جامعة زيان عاشور الجلفة

كلية الحقوق و العلوم السياسية

قسم الحقوق

سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات المالية على المتعاقدين معها

مذكرة نهاية الدراسة لإستكمال متطلبات شهادة الماستر

تخصص دولة و مؤسسات

من إعداد الطالبة :

زكية صيلع

تحت إشراف الأستاذة :

فاطمة الزهراء فيرم

لجنة المناقشة :

- د أو أ :	كـــمال جـــعلاب	رئيسا
- د أو أ :	فاطمة الزهراء فيرم	مشرفا
- د أو أ :	عـائـشـة خـلـــدون	مناقشا

الموسم الجامعي

2014 / 2013

Create PDF files without this message by purchasing novaPDF printer (http://www.novapdf.com)

جامعة زيان عاشور الجلفة

كلية الحقوق و العلوم السياسية

قسم الحقوق

سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات المالية على المتعاقدين معها

مذكرة نهاية الدراسة لإستكمال متطلبات شهادة الماستر

تخصص دولة و مؤسسات

من إعداد الطالبة :

زكية صيلع

تحت إشراف الأستاذة :

فاطمة الزهراء فيرم

الموسم الجامعي

2014 / 2013

Create PDF files without this message by purchasing novaPDF printer (http://www.novapdf.com)

الشكـر

أتوجه بأسمى عبارات الشكر والامتنان إلى الأستاذة الفاضلة فاطمة الزهـراء فيـرم

والـتي تشرفت بقبولها للإشراف على هذا العمل،إذ لم تبخل علي بتوجيهاتها ونصائحها

في سبيل انجازه،فجـزاها اللـه كل خير وأنعم عليها بوافر الصحة والعافية لتبقى قـائمـة

على ميدان العلم والمعرفة لكل طالب عـلم، كـما لا يفوتني أن أقدم شكري لأعضاء

اللجنة الكرام والذين سأتشرف بمناقشتهم لهذا العمل وإبداء آراءهم وتوجيهاتهم .

Create PDF files without this message by purchasing novaPDF printer (http://www.novapdf.com)

الإهداء

إلى من جرع الكأس فارغاً ليسقيني قطرة حبإلى من كلّت أنامله ليقدم لنا لحظة سعادةإلى من حصد الأشواك عن دربي ليمهد لي طريق العلم إلى القلب الكبير

والدي العزيز.

إلى نبع الحب والحنان وبلسم الشفاء إلى القلب الناصع بالبياض

والدتي الحبيبة .

إلى القلوب الطاهرة الرقيقة إخوتي إلى الذين أحببتهم وأحبوني أصدقائي.

إلى الذين بذلواكل جهدٍ وعطاء لكي أصل إلى هذه اللحظة إليكم جميعاً أهدي هذا العمل.

Create PDF files without this message by purchasing novaPDF printer (http://www.novapdf.com)

مقدمـــــة

Create PDF files without this message by purchasing novaPDF printer (http://www.novapdf.com)

مقدمة :

من المعروف أن الأدوات التي تباشر الإدارة بها نشاطها، وتسعى بها لتحقيق أهدافها تتمثل في القرارات الإدارية التي تصدرها بإرادتها المنفردة الملزمة للأفراد ويليها العقود الإدارية التي تجد الإدارة نفسها مضطرة لتحقيق ما تسعى إليه إلى أن تتحد إرادتها مع إرادة أخرى لينتج عن ذلك عقد بين الإدارة و غيرها.

و المسلم به في الوقت الحاضر أن عقود الإدارة لا تخضع كلها لنظام قانوني واحد ولكنها تنقسم إلى عقود الإدارة التي تخضع للقانون الخاص « contrats de droit privé de l'administration » وعقود الإدارة التي تخضع للقانون العام، وهي التي يطلق عليها مصطلح العقود الإدارية « contrats administratifs ».

و بالتالي فإن العقود الإدارية تختلف اختلافا جوهريا عن عقود القانون الخاص التي تحكمها من الناحية الموضوعية قواعد القانون الخاص، إذ أن العقود الإدارية تتجلى فيها امتيازات السلطة العامة، و التي لا نظير لها في علاقات الأفراد فيما بينهم نظرا لمقتضيات سير المرافق العامة [1].

و لما كان القانون الإداري يغلب عليه الطابع القضائي فإن الأسس التي قامت عليها "نظرية العقد الإداري"– كما هو الشأن بالنسبة إلى سائر نظريات القانون الإداري –فهي من صنع القضاء الإداري الفرنسي ومن ثم فإن أحكامها تتطور باستمرار لتستجيب لحاجات المرافق العامة المتجددة [2].

ويعرف العقد الإداري عموما بأنه : " ذلك العقد الذي يبرمه شخص معنوي عام بقصد تسيير مرفق عام أو تنظيمه، وتظهر فيه نية الإدارة في الأخذ بأحكام القانون العام ذلك أن

---

(1) سليمان محمد الطماوي ،**الأسس العامة للعقود الإدارية (دراسة مقارنة)**، الطبعة الخامسة ، دار الفكر العربي، القاهرة،1990، ص 26 .

(2) أحمد عثمان ، **مظاهر السلطة العامة في العقود الادارية**، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة ، 1973، ص 14.

Create PDF files without this message by purchasing novaPDF printer (http://www.novapdf.com)

يتضمن العقد شروطا استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص،أو أن يخول المتعاقد مع الإدارة الاشتراك مباشرة في تسيير المرفق العام " [1].

ولقد عرف مجلس الدولة الفرنسي في قراره المؤرخ في 1950/10/20 البند غير المألوف على أنه:" البند الذي يخول موضوعه للأطراف المعنية حقوقا أو يضع على عاتقهم التزامات غريبة بطبيعتها عن تلك التي لا يمكن أن تقبل بحرية من أي منهم، وذلك في إطار القوانين المدنية والتجارية ".[2] ومن هذه الشروط الاستثنائية نجد :

سلطة الإدارة في الإشراف والرقابة على تنفيذ العقد الإداري ، وسلطة الإدارة في تعديل شروط العقد ، و سلطتها في فرض الجزاءات على المتعاقدين معها فإذا قصر المتعاقد مع الإدارة في تنفيذ التزاماته التعاقدية فإن الإدارة تملك أن تفرض عليه جزاءات مختلفة من بينها الجزاءات المالية وهو موضوع دراستنا ، وهي لا تستمد سلطتها في فرض هذه الجزاءات من نصوص العقد بل من امتيازات السلطة العامة التي تملكها والمتمثل في سلطتها في توقيع الجزاءات المالية على المتعاقدين معها، والإدارة إذ تقوم بفرض هذه الجزاءات إنما تقوم بذلك بإرادتها المنفردة ودون حاجة للجوء إلى القضاء والقانون لا يقيد الإدارة عند إخلال المتعاقد معها بالتزاماته بالوسائل المتعارف عليها بين المتعاقدين في القانون الخاص بل يمنحها سلطات معينة تتمثل في فرض الجزاءات الرادعة على المتعاقد الذي تقع منه المخالفات لإجباره على التنفيذ طبقا لشروط العقد المتفق عليها وذلك لضمان سير المرفق العام بانتظام. ولا يجوز للإدارة أن تتنازل عن حقها في فرض الجزاءات على المتعاقد معها إذا ما وقع منه إخلال بالعقد المبرم بينهما [3].

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

---

[1] سليمان محمد الطماوي ، المرجع السابق ، ص 59.

[1] أحمد محيو، **محاضرات في المؤسسات الادارية**، الطبعة الخامسة ، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1990 ،ص 365 .

[2] عبد الغني بسيوني عبد الله، **القانون الإداري**، منشأة المعارف ،الإسكندرية، 1991 ، ص 546 ومابعدها.

Create PDF files without this message by purchasing novaPDF printer (http://www.novapdf.com)

مجال العقود الإدارية، وكذا الأساس القانوني الذي تستند إليه في ذلك، و نطاق 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. فمبدأ استمرارية المرفق العام الذي يعتبر من المبادئ الأساسية التي يقوم عليها هذا الأخير والذي يقتضي حتمية استمرار سيره بشكل منتظم طالما أنه يقدم خدمات للمواطنين تعتبر أساسية لإشباع حاجات عامة لا يمكن بأي حال من الأحوال الاستغناء عنها ولا يمكن تحقيق هذا الهدف إلا من خلال ما تتمتع بها الإدارة من حقوق وامتيازات ، والتي هي من الآثار المترتبة على إبرام العقود الإدارية ، وما هذه السلطة في فرض الجزاءات على المتعاقدين معها بصفة عامة والجزاءات المالية بصفة خاصة إلا صورة من صور تحقيق مبدأ استمرارية المرفق العام في تقديم خدماته للأفراد.

وتهدف هذه الدراسة إلى إلقاء الضوء على سلطة الإدارة في فرض هذه الجزاءات المالية على المتعاقدين معها وتحليل هذه السلطة فيما إذا كانت سلطة مطلقة أم مقيدة وإذا كانت لها قيود فهي لمعرفة حدودها، وبالمقابل فيما إذا كانت هناك ضمانات ممنوحة للمتعاقد مع الإدارة لكي لا تتعسف في إستعمالها لهذه السلطة في حقه، وأيضا لمعرفة المميزات التي تتسم بها سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات المالية على المتعاقدين معها في العقود الإدارية كما أنها لتحديد محتوى الجزاءات المالية وفيما تتمثل وعن التكامل أو الاختلاف فيها بينها وأيضا لدراسة معالجة الفقه والقضاء المقارن والقانون لهذه السلطة والذي من أبرزه الفقه والقضاء الفرنسي كون نظرية العقود الإدارية منشؤها القضاء الإداري الفرنسي، ويليه الفقه والقضاء المصري والتوصل إلى معرفة السند القانوني الذي يضفي صفة الشرعية على ممارسة الإدارة لسلطتها في فرض الجزاءات المالية على المتعاقد معها، و فيما إذا كانت ممارسة الإدارة لهذه السلطة بإطلاق أم لها قيود تساهم في إعطاء ضمانات لهذا المتعاقد وتكفل عدم تعسفها في إستعمال هذا الحق اتجاهه بما يضمن مواجهة الإخلال بالجزاء المناسب له . وكذا لمعرفة موقف القانون الجزائري وما تضمنه المشرع من خلال قانون الصفقات العمومية من تحديد لهذه الجزاءات ودراستها بشكل مفصل ومعرفة مدى التطابق بينما هو مقرر في الفقه والقضاء المقارن بالأخص القضاء والفقه الفرنسي وما هو مقرر ضمن تشريعاتنا بهذا الصدد و مدى مواكبة المشرع

Create PDF files without this message by purchasing novaPDF printer (http://www.novapdf.com)

الجزائري للمتطلبات المتجددة و المتطورة للعقود الإدارية خصوصا في مجال فرض الجزاءات المالية من طرف الإدارة على المتعاقدين معها، إلا أنه وما يجب التنويه إليه أن دراستنا لهذا العنوان والموضوع ليست دراسة للقانون الجزائري أو دراسة مقارنة ولكنه من الضروري إدراج موقف المشرع الجزائري من ذلك لأنه قانون البلد الذي نحن جزء منه ويقع على عاتقنا تحليله لإعطاء خصوصية للدارس الجزائري ولا يمكن أن نمر عليه مرور الكرام.

– أما عن أسباب اختيار هذا الموضوع فتتمثل فيما يلي :

أ) أن معظم الكتب والمراجع التي تتضمن دراسة هذا الموضوع جاءت بصفة عامة فمنها المراجع التي تتناول القانون الإداري في جزئه الثاني المتعلق بالنشاط الإداري وتتناول في جزء محدود سلطات الإدارة و امتيازاتها في العقد الإداري ومنها سلطة فرض الجزاءات بصفة عامة، فحاولنا أن نجعل منه موضوعا متخصصا يجمع كل المراجع العامة والبعض من المراجع الخاصة لإثراء هذا الموضوع، وهذا يجعل التصدي للبحث في سلطة الإدارة في فرض الجزاءات المالية في مجال العقود الإدارية ليس بالأمر الهين.

ب) ولعل أحد أهم أسباب اختيارنا لهذا الموضوع هو محاولة إلقاء الضوء على أمر لاحظنا بأنه بعيد عن البحث وهو معرفة مدى التزام مسيري المرافق العامة في توقيع هذه الجزاءات على المتعاقد المخل بالتزامه في تنفيذ موضوع العقد في الآجال المحددة لأنه واجب يقع على عاتقهم، وذلك للتسريع في إنجاز المشاريع في وقتها المحدد .

وعلى ضوء ما سبق فإن إشكالية موضوعنا التي نجدها مناسبة :

ما هو الأساس القانوني الذي يبرر سلطة الإدارة في فرض الجزاءات المالية على المتعاقدين معها ؟ وهل احترام شروط توقيع هذه العقوبات من شأنه تحقيق توازن في العقد الإداري ؟

وسنحاول الإجابة على هذه الإشكالية بإتباع المنهج التحليلي لتحليل هذه السلطة و المواد القانونية المتعلقة بالموضوع ، و المنهج المقارن ذلك لأن دراستنا تتضمن أحكام وآراء الفقه والقضاء الفرنسي الذي أنشأ نظرية العقود الإدارية وأيضا إشارة إلى القانون المصري في هذا الشأن دون أن ننسى القانون الجزائري .

Create PDF files without this message by purchasing novaPDF printer (http://www.novapdf.com)

وستكون إجابتنا على هذه الإشكالية من خلال فصلين إذ سنتناول في الفصل الأول تأصيل سلطة الإدارة في فرض الجزاءات المالية على المتعاقدين معها، وفي الفصل الثاني نتناول أنواع الجزاءات المالية التي تفرضها الإدارة على المتعاقدين معها.

Create PDF files without this message by purchasing novaPDF printer (http://www.novapdf.com)

الفصـل الأول

تأصيل سلطة الإدارة في فرض

الجزاءات المالية على المتعاقدين معها

Create PDF files without this message by purchasing novaPDF printer (http://www.novapdf.com)

للإدارة حقوق متنوعة وعديدة وهي ما ينتج عن عملية تنفيذ العقود الادارية من آثار قانونية كحقها في الرقابة والاشراف على تنفيذ العقد وحقها في تعديل شروط العقد،وحقها في توقيع الجزاءات على المتعاقدين معها اذيعتبر هذا الحق من الامتيازات والسلطات التي تتمتع بها في العقد الإداري وتفرضه على المتعاقدين المخلين بالتزاماتهم معها بغية جعل تنفيذ تلك العقود محقق لمستلزمات الصالح العام . فإذا قصر المتعاقد مع الإدارة في تنفيذ التزاماته التعاقدية فإنها تملك أن تفرض عليه جزاءات مختلفة . وهي لا تستمد سلطتها في فرضها من نصوص العقد بل من امتيازات السلطة العامة التي تملكها، ومن بينها حقها في توقيع الجزاءات المالية على المتعاقدين معها .

وعليه ستكون دراستنا لهذا الفصل من خلال مبحثين، اذ سنتناول الطبيعة القانونية لسلطة الإدارة في فرض الجزاءات المالية على المتعاقدين معهافي المبحث الأول، وحدود سلطة الادارة في فرض الجزاءات المالية على المتعاقدين معها في المبحث الثاني.

Create PDF files without this message by purchasing novaPDF printer (http://www.novapdf.com)

المبحث الأول : الطبيعة القانونية لسلطة الإدارة في فرض الجزاءات المالية على المتعاقدين معها

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 لمقاول آخر دون موافقة الإدارة ، وحق الإدارة فرض الجزاءات على المتعاقد معها الذي يقصر في تنفيذ العقود هو ثابت للإدارة ، لها أن توقعه عليه بموجب قرار إداري دونما اللجوء إلى القضاء وتقوم الإدارة بفرض الجزاءات حتى ولو لم ينص عليها في العقد [1].

وعلى هذا الأساس فإننا سندرس الطبيعة القانونية لسلطة الإدارة في فرض الجزاءات المالية على المتعاقدين معها من خلال تطرقنا إلى الأساس القانوني لهذه لسلطة والذي سنعرضه في المطلب الأول، ومبررات سلطة الإدارة في فرض الجزاءات المالية على المتعاقدين معها والذي سنعرضه في المطلب الثاني.

المطلب الأول: الأساس القانوني لسلطة الإدارة في فرض الجزاءات المالية على المتعاقدين معها

مما لا شك فيه أن للإدارة سلطة فرض الجزاءاتالمالية على المتعاقدين معها وتبدأ الإدارة في ممارسة هذه السلطة عندما يخل المتعاقد معها بشروط العقد ، والهدف الأساسي من هذه السلطة هو ضمان تنفيذ عقود الإدارة تحقيقا للصالح العام ، وتمارس الإدارة سلطتها هذه من تلقاء نفسها ودونما حاجة إلى لجوئها لجهة القضاء ولكن السؤال الذي يطرح هو : ما هو السند القانوني الذي يضفي صفة الشرعية على سلطة الإدارة في فرض الجزاءات المالية ؟

---

[1] خالد مصطفى حواطمة ،**(سلطة الإدارة في فرض الجزاءات على المتعاقدين معها (دارسة مقارنة))**، رسالة ماجستير ، جامعة عمان العربية للدراسات العليا ، كلية الدراسات القانونية العليا ، قسم القانون العام ،عمان ، 2003/01/21 ، ص16.

Create PDF files without this message by purchasing novaPDF printer (http://www.novapdf.com)

للإجابة عن هذا السؤال نشير أولا للخلاف الفقهي الذي ثار حول هذا الأساس ، فقد أنكر رأي في الفقه الفرنسي وجود مثل هذه السلطة استنادا إلى أن العقود ملزمة بنصوصها فقط ، وأن الإدارة ينبغي عليها أن تلتزم بمبدأ العقد شريعة المتعاقدين ، وعليه فإنه إذا لم ينص في العقد على حق الإدارة في فرض هذه الجزاءات فليس للإدارة إلا أن تسلك طريق القضاء الذي يعد أصلا من أصول التقاضي ، وهذا لا يضر بالإدارة حيث أنها تمثل الطرف القوي في العقد [1] .

أما جل الفقهاء فيؤمنون بوجود مثل تلك السلطة لكنهم انقسموا إلى فريقين ، فريق يرى أن الأساس القانوني لسلطة الإدارة في فرض هذه الجزاءات يكمن في فكرة السلطة العامة [2]ـــ فالفقيه (فيدل) " VEDEL" يقول بان سلطة الإدارة في مجازاة المتعاقد معها بمقتضى عقد إداري حال سكوت العقد تنبع من فكرة السلطة العامة . والعميد (هوريو) يرى أن من حق الإدارة في نطاق عقد الأشغال العامة والتوريد أن تفسخ العقد وأن تحل نفسها محل المتعاقد معها في حال تقصيره في تنفيذ التزاماته ، بما لها من سلطة التنفيذ المباشر ، دون أن تكون ملتزمة باللجوء إلى القضاء ليقضي لها بهذه الجزاءات ، بينما يرى (ميشيل رونسيه)" m.ronsset" أن سلطة الجزاءات ليست محصورة بتاتا في الجزاءات التي ينص عليها في العقد ، بل توجد أيضا في حالة سكوت العقد استنادا إلى فكرة السلطة العامة دون حاجة للجوء إلى القضاء ، باستثناء إسقاط التزام المرافق العامة[3].

ويرى الفقيه البلجيكي (فلام) "flamme " أن حق الإدارة في توقيع الجزاءات المالية على المتعاقدين معها بقرارات من جانبها وحدها ودون اللجوء مسبقا إلى القضاء ،يعتبر امتيازا أساسيا للسلطة العامة . أما الفريق الثاني فيرى أنصاره أن الأساس القانوني لسلطة الإدارة في فرض الجزاءات يتمثل في فكرة المرافق العامة ومن هؤلاء (جيز) jeze" و (دي لوبادير) "Delaubadair" و(بكينيو) " peguignot" فقد ذهب هؤلاء إلى القول

---

[1]وليد سعود فارس القاضي ،**(الجزاءات في مجال العقود الإدارية، (دراسة مقارنة))** ، رسالة ماجستير ، كلية الدراسات الفقهية والقانونية جامعة آل البيت ، الأردن ، 2000/1/25 ،ص8 .

(2)ثروت بدوي ، **النظرية العامة في العقود الادارية**، دار النهضة العربية ، القاهرة ،1994، ص36.

[3] طارق محمد عبد الرحمن سلطان ، **سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات على المتعاقدين معها في العقود الإدارية وضوابطها، (دراسة مقارنة)**،دار النهضة العربية ، القاهرة، ، 2010 ، ص129.

Create PDF files without this message by purchasing novaPDF printer (http://www.novapdf.com)

بأن هدف هذه الجزاءات ليس مجرد قمع أوجه الإخلال بالالتزامات التعاقدية وإنما تهدف أيضا إلى كفالة حسن سير المرافق العامة ، وليس من بين أهدافها تحقيق التوازن بين الالتزامات التعاقدية ، وبينوا بأن للإدارة استخدام سلطتها في التنفيذ المباشر دون أن ينص العقد على ذلك ، إلا فيما يتعلق بإسقاط الالتزام في عقود التزام المرافق العامة ، وبصدور حكم مجلس الدولة الفرنسي في عام 1929 بقضية الملاحة جنوب الأطلنطي اعترف المجلس بحق توقيع الجزاء دون انتظار صدور حكم من القضاء للمخالفات المنصوص عليها في العقد . ولكن ماذا تفعل الإدارة في حالة سكوت العقد ؟ وبمعنى آخر كيف تتصرف الإدارة حيال المخالفات التي لا يقبلها جزاء منصوص عليه في العقد ؟

هنا ينبغي على الإدارة أن تتدخل وتستخدم سلطتها في فرض جزاءات معينة ومناسبة للمخالفات التي لا يقابلها جزاء ، ودون أن تلجأ لجهة القضاء لأن هذا اللجوء قد يستغرق وقتا طويلا مما يفوت فرصة تحقيق فكرة النفع العام ويؤدي إلى اضطراب المرافق العامة . وهذا مع العلم بأن مبدأ العقد شريعة المتعاقدين هو مبدأ عام في جميع العقود المدنية والادارية ولكن طبيعة العقود الادارية التي تهدف عادة إلى حسن سير المرافق العامة ضمن مبدأ المصلحة العامة هي التي تتطلب فرض جزاءات مناسبة في حالة سكوت العقد ، أما عن الاتجاه الثاني فإن أنصاره يؤمنون بوجود سلطة للإدارة في فرض الجزاءات ، ولكنهم انقسموا إلى قسمين بشأن السند القانوني لهذه السلطة فمنهم من ذهب إلى القول بان سلطة الإدارة في فرض هذه الجزاءات تجد سندها القانوني في فكرة السلطة العامة ، ومنهم من قال بان السند القانوني لسلطة الإدارة في فرض الجزاءات يكمن في فكرة المرافق العامة [1].

وبالتالي فالأساس القانوني لسلطة الإدارة في فرض الجزاءات يتأتى من السلطة التي تملكها الإدارة و تباشرها من تلقاء نفسها ودون حاجة لإذن القضاء، وتستطيع الإدارة فرض هذه الجزاءات سواء أكان هناك نص في العقد يؤكد ذلك أم لم يكن، أي حتى في حالة سكوت العقد، وهذه السلطة موجودة فعلا وضرورية للغاية ، ولذا هذا الرأي كان محل تأييد بوجود هذه السلطة وبغض النظر عن استناده إلى فكرة السلطة العامة أو فكرة المرفق العام مع ترجيحنا للآراء الفقهية التي ترى بان الأساس القانوني لسلطة الإدارة

---

[1] طارق محمد عبد الرحمن سلطان ، المرجع السابق، ص130.

Create PDF files without this message by purchasing novaPDF printer (http://www.novapdf.com)

يكمن في فكرة المرفق العام التي تهدف إلى إشباع الحاجات العامة وتحقيق المصلحة العامة ولذا فإن خروج الإدارة عن نصوص العقد ورفضها لجزاءات غير منصوص عليها بحق المتعاقد المخل بالتزاماته ما كان ليقع لولا المصلحة العامة والمحافظة على حسن سير المرافق العامة بانتظام واضطراد . وعليه فإن تلك الأفكار هي المبرر المنطقي لوجود تلك السلطة . ومن جهة أخرى يثار تساؤل له أهمية قصوى هو: هل يجوز للإدارة أن تتنازل عن امتيازها في توقيع هذه الجزاءات وتطلب من الجهة القضائية الحكم لها بها بدلا منها ؟ .

للإدارة الحق في توقيع هذه الجزاءات المختلفة على المتعاقدين معها في حالة إخلالهم بنصوص العقد المبرم . وهذا الحق تمارسه الإدارة من تلقاء نفسها ودونما حاجة لرجوعها لجهة القضاء ،هذا مبدأ عام يرد عليه استثناء وحيد يتعلق بإسقاط الالتزام حيث يتطلب من الإدارة الحصول على حكم بالإسقاط من لدن القضاء [1].

ومن الواضح تماما أن مسألة تنازل الإدارة عن امتيازها في توقيع الجزاءات مسألة خلافية فالقضاء الفرنسي رفض في أول الأمر مسألة تنازل الإدارة عن امتيازها وذلك بحكم المجلس في 24 يونيو 1903في قضية "Déplanque" (ديبلانك) وحكمه في 1913/11/21 في قضية "prefet de leure" ولكنه تراجع في قضية compagnie « du demin de fer métropolitain » وصدر له حكم كان مضمونه أن للإدارة الحق في اللجوء لقاضي العقد لتحصل منه على حكم بإدانة مالية ضد الملتزم وفقا للشرط الجزائي الوارد بالاتفاق مادام أن للإدارة الحق في فرض الغرامة وفقا للشروط الواردة في الاتفاق [2].

وتأكد هذا الاتجاه في قضية « Gouvernement générale de l’Algérie » . لكن مجلس الدولة الفرنسي قضى في 1970/7/21 في قضية « Ministre de

---

[1] سليمان محمد الطماوي، مرجع سابق ، ص500.

[2] وليد سعود فارس القاضي ،مرجع سابق ، ص11.

Create PDF files without this message by purchasing novaPDF printer (http://www.novapdf.com)

« l'équipement et du logement أن لجهة الإدارة المتعاقدة طبقا للمبادئ العامة في عقود الأشغال العامة السلطة في أن تقوم مباشرة [1] بإخلاء الموقع وسحب المهمات المملوكة للمقاول .... ومن ثم لم يكن وزير التجهيز والإسكان على حق في الإدعاء بأن قاضي الأمور المستعجلة كان مخطئا عندما رفض بموجب حكمه المستأنف طلبه بطرد المقاول فورا وتوقيع غرامة تهديد بواقع (1000) فرنك يوميا عليه . وبتتبع أحكام قضاء مجلس الدولة المصري نجد أنه أقر للإدارة بأن تتنازل عن امتيازها في فرض الجزاءات وأن تلجأ للقضاء للحكم لها بفرض تلك الجزاءات بدلا منها ..أما عن الفقه الفرنسي فقد تعرض لمسألة تنازل الإدارة عن امتيازها لجهة القضاء فيرى الفقيه (جيز) "jeze" بأنه لا يوجد أي مبدأ يعترض على أنه يمكن للإدارة أن تطلب من قاضي العقد تطبيق الجزاء على مقاوليها وموردیها بدلا منه ، إذ لن تزداد حالة هؤلاء خطورة بهذا الإجراء من ناحية ومن ناحية أخرى فإن للإدارة أن تختار الإجراء الذي يبدو لها أكثر ملائمة. ويؤكد آخرون من الفقهاء حق الإدارة في أن تطلب من القاضي تطبيق الجزاء بدلا منها ويذهب رأي في الفقه المصري إلى القول: " إذا كان للإدارة أن توقع الجزاء بنفسها فإنها تفعل ذلك على مسؤوليتها تحت رقابة القضاء وبالتالي فإن لها أن تسلك الطريق الأحوط فتطلب من قاضي العقد أن يحكم لها بتوقيع الجزاء الذي يراه مناسبا حتى تأمن جانب المسؤولية . ومهما يكن من الأمر نستطيع القول بأن من حق الجهة الادارية أن تلجأ للجهة القضائية لكي تقوم بفرض الجزاءات بدلا منها لأن لجوء الإدارة للقضاء لن يضر المتعاقدين معها ولن ينقص من امتيازات الإدارة كونها تلجا للقضاء باختيارها . ولكن هناك بعض الجزاءات يفضل أن تمارسها الإدارة بدون الرجوع لجهة القضاء وذلك اختصارا للوقت الذي قد يطول باللجوء للجهة القضائية كغرامات التأخير [2] .

---

[1] وليد سعود فارس القاضي ،المرجع السابق ، ص12.

[2] سليمان محمد الطماوي، مرجع سابق ، ص502.

Create PDF files without this message by purchasing novaPDF printer (http://www.novapdf.com)

المطلب الثاني : مبررات سلطة الإدارة في فرض الجزاءات المالية على المتعاقدين معها

من ضمن الوسائل التي تلجأ إليها الإدارة لممارسة نشاطاتها المختلفة هي طريقة التعاقد سواء بين الهيئات العقدية نفسها أو بين الهيئات والأفراد والعقود العقدية وإن اتفقت مع غيرها من العقود في أنها تنشأ بين طرفي العقد حقوقا والتزامات متبادلة منصوص عليها في العقد إلا أن عدم المساواة هي الميزة التي تميز العقد الإداري عن العقد الخاص ، ويرجع ذلك إلى أن العقود العقدية تكون بين أطرافهم جهة الإدارة من ناحية وجهة الأفراد من ناحية أخرى ، حيث تكون الإدارة في مواجهة الأفراد من أجل تنفيذ التزاماتهم المنصوص عليها في العقد وذلك لأن هذه الالتزامات تمس بالمصلحة العامة من حيث سير المرافق العامة بانتظام واطراد وحسن تنفيذ العمل من أجل تحقيق المصلحة العامة ، ومن هنا تبرز إلى حيز الوجود مبررات فرض الجزاءات على المتعاقد مع الإدارة. وتبرز أيضا إثبات منح الإدارة حق فرض الجزاءات على المتعاقد معها في حالة إخلاله بالتزاماته حيث تكون المصلحة العامة هي الإطار العام لهذه المبررات ويكون ضمان سير المرفق العام بانتظام وحسن سير وتنفيذ العمل والدقة في مواعيد التسليم وعدم الإخلال في تنفيذ الالتزامات المنصوص عليها في العقد هي الهدف والغاية من توقيع هذه الجزاءات إلا أن هناك قيودا على فرض الجزاءات على المتعاقد مع الإدارة مثل الاعذار المسبق للمتعاقد مع الإدارة ومراقبة القضاء لها [1] .

أما بالنسبة للعقود بين الأفراد فإنها تخضع للقانون الخاص ، وذلك لأن أطراف العقد هم من الأفراد والعقود بين الأفراد تستهدف مصلحة خاصة وليست مصلحة عامة والقانون الخاص كفيل بحماية الحقوق الخاصة .

فالإدارة عندما تقوم بفرض الجزاء على المتعاقد معها الذي أخل في تنفيذ التزاماته إنما تقوم بذلك لأن الجزاء يستمد ضرورة من مقتضيات المرافق العامة ، حيث أن هذه المرافق يجب أن تسير بانتظام واطراد والإدارة هي المسؤولة عن ذلك حتى وإن قامت بإعطاء إدارة المرفق إلى ملتزم خاص[2] .

---

[1] خالد مصطفى حواطمة، مرجع سابق ،ص43ومابعدها .

[2] نصر الدين محمد بشير ،**غرامة التأخير في العقد الإداري وأثرها في سير المرفق العام (دراسة مقارنة)** ، طبعة أولى ، دار الفكر الجامعية ،الإسكندرية ، 1998 ، ص 239.

Create PDF files without this message by purchasing novaPDF printer (http://www.novapdf.com)

كما أنه ليس الهدف الأساسي من توقيع الجزاءات على المتعاقد هو مجازاته أو تعويض الإدارة عما أصابها من ضرر وإنما هو ضمان سير المرافق العامة بانتظام .

والجزاءات المقررة في القانون الخاص لحمل المتعاقد مع الإدارة على القيام بتنفيذ ما التزم به وفق العقد كالدفع بعدم التنفيذ أو الالتجاء إلى القضاء من أجل فرض جزاءات على المتعاقد المقصر لا تتوافق في مجال القانون العام ومقتضيات سير المرفق العام ، لأن عدم قيام الإدارة بتنفيذ التزاماتها نتيجة تقصير المتعاقد معها وإخلاله بالتزاماته سيترتب عليه في نهاية المطاف توقف المرفق العام وتعطله والالتجاء إلى القضاء من أجل إيقاع الجزاء على المتعاقد وما يتخلله ذلك من إجراءات قد تطول مما سيؤدي بطبيعة الحال إلى إيقاف المرفق العام وتعطله [1].

وخلاصة القول أن مبررات فرض الإدارة للجزاءات المالية على المتعاقد معها المقصر معها ، هي ضمان سير المرفق العام وعدم توقفه ، فالإدارة هي المسؤولة عن سير المرفق العام بانتظام من أجل إشباع حاجة الجمهور المنتفع من هذا المرفق بأفضل طريقة وعلى أكمل وجه و لها أن تتخذ من التدابير الفعالة التي تواجه بها المتعاقد معها الذي أخل بتنفيذ التزامه مع الإدارة وذلك من أجل تحقيق الهدف المنشود من وراء إبرام العقد وهو ضمان استمرار المرفق العام وعدم توقفه فالإدارة عند قيامها بفرض الجزاءات على المتعاقد معها تستند إلى احتياجات هذا المرفق اذ أنها كما ذكرنا لا تستطيع الانتظار من أجل اللجوء إلى القضاء لفرض الجزاء على المتعاقد المقصر ذلك لأن إجراءات التقاضي قد تحتاج إلى وقت طويل مما يعطل سير المرفق العام ، لذلك فللإدارة عندئذ اللجوء إلى فرض الجزاء على هذا المتعاقد المقصر من أجل ضمان سير المرفق العام [2] .

---

[1] ماجد راغب الحلو ، **العقود الادارية والتحكيم** ، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية ، 2004، ص112 .

[2] خالد مصطفى حواطمة ، مرجع سابق ، ص 44.

Create PDF files without this message by purchasing novaPDF printer (http://www.novapdf.com)

المبحث الثاني : حدود سلطة الادارة في فرض الجزاءات المالية على المتعاقدين معها

إذا قصر المتعاقد مع الإدارة في تنفيذ التزاماته التعاقدية فإنها تملك أن توقع عليه جزاءات مختلفة وهي لا تستمد سلطتها في فرض هذه الجزاءات من نصوص العقد الإداري بل من امتيازات السلطة العامة التي تملكها ، فالإدارة العامة بحكم تمتعها بظاهرة السلطة الآمرة وبحسب مسؤوليتها عن حسن و انتظام سير المرافق العامة وذلك تحقيقا للمصلحة العامة . فإنها تتمتع بكثير من الامتيازات والرخص القانونية التي أجازها القانون العام ولا نظير لها في القانون الخاص، ومن هذه الامتيازات المقررة للإدارة سلطة العمل من جانب واحد ، أي للإدارة السلطة في أن تؤكد حقوقها عن طريق اتخاذ تصرفات قانونية ملزمة للخاضعين لها [1].

وبما أن للإدارة سلطة توقيع الجزاءات على المتعاقد معها فإنه ولا بد من أن تكون لهذه السلطة شروط تنظمها وتحكمها فإنه ومن غير الممكن أن تكون سلطتها مطلقة بشكل كامل من دون أن تكون هناك ضوابط لذلك لأن هذا الأمر يعتبر ضمانة من ضمانات المتعاقد معها في مواجهة سلطة الإدارة وعدم تعسفها في استعمال حقها أمام المتعاقد معها ، كما أن لهذه السلطة مميزات وخصائص وهي خصائص مشتركة وعامة لجميع أنواع الجزاءات العقدية ويدخل ضمنها الجزاءات المالية وأيضا الجزاءات غير المالية التي هي أيضا تتميز بهذه الخصائص باعتبارها جزء لا يتجزأ منها وعليه فإننا سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين نخصص المطلب الأول لدراسة شروط استخدام الإدارة لسلطتها في فرض الجزاءات على المتعاقدين معها ، أما المطلب الثاني فسوف نتناول فيه خصائص سلطة الإدارة في فرض الجزاءات المالية على المتعاقدين معها.

---

[1] خالد مصطفى حواطمة ، المرجع السابق ، ص15.

Create PDF files without this message by purchasing novaPDF printer (http://www.novapdf.com)

المطلب الأول : شروط استخدام الإدارة لسلطتها في فرض الجزاءات المالية على المتعاقدين معها

إن حق الإدارة في فرض الجزاءات على المتعاقدين معها لا يعني بأي حال من الأحوال ممارسته بشكل مطلق فهو مقيد بعدة قيود ، وعليه فالإدارة لا تستطيع فرض الجزاءات متى تشاء ومن هنا لابد من وضع شروط تقيد سلطة الإدارة وفي الوقت ذاته تحقق ضمانات للمتعاقد معها وهي شروط متعلقة بالمتعاقد مع الادارة يجب أن تتوفر لكي تستطيع الإدارة أن تفرض عليه هذه الجزاءات والتي سنعرضها في الفرع الأول وشروط متعلقة بالإدارة سنعرضها من خلال الفرع الثاني

الفرع الأول : الشـــروط المتعلقة بالمتعـــاقـــد مع الادارة

فلكي تستطيع الإدارة استعمال سلطتها في فرض الجزاءات المالية على المتعاقد معها يجب أن يصدر من المتعاقد خطأ في الالتزامات الموكله له بموجب العقد الاداري وصور الخطأ تتعدد وأهم حالاته التي تستوجب تطبيق الجزاء على المتعاقد مايلي :

أ) إخلال المتعاقد بتنفيذ التزاماته :

لا 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 ،و القاعدة العامة و المسلم بها توجب أن لا يجازى المتعاقد مع الإدارة إلا بسبب ما ينسب إليه من خطأ وهذه القاعدة العامة ومطلقة لا ترد عليها استثناءات حيث لا جزاء بدون خطأ. والخطأ العقدي عبارة عن إخلال بأحد الالتزامات المدرجة في العقد أو الناتجة عنه ومفهوم الخطأ في القانون الإداري مشابه لمفهومه في القانون الخاص، والاختلاف بينهما يكمن بمعيار عام فالخطأ في العقد الإداري يتصف بجسامة معينة يؤدي إلى الإخلال بسير المرفق العام [1].

وإخلال المتعاقد بالتزاماته يتمثل بتقصيره أو امتناعه عن تنفيذ التزاماته أو بتقاعسه بتنفيذها أو بقيامه بتنفيذها بوجه غير مرض أو تنازله لغيره في تنفيذها بدون موافقة

---

[1] وليد سعود فارس القاضي ، مرجع سابق ، ص14.

Create PDF files without this message by purchasing novaPDF printer (http://www.novapdf.com)

الإدارة ، وعندما يقصر المتعاقد مع الإدارة بتنفيذ التزاماته يكون للإدارة الحق في فرض الجزاءات عليه وهي لا تهدف إلى تقويم الاعوجاج في تنفيذ الالتزامات التعاقدية بل تهدف أساسا إلى ضمان سير المرافق العامة [1] .

ب)عدم التزام المتعاقد بالتنفيذ شخصيا:

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، والفنية وحسن سمعته ، وأساس هذه القاعدة اتصال العقد بالمرفق العام ، والقضاء الإداري كما يرى الفقيه (جيز، jeze) يتطلب إعمال هذه القاعدة بعناية فائقة في عقود الامتياز ، نظرا لسيطرة الملتزم على المرفق الذي يقوم بإدارته [2].

وهذه القاعدة السابقة تؤدي إلى نتيجتين مهمتين، النتيجة الأولى تتعلق بالتنازل عن العقد والتعاقد من الباطن و بالتنازل عن العقد قيام المتعاقد بإحلال غيره محله في تنفيذ التزاماته المنصوص عليها في العقد، أي قيام الغير الذي حل محل المتعاقد الأصلي بتنفيذ العقد كليا ويقصد بالتعاقد من الباطن اتفاق المتعاقد الأصلي مع الغير لكي يقوم بتنفيذ جزء من محل العقد وفي حال قيام المتعاقد بالتنازل عن العقد فإن تصرفه يعد غير جائز إلا في حالة حصوله على موافقة جهة الإدارة مسبقا . ويترتب عن التنازل عن العقد عدة نتائج من أبرزها أن التنازل عن العقد بدون موافقة الإدارة لا يعتد به ويبقى المتعاقد الأصلي مسؤولا عن تنفيذ التزاماته المالية كما يسمح للإدارة بتوقيع أقصى الجزاءات عليه باعتباره ارتكب خطأ في تنفيذ العقد .أما التنازل عن العقد الموافق عليه من الإدارة يؤدي إلى حلول المتنازل إليه محل المتعاقد الأصلي ويعد المتنازل إليه مسؤولا عن تنفيذ العقد أمام الإدارة ما لم ينص القانون على خلاف ذلك . وفي قضاء مجلس الدولة الفرنسي نجد أن التعاقد من الباطن قد مر بمرحلتين الأولى قبل 1975 حيث لم يكن يسمح بالتعاقد من الباطن إلا بموافقة الإدارة مسبقا، وفي المرحلة الثانية أصبح المبدأ حرية التعاقد من الباطن شرط أن يحصل المتعاقد على الموافقة اللاحقة لا المسبقة ويترتب عليه أمران الأول تبقى العلاقة بين المتعاقد الأصلي والمتعاقد الثانوي قائمة ويستطيع المتعاقد الثانوي الدفع ببطلان العقد و يطالب بحقوقه كاملة عند عدم موافقة الإدارة اللاحقة أما الأمر الثاني

---

[2] نصر الدين محمد البشير،مرجع سابق ،ص263 .

[1] سليمان محمد الطماوي ، مرجع سابق ، ص439.

Create PDF files without this message by purchasing novaPDF printer (http://www.novapdf.com)

فيكون المتعاقد الأصلي المسئول الوحيد عن التنفيذ في حالة موافقة الإدارة على التعاقد إلا إذا ورد نص بخلاف ذلك [1].

أما النتيجة الثانية فتتعلق بمسألة وفاة المتعاقد أو إفلاسه فالأصل أن وفاة المتعاقد لا تنهي التزامه بتنفيذ العقد إلا إذا نص العقد على خلاف ذلك أو كانت نتيجة ضرورية لتنفيذ العقد أو كان الورثة غير قادرين على تنفيذ العقد ، هذا بالنسبة لوفاة المتعاقد . أما عن إفلاس المتعاقد فمجلس الدولة الفرنسي أقر الرجوع إلى شروط العقد لمعرفة أثر الحالة الجديدة على استمرار العقد وإذ لم يجد فيها حلا فإنه يطبق القاعدة التي بمقتضاها لايؤدي الإفلاس بذاته إلى إنهاء العقد وإنما يكون للإدارة أن تفسخ العقد إذا رأت أن الصالح العام يقتضي ذلك وبالتالي فالإفلاس لا يؤدي بذاته لإنهاء العقد بقوة القانون ولكنه يكون سببا في تمكين الإدارة من الفسخ ولكن المشرع أقر في المادة 27 من القانون المناقصات والمزايدات أن يكون الفسخ إجباريا في حالة إفلاس المتعاقد . [2]

أما عن موقف المشرع الجزائري فإنه اعتبر أن الإفلاس أو التصفية سبب لعدم المشاركة والإقصاء من المشاركة في الصفقات العمومية حسب ما جاء في نص المادة 52 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المعدل والمتمم وأيضا ما جاء في القرار الوزاري المؤرخ في 28 مارس 2011 المتضمن كيفية الإقصاء من المشاركات في الصفقات العمومية ، دون التعرض لحالة إفلاس أو وفاة المتعاقد أثناء فترة تنفيذ العقد.

ج) عدم التزام المتعاقد بتنفيذ العقد في المدة المحددة :

عادة 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 إذ لم ينص العقد على تاريخ محدد للبدء في التنفيذ فتحسب من تاريخ إعلانه بموجب الأمر المصلحي ، أما في عقود الأشغال فتبدأ مدة التنفيذ من تاريخ التصديق على العقد من قبل

---

[1] وليد سعود فارس القاضي، مرجع سابق، ص15.

[1] سليمان محمد الطماوي ،مرجع سابق ، ص448.

Create PDF files without this message by purchasing novaPDF printer (http://www.novapdf.com)

السلطة المختصة ، وتتحمل الإدارة المسؤولية الكاملة إذا امتنعت عن إصدار الأمر المصلحي ببدأ التنفيذ ضمن المدة المعقولة ، وتلتزم بتعويض المتعاقد عن الخسائر التي تحملها بسبب ذلك . فما جرت عليه العادة بأن مدة الإنجاز تكون محددة ضمن بنود الصفقة من خلال مادة تتضمن مدة الإنجاز [1].

د) عدم التزام المتعاقد بضمان سير المرفق العام :

إن المتعاقد مع الإدارة يعد شريكا أساسيا في ضمان تأمين سير المرفق العام بانتظام واضطراد وبموجب ذلك لا يجوز له الدفع بعدم التنفيذ أو التوقف عن التنفيذ ما دام لايوجد ما يصوغ امتناعه عن التنفيذ، وما دام بإمكانه أن يرجع على الإدارة بالتعويض إذ كان له وجه حق وبهذا الخصوص أكد مجلس الدولة الفرنسي التزام المتعاقد بتأمين سير المرفق العام بانتظام وعدم قبوله الدفع بعدم التنفيذ باستثناء حالة القوة القاهرة وبشرط أن يبذل كل ما في وسعه لضمان استمرارية المرفق العام وفي حالة تقصيره يعد مرتكبا لخطأ جسيم يستوجب تطبيق الجزاء، ومن أحكامه بهذا الصدد حكمه في قضيةGasnos وقضيةBrandt وقضية .S ,I,M,A . وعلى هذا الأساس فإن عدم التزام المتعاقد بضمان سير المرفق العام يعد خطأ من قبله ، موجب لتطبيق الجزاء بحقه [2].

الفرع الثاني : الشـــــروط المتعـــــلقة بالإدارة

يقع على عاتق الادارة عند مباشرة سلطتها فيفرض الجزاءات المالية على المتعاقد معها أن تلتزم بشروط قبل ممارسة حقها في ذلك وتتمثل فيما يلي :

أ) إنـــــــذار المـــتعـــــاقـــد :

القاعدة العامة التي استقر عليها مجلس الدولة الفرنسي توجب على الإدارة ضرورة إنذار المتعاقد قبل فرض الجزاء بحقه وهذا مسلم به بالنسبة لبعض الجزاءات مثل جزاء غرامة التأخير واعذار المتعاقد مع الإدارة في حال اقترافه لخطأ ما يعد ضرورة لا غنى عنها كونه ينبه المتعاقد إلى ضرورة تفادي الخطأ ويجعله ينفذ التزاماته التعاقدية على أحسن وجه ممكن مما يخدم حسن سير المرفق العام ولكن لهذه القاعدة استثناءات ولعـــــل مـــــــن أبـــرزهـــــا وجود نص في العقد يسمح للإدارة بفرض الجزاء دون سابق إنذار، وجود ظروف خاصة كما هو الحال عندما يعطى ملحق العقد للمتعاقد مهلة إضافية

---

[1] وليد سعود فارس القاضي، مرجع سابق، ص16.

[1] وليد سعود فارس القاضي، المرجع السابق، ص17.

Create PDF files without this message by purchasing novaPDF printer (http://www.novapdf.com)

فيعد الملحق نوعان من الإنذار، وتعفى الإدارة من توجيه الإنذار وفقا لطبيعة العقد كما هو الحال في عقود التوريد المواد لوحدات من الجيش و هناك رأيا في فقه القانون الإداري المصري يذهب إلى القول بأن نصوص القانون المدني المتعلقة بالاعذار يجب إعمالها في دائرة جزاءات العقود الإدارية باعتبار أنها قواعد عامة [1].

وهو الأمر الذي سنتطرق له بجانب من التفصيل من خلال المطلب الثاني من هذا المبحث ومن خلال دراسة الجزاءات المالية من خلال الفصل الثاني وأيضا سنرى موقف المشرع الجزائري من الاعذار .

ب) حق المتعاقد في الدفاع عن نفسه :

إن حق الدفاع يعد بمنزلة شرط أساسي تتقيد به الإدارة قبل فرض أي جزاء على المتعاقد معها ومن ثم يعد من أهم الضمانات التي يتمتع بها المتعاقد . وينبع مبدأ حق الدفاع من فلسفة مؤداها رفض توقيع الجزاء ما لم يسبقه تحقيق ، وبالتالي يضمن هذا المبدأ للمتعاقد المخطئ الرد على التهم الموجهة إليه وإثبات ذلك بشتى طرق الإثبات من شهود أو وثائق أو مستندات أو ردود شفوية . وفي الوقت ذاته ينبغي على الإدارة أن تبين للمتعاقد معها الأخطاء المنسوبة إليه . وإذا تجاهلت ذلك عد الجزاء باطلا . ولحق الدفاع حدود معينة ، فإذا تم تحديد فترة زمنية معينة للمتعاقد فعليه أن يدافع عن نفسه خلالها ،وإذا لم يقم بذلك فإن حقه يسقط ، وإذا رفض الدفاع عن نفسه فانه يكون قد تنازل عن حقه بما جاز للإدارة أن تفرض عليه الجزاء المناسب دون دفاع . وهذا الحق يعد نقطة توازن بين مصالح المتعاقد وبين حسن سير المرفق العام .[2]

ج)احتـــرام مـــبـــدأ الشـــرعيـــة :

بما أن للإدارة الحق في فرض الجزاءات و من تلقاء نفسها ودونما حاجة للجوء إلى القضاء و ما دام للإدارة هذا الحق الخطير فإن احترام مبدأ الشرعية يوجب خضوع جهة الإدارة بعد أن تفرض الجزاء على المتعاقد معها ، لرقابة لاحقة من قبل القضاء الإداري وهذه الرقابة تعد بمنزلة ضمانة تحمي المتعاقد من تعسف الإدارة في استعمال حقها . والجدير بالقول أن رقابة القضاء الإداري تعد من قبل القضاء الكامل. فجميع المنازعات التي تتعلق بالجـــزاء ينظـــر فيها قـــاضي الـــعقد فتـمتد رـقابـته إلى

---

[2] سليمان محمد الطماوي ، مرجع سابق ، ص 506 و مابعدها .

[1] وليد سعود فارس القاضي ، مرجع سابق ، ص19و مابعدها .

Create PDF files without this message by purchasing novaPDF printer (http://www.novapdf.com)

رقـــابـــة مشـــروعـــيـة الـــقرار ســـــواء مـــــن حـيث الشـكـل أو مخالفة القانون أو الاختصاص أو إساءة استعمال السلطة وتشمل كذلك رقابة ملائمة القرار فتبحث في إثبات الجزاء ومدى تناسب الجزاء مع الخطأ المرتكب [1].

المطلب الثاني : خصائص سلطة الإدارة في فرض الجزاءات المالية على المتعاقدين معها

لقد ارتأينا إدراج هذا المطلب ضمن المبحث الثاني ذلك لان هناك تقارب بينهما في المضمون اذ أنه من بين هذه الخصائص التي تميز هذه السلطة ما يعتبر اثراءا لمضمون الحدود التي يجب على الادارة احترامها قبل توقيع هذه الجزاءات على المتعاقد معها كخضوع الإدارة في توقيع الجزاءات لرقابة القضاء و ضرورة اعذار المتعاقد قبل توقيع العقوبة عليه والتي تعتبر ضمانة للمتعاقد من تعسف الإدارة .ولقد استقر الفقه والقضاء الإداري على صياغة نظرية مستقلة بنظام الجزاءات في العقد الإداري لها مقوماتها التي تنبع من طبيعة أوضاع المرافق العامة ووجوب سيرها بانتظام ونجد في هذا الصدد حكم محكمة القضاء الإداري بتاريخ 1957/3/17 الذي ورد فيه " أن الجزاءات في العقودالإدارية لا تستهدف في واقع الأمر تقويم الاعوجاج في تنفيذ الالتزامات التعاقدية بقدر ما تتوخى تأمين سير المرافق العامة والعقود الادارية يجب أن تنفذ بدقة لأن سير المرافق العامة يقتضي ذلك "[2] . ومن الخصائص العامة للجزاءات المالية في العقود الإدارية نجد :

1- حق الإدارة في توقيع الجزاء بنفسها أو بإرادتها المنفردة :

ففي هذا المجال تتمتع الإدارة بحرية التصرف"le privilège de préalable" والتي لا مقابل لها في القانون الخاص . ومن ثم فإنها تستطيع أن توقع الجزاء بنفسها، دون حاجة إلى الالتجاء إلى القضاء مقدما ، وذلك تحت رقابة القضاء بطبيعة الحال . ويرى الفقيه (دي لوبادير) أن تطبيق مختلف الجزاءات يتم بقرار انفرادي من الإدارة بعكس الوضع في القانون الخاص ليست في حاجة أن تطلب من القضاء توقيع الجزاء فهي تباشر في هذه النطاق امتيازها في التنفيذ المباشر وهذا الحق يغطي جميع أنواع الجزاءات التي توقع

---

[2] حمد محمد حمد الشلماني، مرجع سابق ، ص 174 و مابعدها .

[1] طارق محمد عبد الرحمن سلطان ، مرجع سابق ، ص131 .

Create PDF files without this message by purchasing novaPDF printer (http://www.novapdf.com)

على المتعاقد المخل بالتزاماته التعاقدية . وهو ما سلمت به محكمة القضاء الإداري المصرية في حكمها الصادر في 1957/3/17 حيث تقول "ومن حيث أنه وإن كان للإدارة سلطة توقيع جزاءات على المتعاقد إذا ما قصر في تنفيذ التزاماته فانه يتعين الإفصاح عن رغبة جهة الإدارة في استعمال سلطتها هذه ولابد من صدور قرار إداري" كما أكدته المحكمة الإدارية العليا المصرية في حكمها الصادر في 1970/3/21 [1]

وإن كان يشترط على الإدارة أن تفصح عن إرادتها بصدور قرار إداري يحدد الجزاء ، ومن ثم يجب أن يكون القرار مكتمل الأركان ، ويحق للأفراد أن يطعنوا في تلك القرارات أمام القضاء. والاستثناء الوحيد هو جزاء الإسقاط ، حيث أنه لا يمكن تقدير إسقاط حق صاحب امتياز المرفق العام إلا بطريق القاضي بحكم خطورة هذا الجزاء ، بل إن هذا الاستثناء ليس مطلقا حيث يستطيع المتعاقدون منح الإدارة حق توقيع جزاء الإسقاط بإرادتها المنفردة بمقتضى نص صريح في العقد ، وهم يرون أن هذا واجب على الإدارة لضمان تنفيذ العقد وحسن سير المرفق العام ضمانا للصالح العام ، كما أن الإدارة لها الحرية في توقيع الجزاء وتترخص في اختيار وقت توقيعه بحسب ما تراه صالحا لضمان استمرار المرافق العامة .على أنه إذا كان للإدارة أن توقع الجزاء بنفسها ، فإنها تفعل ذلك على مسؤوليتها تحت رقابة القضاء . وبالتالي فإن لها أن تسلك الطريق الأحوط ، فتطلب من قاضي العقد أن يحكم بتوقيع الجزاء الذي يراه مناسبا حتى تأمن جانب المسؤولية . وبهذا المعنى ترد المحكمة الإدارية العليا على من يتخوفون من سلطة الإدارة في هذا الصدد بقولها : « والقول أنه– هذا الحق – يطلق يد الإدارة في توقيع الغرامة التي تقدرها بلا قيد من حيث مقدارها، هذا القول مردود عليه بأن استعمال الإدارة حقها المخول لها من حيث فرض الغرامة على المخالف خاضع لرقابة القضاء الإداري للتحقق من أنه غير مشوب بالتعسف » على أن مجلس الدولة الفرنسي يمتنع عن الحكم بناء على طلب جهة الإدارة المتعاقدة في حالة ما إذا كان العقد يحتفظ لجهة إدارية أخرى بحق توقيع الجزاءات على المخالفات التي يرتكبها المتعاقد. وبناء على هذا الأساس رفض

---

[2] سليمان محمد الطماوي ، مرجع سابق ، ص 500.

Create PDF files without this message by purchasing novaPDF printer (http://www.novapdf.com)

أن يجيب المجلس البلدي إلى طلبه بفسخ عقد الامتياز لأن العقد المطلوب فسخه يحتفظ بهذا الحق للمحافظ [1].

2- تمتع الإدارة بحق توقيع الجزاء ولو لم ينص عليه العقد :

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 ؟ هل ذلك يغل يد الإدارة في توقيع مثل هذه الجزاءات ؟ . الواقع يؤكد أنه يجوز للإدارة توقيع مثل هذه الجزاءات حتى ولو لم ينص عليها في العقد وبالتالي عدم جواز اتخاذ أي إجراء يحول دون استعمال الجهة الإدارية لحقها في توقيع الجزاء.

نستخلص من ذلك أن سلطة الإدارة في توقيع الجزاء لا يشترط أن ينص عليها في العقد حتى يتم ممارستها ، ولكنها سلطة مستقلة ناتجة عن نصوص العقد وعن اتصاله بنشاط المرفق العام .فمبدأ السلطة الملزمة للنصوص مازال له احترامه في نظرية العقود الادارية طالما لا تتعارض مع القواعد العامة بشرط ممارستها تحت رقابة القضاء . فسلطة الإدارة في فرض الجزاءات ولو لم ينص عليها في العقد مستقلة تماما عن العقد فهي نابعة من مبادئ القانون العام السائد في القانون الإداري ، كذلك فإن النص على بعض الجزاءات لا يعني بالتأكيد حرمان الإدارة من ممارسة أنواع الجزاءات الأخرى ، فمن باب أولى إذن أن سكوت العقد عن النص على جزاءات معينة لا يعني عدم وجودها تحقيقا لمصلحة المرفق العام .ويترتب على ذلك أن هذه الحقوق التي تثبت للإدارة لا يجوز لها أن تتنازل عنها في نصوص العقد الذي تبرمه، و فبعد أن كان مجلس الدولة الفرنسي يقيد الإدارة بالنصوص التعاقدية بدأ يأخذ بمبدأ أن سلطة الإدارة في فرض الجزاء هو سلطة مستقلة عن نصوص العقد وبالتالي فإن هذه السلطة توجد ولو لم ينص عليها في العقد وإذا ما نص العقد على بعض الجزاءات وأغفل بعضها الآخر فإن ذلك لا يعني تقييد الإدارة بالجزاءات المنصوص عليها في العقد بل للإدارة أن تفرض جميع أنواع الجزاءات المقررة ولكن تحق رقابة القضاء وقد قضى مجلس الدولة الفرنسي بهذا

---

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

Create PDF files without this message by purchasing novaPDF printer (http://www.novapdf.com)

المبدأ الجديد في حكمه في قضية" Déplanque" الصادر سنة 1907. ونخلص مما سبق أن تمتع الإدارة يحق فرض الجزاء ولو لم ينص عليه في العقد يتضمن مايلي :

1) في حالة أن العقد لم يتضمن جزاءات فإن هذا لا يعني حرمان الإدارة من الحق في توقيعها.

2) في حالة النص على بعض الجزاءات فإن ذلك لا يعني عدم توقيع باقيها .

3) في حالة تحديد خطأ يعينه وتم وضع جزاء محدد له فعلى الإدارة عندئذ أن تلتزم بهذا الجزاء ولا يجوز لها أن تستبدل به غير من الجزاءات . [1]

ولكن الملاحظ أن القضاء لم يعدل الحكم الأخير على إطلاقه إلا بالنسبة للجزاءات المالية أما فيما عداها من الجزاءات فإن مجلس الدولة الفرنسي في بعض الأحكام قد خرج على الجزاء المتفق عليه بالنسبة إلى مخالفات معينة ، اما بالتخفيف اذاكانت العقوبة المتفق عليها مغالى فيها ومثال ذلك اكتفاؤه بوضع المرفق تحت الحراسة بدل عقوبة توقيع الفسخ المنصوص عليها في العقد ، وأما بالتشديد إذا قدر أن جسامة المخالفة لا تتفق مع العقوبة المنصوص عليها في العقد الاستعاضة عن العقوبة المنصوص عليها بالفسخ . وقد أخذت بهذا الأمر المحكمة الادارية العليا في حكمها الصادر في 1965/11/27 حيث تقرر أنه يجوز الجمع بين مصادرة التأمين والفسخ والتعويض بشرط أن لا يحظر العقد الإداري صراحة هذا الجمع وأن يكون الضرر لا يزال موجودا بعد مصادرة التأمين أي أن بكون الضرر اكبر من مبلغ التأمين . [2]

وهذا الأمر الذي سنراه بشيء من التفصيل عند التطرق لجواز الجمع بين جزاء مصادرة التأمين وباقي الجزاءات الأخرى والذي سنتطرق فيه إلى موقف المشرع الجزائري منه .

3- ضرورة اعذار المتعاقد قبل توقيع العقوبة :

اذا كانت نظرية الجزاءات في العقد الإداري تحدد حقوق الإدارة وسلطاتها المتعددة إزاء الجهة المتعاقدة معها ، فإنها بالمقابل تعترف للمتعاقد مع الإدارة بضمانات قانونية لحماية حقوقه ضد محاولة الإدارة لتجاوز سلطاتها ، وتتمثل هذه الضمانات في أن الإدارة ملزمة بأن تقوم باعذار المتعاقد معها قبل أن تفرض عليه الجزاء .[3]

---

[1] خالد مصطفى حواطمة، المرجع السابق،ص31و مابعدها.

[1] سليمان محمد الطماوي ، مرجع سابق ، ص504.

[2] خالد مصطفى حواطمة، ،مرجع سابق ، ص 34.

Create PDF files without this message by purchasing novaPDF printer (http://www.novapdf.com)

ويقصد بالاعذار وفقا للقواعد العامة إثبات حالة تأخر المدين في تنفيذ التزاماته إثباتا قانونيا [1].

وأن هذا الاعذار هو أمر تقتضيه قواعد العدالة وذلك من أجل تنبيه المتعاقد المقصر إلى مخالفته التي قد تضر بالمرفق العام ، وكما أن الاعذار يعني تنبيها للمتعاقد المقصر بأن الإدارة سوف تفرض عليه الجزاء الذي تراه مناسبا إذا ما استمر في ممارسة تقصيره ، و إخلاله بالالتزام الواقع عليه ومن مقتضى ذلك أن تترك الإدارة فرصة بعد اعذاره من أجل تصحيح خطأه .[2]

ويفرض مجلس الدولة الفرنسي على الإدارة –كقاعدة عامة– أن تنذر المتعاقد المخطئ وأن تنبهه إلى خطئه قبل توقيع الجزاء . وهذا الالتزام لاشك فيه بالنسبة إلى بعض الجزاءات الأخرى كوضع المشرع تحت الحراسة ، ولكن بعض أحكام مجلس الدولة الفرنسي يستفاد منها تعميم الالتزام السابق ، لاسيما حكمه الصادر في 1941/7/11 في قضية (Grenouiller) المجموعة ص124 وقد جاء في هذا الحكم قول المجلس :

« Aucune Clause du contrat ne dispensait la commune en cas d'inexécution par de avant contractant d'un de ses engagements del'obligation de la mettre en demeure que ne soient prises les sanctions que pouvaient comporter ses manquements »

ولكن مجلس الدولة الفرنسي يضع على القاعدة السابقة الاستثناءات التالية :

تعفى الإدارة من الاعذار إذا تضمن العقد شرطا بهذا المعنى أو إذا ورد حكم به في دفاتر الشروط أو في نص من النصوص ، كذلك أعفى المجلس الإدارة من شرط الاعذار إذا كانت الظروف تضفي على تنفيذ العقد طابع الضرورة الملحة ، ومثال ذلك تسليم المشتريات المتعلقة بالمجهود الحربي في مواعيدها فبمجرد حلول الموعد ، يعتبر بذاته اعذار للمتعاقد بالوفاء، و الاعذار ليس له شكل محدد ، وليست الإدارة ملزمة بأن تذكر المتعاقد بكافة تفاصيل التزاماته التي قصر في الوفاء بها ، كما أن الإدارة إذا عدلت عن

---

[3]عبد الرزاق السنهوري ،**الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، (نظرية الالتزام)**، الجزء الثاني ،دار إحياء التراث ، بيروت ، 1990 ، ص 830 .

[4]خالد مصطفى حواطمة ،المرجع السابق،ص35 .

Create PDF files without this message by purchasing novaPDF printer (http://www.novapdf.com)

الإنذار بعد توجيهه فإنه يتعين عليها أن تعيده من جديد إذا أرادت العودة إلى التمسك بالخطأ المنسوب إلى المتعاقد ، ولكن يجب أن يكون العدول صريحا ونتيجة موقف إيجابي من الإدارة ، ولا يكفي في هذا الصدد مجرد التراخي أو مرور وقت طويل بين الاعذار وبين توقيع الجزاء . أما عن موقف فقهاء القانون الإداري في مصر يرون أن نصوص القانون المدني المتعلقة بالاعذار يجب أعمالها في دائرة الجزاءات الإدارية باعتبار أنها قواعد عامة وتطبيقا لهذه النصوص يجب اعذار المتعاقد قبل فرض الجزاء عليه ، إلا أن الاعذار لا يكون ضروريا في حالة ما إذا قرر المتعاقد عدم تنفيذ الالتزام الواقع على عاتقه أو عندما يصبح تنفيذ العقد مستحيلا أو غير مجد فعله كما يجب على الإدارة أن تلتزم بتطبيق الجزاء ذاته المبين في الاعذار دون غيره [1].

أما عن التشريع المصري فمن خلال المادة 84 من القانون المتعلق بالمزايدات والمناقصات المصري 1998 فإنها أقرت الأخذ بوسيلة الاعذار ويكون بكتاب موصى عليه على عنوان المتعاقد المقصر المبين بالعقد لإعلامه بضرورة إصلاح الخلل في تنفيذ العقد وإلا كان عرضة لتوقيع جزاء فسخ العقد أو سحب العمل من المقاول وتنفيذه على حسابه بذات الشروط والمواصفات .

أما عن موقف المشرع الجزائري فإنه وباستقراء نص المادة 112من قانون الصفقات العمومية نجد بأن المشرع تقريبا أخذ بنفس معنى المشرع المصري في الاعذار إذ أنه في حالة ما إذا لم يتقيد المتعاقد بالتزاماته توجه له المصلحة المتعاقدة اعذار ليفي بالتزاماته في الأجل الذي تحدده الإدارة في الاعذار وإذا لم ينفذ التزاماته في ذلك الأجل فإنها تفسخ الصفقة من جانب واحد.[2]

4 – حق الإدارة في اختيار موعد توقيع الجزاء :

تتسم هذه الجزاءات بأن ميعاد توقيعها يكون وفقا لإرادة الادارة إرادة 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 سير المرفق العام كما أن

---

[1] خالد مصطفى حواطمة،المرجع السابق، ص36و مابعدها .

[1] المادة 112 من المرسوم الرئاسي 10–236 المؤرخ في 2010/10/7 ،المعدل والمتمم.

Create PDF files without this message by purchasing novaPDF printer (http://www.novapdf.com)

للجهة الادارية سلطة تقديرية في تحديد الجزاء الملائم غير أن هذه السلطة ليست مطلقة من أي قيد ، فينبغي احترام النصوص التعاقدية المتفق عليها كما لا يجوز للجهة الادارية توقيع جزاء أشد من الجزاءات المتفق عليها إلا في حالة ارتكاب مخالفة جسيمة من قبل المتعاقد ، وإذا أقرت الإدارة صراحة أو ضمنا بأنها لم تحرص على تنفيذ العقد في المواعيد المتفق عليها ترتيبا على أن تنفيذ العقد في هذه المواعيد كان لازما فيعتبر ذلك بمثابة إعفاء ضمني للمتعاقد من تنفيذ العقوبة مما لا يكون معه مجال لتوقيع الجزاءات ، كما أن الإدارة تملك اختيار الجزاء المناسب وتوقعه في التوقيت المناسب.[1]

5- خضوع الإدارة في توقيع الجزاءات لرقابة القضاء :

وهذه الرقابة القضائية توازن سلطات الإدارة الواسعة في هذا المجال ، وتمثل ضمانة فعالة للمتعاقد ضد تعسف الإدارة أو مخالفتها للقانون [2] .

والمسلم به أن رقابة القضاء في هذا الصدد هي من قبيل القضاء الكامل ، ومن ثم فإن سلطاته واسعة ، تتناول مشروعية القرارات الصادرة من الإدارة بتوقيع الجزاءات ساء من حيث الشكل أو الاختصاص أو مخالفة القانون أو التعسف أو الانحراف ولكنها لا تقف عند الحد السابق ، بل تمتد إلى البواعث التي أدت بالإدارة إلى توقيع الجزاء ، كما تتناول أسبابه ، فيقدر القضاء ما إذا كان المتعاقد قد أخطأ حقيقية ، وما إذا كان الجزاء الذي وقعته الإدارة يتناسب مع الخطأ المنسوب إلى المتعاقد ولكن سلطات القاضي ليست واحدة في مواجهة الجزاءات غير المشروعة أو القاسية

أ) فيما يتعلق بالجزاءات المالية ، يستطيع القاضي أن يحكم بردها، أو الإعفاء منها أو بتخفيضها على حسب الأحوال.

ب) أما فيما يتعلق بوسائل الضغط والإكراه التي تلجأ إليها الإدارة ، فإن القاضي يستطيع أن يحكم بالتعويض عنها ولكنه لا يستطيع أن يحكم بإلغائها في جميع الحالات[3]إلا أن

---

[2]طارق محمد عبد الرحمن سلطان، مرجع سابق ، ص137.

[1] طارق محمد عبد الرحمن سلطان ، المرجع السابق ، ص139.

[2]سليمان محمد الطماوي، مرجع سابق ص508.

Create PDF files without this message by purchasing novaPDF printer (http://www.novapdf.com)

الوضع مختلف بالنسبة للقضاء الإداري المصري فيما يتعلق بالجزاءات الضاغطة فقد حكم القضاء المصري بمصادرة التأمين المقدم من المقاول، كما حكم بإلغاء القرار الصادرمن الإدارة بالاستيلاء على أدوات المقاول بمكان العمل وهو وسيلة من وسائل الضغط الحكم الصاد في 1956/12/23قضية رقم 284.

والواقع أن للمتعاقد مع الإدارة الحق في اللجوء إلى القضاء وذلك من أجل الطعن في القرار الصادر بفرض الجزاء وهذا الحق مكفول بحكم القانون ولا جدال فيه ، فهذا الحق هو من النظام العام وأي شرط ينص في العقد على استبعاده يعتبر باطلا . وأن صاحب الولاية في النظر في المنازعات الناشئة عن العقود الادارية هو القضاء الإداري ومن خلال مراقبته لمدى الجزاء الصادر عن الإدارة بحق المتعاقد معها فإن الحكم الصادر عنه أقرب إلى الصواب وذلك لمعرفته بطبيعة المنازعات الناشئة عن العقد الإداري أكثر من القضاء العادي [1].

ويرى بعض الفقهاء في فرنسا بوجوب التمييز فيما يتعلق بالجزاءات بين سلطة الإدارة المستمدة من العقد ودفاتر الشروط وبين سلطتها المستمدة من اللوائح والقوانين ، وأن القرار الإداري الذي يقبل الطعن بالإلغاء هو الذي يصدر من الإدارة ، استنادا إلى مالها من سلطة بمقتضى القوانين .

واللوائح أما إذا كان الإجراء صادرا عنها استنادا إلى نصوص العقد ذاته وتنفيذا له فإن مثل هذا الإجراء لا يعتبر قرارا إداريا . وبالتالي لا يقبل دعوى الإلغاء ولا يرد عليه طلب وقف التنفيذ الخاص بالقرارات الادارية ، وإنما يعتبر من قبيل المنازعات الحقوقية التي تعرض على قاضي العقد ويكون محلا للطعن على أساس أن محكمة القضاء الإداري تنظر في منازعات العقود الادارية كلها.

والقضاء الإداري المصري لا يعترف بأحقية الإدارة في التنازل عن توقيع الجزاء بنفسها وبحق اللجوء إلى القضاء من أجل فرض الجزاء بدلا عنها ، أما قضاء مجلس الدولة الفرنسي فيتجه إلى أحقية السلطة بان تقوم بفرض الغرامة بنفسها وذلك طبقا لشروط العقد

---

[3] خالد مصطفى حواطمة ،مرجع سابق، ص41.

Create PDF files without this message by purchasing novaPDF printer (http://www.novapdf.com)

إلا أن هذا لا يعني أن تحرم من اللجوء إلى قاضي العقد لكي تحصل منه على حكم ضد الملتزم بإدانته ماليا وذلك تطبيقا للشرط الجزائي المنصوص عليه في العقد [1].

[1] حمد محمد حمد الشلماني،مرجع سابق،ص169و مابعدها .

Create PDF files without this message by purchasing novaPDF printer (http://www.novapdf.com)

- **ملـــخـــص الفصـــــل :**

انطلاقا من حق الإدارة في فرض الجزاءات المالية على المتعاقدين معها والذي يعتبر من بين السلطات التي تتمتع بها في العقود الادارية وفقا لما يعرف بتضمن هذه العقود للشروط الاستثنائية وهذا ما يرجح كفة الادارة المتعاقدة مقارنة بالمتعاقد معها لأنها تسعى الى تسيير المرفق العام بانتظام تحقيقا المصلحة العامة، فانه وعن تأصيل هذه السلطة خلال البحث في الأساس القانوني الذي يضفي صفة الشرعية على ممارسة الادارة لهذه السلطة فان ذلك كان محل اختلاف فقهي فهناك من أنكر وجود هذه السلطة من الأساس وهو رأي غير صحيح ، أما الرأي الثاني فقد أيد وجود هذه السلطة وهو الرأي الغالب ولكن اختلف في الأساس بين من يرجعها لفكرة السلطةالعامة ومن يرجعها الى فكرة المرفق العام ، وعن مبررات هذه السلطة فان تبرير وجودها يرجع الى فكرة ضمان سير المرفق العام بانتظام وتنفيذ العمل من المتعاقد في الوقت المحدد وعلى الوجه المطلوب تحقيقا للمصلحة العامة ، و ما يبررأيضا تمتع الادارة بهذه السلطة هوعدم انتظارها اللجوء الى القضاء لطلب توقيع الجزاء المالي على المتعاقد المخل بالتزاماته اذ يستلزم الأمر الوقت الطويل وهذا قد يمس بالمصلحة العامة التي تهدف الادارة الى تحقيقها، كما أن ممارسة الادارة لهذا الحق ليس على اطلاقه بل أن هناك شروط تحد منها وهي شروط خاصة بالمتعاقد اذ يجب أن يقع منه خطأ لتوقيع الجزاء عليه كعدم تنفيذه لالتزامه شخصيا، أو عدم تنفيذه لالتزامه في الوقت المحدد، أوعدم ضمانه لسير المرفق العام أما عن الشروط المتعلقة بالإدارة فانه يجب عليها أن تقوم بتوجيه انذار للمتعاقد قبل توقيع الجزاء المالي عليه كما يجب عليها أن تحترم في ذلك مبدأ الشرعية الذي يوجب خضوع الإدارة بعد أن تفرض الجزاء على المتعاقد معها ، لرقابة لاحقة من قبل القضاء الإداري وهذه الرقابة تعد بمنزلة ضمانة تحمي المتعاقد من تعسف الإدارة في استعمال حقها وهي رقابة مشروعية وتمتد الى رقابة الملائمة،وأن تترك مجالا للمتعاقد في أن يدافع عن نفسه ضد التهم الموجهة إليه وإثبات ذلك بكل طرق الإثبات، كما أن لهذه السطة مميزات تتمثل في أن الادارة تستطيع أن توقع الجزاء بنفسهاودون حاجة إلى الالتجاء إلى

Create PDF files without this message by purchasing novaPDF printer (http://www.novapdf.com)

القضاء مقدما ، ولكن تبقى تحت رقابة القضاء بطبيعة الحال، و للإدارة توقيع مثل هذه الجزاءات حتى ولو لم ينص عليها في العقد لأنها تتصل بنشاط المرفق العام لتسييره وتنظيمه ، وأن الادارة حرة في اختيار التوقيت الذي تراه مناسبا لتوقيع الجزاء ضمانا لاستمرار سير المرفق العام كما لهاأيضا تحديد الجزاء الملائم غير أن هذه السلطة ليست مطلقة اذ يجب عليها احترام النصوص التعاقدية المتفق عليها كما لا يجوز للجهة الادارية توقيع جزاء أشد من الجزاءات المتفق عليها إلا في حالة ارتكاب مخالفة جسيمة من قبل المتعاقد، كما تتميز سلطة الادارة بوجوباعذار المتعاقد قبل توقيع العقوبة الذي يعتبر ضمانة لحماية حقوقه ضد محاولة الإدارة لتجاوز سلطاتها ، اضافة الى خاصية خضوع الإدارة في توقيع الجزاءات لرقابة القضاء والتي وتمثل ضمانة للمتعاقد ضد تعسف الإدارة اتجاهه والتي تتناول مشروعية القرارات الصادرة من الإدارة من حيث الشكل أو الاختصاص ، أو مخالفة القانون أو التعسف أو الانحراف وتمتد إلىرقابة الملائمة .

Create PDF files without this message by purchasing novaPDF printer (http://www.novapdf.com)

الفصـل الثانـي

أنواع الجزاءات المالية التي تفرضها الإدارة على المتعاقدين معها

Create PDF files without this message by purchasing novaPDF printer (http://www.novapdf.com)

عندما تكون الإدارة طرفا في العقد يتركز جل اهتمامها على تنفيذه على أكمل وجه ممكن ومادام المتعاقد منفذا لالتزاماته وقائما بدوره بشكل مرض فالأمور تسير بشكلها الاعتيادي ولكنه يفقد هذه الحصانة اذا تقاعس أو أخل بالتزاماته المنصوص عليها في العقد. وعندما تبدأ الادارة باستخدام حقها في فرض الجزاءات على المتعاقد معها فإنها تبدأ عادة بالجزاءات المالية .

فمن أجل إلزام الإدارة المتعاقد معها على تنفيذ العقد ، يمكنها أن توقع عليه جزاءات مالية مختلفة ومتنوعة [1]

ومن هنا يتضح أن الجزاءات المالية تعتبر نتيجة منطقية للحرية العقدية للإدارة والتي تسمح لها من خلال الشروط المنصوص عليها في العقد أن تبين درجة التشدد في تنفيذ الالتزام المفروض على المتعاقد معها، وهي ليست أغراضا مقصودة بذاتها بل أنها توطئة لأغراض أخرى ووسيلة لترتيب نتيجة غاية في الأهمية تتمثل في ضمان سير المرافق العامة بانتظام وعلى هذا الأساس ستكون دراستنا لهذا الفصل من خلال ثلاث مباحث سنتطرق في المبحث الأول إلىالغرامة التأخيرية ،وفي المبحث الثاني سنتطرق إلى التعويض وفي المبحث الثالث سنتطرق إلى مصادرة التأمين.

---

[1] محمد صغير بعلي ،**العقود الإدارية** ، دار العلوم للنشر والتوزيع ،الجزائر، 2005 ، ص76.

Create PDF files without this message by purchasing novaPDF printer (http://www.novapdf.com)

المبحث الأول :الغرامة التأخيرية

إن إخلال المتعاقد بالتزامه في القانون المدني يؤدي إلى توقيع جزاء مالي في شكل تعويض عن الخسائر أي تعويض المتعاقد عن خسارته وما فاته من كسب أما إخلال المتعاقد بالتزامه في العقود الإدارية فيتم توقيع الجزاء المنصوص عليه في العقد أي عندما تكون الإدارة طرفا فيه .[1]

ويعد جزاء غرامات التأخير من أبرز الجزاءات المالية على الإطلاق ويشكل اللبنة الأساسية في سلم هرم الجزاءات ، ويمثل نقطة البدء في سلسلة الجزاءات التي تملكها الإدارة والتي توقعها على المتعاقد عندما يتراخى في تنفيذ التزاماته التعاقدية . [2]

وتأسيسا على ما تقدم سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين سنتناول في المطلب الأول مفهوم الغرامة التأخيرية ، وفي المطلب الثاني أسلوب توقيع الغرامة التأخيرية والإعفاء منها .

المطلب الأول : مفهوم الغرامة التأخيرية

ينبغي علينا لتحديد مفهوم الغرامة التأخيرية أن نتطرق إلى تعريف الغرامة التأخيرية وخصائصها التي تتميز بها الغرامة التأخيرية وتمييزها عن أحكام الشرط الجزائي وأحكام الغرامة التهديدية . وعلى ذلك سنقسم هذا المطلب إلى ثلاث فروع ففي الفرع الأول نتناول تعريف الغرامة التأخيرية وفي الفرع الثاني خصائص الغرامة التأخيرية ، وفي الفرع الثالث تمييزها عن أحكام الشرط الجزائي وأحكام الغرامة التهديدية.

الفرع الأول : تعريف الغرامة التأخيرية

الغرامة تعني الخسارة وهي ما يلزم أداؤه تأديبيا أو تعويضيا بعد انقضاء الوقت وتعرف:" بأنها مبالغ إجمالية تقدرها الإدارة مقدما، و

---

[1] سامي جمال الدين ، **أصول القانون الإداري** ، شركة مطابع الطوبجي التجارية ،القاهرة ، 1993 ، ص354.

[2] وليد سعود فارس القاضي ، مرجع سابق، ص 22.

Create PDF files without this message by purchasing novaPDF printer (http://www.novapdf.com)

تنص على توقيعها على المتعاقد المخل بالتزاماته لاسيما فيما يتعلق بالتأخير في التنفيذ وهذه الجزاءات لا يكاد يخلو منها عقد إداري "[1] .

وتعرف أيضا " بأنها مبالغ مالية يدفعها المتعاقد للإدارة جزاء إخلاله بأحد التزاماته وتطبق هذه الجزاءات المالية حتى ولو لم يترتب على إخلال المتعاقد بالتزاماته ضرر للجهة الإدارية" [2] .

كما تعرف "أنها تعويض جزائي محدد في العقد ولا مصدر لها سوى نصوص العقد ذاته ولا يشترط لتطبيقها إثبات الضرر" . والحقيقة أن هذا النوع من الجزاء يمكن أن يرد في جميع العقود الإدارية ويتم الاتفاق على فرضه في حالة الإخلال في أي نوع من الشروط ، والواقع أن الإدارة تلجأ إليه كثيرا كجزاء للتأخير وعند ذلك يطلق عليه غرامة التأخير . وعلى ذلك يمكن تعريفها بأنها :" مبلغ من المال يتم تحديده سلفا من قبل الإدارة ويفرض على المتعاقد إذا لم ينفذ الالتزامات الواقعة عليه خلال المدد المحددة في العقد " [3] .

الفرع الثاني : خصائص الغرامة التأخيرية

تتميز غرامة التأخير بخصائص يمكن إجمالها كالآتي :

أولا – غرامة التأخير مصدرها العقد المبرم بين الإدارة والمتعاقد معها :

تعتبر اتفاقية لأنها تحدد مقدما في الاتفاق , فإذا لم يكن قد نص عليها في العقد فلا يجوز للإدارة أن تسعى إلى تطبيقها على المتعاقد ولا تستطيع مطالبة المتعاقد بقيمتها [4].

فالنص على مقدارها في العقد يلزم الإدارة حتى ولو خالف ما تعنيه اللائحة فإذا ما اتفق أطراف العقد على تنظيمها ضمن شروط خاصة فإن هذه الشروط هي التي تطبق دون النصوص التشريعية واللائحية فالنص الخاص يقيد العام ، كما أن إغفال النص عليها يمنع من فرضها إلا إذا نص العقد عليها ، ولكن للإدارة في هذه الحالة الرجوع إلى قاضي العقد لكي يحكم لها بالتعويض عن الأضرار التي لحقت بها لكن يشرط إثبات الضرر

---

[3] محمد رفعت عبد الوهاب ، **مبادئ وأحكام القانون الإداري** ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ،2002 ،ص525.

[1] طارق محمد عبد الرحمن سلطان ، مرجع سابق، ص152ومابعدها .

[2] خالد مصطفى حواطمة ، مرجع سابق ، ص 67.

[3] حمد محمد حمد الشلماني ، مرجع سابق، ص 177.

Create PDF files without this message by purchasing novaPDF printer (http://www.novapdf.com)

ومقداره وهذا ما أقرته محكمة القضاء الإداري المصري في حكمها الصادر في 1961\6\25.

ولكن لا نكون هنا أمام غرامة تملك الإدارة أن تفرضها بنفسها دون اللجوء إلى القضاء ولكن تكون بصدد منازعة تعويض وتطبق عليها القواعد العامة من ضرر وخطأ وعلاقة سببية .[1]

ولكن هناك من يرى أن الغرامة تفرض حتى ولو لم ينص عليها في العقد بمعنى أنها ليست نابعة من العقد دائما ومن ثم فهي ليست نتاج اتفاق طرفي العقد فقط والواقع أن النصوص المتعلقة بلوائح المناقصات والمزايدات والتي تنظم غرامة التأخير تعد جزاءا ماليا من جزاءات العقد الإداري ما لم يستبعده طرفا العقد ،والإدارة تطبقها على المتعاقد الذي يتأخر في تنفيذ التزاماته العقدية في حال عدم النص عليها في العقد لأن عدم تطبيقها عليه في هذه الحالة سيؤدي إلى نتيجة غاية في الخطورة تتمثل في الإخلال بمبدأ حسن سير المرافق العامة بانتظام واضطراد حيث أن المتعاقد لا يجد أي رادع يحول دون تأخره في تنفيذ التزاماته ومن ثم ينبغي فرض غرامة التأخير ولو لم ينص عليها في العقد لأن ذلك من شأنه أن ينبهه عن تأخره ويجعله يتداركه حتى لا تطبق عليه عقوبات أشد قسوة .[2]

وبالرجوع إلى التشريع الجزائري نجده ومن خلال نص المادة 09 الفقرة الثانية والتي تنص على ما يلي: "تحدد الأحكام التعاقدية للصفقة نسبة العقوبات المالية وكيفيات فرضها أوالإعفاء منها طبقا لدفاتر الشروط المذكورة أدناه باعتبارها عناصر مكونة للصفقات العمومية " وبهذا فإنه أقر بأن أحكام العقوبات المالية ومنها الغرامة التأخيرية مصدرها العقد المبرم بين الإدارة والمتعاقد معها وبالتالي فإن مصدر الغرامة التأخيرية هو الاتفاق المبرم بين الطرفين والتي يحال تحديدها بدقة طبقا لدفتر الشروط [3] . وهذا ما يفهم أيضا من نص المادة 62 من نفس المرسوم الرئاسي سالف الذكر والتي اعتبرت أن نسب

---

[4]خالد مصطفى حواطمة ، المرجع السابق، ص69 ومابعدها .

[1]وليد سعود فارس القاضي ، ص29 ومابعدها .

[2] المادة 9 من المرسوم الرئاسي رقم 10- 236 المؤرخ في 2010/10/7 المتضمن قانون الصفقات العمومية المعدل والمتمم.

Create PDF files without this message by purchasing novaPDF printer (http://www.novapdf.com)

العقوبات المالية وكيفية حسابها وشروط تطبيقها أو حالات الإعفاء منها من البيانات التي يجب أن تتضمنها بنود الصفقة .[1]

ثانيا – غرامة التأخير تفرض بموجب قرار إداري:

تتميز غرامة التأخير بأنها تفرض بموجب قرار إداري من قبل الإدارة ، أي أنه يجب لإستحقاق هذه الغرامة أن يصدر قرار تنفيذي من جانب الإدارة استنادا إلى صلاحيات التنفيذ المباشر الذي هو مسند لها بموجب سلطاتها في العقد الإداري، ومن بين هذه السلطات سلطتها في فرض الجزاءات على المتعاقدين معها إنطلاقا من القرارات التي تصدر منها وذلك بهدف توقيع غرامة التأخير على المتعاقد الذي قصر في تنفيذ التزاماته وذلك بسبب التأخر في القيام بالتزاماته الموكلة له بموجب العقد الموقع بينه وبين الإدارة وهي المصلحة المتعاقدة معه، وذلك انطلاقا مما تملكه من سلطات لتنفيذ هذا القرار لأن مجرد النص على جزاء الغرامة لا يكفي لكي يكون مستحقا للإدارة.[2]

وتطبق بمقتضى قرار إداري دون حاجة إلى الالتجاء إلى القضاء للحكم بتوقيع هذا الجزاء وهو ما تتميز به العقود الإدارية وحدها مما يخرج على ما يجري عليه العمل في ميدان القانون الخاص فجهات الإدارة تخرج على هذا النظام عن طريق الغرامة بقرار إداري منها[3]. ومع ذلك فقد أثيرت عدة تساؤلات في هذا الصدد وكانت جلها تدور حول مدى اعتبار القرار المتضمن توقيع غرامة التأخير أو أي جزاء آخر قرار إداريا أم لا ؟ وفي حالة اعتباره قرار إداري فهل للمتعاقد أن يطعن به ؟ وما هو طريق الطعــن إن وجد ؟ هل هو بقضاء الإلغاء أم بالقضاء الكامل ؟

ولقد جاءت الأجوبة على تلك التساؤلات متناقضة ومختلفة فاتجاه يرى أن القرار المتضمن توقيع جزاء غرامة التأخير – أو أي جزاء آخر –ما هو إلا إجراء تمارسه الإدارة استنادا إلى نصوص العقد ، ومن ثم لا يجوز الطعن بالإلغاء في مجال العقود الإدارية ، وإن جاز للمتعاقد أن يطعن بالقرار أمام القضاء الكامل ويدعم أصحاب هذا الرأي اتجاههم بعدد من الحجج تتمثل فيما يلي :

---

[1] المادة 62 من المرسوم الرئاسي رقم 10– 236 المؤرخ في 2010/10/7 السالف الذكر.

(1) عبد الغني بسيوني عبد الله ، مرجع سابق ، ص549 .

[2] سليمان محمد الطماوي ،مرجع سابق، ص517.

Create PDF files without this message by purchasing novaPDF printer (http://www.novapdf.com)

1)- أن القرار الإداري يصدر من جهة الإدارة استنادا لما لها من سلطة بمقتضى القوانين واللوائح أماإذا كان الإجراء صادرا من جهة الإدارة استنادا إلى نصوص العقد نفسه وتنفيذا له فإن مثل هذا الإجراء لا يعد قرار إداريا وإنما يعد من قبل المنازعات الحقوقية التي تعرض على قاضي العقد[1].

2)- أن دعوى الإلغاء لا توجه إلى العقود ، ذلك أن من شروط قبول دعوى الإلغاء أن توجه إلى قرار إداري وهو تعبير عن الإرادة المنفردة للإدارة ، بينما العقد هو توافق إرادتين.

وهناك اتجاه آخر يرى أن القرار المتضمن توقيع جزاء الغرامة – أو أي جزاء آخر–هو قرار إداري ولكن لا يجوز للمتعاقد الطعن به بالإلغاء . ويستند هذا الرأي إلى الحجج التالية:

2).1/- أن القرار الصادر بتوقيع الجزاء يعد من قبل القرارات الإدارية تبعا للمعيار الشكلي حيث يصدر من جهة إدارية ولكنه يصدر بمناسبة مخالفة إدارية . ولذا فهو ذو طبيعة قضائية .

2).2/- أن القرار الصادر بالجزاء قرار إداري إذ أنه يصدر من جهة إدارية من أجل إحداث أثر قانوني يتمثل بفرض الجزاء على المتعاقد المخل بالتزامه . وللإدارة إصدار هذا القرار بما لها من سلطة بموجب القوانين واللوائح ، وكذلك فإن لائحة المناقصات والقواعد العامة والقوانين تعطي للإدارة تلك السلطة ، وبنود العقد ذاته يمكن أن تستند إليها الإدارة عند إصدارها مثل هذه القرارات[2]

2).3/- أن القرار المتضمن توقيع جزاء على المتعاقد المقصر يجوز الطعن به أمام القضاء الكامل الذي يتصف بمزايا عديدة تعود بالنفع على المتعاقد ، ومن ثم لا يجوز للمتعاقد الطعن فيه بالإلغاء وهناك من يقر بقبول الطعن يتجاوز السلطة ويصوغ الحجج الآتية :

---

[3]وليد سعود فارس القاضي ،مرجع سابق، ص 31 ومابعدها .

[1]عبد الغني بسيوني عبد الله ، **القضاء الإداري** ، منشأة المعارف ،الإسكندرية، 1996،ص434.

Create PDF files without this message by purchasing novaPDF printer (http://www.novapdf.com)

– أن القضاء الإداري يقبل الطعن يتجاوز السلطة ضد النصوص الواردة في العقد والتي قد تبدو في ظاهرها نصوصا تعاقدية ولكنها في حقيقة الأمر نصوص لائحية . ويترتب على ذلك أن مخالفة هذه النصوص هي مخالفة للائحة ، مما يمكن الطعن فيها يتجاوز السلطة .

– أن الطعن بتجاوز السلطة ينتج عن حذف مبدأ المشروعية وعليه فإن أي تصرف أو عمل ينطويعلى عدم المشروعية يجوز الطعن فيه بتجاوز السلطة ، سواء كان ناتجا عن إرادة طرف أو أكثر[1] .

والمفترض أن يكون شكل القرار منسجما مع مضمونه وبهذا يكون شكله جزءا من مضمونه ولهذا يتعذر التفرقة بين مضمون القرار وشكله ، والنقطة المهمة هنا هي أنه إذا كان القرار بحكم طبيعيته إداريا وجب أن يكون الطعن فيه ضمن اختصاص القضاء الإداري ،وعلى وجه التحديد ضمن اختصاص قضاء الإلغاء . وعلاوة على ما أوردناه من حجج فإن السند هو أن مجلس الدولة الفرنسي أجاز الطعن بالقرارات الإدارية المنفصلة والقابلة للانفصال عن العقد الإداري ، كما أجاز الطعن بالقرارات التي تخص تنفيذ العقد ولكنه حصرها بالقرارات التي تخرج عن نطاق العقود مثل القرارات التي تصدرها الإدارة بموجب مالها من سلطات بوليسية والقرارات التي يطعن بها المتعاقدون أصحاب المراكز اللائحية [2].

وفي هذا الصدد هناك من يصف غرامة التأخير بالمرونة ويضمن هذه الخاصية تحت تسمية أن غرامة التأخير مرنة كون أنه يمكن استحقاقها بموجب قرار إداري يصدر عن الإدارة ودون حاجة لاستصدار حكم قضائي بتوقيعها .

وفي حالة الإدعاء بإخلال الجهة الإدارية بالتزاماتها الواردة في العقد بخطأ منها يكون للمتعاقد الحق في اللجوء للقضاء للمطالبة بتعويض عما يكون قد لحق من ضرر نتيجة ذلك مالم يتفق الطرفان على التحكيم وفقا للقواعد والجزاءات المنصوص عليها في قانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية.

---

[2] وليد سعود فارس القاضي ،مرجع سابق، ص34.

[1] سليمان محمد الطماوي ، **الوجيز في القانون الإداري** ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، ص208.

Create PDF files without this message by purchasing novaPDF printer (http://www.novapdf.com)

هذا ويوازن سلطة الإدارة في توقيع الغرامة بنفسها حق المتعاقد أن ينازع أمام قاضي العقد في صحة الغرامة الموقعة ضده ، وهنا يجب أن تنحصر محاولاته في ركن الخطأ وليس الضرر [1].

ثالثا – غرامة التأخير تفرض بدون إنذار أو تنبيه :

فالمبدأ المعمول به في فرنسا هو أن الإدارة ملزمة باعذار المتعاقد معها قبل توقيع الغرامة عليه أما في مصر فتستطيع الإدارة فرضها بمجرد حدوث التأخير دون أن توجه للمتعاقد إنذار أو تنبيها أو أي إجراء آخر ...[2]فقد قضى مجلس الدولة المصري بأن"غرامة التأخير تستحق بمجرد انتهاء الفترة المحددة في العقد دون حاجة إلى التنبيه باستحقاقها"[3].

وبالرجوع الى الوضع في فرنسا فإن التزام الإدارة من حيث المبدأ أن تعذر متعاقدها المقصر بالغرامة قبل توقيعها عليه وذلك تطبيقا للخصائص المشتركة للجزاءات الإدارية والتي لا تسري إلا من يوم الاعذار بها سواء ورد النص عليها في العقد أو لم يرد نص بذلك . غير أن هذه القاعدة ليست مطلقة ويرد عليها بعض الاستثناءات وهي :

1- لا توجد ضرورة لاعذار المتعاقد مع الإدارة في حالة وجود نص صريح في العقد .

2- كما أن الاعذار لا ضرورة له وذلك في حالة ما إذا تم الاستدلال من عبارات العقد على أن الإدارة معفية ضمنيا ، كأن تقضي شروط العقد وطبيعته على أن المتعاقد يجب أن يقوم بالتنفيذ في مواعيد محددة وغاية في الصرامة فحلول الموعد يعتبر بمثابة اعذار للمتعاقد مع الإدارة (حكم مجلس الدولة الفرنسي في 1919/2/5) .

3- ولا محل للإعذار أيضا إذا كانت طبيعة العقد والظروف التي أبرم من أجل تحقيقها تتطلب أن يتم التنفيذ بمراعاة الخاصية الهامة والعاجلة لمدد التسليم كعقود التمديدات للقوات المسلحة وقت الحرب (حكم مجلس الدولة الفرنسي في قضية chalas في 27 مارس 1920) .

---

[2] نصر الدين محمد بشير ، مرجع سابق، ص89.

[3] طارق محمد عبد الرحمن سلطان ،مرجع سابق،ص162.

[4] خالد مصطفى حواطمة ، مرجع سابق ،ص71.

Create PDF files without this message by purchasing novaPDF printer (http://www.novapdf.com)

ولقد ذهب رأي في الفقه إلى القول أن الإنذار يعد شرطا أساسيا في نطاق العقود المدنية فقط ومن ثم لا يعتبر ضروريا في نطاق العقود الإدارية إلا إذا نص العقد على ذلك .

ويسوغ هذا الرأي بالأسباب التالية :

1- بما أن الإدارة تعمل من أجل المصلحة العامة وهي المسؤولة عن ضمان سير المرافق العامة فهي وحدها التي تقرر مدى الفائدة من الإنذار .

2- أن الهدف من تطبيق الجزاء هو ضمان استمرارية المرفق العام . [1]

3- أن الرقابة القضائية على سلطة الإدارة في فرض الجزاءات المختلفة تحمي المتعاقدين من أي تجاوز قد تمارسه الإدارة .وبالرغم من الوجاهة البادية على هذا الرأي فمع أن الإدارة هي المسؤولة عن حسن سير المرفق العام وتقوم بترجيح المصلحة العامة على المصلحة الخاصة.

إلا أن أهمية الإنذار في غرامات التأخير يعد عاملا فعالا في تنبيه المتعاقد لتفادي أخطائه ضمن مدة معينة ومن ثم يؤدي إلى عدم توقيع الجزاء عليه ، وهنا تتحقق المصلحة الشخصية للمتعاقد . وفي الوقت ذاته يضمن قيام المتعاقد بتنفيذ بنود العقد بشكل سليم بعد أن يتم إنذاره ، وعليه فإن عدم إنذار المتعاقد قبل توقيع الجزاء عليه قد يربكه وبالتالي يربك سير المرفق العام . كما أن القول بأن الرقابة القضائية على حق الإدارة في فرض الجزاءات تحمي المتعاقد من تجاوزات الإدارة قول وإن صح لكنه لن يؤتى ثماره في حال عدم إنذار المتعاقد كون عملية لجوء المتعاقد للقضاء تستغرق وقتا قد يطول مما يشكل عائقا في طريق استمرار المرفق العام [2].

-وعن موقف المشرع الجزائري حول الاعذار أو الإنذار فإنه أقر بأن المصلحة توجه اعذار المتعاقد معها في حالة فسخ الصفقة فقط . إذا لم ينفذ التزاماته في الأجل المحدد في الاعذار الموجه له وهذا من خلال نص المادة 112من المرسوم الرئاسي رقم 10- 236 المؤرخ في 2010/10/7 المتضمن قانون الصفقات العمومية المعدل و المتمم والتي نصت على ما يلي :"إذا لم ينفذ المتعاقد التزاماته توجه له الإدارة إنذار ليفي بالتزاماته

---

[1] وليد سعود فارس القاضي ، مرجع سابق، ص36.

[2] وليد سعود فارس القاضي ، المرجع السابق، ص37.

Create PDF files without this message by purchasing novaPDF printer (http://www.novapdf.com)

التعاقدية في أجل محدد . وإن لم يتدارك المتعاقد تقصيره في الأجل الذي حدده الاعذار المنصوص عليه أعلاه يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تفسخ الصفقة من جانب واحد ".

والملاحظ أن المشرع الجزائري من خلال قانون الصفقات العمومية السالف الذكر وفي شأن الاعذار فقدأدرج هذه المادة في القسم الذي جاء تحت عنوان الفسخ وكأنه أعطى أحقية المتعاقد في الاعذار عندما لا ينفذ المتعاقد التزامه والذي تكون نتيجة الفسخ إذا لم يتدارك تقصيره في الأجل المحدد. [1]

رابعا – غرامة التأخير تستحق حتى إذا لم يلحق بالإدارة ضرر فعلي :

من المسلم به أن غرامات التأخير تختلف عن الأنظمة المشابهة لها في نطاق عقود القانون الخاص حيث أن الضرر مفترض بقرينة قاطعة لا تقبل إثبات العكس، ويذهب رأي في الفقه الفرنسي إلى القول : « إن للإدارة حق توقيع الغرامات على المتعاقد بمجرد التأخير دون حاجة لإثبات ما أصابها من ضرر » [2].

وفي هذا الشأن ومن أحكام المحكمة الإدارية العليا المصرية نجد حكمها الصادر في 1970/3/21 وفيه تقول :« من المبادئ في فقه القانون الإداري أن غرامات التأخير في العقود الإدارية مقررة ضمانا لتنفيذ هذه العقود في المواعيد المتفق عليها حرصا على حسن سير المرافق العامة بانتظام ولذا فإن الغرامات التي ينص عليها في تلك العقود توقعها جهات الإدارة من تلقاء نفسها دون أن تلتزم بإثبات حصول الضرر، كما لا يقبل إبتداءا من المتعاقد إثبات عدم حصوله» [3].

كما لا يقبل من المتعاقد إثبات عدم تسبب التأخير في إصابة الإدارة بضرر لكي يتخلص من أداء الغرامة إذ أن الضرر مفترض بمجرد التأخير وما ذلك إلا تطبيقا لفلسفة الجزاء الإداري والذي يكون هدفه تأمين سير المرافق العامة .[4]

ولا يجوز للمتعاقد الاحتجاج على أن الغرامة المفروضة تزيد عن الضرر الواقع فعلا فهو يلتزم بتلك الأرقام المحددة في

---

[2] المادة 112 من المرسوم الرئاسي رقم 10- 236 المتضمن قانون الصفقات العمومية المعدل والمتمم .

[1] وليد سعود فارس القاضي ، مرجع سابق ،،ص 37.

[2] سليمان محمد الطماوي ،**الأسس العامة للعقود الإدارية(دراسة مقارنة)**، مرجع سابق ، ص 519.

[3] طارق محمد عبد الرحمن سلطان ، مرجع سابق ، ص162.

Create PDF files without this message by purchasing novaPDF printer (http://www.novapdf.com)

العقد إذ ليس له أن ينازع في مدى استحقاق الإدارة لها بالمقابل ليس للإدارة أن تزيد في مبلغ الغرامة بحجة أنها لا تغطي الأضرار الحقيقية . بمعنى أن النص على مقدارها في العقد يغل يد الإدارة في زيادتها حتى ولو نتج عن التأخير ضرر يزيد على قدر الغرامة المحددة في العقد. وفي هذا الشأن نجد حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في1944/6/14 في قضية (sekoulounes) [1].

خامسا – غرامة التأخير لا يجوز تخفيضها من قبل الجهة القضائية :

إذا كان يجوز للجهة القضائية أن تخفض المبلغ المحدد في الشرط الجزائي في نطاق العقود المدنية فإنها لا تملك هذا الحق في نطاق غرامات التأخير لأن هذه المسألة من المسائل التقديرية التي ترجع لجهة الإدارة ، والقول بغير ذلك يجعل من الإدارة أداة صماء تنفذ القوانين حرفيا دون مراعاة ظروف التنفيذ ، ومن شأن ذلك أن يصيب الإدارة بجمود الأمر الذي يلحق الضرر البالغ بفكرة النفع العام الذي تقوم الإدارة على إشباعه والسلطة التقديرية منحت الإدارة مقابل تحملها لمسؤولية ضخمة تكمن في سير المرافق العامة بانتظام . [2]

سادسا – غرامة التأخير يمكن الجمع بينها وبين الجزاءات غير المالية :

إذا لم يكن للإدارة الجمع بين غرامة التأخير والتعويض مثلا في هذا الشأن نجد حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في 1924/11/21 في قضية(Dupont) وفي 1945/3/28 في قضية (calausier) وفي 1944/5/3 في قضية (Rousteau) وما جاء فيه قول المجلس:

« la ville n’a pas droit à une indemnité distincte des pénalités pour le préjudicequ’ ont pu lui causer les infractions dont s’ agit »

إذ أن الأرقام المحددة في العقد (أو اللوائح) تفرض عليها أن لا تطالب بأكثر منها فإنها تستطيع أن تجمع بينها وبين الجزاءات التي تستهدف الضغط على المتعاقد أو الفسخ

---

[4]سليمان محمد الطماوي ،**الأسس العامة للعقود الإدارية(دراسة مقارنة)**، المرجع السابق ، ص 515.

[1]وليد سعود فارس القاضي ، رسالة ماجستير ،مرجع سابق ، ص 38.

Create PDF files without this message by purchasing novaPDF printer (http://www.novapdf.com)

وفي هذا الصدد نجد حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في 1932/6/15 في قضية (servette) ويتعلق بجواز الجمع بين الغرامة وفسخ العقد . [1]

عن موقف المشرع الجزائري من الغرامة التأخيرية فإنه قد نص على أن الإدارة تملك سلطة توقيع الجزاءات المالية وتجـــــد هذه السلـــطة أســـاسهـــا القـــانوني فـــــي المـــــادة 09 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المؤرخ في7 أكتوبر 2010والمتضمن تنظيم الصفقات العمومية المعدل والمتمم والتي تنص على مايلي : " 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. تحدد الأحكام التعاقدية للصفقة نسبة العقوبات المالية و كيفيات فرضها أو الإعفاء". فالمشرع الجزائري من خلال نص المادة 09 من المرسوم الرئاسي المذكور أعلاه فإنه يقصد بالعقوبات المالية الغرامة التأخيرية كأساس لأنه حدد بقوله عدم تنفيذ الالتزامات التعاقدية من قبل المتعاقد في الآجال المقررة، ودون الإخلال بتطبيق العقوبات المنصوص عليها في التشريع المعمول به. وكان يقصد من ذلك أنواع العقوبات المالية الأخرى مثل مصادرة التأمين .[2]

وفي نفس الوقت أحال تحديد نسبة العقوبات المالية و كيفيات فرضها أو الإعفاء منها طبقا لدفاتر الشروط وما تتضمنه من نصوص وتم التأكيد على هذا الأمر من خلال ما جاء في نص المادة 01/90 من نفس المرسوم الرئاسي السالف الذكر وذلك بقولها :« تقتطع العقوبات المالية التعاقدية المطبقة على المتعاقدين بموجب بنود الصفقة ، من الدفعات التي تتم حسب الشروط و الكيفيات المنصوص عليها في الصفقة »

- وأيضا ما جاء في نص المادة 62 من نفس المرسوم الرئاسي والتي جاءت تحت بند البيانات التي يجب أن تتضمنها الصفقة ومن بينها نسب العقوبات المالية وكيفية حسابها

---

[2] سليمان محمد الطماوي ، **الأسس العامة للعقود الإدارية**(دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص 515.

[1] المادة 09 من المرسوم الرئاسي رقم 10- 236 المتضمن قانون الصفقات العمومية المعدل والمتمم .

Create PDF files without this message by purchasing novaPDF printer (http://www.novapdf.com)

وهنا نجد المشرع الجزائري أكد على أنه يتم الرجوع إلى بنود الصفقة والشروط و الكيفيات المنصوص عليها ضمن موادها وهذا فيما يتعلق باقتطاع العقوبات المالية التعاقدية أي أنه يحيل أمر اقتطاع هذه العقوبات المالية إلى ما تتضمنه بنود الصفقة ولم يتم التطرق إلى هذا الأمر من خلال المرسوم الرئاسي وربما العلة في ذلك ترك السلطة التقديرية للإدارة في ذلك وفق الأحكام التعاقدية ووفق ما تراه ضروريا ومناسبا لتنفيذ العقد الإداري على أكمل وجه وذلك تحقيقا لسير المرفق العام بانتظام وتحقيقا للصالح العام.[1]

وإضافة إلى ذلك ما نص عليه المشرع الجزائري من خلال القرار المؤرخ في 28مارس2011 الذي يحدد البيانات التي يجب أن يتضمنها الاعذار وآجاله فإنه من خلال نص المادة 02منه فإن المصلحة المتعاقدة توجه للمتعاقد معها اعذارين قبل فسخ الصفقة لا يكون إلا بعد توجيه اعذارين قانونيين للمتعامل المتعاقد العاجز. وأن المادة 3 منه حددت البيانات التي يجب أن يتضمنها الاعذار وهي: تعيين المصلحة المتعاقدة وعنوانها تعيين المتعامل المتعاقد وعنوانه ، التعيين الدقيق للصفقة ومرجعها، التوضيح إذا كان أول أو ثاني اعذار موضوع الاعذار،الأجل الممنوح لتنفيذ موضوع الاعذار ،العقوبات المنصوص عليها في حالات رفض التنفيذ ، كما أنه يجب تبليغ الاعذار برسالة موصى عليها ترسل للمتعامل المتعاقد مع إشعار بالاستلام وهذا حسب نص المادة الرابعة منه. كما أنه يجب أن ينشر الاعذار في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي وعلى الأقل في جريدتين يوميتين وطنيتين ، موزعتين على المستوى الوطني ، ويحرر باللغة العربية وبلغة أجنبية واحدة على الأقل .[2]

الفرع الثالث : تمييز الغرامة التأخيرية عن أحكام الشرط الجزائي وأحكام الغرامة التهديدية

---

[2] المادة 62 من المرسوم الرئاسي رقم:10- 236 المتضمن قانون الصفقات العمومية المعدل والمتمم.

[1] المادة 02 و03 من القرار المؤرخ في 28 مارس 2011 الذي يحدد البيانات التي يجب أن يتضمنها الاعذار وآجاله، ج ر عدد 24، 2011/04/20، ص21.

Create PDF files without this message by purchasing novaPDF printer (http://www.novapdf.com)

ولتحديد مفهوم غرامة التأخير بدقة لا بد من بيان أحكام الشرط الجزائي وأحكام الغرامة التهديدية وذلك كالآتي :

أولا – أحكام الشرط الجزائي:

يعرف الشرط الجزائي بأنه عبارة عن اتفاق مسبق على مبلغ التعويض الذي سيحصل عليه الدائن في حالة عدم قيام المدين بتنفيذ التزاماته العقدية يلجأ إليه للتخفيف من التأخير والتباطؤ في العملية القضائية في حالة رفع النزاع أمام القضاء .

والشرط الجزائي سمي بهذا الاسم لأنه يوضع عادة كشرط ضمن شروط العقد الأصلي الذي يستحق التعويض على أساسه .[1]

والجدير بالذكر أنه ينبغي لأعمال الشرط الجزائي توافر شروط استحقاق التعويض بشكل عام من خطأ وضرر وعلاقة سببية و اعذار المدين .

ومن ثم فإن وجود هذا الشرط في العقد يعفي الدائن من إثبات وقوع الضرر ويوجب على المدين أن يثبت أن الدائن لم يلحقه أي ضرر حتى يتحلل من دفع التعويض تطبيقا للشرط الجزائي، وفي هذا خروج واضح عن المبادئ العامة . وعلى الرغم أن الشرط الجزائي اتفاق يجب احترامه عملا بالقاعدة المشهورة " العقد شريعة المتعاقدين " إلا أنه يجوز الخروج عن هذه القاعدة حيث تستطيع المحكمة بناء على طلب أحد طرفي العقد أن تنقصه أو تزيده بشكل يجعله مساويا للضرر. [2]

والوضع مختلف تماما في غرامات التأخير حيث لا يستطيع المتعاقد الاعتراض على فرض الغرامة بحجة أنها غير متناسبة مع الضرر الواقع فعلا . ولا تلتزم الإدارة بإثبات أن ضررا ما قد لحقها من وراء تقصير المتعاقد .فالضرر مفترض بقرينة قاطعة لا تقبل إثبات العكس والسبب في ذلك يعود إلى أن التراخي في تنفيذ العقود الإدارية ينطوي في ذاته على إخلال بالتنظيمات التي رتبت الإدارة شؤون المرفق وتأمين سيره على أساسها.

إذن الضرر مفترض في كل من غرامة التأخير والشرط الجزائي ولكن القرينة قاطعة في غرامة التأخير لأن مجرد التأخير ينطوي على ضرر يمس المرفق العام حتى ولو لم

---

(2) وليد سعود فارس القاضي ، مرجع سابق ، ص24ومابعدها.

[1]عبد الرزاق السنهوري ، مرجع سابق ،ص751.

Create PDF files without this message by purchasing novaPDF printer (http://www.novapdf.com)

يلحق الإدارة ضرر حقيقي، ولكن القرينة غير قاطعة في الشرط الجزائي ، إذ يجوز للمدين أن يثبت عكسها .

كما أن للإدارة فرض غرامة التأخير على المتعاقد دونما حاجة لاعذاره بينما يلتزم الدائن باعذار المدين في الشرط الجزائي ، وكما أن للإدارة الحق في فرض غرامات التأخير من تلقاء نفسها دونما حاجة للجوئها للجهة القضائية ، أما الشرط الجزائي فلا بد لإعماله من استصدار حكم من الجهة القضائية ويتضح لنا مما سبق أن الشرط الجزائي يختلف اختلافا كبيرا عن غرامة التأخير وإن تشابه الاثنان في بعض الوجوه).[1]

أما عن موقف المشرع الجزائري من الشرط الجزائي فقد تضمنه من خلال نص المادة 183من القانون المدني وما يليها وكان مسايرا لما تم تبيانه سلفا من اختلاف بين الغرامة التأخيرية والشرط الجزائي ذلك إذ أنه يشترط لاستحقاقه وجود خطأ من المدين وضرر يصيب الدائن وعلاقة سببية تربط بين الخطأ والضرر وضرورة اعذار المدين وهذا ما تتضمنه أحكام المواد من 176 إلى المادة 181 من التقنين المدني الجزائري ، وهذا الأمر يختلف عما تتضمنه الغرامة التأخيرية من خصائص إذ أنها تستحق حتى ولو لم يصب الدائن بضرر كما أن الاعذار ليس شرطا ضروريا فيها مع اختلاف المواقف الفقهية في هذا الشأن والذي يجب أن يقوم به الدائن اتجاه المدين قبل المطالبة القضائية في الشرط الجزائي والذي نصت عليه المادة 179 من التقنين المدني الجزائري.[2]

ثانيا – أحكام الغرامة التهديدية :

يقصد بالغرامة التهديدية حمل المدين على الوفاء عينا بالتزام لا يمكن تنفيذه بغير تدخله الشخصي وفي حالة امتناع المدين أداء مثل هذا الالتزام يحكم عليه القاضي بغرامة تهديدية من أجل أن يثنيه عن عناده على أن يعيد القاضي النظر في حكمه عندما يثبت له ما استقر عليه موقف المدين . ويدخل القاضي في اعتباره لدى تقدير التعويض النهائي ما ظهر من هذا المدين من ممانعة في التنفيذ تعننا وعنادا من غير مقتضى [3].

---

[2] وليد سعود فارس القاضي ، مرجع سابق ، ص36.

[2] المواد 176،179،181،183، من الأمر75–58 المؤرخ في 1975/09/26 المتضمن القانون المدني الجزائري المعدل بالقانون رقم07–05 المؤرخ في:2007/05/13.

[2] عبد الرزاق السنهوري ، مرجع سابق، ص 804 .

Create PDF files without this message by purchasing novaPDF printer (http://www.novapdf.com)

ويقصد بها أيضا إحدى الوسائل التي بيد الدائن لحمل المدين على تنفيذ التزاماته عينا ويأخذ القانون الخاص بنظام الغرامة التهديدية ومقتضاه أنه " إذا لم ينفذ المدين التزامه مالم يكن التزامه بدفع مبلغ من النقود ، يجوز للدائن أن يحصل على حكم بإلزام المدين على التنفيذ ويدفع غرامة تهديدية إن امتنع عن ذلك لإكراهه على التنفيذ ، والحكم الصادر بالغرامة التهديدية يكون حكما وقتيا تنتفي علة قيامه متى اتخذ المدين موقفا نهائيا منه إما بوفائه بالالتزام وإما بإصراره على التخلف ، وبمعنى التزام هو الضغط على المدين والتغلب على عناده حتى يضعف فيقوم بتنفيذ التزامه [1].

ويشترط للحكم بالغرامة التهديدية عدة شروط تتمثل فيما يلي :

1- لابد من وجود التزام سواء كان هذا الالتزام بعمل أو بامتناع عن عمل وأن يتطلب تنفيذه تدخل المدين شخصيا .

2- أن يكون الالتزام بتنفيذ العقد لازال ممكنا ، أما إذا صار مستحيلا فلا جدوى من فرض الغرامة التهديدية .

3- أن يرفض المدين تنفيذ الالتزام أو يتباطأ فيه دون أن يشير إلى نية في عدم التنفيذ .

4- يجب أن يلجأ الدائن إلى القضاء لاستصدار حكم بالغرامة التهديدية

وتتميز الغرامة التهديدية بعدة خصائص من أبرزها :

أن لها صفة تهديدية هدفها الضغط على المدين المتعنت لإجباره على تنفيذ التزامه، أن لها صفة تحكمية ، فالقاضي لا ينظر إلى الضرر الحقيقي الذي أصاب الدائن وإنما يفرض عادة غرامة أكبر بكثير من هذا الضرر، أن لها صفة الوقتية .

مما تقدم يمكننا الاستنتاج أن الغرامة التهديدية وغرامة التأخير لهماأوجه تشابه وأوجه اختلاف ، فأوجه التشابه بينهما تتمثل في لهما طبيعة تهديدية جزائية ومن ثم فهما ليس ضربا من ضروب التعويض ، وتستحقان بصرف النظر عن الضرر الواقع ، وأنكلاهما يعبر عن مبلغ من المال ، أما عن أوجه الاختلاف فتتمثل في أن غرامة التأخير محددة المقدار أما الغرامة التهديدية فليست كذلك بمعنى أن غرامة التأخير منصوص عليها في

---

[3] طارق محمد عبد الرحمن سلطان ، مرجع سابق ، ص 171.

Create PDF files without this message by purchasing novaPDF printer (http://www.novapdf.com)

العقد أو في ملحق العقد وبنسب معينة عن كل يوم تأخير ، أما الغرامة التهديدية فإنها غير محددة المقدار حيث أنها تحكمية ، يستطيع القاضي زيادتها وتخفيضها بل له أن يمحوها تماما. يتطلب لفرض الغرامة التهديدية صدور حكم من القضاء بعكس غرامة التأخير التي تفرض بموجب قرار صادر من الإدارة ، تطبق غرامة التأخير في حالة تأخر المتعاقد عن تنفيذ التزامه في المواعيد المحددة بينما تطبق الغرامة التهديدية بمناسبة رفض المدين تنفيذ ما التزم به عينا . [1]

ولقد اختلف الفقهاء في شأن تطبيق الغرامة التهديدية على العقود الإدارية بين مؤيد ومعارض لذلك وفي هذا الشأن . نلقي الضوء على رأي الفقه والقضاء الفرنسي .

فهناك رأي يعترض على نظام الغرامة التهديدية في العقود الإدارية على أساس أن الإدارة لديها من الجزاءات ما هو اشد قسوة من نظام الغرامة ، وهذه الجزاءات بما فيها من تنوع تطبقها الإدارة بإرادتها المنفردة أعمالا لامتيازها في التنفيذ المباشر مما يضفي عليها طابع السرعة والفعالية . وكان هذا الرأي للفقيه " ديون" حيث أرجع ذلك إلى ما لدى الإدارة من سلطات أخرى بديلة . وكان للفقيه " حيز " والفقيه "بيكينو" و "جوس" نفس الرأي [2]

وهناك من يؤيد فكرة تطبيق الغرامة التهديدية في نطاق العقد الإداري ويؤسسون رأيهم على أنه لا يوجد سبب صحيح قانونا لكي يقوم مجلس الدولة الفرنسي باستبعاد تطبيق الغرامة التهديدية على العقد الإداري ، وأنه لا يوجد مبدأ في القانون الإداري يمنع تطبيق الغرامات من بين وسائل القمع التي تملكها الإدارة تجاه متعاقدها . [3]

ولقد كان المبدأ المستقر في مجلس الدولة الفرنسي أن الإدارة لا تستطيع أن تطلب من قاضي العقد الإداري أن يحكم لها بغرامة تهديدية على المتعاقد معها والمرتبط معها بموجب عقد إداري وذلك لأنه ليس من اختصاص القاضي أن يصدر أوامر إلى المتعاقد مع الإدارة من أجل تنفيذ التزاماته تحت التهديد بإيقاع غرامة تهديدية وذلك عن كل يوم تأخير بالإضافة إلى أن الإدارة تتمتع بسلطات واسعة تتسلح بها في مواجهة المتعاقد وذلك

---

[1] وليد سعود فارس القاضي ،مرجع سابق ، ص27 ومابعدها .

[1] طارق محمد عبد الرحمن سلطان ، مرجع سابق، ص174.

[2] خالد مصطفى حواطمة ،مرجع سابق ،ص 85.

Create PDF files without this message by purchasing novaPDF printer (http://www.novapdf.com)

بموجب العقد الإداري المبرم معه . وهي كافية لضمان سير المرفق العام ولا يوجد هناك مبرر لإضافة الغرامة التهديدية ، ومع ذلك فقد سمح مجلس الدولة الفرنسي بتعديل جوهري على قضائه السابق وكان ذلك في حكم له بتاريخ 1956/7/13 في قضية office publiced بين فيه أن القاضي الإداري وان كان لا يملك أن يتدخل في إدارة المرفق العام بأن يصدر أوامر مع الوعيد بجزاءات مالية إلى المتعاقد مع الإدارة وذلك عندما تملك الإدارة قبل متعاقديها السلطات الكفيلة بضمان تنفيذ العقد. إلا أن الأمر يختلف عندما لا تستطيع الإدارة أن تستخدم وسائل إكراه في مواجهة المتعاقد معها إلا بموجب حكم قضائي ، ففي مثل هذه الحالة يكون من حق القاضي أن يحكم على المتعاقد مع الإدارة بغرامة تهديدية بالنسبة للالتزام بعمل . كما أنه في حالة الضرورة يستطيع قاضي الأمور المستعجلة أن يصدر للمتعاقد مع الإدارة أمرا مع تهديده بالغرامة بأي إجراء ضروري لضمان سير المرفق العام .وعليه فان مجلس الدولة الفرنسي يرفض تطبيق الغرامة التهديدية في نظام العقود الإدارية طالما أن الإدارة تملك السلطات الكافية لضمان تنفيذ العقد الإداري ، فإذا لم تكن تملك مثل هذه السلطات – وهو أمر نادر– فإنه عند ذلك يحق للقاضي الإداري أن يأمر المتعاقد مع الإدارة بتنفيذ الغرامة وذلك تحت التهديد بالغرامة المالية في حالة الالتزام بعمل . وإذا كان الفقهاء مختلفون بخصوص الاعتراف للإدارة بتطبيق الغرامة التهديدية إزاء المتعاقد معها فإنهم متفقون على ما ذهب إليه مجلس الدولة الفرنسي على رفض تطبيق الغرامة التهديدية بالنسبة لالتزامات الإدارة لأن ذلك يتعارض مع المبدأ القائل باستقلال الإدارة عن القضاء .

المطلب الثاني : أسلوب توقيع الغرامة التأخيرية والإعفاء منها

إن توقيع الغرامة التأخيرية يتضمن اسلوبا معينا سوآءا من حيث استحقاقها وكذلك طريقة حسابها، وأيضا الحالات التي يمكن للإدارة أن تعفي المتعاقد من الغرامة التأخيرية توقيع عليه وبالتالي فانه سيتم تقسيم هذا المطلب إلى فرعين سنتناول في الفرع الأول أسلوب توقيع الغرامة التأخيرية أو بمعنى آخر كيفية حساب الغرامة التأخيرية،وفي الفرع الثاني سنتطرق إلى الإعفاء من الغرامة التأخيرية .

الفرع الأول – أسلوب توقيع الغرامة التأخيرية

إن للإدارة سلطة تقديرية لتوقيع الغرامة وبمقتضى هذه السلطة تتولى الإدارة تنفيذ شروط العقد المبرم بينها وبين متعاقديها . ويتطلب لاستحقاق غرامة التأخير صدور قرار تنفيذي

Create PDF files without this message by purchasing novaPDF printer (http://www.novapdf.com)

لتوقيعها من لدن الإدارة حيث أن مجرد النص عليها في العقد يعتبر إجراء غير كاف . ويتم تنظيم الغرامة من حيث استقطاعها ونسبتها ووقت تطبيقها في العقد المبرم أو في الشروط العامة وما دام المتعاقد ملتزما بتنفيذ شروط العقد في المدة المحددة فهو يضمن عدم توقيع الغرامة عليه من قبل الإدارة .[1]

وقد جاء في قرار الغرفةالادارية للمحكمة العليا " من المقرر قانونا أن غرامات التأخير تطبق عند عدم تكملة الأشغال في الآجال، على أساس مواجهة بسيطة بين تاريخ انقضاء الأجل المتعاقد عليه وتاريخ الاستلام ". [2]

والجدير بالذكر أن قيمة غرامة التأخير وردت محددة بنسب معينة . فانه وبالرجوع إلى ما هو معمول به وفي إطار ما تنص عليه دفاتر الشروط الخاصة بقانون الصفقات العمومية في القانون الجزائري مع الإشارة إلى أن هذه النسب لم ترد في قانون الصفقات العمومية الجزائري الصادر بموجب المرسوم الرئاسي 10-236 المؤرخ في2010/10/7المعدل والمتمم وترك تقديرها للإدارة . وبالتالي فإنها محددة حسب المعادلة التالية :

$$غ=\frac{م}{10\times ن}$$

غ: الغرامة اليومية التي ستطبق (دج)

م: مبلغ الصفقة

ن: مدة الانجاز(محسوبة باليوم)

-يستخرج المبلغ المتكتل لغرامات التأخير من المبلغ المدفوع لكل فاتورة شهرية ولايمكن للمبلغ المتكتل لغرامات التأخير في أي حال أن تتجاوز 10% من مبلغ الصفقة وملحقاته .

ومن الملاحظ ان غرامة التأخير تحسب بنسب متساوية عن كل يوم تأخير حيث تحسب بنسبة 10% من معدل الإنتاج اليومي وفقا للمعادلة السابقة ومن شأن هذه الطريقة أن تؤدي إلى المساواة بين المتعاقد الذي تأخر في تنفيذ التزاماته مدة أطول والمتعاقد الذي تأخر في تنفيذ التزامه مدة أقصر، وهذا الأمر يجافي مبدأ العدالة ويعد مأخذا على

([1])خالد مصطفى حواطمة ،المرجع السابق ،ص 86.

([2]) المجلة القضائية لسنة 1991، العدد الأول ، ملف رقم56145 ،ص 133 .

Create PDF files without this message by purchasing novaPDF printer (http://www.novapdf.com)

تشريعنا والجدير بالقول أن الإدارة عندما تتنازل عن تطبيق الغرامة فليس لها أن تتراجع عن ذلك كما أن الغرامة تستحق عن كامل مدة التأخير ومن ثم تكون أيام العطل والأعياد الرسمية ضمن هذه المدة.

والسؤال الذي يثار في هذا الصدد هو هل يعد جزاء غرامة التأخير فعالا في منع المتعاقد من التمادي في التأخير ؟ وبمعنى آخر ما مدى كفاية غرامات التأخير .

ربما يصح قولنا أن غرامات التأخير في الجزائر قد تكون مجدية في ردع المتعاقد وجعله يتقيد بتنفيذ التزاماته خلال المدة المحددة ، ولكن ينبغي أن تكون هذه النسب مدرجة مع مدة التأخير بحيث تكون النسبة متدنية في بداية التأخير وتزداد بصورة طردية كلما زادت مدة التأخير وذلك تحقيقا للمساواة بين متعاقدي الإدارة.

وأخيرا ينبغي أن نشير إلى أن أغلب الدول لا توجد فيها أنظمة فعالة لمعالجة المشكلات التي تنجم عن تطبيق غرامات التأخير وأغلب الحلول تكون في النظر إلى المشكلات التي يتعرض لها المتعاقد ، فإذا كانت المشكلات حقيقية ومقنعة يعفى المتعاقد من الغرامة أما إذا كانت ناجمة عن تلاعب من قبله فيسحب منه المشروع . وهذه الحقيقة تم التوصل إليها من خلال الندوة العلمية التي عقدت في معهد (هارفرد) في (بوسطن كامبرج) تحت عنوان الحلقة الدراسية الدولية السابعة عن وضع سياسات المشروعات العامة في الدول النامية من تاريخ 04 -16 / 11 سنة 1983 [1]

الفرع الثاني – الإعفاء من غرامة التأخير

إذا كان المبدأ المعمول به أن للإدارة الحق في فرض غرامات التأخير على المتعاقد المقصر الذي يتراخى في تنفيذ التزاماته حسب المدة المحددة في العقد فإن هذا المبدأ ترد عليه استثناءات حيث تعفي الإدارة المتعاقد من الغرامة في أحوال معينة ، لأن العدالة تتطلب أن لا يترك المتعاقد وشأنه في حال تعرضه لصعوبات غير عادية أو استثنائية لا يد له فيها مما ينجم عن تأخره في تنفيذ التزاماته ، وهنا ينبغي على الإدارة ألا تتمسك بنصوص العقد المبرم. وتملك السلطة الإدارية المختصة حق إعفاء المتعاقد من الغرامة كليا أو جزئيا.ويسلم مجلس الدولة الفرنسي أخيرا بأن من حق الإدارة أن تتغاضى عن

---

[1] وليد سعود فارس القاضي ،مرجع سابق، ص 40ومابعدها.

Create PDF files without this message by purchasing novaPDF printer (http://www.novapdf.com)

الغرامات فتوقع غرامة أقل من الغرامة المنصوص عليها ، أو تنزل عن الغرامة كلية . كل ذلك يشترط أن تكتشف عن إرادتها صراحة .ولكن محكمة المحاسبات في فرنسا ، كثيرا ما انتقدت هذا المسلك . بحجة أن الغرامات من حق الدولة بمجرد حدوث المخالفة التي تبرر توقيعها،ولقد أتيح لكل من محكمة القضاء الإداري والمحكمة الإدارية العليا أن تتبنى الأحكام التي أقرها مجلس الدولة الفرنسي في هذا الصدد. ولكن ما هي الأسباب التي تسوغ إعفاء المتعاقدين من غرامات التأخير بالرغم من تأخرهم في تنفيذ بنود العقد ضمن المدة المحددة ؟ تعود الأسباب في معظمها إلى سببين رئيسيين نتعرض لهما كما يلي :

السبب الأول– التأخير الناتج عن فعل الإدارة المتعاقدة إذ يعد فعل الإدارة مصوغا وجيها لإعفاء المتعاقد من تنفيذ العقد أو التأخر في تنفيذه ومن ثم لا يجوز للإدارة فرض أي جزاء على المتعاقد معها إذا كان الخطأ ناجما عن فعلها . وهو ما يطلق عليه باصطلاح (فعل الأمير) ويعرف بأنه : أي إجراء يصدر من السلطة العامة في الدولة سواء كانت هذه السلطة سلطة متعاقدة أو غير متعاقدة ويكون من شأن هذا الإجراء إضافة أعباء جديدة للمتعاقد في تنفيذ التزاماته التعاقدية . [1] ويتطلب لأعمال هذه النظرية عدة شروط تتمثل في

أن يؤثر فعل الأمير في تنفيذ العقد ، و أن يكون فعل الأمير غير متوقع، و أن ينتج عنه ضرر مباشر ومؤكد يصيب المتعاقد مع الإدارة .أما بالنسبة إلى أخطاء الإدارة التي لا ترقى إلى حد القوة القاهرة فإن المتعاقد مع الإدارة لا يستطيع الاحتجاج بقاعدة الدفع بعدم التنفيذ بل يبقى ملزما بتنفيذ التزاماته العقدية وله اللجوء لجهة القضاء للحكم له بالتعويض أو فسخ العقد في حالة الخطأ الجسيم .

السبب الثاني– التأخير عن فعل العوامل الخارجية إذ يتفرع عن العوامل الخارجية عاملان هما القوة القاهرة ونظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة وذلك على النحو التالي :

أولا–حالة القوة القاهرة : وتعرف القوة القاهرة في القانون الإداري كما هو الحال في القانون المدني بأنها: حدث أجنبي مستقل عن إرادة الأطراف غير متوقع ولا يمكن رده ، ويشترط لتطبيق نظرية القوة القاهرة توافر شروط عدة تتمثل في أن يكون الحدث المكون

---

[1] سليمان محمد الطماوي ، **الوجيز في القانون الإداري** ،مرجع سابق، ص638.

Create PDF files without this message by purchasing novaPDF printer (http://www.novapdf.com)

للقوة القاهرة مستقلا عن إرادة الأطراف، أن يكون الحدث المكون للقوة القاهرة غير متوقع وقت إبرام العقد، أن يجعل الحدث المكون للقوة القاهرة تنفيذ العقد مستحيلا.[1]

ثانيا- حالة الصعوبات المادية غير المتوقعة : تطبق هذه النظرية عندما تطرأ أثناء تنفيذ العقد صعوبات مادية ذات صفة غير اعتيادية لا يمكن أن يتوقعها المتعاقدان أثناء إبرام العقد ومن شأنها أن تجعل تنفيذ هذا العقد مرهقا وفي هذه الحالة يحق للمتعاقد المطالبة بالتعويض بشكل كامل عن قيمة ما تكبده من أعباء [2] .

والجدير بالذكر أن المتعاقد يعفى من الغرامة إذا ما توفرت شروط تطبيق هذه النظرية ويمكن إجمال هذه الشروط فيما يلي :

1- وجود صعوبات ذات طبيعة مادية .

2- أن تكون الصعوبات ناشئة عن عمل خارج عن إرادة طرفي العقد .

3- أن تكون الصعوبات غير متوقعة عند إبرام العقد .

4- أن تتصف الصعوبات بطابع استثنائي.

ومن الأمثلة على الصعوبات المادية غير المتوقعة الظواهر الطبيعية بصفة عامة كذلك عندما يفاجأ المتعاقد بوجود قناة مياه لم يبينها المخطط المرفق بالعقد . [3]

وعن المشرع الجزائري وموقفه من الإعفاء من الغرامة التأخيرية، فإنه بالرجوع الى أحكام المرسوم الرئاسي 10-236المؤرخ في 7أكتوبر 2010المتضمن قانون الصفقات العمومية المعدل والمتمم وذلك من خلال نص المادة 90 منه فإنه قرر أن " يعود القرار بالإعفاء من دفع العقوبات المالية بسبب التأخير إلى مسؤولية المصلحة المتعاقدة . ويطبق هذا الإعفاء عندما لا يكون التأخير قد تسبب فيه المتعامل المتعاقد الذي تسلم له في هذه الحالة أوامر بتوقيف الأشغال أوباستئنافها. وفي حالة القوة القاهرة تعلق الآجال ولا يترتب

---

[2] نصر الدين محمد البشير ، مرجع سابق ، ص239 .

[1] عمار عوابدي ، **القانون الإداري ، (النشاط الإداري)** ، الجزء الثاني ، الطبعة الرابعة ، ديوان المطبوعات الجامعية ،الجزائر، 2007، ص228.

[2] وليد سعود فارس القاضي ، مرجع سابق ، ص 43 ، ومابعدها .

Create PDF files without this message by purchasing novaPDF printer (http://www.novapdf.com)

على التأخير فرض العقوبات المالية بسبب التأخير، ضمن الحدود المسطرة في أوامر توقيف الأشغال واستئناف الخدمة التي تتخذها نتيجة ذلك المصلحة المتعاقدة المصلحةالمتعاقدة.وفي كلتا الحالتين، يترتب على الإعفاء من العقوبات المالية، بسبب التأخير تحرير شهادة إدارية ".

فمن خلال هذه المادة فإن المشرع الجزائري قد أقر بإعفاء المتعاقد من تطبيق الغرامة التأخيرية على المتعاقد معها عندما لا يكون قد تسبب هذا المتعاقد في التأخير ويكون ناتج عن مسؤولية المصلحة المتعاقدة وبالتالي هذا التأخير ناتج عن فعل الإدارة المتعاقدة وذكر في الحالة الثانية القوة القاهرة وهي حالة التأخير الناتج عن فعل العوامل الخارجية التي تكون سبب في إعفاء المتعاقد من خضوعه للعقوبات المالية الناتجة عن التأخير في تنفيذ الالتزامات الموكلة له وفي كلتا الحالتين يكون الأمر ضمن الحدود المسطرة من خلال أوامر التوقف وأوامر استئناف الأشغال اللذان تسلمهما الإدارة نتيجة لذلك وجب في كلتا الحالتين تحرير شهادة إدارية والتي تتضمن ذكر لتلك الأوامر مع الإشارة إلى سبب التوقف عن الأشغال، صادرة عن المصلحة المتعاقدة.وتجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري قد اقتصر فقط على حالة القوة القاهرة كسبب ناتج عن التأخير بفعل العوامل الخارجية دون أن يذكر الحالة الثانية وهي حالة الصعوبات المادية غير المتوقعة ، ولكن ما تجدرالإشارة إليه وهو أن هذه الحالة معمول بها وهي الأكثر انتشارا و المتمثلة في الصعوبات المادية التي تجعل تنفيذ العقد مرهقا، على سبيل المثال سبب التأخير إلى سوء الأحوال الجوية ، أو إعاقة أشغال التهيئة لعدم إنجازقنوات صرف المياه أو إلى التأخير في إيصال الكهرباء والغاز قصد إجراء التجارب وأسباب أخرى في نفس السياق. [1]

([1])المادة 90 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المتضمن قانون الصفقات العمومية المعدل والمتمم.

Create PDF files without this message by purchasing novaPDF printer (http://www.novapdf.com)

المبحث الثاني : التـــعويـــض

إن جزاء عدم الوفاء بالالتزام هو الحكم بالتعويض وفقا للقانون المدني ، بمعنى الحكم بمبلغ من المال للطرف المتضرر ومثل هذا الجزاء يمكن أن يطبق في نطاق العقود الإدارية، مع ملاحظة أن الهدف منه في نطاق العقد الإداري هو إرغام الطرف المتعاقد على التنفيذ وفقا للعقد أكثر من كونه تعويضا للإدارة عما لحق بها من ضرر. وعلى هذا الأساس سندرس هذا المبحث من خلال ثلاث مطالب، ففي المطلب الأول نتناول فكرة التعويض وفي المطلب الثاني نتطرق الى أركان المسؤولية العقدية التي تستوجب التعويض، وفي المطلب الثالث تقدير التعويض وتحصيله وجواز الجمع بينه وبين الغرامة التأخيرية والفسخ .

المطلب الأول : فكـــرة التعويض

سنتناول من خلال هذا المطلب تعريف التعويض وتأصيله ونخصص لكل منهما فرع مستقل .

وعليه فان مناقشة فكرة التعويض كجزاء تستطيع الادارة فرضه على المتعاقدين معها تتطلب معرفة الجدال الفقهي حول اعتبار التعويض من بين الجزاءات المالية من عدمه، إذ ثار خلاف فقهي حول طبيعته في نطاق العقود الإدارية فقد أنكر البعض أن يكون من بين الجزاءات المالية و الجزاءات المالية في رأيهم هي غرامات التأخير ومصادرة التأمين فقط. أما التعويض فإنه لا يعد من الجزاءات المالية كونه يطبق في العقود الإدارية وفقا للقواعد العامة في القوانين الخاصة [1] .

بينما يؤكد اغلب الفقهاء بأن التعويض يعتبر من الجزاءات المالية ويدعمون اتجاههم بعدة أسباب تتمثل بأن الإدارة تستطيع تحديد قيمة التعويض بإرادتها المنفردة دون أن ترجع ذلك للجهة القضائية بعكس الوضع المعمول به في نطاق القوانين الخاصة إذ لابد من الحصول على حكم من القضاء لتحديد قيمة التعويض ، وكذلك فإن إعطاء هذه السلطة للإدارة في نطاق العقود الإدارية يتفق مع حسن سير المرافق العامة فبمقتضى حق التنفيذ المباشر تستطيع الإدارة تحصيل حقوقها بشرط ألا يشوب تصرفاتها عيب إساءة استعمال السلطة ولذا ينبغي أن تقدر قيمة التعويض بموجب قواعد العدالة والإنصاف [2].

([1])نواف كنعان ، **القانون الإداري** ، الطبعة الأولى ،الدار العلمية الدولية ، عمان ، 1996، ص309.

[1])وليد سعود فارس القاضي ، المرجع السابق ، ص 51 ،ومابعدها .

Create PDF files without this message by purchasing novaPDF printer (http://www.novapdf.com)

وبالتالي فان جزاء التعويض في نطاق العقود الإدارية يعد من الجزاءات المالية التي تستطيع الإدارة فرضها على المتعاقد المخل بالتزاماته العقدية ، بالإضافة لما يحتويه التعويض من جبر للضرر الذي يلحق بها ، فإنه يعد سلاحا بيدها تستطيع استخدامه في وجه المتعاقد كلما قصر في تنفيذ التزاماته وبالتالي فإنه ينطوي على معنى التهديد والإرغام لكي يستمر المتعاقد في تنفيذ بنود العقد من أجل المحافظة على مبدأ سير المرافق العامة بانتظام واضطراد وبذلكفان التعويض يعتبر جزاء إداريا ماليا يحق للإدارة توقيعه على المتعاقد المقصر في تنفيذ التزاماته.

الفرع الأول : تعريف التعويض

أ)- تعريفه فقهيا:

هو عبارة عن المبالغ التي يحق للإدارة أن تطالب بها المتعاقد معها إذا اخل بالتزاماته العقدية في حالة سكوت العقد أو دفاتر الشروط من النص على جزاء مالي آخر كالغرامات لمواجهة هذا الإخلال وبذلك فإن الغاية الرئيسية منه تتمثل في جبر الصدع الناجم عن الضرر الذي تسبب فيه المتعاقد وهو أيضا المقابل الذي يلتزم الشخص بدفعه إلى المصاب جبرا للضرر الحاصل له نتيجة الإخلال بالالتزام . والتعويض باعتباره حقا للمضرور ينشأ متى أخل الملتزم بالحيطة والحذر أثناء القيام بسلوك ما فالإخلال هو الذي ينشأ حق التعويض ويثقل ذمة المسؤول التي لا تبرأ إلا بأداء التعويض [1].

فالتعويض هو الجزاء الأصيل للإخلال بالتزامات التعاقدية وذلك إذا لم ينص على جزاءات مالية لمواجهة هذا الإخلال . والنظام القانوني للتعويض قريب من النظام المدني وذلك فيما يتعلق بكيفية تقدير التعويض[2] وفي اشتراط ركن الضرر ولكن ثمة فروق أساسية فيما يتعلق بكيفية تحصيل هذه التعويضات .

---

[2] طارق محمد عبد الرحمن سلطان ، مرجع سابق ، ص197.

[1] سليمان محمد الطماوي ، **الأسس العامة للعقود الإدارية (دراسة مقارنة)** ، مرجع سابق ، ص461.

Create PDF files without this message by purchasing novaPDF printer (http://www.novapdf.com)

ب)- تعريفه قانونا:

لقد قنن المشرع الجزائري أحكام التعويض في المواد من المادة 124إلى المادة 187من القانون المدني الجزائري مستمدا إياها من التقنين الفرنسي ناقلا الفكر الذي استقر عليه هذا الأخير باعتبار أن وظيفة التعويض هو الإصلاح لا عقاب المخطئ وإن كان الأمر لا توضح في الاصطلاح العربي المخصص لفكـــرة جـــبر الضرر وهو مصطلح التعويض فإن لستعمال مصطلح (réparation) باللغة الفرنسية ، والذي يترجم إلى العربية (بالإصلاح). وبالرجـــــوع إلى نص المـــــادة 124 من القانون المدني الجزائري فقد نصت على ما يلي : "كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه، ويسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض".

وبالرجوع إلى التعويض في مجال العقود الإدارية فالتعويض معترف به في فرنسا كجزاء تملك الإدارة فرضه على المتعاقد معها المقصر في تنفيذ التزاماته في العقود الإدارية.

الفرع الثاني – أصل التعويض :

الأصل في نشأة التعويض هو القانون الخاص ، ثم انتقل بعد ذلك إلىالعقود الإدارية ومجال القانون العام . ففي القانون الإداري ، يضرب جزاء التعويض بجذوره في تربة العقود الإدارية ،حيث أن هناك امتيازا تتمتع به الإدارة في أنها تطلب مباشرة من المتعاقد معها أن يؤدي لها تعويضا عن الضرر الذي لحق بها نتيجة ما صدر عنه من تقصير وفي الوقت الذي تحدده

وقد اختلف الفقهاء حول إمكانية اعتبار التعويض من الجزاءات الإدارية فذهب رأي للقولبأن التعويض لا يعتبر من الجزاءات الإدارية ، بل هو مجرد تطبيق للقواعد العامة في القانون الخاص. وذهب رأي آخر للقول بأن التعويض نوع من الجزاءات الإدارية ، وذلك لما للإدارة من مقدرة للحصول عليه بنفسها دون عرض الأمر على القضاء ، بالإضافة إلى كون العقود الإدارية تستهدف تسيير المرافق العامة ، ومن مقتضيات ذلك التسيير إعطاء الإدارة سلطة التنفيذ المباشر لاقتضاء حقوقها على ألا تتعسف في الحصول على التعويضات من المتعاقد معها وأن تقدره بإنصاف وفقا لمقدار الضرر الذي لحق بها

Create PDF files without this message by purchasing novaPDF printer (http://www.novapdf.com)

. وقد أيد الفقه والقضاء الفرنسي الرأي الثاني على اعتبار أن التعويض من الجزاءات الإدارية [1]

مع ملاحظة أن التعويض في العقود الإدارية أقل من دوره في العقود المدنية . إذ أن أية تعويضات مهما كانت قيمتها لا تعتبر دائما عوضا عادلا عن الضرر الذي يحدث للإدارة وذلك لتعلق الفائدة من العقد الإداري بأشخاص هم ليسو من أطراف العقد بل منتفعين من خدمات المرفق الذي يتعلق به ذلك العقد ، فالأفراد هم المنتفعون من العقود الإدارية ولا يهمهم المبلغ من النقود الذي يدفعه المتعاقد المقصر ، كما يهمهم أن تقوم المرافق بخدماتها وهنا يظهر دور التعويض فهو جزاء مرن وسهل تطبيقه ومن السهل قياسه مع مدى خطورة الخطأ ، إذ أن خوف المتعاقد من دفع مبلغ مرتفع سوف يدفعه إلى تنفيذ التزاماته [2]

والمشرع الجزائري من خلال قانون الصفقات العمومية فنجد بأنه لم يتضمن جزاء التعويض الناجم عن تقصير المتعاقد في تنفيذ التزاماته في إطار العقود الإدارية بصورة واضحة وفي مادة مستقلة بل ذكره ضمن الجزء الثاني من الفقرة الثانية للمادة 112من نفس المرسوم الرئاسي السالف الذكر وذلك تحت بند الفسخ بقولها : " لا يمكن الاعتراض على قرار المصلحة المتعاقدة بفسخ الصفقة عند تطبيقها البنود التعاقدية للضمان والمتابعات الرامية إلى إصلاح الضرر الذي لحقها بسبب خطا المتعاقد معها ".

ومن خلال ما يفهم من المادة أعلاه فإن المتعاقد إذا تسبب في خطأ لحق الإدارة فإن لها الحق متابعته لإصلاح الضرر. وبالرجوع إلى ما تتضمنه دفاتر الشروط المعمول بها هي الأخرى لا تتضمن مادة مستقلة بالتعويض الناجم عن عدم تنفيذ المتعاقد بالتزاماته أو التأخر فيه فمن خلال ما يفهم من المادة أعلاه فإن المتعاقد إذا تسبب في خطأ لحق الإدارة فإن الإدارة لها الحق بمتابعته لإصلاح الضرر الذي لحقها. وإذا كان التعويض هو الجزاء الأصيل للإخلال بالالتزامات التعاقدية وذلك في حالة عدم نص العقد على جزاءات مالية لمواجهة الإخلال بالالتزامات فالهدف الأصيل من التعويض هو مقابلة الضرر حيث أنه يعتبر الجزاء العام الذي يمكن أن يغطي جميع الجزاءات الإدارية خاصة الجزاءات المالية

---

[1] طارق محمد عبد الرحمن سلطان ،مرجع سابق ، ص199 ومابعدها.

[2] خالد مصطفى حواطمة ، مرجع سابق، ص 53.

Create PDF files without this message by purchasing novaPDF printer (http://www.novapdf.com)

لجميع العقود الإدارية فالتعويض يحقق الهدف المرجو منه بالنسبة للعقد الإداري لضمان سير المرافق العامة، و تغطية الأضرار الفعلية التي لحقت بالإدارة [1].

المطلب الثاني : أركان المسؤولية العقدية التي تستوجب التعويض

نتيجة اقتراب نظرية التعويض في العقود الإدارية من نظرية التعويض في القانون الخاص من حيث توافر أركان المسؤولية العقدية في كليهما من خطأ وضرر وضرورة ارتباطهما بعلاقة سببية مباشرة يترتب عليه محاسبة المسؤول بتعويض الضرر الذي أحدثه بخطئه . وما تجدر الإشارة إليه أن المسؤولية المدنية بصفة عامة تنقسم إلى مسؤولية تقصيريةتترتب عن الإخلال بالتزام قانوني ومسؤولية عقدية تترتب عن الإخلال بالتزام عقدي حيث أنه إذا نشأ العقد صحيحا يكون واجب التنفيذ على أطرافه سواء باختيارهم أو عن طريق إجبارهم عن طريق الوسائل القانونية فهذه المسؤولية هي الجزاء الذي يترتب عن الإخلال بالتزامات الناشئة عن العقد أو عدم تنفيذها أو التأخر في تنفيذها وهذه المسؤولية لا تقوم إلا عند استحالة التنفيذ العيني ، ولم يكن من الممكن إجبار المدين على الوفاء بالتزاماته المتولدة عن العقد عينا فيكون المدين مسؤولا عن الأضرار التي يسببها للدائن نتيجة عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عن العقد . التي يترتب عليها التزام المدين المخل بالتزاماته التعاقدية بتعويض الطرف المتضرر. ويعرف التعويض في نظرية العقود الإدارية في نظرية العقود المدنية بأنه عبارة عن مبلغ من النقود يلتزم بدفعه من أخل بالتزاماته التعاقدية ، وينبغي أن يغطي هذا المبلغ الأضرار الحقيقية التي لحقت بالطرف المتضرر [2].

ويشترط لاستحقاق التعويض في نظرية العقود الإدارية كما في القانون الخاص توافر أركان المسؤولية العقدية من خطأ وضرر وعلاقة سببية وسنتطرق إلى هذه الأركان كما يلي :

الركن الأول – الخطأ العقدي :

الخطأ العقدي هو إخلال المدين بتنفيذ التزاماته التعاقدية بغض النظر عن سبب هذا الإخلال سواء كان إخلال ناجما عن عمد أو إهمال والقانون المدني الجزائري يجبر

---

[1] المادة112من المرسوم الرئاسي 10– 236 المتضمن قانون الصفقات العمومية المعدل والمتمم.

[2] العربي بلحاج ، **النظرية العامة للالتزامات القانون المدني الجزائري** ، الجزء الأول ، ديوان المطبوعات الجامعية ،الجزائر ، 1999، ص 267.

Create PDF files without this message by purchasing novaPDF printer (http://www.novapdf.com)

المتعاقد على تنفيذ التزاماته التعاقدية والنصوص القانونية التي تفيد بهذا المعنى متعددة منها المادة 106 والمادة 107 من القانون المدني الجزائري والمادة 164من نفس القانون [1]

كما أن الخطأ العقدي يتمثل أيضا في عدم تنفيذ المدين لالتزاماته سواء كان عمدا أو عن إهمال سابق كما يتمثل في عدم التنفيذ الجزئي أو التنفيذ المتأخر أو الامتناع عما يوجبه القانون أو كان بالتنفيذ غير مطابق لما تم الاتفاق عليه . ويتحقق الخطأ أيضا إذا كان السبب في عدم التنفيذ راجع إلى غش المدين ، أما إذا كان عدم التنفيذ راجع إلى أسباب خارجية لا يد للمدين فيها كالقوة القاهرة أو السبب الأجنبي فإنه لا يكون مسؤولا وهذا حسب المادة 176 من القانون المدني الجزائري " إذا استحال على المدين أن ينفذ التزامه عينا حكم عليه بتعويض الضرر الناجم عن تنفيذ التزامه ما لم يثبت أن الاستحالة التنفيذية نتجت عن سبب لا يد له فيه ويكون الحكم كذلك إذا تأخر المدين عن تنفيذ التزامه ".[2]وما تجدر الإشارة له بأن نص المادة 176من القانون المدني الجزائري نصت على القاعدة العامة للعقود والتي تجعل المدين مسؤولا لمجرد عدم الوفاء ما لم يثبت أن سببا أجنبيا هو الذي حال بينه وبين الوفاء وبالتالي فإن هذه المادة هي التي تحكم الخطأ العقدي في القانون المدني الجزائري.

ويتحقق الخطأ الذي تقوم عليه المسؤولية العقدية بتوافر ثلاثة شروط هي :

أن يكون مصدر الالتزام عقدا ، وأن يمتنع المدين عن القيام بتنفيذ التزاماته بشكل كامل أو جزئي أو عدم تنفيذه لالتزاماته في الوقت المحدد أو تنفيذه لها بشكل غير سليم [3]

أما في إثبات الخطأ العقدي فالدائن لا يطالب المدين بتنفيذ الالتزام عينا ، بل يطالبه بالتعويض لعدم تنفيذ الالتزام ، فالدائن هو الذي يدعي أن المدين لم ينفذ التزامه فإذا أثبت ذلك كان هذا إثباتا للخطأ العقدي .

---

[1] إدريس فاضلي ،**الوجيز في النظرية العامة للالتزام** ، قصر الكتاب للنشر والتوزيع ،الجزائر ، 2006-2007 ، ص144.

[2] العربي بلحاج ، مرجع سابق ،ص 269 .

[3] وليد سعود فارس القاضي ، مرجع سابق ، ص 46.

Create PDF files without this message by purchasing novaPDF printer (http://www.novapdf.com)

والالتزام العقدي الذي يقع الإخلال به خطأ في المسؤولية العقدية إما أن يكون التزام بتحقيق نتيجة أو التزاما يبذل عناية ويقع الخطأ العقدي من المدين الملتزم بتنفيذ العقد وهو المتعاقد مع الإدارة أو شخص آخر يسأل المدين عنه حينما لا يتم بذل العناية المطلوبة . [1]

وإنه وفقا لنص المادة 1/172من القانون المدني الجزائري : " في الالتزامات بعمل إذا كان المطلوب من المدين أن يحافظ على شيء أو أن يقوم بإدارته أو يتوخى الحيطة في تنفيذ التزامه فإن المدين يكون قد وفى بالالتزام إذا بذل في تنفيذه من العناية كل ما يبذله الشخص العادي ولو لم يتحقق الغرض المقصود وهذا ما لم ينص القانون أو الاتفاق على خلاف ذلك " والجدير بالذكر أن الخطأ يكون بتوافر عنصرين : إحداهما مادي يتمثل في عدم قيام المتعاقد بتنفيذ التزامه بشكل مرضي . والآخر معنوي يتمثل في إدراكه وتمييزه لواجبه في التنفيذ وقد سبق أن بينا من خلال المبحث الثاني من الفصل الأول حالات الخطأ وعليه سنكتفي هنا بما تم عرضه .

ونخلص من ذلك أن التعويضات لا تشكل فقط جزاءا ولكن أيضا تعويض مالي عن الضرر الذي لحق بالإدارة والناتج عن الخطأ العقدي وهذا الجزاء قائم في كافة العقود الإدارية ، وفي حالة عدم ثبوته لا تستحق الإدارة التعويض .[2]

الركن الثاني – الضرر :

الضرر هو الركن الثاني للمسؤولية العقدية ذلك أن وقوع الخطأ لا يكفي وحده لقيام المسؤولية وإنما يجب أن يترتب عن هذا الخطأ ضرر يصيب الدائن. ويقصد بالضرر الأذى الذي يصيب المضرور ويكون ناجما عن خطأ الغير ، والضرر ركن جوهري لقيام المسؤولية العقدية ويشترط لتعويض الطرف الآخر أن يثبت أن ضررا ما قد أصابه ، وأن هذا الضرر ناتج عن خطأ اقترفه المتعاقد الآخر ، وفي حال عدم وقوع الضرر فلا

---

[1] طارق محمد عبد الرحمن سلطان ،مرجع سابق،ص 201.

[2] وليد سعود فارس القاضي، مرجع سابق ، ص 46.

Create PDF files without this message by purchasing novaPDF printer (http://www.novapdf.com)

مصلحة للمدعي بالتعويض ، واقتضاء الضرر يعد لازما لقيام المسؤولية العقدية والتقديرية في القانون الخاص وكذلك في القانون الإداري . [1]

وبالتالي فإن التعويضات لا يمكن فرضها إلا إذا كان عدم التنفيذ من المتعاقد قديسبب ضررا للإدارة أي تقصيره أدى إلى إلحاق ضرر بالإدارة .

وحتى يتمكن المضرور من المطالبة بالتعويض وتحصيله لابد من توافر عدة شروط في الضرر وهي أن يكون الضرر حالا بمعنى أنه تم وقوعه فعلا ، أن يكون محقق الوقوع أما إذا كان غير محقق الوقوع أو كان محتملا فلا تعويض عنه ، أما الضرر الذي يتحقق في المستقبل فيعوض عنه ومثاله حالة ما إذا تم إبرام عقد توريد مواد معينة سيتم استعمالها في المستقبل القريب وأخل المورد أو تقاعس في توريد هذه المواد وتأخر في جلبها فإن الضرر لم يتحقق في تلك الفترة لكنه سيتحقق مستقبلا عندما يراد استخدام هذه المواد ، وعندئذ يكون المتعاقد قد أصابه ضرر جراء تباطؤ المتعاقد الآخر في جلب تلك المواد . وفي هذه الحالة يكون للمستورد الحق بمطالبة المورد بالتعويض فورا . [2]

كما يشترط في الضرر أن يكون ماديا ومباشرا (متوقع) بمعنى أن توجد رابطة سببية بين الضرر والخطأ بحيث يكون الضرر ناتجا عن خطأالمتعاقد . لأن التعويض في المسؤولية العقدية محدود المدى فلا تعويض إلا على الضرر المباشر وهو الذي يكون نتيجة طبيعية للخطأ الذي أحدثه ، ولا يستطيع المتضرر توقعه بجهد معقول[3] وهذا بالموازاة مع نص المادة 1/182 القانون المدني الجزائري.

وقد جرى القول أن الضرر قد يكون مباشرا إذا لم يكن في وسع الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول ومع ذلك إذا كان إخلال المدين بالتزامه يرجع إلى غشه أو خطئه الجسيم

---

[1] طارق محمد عبد الرحمن سلطان ، مرجع سابق ، ص 201.

[2] وليد سعود فارس القاضي ، مرجع سابق ص 46، ومابعدها .

[3] طارق محمد عبد الرحمن سلطان ، المرجع السابق ، ص202.

Create PDF files without this message by purchasing novaPDF printer (http://www.novapdf.com)

فيكون مسؤولا عن جميع الضرر المباشر المتوقع منه وغير المتوقع وهذا حسب نص المادة2/182 من القانون المدني الجزائري . [1]

أما بخصوص أنواع الضرر فالضرر نوعان ضرر مادي وضرر معنوي أو أدبي أما الضرر المادي فهو الضرر الذي يصيب الدائن في ماله أو جسمه أي الأذى الذي يلحق به خسارة أو يفوت عليه كسبا أما الضرر الأدبي أو المعنوي فهو الذي يصيب الإنسان في مصلحة غير مادية ومثاله الذي يصيب الإنسان في عاطفته أو سمعته وهو نوع من الضرر يقع كثيرا في المسؤولية التقصيرية على خلاف وقوعه في المسؤولية العقدية لأن العقد يقتضي إبرامه على شيء ذي قيمة مالية وهو ما يشترط لقيام مسؤولية المتعاقد في العقود الإدارية .

الركن الثالث – العلاقة السببية :

العلاقة السببية هي الركن الثالث في المسؤولية المدنية عموما فلا يكفي وقوع خطأ من المدين وأن يلحق ضرر بالدائن حتى تقوم المسؤولية العقدية بل لابد أن يكون هذا الخطأ هو السبب في هذا الضرر . وأيضا هي تلك الصلة التي تربط بين الضرر والخطأ فإذا انعدمت هذه الرابطة انتفت المسؤولية لانعدام ركن من أركانها . [2]

وبالتالي يقع عبء إثبات عدم وجودها أو نفيها على المدين ، وتنتفي العلاقة السببية بإثبات أن الضرر لم يسببه خطأ المدين وإنما يعود الى سبب أجنبي لا يد له فيه كالقوة القاهرة أو الحادث الفجائي أو يرجع إلى فعل الغير أو خطأ المتعاقد المضرور. وسنرى بإيجاز حالات السبب الأجنبي التي يستطيع بها المتعاقد أن يدفع بها المسؤولية عنه وتؤدي إلى قطع العلاقة السببية بين الخطأ والضرر

أ) القوة القاهرة أو الحادث الفجائي :

لا يفرق الفقهاء ولا القضاء بين القوة القاهرة والحادث الفجائي من حيث الآثار التي يرتبها كل منهما كما أن المشرع الجزائري جرى على اعتبارهما مترادفين حسب المادة 127 من القانون المدني الجزائري . ومثال القوة القاهرة أو الحادث الفجائي الحرب الفيضانات، الزلازل (الكوارث الطبيعية) ويشترط فيها أن تكون أمرا لا يمكن توقعه ،

---

[1] العربي بلحاج ، مرجع السابق ، ص288 .

[2] حسن علي ذنون ، **الوجيز في النظرية العامة للالتزام ، (مصادر الالتزام)** ،الجزء الأول ، الطبعة الأولى ، دار وائل للنشر والتوزيع ،الأردن،2002،ص211.

Create PDF files without this message by purchasing novaPDF printer (http://www.novapdf.com)

وأن تكون أمرا لا يمكن دفعه ، وأن تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا ،أن لا يكون ثمة خطأ من جانب المدين .وإذا كانت القوة القاهرة مانعة من تنفيذ الالتزام بصفة نهائية فإن المدين تبرئ ذمته من التزامه [1]

ب) فعل الدائن : إذا كان الضرر سببه فعل المضرور (الدائن) ، فإن المدين تنتفي مسؤوليته وهو ما نص عليه القانون المدني الجزائري في المادة 177 منه .

ج) فعل الغير: المراد بالغير الشخص الأجنبي عن العقد الذي لا يكون المدين مسؤولا عنه وهو يعتبر سببا أجنبيا ويترتب عليه نفي العلاقة السببية إذا توافرت فيه شروط القوة القاهرة . وبالتالي انتفاء مسؤولية المدين من الإخلال بالالتزام الذي رتبه العقد في ذمته ولا يكون للدائن أن يطالب بالتعويض [2]

ويقع على الدائن عبء إثبات العلاقة السببية بين عدم تنفيذ الالتزام (أو الخطأ العقدي) والضرر الذي لحقه، أما العلاقة السببية بين عدم تنفيذ الالتزام وسلوك المدين فهي مفترضة في نظر المشرع، وعلى المدين إذا كان يدعي عكس ذلك أن يقوم بنفي العلاقة السببية بين عدم التنفيذ و الضرر كما سبق تبيانه .

الركن الرابع – لا تعويض إذا كان التنفيذ العيني ممكنا :

من الأصول العامة للالتزامات والتي تسري على العقود الإدارية والعقود المدنية على حد سواء أنه إذا أمكن التنفيذ العيني وطلبه الدائن فإن المدين يجبر عليه وإنه لا قيام للمسؤولية العقدية (التعويض) في حالة ما إذا كان الالتزام بدفع مبلغ من النقود إذ يكون التنفيذ العيني ممكنا دائما فالأصل هو تنفيذ الالتزام عينا كما هو منصوص عليه فإذا استحال ذلك صار النظر إلى التعويض. [3] وهو ما توضح من نص المادة 176من القانون المدني الجزائري التي تقتصر على الحالات التي يستحيل فيها تنفيذ الالتزام عينا وذلك لأن الالتزام بدفع مبلغ من النقود يكون دائما ممكنا تنفيذه عينا فلا مجال فيه

---

[1] إدريس فاضلي ،مرجع السابق ، ص146

[2] العربي بلحاج ، مرجع سابق ، ص294.

[3] طارق محمد عبد الرحمن سلطان ، مرجع سابق ، ص204.

Create PDF files without this message by purchasing novaPDF printer (http://www.novapdf.com)

للمسؤولية العقدية . لأنـــه متى كان التنفيذ العيني ممكنا فلا مجال للتعويض عن عدم التنفيذ . [1]

بعد أن عرجنا إلى أركان المسؤولية العقدية التي تستوجب التعويض وذلك من خلال إبراز النقاط المشتركة أو وأوجه التشابه بين فكرة التعويض في العقود المدنية والعقود الإدارية وذلك من حيث اشتراط أركانها . فإنه من الضروري أن نتناول أوجه الاختلاف بين العقود الإدارية والعقود المدنية وذلك لاختلاف الهدف في كل منهما ، فأوجه الاختلاف بين العقود الإدارية والعقود المدنية في فكرة التعويض بسبب اختلاف الهدف في كل منهما فبينما نجد الهدف الأساسي من فكرة التعويض في نطاق القوانين الخاصة هو جبر الضرر فحسب حيث أن خوف المتعاقد من دفع مبالغ نقدية في حال إخلاله بالتزاماته التعاقدية يجعله ينفذها على أحسن وجه ممكن .

والجدير بالذكر أن مبلغ التعويض في مجال العقود الإدارية مهما كان مرتفعا فإنه لا يتناسب مع الضرر الذي يلحق بالإدارة من جراء تقصير المتعاقد في تنفيذ التزاماته كون أن الإدارة يهمها في الأساس الأول ألا تتعطل المرافق العامة وأن تسير بشكل منتظم وتقدم خدماتها بشكل اعتيادي وعلى هذا الأساس فإنه لا يمكن تحديد قيمة الضرر تحديدا دقيقا ، فالضرر الذي يتسبب به المتعاقد مع الإدارة والذي يلحق الأذى بالمرافق العامة التي تخدم المجتمع لا يمكن أن يقوم بالمال فقط وعلى سبيل المثال كيف يمكن تحديد قيمة الضرر الذي يصيب الدولة إذا تأخر المورد في توريد الآلات الحربية أثناء الحرب. [2]

ويختلف التعويض في مجال العقود الإدارية عنه في مجال العقود المدنية من حيث كيفية تقدير التعويض وتحصيله، إذ تستطيع الإدارة في حالة عدم وجود نص في العقد يعالج مسألة التعويض أن تحدد قيمة التعويض الذي تستحقه نتيجة الضرر الذي أصابها من جراء إخلال المتعاقد بتنفيذ التزاماته و بإرادتها المنفردة، ويجوز لها أن تترك تقدير قيمة

---

[1] إدريس فاضلي ، مرجع سابق ، ص144 .

[2] وليد سعود فارس القاضي ، مرجع سابق ، ص 52 .

Create PDF files without this message by purchasing novaPDF printer (http://www.novapdf.com)

التعويض للجهة القضائية ويجوز للمتعاقد أن ينازع في هذا الأمر أمام القضاء .[1] بينما نجد أن أمر تقدير قيمة التعويض بيد القضاء في مجال العقود المدنية .

المطلب الثالث : تقدير التعويض وتحصيله وجواز الجمع بينه وبين الغرامة والفسخ

فيما يلي فإنه سيتم توضيح كيفية تقدير التعويض وتحصيله من خلال الفرع الأول وكان من الممكن إضافة فرع ثاني هو بمثابة تكملة لتحصيل هذا التعويض إذ انه وبعد تحصيله فهل من الممكن جمع التعويض مع جزاء الغرامة التأخيرية أو الفسخ .

الفرع الأول : تقدير التعويض وتحصيله

فيما يتعلق بتقدير التعويض فإن هناك اختلافا جوهريا بين التعويض في نطاق القانون العام والخاص ، والسبب في هذا الاختلاف هو الامتيازات التي تتمتع بها الإدارة ومن أهمها امتياز التنفيذ المباشر دون اللجوء إلى القضاء مقدما ، فبموجب هذا الامتياز المقرر للإدارة تستطيع أن تحدد مقدما التعويض الذي تستحقه عند إخلال المتعاقد معها بالتزاماته التعاقدية على أن تنازع المتعاقد مع الإدارة في هذا التقدير أمام القضاء إن أراد ذلك وبهذا اخذ مجلس الدولة الفرنسي إذ اقر هذا الحق للإدارة لأول مرة بمقتضى حكمه الصادر في قضية

(Déplanque) . وللإدارة أن تعدل عند استعمال هذا الحق وتترك تقديره للقضاء .[2]

كما أن التشريع الفرنسي يسمح للإدارة في كثير من الحالات بأن تلجأ إلى تحصيل قيمة التعويضات بمقتضى أوامر بالدفع تصدرها بإرادتها المنفردة . [3]

وعلى هذا الأساس فإنه في غياب مثل هذا النص بالنسبة للعقود الإدارية يصبح من المتعين على الإدارة أن تلجأ إلى القضاء للحصول على حكم بالتعويض .

---

[1] سليمان محمد الطماوي، **الأسس العامة للعقود الإدارية**(دراسة مقارنة)،مرجع ساق ، ص510 .

[2] خالد مصطفى حواطمة، مرجع سابق، ص50.

[3] سليمان محمد الطماوي، **الأسس العامة للعقود الإدارية**(دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص 510 ومابعدها.

Create PDF files without this message by purchasing novaPDF printer (http://www.novapdf.com)

كما أن مجلس الدولة الفرنسي يجري على أن الإدارة لا تستطيع أن تخصم مبلغ التعويض من مبلغ التأمين المودع لضمان تنفيذ العقد إلاإذا كان ثمة نص بهذا المعنى أو في التشريعات .[1]

وبالتالي فإن التعويض يقدر بقيمة الضرر الذي تحملته الإدارة وقت وقوعه ويراعى في تقدير التعويض ما أسهمت به الإدارة من أخطاء أو أعمال أدت إلى حدوث الخطأ أو وقوع الضرر أو ما سببه إخلال المتعاقد بالتزامه .

والإدارة بحكم أنها طرف في العقد الإداري، فإنها تملك وسيلتين لتحصيل التعويض :

الوسيلة الأولى فهي مشتركة مع القانون الخاص للالتزامات، حيث يمكن للإدارة أن تتوجه إلى القاضي لتحريك دعوى المسؤولية العقدية ضد المتعاقد للخطأ الصادر عنه أما عن الوسيلة الثانية فإنها تتعلق على وجه الخصوص بقانون العقود الإدارية حيث أن الإدارة تستطيع أن تطبق بشكل مباشر صلاحية المبادرة بتوقيع الجزاء للحصول على التعويض المستحق لها من طرف المتعاقد المقصر. ففي حالة عدم الوصول إلى اتفاق يستطيع المتعاقد المدين أن يتوجه إلى قاضي العقد الذي يبادر من جانبه بإجراء رقابة على معدل التناسب بين مقدار التعويض المطلوب وجسامة التقصير من جانب المتعاقد مع الإدارة . [2]

على أن الإدارة تلتزم بتقديم الدليل على الضرر الذي لحق بها بحيث يجب أن تتناسب قيمة التعويض المستحق للإدارة مع حجم الضرر الذي نتج عنه.

كما يمكن لقاضي العقد أن يقرر إعفاء المتعاقد من هذا التعويض إذاأرادأن ينازع فيه أمام القضاء فيما إذا ثبت عدم صحة الأساس الذي تبنى عليه التعويض ، كما أن للقاضي أن يقرر التخفيض في قيمة التعويض إذا كان مبالغا فيه ويجب مراعاة مساهمة الإدارة بخطئها في إحداث الضرر إذا وجد ذلك عند تقدير التعويض . [3]

---

[1] طارق محمد عبد الرحمن سلطان ، مرجع سابق ، ص205 .

[2] خالد مصطفى حواطمة، مرجع سابق، ص50 .

[3] طارق محمد عبد الرحمن سلطان ، مرجع سابق ،ص207ومابعدها.

Create PDF files without this message by purchasing novaPDF printer (http://www.novapdf.com)

أما عن الاعذار فانه كقاعدة عامة لا يجوز للإدارةأن تفرض الجزاءات على المتعاقد معها الذي قصر في تنفيذ التزاماته التعاقدية إلا بعد أن تقوم باعذاره وهذا ما نصت عليه المادة 179 من القانون المدني الجزائري التي نصت على ما يلي : " وبالتالي نستنتج أن الاعذار شرط ضروري للمطالبة بالتعويض عن عدم التنفيذ وهو ما يشترط في الالتزامات التعاقدية"وقد عرفته المادة180 من القانون المدني الجزائري بقولها : " فحتى يمكن للدائن مطالبة مدينه بتنفيذ التزامه عن طريق التعويض يجب عليه أن يخطره بتنفيذ الالتزام وذلك طبقا للمادتين 180و 181من القانون المدني الجزائري "[1]

وعى ذلك فالاعذار شرط لاستحقاق التعويض سواء أكان تعويضا عن عدم التنفيذ أو تعويضا عن التأخير وبالرجوع إلىأحكام قانون الصفقات العمومية الجزائري الصادر بموجب المرسوم الرئاسي 10-236 المؤرخ في 2010/10/7 المعدل والمتمم فانه لم يتم النص على الاعذار قبل فرض العقوبات المالية على المتعاقد من خلال المادة 90 منه وإنما اقتصر على تطبيقه من خلال المادة 112 من المرسوم الرئاسيالسالف الذكر والتي جاءت تحت بند الفسخ والتي تنص على مايلي :

" إذا لم ينفذ المتعاقد التزاماته ، توجه له المصلحة المتعاقدة اعذار ليفي بالتزاماته التعاقدية في أجل محدد وان لم يتدارك المتعاقد تقصيره في الأجل الذي حدده الاعذار المنصوص عليه أعلاه يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تفسخ الصفقة من جانب واحد ".

وعلى هذا الأساس واعمالاللإعذار المسبق قبل فرض أي جزاء ، فانه من حيث المبدأ يجب على الإدارة أن تعذر المتعاقد معها بجزاء التعويض قبل القيام به وذلك لأن الهدف من وراء التعويض والجزاءات المالية الأخرى وضعت من أجل التغلب على الامتناع عن التنفيذ وتحقيق ضمان سير المرافق العامة . [2]

---

[1] المواد 183،181،179،176 من الأمر75-58 المؤرخ في 1975/09/26 المتضمن القانون المدني الجزائري المعدل بالقانون رقم07-05 المؤرخ في:2007/05/13.

[2] المادة 112 من المرسوم الرئاسي 10- 236 المتضمن قانون الصفقات العمومية المعدل والمتمم بالمرسوم .

Create PDF files without this message by purchasing novaPDF printer (http://www.novapdf.com)

الفرع الثاني : جواز الجمع بين التعويض والغرامة التأخيرية والفسخ

من خلال هذا الفرع سنحاول معرفة إمكانية الجمع بين التعويض وذلك في المطالبة به من الإدارة بسبب عدم تنفيذ المتعاقد لالتزاماته أو التأخير فيها وجزاء غرامة التأخير والفسخ.

أولا – التعويض وغرامة التأخير :

إن الفارق الأساسي بين التعويض والغرامة التأخيرية يكمن ، وبصورة جوهرية في الطابع الاتفاقي لغرامة التأخير، كما أن مقدارها لايتنوع بالنظر إلى حجم الضرر الذي لحق بالإدارة، والغالب أن يكون الحال كذلك متى تحقق السبب الذي تم على أساسه وضع الغرامة. وبعبارة أخرى نستطيع القول بان الغرامة التأخيرية تطبق بقوة القانون ودون حاجة لأن تبرر الإدارة أن ثمة ضرر قد لحق بها . والغرامة التأخيرية لا يمكن أن تضاف إلى التعويض . والنظر في تطبيق مثل هذه القاعدة يتحقق في الغرض الذي تقصد فيه الإدارة الحصول على تعويض مضاعف من خلال نموذجين للجزاءات المالية بشأن ذات التقصير الناجم عن المتعاقد وبالمقابل يلتزم المتعاقد مع الإدارة بدفع التعويض وكذلك الغرامة التأخيرية . متى تستطيع الإدارةأن تفرض دفع الغرامة التأخيرية على المتعاقد معها في حالة التقصير في أداء الالتزامات المفروضة عليه . والحق أن المجال الحيوي للغرامات المالية يتعلق وبصورة جوهرية بمدد التنفيذ .

ولكن من الممكن كذلك أن تتعلق بجوانب أخرى من العقد ، على سبيل المثال في حالة العيب في تنفيذ الالتزام، أو في مجمل عيوب التنفيذ .

نخلص من ذلك إلى القول بان قاعدة عدم الجمع تنطبقإذن في الغرض الذي تكون معه الغاية من الغرامة هي التأخير ، والتعويض يكمن في إصلاح الضرر.

كما أن التعويض يحكم به عادة القاضي ،أما الغرامة فهي محددة في العقد من قبل المتعاقدين كما أن مقدار التعويض يرتبط بمقدار الضرر على خلاف غرامة التأخير فهي مبلغ يرتبط بمدد التنفيذ.

ثانيا : جواز الجمع بين التعويض والفسخ

هذا ما أكده الفقيه " روميو" في تعليقه على حكم ديبلانكو الشهير حيث انتهى إلى النتيجة التالية " إن كل التزام عقدي لصيق بالجزاء ، وحينما لا توجد في العقد قواعد خاصة ، فلا

Create PDF files without this message by purchasing novaPDF printer (http://www.novapdf.com)

غنى في هذه الحالة عن تطبيق القواعد العامة ، فإماأن يتم فسخ العقد أو فرض التعويض على المتعاقد المقصر . [1]

وبالرجوع إلى قانون الصفقات العمومية الجزائري فانه قد أقر الجمع بين الفسخ والتعويض عن الأضرار من خلال نص المادة 112 من المرسوم الرئاســـــي 10-236المؤرخ في 2010/10/7 المعدل والمتمم بنصها :" لا يمكن الاعتراض على قرار المصلحة المتعاقدة بفسخ الصفقة عند تطبيقها البنود التعاقدية في الضمان ، والمتابعات الرامية إلى إصلاح الضرر الذي لحقها بسبب خطا المتعاقد معها " [2]

وهناك قاعدة أساسية تطبق في فسخ العقد المدني والإداري على حد سواء ألا وهي أن الذي اضر من فسخ العقد أن يرجع بالتعويض عما أصابه من ضرر على المدين .

المبحث الثالث : مصادرة التأمين

إن مصادرة التأمين إحدى الجزاءات المالية المهمة التي تلجأ لها الإدارةعند تقصير المتعاقد في تنفيذ التزاماته التعاقدية . كما ينفرد هذا الجزاء بخصائص تجعل من الجمع بينه وبين الجزاءات المالية الأخرى أمرا ممكنا وأن لهذا الجزاء أقسام وأنواع ، كما أنه اختلف أيضا في تحديد طبيعته القانونية وبذلك سنقسم هذا المبحث إلى ثلاث مطالب نعرض في المطلب الأول : مفهوم مصادرة التأمين ، ونعرض في المطلب الثاني الطبيعة القانونية لجزاء مصادرة التأمين، وفي المطلب الثالث سنتناول طريقة سداد التأمين وجواز الجمع بينه وبين الجزاءات المالية الأخرى.

المطلب الأول : مفهوم مصادرة التأمين

سندرس من خلال هذا المطلب ما المقصود بمصادرة التأمين من خلال الفرع الأول الذي نتناوله في عنصرين الذي ارتأينا أن ندرج ضمنه موقف الفقه والقانون من هذا الجزاء، وثم نتناول خصائص ومميزات هذا الجزاء من خلال الفرع الثاني، وأنواع هذا التأمين من خلال الفرع الثالث.

([1]) طارق محمد عبد الرحمن سلطان ، مرجع سابق ، ص208 ومابعدها .

([2]) المادة 112 من المرسوم الرئاسي 10- 236 المتضمن قانون الصفقات العمومية المعدل والمتمم .

Create PDF files without this message by purchasing novaPDF printer (http://www.novapdf.com)

الفرع الأول : المقصود بمصادرة التأمين

سنقسم هذا الفرع الى عنصرين، العنصر الأول ندرس من خلاله تعريف التأمين والعنصر الثاني موقف الفقه والقانون من جزاء مصادرة التأمين.

أ)- تعريف التأمين :

يعرف التأمين أنه ضمان لجهة الإدارة، تتوقى به أثار الأخطاء التي يرتكبها المتعاقد بصدد تنفيذ العقد الإداري ويضمن لها ملاءمته لمواجهة المسؤوليات الناتجـــةعن تقصيره.[1]

كما يعرف أيضا بأنه مبالغ مالية أو خطاب صادر من أحد البنوك بقيمة معينة ضمانا لجهة الإدارة يؤمنها من الأخطاء التي قد تصدر من المتعاقد معها حين يباشر في تنفيذ العقد الإداري كما يضمن ملائمة المتعاقد معها عند مواجهة المسؤوليات التي قد يتعرض لها من جراء إخلاله بتنفيذ أحكام العقد الإداري.[2]

ويعرف على أنه مصادرة أو استيلاء الإدارة على مبلغ التأمين الذي يودعه المتعاقد مع الإدارة ليضمن لها ملائمته لمواجهة مسؤوليته في حالة إخلاله بشروط العقد . [3]

هو عبارة عن جزاء يحمل في طياته اتفاقا مسبقا على التعويض ، وإذا كان للإدارة حق فرض جزاء التعويض على المتعاقد معها الذي اخل بالتزاماته التعاقدية وذلك بسبب ما نتج عن الإخلال بالالتزامات من أضرار . فإن للإدارة حق مصادرة التأمين بمعنى الحصول على قيمة التأمين عن طريق التنفيذ المباشر سواء تم النص في الشروط على هذا الحق أو لم ينص عليه وإلا لما كان هناك غاية لاشتراط إيداع التأمين مع العطاء فالتأمين هو ضمان للإدارة يؤمنها ضد الأخطاء التي قد تصدر عن المتعاقد. كما يضمن التأمين ملائمة المتعاقد لمواجهة المسؤوليات الناتجة عن تقصيره في تنفيذ العقد ، و الهدف هو الحرص على استمرار سير المرفق العام وضمان جدية العطاء ويشكل أيضا وسيلة

---

[1] طارق محمد عبد الرحمن سلطان ، ، مرجع سابق ، ص184.

[2] حمد محمد حمد الشلماني ، مرجع سابق ، ص184.

[3] ما جد راغب الحلو ، **العقود الإدارية والتحكيم**، مرجع سابق ، ص117.

Create PDF files without this message by purchasing novaPDF printer (http://www.novapdf.com)

تستوفي الإدارة بها ما يستحق لها من مبالغ لدى المتعاقد معها الذي قصر في تنفيذ التزاماته . [1]

ب)- موقف الفقه و القانون من جزاء مصادرة التأمين :

إن الفقه الفرنسي يؤكد على أن للإدارة الحق في فرض الجزاءات الإدارية على المتعاقد معها الذي يخل بالتزاماته التعاقدية دون اللجوء مقدما إلى القضاء ، ويعد هذا الامتياز امتيازا أساسيا ومن هذه الجزاءات التي تملكها الإدارة مصادرة التأمين . وهذه السلطة في مصادرة التأمين ترجع إلى سلطة الإدارة في امتيازها في التنفيذ المباشر. والإدارة لا تستطيع أن تتنازل عن هذا الامتياز في نطاق الجزاءات العقدية الإدارية على اعتبار أن هذا الامتياز مقرر للإدارة كي تتفادى بطء إجراءات التقاضي الذي قد يكون سببا في عدم سير المرافق العامة بانتظام .[2]

أما عن موقف المشرع الجزائري فإنه ومن خلال استقراء القانون المنظم للصفقات العمومية رقم10-236 المعدل والمتمم فقد أقر المشرع الجزائري على أن المتعاقد سواء كان جزائري أو أجنبي فهو ملتزم بتقديم كفالة مسبقا لكي تدفع له التسبيقات ، يصدرها بنك خاضع للقانون الجزائري إضافة إلى ضمان يصدر عن بنك أجنبي من الدرجة الأولى بالنسبة للمتعامل المتعاقد الأجنبي وهذا ما أقرته المادة 75من قانون الصفقات العمومية الجزائري.[3]

كما ألزم المشرع الجزائري المتعاقد على تقديم كفالة حسن التنفيذ وهذا ما أقرته المادة 97 من القانون المنظم للصفقات العمومية الجزائري السالف الذكر . وألزم المشرع الجزائري المتعاقد على تقييمها في أجل لا يتجاوز تاريخ تقديم أول طلب دفع على الحساب من المتعامل المتعاقد . وأن تحرير هذه الكفالة يكون على حسب الصيغ التي تعتمدها

---

[1] عبد الغني بسيوني عبد الله ، **القانون الإداري** ، مرجع سابق ، ص551.

[2] نصر الدين محمد بشير، مرجع سابق ، ص308.

[3] المادة 75 من المرسوم الرئاسي 10- 236 المتضمن قانون الصفقات العمومية المعدل والمتمم .

Create PDF files without this message by purchasing novaPDF printer (http://www.novapdf.com)

المصلحة المتعاقدة والبنك الذي تنتمي إليه [1].

– كما حددت المادة 100من نفس القانون نسبة كفالة حسن التنفيذ التي تتراوح بين خمسة في المائة(5%) وعشرة في المائة (10%) من مبلغ الصفقة حسب طبيعة وأهمية الخدمات الواجب تنفيذها. كما تحدد كفالة حسن التنفيذ بنسبة تتراوح بين واحد في المائة (1%) وخمسة في المائة (5%) من مبلغ الصفقة . كما أنه في حالة صفقات الأشغال التي لا تبلغ حدود اختصاص اللجنة الوطنية لصفقات الأشغال يمكن أن تقطع هذه الكفالة بنسبة خمسة بالمائة (5%) من مبلغ كشف الأشغال وهذا الاقتطاع من الكشف يكون بديلا عن تقديم المتعاقد لكفالة حسن التنفيذ إذ يتم اقتطاع هذه النسبة من كشف الأشغال الذي يقدمه المتعاقد عندما يتقدم بطلب دفع المستحقات للمصلحة المتعاقدة، ويتم تحويل الرصيد المقتطع من كشف الأشغال والمكون لكفالة حسن التنفيذ إلى اقتطاع ضمان . لدى الاستلام المؤقت للصفقة . وهذا ما جاء في فحوى المادة 100من قانون الصفقات الجزائري السالف الذكر. وأيضا نفس الأمر مقرر لصفقات الدراسات والخدمات هذا حسب نص المادة 99من نفس المرسوم وكفالة حسن التنفيذ التي يقدمها المتعاقد سواء في شكل اعتماد بنكي أو في شكل اقتطاعات تقتطع من كشف الأشغال فإنها تتحول إلى كفالة ضمان عند الاستلام المؤقت للمشروع وذلك في حالة نص الصفقة على أجل الضمان وهذا حسب نص المادة 98 من نفس المرسوم الرئاسي وهي المدة التي تحددها المصلحة المتعاقدة ابتداء من الاستلام المؤقت للمشروع والتي يضمن فيها المتعاقد تحمل كل المصاريف التي تنتج عن سوء التنفيذ أو ظهور عيوب في التنفيذ . [2]

أما عن استرجاع كفالة الضمان فلا يحق للمتعاقد أن يسرد اقتطاعات الضمان إلا في مدة شهر واحد وذلك بعد الاستلام النهائي للمشروع وعادة ما يكون الاستلام النهائي بعد مرور سنة أي 12شهر من الاستلام المؤقت للمشروع وهي مدة الضمان السالفة الذكر. وهذا ما نصت عليه المادة 101من المرسوم الرئاسي السالف الذكر أما عن حق الإدارة في مصادرة التأمين فان المشرع الجزائري لم ينص من خلال قانون الصفقات العمومية على مصادرة التأمين بشكل صريح أو في مادة مستقلة ، ولكن مايفهم من نص المادة

---

[1] المادة 90 من المرسوم الرئاسي 10– 236 المتضمن قانون الصفقات العمومية المعدل والمتمم .

[2] المادتين 98و99 من المرسوم الرئاسي 10– 236 المتضمن قانون الصفقات العمومية المعدل والمتمم.

Create PDF files without this message by purchasing novaPDF printer (http://www.novapdf.com)

112التي تضمنت جزاء فسخ الصفقة من طرف المصلحة المتعاقدة،فإذا لم ينفذ المتعاقد التزاماته فانه لا يمكن الاعتراض على قرار المصلحة المتعاقدة بفسخ الصفقة عند تطبيقها البنود التعاقدية في الضمان والمتابعات الرامية إلى إصلاح الضرر الذي لحقها بسبب خطأ المتعاقد معها .[1]

كما أنه نص أيضا وبصفة عامة على اقتطاع العقوبات المالية التعاقدية المطبقة على المتعاقدين بموجب بنود الصفقة من الدفعات التي تتم حسب الشروط و الكيفيات المنصوص عليها في الصفقة وهذا حسب ما جاء في نص المادة 90 من نفس المرسوم الرئاسي المتعلق بقانون تنظيم الصفقات العمومية .[2]

الفرع الثاني : خصائص مصادرة التأمين

يتميز جزاء مصادرة التأمين بجملة من الخصائص نعرضها على النحو التالي :

أولا – أن جزاء مصادرة التأمين مصدره نص المشرع :

بمعنى أن الإدارة تستطيع فرض هذا الجزاء بحق المتعاقد المقصر في تنفيذ التزاماته التعاقدية حتى ولو لم ينص العقد على هذا الجزاء على أساس أن هذا الحق موجود بدليل أن الإدارة تشترط على المتعاقد أن يؤد مبلغ التأمين قبل دخوله بالعطاء.

ثانيا – جزاء مصادرة التأمين يفرض بموجب قرار إداري :

حيث تستطيع الإدارة فرض جزاء مصادرة التأمين بإرادتها المنفردة بمقتضى مالها من سلطة التنفيذ المباشر وبدون حاجتها إلى استصدار حكم من القضاء، وللإدارة ممارسة هذا الحق سواء نص عليه في العقد أولم ينص ، وسلطة الإدارة في هذا الصدد سلطة تقديرية لا تخضع للرقابة القضائية إلا في حالة الانحراف في استعمال السلطة .

ثالثا– جزاء مصادرة التأمين يفرض بدون إنذار أو تنبيه :

إذا كانت القاعدة العامة أنه لا يجوز للإدارة فرض أي جزاء على المتعاقد قبل تنبيهه إلى أخطائه لكون إنذار المتعاقد يعد ضمانة أساسية من الضمانات التي يتمتع بها [3]

---

[1]المادة 112 من المرسوم الرئاسي 10– 236 المتضمن قانون الصفقات العمومية المعدل والمتمم.

[2] المادة 90 من المرسوم الرئاسي 10– 236 المتضمن قانون الصفقات العمومية المعدل والمتمم .

[3]وليد سعود فارس القاضي ،مرجع سابق،ص 56.

Create PDF files without this message by purchasing novaPDF printer (http://www.novapdf.com)

وفي هذا الصدد نجد تباين في الآراء وسنعرض بإيجاز موقف الفقه والقانون في هذا الأمر:

– ففي فرنسا اتفق الفقهاء على ضرورة قيام الإدارة بإعذار المتعاقد معها المقصر في تنفيذ التزاماته بالجزاء الذي سوف نفرضه علية ، ويأخذ مجلس الدولة الفرنسي بهذا الرأي أيضا وعلى ذلك فإن الإدارة ملزمة بإعذار المتعاقد معها بجزاء مصادرة التأمين في فرنسا .

أما في مصر فمن خلال استقراء قانون المناقصات والمزايدات المصري رقم 89 لسنة1998 نجد أن المادة 126 من هذا القانون قد أجازت للإدارة مصادرة التأمين النهائي دون الحاجة إلى اعذار المتعاقد معها المخل بالتزاماته التعاقدية بمصادرة التأمين، أما بالنسبة للائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات رقم89 لسنة 1998 فقد أجازت المادة 84 للإدارة بمصادرة التأمين النهائي بعد فسخ العقد أو التنفيذ على حساب المقاول المخل دون حاجة إلى اعذار هذا المقاول المخل بالتزاماته التعاقدية بمصادرة التأمين .

كما أن هناك رأي في الفقه يرى أن جزاء مصادرة التأمين يمكن فرضه دون إنذار وذلك بسبب أن جزاء مصادرة التأمين وضع أصلا لضمان تنفيذ بنود العقد على الوجه الأكمل ومن أجل تحصيل الغرامات والتعويضات وغيرها من المبالغ التي تستحق على المتعاقد .

كما أنه لا يجوز فرض جزاء مصادرة التأمين لمجرد تأخر المتعاقد في تنفيذ التزاماته العقدية فمن باب أولى ينبغي ألا يتم إنذار المتعاقد قبل توقيع جزاء المصادرة عليه. و بما أن مبلغ التأمين موجود لدى جهة الإدارة فإنها تستطيع مصادرته في أي وقت ترى فيه أن المتعاقد قد أخل بشروط العقد دون إنذاره لعلمه بأن الإدارة ستصادر المبلغ الذي أودعه لديها من أجل تنفيذ التزاماته [1].

– ونجد أن المشرع الجزائري في شأن الاعذار قبل توقيع مصادرة التأمين فإنه وبالرجوع إلى المرسوم الرئاسي10–236المتضمن تنظيم الصفقات العمومية لمعدل والمتمم نجد بأنه قد نص على الاعذار من خلال المادة 112 من هذا المرسوم وهو الاعذار التي توجهه

---

[1] نصر الدين محمد بشير ، مرجع سابق ، ص313.

Create PDF files without this message by purchasing novaPDF printer (http://www.novapdf.com)

المصلحة المتعاقدة إذا لم ينفذ المتعاقد التزاماته وما يكون عليه تدارك تقصيره خلال الأجل الذي يحدده الاعذار وإلا سيتم فسخ الصفقة من جانب واحد. وبالتالي فان اعذار المتعاقد مع الإدارة قبل مصادرة التأمين هو أمر ضروري من أجل إعطاء المتعاقد مع الإدارة فرصة لتصحيح الخلل الصادر منه من أجل ضمان تنفيذ العقد الإداري ذلك لأن الغاية من فرض الجزاءات الإدارية هو ضمان حسن تنفيذ العقد الإداري المتصل بسير المرفق العام [1].

رابعا – للإدارة فرض جزاء مصادرة التأمين حتى ولو لم يلحقها ضرر فعلي :

فمن المسلم به أن إخلال المتعاقد أو تقصيره في تنفيذ التزاماته يعد قرينة مفترضة على وجود ضرر ما قد أصاب الإدارة وعليه يحق للإدارة فرض هذا الجزاء بمجرد حدوث الإخلال أو التقصير من جانب المتعاقد دون أن تتحمل عبء إثبات وقوع الضرر .

خامسا – جزاء مصادرة الـــتأمين يمثل الحد الأدنى للتعويض الذي يمكن للإدارة الحصول عليه ترتب على ذلك عدة نتائج لعل من أبرزها :

أ) – لا يجوز للمتعاقد المخل بالتزاماته أن يدعي أن مبلغ التأمين الذي صادرته الإدارة أكثر من الضرر الذي لحقها .

ب)– أن جزاء مصادرة التأمين لا يمثل الحد الأعلى للتعويض ومن ثم يحق للإدارة المطالبة بالتعويض عن الأضرار الحقيقية التي لحقت بها .

ج)– لا يجوز للإدارة المطالبة بتعويض آخر إذا جبر مبلغ التأمين الضرر الواقع فعلا باستثناء حالة ما إذا نص العقد على خلاف ذلك . [2]

سادسا – للإدارة أن تعفي المتعاقد من مصادرة التأمين كما لها أن تخفض من قيمته :

القاعدة العامة لايجوزللإدارة التنازل عن سلطتها في تطبيق الجزاءات الإدارية ويستثنى من هذه القاعدة جزاء مصادرة التأمين إذ يجوز للإدارة بما لها من سلطة تقديرية أن تعفي المتعاقد من التأمين أو تخفضه في حالات معينة وفي هذا الصدد مثال عن حكم المحكمة الإدارية العليا في مصر بتاريخ 1961/4/22 .ففي مصر تستطيع الإدارة إعفاء الهيئات

---

(1) المادة 112 المرسوم الرئاسي 10– 236 المتضمن قانون الصفقات العمومية المعدل والمتمم .

(2) وليد سعود فارس القاضي ،مرجع سابق ، ص 57 .

Create PDF files without this message by purchasing novaPDF printer (http://www.novapdf.com)

والمؤسسات العامة وشركات القطاع العام ودوائر الدولة بشكل عام من مبلغ التأمينات ويجوز لها أن تخفض قيمته إلى 50% كحد أقصى على أن تأخذ في اعتبارها أن المصلحة العامة لن تتضرر من هذا التخفيض وأن المتعاقد لديه القدرة على تنفيذ التزاماته مع مراعاتها لأهمية العقد المبرم [1].

والمشرع الجزائري في شأن إعفاء المتعاقد من دفع كفالة حسن التنفيذ فإنه وبالرجوع إلى القانون المنظم للصفقات العمومية الصادر بموجب مرسوم رئاسي 10-236 المؤرخ في 2010/10/7 المعدل والمتمم فقد نص على حالات معينة يتم فيها إعفاء المتعاقد من تقديم كفالة حسن التنفيذ وذلك كما جاء في نص المادة 97 الفقرة الثانية والثالثة من نفس القانون،إذ يعفى من ذلك في بعض أنواع صفقات الدراسات والخدمات التي تحدد قائمتها بقرار مشترك بين الوزير المعني والوزير المكلف بالمالية والملاحظ أن هذا الإعفاء خاص بالصفقات المتعلقة بالدراسات أو الخدمات فقط . ولكنه أقر بذلك الإعفاء .

أما عن الحالة الثانية فيمكن للمصلحة المتعاقدة أن تعفي المتعامل معها من دفع كفالة حسن التنفيذ إذا لم يتعد أجل تنفيذ الصفقة 3 ثلاثة أشهر وهنا أعطى المشرع للمصلحة المتعاقدة السلطة التقديرية في ذلك .اذ تنص " ويعفى الشريك المتعاقد من كفالة حسن تنفيذ الصفقة في بعض أنواع صفقات الدراسات والخدمات ، التي تحدد قائمتها بقرار مشترك بين الوزير المكلف بالمالية والوزير المعني .

يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تعفي المتعامل معها من كفالة حسن التنفيذ ، إذا لم يتعد أجل تنفيذ الصفقة3 ثلاثة أشهر."

-كما أن هناك حالة يعفى فيها المتعاقد من دفع كفالة حسن التنفيذ ولقد أقر المشرع بذلك ودون تدخل للسلطة التقديرية للإدارة في ذلك إذ يعفى الحرفيون المنصوص عليهم في المادة 55 من نفس المرسوم وكذلك تعفى المؤسسات الصغيرة الخاضعة للقانون الجزائري وذلك عندما يتدخلون في عمليات عمومية متعلقة بترميم ممتلكات ثقافية وهذا ما نصت عليه المادة 100 في فقرتها الخامسة بقولها : " ويعفى الحرفيون المنصوص عليهم في

---

(1) نفس المرجع، ص58 .

Create PDF files without this message by purchasing novaPDF printer (http://www.novapdf.com)

المادة 55 من هذا المرسوم والمؤسسات المصغرة الخاضعة للقانون الجزائري ، من تقديم كفالة حسن تنفيذ الصفقة عندما يتدخلون في عمليات عمومية لترميم ممتلكات ثقافية" [1].

الفرع الثالث :أنواع التأمين

إن التأمين الذي تصادره الإدارة باعتباره جزاء تفرضه بحق المتعاقد المقصر ينقسم إلى الأنواع التالية :

1)- التأمين الابتدائي : وهو عبارة عن مبلغ من المال يدفعه المتعاقد لجهة الإدارة لضمان جدية العطاء وللمساواة بين المتنافسين ، وهو عادة ما يكون بنسبة محددة من قيمة العطاء موضوع التعاقد . [2] وكذلك أن نية المتعاقد انصرفت إلى تنفيذ بنود العقد إذا رسى عليه العطاء ، وليكون بمثابة جزء من التأمين النهائي ، أما إذا لم يرس العطاء على المتعاقد فيعاد إليه مبلغ التأمين . [3]

2)- التأمين النهائي :

وهو عبارة عن مبلغ نقدي يدفعه المتعاقد الذي رسى عليه العطاء لضمان قيام المتعاقد بتنفيذ التزاماته طبقا لشروط العقد ، بإيداعه لدى جهة الإدارة والغرض منه طمأنة الإدارة بأن المتعاقد قد وضع لديها مبلغا من المال تستطيع مصادرته إذا ما قصر في تنفيذ بنود العقد . وبإيداع هذا المبلغ يكون المتعاقد قد احتاط لأخطائه وقدم ضمانة لقيامه بواجباته على الوجه الأكمل .

ويختلف التأمين النهائي عن التأمين المؤقت في أن التأمين النهائي هو عبارة عن مبلغ يتحدد بنسبة معينة من قيمة العقد يودعه من يرسو عليه العطاء كضمان لقيامه بتنفيذ شروط العقد في الأحوال العادية يتم رده لصاحبه إذا تم التنفيذ وفقا لشروط العقد .

([1])المادة 55 و100 المرسوم الرئاسي 10- 236 المتضمن قانون الصفقات العمومية المعدل والمتمم .

[2]طارق محمد عبد الرحمن سلطان ،مرجع سابق ، ص185.

[3]وليد سعود فارس القاضي ،،مرجع سابق ، ص53.

Create PDF files without this message by purchasing novaPDF printer (http://www.novapdf.com)

أما التأمين المؤقت أو الابتدائي فهو نسبة معينة من قيمة العقد تقدم مع إعطاء الراغب في التعامل مع الإدارة لإثبات نيته في التعاقد وفي الظروف العادية يتم استرداده إذا لم يتم إرساء العملية على صاحبه أو يفقده إذا عدل عن العطاء قبل جلسة فتح الأظرفة .[1]

وينبغي القول بأن الإدارة تقوم بمصادرة التأمين الابتدائي في الأحوال التالية :

أ- إذا عدل من رسى عليه العطاء عن عطائه أثناء مدة سريان العقد.

ب- إذا امتنع من رسى عليه العطاء عن توقيع العقد .

ج- إذا رفض من رسى عليه العطاء إيداع التأمين النهائي .

وللإدارة مصادرة التأمين النهائي في الأحوال التالية :

أ) - إذا لم يقم المتعاقد بتنفيذ بنود العقد بشكل كامل وصحيح .

ب) - إذا استحقت لدى جهة الإدارة أية مبالغ مالية تخص المتعاقد كغرامات التأخير أو أية جزاءات أخرى فإنه يتم خصمها من قيمة التأمين .

ج)-تتم مصادرة التأمين لقاء العطل والضرر الذي يلحق بالإدارة من جراء اضطرارها لسحب العمل من المتعاقد .

د)- تقوم الإدارة بمصادرة التأمين إذا اضطرت إلى فسخ العقد نتيجة امتناع المتعاقد عن القيام بتنفيذ التزاماته .

ه)- يتم مصادرة قيمة التأمين النهائي كتعويض عن استعمال آلات المرفق العام أو هلاكها ومنه الآلات التي تقدمها الإدارة للمتعاقد لكي يتمكن من تنفيذ بنود العقد كما هو الحال في عقود الأشغال العامة وعقود التزام المرافق العامة .[2]

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري نص على التأمين الابتدائي من خلال المادة 51من المرسوم الرئاسي رقم 10-236المؤرخ في 2010/10/7 المعدل والمتمم والتي

---

[1] طارق محمد عبر الرحمن سلطان ، مرجع سابق ، ص 185و ما بعدها.

[2] وليد سعود فارس القاضي ، مرجع سابق ، ص 54و ما بعدها.

Create PDF files without this message by purchasing novaPDF printer (http://www.novapdf.com)

حددت بأن العروض يجب أن تشتمل على عرض تقني وعرض مالي وأن كفالة التعهد تقدم ضمن العرض التقني . وتفوق نسبة واحد بالمائة(1%) من مبلغ العرض ، وتصدر كفالة التعهد من قبل بنك خاضع للقانون الجزائري أو صندوق ضمان الصفقات العمومية للمتعهدين الجزائريين ويجب ان تصدر بالنسبة للمتعهدين الأجانب من طرف بنك خاضع للقانون الجزائري يشملها مقابل صادر عن بنك أجنبي من الدرجة الأولى .

كما أن هذه الكفالة ترد للمتعهد الذي لم يقبل ولم يقدم طعنا بعد يوم واحد من تاريخ انقضاء الطعن أما عن المتعهد الذي لم يقبل وقدم طعنا فيستردها عند تبليغ قرار رفض الطعن، أما عن المتعهد الذي منحت له الصفقة فإنها ترد له بعد أن يضع كفالة حسن التنفيذ والملاحظ أن المشرع الجزائري قد أقر بأن كفالة التعهدأو التأمين الإبتدائي ترد للمتعهد الذي منحت له الصفقة بعد وضعه لكفالة حسن التنفيذ .

ونجد المشرع الجزائري من خلال هذا القانون لم ينص على جزاء مصادرة التأمين بصفة واضحة ومستقلة كجزاء من الجزاءات المالية بل نجد أنه نص بصفة عامة على العقوبات المالية وهذا ما نلاحظه من خلال نص المادة 62 من نفس المرسوم الرئاسي سالف الذكر التي تحدد أنهيجب أن تتضمن الصفقة بيانات مثل التعريف بالأطراف المتعاقدة وموضوع الصفقة وكيفية الإبرام وأيضا العقوبات المالية ونسبها وكيفية حسابها وشروط تطبيقها أو النص على الإعفاء منها . وكذلك أكدت هذا الأمر المادة 90 من نفس المرسوم إذحسب ما جاء فيها أن تقتطع العقوبات المالية التعاقدية المطبقة على المتعاملين المتعاقدين بموجب بنود الصفقة .[1]

أما عن التأمين النهائي أو ما يعرف بكفالة حسن التنفيذ فقد نص عليها المشرع الجزائري وعلى أحكامها من خلال نص المواد من 97 إلى المادة101 والذي سنعرضه بمزيد من التفصيل من خلال المطلب الثالث من هذا المبحث عند التطرق إلى طريقة سداد التأمين[2].

([1])المادة 90 من المرسوم الرئاسي 10- 236 المتضمن قانون الصفقات العمومية المعدل والمتمم .

([2])المواد من 97 الى 101 من المرسوم الرئاسي 10- 236 المتضمن قانون الصفقات العمومية المعدل والمتمم .

Create PDF files without this message by purchasing novaPDF printer (http://www.novapdf.com)

المطلب الثاني : الطبيعة القانونية لجزاء مصادرة التأمين وجواز الجمع بينه وبين الجزاءات المالية الأخرى

في هذا الشأن سنقسم هذا المطلب إلى فرعين،سنتناول في الفرع الأول الطبيعة القانونية لجزاء لمصادرة التأمين ،فيالفرع الثاني سنتناولجواز الجمع بين جزاء مصادرة التأمين والجزاءات المالية الأخرى .

الفرع الأول : الطبيعة القانونية لجزاء لمصادرة التأمين

الاختلاف حول الطبيعة القانونية لمصادرة التأمين حول كونه تعويضا إتفاقيا(شرطا جزائيا) أو جزاءا يرجع إما إلى النصوص القانونية واجبة التطبيق أو إلى الشروط التعاقدية الخاصة بالموضوع والتي تسمو على نصوص القانون ، وفيما لا مخالفة فيه للنظام العام إعمالا للقاعدة التي تقضي بأن الخاص يقيد العام وإن الطبيعة القانونية لمصادرة التأمين لا تخرج عن كونها شرطا جزائيا تقضي بتوقيع جزاء مالي على المتعاقد المقصر في حال إلغاء العقد بسبب تقصيره ، وهذا الجزاء في حقيقته تعويض اتفاقي قدر في العقد بقيمة التأمين المقدم من المتعاقد المقصر كحد أدنى للضرر المتوقع حدوثه إذا ما أخل المتعاقد بما التزم به في العقد الإداري وقد ارتضى هذا الجزاء حين تعاقد .

ومصادرة التأمين كجزاء تملكه الإدارة ليس معناه حرمانها من الحقوق التي تقررها القواعد القانونية العامة في القانون الخاص لكل متعاقد ومنها حق الإدارة كطرف متعاقد وليس كسلطة عامة في الرجوع على المتعاقد معها بالتعويضات عن الأضرار التي لحقت بها من جراء إخلاله بالتزاماته التعاقدية [1]. والتي تجاوز مقدار التأمين ، ويراعى أن رجوع الإدارة بالتعويضات على المتعاقد المقصر في حالة عدم كفاية التأمين يستند ذلك الى الأحكام القانونية العامة التي تقضي ((بأن أي خطأ يترتب عليه ضرر يلزم من ارتكبه بالتعويض)) وهنا يكون على جهة الإدارة طالبة التعويض أن تثبت توفر أركان المسؤولية الثلاثة (خطأ . ضرر . علاقة سببية) وفقا للقواعد العامة المعمول بها في هذا الشأن .[2]

---

[1] طارق محمد عبد الرحمن سلطان ، مرجع سابق، ص 190.

[2] حمد محمد حمد الشلماني، مرجع سابق، ص 188.

Create PDF files without this message by purchasing novaPDF printer (http://www.novapdf.com)

ويختلف جزاء مصادرة التأمين عن الشرط الجزائي في عقود القانون الخاص حيث تملك الإدارة فرضه بإرادتها المنفردة دون حاجة إلى اللجوء للقضاء حتى تتلائم مع السرعة والمرونة التي يقتضيها حسن سير المرافق العامة ، وترجع هذه السلطة إلى حقها في التنفيذ المباشر كما تملك توقيعه حتى ولو لم يلحقا ضرر من هذا الإخلال ولا تكون الإدارة ملزمة بالإثبات بأن ضررا قد لحقها من الإخلال بشروط العقد ذلك لأن الإدارة لا تلتزم بإثبات ركن الضرر لأن الضرر يعتبر ركنا مفترضا في العقد الإداري .

وأن الإدارة لا تملك التنازل عن هذا الامتياز في دائرة الجزاءات في العقود الإدارية كما أن الإدارة لا تستطيع التجاوز عنه . [1]

وكما ذكرنا سابقا أن الهدف من هذا الجزاء هو الحرص على إستمرار سير المرفق العام وضمان جدية العطاء ويشكل أيضا وسيلة تستوفي الإدارة بها ما يستحق لها من مبالغ لدى المتعاقد الذي قصر في تنفيذ التزاماته .

ويعتبر الفقه والقضاء الفرنسي أن شرط مصادرة التأمين لصالح الإدارة المقرر في العقد بمثابة تقدير جزافي للتعويض عن عدم التنفيذ ، وبذلك لا تكون الإدارة على حق في طلب أية تعويضات أخرى متميزة عن التأمين الذي أصبح من حقها ، كما أن هذا الجزاء إتفاقي .

وقد ذهب جانب من الفقه الفرنسي إلى القول بأن جزاء مصادرة التأمين اتفاقي ،وهذا ما قضى به مجلس الدولة الفرنسي بالقول :« إذا اتفقت الإدارة والمتعاقد على تضمين العقد الإداري . أو قوائم الشروط بندا يقضي بمصادرة التأمين لصالح الإدارة جزاء الإخلال بالتزامات المتعاقد فإن هذا الشرط يعتبر جزائيا متفقا عليه عن عدم التنفيذ على هذا الأساس لا يحق للإدارة طلب أي تعويضات أخرى إلا أنه يجب اعذار المتعاقد عند توقيع جزاء مصادرة التأمين » .

كما أن هذا الجزاء حق للإدارة تملكه دون حاجة إلى اللجوء للقضاء وأن الإدارة لا تملك التنازل عن هذا الامتياز في دائرة جزاءات العقد الإداري . [2]

([1]) طارق محمد عبد الرحمن سلطان ، المرجع السابق، ص 190.

[2] طارق محمد عبد الرحمن سلطان ، المرجع السابق، ص ص 195-196.

Create PDF files without this message by purchasing novaPDF printer (http://www.novapdf.com)

الفرع الثاني : جواز الجمع بين جزاء مصادرة التأمين والجزاءات المالية الأخرى

تمت إضافة هذا الفرع ودراسته تزامنا ودراسة الطبيعة القانونية لجزاء مصادرة التأمين ذلك لأن هذا الفرع من خلال دراسته ستتوضح لنا معالم تحديد الطبيعة القانونية لجزاء مصادرة التأمين بشكل أوضح وبالتالي فهنا نتساءل عن مدى جواز وإمكانية الجمع بين جزاء مصادرة التأمين والجزاءات المالية الأخرى .

أ) – الجمع بين مصادرة التأمين وغرامة التأخير: ذهب رأي في الفقه إلى القول أن :« من بين الغرامات المالية التي ينص عليها العقد الإداري حق الإدارة في مصادرة التأمين المدفوع من المتعاقد ». ولكن أن هذا الاتجاه يفتقر إلى الأسس القانونية لكون جزاء مصادرة التأمين مستقل بشكل كامل عن جزاء غرامات التأخير ، ويؤكد ذلك أنهما يتشابهان ويختلفان في عدة أمور، أما عن أوجهالتشابه فيتم فرضهما بموجب قرار إداري صادر من الإدارة بإرادتها المنفردة . وأن كلاهما يعبر عن مبلغ من النقود ، كما أن للإدارة إعفاء المتعاقد معها من الغرامة وكذلك من التأمين في أحوال معينة. وأنهما تستحقان حتى ولو لم يلحق بالإدارة ضرر فعلي . ويتم فرضهما بدون إنذار أو تنبيه حسب الأحوال . وأيضا يمكن الجمع بينهما وبين الجزاءات الإدارية الأخرى .

أما عن أوجه الاختلاف فتتمثل في أن غرامة التأخير مصدرها العقد بمعنى أنه لا يجوز فرضها إذ لم ينص العقد عليها بيد أن مصادرة التأمين يمكن للإدارة فرضها حتى ولو لم ينص عليها العقد .كذلك غرامة التأخير لا يمكن تخفيض قيمتها بينما التأمين النهائي يمكن تخفيض قيمته من قبل الإدارة . و لا يجوز للإدارة أو حتى للمتعاقد المساس بمبلغ غرامة التأخير زيادة أو نقصان كون الغرامة محددة تحديدا نهائيا في العقد المبرم ، بينما يجوز للإدارة أن تحصل على تعويض يفوق مبلغ التأمين إذا أثبتت أن الضرر الذي لحقها يتجاوز قيمة التأمين الذي دفعه المتعاقد . و أن غرامة التأخير تفرض على المتعاقد الذي يتأخر في تنفيذ التزاماته التعاقدية أما مصادرة التأمين فلا يحق للإدارة فرضه لمجرد تأخر المتعاقد في تنفيذ التزاماته[1].

---

[1] وليد سعود فارس القاضي ، مرجع سابق ، ص ص 59 –60.

Create PDF files without this message by purchasing novaPDF printer (http://www.novapdf.com)

ب)- الجمع بين مصادرة التأمين والتعويض : كما سبقت الإشارة له من خلال الطبيعة القانونية لجزاء مصادرة التأمين أن الفقه والقضاء الفرنسي يرى بأن شرط مصادرة التأمين كاف للإدارة ولا يحق لها طلب تعويضات متميزة أخرى على التأمين الذي أصبح حقا لها لا ينازعها فيه أحد .

غير أن هناك اتجاهات أخرى في الفقه تعارض الاتجاه السابق على اعتبار أن الجزاءات التي ينص عليها الفقه لا تعالج إلا الخطأ عندما يكون محدودا أما في حالة الخطأ الجسيم فليس من المعقول أن يكون التأمين مانعا للإدارة من اقتضاء التعويضات التي تستحقها الإدارة نتيجة الأضرار الفعلية التي سببها تقصير المتعاقد معها والذي يترتب على هذا الأمر الإخلال بسير المرفق العام . [1]

وبالتالي يجوز الجمع بين مصادرة التأمين وبين التعويض لجبر كل الضرر الذي أصاب الإدارة وذلك لأن مبلغ التأمين يمثل الحد الأدنى للتعويض المستحق للإدارة في حالة إخلال المتعاقد بشروط العقد لذلك فليس من المجدي بالنسبة للمتعاقد أن يثبت أن مقدار التعويض اللازم لجبر الضرر الذي أصاب الإدارة يقل عن مبلغ التأمين ، ويستند التعويض التكميلي الذي قد يستحق للإدارة فوق مبلغ التأمين إلى القواعد العامة في المسؤولية التعاقدية ومنه أن جواز الجمع بينهما أمر جائز إذاتتجاوز الضرر قيمة التأمين ولم يحظر العقد الإداري هذا الجمع صراحة وذلك لأن التعويض يختلف عن مصادرة التأمين فالتعويض يمثل جبرا لضرر تعاقدي طبقا للقواعد العامة في العقود المدنية والإدارية على السواء . ومصادرة التأمين تعتبر جزاءا ماليا أيضا وللإدارة توقيعه في العقود الإدارية وحدها .

كما أنه يعتبر الجمع بينهما أمرا محظورا للتعويض ، غير أنه إذا تم تقدير التعويض الذي يجبر الضرر الذي أصاب الإدارة ، فإن مبلغ التأمين يخصم من قيمة التعويض إذا كانت هذه القيمة تزيد عليه [2].

---

[1] خالد مصطفى حواطمة، مرجع سابق، ص 64.

[2] ماجد راغب الحلو ، مرجع سابق ، ص ص 119-120.

Create PDF files without this message by purchasing novaPDF printer (http://www.novapdf.com)

وما تجدر الإشارة له هو أن المشرع الجزائري من خلال القانون المتضمن تنظيم الصفقات العمومية قد أخذ بهذا الأمر وذلك من خلال نص المادة 112 منه والتي تقرر حكم فسخ الصفقة إذ انه أقر أن جزاء فسخ العقد المترتب على سبب عدم تنفيذ المتعاقد لالتزاماته والذي توقعه الإدارة عليه والذي لا يمكن الاعتراض على قرارها بفسخ الصفقة عند تطبيقها البنود التعاقدية في الضمان وكذا المتابعات الرامية إلى إصلاح الضرر الذي لحقها بسبب خطأ المتعاقد معها . [1]

والملاحظ أن للإدارة أيضا حق الجمع بين جزاء مصادرة التأمين وبعض الجزاءات غير المالية الأخرى مثل جزاء فسخ العقد هو من الجزاءات غير المالية الفاسخة .

فتجتمع بين هذين الجزائين إذا أخل المتعاقد أكثر من مرة خلال مدة معينة بأي بند من بنود العقد أو إلى اذا تعامل مع الإدارة بطريقة تنطوي على التلاعب أو الغش أو إذا قدم بنفسه أو بغيره رشوة لأحد موظفي الوزارات أو الهيئات العامة وأيضا يتم فسخ العقد ومصادرة التأمين إذا اشهر إفلاس المتعاقد او إعساره [2]

كما يجوز أيضا للإدارة أن تجمع بين جزاء مصادرة التأمين وجزاء الشراء على حساب المورد في عقود التوريد وأن تجمع بينه وبين جزاء سحب العمل من المقاول في عقود الأشغال العامة وهما من الجزاءات غير المالية التي تصنف في خانة الجزاءات الضاغطة .

المطلب الثالث : طريقة سداد التأمين

لقد حدد قانون الصفقات العمومية الجزائري طريقة سداد التأمين تكون مبلغا نقديا عن طريق تسليم المتعهد لكفالة تقدم من طرف بنك خاضع للقانون الجزائري أو صندوق ضمان الصفقات العمومية إذا كان المتعهد جزائري وإذا كان أجنبي فبنفس الطريقة ويشملها إضافة إلى ذلك ضمان مقابل من بنك أجنبي من الدرجة الأولى هذا بالنسبة للتأمين الإبتدائي أو ما يعرف بكفالة التعهد والتي يقدمها المتعهد ضمن العرض التقني كشرط واجب من بين مشتملاته كما سبق تبيانه والتي تكون بنسبة 1% من مبلغ العرض

---

[1] المادة 112 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236. المعدل والمتمم .

[2] وليد سعود فارس القاضي ، مرجع سابق، ص 61.

Create PDF files without this message by purchasing novaPDF printer (http://www.novapdf.com)

وما هذا ما نصت عليه المادة 51 من القانون المتضمن تنظيم الصفقات العمومية الجزائري [1].

أما عن كفالة حسن التنفيذ أو التأمين النهائي فهو مبلغ من النقود و حدد المشرع الجزائري نسبتها التي تتراوح ما بين خمسة بالمائة (5%) وعشرة بالمائة (10%) من مبلغ الصفقة حسب طبيعة وأهمية الخدمات الواجب تنفيذها وكما حددها بمبلغ تتراوح نسبته من واحد في المائة (1%) إلى خمسة في المائة (5%) من مبلغ الصفقة بالنسبة للصفقات التي لا تبلغ حدود اختصاص اللجان الوطنية واللجان القطاعية للصفقات وهذا حسب ما جاء في نص المادة 100 من القانون المتضمن قانون تنظيم الصفقات العمومية الجزائري . وتكون أيضا بموجب تقديم هذا المتعاقد لكفالة حسن التنفيذ يصدرها بنك خاضع للقانون الجزائري أو صندوق ضمان الصفقات العمومية بالنسبة للمتعهدين الجزائريين وبنفس الطريقة بالنسبة للمتعهدين الأجانب إضافة إلى ضمان مقابل صادر عن بنك أجنبي من الدرجة الأولى [2] كما أكدت المادة 95 بأن التأمين يكون مبلغا نقديا والتي وردت تحت بند الضمانات بأن ضمانات حسن التنفيذ التي تحصل عليها المصلحة المتعاقدة من المتعاملين المتعاقدين الأجانب هي الضمانات النقدية التي تغطيها كفالة مصرفية يصدرها بنك خاضع للقانون الجزائري ويشملها ضمان مقابل صادر عن بنك أجنبي من الدرجة الأولى [3].وبالنسبة لمدة سريان الكفالة فإن كفالة التعهد أو التأمين الابتدائي تكون سارية منذ أن يقدمها المتعهد إلى غاية ظهور نتائج تقييم العروض والتي تحدد المتعهد الذي منحت له الصفقة . ومن ثم ترد هذه الكفالة للمتعهد أو المتعهدين الذين لم تقبل عروضهم والذين لم يقدموا طعنا بعد يوم واحد من تاريخ انقضاء أجل الطعن أما المتعهد الذي لم يقبل والذي قدم طعنا فترد له هذه الكفالة عند تبليغ قرار رفض الطعن من طرف لجنة الصفقات المختصة ، أما بالنسبة للمتعهد الذي منحت له الصفقة فترد له كفالة التعهد بعد وضعه لكفالة حسن التنفيذ .أما عن التأمين النهائي فيتحول إلى كفالة ضمان عند الاستلام المؤقت بعد انقضاء أجل الضمان المحدد في الصفقة وعادة يحدد بمدة سنة من الاستلام المؤقت لكي يضمن المتعاقد خلال هذه الفترة أي عيب يظهر في التنفيذ فإنه حينما تنقضي هذه

---

[1] المادة 51 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المعدل والمتمم

[2] المادة 100 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المعدل والمتمم .

[3] المادة 95 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المعدل والمتمم.

Create PDF files without this message by purchasing novaPDF printer (http://www.novapdf.com)

المدة يكون له الحق في استرجاع كفالة الضمان بعد شهر من الاستلام النهائي للمشروع [1].

كما أقر المشرع الجزائري أيضا إمكانية تسديد كفالة حسن التنفيذ عن طريق اقتطاعات من مبلغ كشف الأشغال فيما يخص صفقات الدراسات والخدمات وفي هذه الحالة يحول الرصيد المكون من مجموع الاقتطاعات يحول إلى اقتطاع ضمان عند الاستلام المؤقت كما أقر هذا الحكم أيضا بالنسبة لصفقات الأشغال . [2]

وإذا كان التأمين خطاب وجب أن يصدر من أحد المصاريف المحلية المعتمدة وأن لا يقترن بأي قيد أو شرط وأن يقر فيه المصرف بأن يدفع تحت أمر الجهة الإدارية مبلغا يوازي التأمين المطلوب وأنه مستعد لأدائه بأكمله عند أول طلب منها . [3]

ويدور السؤال حول : مدى إمكانية اعتبار السندات المالية والأسهم تأمينا في حالة إيداعها في أحد البنوك لصالح الجهة الإدارية المتعاقدة ؟

إتفق الفقه على عدم الإعتداد بها كتأمين لمخالفتها للنظام العام لأن تكييفها من الناحية القانونية أنها عقد رهن حيازي طرفاه المدين الراهن والجهة الإدارية المتعاقدة وهي الدائن المرتهن ، ويعتبر التعهد بها المشار إليه باطلا لمخالفته للنظام العام فيما يلي : [4]

– هذا التعهد مخالف لنص المادة 903 من القانون المدني المتعلقة بالرهن الحيازي والتي تنص على أن « يكون باطلا كل اتفاق يجعل للدائن الحق عند عدم استيفاء الدين وقت حلول أجله في أن يمتلك العقار المرهون نظير ثمن معلوم أيا كان ، أو في أن يبيعه دون مراعاة للإجراءات التي فرضها القانون ولو كان هذا الإتفاق قد أبرم بعد الرهن... » [5]

– بالإضافة إلى أن إجراءات التنفيذ ببيع السندات والأسهم عند إخلال المتعاقد بالتزاماته ووجوب إتخاذ إجراءات قضائية معينة لا يتلاءم مع السرعة اللازمة في تنفيذ عقود التوريد

---

[1] المادة 98 من المرسوم الرئاسي رقم 10–236 المعدل والمتمم.

[2] المادة،99 من المرسوم الرئاسي رقم 10–236 المعدل والمتمم .

[3] طارق محمد عبد الرحمن سلطان، مرجع سابق، ص188.

[4] نفس المرجع ، ص186.

[1] المادة 903 من القانون المدني الجزائري رقم:07-05 المؤرخ في:2007/05/13.

Create PDF files without this message by purchasing novaPDF printer (http://www.novapdf.com)

فضلا عن عدم ثبا أسعار الأسهم والسندات لتعرضها لتقلبات الأسعار في البورصة تبعا للظروف الإقتصادية مما يقلل قيمتها كضمان في حالة انخفاض أسعارها .[1]

[1] طارق محمد عبد الرحمن سلطان، المرجع السابق، ص187.

Create PDF files without this message by purchasing novaPDF printer (http://www.novapdf.com)

- **ملخص الفصـــــــل :**

استنادا لإلزام الإدارة المتعاقد معها على تنفيذ العقد فان لها الحقفي أن توقع عليه جزاءات مالية متنوعة ، وتتمثل هذه الجزاءات في جزاء غرامات التأخيراذ تعتبر من أبرز الجزاءات المالية على الإطلاق و توقعها الادارةعند تراخي المتعاقد في تنفيذ التزاماته التعاقدية ،فهي عبارة عن مبلغ من المال يتم تحديده سلفا من قبل الإدارة ولها خصائص تتميز بها إذ أن مصدرها العقد المبرم بين الإدارة والمتعاقد معها, فإذا لم يكن قد نص عليها في العقد فلا يجوز للإدارة تطبيقها على المتعاقد، كماتطبق بمقتضى قرار إداري دون حاجة إلى الالتجاء إلى القضاء للحكم بتوقيعها كما أنها تفرض بدون إنذار أو تنبيه إلا أن المعمول به هو إتباع الإنذار إذ يعد عاملا فعالا في تنبيه المتعاقد ليتفادى أخطائه ضمن مدة معينة لضمان تنفيذالعقد بشكل سليم بعد إنذاره، وأنها تستحق حتى ولو لم يلحق بالإدارة ضرر فعليولا يجوز تخفيضها من قبل الجهة القضائية لأنها من المسائل التقديرية التي تعود للإدارة، وتعفي الإدارة المتعاقد من الغرامة في أحوال معينة اذا كان التأخير ناتج عن فعل الإدارة المتعاقدة أو كان ناتج عن فعل العوامل الخارجية كحالة القوة القاهرة و حالة الصعوبات المادية غير المتوقعة والجزاء الثاني يتمثل في التعويض الذي يعد من الجزاءات المالية التي تستطيع الإدارة فرضها على المتعاقد المخل بالتزاماته العقدية لجبر الضرر الذي يلحق بها ويشترط لاستحقاق التعويض في نظرية العقود الإدارية توافر أركان المسؤولية العقدية من خطأ وضرر وعلاقة سببية كما في القانون الخاص،مع اختلاف الهدف في كل منهما ففي القانون الخاص هو جبر الضرر فحسب أما في العقود الإدارية لا يمكن تحديد قيمة الضرر تحديدا دقيقا ، اذ أنه يمس بالمرافق العامة ،والفارق الأساسي بين التعويض والغرامة التأخيرية أن مقدارها لا يتنوع بالنظر إلى حجم الضرر ،والجزاء المالي الثالث يتمثل في مصادرة التأمين أو استيلاء الإدارة على مبلغ التأمين الذي يودعه المتعاقد ليضمن لها مواجهة إخلاله بشروط العقد وضمان جدية العطاء،ويختلف عن غرامة التأخير اذيمكن فرضه حتى ولو لم ينص عليه العقد، وغرامة التأخير لا يمكن تخفيضها بينما التأمين النهائي يمكن تخفيض قيمته من قبل الإدارة . وغرامة التأخير تفرض على المتعاقد الذي يتأخر في تنفيذ التزاماته التعاقدية أما مصادرة التأمين فلا تفرض لمجرد تأخر المتعاقد في تنفيذ التزاماته ، وله خصائص إذ أن مصدره نص المشرع ،وأنه يفرض بموجب قرار إداري وكذلك يفرض بدون إنذار أو تنبيه

Create PDF files without this message by purchasing novaPDF printer (http://www.novapdf.com)

وللإدارة فرضه حتى ولو لم يلحقها ضرر فعلي ويمكن للادارة أن تعفي المتعاقد منه كما لها أن تخفض من قيمته،وهو يمثل الحد الأدنى للتعويض الذي يمكن للإدارة الحصول عليه و يجوز للإدارة أن تحصل على تعويض يفوق مبلغ التأمين إذا أثبتت أن الضرر الذي لحقها يتجاوز قيمة التأمين الذي دفعه المتعاقد ، إذ يمكن الجمع بين مصادرة التأمين وبين التعويض لجبر كل الضرر الذي أصاب الإدارة وذلك لأن مبلغ التأمين يمثل الحد الأدنى للتعويض المستحق للإدارة في حالة إخلال المتعاقد بشروط العقد.

Create PDF files without this message by purchasing novaPDF printer (http://www.novapdf.com)

الخاتمـــــة

Create PDF files without this message by purchasing novaPDF printer (http://www.novapdf.com)

الخاتمة :

إن موضوع سلطة الإدارة في فرض الجزاءات المـــالية على المتعاقدين معها له من الأهمية البالغة في ميدان العقود الإدارية، لكـــون هـــذه الجزاءات تعد بمثابة امتياز من امتيازات الإدارة الممنوحة لها، و التي بموجبها تستطيع تنفيذ العقود التي تبرمها مع المتعاقدين معها، و ذلك بطريقة تسعى من خلالها إلى المحافظة على استمرارية المرفق العام في تقديم خدماته للأفراد ولذلك فان الإدارة أعطيت لها هذه السلطة من بين السلطات التي تتمتع بها في اطار العقود الادارية لضمان تنفيذ عقودها بشكل مرض ومحقق للصالح العام.

كما أنه قد اتضح لنا من خلال هذه الدراسة 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 أحكامهاوأصولها من الأحكام القضائية التي استقر عليها مجلس الدولة الفرنسي ونظيره المصري حتى أصبحت تشكل مبادئ مستقرة وثابتة ، وهي المبادئ التي اجتهد الفقه في تحليلها وتفسيرها وإعطائهاالأساس القانوني .

وعلى ضوء ماسبق فانه يمكن لنا إجمال النتائج التي توصلنا إليها من خلال هذه الدراسة إلى أن هذه السلطة الممنوحة للإدارة في فرض الجزاءات المالية على المتعاقد معها المقصر في تنفيذ التزاماته سواء بتأخره في التنفيذ أو تسببه بإلحاق الضرر بالإدارة وكذا إذا لم ينفذ التزامه على الوجه المطلوب،تعد امتيازا ممنوحا لها من أجل تنفيذ العقد الإداريالمتصل بنشاط المرفق العام الحاجات العامة وهو الأساس القانوني الذي تستند إليه الإدارة في هذه السلطة،كما تمنح الإدارة سلطة توقيع هذه الجزاءات بنفسها وبدون حاجة إلى الالتجاء إلى القضاء واستصدار قرار قضائي لإيقاعالجزاء وما يتطلبه الأمر من إجراءات قضائية تستلزم الوقت الطويل فكان لزاما منحها هذا الأمر وذلك لعدم تعريض

Create PDF files without this message by purchasing novaPDF printer (http://www.novapdf.com)

المرفق العام إلى التوقف، كما منحت لها هذه السلطة حتى ولم يوجد نص على توقيع هذا الجزاء إلا أنه تجدر الإشارة إلى أن هذه السلطة يستثنى منها جزاء إسقاط الالتزام أو إسقاط الامتياز حيث أن قاضي العقد هو الذي يختص بتقرير هذا الجزاء ولا يحق للإدارة فرضه إلا إذا نص العقد على ذلك وهذا ما استقر عليه القضاء الفرنسي وهذا لاعتباره أخطر الجزاءات التي تمس عقد الامتياز، كما أن للإدارة حق توقيع الجزاء المالي حتى وإن لم يلحقها أي ضرر فعلي إذ يكفي لتوقيع الجزاء مجرد وقوع الخطأ ذلك لأن الضررمفترض الوقوع. وبالتالي فانه وبالرغم من تمتع الادارة بهذه السلطة انطلاقا مما يعرف بالشروط الاستثنائية في العقود الإدارية فإن سلطتها في ذلك تخضع لقيود تحقق نوعا من التوازن بينها وبين المتعاقد معها،وهذا يدخل في إطار الضمانات الممنوحة للمتعاقد وذلك لحمايته من تعسف الإدارة في استعمال حقها في توقيع هذه الجزاءات ، إذ لا تستطيع فرضها عليه إلا إذا وقع خطأ من المتعاقد سوآءا بعدم التزامه بالتنفيذ الشخصي ، أو ضمن المدد المحددة في العقد، أو عدم ضمانه لسير المرفق العام كما أنها تتقيد بعدم توقيع جزاء يكون شديد وغير متناسب مقارنة بخطأ المتعاقد معها وكذلك من بين الضمانات للمتعاقد مع الإدارة فان هذه الأخيرة تلتزم بإعذاره قبل توقيع الجزاء عليه وذلك لمنحه فرصة لتصحيح خطأه عن طريق الاستجابة للإعذار الموجه له مما يترتب عليه حمايته من الجزاء الذي سيفرض. و فرض هذه الجزاءات يخضع للرقابة اللاحقة للقضاء من حيث الملائمة بين الخطأ المنسوب للمتعاقد وبين الجزاء المالي المفروض عليه ، وأيضا يراقب فيما إذا كانت المخالفة المنسوبة له تبرر فرض الجزاء عليه فهي رقابة لاحقة تتناول جانب المشروعية وجانب الملائمة ، و أن الإدارة تكون مسئولة عن تعويض المتعاقد معها عن الأضرار التي تلحق به إذا كان الجزاء الذي فرضته عليه غير صحيح أو مبالغ فيه بحيث لا يكون هناك تناسب بين الجزاء والإهمال الذي تسبب فيه المتعاقد مع الإدارة . كما أنه يحق للمتعاقد معها أيضا اللجوء للقضاء لطرح الإشكاليات الناتجة عن تنفيذ القرار الإداري لمعرفة مدى ملائمة الجزاءات التي فرضتها الإدارة عليه نتيجة الإهمال الذي ارتكبه .كما أن محتوى الجزاءات المالية يتمثل في جزاء غرامة التأخير

Create PDF files without this message by purchasing novaPDF printer (http://www.novapdf.com)

الذي يعد من أبرز الجزاءات المالية إذ يشكل اللبنة الأساسية في سلم هرم الجزاءات المالية ويمثل نقطة البدء في سلسلة الجزاءات التي تملكها الإدارة والتي توقعها على المتعاقد عندما يتراخى في تنفيذ التزاماته التعاقدية ، وجزاء التعويض الذي يعد أيضا من بين أنواع الجزاءات المالية على الرغم من الاختلاف الفقهي حول مدى اعتباره من بين هذه الجزاءات التي يمكن للإدارة فرضها على المتعاقد معها، وخلصنا الى نتيجة مفادها أن التعويض يعتبرجزاءا ماليا تستطيع الإدارة فرضه على المتعاقد المخل بالتزاماته العقدية ، وجزاء مصادرة التأمين الذي يعتبر إحدى الجزاءات المالية المهمة التي تلجأ لها الإدارة عند تقصير المتعاقد في تنفيذ التزاماته التعاقدية، فالتأمين هو ضمان للإدارة يؤمنها ضد الأخطاء التي قد تصدر عن المتعاقد معها و عن تقصيره في تنفيذ العقد كما يشكل أيضا ضمانا لجدية العطاء و وسيلة تستوفي الإدارة بها ما يستحق لها من مبالغ لدى المتعاقد معها الذي قصر في تنفيذ التزاماته والملاحظ أن المشرع الجزائري وفق الى حد ما في تناوله لهذه الجزاءات ولكن ورودها جاء تارة بصفة عامة من دون التفصيل لذلك ، وتارة لا نجد النص الواضح لها فعلى سبيل المثال لا نجده يستعمل مصطلح جزاء مصادرة التأمين بل نص على التأمين ضمن القسم الرابع من قانون الصفقات العمومية تحت تسمية الضمانات وذلك في تناوله لكفالة حسن التنفيذ وكفالة التعهد كضمان له، وتحديد نسبها وكيفية اقتطاعه واسترجاعها والاعفاء منها وغيرها من الاجراءات التي تم توضيحها مسبقا دون النص عليه ضمن هذا القسم كجزاء، سوى النص عليه من خلال القسم الفرعي الثاني الذي تضمن الفسخ بقوله في نص المادة 112 منه والتي تنص "لا يمكن الاعتراض على قرار المصلحة المتعاقدة بفسخ الصفقة عند تطبيقها البنود التعاقدية في الضمان ،والمتابعات الرامية إلى إصلاح الضرر الذي لحقها بسبب خطأ المتعاقد معها". ذلك لان مجمل نصوص هذا القانون تتناول الجوانب التقنية لا برام الصفقات العمومية ونفس الشأن بالنسبة لجزاء التعويض كجزاء مصادرة التأمين . وأن الاشخاص المسؤولون على تنفيذ العقود الادارية يبحثون عن سبل تفادي توقيع هذه الجزاءات على المتعاقدين قدر المستطاع والبحث على الحلول الممكنة تفاديا لها ، ولعل تفسير ذلك هو

Create PDF files without this message by purchasing novaPDF printer (http://www.novapdf.com)

جعل العقد الاداري أكثر مرونة ،ذلك لأن الاجراءات الخاصة بمنح الصفقة عادة ليست بالأمر الهين وبالتالي البحث عن كل الحلول الممكنة لتنفيذ العقد الإداري.

و من خلال هذه الدراسة ظهر خلاف حول مدى اعتبار الاعذار شرطا لازما من عدمه واختلاف التوجهات الفقهية والقضائية وكذا القانونية حوله فانه من جانب أن الإدارة تملك سلطة فرض الجزاء بنفسها ولما لها من امتيازات وشروط استثنائية تفرضها على المتعاقد معها وهذا تحقيقا لمبدأ استمرارية المرفق العام فانه من الضروري وفي مواجهة هذه السلطات الواسعة التقرير بضرورة اعذار المتعاقد قبل توقيع الجزاء المالي عليه هذا من جهة ومن جهة أخرى تضمين هذا الشرط من خلال القوانين المنظمة للعقود الإدارية من جهة أخرى وذلك لأن هذا الاعذار يعتبر بمثابة تنبيه للمتعاقد مع الإدارة لتصحيح أخطائه وماذلك إلا تحقيقا للصالح العام وضمانا لتقديم المرفق العام لخدماته بدون توقف .وأنه فيما يخص النصوص القانونية المتعلقة بالجزاءات المالية والتي أقرها المشرع الجزائري في هذا الشأن فانه ينبغي أن يكون طرحها أكثر دقة وبمزيد من التفصيل، لكي يكون القانون شامل لكل هذه الجزاءات والأمر يحتاج إلى نقل ما يتعلق من اجتهادات قضائية وفقه مقارن بهذا الصدد والذي يجب أن يجسد من خلال القوانين التي تحكم العقود الإدارية ، كما أن المشرع الجزائري من خلال قانون الصفقات العمومية يحيل جانب التطبيق والتفصيل لهذه الجزاءات إلى ماتتضمنه دفاتر الشروط ومضمون الصفقات على الرغم من أن ذلك يترك مجال السلطة التقديرية للإدارة ،ولكنه كان من الضروري أن تكون هذه الإجراءات والتفاصيل مدرجة ضمن مواده القانونية وذلك لضمان العمل بها واحتراما لها سواء من طرف الإدارةأو من طرف المتعاقد معها على الرغم من أنه للإدارة سلطة توقيع هذه الجزاءات حتى ولو لم ينص عليها في العقد وذلك تفاديا للاحتجاج بعدم النص عليها من طرف الإدارة من قبل المتعاقد معها . وأنه يجب احداث نوع من التوازن والمواكبة بين ما هو مقرر في الفقه والقضاء المقارن بالأخص القضاء والفقه الفرنسي وما هو مقرر ضمن تشريعاتنا لسد الفراغ وذلك لمواكبة المتطلبات المتجددة و المتطورة للعقود الإدارية

Create PDF files without this message by purchasing novaPDF printer (http://www.novapdf.com)

في مجال فرض الجزاءات المالية من طرف الإدارة على المتعاقدين معها لضمان السير الحسن للمرافق العامة.

Create PDF files without this message by purchasing novaPDF printer (http://www.novapdf.com)

قائمة المصادر والمراجع

Create PDF files without this message by purchasing novaPDF printer (http://www.novapdf.com)

قائمة المصادر و المراجع

أولا – الـــكـــتـــــــب :

1 – د.أحمد عثمان ، **مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية** ، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة ،1973.

2 – د.أحمد محيو، **محاضرات في المؤسسات الادارية**، الطبعة الخامسة ، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1990 .

3– د. بلحاج العربي، **النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني الجزائري** ، الجزء الأول ،ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر، 1999.

4– د. بعلي محمد الصغير، **العقود الادارية**، دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر ،2005– 2006 .

5– د. حمد محمد حمد الشلماني ، **امتيازات السلطة العامة في العقد الإداري**، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ،2007.

6– د. حسن علي الذنون ، **الوجيز في النظرية العامة للالتزام(مصادر الالتزام)** ،الجزء الأول، الطبعة الأولى ، الأردن، دار وائل للنشروالتوزيع، 2002.

7– د.طارق محمد عبد الرحمن سلطان، **سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات على المتعاقدين معها في العقود الإدارية وضوابطها (دراسة مقارنة)** ، دار النهضة العربية القاهرة، 2010.

8– د. ماجد راغب الحلو ، **العقود الادارية والتحكيم** ، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2004.

9– د. محمد رفعت عبد الوهاب ، **مبادئ وأحكام القانون الإداري** ، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت ، 2002.

10– د. نواف كنعان ، **القانون الإداري**، الطبعة الأولى، الدار العلمية الدولية ،عمان 1996.

Create PDF files without this message by purchasing novaPDF printer (http://www.novapdf.com)

11- د.نصر الدين محمد بشير ، **غرامة التأخير في العقد الإداري وأثرها في سير المرفق العام (دراسة مقارنة)**، دار الفكر الجامعية ،الإسكندرية،1998.

12- د. سامي جمال الدين، **أصول القانون الإداري** ،شركة مطابع الطوبجي التجارية ،القاهرة، 1993.

13- د. سليمان محمد الطماوي ،**الأسس العامة للعقود الادارية (دراسة مقارنة)**،الطبعة الخامسة، دار الفكر العربي ،القاهرة ، 1990.

14- د. سليمان محمدالطماوي ،**الوجيز في القانون الاداري**، دار الفكر العربي،القاهرة ،1996.

15- د. عبد الرزاق السنهوري ، **الوسيط في شرح القانون المدني(نظرية الالتزام)**، الجزء الثاني، دار احياء التراث، بيروت، 1990.

16- د. عبد الغني بسيوني عبد الله ، **القانون الإداري** ، منشأة المعارف ،الإسكندرية ،1991.

17- د. عبد الغني بسيوني عبد الله ، **القضاء الإداري**، منشأة المعارف،الإسكندرية، 1996.

18- د. عوابدي عمار، **القانون الإداري (النشاط الإداري)** ، الجزء الثاني، الطبعة الرابعة، ديوان المطبوعات الجامعية ،الجزائر ، 2007.

19- د. فاضلي إدريس ، **الوجيز في النظرية العامة للالتزام**، قصر الكتاب للنشر والتوزيع،الجزائر، 2007/2006.

20- د. ثروت بدوي ، **النظرية العامة في العقود الإدارية**، دار النهضة العربية، القاهرة،1994 .

ثانيا – الرســـــــائـــــل:

1- وليد سعود فارس القاضي ،(**الجزاءات في مجال العقود الادارية (دراسة مقارنة)**) رسالة ماجستير ، كلية الدراسات الفقهية والقانونية جامعة آل البيت ، الأردن ، 2000.

Create PDF files without this message by purchasing novaPDF printer (http://www.novapdf.com)

2- خالد مصطفى حواطمة ، (**سلطة الادارة في فرض الجزاءات على المتعاقدين معها (دراسة مقارنة)**) ، رسالة ماجستير جامعة عمان العربية للدراسات العليا ، كلية الدراسات القانونية العليا ، قسم القانون العام، عمان، 2003.

المجلات :

- المجلة القضائية لسنة 1991 ، العدد الأول ملف 56145 .

ثالثا- النصوص القانونية :

التشريع:

- القانون المدني الجزائري رقم 07-05 المؤرخ في 2007/05/13.

التنظيم

- المرسوم الرئاسي رقم:10-236 المؤرخ في 2010/10/07 الصادر في الجريدة الرسمية عدد 58 بتاريخ 2010/10/07المتضمن قانون الصفقات العمومية الجزائري المعدل والمتمم.

القـــــرارات :

- القرار الوزاري المؤرخ في ربيع الثاني عام 1432 الموافق 28 مارس سنة 2011، المحدد للبيانات التي يتضمنها الإعذار وآجال نشره الصادر في الجريدة الرسمية عدد 24 بتاريخ 2011/04/20.

Create PDF files without this message by purchasing novaPDF printer (http://www.novapdf.com)

الفهرس

Create PDF files without this message by purchasing novaPDF printer (http://www.novapdf.com)

الــفهرس

العـــــنـــــــوان **الصفحة**

الشكر

الإهداء

مقدمة 2

الفصل الأول: تأصيل سلطة الإدارة في فرض الجزاءات المالية على المتعاقدين معها..... 7

المبحث الأول : الطبيعة القانونية لسلطة الإدارة في فرض الجزاءات المالية على المتعاقدين معها..... 8

المطلب الأول :الأساس القانوني لسلطة الإدارة في فرض الجزاءات المالية على المتعاقدين معها..... 9

المطلب الثاني:مبررات سلطة الإدارة في فرض الجزاءات المالية على المتعاقدين معها..... 13

المبحث الثاني:حدود سلطة الإدارة في فرض الجزاءات المالية على المتعاقدين معها..... 15

المطلب الأول:شروط استخدام الإدارة لسلطتها في فرض الجزاءات المالية على المتعاقدين معها..... 16

الفرع الأول:الشروط المتعلقة بالمتعاقد مع الإدارة..... 16

الفرع الثاني:الشروط المتعلقة بالإدارة..... 19

المطلب الثاني:خصائص سلطة الإدارة في فرض الجزاءات المالية على المتعاقدين معها..... 21

ملخص الفصل..... 29

الفصل الثاني:أنواع الجزاءات المالية التي تفرضها الإدارة على المتعاقدين معها..... 32

المبحث الأول:الغرامة التأخيرية..... 33

المطلب الأول :مفهوم الغرامة التأخيرية..... 33

Create PDF files without this message by purchasing novaPDF printer (http://www.novapdf.com)

الفرع الأول :تعريف الغرامة التأخيرية..... 33

الفرع الثاني :خصائص الغرامة التأخيرية..... 34

الفرع الثالث :تمييز الغرامة التأخيرية عن أحكام الشرط الجزائي وأحكام الغرامة التهديدية..... 44

المطلب الثاني :أسلوب توقيع الغرامة التأخيرية والإعفاء منها..... 49

الفرع الأول :أسلوب توقيع الغرامة التأخيرية..... 49

الفرع الثاني :الإعفاء من الغرامة التأخيرية..... 51

المبحث الثاني :التعويض..... 55

المطلب الأول :فكرة التعويض..... 55

الفرع الأول :تعريف التعويض..... 56

الفرع الثاني :أصل التعويض..... 57

المطلب الثاني :أركان المسؤولية العقدية التي تستوجب التعويض..... 59

المطلب الثالث:تقدير التعويض وتحصيله وجواز الجمع بينه وبين الغرامة التأخيرية والفسخ..... 66

الفرع الأول :تقدير التعويض وتحصيله..... 66

الفرع الثاني :جواز الجمع بين التعويض وبين الغرامة التأخيرية والفسخ..... 68

المبحث الثالث :مصادرة التأمين..... 70

المطلب الأول : مفهوم مصادرة التأمين..... 70

الفرع الأول :المقصود بمصادرة التأمين..... 71

Create PDF files without this message by purchasing novaPDF printer (http://www.novapdf.com)

الفرع الثاني :خصائص مصادرة التأمين..... 74

الفرع الثالث: أنواع التأمين..... 78

المطلب الثاني :الطبيعة القانونية لمصادرة التأمين وجواز الجمع بين مصادرة التأمين وبين الجزاءات المالية الأخرى..... 81

الفرع الأول :الطبيعة القانونية لمصادرة التأمين 81

الفرع الثاني :جواز الجمع بين مصادرة التأمين وبين الجزاءات المالية الأخرى..... 83

المطلب الثالث :طريقة سداد التأمين 85

ملخص الفصل..... 88

الخاتمة..... 91

قائمة المصادر والمراجع 96

الفهرس..... 100

Create PDF files without this message by purchasing novaPDF printer (http://www.novapdf.com)