم للنشر و التوزيع، عنابة الجزائر، 2005.

23) محمد رفعت عبد الوهاب، مبادئ القانون الإداري، من دون دار النشر و سنة النشر .

24) محمـد شـعبان الـدرهوبي، حـق المتعاقـد في التعـويض في العقـد الإداري، دار الجامعـة الجديـدة، الإسـكندرية، 2017 .

25) محمد ماهر أبو العينين، العقود الإدارية وقوانين المناقصات والمزايدات في قضاء وإفتاء مجلس الدولة، الكتاب الثاني، دار أبو مجد للطباعة، القاهرة، 2005 .

26) نصري منصـور نابلسـي، العقـود الإداريـة، العقـود الإداريـة، دراسـة مقارنـة، منشـورات زيـن الحقوقيـة، الطبعـة الثانية، 2012 .

27) هيـثم حلـيم غـازي، سـلطة الإدارة في العقـود الإداريـة، دار الفكـر الجـامعي، الإسـكندرية، الطبعـة الأولى، 2014 .

28) يوسف سعد الخوري، القانون الإداري العام، ج 1، ط 1، بدون مكان النشر، 1994 .

2 – المراجع المتخصصة :

1) رشا محمد جعفر الهاشمي، الرقابة القضائية على سلطة الإدارة في فرض الجزاءات على المتعاقد معها – دراسة مقارنة –، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت – لبنان، ط 01 2010.

2) طارق سلطان، سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات على المتعاقدين معها في العقود الإدارية و ضوابطها (دراسة مقارنة) ، دار النهضة العربية، القاهرة، 2010 .

3) فارس علي جانكيز، سلطة الإدارة في حالة التنفيذ المعيب للعقد الإداري، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ط01، 2014.

4) محمد حسن مرعي الجبوري، سلطة الإدارة في فرض الجزا ءات الجنائية والمالية في العقود الإدارية، د . ج ، الإسكندرية، 2014.

ثالثا / الأطروحات و المذكرات

1 – أطروحات الدكتوراه :

1) بن شعبان علي، آثار عقد الأشغال العامة على طرفيه في التشريع الجزائري، رسالة دكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة قسنطينة، 2011-2012.

2) سعيد عبد الرزاق باخبيرة، سلطة الإدارة الجزائية أثناء تنفيذ العقد الإداري، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، سنة 2008 .

3) مجدوب عبد الحليم، الضمانات القانونية المخولة لجهة الإدارة في مواجهة المتعاقد معها أثناء تنفيذ العقد الإداري – دراسة مقارنة – أطروحة الدكتوراه في الحقوق، تخصص قانون عام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2018 –2019.

2 – المذكرات

أ / مذكرات الماجستير:

1) بن سديرة جلول، الجزاءات في مجال تنفيذ العقود الإدارية، مذكرة ماجستير في القانون العام المعمق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان 2015 – 2014 .

3) سبكي ربيحة، سلطات المصلحة المتعاقدة اتجاه المتعامل المتعاقد معها في مجال الصفقات العمومية، مذكرة ماجستير، فرع قانون الإجراءات الإدارية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2013.

4) سهام بن دعاس، المتعامل المتعاقد في ظل النظام القانوني للصفقات العمومية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، شعبة القانون الإداري و المؤسسات الدستورية، كلية الحقوق، جامعة باجي مختار، عنابة، 2005 .

5) علياء علي القحطاني، النظام القانوني لقانون لغرامة التأخير في إطار تنفيذ العقود الإدارية، رسالة لاستكمال متطلبات كلية القانون للحصول على درجة الماجستير في القانون العام، كلية القانون، جامعة قطر 2021 .

6) عبد القادر رحال، سلطة المتعامل العمومي في توقيع الجزاءات على المقاول المتعاقد معه في القانون الجزائري، (دراسة مقارنة)، مذكرة ماجستير في القانون العام، معهد العلوم القانونية والإدارية، جامعة تيزي وزو، سنة 1990.

ب / مذكرات الماستر :

1) خلفان محمد أمين، كمال محمد، سلطة الإدارة في تعديل و توقيع الجزاءات أثناء تنفيذ العقد الإداري، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في القانون العام، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة البويرة، 2018 – 2019 .

2) رقية جودي، سلطة الإدارة في الإنهاء الإنفرادي، مذكرة ماستر، جامعة الجلفة، 2013-2014.

3) زكية صيلع، سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات المالية على المتعاقدين معها، مذكرة شهادة الماستر تخصص دولة و مؤسسات، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة زيان عاشور الجلفة، 2013 – 2014 .

4) عثماني محمد الأمين، سلطة الإدارة المنفردة في إنهاء العقد، مذكرة ماستر، جامعة سعيدة، 2015-2016.

5) فاطمة ريغي، سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات في العقود الإدارية، مذكرة ماستر، كلية الحقوق، جامعة محمد خيضر بسكرة، 2019 .

6) محمد بوناب، سلطات المصلحة المتعاقدة في تنفيذ الصفقة العمومية في ظل المرسوم الرئاسي 15 / 247، مذكرة لنيل شهادة الماستر، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي، 2015 – 2016 .

رابعا / المقالات العلمية

1) بن عبد المالك بوفلجة، الغرامة التأخيرية في ضوء المرسوم رقم 15 / 247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام، مجلة الإجتهاد القضائي، العدد الخامس عشر – سبتمبر 2017 .

2) عبد الرحمن عباس إدعين، الغرامات التأخيرية في العقود الإدارية، مجلة جامعة بابل، العلوم الإنسانية، المجلد 22 ،العدد 03 ،2014.

3) فوزية سكران، جزاء مصادرة التأمين في العقود الإدارية – دراسة مقارنة –، مجلة أكاديميا، العدد الخامس، جوان، 2016 .

4) مجدوب عبد الحليم، غرامات التأخير في العقود الإدارية، المجلة الجزائرية للحقوق والعلوم السياسية، العدد الرابع، المركز الجامعي أحمد بن يحي الونشريسي، تيسيمسيلت – الجزائر.

مواقع الانترنت :

www.jora dp.dz

قائمة المراجع باللغة الأجنبية :

les ouvrage s en francais :

G.VEDEL ,Droit administratif, Tome 1 ,5 ème, édition, Paris , 1973

les lois :

Code civil *Derniere modification le 01janvier 2017- Document généré le 05 janvier*

copyright (C) 2007-2017 legi France.

فهرس المحتويات

فهرس المحتويات

الشكر

الاهداء

مقدمة:.....1

الفصل الأول : سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات كضمانة على مواجهة تقصير وامتناع المتعاقد عن تنفيذ التزاماته التعاقدية

المبحث الأول : المبادئ و الأسس القانونية لسلطة توقيع الجزاءات في مجال تنفيذ العقود الإدارية.....9

المطلب الاول : الأساس القانوني الذي تقوم عليه الإدارة في توقيع الجزاءات أثناء العقد الإداري.....10

الفرع الأول : فكرة السلطة العامة كأساس قانوني لسلطة الإدارة الجزائية.....10

الفرع الثاني : مبدأ انتظام سير المرفق العام كأساس قانوني لسلطة الإدارة الجزائية.....14

الفرع الثالث : الأساس القانوني لسلطة الإدارة في توقيع الجزاءات على المتعاقد معها في التشريع الجزائري ...16

المطلب الثاني : خصائص و حدود سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات في مجال تنفيذ العقود الإدارية.....17

الفرع الأول : الخصائص العامة لتوقيع الجزاءات التعاقدية في مجال تنفيذ العقد الإداري 18

الفرع الثاني : حدود سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات على المتعاقد معها.....23

المبحث الثاني : أنواع الجزاءات الإدارية المخولة للإدارة لتوقيعها على المتعاقد معها في مجال تنفيذ العقد الإداري30

المطلب الأول : الجزاءات المالية (الضمانات المالية).....30

الفرع الأول : الغرامة التأخيرية.....31

الفرع الثاني : مصادرة التأمين.....38

الفرع الثالث : التعويض.....43

المطلب الثاني الجزاءات الضاغطة (الضمانات غير المالية).....50

الفرع الأول : سحب العمل من المقاول في عقود الأشغال العامة.....50

الفرع الثاني : وضع المشروع تحت الحراسة لعقد الامتياز الإداري.....55

الفرع الثالث : الشراء على حساب و مسؤولية المورد المقصر في عقود التوريد 57

الفصل الثاني: سلطة الإدارة في الإنهاء الإنفرادي للعقد الإداري كضمانة تتطلبها مقتضيات الصالح العام

المبحث الأول: موقف الفقه و القضاء و التشريع من سلطة الإدارة في الإنهاء الإنفرادي للعقد الإداري وأساسها القانوني: 67
المطلب الأول:موقف الفقه و الإجتهاد و التشريع في الإنهاء الإنفرادي للعقد الإداري: 67
الفرع الأول:موقف الفقه من سلطة الإدارة في الإنهاء الإنفرادي لعقودها الإدارية: 68
الفرع الثاني:موقف القضاء من سلطة الإدارة في الإنهاء الإنفرادي للعقد الإداري..... 73
الفرع الثالث:موقف المشرع من سلطة الإنهاء الإنفرادي للعقد الإداري 76
المطلب الثاني:الأساس القانوني لسلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري بإرادتها المنفردة: 79
الفرع الأول:أساس سلطة الإدارة في الإنهاء الإنفرادي للعقد الإداري القائم على فكرة الصالح العام ومقتضيات سير المرفق العام:..... 79
الفرع الثاني:أساس سلطة الإدارة في الإنهاء الإنفرادي للعقد الإداري القائم على فكرة السلطة العامة: 83
الفرع الثالث:الأساس القانوني المزدوج الذي يقوم على فكرة الصالح العام وإمتيازات السلطة العامة 85
المبحث الثاني: القواعد المنظمة لسلطة الإدارة في الإنهاء الإنفرادي للعقد الإداري:..... 88
المطلب الأول:شروط إستعمال سلطة الإنهاء الإنفرادي للعقد الإداري :..... 88
الفرع الأول:شروط إستعمال الإدارة لسلطة الإنهاء الإنفرادي لدواعي المصلحة العامة 88
الفرع الثاني:شروط إستعمال سلطة الإدارة لسلطة الإنهاء الإنفرادي لخطأ المتعاقد..... 96
المطلب الثاني:صور و تطبيقات سلطة إنهاء الإدارة للعقد الإداري لبعض العقود الإدارية:..... 102
الفرع الأول:مظاهرسلطة الإدارة في إنهاء عقد الأشغال العامة: 103
الفرع الثاني: سلطة الإدارة في إنهاء عقد الإمتياز..... 114
الفرع الثالث: مظاهر سلطة الإدارة في إنهاء عقد التوريد الإداري 122
الخاتمة 129
قائمة المصادر والمراجع..... 133
فهرس المحتويات..... 143

الملخص :

تعتبر العقود الإدارية إحدى الوسائل التي تستخدمها الإدارة في تسيير مرافقها العامة و تنظيمها و تكمن الغاية من ذلك تحقيق المصلحة العامة، بما يحتم على المشرع توفير الضمانات القانونية الضرورية و اللازمة التي تكفل عملية تنفيذ العقود، من خلال السماح لها بالتدخل في توقيع جزاءات على المتعاقد معها المقصر في تنفيذ التزاماته، فضلا عن تخويلها حق إنهاء العقد الإداري إذا ما ارتكب المتعاقد معها، خطأ في غاية الجسامة أو قدرت بأن إنهاء العقد يتطلبه مقتضيات الصالح العام .

الكلمات المفتاحية : العقود الإدارية، المصلحة العامة، مرفق عام، الضمانات القانونية، الجزاءات الإدارية، سلطة توقيع جزاءات، سلطة الإنهاء.

Résumé:

Les contrats administratifs sont l'un des moyens utilisés par l'Administration pour exploiter et organiser ses installations publiques, dont le but est de réaliser l'intérêt public, afin que le législateur fournisse les garanties juridiques nécessaires et nécessaires pour assurer l'exécution des contrats, en lui permettant d'intervenir dans l'imposition de sanctions à son entrepreneur qui ne s'exécute pas à ses obligations ainsi que de lui donner le droit de résilier le contrat administratif si l'entrepreneur commet une erreur très grave ou estime que la résiliation du contrat est requise par les exigences des exigences du contrat .

***mots - clés** : contrats administratifs, intérêt public, facilité publique, garanties légales, sanctions administratives, autorité de sanctions, pouvoir de résiliation .*

summary :

administrative contracts are one of the means used by the Administration in the management and organization of its public facilities, the purpose of which is to achieve the public interest, in order for the legislator to provide the necessary and necessary legal guarantees to ensure the implementation of the contracts, by allowing it to intervene in the imposition of sanctions on its contractor who is failing to implement his obligations as well as to entitle her to terminate the administrative contract if the contractor makes a very serious mistake or estimates that the termination of the contract requires it Requirements of the common good .

***keywords** : administrative contracts, public interest, public facilit, legal guarantees, administrative sanctions, sanctions authority, termination authority .*