جامعـــة زيـــان عاشـــور الجلفـــة
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق

سلطة الإدارة في توقيع الجزاء في العقود الإدارية في الجزائر

مذكرة مقدمة ضمن متطلبات نيل شهادة ماستر حقوق قانون عام

تخصص:دولة ومؤسسات

إعداد الطالبين:

- رضوان مختاري
- عبد الحميد بخليفة

إعداد الدكتورة:

فطيمة الزهرة فيرم

لجنة المناقشة

أ/ د عيشة خلدون	رئيسا
أ/ د فطيمة الزهرة فيرم	مشرفا ومقررا
أ/ د دراجي لحول	ممتحنا

السنة الدراسية: 2022/2021

بسم الله الرحمن الرحيم

الإهداء

أهدي ثمرة جهدي إلى والدي العزيز

إلى نبع الحنان والتي الجنة تحت أقدامها أمي حفظها الله

إلى إخوتي وأخواتي عزتي وفخري وسندي في الدنيا

إلى كل زملائي وأصدقائي

إلى كل طلبة الماستر تخصص دولة ومؤسسات دفعة 2022

إلى كل من علمني حرفا أقول له شكرا.

إلى كل من مروا في حياتي وخانني القلم لذكرهم

مختاري رضوان

الإهداء

أهدي ثمرة جهدي إلى والدي العزيز حفظه الله

إلى من اختارها الله إلى جواره أمي العزيز رحمها الله وأسكنها فسيح جناته

إلى زوجتي الحبيبة وقرة عيني إبنتي وردة نرجس

إلى إخوتي وأخواتي عزتي وفخري وسندي في الدنيا

إلى كل الزملاء والأصدقاء

إلى كل طلبة الماستر تخصص دولة ومؤسسات دفعة 2022

إلى كل من علمني حرفا أقول له شكرا.

إلى كل من مروا في حياتي وخانني القلم لذكرهم إلى كل من ساندنا في هذه الظروف

الصعبة

بخليفة عبد الحميد

شكر وتقدير

كن عالما..فإن لم تستطع فكن متعلما..فإن لم تستطع فأحب العلماء..فإن لم تستطع فلا تبغضهم

بسم الله الرحمن الرحيم

"ولئن شكرتم لأزيدنكم"

نحمد الله ونشكر المولى جل شأنه بديع السماوات والأرض والذي بفضله استطعنا إنجاز هذا العمل.

لا يسعنا بعد إتمام هذه المذكرة إلا أن نتوجه بجزيل الشكر والامتنان للأستاذة المشرفة"فيرو فطيمة الزهرة"التي لم تبخل علينا بملاحظاتها القيمة وتوجيهاتها السديدة.

دون أن ننسى شكر كل الأساتذة المحترمين أعضاء لجنة المناقشة.

كما نتقدم بأسمى معاني التقدير والعرفان إلى جميع أساتذتنا،

ونختم شكرنا إلى كل من ساعدنا في إنجاز هذه المذكرة من بعيد أو قريب ولو بكلمة طيبة.

مختاري رضوان

بخليفة عبد الحميد

المقدمـــــــــــــة

يقع على الإدارة مهام كبيرة، والمتمثلة في إطار إدارة المشروعات الاقتصادية والاجتماعية الكبرى ،وتظل من اختصاصها دون سواها لا سيما عندما تمارس وظيفتها الإدارية في سبيل مصالح الجمهور وتنفيذ مخططات التنمية وبرامجها، مستغلة في ذلك الوسائل القانونية لممارسة النشاط الإداري التي يمكنها القانون ويتيح لها استعمالها.

ومن أهم تلك الوسائل والتصرفات القانونية، أن تتخذ الإدارة طريق الأوامر والإلزام سبيلا لفرض إدارتها المنفردة بإصدار القرارات الإدارية، والتي تعد من أنجع الوسائل القانونية التي تمكن الإدارة من ممارسة نشاطها الإداري وقيامها بالواجبات المتعددة والملقاة على عاتقها، إلا أن أسلوب القرار الإداري الذي يقوم أساسا على معنى الإلزام وفرض الأوامر دون رضا إرادة المتعاقد، وهذا قد يدفع بالعجز عن الوفاء ببعض الأهداف المنشودة.

مما يجعل لجوء الإدارة لضرورة الاستعانة بخدمات الأفراد بطريق الاتفاق الودي، وهو ما يعرف بأسلوب التعاقد الذي يعتبر أحد الوسائل القانونية التي تلجأ إليها الإدارة تلبية لاحتياجات المرفق العام عندما تعجز عن ذلك بإصدار القرار الإداري، كونه يقوم على عنصر الإلزام من جانب واحد، لكن هناك من مقدمة ج المشروعات والبرامج التنموية مما لا يمكن تنفيذها ونجاحها إلا باتفاق الطرفين (المصلحة المتعاقدة والمتعامل المتعاقد)، وهذا يهدف إلى التعاون في سبيل سير المرفق العام وتلبية حاجات الجمهور، لذلك كان أو أصبح على الإدارة لزوما أن تتعامل مع الأفراد بأسلوب التعاقد، بغرض الحصول على ما تريد من إنجاز أو توريد معدات أو أجهزة أو القيام بخدمات ودراسات وغيرها وما تحتاجه المصلحة المتعاقدة في نشاطاتها .إن هذه العقود التي تبرمها الإدارة مع الأفراد ليست من طبيعة واحدة ولا تخضع لنظام قانوني واحد، بل تنقسم إلى نوعين منها: من يخضع فيها الإدارة لقواعد القانون الخاص وتعامل معاملة عقود القانون الخاص التي تبرمها فيما بينهم .وأخرى تخضع لقواعد استثنائية تميزها عن بقية عقود الإدارة الأخرى، ويطلق عليها عبارة العقود الإدارية .

إن أهمية التفرقة بين النوعين تكمن أن النوع الأول من تلك العقود التي تخضع نزاعاتها للقضاء العادي، وتخضع في تنفيذها إلى مبدأ رضائية المتعاقدين أما النوع الثاني من العقود يخضع في نزاعاتها للقضاء الإداري، وتتولى الإدارة فيها دائما تحقيق المصلحة العامة من أجل استمرارية المرفق العام بانتظام واضطراد وفيها تتمتع بجملة من السلطات والامتيازات، التي لا نجد لها مثيل وغير مألوفة في العقود الخاصة، محملة المتعاقد معها بالإرادة المنفردة لها

التزامات، تجعل موقف الطرفين غير متكافئ ويظهر ذلك أثناء تنفيذ العقد، فالمصلحة المتعاقدة تحتفظ لنفسها في مثل هذه العقود بحق التعديل في التزامات المتعاقد، وكذا سلطة توقيع الجزاء في حال الإخلال بالالتزامات وسلطة الرقابة والفسخ .ونظرا للقاعدة العامة لها فإن سلطة التعديل الانفرادي وسلطة توقيع الجزاءات تخالف قاعدة إلزام العقد لطرفيه،وهو جوهر الرابطة التعاقدية ويعتبر من قبيل الشروط الاستثنائية غير المألوفة التي تميز العقود الإدارية عن غيرها، وبذلك تصبح هاتين السلطتين خطيرتين جدا على مقدمة د المتعاقد مع الإدارة، إذا أساءت هذه الأخيرة استخدامها أو تعسفت في استعمالها أو ممارستها على وجه غير مشروع .

أسباب إختيار الموضوع:

إن اختيار هذا الموضوع ودراسته لم يكن بمحض المصادفة بل يعود إلى أسباب نذكر منها

أسباب موضوعية:

*نقص وندرة الأبحاث والدراسات القانونية في مجال توقيع العقوبات في العقود الادارية مما جعلنا نسعى إلى إثراء المكتبة القانونية من خلال مثل هذا النوع من البحوث.

* إبراز حقوق الإدارة في العقد الإداري بشكل واضح وجلي وتحديد السلطات والصلاحيات التي منحها المشرع الجزائري للإدارة لضمان تحقيق أغراض العقد الإداري تحقيقا للمصلحة العامة الممنوحة للإدارة بصورة تمكن مسؤولي العقود الإدارية في الجهات الإدارية من معرفة حدودهم القانونية تجاه المتعاقد.

أسباب ذاتيه:

*الرغبة الشخصية في دراسة موضوع: سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات في العقود الإدارية .

* الدافع في تحصيل مهارات البحث العلمي.

*الرغبة في تقديم دراسة متواضعة في هذا الصدد خاصة أن هذا الموضوع أسال الكثير من الحبر ،كما أن هذا النوع من الدراسات قليل.

أهمية الدراسة:

يكتسي موضوع هذه الدراسة أهمية من خلال توفره عل عنصرين هامين أصبح الحديث عنهما و الدراسة العلمية حولهما من الضرورة في ظل التحولات السريعة ،ألا وهما العقود الإدارية وسلطة الإدارة في توقيع الجزاءات.

لعل موضوع العقد الإداري من أهم الموضوعات في القانون الإداري، حيث يعد الأداة التي

تمارسها جهة الإدارة بكثرة، كما أن العقد الإداري أحد أهم الوسائل القانونية لممارسة النشاط الإداري، حيث يبرز العقد الإداري بشكل خاص في الدول الغنية التي تلعب فيها الإدارة الدور وعلى هذا فإن العقد الإداري باختلاف أنواعه يتصل اتصال وثيق بعجلة الاقتصاد والتنمية بحياة الأفراد والمجتمعات فيكون الطريق المؤدي لسعادة المجتمعات ورفاه أفراده.

أهداف الدراسة:

هدفنا من هذه الدراسة هو الوقوف على السلطة الإدارية في توقيع الجزاءات الإدارية بهدف توفير النشاط الإداري في الدولة.

الإشكالية :

ومما سبق ذكره نطرح الإشكالية التالية :

- فيما تتمثل سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات في العقد الإداري باعتباره وسيلة فعالة لضمان حقوقها ؟

و لمعالجة هذه الإشكالية قمنا بطرح تساؤلات فرعية عن الإشكالية :

- ما مفهوم العقد الإداري؟
- مفهوم سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات في العقد الإداري في الجزائر؟

خطة البحث:

لدراسة هذا الموضوع فقد تم الاعتماد على خطة تتكون من فصلين تسبقهما مقدمة و تنتهي بخاتمة.

ففي الفصل الأول تم تخصيصه لدراسة ماهية العقد الإداري عناصره وصوره وتم تقسيمه إلى ثلاثة مباحث تناول الأول ماهية العقد الإداري و هذا من خلال التعرض إلى نشأة العقود الإدارية بينما تناول المبحث الثاني عناصر ومقومات العقد الإداري أما المبحث الثالث صور العقود الإدارية أما الفصل الثاني و الذي تمت عنونته سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات التعاقدية فقد تم تقسيمه هو الأخر إلى مبحثين اختص المبحث الأول بمفهوم سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات في العقد الإداري بينما تناول المبحث الثاني النظام ضمانات مشروعية توقيع الجزاءات التعاقدية.

الفصـــل الأول:

ماهية العقد الإداري عناصره وصوره

المبحث الأول: ماهية العقد الإداري

الملاحظ بادئ ذي بدء أن الإدارة تبرم نوعين من العقود، النوع الأول وهو العقود التي تبرمها الإدارة لاعتبارها صاحبة السلطة العامة، ولكن باعتبارها شخصا عاديا ومن أمثلة ذلك عقود البيع والشراء والإيجار وتنطبق عليها قواعد القانون الخاص كما تطبق عليها قاعدة العقد شريعة المتعاقدين.

وتخضع المنازعات التي تنشأ عنها إلى القضاء العادي أما النوع الثاني وهو العقود التي تبرمها الإدارة باعتبارها صاحبة السلطة وتخضع للقانون الإداري ويختص بالفصل في منازعاتها القضاء الإداري مطبقا في ذلك قواعد القانون العام وتجدر الإشارة إلى أن الإدارة تتمتع بسلطة مطلقة في إبرام العقود ولا يحد من اختصاصاتها التعاقدية إلا النصوص القانونية، الخاضعة لها والمقيدة لسلطاتها.

المطلب الأول: نشأة العقد الإداري

تستهدف العقود الإدارية عامة تسيير مرفق عام و المرافق العامة – كما هو معلوم – تخضع لمبدأ سير المرفق العام بانتظام و اظطراد و مبدأ المساواة في الانتفاع من خدمات المرفق العام [1].تستهدف العقود الإدارية عامة ومبدأ قابلية المرفق العام للتغيير و التعديل ، و أن النشاط الإداري يتأسس على فكرة المصلحة العامة ، إذ تمنح الإدارة العامة وسائل و امتيازات السلطة العامة أثناء أدائها لوظيفتها الإدارية بهدف تحقيق المصلحة العامة ،من خلال ذلك يتضح أن العقود الإدارية تختلف عن العقود الخاصة من حيث النشأة والهدف والإجراءات و الهيئات و بذلك تكون الإدارة العامة في مركز أسمى من مراكز الأفراد و هذا يستلزم أن يكون لها قانون

[1] – راضي مازن ليلو(**العقود الإدارية في القانون الليبي والمقارن**)، منشأة المعارف، الإسكندرية،2003،ص17.

خاص و هو القانون الإداري و يخضع لرقابة جهة القضاء الإداري المستقل الذي يعمل على مراعاة الاعتبارات الإدارية والفنية والسؤال الذي يطرح نفسه في هذا المجال هو كيف نشأ العقد الإداري؟ وهل نشأ بنفس الكيفية في كل من الجزائر و فرنسا؟ إجابة على هذه التساؤلات المطروحة سنقوم بدراسة نشأة العقد الإداري في فرنسا في الفرع الأول ثم نتطرق إلى نشأة العقد الإداري في الجزائر في الفرع الثاني.

الفرع الأول: نشأة العقد الإداري في فرنسا :

صاغ القضاء الإداري الفرنسي بصورة تدريجية بطيئة بعض الأحكام التي كان لها الدور الأساسي في تأكيد وجود نظام القانون العام، ففي حكم بلانكو الصادر من محكمة التنازع في 8 فبراير 1873 ورد أن مسؤولية الدولة عن الأضرار التي تسببها للأفراد بفعل الأشخاص الذين تستخدمهم في المرفق العام لا يمكن أن تحكمها المبادئ التي يقررها التقنين المدني لتنظيم.

الروابط بين الأفراد بعضهم ببعض، وأن هذه المسؤولية ليست عامة وال مطلقة، بل لها قواعدها الخاصة التي تتغير تبعا لحاجات المرفق، ولضرورة التوفيق بين حقوق الدولة والحقوق الخاص ومن المسلم به أن اختصاص القضاء الإداري ينظر في المنازعات الإدارية فرنسا قد نشأ في بدايته الأولى مقترنا بظروف تاريخية واكبت قيام الثروة الفرنسية، وأدت إلى الأخذ بتفسير خاص لمبدأ الفصل بين السلطات من مقتضاه إخراج المنازعات الإدارية عن اختصاص المحاكم العادية حماية للإدارة من تدخل هذه المحاكم في الشؤون الإدارية وعرقلتها وشل الوظيفة الإدارية، مما أدى إلى عدم الثقة في القضاء العادي، وترتب على ذلك فصل الإدارة العامة عن القضاء العادي بموجب القانون الصادر في 24 أوت 1790 ، والذي يشكل القاعدة الأساسية للنظم الإدارية. وأكدت قوانين أخرى صادرة بعده على أن يمنع قطعا على المحاكم النظر في أعمال

الإدارة العامة وانتهى الأمر بإنشاء مجلس الدولة ليختص بالنظر في المنازعات الإدارية ففي هذه الحقبة بدأ المشرع يحيل إلى القضاء الإداري الاختصاص بالنظر في منازعات بعض العقود التي تبرمها الإدارة والتي يسعى إلى إخضاعها لنظام القانون العام[1].

ففي هذه الحقبة بدأ المشرع يحيل إلى القضاء الإداري الاختصاص بالنظر في منازعات بعض العقود التي تبرمها الإدارة وكان الأسلوب المتبع في توزيع الاختصاصات بين المحاكم العادية والقضاء الإداري يرتكز على فكرة السيادة أو السلطة فالمنازعات التي تتعلق بأعمال السيادة يختص بها القضاء الإداري، أما التصرفات العادية التي تتعامل فيها الإدارة كشخص عادي فتختص بها المحاكم العادية، وبمعنى آخر أن التصرفات الأولى التي تظهر فيها الإدارة صاحبة السلطان يختص بها القضاء الإداري وما عداها تختص به المحاكم العادية وذلك مما حدا بالمشرع إلى النص على اعتبار بعض العقود من العقود الإدارية وأوجب خضوعها لاختصاص مجلس الدولة، كعقود الأشغال العامة، وكذلك عقود بيع أمالك الدولة وعقود القرض العامة والعقود التي تتضمن شغال للدوامين العام .

إلا أن مجلس الدولة لم يقف عند هذا الحد وإنما سعى إلى توسيع اختصاصاته فمد اختصاصه إلى الكثير من العقود الأخرى دون نص خاص، كعقود توزيع المياه والغاز في المدن، والعقود الخاصة بالإضاءة ونظافة الطرق وعقود طلب المعاونة استنادا إلى تضمنها عناصر الأشغال العامة) وكان ظهور نظرية المرفق العام وصدور حكم مجلس الدولة في قضية "TERRIERفي 1903/06/02[2] السبب الذي هجر المعيار الذي يعتمد على التمييز بين أعمال السلطة وأعمال الإدارة العادية والتي تبرمها المرافق، إذ ورد فيه ففي اللحظة التي نكون

[1] – راضي مازن ليلو،**المرجع السابق**،ص19.

[2] –ناصر لباد،**القانون الإداري**،ج2،النشاط الإداري،ط1،د.م.ج،الجزائر،2004،ص39.

أمام حاجات جماعية تلتزم الأشخاص العامة بإشباعها سواء تعلق الأمر بمصالح قومية أو محلية فال يمكن اعتبار هذه المصالح محكومة بالضرورة بمبادئ القانون المدني وقد أخذت أحكام مجلس الدولة بعد هذا التاريخ تتوالى مؤكدة الاتجاه نحوه[1]، ومعبرة عن ضرورة خضوع العقود الإدارية لنظام القانون العام وقواعده ال باعتبارها بعض العقود التي نص عليها المشرع بل بالاستناد إلى خصائص العقد الإداري وطبيعته وذلك مما أدى إلى اتساع نطاق العقود الإدارية واتساع اختصاص القضاء الإداري بنظرها)إن نظرية العقد الإداري نظرية حديثة النشأة شأنها في ذلك شأن بقية نظريات القانون الإداري، يعود الفضل في وجودها وتطورها إلى القضاء الإداري الفرنسي وبصفة خاصة مجلس الدولة الفرنسي الذي سعى إلى توسيع اختصاصاته بإضفاء الصفة الإدارية على الكثير من العقود.

الفرع الثاني: نشأة وتطور العقد الإداري في الجزائر :

بالنسبة لنشأة وتطور العقد الإداري في الجزائر وبصفة خاصة الصفقات العمومية، فقد مر تنظيمها بعدة تنظيمات وتطورات حسب التوجهات السياسية والاقتصادية السائدة في البلاد بحيث تميزت مرحلة ما قبل الاستقلال بخضوع الصفقات العمومية الجزائرية للنظام القانوني الفرنسي وامتد تطبيق نفس النظام بعد الاستقلال، إذ نص القانون الصادر في ديسمبر 1962 على تمديد سريان القانون الكولونيالي على الجزائر المستقلة إلا ما كان مخالفا ومتعارضا مع السيادة الجزائرية، ويعود ذلك للفراغ الذي تركه رحيل الاستعمال من الناحية القانونية والبشرية .

– وتميزت المرحلة الأولى أي مرحلة ما بعد الاستقلال الفترة الأولى بصدور الأمر رقم67 –90المؤرخ في 1967/06/17 والمتضمن تنظيم الصفقات العمومية بصفة الاستجابة

[1] –ناصر لباد، **مرجع سابق**،ص40.

للأهداف المسطرة مسبقا والتي تدور أغلبها حول التسيير الجيد للأموال العمومية وتغليب المصلحة[1] العامة على المصلحة الخاصة، كذلك المحافظة على توازن مصالح الطرفين، ولتحقيق ذلك استخدمت المنافسة كفكرة لتدارك التصرفات الشخصية في عملية إبرام الصفقات العمومية.

الفترة الثانية 1982- 1991 وفي هذه الفترة صدر المرسوم رقم 82-145 المؤرخ في 10/04/1982المتعلق بصفقات المتعامل العمومي opérateur – public بهدف شمولية تطبيقه على كل المؤسسات مهما كانت طبيعتها وإقليمها في سبيل توحيد النظام القانوني الذي يسري على العقود والصفقات وكذا الإدارات تماشيا مع النظام الاشتراكي أنذاك وقد نصت المادة 5 منه صراحة على انه ((جميع الإدارات العمومية الدولة، الولاية، البلديات)).

((جميع المؤسسات الإدارية والاقتصادية الاشتراكية والهيئات العمومية))

- شركات الاقتصاد المختلط [2].

-المرحلة الثانية وتتمثل هده المرحلة بعد صدور دستور 1989 والتخلي عن النظام الاشتراكي أصبح من الضروري مسايرة المعطيات الاقتصادية والسياسية الجديدة تأثرا بالنموذج الفرنسي . الفترة الأولى: 1991-2002وهي فترة صدور المرسوم التنفيذي رقم 91-434 المؤرخ في 09/11/1991 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية والذي خص بالتطبيق الشق إلا داري دون الشق الاقتصادي حسب ما نصت عليه المادة 2 من نفس المرسوم بحيث أصبحت المؤسسات العمومية الاقتصادية خاضعة للقانون الخاص.

[1] -راضي مازن ليلو،**المرجع السابق**،ص10.

[2] -محمد الصغير بعلي،**القرارات والعقود الإدارية**،دار العلوم،الجزائر،2017،ص184.

الفترة الثانية : 2002- 2015 تميزت هذه المرحلة بصدور المرسوم الرئاسي 10-236 المؤرخ في 2010/10/07 المعدل والمتمم في فترة عرفت انتشا ار واسعا للفساد الإداري وقد ركز هدا المرسوم أساسا على إرساء قواعد الشفافية والمساواة وحرية الوصول إلى الطلبات العمومية .

الفترة الرابعة و الأخيرة:2015 -إلى يومان وتميزت هذه الفترة بصدور المرسوم التنفيذي رقم 15-247 المؤرخ في 02 ذي الحجة 1436الموافق ل 16سبتمبر المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام موزع على كل الصفقات.

الباب الثاني: أحكام تطبق على تفويضات المرفق العام

الباب الثالث: تضمن التكوين في الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام

الباب الرابع: تضمن سلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام والإحصاء الاقتصادي للطلب.

الباب الخامس: أحكام مختلفة وأخرى انتقالية

وتميز المرسوم الرئاسي من حيث الصياغة القانونية بنقص في الدقة القانوني ة والتوازن بين مختلف أبوابه أما من ناحية المضمون المبادئ الأساسية: تضمن المرسوم الرئاسي 247/15 مجموعة من الماد التي تدعو إلى مبادئ الشفافية والمنافسة والمساواة والحفاظ على المال العام تفويض المرفق العام: كما تضمن لأول مرة مواد تتعلق بتفويضات المرفق العام [1].

[1] - المرسوم الرئاسي 15-247 المؤرخ في:02ذي الحجة1436 الموافق ل16سبتمبر2015،المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام. الجريدة الرسمية،العدد46

المطلب الثاني: تعريف العقد الإداري

يعرف العقد بأنه العقد القانوني في معناه المتعارف عليه، وأن مصطلح العقد يبين ويوضح الأثر المادي، وهذا الأثر المادي للعقد تترتب عليه نتائج قانونية و العقد في القانون المدني الجزائري هو اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص آخرين، بمنح أو فعل، أو عدم فعل شيء ما، سنقسم هذا المطلب إلى فرعين: الفرع الأول سندرس فيه التعريف اللغوي للعقد و الفرع الثاني سندرس فيه التعريف الاصطلاحي للعقد الإداري.

الفرع الأول: العقد لغة

العقد لغة هو كل ما يفيد الالتزام بشيء عمال كان أو ترك، من جانب واحد أو من جانبين و هو كلمة تطلق على ما فيه ربط بين أطراف الشيء، كما يراد بها الضمان والعهد، فالأصل في هذه الكلمة هو الربط الحسي بين أطراف الشيء إلا أن العرب قد استعملوها للربط المعنوي للكلام، سواء أكان توثيقا و تقوية لكالم صادر من جهة واحدة أو كان ربطا بين كالم شخصين، فيقال عقد بيع، زواج، الإجازة....إلخ .من خلال هذه التعاريف للعقد، يتضح لنا أن هناك تشابه بين التعريف اللغوي والتعريف القانوني، خاصة في الالتزامات المترتبة على إبرامه.

الفرع الثاني: تعريف العقد الإداري اصطلاحا

الملاحظ أن الاجتهاد الإداري الفرنسي لم يستقر على مبدأ محدد في تعريف العقد الإداري بحيث ينطلق تارة في تعريفه من مبدأ تسيير المرفق العام وبصفة خاصة تعتبر عقودا إدارية تلك العقود التي تنظمها الإدارات العامة والأجهزة العامة التابعة لها بقصد تسيير المرافق العامة وتأمين ديمومتها وينطلق تارة أخرى عن طبيعة الشروط الخاصة التي تضعها الإدارات العامة قصد تسيير المرافق العامة والتي تحدد قصد الإدارة بتنظيم عقود إدارية وينطلق الاجتهاد الإداري

الفرنسي حاليا و بصورة خاصة منذ عام 1950 من الشروط الخاصة التي تتطلبها الإدارات العامة والأجهزة التابعة لها لضمان حسن تسيير المرافق العامة، وعلى ضوء ذلك اتجه الاجتهاد الإداري الفرنسي لتعريف العقد الإداري بأنه : {العقد الذي تبرمه الإدارات العمومية مع الأجهزة التابعة لها أو الأفراد و تضمنه شروطا غير مألوفة في العقد المدني أو التجاري بتحديد الحقوق والالتزامات المتعاقد معها و ذلك لضمان تسيير المرافق العامة تجمع كل التعارف للعقد الإداري على أن المعيار المميز له من وضع القضاء الإداري وأنه يشترط في العقود الإدارية توافر مجموعة من الشروط التي تميزها عن بقية العقود المدنية والتجارية وهي أن تكون الدولة طرفا في العقد وأن يتصل العقد بنشاط مرفق عام وأن يتضمن العقد شروطا استثنائية لا نظير لها في عقود القانون الخاص. [1]

المطلب الثالث: تمييز العقد الإداري عن العقود الأخرى

لابد أن نبحث عن المعيار أو المعايير التي عن طريقها يمكننا أن نميز بين العقود الإدارية والعقود الأخرى من اجل تحديد القانون الواجب التطبيق ومعرفة الجهة القضائية المختصة باعتبار أن الإدارة تبرم نوعين من العقود الأولى تتمثل في العقود التي تبرمه الإدارة كشخص من أشخاص القانون الخاص وتتجرد فيها من مظاهر وامتيازات السلطة العامة والتي تخضع لقواعد القانون الخاص والقضاء العادي، أما الثانية تتمثل في العقود الإدارية التي تبرز فيها مظاهر امتيازات السلطة العامة، وتخضع لقواعد القانون العام, ويختص القضاء الإداري للفصل في منازعاتها .والملاحظ انه لا وجود لمعيار محدد اعتمد عليه المشرع الجزائري عند تنظيم العقود الإدارية للتفرقة بين النوعين من العقود، دالك إن العقود الإدارية ليست من طبيعة

[1] – خالد بالجيلالي ،**الوجيز في نظرية القرارات والعقود الإدارية** ،دار بلقيس،2017،ص80.

واحدة، الأمر الذي يجعل الوقوف على معيار محدد للتفرقة بينهما صعبا .ومن هذا المنطلق سنحاول التمييز بين العقود الإدارية والعقود الأخرى لاسيما العقود المدنية والعقود التجارية.

من حيث أوجه التشابه: نجد أن كل هذه العقود تقتضي اتفاق أرادتين أو أكثر لغرض إحداث اثر قانوني معين بالنسبة لأطراف العقد أما بإنشاء مركز قانوني جديد أو تعديل مركز قانوني قائم أو إلغائه.

أما بالنسبة لأوجه الاختلاف: نجد أن العقود التجارية والمدنية تخضع لأحكام القانون الخاص والاختصاص القضاء العادي، ويحكمها مبدأ أساسي وهو العقد شريعة المتعاقدين ما يترتب عليه من التزامات الأطراف العقد.

هذا بخلاف العقود الإدارية التي تخضع لقواعد القانون العام والاختصاص القضاء الإداري، كما أنه في مجال العقود الإدارية لا يمكننا تطبيق مبدأ العقد شريعة المتعاقدين لارتباط العقد الإداري بمرفق عام يستخدم لسير وضمان استمراريته استخدام امتيازات السلطة العامة، ومن جهة ثانية نجد أن العقد الإداري يتضمن شروطا استثنائية وغير مألوفة في العقود الخاضعة لأحكام القانون الخاص. [1]

فضلا عن ذالك نجد أن العلاقة بين طرفي أو أطراف العقد الإداري لا يحكمها مبدأ المساواة خلافا لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين التي تقتضي أن تكون هناك مساواة بين أطراف العقد، ومن ثم فان مصلحة طرفي أو أطراف العقد الإداري غير متكافئة وذالك المصلحة المتعاقدة تأخذ بعين الاعتبار دائما بالمصلحة العامة وبذالك فالمصلحة العامة تعلو دائما على المصلحة الخاصة .

[1] – خالد بالجيلالي ، **المرجع السابق**،ص81

ويظهر في مجال العقود الإدارية مبدأ سلطان الإرادة للإدارة المتعاقدة في مقابل انكماش وانحسار إرادة الأطراف المتعاقدة مع الإدارة، مع فرضية وحق قبول أو رفض دفتر الشروط التي تضعه المصلحة المتعاقدة التي تضمنها العقد الإداري المراد إبرامه وذالك دون أن يكون له حق المناقشة أو الخوض في تلك الشروط والظاهر في العقود الإدارية بأنها مرتبطة بنوعين من الأحكام، الأولى تتعلق بالأحكام التنظيمية والثانية تتعلق بالشروط التعاقدية التي تخضع لنظام قانوني خاض ومستقل، غير أن هذه الأخيرة تتسم بالمرونة وهي دائما قابلة للتعديل وفق ما تقتضيه متطلبات المصلحة العامة .

المبحث الثاني عناصر ومقومات العقد الإداري

يشترط لصحة العقد الإداري أن تتوافر مجموعة من الشروط أو بما يسمى بالمقومات التي يقوم عليها العقد الإداري وهي على النحو التالي:

– أن يرتبط العقد الإداري بالشخص المعنوي العام وان يكون الهدف من العقد هو تحقيق المصلحة العامة.

– أن يكون موضوع العقد مرتبط بالمرفق العام ويحقق أغراضه.

– تضمين العقد الإداري يتضمن شروطا استثنائية وغير مألوفة في العقود الخاضعة لاحتكام القانون الخاص. [1]

[1] – عمار بوضياف، **الصفقات العمومية في الجزائر (دراسة تشريعية وقضائية وفقهية)**، ط2،دار الجسور،الجزائر2009،ص71.

المطلب الأول: ارتباط العقد الإداري بالشخص العام

حتى يوصف العقد على انه عقد إداري يشترط أن يكون مرتبطا بأحد الأشخاص المعنوية العامة وبوصفها سلطة إدارية عامة ،تعتبر العقود الإدارية طائفة من عقود الإدارة في الدولة التي أخذت بتقسيم القانون إلى قانون عام و قانون خاص، لذلك يكون من البديهي أن يشترط عند إضفاء الصفة الإدارية على العقود أن تكون الإدارة طرفا فيها و ذلك على أساس أن القواعد الإدارية وجدت لتحكم نشاط السلطات الإدارية دون نشاط الأفراد الذي يحكمه القانون الخاص يترتب على ذلك استبعاد العقود التي يبرمها أشخاص القانون الخاص عن نطاق العقود الإدارية حتى لو حققت مصلحة عامة غير أننا نجد المادة 800 من قانون الإجراءات المدنية الإدارية عن د تحديدها لمفهوم النزاع الإداري قد حددت لنا الأشخاص المعنوية العامة أساسا في الدولة، الولاية، البلدية، المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري واعتبر القضاء الإداري في فرنسا ومصر اعتبر بعض العقود التي يبرمها أشخاص القانون الخاص عقودا إدارية إذا ما أبرمت باسم ولحساب الإدارة و ذلك متى توافرت الشروط الأخرى وهي اتصال العقد بمرفق عام وتضمينه شروط استثنائية هذا المعيار يوسع من نطاق العقود الإدارية وبالتالي القانون الإداري ألنه يترتب عليه اعتبار كل عقد تبرمه الإدارة عقدا إداريا، علما بأن الإدارة قد تلجأ إلى أسلوب القانون الخاص في إبرام عقودها و بالتالي ليس كل عقد تبرمه الإدارة يعتبر عقدا إداريا .من هذا المنطلق يمكن الاستناد على معيارين أساسيين لتحديد الأشخاص المعنوية العامة والتي اعتمدها المشرع لإضفاء الصبغة الإدارية على العقود التي تبرمها هاته الأشخاص وهو المعيار العضوي والموضوعي [1]وهو ما سنعتمده في هدا المطلب لتحديد الأشخاص المعنوية العامة.

[1] – عمار بوضياف، **المرجع السابق**،ص72.

المعيار العضوي: ككل العقود ينبغي وجود طرفين وفي العقد الإداري على الأقل وجود شخص من أشخاص القانون العام وهم كالتالي الدولة، أو الجماعات الإقليمية، والمؤسسة العمومية وهو ما ذهبت إليها لمادة 06 من المرسوم الرئاسي 15-247 المتعلق بالصفقات العمومية بتفويضات المرفق العام حينما نصت على أنه } لا تطبق أحكام هدا الباب إلا على الصفقات العمومية محل نفقات :

- الدولة .

-الجماعات الإقليمية

-المؤسسات العمومية ذات الطابع الاقتصادي

-المؤسسات العمومية الخاضعة للتشريع الذي يحكم النشاط التجاري عندما تكلف بإنجاز عملية ممولة كليا أو جزئيا، بمساهمة مؤقتة أو نهائية من الدولة أو من الجماعات الإقليمية وتدعى في صلب النص المصلحة المتعاقدة»[1].

المطلب الثاني: ارتباط العقد الإداري بالمرفق العام

لا يكفي أن تكون الإدارة العامة طرف بالعقد ليتصف بالصيغة الإدارية وإنما يجب أن يتعلق الأمر بنشاط مرفق عام سواء من حيث إنشاء ذلك المرفق أو من حيث تنظيمه و تسيره وقد ارتبطت فكرة المرفق العام بالعقد العام الإداري منذ بداية ظهور الأحكام الكبرى المكونة لنظرية العقد الإداري انطلاقا من حكم بلانكو الصادر عن محكمة تنازع الاختصاص الفرنسية عام 1873والذي وضع الحجر الأساس لقواعد المسؤولية الإدارية وجعل في نفس الوقت

[1] – محمد الصغير بعلي ،**المرجع السابق**،ص 192.

الاختصاص للمحاكم الإدارية في كل نزاع يتعلق بمرفق عام .وقد انعكست فكرة المرفق العام وما لحقها من تطور على معيار التميز للعقد الإداري وارتبطت به فترة طويلة حتى كاد الفقه و القضاء يجمعان على ضرورة اتصال العقد بنشاط مرفق عام لإضفاء الصفة الإدارية على هذا العقد، ولهذا وردت فكرة المرفق العام في العديد من أحكام القضاء الإداري الفرنسي وأعتبرها مجلس الدولة في بعض أحكامه معيارا كافيا لتميز العقد الإداري عن عقود القانون الخاص، و سار القضاء المصري على ذات المسلك عندما قال في حكم له صادر في 16 ديسمبر ... وهي تسيير المرافق العامة 1956 انه » تختلف العقود الإدارية عن العقود المدنية أنها تستهدف مصلحة عامة »....يتمثل موضوع العقد الإداري ويتصل محله بمرفق من المرافق العامة في مدلوله الموضوعي :الخدمة العمومية. [1]

يأخذ المرفق العام le service public مفهومين:

أولا: المفهوم العضوي –الشكلي la formelle organique notion :ويتمثل في الأجهزة والهياكل والهيئات والتنظيمات الإدارية المختلفة القائمة خاصة داخل السلطة التنفيذية، مثل الجامعة، المستشفى، إدارة الشرطة،.....الخ.

ثانيا: المفهوم الموضوعي –المادي le notion objective matérielle :ويتمثل في الخدمات العامة ذاتها المقدمة تلبية للحاجات العامة للجمهور والمواطنين، مثل التعليم، الصحة الأمن.....الخ.

وعليه يشترط في العقد حتى يكون إداريا أن ينصب على مرفق عام سواء من حيث تسييره أو تنفيذه، وهو ما أخذ به تنظيم الصفقات العمومية الجديد حينما ربط الصفقات العمومية

[1] – محمد الصغير بعلي، **المرجع السابق**، ص 201.

ب تفويضات المرفق العام في نص قانوني واحد هو المرسوم الرئاسي 15-247[1].

المطلب الثالث: تضمين العقد الإداري للشروط الاستثنائية الغير مألوفة في القانون الخاص

أن المستقر عليه في القضاء الإداري الفرنسي والمصري من اجل وصف العقد بأنه إداري أن يتضمن هذا الأخير للشروط الاستثنائية الغير مألوفة في القانون الخاص، تستخدمها الإدارة من أجل إبرام عقودها، أو عند تنفيذه وسائل القانون العام وامتيازات السلطة العامة، لذا يعد في مجال العقود الإدارية استخدام الإدارة لوسائل القانون العام العنصر الرئيسي في تمييز العقد الإداري .وتختلف الشروط الاستثنائية التي يتضمنها العقد الإداري عن الشروط عقود الإذعان المعروفة في القانون الخاص، يضعها احد الأطراف ويفرضها وتتضمن شروطا مجحفة في حق الطرف الآخر ,بالشكل الذي يخل بمبدأ المساواة الذي يعتبر أساس عالقات أفراد القانون الخاص[2].

-مظاهر الشروط الاستثنائية الغير مألوفة في القانون الخاص:

أولا: الشروط المتعلقة بامتيازات السلطة العامة :و هذه الامتيازات هي أبرز ما يميز العقود الإدارية، إذ بمقتضاها تستطيع الإدارة أن تحمل المتعاقد معها وبإرادتها المنفردة التزامات تجعل موقفه في الصفقات العمومية غير متكافئ معها، ويتجّلى الإخلال بقاعدة المساواة بين المتعاقدين منذ المراحل الأولى لعملية إبرام الصفقات العمومية ، فالفرد الذي يتقدم بقصد التعاقد في مناقصةّ عامة يلتزم بمجرد تقديم تعهده على خلاف الإدارة التي لا تلتزم إلا في وقت متأخر،

[1] – المرسوم الرئاسي 15-247 المؤرخ في :02دي الحجة عام 1436 الموافق ل 16 سبتمبر سنة ،المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.الجريدة الرسمية،العدد46.

[2] – خالد بالجيلالي , **المرجع السابق**,83.

كما أنه في بعض العقود قد تشترط الإدارة شروط هي من قبيل شروط الأسد في القانون الخاص، كذلك فإن الأفراد يلتزمون بمجرد التعاقد على العكس من الإدارة التي قد تحتفظ بحقها في التحّلل من العقد كّلية، وتتجلى هذه الشروط أيضا في تحديد التزامات المتعاقد معها، حيث يمكن للإدارة

أن تضمن عقودها الإدارية [1]، كما يمكنها التدخل في الإشراف على تنفيذ العقد أو تغيير طريقة تنفيذه أو وقف تنفيذه مؤقتا، كما يمكنها فسخ العقد أو توقيع عقوبات على المتعاقد معها في حالة إخلاله بالتزاماته دون حاجة إلى وقوع الضرر أو الالتجاء إلى القضاء.

ثانيا: الشروط التي تعطي المتعاقد مع الإدارة سلطات و امتيازات في مواجهة الغير :القاعدة العامة أن المتعاقد مع الإدارة لا يتمتع بمظاهر امتياز السلطة العامة التي منحها القانون للأشخاص المعنوية العامة, غير إن العقد الإداري قد يتضمن شروطا تمنح الطرف المتعاقد مع الإدارة ,سلطات استثنائية ,وبعض الامتيازات السلطة العامة ‘كان يتم منح المتعاقد مع الإدارة حق اللجوء إلى التنفيذ المباشر و ذلك بأن تخول المتعاقد مع الإدارة الحق في ممارسة بعض مظاهر السلطة العامة التي هي من اختصاص الإدارة و لكن بالقدر الذي يستلزم تنفيذ العقد الإداري، فمثال في عقود الأشغال العامة نجد شروطا تعطي المقاول حق شغل بعض العقارات لمدة محدودة دون ف توقف ذلك على ملاكها كما أن بعض العقود تفوض المتعاقد في سلطة الاستيلاء الجبري " réquisition " و هذا الأخير يعتبر من أدق خصائص السلطة العامة. [2]

ثالثا: أن يتضمن العقد إشراك الإدارة مع الطرف المتعاقد معها في إدارة وتسيير المرفق العام : كقاعدة عامة الدارة هي التي تقوم بنفسها بإدارة مرافقها العامة مباشرة وهو حق منحه إياها القانون

[1] – مانع عبد الحفيظ ، **طرق ابرام الصفقات العمومية وكيفية الرقابة عليها في ظل القانون الجزائري**، رسالة مقدمة ضمن متطلبات نيل شهادة ماجستير،جامعة ابي بكر بالقايد ،تلمسان،الجزائر، 2008.

[2] – سليمان الطماوي، **مبادئ القانون الإداري**، دار الفكر العربي،القاهرة،2007، ص 93.

عند منحها الشخصية المعنوية وكذلك مظاهر امتياز السلطة العامة و عهد إليها تسيير وإدارة مرافقها العامة بنفسها بغرض تحقيق المصلحة العامة .و المرفق العام يمكن أن يدار بواسطة شخص عام كما يمكن إدارته بواسطة شخص خاص توف المصلحة العامة و إدارته من طرف شخص ففي الحالة الأولى يعتبر مرفقا عاما لمجرد رد عام، أما في الحالة الثانية و هي تمثل الوضع الحديث للمرافق العامة حيث يمكن أن يعهد لشخص خاص إدارة مرفق عام شريطة أن يتم بامتيازات السلطة العامة و يخضع لقواعد خاصة، و بمعنى آخر يجب في الحالة الثانية توّفر عنصرين للقول بوجود مرفق عام، العنصر الأول هو المصلحة العامة أما العنصر الثاني فهو خضوع الشخص الخاص لنظام قانوني خاص.

وخروجا عن القاعدة العامة نجد أن القانون قد أجاز للإدارة وهي بصدد إدارة وتسيير المرفق العام أن تبرم عقودا مع أحد الأشخاص القانون العام أو الخاص وفق ما تقتضيه المصلحة العامة بالشكل الذي يجعل مسالة أدارة دالك المرفق العم مشتركة بين الإدارة العامة والمتعاقد معها[1].

وبناءا على ما ذكر يمكن القول بان العقد الإداري المبرم بين الإدارة واحد أشخاص القانون الخاص يكون إما بتوفير حاجات للجمهور والتي يلتزم بتوفيرها أو تقديم خدمات عامة للجمهور و أن يكون مضمون العقد إدارة مرفق عام وتسييره ، أو استغلاله، على أن يكون الغرض من كل ذلك هو تحقيق المصلحة العامة.

[1] – خالد بالجيلالي، **المرجع السابق**،ص84.

المبحث الثالث :صور العقد الإداري

تعرف العقود الإدارية المسماة بأنها تلك العقود الإدارية التي نظم المشرع أحكامها ووضع لها نظاما قانونيا محددا, وجعل لها اسما, ومن ثم فان هده العقود توصف بأنها إدارية ألن القانون سماها ووصفها بأنها إدارية، سبقت الإشارة إلى أن العقود الإدارية تتنوع و تتعدد بتنوع نشاطات الإدارة العامة، فلم يعد الأمر قاصرا على صور محددة حصرا للعقود الإدارية كما كان الأمر في السابق، هذا ومن الأمور الجديرة بالرصد تنوع العقود الإدارية، وازدياد مجالاتها لتشمل إلى جانب عقود المقاولات والتوريد والالتزام– عقودا جديدة مثل: العقود المالية المتعلقة بالقرض والاقتراض، والعقود الاجتماعية، والعقود الصناعية، والعقود المتعلقة بالأبحاث العلمية وعقود متعلقة بالمؤسسات التعليمية، وعقود التأمين وصولا إلى ما يعرف بالعقود الإدارية الحديثة.

وفيما يلي سنأخذ فكرة عن أهم العقود عقد امتياز المرافق العامة عقد الأشغال العامة و عقد التوريد وفي الأخير سنتطرق إلى العقود الإدارية الحديثة.

المطلب الأول: عقد امتياز المرافق العامة

يعد امتياز المرافق العامة عقدا إداريا من طبيعة مختلطة يمنح بمقتضاه أحد أشخاص القانون العام إلى أحد الخواص مهمة إدارة وتسيير أو استغلال مرفق عام تحت إشرافه ورقابته . وبناء على ذلك عقد الامتياز عقدا إداريا مركبا يتضمن نوعين من النصوص، نصوص عقدية ونصوص تنظيمية لائحية[1]، فالأولى تتعلق بالأعباء المالية المتبادلة بين مانح الالتزام والملتزم كالميزات المادية والمالية، ومدة الالتزام وكيفية استرداده، فالنصوص التعاقدية لا يجوز للإدارة

[1] – سليمان الطماوي ، **المرجع السابق**، ص 97.

أن تعدل فيها بإرادتها المنفردة. أما النصوص التنظيمية أو اللائحية تتعلق بتنظيم المرفق العام وسيره، كالنصوص المتعلقة بشروط الانتفاع بالخدمة التي يقدمها المرفق وضمان حقوق المنتفعين بالمرفق وتحديد الرسوم التي يأخذها الملتزم من المتعاقدين، فهذه النصوص يجوز للجهة الإدارية التعديل فيه بإرادتها المنفردة، وإذا أصاب الملتزم أي ضرر بسبب هذه التعديلات فليس له إلا المطالبة بالتعويض تطبيقا لنظرية فعل الأمير.

الفرع الأول: تعريف عقد امتياز المرافق العامة

هو عقد إداري بمقتضاه يتولى الملتزم – فردا كان أو شركة– على مسؤوليته إدارة مرفق عام اقتصادي واستغلاله مقابل رسوم يتقاضاها من المنتفعين، مع خضوعه للقواعد الأساسية الضابطة لسير المرافق العامة، فضال عن الشروط التي تضمنها الإدارة عقد الامتياز [1].

يرى بعض الفقهاء بان الامتياز عبارة عن عمل يلتزم بموجبه احد أشخاص القانون العام والخاص بإدارة مرفق عام لمصلحة احد أشخاص القانون العام في مقابل مالي نقدي يتقاضاه من المنتفعين من خدمات المرفق العام ,كما يعرفه جانب أخر بأنه عقد يلتزم فيه احد أشخاص القانون الخاص إزاء شخص معنوي عام موضوعه تامين إشباع حاجة جماعية على نفقته الخاصة، في مقابل مالي يتقاضاه من المنتفعين من خدمات هدا المرفق.

كما يعرف بأنه اتفاق يكلف بمقتضاه شخص عام شخصا آخر باستغلال مرفق عام مقابل مكافآت محددة، تحدد بناء على النتائج المالية لاستغلال المرفق، إذن عقد الامتياز هو اتفاق قانوني بين طرفين هما المرخص له والمرخص لتحديد الشروط التي يتم بموجبها منح الامتياز وتنفيذ المشروع كما يتضمن هذا الاتفاق كلا من الحقوق والالتزامات على كل طرف وتمثل هذه

[1] – سليمان الطماوي ، **المرجع السابق**، ص 98.

الاتفاقية إرادة الطرفين، ويلتزم كل منهما ببنود وشروط عقد الامتياز. وباعتباره عقدا إداريا يستمد أحكامه من قواعد القانون العام بصورة أساسية مما يجعله مستقلا بقواعده، فلا تطبق عليه قواعد العقد المدني وبمقتضى ذلك تحتفظ الإدارة بسلطة التحكم في استمرار سريانه أو فسخه بإرادتها المنفردة كجزاء لعدم وفاء المتعاقد بالتزاماته أو لدوافع المصلحة العامة وبالمقابل يكون للمتعاقد مع الإدارة حق طلب تعويض ما لحقه من أضرار نتيجة اعتداء الإدارة على حقوقه التعاقدية، عقد الامتياز عقد ذو طبيعة خاصة يتميز بأنه يخول شخص عادي حق الحلول محل الإدارة في تسيير مرفق عام.

فرع ثاني: خصائص عقد امتياز المرافق العامة

يتميز عقد امتياز المرافق العامة بعدة خصائص أو مميزات يعتبر عقد الامتياز أحد أساليب إدارة وتسيير المرفق العام إلى جانب أسلوب الاستغلال المباشر، والمؤسسة العمومية، الشركات المختلطة، تهدف الإدارة عن طريقه إلى إشباع حاجات عامة وسلطة الإدارة غير مطلقة في الاعتماد على أسلوب الامتياز وكقاعدة عامة يجب أن تدار المرافق العامة من قبل الإدارة مباشرة وكاستثناء يمكن اللجوء إلى أساليب الإدارة الخاصة لتسيير المرفق العام بغرض تحقيق المصلحة العامة.

أن تولي الإدارة أحد أشخاص القانون الخاص بتسيير وإدارة مرفق عام لا يعني استقلاليته في التسيير المرفق العام وحده بل تبقى الإدارة محتفظة بكامل سلطتها وصلاحياتها اتجاه المرفق التي تشمل رقابته والإشراف عليه وفسخ العقد. [1]

ويقع عبئ التمويل الذاتي للمرفق ونفقات الإنشاء و الترميم والصيانة وتشغيل المرفق العام

[1] – خالد بالجيلالي، المرجع السابق،ص88.

ويتحمل بالإضافة إلى دالك مخاطر الاستثمار ماليا وفي المقابل يتقاضى الملتزم في عقد الامتياز مقابلا ماليا من المنتفعين من خدمات المرفق والتي تشكل العائد المادي الذي يهدف الملتزم إلى تحقيقه من هذا الاستثمار.

فرع ثالث: الطبيعة القانونية لعقد امتياز المرافق العامة

يعتبر عقد امتياز المراق العامة عمال إداريا قانونيا يعهد بمقتضاه احد أشخاص القانون العام والخاص بإدارة مرفق عام لمصلحة أحد أشخاص مهمة إدارة وتسيير مرفق عام بغرض إشباع حاجات عامة للجمهور، ولقد ظهر اتجاهان حول الطبيعة القانونية لعقد الامتياز.

الاتجاه الأول: اعتبر عقد الامتياز قرار إداري انفرادي من قبل الإدارة المتعاقدة التي تتمتع بكافة امتيازاتها وسلطاتها في هدا العقد كسلطة تعديله وإلغائه وفي المقابل يبقى للملتزم بتسيير المرفق العام الحق في المطالبة بالتعويض في الحالة التي تخل فيها الإدارة مانحة الامتياز بالتزاماتها المنصوص عليها في العقد. [1]

الاتجاه الثاني: واعتبر هذا الاتجاه عقد الامتياز بأنه عقد مدني بالرغم من أن محله هو إدارة وتسيير مرفق عام واستند على أن جميع الشروط التي يتضمنها عقد الامتياز هي شروط تعاقدية، وبالتالي فهي تخضع لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين.

ومن جهة أخرى الهدف الأساسي من عقد الامتياز هو تقديم خدمات عامة للجمهور، إذ أن الشروط التي يتضمنها عقد الامتياز المرافق العامة اتجاه الطرف المتعاقد معها كلها لمصلحة المنتفعين من خدمات المرفق العام والملاحظ على هذا الاتجاه بأنه لم يلقى قبولا في الفقه الإداري

[1] – سليمان الطماوي،**المرجع السابق**، ص99 .

لتجاهله المبادئ الأساسية التي يقوم عليها المرفق العام، ونتيجة لدلك ظهر اتجاه أخر يجعل من عقد امتياز بأنه عقد دو طبيعة مختلطة يتضمن نوعين من الشروط التنظيمية [1]والشروط التعاقدية، الأمر الذي أكد عليه الفقيه HAURIOU بان عقد والامتياز يشمل اتفاق عقد واتفاق قانون ذلك أن الشروط التنظيمية في العقد. [2]

تحدد طريقة وشروط استغلال المرفق العام وتسييره، أما الشروط التعاقدية في العقد تنظم وتحدد حقوق وواجبات الأطراف في العقد

فرع رابع: سلطات الإدارة في عقد امتياز المرافق العامة

تتمتع الإدارة في عقد امتياز المرافق العامة بمجموعة من الحقوق التي خولها لها القانون من اجل السهر على سير المرافق العامة ولإشباع الحاجات العامة للأفراد أو تقديم خدمات عامة للجمهور باعتبار انه في هدا العقد تتمتع الإدارة بحق الرقابة والإشراف على تنفيذ العقد وتتحمل مسؤوليتها على ضمان استمرارية المرفق العام في تقديم خدماته للجمهور، ويشمل المعنى العام للإشراف والرقابة من طرف الإدارة مراقبة تنفيذ عقد الامتياز وكذلك التأكد من مدى التزام الطرف المتعاقد معها بتنفيذ بنود العقد وفقا للأشكال والإجراءات المتفق عليها في العقد كطلب توضيحات ووثائق متعلقة بتسيير المرفق وزيارة أماكن استغلال المرفق .وتشمل مظاهر الرقابة كذلك بالإضافة إلى رقابة الإدارة على تنفيذ العقد سلطة توجيه الطرف التعاقد معها والتي من خلالها يمكن للإدارة توجبه أعمال التنفيذ واختيار انسب الوسائل الفنية والتقنية التي من شانها أن تحقق أفضل الخدمات لضمان السير الحسن للمرفق العام .بالإضافة إلى سلطة الإدارة في

[1] – محمود عاطف البنا ،**العقود الإدارية**،ط 1 , ،دار الفكر العربي، القاهرة، 2007،ص 151 .

[2] – خالد بالجيلالي ،**المرجع السابق** ،ص90.

الإشراف والرقابة تملك الإدارة حق تعديل بنود العقد الامتياز بإرادتها المنفردة ودون الحصول على الموافقة من طرف المتعاقد معها .ويجد حق تعديل بنود العقد أساسه ومصدره في امتيازات السلطة العامة و كذلك في مقتضيات المصلحة التي يستهدفها المرفق العام، وعليه فإن منح الإدارة سلطة تعديل العقد الإداري بهدف ضمان السير الحسن للمرفق العام وضمان تقديم الخدمات على أحسن و أكمل وجه، هو ما يسمح للإدارة العامة ويمنحها سلطة تعديل بنود العقد كلما اقتضت مصلحة المرفق ذلك أو كلما اقتضت مصلحة المنتفعين من الجمهور من خدمات المرفق العام .

وفيما يخص حدود سلطة الإدارة في تعديل بنود العقد فينبغي أن يقتصر التعديل على الشروط التنظيمية دون الشروط التعاقدية فهده الأخيرة لا ينبغي المساس بها إلا باتفاق الطرفين، كما لا يجوز أيضا للإدارة المبالغة في تعديل الشروط التنظيمية [1]والتعسف في استعمال سلطتها وحقها في التعديل بغرض الإضرار بالطرف المتعاقد معها أو إجراء تعديلات تخرج عن مضمون العقد الأصلي بصورة صارخة مما يؤدي إلى المساس بجوهر العقد.

كما يمكن لان يطلب المتعاقد مع الإدارة تعويضا عن الأضرار التي قد تلحق به جراء التعديلات التي أجرتها الإدارة على البنود التعاقدية قصد إعادة التوازن المالي للعقد وضمان استمرارية المرفق من تقديم خدماته لجمهور المنتفعين.

[1] – محمود عاطف البنا ، **المرجع السابق**،ص 152 .

المطلب الثاني: عقد الأشغال العامة

يعرف عقد الأشغال العامة على أنه عقد مقاولة بين شخص من أشخاص القانون العام و فرد أو شركة خاصة، بمقتضاه يتعهد المقاول بالقيام بعمل من أعمال البناء أو الترميم أو الصيانة في عقار لحساب الشخص المعنوي العام و تحقيقا للمصلحة العامة مقابل ثمن يحدد في العقد .

الفرع الأول: تعريف عقد الأشغال العامة

يعرف عقد الأشغال العامة على أنه عقد مقاولة بين شخص من أشخاص القانون العام و فرد أو شركة خاصة، بمقتضاه يتعهد المقاول بالقيام بعمل من أعمال البناء أو الترميم أو الصيانة في عقار لحساب الشخص المعنوي العام و تحقيقا للمصلحة العامة مقابل ثمن يحدد في العقد .وعرفته الدكتورة سعاد الشرقاوي بأنه العقد الذي يكون أحد أطرافه شخصا من أشخاص القانون العام، ويكون الأمر متعلقا بإدارة مرفق عام يؤدي خدمة أو يسد حاجة عامة، أو يتضمن العقد شروطا استثنائية خارقة للشريعة العامة، كما عرفت عقود الأشغال العامة بأنها عقود يلتزم بموجبها المقاولين في مواجهة الإدارة بتنفيذ أشغال عامة متعلقة بالعقارات مقابل مبالغ مالية متفق عليه. وعرفه الأستاذ سليمان الطماوي بأنه عبارة عن اتفاق بين الإدارة وأحد الأفراد أو الشركات بقصد القيام ببناء أو ترميم أو صيانة عقارات لحساب شخص معنوي عام، وبقصد منفعة عامة في نظير المقابل المتفق عليه ووفقا للشروط الواردة بالعقد. [1]

– وفي الجزائر نصت المادة الثانية من المرسوم الرئاسي رقم 02–250 والمؤرخ في 24 يوليو 2002(نص قانوني ملغى):و المتضمن تنظيم الصفقات العمومية على أنه { لا تطبق أحكام هذا المرسوم إلا على الصفقات محل مصاريف الإدارات العمومية والهيئات الوطنية المستقلة

[1] – سليمان الطماوي ، **المرجع السابق**، ص103.

والواليات والبلديات والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري، بالإضافة إلى مراكز البحث والتنمية والمؤسسات الخصوصية ذات الطابع العلمي والتكنولوجي، والمؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي والثقافي والمهني، والمؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري، عندما تكلف هذه الأخيرة باتخاذ مشاريع استثمارية عمومية. بمساهمة نهائية لميزانية الدولة }.

فرع ثاني: خصائص عقد الأشغال العامة:

يتسم عقد الاشغال العمومية بمجموعة من السمات العامة، والتتي يمكننا استخلاصها من التعريف المذكور أعلاه أن ينصب على عقار، ويكون لحساب أحد أشخاص القانون العام ويهدف إلى تحقيق مصلحة عامة[1].

1-ارتباط عقد الأشغال العامة بأحد أشخاص القانون العام :بمعنى أن الأعمال محل العقد يجب أن تتم لحساب شخص معنوي عام، سواء كانت مملوكة له، ملكية عامة أو خاصة، أو لم تكن مملوكة له، ويعد من الأشغال العامة ما يجرى من أعمال على عقار مملوك لأحد الأفراد أو المشروعات الخاصة، إذا كانت الأعمال تجرى لحساب شخص معنوي عام، كأن يكون ما آل العقار إليه بعد إتمام الأعمال أو بعد مدة من إتمامها وبطبيعة الحال تعد الأعمال من قبيل الأشغال العامة إذا كانت تتم على عقار مملوك لشخص معنوي عام ولحسابه والملاحظ أن صلة الشخص المعنوي العام بالأعمال التي تتم على عقار تأخذ صور متعددة والصورة الغالبة في ذلك هي الأشغال العامة التي تتم على عقار مملوك لشخص معنوي عام ولحسابه .

2-ارتباط عقد الأشغال العامة بالعقار :أن ينصب محل العقد على عقار ومعنى ذلك أن الأعمال محل العقد تهدف إلى إحداث تغيرات في العقار ذاته، كأعمال البناء والحفر والهدم

[1] - خالد بالجيلالي , **المرجع السابق**,ص94.

والإصلاح أو الترميم والصيانة، أما إذا انصبت الأعمال محل العقد على منقولات مهما كانت أهميتها وقيمتها، فإن العقد يخرج عن نطاق عقود الأشغال العامة. فكل اتفاق يكون موضوعه منقولات مملوكة للإدارة حتى و لو كانت تندرج في أموال الدومين العام لا يمكن اعتباره من عقود الأشغال العامة حتى و لو أعتبر عقدا إداريا، و هذا مهما تكن درجة ضخامة هذا المنقول. [1]

بالتالي لقد لجأ القضاء الإداري الفرنسي إلى إضفاء وصف الأشغال العامة وعقد الأشغال العامة على الأشغال التي تقوم بها أشخاص القانون العام على عقارات أشخاص القانون الخاص ولصالحهم عندما اعتبر القضاء هذا النشاط مرفقا عاما يخدم الصالح العام، كنشاط الدولة في إعادة تعمير ما خربته الحرب .ولقد وسع القضاء الإداري من مفهوم الأشغال العمومية ليشمل كذلك كافة الأعمال المتعلقة بالعقارات كأعمال الردم وأعمال الرش ,وتنظيف الطرقات العامة وكذا نقل المواد اللازمة لتنفيذ الأشغال، وكل الأعمال المتعلقة بعملية صيانة العقارات .

3-يتعين أن يكون الهدف من إبرام هذا العقد تحقيق منفعة عامة :ولا يشترط أن تتم هذه الأشغال على مال عام، أو عقار مخصص لمرفق عام ولهذا فإن من المتصور أن تكون الأشغال لحساب شخص عام وتتعلق بعقار الملتزم في حالة عقد التزام المرفق العام، ألن الغاية منها هي تحقيق مصلحة المرفق التي تحقق النفع العام في نهاية المطاف.

فمحل عقد الأشغال العامة يكون دائما عقارا، سواء كان عقارا بطبيعته أو عقارا التخصيص، و يستوي بعد ذلك أن يكون القصد من العقد إنشاء أو ترميم هذا العقار غير أن القضاء الإداري الفرنسي توسع في مفهوم الأشغال العامة و أدخل فيها كافة الأعمال المتعلقة

[1] – سليمان الطماوي، **المرجع السابق**، ص106.

بصيانة العقارات العامة و أيضا إذا تعّلق العقد بنقل المواد اللازمة لتنفيذ هذه الأعمال. [1]

ومنه فإن عقد الأشغال العامة متصل اتصالا وثيقا بالعقارات حيث بموجبه يلتزم ومنه فإن عقد الأشغال العامة متصل اتصالا وثيقا بالعقارات حيث بموجبه يلتزم. ونجد أن مجلس الدولة الفرنسي قد جعل من غاية المصلحة العامة معيارا مميزا لعقد الأشغال العامة وأساسا للعقد الإداري بصفة عامة، بغض النظر عما اذا كان العقار من المال العام أومن المال الخاص.

الفرع الثالث: سلطات الإدارة في عقد الأشغال العامة:

يرتب عقد الأشغال العمامة اثأرا بالنسبة للإدارة بحيث تتمتع بسلطات كبيرة جدا اتجاه المتعاقد معها تتعلق الأولى بسلطة الإدارة في الرقابة والتوجيه والثانية بسلطتها في تعديل بنود العقد.

أولا: سلطة الرقابة والتوجيه:

تعتبر الإدارة في عقد الأشغال العامة هي صاحبة المشروع ويعتبر الطرف المتعاقد معها هو المنفذ للمشروع فمن الطبيعي أن تراقب الإدارة عملية تنفيذ المشروع من أجل التأكد من مطابقة التنفيذ بالشكل المتفق عليه ,سواء كانت توجيهات الإدارة على شكل قرارات إدارية فيلتزم المتعاقد معها على تنفيذها و في حالة مخالفته يحق للمصلحة المتعاقدة توقيع الجزاء ولكن سلطتها في تنفيذ القرارات ليست مطلقة بحيث يحق للطرف المتعاقد معها الطعن في قراراتها أمام القضاء في حالة تضرره منها والمطالبة بالتعويض في حالة الضرر[2].

[1] – عبد العزيز عبد المنعم خليفة،**الأسس العامة للعقود الإدارية**،دار الكتب القانونية،القاهرة،2005،ص38.

[2] – عبد العزيز عبد المنعم خليفة،**الأسس العامة للعقود الإدارية،الإبرام،التنفيذ،المنازعات،منشأة المعارف**،الإسكندرية،2003،ص70.

ويكون للإدارة في حالة إخلال الطرف المتعاقد معها بالتزاماته في عقد الأشغال العامة في حالة ارتكابه للمخالفات الحق للإدارة في توجيه إنذارات لتصحيح تلك المخالفات وتداركها وفي حالة عدم تداركها جاز للمصلحة المتعاقدة فسخ العقد بإرادتها المنفردة. [1]

كما يحق لها أيضا خصم مستحقاتها التي ت رتبت على تنفيذ العقد على حساب الطرف المتعاقد مع الإدارة.

ثانيا: سلطة تعديل بنود العقد :يحتوي عقد الأشغال العامة كغيره من العقود الأخرى نوعين من الأحكام تتعلق الأولى بالأحكام والشروط التنظيمية والتي تعنى بطريقة تنفيذ العقد من حيث ظروف العمل والمدة اللازمة لإنجازه، أما الثانية فهي تتعلق بالشروط التعاقدية ومن أهمها الاتفاق على السعر أو المقابل المادي الذي سيتقاضاه المقاول لقاء تنفيذه للأشغال المتفق عليها .وعليه فإذا كان للإدارة الحق وسلطة تعديل الشروط التنظيمية بإرادتها المنفردة فانه لا يجوز أن تقوم الإدارة بتعديل الشروط المالية إلا بموافقة الطرف المتعاقد معها .باعتبار أن تعديل الشروط التنظيمية لا يخل بتوازن العقد وال يرتب أضرار بعكس الشروط التعاقدية التي تخل بالتوازن المالي للعقد مما يؤدي إلى استحالة تنفيذه .والجدير بالذكر أن الإدارة حتى وان كان لها حق أو سلطة تعديل الشروط التنظيمية بإرادتها المنفردة، فان سلطتها غير مطلقة، كما لا يجوز أيضا لإدارة المبالغة في تعديل الشروط التنظيمية والتعسف في استعمال سلطتها وحقها في التعديل بغرض الإضرار بالطرف المتعاقد معها أو إجراء تعديلات تخرج عن مضمون العقد الأصلي بصورة صارخة مما يؤدي إلى المساس بجوهر العقد .وفي المقابل يمكن للمتعاقد مع الإدارة آن يطلب تعويضا عن الأضرار التي قد تلحق به جراء التعديلات التي أجرتها الإدارة على

[1] – خالد الجيلالي،**المرجع السابق**،ص97.

البنود التعاقدية قصد إعادة التوازن المالي للعقد سواء عن طريق الطعن الإداري أو الطعن القضائي كما يحق له طلب فسخ العقد .

المطلب الثالث: عقـــود التوريد العامـــة:

من أهم المعايير المميزة لعقد التوريد، من حيث كونه عقد إداريا ال عقدا مدنيا ما يأتي :

-اتصال العقد بمرفق العام .

- استهدافه تحقيق مصلحة عامة .

- محل عقد التوريد أشياء منقولة .

- يرتبط أداء الثمن في عقد التوريد بقرار لجنة فحص الأصناف الموردة أو نتيجة الفحص الفني لتلك الأصناف، حيث يتعين أداء الثمن فور صدور قرار لجنة الفحص الفني أو ورود نتيجة هذا الفحص وبما لا يجاوز خمسة عشر يوم عمل تكتسب من تاريخ اعتماد قرار اللجنة.

شروط استثنائية غير مألوفة وفي الحالات التي ينص فيها العقد على تسديد الثمن مقابل استلام الأصناف، فإنه يجب على الجهة الإدارية اتخاذ ما يلزم نحو إجراء فحص الأصناف والتحقق من مطابقتها للمواصفات المتعاقد على أساسها وذلك قبل الاستلام وسداد الثمن .وعقد التوريد ليس عقدا إداريا على إطلاقه، فهو لا يعتبر كذلك إلا إذا صدفت فيه الشروط المميزة للعقود الإدارية بوجه عام، أي أن يكون العقد محتويا على شروط استثنائية غير مألوفة في نطاق القانون الخاص ومفاد عقد التوريد هو عقد بمقتضاه يتفق الشخص المعنوي العام مع فرد أو شركة يلتزم بموجبه الفرد أو الشركة بتوريد منقولات لحساب الشخص المعنوي العام خدمة للمرفق العام وتحقيقا للمصلحة العامة. وأن عقد التوريد قد يبرم بين شخص معنوي عام وفرد عادي، أو

شركة، أو بين أشخاص القانون العام، بيد أنه لا يعتبر عقد التوريد الاتفاقات على توريد بعض المواد بين جهتين تابعتين لنفس الشخص المعنوي.

الفرع الأول: تعريف عقود التوريد العامة

عرفت محكمة القضاء الإداري المصري عقد التوريد بأنه «اتفاق بين شخص معنوي من أشخاص القانون العام وفرد أو شركة يتعهد بمقتضاه الفرد أو الشركة بتوريد منقولات معينة للشخص المعنوي لازمة لمرفق عام مقابل ثمن معين».

ويعرف عقد التوريد بأنه اتفاق بين شخص من أشخاص القانون العام مع أحد أشخاص القانون الخاص المورد سواء كان فرد أو شركة يتعهد بمقتضاه هذا الأخير بتوريد منقولات لصالح الشخص العام لازمة لمرفق عام مقابل ثمن. [1]

إن عقد التوريد الإداري هو اتفاق بين شخص من أشخاص القانون العام و فرد أو شركة، يتعهد بمقتضاه الفرد أو الشركة بتوريد منقولات معينة للشخص المعنوي العام لازمة لمرفق عام مقابل ثمن معين، و هو يختلف عن الاستيلاء في أن المورد في العقد الإداري يسلم المنقولات المتعاقد عليها برضائه دون أن يكون مضطرا إلى ذلك بينما في الاستيلاء يكون بمقتضى قرار إداري بأن يسّلم المورد المنقولات المطلوبة بهذا القرار جبرا.

فرع ثاني: خصائص عقود التوريد العامة:

يتميز عقد التوريد بعدة خصائص تميزه عن غيره من العقود الأخرى وتتمثل أساسا في:

أولا: ارتباط محل التوريد على المنقولات: و من خلال هذا التعريف يتضح أن موضوع عقد

[1] – خالد الجيلالي،**المرجع السابق**،ص105.

التوريد هو دائما أشياء منقولة[1].

إذا كان محل الالتزام في عقود الأشغال العامة يرتبط في أصله بالعقار محل أشغال البناء أو الترميم أو إعادة التهيئة فإن موضوع عقود التوريد العامة يرتبط أساسا بالمنقول لا العقار باعتبار أن عقد التوريد يقوم على تقديم أو توريد منقولات لصالح الإدارة أو المصلح ة المتعاقدة.

ثانيا: ارتباط محل عقد التوريد بالشخص المعنوي العام:

ككل العقود الأخرى يعتبر ارتباط محل عقد التوريد مع أحد أشخاص القانون العام عنصرا رئيسيا حتى يوصف العقد بأنه عقد إداري وبالتالي يمكن تمييزه عن باقي العقد الأخرى التي تبرم بين أشخاص القانون الخاص.

ثالثا: الغرض من إبرام عقد التوريد العام هو تحقيق المصلحة العامة:

تعتبر المصلحة العامة عنصرا رئيسيا في كل العقود الإدارية حيث تلغى صفة العقد الإداري عن أي تصرف تقوم به المصلحة المتعاقدة لخدمة أي غرض يخرج عن نطاق المصلحة العامة مهما كان هدفه أو الأسباب التي دفعت هذه الأخيرة لإبرامه.

فرع ثالث: سلطات الإدارة المتعاقدة في عقود التوريد العامة:

خلافا لبعض العقود الإدارية التي تكون سلطات الإدارة فيها واسعة على غرار عقد الأشغال العمومية إلا انه في عقد التوريد ال تكون لها مثل هده السلطات إلا اذا نص العقد على خلاف ذالك إلا في الحالة التي يقوم فيها المورد بتصنيع المنتجات الموردة إلى المصلحة المتعاقدة فهنا يكون للإدارة حق الرقابة والتوجيه .وكذلك يمكن للإدارة فرض غرامات مالية

[1] – مازن ليلو راضي،**المرجع السابق**،ص65

وجزاءات في حالة التأخر المورد في تسليم الأشياء المتفق عليها في الآجال المحددة أو ان الأشياء الموردة غير مطابقة للمعايير المتفق عليها جاز للمصلحة المتعاقدة اقتناء هده الأشياء على حساب الطرف المتعاقد معها أو فسخ العقد إذا ما قدرت أن في ذلك تحقيق للمصلحة العامة مع احتفاظ الطرف المتعاقد معها بحقه في التعويض في الحالات التي تسبب أضرار من طرف المصلحة المتعاقدة

المطلب الرابع: العقود الإدارية الحديثـــة [1]

عرفت العقود الإدارية في الآونة الأخيرة أشكالا جديدة لتأخذ صور عقود مركبة لا تنتهي بإنجاز وتشييد كما هو الحال بالنسبة لعقود الأشغال العامة بل ينطوي العقد الواحد على أكثر من وظيفة واحدة كالبناء وتحويل مرفق عام وهو ما يعرف بعقود B.O. T.[2]

ويقصد بمشروعات البوت تلك التي تعهد بها الحكومة إلى إحدى الشركات وطنية كانت أو أجنبية سواء كانت من القطاع العام أو الخاص لإنشاء مرافق عامة على حسابها وتشغيله لحسابها مدة من الزمن ثم نقل ملكيته إلى الدولة أو الجهة الإدارية[3].

وهناك اتجاه أخر يعرفها بأنها نظام تمويل مشروعات البنية الأساسية حيث تعهد الدولة إلى شخص من أشخاص القانون الخاص بموجب اتفاق تلتزم الشركة بمقتضاه بتصميم وبناء

[1] – حسان نوفل،**التحكيم في منازعات العقود الإدارية**,دار هومة للطباعة،الجزائر ،2017،ص 53 .

[2] – اصطلاح البوت:B.O.Tهو اختصار لكلمات انجليزية ثلاث: ومعناها البناء B= BUILD ، O =OPERATE ومعناها التشغيل ، T=TRANSFERTنقل الملكية.

[3] – نصار جاد جابر ،**العقود الإدارية**،ط3،دار النهضة العربية،ص86.

مرافق ذات الطابع الاقتصادي،ويرخص للشركة بتملك أصول الفروع من مرافق البنية الأساسية [1] وتشغيله بنفسها أو عن طريق الغير ويكون العائد من تشغيل تلك المرافق لها ما يمكنها من استرجاع تكلفة التشييد وتحقيق أرباح خلال فترة الترخيص وتلتزم الشركة بنقل ملكية أصول المشروع لا الحكومة عند انتهاء فترة الترخيص.

الفرع الأول: عقد البناء والتشغيل والتحويل: B.O.T

وفي هذا النوع من العقد B.O.T تتولى شركة القطاع الخاص تمويل وتشييد المرفق لجهة حكومية تملكه من البداية, ثم تقوم الشركة الخاصة بتشغيله على أساس تجاري لفترة معينة ويحصل في المقابل على عائد يتفق عليه ثم تحول أصوله إلى الجهة المالكة

الفرع الثاني: عقد البناء و التملك و التشغيل نقل الملكية:

وفي هذا النوع من العقد: B.O.O.T تقوم الدولة بمنح احد الأشخاص الخاصة ترخيصا لإقامة مرفق عام وتملك أصوله وتشغيله وصيانته ويتحمل المستثمر كافة المخاطر التجارية للمشروع طوال فترة الترخيص والتي يقوم خلالها بتحصيل مقابل تقديم الخدمة لسداد ما أنفقه على المشروع ولتحقيق هامش ربح مقبول، وعند نهاية مدة الترخيص يلتزم المستثمر بنقل ملكية أصول المشروع إلى الدولة[2].

الفرع الثالث: عقد الإيجار و نقل الملكيةB.L.T

[1] – مشروعات البنية الأساسية هي تلك المشروعات المتعلقة بالمرافق العامة الأساسية والتي كانت تضطلع الدولة بالقيام بها أساسا كالمطارات،الطرق،محطات الكهرباء،السكك الحديدية...الخ.

[2] – مشاريع B.O.O.T ومعناهاB= BUILD وتعني البناء، O = OWN وتعني التملك، O = OPERATEوتعني التشغيل، T=TRANSFERTوتعني نقل الملكية

وفي هذا النوع من العقدB.L.T [1]تقوم الشركة ببناء المشروع وتملكه مدة العقد ثم تؤجره الى الجهة الحكومية التي تقوم إما بتشغيله بنفسها أو عن طريق آخرين[2].

الفرع الرابع: عقد الإيجار والتجديد و التشغيل و نقل الملكية: L.R.O.T

وفي هذا النوع من العقد [3] L.R.O.T تقوم الشركة باستئجار مشروع قائم من الجهة الحكومية تم تجدده وتحدثه وتشغله فترة العقد ثم تعيده مرة أخرى إلى الجهة الإدارية.

ويتضح أن هده الصور تجمع بين عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية فضال عن عقود الخدمات والإدارة والتأجير، وهي تقوم مجملها على فكرة أساسية وهي أن يتحمل القطاع الخاص عبئ التمويل والإنشاء والتجديد والتشغيل للمرافق العامة ثم إعادة ملكيتها للدولة.

[1] – مشاريعB.L.T ومعناهاB= BUILD وتعني البناء ،L = LEASE وتعني الإيجار،T=TRANSFERT وتعني نقل الملكية.

[2] – نصار جاد جابر, **المرجع السابق**, ص 95.

[3] – اختصار لجملة: LEASE RENWAL OPERATE TRANSFERT.

الفصـــــل الثاني:

سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات التعاقدية

المبحث الأول: مفهوم سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات في العقد الإداري

تعد الجزاءات في مجال تنفيذ العقود الإدارية كإحدى امتيازات السلطة العامة التي تمتلكها الإدارة المتعاقدة باعتبارها القوامة على حسن تنفيذ عقودها الإدارية المتصلة بسير المرافق العامة بانتظام واطراد والتي فرضتها مجريات مسار العلاقة التعاقدية نتيجة وقوع خطأ عقدي ويقصد به ذلك الخطأ الناتج عن عدم قيام المدين بتنفيذ التزاماته الناشئة عن العقد أيا كان السبب في ذلك أن يكون عدم التنفيذ ناشئا من عدمه أو اهماله عن فعله دون عمد أو اهمال[1]، وهذا الخطأ الذي يكون في الغالب من جانب المتعاقد في أثناء مرحلة تنفيذ العقد مما يترتب عنه المساس باستمرارية المرفق العام المتصل بموضوع العقد .

لذلك يقتضي منا الأمر الإلمام بموضوع الجزاءات في مجال تنفيذ العقود الإدارية ضرورة تناول تعريف سلطة الجزاءات الإدارية (المطلب الأول)، ومن ثم التطرق إلى أنواع الجزاءات الإدارية (المطلب الثاني)، وبعد ذلك التطرق للأساس القانوني لسلطة توقيع الجزاءات (المطلب الثالث).

المطلب الأول: تعريف سلطة الجزاءات الإدارية

أدى فقه القانون العام دورا كبيرا في تحليل ودراسة مسلك القضاء الإداري بهذا الخصوص واستخلاص القواعد التي تحكم هذه السلطة والتركيز على الآراء والتحاليل والأفكار ذات الطابع القانوني التي تساعد على فهم مضمون هذا الامتياز السلطوي، لذا نرى أن معالجة ذلك لا تكون

[1] – جمال عباس أحمد عثمان،**النظرية العامة في تطبيقها في مجال إلغاء العقود الإدارية في الفقه وقضاء مجلس الدولة**، المكتب العربي الحديث، سنة 2007، ص 630.

مناسبة إلا بالتطرق إلى المعنى العام للجزاء (الفرع الأول)، ثم التطرق إلى تحديد معنى الجزاء في مجال تنفيذ العقود الإدارية وتكييفه القانوني (الفرع الثاني).

الفرع الأول: المعنى العام للجزاء

الجزاء لغة مصدره الفعل جزى، والذي معناه: مكافأة، عقاب، عقوبة[1].

أما في الاصطلاح الفقهي القانوني فيقصد بالجزاء:" ذلك الأثر الذي يترتب وفقا للقانون على مخالفة القاعدة القانونية من خلال اتخاذ الدولة ممثلة في سلطاتها المختلفة كافة الوسائل في الاجراءات لضمان نفاذ القاعدة القانونية وفعاليتها سواء كان ذلك عن طريق منع وقوع المخالفة أو عن طريق معالة الوضع الذي أدت إليه المخالفة أو عن طريق ردع من قام بالمخالفة[2] ". ومعنى ذلك إنه إذا خالفها أي شخص تحرك عناصر الجزاء ليترتب أثره وفي نفس الوقت تبرز مكانة القاعدة القانونية ودرجة الزامها. [3]

فالجزاء بهذا المعنى هو ركن القاعدة القانونية وعنصر من العناصر المكونة لها بحيث لا يمكن فصل أحدهما عن الآخر.[4]

وعلى هذا الأساس وصف الجزاء بأنه بمثابة الركن الجوهري للقاعدة القانونية وبدونه تصبح القاعدة القانونية مجرد أحرف ميتة لا وجود لها من الناحية العلمية[5].

---

[1] – **المنجد في الوسيط في العربية المعاصرة**، الطبعة الأولى، دار المشرق، بيروت، لبنان، 2003 ،ص 169.

[2] – أحمد محمد الرفاعي، **المدخل للعلوم القانونية (نظرية القانون)**، كلية الحقوق، جامعة نبها، السعودية، سنة 2007 ،ص 32.

[3] – عمار بوضياف، **المدخل للعلوم القانونية (النظرية العامة للقانون وتطبيقاتها في التشريع الجزائري)**، الطبعة الثالثة، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2007 ،ص 27.

[4] – على فيلالي، **مقدمة في القانون**، مرقم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2005،ص30.

[5] – عمار بوضياف، المرجع نفسه، ص 27.

الفرع الثاني: معنى الجزاء في مجال تنفيذ العقود الإدارية وتكييفه القانوني

أولا/المقصود بالجزاءات في مجال تنفيذ العقود الإدارية :يقصد بالجزاءات في مجال تنفيذ العقود الإدارية:" تلك الجزاءات التي تفرضها جهة إدارية مخولة بموجب القانون، على المتعاقد معها في حالة إخلاله بتنفيذ شروط العقد الإداري [1]. "

كما يقصد بالجزاءات في مجال تنفيذ العقود الإدارية، بمعنى أدق وأوسع:" تلك الامتيازات التي تسمح للإدارة المتعاقدة وهي بصدد تنفيذ عقودها الإدارية بتوقيع مختلف الجزاءات التعاقدية وغير التقاعدية مهما كانت طبيعتها وذلك لمواجهة إخلال المتعاقد معها بالتزاماته التعاقدية أو قصر في تنفيذها على أي وجه من أوجه الإخلال بعد اعذاره. [2]

وبناءا على ذلك، فإن حق الإدارة في مباشرة سلطتها في توقيع الجزاءات على المتعاقد معها في حالة إخلاله بتنفيذ التزاماته التعاقدية ليس بهدف تعجيزه أو إعادة التوازن للالتزامات المتبادلة بينهما وإنما بهدف ضمان سير المرفق العام بانتظام واطراد واستبعاد الإخلال بالتنفيذ مهما كانت صورته بالدرجة الأولى[3].

ثانيا/التكييف القانوني للجزاءات في مجال تنفيذ العقود الإدارية :يقصد بالتكييف القانوني للجزاءات في مجال تنفيذ العقود الإدارية تحديد الوصف الذي تأخذه الجزاءات حينما تفرضها الإدارة على المتعاقد معها عند إخلاله بتنفيذ التزاماته التعاقدية حيث انقسم الفقه الإداري إلى عدة أراء منها رأي يكيفها على أنها تعويض من المتعاقد للإدارة المتعاقدة (أ)، وآخر يكيفها على أنها

[1] –محمد حسن مرعي الجبوري، **سلطة الإدارة في فرض الجزاءات الجنائية والمالية في العقود الإدارية، دار الجامعة** الجديدة ، الاسكندرية، مصر، 2014 ،ص 43.

[2] – سعيد عبد الرزاق باخبير، **سلطة الإدارة الجزائية أثناء تنفيذ العقد الإداري**، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، سنة 2008 ، ص 41.

[3] – سعيد عبد الرزاق باخبير، **نفس المرجع** ، ص 42.

عقوبة من الإدارة على المتعاقد معها (ب)، ورأي آخر يكيفها على أنها إجراء يقصد منه إجبار المتعاقد على تنفيذ التزاماته (ج).

أ-الرأي الأول: الجزاءات في مجال تنفيذ العقود الإدارية تعويض من المتعاقد للإدارة :

وفقا لهذا الرأي تعد الجزاءات التي تفرضها الإدارة، وهي بصدد تنفيذها لعقودها الإدارية بمثابة تعويض جزائي لها، وذلك نتيجة الأضرار التي تحملتها من جراء إخلال المتعاقد معها في تنفيذ التزاماته التعاقدية. [1]

ويجد هذا الرأي أساسه فيما أبداه القضاء المصري بقوله: " إن غرامة التأخير التي تتضمنها العقود الإدارية هي وفقا للتكييف القانوني الصحيح صورة من صور التعويض الاتفاقي يرتضيه الطرفان سلفا نظير الضرر الناشئ". [2]

وفقا لهذا الرأي كل خطأ سواء كانت نتيجة لإخلال بالتزام تعاقدي أو نتيجة لإخلال بالتزام

فرضه القانون سبب ضررا لغيره يلزم من ارتكبه بالتعويض[3] حسب المادة 124 من القانون المدني الجزائري إلا أن التكييف القانوني الذي جاء هذا الرأي غير مؤسس ذلك للسبب التالي : حيث أن الجزاءات التي تفرضها الإدارة في مجال تنفيذ عقودها الإدارية ليست تعويضا ذي طابع مالي فقط، بل تتخذ الجزاءات في مجال تنفيذ العقود الإدارية صورا وأنواعا عديدة منها، ما هي

[1] – محمد حسن مرعي الجبوري، **المرجع السابق**، ص 45.

[2] – فتوى مجلس الدولة المصري الصادر بتاريخ: 1959/05/10 ،مقتبسة عن مرجع حسن مرعي الجبوري، **المرجع نفسه**، ص 45.

[3] – رشا محمد جعفر الهاشمي، **الرقابة القضائية على سلطة الإدارة في فرض الجزاءات على المتعاقد (دراسة مقارنة)**، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2010 ،ص 46.

ذي طبيعة مالية، ومنها ما هي ذي طبيعة غير مالية[1]،كما سيتم التعرض لذلك لاحقا عند التطرق لأنواع الجزاءات الإدارية في مجال تنفيذ العقود الإدارية.

ب – الرأي الثاني: الجزاءات في مجال تنفيذ العقود الإدارية عقوبة من الإدارة المتعاقدة على المتعاقد معها :وفقا لهذا الرأي تعد الجزاءات في مجال تنفيذ العقود الإدارية عقوبة تفرضها الإدارة على المتعاقد معها لأن إخلال المتعاقد في تنفيذ التزاماته التعاقدية يقضي توقيع الجزاءات عليه من قبل الإدارة المتعاقدة معه بهدف ردعه واجباره، مما يدفعه ذلك إلى تنفيذ ما أخل به من التزاماته المفروضة عليه بموجب العقد الإداري الذي يربط بينهما[2].

كما أنه وفقا لهذا الرأي يتبين الفرق الجوهري بين الجزاءات التي تفرض في مجال العقود الإدارية والجزاءات التي تفرض في مجال العقود المدنية، فينما تهدف هذه الأخيرة إلى إصلاح المخالفات التي تحدث أثناء مرحلة التنفيذ من خلال تعويض الطرف المتعاقد عن الأضرار التي لحقته بما يعيد التوازن إلى الالتزامات بين طرفي العقد وبالتالي فإنه لا يوجد من وراء ذلك معنى العقوبة، وهذا على خلاف الجزاء الذي تستطيع الإدارة توقيعه على المتعاقد معها عند إخلاله بتنفيذ التزاماته التعاقدية، فإنه بالإضافة إلى أن الجزاء يستهدف معنى العقوبة فإنه يعد كضمانة لدوام استمرارية المرافق العامة بانتظام واطراد وها ما يجعل من الجزاءات في مجال تنفيذ العقوبة الإدارية بمثابة آليات هدفها الأساسي و العمل على ضمان تنفيذ مضمون ومحتوى العقد الإداري مما يعطي للإدارة الحق في استعمال سلطتها في توقيع الجزاءات المناسبة على المتعاقد معها عند اخلاله بتنفيذ التزاماته التعاقدية[3].

---

[1] – محمد حسن مرعي الجبوري، **المرجع السابق**، ص 46.

[2] – محمد حسن مرعي الجبوري، **نفس المرجع**، ص 46-47.

[3] – رشا محمد جعفر الهاشمي، **المرجع السابق**، ص 36-37-38.

ويجد هذا الرأي سنده فيما أكده القضاء الإداري المصري بقوله: أن كل إخلال من جانب المتعاقد مع الإدارة لا يقتصر على أن يكون اخلال بالتزام تعاقدي فحسب..... يوجب أن تكون الجزاءات سلطة توقيع الغرامة عند التأخير في التنفيذ ثم سلة معنى العقوبة.....

وهذه هي العلة في انطواء مثل هذه الجزاءات في الواقع على معنى العقوبة بل هي في الواقع عقوبة يجري توقيعها على المتعهد (المتعاقد) المتخلف بمجرد قيام سببها..... [1]

غير أن التكييف القانوني وفقا لهذا الرأي هو الآخر غير سديد وذلك على أساس أن التسليم بالقول أن الجزاءات في مجال تنفيذ العقود الإدارية هي عقوبة للمتعاقد يعني ذلك خضوعها لذات المبادئ التي تخضع لها الجزاءات الرادعة سواء من حيث مشروعيتها الموضوعية أو الجزائية[2].

ج- الرأي الثالث: الجزاءات في مجال تنفيذ العقود الإدارية إجراء يقصد منه إجبار المتعاقد مع الإدارة تنفيذ التزامات التعاقدية: وفقا لهذا الرأي تعد الجزاءات التي تفرضها الإدارة على المتعاقد معها عند اخلاله بتنفيذ التزاماته التعاقدية المنصوص عليها بموجب عقد من العقود الإدارية بمثابة إجراء يحمل بين طياته وسيلة لحمل المتعاقد واجباره على تنفيذ ما أخل به من التزاماته التعاقدية بما يكفل ضمان دوام استمرارية المرفق العام وذلك بشكل يجعله دائما يؤدي وظيفته في انتظام واطراد وعلى الوجه المطلوب، وذلك نظرا للعلاقة الوثيقة والمباشرة التي تربط تنفيذ العقود الإدارية بالمرافق العامة التي تدار بواسطتها[3] .

وكما و معلوم أن الإدارة هي المسؤولة أساسا عن إدارة المرافق العامة والإشراف عليها من حيث تنظيمها وتسييرها، بحيث كان من الواجب تمتعها بسلطة توقيع الجزاءات في مجال تنفيذها

[1] - سليمان محمد الطماوي،**المرجع السابق**،ص475-476.

[2] - محمد حسن مرعى الجبوري،**المرجع السابق**،ص48.

[3] - محمد حسن مرعى الجبوري،**نفس المرجع**،ص49.

لعقودها الإدارية من أجل إجبار المتعاقد معها وحمله على تنفيذ التزاماته التعاقدية على وجه أفضل[1].

ويجد هذا الرأي سنده القانوني فيما صدر عن القضاء المصري بقوله:..... أن الشراء على حساب المتعاقد المقصر وسيلة من وسائل الضغط التي تستخدمها الإدارة لإرغام المتعاقد معها على تنفيذ العقد على أكمل وجه، وهو جزاء من الجزاءات التي تملك الإدارة توقيعه على المتعاقد معها، والتي جرى العرف الإداري على اشتراطا في العقود الإدارية [2].

وبالتالي فإنه وفقا لما سبق تناوله من الآراء، فإن الفقه الإداري يرجح الاتجاه الأخير لكونه يجسد التكييف القانوني السليم للجزاءات في مجال تنفي العقود الإدارية[3] .

المطلب الثاني: أنواع الجزاءات الإدارية:

تمتلك الإدارة المتعاقدة باعتبارها سلطة عامة توقيع عدة جزاءات على المتعاقد معها إذا ثبت إهماله أو تقصيره في تنفيذ أحكام العقد أو عدم مراعاته آجال التنفيذ، أو لم يحترم شروط التعاقد أو التنازل عن التنفيذ لشخص آخر وغيرها من صور الإخلال المختلفة. [4]

ومن هذا المنطلق تأخذ الجزاءات الإدارية التي توقعها المصلحة المتعاقدة على المتعاقد المخل بالتزامات عدة صور وأشكال، ويمكن تصنيف هذه الجزاءات إلى جزاءات مالية (الفرع الأول) وجزاءات ضاغطة (الفرع الثاني).

---

[1] – رشا محمد جعفر الهاشمي،**المرجع السابق**،ص39.

[2] –سليمان محمد الطماوي،**المرجع السابق**،ص477.

[3] –محمد حسن مرعي الجبوري،**نفس المرجع**،ص48.

[4] –عمار بوضياف، **المرجع السابق**،ص128.

الفرع الأول: الجزاءات المالية

للإدارة الحق أثناء تنفيذ عقودها الإدارية، توقيع عدة جزاءات مالية على المتعاقد في حالة إحلاله بتنفيذ التزاماته التعاقدية ومن بين هذه الجزاءات مايلي:

أولا/ الغرامة التأخيرية

أ- **تعريفها:** عرفها الدكتور سليمان محمد الطماوي بأنها:" عبارة عن مبالغ إجمالية تقدرها الإدارة المتعاقد مقدما وتنص على توقيعها متى أدخل المتعاقد معها بالتزام معين لاسيما فيما يتعلق بالتأخير في التنفيذ [1].

ما يلاحظ من خلال هذه التعريف وبحسب ما تشير إليه تسمية هذا الجزاء، فإن الغرامة التأخيرية تفرضها الإدارة على المتعاقد في حالة وقوع تأخير من جانبه في تنفيذ التزلماته التعاقدية، ومن ذلك على سبيل المثال تأخر المتعاقد في انجاز الأشغال محل التعاقد في الأجل المتفق عليه بالنسبة لعقد الأشغال العامة أو تأخيره في تسليم التوريدات في أجلها المتفق عليه بالنسبة لعقد التوريد[2].

ومن جهة أخرى يوجد من الفقهاء من وسع في حالات فرضها لتشمل أيضا حالة التنفيذ المعيب أو غير المطابق للعقد الإداري، وذلك بشكل لا ينسجم مع الشروط المتفق عليها من حيث مواصفات وكيفيات التنفيذ. [3]

---

[1] -سليمان محمد الطماوي،**المرجع السابق**،ص490.

[2] -محمد حسن مرعي الجبوري،**المرجع السابق**،ص116.

[3] -محمد خلف الجبوري،**المرجع السابق**،ص135.

وهو ما نلمس تكرسه من قبل المشرع الجزائري بقوله: يمكن أن ينجز عن عدم تنفيذ الالتزامات التعاقدية في الآجال المقررة تنفيذا غير المطابق، فرض عقوبات مالية .....}.

ويرجع أساس فرض الغرامة التأخيرية إلى أن الإدارة عندما تتعاقد تضع بعين الاعتبار العنصر الزمني، الذي ينبغي على المتعاقد خلاله تنفيذ العقد الإداري، والذي يكون حسب حاجة المرفق العام له خاصة وأن هذه المدة الزمنية هي أصلا من اقتراح المتعاقد مع الإدارة، لأنه حينما أقبل على إيداع ملف المناقصة قد تعهد باحترام المدة المتفق عليها، ومن هذا المنطلق وجب على الإدارة فرض جزاء مالي في شكل غرامة تأخيرية على كل متعاقد معها ثبت إخلاله بالمدة المقررة لتنفي العقد الإداري[1].

- **2 خصائص الغرامة التأخيرية** :تتميز الغرامة التأخيرية بالعديد من الخصائص التي تميزها عن الجزاءات الإدارية الأخرى، فهي تحدد مسبقا، وذات طبيعة عقابية، كما أنها توقع إداريا، فضلا عن كونها توقع تلقائيا .وسنبين ذلك على النحو التالي:

أ -**الغرامة التأخيرية تحدد مسبقا** :يمكن القول أن الغرامة التأخيرية لها ميزة الطبيعة الاتفاقية، أي أنها تحدد مقدما في العقد أو القانون ،وهذا ما تحرص عليه في الغالب بالنص في العقود الإدارية التي تبرمها ودفاتر شروطها على اشتراط توقيعها للغرامة التأخيرية على المتعاقد معها، وذلك كجزاء في حالة وقوع تأخير من جانب المتعاقد في انجاز موضوع العقد في الآجال المنصوص عليه في العقد المبرم.[2] كما جاء المشرع الجزائري صريحا في هذا الصدد بقوله:

[1] -عمار بوضياف،**المرجع السابق**،ص153.

[2] -عبد القادر رحال، **سلطة المتعامل العمومي في توقيع الجزاءات على المقاول المتعاقد معه في القانون الجزائري** (دراسة مقارنة)، مذكرة ماجستير في القانون العام (إدارة ومالية)، معهد العلوم القانونية والإدارية، جامعة تيزي وزو، 1989-1990 ، ص 36.

تقتطع العقوبات المالية التعاقدية المطبقة على المتعاملين المتعاقدين، بموجب بنود الصفقة من الدفعات التي تتم حسب الشروط والكيفيات المنصوص عليها في الصفقة.

وفي الجهة المقابلة لا يمكن للمتعاقد أن يتفادى فرض الغرامة المالية التأخيرية من جانب الإدارة المتعاقدة، بحجة أنه مبالغ فيها وأن تأخيره في التنفيذ في الأجل المحدد لم يترتب عنه وقوع ضرر لها أو أن الضرر غير كبير ولا يتناسب مع قيمة الغرامة، فالعبرة هنا ليست في وقوع الضرر بل في حصول التأخير[1].

ب – الغرامة التأخيرية ذات طبيعة عقابية :بمعنى أن الإدارة تفرض الغرامة التأخيرية على المتعاقد معها المتأخر في تنفيذ التزاماته دون الحجة لإثبات وقوع ضرر لها لأن هذا الضرر مفترض وقوعه بقرينة قاطعة غير قابلة لإثبات،العكس[2]. وذلك بمجرد وقوع التأخير أو التقصير في التنفيذ من جانب المتعاقد معها، على اعتبار أن الإدارة المتعاقدة عندما حددت أجلا لتنفيذ موضوع العقد، فإنها قد أخذت بعين الاعتبار في ذلك حاجات ومتطلبات تسيير المرفق العام التي تستوجب تنفيذها خلال هذا الأجل[3] .

كما أنه يجوز للإدارة المتعاقدة الجمع بين الغرامة التأخيرية والجزاءات الإدارية الأخرى إذا ما توفرت أسباب كل منهما، فيجوز لها مثلا أن تفرض على المتعاقد معها المخل بتنفيذ التزاماته جزاء الشراء على حسابه، فضلا عن توقيع الغرامة التأخيرية عليه. [4]

---

[1] –سليمان محمد الطماوي،**المرجع السابق**،ص493.

[2] –ربيحة سبكي، **سلات المصلحة المتعاقدة تجاه المتعامل المتعاقد معه في مجال الصفقات العمومية**، مذكرة ماجستير في القانون العام (فرع قانون الإجراءات الإدارية)، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو،الجزائر،2013/05/13،ص97.

[3] –سليمان محمد الطماوي،**نفس المرجع**،ص493.

[4] – حسن مرعي الجبوري،**المرجع السابق**،ص123.

ج- الغرامة توقع إداريا :إذا كانت الغرامة التأخيرية تعتبر كجزاء مالي لا يكفي مجرد النص عليها ليصبح استحقاقها أمر مقضيا تطالب به الإدارة المتعاقدة في أي وقت تشاء، بل أنها تفرض من جانب الإدارة المتعاقدة بإرادتها المنفردة، وذلك بموجب قرار إداري صادر عنا ودون أن تكون ملزمة باللجوء لاستصدار حكم قضائي يقضي بتوقيعها[1]، كما أنه يجب على المصلحة المتعاقدة أن تتأكد من تأخر المتعاقد معها بالفعل في تنفي التزاماته، لأنه لا يجوز فرض هذا الجزاء المالي على مجرد افتراضات أو قناعات غير مبررة وثابتة، وفي المقابل يحق للمتعاقد أن ينازع أمام القضاء في صحة الغرامة المفروضة عليه. [2]

د- الغرامة التأخيرية توقع تلقائيا :معنى ذلك أنها تستحق بمجرد وقوع التأخير من جانب المتعاقد في تنفيذ لالتزاماته في الآجال المحددة، ودون الحاجة إلى تنبيه أو اعذار[3].

مادام أن العقد الإداري قد تضمن أجلا محددا للتنفيذ ، ومن ثم فإن علم المتعاقد بها قائم لا محالة[4]،وهذا ما نلمس تكريسه من قبل المشرع الجزائري في المادة 36 من دفتر الشروط الإدارية العامة لسنة 1964 ،والتي تنص على أنه ": إذا وردت في عقد الصفقة نصوص تتضمن

---

[1] – محمد منصور ابراهيم العتوم،مقال:، **النظام القانوني لغرامة التأخير في العقود الإدارية (دراسة تحليلية مقارنة)**، مجلة الشريعة في القانون،كلية القانون جامعة الامارات العربية المتحدة، يناير 2013م، ص 350.

[2] – اسماعيل بحري،**المرجع السابق**،ص103.

[3] –نواف كنعان, **القانون الإداري, الكتاب الثاني(الوظيفة العامة– القرارات الإدارية– الأموال العامة)**، الطبعة الأولى, دار الثقافة للنشر والتوزيع, عمان , الأردن، سنة 2005،ص 360 .

[4] – تجدر الإشارة إلا أن من الفقهاء من يرى أنه يتعين على الإدارة أن تقوم بإعذار المتعاقد معها بتأخيره قبل فرض الغرامة التأخيرية عليه، لأن بإعذاره قد تجنب استمراره في التأخير، وهو الأمر المعمول به في التشريع الجزائري، والقانون الفرنسي، محمد فؤاد عبد الباسط، **القانون الإداري(تنظيم الإدارة– نشاط الإدارة– وسائل الإدارة)**، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، سنة 2006 ،ص 554-555 .

عقوبات (جزاءات) على التأخير، فيجري تطبيقها دون إنذار سابق، بعد التأكد العادي من تاريخ انقضاء الأجل التعاقدي في تاريخ استلام الأشغال المؤقت[1].

ثانيا: مصادرة التأمينات : تخضع العقود الإدارية في إبرامها لقاعدة مفادها لاعطاء بغير تأمين[2]

،وهو عند رسو العطاء عليه يصبح هذا التأمين بمثابة ضمان مالي نهائي[3] ليكفل للإدارة في مواجهة المتعاقد معها لدفعه بتنفيذ التزاماته، وذلك وفقا للشروط المنصوص عليها في العقد الإداري ودفتر الشروط الملحق به. وبالتالي فإن أي إخلال من جانبه سوف يدفع بالإدارة المتعاقدة الى مصادرة هذا التأمين، ونظرا لأهمية هذا الإجراء أي مصادرة التأمين كجزاء مالي يقتضي بيانه الوقوف بداية بتعريفه ثم التطرق إلى أهم خصائصه .

1-تعريف مصادرة التأمينات :يمكن تعريف التأمينات على أنها:" كفالة مالية تعتبر كضمان للإدارة وذلك حتى تتوقى بها أثار الأخطاء التي من شأنها أن يرتكبها المتعاقد معها في أثناء تنفيذ العقد الإداري ومدى تحمل قدرته على تحمل المسؤوليات الناتجة عن أخطائه التي يرتكبها. فمصادرة التأمينات كجزاء مالي يتمثل في استحواذ وحجر الإدارة المتعاقدة على ضده التأمينات، وذلك في حالة إخلال المتعاقد بتنفيذ التزاماته في أثناء التنفيذ، حيث تقوم المصلحة المتعاقدة

[1] – القرار المؤرخ في 1964/11/21م، المتضمن المصادقة على دفتر الشروط الإدارية العامة، المطبقة على صفقات الأشغال الخاصة بوزارة الأشغال العمومية والنقل، الجريدة الرسمية الجزائرية ، العدد06 ،الصادر بتاريخ 19 يناير 1965.

[2] –**وهو ما يعرف بالتأمين النهائي**: فهو ضمان للإدارة اتجاه المتعاقد معها من أجل تنفيذ ما التزم به العقد الإداري فهو نهائي لأن المتعاقد يلزم بعد رسو العطاء عليه، كضمان لحسن التنفيذ، محمد حسن مرعي الجبوري، **المرجع السابق**، ص 118 .

[3] – **وهو ما يعرف بالتأمين المؤقت**: والذي يكون في العادة نسبة محددة من قيمة العطاء في موضوع التعاقد وذلك لضمان جدية المتقدم بالعطاء ، فيصادر اذا سحب مقدم العطاء عطاءه قبل انتهاء فترة سريان العطاءات، أي اذا تخلف عن إيداع التأمين النهائي، محمد حسن مرعي الجبوري، **المرجع السابق**، ص 118

بمصادرة هذه التأمينات بإرادتها المنفردة، حتى ولو لم يترتب عن إخلاله وقوع ضرر لها ودون أن تكون هناك حاجة للجوء الى القضاء لاستصدار حكم يقضي بذلك .وفي هذا السياق نجد أن المشرع الجزائري قد ألزم المصلحة المتعاقدة على أن تحرص على ايجاد الضمانات الضرورية، سواء من الناحية التقنية أو المالية أو التجارية، والتي تضمن وجودها في وضعية مالية حسنة وبما يكفل لها حسن تنفيذ العقود الإدارية التي تبرمها .

وكل ذلك بهدف الوصول إلى نتيجة تتمثل في إبرام العقد مع متعاقد مأمون من جميع الجوانب، وحتى لا يتسبب في تأخيرها أو إنجازها بغير الكيفية المتعاقد عليها في مضمون الصفقة[1].

ولن يتأتى ذلك إلا بفرض ضمانات مالية تتراوح قيمتها ما بين 5 %و 10 %من القيمة الاجمالية للعقد. ومن هنا يبرز الفرق الجوهري بين جزاء مصادرة التأمينات وجزاء الغرامة التأخيرية من حيث غاية كل واحد منها، فإذا كان جزاء مصادرة التأمينات ينصب على محمل العقد في أنه يواجه مخاطر عدم تنفيذ المتعاقد لشروط العقد، في حين أن جزاء الغرامة التأخيرية ينصب على مدة التنفيذ أنه يواجه في الغالب مجرد التأخير في تنفيذ المتعاقد لالتزاماته في الأجال المتفق عليها[2].

2-خصائص مصادرة التأمينات :يتميز جزاء مصادرة التأمينات بمجموعة من الخصائص، من أبرزها كالأتي:

[1] -عمار بوضياف، **المرجع السابق**،ص222.

[2] -منصور نصري نابلسي،**المرجع السابق**،ص217.

أ/ إن حق الإدارة المتعاقدة في مصادرة التأمينات يتحقق بمجرد حدوث إخلال أو تقصير من جانب المتعاقد في تنفيذ التزاماته التعاقدية حتى ولو لم ينص على هذا الحق في العقد الإداري والا لما كان هناك محل أصلا لاشتراط إيداع هذا الضمان [1].

ب/ تباشر المصلحة المتعاقدة جزاء مصادرة التأمينات حتى لو لم يلحقها أي ضرر من جراء إخلال المتعاقد معها ودون أن تكون ملزمة بإثبات هذا الضرر[2].

ج/ يتطلب جزاء مصادرة التأمينات لتوقيعه ضرورة صدور قرار اداري من جانب المصلحة المتعاقدة، ودون أن تكون هناك حاجة لتقرير من طرف القضاء[3].

د/ تمثل التأمينات المودعة لضمان حسن تنفيذ العقد الحد الأدنى للتعويض الذي يحق للإدارة اقتضاءه[4]، وعليه فإنه لا يحق للمتعاقد أن يثبت أن الضرر اللاحق باللإدارة المتعاقدة من جراء إخلاله يقل عن التأمين.

هـ/ يمكن للإدارة المتعاقدة بناء على سلطتها التقديرية أن لا تصادر الضمان، وذلك إذا قدرت مثلا أنه لم يلحقها أي ضرر من جراء إخلال المتعاقد معها، لكن لا يمكنها أن تتنازل عنه مقدما[5].

---

[1] –ماجد راغب الحلو، **العقود الإدارية**، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، مصر، 2009 ،ص156 .

[2] – عبد الحميد الشواربي، **العقود الإدارية في ضوء الفقه– القضاء– التشريع**، منشأة المعارف، الاسكندرية، مصر، 2003 ، ص41.

[3] – رشا محمد جعفر الهاشمي، **المرجع السابق**،ص 66-67.

[4] –ربيحة سبكي،**المرجع السابق**،ص110-111.

[5] – مفتاح خليفة عبد الحميد، **انقضاء العقود الإدارية في القانون المقارن(دراسة مقارنة)**، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، مصر، 2013 ،ص 204.

و/ إن سلطة الإدارة في مصادرة التأمينات تدخل في نطاق السلطة التقديرية لها وبذلك فهي تنأى عن رقابة القضاء الإداري الا إذا خرجت على مبدأ المشروعية واقترنت بإساءة استعمال السلطة[1].

الفرع الثاني: الجزاءات الضاغطة

تتمتع الإدارة في أثناء تنفيذ عقودها الإدارية في حالة إخلال المتعاقد معها بتنفيذ التزاماته التعاقدية بسلطة توقيع جزاءات ضاغطة من أجل الضغط عليه لإجباره على تنفي التزاما المنوطة به وذلك بأن تحل الإدارة المتعاقدة محله في التنفيذ بنفسها وأموالها وأن تعهد بذلك إلى متعاقد أخر .ونظرا لشدة هذا النوع من الجزاءات الضاغطة فإن الإدارة المتعاقدة لا تلجأ اليها الا اذا كان اخلال المتعاقد معها درجة من الجسامة .وتختلف الجزاءات الضاغطة، باختلاف نوع العقد الإداري المبرم، بحيث أنه سوف تقتصر دراستنا فقط بالنسبة للجزاءات الشائعة في العقود الإدارية الأكثر تطبيقا من الناحية العملية والمتمثلة في وضع المرفق تحت الحراسة بالنسبة لعقد الامتياز الإداري (أولا)، وسحب العمل من المقاول بالنسبة لعقد الأشغال العامة(ثانيا)، والشراء على حساب المورد بالنسبة لعقد التوريد الإداري(ثالثا).

أولا: وضع المرفق تحت الحراسة الإدارية في عقد الامتياز الإداري

[1] –يوسف بركان أبو دقة، **امتيازات الإدارة في مواجهة المتعاقد معها في النظرية العامة وفي قانون الصفقات العمومية بالجمهورية الجزائرية**، مذكرة ماجستير في القانون العام، معهد الحقوق والعلوم السياسية والإدارية، بن عكنون، الجزائر، أكتوبر1977 ،ص 125

1-تعريفه :يعد هذا الإجراءات كجزاء من الجزاءات المترتبة عن عدم تنفيذ صاحبة الامتياز للالتزاماته الناجمة عن عقد الامتياز الإداري [1] .

وهو بذلك إجراء ضروري لتنظيم المرفق محل الامتياز وذلك باعتبار أن المصلحة المتعاقدة المانحة الامتياز هي المكلفة بتنظيمه ومراقبة سيره حتى يستمر المرفق في أداء خدماته للجمهور، فهو عبارة عن جزاء تواجه به الإدارة إخلال صاحب الامتياز (المتعاقد معها) بالتزاماته بشكل جسيم من خلال رفع يده بشكل مؤقت عن إدارة المرفق[2] .

2- خصائص جزاء وضع المرفق تحت الحراسة الإدارية

يتميز هذا الإجراء كغيره من الجزاءات التي تفرضها الإدارة في مجال العقود الإدارية، بمجموعة من الخصائص والمتمثلة كالآتي:

أ/ إن حق الإدارة المانحة للامتياز في وضع المرفق تحت الحراسة الإدارية هو جزاء تباشره بنفسها باستعمال امتيازها في التنفيذ المباشر سواء نص على ذلك في العقد أو لم ينص[3].

ب/ تفرض الحراسة الإدارية على المرفق المدار بطريق الامتياز بموجب قرار إداري صادر عن

[1] -تعرف الأستاذة عمار عوابدي عقد الامتياز الإداري أو كما يسمى أيضا بعقد التزام المرفق العام بأنه: "عقد اداري يتعهد أحد الأفراد أو الشركات بمقتضاه بالقيام على نفقته وتحته مسؤوليته المالية بتكليف من الدولة أو إحدى وحداتها الإدارية، وطبقا للشروط التي توقع له بأداء خدمة عامة للجمهور، وذلك مقابل التصريح له باستغلال المشروع(المرفق) لمدة محددة من الزمن والاستيلاء على الأرباح، نادية ظرفي، المرفق العام في التحويلات الجديدة، دار بلقيس، الدار البيضاء، الجزائر، 2010 ، ص 162-163.

[2] – عبد العزيز عبد المنعم خليفة، **المرجع السابق**، ص87.

[3] -نعيمة أكلي، **النظام القانوني لعقد الامتياز الإداري في الجزائر**، مذكرة ماجستير في القانون العا (فرع قانون العقود)، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة معمري مولود، تيزي وزو،الجزائر، 12-12-2013م، ص 110.

الجهة الإدارية المانحة لهذا الامتياز كما تنتهي أيضا بذات الطريقة. [1]

ج/ لا يشترط كقاعدة عامة إعذار صاحب الامتياز بإجراء المرفق تحت الحراسة الإدارية، نظرا للطابع الاستعجالي لهذا الجزاء باعتباره يتطلب سرعة فورية في توقيعه ودون اللجوء للقضاء مسبقا، وذلك لما تتميز به اجراءات التقاضي من بطء قد تعرض السير المنتظم للمرفق العام للخطر [2].

د/ يجب على الإدارة المانحة للامتياز أن تحدد فترة الحراسة الإدارية في قرار فرضها إذا كانت هذه المدة محددة في العقد، فليس لهذا التحديد صفة الإلزام بالنسبة للإدارة، فهي ليست ملزمة بإنهاء الحراسة الإدارية عند انتهاء مدتها، إذ يجوز للإدارة إطالة مدة الحراسة إذا رأت ضرورة لذلك [3].

هـ/ لايجوز للإدارة المانحة الامتياز تضمين العقد شرطا بتنازلها عن حقها في إجراء فرض الحراسة[4].

ثانيا: سحب العمل من المتعاقد في عقد الأشغال العامة

1-تعريفه :يمكن تعريفه من خلال الإجراء المتبع بالنسبة لعقد الأشغال العامة[5] فهو كنظيره ،

---

[1] -عبد القادر دراجي،مقال: **سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات الإدارية**، مجلة الفكر، العدد 10 ،كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، جانفي 2014 ،ص 101 .

[2] - بلاوي ياسين بلاوي، **الجزاءات الضاغطة في العقد الإداري**، دار الكتب القانونية، مصر، سنة 2011 ،ص 136-137 .

[3] - سليمان محمد الطماوي ، **المرجع السابق**، ص 509 .

[4] - بلاوي ياسين بلاوي، **المرجع نفسه**، ص 114.

[5] -يعرف **عقد الأشغال العامة** بأنه:" عقد مقاولة بين شخصين من أشخاص القانون العام أو فرد أو شركة بمقتضاه يتعهد المقاول بعمل من أعمال البناء أو الترميم أو الصيانة، مقابل ثمن محدد في العقد"، نسرين شريفي، مريم عمارة، سعيد بوعلي، **القانون الإداري**، (التنظيم الإداري-النشاط الإداري)، دار بلقيس الجزائر، سنة 2014 ،ص 168 .

بالنسبة لعقد الامتياز الإداري إذ يعد وسيلة أخرى من وسائل الضغط، التي تلجأ إليها الإدارة أثناء تنفيذ عقد الأشغال العامة، وذلك لأجل تجنب النتائج المترتبة عن إخلال المتعاقد في تنفيذ التزاماته التعاقدية .

وعليه فالجزاء سحب العملية من المتعاقد في عقد الأشغال العامة هو:" جزاء بمقتضاه يتم وضع المقاولة تحت الإدارة المباشرة لصاحب الأشغال (الإدارة)، فيحل محل المتعاقد المتخلف ويتم ذلك على حساب هذا الأخير وتحت مسؤوليته[1].

2-خصائص سحب العمل من المتعاقد في عقد الأشغال العامة :يتميز إن هذا الجزاء كبقية الجزاءات المذكورة سابقا بجملة من الخصائص، تتمثل أبرزها فيما يلي:

أ/ جزاء سحب العمل من المتعاقد في عقد الأشغال العامة هو إجراء مؤقت لا يترتب عنه إنهاء ء العقد وانما تظل الرابطة التعاقدية قائمة كما يظل المتعاقد الأصلي ملتزما أمام الإدارة صاحبة الأشغال بتنفيذ كافة الالتزامات المتولدة عن هذا العقد[2].

ب/ يصدر جزاء سحب العمل من المتعاقد في عقد الأشغال العامة بموجب قرار إداري، صادر عن الإدارة المتعاقدة صاحبة الأشغال بإرادتها المنفردة ودون اللجوء إلى القضاء لاستصدار حكم قضائي بذلك .[3]

ج/ تلتزم الإدارة كقاعدة عامة بضرورة سحب العمل من المتعاقد في عقد الأشغال منه وتنفيذها على حسابه، وذلك على عكس الوضع كما سبق لنا التطرق بالنسبة لجزاء وضع المرفق تحت

---

[1] – علي بن شعبان، **آثار عقد الأشغال العامة على طرفيه في التشريع الجزائري**، رسالة دكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة منتوري، قسنطينة، الجزائر،سنة 2011-2012 ،ص 120.

[2] – بلاوي ياسين بلاوي، **المرجع السابق**، ص 140

[3] –محمد فؤاد عبد الباسط ، **المرجع السابق**،ص 563 .

الحراسة في عقد الامتياز الإداري، أين يمكن للإدارة المانحة فرض الحراسة الإدارية دون إعذار صاحب الامتياز المقصر.

د/ إن جزاء سحب العمل من المتعاقد وتنفيذه على حسابه مرتبط بالنظام العام بإعتباره ضمانة هامة لإتمام تنفيذ الأشغال محل التعاقد ضمانا لسير المرفق العام، ويترتب على ذلك أنه لايجوز أن تتضمن عقود الأشغال نصا يحرم الإدارة من وضع المشروع تحت الإدارة مباشرة، واذا أدرج مثل هذا الشرط فإنه يكون باطلا لمخالفته النظام العام، لأته يلغي سلطة قانونية ضرورية لكفالة سير المرفق العام. [1]

هـ/ إن أعمال الإدارة المتعاقدة صاحبة الأشغال لسطتها في توقيع جزاء سحب العمل من المتعاقد أمر تفرضه إعتبارات الصالح العام، فهو يتعدى في حد ذاته فكرة أنه حق للإدارة وامتيازاتها وانما هو إجراء واجب عليها تباشره حتى دون الحاجة إلى النص عليه صراحة في العقد[2].

ثالثا: الشراء على حساب المورد في عقد التوريد الإداري

1- تعريفه :يمكن تعريف هذا الجزاء على أنه عبارة عن إجراء متبع في حالة مخالفة المورد لالتزاماته،بالنسبة لعقد التوريد الإدارة الإداري[3]،فهو يعد وسيلة أخرى من وسائل الضغط التي تلجأ إليها،الإدارة المتعاقدة أثناء تنفيذ التوريد الإداري وذلك لمواجهة ما يمكن أن يترتب عن عجز المورد المتعاقد بمهامه. ويمكن تعريفه أيضا على أنه إجراء تتخذه الإدارة المتعاقدة اتجاه المتعاقد

[1] – بلاوي ياسين بلاوي، **المرجع نفسه**، ص 162.

[2] – رشا جعفر الهاشمي، **المرجع السابق**،ص76.

[3] –تعرف الأستاذة تياب نادية **عقد التوريد الإداري** بأنه: "اتفاق بين شخصين من أشخاص القانون العام أو فرد أو شركة، يتعهد بمقتضاه الفرد أو الشركة بتوريد منقولات معينة لشخص معنوي لازمة لمرفق عام، مقابل ثمن معين"، نسرين شريفي، مريم عمارة، سعيد بوعلي، **المرجع السابق**،ص262.

معها الذي تخلف عن توريد الأصناف المتعاقد عليها بموجب العقد المبرم، وذلك بأن تقوم بتنفيذ العقد على حسابه تحت مسؤوليته[1].

2- خصائص الشراء على حساب المورد في عقد التوريد الإداري :كبقية أنواع الجزاءات الضاغطة الأخرى يتميز جزاء الشراء على حساب المورد في عقد التوريد بمجموعة من الخصائص، حيث تتمثل أهمها كالأتي:

أ/ إن جزاء الشراء على حساب المورد في عقد التوريد الإداري هو اجراء مؤقت لا يترتب عنه إنهاء العقد الأصلي بل تظل الرابطة التعاقدية قائمة ويظل المورد المقصر ملتزما أمام الإدارة بتنفيذ كافة الالتزامات الناشئة عن العقد[2].

ب/ تقوم الإدارة المتعاقدة بشراء الأصناف التي قصر المورد في توريدها على حسابه وتحت مسؤوليته وهي تقوم بهذا الإجراء إما بنفسها أو بالتعاقد مع مورد أخر دون إنهاء العقد الأصلي[3].

ج/ يصدر جزاء الشراء على حساب المورد بموجب قرار إداري صادر عن الإدارة المتعاقدة بإرادتها المنفردة، ودون الحاجة لاستصدار حكم قضائي بذلك. [4]

د/ تلتزم الإدارة المتعاقدة كقاعدة عامة بضرورة إعذار المورد المتعاقد معها بتقصيره قبل اتخاذ إجراء الشراء على حسابه ومسؤوليته، كما هو الشأن بالنسبة لجزاء سحب العمل من المتعاقد في عقد الأشغال العامة.

---

[1] – سعيد عبد الرزاق باخيرة، **المرجع السابق**، ص 84

[2] – رشا جعفر الهاشمي،**المرجع السابق**،ص84.

[3] –بلاوي ياسين بلاوي، **المرجع السابق**، ص 184.

[4] – رشا محمد جعفر الهاشمي، **نفس المرجع**، ص87.

هـ / إن جزاء الشراء على حساب المورد كما هو المبدأ بالنسبة لبقية الجزاءات الضاغطة الأخرى، حيث تمتلك الإدارة حق توقيع الجزاء الضاغط سواء نص عليه العقد أم لم ينص عليه، وعادة ما تتضمن دفاتر الشروط كيفية تطبيق هذا الجزاء[1].

المطلب الثالث: الأساس القانوني لسلطة توقيع الجزاءات.

من المسلم فقها وقضاء أن الإدارة لها حق توقيع الجزاءات على المتعاقد معها في العقود الإدارية،ومبرر ضده السلطة هو ضمان تنفيذ العقد المتصل بسير المرفق العام وضمان استمراره تحقيقا للمصلحة العامة ،لذلك نجد أنه تعددت الأراء الفقهية حول أساس سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات، فمنهم من أكد على جانب السلطة العامة فيما رأى البعض الأخر عكس ذلك، وأقر بأن الأساس القانوني لسلطة توقيع الجزاء يكمن في فكرة المرافق العامة واحتياجاتها، وذلك على التفصيل الأتي:

الفرع الأول: فكرة السلطة العامة كأساس قانوني.

يرى بعض فقهاء القانون الإداري أن سلطة الإدارة في توقيع الجزاء بإرادتها المنفردة باستعمال امتيازها في التنفيذ المباشر يحكم في فكرة السلطة العامة، ودليلهم في ذلك ارتباط العقد الإداري بسير المرفق العام وديمومته مما يخضع لعقد الظروف الاستثنائية ولم يكن منصوصا عليها فيه لأن السلطة العامة لها خصائص ومميزات تحدد الفرق بين العقود الإدارية والعقود الخاصة .

كما يؤكد ذلك الفقيه ديلوبادير بقوله أن تطبيق مختلف الجزاءات يتم بقرار انفرادي من المصلحة المتعاقدة، وأن هذه الأخيرة بعكس الوضع في القانون الخاص ليست في حاجة لأن تطلب من القضاء توقيع الجزاء، فهي تباشر في هذا النطاق امتيازها في التنفيذ المباشر وامتياز التنفيذ

[1] – عبد القادر دراجي، **المرجع السابق**، ص103.

المباشر هو سلطة الإدارة في أن تصدر قرارا في مواجهة الأفراد وتنفذها بنفسها دون الحاجة للجوء القضاء. [1]

الفرع الثاني: فكرة المرفق العام كأساس قانوني

هناك جانب أخر من الفقه يرى أن الأساس القانوني للسلطة الجزائية للإدارة تكمن في فكرة المرفق العام، ففي مجال الفقه الفرنسي نجد أن جانب منه يذهب إلى الإدارة تفرض الجزاءات باستعمال امتيازها في التنفيذ المباشر، وهذا الامتياز يعد استعماله التزامات ليس رخصة، وهذا ما أكده الفقيه" جيز"، بقوله أن ضمان السير المنتظم أن تكون الجزاءات المترتبة على الإخلال مؤثرة، ومبرر ذلك أن احتياجات المرافق العامة هي أساس جزاءات القانون العام ، وهذا ما يجعل اتخاذ هذه الجزاءات يكون على الفور ودون وساطة القاضي[2].

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

تعد امتيازات المصلحة المتعاقدة في توقيع الجزاءات على المتعاقدين معها في حالة إخلالهم بتنفيذ التزاماتهم التعاقدية لم يكن أساسا التناقضات كما هو الحال في نظرية الجزاءات في العقد الإداري في ظل القضاء والفقه المقارن، بل فرضتها الظروف الموضوعية للتطور ، الاقتصادي والاجتماعي ومتطلبات التنمية في الجزائر[3] ،وتعمد المصلحة المتعاقدة من أجل تنفيذ التزاماتها الى اللجوء الى ابرام صفقات عمومية بينها وبين مؤسسات القطاع الخاص في إطار المخطط الوطني.

[1] – حمد محمد الشلماني، **المرجع السابق**، ص 201.

[2] –رشا محمد جعفر الهاشمي،**المرجع السابق**،ص204-203.

[3] – عبد القادر رحال، **المرجع السابق**، ص 90.

وهذا ما أكده المشرع الجزائري على سبيل المثال في قانون 88-02 بموجب نص المادة 34 ،والتي تنص على أنه: " تنجز مخططات المؤسسات الاقتصادية بواسطة عقود يرتضيها الأطراف بحرية قصد تبادل مواردهم وخدماتهم في اطار الأهداف والمقاييس المنصوص عليها في المخطط الوطني. [1]

وبالرجوع إلى المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المنظم للصفقات العمومية والمرفق العام في الجزائر حاليا وتحديدا في نص المادة 01/147 ،والتي فحواها ما يلي:" يمكن أن ينجر عن عدم تنفيذ الالتزامات التعاقدية من قبل المتعاقد في الأجال المقررة أو تنفيذها غير المطابق، فرض عقوبات مالية دون الإخلال بتطبيق العقوبات المنصوص عليها في التشريع المعمول به

ومن خلال ما سبق تناوله يمكن القول أ، الأساس القانوني لسلطة الإدارة المتعاقدة في توقيع الجزاءات على المتعاقد معها المخل بالتزاماته التعاقدية في التشريع الجزائري هو المخطط التنموي بالدرجة الأولى، ثم يأتي العقد(الصفقة) واستنادا الى النص الأصلي في المخطط ليؤكده ويجسد هذه التعليمات في تفصيل وتدقيق هذه الجزاءات في بنوده حتى تصبح واضحة ومعلومة للأطراف المتعاقدة[2]،وبناءا على ذلك فإن النتيجة التي يمكن استخلاصها أن هناك توافق حوا الأساس القانوني بين ما هو وارد في ظل الراجح في نطاق القضاء والفقه المقارن وما هو وارد في نطاق القانون الجزائري، وذلك على أساس أن ضرورات وحاجات المرافق العمومية من انشاء وسير وتسيير وتنظيم هي جزء من المخططات والبرامج التنموية في الجزائر، وذلك كله بهدف تحيق المصلحة العامة.

[1] – القانون رقم 88-02 المؤرخ في 12 يناير 1988 المتعلق بالتخطيط، الجريدة الرسمية الجزائرية، العدد02سنة1988.

[2] – عبد القادر رحال، **المرجع السابق**، ص 134-133.

المبحث الثاني: ضمانات مشروعية توقيع الجزاءات التعاقدية

مما لا شك فيه أن هناك ظوابط شكلية لتوقيع الجزاءات التعاقدية بحيث تمثل في مجملها ضمانات سابقة للمتعاقد في مواجهة امتياز المصلحة المتعاقدة وتكون لازمة لصحة توقيع تلك الجزاءات هذا من جهة، ومن جهة أخرى واضافة ماله من حق اللجوء لقاضي العقد لممارسة رقابته على مشروعية تنفيذ العقد حيث يمثل ضمانة لاحقة على توقيعه في حالة حدوث تعسف من طرف المصلحة المتعلقة في توقيع جزاء معين على المتعاقد[1].،وهذا ما سوف نتناوله في المطلبين التاليين :

المطلب الأول: الضمانات الشكلية لتوقيع الجزاءات التعاقدية.

المطلب الثاني: الرقابة القضائية على سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات التعاقدية

المطلب الأول: الضمانات الشكلية لتوقيع الجزاءات التعاقدية

إلى جانب شروط إعمال الإدارة لحقها في توقيع الجزاءات على المتعاقد معها توجد هناك بالمقابل ضمانات شكلية تكون بمثابة ضمانة مقررة لصالح المتعاقد، حيث تتجلى هذه الضمانات الجوهرية في ضرورة إعذار المتعاقد (الفرع الأول) مع ضرورة توقيع الجزاء من طرف السلطة المختصة (الفرع الثاني)، إضافة إلى ضرورة تسبيب الجزاء (الفرع الثالث)، بحيث أي قرار من طرف الإدارة بعيد عن هذه الضمانات الشكلية يخرج عن إطار المشروعية وتجعله هذا القرار معرض وقابل للإلغاء، وهو ما سوف نلقي الضوء عليه فيما يلي:

[1] – عبد العزيز عبد المنعم خليفة، **المرجع السابق**،ص111.

الفرع الأول: الإعذار السابق لتوقيع الجزاء

يعتبر الإعذار وسيلة قانونية لإثبات إخلال المتعاقد بالوفاء بالتزاماته التعاقدية مع إفصاح الإدارة فيه عن نيتها في توقيع الجزاء لذلك الإخلال إذا لم يقم المتعاقد معها بالوفاء بالتزاماته في وقت يحدده الإعذار، ولهذا الإجراء الأخير أهميته الخاصة بالنسبة للمتعاقد والمصلحة المتعاقدة على حد سواء، فقد يثنى المتعاقد عن الاستمرار في الإخلال بالتزامه التعاقدي تحت تأثير علمه بجسامة الجزاء الوارد ذكره بالإعذار للأمر الذي تتحقق معه مصلحة ، الإدارة من خلال تنفيذ العقد على نحو ما ينبغي على الرغم من أهمية الإعذار باعتباره ضمانة مقررة لمصلحة المتعاقد مع الإدارة قبل توقيع الجزاء إلا أن الجزاء يعد صحيحا ولم يسبقه اعذار إذا ورد النص على هذا الإجراء بالعقد أو كانت الضرورة تستوجب سرعة توقيع الجزاء الأمر الذي يتعارض مع الإعذار وبالتالي يخضع تقدير الإدارة لتوافر تلك الضرورة لرقابة القضاء[1]، وتعفى المصلحة المتعاقدة

من إعذار المتعاقد معها قبل توقيع الجزاء عليه إذا ما أصبح هذا الإعذار غير مجد في تحقيق غايته من إعادة للمتعاقد للوفاء بالتزاماته التعاقدية كما في حالة إعلان المتعاقد رفضه الصريح للوفاء بتلك الالتزامات أو عدم مقدرته على الوفاء بها أو كانت مخالفة المتعاقد لالتزاماته من الجسامة لدرجة يتعذر عليه معها تدارك تلك المخالفة أو اصلاحها[2] وفي هذا الصدد أناط المشرع الجزائري بالوزير المكلف بالمالية تحديد البيانات الواجب إدراجها في الإعذار وكذلك آجال نشره في شكل إعلان قانوني.

[1] – حسان عبد السميع هاشم، **الجزاءات المالية في العقود الإدارية**، دار النهضة العربية، دون ذكر بلد النشر، سنة 2002 ،ص76 .

[2] – باهي أبو يونس، **الرقابة القضائية على شرعية الجزاءات الإدارية العامة**، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، سنة 2000،ص116.

الفرع الثاني: توقيع الجزاء من طرف السلطة المختصة

إذا كانت الجزاءات التعاقدية تعتبر من الأمور المتصلة بتنفيذ العقد الإداري فإن جهة الاختصاص المنوطة بتوقيعها هي السلطة المختصة في هذا الصدد هي المتعاقدة المبرمة للعقد مع المتعاقد بحيث هي من تملك سلطة توقيع الجزاء المناسب لحجم التقصير أو الإخلال من طرف المتعاقد.

كما لا يجوز للسلطة المختصة تفويض اختصاصها من غير السلطة المختصة وهذا ما يكون منافيا لقواعد العقود الإدارية ومن هنا فيقع باطلا كل جزاء تعاقدي موقع من غير السلطة المختصة والا يكون هذا الجزاء الموقع على المتعامل المتعاقد في هذه الحالة غير مشروع ويعرض للإلغاء.

الفرع الثالث: تسبيب قرار الجزاء

يعد قرار توقيع الجزاء الصادر من طرف المصلحة المتعاقدة مشروعا وفي إطار القواعد العامة للعقود الإدارية المعمول بها إذا كان الجزاء الموقع مسببا، وعليه أصبحت الإدارة ملزمة بتسبيب قرار الجزاء الصادر ضد متعاقد بها، حيث ذهب الفقه إلى سريان هذا المبدأ على القرارات الجزائية وذلك كضمانات مقررة في حق المتعاقد أيا كانت تلك الجزاءات. [1]

وعلى الرغم من أهمية تسبيب قرار الجزاء التعاقدي في تسهيل الرقابة القضائية على مشروعية هذا القرار في حمل الإدارة على التمهل في إصداره مخاف انعقاد مسؤوليتها حال ثبوت عدم مشروعيته، إلا أن المشرع في فرنسا والجزائر وأن ألقى على الإدارة التزاما بتسبيب قرارات

[1] -محمد صلاح عبد البديع،**سلطة الإدارة في إنتهاء العقد الإداري**(دراسة مقارنة)،سنة1998،ص228.

الجزاءات التأديبية، إلا أنه لم يلق عليها ذات الالتزام بالنسبة للجزاءات التعاقدية رغم اتحاد على التسبيب في كل منهما، الأمر الذي قد يفتح للإدارة بابا لا يغلق للعصف بحقوق المتعاقد معها.

المطلب الثاني: الرقابة القضائية لتوقيع الجزاءات التعاقدية

إن سلطة المصلحة المتعاقدة في توقيع الجزاءات التعاقدية يجد مصدره عما تتمتع به من مظاهر امتيازات السلطة العامة الأمر حيث لا يكون للمتعاقد أمام ذلك سوى اللجوء إلى القضاء طاعنا في مشروعية أو ملائمة تلك الجزاءات الموقعة عليه من طرف المصلحة المتعاقدة، كما يكون بوسع المتعاقد تقييد سلطة الإدارة في توقيع الجزاء عليه وفق نصوص ترد بالعقد يحدد فيه المخالفات المتوقعة والجزاء المقرر لها وهذا ما سوف نتطرق إليه فيما يلي:

الفرع الأول: الطعن القضائي ضد الجزاءات التعاقدية

تكون سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات التعاقدية بارادتها المنفردة وان كان الهدف من ذلك منحها تحقيق المصلحة العامة من خلال تأمين سير وانتظام المرافق العامة في أداء خدمتها إلا أن ذلك يتعارض مع المصلحة العامة ترك تلك السلطة تمارس بصورة طليقة من كل قيد يؤدي ذلك إلى تضحية كاملة بحقوق المتعاقد مع الإدارة مما يجعله يعزف عن التعاقد معها مستقبلا . ولأجل ذلك كان من الواجب إخضاع سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات التعاقدية لرقابة القضاء، رغبة في طمأنة المتعاقد مع الإدارة ولتحقيق نوع من التوازن بين سلطات الإدارة ،وحقوق المتعاقد معها[1]،وعليه سوف نتطرق إلى هذه الرقابة القضائية على الجزاءات التعاقدية، من حيث بيان ولاية القضاء الإداري التي تخضع لرقابتها تلك الجزاءات ونطاقها وذلك على النحو التالي:

أولا: طبيعة اختصاص القضاء الإداري في نظره للطعن ضد الجزاءات التعاقدية

[1] – عبد العزيز عبد المنعم خليفة ،**المرجع السابق** ، ،ص115.

إن ما تملكه الإدارة من حق توقيع الجزاءات التعاقدية يدخل في إطار تنفيذ العقد الإداري وبالتالي فإن الطعن في قرار توقيع هذه الجزاءات يخضع لولاية القضاء الكامل دون قضاء الإلغاء ومن هنا يمكننا القول بأن اخضاع المنازعات المتعلقة بتنفيذ العقود الإدارية ومنها المناعة في صحة الجزاءات التعاقدية لولاية القضاء الكامل يعتبر الأكثر تناسبا مع الطبيعة الحقوقية لتلك المنازعات وفي إطار ولاية القضاء الكامل بالنظر في منازعات تنفيذ العقود الإدارية لا يقتصر على الأمر على إلغاء القاضي للقرار المطعون فيه وانما يتجاوز ذلك لتعديل مالي[1]، حيث يمكن لهذا القضاء كذلك التسوية النهائية لنزاع فيلغي القرارات المخالفة للقانون إذا وجدت مرتبا في ذلك نتائج كاملة من الناحيتين الإيجابية والسلبية، وقد جاء المشرع الجزائري صريحا في هذا الصدد

أثناء النظر في إحدى الطعون المستأنفة أمامه بقوله:" لا يتم رفع الدعوى أمام الغرفة الإدارية بتطبيق الطعن في قرار أو عقد إداري صادر عن سلطة إدارية عمومية ذات صبغة إدارية. ونلخص مما سبق في هذا الشأن أن المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية وبضمنها، التي تنشأ أثناء ممارسة الإدارة لسلطتها بتوقيع الجزاءات المختلفة أثناء تنفيذ العقود الإدارية تخضع جميعها لاختصاص القضاء الكامل، حيث يمكن لهذا الأخير أن يفصل فيها من حيث إلغاء قرار توقيع الجزاءات، وكذلك الحكم بالتعويض المالي في حالة إحداث آثار سلبية للمتعاقد مع الإدارة.

ثانيا: نطاق الرقابة القضائية على سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات التعاقدية

تشمل رقابة القضاء على سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات التعاقدية على رقابة المشروعية إلى جانب رقابة الملائمة، ويختص بتلك الرقابة في الحالتين قاضي العقد دون قاضي

[1] – محمد الصغير بعلي،**المرجع السابق**، ص 185.

الإلغاء، حيث أن القرارات الصادرة بتوقيع الجزاءات التعاقدية ليست قرارات منفصلة عن العقد لدخولها في إطار تنفيذه.

أ- رقابة المشروعية على سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات التعاقدية

لأن وسيلة الإدارة في توقيع الجزاءات التعاقدية هو قرار يصدر عنها بهذا الشأن يتعين لصحته، إضافة إلى صدوره عن سلطة مختصة وفي الشكل الذي حدده القانون أن تتفق غايته مع المصلحة العامة، وأن يقوم على أسباب تبرره مع عدم إصابته بعيب مخالفة القانون، ومن ثم فإن رقابة القضاء الكامل على مشروعية قرارات الجزاءات التعاقدية تنصب على الاختصاص بإصدار القرار وشكل إجراءات إصداره، إضافة إلى غاية إصدار القرار سبب إصداره ومحله[1] ومن ثم فإن قرار الإدارة الصادر بتوقيع جزاء تعاقدي يكون غير مشروع إذا ما شابه عيب من العيوب التي تجعل هذا القرار معرضا للإلغاء، ومنها :

1-عيب الاختصاص :

يكون قرار الجزاء التعاقدي غير مشروع إذا ما ثبت لدى قاضي العقد صدوره من غير السلطة المختصة، وهي السلطة المنوطة بها إبرام العقد أو صدوره عن سلطة مفوضة من السلطة المختصة، في حين أنها لا تدنوا السلطة المختصة، وهذا ما يجعل هذا القرار مشوبا بعيب عدم الاختصاص، مما يجعل هذا الجزاء الصادر من المصحة المتعاقدة في المتعاقد غير مشروع[2].

2-عيب الشكل :إذا ما استحب المشرع شكلا أو إجراء معينا لصدور القرار يتعين أن يسبق توقيع جزاء تعاقدي ما على نحو ما اشترط المشرع من إعذار لتوقيع الجزاء فإن الإدارة تكون

[1] -عبد العزيز عبد المنعم، **المرجع السابق**، ص 121.

[2] -عمار بوضياف،**المرجع السابق**، ص 90.

ملزمة به بحيث يعد قرارها بتوقيع الجزاء غير مشروع إذا أغفلت هذا الجزء جزئيا أو كليا أو أجرته على نحو لا يتفق مع ما يتطلبه القانون. وتجدر الإشارة إلى أنه لا تقع مسؤولية الإدارة إذا كان الشكل الذي خالفته قد تقرر لمصلحتها أو إذا استندت في إغفاله إلى حالة استعجال أو ضرورة أو نص تعاقدي يعفيها من هذا الالتزام وان كان قد ورد عليه نص في قانون الصفقات العمومية[1].

3-عيب الانحراف بالسلطة:

يمكن اعتبار الجزاء التعاقدي مشروع إذا كان الهدف من وراء اصداره تحقيق المصلحة العامة كأن مثلا تفرض توقيعه مصلحة المرفق الذي لأجله ابرم العقد الإداري بما ينطوي عليه من ردع عقابي للمتعاد إما لإعادته لجادة الصواب أو اقصاءه تماما عن تنفيذ العقد لعدم مقدرته وفق ما يحقق مصلحة المرفق. [2]

فإذا ما ثبت لقاضي العقد أن المصلحة المتعاقدة قرارها الجزائي لم تقصد تحقيق المصلحة العامة كان تقصد مثلا الضغط على المتعاقد معها لإجباره على تقديم تنازلات تعاقدية أو الكيد له لعدم رضوخه لرغباتها التي يخرج تنفيذها عن إطار العقد، فإنه في هذه الحالة يقضي بعدم مشروعية قرار الجزاء بما يرتبه ذلك من انعقاد المسؤولية التعاقدية للإدارة حيث يستقر على حق المتعاقد في التعويض[3].

4- عيب مخالفة القانون:

[1] -عبد العزيز عبد المنعم خليفة، **المرجع السابق**، ص 122.

[2] -عمار عوابدي،**النظرية العامة للمنازعات الإدارية في النظام القضائي الجزائري**،الجزء الأول،ديوان المطبوعات الجامعية،الجزائر،1995،ص194.

[3] -عبد العزيز عبد المنعم خليفة،**نفس المرجع**، ص 124.

يكون قرار توقيع الجزاء الإداري الموقع من طرف المصلحة المتعاقدة غير مشروعا، إذا كان صادر وفق ما تنص عليه القواعد العامة للعقود الإدارية ومختلف النصوص القانونية المعمول بها، وأي قرار خارج ما يقرره القانون يكون الجزاء الموقع في حق المتعاقد غير مشروع.

5-عيب السبب:

يتعين لصحة توقيع الجزاء التعاقدي قيام سبب يبرره، بأن يأتي المتعاقد فعل أو بحجم عن إتيانه، في حين أن هذا أو ذلك يعد خطأ تعاقديا أو قانونيا ما يشكل إخلالا بالتزاماته التعاقدية، الأمر الذي يواجه معه مسلكه السلبي أو الإيجابي غير المشروع بالجزاء، ومن هنا فإن قرار الجزاء التعاقدي يصبح غير مشروع متى انعدمت الواقعة التي تشكل وجودها إخلالا من المتعاقد بالتزاماته التعاقدية، أو كانت الواقعة المستندة إليها ذلك الجزاء تخرج عن إطار الخطأ التعاقدي أو القانوني. [1]

ب-الرقابة القضائية على ملائمة الجزاء التعاقدي:

يتسع نطاق الرقابة القضائية على سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات التعاقدية ليشمل إلى جانب الرقابة على مشروعية قرار الجزاء الرقابة على مدى ملائمة حيث يبسط القضاء رقابته للتأكد من مدى التناسب بين الجزاء الموقع على المتعاقد مع جسامة الخطأ المنسوب إليه ارتكابه، بحيث يكون بوسع القاضي رد الجزاء المتنازع فيه إلى الدرجة التي تتحقق معها الموازنة بينه وبين الخطأ محل توقيعه، وتتفاوت سلطة قاضي العقد في رقابته على ملائمة أو مشروعية قرارات الجزاء التعاقدي بحسب نوعية العقد، بحيث لا يملك تعويض المتعاقد عنه ووفقا للقواعد العامة للعقود الإدارية، إضافة إلى جانب التعريض يملك القاضي سلطة إلغاء الجزاء في حال تجاوزه

[1] -عمار عوابدي،**المرجع السابق**،ص197.

لحدود التناسب مع جسامة الخطأ إضافة إلى ذلك لما له من حق في تخفيفها للدرجة التي يتحقق معها هذا التناسب.

ولعل انحصار سلطة القاضي العقد في التعويض عن الجزاءات التعاقدية حال ثبوت عدم مشروعيتها أو انعدام ملائمتها مرجعه الطبيعة القانونية الخاصة لتلك الجزاءات والهدف من تقريره دفع المتعاقد للمضي في الوفاء بالتزاماته التعاقدية تحقيقا لمصلحة المرفق محل التعاقد[1] .

الفرع الثاني: طلب المتعاقد فسخ العقد

إذا كانت الإدارة تملك فسخ العقد الإداري بإرادتها المنفردة إذا ما أخل المعاقدة معها بأي شرط من شروط التعاقد، فإن المتعاقد لا يملك القيام بذلك الإجراء من تلقاء نفسه في حالة جاوز المصلحة المتعاقدة في استعمال سلطاتها تجاهه، حيث يتعين عليه اللجوء لقاضي العقد طالبا فسخه[2].

حيث ذهب الفقه الإداري في هذا الشأن إلى تبرير أن سلطة الإدارة وحق المتعاقد معها في فسخ العقد يفسر بأن ذلك من نتائج اختلاف العقود الإدارية عن العقود المدنية، والتي بموجبها لا يجوز للمتعاقد مع الإدارة فسخ العقد المبرم معها بإرادته المنفردة، حيث يتعين عليه اللجوء إلى القضاء للحصول على حكم منه بذلك[3].

[1] –عبد العزيز عبد المنعم خليفة، **المرجع السابق**، ص 126.

[2] –حمدي ياسين عكاشة، **المرجع سابق**، ص 104

[3] –سليمان الطماوي، **المرجع السابق**، ص 107.

الخاتمـــــــــــــــــة

تعتبر السلطات ممنوحة للمصلحة المتعاقدة دون غيرها والتي تمارسها بإرادتها المنفردة، ودون الحاجة للنص عليها صراحة، فهي تستمدها من المبادئ العامة للقانون ومن الطبيعة الذاتية للعقد الإداري، التي يراعى فيها تغليب المصلحة العامة على المصلحة الخاصة، كما أنها تتمايز في شدتها حسب طبيعة ونوع كل صفقة و تظهر بشكل جلي في مرحلة التنفيذ باعتبارها المجال الخصب للممارسة.

والتي حاولنا شرحها باختصار من خلال الفصل الأول ،وما يمكن الجزم به بعد هذه الدراسة أن الإدارة تستمد الحق في توقيع الجزاءات من الخصائص الذاتية التي تتميز بها العقود الإدارية، والتي يراعى في تنفيذها تغليب المصلحة العامة التي تمثلها الإدارة على المصلحة الخاصة التي تعود على المتعاقد، وهذا ما يضمن حسن إنشاء وسير المرافق العامة بانتظام واطراد والتي بدورها وجدت العقود الإدارية من أجلها.

وتبعا لذلك فقد اعترف التشريع والقضاء الإداري في الجزائر بهاته السلطة حيث نجد أن المشرع تفادى التدقيق في سلطة توقيع الجزاءات حيث لم يفصح المشرع الجزائري عن نيته فيما يخص كيفية تقدير الإدارة المتعاقدة للتعويض وكذا تقرير الضمانات لصالح المتعاقد إضافة إلى عدم تطرقه للرقابة السابقة واللاحقة كما هو مستقر في التشريعات المقارنة كفرنسا ومصر كما نلاحظ أن المشرع الجزائري من خلال تفحص المرسوم الرئاسي 15-247 لم يشر إلى الجزاءات الضاغطة ضمن الشكل والموضوع وهنا نلاحظ عدم توازن في إعطاء كل سلطة حقها وهذا ما يمكن تبريره أن سلطة الإدارة في توقيع الجزاء تعد من أخطر السلطات التي تتمتع بها الإدارة لذا تفادى المشرع تكريس نصوص قانونية لصالح المتعاقد خدمة للصالح العام وترك السلطة التقديرية للإدارة في توقيع الجزاءات التعاقدية في حالة تقصير وإخلال المتعاقد بالتزاماته التعاقدية.

حيث أن الطبيعة الخاصة للعقد الإداري تقتضي ترجيح كافة الإدارة في مواجهة المتعاقد معها وبعد هذه الدراسة فضلنا أن تكون الخاتمة إشارة إلى ما توصلت إليه هذه الدراسة من نتائج وملاحظات كالآتي:

*العقود الإدارية تخضع لقواعد استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص وتتمثل فيما تملكه الإدارة في مواجهة المتعاقد معها كحق تعديل العقد من جانب واحد – أي جانب الإدارة – وفسخ العقد بإرادتها المنفردة دون استصدار حكم قضائي.

*يكون التعديل الانفرادي وتوقيع الجزاء في حدود المشروعية القانونية ويستلزم صدورها من السلطة المختصة.

* للمتعاقد الحق في اللجوء إلى القضاء في حالة ما إذا كانت التعديلات أو الجزاءات الموقعة في حقه خارجة عن إطار المشروعية وهو الأمر الذي من شأنه أن يثقل كاهل المتعاقد وقد يؤدي إلى تعطيل سير المرفق بانتظام وإطراد.

وفي ضوء النتائج المقدمة سابقا والتي توصلنا إليها بعد هذه الدراسة فإنه يمكننا أن نقدم بعض التوصيات للمساهمة في إثراء موضوعنا والتي نوجزها فيما يلي:

*الإفراج عن نصوص جديدة أو تحيين النصوص القديمة بما يتماشى وسلطات الإدارة والتحولات الاقتصادية في الجزائر.

*على المصلحة المتعاقدة أن تلتزم بالقيود المفروضة عليها قبل الولوج في توقيع الجزاءات خاصة إذا تعلق الأمر بمتعاقد وطني بحيث يجب تشجيعه ومساعدته على تنفيذ التزاماته لا إثقال كاهله بالجزاءات المبالغ فيها.

*توسيع الضمانات المقررة لصالح المتعاقد سعيا لتشجيع المتعاقدين مع الإدارة والمشاركة في التنمية الاقتصادية في الجزائر.

*إعطاء سلطات أكثر للقاضي الإداري في ضبط خروج الإدارة في استخدام هذه الوسائل (سلطة توقيع الجزاءات) سواء في مجال سلطتها المقيدة أو التقديرية وذلك للحفاظ على التوازن العقدي من جهة الامتيازات المقررة قانونيا وقضائيا للمصلحة المتعاقدة ومن جهة تقرير وتعزيز الضمانات للمتعاقد مع الإدارة.

وفي الأخير وبعد ذكر هذه التوصيات والاقتراحات نأمل أن نكون قد قدمنا مساهمة متواضعة في إثراء هذا الموضوع واعطائه أكثر فعالية من الناحية القانونية والعلمية بغية المساهمة في تحقيق التنمية الاقتصادية في الجزائر.

قائمة المراجع

الكتب:

1. راضي مازن ليلو(**العقود الإدارية في القانون الليبي والمقارن**)، منشأة المعارف، الإسكندرية،2003.

2. ناصر لباد،**القانون الإداري**،ج2،النشاط الإداري،ط1،د.م.ج،الجزائر،2004.

3. محمد الصغير بعلي،**القرارات والعقود الإدارية**،دار العلوم،الجزائر،2017.

4. خالد باالجيلالي ،**الوجيز في نظرية القرارات والعقود الإدارية** ،دار بلقيس،2017.

5. عمار بوضياف، **الصفقات العمومية في الجزائر (دراسة تشريعية وقضائية وفقهية)**، ط2،دار الجسور،الجزائر2009.

6. سليمان الطماوي، **مبادئ القانون الإداري**، دار الفكر العربي،القاهرة،2007.

7. محمود عاطف البنا ،**العقود الإدارية**،ط 1 , ،دار الفكر العربي، القاهرة، 2007.

8. عبد العزيز عبد المنعم خليفة،**الأسس العامة للعقود الإدارية**،دار الكتب القانونية،القاهرة،2005.

9. عبد العزيز عبد المنعم خليفة،**الأسس العامة للعقود الإدارية،الإبرام،التنفيذ،المنازعات،منشأة المعارف**،الإسكندرية،2003.

10. حسان نوفل،**التحكيم في منازعات العقود الإدارية**,دار هومة للطباعة،الجزائر ،2017.

11. نصار جاد جابر ،**العقود الإدارية**،ط3،دار النهضة العربية.

12. جمال عباس أحمد عثمان،**النظرية العامة في تطبيقها في مجال إلغاء العقود الإدارية في الفقه وقضاء مجلس الدولة**، المكتب العربي الحديث، سنة 2007.

13. أحمد محمد الرفاعي، **المدخل للعلوم القانونية (نظرية القانون)**، كلية الحقوق، جامعة نبها، السعودية، سنة 2007.

14. عمار بوضياف، **المدخل للعلوم القانونية (النظرية العامة للقانون وتطبيقاتها في التشريع الجزائري)**، الطبعة الثالثة، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2007.

15. على فيلالي، **مقدمة في القانون**، مرقم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2005.

16. محمد حسن مرعي الجبوري، **سلطة الإدارة في فرض الجزاءات الجنائية والمالية في العقود الإدارية، دار الجامعة** الجديدة ، الاسكندرية، مصر، 2014 .

17. رشا محمد جعفر الهاشمي، **الرقابة القضائية على سلطة الإدارة في فرض الجزاءات على المتعاقد (دراسة مقارنة)**، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2010

18. نواف كنعان, **القانون الإداري, الكتاب الثاني(الوظيفة العامة– القرارات الإدارية– الأموال العامة)**، الطبعة الأولى, دار الثقافة للنشر والتوزيع, عمان , الأردن، سنة 2005.

19. محمد فؤاد عبد الباسط، **القانون الإداري(تنظيم الإدارة– نشاط الإدارة– وسائل الإدارة)**، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، سنة 2006

20. ماجد راغب الحلو، **العقود الإدارية**، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، مصر، 2009.

21. عبد الحميد الشواربي، **العقود الإدارية في ضوء الفقه– القضاء– التشريع**، منشأة المعارف، الاسكندرية، مصر، 2003.

22. مفتاح خليفة عبد الحميد، **انقضاء العقود الإدارية في القانون المقارن(دراسة مقارنة)**، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، مصر، 2013.

23. بلاوي ياسين بلاوي، **الجزاءات الضاغطة في العقد الإداري**، دار الكتب القانونية، مصر، سنة 2011.

24. نسرين شريفي، مريم عمارة، سعيد بوعلي، **القانون الإداري**، (التنظيم الإداري–النشاط الإداري)، دار بلقيس الجزائر، سنة 2014 .

25. حسان عبد السميع هاشم، **الجزاءات المالية في العقود الإدارية**، دار النهضة العربية، دون ذكر بلد النشر، سنة 2002 .

26. باهي أبو يونس، **الرقابة القضائية على شرعية الجزاءات الإدارية العامة**، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، سنة 2000.

27. محمد صلاح عبد البديع،**سلطة الإدارة في إنتهاء العقد الإداري**(دراسة مقارنة)،سنة1998.

28. عمار عوابدي،**النظرية العامة للمنازعات الإدارية في النظام القضائي الجزائري**،الجزء الأول،ديوان المطبوعات الجامعية،الجزائر،1995.

الرسائل الجامعية

1. مانع عبد الحفيظ ، **طرق ابرام الصفقات العمومية وكيفية الرقابة عليها في ظل القانون الجزائري**، رسالة مقدمة ضمن متطلبات نيل شهادة ماجستير،جامعة ابي بكر بالقايد ،تلمسان،الجزائر، 2008.

2. سعيد عبد الرزاق باخبير ،**سلطة الإدارة الجزائية أثناء تنفيذ العقد الإداري**، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، سنة 2008 .

3. عبد القادر رحال، **سلطة المتعامل العمومي في توقيع الجزاءات على المقاول المتعاقد معه في القانون الجزائري** (دراسة مقارنة)، مذكرة ماجستير في القانون العام (إدارة ومالية)، معهد العلوم القانونية والإدارية، جامعة تيزي وزو، 1989-1990 .

4. ربيحة سبكي، **سلات المصلحة المتعاقدة تجاه المتعامل المتعاقد معه في مجال الصفقات العمومية،** مذكرة ماجستير في القانون العام (فرع قانون الاجراءات الإدارية)، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو،الجزائر،2013/05/13.

5. يوسف بركان أبو دقة، **امتيازات الإدارة في مواجهة المتعاقد معها في النظرية العامة وفي قانون الصفقات العمومية بالجمهورية الجزائرية،** مذكرة ماجستير في القانون العام، معهد الحقوق والعلوم السياسية والإدارية، بن عكنون، الجزائر، أكتوبر1977

6. نعيمة أكلي، **النظام القانوني لعقد الامتياز الإداري في الجزائر،** مذكرة ماجستير في القانون العام (فرع قانون العقود)، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة معمري مولود، تيزي وزو،الجزائر، 12-12-2013.

7. علي بن شعبان،**آثار عقد الأشغال العامة على طرفيه في التشريع الجزائري**،رسالة دكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة منتوري، قسنطينة، الجزائر،سنة 2011-2012.

المقالات:

1. محمد منصور ابراهيم العتوم، **النظام القانوني لغرامة التأخير في العقود الإدارية (دراسة تحليلية مقارنة)**، مجلة الشريعة في القانون،كلية القانون جامعة الإمارات العربية المتحدة، يناير 2013.

2. عبد القادر دراجي، **سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات الإدارية،** مجلة الفكر، العدد 10 ،كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، جانفي 2014

القوانين:

1. المرسوم الرئاسي 15-247 المؤرخ في:02ذي الحجة1436 الموافق ل16سبتمبر2015،المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام. الجريدة الرسمية، العدد 46

2. القرار المؤرخ في 1964/11/21م، المتضمن المصادقة على دفتر الشروط الإدارية العامة، المطبقة على صفقات الأشغال الخاصة بوزارة الأشغال العمومية والنقل، الجريدة الرسمية الجزائرية ، العدد06 ،الصادر بتاريخ 19 يناير 1965.
3. القانون رقم 88-02 المؤرخ في 12 يناير 1988 المتعلق بالتخطيط، الجريدة الرسمية الجزائرية، العدد02سنة1988.

القواميس

1. **المنجد في الوسيط في العربية المعاصرة**، الطبعة الأولى، دار المشرق، بيروت، لبنان، 2003 .

الفهـــــــــــــــــرس

الفهرس

المحتويات	الصفحة
الإهداء	-
مقدمة	1،2،3
الفصل الأول: ماهية العقد الإداري عناصره وصوره	04
المبحث الأول: ماهية العقد الإداري	05
المطلب الأول نشأة العقود الإدارية	05
فرع أول: نشأه العقد الإداري في فرنسا	06
فرع ثاني: نشأة وتطور العقد الإداري في الجزائر	08
المطلب الثاني: تعريف العقد الإداري	11
فرع أول: العقد في اللغة	11
فرع ثاني: تعريف العقد اصطلاحا	11
المطلب الثالث: تمييز العقد الإداري عن العقود الأخرى	12
المبحث الثاني: عناصر ومقومات العقد الإداري	14
المطلب الأول: ارتباط العقد الإداري بالشخص المعنوي العام	15
المطلب الثاني: ارتباط العقد الإداري بالمرفق العام	16
المطلب الثالث: تضمين العقد الإداري شروطا استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص	18
المبحث الثالث: صور العقود الإدارية	21
المطلب الأول: عقد امتياز المرافق العامة	21
فرع أول: تعريف عقد امتياز المرافق العامة	22
فرع ثاني: خصائص عقد امتياز المرافق العامة	23

فرع ثالث: الطبيعة القانونية لعقد امتياز المرافق العامة	24
فرع رابع: سلطات الإدارة في عقد امتياز المرافق العامة	25
المطلب الثاني: عقد الأشغال العامة	27
فرع أول: تعريف عقد الأشغال العامة	27
فرع ثاني: خصائص عقد الأشغال العامة	28
فرع ثالث: سلطات الإدارة في عقد الأشغال العامة	30
المطلب الثالث: عقود التوريد العامة	32
فرع أول: تعريف عقود التوريد العامة	33
فرع ثاني: خصائص عقود التوريد العامة	33
فرع ثالث: سلطات الإدارة في عقود التوريد العامة	34
المطلب الرابع: العقود الإدارية الحديثة	35
فرع أول: عقد البناء والتشغيل والتحويل	36
فرع ثاني: عقد البناء والتملك والتشغيل ونقل الملكية	36
فرع ثالث: عقد الإيجار ونقل الملكية	36
فرع رابع: عقد الإيجار والتجديد والتشغيل ونقل الملكية	37
الفصل الثاني:سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات التعاقدية	38
المبحث الأول: مفهوم سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات في العقد الإداري	39
المطلب الأول: تعريف سلطة الجزاءات الإدارية	39
الفرع الأول: المعنى العام للجزاء	40
الفرع الثاني: معنى الجزاء في مجال تنفيذ العقود الإدارية وتكييفه القانوني	41
المطلب الثاني: أنواع الجزاءات الإدارية	45

الفرع الأول: الجزاءات المالية	46
الفرع الثاني: الجزاءات الضاغطة	53
المطلب الثالث: الأساس القانوني لسلطة توقيع الجزاءات	59
الفرع الأول: فكرة السلطة العامة كأساس قانوني	59
الفرع الثاني: فكرة المرفق العام كأساس قانوني	60
الفرع الثالث: الأساس القانوني لسلطة الإدارة في توقيع الجزاءات على المتعاقد معها في التشريع الجزائري	60
المبحث الثاني: ضمانات مشروعية توقيع الجزاءات التعاقدية	62
المطلب الأول: الضمانات الشكلية لتوقيع الجزاءات التعاقدية	62
الفرع الأول: الإعذار السابق لتوقيع الجزاء	63
الفرع الثاني: توقيع الجزاء من طرف السلطة المختصة	64
الفرع الثالث: تسبيب قرار الجزاء	64
المطلب الثاني: الرقابة القضائية لتوقيع الجزاءات التعاقدية	65
الفرع الأول: الطعن القضائي ضد الجزاءات التعاقدية	65
الفرع الثاني: طلب المتعاقد فسخ العقد	70
الخاتمة	72
قائمة المراجع	-
فهرس	-
ملخص الدراسة	-

ملخص المذكرة

نخلص مما سبق أن الإدارة تتمتع بعدة امتيازات في العقود الإدارية،وتعتبر سلطة توقيع الجزاءات من بين أهم هذه الإمتيازات،وتظهر من خلالها مميزات العقد الإداري عن العقود الخاصة.

سواء من حيث الخصائص المشتركة لهذه الجزاءات،والتي تتجلى في حق الإدارة في توقيعها بإرادتها المنفردة،دون حاجة للجوء إلى القضاء،وإن كان بإمكانها اللجوء إلى القضاء لتوقيع الجزاء.

بالإضافة إلى استقلال هذه السلطة عن نصوص العقد،حيث يمكن للإدارة توقيعها ولو لم ينص عليها في العقد،وكذلك من حيث مداها حيث يمكن أن يصل الجزاء إلى حد فسخ العقد.

وإذا كان العقد قد أعطى للإدارة سلطة واسعة تسعى من خلالها إلى تحقيق المصلحة العامة،فإنه في مقابل ذلك يسعى المتعاقد إلى تحقيق الربح المالي،وبالتالي كان لابد أن يعمل القضاء على حماية حقوق المتعاقد المالية.

الكلمات المفتاحية:

العقد الإداري، الصفقات العمومية، سلطة توقيع الجزاءات،الجزاءات المالية.

RÉSUMÉ DU MÉMORANDUM:

Nous concluons de ce qui précède que l'administration a plusieurs privilèges dans les contrats administratifs, et le pouvoir de signer des sanctions est l'un des plus importants de ces privilèges, à travers lequel les avantages du contrat administratif sont reflétés dans les contrats privés.

Tant en ce qui concerne les caractéristiques communes de ces sanctions, qui se reflètent dans le droit de l'administration de les signer de sa propre volonté, sans qu'il soit nécessaire de recourir au pouvoir judiciaire, bien qu'il puisse recourir au pouvoir judiciaire pour imposer la peine.

Outre l'indépendance de cette autorité par rapport aux termes du contrat, l'administration peut le signer même si elle ne le prévoit pas dans le contrat, ainsi qu'en termes d'étendue lorsque la pénalité peut équivaloir à éviter le contrat.

Si le contrat donnait à la direction un large pouvoir de poursuivre l'intérêt public, en retour, l'entrepreneur recherchait un profit financier et, par conséquent, l'élimination devait protéger les droits financiers de l'entrepreneur.

Mots clés :

Contrat administratif, transactions publiques, autorité de sanctions, sanctions financières.