وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة د.الطاهر مولاي – سعيدة
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق

الرقابة القضائية على الجزاءات المالية في العقود الإدارية

مذكرة لنيل شهادة الماستر

التخصص: قانون إداري

من إعداد الطالبتين:
– موســاوي فتيحة
– خـــداوي بــدرة

تحت إشراف الأستاذة:
– د.مقــداد زينـــة

لجنة المناقشة

د/ هاشمي فوزية	أستاذ (ة) محاضر – ب –	رئيسا
د/ مقـداد زينــة	أستاذ(ة)محاضر – ب –	مشرفا ومقررا
د/ بوسماحة أمينة	أستاذ (ة) محاضر – ب –	عضوا مناقشا

السنة الجامعية:2021/2020

بسم الله الرحمن الرحيم

شكر و تقدير

بسم الله الرحمن الرحيم ، الحمد لله والصلاة والسلام على رسول الله، أشرف المرسلين وخاتم الأنبياء أجمعين، بلغ الرسالة وأدى الأمانة.

أولا نحمد الله تعالى ونشكره إذ هدانا وأرشدنا لإعداد هذه المذكرة.

نتقدم بالشكر الجزيل للأستاذة المشرفة

الدكتور مقداد زينة، على قبولها الإشراف على رسالتنا المتواضعة، رغم انشغالاتها، كما نشكرها على توجيهاتها و نصائحها القيمة، ونسأل الله أن يجزيها خير الجزاء وأن يجعل ما تقدمه في ميزان حسناتها.

كما نتقدم بخالص الشكر والتقدير لأعضاء لجنة المناقشة

وأخيرا أتقدم بالشكر والامتنان والعرفان إلى كل من مد لي يد العون في إعداد هذه المذكرة

إهـــــــــداء

أهدي ثمرة هذا الجهد

إلى من علمني أن الدنيا كفاح و سلاحها العلم و المعرفة

إلى الذي لم يبخل علي بأي شيء إلى من سعى لأجل راحتي و نجاحي إلى أعظم و أعز رجل أبي الغالي

إلى من ساندتني بدعائها إلى من سهرت الليالي من أجل راحتي إلى من تشاركني أفراحي، نبع الحنان وقرة عيني أمي الغالية

إلى من ظفرت بهم هدية من الأقدار، إلى من تشاركت معهم أجمل اللحظات، إلى أخواتي

إليكم أهدي هذا العمل المتواضع

موساوي فتيحة

إهـــــــــداء

أهدي ثمرة نجاحي لعائلتي أمي وأبي وزوجي و إبني ولكل من ساعدني

في إثراء هذا البحث العلمي سواء من بعيد أو قريب و شكرا جزيل لكل من علمونا

حروفا من ذهب وصاغو لنا من فكرهم منارة تنير لنا مسيرة العلم و النجاح شكر جزيل لكل

أساتذة الحقوق على رأسهم الأستاذة المؤطرة: مقداد زينة

خداوي بدرة

مقدمـــة

تلجأ الإدارة إلى ممارسة أساليب متعددة عند أداء الوظيفة الملقاة على عاتقها ومباشرتها لنشاطها الإداري، فمنها ما تكون أعمالا مادية، وأخرى قانونية هدفها إشباع الحاجات العامة وتحقيق الأهداف المرسومة في السياسة العامة للأمة.

وتعد الأعمال القانونية أحد أبرز الأساليب التي لا تستطيع الإدارة التحرك من دونها، وذلك من خلال أسلوبين رئيسين يتمثل الأول في تصرفات الإدارة من جانب واحد و بإرادة منفردة، حيث تسلك الإدارة في هذا الشكل أسلوب الأمر والالتزام للتعبير عن امتيازات السلطة العامة، تمثله القرارات الإدارية، التي تعد من أهم و أكثر وسائل الإدارة فاعلية في تحقيق أهدافها، باعتبارها الأداة الرئيسية التي تستطيع بواسطتها القيام بواجباتها المتعددة.

ويتمثل الشكل الثاني في التصرفات القانونية الصادرة بتلاقي إرادتين، الإدارة من جهة وشخص آخر سواء كان طبيعيا أو معنويا من جهة أخرى، ويتجسد هذا الاتفاق في العقود الإدارية و التي تعد من إحدى الوسائل المهمة التي تستخدمها الإدارة لتسيير مرافقها العامة.

وباعتبار العقود الإدارية من الوسائل الأصلية الموضوعة تحت يد الإدارة لاستخدامها في تلبية حاجاتها و تحقيق المصلحة العامة، كان لزاما إخضاعها لقواعد استثنائية غير مألوفة و لا نظير لها في مجال القانون الخاص، الأمر الذي يجعل إرادة الإدارة المتعاقدة أعلى من إرادة المتعاقد معها، الأمر الذي استتبع معه منح الإدارة الكثير من الامتيازات والسلطات الاستثنائية في مجال تنفيذ عقودها الإدارية، والتي تشكل في مجموعها بمثابة حقوق لها.

ومن قبيل هذه الامتيازات و السلطات الاستثنائية، سلطتها في الإشراف والرقابة على المتعاقد معها، وسلطتها في تعديل العقد الإداري بإرادتها المنفردة، بالإضافة إلى سلطتها في توقيع الجزاءات في أثناء تنفيذ عقودها الإدارية، والتي تعد أبرز وأخطر السلطات التي تتمتع بها الإدارة.

وتعد الجزاءات المالية كإحدى السلطات الاستثنائية التي تتمكن الإدارة عن طريقها من أن تفرض على المتعاقد معها احترام التزاماته التعاقدية بموجب العقد الإداري، فهي عبارة عن مبالغ مالية يحق للإدارة أن تطالب بها المتعاقد إذا أخل بالتزاماته التعاقدية سواء امتنع عن تنفيذ التزاماته بالكامل أو تأخر فى تنفيذها أو نفذها على وجه غير مرض بالكامل أو حل غيره محله دون موافقة الجهة الإدارية المتعاقدة، فهي جزاءات قصد منها ضمان وفاء المتعاقد مع الإدارة بالتزاماته في المواعيد المتفق عليها حرصاً على سير المرفق العام بانتظام.

وتظهر أهمية دراسة هذا الموضوع كمحاولة لرصد وتحليل سلطة الإدارة في فرض الجزاءات المالية على المتعاقدين معها باعتبارها من السلطات التي تتمتع الإدارة بها في مجال العقود الإدارية، وكذا الأساس القانوني الذي تستند إليه في ذلك، ونطاق ممارستها لهذه السلطة بما يحقق عدم تعسف الإدارة في استعمال حقها ويعطي ضمانات للمتعاقد معها، ويحقق الهدف الذي وضعت من أجله وهو ضمان سير المرفق العام بانتظام وذلك تحقيقا للمصلحة العامة التي وجد المرفق العام لأجلها.

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

لهذه الأسباب و من خلال ما تقدم ذكره يتلخص المبتغى و الفائدة من دراسة موضوع الجزاءات المالية في العقود الإدارية، إلى الوقوف على الأحكام القانونية التي نظمها التشريع الجزائري لهذه الجزاءات، و يمكن تحقيق هذا الهدف الرئيسي من خلال الأهداف التالية:

-إن دراسة الجزاءات المالية يساعدنا على معرفة دور المشرع الجزائري في وضع شروط وضوابط قانونية تحكم هذه الجزاءات، و تبيان أهم الآثار المترتبة عنها.

-تهدف هذه الدراسة إلى رسم الضوابط والحدود التي تعين الإدارة على ممارسة سلطتها في فرض الجزاءات المسموح لها بتوقيعها من جهة، من جهة أخرى توعية الأفراد المتعاقدين مع الإدارة بما تملكه

من سلطات في مواجهتهم وما هي أبعاد هذه السلطة وما هي مبرراتها وما هي الضمانات القانونية المقررة لصالحهم والتي يمكن لهم استعمالها إذا انحرفت الإدارة بسلطاتها في مواجهتهم

ومن أبرز أسباب اختيار الموضوع ذاتيا الرغبة والميل لتناول موضوع من موضوعات القانون الإداري، أما موضوعيا هو محاولة توضيح دور الرقابة القضائية على أعمال الإدارة في فرض الجزاءات المالية على المتعاقد معها .

أما الصعوبات التي اعترضت هذا البحث، كانت قلة المراجع المتخصصة التي تناولت الجزاءات المالية في التشريع الجزائري، أمرا غاية في الصعوبة إضافة إلى مواقف المتباينة لتشريع الجزائري، الأمر الذي طرح عدة استفسارات بين الجانب التطبيقي و الجانب القانوني، وندرة الأحكام القضائية في مجال سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات المالية، لاسيما أحكام القضاء الجزائري.

وعليه تثار إشكالية التالية: ما هو النظام القانوني لسلطة الإدارة في فرض الجزاءات المالية على المتعاقد معها، وللرقابة القضائية على هذه السلطة باعتبارها أقوى ضمانة في مواجهتها؟

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

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

وعلى ضوء هذا وبهدف الإلمام بكل ما يمكن أن يفيد في تفصيل وتوضيح الجزاءات المالية في العقود الإدارية، تم تقسيم البحث إلى فصلين، حيث خصص الفصل الأول لدراسة الأصول العامة للجزاءات المالية في العقد الإداري، من خلال التطرق لماهية الجزاءات المالية في العقد الإداري كمبحث أول، وتبيان أنواع الجزاءات المالية في العقد الإداري كمبحث ثاني.

أما الفصل الثاني فعالجنا سلطات القاضي الإداري في الرقابة على الجزاءات المالية في العقد الإداري، حيث تناولنا مفهوم الرقابة القضائية على الجزاءات المالية في العقد الإداري كمبحث أول، وخصص المبحث الثاني لدراسة نطاق الرقابة القضائية على الجزاءات المالية في العقد الإداري وأثارها.

الفصل الأول

الأصول العامة للجزاءات المالية في العقد الإداري

كأصل عام تستطيع الإدارة أن تفرض جزاءات على المتعاقد معها إذا ما قصر في تنفيذ الالتزامات التعاقدية الواقعة على عاتقه سواء أكان ذلك بالامتناع عن تنفيذ العقد أو التأخر في تنفيذه ضمن المواعيد المحددة أو قام بتنفيذ العقد بشكل مخالف للمواصفات أو قام بالتنازل عن تنفيذ العقد للغير دون موافقة الإدارة. فالإدارة في كل هذه الحالات لها الحق بأن توقع على المتعاقد معها جزاءات لا يألفها الأفراد في عقود القانون الخاص، بل من غير الجائز أن ترد في تلك العقود[1]، وإذا كان المبدأ العام في تنفيذ العقود (حسن النية) بما يلقى على المتعاقدين واجبا مشتركا بعدم الإخلال بالتزاماتهم التعاقدية فإنه يضاف إلى هذا المبدأ، مبدأ آخر خاص بالقانون الإداري يتعلق بضرورة الحفاظ على سير المرافق العامة، ولذلك فان الإخلال بالتزامات التعاقدية الناجمة عن العقد الإداري يترتب عليه جزاءات شديدة فنضام الجزاءات في العقود الإدارية، لا يستهدف فقط إعادة التوازن بين الالتزامات الطرفين كما لا يتسم بطابع العقوبات كجزاء رادع وإنما الهدف الأساسي منه هو الوصول إلى تنفيذ الالتزامات الضرورية لسير المرافق العامة. فنظام سير المرافق العامة يتطلب تنفيذ العقود الإدارية المتصلة بها بدقة.

وعلى أساس ما تقدم فان دراسة الأصول العامة لسلطة الإدارة في فرض الجزاءات في العقد تستلزم تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين. حيث تناولنا ماهية الجزاءات المالية في العقود الإدارية كمبحث أول، وأنواع الجزاءات المالية في العقد كمبحث ثاني.

1- صفاء فتوح جمعة، الطبيعة الاستثنائية للجزاءات في العقود الإدارية والقيود الواردة على الإدارة في توقيعها "تقاضي بلا قاضي"، الطبعة الأولى، مكتبة الوفاء القانونية، بيروت، لبنان، 2010، ص3.

المبحث الأول: ماهية الجزاءات المالية في العقود الإدارية

تلجأ الإدارة إلى ممارسة نشاطاتها الوظيفية بوسائل متعددة، فمنها ما تكون أعمالا مادية لا تهدف من ورائها إلى إحداث أثار قانونية،كالأعمال المتمثلة بتبليط الطرق العامة وأعمالا قانونية تهدف من ورائها إلى إحداث أثار قانونية، وهي قد تصدر من جانب واحد كالقرارات الإدارية أو عن طريق العقود التي تبرمها مع الأفراد.[1]

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

ولكون الإدارة قوامة على المرفق العام، فإنها منحت امتيازات وسلطات في مواجهة المتعاقد معها تستطيع بمقتضاها أن تفرض عليه جزاءات في حالات معينة[2].

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

كل هذا سنعرضه ونحاول شرحه من خلال المطلبين التاليين: مفهوم الجزاءات المالية كمطلب أول، والأساس القانوني للجزاءات المالية وطبيعتها القانونية كمطلب ثاني.

---

[1]- رشا محمد جعفر الهاشمي، الرقابة القضائية على سلطة الإدارة في فرض الجزاءات على المتعاقد معها(دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2010، ص9.

[2]- سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية (دراسة مقارنة)، الطبعة الخامسة، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر،1991، ص495.

المطلب الأول : مفهوم الجزاءات المالية

الجزاءات المالية هي مبالغ مالية يحق للإدارة مطالبة المتعاقد بها عندما يخل بالتزاماتها التعاقدية، وهي نوعين فمنها ما يكون الغرض منه تغطية ضرر حقيقي لحق بالإدارة نتيجة لخطأ المتعاقد، ومنها ما يقصد به توقيع عقاب على المتعاقد بغض النظر عن صدور خطأ من جانب المتعاقد، لأن الجزاءات في العقود الإدارية لا تنحصر في الحقيقة على ضمان تنفيذ التزامات تعاقدية، وإنما تشمل كذلك ضمان وتأمين سير المرافق العامة بانتظام واطراد[1].

وبناءا على ما تقدم تم تقسيم هدا المطلب إلى فرعين كما يلي: تعريف الجزاءات المالية في العقد الإداري كفرع أول، والخصائص العامة المشتركة للجزاءات المالية في العقد الإداري كفرع ثاني.

الفرع الأول: تعريف الجزاءات المالية في العقود الإدارية

الجزاء لغة يأتي من فعل جزي جزاه بما صنع يجزيه جزاء وجازاه بمعني وجزي عنه هدا أي قصى[2].

ومن ذلك قوله تعالى: «**إن الساعة آتية أكاد أخفيها لتجزي كل نفس بما تسعى**»[3].

فإذا كان السلوك الآثم يمثل فعلا، فسيكون الجزاء عندئذ ردا على ذلك الفعل وليس معالجة له إذ لا يعقل أن تأتي المعالجة بعد وقوع الفعل، إلا ما يتعلق منها بتغطية ما ينجم عنه، ويتنوع الجزاء بحسب نوع القاعدة التي تمت مخالفتها، فإذا خالف الفرد قاعدة أخلاقية يوقع عليه جزاء أدبي و إذا خالف قاعدة دينية يوقع عليه جزاء ديني وإذا خالف قاعدة قانونية نص عليها القانون الوضعي فالجزاء هو جزاء قانوني[4].

[1]– صفاء فتوح جمعة، المرجع السابق، ص6.

[2]– رشا محمد جعفر الهاشمي، المرجع السابق، ص15.

[3] – الآية 15 من سورة طه.

[4] - رشا محمد جعفر الهاشمي، المرجع السابق، ص16.

والجزاء في الاصطلاح القانوني هو الأثر لمخالفة قاعدة قانونية يقصد به الضغط على إرادة الأفراد للامتثال لأوامر القانون، ونواهيه وأحكامه، وذلك من خلال استخدام القوة المادية التي تملكها الدولة لمنع مخالفة القاعدة أو لمحو أثار المخالفة أو الانتقام من مخالفتها[1].

وبالنظر للجزاء القانوني، نجد أنه يتضمن صور مختلفة، فقد يكون ذلك الجزاء جزاء جنائيا إذ ترتب على مخالفة قاعدة قانونية جنائية، وقد يكون جزاءا ماليا، وقد يكون جزاءا إداريا أو جزاءا مدنيا ....إلخ[2].

وبذلك تتعدد صور الجزاء من حيث مجاله بتعدد واختلاف فروع القانون، إذ انه لكل فرع من الفروع القانونية جزاءات خاصة به.

فالجزاء المدني هو الجزاء الذي يوقع في حالة مخالفة قاعدة من قواعد القانون الخاص تحمي مصلحة خاصة بفرد من الأفراد.

والجزاء الجنائي يقوم على أساس حماية حق المجتمع في السكينة والأمن والاستقرار، فهو نوع من الدفاع الاجتماعي يباشره المجتمع ضد من يرتكب جريمة أي يأتي فعلا من شأنه المساس بالنظام الاجتماعي وأمنه، فهو يفرض لاعتبار المصلحة والنظام العام ويتفاوت في القوة بحسب أهمية المصلحة وتعلقها بكيان المجتمع[3].

أما الجزاء الإداري هو ذلك الجزاء الذي شأنه شأن أي جزاء أخر له بالضرورة طبيعة جزائية أي أن غايته هو العقاب على التقصير في أداء التزام ما وهو يرتكز على الأخطاء.

وهو إحدى الآليات التي تلجأ إليها الدولة لأجل تحقيق أهدافها، وتتبع ذاتية الجزاء الإداري من أن يصدر من جهة غير قضائية، ولكن بواسطة سلطة إدارية وهو ما يضفي عليه شكل القرار الإدارة

1 – محمد حسين منصور، المدخل إلى القانون (القاعدة القانونية)، الطبعة الأولى، بيروت، لبنان، 2010، ص27.

2 – صفاء فتوح جمعة، المرجع السابق، ص18.

3- المرجع نفسه، ص31 .

من جانب واحد فهذا الإقرار لمصلحة الإدارة يعطيها الحق بسلطة النطق بجزاءات غير جنائية، وهو ما يعبر عنه بالقول المأثور "التقاضي بدون قاضي"والتي من خلالها يجوز للسلطة الإدارية أن توقع عقوبة بصفة مباشرة بسبب تقصير المرؤوس في أداء التزام مفروض عليه من قبل القانون وتنطوي الجزاءات الإدارية على طابع غير مألوف[1].

كما تعرف أيضا على أنها تلك الامتيازات التي تسمح للإدارة المتعاقدة، وهي بصدد تنفيذ عقودها الإدارية بتوقيع مختلف الجزاءات التعاقدية وغير التعاقدية مهما كانت طبيعتها، وذلك لمواجهة إخلال المتعاقد معها بالتزاماته التعاقدية أو قصر في تنفيذها على أي وجه من أوجه الإخلال بعد اعذراه [2].

وتقسم الجزاءات التي يجوز للإدارة توقيعها على المتعاقد إلى أربعة أقسام تتمثل في: الجزاءات الضاغطة، الجزاءات الفاسخة، والجزاءات المالية وهذه الأخيرة هي محور دراستنا، والتي يمكن تعريفها على أنها تلك المبالغ التي يحق للإدارة أن تستحصلها من المتعاقد الذي يخل بالتزاماته التعاقدية و الجزاءات المالية لا تقتصر على تعويض الضرر فقط، فقد تكون نوعا من العقاب على المتعاقد بغض النظر عن صدور خطأ منه أو قد تعدو ضمان لإنجاز المتعاقد مع الإدارة عمله على أتم وجه[3]. كما أنها مبالغ مالية محددة سلفا بالعقد، أو في النصوص القانونية التي تحكم العقد، ويلتزم بها المتعاقد وهي تختلف عن الشرط الجزائي أو التعويض الإتفاقي في القانون الخاص في أن الإدارة توقعها على المتعاقد معها دون تدخل من القضاء أو بغير حاجة إلى إثبات ضرر بسبب الإخلال بشروط العقد[4].

1- صفاء فتوح جمعة، المرجع السابق، ص30.

2- جلول بن سديرة، الجزاءات في مجال تنفيذ العقود الإدارية، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، جامعة أبو بكر بلقايد، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تلمسان، 2015/2014،ص16.

3- رشا محمد جعفر الهاشمي، المرجع السابق، ص42.

4- فتوح محمد هنداوي، القاضي الإداري والتوازن المالي في العقود الإدارية(دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، 2016، ص43.

الفرع الثاني :الخصائص المشتركة للجزاءات المالية في العقد الإداري

نظرا لأهمية الجزاءات المالية التي يجوز للإدارة فرضها على المتعاقد معها المقصر في تنفيذ التزاماته والمخل بها، فهي تقوم على نظام خاص بها له ذاتيته وقواعده، حتى لا تسيء الإدارة استخدامها ضد المتعاقدين معها، حيث تتحدد هذه الذاتية في مجموعة من الخصائص تتميز بها الجزاءات المالية على الجزاءات الأخرى المطبقة في العقود الإدارية[1].

وهذه الذاتية تتحدد في نوع الخصائص تتباين تبعا لزاوية التي ينضر إليه منها فقد حاول الكثير من الفقهاء وكتاب القانون الإداري تحديد خصائص الجزاءات الإدارية، كما أن القضاء من جانب آخر لعب دورا كبيرا في هذا المجال، وهذا يعني أن لها نظاما قانونيا خاصا يميزها عن الجزاءات الأخرى وهذه الخصائص غير معروفة في قواعد القانون الخاص [2].

وعليه فانه يمكن للجهة الإدارية أن توقع الجزاء بإرادتها المنفردة (أولا)، كما توقع الجزاء على المتعاقد دون النص عليه في العقد (ثانيا)، إضافة إلى تعدد الجزاءات التي تفرض على المتعاقد(ثالثا)، بدون الحاجة لإثبات وقوع ضرر(رابعا)، حق الإدارة في اختيار موعد توقيع الجزاء(خامسا)، خضوع قرار الإدارة بتوقيع الجزاء لرقابة القضاء(سادسا).

أولا : سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات بإرادتها المنفردة

المبدأ المستقر فقها وقضاء أن للإدارة بإرادتها المنفردة توقيع الجزاءات دون الحاجة إلى الالتجاء إلى القضاء، ومبرر هذه السلطة هو ضمان حسن التنفيذ المتصل بسير المرافق العامة وضمان استمرارها و انتظامها تحقيقا للمصلحة العامة، ولا تستند الإدارة في مباشرة هده السلطة إلى نصوص العقد الإداري بل إلى سلطتها الضابطة لضمان حسن سير المرافق العامة ففي هذا المجال تتمتع الإدارة بحرية التصرف (le privileged eprealable) التي لا مقابل لها في القانون الخاص[3].

[1]- كريمة ديداوي، الجزاءات الضاغطة في العقود الإدارية، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستر في القانون الإداري، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الدكتور مولاي الطاهر، سعيدة، الجزائر، 2020/2019، ص13.

[2]- رشا محمد جعفر الهاشمي، المرجع السابق، ص19.

[3]- سليمان محمد الطماوي، المرجع السابق، ص500.

إذ لا وجود لهذا الحق في العقود المدنية، لأن الأشخاص العاديون في مجال هذه العقود لا يمكنهم إجراء التنفيذ الجبري إلا من خلال اللجوء إلى القضاء

وإذا كان للإدارة أن تفصح عن رغبتها في استعمال سلطتها هذه فلا بد من صدور قرار إداري وهذا ما أكدته المحكمة الإدارية العليا المصرية في حكمها الصادر في 21مارس1970 الذي ينص على:"باعتبار توقيع الجزاء بمثابة امتياز تملكه الإدارة بموجب هذا القانون"[1].

وقد اختلف الفقهاء حول سند سلطة الإدارة في الامتياز المباشر فقد أرجعه البعض إلى ضرورة سير المرفق العام بانتظام واطراد وأرجعه البعض الأخر إلى فكرة السلطة العامة، وقد تأكد هذا الحق في فرنسا بصدور حكم مجلس الدولة الفرنسي، وأصبح الأصل هو توقيع الجزاءات طبقا لسلطة الإدارة في استعمال حقها في التنفيذ المباشر، والاستثناء الوحيد هو جزاء الإسقاط حيث أنه لا يمكن تقدير إسقاط حق صاحب امتياز المرفق العام إلا بطريق القاضي[2].

ثانيا : حق الإدارة في توقيع الجزاء دون النص عليه في العقد

إذا كانت القاعدة العامة تقضي بأن العقد شريعة المتعاقدين في القانون الخاص، فلا وجود لهذه القاعدة في العقود الإدارية وذلك لارتباطها بالمرفق العام، ومن تم يجب أن لا يكون احترامها سببا يؤدي إلى هدم مبدأ دوام المرفق العام واستمراره، لأنه من غير المعقول أن تقف الجهة الإدارية باعتبارها قوامة على الصالح العام ودوام سير المرفق العام مكتوفة الأيدي عن مواجهة خطر ناتج عن تقصير أو عدم التنفيذ الصحيح من جانب المتعاقد معها لالتزاماته، استنادا أن لهذا الخطأ جزاء معين في العقد ويجب الالتزام به. لهذا فللإدارة الحق في أن تفرض على المتعاقد معها الجزاء المناسب دون أن تكون مقيدة بالجزاء العقدي[3].

---

[1]- رشا محمد جعفر الهاشمي، المرجع السابق، ص21.

[2]- صفاء فتوح جمعة، المرجع السابق، ص54.

3- فوزية سكران، سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات الإدارية على المتعاقدين معها في العقود الإدارية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2018،ص62.

الأصل أن ينص العقد الإداري على جزاءات منفردة ومتنوعة تلجأ إليها الإدارة إذا قصر المتعاقد في تنفيذ التزاماته، ولكن ما هو الوضع إذا سكت العقد الإداري على النص على بعض الجزاءات؟

وهل ذلك يغل من يد الإدارة في توقيع مثل هذه الجزاءات حتى ولو لم ينص عليها العقد، وبالتالي عدم جواز اتخاذ أي إجراء يحول دون استعمال الجهة الإدارية لحقها في توقيع الجزاء؟

وهنا يمكن القول بأنه إذ نص العقد الإداري على بعض الجزاءات، فإن ذلك لا يعني تقييد حرية الإدارة فيما عدا ما نص عليه، أو أنها لا تملك غيرها، بل تستطيع الإدارة تحت رقابة القضاء، أن توقع على المتعاقد معها المقصر بتنفيذ التزاماته، جميع أنواع الجزاءات المقررة لها، وهو الأمر الذي أستقر عليه قضاء مجلس الدولة الفرنسي منذ حكمه الصادر بتاريخ1907/05/03 في قضية (Deplanque)[1]، الذي ذهب فيه إلى أنه:"ولو أن دفتر الشروط الالتزام لم ينص على الجزاء للوقائع المنسوبة للمقاول بصفة صريحة، فإنها تعتبر مع ذلك من جانب هذا المقاول بمثابة عدم تنفيذ لالتزاماته ومن طبيعة تبرر من تعويض لمدينة (نوزون) نظرا للضرر الذي لحقها من جراء ذلك"، و طبقا لهذا الحكم سمح المجلس بتطبيق التعويض وهو جزاء غير عقدي استنادا إلا أن الإدارة بحكم مسؤوليتها عن حسن سير المرافق العامة لذا فهي تتمتع بجملة من الامتيازات والرخص القانونية التي يسمح بها القانون العام [2].

ثالثا: تعدد الجزاءات التي تفرض على المتعاقد

إن نظام الجزاءات الإدارية هو نظام أساسي وأصيل لعل السبب في هذه الأصالة يرجع إلى عدة أسباب منها عدم كفاية الجزاءات الموجودة في نطاق العقود المدنية أولا، ولجوء الإدارة إلى القاضي يؤدي إلى إضرار بالمصلحة العامة ويعطل سير المرفق العام لبطء الإجراءات وهي بهذه المثابة تعد سلاحا ووسيلة فعالة في يد الإدارة من أجل ضمان عدم إخلال المتعاقد بالتزاماته، والنتيجة المترتبة على ذلك هو تعدد وتنوع الجزاءات المالية والتي تتمثل في مصادرة التامين وغرامة التأخير والتعويض[3].

[1]- جلول بن سديرة، المرجع السابق، ص42.

[2]- رشا محمد جعفر الهاشمي، المرجع السابق، ص24.

[3]- المرجع نفسه، ص27.

إذ تستطيع الإدارة الجمع بين جزاءات متعددة على المتعاقد معها، وهذا الحق مقرر لها طالما وجدت الأسباب التي تستوجب ذلك، وبحسب ما تراه مناسبا وصالحا لضمان سير المرافق .وليس ثمة ما يمنع الجمع بين الجزاءات المتعددة في العقد الإداري طالما تحقق السبب المخول لتوقيع كل منهما[1].

رابعا : توقيع الجزاء بدون الحاجة لإثبات وقوع ضرر

تملك الإدارة السلطة في توقيع الجزاءات وذلك بدون الحاجة من جانبها إلى إثبات أن الضرر قد أصابها ويعد عدم التلازم بين حدوث الضرر وتوقيع الجزاء مظهرا واضحا من مظاهر الخصائص الذاتية للعقود الإدارية، التي يكشف عن فلسفة الجزاء الإداري تلك الفلسفة التي لا تهتم بتغطية الضرر الناجم عن التراخي في التنفيذ بقدر ما تتوخي تامين سير المرافق والعامة، فالجزاءات في العقود الإدارية لا تستهدف في واقع الأمر تقويم اعوجاج في تنفيذ الالتزامات التعاقدية بقدر ما تتوخى تأمين سير المرافق العامة، وضمان سيرها بانتظام وإطراد تحقيقا للمصلحة العامة[2].

وعليه فيمكن القول إذن بأن الإدارة تملك توقيع الجزاءات على المتعاقد معها بدون حاجة إلى إثبات وقوع ضرر معين، وذلك لأنه من جهة يعتبر ركن الضرر مفترض، كنتيجة لإخلال المتعاقد بالتزاماته أو لتأخره في التنفيذ، ولو لم يترتب عن هذا الإخلال حدوث أضرار للإدارة بصورة فعلية و

من جهة أخرى لأن الهدف من الجزاءات ليس مجرد معاقبة المتعاقد على خطأ ارتكبه وإنما يكمن في تامين سير المرافق العامة بانتظام وإطراد[3].

وعلى هذا الأساس فإنه لا يجوز للمتعاقد في هذه الحالة اللجوء إلى القضاء للطعن في مشروعية الجزاء المفروض عليه من قبل الإدارة، وذلك بحجة غياب الدليل على وقوع أي ضرر أصابها لأن مجرد

---

[1]– فارس مخلف خلف الدليمي، الجزاءات المالية في العقد الإداري"دراسة مقارنة بين التشريعين العراقي والأردني"، رسالة ماجستير في القانون العام، جامعة الشرق الأوسط، 2016، ص47.

[2]– اشرف محمد حمامدة،"الجزاءات في تنفيد العقود الإدارية في النظام السعودي"، مجلة المنار للبحوث والدراسات القانونية والسياسية،كلية الحقوق والعلوم السياسية،الجزائر، العدد 6، 2018، ص8 .

[3]– زينة مقداد، سلطة الإدارة في فرض الجزاءات على المتعاقد معها بين مبدأ الفاعلية ومبدأ الضمان، أطروحة دكتوراه في القانون العام، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة دكتور جيلالي اليابس، سيدي بلعباس، الجزائر، 2019/2018، ص71.

إخلاله بتنفيذ التزاماته يشكل قرينة قاطعة قابلة لإثبات العكس على إصابة الإدارة، بالضرر وإن كان يجوز له إثبات غياب الخطأ من جانبه وان هذه الجزاءات قد فرضتها الإدارة عليه بصورة مخالفة للقانون[1].

خامسا:حق الإدارة في اختيار موعد توقيع الجزاء

تتسم الجزاءات الإدارية بأن وقت توقيعها يكون وفق إرادة الإدارة، فإذا لم يوجد ما يلزم الإدارة بأن توقع على المتعاقد معها جزاء ما ارتكب في وقت معين فإنها حرة في اختيار التوقيت المناسب لما تراه مناسبا لتوقيع الجزاء ضمانا لاستمرار المرفق العام.

كما أن الإدارة تملك اختيار الجزاء المناسب، في التوقيت المناسب وتوقعه على العقوبة المناسبة وفي فتوى للجمعية العمومية قررت "أن الجهة الإدارة في تحديدها مواعيد معينة لتنفيذ العقد يفترض فيها أنها قدرت أن حاجة المرفق تستوجب التنفيذ في هذه المواعيد دون أي تأخير"[2].

وهذا ما أشارت إليه المحكمة الإدارية العليا انه:"باستثناء النص على إلزام الإدارة بتوقيع الجزاء على المتعاقد معها في وقت معين فان الإدارة تترخص في اختيار الوقت المناسب لتوقيع الجزاء بحسب ما تراه صالحا لضمان سير المرافق العامة ومن ثم فانه لا يترتب عليها إذا رأت في حدود سلطتها التقديرية".

إن التريث في إيقاع الجزاء على المتعاقد المقصر حتى يفيء إلى الحق من حيث النهوض بالتزاماته وقد يكون في هذا التريث تحقيق هذه المصلحة إذا كان في أحكام العقد ما يكفل حمل المتعاقد على المبادرة إلى تنفيذ كأن يتضمن العقد النص على التزامه بدفع مبلغ معين ولا يملك المتعاقد الحجة بان الإدارة تراخت في توقيع الجزاء عليه وان تراخيها قد أساء إليه إذ لا يسوغ للمخطئ أن يستفيد من تقصيره[3].

---

[1]– سحر جبار يعقوب، الرقابة القضائية على سلطة الإدارة في فرض الجزاءات الإدارية في عقد التوريد(دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، المركز العربي للدراسات والبحوث العلمية القاهرة، مصر،2020،ص97.

[2]- صفاء فتوح جمعة، المرجع السابق، ص63.

[3]– زينة مقداد، المرجع السابق،ص71.

سادسا: خضوع قرار الإدارة بتوقيع الجزاء لرقابة القضاء.

إن الرقابة القضائية 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، والمبدأ 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 واللوائح، فإن الاختصاص بنظر الطعن بالإلغاء على هذا القرار ينعقد لقاضي الإلغاء، اللهم إلا إذا اقترن طلب الإلغاء بطلب التعويض، فحينئذ ينعقد الاختصاص للقضاء الكامل وهذه الرقابة تتناول مشروعية الجزاء من حيث الشكل والاختصاص والانحراف أو الإساءة استعمال السلطة، كما تمتد هذه الرقابة إلى ملائمة توقيع الجزاء ومدى تناسبه مع خطأ المتعاقد[1].

المطلب الثاني:الأساس القانوني للجزاءات المالية في العقود الإدارية وطبيعتها القانونية

ومن المسلم به أن الإدارة باعتبارها مسؤولة عن حسن سير المرافق العامة، فإنها تتمتع بجملة من الامتيازات والرخص القانونية والتي لا مجال لها في نطاق القانون الخاص وفي مقدمة هذه الامتيازات سلطة العمل بإرادتها المنفردة من جانب واحد.

وكما هو معلوم أن القانون والقضاء الإداريين خولا للإدارة الحق في فرض الجزاءات المالية على المتعاقد معها عند إخلاله بتنفيذ التزاماته التعاقدية، حيث يعد هذا الحق من الأمور التي يقوم عليها نظام الجزاءات في العقد الإداري، تمارسه الجهة المتعاقدة بإرادتها المنفردة دون حاجة إلى وجود نص يقره في العقد أو البند في دفتر الشروط ودون الحاجة لإذن قضائي[2] .

[1]- صفاء فتوح جمعة، المرجع السابق، ص64.

[2]-كريمة ديداوي، المرجع السابق، ص17.

علما بأن الفقه في كل من فرنسا ومصر يسلمون بهذا الحق، ولكن الخلاف يدور حول تحديد الأساس القانوني الذي تقوم عليه سلطة فرض الجزاءات، أما بالنسبة للقضاء فإنه لم يستقر على موقف معين لتبرير هذه السلطة[1].

وهذا ما سنوضحه من خلال الفرعين التاليين: الأساس القانوني للجزاءات المالية كالفرع أول، والطبيعة القانونية للجزاءات المالية كفرع ثاني.

الفرع الأول: الأساس القانوني للجزاءات المالية

لقد اختلف الفقهاء حول تحديد الأساس القانوني لسلطة الإدارة في توقيع الجزاءات المالية، فمنهم من يرى أن أساس هذه السلطة يقوم على فكرة السلطة العامة (أولا)، بينما يرى البعض الأخر أن فكرة المرفق العام هي الأساس القانوني لهذه السلطة (ثانيا).

أولا: فكرة السلطة العامة بوصفها أساسا لسلطة الإدارة في فرض الجزاءات المالية على المتعاقد معها

تعرف فكرة السلطة العامة بأنها مجموعة من الامتيازات التي تتمتع بها الإدارة وتستخدمها من أجل إشباع الحاجات العامة في الدولة، وتهدف فكرة السلطة العامة إلى تحقيق الصالح العام وتغليبها على المصلحة الفردية وهي تمثل إهدار قاعدة المساواة بين المتعاقدين بخلاف الأمر في العقود المدنية وهذا ما أكدته المحكمة الإدارية العليا المصرية بالقول أنه: "... وقد تضمن هذا العقد بعض مظاهر السلطة العامة حيث تضمن البند الخامس على حق الإدارة في فسخ العقد واستعادة الفرن ولو بالقوة الجبرية دون الحاجة إلى تنبيه أو إنذار..."[2].

لكن وعلى الرغم مما قدمه أنصار هذا الاتجاه من أراء، والتي كانت في مجملها متقاربة تصبو كلها في معنى واحد، ألا وهو فكرة السلطة العامة كأساس قانوني لسلطة الإدارة في توقيع الجزاء، إلا أنهم كانوا محل نقد شديد.

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

[2]- المرجع نفسه، ص201.

فيرى" houriou" أن من حق الإدارة استعمال امتيازها في التنفيذ المباشر، في نطاق تنفيذ أي عقد من العقود الإدارية، المتعلقة بمصلحة المرفق العام فلها فسخ عقد التوريد، أو شراء على حساب المتعاقد عن طريق قرار يصدر من جانبها دون الحاجة للجوء للقضاء[1].

أما "vedel" فيذهب إلى أن من الامتيازات الرئيسية التي تتمتع بها الإدارة هو فرض جزاءات على المتعاقد معها التي تتمتع بها بقوة القانون استنادا إلى نظام السلطة العامة[2].

وهذا وقد أيد القضاء الإداري الفرنسي في العديد من أحكامه فكرة السلطة العامة كأساس لسلطة الإدارة في فرض الجزاء في العقد الإداري، ومن أحكامه ذلك الحكم الصادر في 1926/11/27 والذي قضى فيه بان "للإدارة في الكثير من الحالات بالإستناد على سلطتها العامة تلجأ لتحصيل التعويضات بموجب أوامر بالدفع تصدرها بإرادتها المنفردة تطبيقا لأهم امتيازات المتمثلة في التنفيذ المباشر"[3].

وقد أيد جانب من الفقه المصري هذا الرأي، وذهب إلى القول بأن الأساس القانوني لسلطة الإدارة في توقيع الجزاءات يكمن في فكرة السلطة العامة، بحجة أن الجزاءات التي توقعها الإدارة على المتعاقد معها إذا قصر في تنفيذ التزامه، وهي مظهر من مظاهر السلطة العامة، وتطبيقا لأهم امتياز من امتيازات السلطة العامة التي تملكها الإدارة بمواجهة الأفراد وهو امتياز التنفيذ المباشر[4].

ثانيا : فكرة المرفق العام بوصفها أساسا لسلطة الإدارة في فرض الجزاءات المالية على المتعاقد معها

إن المرفق العام هو كل مشروع تنشئه الدولة أو تشرف على إدارته ويعمل بانتظام لتزويد الجمهور بالحاجات الضرورية العامة التي يتطلبها، لا بقصد الربح، بل بهدف المساهمة في صيانة النظام في

[1]- سحر جبار يعقوب، المرجع السابق، ص112.

[2]- المرجع نفسه، ص115.

[3]- كريمة ديداوي، المرجع السابق، ص19.

[4]- فوزية سكران، المرجع السابق، ص65.

الدول وهناك جانب من الفقه يرى أن الأساس القانوني للسلطة الجزائية للإدارة تكمن في فكرة المرفق العام [1].

ولقد ذهب جانب كبير من الفقه الفرنسي إلى القول بأن فكرة المرفق العام وضرورة سيره بانتظام و اطراد هي الأساس القانوني لسلطة الإدارة في توقيع الجزاءات على المتعاقد معها عند إخلاله بتنفيذ التزاماته التعاقدية، ويضيف كذلك إلى أن الجزاءات في العقود الإدارية، لا تستهدف مواجهة تقصير المتعاقد بالتزاماته التعاقدية فحسب، وإنما تهدف إلى ضمان حسن سير المرافق العامة، وعلى هذا الأساس تستطيع الإدارة أن تفرض جزاءات على المتعاقد معها بسبب إخلاله في تنفيذ العقد وإن لم يكن منصوصا عليها في بنوده وذلك باستعمال امتيازها في التنفيذ المباشر [2].

ونجد على رأس أنصار هذا الاتجاه الفقيه الفرنسي "Gaston jeze" الذي يذهب إلى القول بحسب رأيه، بأن دوام سير المرافق العامة بانتظام واطراد، يتطلب أن يكون المتعاقد مع الإدارة بشأن هذه المرافق دقيقا في تنفيذ التزاماته التعاقدية. لذلك فمن المهم جدا وحتى تضمن الإدارة دقة المتعاقد معها في تنفيذ التزاماته، يجب أن تكون مزودة بجزاءات صارمة توقعها على المتعاقد معها في حالة إخلاله بها، و ذلك كله في إطار القانون العام، وبعيدا عن نظام الجزاءات المعمول به في نطاق القانون الخاص، الذي لا يتفق ومتطلبات المرافق العامة، وذلك لما يتميز به من إجراءات طويلة و معقدة، خاصة مع ضرورة تدخل القاضي في إقرارها، وأعمال السلطة التقديرية في تكييف تصرفات المتعاقد[3].

يرى جانب من الفقه المصري أيضا أن حق الإدارة في توقيع الجزاءات هو حق مستمد من طبيعة العقد الإداري الذي يتصل بالمرفق العام، ويستهدف انتظام سيره بانتظام واطراد يستتبع ذلك أنه بإمكان الإدارة أن توقع الجزاءات على المتعاقد معها عند عدم الوفاء بالتزاماته وإن لم يوجد نص في العقد ودون حاجة إلى الالتجاء إلى القضاء مقدما[4] .

[1]- رشا محمد جعفر الهاشمي، المرجع السابق، ص203.

[2]- كريمة ديداوي، المرجع السابق، ص19.

[3]- جلول بن سديرة، المرجع السابق، ص52.

[4]- فوزية سكران، المرجع السابق، ص67.

الفرع الثاني: الطبيعة القانونية للجزاءات المالية في العقد الإداري

ويقصد بالطبعة القانونية للجزاءات في مجال تنفيذ العقود الإدارية، تحديد الوصف الذي تأخذها الجزاءات حينما تفرضها الإدارة على المتعاقد معها عند إخلاله بتنفيذ التزاماته التعاقدية، حيث انقسم الفقه الإداري إلى عدة أراء، رأي يكيفها على أنها تعويض من المتعاقد للإدارة المتعاقدة، ورأي يكيفها على أنها عقاب من الإدارة على المتعاقد معها، ورأي أخر يكيفها على أنها إجراء يقصد منه إجبار المتعاقد على تنفيذ التزاماته وهذا ما سنشرحه كما يلي:

أولا: الجزاءات المالية تعويضا للإدارة

يرى بعض الفقهاء أن الجزاءات الإدارية هي عبارة عن تعويض جزافي للإدارة نتيجة للأضرار التي تتحملها من جراء إخلال المتعاقد في تنفيذ التزاماته، وإذا كانت القاعدة العامة هي وجوب إثبات الضرر في سبيل اقتضاء التعويضات في مقابلها، فانه في العقود الإدارية يكون الضرر مفترض لاتصالها بالمرفق العام [1].

إن القاعد المسلم بها حسب هذا الرأي أن كل خطأ سواء كان إخلالا بالتزام عقدي أم بإلزام فرضه القانون يسبب ضرر لغيره يلزم من ارتكبه بالتعويض.

وعليه فان التسليم بأن الجزاءات في العقود الإدارية هي جبر للأضرار التي لحقت بالجهة المتعاقدة يقودنا للقول أن هذا التعويض لا يقتصر على الطابع المالي فقط، فقد يشمل الطابع غير المالي و المتمثل في الجزاءات الضاغطة مثل سحب مشروع أو شراء على حساب المتعاقد [2].

وبهذا الصدد يذهب الدكتور"محمد فؤاد مهنا" بالقول إلى أن فكرة التعويض عن جبر الضرر نتيجة خطأ المتعاقد تأتي في (المرتبة الأولى)، إذ أن الهدف الأساسي من فرض هذا الجزاء هو لإجبار المتعاقد على التنفيذ لأن ضمان سير المرفق أهم بلا شك بالنسبة للمصلحة العامة من تعويض الضرر [1].

[1]- رشا محمد جعفر الهاشمي، المرجع السابق، ص34.

[2]- كريمة ديداوي، المرجع السابق، ص23.

ثانيا :الجزاءات المالية عقوبة للمتعاقد

فوفقا لهذا الرأي من الفقه فإن الجزاءات في العقد الإداري تعتبر عقوبة تفرضها الإدارة المتعاقدة على المتعاقد معها، ذلك أن إخلال المتعاقد في تنفيذ التزاماته يقتضي توقيع الجزاء عليه من قبل الإدارة من أجل ردعه، وحمله على تنفيذ التزاماته التعاقدية [2].

وهنا يجدر القول بأنه يتماثل الجزاء الإداري مع الجزاء الجنائي في أن كليهما له خاصية ردع يقع على مرتكب السلوك الآثم، ويستوي أن يتمثل السلوك في فعل أو امتناع عن فعل، وغاية الأمر أنه يمثل خرقا لنص قانوني أو مخالفة لأمر إداري [3].

وبالتالي فإن التسليم بالقول أن الجزاءات الإدارية عقوبة للمتعاقد يعني ذلك خضوع الجزاء الإداري للمبادئ ذاتها التي تخضع لها الجزاءات الردعية، سواء ما لزم منها لضمان شرعيتها الموضوعية أو ما كان مقصده كفالة مشروعيتها الإجرائية مثل مبدأ الشرعية ومبدأ شخصية الجزاء ومبدأ التناسب بين الجرم والجزاء [4].

ثالثا : الجزاءات المالية إجراء لجبر المتعاقد على التنفيذ

يرى البعض الآخر من الفقهاء بأن الجزاءات الإدارية المفروضة من قبل الإدارة إجراء يحمل بين طياته حمل المتعاقد ودفعه إلى تنفيذ التزاماته، وأساس هذا الاختصاص يرجع إلى ضرورة ضمان سير المرفق العام بانتظام وإطراد[5].

وعليه وباعتبار أن الإدارة مسؤولة عن إدارة المرافق العامة، والإشراف عليها من حيث تنظيمها وتسييرها، فمن حقها إذن أن تتمتع بسلطة توقيع الجزاءات في مجال العقود الإدارية، وذلك من أجل إجبار المتعاقد معها وحمله على تنفيذ إلتزاماته التعاقدية على وجه أفضل .

---

[1]– رشا محمد جعفر الهاشمي، المرجع السابق، ص35.

[2]– زينة مقداد، المرجع السابق، ص21.

[3]– كريمة ديداوي، المرجع السابق، ص22.

[4]– رشا محمد جعفر الهاشمي، المرجع السابق، ص38.

[5]– المرجع نفسه، ص39.

مما تقدم يمكن القول بأن التكييف القانوني للجزاءات المالية المفروضة على المتعامل المتعاقد المقصر في التزاماته، تعد تعويضا للإدارة وإجراء دافع للمتعاقد لحمله وجبره على تنفيذ التزاماته، فهي بذلك تعد بمجموعها وسائل حث له على تنفيذ ما هو موكل إليه من إلتزامات[1].

المطلب الثالث : شروط فرض الجزاءات المالية في العقد الإداري

تخضع جهة الإدارة وهي بصدد ممارستها لسلطتها الجزائية إلى مجموعة من الضوابط، فهي مقيدة من ناحية بضرورة إنذار المتعاقد معها قبل توقيع الجزاء عليه، ومن ناحية أخرى بضرورة وقوع خطأ من المتعاقد يبرر فرض الجزاءات عليه.

تمثل هذه الشروط أو الحدود أو الضوابط بشكل عام، ضمانات للمتعاقد في العقود الإدارية في مواجهة سلطة الإدارة بفرض الجزاءات عليه، وبالتالي تخلق هذه الضوابط بصفة عامة نوعا من التوازن بين حق الإدارة في ضمان سير المرافق العامة بانتظام وإطراد، وحق المتعاقد في معاملة عقدية عادلة و بالتالي لا يخرج المتعاقد معها عن نطاق المصلحة العامة. وعليه يمكن القول أنه يتحقق التوازن بين مبدأ الفاعلية (المصلحة العامة) ومبدأ ضمان مصلحة المتعاقد مع الإدارة في إطار سلطة الإدارة في فرض الجزاءات على المتعاقد معها (مبدأ الضمان)[2].

وعليه سنتناول في هذا المطلب الشروط الشكلية متمثلة في الإعذار كفرع أول، والشروط الموضوعية كفرع ثاني.

الفرع الأول : الشروط الشكلية (الإعذار)

الإعذار بالجزاء هو من ضمانات المتعاقد في العقود الإدارية والمدنية وقد اشترط مجلس الدولة الفرنسي من حيث المبدأ وجوب إعذار المتعاقد في العقود الإدارية قبل توقيع الجزاء عليه، وقد أخذ القضاء المصري والعراقي بذلك [3].

[1]- كريمة ديداوي، المرجع السابق، ص23.

[2]- زينة مقداد، المرجع السابق، ص107.

[3]- رشا محمد جعفر الهاشمي، المرجع السابق، ص29.

ويعتبر الإعذار وسيلة قانونية لإثبات إخلال المتعاقد بالوفاء بالتزاماته التعاقدية مع إفصاح الإدارة فيه عن نيتها في توقيع الجزاء لذلك الإخلال إذ لم يقم المتعاقد معها بالوفاء بالتزاماته في وقت يحدده الإعذار[1] .

فالإعذار إجراء ضروري لازم لصحة توقيع الإدارة للجزاءات التعاقدي، وأي قرار للإدارة بالجزاء غير مسبوق بالإعذار، يكون معيبا من الناحية الإجرائية يصبح قابلا للبطلان.

فيعد إعذار المتعاقد قبل توقيع الجزاء عليه من الأمور المنطقية التي تفرضها قواعد العدالة، وذلك حتى يتسنى للمتعاقد مع الإدارة استدراك وتصحيح مخالفاته بعد إنذاره، إلا أنه من المبادئ المسلم بها في مجال تنفيذ العقود أنه لا عقاب بدون إنذار يسبقه، إلا إذا أعفيت منه الإدارة في العقد أو وقعت الإدارة أمام مسألة تستدعي التنفيذ العاجل مثلما هو جاري العمل به في مجلس الدولة الفرنسي والذي يفرض على الجهة الإدارة كقاعدة عامة إنذار المتعاقد المخطئ وتنبيهه إلى خطئه قبل توقيع الجزاء عليه سواء كان ذلك في عقود القانون الخاص أو العقود الإدارية.

إلا أن التزام الإدارة بضرورة إعذار المتعاقد معها قبل توقيع الجزاء عليه ليس التزاما مطلقا، بل ترد عليه بعض الاستثناءات التي بموجبها تعفى الإدارة من توجيه الإعذار السابق للمتعاقد المقصر، إذا ما اتجهت نيتها إلى توقيع الجزاء عليه مستثنيا من ذلك الحالات الآتية :

- إذا تضمن العقد نصا صريحا يعفي الإدارة من إعذار المتعاقد قبل توقيع الجزاء عليه.
- حالات الضرورة الملحة التي تضفيها الظروف على تنفيذ العقد[2].

ولقد ورد النص على مضمون الإعذار في المادة 3 من قرار وزير المالية المؤرخ في بتاريخ 2011/03/28 المتعلق بالبيانات التي يتضمنها الإعذار [1]والتي تنص على أنه :

"يجب أن يتضمن الإعذار الذي توجهه المصلحة المتعاقدة إلى المتعامل المتعاقد البيانات الآتية:

[1]- محمد الأمين خلفان، كمال محمد، سلطة الإدارة في تعديل وتوقيع الجزاءات أثناء تنفيذ العقد الإداري، مذكرة ماستر في القانون العام، القسم الحقوق،الكلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أكلي محند أولحاج، البويرة، الجزائر،2019/2018، ص72.

[2]- مجدوب عبد الحليم،"التأصيل القانوني لسلطة الإدارة الجزائية في العقود الإدارية"، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية السياسية،كلية الحقوق والعلوم السياسية، الجزائر، مجلد4، العدد2، 2019، ص2127.

- تعيين المصلحة المتعاقدة وعنوانها.
- تعيين المتعامل المتعاقد وعنوانه.
- التعيين الدقيق للصفقة ومراجعتها.
- نوضح إذ ما كان أول أو ثاني إعذار عند الاقتضاء.
- موضوع الإعذار.
- الأجل الممنوح لتنفيذ موضوع الإعذار.
- العقوبات المنصوص عليها في حالة رفض التنفيذ[2].

ولقد تباين الرأي حول ضرورة الإعذار من عدمه إلا أننا نجد موقف المشرع الجزائري ظاهرا من خلال اشتراطه للإعذار من طرف الإدارة، حيث تم النص عليه صراحة في القانون المدني الجزائري[3] من خلال المادة 164 منه والتي تنص على أنه:"يجبر المدين بعد إعذاره طبقا للمادتين 180و181 على تنفيذ التزامه تنفيذا عينيا، متى كان ذلك ممكنا"، وكذلك نجد نص المادة 179من نفس القانون تنص على أن:" لا يستحق التعويض إلا بعد إعذار المدين ما لم يوجد نص مخالف لذلك." والمادة 180من نفس القانون تنص على أنه:" يكون إعذار المدين بإنذاره، أو بما يقوم مقام الإنذار، ويجوز أن يتم الإعذار عن طريق البريد على الوجه المبين في هذا القانون، كما يجوز أن يكون مترتبا على اتفاق يقضي بأن يكون المدين معذرا بمجرد حلول الأجل دون حاجة إلى أي إجراء أخر"، أما المادة 181من ذات القانون تنص على حالات الإعفاء من الإعذار، تلك هي أحكام إعذار المدين طبقا للقواعد العامة.

[1]- قرار وزير المالية المؤرخ في 23 ربيع الثاني عام 1422، الموافق ل 28 مارس2011، يحدد البيانات التي يتضمنها الإعذار وأجل نشره، منشور بالجريدة الرسمية رقم (24)، الصادرة بتاريخ 20أفريل سنة 2011.

[2]- مجدوب عبد الحليم، المرجع السابق، ص2128.

[3]- الأمر رقم 58/75 المؤرخ في رمضان 1395هـ الموافق ل 1975/09/26يتضمن القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم.

وبالتالي فإن المشرع اشترط على الإدارة ضرورة إعذار المتعاقد ومنحه أجلا معقولا لتنفيذ التزاماته، وذلك ليتدارك المتعاقد تقصيره، وإعطائه فرصة لتصليح أخطائه، فإذا انقضت المدة ولم يصلحها، يكون للإدارة الحق في توقيع الجزاء عليه[1].

إلا أننا نجد أن المشرع لم يشترط الإعذار بالنسبة لبعض الجزاءات، حيث تنص المادة 36 من دفتر الشروط الإدارية العامة لسنة 1964 والتي تنص على أنه: "إذا وردت في عقد الصفقة نصوص تتضمن عقوبات على التأخير، فيجري تطبيقها دون انذار سابق بعد التأكد العادي من تاريخ انقضاء الأجل التعاقدي للتنفيذ وتاريخ استلام الأشغال المؤقت، ودون الإخلال بتطبيق المادة 35 من نفس الدفتر"[2].ونجد أنه يتوافق مع هذا النص، نص المادة 147من قانون تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، والذي تناول العقوبات المالية بسبب التأخير، ولم يشترط الإعذار فيها صراحة[3].

الفرع الثاني : الشروط الموضوعية (خطأ المتعاقد)

لكي تستطيع الإدارة استعمال سلطتها في فرض الجزاءات المالية على المتعاقد معها، يجب أن يصدر من المتعاقد معها خطأ في الالتزامات الموكلة له بموجب العقد الإداري ولا تستطيع الإدارة فرض أي جزاء على المتعاقد معها، إلا إذا أخل بشروط العقد ونقصد بإخلال المتعاقد بتنفيذ التزاماته المالية ارتكابه لخطأ معين يوجب تطبيق الجزاء والقاعدة العامة المسلم بها توجب أن لا يجازي المتعاقد مع الإدارة إلا بسبب ما ينسب إليه من خطأ، وهذه القاعدة العامة والمطلقة لا ترد عليها استثناءات

[1]- سليمان محمد الطماوي، المرجع السابق، ص502.

[2]- دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الشغال المتعلقة بوزارة تجديد البناء والأشغال العمومية والنقل، لسنة 1964، المصادق عليه بموجب القرار الصادر عن وزير تجديد البناء والأشغال العمومية والنقل، المؤرخ في 16رجب 1384هـ الموافق ل 21نوفمبر 1964، المنشور بالجريدة الرسمية رقم (06)،المؤرخة في 17رمضان 1384الموافق ل 1965/01/19.

[3]- تنص المادة 1/174من قانون تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام على 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.

حيث لا جزاء بدون خطأ والخطأ العقدي عبارة عن إخلال بأحد الالتزامات المدرجة في العقد أو الناتجة عنه[1].

وعلى أساس ما تقدم فإننا سنتعرض لصور الخطأ التعاقدي كالتالي:عدم تنفيذ العقد شخصيا من قبل المتعاقد(أولا)، عدم التزام المتعاقد بتنفيذ العقد في المدة المحددة(ثانيا)، التنفيذ الغير مطابق للالتزامات التعاقدية من قبل المتعاقد(ثالثا)، امتناع المتعاقد عن التنفيذ (رابعا) كمبررات لفرض الجزاء على المتعاقد من قبل الإدارة كما يلي:

أولا : عدم تنفيذ العقد شخصيا من قبل المتعاقد

هناك قاعدة عامة تسود العقود الإدارية تتجلى في أن يلتزم المتعاقد بتنفيذ العقد شخصيا، ويرجع ذلك إلى أن الإدارة تهتم بشخصية المتعاقد وتوليها عناية فائقة فيتعاقد معه على أساس قدرته المالية[2].

ومن ثم فإن الاعتبار الشخصي يوضع في المقام الأول، سواء فيما يتعلق باختيار المتعاقد أو تنفيذ الالتزام[3].

فالإدارة تراعي مجموعة من الاعتبارات عند اختيار المتعاقد معها سواء من حيث الكفالة المالية، وتعني أن يسر المتعاقد من الناحية المالية هو خير ضمان لتنفيذ العقد الإداري، وتحقيق النفع العام، أو من حيث الخلق والسمعة إذ كثيرا ما ينصب الاهتمام على خلق المتعاقد وسمعته، و خصوصا فيما يتعلق بمدى حرصه على الوفاء بالتزاماته بسهولة ودون مماطلة، أما فيما يخص الجنسية فهي بلا شك محل اعتبار الإدارة وخصوصا في بعض أنواع العقود الإدارية ذات الصلة بأمن الدولة و سلامتها كعقود التوريد الحربية[4].

---

[1]- زكية صيلع، سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات المالية على المتعاقد معها، مذكرة ماستر، قانون دولة ومؤسسات، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة زيان عشور، الجلفة، الجزائر،2014/2013، ص 21.

[2]- المرجع نفسه، ص22.

[3]- زينة مقداد، المرجع السابق، ص81.

[4]- فوزية سكران، المرجع السابق، ص168.

وقد قضت في هذا الشأن المحكمة الإدارية العليا بأنه:"... من المسلمات أن يقوم المتعاقد بنفسه بالتنفيذ فالتزامات المتعاقد مع الإدارة التزامات شخصية، لا يجوز له أن يحل غيره فيها "، ولأن هذا الالتزام أي التزام المتعاقد بتنفيذ العقد بنفسه تفرضه القواعد العامة في العقود الإدارية، فإن عدم انطواء العقد الإداري على نص صريح يؤكده، لا يعفي المتعاقد مع الإدارة من واجب احترامه[1].

ثانيا : عدم التزام المتعاقد بتنفيذ العقد في المدة المحددة

يقع على المتعاقد مع الإدارة التزامه بتنفيذ العقد في المدة المتفق عليها في العقد وأن لا يتباطأ في ذلك التنفيذ، وإلا كان مخلا بالتزاماته كما يترتب عليه لجوء الإدارة إلى توقيع جزاءات عليه بفرض الغرامات التأخيرية[2].

فعادة ما يكون العقد المبرم بين الإدارة والمتعاقد محددا بفترة زمنية معينة لذا يتطلب من المتعاقد أن يحترم المدة المنصوص عليها في العقد، وفي حال خلو العقد أو دفتر الشروط من النص على فترة زمنية معينة يلتزم المتعاقد بإنجاز العمل المطلوب ضمن مدة معقولة حسبما تقتضيه طبيعة العقد والنية المشتركة للطرفين، فإذا امتنع عن ذلك فللإدارة حق توقيع الجزاءات المناسبة عليه بسبب خطأه. هذا وتبدأ مدة التنفيذ من التاريخ المحدد بالعقد وإذا لم ينص العقد على تاريخ محدد للبدء في التنفيذ فتحسب من تاريخ إعلانه بموجب الأمر المصلحي[3].

ثالثا : التنفيذ الغير مطابق للالتزامات التعاقدية من قبل المتعاقد

يلتزم المتعاقد مع كل متعاقد بالوفاء بالتزاماته التعاقدية وفقا لشروط العقد، والقواعد العامة المقررة بهذا الشأن من نصوص قانونية، أو لائحية، أو أوامر إدارية وأعراف، وعادات مرعية في العقود ذات الصلة بالأعمال التجارية[4].

[1]- زينة مقداد، المرجع السابق، ص82.

[2]- زكية صيلع، المرجع السابق، ص25.

[3]- فوزية سكران، المرجع السابق، ص16.

[4]- زينة مقداد، المرجع السابق، ص95.

حيث أنه غالبا ما يتضمن دفتر شروط العقود الإدارية بيانا أو بندا تكميليا يوضح شروط دخول الصفقة حيز التنفيذ إلى جانب تبيان موضوع العقد محددا وموصوفا وصفا دقيقا، فبموجب العقد يتحدد موضوع الالتزام المالي على عاتق المتعاقد مع الإدارة وبموجبه أيضا تتحدد أوصافه ومقاديره ومواعيد تنفيذه، فالعقد يعتبر وثيقة واجبة الاحترام بين الطرفين لأنها عبرت عن اتفاق إرادتيهما[1].

إن النقطة الجوهرية بهذا الصدد هي معرفة محل العقد بصورة تامة من قبل المتعاقد، وذلك لكي يقوم بتنفيذ التزاماته على الوجه المطلوب، وبطبيعة الحال فإنه يشترط في محل الالتزام المذكور ما يشترط في سائر الالتزامات وفق القواعد العامة في القانون المدني، وذلك بأن يكون أمرا أو شيئا مما يجوز التعامل فيه وبالتالي تكليف المتعاقد مع الإدارة بمستحيل يعتبر أمر غير ممكن وكذلك لا يجوز تكليف المتعاقد بشئ غير ممكن إيجاده في المستقبل أو بعمل شئ خلاف النظام العام والآداب العامة [2].

وعليه فان على المتعامل المتعاقد أن يتحمل نتيجة تعهده والتزامه بأن ينفذ موضوع العقد حسب ما تم الاتفاق في بنود العقد، بحيث تقوم مسؤوليته عن كل ما يتضمنه التنفيذ من عيوب.

حيث أنه من المسلم به أن المتعاقد مع الإدارة يلتزم بانجاز الأعمال محل التعاقد وفقا لما تم الاتفاق عليه في العقد، إلاّ أن مسؤوليته لا تنتهي بانجاز وتسليم الأشغال محل التعاقد بل تظل قائمة ويتحمل مسؤولية الأضرار التي قد تترتب على أي عيب يظهر بعد استلام الأشغال[3].

فكل مخالفة من المتعاقد لشروط العقد أو القواعد العامة المقررة أو ما يصاحب من وثائق كدفاتر الشروط الإدارية، أو نصوص قانونية أو لائحية لأوامر الإدارة وتعليماتها بالنسبة للعقد، أو حتى الأعراف والعادات المرعية في إطاره، تعتبر خطأ عقديا يستوجب توقيع الجزاءات عليه، خاصة وأن التزامه هذا هو التزام في الغالب الأعم التزام بتحقيق نتيجة، حيث يلتزم بتحقيق الغاية التي استهدفها

1- زكية صيلع، المرجع السابق، ص18.

2- زينة مقداد، المرجع السابق، ص96.

3- المرجع نفسه ، ص96.

المتعاقد بأدائه للعمل محل التعاقد، ولا يكفي لإبراء ذمته من الوفاء بهذا الالتزام إثباته أنه بذل عناية وجهدا في سبيل هذا الوفاء.

رابعا : امتناع المتعاقد عن التنفيذ

إن مبدأ سير المرفق العام بانتظام وإطراد قاعدة أساسية لا خلاف عليها في تنفيذ العقود الإدارية، إذ أنه يهيمن على عملية تنفيذ العقد دون الحاجة لنص تشريعي صريح، ولا شرط خاص يدرج في العقد، فهذا المبدأ هو الذي يفسر السلطات الخطيرة التي تتمتع بها الإدارة في مواجهة المتعاقد معها [1].

إن المتعاقد مع الإدارة يعد شريكا أساسيا في ضمان تأمين سير المرفق العام بانتظام وإضطراد و بموجب ذلك لا يجوز له الدفع بعدم التنفيذ أو التوقف عن التنفيذ ما دام لا يوجد ما يصوغ امتناعه عن التنفيذ، وما دام بإمكانه أن يرجع على الإدارة بالتعويض إذا كان له وجه حق وبهذا الخصوص أكد مجلس الدولة الفرنسي التزام المتعاقد بتأمين سير المرفق العام بانتظام وعدم قبوله الدفع بعدم التنفيذ[2].

المبحث الثاني : أنواع الجزاءات المالية في العقد

يستمد النظام القانوني للجزاءات التي توقعها الإدارة على المتعاقد معها المخل بتنفيذ التزاماته التعاقدية بمقتضى عقد من العقود الإدارية، أساسه من مقتضيات المصلحة العامة وضمان استمرارية المرفق العام [3].

وبناءا على ذلك فإنه تملك الإدارة في أثناء تنفيذ عقودها الإدارية الحق في توقيع الجزاءات على المتعاقد معها في حالة إخلاله بتنفيذ التزاماته التعاقدية.

[1]- فوزية سكران، المرجع السابق، ص20.

[2]- زكية صيلع، المرجع السابق، ص 24.

[3]- المرجع نفسه، ص25.

وهذا الحق مقرر لها طالما وجدت الأسباب التي تستوجب ذلك، وبحسب ما تراه مناسبا و صالحا لضمان سير المرافق العامة والنتيجة المترتبة على ذلك، هي تعدد وتنوع هذه الجزاءات المالية.

وعليه فكلما كان إخلال المتعاقد بتنفيذ التزاماته خطيرا، كلما كان الجزاء الذي توقعه الإدارة أشد قسوة، والعكس كلما كان إخلال المتعاقد بالتنفيذ أقل جسامة، كلما كان الجزاء الذي توقعه الإدارة أقل قسوة[1].

وعليه سنقوم بدراسة أنواع الجزاءات المالية في العقد الإداري في هذا المبحث من خلال المطالب التالية::غرامة التأخير كمطلب الأول،مصادرة التأمين كمطلب الثاني، التعويضات كمطلب الثالث :

المطلب الأول: غرامة التأخير

يحق للإدارة في أثناء تنفيذ عقودها الإدارية، توقيع عدة جزاءات مالية على المتعاقد معها في حالة إخلاله بتنفيذ التزاماته التعاقدية، ومن بين هذه الجزاءات المالية الغرامات التأخيرية .

لذلك فإن دراسة هذا النوع من الجزاءات المالية يستلزم بداية تحديد مفهوم جزاء غرامة التأخير كفرع أول، واحتساب غرامة التأخير واقتضاءها كفرع ثاني، والإعفاء من جزاء غرامة التأخير كفرع ثالث.

الفرع الأول: مفهوم جزاء غرامة التأخير

ولتحديد مفهوم جزاء غرامة التأخير لا بد أن نعرف غرامة التأخير (أولا) ونحدد طبيعتها القانونية (ثانيا)، ونعرض خصائصها المتنوعة (ثالثا).

أولا: تعريف غرامة التأخير

تعد الغرامة التأخيرية من أكثر الجزاءات المالية تطبيقا في مجال تنفيذ العقود الإدارية، بحيث توقعها الإدارة في الغالب كجزاء على المتعاقد معها في حالة تأخره في تنفيذ التزاماته المنصوص عليها في العقد الإداري وبغض النظر عن وقوع أي ضرر للإدارة المتعاقدة .

[1]- فوزية سكران، المرجع السابق، ص169.

والغرامة تعني الخسارة، وهي ما يلزم أداؤه تأديبيا أو تعويض بعد انقضاء الوقت[1] وهي ما تقترن عادة بصفة(التأخيرية) لأنها توقع عن تأخر المتعاقد أو إهماله، أو تقصيره في تنفيذ التزاماته[2].

ويقصد بغرامة التأخير المبلغ المالي المتفق عليه في العقد الذي يلتزم المتعاقد بأدائه للإدارة جزاء إخلاله بالوفاء بالتزاماته في الميعاد المحدد بنصوص العقد، أو في المدته الإضافية التي توافق عليها الإدارة والهدف من غرامة التأخير هو ضمان تنفيذ العقد الإداري في الموعد المحدد المتفق عليه حرصا على حسن سير المرفق العام بانتظام فهي توقع بمجرد التأخير ودون الحاجة إلى حصول الضرر، ودون حاجة إلى تنبيه أو إنذار أو إتخاذ إجراء معين[3].

وتفرض غرامة التأخير لضمان تنفيذ العقود الإدارية في المواعيد المحددة حرصا على حسن سير المرافق العامة، وليست الغاية منها تحقيق إيراد مالي، أو التعويض عن أضرار لحقت بالإدارة المتعاقدة، بل إنها تستهدف حث المتعاقد وإجباره على احترام مدة التنفيذ[4].

فقد عرفها الفقيه"عثمان عياد"بأنها تعويضات جزافية منصوص عليها في العقد، وتفرضها الإدارة على المتعاقد الذي يتراخى في تنفيذ التزاماته العقدية، وهي تهدف لضمان حسن تنفيذ العقد في المواعيد المحددة، حرصا على حسن سير المرفق العام موضوع التعاقد باستمرار[5].

ويعرفها الدكتور"سليمان الطماوي" بأنها :"مبالغ إجمالية تقدرها الإدارة مقدما، وتنص على توقيعها متى أخل المتعاقد بالتزام معين، لا سيما فيما يتعلق بالتأخير في التنفيذ، وهذه الجزاءات لا يكاد يخلو منها عقد إداري"[1].

---

[1]- فوزية سكران، المرجع السابق، ص73.

[2]- عبد القادر دراجي، "سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات الإدارية"، مجلة المفكر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة باتنة، الجزائر، العدد10، 2014، ص98.

[3]- فتوح محمد الهنداوي، القاضي الإداري والتوازن المالي في العقود الإدارية"دراسة مقارنة"، الطبعة الأولى، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، مصر، 2016، ص43.

[4]- زهير ديب الحرازين، الآثار المترتبة على عقد الامتياز"دراسة نظرية مقارنة"، دار الفكر والقانون، المنصورة، مصر، دون سنة نشر، ص190.

[5]- سحر يعقوب، المرجع السابق، ص138.

ولقد كرس المشرع الجزائري جزاء غرامة التأخير في المادة 147 من المرسوم الرئاسي 247/15 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام التي تنص على 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"[2].

ثانيا : الطبيعة القانونية لغرامة التأخير

إختلف الفقه حول مفهوم محدد لغرامة التأخير فمنهم من يعرفها بأنها تعويض جزافي منصوص عليه في العقد، وتوقعه الإدارة على المتعاقد الذي يتراخى في تنفيذ إلتزاماته التعاقدية، ومنهم من يرى أنها مبلغ من المال بمثابة تعويض اتفاقي منصوص عليه في العقد توقعه الإدارة على المتعاقد الذي يتراخى في تنفيذ لالتزاماته بينما يرى البعض الآخر بأنها مبلغ جزافي بمنزلة تعويض اتفاقي منصوص عليه في العقد يؤخذ من المتعاقد المتراخي في تنفيذ التزاماته، والبعض يرى أنها مبالغ مالية منصوص عليها في العقد للإدارة أن تحصلها من المتعاقد في حالة إخلاله بالتزاماته دون الحاجة إلى حكم قضائي[3].

وحسب ما سبق نستنتج أن غرامة التأخير ذات طبيعة عقدية، كجزاء عقدي وتعويض اتفاقي في آن واحد تهدف إلى ضمان تنفيذ المتعاقد لما التزم به في العقد وهذا ما أكدته المحكمة الإدارية العليا المصرية في حكم حديث لها صادر في 1993/04/20 والذي تذهب فيه " أن الطبيعة القانونية لغرامة التأخير هي جزاء عقدي وإنها صورة من صور التعويض الإتفاقي إذ تراخى المتعاقد في تنفيذ التزاماته التعاقدية، فهي مقررة ضمانا لتنفيذ هذه العقود في المواعيد المتفق عليها" [4].

---

[1]- فوزية سكران، المرجع السابق، ص73.

[2]- المرسوم الرئاسي رقم 247/15 المؤرخ في 02 ذي الحجة 1436هـ الموافق ل 2015/09/16. المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، الجريدة الرسمية رقم (50)، المؤرخة في 6 ذو الحجة 1436هـ الموافق ل 2015/09/20)

[3]- علي سعود الظفيري، "غرامة التأخير في العقود الإدارية في ضوء أحكام القضاء والإفتاء في دولة الكويت(دراسة مقارنة)"، مجلة الحقوق، كلية القانون، الكويت، مجلد15، العدد2، 2018، ص133.

[4]- رشا محمد جعفر الهاشمي، المرجع السابق، ص44.

ويتأسس على هذه الطبيعة لغرامة التأخير أنها توقع بمجرد حدوث التأخير دون حاجة إلى تنبيه وإنذار من قبل الإدارة، هذا على خلاف ما يجري عليه الوضع في القانون الفرنسي إذ تلتزم الإدارة كأصل عام بإعذار المتعاقد المقصر قبل توقيعها [1].

وتأسيسا على هذه الطبيعة الجزائية للغرامة فإنه ثمة نتائج تترتب عليها تتمثل فيما يلي[2]:

1- إن توقيع الغرامة متروك لتقدير جهة الإدارة التي تمارسها بناء على امتياز التنفيذ المباشر.

2- رغم أن الغرامة التأخيرية والشرط الجزائي في العقود المدنية كليهما وليد اتفاق، مع ذلك فإنها تختلف عنه، وذلك أن الشرط الجزائي في العقود المدنية هو تعويض متفق عليه مقدما يستحق في حالة إخلال أحد المتعاقدين بالتزامه.

ثالثا : خصائص غرامة التاخير

تتميز الغرامة التأخيرية بالعديد من الخصائص التي تميزها عن الجزاءات الإدارية الأخرى، فهي جزاء اتفاقي(1)، جزاء تلقائي(2).

1- غرامة التأخير جزاء اتفاقي: من خصائص الغرامة التأخيرية أنها جزاء اتفاقي لأنها تحدد مقدما في العقد الإداري، وكذلك فإن تنظيم توقيعها، ومقدارها يتم وفق نص قانوني، فإذا لم يتحدد مقدما في العقد، فعلى الإدارة أن تلجأ إلى الجزاءات الأخرى مثل: مصادرة التأمين أو فسخ العقد، متى تأخر المتعاقد في تنفيذ التزامه التعاقدي [3].

إن الإدارة لا يجوز لها تعديل غرامة التأخير إلا بالاتفاق مع المتعاقد معها فالعقد شريعة المتعاقدين، وإن الالتزام بالغرامة هو التزام عقدي [4].

[1]- علي سعود الظفيري، المرجع السابق، ص135.

[2]- رشا محمد جعفر الهاشمي، المرجع السابق، ص45.

[3]- فوزية سكران، المرجع السابق، ص75.

[4]- علي سعود الظفيري، المرجع السابق، ص149.

2- غرامة التأخير جزاء تلقائي: بمعنى أنها تستحق بمجرد ثبوت وقوع التأخير من جانب المتعاقد في تنفيذه لالتزاماته في الآجال المحددة، ودون حاجة إلى تنبيه أو إعذار، مادام أن العقد الإداري قد تضمن أجلا محددا للتنفيذ ومن ثم فإن علم المتعاقد بها قائم لا محالة[1].

وهذا ما أكدته محكمة الإدارية العليا المصرية في العديد من أحكامها منها حكمها الصادر في 1972/12/23 الذي تذهب فيه إلى أن: "غرامة التأخير تستحق بمجرد انتهاء الفترة المحددة في العقد دون حاجة إلى تنبيه باستحقاقها"[2].

كما لا يقبل من المتعاقد إثبات عدم تسبب التأخير بإصابة الإدارة بضرر، لكي يتخلص من أداء الغرامة، إذ أن أي ضرر مفترض افتراضا لا يقبل إثبات العكس بمجرد التأخير[3].

الفرع الثاني : احتساب غرامة التأخير واقتضائها

أولا: احتساب غرامة التأخير

يقصد بتحديد الغرامة، المبلغ المالي المستحق لجهة الإدارة، حيث تحصل هذه الأخيرة على غرامة التأخير بالمعدل الوارد بالعقد أو بكراسات الشروط، أو طبقا للائحة إذا نص عليها أنها مكملة للعقد، وهذا المعدل يحسب على أساس طبيعة العقد وأهميته، والعوامل الاقتصادية الأخرى المتصلة بالعقد، والحياة الاقتصادية في المجتمع.

إلا أن الكيفية التي تمت بها معالجة احتساب غرامة التأخير قد اختلفت بين الدول المقارنة، فمنها ما أهتم فيها المشرع بتحديد مقدارها في قانون المناقصات والمزايدات كمصر. ومنها من ترك تلك المهمة للعقد الإداري ذاته، أو دفاتر الشروط التابعة له، كذلك الأمر بالنسبة للجزائر، فلقد ترك المشرع الجزائري مهمة تحديد نسبة جزاء غرامة التأخير للعقد ودفاتر الشروط المختلفة[4]، وهذا ما نستشفه من خلال نص المادة 147من المرسوم247/15 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية

[1]- جلول بن سديرة، المرجع السابق، ص67.

[2]- رشا محمد جعفر الهاشمي، المرجع السابق، ص48.

[3]- فوزية سكران، المرجع السابق، ص77.

[4]- زينة مقداد، المرجع السابق، ص 214 .

وتعويضات المرفق العام حيث جاء فيها: "تحدد الأحكام التعاقدية للصفقة نسبة العقوبات المالية وكيفيات فرضها أو الإعفاء منها طبقا لدفاتر الشروط المذكورة في المادة 26 من هذا المرسوم باعتبارها عناصر مكونة للصفقات العمومية ...". المادة 89 من المرسوم نفسه" توضح دفاتر الشروط، المحينة دوريا، الشروط التي تبرم وتنفذ وفقها الصفقات العمومية ..." والمادة 95 من نفس المرسوم "... ويجب أن تحتوي الصفقة العمومية فضلا عن ذلك على البيانات التكميلية الآتية: ... نسب العقوبات المالية وكيفية حسابها وشروط تطبيقها أو النص على حالات الإعفاء منها[1]...."

وهكذا فان هذا المرسوم لم يحدد مقدار غرامة التأخير، بل أحال في شأن تحديدها وتقدير نسبها وكيفية حسابها إلى بنود العقد ودفاتر الشروط المتعلقة بها، فهي إذن ذات طابع تعاقدي.

ومما سبق ذكره نلاحظ أن غرامة التأخير لم تحظى باهتمام وتنظيم المشرع الجزائري، إذ لم يضع القواعد الأساسية لغرامة التأخير والمتعلقة خاصة بكيفية حسابها ومقدارها إذ ترجع معظم هذه القواعد إلى العقد المبرم بين الإدارة والمتعاقد معها، وهذا الموقف من المشرع الجزائري غير محمود، ذلك أن جزاء غرامة التأخير يعتبر من أولى وأهم الجزاءات وأخطرها في مجال العقود الإدارية، وتركها دون تنظيم يؤدي إلى تضارب الحلول العملية التي تعطيها الإدارة في الكثير من المسائل التي تثيرها الغرامات مما يؤدي إلى الإخلال بمبادئ العدالة والإنصاف والمساواة، خاصة وأن هدف الكثير من المتعاقدين عند تعاقدهم مع الإدارة هو الربح، إلا أنهم في بعض الحالات يجدون أنفسهم يدفعون أضعاف قيمة العقد عند تأخرهم في تنفيذه، مما قد يؤدي إلى عزوفهم عن التعاقد مع الإدارة مجددا[2].

ثانيا: اقتضاء غرامة التأخير

بادئ ذي بدء فإن المقصود من الغرامة هو حث المتعاقد مع الإدارة على عدم التراخي في تنفيذ شروط عقده ضمانا لحسن سير المرافق العامة، حتى لا يتخذ من المهلة الإضافية فرصة جديدة للتقاعس عن التنفيذ، وهنا ثمة تفرقة بين استحقاق الغرامة لمجرد التأخير إعمالا لصريح النص وليس رهنا بالقرار التي تصدره جهة الإدارة في هذا الشأن وبين إلزام المتعاقد المقصر بها، إذ في هذه الحالة

[1]- جلول بن سديرة، المرجع السابق، ص69.

[2]- زينة مقداد، المرجع السابق، ص215.

يجب صدور قرار صريح بذلك، فإذا لم يكن ثمة قرار صريح بذلك تعين على الإدارة أن تطلبها في صحيفة الدعوى، فان لم تفعل فلا تملك المحكمة الحكم بها، ويتعين توجيه مطالبة جديدة لمبلغ الغرامة ما لم يقع بسبب قانوني يحول دون ذلك[1].

وعليه فإنه يتم تحصيل قيمة غرامة التأخير بعد إصدار قرار فرضها عن كل مدة التأخير، وبذلك تكون أيام العطل والأعياد الرسمية ضمن هذه المدة .

والأصل أن المتعاقد هو المسؤول في مواجهة الإدارة عن دين الغرامة، إذا ما تحقق الخطأ العقدي في حقه، فالتنازل عن الأعمال بغير رضاء الإدارة لا يحتج به في مواجهتها.

أما في حالة التنازل الكلي الذي وافقت عليه جهة الإدارة، يتحرر المتعاقد الأصلي من التزاماته، إلا إذا نص العقد على بقاء المتعاقد الأصلي ضامنا للمتنازل إليه، وهذا هو ما يجري عليه العمل في فرنسا، وهذا خلاف التعاقد من الباطن الموافق عليه من جهة الإدارة، حيث يبقى المتعاقد الأصلي هو المسؤول أمام الإدارة، ترجع عليه في حالة التقصير[2].

وكذلك الحال في حالة وفاة المتعاقد المشترك مع أكثر من متعاقد، فقط مع حلول المتعاقدين الآخرين محل الورثة في شأن الالتزامات التعاقدية، وبالتالي دين غرامة التأخير، وذلك إذا لم ينص العقد أو كراسات الشروط أو اللوائح على غير ذلك[3].

وهناك عدة طرق تمكن الإدارة من اقتضاء غرامة التأخير بصفة مباشرة وهذه الطرق بمثابة ضمانات تستطيع الإدارة من خلالها الحصول على مبلغ الغرامة دون إتباع سبل المطالبة القضائية التي قد يطول أمدها.

وإتباع هذه الطرق يعد تجسيدا لسلطة الإدارة في توقيع هذه الغرامة والتي تمتاز بأمرين، توقيعها من تلقاء نفسها، وإبقائها بمجرد التأخير.

---

[1]- زينة مقداد، المرجع السابق، ص216.

[2]- سليمان محمد الطماوي، المرجع السابق، ص339.

[3]- علي سعود الظفيري، المرجع السابق، ص155.

وتتمثل هذه الضمانات في وجود مبالغ مالية نقدية تحت يد الإدارة تخصم منها غرامة التأخير وهذه الضمانات هي مصادرة التأمين، خطاب التأمين، حق الحبس، ثم الحصول على غرامة التأخير عن طريق المقاصة [1].

الفرع الثالث : الإعفاء من جزاء غرامة التأخير

إن من أكثر المسائل التي تثير الجدل في جزاء غرامة التأخير موضوع الإعفاء منها بعد ثبوت حق الإدارة في توقيعها نتيجة تأخير المتعاقد مع الإدارة في تنفيذ التزاماته التعاقدية في الموعد المحدد، والذي يعد في الغالب السبب الرئيسي لفرض الإدارة المتعاقدة الغرامة التأخيرية عليه.

غير أنه قد يكون في تأخير المتعاقد في تنفيذ التزاماته في الموعد المحدد أسبابا تبرره، مما يتعين على الإدارة بناءا على هذه الأسباب إعفاءه من الغرامة التأخيرية إما جزئيا أو كليا في إطار الأحكام القانونية والعقدية الواجبة الإثبات ويكون هذا الإعفاء في حالتين كما يلي:

أولا : حالة الإعفاء الجوازي من الغرامة التأخيرية

إن الإدارة باعتبارها المسؤولة عن حسن سير المرفق العام بانتظام وإطراد يكون لها السلطة التقديرية في إعفاء المتعاقد معها من غرامة التأخير وذلك طبقا للظروف المشتركة بينها وبين المتعاقد و التي قد تؤثر بطريقة ما على ميعاد التنفيذ[2].

لكن يشترط في هذه الحالة أن لا تكون الظروف التي تبرر الإعفاء من جزاء الغرامة مصطنعة من طرف المتعاقد هذا من جهة، ومن جهة أخرى المفروض أن لا يكون قد أصاب الإدارة ضرر من جراء التأخير، فمثلا قد تقدر الإدارة أنه لم يلحق المصلحة المتعاقدة أي ضرر من جراء التأخير في

[1]- علي سعود الظفيري، المرجع السابق، ص154.

[2]- زينة مقداد، المرجع السابق، ص225.

توريد أدوات صحية قد حل ميعاد توريدها، لأن البناء الذي تعاقد آخر على تشييده لم يصبح مهيئا بعد لتركيب هذه الأدوات [1].

وتجدر الإشارة إلى أنه متى قررت الإدارة في هذه الحالة إعفاء المتعاقد معها من غرامة التأخير، تقديرا منها لظروفه أو لظروف العقد بموجب مالها من سلطة تقديرية، فإنه لا يجوز لها العدول عن قرارها في هذا الشأن بأن تعود إلى فرض الغرامة طالما لم يقم الدليل على أن قرارها الأول بعدم فرض الغرامة قد صدر بناءا على غش أو شابه عيب جسيم في الواقع والقانون حيث استنفذت جهة الإدارة سلطتها في شأن غرامة التأخير بتقديرها عدم فرضها على المتعاقد معها[2].

ثانيا : حالة الإعفاء الوجوبي من غرامة التأخير

في هذه الحالة تكون الإدارة مجبرة على إعفاء المتعاقد معها من غرامة التأخير، متى توافرت مبرراتها التي تدور كلها حول سبب رئيسي واحد هو أن مرجع التأخير خارج عن إرادة المتعاقد مع الإدارة الذي يكون قد بذل كل جهده للتنفيذ خلال المدة المتفق عليها في العقد، ويمكن تصور هذه الحالة فيما يلي [3]:

- إذا تقدم المتعاقد بطلب رسمي للإدارة المتعاقدة، من أجل منحه مهلة إضافية للتنفيذ، ووافقت الإدارة على ذلك دون تحفظ.
- إذا كانت الإدارة المتعاقدة هي وحدها من تسببت في تأخير المتعاقد معها في تنفيذ التزاماته في الآجال المحددة، كأن يكون سبب تأخره في التنفيذ راجع مثلا إلى توقيف الأشغال أو استئنافها بناءا على أمر صادر منها .
- إذا كان تأخير المتعاقد في تنفيذ التزاماته يعود إلى سبب أجنبي لا يد له فيه، كان تكون على سبيل المثال: قوة قاهرة، أو فعل الأمير أو ظروف طارئة أو صعوبات مادية غير متوقعة، فإذا

[1]- رشا محمد جعفر الهاشمي، المرجع السابق، ص51.
[2]- زينة مقداد، المرجع السابق، ص226.
[3]- المرجع نفسه، ص226.

تسببت هذه الظروف في تأخير المتعاقد عن التنفيذ بالرغم من بذله كل العناية اللازمة لتنفيذ التزاماته فإنه يجب إعفاءه من غرامة التأخير.

و في الحالتين الأخيرتين يتعين على الإدارة المتعاقدة أن تقوم بتحرير شهادة إدارية [1].

المطلب الثاني: جزاء مصادرة التأمين

تتمتع الإدارة المتعاقدة إلى جانب حقها في توقيع الغرامات التأخيرية، والتي تكون كجزاء مالي يفرض في الغالب في حالة حدوث تأخير من جانب المتعاقد في تنفيذ التزاماته في الآجال المحددة، بحقها أيضا في توقيع جزاءات المالية أخرى على المتعاقد معها المخل بتنفيذ التزاماته التعاقدية، وذلك كله بما يضمن دوما مصلحة تسيير المرافق العامة بانتظام ومن بين هذه الجزاءات المالية حق الإدارة في مصادرة التأمين[2].

وحتى يتم التفصيل أكثر في جزاء مصادرة التأمين تم التطرق إلى تعريفه كفرع أول، وخصائصه كفرع ثاني، تمييز جزاء مصادرة التأمين عن غيره من الجزاءات المالية كفرع ثالث.

الفرع الأول:تعريف جزاء مصادرة التأمين

التأمين مبلغ من المال، يقوم المتعاقد مع الإدارة بإيداعه لدى الإدارة، أثناء تقديم عطاءه وقبل إبرام العقد[3]،و كذلك يعرف بأنه ضمان لجهة الإدارة تتوقى به آثار الأخطاء التي يرتكبها المتعاقد بصدد تنفيذ العقد الإداري، ويضمن لها ملائمة لمواجهة المسئوليات الناتجة عن تقصيره، وفي بعض الأحيان فإن بعض التأمينات تشكل رسوماً مالية، بحيث تمثل جزءاً من قيمة استعمال أدوات المرفق، واندثار الآلات كما هو الحال في عقد التزام المرفق العام، وعقود الأشغال العامة، عندما يقوم المتعاقد مع الإدارة بإعارة أو استئجار بعض الأدوات الضرورية من الإدارة من أجل تنفيذ عقد المقاولة والاحتفاظ بها، بقدر قيمة مبلغ التأمين المودع لدى الإدارة وذلك بمثابة تعويض عن اندثار تلك

[1]- المادة 6/147من المرسوم الرئاسي 247/15 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، السابق الذكر.

[2]- جلول بن سديرة، المرجع السابق، ص74.

[3]- رشا محمد جعفر الهاشمي، المرجع السابق، ص63.

الآلات،وإن الهدف من التأمين هو ضمان الديون المختلفة التي يمكن أن تنتج عن تنفيذ العقد من جراء إخلال المتعاقد مع الإدارة في تنفيذ التزاماته التعاقدية؛ أي بمعنى هو بمثابة تعويض للإدارة في حالة تقصير المتعاقد مع الإدارة في الوفاء بالتزاماته التعاقدية؛ حتى وإن تصب الإدارة بأية أضرار[1].

ومصادرة التأمينات كجزاء مالي يتمثل في استحواذ وحجز الإدارة المتعاقدة على هذه التأمينات وذلك في حالة إخلال المتعاقد بتنفيذ التزاماته التعاقدية.

وفي هذا السياق نجد أن المشرع الجزائري قد ألزم المصلحة المتعاقدة على أن تحرص على إيجاد الضمانات الضرورية سواء من الناحية التقنية أو المالية أو التجارية، و التي تضمن وجودها في وضعية مالية حسنة وبما يكفل لها حسن تنفيذ العقود الإدارية التي تبرمها وهذا ما أشارت إليه المادة 124 من المرسوم 247/15 في نصها:"يجب على المصلحة المتعاقدة أن تحرص على إيجاد الضمانات الضرورية التي تتيح أحسن الشروط لاختيار المتعاملين معها و أحسن الشروط لتنفيذ الصفقة"[2].

والتأمين نوعان: تأمين مؤقت وتأمين نهائي، فالتأمين المؤقت عادة ما يكون نسبة محددة من قيمة العطاء موضوع التعاقد وهو ما يستدل به على جدية المتقدم للعطاء، أما التأمين النهائي فهو ضمان للإدارة تجاه المتعاقد في تنفيذ ما التزم به في العقد الإداري وهذا النوع تعتبر نهائية لان المتعاقد يلزم بتقديمها بعد إحالة المناقصة عليه بصورة قطيعة ضمانا لحسن التنفيذ[3].

ومن هنا يبرز الفرق الجوهري بين جزاء مصادرة التأمينات وجزاء الغرامة التأخيرية من حيث غاية كل واحد منها، فإذا كان جزاء مصادرة التأمينات ينصب على محل العقد، في أنه يواجه مخاطر عدم

[1]- فوزية سكران،"جزاء مصادرة التأمين في العقود الإدارية"، مجلة أكاديميا، كلية الحقوق والعلوم السياسية، الجزائر، العدد5، 2016.ص26.

[2]- المرسوم الرئاسي رقم 247/15 المؤرخ في 02 ذي الحجة 1436هـ الموافق ل 2015/09/16. المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، السابق الذكر.

[3]- رشا محمد جعفر الهاشمي،المرجع السابق، ص64.

تنفيذ المتعاقد لشروط العقد، فإن جزاء الغرامة التأخيرية ينصب على مدة التنفيذ، وذلك في أنه يواجه في الغالب مجرد التأخير في تنفيذ المتعاقد لالتزاماته في الآجال المتفق عليها[1].

وتأسيسا على ما تقدم يتضح لنا بأن مصادرة التأمين يعد أحد الجزاءات المالية التي تملكها الإدارة تجاه المتعاقد المقصر في تنفيذ العقد، ولا يعد تعويضا وهذا ما أكده الفقه الفرنسي باعتباره أحد الجزاءات إلي تملكها الإدارة دون اللجوء إلى القضاء[2].

يتطلب استعمال الإدارة لهذه السلطة وجوب صدور قرار بالمصادرة و بعد هذا القرار إفصاحا لنية الإدارة في توقيع هذا الجزاء[3].

الفرع الثاني : خصائص جزاء مصادرة التامين

يتميز جزاء مصادرة التأمين بمجموعة من الخصائص، يمكن إجمال أبرزها كالأتي:

- إن حق الإدارة المتعاقدة في مصادرة التأمينات، يتحقق بمجرد حدوث إخلال أو تقصير من جانب المتعاقد معها في تنفيذ التزاماته التعاقدية، حتى ولو لم ينص على هذا الحق في العقد الإداري، وإلا لما كان هناك محل أصلا لاشتراط إيداع هذا الضمان[4].
- تباشر المصلحة المتعاقدة جزاء مصادرة التأمينات حتى ولم يلحقها أي ضرر من جراء إخلال المتعاقد معها ودون أن تكون ملزمة بإثبات هذا الضرر[5].

[1]- جلول بن سديرة، المرجع السابق، ص76.
[2]- رشا محمد جعفر الهاشمي، المرجع السابق، ص66.
[3]- المرجع نفسه، ص67.
[4]- جلول بن سديرة، المرجع السابق، ص77.
[5]- محمد الأمين خلفان،كمال محمد، المرجع السابق، ص62.

- تمثل التأمينات المودعة لضمان حسن تنفيذ العقد الحد الأدنى للتعويض الذي يحق للإدارة اقتضاءه، وعليه فإنه لا يحق للمتعاقد أن يثبت أن الضرر اللاحق بالإدارة المتعاقدة من جراء إخلاله يقل عن التأمين[1].
- يمكن للإدارة المتعاقدة بناءا على سلطتها التقديرية أن لا تصادر الضمان، وذلك إذا قدرت مثلا أنه لم يلحقها أي ضرر من جراء إخلال المتعاقد معها، لكن لا يمكنها أن تتنازل عنه مقدما [2].

الفرع الثالث:تمييز جزاء مصادرة التأمين عن غيره من الجزاءات المالية

في هذا الشأن سنقسم هذا الفرع إلى جزاء مصادرة التأمين و التعويض (أولا)، جزاء مصادرة التأمين وجزاء غرامة التأخير (ثانيا).

أولا: جزاء مصادرة التأمين والتعويض

إن الفقه والقضاء الإداريين أجازا الجمع بين التعويض ومصادرة التأمين، وذلك لجبر الضرر الذي يلحق الإدارة، بشرط إن لم ينص العقد على خلاف ذلك، والغاية من ذلك هو أنه قد لا يمثل مبلغ التأمين الحد الأقصى من التعويض، بل قد يمثل الحد الأدنى للتعويض الذي تستحقه الإدارة في حالة إخلال المتعاقد بتنفيذ أحد التزاماته التعاقدية، ولا تجدي نفعا محاولة المتعاقد مع الإدارة إثبات أن مبلغ التعويض الضروري لجبر الضرر أقل من مبلغ التأمين، علما أن هذا التعويض (التكميلي المستحق للإدارة) يستند للقواعد العامة للمسؤولية التعاقدية[3].

بالإضافة إلى أنه يجوز الجمع بين مصادرة التأمين والتعويض عندما يكون الضرر الذي لحق الإدارة من جراء إخلال المتعاقد معها بالتنفيذ، لا يزال موجودا بعد مصادرتها للتأمينات، لأنه إذا كانت مصادرة التأمينات قد جبرت الضرر كله فإنه لا مجال لاقتضاء الإدارة للتعويض ما لم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك[4].

---

[1]- جلول بن سديرة، المرجع السابق، ص77.

[2]- محمد الأمين خلفان، كمال محمد، المرجع السابق، ص62.

[3]- فوزية سكران، المرجع السابق، ص87.

[4]- جلول بن سديرة، المرجع السابق، ص78.

ومن ناحية أخرى، فإن رجوع الإدارة بالتعويضات الأخرى على المتعاقد المقصر في حالة عدم كفاية مبلغ التأمين لا يستند إلى أحكام العقد، كما قال بعض الفقه، وإنما إلى المبادئ القانونية العامة، أي إلى أحكام القانون الخاص، التي تقضي بأن كل خطأ ترتب عليه ضرر يلزم من ارتكبه بالتعويض، وهذه القواعد لا تتعارض مع فكرة التأمين في العقود الإدارية[1].

ثانيا: جزاء مصادرة التأمين وجزاء غرامة التأخير

إن كان جزاء مصادرة التأمين يشترك مع جزاء غرامة التأخير في مجموعة من الصفات والخصائص باعتبار كليهما جزاء إداري تملك الإدارة توقيعه في العقد الإداري عند الإخلال بالالتزامات التعاقدية، إلا أن جزاء مصادرة التأمين النهائي يختلف عن جزاء غرامة التأخير من حيث غاية كل منهما في أنه يواجه مخاطر عدم تنفيذ المتعاقد لشروط العقد، فيما يواجه جزاء غرامة التأخير مجرد التأخير في تنفيذ المتعاقد لالتزاماته خلال المواعيد المتفق عليها، فإذا كان جزاء مصادرة التأمين النهائي ينصب على محل العقد، فإن جزاء غرامة التأخير ينصب على مدة التنفيذ هذا من جهة[2].

ومن جهة أخرى فإنه على عكس غرامة التأخير التي يتم تحصيلها بعد التأخير في التنفيذ. التأمين النهائي يوضع في خزانة الإدارة قبل القيام بتنفيذ العقد، وذلك لكونه ضمانة تؤمن الإدارة ضد الأخطار التي يرتكبها المتعاقد في تنفيذ العقد كما يضمن ملاءته عند مواجهة مسؤولياته المالية عند التنفيذ، وهو يمثل ضمانة للجهة الإدارية لاستيفاء غرامة التأخير ذاتها.

المطلب الثالث: جزاء التعويض

تعد التعويضات من الجزاءات المالية التي تفرضها الإدارة على المتعاقد معها في حالة خلو العقد من أية جزاءات مالية لمواجهة إخلال المتعاقد بتنفيذ التزاماته التعاقدية[3].

[1] – صفاء فتوح جمعة، المرجع السابق، ص111.

[2] - زينة مقداد،المرجع السابق، ص241.

[3] - سليمان محمد الطماوي، المرجع السابق، ص512.

ويعود أصل التعويض إلى القانون الخاص، وبعدها انتقل كتطبيق في نطاق العقود الإدارية، وما يلاحظ في مجال هذه الأخيرة أن الإدارة تتمتع بسلطات وامتيازات واسعة ومن ضمنها أنها تستطيع مطالبة المتعاقد معها بالتعويض، بصورة مباشرة عن أي ضرر يصيبها جراء أي تقصير قد يصدر عن المتعاقد معها أثناء تنفيذه لأحد التزاماته في العقد الإداري[1].

وعلى ضوء ما تقدم سنتعرض لتعريف التعويض كفرع أول، وخصائص التعويض كفرع ثاني. وشروط التعويض كفرع ثالث، وتقدير التعويض واقتضائه كفرع رابع.

الفرع الأول: تعريف التعويض

هو عبارة عن مبالغ التي يحق للإدارة أن تطالب بها المتعاقد معها إذا ما أحل بالتزاماته العقدية حال سكوت العقد، أو دفاتر الشروط، على النص على جزاء مالي آخر كالغرامات بمواجهة هذا الإخلال، وبذلك يتضح أن الهدف الرئيسي منها يتمثل في إصلاح الصدع الناجم عن الضرر الذي تسبب فيه المتعاقد[2].

والأصل في نشأة التعويض هو القانون الخاص، ثم انتقل بعد ذلك إلى مجال العقود الإدارية و مجال القانون العام ويعتبر الجزاء الأصيل المقابل لإخلال المتعاقد بالتزاماته مما يلحق الضرر بالمشروع العام وهو بهذه المثابة يعد من الجزاءات المالية التي تهدف إلى تغطية الضرر الذي تتعرض له الإدارة نتيجة تقصير المتعاقد وإخلاله بالتزاماته [3].

إن التعويضات كجزاء في العقود الإدارية مثلها مثل بقية الجزاءات ينبغي النظر إليها لا على أنها تعويض مادي عن الضرر أو أنها عقوبات على المتعاقد فحسب بل هي من قبل وسائل التي في أيدي الإدارة تبتغي بها تأمين سير المرافق العامة بانتظام واطراد فهي ليست مجرد أدوات لمعالجة إخلال الملتزم بالتزاماته[4].

[1]- سليمان محمد الطماوي، المرجع السابق، ص514.

[2]- زينة مقداد، المرجع السابق، ص94.

[3]- رشا محمد جعفر الهاشمي، المرجع السابق، ص56.

[4]- عبد القادر دراجي، المرجع السابق، ص 98.

الفرع الثاني : خصائص التعويض

يتميز نظام التعويض كجزاء إداري يفرض على المتعاقد في حالة إخلاله بتنفيذ التزاماته التعاقدية، بخصائص ذات طبيعة مزدوجة، فهي من جهة تميزه عن الجزاءات الأخرى المقررة للإدارة كحق ثابت لها في أثناء تنفيذ عقودها الإدارية، ومن جهة أخرى تميزه عن نظام التعويض المعمول به في مجال العقود المبرمة في نطاق القانون الخاص[1].

وعليه يمكن إجمال أهم و أبرز الخصائص كالأتي :

- التعويض كجزاء إداري في مجال تنفيذ العقود الإدارية على عكس الجزاءات المالية الأخرى (الغرامات التأخيرية ومصادرة التأمينات)، لا يستحق إلا إذا كان هناك ضرر حقيقي أصاب الإدارة من جراء إخلال المتعاقد معها بتنفيذ التزاماته كما أنه ليس بالضرورة أن يكون الضرر جسيما، فيكفي أن يكون الضرر بسيطا للمطالبة بالتعويض، ولا يقع على الإدارة المتعاقدة عبئ إثبات ذلك[2].
- التعويض باعتباره جزاء إداري يفرض على المتعاقد المخل بتنفيذ التزاماته، لا يكون محددا أو مقدرا في العقد الإداري أو دفتر الشروط الملحق به، و إلا أصبح في حكم غرامات التأخير أو مصادرة التأمينات والسبب في ذلك أن مقداره متغير حسب حجم الضرر الذي لحق الإدارة المتعاقدة، أي أن مقداره يجب أن يتناسب مع حجم الضرر[3].
- في جزاء التعويض تكون سلطة الإدارة مقيدة، بحيث لا يمكنها إعفاء المتعاقد معها المخل بتنفيذ التزاماته، إلا إذا كان الضرر الناشئ عن عدم التنفيذ بسبب أجنبي (كأن تكون قوة قاهرة مثلا)

[1]- جلول بن سديرة، المرجع السابق، ص81.

[2]- جلول بن سديرة،المرجع السابق، ص82.

[3]- زينة مقداد، المرجع السابق، ص257.

- أو بفعل الإدارة نفسها، وذلك على عكس الجزاءات المالية الأخرى أين يمكن للإدارة في غير الحالات الوجوبية إعفاؤه منها جوازيا[1].
- يشكل التعويض في مجال العقود المبرمة في نطاق القانون الخاص تعويضا عادلا، وذلك من خلال إلزام الدائن مدينه بدفع مبلغ مالي يعادل الضرر اللاحق به، أما نظام التعويض كجزاء إداري في مجال تنفيذ العقود الإدارية، فإن دوره التعويضي أقل مما هو عليه في القانون الخاص، والسبب في ذلك يرجع إلى أن الضرر الذي يلحق بالمنتفعين من خدمات المرفق العام، لا يمكن تعويضهم عنه بشكل دقيق، وبذلك لا يشكل تعويضا عادلا لهم، حيث أنه لا يهمهم الحصول على المبالغ المالية بقدر ما يهمهم أن يقوم المرفق العام بخدماته على أحسن وجه[2].

الفرع الثالث: شروط التعويض

يترتب عن العقد بصفة عامة إنشاء التزامات تقع على كل من طرفيه، فإذا لم يقم المتعاقد بتنفيذ التزامه تقوم مسؤوليته العقدية، ولكي تقوم هذه المسؤولية العقدية للمتعاقد في إطار العقد الإداري، و تتمكن الإدارة من ممارسة سلطتها الجزائية بطريق التعويض لا بد من توافر عدة شروط وهي الخطأ، الضرر، علاقة السببية بين الخطأ و الضرر[3].

أولا: الخطأ العقدي

يعرف الفقه الخطأ العقدي بأنه إخلال بالتزام عقدي، أي إخلال أحد المتعاقدين بالتزامه الناشئ عن العقد، والالتزام العقدي الذي يعد الإخلال به خطأ في المسؤولية العقدية إما أن يكون التزاما بتحقيق نتيجة أو التزام ببذل عناية، فالمدين يعتبر مخطئا إذا لم يقم بتنفيذ التزاماته وبمجرد عدم قيامه

[1]- جلول بن سديرة، المرجع السابق، ص82.
[2]- المرجع نفسه، ص83.
[3]- زينة مقداد، المرجع السابق، ص259.

بتنفيذ التزاماته يعتبر خطأ موجبا لمسؤوليته التعاقدية، ويلزم بتعويض الدائن بما أصابه من ضرر و يستوي في ذلك أن يكون عدم التنفيذ ناتجا عن عمد أو عن إهمال أو تقصير[1].

كما لا يعذر المتعاقد بدفع الخطأ عن نفسه في تنفيذ التزامه بمقولة أنه لم يفهم نصوص العقد، و لم يعرف على وجه الدقة إجبار ما يلزمه به النص للتنفيذ، لأنه و كما تقضي المحكمة الإدارية العليا قرار لها:" الخطأ واقعة مجردة قائمة بذاتها متى تحققت أوجبت مسؤولية مرتكبها، بغض النظر عن الباعث على الوقوع منه، إذ لا يتبدل الخطأ بحسب فهم مرتكبه للقاعدة القانونية وإدراكه فحواها لأن الخطأ في فهم الدافع أو القانون ليس عذرا مانعا من المسؤولية"[2].

ثانيا: تحقق الضرر

لا يكفي وقوع الخطأ لاستحقاق التعويض، و إنما يلزم أن يكون قد رتب ضررا للإدارة و يبدو من هذه الناحية ذاتية التعويض،كجزاء عقدي، عن غيره من الجزاءات التعاقدية الأخرى لاسيما غرامة التأخير التي يمكن فرضها حتى و لو لم يقع ضرر، أو الفسخ الذي لا يستلزمه، أو التنفيذ على حساب المتعاقد الذي لا يتطلبه كما يجب أن يكون التعويض متناسبا مع الضرر ويقدر بمقداره بما يحقق جبر الضرر[3].

يعد الضرر الركن الأساسي لقيام المسؤولية العقدية في ذمة المدين، والدائن هو الذي يتحمل عبئ إثبات الضرر لأنه هو الذي يدعيه[4].

إن التعويضات لا يمكن فرضها إلا إذا كان عدم التنفيذ من المتعاقد قد سبب ضررا للإدارة، والضرر إما أن يكون ضررا ماديا و إما أدبيا وتعويض الضرر عن المسؤولية العقدية محدودة المدى فلا تعويض إلا عن الضرر المباشر[5].

---

[1]- فارس مخلف خلف الدليمي، المرجع السابق، ص118.

[2]- زينة مقداد، المرجع السابق، ص261.

[3]- المرجع نفسه، ص263.

[4] - فوزية سكران، المرجع السابق، ص96.

[5]- فارس مخلف خلف الدليمي، المرجع السابق، ص120.

وهو الضرر الذي يكون نتيجة طبيعية للخطأ الذي أحدثه، ولا يستطيع المتضرر توقعه بجهد معقول، ولا يكون الضرر مباشرا إلا إذا كانت طبيعة عدم الوفاء بالالتزام أو التأخر فيه، وقد جرى القول أن الضرر يكون مباشرا إذا لم يكن في وسع الدائن الذي يتوقاه ببذل جهد معقول، و يمكن الرجوع إلى الرابطة السببية بين الخطأ و الضرر[1].

ثالثا : تحقق العلاقة السببية بين الخطأ والضرر

بوجود ركن الخطأ والضرر لا تقوم المسئولية العقدية فلا بد أن تكون هناك علاقة رابطة بين الخطأ الحاصل وحدوث الضرر، أي بمعنى أن الخطأ من المتعاقد هو السبب في حدوث الضرر للإدارة، بحيث تنعدم المسؤولية إذا كان الضرر لا يرجع إلى الخطأ بل كان يرجع إلى سبب خارجي، و كقاعدة عامة حسب ما سبق ذكره فإن التعويض لا يستحق إلا بعد إعذار المدين ما لم ينص على خلاف ذلك [2]، وهذا ما أكدت عليه المحكمة الإدارية العليا المصرية بقضائها أنه "... ومن المقرر قانونا أن الالتزام ينقضي لاستحالة تنفيذه، و متى استحال تنفيذه الالتزام في العقود الملزمة للجانبين تنقضي معه الالتزامات المقابلة له وينفسخ العقد من تلقاء نفسه (المادة 159 من القانون المدني) ومتى كانت استحالة تنفيذ الالتزام راجعة إلى سبب أجنبي الذي لا يد للمدين فيه فإن الالتزام ينقضي أصلا سواء من حيث التنفيذ العيني أو التعويض (المادة 215 من القانون المدني):"ومن المقرر أن السبب الأجنبي هو الحادث الفجائي أو القوة القاهرة أو خطأ الدائن أو فعل الغير"[3].

الفرع الرابع: تقدير التعويض و اقتضاءه

يقدر التعويض بقيمة الضرر الذي تحملته الإدارة وقت وقوعه، ويراعي في تقدير تعويض ما أسهمت به الإدارة من أخطاء أو أعمال أدت إلى حدوث الخطأ ووقوع الضرر أو ما سببه إخلال المتعاقد بالتزاماته.

[1]- جلول بن سديرة، المرجع السابق، ص84.

[2]- فوزية سكران، المرجع السابق، ص97.

[3]- زينة مقداد، المرجع السابق، ص268.

أولا:تقدير التعويض

إن التعويض هو الجزاء الأصيل للإخلال بالالتزامات التعاقدية. والنظام القانوني لهذا التعويض قريب من النظام المدني لها، فيما يتعلق بكيفية تقدير التعويض، وفي اشتراط ركن الضرر.

وتشمل عناصر التعويض ما أصاب الدائن من خسارة وما فاته من كسب، فالقاضي عند تقديره للتعويض سواء كان عن عدم تنفيذ الالتزام أو التأخر في التنفيذ يدخل في حسابه هذين العنصرين، فيكون مجموع هذين العنصرين هو التعويض، فإذا كان هناك عنصر واحد فقط فإنه التعويض يقتصر عليه[1].

وتقدير التعويض المستحق للإدارة يتم وفقا لعدة عناصر تتمثل في العنصر المادي، والزمني، والشخصي.

فالعنصر المادي يعني تقدير التعويض طبقا لجسامة الضرر الذي لحق بالمرفق من جراء المخالفة العقدية، سواء تمثلت في تنفيذ المتعاقد لالتزامه العقدي بشكل معيب، أم في امتناعه أساسا عن التنفيذ، لكن يتقيد هذا التقدير بثلاثة أمور هي: الاعتدال، وهو عدم المبالغة في قيمته أي عدم الخروج عن القدر المعقول، وأن يكون التقدير تبعا للثابت من الأوراق، أي من واقع الظروف الواقعية، فيقدر بقيمة الضرر الحقيقي لا وفقا لما تتوهمه الإدارة، وأن يتم التقدير على نحو يستهدف تحقيق الصالح العام، ويدخل في تقدير التعويض ليس فقط الضرر الذي قد لحق بالمرفق الذي تعاقد بشأنه المتعاقد فحسب، بل كذلك الضرر الذي لحق بأي مرفق آخر طالما كان هذا الضرر قد وقع من قبل المتعاقد، أو أي من تابعيه[2].

أما العنصر الزمني، يعني أن تقدير التعويض يكون حالا أي يُقدر وقت وقوع الضرر شرط أن يكون الضرر محققا أي وقع فعلا أو أن وقوعه في المستقبل حتمي.

أما العنصر الشخصي، فيُقصد به أن عند تقدير التعويض يُؤخذ بعين الاعتبار خطأ طرفي

[1]- المرجع نفسه، ص273.

[2]- المرجع نفسه ، ص274.

لعقد، فيُخفض مقدار التعويض بقدر مساهمة الإدارة في الخطأ الذي أحدث الضرر. وبمعنى أدق أن يُراعى عند تقدير التعويض ما إذا كان الضرر ناتجا عن خطأ المتعاقد وحده، أم عن الخطأ المشترك بينه وبين الإدارة، وفي هذه الحالة يُراعى نصيب كل منهما فيه، وما إذا كان خطأ أحدهما يستغرق خطأ الآخر أم لا.

ثانيا: اقتضاء التعويض

يقترب النظام القانوني للتعويض كجزاء إداري، يفرض في حالة إخلال المتعاقد بتنفيذ التزاماته التعاقدية، من النظام القانوني للتعويض في مجال العقود المبرمة في نطاق القانون الخاص، و ذلك من حيث ضرورة توفر أركان المسؤولية العقدية من خطأ و ضرر و علاقة سببية بينهما[1].

إن المبدأ المعمول به في نطاق القانون المدني يقتضي بأن الحصول على التعويض،يتطلب ضرورة التجاء الدائن إلى القضاء لإصدار حكم قضائي يقضي له بالتعويض أما في مجال تنفيذ العقود الإدارية، فإن التجاء الإدارة إلى القضاء لطلب توقيع جزاء التعويض على المتعاقد معها المخل بتنفيذ التزاماته التعاقدية، و ذلك في غير الحالات الاستثنائية السابق الإشارة إليها، يتناقض مع أهم مبدأ من المبادئ العامة لسلطة الإدارة في توقيع الجزاءات في أثناء تنفيذ عقودها الإدارية، والذي يقضي بأن تقوم الإدارة المتعاقدة بنفسها، بتوقيع مختلف أنواع الجزاءات الإدارية المقررة لها قانونا [2].

أما بالنسبة للوضع في الجزائر فإن النصوص القانونية المنظمة للصفقات العمومية ودفتر شروطها، لم تشر صراحة إلى الكيفية أو الطريقة التي تحصل بها الإدارة المتعاقدة للتعويضات الناجمة عن إخلال المتعاقد معها بتنفيذ التزاماته[3].

حيث أنه بالرجوع إلى دفتر الشروط الإدارية العامة لسنة 1964 في الفقرة 07 من المادة (35) التي تنص على:"الزيادة الحاصلة في النفقات الناجمة من النظام المباشر أو من الصفقة الجديدة يجري

[1]- جلول بن سديرة، المرجع السابق، ص83.

[2]- المرجع نفسه، ص84.

[3]- فوزية سكران، المرجع السابق، ص103.

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 منه في فقرتها الأولى على انه:" يرد مبلغ الضمان أو تحرر الضمانة الحالة محله على إثر قيام الإدارة برفع اليد عن الأشغال، و ذلك في الشهر الذي يلي تاريخ الاستلام النهائي للأشغال إذا كان متعهد الصفقة فقد أكمل لذلك التاريخ تعهداته تجاه الإدارة، و إذ أثبت المقاول خاصة تأديته التعويضات التي يكون ملزما بها".

كما تنص المادة 152الفقرة 1 من المرسوم 247/15 على أنه:"لا يمكن الاعتراض على قرار المصلحة المتعاقدة بفسخ الصفقة العمومية عند تطبيقها البنود التعاقدية للضمان، والمتابعات الرامية إلى إصلاح الضرر الذي لحقها بسبب خطأ المتعاقد معها.وزيادة على ذلك، يتحمل هذا الأخير التكاليف الإضافية التي تنجم عن الصفقة الجديدة".

ما يفهم 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 التزاماته، و لكن دون أن ينص صراحة على كيفية تحصيلها لهذا التعويض.

ومنه 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 هذا التعويض بنفسها، و الذي ليس معناه سلب حقها في توقيع جزاء التعويض أي أنه لا يمكنها تحصيله بنفسها، بل عليها اللجوء إلى القواعد العامة الواردة في القانون المدني.

الفصل الثاني

سلطات القاضي الإداري في الرقابة على الجزاءات المالية في العقد الإداري

لقد استقر فقه القانون العام على أن ضمان الحقيقي والفعال لمبدأ المشروعية يتمثل في إخضاع تصرفات السلطات العامة للرقابة القضائية حتى يكتمل النظام دولة القانون من جهة، وتعزز المبادئ التي يتركز عليها من جهة أخرى، فلابد أن تكون للمواطنين سلاحاً فعالاً يحول دون تعسف الإدارة أو تماديها في التعسف بعد وقوعه لذلك فإن خضوع الإدارة للرقابة القضاء يمثل أهم ركن في بناء الدولة القانونية[1].

ولأجل هذا لابد أن توجد رقابة قضائية ترمي إلى احترام حقوق الأفراد وحماية حرياتهم، وحق أنه بدون هذه الرقابة القضائية يمكن للإدارة أن تخالف أحكام القانون كلما وجدت لها مصلحة في هذه المخالفة[2].

والحق أن عدم وجود الرقابة القضائية يتيح للإدارة أن تخالف القانون أو أنها لا تتوخى الدقة في تنفيذه بحيث تصبح نصوص القانون مجرد رغبات وأماني للمشرع وليست نصوصا واجبة الإتباع لها جزاء يتضمن إحترامها، وعند ذلك تهدد الحقوق وتداس الحريات بغير معقب أو حماية وهذا الأمر لا يقبله الضمير الإنسان فالإنسانية تطلب اليوم أن توجد رقابة قضائية على أعمال إدارة تهدف إلى إحترام القانون وحماية حقوق الأفراد وتلك الحماية واجبة مهما كان سلطان الإدارة[3].

ولتوضيح الفكرة أكثر ستتناول في هذا الفصل الذي قسمناه لمبحثين كما يلي: مفهوم الرقابة القضائية على جزاءات المالية كمبحث الأول، نطاق الرقابة القضائية على الجزاءات المالية في العقد الإداري وأثارها كمبحث الثاني .

[1]- رشا محمد جعفر الهاشمي، المرجع السابق، ص119.

[2]- حمد عمر حمد، سلطة التقديرية للإدارة ومدى رقابة القضاء عليها، الطبعة الأولى، أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، 2003، ص51.

[3]- رشا محمد جعفر الهاشمي، المرجع السابق ص124.

المبحث الأول: مفهوم الرقابة القضائية على الجزاءات المالية

إن الإدارة طبقا لمبدأ المشروعية يجب عليها أن تعمل في دائرة القانون بأن لا تخالف تصرفاتها التي تظهر في صورة أعمال قانونية أو أفعال مادية مجموعة القواعد القانونية الملزمة، وإلا يعد تصرفها غير مشروع ولا يعني ذلك وجود مخالفة للقاعدة وجوب الخضوع الإدارة للقانون، لأن الأصل في الدولة القانونية تقيد الإدارة بالقانون[1].

كما أنه ليس من المقتضيات العدالة أن تكون الإدارة خصما وحكما في نفس الوقت ولا يطمئن لها الأفراد دون وسيلة يحملون بها النزاع إلى حكم محايد لا مصلحة له في النزاع إلا أن يقول كلمة القانون، ويتمثل الرقابة. القضاء على أعمال الإدارة في الواقع والقانون أقوى الضمانات الجدية والحاسمة لإقرار مبدأ الشرعية وتحقيقه. إذ يمثل القانون حصنا منبعا لحقوق الأفراد وحرياتهم من عسف الإدارة، بل وتعد تلك الرقابة الضمانة الفعالة لاحترام القانون وسلامة تطبيقه"[2].

على أساس ما تقدم فقد قسمنا هذا المبحث إلى مطلبين كما يلي: تعريف الرقابة القضائية على الجزاءات المالية في العقد الإداري كمطلب أول، القضاء المختص في الرقابة على الجزاءات المالية في العقد الإداري كمطلب ثاني.

المطلب الأول: تعريف الرقابة القضائية على الجزاءات المالية في العقود الإدارية وأهميتها

من المسلم به إجماع فقهاء القانون العام على أن الضمان الحقيقي لمبدأ المشروعية يكمن في خضوع التصرفات وأعمال الإدارة أو السلطات العامة لرقابة القضاء وهذا أخير يقصد به فصل الخصومات والمنازعات بين أفراد وذلك بما يتسم به من خلال استقلال ونزاهة وحياد عن أطراف

[1]- رشا محمد جعفر الهاشمي، المرجع السابق، ص123.

[2]- براهيم مباركي، الرقابة القضائية على أعمال الإدارة في القانون الجزائري دراسة المقارنة، أطروحة دكتوراه في القانون العام، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري،تيزي وزو، الجزائر، 2018/2017، ص 63.

النزاع والإلمام بالشؤون القانونية والمسائل العامة والأفراد لتحقيق التزام بمبدأ المشروعية، عن طريق فض إحترام على إدارة وممارسة الرقابة عليها من قبل رجال السلطة القضائية[1].

وعلى أساس ما تقدم سوف نقسم هذا المطلب إلى فرعين كما يلي: تعريف الرقابة القضائية على الجزاءات المالية في العقود الإدارية كفرع أول، أهمية الرقابة القضائية على إجراءات المالية في العقود الإدارية كفرع ثاني.

الفرع الأول: تعريف الرقابة القضائية على الجزاءات مالية في العقد الإداري

من المسلم به، إجماع فقهاء القانون العام على أن الضمان الحقيقي لمبدأ المشروعية يكمن في خضوع تصرفات و أعمال الإدارة أو السلطات العامة، لرقابة القضاء[2].

ويقصد بالرقابة القضائية هي تلك السلطات والصلاحيات الممنوحة للمحاكم العادية أو الإدارية، استنادا الى نصوص القانون والتي يكون بموجبها لهذه المحاكم سلطة الفصل فيها وإصدار أحكام في المسائل التي تكون الإدارة طرفا فيها بما يكفل حقوق وحريات الخصوم[3].

وقد عرفها البعض بأنها:"الرقابة التي تمارسها وتباشرها المحاكم القضائية على مختلف أنواعها وعلى مختلف درجاتها وذلك عن طريق وبواسطة تحريك الدعوى والطعون القضائية المختلفة ضد أعمال السلطات الإدارية غير المشروعة[4].

ويقصد أيضا بالرقابة القضائية إسناد الرقابة على مشروعية أعمال الإدارة إلى السلطة القضائية، بوصفها سلطة مستقلة دستوريا عن السلطة التنفيذية وفروعها من الجهات الإدارية[5].

[1]- فوزية سكران، المرجع السابق، ص250.
[2]- المرجع نفسه، ص252.
[3]- رشا محمد جعفر الهاشمي، المرجع السابق، ص124.
[4]- براهيم مباركي، المرجع السابق، ص64.
[5]- فوزية سكران، المرجع السابق، ص253.

كما تعرف الرقابة القضائية بأنها منح السلطات والاختصاصات للقضاء سواء كان قضاء عادي أو متخصصا للبث في المنازعات ذات الطبيعة الإدارية أو منازعات القانون الإداري التي تكون الإدارة طرفا فيها، وأن تغطى لهذه الأحكام حكم القضائي الملزم[1].

كما أنها تعد ضمانة هامة من ضمانات المتعاقد مع الإدارة نطاق العقود الإدارية إذ يجب أن تخضع سلطة الإدارة في توقيع الجزاء الإداري العقدي لرقابة القضاء إحتراماً لحق التقاضي الذي يعد من النظام العام الذي كلفه الدستور للأفراد، وأن أي شرط يرد في العقد الإداري يحرم المتعاقد من هذا الحق يعد شرطاً باطلاً لمخالفة للنظام العام، كما ينعدم الأثر الذي يترتب عليه[2].

الفرع الثاني: أهمية الرقابة القضائية على الجزاءات المالية في العقد الإداري

يعد القضاء المرجع والملاذ الحقيقي الذي تلجأ إليه الإدارة والأفراد على حد سواء للتأكد من الالتزام بمبدأ المشروعية وتعتبر الرقابة التي تباشرها المحاكم لضمان المشروعية من أنواع الرقابة المهمة التي تمارسها على أعمال الإدارة علماً أنَّ هذه لا تتحرك تلقائياً إلا عن طريق الطعون المقدمة من ذوي المصلحة وتباشرها المحاكم بما لها من ولاية على الأشخاص عامة كانت أن خاصة في استقلال القاضي من جهة و إطلاعه القانوني من جهة أخرى بإضافة إلى حيازة القرار القضائي للحجية الشئ المقضي به كلها عوامل تؤثر في رسم الخطوط أو السياسة العامة للرقابة القضائية و في تحديدها من ناحية المضمون و الأهداف [3].

[1]- حمد عمر حمد، المرجع السابق، ص55.

[2]- أسامة طه حسين،" الجزاء الإداري العقدي"، مجلة العلوم القانونية والسياسة،كلية القانون والعلوم السياسية، العراق، مجلد8، عدد2، 2019، ص379.

[3]- رشا محمد جعفر الهاشمي، المرجع السابق، ص126.

ويفترض في الرقابة القضائية أن تكون مستقلة، فهي تحقق غاياتها في إرساء دولة القانون، نظراً لما تنطوي على أعمال القضاء من حيادية ونزاهة واستقلال، الأمر الذي يكفل للمتقاضين صيانة حقوقهم وحمياتهم من تعسف الإدارة إذا ما حادت عن مبدأ المشروعية[1].

وتهدف الرقابة القضائية إلى تحقيق أمرين الأول هو حماية حقوق الأفراد وحرياتهم، ويتم ذلك عن طريق الطعن بالقرارات الإدارية إذ مست حقاً أو حرية لفرد وإلغاؤها أو تعويض الفرد عما أصابه من ضرر جراء ذلك، وأما الثاني فيبدو في تقويم الإدارة وإجبارها على احترام القانون والخضوع لسلطاته ويكون ذلك عن طريق إلغاء القرارات التي تصدرها وتكون منطوية على مخالفة القانون[2].

وتوجد حقيقة جوهرية وهي أنَّ الرقابة القضائية على الإدارة هي الأسلوب الوحيد الفعال لضمان احترام السلطات الإدارية للقانون.

ويرى دكتور"ثروت بدوي" أنَّ الرقابة القضائية وحدها هي التي تحقق ضمانة حقيقية للأفراد، إذ تعطيهم سلاحاً بمقتضاه يستطيعون الالتجاء إلى جهة مستقلة تتمتع بضمانات حصينة من أجل إلغاء أو التعديل أو التعويض عن الإجراءات التي تتخذها السلطات العامة المخالفة للقواعد القانونية المقررة[3].

وتأسيسا على ما تقدم فإن ممارسة الرقابة من قبل جهة متميزة عن الإدارة، تعد ضمانة حقيقية لحماية حقوق الأفراد وحرياتهم لأنها تعتبر تنبيها وتحذيرا للإدارة، مما يدفعها إلى إحترام القانون والخضوع لسلطانه ومعرفة أوجه النقص والقصور في أداء العمل الإداري،و الإلمام بمعوقات العمل الإداري و العوامل التي أسهمت في إنجازه وذلك فضلا عن كشف التجاوزات غير القانونية ومحاسبة المخالفين لأحكام القانون والعمل على إلتزام الجميع بأحكام المشروعية[4].

[1]- أسامة طه حسين المرجع السابق، ص380.

[2]- المرجع نفسه، ص381.

[3]- سليمان محمد الطماوي، المرجع السابق، ص507.

[4] - أسامة طه حسين، المرجع السابق، ص382.

المطلب الثاني: القضاء المختص في الرقابة على الجزاءات المالية في العقد الإداري

إذا كانت الرقابة القضائية تعد الضمانة الحقيقية للأفراد وتملك في الوقت نفسه الشجاعة لتوقف الإدارة عند حدها وإعادتها إلى الطريق الذي حدده المشرع فإن الدول رغم ذلك تباينت في إناطة أمر هذه الرقابة[1].

فالدول لا تسلك اتجاهاً واحداً في تحديد وتنظيم الرقابة القضائية على أعمال الإدارة، فقد يسند أمر الرقابة إلى القضاء العادي في الدول التي تأخذ بوحدة القضاء، والذي يفصل في جميع المنازعات بما فيها المنازعات الإدارية التي تثور بين الأفراد والإدارة[2].

كما قد يوكل أمر الرقابة إلى جهة قضائية للفصل في المنازعات الإدارية ألا وهو القضاء الإداري.

لذلك ومن أجل توضيح هذا التباين في الاختصاص قسمنا هذا المطلب إلى فرعين

كما يلي:طبيعة الاختصاص القضاء الإداري بالرقابة على الجزاءات المالية في العقود الإدارية كفرع أول، القضاء المتخصص في الرقابة على الجزاءات في العقود الإدارية في النظام القانوني الجزائري كفرع الثاني.

الفرع الأول: طبيعة اختصاص القضاء الإداري بالرقابة على الجزاءات المالية في العقد الإداري.

إنَّ اختصاص القضاء الإداري يشمل جميع العقود الإدارية ولا يقتصر على عقد بعينه، وهو صاحب الاختصاص الأصيل بالفصل في منازعات الجزاءات العقدية الإدارية، واختصاصه هذا إنما هو امتداد لاختصاصه بالمنازعات التي تثور عن العقد الإداري بوجه عام[3].

[1]- رشا محمد جعفر الهاشمي، مرجع سابق، ص231.

[2]- سليمان محمد الطماوي، المرجع السابق، ص508.

[3]- زنية مقداد، مرجع سابق، ص143.

إنَّ المنازعات الخاصة بالعقود الإدارية تعد منازعات ذاتية لأن المتعاقد يستند في رفع الدعوى إلى سند ذاتي والمتمثل بالعقد الذي يكون تأثره بين الطرفين فقط وأيضا الواقعة القانونية المحددة بالتنفيذ لمرة واحدة ومن ثم فهو لا يستند إلى وضع تنظيمي دائم[1].

واختصاص القضاء الإداري ينظر منازعات العقد الإداري، ومن بينها المنازعات المتعلقة بالجزاءات التعاقدية يتميز بالشمولية، أي أنه صاحب الولاية العامة في الفصل في جميع المنازعات، وهذا معناه أن هذا الاختصاص يمتد إلى جميع دعاوى العقد الإداري، سواء ما كان متعلقاً منها بانعقاده أو تنفيذه أو انقضاءه[2].

ومن المعروف أن اختصاص القضاء الإداري يمكن رده بصفة عامة إلى القضاء الكامل أو قضاء التعويض وقضاء الإلغاء، وقضاء فحص المشروعية[3].

والقاعدة العامة أن دعوى العقود الإدارية تدخل أساساً في اختصاص القضاء الكامل فهذا الأخير هو القضاء الأصل فيما يتعلق بالمنازعات التي تترتب على العقود الإدارية فمتى توافرت في المنازعة حقيقة العقد الإداري، سواء كانت خاصة بانعقاد العقد بصحته أو تنفيذه، أو انقضائه فإنها كلها تدخل في نطاق ولاية القضاء الكامل دون ولاية الإلغاء[4].

يستند الاختصاص في النظر في المنازعات الإدارية إلى جهات القضاء الإداري الممثلة في المحاكم الإدارية أو مجلس الدولة، وكما هو معلوم أنَّ اختصاص القضاء الإداري يستند في كثير من القضايا التي ترفع أمامه إلى نوعين رئيسيين من الدعاوي هما.

دعاوي الإلغاء والتي تدور فيها المنازعة حول المطالبة بإلغاء قرار إداري صادر عن سلطة إدارية بإرادتها المنفردة، لكونه مشوبا بإحدى عيوب عدم المشروعية، وإلى جانب ذلك توجد دعاوي القضاء

[1]- رشا محمد جعفر الهاشمي، مرجع سابق، ص236.

2- زينة مقداد، المرجع السابق، ص143.

3- سليمان محمد الطماوي، المرجع السابق، ص510.

4- رشا محمد جعفر الهاشمي،المرجع السابق، ص238.

الكامل، والتي تدور المنازعة حول الاعتداء على مركز قانوني للشخص الطاعن، لذلك فإن من بين المنازعات الإدارية التي تثور في أثناء التنفيذ الإدارة لعقودها الإدارية[1].و التي تتعلق بالطعن في عدم مشروعية قراراتها المتعلقة بتوقيع الجزاءات على المتعاقدين معها ومن ثم نتساءل هل الطعن في قرارات الإدارة المتعاقدة المتعلقة بتوقيع الجزاءات على المتعاقدين معها، تندرج فيه المنازعة ضمن ولاية قضاء الإلغاء، أم أن المنازعة فيه تندرج ضمن ولاية القضاء الكامل؟ وللإجابة على هذا التساؤل يجب التفرقة بين نوعين من القرارات الإدارية التي تصدرها الإدارة في نطاق العقود الإدارية[2]:

قرارات التي تصدرها الإدارة المتعاقدة أثناء المراحل التمهيدية للتعاقد وقبل إبرام العقد، والتي يطلق عليها إسم القرارات القابلة للانفصال، يجوز الطعن فيها إستقلالا بالإلغاء، ويترتب على إلغائها بالضرورة إلغاء العقد،لأنها قرارات إدارية نهائية يخضع إلغائها لاختصاص المحاكم الإدارية بوصفها جهات الولاية العامة في المنازعات الإدارية[3].

وقرارات التي تصدرها الإدارة المتعاقدة تنفيذا للعقد، و استنادا إلى نص من نصوصها، وهذه القرارات لها إرتباط وثيق بالعقد الأمر الذي يجعل الطعن فيها بالإلغاء إستقلالا عن العقد غير جائز، على سبيل المثال القرار الصادر بمصادرة التأمين أو سحب العمل من المقاول،فالمنازعات الناشئة عن هذه القرارات إذ ما شابها خطأ أو سوء تقدير، تخضع لإختصاص القضاء الإداري على أساس دعوى القضاء الكامل[4].

وكنتيجة نقول أن القرارات الخاصة بجزاء من الجزاءات التعاقدية، أو بفسخ العقد أو بإنهائه، يخرج عن مفهوم القرارات الإدارية المنفصلة إذ يعد إجراء تعاقدي متصل بالعقد ولا يمكن فصله عنه، ومن ثم فهذه القرارات تعتبر منازعاتها من قبيل المنازعات الحقوقية الإدارية التي صدرت عن الإدارة

1- فوزية سكران، المرجع السابق، ص259.

2- سليمان محمد الطماوي، المرجع السابق، ص511.

3- فوزية سكران، المرجع السابق، ص259

4- سليمان محمد الطماوي، المرجع السابق، ص210.

المتعاقدة، ومرتبطة بنصوص العقد الإداري والتزاماتها الناشئة عنه، ومن ثم لا تخضع للأحكام العامة المتعلقة بإلغاء القرارات الإدارية حتى ولو إقتصرت دعوى المتعاقد على طلب إلغاء ذلك القرار الإداري الذي أصدرته جهة الإدارة بل إنها تدخل في ولاية القضاء الكامل[1]

الفرع الثاني: القضاء المختص في الرقابة على الجزاءات في العقود الإدارية في النظام القانوني الجزائري

لقد كرس المشرع الجزائري نظام ازدواجية القضاء في دستور سنة 1996[2]، وذلك بإنشائه مجلس الدولة كأعلى هيئة قضائية إدارية، وكذلك محكمة التنازع للفصل في تنازع الاختصاص بين هيئات القضاء الإداري والعادي[3].

حيث تنص المادة 152 منه في فقراتها 2، 3، 4 على مايلي: ..."يؤسس مجلس دولة، كهيئة مقومة لأعمال الجهات القضائية الإدارية".

تضمن المحكمة العليا ومجلس الدولة توحيد الاجتهاد القضائي في جميع أنحاء البلاد ويسهران على احترام القانون.

تؤسس محكمة تنازع تتولى الفصل في حالات تنازع الاختصاص بين المحكمة العليا ومجلس الدولة".

وتنص المادة 153 منه على مايلي: "يحدد قانون العضوي تنظيم المحكمة العليا، ومجلس الدولة، ومحكمة التنازع، وعملهم، واختصاصاتهم الأخرى"[4].

[1]- زينة مقداد، المرجع السابق، ص150.

[2]- نص تعديل الدستور الجزائري المصادق عليه في استفتاء 17رجب 1417هـ الموافق ل 28نوفمبر1996، المنشور بالجريدة الرسمية رقم (76) المؤرخة في 27رجب 1417هـ الموافق ل 08ديسمبر1996.

[3]- زينة مقداد، المرجع السابق، ص151.

[4]- رشا محمد جعفر الهاشمي، المرجع السابق، ص245.

تطبيقا لنص هذه المادة أصدر المشرع القانون العضوي01/98المتعلق باختصاصات وتنظيم وعمل مجلس الدولة[1]، والذي بموجبه تمت إحالة القضايا المسجلة أو المعروضة على الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا إلى مجلس الدولة.

كما أصدر المشرع في تأكيد دعمه للازدواجية القضائية واستقلال القضاء الإداري عن القضاء العادي بإنشاء المحاكم الإدارية كقاعدة للهرم القضائي الإداري بموجب القانون العضوي 02/98 المتعلق باختصاصات وتنظيم وعمل المحاكم الإدارية[2].

كما أصدر المشرع القانون العضوي03/98 لمتعلق باختصاصات وتنظيم وعمل محكمة التنازع[3]، والتي تعتبر الدعامة الأساسية لنظام الازدواجية القضائية باعتبارها تفصل في تنازع الاختصاص بين الهيئات القضائية العادية والإدارية

فيما تكفلت السلطة التنظيمية بإصدار جملة النصوص التنظيمية التي لها صميم العلاقة الأسلوب القضائي الجديد المنتهج[4].

وباستطلاع نص المادة 800 من قانون 09/08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية[5]، التي تنص على أنَّ: "المحاكم الإدارية هي جهات الولاية العامة في المنازعات الإدارية تختص بالفصل في

1-القانون العضوي رقم 01/98 المؤرخ في 30مايو 1998، المتعلق باختصاصات مجلس الدولة وتنظيمه وعمله، المنشور بالجريدة الرسمية رقم (37) المؤرخة في 01جوان 1998، المعدل والمتمم بالقانون العضوي رقم 13/11 المؤرخ في 26يوليو 2011،المنشور بالجريدة الرسمية رقم (43) المؤرخة في 2011/08/03.

[2]- لقانون العضوي رقم 02/98المؤرخ في 30مايو سنة1998،المتعلق بالمحاكم الإدارية، المنشور بالجريدة الرسمية رقم 37المؤرخة في1998/06/01 .

[3]- القانون العضوي رقم03/98 المؤرخ في 03يونيو 1998،المتعلق باختصاصات محكمة التنازع وتنظيمها وعملها،المنشور بالجريدة الرسمية رقم 39المؤرخة في 07جوان1998.

[4]-بوعمران عادل،"نظم الرقابة القضائية على أعمال الإدارة العامة وموضع النظام القضائي الجزائري بينها"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية،كلية الحقوق والعلوم السياسية، الجزائر ،مجلد56 ،العدد01 ،2013 ،ص308.

[5]- القانون رقم 09/08 المؤرخ في 18صفر 1429هـ الموافق ل 25فبراير2008 ،يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

أول درجة بحكم قابل للاستئناف في جميع القضايا، التي تكون الدولة أو الولاية أو البلدية أو إحدى المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية طرفا فيها" و المادة 801 من نفس القانون التي تنص على أنه: " تختص المحاكم الإدارية كذلك بالفصل في ...2 – دعاوي القضاء الكامل..."[1].

و المادة804 [2]من القانون ذاته التي تنص على أنه: "خلافا لأحكام المادة803 أعلاه، ترفع الدعاوى وجوبا أمام المحاكم الإدارية في المواد المبينة أدناه.."::3– في مادة العقود الإدارية، مهما كانت طبيعتها، أمام المحكمة الإدارية التي يقع في دائرة اختصاصها مكان إبرام العقد أو تنفيذه..."

من خلال هذه المواد نستنتج أن المحاكم الإدارية في الجزائر هي صاحبة الولاية في نظر المنازعات الإدارية ،ومعيار اختصاصها في ذلك عضوي يعتمد على نوع الجهة التي تعتبر طرفا في النزاع، فكلما كان أحد أطرافه – أي النزاع – شخصا كان القضاء الإداري هو المختص في الفصل فيه[3].

وعليه فإن منازعات العقود الإدارية سواء تعلق الأمر بإعدادها أو تكوينها أي إبرامها وكذا تنفيذها ومنها المنازعات المتعلقة بسلطة توقيع الجزاءات التعاقدية، تدخل في اختصاص القضاء الإداري ممثلا في المحاكم الإدارية كهيئة قضائية ابتدائية ولو كانت الإدارة المتعاقدة ضمن السلطة مركزية أو هيئة عمومية وطنية ، ضمن منازعات القضاء الكامل [4].

وعليه أخرج المشرع الجزائري منازعات العقود الإدارية كأصل عام من ولاية مجلس الدولة بعنوان القضاء الابتدائي نهائي، حتى ولو كانت الإدارة المتعاقدة سلطة مركزية وزارة أو هيئة وطنية كالمجلس الشعبي الوطني أو مجلس المحاسبة، ما لم يتعلق الأمر بالطعن في قرار إداري منفصل له علاقة بعقد إداري صادر عن أحد الجهات المحددة في م 09 من القانون العضوي 01/98 المعدل والمتمم

[1]– زينة مقداد، المرجع السابق، ص152.

[2]- القانون رقم 09/08 المؤرخ في 18صفر 1429هـ الموافق ل 25فبراير2008 ،يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية

[3]- زينة مقداد، المرجع السابق، ص153.

[4]– فوزية سكران، المرجع السابق، ص259.

السالف ذكره. حيث تنص على أنه: "يختص مجلس الدولة كدرجة أولى وأخيرة بالفصل في دعاوى الإلغاء والتفسير وتقدير المشروعية في القرارات الإدارية الصادرة عن السلطات الإدارية المركزية والهيئات العمومية الوطنية والمنظمات المهنية الوطنية[1].

كما تجدر الإشارة إلا أنه إذ كان الأصل في منازعات العقود الإدارية ومنها المتعلقة بتنفيذها وسلطة توقيع الجزاءات التعاقدية من اختصاص المحاكم الإدارية كهيئة قضائية ابتدائية طبقاً لنص المادة 800 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، فإن قراراتها الصادرة لهذا الشأن يقبل الطعن بالاستئناف أمام مجلس الدولة، الذي يتولى مهمة الرقابة عليها، فينظر النزاع من جديد لاعتباره هيئة الدرجة الثانية، وهذا طبقاً للمادة 10 من القانون العضوي 1/98 التي تنص على أنه: " يختص مجلس الدولة بالفصل في استئناف الأحكام والأوامر الصادرة عن الجهات القضائية الإدارية"[2].

المبحث الثاني: نطاق الرقابة القضائية على الجزاءات المالية في العقد الإداري وآثارها

يبدو أن رقابة القضاء الإداري على الجزاء التعاقدي هي رقابة قضاء كامل يبسطها عليه بوصفه قاضي العقد، وهي على هذا النحو رقابة تتسع لتشمل الرقابة على مشروعية هذا الجزاء، والرقابة على مدى ملائمته، بمعنى أنها لا تتوقف عند البحث في مدى توافر صحة القرار من حيث عناصره، الاختصاص، الشكل،و المحل،السبب[3]، وإنما تمتد لفحص البواعث التي أدت بالإدارة إلى اتخاذ الجزاء، فيقرر القاضي ما إذا كان هذا الأخير ملائما للأسباب التي دفعت الإدارة إلى توقيعه أم لا، فضلا كما يقضي به من تعويض للمتعاقد عما لحقه من أضرار نتيجة لاتخاذ الجزاء غير المشروع في مواجهته، على نحو ما تبين بعد ذلك، ومع ذلك فإن هناك مدى لسلطة القاضي في الرقابة على

[1]- زينة مقداد، المرجع السابق، ص154.
[2]- براهيم مباركي، المرجع السابق، ص198.
[3]- فوزية سكران، المرجع السابق، ص260.

الجزاءات الموقعة إذا كانت غير مشروعة أو غير متناسبة مع قدر الخطأ الذي وقع من المتعاقد، حيث تضيف هذه السلطة بالنسبة لبعض الجزاءات وتتوسع بالنسبة للبعض الآخر[1].

وبناء على ما تقدم سنعرض في هذا المبحث: نطاق الرقابة القضائية على الجزاءات المالية في العقد الإداري كمطلب أول، وآثار الرقابة القضائية على الجزاءات المالية في العقد الإداري كمطلب ثاني.

المطلب الأول: نطاق الرقابة القضائية على الجزاءات المالية في العقد الإداري

إن الإدارة وأن كانت تتمتع بحق توقيع الجزاء بإرادتها المنفردة، دون حاجتها للالتجاء إلى القضاء، فإن قراراتها بهذا الشأن تخضع من دون أدنى شك لرقابة القضاء المختص بالنظر في المنازعات المعروضة عليه، والمتعلقة بتنفيذ العقود الإدارية إلى نوعين من الرقابة، رقابة المشروعية ورقابة الملائمة ويقوم بفحص أركان القرار الإداري[2]، لاسيما في الحالات التي تسمح بإلغائه، وعلى العموم فإن الرأي المستقر فقها وقضاء، هو أن رقابة القضاء الإداري على سلطة الإدارة في توقيع الجزاء، فإن سلطات القاضي الإداري تكون واسعة.

وللتوضيح أكثر سنتعرض في هذا المطلب لفرعين كما يلي :

الفرع الأول: رقابة المشروعية.

الفرع الثاني: رقابة الملائمة.

الفرع الأول: رقابة المشروعية

إذ كان مبدأ المشروعية يلزم الإدارة، الخضوع للقواعد القانونية الملزمة والعمل في نطاقها حماية لحقوق الأفراد وحرياتهم من تعسف الإدارة، إلا أن ذلك لا يعني تقييد نشاط الإدارة، بقيود صارمة يؤدي ذلك إلى عرقلة أعمالها وسلب روح الابتكار منها، وتتحول بالنتيجة إلى آلة صماء لا حياة

[1] – فوزية سكران، المرجع السابق، ص261.

[2] – رشا محمد جعفر الهاشمي، المرجع السابق، ص135

فيها، تؤدي أعمالها بصورة آلية، في نطاق ما يفرضه عليها القانون، لذلك يتعين إعطاء قدر من الحرية للإدارة بغية مباشرة أعمالها، وما تملي عليها الظروف والأحوال من اعتبارات، حتى تتمكن من السير في أعمالها بوجه سليم[1]، يحقق الصالح العام فالشرعية الموضوعية للجزاءات الإدارية تعني في ضوء الاتجاهات القضائية خضوعها لطائفة من الأصول يعد من أبرزها مبدأ شرعية الجزاء بما يعنيه من ضرورة ألا يتقرر الجزاء إلا بناء على النص[2].

إن رقابة القضاء الإداري على القرار الصادر عن للإدارة بتوقيع الجزاء الإداري، هي رقابة واسعة، وتشمل رقابة مشروعية القرار بمعناها الواسع، أي من مختلف النواحي كالشكل، الاختصاص، السبب، والمحل والغية.

أولا: رقابة العناصر الخارجية لقرار الجزاء:تشمل رقابة المشروعية الخارجية عيب الاختصاص وعيب الشكل.

1) عيب عدم الاختصاص:

الاختصاص في القرار الإداري هو الصلاحية القانونية لفرد أو مجموعة في التنظيم الإداري لأحداث آثار قانونية معينة باسم شخص إداري، عام، وهذا يعني بأن أي عمل إداري أو قرار إداري لا يمكن أن يتخذ من قبل أي جهة إدارية كانت بدون تحديد، ما لم تكن هذه الجهة مخولة قانونا بذلك وإن هذه الصلاحية القانونية تشكل ما يطلق عليه الاختصاص[3].

[1]- رشا محمد جعفر الهاشمي، المرجع السابق، ص136.

[2]- براهيم مباركي، المرجع السابق، ص200.

[3]- رشا محمد جعفر الهاشمي، المرجع السابق، ص138.

كما عرفه "سليمان محمد الطماوي" بأنه "القدرة قانونا على مباشرة عمل إداري معين ، فالقانون هو الذي يحدد لكل موظف نطاق اختصاصه"[1].

ويقصد به أيضا عدم القدرة على مباشرة عمل إداري معين، جعله المشرع من اختصاص سلطة هيئة أو فرد آخر" وهو عيب من النظام العام لا يجوز الخروج عليه أو الاتفاق على مخالفته، وفي نطاق العقود الإدارية القرار الجزائي الصادر عن الإدارة بحق المتعاقد معها يكونا مشوبا بعيب الاختصاص، إذ ثبت لدى القاضي الإداري صدور القرار من قبل سلطة غير متخصصة، أي من غير السلطة التي أنيط بها حق إبرام العقد، كذلك الحال في حالة صدوره عن سلطة غير مفوضة من قبل السلطة المتخصة طبقا للقانون، على سبيل المثال ما نص عليه قانون المناقصات والمزايدات المصري[2] .

ويرجع الاختصاص في اتخاذ القرارات الإدارية إلى أساسين قانونيين الأول هو كمبدأ الفصل بين السلطات نقصد به أن عدم تدخل أي سلطة من السلطات الثلاثة بالدولة في اختصاصات سلطة أخرى والأساس الثاني هو فكرة التخصص ونقصد به تقسيم العمل داخل السلطة الواحدة[3].

فعدم الاختصاص بفرض الجزاء هو صدور القرار الذي يفرض الجزاء من شخص أو سلطة غير مختصة بإصداره، أي صدوره من غير الجهة التي حددها القانون لإبرام العقد الإداري لأن الأصل أن الجهة المبرمة للعقد هي التي تفرض الجزاء على المتعاقد معها، أو الجهة التي حددها العقد أو دفتر الشروط لفرض الجزاء[4].و إننا نجد أن المشرع الجزائري من خلال نص المادة 4 من قانون الصفقات العمومية الجزائري و تفويضات المرفق العام، و التي تنص على :"لا تصح الصفقات ولا تكون نهائية

[1]- بوعمران عادل، المرجع السابق، ص315.

2- فوزية سكران، المرجع السابق، ص275.

[3] – محمد باهي أبو يونس، الرقابة القضائية على شرعية الجزاءات الإدارية العامة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر،2000، ص161.

[4] – زينة مقداد، المرجع السابق، ص163.

إلا إذا وافقت عليها السلطة المختصة المذكورة أدناه، حسب الحالة:- مسؤول الهيئة العمومية...." تطرق للإختصاص من الجانب القانوني

فالاختصاص بالجزاء إما أن ينص عليه القانون، كما فعل قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام الجزائري في المادة 2/149 منه التي تنص على: "... 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..."، أو يحدد العقد الجهة المختصة بتوقيع الجزاء، شريطة أن لا يتعارض ذلك مع ما يقرره القانون في هذا الشأن. كما أنه إذا تطلب القانون تصديق جهة معينة على الجزاء بعد إصدار القرار من السلطة المختصة، فإن هذا القرار لا يعتبر مشروعا إلا بعد تصديق هذه الجهة، وعليه فإنه يكون على قاضي العقد التحقق مما إذا كانت السلطة التي فرضت الجزاء هي فعلا المختصة بفرضه[1].

2) عيب الشكل و الإجراءات:

يقصد بعنصر الشكل المظهر الخارجي الذي تسبغه الإدارة على القرار للإفصاح عن إرادتها التي تتبعها في إصداره، والعيب في الشكل يتحقق عند عدم مراعاة الإدارة للإجراءات الشكلية الواجب إتباعها عند ممارستها لسلطاتها بفرض الجزاء على المتعاقد معها[2]. أما الإجراءات فهي مجموعة الخطوات والمراحل التي يتعين على الإدارة احترامها قبل إصدارها قرارها الإداري[3].

[1]- محمد باهي أبو يونس، المرجع السابق، ص163.

[2]- فوزية سكران، المرجع السابق، ص261.

[3]- محمد باهي أبو يونس، المرجع السابق، ص131.

ويجب أن نفرق بين الأشكال والإجراءات الجوهرية والأشكال والإجراءات الثانوية.فالأولى هي التي تشكل ضمانة لحقوق الأفراد أو تلك التي يكون من شأن استيفائها تغيير ماهية القرار المخاصم أو التي اشترط القانون صراحة استيفائها، أما الثانية فهي التي لا تؤثر على محتوى القرار أو تمس بحقوق الأفراد وضماناتهم ومنها الشكليات المقررة لصالح الإدارة (انعدام مصلحة المدعي)، أو تلك التي يمكن تداركها وإصلاحها بسهولة، كنسيان الإدارة مصدرة القرار المخاصم تثبيت مرجعه ورقمه. ومن أمثلة الأشكال الجوهرية نجد: الإمضاء، تصديق السلطة الأعلى درجة من السلطة المصدرة للقرار مطلوبا، التاريخ، التسبيب إن كان مطلوبا، أما الإجراءات الجوهرية فمنها مثلا: التبليغ والإشهار، الاستشارة الإجبارية، احترام حق الدفاع، مبدأ توازي الأشكال[1]

فإن صدور القرار من جهة إدارية غير مختصة غير كاف لصحة القرار إنما لابد أن يصدر بإتباع إجراءات وأعمال تحضيرية وأشكال تختلف من قرار لآخر، فالشارع يستهدف من النص على قواعد الشكل والإجراءات تحقيق مصلحة الإدارة والأفراد في وقت واحد فمصلحة الإدارة تتحقق من خلال حمايتها من التسرع واتخاذ قرارات غير مدروسة ووزن الأمر تحقيقا للمصلحة العامة لذلك فهي ليست مجرد روتين أو عقبات أو قواعد اجرائية لا قيمة لها، أما مصلحة الأفراد فإنها تتمثل بالضمانات التي توفرها قواعد الشكل والاجراءات في مواجهة السلطة الإدارية وقراراتها[2].

فمثلا مصادرة التأمين النهائي لا تستخدم لمجرد التأخير في تنفيذ الأعمال، لأنه له مهمة حددها القانون كضمان لإجراء العمل على الوجه الأكمل، لذلك فإن مصادرة التأمين في غير ما حدد قانونا يشكل إنحرافا بالإجراءات، من ثم يكون حقيقيا بالإلغاء، وهذا ما أكدته محكمة القضاء الإداري في مصر في حكمها المؤرخ في 1957/07/01 بأنه:" من المقرر فقها و قضاء أن الأصل في الشكليات و الإجراءات أنها مقررة لمصلحة عامة قدرها المشرع"[3].

[1]– زينة مقداد، المرجع السابق، ص161.

[2] – رشا محمد جعفر الهاشمي، المرجع السابق، ص147.

[3]- المرجع نفسه، ص148.

فالإدارة حرة في اختيار الشكل الذي تفرغه بها إرادتها لان القاعدة العامة بأن المشرع إذا لم يحدد شكلا معينا للقرار فإنه في هذه الحالة يمكن أن يظهر بأي شكل فقد يكون مكتوبا أو شفويا أو بالإشارة عن طريق تلكس و الذي عده القضاء الإداري الفرنسي شكلا من الأشكال التي يمكن أن تعبر الإدارة به عن قرارها .

وعلى العموم فإن عدم احترام الإدارة للإجراءات الشكلية يكون له دائما أثر مهم جدا وهو إعفاء المتعاقد من النتائج الباهظة المترتبة على الجزاء مهما كانت جسامة المخالفات المنسوبة لهذا المتعاقد [1].

ثانيا: رقابة العناصر الداخلية لقرار الجزاء

تشمل رقابة المشروعية الداخلية عيب المحل وعيب السبب، وعيب الغاية.

1) عيب المحل:

يقصد بمحل القرار الإداري ذلك الأثر القانوني الناتج عنه سواء تمثل هذا الأثر في انشاء مركز قانوني قائم أو إلغاء هذا المركز القانوني، فعيب المحل هو العيب الذي يشوب محل القرار سواء كانت المخالفة مباشرة أم لخطأ في تفسيره، أم خطأ في تطبيق القاعدة على الوقائع[2]، وهو الذي أطلق عليه مجلس الدولة الفرنسي عيب مخالفة القوانين واللوائح[3].

ويتحقق هذا العيب عندما يكون الإجراء مخالفا لنص القانون أو الشروط العقدية فإذا لم يأت المتعاقد الخطأ المنصوص عليه في العقد فلا يجوز للإدارة توقيع الجزاء عليه أو أن يكون القرار الصادر مخالفا للقواعد القانونية العامة ويعتبر من أقدم العيوب في مصر بينما من أحدث العيوب في فرنسا[4].

[1]- زينة مقداد، المرجع السابق، ص161.

[2] - رشا محمد جعفر الهاشمي، المرجع السابق، ص171.

[3]- نجوم غانم هديب الحجري، المرجع السابق، ص109.

[4]- رشا محمد جعفر الهاشمي، المرجع السابق ،ص172.

ويجب أن يكون الجزاء تطبيقا صحيحا للنصوص القانونية، فإذا لم توجد الواقعة التي تثيرها الإدارة لتبرير الجزاء، أو كانت هذه الواقعة لا تقابل أي التزام مفروض على المتعاقد، فإن قرار الجزاء يكون غير مشروع[1].

وتطبيقا لذلك قضى مجلس الدولة الفرنسي بأن قرار الغرامة الذي اتخذته الإدارة دون اعتداء بحجية الشئ المقضي فيه غير مشروع، ومن ناحية أخرى يعد القرار الصادر بلجزاء العقدي معيبا بسبب مخالفة القانون أو العقد نفسه، ولذا أفتت الجمعية العمومية بمجلس الدولة المصري بأنه الأصل في العقد أيا كانت طبيعته سواء أكان إداريا أم كان من عقود القانون الخاص، أن يحوي كل

أثاره، وأن يتضمن جميع ما اتجهت إليه إرادة الطرفين، ولا سيما الأحكام الماثلة أمام جهة الإدارة في لوائح تقيدها، وكون الإدارة طرفا في العقد لا يغير من إعتباره عملا ذاتيا فرديا على ان تتولد عنه مراكز شخصية لا يمكن أن تحدد مسبقا بالنسبة لكل شخص[2].

يجب أن يكون قرار الجزاء تطبيقا صحيحا للنصوص القانونية أو العقدية، وبطبيعة الحال إذا لم يوجد الفعل الذي تثيره الإدارة لتعليل جزائها، أو لا يشكل بذاته خطأ، أو لا يقابل أي التزام مفروض على المتعاقد، أو لم يلتزم هذا القرار القواعد القانونية العامة، فنه يكون مخالفا للقانون. وتطبيقا لذلك فقد قضى مجلس الدولة الفرنسي بأن قرار الغرامة الذي اتخذته الإدارة دون اعتداد بحجية الشيء المقضي فيه، يعتبر غير مشروع.[3]

وبناء على ما تقدم، فإن قرار الجزاء التعاقدي يصبح غير مشروع متى انعدمت الواقعة التي تشكل وجودها إخلالا من المتعاقد بالتزامه التعاقدي، أو كانت الواقعة المستندة إليها ذلك الجزاء تخرج عن نطاق الخطأ العقدي أو القانوني.

[1]- فوزية سكران، المرجع السابق، ص264.

[2]- المرجع نفسه، ص265.

[3] - محمد باهي أبو يونس، المرجع السابق، ص122.

2) عيب السبب:

السبب في القرار هو الحالة القانونية أو الواقعية التي تتيح تدخل الإدارة والمسلم به فقها اقتراض صحة القرار الإداري غير المسبب وأنه إلى يستند إلى سبب صحيح ما لم يلزم القانون ذكر الأسباب[1].

وعرفه الفقيه"bonnard"على انه:"تلك الحالة الواقعية أو القانونية التي تسبق العمل الإداري و تبرر إحتمال إتخاذه"[2].

كما عرفه الفقيه"vedel"على أنه:"هو مجموعة العناصر الموضوعية المتعلقة بالواقع أو بالقانون و التي تكون أساس القرار و المستقلة تماما عن التفكير النفساني لمصدره"[3].

أما الدكتور "سليمان الطماوي" فعرفه على أنه:"الحالة القانونية أو الواقعية التي تتم بعيدا عن رجل الإدارة فتوحي إليه باتخاذ قراره"[4].

إذ كان سبب القرار هو حالة أو واقعة، مادية كانت أم قانونية تبرر القرار وتؤدي به إلى تحقيق غرضه فإن طبيعة السبب هي موضوعية أي أنها تقدر بمعيار موضوعي بحت لأن القانون عندما يحدد أسباب القرار فإن هذه الأسباب تلحق بالقانون ولذلك فإنها تقدر في ضوء القانون مباشرة بحيث إذ لم تكن للقرار أسبابه كان القرار باطل والعكس صحيح[5].

---

[1]– رشا محمد جعفر الهاشمي، المرجع السابق، ص163.

[2]- براهيم مباركي، المرجع السابق، ص407.

[3]- المرجع نفسه، ص408.

[4]- سليمان محمد الطماوي، المرجع السابق، ص359.

[5]– رشا محمد جعفر الهاشمي، المرجع السابق، ص163..

وقد صدرت من محكمة الإدارية العليا المصرية العديد من القرارات بهذا الخصوص ومنها حكمها المؤرخ في 5 نوفمبر1955 حيث تقول فيه" ...لا تتدخل الإدارة لتوقيع الجزاء إلا إذا قامت حالة واقعية أو قانونية تسوغ تدخلها، وللقضاء الإداري أن يراقب صحة قيام هذه الوقائع..."،

فمثلا غرامة التأخير لا تستحق بمجرد حصول التأخير لأن هنالك حالات للتأخير لا ترجع دائما إلى الخطأ من جانب المتعاقد،وهذا ما أكدته المحكمة الإدارية العليا في حكمها الصادر في 1957/03/17 الذي تذهب فيه"...ومن ثم فإن المطالبة بمبلغ هذه الغرامة دون قيام ما يثبت توقيعها وبعد نفاذ العقد من جانب طرفيه، وبعد انقضاء سنوات من تاريخ ذلك النفاذ و إنتهاء الرابطة بين الطرفين تكون عن غير أساس من القانون الأمر الذي يتعين معه رفض الدعوى"[1].

أي أن الجزاء التعاقدي يصبح غير مشروع متى انعدمت الواقعة التي يشكل وجودها إخلالا من المتعاقد بالتزامه التعاقدي، أو كانت الواقعة المستند إليها ذلك الجزاء تخرج عن نطاق الخطأ العقدي أو القانوني[2].

3)عيب الغاية:

غاية القرار هي النتيجة الأخيرة التي تسعى الإدارة إلى تحقيقها أو تنفيذ الإدارة دائما بأن تحقيق المصلحة العامة[3].

عيب الانحراف بالسلطة أو ما يسمى عيب إساءة استعمال السلطة وهو يتصل بعنصر الغاية، في القرار الإداري، ويقصد به الهدف الذي سعى إليه مصدر القرار الإداري ويأمل في تحقيقه، ويعد عنصر الغاية عنصرا نفسيا، فعندما تنحرف الإدارة عن الغاية أو الهدف المحدد لها فذلك يعد انحراف

[1]- رشا محمد جعفر الهاشمي، المرجع السابق، ص169.
[2]- فوزية سكران، المرجع السابق، ص266.
[3]- نجوم غانم هديب الحجري، المرجع السابق، ص115.

للسلطة ومن المعلوم أن هذا العيب يتحقق في حالتين: تحقيق مصلحة بعيدة عن المصلحة العامة أو مخالفة قاعدة تخصيص الأهداف التي حددت الإدارة تحقيقها[1].

وعليه فحتى يكون الجزاء تعاقدي مشروعا فإنه يتعين أن يكون الهدف من اصداره تحقيق المصلحة العامة وذلك بأن تفرض توقيعه مصلحة المنفق الذي لأجله ابرم العقد الإداري، بما ينطوي عليه من ردع عقابي للمتعاقد إما لإعادته لجادة الصواب أو اقصاءه تماما عن تنفيذ العقد لعدم مقدرته على تنفيذه وفقا لما يحقق المصلحة العامة.

و الأصل أن تكون المصلحة العامة هي الغاية التي يستهدفها قرار الجزاء و إلا كان معيبا في غايته، ذلك أن السلطات التي تتمتع يها الإدارة ليست إلا وسائل لتحقيق غاية عامة هي المصلحة العامة، فالقرار الذي يحقق مصلحة شخصية لمصدره يعتبر معيبا في غايته.

فمتى ثبت للقاضي أن الإدارة لم تقصد من قرارها بالجزاء تحقيق المصلحة العامة، كأن تقصد مثلا الضغط على المتعاقد من أجل تقديم تنازلات تعاقدية أو الكيد له لعدم رضوخه لرغباتها التي يخرج تنفيذها عن إطار التعاقد، فإنه يقضي بعدم مشروعية قرار الجزاء وتعويض المتعاقد[2].

الفرع الثاني: رقابة الملائمة

يتسع نطاق الرقابة القضائية على سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات التعاقدية ليشمل إلى جانب الرقابة على مشروعية قرار الجزاء الرقابة على مدى ملائمته، إذ يبسط القضاء ورقابته للتأكد من مدى التناسب بين الجزاء الموقع على المتعاقد مع جسامة الخطأ المنسوب إليه[3].

بحيث يكون يوسع القاضي رد الجزاء المبالغ فيه، إلى درجة التي تتحقق معها الموازنة بينه وبين الخطأ محل توقيعه[1].

[1]– فوزية سكران، المرجع السابق، ص263.

[2]– زينة مقداد، المرجع السابق، ص167.

[3] - عبد الوافي عبد الجبار،"رقابة القضاء الاداري على قرار الادارة توقيع الجزاء في عقود الصفقات العمومية"، مجلة القانون و العلوم السياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، أدرار، العدد7، 2018، ص260

لا تقتصر رقابة القاضي الإداري على رقابة مشروعية الجزاء بل تشمل كذلك ملائمة الجزاء مع الخطأ المنسوب للمتعاقد، حيث أن الرقابة لا تقتصر على التأكد من الوجود المادي لأسباب الجزاء و تكييفها القانوني، و إنما تشمل أيضا مدى ملائمة الجزاء مع خطورة الأفعال الصادرة عن المتعاقد و التي اعتبرتها الإدارة إخلالا بالتزاماته، فإذا قرر القاضي الإداري أن الأعمال الصادرة عن المتعاقد لا تشكل خطورة كافية تبرر الجزاء الصادر عن الإدارة، فيمكن لو أن يقرر عدم صحة الجزاء المتخذ من طرف الإدارة و الذي يعتبر مبالغا فيه[2]

وفي هذا الإطار يجدر القول بأن الرأي الغالب في الفقه يعرف التناسب بأنه تقدير أهمية السبب – وهو المخالفة المرتكبة – ومدى توافق هذا السبب مع محل القرار – وهو الجزاء الموقع – وهو يعتبر أحد ملائمات القرار الإداري بل اعتبره البعض أهم عناصر الملائمة في القرار الإداري، إذ يعد هذا المبدأ مبدأً قانونيا عاما على جهة الإدارة أن تلتزم به في تصرفاتها ولو لم ينص عليه القانون، حيث أن هذا المبدأ منصوص عليه في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، إذ تنص المادة2/11 منه على أنه: "... كما لا توقع عليه أية عقوبة أشّ د من تلك التي كانت سارية في الوقت الذي ارتكب فيه الفعل الإجرامي"، وإعمال هذا المبدأ لا يقتصر على نطاق العقوبات الجنائية بل يمتد أيضا إلى نطاق الجزاءات الإدارية[3].

والحقيقة أن القرار الإداري يوصف بأنه ملائم إذا ما صدر في توقيت ملائم وظروف ملائمة وبكيفية مناسبة، وكذلك يوصف بأنه ملائم إذا تناسب الإجراء المتخذ مع سبب القرار، فالملائمة تتكون من ثلاثة عناصر هي: تقدير وجوب التدخل أو الامتناع، اختيار وقت التدخل، وتقدير الإجراء الذي يتناسب مع خطورة وأهمية السبب، وللملائمة علاقة بالسلطة التقديرية، فإذا منح المشرع الإدارة السلطة التقديرية فهو يمنحها حرية ملائمة تصرفاتها، أي أن في إطار السلطة التقديرية

[1]– فوزية سكران، المرجع، ص266.

[2]- عبد الوافي عبد الجبار، المرجع السابق، ص260.

[3]– فوزية سكران، المرجع السابق، ص267.

تمارس الملائمة، حيث تراعي الإدارة في مجال سلطتها التقديرية بعض الأمور التي تجعل تصرفها ملائما ومن ثم فإذا كان تقدير الجزاء من الأمور المتروكة للإدارة بوصفها الأقرب للوقائع اليومية والأكفأ على تقدير بعض الأمور التي تختلف من حالة إلى أخرى، فإن للقضاء أن يتدخل ويفرض رقابته إذا جاء تقدير الإدارة هذا مفرطا وبعيدا على كل حد معقول سواء كان بالتشديد أم بالتخفيف على حد سواء[1].

وبالنسبة لرقابة القضاء على الملائمة بالنسبة للجزاءات التعاقدية، فإن القاضي يبحث في التناسب بين الجزاء وحجم الخطأ المنسوب إلى المتعاقد، فلا تلجأ جهة الإدارة إلى الغلو في تقدير الجزاء ولا التهاون فيه، أي لا يكون الجزاء قاسيا يمثل اعتداءً على حقوق المتعاقد ولا يكون في الوقت نفسه هّينا مما يؤدي إلى هدر مصالح أساسية، وعليه يكون للقاضي أن يقرر عدم صحة الجزاء المبالغ فيه إذا كانت الوقائع المنسوبة للمتعاقد لا تمثل طابعا من الخطورة كافيا لتبريره، فهنا يمكن أن يحكم بمسؤولية الإدارة التعاقدية عن ذلك بتعويض المتعاقد عما أصابه من ضرر جراء عدم الملائمة لقرار الجزاء مع ما ارتكبه من مخالفات، إذ يشمل التعويض الأضرار المادية والأدبية بشرط أن تكون ثابتة ثبوتا يقينيا منعا للإثراء بلا سبب على حساب الإدارة[2].

المطلب الثاني: آثار الرقابة القضائية على الجزاءات المالية في العقود الإدارية

تتنوع الأحكام التي تصدرها المحاكم القضائية بشأن الدعوى المرفوعة أمامها، فالمحكمة بعد أن تقرر قبول الطعن إذ توفرت فيه شروط القبول تنتقل إلى البحث في موضوع الطعن ويتمثل بحثها في هذا المجال في صحة قرار الجزاء المطعون فيه من عدمه وذلك في ضوء سبب أو أكثر من أسباب الطعن أو أسباب عدم الشرعية التي استند إليها الطاعن وفي ضوء طلباته ودفوع الجهة الإدارية مصدرة القرار وطلباتها، ومن ثم تصدر حكمها في القرار المطعون فيه[3].

[1]- زينة مقداد ، المرجع السابق، ص169.

[2]- محمد باهي أبو يونس، المرجع السابق، ص112.

[3]- سحر يعقوب، المرجع السابق، ص477.

وللتوضيح أكثر قسمنا هذا المطلب إلى فرعين كما يلي:أنواع الأحكام التي يصدرها القاضي بالنسبة للجزاءات الإدارية في العقد الإداري كفرع أول، نوع الحكم الذي يصدره القاضي الإداري بالنسبة للجزاءات المالية كفرع ثاني.

الفرع الأول: أنواع الأحكام التي يصدرها القاضي بالنسبة للجزاءات الإدارية في العقد الإداري

تتنوع الأحكام التي تصدرها المحاكم القضائية بشأن الدعوى المرفوعة أمامها، فالمحكمة بعد أن تقرر قبول الطعن إذ توفرت فيه شروط القبول تنتقل إلى البحث في موضوع الطعن و يتمثل بحثها في هذا المجال في صحة قرار الجزاء المطعون فيه من عدمه وذلك في ضوء سبب أو أكثر من أسباب الطعن أو أسباب عدم الشرعية التي أستند إليها الطاعن وفي ضوء طلباته ودفوع الجهة الإدارية مصدرة القرار طلباتها، ومن ثم تصدر حكمها في القرار المطعون فيه.

وسوف نتناول تباعا هذه الأحكام وفقا لما يأتي:حكم الإلغاء(أولا)،حكم التعويض(ثانيا)، حكم التعديل(ثالثا).

أولا :**حكم الإلغاء**

حين يشوب الجزاء الإداري عيب في أحد أركانه أو شروط صحته شأنه في ذلك شأن القرارات الإدارية على نحو ما تحكم به القواعد العامة. فإنه يكون باطلاً أيا كانت درجة البطلان ولا يملك قاضي الطعن عند ذلك إلا استجابة الطاعن إلى طلبه بالحكم بإلغائه.

ونجد بأن هذا الحكم يحوز بقوة الشيء المقتضى به (وهي حجية يكون أثرها امتناع الإدارة عن تنفيذ الجزاء الملغى إلا لأسباب غير تلك التي قضى بإلغائه لأجلها)[1].

وهذا ما تؤكده المحكمة الإدارية العليا المصرية في حكمها رقم 597 والصادرة في 12 يوليو 1958 حيث تذهب فيه"...لا محل للعودة لبحث مشروعية القرار ولا لفحص أسبابه ومبرراته

[1]- سحر يعقوب، المرجع السابق، ص475.

والظروف التي أحاطت بإصداره بعد إذ قضى عليه حكم الإلغاء بأنه قرار مخالف تماماً لحكم الدستور والقانون، وقد حاز ذلك الحكم قوة الشيء المقتضى به في ظل قانون مجلس الدولة رقم 9 لسنة 1949 وتحصنت جميع الآثار المترتبة عليه"، وبالنسبة لسريان هذا الحكم فإنه يسرى ليس من المستقبل وإنما من وقت اتخذ الجزاء[1].

وهنالك العديد من الأحكام الصادرة من القضاء الإداري بهذا الخصوص ومنها محكمة القضاء الإداري في مصر و الصادر في 1971/04/04 الذي تذهب فيه "...يتعين لوصم المتعاقد مع الإدارة بالغش و التلاعب في تنفيذ التزاماته و توقيع الجزاءات المقررة لذلك في العقد...الأمر الذي لم يقم عليه دليل في الدعوى الحالية، لذلك يكون القرار الصادر من محافظة الشرقية بمصادرة التأمين النهائي و بشطب اسمه من بين المتعهدين الذي يتعاملون مع المديرية وعدم السماح له بالدخول في مناقصات أو ممارسات أو مزايدات قرار غير قائم على سند صحيح من القانون، ويتعين إلغاؤه مع ما يترتب على ذلك من أثار[2].

من خلال ما سبق يتضح لنا امتلاك القاضي سلطة إلغاء القرارات غير المشروعة و الصادرة من الإدارة بمناسبة تنفيذ العقد، اللهم إلا فيما يتعلق ببعض الجزاءات التي قد تصدرها الإدارة على خلاف القانون ضد ملتزم الأشغال العامة وفقا لمسلك مجلس الدولة الفرنسي الذي يفرق بين الرقابة على الجزاءات في عقد الالتزام من ناحية وفي باقي العقود الإدارية من ناحية أخرى[3].

ونجد بأن الدكتور"سليمان الطماوي"ينتقد هذه التفرقة التي قررها مجلس الدولة الفرنسي عن الحكم بإلغاء قرارات الفسخ و إجراءات الضغط غير المشروعة في عقد الأشغال العامة في الوقت الذي يقرر حقه في إلغاء الإجراءات المماثلة في عقد الالتزام و الحجة التي يستند عليها هو أن قضاء

[1]- زينة مقداد، المرجع السابق، ص171.

[2]- رشا محمد جعفر الهاشمي، المرجع السابق، ص251.

[3]- سحر يعقوب، المرجع السابق، ص479.

مجلس الدولة السابق ما هو إلا مرحلة من مراحل تطوره ويطرد قائلا بأنه يفضل التسوية بين جميع العقود الإدارية في هذا الصدد، وهذا ما أكده حيث يذهب بالقول بان المبدأ الذي سار عليه مجلس الدولة الفرنسي لا يتسم بالعدالة لأن هنالك عقود إدارية لا تقل أهمية عن عقود الالتزام مثل بعض عقود الأشغال العامة التي تتعلق بمشروعات ضخمة كإنشاء سد عظيم كالسد العالي أو إقامة كوبري ضخم أو استصلاح مساحات كبيرة من الأراضي[1] .

ثانيا:حكم التعويض

إنَّ قيام الإدارة في تنفيذ الجزاء قد يحدث ضرر للمتعاقد تتفاوت جسامته تبعاً لأثره، وقدر ما يناله من الحق أو الحرية التي يرد عليها، وحين يحكم بعدم مشروعيته فلا شك أن هذا معناه أن الضرر الذي رتبه جاء على غير مقتضى القانون الأمر الذي يثير لا محالة مسؤولية الإدارة، هنا لابد أن يقع التلازم بين عدم المشروعية والمسؤولية لأن عدم المشروعية يمثل ركن الخطأ الموجب لقيامها[2].

والتعويض يجب أن يكون مقابل جميع ما أصاب الشخص من أضرار (أي ما لحقه من خسارة وما فاته من كسب) وتقدير التعويض حسب مقدار الضرر لا مع جسامة الخطأ ويرجع السبب في ذلك أن التعويض في نطاق المسؤولية التقصيرية يقدر على أساس الخطأ ثم الضرر والعلاقة النسبية أما في نطاق المسؤولية العقدية فإنه يقدر على أساس الضرر والقاضي يتولى تحديد مقدار التعويض ويكون في هذه الحالة مقيداً بألا يتجاوز ما طلبه المضرور استناداً إلى المبدأ القاتل (بأن القاضي لا يجوز أن يحكم إلا في حدود طلبات المدعى بحيث لا يكون التعويض إلا مقابل الضرر الفعلي وفي حالة وجود نظام قانوني خاص يختص بتقدير التعويض يتقيد القاضي في هذه الحالة بأن (الخاص يقيد العام)

[1]- رشا محمد جعفر الهاشمي، المرجع السابق، ص252.

[2]- المرجع نفسه، ص252.

ويتقيد القاضي أخيراً بالظروف والملابسات التي تحيط صاحب الفعل الضار كما في حالة إلغاء القرار الإداري لسبب بسيط في الشكل أو لمجرد عيب في الشكل[1].

وإذ كان القاضي يملك سلطة تقدير التعويض فهو يحدد مقداره وشكله ولكن التساؤل الذي يثار بهذا الخصوص هو هل أن تقدير التعويض وقت الضرر أم على أساس الحكم في الدعوى وخاصة أن النقود في حالة تذبذب ارتفاع و انخفاض في ظل الظروف الاقتصادية الحالية.

و للإجابة على هذا السؤال يكون من خلال الذهاب بالقول بأن الحكم بالتعويض ليس منشئ و إنما كاشف يقرر حالة موجودة لأن التعويض الكامل يتطلب من القاضي أن يقدر الضرر وقت إصلاحه لا وقت وقوعه، ففي حالة إنهاء الإدارة لعقد الأشغال العامة دون صدور خطأ من المقاول إصلاحه لا وقت وقوعه، ففي حالة إنهاء الإدارة لعقد الأشغال العامة دون صدور خطأ من المقاول فإن الإدارة في هذه الحالة تلتزم بتعويض المقاول وخاصة إذ كان قبل حلول الأجل المتفق عليه في العقد، وهذه التعويضات تكون على نوعين يتمثل بالتعويضات عن الأعمال المنجزة لغاية صدور قرار الإنهاء أما النوع الثاني فإنه يشمل تعويض المقاول عن الكسب الذي فاته لو أنجز الأشغال المتفق على إنجازها[2].

وتأسيسا على ما تقدم نجد بان الإدارة وبكل ما تمثل من مصالح عمومية ونتيجة احتكاكها المباشر بالأفراد أن يولد فعلها أو تصرفها ضررا بالأفراد يوجب مسائلتها عن تعويض ما أصابها من ضرر من جراء مباشرتها لسلطتها و أن حماية الأفراد من تعسف الإدارة و تحكمها و كفالة البناء القانوني للدولة، مطلب لجميع رجال القانون و الهدف الذي يسعون إلى تحقيقه[3].

[1]– رشا محمد جعفر الهاشمي، المرجع السابق، ص254.

[2]- أمال يعيش تمام ،التطورات القضائية في الرقابة على الملائمة بين قضاء الإلغاء و قضاء التعويض، مجلة الاجتهاد القضائي، كلية الحقوق و العلوم السياسية، الجزائر، العدد3، 2017، ص255.

[3]– سحر يعقوب، المرجع السابق، ص479.

ثالثا: حكم التعديل

حيث يجيز المشرع الطعن بطريق دعوى القضاء الكامل في الجزاء الإداري، فإن القاضي في هذه الحالة يمد رقابته لأبعد مما تصل إليه رقابة الإلغاء، حيث أنَّ المجال يكون متسع أمامه لا للقضاء بالتعويض فحسب يقرر أن دعوى القضاء الكامل تعد إحدى الضمانات في نطاق الجزاءات الإدارية فالقاضي في هذه الدعوى لا يراقب تقدير الجزاء من حيث علاقته بالوقائع، فيلغيه إذ تثبت من عدم تناسبه مع خطورتها، وإنما يعد له ليصل به إلى الحد المقتضى قانوناً فيخفض منه أو يقلل من مدته أو يخفف من شدته كما يراه مناسباً ولكن مع التقيد بمبدأ هام هو (أن الطاعن لا يضار بطعنه) ومقتضى أعمال هذا المبدأ في نطاق الجزاءات الإدارية أنه لا يجوز لقاض الطعن تشديد الجزاء المطعون فيه بأي صورة من الصور سواء بأن يضيف إليه جزاء آخر أو يزيد مدته عما قررته الإدارة، أو يرفع قيمته إن كان جزاء مالياً، أو يفرض إلتزامات أخرى غير التي تطلبها الإدارة حتى ولو كان القانون يتطلب ذلك[1].

رابعا:الفسخ القضائي:

يعرف غالبية الفقه"عدنان إبراهيم سرحان"،"وعبد الفتاح عبد الباقي" الفسخ القضائي بأنه جزاء يوقعه القاضي على تحدي أحد المتعاقدين أو تقصيره المتمثل في عدم تنفيذ لإلتزاماته أو خلال هذا التنفيذ أو التأخير فيه[2].

والفسخ في الشريعة العامة حق للمتعاقد إذا أخل الطرف الثاني في التعاقد بالتزاماته في أن يلجأ للقضاء طالبا حل الرابطة التعاقدية كي يتحلل من التزاماته المقابلة[3].

يعد فسخ العقد أشد الجزاءات وأخطرها التي يمكن أن توقعه على المتعاقد معها المقصر في تنفيذ التزاماته العقدية، حيث يترتب على ذلك استبعاد المتعاقد معها نهائيا عن تنفيذ العمل موضوع العقد[1]

[1]- رشا محمد جعفر الهاشمي، المرجع السابق، ص260.

[2]- أمال يعيش تمام ، المرجع السابق، ص227.

[3]- فوزية سكران، المرجع السابق، ص143.

ففسخ العقد يؤدي إلى إنهاء الرابطة العقدية بوصفه جزاء على إخلال المتعاقد بالتزاماته ولا تلجأ الإدارة إلى هذا الجزاء إلا مضطرة، و إذا وجدت أنه لا فائدة ترجى من تقويم المتعاقد. [2].

الفسخ هو قمة الجزاءات التي تملك الإدارة حق توقيعها على المتعاقد معها جزاء إخلاله بالتزامه التعاقدي بعد أن تكون كل الوسائل لم تفلح في إصلاحه مما يفقد الإدارة الثقة في التعامل معه نتيجة لتولد يقين لديها بأن التعامل مع هذا المتعاقد في ضوء سلوكه في تنفيذ العقد من شأنه الإضرار بالمصلحة العامة، فإذا كانت مقتضيات المصلحة العامة قد تفرض على الإدارة فسخ العقد حتى و إن لم يرتكب المتعاقد خطأ، فإن تحقيق تلك المصلحة ومن باب أولى يمنحها حق في فسخ التعاقد إذا ما أخل المتعاقد بالتزامه التعاقدي.[3]

وكذلك يمكن تعريف الفسخ الجزائي بأنه، جزاء تلجأ إليه الإدارة المتعاقدة عندما ثبت لها صورة قاطعة عجز أو عدم قدرة المتعاقد في تنفيذ التزاماته محل التعاقد بصورة مرضية وتنتهي بمقتضاه الرابطة التعاقدية بين الإدارة و المتعاقد معها[4].

يتم النص غالبا في دفاتر الشروط العامة أو الخاصة على حق الإدارة في توقيع جزاء الفسخ على المتعاقد الذي يقصر في الوفاء بالتزاماته. ولكن إذا لم يوجد نص في العقد ودفاتر الشروط فإن حق الإدارة في فسخ العقد يوجد قائما بذاته باعتباره حقا أصيلا للإدارة مستقلا عن العقد ودفاتر الشروط. فالإدارة تستطيع إصدار قرار الفسخ إعمالا لسلطتها في التنفيذ المباشر ودون حاجة للجوء إلى القضاء للحصول على حكم بفسخ العقد[5].

---

[1]- فوزية سكران، المرجع السابق، ص143.

[2]- سليمان محمد الطماوي، المرجع السابق، ص552

[3]- فوزية سكران، المرجع السابق، ص142.

[4]- المرجع نفسه، ص143.

[5]- زينة مقداد، المرجع السابق، ص338.

ولعل هذه الخاصية هي أبرز ما يميز العقد الإداري عن العقد المدني. فإذا كان العقد المدني يحكمه قاعدة (العقد شريعة المتعاقدين) والتي بموجبها لا يجوز نقض العقد وتعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون، فإنه في العقود الإدارية يجوز للإدارة أن تفسخ العقد بإجراء صادر من جانبها وحدها إذا أخل المتعاقد معها بالتزاماته إخلالا جسيما ودون حاجة للجوء إلى القضاء[1].

وقد يرد النص على حق الإدارة بالفسخ في نصوص بعض القوانين والأنظمة كما هو الحال بالنسبة لقانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام الجزائري السابق ذكره. وكذلك دفتر الشروط الإدارية العامة لسنة 1964في الأحكام المتعلقة بفسخ عقود الأشغال العامة. والمشرع الجزائري لم يعط تعريفا جامعا مانعا للفسخ في قانون الصفقات العمومية، بل اكتف بالإعلان عنه في نص المادة 149منه حيث تنص على: "إذا لم ينفذ المتعاقد التزاماته، توجه له المصلحة المتعاقدة إعذارا ليفي بالتزاماته التعاقدية في أجل محدد"[2].

أي أن الفسخ يتم من جانب الإدارة لوحدها ودون حاجة للجوء إلى القضاء. ولم يكتف المشرع الجزائري بالإعلان عن الفسخ من جانب واحد للإدارة، بل أكد أيضا في المادة 1/152من قانون الصفقات العمومية السابق ذكره على عدم قابلية قرار الإدارة بالفسخ للاعتراض إذا لجأت الإدارة لتطبيق البنود التعاقدية للضمان، والمتابعات الرامية لإصلاح الضرر الذي لحق بها بسبب خطأ المتعاقد معها، بمعنى أنه يمكن الجمع بين جزاء الفسخ وجزاء التعويض، بالإضافة إلى ذلك يتحمل المتعاقد التكاليف الإضافية التي تنجم عن الصفقة الجديدة. وغاية المشرع من ذلك هو الاستمرار في فرض الضغوط المعنوية والقانونية على المتعاقد حتى يتقيد أكثر بالالتزامات التعاقدية، مما يضمن حسن سير المرفق العام بانتظام واضطراد[3].

[1]- زينة مقداد، المرجع السابق، ص339.

[2]- رشا محمد جعفر الهاشمي، المرجع السابق، ص260.

[3]– زينة مقداد، المرجع السابق، ص339.

الفرع الثاني: الأحكام التي يصدرها القاضي الإداري بالنسبة للجزاءات المالية

فبالنسبة للجزاءات المالية نجد أنَّ سلطة القاضي تتمثل بالإعفاء منها متى تبين له أنها وقعت خطأ أو تخفيفها إذا كانت مبالغاً فيها أورد ما حصلت عليه الإدارة إذ حصلت عليه دون وجه حق وهذا ما أكدته محكمة القضاء الإداري بتاريخ 14 أبريل 1971 والذي تهب فيه (إلغاء قرار مصادرة التأمين ورد قيمته للمتعاقد).[1]

وكذلك ما قضت به المحكمة الإدارية العليا في حكمها المؤرخ في 1968/01/06 والذي تذهب فيه (غرامة التأخير التي تطالب بها المحافظة لاحقا لها في المطالبة...ولا محل لإنشاء المحافظة على نص المادتين (28)، (31)، من العقد المحرر معها ولا الاستناد إلى المادة (93) من لائحة المناقصات والمزايدات لأن توقيع الغرامة بالتطبيق لأحكام هذه المواد لا يكون إلا بنسبة للمتعاقد المتراخي في تنفيذ العمل وفي تسليمه في الميعاد المحدد، وأيضا حكمها المرقم (34) والمؤرخ في 1965/01/02 الذي تذهب فيه (...وإذا جاوز التأمين المؤقت التأمين النهائي، وجب رد الزيادة فوراً بغير طلب ويكون التأمين النهائي ضمان لتنفيذ العقد، ويجب رده فور إتمام التنفيذ بغير طلب[2].

أما مجلس الدولة الفرنسي فيجد بأنه يذهب بأنه للقاضي العقد أن يقرر إعفاء المتعاقد من التعويض متى تبين له عدم صحة الأساس الذي بني عليه، كما له تخفيفه إذ كان مبالغاً فيه[3].

[1]- رشا محمد جعفر الهاشمي، المرجع السابق، ص260.

[2]- سحر يعقوب، المرجع السابق، ص481.

[3]- رشا محمد جعفر الهاشمي، المرجع السابق، ص280.

خاتمة

خاتمة

إن موضوع سلطة الإدارة في فرض الجزاءات المالية على المتعاقدين معها له أهمية بالغة في ميدان العقود الإدارية، لكون هذه الجزاءات تعد بمثابة امتياز من امتيازات الإدارة الممنوحة لها، والتي بموجبها تستطيع تنفيذ العقود التي تبرمها مع المتعاقدين معها، وذلك بطريقة تسعى من خلالها إلى المحافظة على استمرارية المرفق العام في تقديم خدماته للأفراد

إذ أن سلطة الإدارة في فرض الجزاءات المالية تعتبر أحد القواعد الجوهرية التي يتشكل منها القانون العام للعقود الإدارية باعتبارها إحدى السمات المميزة للعقد الإداري بالمقارنة بعقود القانون الخاص . وبالتالي أصبحت هذه السلطة تشكل نظرية قانونية مستقلة تستمد أحكامها وأصولها من الأحكام القضائية التي استقر عليها مجلس الدولة الفرنسي ونظيره المصري حتى أصبحت تشكل مبادئ مستقرة وثابتة .

وعلى هذا الأساس، ومن خلال دراسة موضوع الجزاءات المالية في العقود الإدارية تم التوصل إلى عدة نتائج تتمثل في:

- إن الجزاءات المالية التي تفرضها الإدارة على المتعاقد معها، هي من الامتيازات الاستثنائية التي تتمتع بها الإدارة و لا يمكن التنازل عنها، لأن الغرض منها تحقيق المصلحة العامة و الحفاظ على حسن سير المرفق العام و استمراره بانتظام
- إن تطبيق الجزاءات المالية على المتعاقد المقصر في تنفيذ التزاماته، لا يعني إنهاء الرابطة العقدية بل تبقى قائمة منتجة لآثارها، حيث يتم تطبيق هذه الجزاءات لإرغام و جبر المتعاقد على تنفيذ موضوع العقد
- لم يفصح المشرع الجزائري عن نيته بوضوح، فيما يخص كيفية تقدير الإدارة المتعاقدة للتعويض و تحصيله بنفسها كجزاء مالي، كما هو مستقر في التشريعات المقارنة كفرنسا و مصر.
- لا يزال العمل بدفتر الشروط الإدارية العامة لسنة 1964 المطبقة على صفقات الأشغال العامة، بل وحتى دون تعديله إلى غاية يومنا هذا.

خاتمة

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

- إلغاء العمل بدفتر الشروط الإدارية العامة لسنة 1964 المطبقة على صفقات الأشغال العامة، أو على الأقل تعديله بما يتماشى و نصوص التنظيم الحالي المنظم للصفقات العمومية.
- ضرورة إعذار المتعاقد قبل توقيع أي من الجزاءات وخاصة فيما يتعلق بالغرامات التأخيرية، لأن المتعاقد قد يستجيب إلى تنفيذ ما التزم به بمجرد إعذاره بتوقيع الجزاء .
- يجب على المشرع الجزائري النص صراحة وبطريقة واضحة على إلزامية تسبيب قراراتها بفرض الجزاءات المالية على المتعاقد معها، حتى يسهل دور القاضي في رقابة الملائمة على تلك القرارات.

قائمة

المراجع و المصادر

قائمة المصادر و المراجع

أولا: المصادر

1- القرآن الكريم.

2- الدستور.

3- النصوص القانونية

- القانون العضوي رقم 01/98 المؤرخ في 30مايو 1998، المتعلق باختصاصات مجلس الدولة وتنظيمه وعمله، المنشور بالجريدة الرسمية رقم (37) المؤرخة في 01جوان 1998، المعدل والمتمم بالقانون العضوي رقم 13/11 المؤرخ في 26يوليو 2011،المنشور بالجريدة الرسمية رقم (43) المؤرخة في 2011/08/03.
- القانون العضوي رقم 02/98المؤرخ في 30مايو سنة 1998، المتعلق بالمحاكم الإدارية، المنشور بالجريدة الرسمية رقم 37المؤرخة في1998/06/01 .
- القانون العضوي رقم03/98 المؤرخ في 03يونيو 1998،المتعلق باختصاصات محكمة التنازع وتنظيمها وعملها،المنشور بالجريدة الرسمية رقم 39المؤرخة في 07جوان1998.
- القانون رقم 09/08 المؤرخ في 18صفر 1429هـ الموافق ل 25فبراير2008 ،يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المنشور بالجريدة الرسمية رقم (21) المؤرخة في 21 أبريل2008.
- الأمر رقم 58/75 المؤرخ في رمضان 1395هـ الموافق ل 1975/09/26يتضمن القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم.

4 – النصوص التنظيمية

- المرسوم الرئاسي رقم 247/15 المؤرخ في 02 ذي الحجة 1436هـ الموافق ل 2015/09/16. المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، الجريدة الرسمية رقم (50)، المؤرخة في 6 ذو الحجة 1436هـ الموافق ل 2015/09/20)

- دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الشغال المتعلقة بوزارة تجديد البناء والأشغال العمومية والنقل، لسنة 1964، المصادق عليه بموجب القرار الصادر عن وزير تجديد البناء والأشغال العمومية والنقل، المؤرخ في 16رجب 1384هـ الموافق ل 21نوفمبر 1964، المنشور بالجريدة الرسمية رقم (06)،المؤرخة في 17رمضان 1384الموافق ل 1965/01/19.
- قرار وزير المالية المؤرخ في 23 ربيع الثاني عام 1422، الموافق ل 28 مارس2011، يحدد البيانات التي يتضمنها الإعذار وأجل نشره، منشور بالجريدة الرسمية رقم (24)، الصادرة بتاريخ 20أفريل سنة 2011

ثانيا: المراجع

1- المؤلفات

أ- المؤلفات العامة

- محمد حسين منصور، المدخل إلى القانون (القاعدة القانونية)، الطبعة الأولى، بيروت، لبنان، 2010.

ب- المؤلفات المتخصصة

- حمد عمر حمد، سلطة التقديرية للإدارة ومدى رقابة القضاء عليها، الطبعة الأولى، أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض.
- رشا محمد جعفر الهاشمي، الرقابة القضائية على سلطة الإدارة في فرض الجزاءات على المتعاقد معها(دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان.
- زهير ديب الحرازين، الآثار المترتبة على عقد الامتياز(دراسة نظرية مقارنة)، دار الفكر والقانون، المنصورة، مصر، دون سنة نشر.

- سحر جبار يعقوب، الرقابة القضائية على سلطة الإدارة في فرض الجزاءات الإدارية في عقد التوريد(دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، المركز العربي للدراسات والبحوث العلمية القاهرة، مصر،2020.
- سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية (دراسة مقارنة)، الطبعة الخامسة، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر.
- فتوح محمد هنداوي، القاضي الإداري والتوازن المالي في العقود الإدارية(دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، 2016.
- صفاء فتوح جمعة، الطبيعة الاستثنائية للجزاءات في العقود الإدارية والقيود الواردة على الإدارة في توقيعها "تقاضي بلا قاضي"، الطبعة الأولى، مكتبة الوفاء القانونية، بيروت، لبنان، 2010، ص3.
- فوزية سكران، سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات الإدارية على المتعاقدين معها في العقود الإدارية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2018.
- محمد باهي أبو يونس، الرقابة القضائية على شرعية الجزاءات الإدارية العامة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر،2000.

2- الأطروحات والرسائل الجامعية:

أ – أطروحات الدكتوراه

- براهيم مباركي، الرقابة القضائية على أعمال الإدارة في القانون الجزائري دراسة المقاربة، أطروحة دكتوراه في القانون العام، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري،تيزي وزو، الجزائر، 2018/2017.

- زينة مقداد، السلطة الإدارة في فرض الجزاءات على المتعاقد معها بين مبدأ الفاعلية ومبدأ الضمان، أطروحة دكتوراه في القانون العام، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة دكتور جيلالي اليابس، سيدي بلعباس، الجزائر، 2019/2018.

ب- رسائل الماجستير

- جلول بن سديرة، الجزاءات في مجال تنفيذ العقود الإدارية، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، جامعة أبوبكر بلقايد، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تلمسان، 2015/2014.
- كريمة ديداوي، الجزاءات الضاغطة في العقود الإدارية، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون الإداري، قسم الحقوق،كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الدكتور مولاي الطاهر، سعيدة، الجزائر، 2020/2019.

ج- رسائل الماستر

- زكية صيلع، سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات المالية على المتعاقد معها، مذكرة ماستر، قانون دولة ومؤسسات، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة زيان عشور، الجلفة، الجزائر،2014/2013.
- فارس مخلف خلف الدليمي، الجزاءات المالية في العقد الإداري(دراسة مقارنة بين التشريعين العراقي والأردني)، رسالة ماجستير في القانون العام، جامعة الشرق الأوسط، 2016.
- محمد الأمين خلفان، كمال محمد، سلطة الإدارة في تعديل وتوقيع الجزاءات أثناء تنفيذ العقد الإداري، مذكرة ماستر في القانون العام، القسم الحقوق،الكلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة أكلي محند أولحاج، البويرة، الجزائر،2019/2018.

3- الدوريات والمجلات:

- أمال يعيش تمام ،التطورات القضائية في الرقابة على الملائمة بين قضاء الإلغاء وقضاء التعويض، مجلة الاجتهاد القضائي، كلية الحقوق و العلوم السياسية، الجزائر، العدد3،2017.
- أسامة طه حسين،" الجزاء الإداري العقدي"، محله العلوم القانونية والسياسة،كلية القانون والعلوم السياسية، العراق، مجلد8، عدد2، 2019.
- اشرف محمد حمامدة،"الجزاءات في تنفيد العقود الإدارية في النظام السعودي"، مجلة المنار للبحوث والدراسات القانونية والسياسية،كلية الحقوق والعلوم السياسية،الجزائر، العدد 6، 2018، ص8 .
- بوعمران عادل،"نظم الرقابة القضائية على أعمال الإدارة العامة وموضع النظام القضائي الجزائري بينها"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، الجزائر، مجلد56، العدد01، 2013.
- علي سعود الظفيري، "غرامة التأخير في العقود الإدارية في ضوء أحكام القضاء والإفتاء في دولة الكويت(دراسة مقارنة)"، مجلة الحقوق،كلية القانون، الكويت، مجلد15، العدد2.
- عبد القادر دراجي، "سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات الإدارية"، مجلة المفكر، العدد10، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة باتنة، الجزائر، 2014.
- عبد الوافي عبد الجبار،"رقابة القضاء الاداري على قرار الادارة توقيع الجزاء فيً عقود الصفقات العمومية"، مجلة القانون والعلوم السياسية،كلية الحقوق والعلوم السياسية، أدرار، العدد7، 2018.
- فوزية سكران،"جزاء مصادرة التأمين في العقود الإدارية"، مجلة أكاديميا، كلية الحقوق والعلوم السياسية، العدد5، 2016.
- مجدوب عبد الحليم،"التأصيل القانوني لسلطة الإدارة الجزائية في العقود الإدارية"، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية السياسية،كلية الحقوق والعلوم السياسية، الجزائر، مجلد4، العدد2، 2019، ص2127.

الفهرس

الموضوع	الصفحة
مقدمة	**1-4**
الفصل الأول: الأصول العامة للجزاءات المالية في العقد الإداري	**5**
المبحث الأول: ماهية الجزاءات المالية في العقود الإدارية	**6**
المطلب الأول : مفهوم الجزاءات المالية	**7**
الفرع الأول: تعريف الجزاءات المالية في العقود الإدارية	**7**
الفرع الثاني :الخصائص العامة المشتركة للجزاءات المالية في العقد الإداري	**10**
المطلب الثاني:الأساس القانوني للجزاءات المالية في العقود الإدارية وطبيعتها القانونية	**15**
الفرع الأول: الأساس القانوني للجزاءات المالية	**16**
الفرع الثاني: الطبيعة القانونية للجزاءات المالية في العقد الإداري	**19**
المطلب الثالث : شروط فرض الجزاءات المالية في العقد الإداري	**21**
الفرع الأول :الشروط الشكلية (الإعذار)	**21**
الفرع الثاني : الشروط الموضوعية	**24**
المبحث الثاني : أنواع الجزاءات المالية في العقد	**28**
المطلب الأول: غرامة التأخير	**29**
الفرع الأول: مفهوم جزاء غرامة التأخير	**29**
الفرع الثاني : احتساب غرامة التأخير واقتضائها	**33**
الفرع الثالث : الإعفاء من جزاء غرامة التأخير	**36**
المطلب الثاني: جزاء مصادرة التأمين	**38**
الفرع الأول:تعريف جزاء مصادرة التأمين	**38**
الفرع الثاني : خصائص مصادرة التامين	**40**
الفرع الثالث:تمييز جزاء مصادرة التأمين عن غيره من الجزاءات المالية	**41**
المطلب الثالث: جزاء التعويض	**42**

الفرع الأول : تعريف التعويض	**43**
الفرع الثاني : خصائص التعويض	**44**
الفرع الثالث: شروط التعويض	**45**
الفرع الرابع: تقدير التعويض و إقتضاءه	**47**
الفصل الثاني: سلطات القاضي الإداري في الرقابة على الجزاءات المالية في العقد الإداري	**51**
المبحث الأول: مفهوم الرقابة القضائية على الجزاءات المالية	**52**
المطلب الأول: تعريف الرقابة القضائية على الجزاءات المالية في العقود الإدارية وأهميتها	**52**
الفرع الأول: تعريف الرقابة القضائية على الجزاءات مالية في العقد الإداري	**53**
الفرع الثاني: أهمية الرقابة القضائية على الجزاءات المالية في العقد الإداري	**54**
المطلب الثاني: القضاء المختص في الرقابة على الجزاءات المالية في العقد الإداري	**56**
الفرع الأول: طبيعة اختصاص القضاء الإداري بالرقابة على الجزاءات المالية في العقد الإداري.	**56**
الفرع الثاني: القضاء المتخصص في الرقابة على الجزاءات في العقود الإدارية في النظام القانوني الجزائري	**59**
المبحث الثاني: نطاق الرقابة القضائية على الجزاءات المالية في العقد الإداري وآثارها	**62**
المطلب الأول: نطاق الرقابة القضائية على الجزاءات المالية في العقد الإداري	**63**
الفرع الأول: رقابة المشروعية	**63**
الفرع الثاني: رقابة الملائمة	**72**
المطلب الثاني: آثار الرقابة القضائية على الجزاءات المالية في العقود الإدارية	**74**
الفرع الأول: أنواع الأحكام التي يصدرها القاضي بالنسبة للجزاءات الإدارية في العقد الإداري	**75**
الفرع الثاني: الأحكام التي يصدرها القاضي الإداري بالنسبة للجزاءات المالية	**82**
خاتمة	**83**
قائمة المراجع	**85**
الفهرس	**90**

ملخص :

تعتبر سلطة الإدارة الجزائية على الجزاءات المالية من أبرز الامتيازات التي تتمتع بها جهة الإدارة في نطاق تنفيذ العقد الإداري، بغية مواجهة أي انحراف أو تقصير قد يقع فيه المتعاقد وهو بصدد تنفيذه للعقد الإداري، وتنفيذه على أحسن وجه، فهي تستطيع ممارستها حتى مع عدم وجود نص قانوني يجيز لها ذلك، أو الحاجة إلى الحصول على سند تنفيذي من القضاء يسمح لها بتوقيعها، وهذا كله من أجل الحفاظ على سير المرافق العامة التي تديرها بانتظام واطراد وتحقيقا للمصلحة العامة.

غير أن أعمال سلطة الإدارة في توقيع الجزاء المالي في العقود الإدارية نتيجة إخلال المتعاقد بالتزاماته لا تعد سلطة مطلقة تمارسها الإدارة كيفما تشاء بل هي سلطة تقديرية تخضع لرقابة القضاء الإداري و الذي يتحقق بدوره من توفر الشروط اللازمة لقيام تلك السلطة و هذا ما يشكل ضمانة أساسية لمنع تعسف الإدارة حيال المتعاقد معها

الكلمات المفتاحية : الجزاءات المالية، غرامة التأخير، مصادرة التأمين، التعويض، الرقابة القضائية.

Abstract:

The authority of the penal administration over financial penalties is one of the most prominent privileges that the administration enjoys within the scope of the implementation of the administrative contract, in order to confront any deviation or omission that the contractor may fall into while he is in the process of implementing the administrative contract, and its implementation in the best way, as it can exercise it even in the absence of a text Legal permits it to do so, or the need to obtain an executive document from the judiciary allowing it to sign it, and all this is in order to maintain the regular and steady functioning of the public utilities that it manages and to achieve the public interest.

However, the actions of the management authority in imposing a financial penalty in administrative contracts as a result of the contractor's breach of his obligations is not considered an absolute authority exercised by the management however it wants, but rather it is a discretionary authority subject to the control of the administrative judiciary, which in turn verifies the availability of the necessary conditions for the establishment of that authority, and this is a basic guarantee to prevent Abuse of the administration towards the contractor

Keywords: sanctions , Demurrage, Insurance confiscation, compensation, Judicial oversight.