

حدود وضوابط سلطة الإدارة الجزائية في العقد الإداري

*The Limits and controls of the Penalty administration authority
in the administrative contract*

د. عصام حوادق⁽²⁾

أستاذ محاضر "أ" - كلية الحقوق

جامعة الإخوة منتوري - قسنطينة 1 (الجزائر)

amisisi23@hotmail.com

تاريخ النشر

15 جانفي 2021

أ. نوال ملوك⁽¹⁾

أستاذة مساعدة - كلية الحقوق والعلوم السياسية

جامعة الشاذلي بن جديد - الطارف (الجزائر)

nawelmina23@gmail.com

تاريخ الإرسال:

03 سبتمبر 2020

تاريخ القبول:

06 جانفي 2021

الملخص:

تتمتع الإدارة العامة عند تنفيذها لمختلف عقودها الإدارية بالعديد من الإمتيازات والسلطات التي خولها لها القانون. وتتنوع هذه السلطات من سلطات مالية، ضاغطة وفاسخة وذلك ضمانا لحسن تنفيذ العقد الإداري وتحقيقا للسير الحسن للمرفق العام. لكن الإدارة عند توقيعها لجزاءاتها التعاقدية ضد المتعاقد المقصر معها ليست مطلقة بل مقيدة وتحكمها العديد من الضوابط والحدود والتي تعد بمثابة ضمانات وضعها المشرع لحماية حقوق المتعاقد من تعسف الإدارة. وتتعدد هذه الضمانات من ضمانات سابقة على توقيع الجزاء التعاقدي وأخرى لاحقة على توقيعها.

الكلمات المفتاحية:

عقد إداري، مصلحة متعاقد، متعامل متعاقد، سلطة توقيع الجزاءات، ضمانات تعاقدية.

Abstract :

In implementing its various administrative contracts, the Public Administration has many privileges and powers granted to it by law. These powers range from financial authorities, lobbyists and investors, in order to ensure the proper implementation of the administrative contract and to achieve the good functioning of the public facility. However, when the Administration imposes its contractual sanctions against its under-contractor, it is not absolute, but is restricted and controlled by many controls and limits, which are guarantees established by the legislature to protect the rights of the contractor from abuse of management.

key words:

Administrative contract- Contracted interest- contract dealer- sanctions authority - contractual guarantees.

مقدمة:

إن سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات في العقد الإداري على المتعاقد المقصر معها، تمثل امتيازاً كبيراً لها، لا تعرفه مبادئ القانون الخاص. وقد أصبحت نظرية الجزاءات في العقد الإداري تمثل جزءاً لا يتجزأ من المنظومة التشريعية التي تنظم عملية التعاقد الإداري، إلا أن هذه النظرية، لا ترسم حقوق الإدارة وسلطاتها إزاء المتعاقد الآخر فقط، بل تعترف لهذا الأخير بضمانات وحدود قانونية لا يجب على الإدارة تجاوزها، وإلا أصبحت قراراتها الجزائية مهددة بعدم المشروعية، فمهما ضاقت أو اتسعت هذه السلطة فإن لها العديد من القيود والضوابط التي تحددها وذلك ضماناً للطرف الآخر، سواء كانت هذه القيود سابقة على قرار الجزاء أو لاحقة لصدوره.

تتمحور أهمية المقال حول تبيان أهم الحدود والضوابط التي وضعها المشرع من أجل مراقبة الإدارة ضماناً لعدم تعسفها عند استعمالها لسلطاتها الجزائية ضد المتعاقد معها وذلك لحماية حقوقه تحقيقاً لمبدأ المشروعية.

أما عن الإشكالية فتتمثل في: ماهي أهم الضمانات التي وضعها المشرع وجعلها بمثابة حدود وضوابط لسلطة الإدارة الجزائية في العقد الإداري؟

وسوف تتم معالجة الإشكالية وفق المنهج التحليلي لما له من قدره في مجال الدراسات القانونية وكون غالبية أحكام ومبادئ سلطة توقيع الجزاءات تضمنتها في الأصل نظرية قضائية وتحليل مختلف المواد التي تضمنتها هذه الدراسة، وسوف تقسم هذه الدراسة إلى مبحثين حيث سوف نتطرق في المبحث الأول إلى الكشف عن مختلف الضمانات السابقة على توقيع الجزاء التعاقدي، ومبحث ثاني نتناول فيه دراسة الرقابة القضائية كضمانة لاحقة على توقيع الجزاء التعاقدي.

المبحث الأول: الضمانات السابقة على توقيع الجزاء التعاقدي

تتمثل أبرز الضمانات أو القيود السابقة على توقيع الجزاءات والتي تعد شروطاً لازمة لصحة توقيع هذه الجزاءات في ضرورة إلزام الإدارة بإعذار المتعاقد معها بالإضافة إلى ضمانة عدم جواز استخدام الإدارة لسلطاتها إلى حد توقيع جزاءات جنائية حتى لو كان إخلال المتعاقد بالتزاماته يشكل جريمة، كما أن الإدارة لا تستطيع من ناحية أخرى استعمال سلطاتها العامة كسلطة ضبط إداري. التي سوف تعالج فيه.

المطلب الأول: إعذار المتعاقد قبل توقيع الجزاء التعاقدي

يعتبر الإعذار من أول الإجراءات التي يجب أن تتقيد بها الإدارة، وذلك لإعطاء فترة معقولة تسمح للمتعاقد بالقيام بتنفيذ التزاماته والوفاء بواجباته قبل توقيع الجزاء عليه.

الفرع الأول: تعريف الإعذار وشكله

أولا - تعريف الاعذار:

الإعذار في الاصطلاح اللغوي: مصدره أعذر، وهو رفع عنه الذنب واللوم، وأوجب له العذر.¹

أما في الاصطلاح الفقهي القانوني فهو: وضع المدين المتعاقد في حالة المتأخر عن تنفيذ التزاماته قانونيا.

وبذلك فهو ليس وسيلة لإظهار إرادته إحداث حالة قانونية جديدة، بل هو إجراء تمهيدي يجب أن يسبق الإجراءات القانونية أو الاتفاقية.²

ثانيا - شكل الإعذار:

إن الإدارة غير ملزمة بأن يتخذ الإعذار شكلا معينا، ما لم يلزمها المشرع بذلك، فهو يتم بمختلف الطرق التي يحددها القانون حيث يجب أن تتضمن المخالفات التي ارتكبتها المتعاقد والمدد التي يجب أن يتم فيها التصحيح.

ففي فرنسا نجد بأن الإعذار يتم وفقا للطريق الإداري الذي تحدده الإدارة في العقد أو يكون عن طريق رسالة مسجلة موجهة إلى المتعاقد.

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فقد نص صراحة في بعض الحالات على أنه في حالة عدم وفاء المتعاقد بالتزامه توجه له المصلحة المتعاقدة اعذارا ليفي بها في الآجال المحددة وهذا ما نصت عليه المادة 149 من المرسوم الرئاسي 15-247 "إذا لم ينفذ المتعاقد، التزاماته التعاقدية في أجل محدد..."³

كما تنص الفقرة الثالثة من نفس المادة على: "يحدد الوزير المكلف بالمالية، بموجب قرار البيانات الواجب إدراجها في الإعذار وكذلك آجال نشره في شكل إعلانات قانونية".

وإن كان المرسوم لم يبين شكل الإعذار، إلا أنه في عقد الأشغال العامة بالذات نجد أن الإدارة كثيرا ما تستعمل وسائل الإعلام المكتوبة (الجرائد) لتنبيه المعني قبل ممارسته سلطة الفسخ وهذا ما تؤكدته الإعذارات الكثيرة المنشورة يوميا في الجرائد.⁴

كما نصت المادة 35 من دفتر الشروط الإدارية العامة المطبق على صفقات الأشغال على ضرورة الإعذار.⁵

وبالعودة إلى أحكام القرار الوزاري الذي يحدد البيانات التي ينضمها الاعذار وآجال نشره⁶ ولا سيما المواد 04 و05 منه حيث تنص المادة 04 منه على "يجب تبليغ الاعذار برسالة موصى عليها ترسل إلى المتعامل المتعاقد مع اشعار بالإستلام ونشره حسب الشروط المحددة في المادة 05 أدناه"

كما تنص المادة 05 من نفس القرار الوزاري على: " يجب أن ينشر الاعذار في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي (ن.ر.ص.م.ع) وعلى الأقل في جريدتين يوميتين وطنيتين موزعتين على المستوى الوطني وتحرر باللغة العربية وبلغة أجنبية واحدة على الأقل..."

- أما عن البيانات التي يجب أن يتضمنها الاعذار فهي مذكورة في المادة 03 من نفس القرار⁷: " يجب أن يتضمن الاعذار الذي توجه المصلحة المتعاقدة إلى المتعامل المتعاقد البيانات الآتية:

- تعيين المصلحة المتعاقدة وعنوانها.
- تعيين المتعامل المتعاقد وعنوانه.
- التعيين الدقيق للصفقة ومراجعتها.
- توضيح إذا كان أول أو ثاني اعدار عند الاقتضاء - موضوع الاعذار- الاجل الممنوح لتنفيذ موضوع الاعذار، والعقوبات المصوص عليها في حلة رفض التنفيذ"
- ويلاحظ بأن المشرع الجزائري كان موفقا من حيث أنه ذكر كلمة اعدار صراحة، وتجنب بذلك أي لبس فيما لو استبدلها بكلمة تنبيه أو إخطار كما فعلت بعض التشريعات المقارنة.

الفرع الثاني: تطبيقات ضمانات الإعذار على مختلف الجزاءات في العقد الإداري

تتعدد الجزاءات التي تستعملها الإدارة في عقودها الإدارية من جزاءات مالية وضغطية وفاسخة، وسوف نتناول تطبيقات ضمانات الإعذار على كل نوع من هذه الجزاءات.

أولا - تطبيق ضمانات الإعذار على الجزاءات المالية:

1- بالنسبة لجزاء الغرامة⁸:

إن غرامة التأخير بخلاف بقية أنواع الجزاءات لا تشترط بالضرورة أن يتم الإعذار المسبق قبل توقيعها، ويرجع السبب في ذلك كونها اتفاقية، وقد حددت آجال في العقد المبرم لاقتضاءها، ومن ثم فإن علم المتعاقد بها، قائم لا محالة، كما أن سير المرافق العامة ستتأثر بعملية التأخير بالإضافة إلى أن توقف غرامة التأخير وعدم استحقاقها إلا من تاريخ إعدار المتعاقد، فرض غير صحيح، حيث أنه يترك الباب مفتوحا أمام المتعاقد للمناورة، في نواحي إثبات تمام الإعذار من عدمه ومثال ذلك، فقد يتواطى رجل البريد، مع المتعاقد، ويرد خطاب الإعذار بعدم الاستدلال على عنوان المتعاقد، أو يتباطى قلم المحضرين في إرساله. بالإضافة إلى أن توقيع الغرامة مباشرة دون إعدار سوف يدفع المتعاقد إلى سرعة التنفيذ، فالإدارة إذا طبقت الإعذار قبل توقيع الغرامة، سوف يفتح الباب للمتعاقد لاستعمال حق الدفاع، وتجد الإدارة نفسها ملزمة باحترام هذا الحق، وهيئات أن يتم التنفيذ، لطالما سُمح بتبادل الأوراق التي تُحاور في الدفاع عن المتعاقد وعن تأخره والتماس الأعذار له.

وهذا ما أخذ به التنظيم في الجزائر من خلال ما نص عليه في المادة 36 من دفاتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال العامة حيث يتم تطبيق الغرامة من دون إنذار مُسبق.

2- بالنسبة لجزاء التعويض؛

يعتبر الإعذار شرط من شروط استحقاق التعويض، سواء كان هذا التعويض ناتج عن عدم التنفيذ أو عن التأخير، وذلك فيما عدا الحالات الاستثنائية التي يُصبح فيها الإعذار غير ضروري كما يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تلجأ للقضاء بطلب التعويض.⁹

3- بالنسبة لجزاء مصادر مبلغ التأمين

بما أن مصادر مبلغ التأمين يتمتع بخاصية التلقائية والإدارة تُوقعه من دون إثبات الضرر الذي لحقها، من جراء إخلال المتعاقد معها كون أن الضرر محتمل وقوعه فإنه بذلك يوقع دون إعذار، وهذا ما يؤثر إيجابا في سير المرافق العامة بانتظام واطراد.¹⁰

ثانيا - تطبيق ضمانة الإعذار على الجزاءات الضاغطة المؤقتة؛

تعد الجزاءات الضاغطة المؤقتة من أكثر الجزاءات التعاقدية قساوة، والتي تلجأ إليها الإدارة في حالة ما إذا قصر المتعاقد في تنفيذ التزاماته التعاقدية لتضغط عليه من أجل تنفيذها، وتأخذ هذه الجزاءات الضاغطة عدداً من صور وسوف نتطرق لتطبيق ضمانة الإعذار على كل صورة من هذه الصور.

1- بالنسبة لجزاء وضع المرفق تحت الحراسة؛

يرى الفقهاء عدم ضرورة إعذار الملتزم قبل وضع المرفق تحت الحراسة، باعتبار أنه إجراء عاجل، يقصد به إنهاء توقف المرفق دون أدنى تباطؤ، حيث أن طبيعة الأشياء تقتضي علينا استبعاد الأعذار، وهنا لا ينفرد القانون العام بنظرية خاصة به، وإنما توجد في كل من القانونين العام والخاص، افتراضات يعتبر فيها المدين الذي تخلف عن أداء التزاماته مخطئاً دون أي إعذار، إذ يكفي مجرد عدم التنفيذ من جانبه لكي يعتبر معذراً.¹¹

وبالرغم من أن الإعذار قد اعترف به كضمان للمتعاقد، ولكن هنا يجب أن نتقدم المصلحة العامة التي يمثلها المنتفعون بالمرفق العام على المصلحة الخاصة التي يمثلها الملتزم.

غير أن عقد الالتزام، يمكن أن ينص على وجوب الإعذار¹²، وفي هذه الحالة يرى الفقه أن مثل هذا الشرط لا يكون مخالفاً للنظام العام، ولكن يجب أن لا تكون المهلة التي تعقب هذا الإعذار طويلة، لأنه كلما كان الالتزام مرتبطاً ارتباطاً وثيقاً بالسير المنتظم للمرفق العام، فإن أية مهلة للتنفيذ تمنح للملتزم سوف تكون عائقاً في هذا السير العادي للمرفق.

2- بالنسبة لجزاء سحب العمل من المقاول في عقد الأشغال العامة:

يعد الإعذار من أهم الشروط الأساسية التي يجب على الإدارة إتباعها قبل توقيع جزاء سحب العمل من المقاول، فالإعذار يعد إثباتاً قانونياً لحالة تأخر المقاول في تنفيذ التزاماته، وأن يعقب هذا الإعذار مهلة كافية لكي يُصلح مخالفاته، ويعتبر هذا الجزاء معيباً إذا لم يسبقه إعذار صحيح، وهذا ما أخذ به المشرع الجزائري حيث جعل المدّة لا تقل عن 10 أيام ابتداءً من تبليغ الإنذار ما عدا في الحالات المستعجلة.¹³

3- بالنسبة لجزاء الشراء على حساب ومسؤولية المتعاقد في عقد التوريد:

يعتبر الإعذار السابق المقدمة العادية لأي إجراء ضاغط، ولا يوجد هنا أي سبب لاستبعاد هذا المبدأ وفي حالة تخلف الإعذار فإن إجراء الشراء يُعتبر معيباً ولا يتحمل المورد المقصر نتائجها.

ثالثاً - تطبيق ضمانّة الإعذار على الجزاءات الفاسخة:

تعتبر الجزاءات الفاسخة الامتياز السلطوي الأخير الذي تلجأ له الإدارة المتعاقدة لحسم مسألة عدم التزام المتعاقد معها بأداء التزاماته التعاقدية، مما يترتب عنه إستبعاد المتعاقد نهائياً عن تنفيذ العمل موضوع العقد، حيث يتخذ شكلان أحدهما يطبق على عقد الامتياز وهو ما يدعى بالإسقاط والآخر يطبق على عقدي الأشغال العامة والتوريد حيث سوف نتطرق لضمانّة الإعذار على النوعين.

1- تطبيق الإعذار على جزاء الإسقاط لعقد الالتزام:

من المسلم به فقهاً وقضاً بضرورة إعدار الملتزم مسبقاً بإسقاط الالتزام ولم يتردد القضاء في رفض طلب الإدارة الحكم بهذا الجزاء أو في إلغاء قرارها المباشر به عندما يتبين أن الملتزم لم يُعذر ومع ذلك فإن العقد يمكن أن ينص على إعفاء الإدارة من إجراء الإعذار، وفي هذه الحالة يجب أن تكون عبارة العقد واضحة وقاطعة.¹⁴

2- تطبيق ضمانّة الإعذار على جزاء الفسخ في العقود الأخرى:

من المسلم به وجوباً إعدار المتعاقد مسبقاً بالفسخ الجزائي ومنحه فترة معقولة تسمح له بأداء التزاماته، ويُعتبر الفسخ غير المسبوق بهذا الإجراء معيباً. وتعفى الإدارة من الإعذار إذا نص العقد على ذلك، وفي هذه الحالة يجب أن يُفسر هذا النص بطريقة ضيقة باعتباره استثناءً من قاعدة عامة لما في هذا الإعفاء من خطورة بالنسبة للمتعاقد.¹⁵

ونلاحظ بأن سبب اشتراط الإعذار لفسخ عقدي الأشغال العامة والتوريد يرجع إلى الأسباب التالية:¹⁶

- خطورة جزاء الفسخ وما يترتب عليه، مقارنة بأنواع الجزاءات الأخرى.

- يشكل الأضرار عنصرا مهما، بالنسبة للمتعاقد، فقد يُفضي أعماله تاليف المتعاقد لأخطائه، وتتجنب الإدارة في هذه الحالة أي تعطيل قد يُصيب المرفق العام.

الفرع الثالث: حالات الإعفاء من الإضرار والآثار القانونية المترتبة عنه

إن قاعدة الإضرار كشرط وضمان من الضمانات التي وضعها المشرع لصالح المتعاقد مع الإدارة قبل توقيع الجزاء عليه، إلا أنها لا تخلو من بعض الاستثناءات التي تعفي الإدارة من ضرورة الإقدام على هذا الإضرار، كما يترتب على الإضرار العديد من الآثار القانونية وسوف ندرس كل من حالات الاعفاء والآثار القانونية المترتبة على تطبيق ضمانة الاعذار في هذا الفرع.

أولا - حالات الإعفاء من الإضرار:

إن قاعدة الإضرار كشرط وكضمان من الضمانات التي وضعها المشرع لصالح المتعاقد مع الإدارة قبل توقيع الجزاءات عليه، إلا أنها لا تخلو من بعض الاستثناءات التي تُعفي الإدارة، من ضرورة الإقدام على هذا الإجراء، وأبرز تلك الحالات المتفق عليها هي:

1- النص صراحة على إعفاء الإدارة من الإضرار في العقد أو في دفتر الشروط، حيث يجب أن يكون ذلك صريحا وواضحا، وذلك حتى يأخذ بها قاضي العقد في حالة ما إذا نشب نزاع بهذا الخصوص.

2- حالة الضرورة الملحة التي تُضيفها الظروف على تنفيذ العقد، كما هو الشأن في توريدات المواد والمهمات العسكرية خلال فترة الحرب، فإن المورد يعتبر كأنه قد أعذر بمجرد انتهاء المدّة المقررة للتنفيذ دون القيام به، وهذا ما قضى به مجلس الدولة الفرنسي في 27 مارس 1920 في قضية " Chelas " وحكمه في 1922/01/04 في قضية " Duros " ¹⁷.

3- حالة عدم جدوى الإضرار؛ وذلك إذا تعمد المتعاقد عدم التنفيذ، أو فقدته النهائي للقدرة على ذلك، وهنا يصبح من المنطقي أن تتخذ الإدارة الجزاء، دونما حاجة إلى إضرار مسبق أو عدم جدوى الإضرار بالنسبة لبعض الجزاءات كوضع المرفق تحت الحراسة.

4- حالة ارتكاب المتعاقد لأفعال الغش والتدليس في أثناء تنفيذ التزاماته.

ثانيا - الآثار القانونية المترتبة على الإضرار:

إن التزام الإدارة بإضرار المتعاقد طبقا للشروط القانونية، يترتب عليه عدد من النتائج القانونية التي يمكن أن يستخلصها فيما يلي:

1- توقيع الجزاء من قبل الإدارة بإرادتها المنفردة طبقا لبنود العقد وملحقاته.

2- يصبح المتعاقد المعذر مسؤولا عن التعويض لتأخره في التنفيذ، وذلك من وقت

إعذاره.

3- الإعذار ينقل تبعة الهلاك من طرف إلى آخر.

المطلب الثاني: عدم جواز توقيع جزاءات جنائية من طرف الإدارة على المتعاقد معها

إن الجزاءات الجنائية يقع مجال إعمالها خارج سلطة الإدارة الجزائية أثناء تنفيذ العقد الإداري، فلا يمكن للعقد ذاته أن يُحدد جزاءات جنائية، من أجل مخالفة الالتزامات التعاقدية التي ينص عليها¹⁸، مهما كانت جسامة المخالفات التي يرتكبها المتعاقد، مع التسليم بأن الإدارة تستطيع أن تُضْمَن عقودها شروطا استثنائية، إلا أن تلك الشروط لا يمكن أن تصل إلى حد النص على تخويل الإدارة توقيع عقوبات جنائية على المتعاقد معها، فتعتبر باطلة لمخالفتها النظام العام¹⁹.

وهذا لا يعني تجاهل حقيقة أن بعض الأخطاء التعاقدية تعد في نظر المشرع، جريمة يعاقب عليها بنص مباشر من القانون. حيث يتوقف توقيع هذا النوع من الجزاءات على اعتبار عدم وفاء المتعامل المتعاقد، فوق كون هذا الإخلال يمثل خطأ عقديا يشكل كذلك جريمة يعاقب عليها قانون العقوبات، وذلك تطبيقا لمبدأ "لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص"²⁰.

حيث أن وجود نص تجريبي، يعني تقرير قاعدته الأساسية من قواعد القانون الجنائي، وهي قاعدة شرعية الجرائم والعقوبات، وبمقتضى هذه القاعدة، أن الجريمة لا يُنشؤها إلا نص قانوني، فإذا لم يوجد مثل هذا النص، فلا يحق البحث عن التجريم والعقاب من مصدر آخر.²¹

فالنسبة للمشرع الجزائري، فقد تجسدت العقوبات الجنائية التي يمكن أن تكون محل تطبيق على المتعاقد المقصر في تنفيذ التزاماته في نص المادة 161 فقره 01 من قانون العقوبات والتي نصت على: "كل شخص مكلف يتخلّى إما شخصيا أو كعضو في شركة توريد أو مقاولات أو وكالات تعمل لحساب الجيش الوطني الشعبي، عن القيام بالخدمات التي عهدت إليه، ما لم تكرهه على ذلك قوة قاهرة، يعاقب بالسجن من خمس سنوات إلى عشرة سنوات، وبغرامة لا تتجاوز مقدارها ربع التعويضات المدنية، ولا تقل عن مبلغ 2000 دج كل ذلك دون الإخلال بتطبيق العقوبات الأشد في حالة المخابرة مع العدو ويحكم على متعهدي التموين أو عملائهم أيضا بهذه العقوبة عند مشاركتهم في الجريمة".

أما إذا وقع تأخير عن التسليم أو في الأعمال بسبب الإهمال دون التخلف عن القيام بالخدمات، فيعاقب الفاعلون بالحبس من 6 أشهر إلى 3 سنوات، وبغرامة لا تتجاوز ربع التعويضات المدنية ولا تقل عن 500 دج²².

في حين نجد أن المادة 163 فقره 1؛ تعالج حالات الغش وما يقابلها من عقوبات جنائية إذ نجدها أفادت بأن: "إذا وقع غش في نوع وصفة أو كمية الأعمال أو اليد العاملة أو الأشياء

المورد، فيعاقب الجنأ بالسجن من خمس سنوات إلى عشر سنوات وبغرامة لا تتجاوز ربع التعويضات المدنية ولا تقل عن 2000 دج".

كما أن بعض أخطاء الماولين تعتبر جريمة جنائية، وفقا لقانون العقوبات وهذا ما ذكر في الماد 18 فقر ب من دفتر الشروط الإدارية العامة الخاص بالأشغال العامة المتعلقة بالأشغال لصالح وزارة الدفاع الوطني والتي تنص: "عندما يكشف الماؤل أو الماؤلون الضريون عمل... فيتعين عليهم ينذروا فوراً مهندس الدائرة، أو المهندس المعماري، والا يقع عليهم المتابعة عند الاقتضاء طبقاً للماد 100 من قانون العقوبات..."

أما عن تحريك الدعوى فقد قصرها المشرع الجزائري على وزير الدفاع الوطني، فإذا لم تحرك هذه الدعوى من قبل الوزير فإن المحاكمة لا يمكنها أن تتم.²³

كما أن تطبيق هذه الجزاءات الجنائية لا يقتضي وجوب إذار مسبق، لأنه لا فائدة ترجى منه في مثل هذه الحالات.²⁴

وبالتالي فإنه لا يجوز للإدارة كقاعده عامة، أن توقع عقوبات جنائية على المتعاقدين معها مهما كانت جسامه المخالفات التي يرتكبونها، فللإدارة أن تطلب من القاضي الجنائي تطبيق العقوبة المقررة لهذه أو تلك من الجرائم أو المخالفات.

وقد تطابق المشرع الجزائري مع نظيره الفرنسي من حيث أن النصوص الجنائية لا تسري إلا على المخالفات المنصوص عليها على سبيل الحصر في حالة التأخر في تموين الجيش. ويرجع ذلك إلى عدة أسباب يتمثل أهمها في ضمان السير المنتظم لمرفق توريدات الجيش، إذ قد يتعرض الدفاع الوطني للخطر من السير السيئ لهذا المرفق، فأى نقص في المؤونة أو العتاد، أو حتى مجرد التأخير في هذه التوريدات، يمكن أن يغير كل خطط القائد ويؤثره على التتقهر، وكذلك فإن جودة الأصناف الموردة ليست أقل أهمية، فتسليم أسلحة فاسدة أو مؤونة معيبة فلا يعتبر غش بل أخطر بكثير ويقترب من الخيانة. وهذا ما يبرر قسوة القانون حتى يلزم موردي القوات المسلحة بأداء التزاماتهم بكل دقة ونزاهة.²⁵

المطلب الثالث: سلطة الإدارة في ممارسة إجراءات الضبط الإداري على المتعاقدين

لقد اختلف فقهاء القانون الإداري حول تعريف الضبط الإداري، ويرجع ذلك الاختلاف إلى تباين وجهات النظر حول هذه الوظيفة حيث يعرفه الفقيه (Delaubadere)، بأنه: "شكل من أشكال عمل الإدارة، والذي يتمثل في تنظيم نشاط الأفراد من أجل ضمان حفظ النظام العام".²⁶

كما يعرف كذلك: "بأنه نشاط وقائي مخصص الهدف، ذو حدود وضوابط، تمارسه الإدارة باستخدام أعمال قانونية ومادية من أجل حفظ النظام العام".²⁷

ويتبادر إلى الذهن سؤال حول: هل تستطيع الإدارة أن تصدر لوائح ضبط خصيصا للمتعاقدين معها كوسيلة لإرغامهم على الوفاء بالتزاماتهم العقدية؟

وقد ظهرت اتجاهات في القضاء الفرنسي اتجاه يؤيد هذه اللوائح التي تستعملها الإدارة لإرغام المتعاقد معها على الوفاء بالتزاماته واتجاه يخالف هذه اللوائح²⁸.

1- حيث يرى الاتجاه الأول والذي أخذت به محكمة النقض الفرنسية: أن الإدارة تستطيع بمقتضى سلطتها في الضبط الإداري، أن تتخذ قرارا تدعوا به المتعاقد إلى أداء التزاماته المبينة في دفتر الشروط، وأن يكون لهذه القرارات جزاءات لائحة البوليس.

ويلاحظ بأن محكمة النقض الفرنسية تقيم نظريتها على الأسس التالية:

أ- إن للسلطة العامة سلطة ضبط إداري عامة لا يمكن أن تنتازل عنها، وبذلك لا يعتبر العقد عقبة قانونية تحول دون ممارسة هذه السلطة العامة في الضبط الإداري.

ب- إن السلطة العامة عندما تجبر الملتزم على تنفيذ التزامات متعلقة بالأمن والسكينة والصحة العامة، فإنما تقوم بعمل ضبط إداري، ولا تستخدم سلطاتها للوصول إلى هدف غير هدف المنفعة العامة المحدد من القانون.

ج- إن لائحة الضبط الإداري تبقى لائحة عامة، بكونها تخاطب الملتزم أيضا، فهي تقصد الجمهور والملتزم معاً.

2- أما الاتجاه الثاني، والذي وضعه مجلس الدولة الفرنسي حيث يرى بأنه ليس للإدارة أن تستعمل سلطات البوليس استعمالا منحرفا، بقصد إجبار المتعاقد على الوفاء بالتزاماته التعاقدية، وبذلك لا تستطيع الإدارة أن تضيف صفة لائحة الضبط الإداري على دفتر الشروط، كما أنها لا تستطيع أن تصدر لائحة ضبط إداري، لا تستهدف منها سوى إجبار المتعاقد على الوفاء.²⁹ فذلك يعنى الانحراف بهذه السلطة عن هدفها المشروع.³⁰ كل هذه المحاولات قد قضى عليها مجلس الدولة الفرنسي باستمرار وكان ذلك في حكمه الصادر في 1923/01/05 قضية *gaz Société industrielle du*. وقد أيد الكثير من الفقهاء هذا الرأي، ومن بينهم الفقيه "جيز" والفقيه "بيكينوه".

ويبدو لنا أن مجلس الدولة الفرنسي كان أكثر صوابا، فالإدارة عندما تعطى لها وسيلة الضبط الإداري لإرغام المتعاقد على تنفيذ التزاماته تكون قد استعملت سلطة ليست مخصصة لذلك، وإنما أعطيت لها من أجل تحقيق هدف آخر، وهذا هو الانحراف بعينه.

المبحث الثاني: الرقابة القضائية كضمانة لاحقة على توقيع الجزاء التعاقدى

إن الرقابة القضائية اللاحقة على قرار الإدارة بتوقيع الجزاء على المتعاقد المقصر عن تنفيذ التزاماته التعاقدية، تعد واحداً من أهم الخصائص التي يتميز بها النظام القانوني المنظم لهذه السلطة.

حيث تُعد هذه الرقابة، من أبرز القيود التي تحد من سلطة الإدارة في توقيع الجزاء في العقد الإداري، كما تشكل أبرز ضمانة حقوقية للطرف الآخر في العلاقة التعاقدية وإن هذا الحق كفله المشرع الدستوري، كما تضمنته التشريعات العادية.

المطلب الأول: تعريف الرقابة القضائية وأهميتها في مجال العقود الإدارية

لقد استقر فقه القانون العام على أن الضمان الحقيقي والفعال لمبدأ المشروعية، يتمثل في إخضاع تصرفات السلطات العامة للرقابة القضائية، وذلك حتى يكتمل نظام دولة القانون من جهة، وتعزز المبادئ التي يرتكز عليها من جهة أخرى، فلا بد من أن يكون للمواطنين سلاحاً فعالاً يحول دون تعسف الإدارة أو تماديها في التعسف بعد وقوعه، لذلك فإن خضوع الإدارة لرقابة القضاء يمثل أهم ركن في بناء دولة القانون. ومنه سوف نتطرق لإعطاء تعريف للرقابة القضائية وبعدها سوف نكشف عن مدى أهميتها في مجال العقود الإدارية.

الفرع الأول: تعريف الرقابة القضائية

لقد اختلف علماء الإدارة العامة حول وضع تعريف اصطلاحى للرقابة، وأن الآراء الفقهية قد تنوعت وتعددت بهذا الصدد، حيث انحصر خلافهم في كون الرقابة حق أم أسلوب عمل. وكذلك حول طبيعتها هل هي أداة تخويف وتهديد أم أداة يراعى فيها الجانب الإنساني. وبالرغم من هذا الاختلاف فقد سعى الكثير من الفقهاء إلى التوصل لأنسب تعريف يجمع بين المبادئ القانونية والإدارية للرقابة القضائية، حيث تعرف الرقابة القضائية بأنها: "تلك السلطات والصلاحيات الممنوحة للمحاكم العادية أو الإدارية، استناداً إلى نصوص قانونية والتي يكون بموجبها لهذه المحاكم سلطة الفصل وإصدار أحكام في المسائل التي تكون الإدارة طرفاً فيها، بما يكفل حقوق وحريات الخصوم".³¹

الفرع الثاني: أهمية الرقابة القضائية

يعد القضاء المرجع والملاذ الحقيقي الذي تلجأ إليه الإدارة والأفراد على حد سواء للتأكد من الالتزام بمبدأ المشروعية. وتعتبر الرقابة التي تباشرها المحاكم لضمان المشروعية من أنواع الرقابة المهمة التي تمارسها على أعمال الإدارة، علماً أنها لا تتحرك تلقائياً إلا عن طريق الطعون المقدمة من ذوي المصلحة وتباشرها المحاكم لما لها من ولاية على الأشخاص العامة كانت أم الخاصة، فباستقلال القاضي من جهة، وإطلاعه القانوني من جهة أخرى، بالإضافة إلى

حيازهُ القرار لِحجية الشيء المقضي فيه كلها عوامل تؤثر في رسم الخطوط أو السياسة العامة للرقابة القضائية، وفي تحديدها من ناحية المضمون والأهداف³². حيث أن الرقابة الإدارية لا يمكن أن تُوفي بالغرض المرجو من ضمان سيادة مبدأ المشروعية، لأنه يأخذ عليها أن الإدارة هنا تكون حكما وخصما في نفس الوقت، وقد لا يجد موظف الإدارة أو مصدر القرار من السهل عليه الرجوع عن أخطائه، أما الرقابة القضائية فتعد ضمانا حقيقيا لمصلحة الأفراد وحقوقهم، فهي تعطيهم سلاحا بمقتضاه يستطيعون الالتجاء إلى جهة مستقلة تتمتع بضمانات حصينة من أجل إلغاء أو التعديل أو التعويض عن الإجراءات التي تتخذها السلطات العامة المخالفة للقواعد القانونية المقررة.³³

المطلب الثاني: القضاء المختص بالنظر في منازعات العقود الإدارية

الفرع الأول: ولاية القضاء الكامل

من المسلم به، أن المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية تنتمي أصلا إلى القضاء الكامل، حيث يختص القاضي الإداري بالنظر في كافة المنازعات القضائية الناشئة بين طرفي العقد باستثناء تلك المسائل الأولية التي تدخل بطبيعتها في اختصاص القاضي العادي مثل: أهلية المتعاقدين وغيرها.³⁴

كما تخرج منازعات عقود الإدارة التي تبرمها وفقا للقانون الخاص من دائرة القضاء الإداري في صورة القضاء الكامل، ومن ثم خضوعها لرقابة القضاء العادي، وذلك على السواء بالنسبة إلى الدول التي تأخذ للنظام القضاء المزدوج، أو تلك التي تأخذ بالنظام القضائي الموحد.

يجب الإشارة إلى أن منازعات العقود الإدارية في الدول ذات النظام القضائي الموحد، تخضع للجهة القضائية عينها التي تخضع لها منازعات عقود الإدارة المدنية وعقود الأفراد. ومن المفيد التذكير أن قواعد الاختصاص المتعلقة بالولاية القضائية، هي قواعد أمر، ومتعلقة بالنظام العام، وقد تدخل المشرع الدستوري في تنظيمها إلى جانب المشرع العادي. فلا تستطيع الإدارة أن تُعدل فيها، ولا يجوز لها أيضا أن تتفق على مخالفتها مع من يتعاقد معها. حيث يرى جانب من الفقه أن اختصاص القضاء الإداري بالنظر في منازعات العقود الإدارية تعد من ضمن الشروط الاستثنائية غير المألوفة في مبادئ القانون الخاص.

الفرع الثاني: القضاء المختص بالنظر في منازعات الصفقات العمومية في الجزائر

وسوف نوضح كيفية حل منازعات الصفقات العمومية الخاصة بقرار الجزاء مع تبيان القضاء المختص بالفصل فيها على النحو التالي:

أولاً - اختصاص القضاء الإداري:

ويمكن القول بأن المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية ومن ضمنها تلك التي تنشأ في أثناء ممارسة الإدارة لسلطتها في فرض الجزاءات المختلفة في أثناء تنفيذ العقد الإداري تخضع جميعاً لاختصاص قاضي العقد الإداري وبالرجوع إلى المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، في مادته 153 والتي تنص: "تسوى النزاعات التي تطرأ عن تنفيذ الصفقة في إطار الأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها، غير أنه يجب على المصلحة المتعاقدة، دون المساس بتطبيق الفقرة أعلاه، أن تبحث عن حل ودي للنزاعات التي تطرأ عند تنفيذ صفقاتها..."³⁵

ويبدو واضحاً أن مرسوم الصفقات العمومية من خلال ما نصت عليه هذه المادة نجده قد أرسى قاعدته الحل الودي للنزاع الناتج عن التنفيذ، وهذا تضاداً للنزاع القضائي الذي يكلف أطرافه طول الإجراءات وطول الانتظار.³⁶

وحسناً فعل مرسوم الصفقات العمومية الجزائري حينما تبنى مبدأ الحسم الودي لنزاعات الصفقات العمومية في مرحلة التنفيذ، وذلك حتى لا تتعطل المشاريع العمومية، وحتى يمكن أطراف النزاع من إيجاد حل يناسبهم، حداً لمنازعة طرأت أثناء التنفيذ وحتى يتم بهذا الحسم في أمر المنازعة مواصلة التنفيذ لما يضمن في النهاية استلام المشروع في آجاله، وهو ما يتماشى وهدف خطة الصفقات العمومية في القطاعات المختلفة للدولة.³⁷

وبالرجوع إلى نفس المادة في فقرتها الثانية نجدها قد وضعت ضوابط للحل الودي وحدود حيث نصت على أن الحل الودي يجب أن يراعى فيه ما يلي:

1- أن تحترم الإدارة المعنية التشريع والتنظيم الجاري به العمل وأن لا تخالفه: فكل اتفاق لحسم النزاع يتعارض مع أحكام التشريع أو التنظيم يقع باطلاً ولا يرتب أي أثر بالنسبة لأطرافه.

2- الحرص على إيجاد التوازن في تحمل التكاليف بين الطرفين المتعاقدين: فقد تظهر أثناء التنفيذ ظروف تفرض على المتعامل المتعاقد تحمل نفقات أكثر فحين المطالبة بها يجب على الإدارة المعنية أن تأخذ بعين الاعتبار هذه الظروف الجديدة، وتنصف المتعامل المتعاقد، وتحاول أن تحسم الأمر ودياً دون أن ترهقه باللجوء إلى القضاء للمطالبة بحقه.

3- التوصل إلى إسراع إنجاز لموضوع الصفقة: فقد كان المشروع ملحاً في إعطاء عامل الزمن أهمية في الصفقة، فكلما تم التوصل إلى حل ودي وضبط الاتفاق في وثائق رسمية كان ذلك أنفع بالنسبة لزم تنفيذ العمل موضوع الصفقة.

4- البحث عن تسوية نهائية في أسرع وقت؛ حتى لا يتسبب النزاع الناتج عن التنفيذ في زعزعة استمرارية الصفقة.

وقد نص المرسوم الرئاسي المنظم للصفقات العمومية على امكانية رفع طعنٍ أولاً أمام لجنة التسوية الودية للنزاعات الناجمة عن تنفيذ الصفقات العمومية وذلك قبل اللجوء إلى القضاء في حالة عدم التوصل إلى حل ودي للنزاع وهذا ما نصت عليه المادة 153 الفقرة 03 من المرسوم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفضيصات المرفق العام حيث نصت: " في حالة عدم اتفاق الطرفين يعرض النزاع أمام لجنة التسوية الودية للنزاع، المنشأة بموجب احكام المادة 154 اعلاه..." اما عن المادة 154 فقد نصت: "تنشأ لدى كل وزير ومسؤول هيئة عمومية وكل والي لجنة للتسوية الودية للنزاعات الناجمة عن تنفيذ الصفقات العمومية..."، كما نصت المادة 155 من نفس المرسوم: "يمكن للمتعاقل المتعاقد والمصلحة المتعاقد عرض النزاع على اللجنة..."

وقد فرض على اللجنة أن تحسم في النزاع المعروض عليها خلال 30 يوماً ابتداءً من تاريخ إيداع الطعن.³⁸

وفي حالة عدم حسم النزاع بالطريقة الودية فإن المشرع كفل للمتعاقل المتعاقد أحقية اللجوء إلى القضاء ويثور التساؤل هنا حول التظلم أمام هذه اللجنة هل هو اختياري أو إجباري؟

بالرجوع إلى المرسوم الرئاسي 15-247 نلاحظ أن هنالك تضارب بين المادتين 155 و153. حيث نجد أن المادة 153 نصت: "... يجب على المصلحة المتعاقد أن تبحث عن حل ودي للنزاعات وعباراً"، يجب تفيد الإلزام والوجوب.

إلى أنه بالرجوع إلى نص المادة 155. نجدها تذكر عبارة يمكن أي تفيد الجواز والاختيار أي أنه بإمكان الطرفين اللجوء إلى القضاء مباشرة دون سلك الطريق الودي لحل النزاع، ويبقى هنا الأمر غامضاً بالنسبة للمرسوم المنظم للصفقات العمومية، وبالرجوع إلى قانون الإجراءات المدنية والإدارية نجد أن المشرع جعل الطعن الإداري المسبق جوازي³⁹.

أما بالنسبة لتطبيقات مجلس الدولة الجزائري فنجد أنه قد أصدر قرار بتاريخ 15-06-2004 في قضية بغدادى ضد مدير التربية لولاية بشار حيث اعتبر فيه المجلس أن الطعن أمام اللجنة المختصة إجراءً جوهرياً يتوقف عليه قبول الدعوى شكلاً.⁴⁰

وقد أخذ المشرع الجزائري بالمعيار العضوي، والذي نصت عليه المادة 800 و801 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، والذي بينت فيه الاختصاص النوعي للمحاكم الإدارية حيث نصت المادة 800 على أنه: "المحاكم الإدارية هي جهات الولاية العامة في المنازعات

_____ أ. نوال ملوك - جامعة الطارف/ د. عصام حوادق - جامعة قسنطينة 1 (الجزائر)

الإدارية... " كما جاءت المادة 801: "تختص المحاكم الإدارية كذلك بالفصل في: "... دعاوى القضاء الكامل...".

كما جاءت المادة 804 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية وحددت الاختصاص الإقليمي لهذه المحاكم الإدارية.⁴¹

ويجب الإشارة إلى أن القاضي الإداري ينظر في المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية - التي تدخل ضمنها منازعات فرض الإدارة للجزاءات بطبيعة الحال - جنبا إلى جنب المنازعات الإدارية الأخرى، وقد عبر مجلس الدولة عن هذا مرارا، ومن ذلك ما أشار إليه في أثناء النظر في إحدى الطعون المستأنفة أمامه بقوله: "لا يتم رفع دعوى أمام الغرفة الإدارية، إلا بتطبيق الطعن في قرار أو عقد إداري صادر عن سلطة إدارية ذات صبغة إدارية..."⁴²

ويمكن أن نستخلص مما سبق قوله أن منازعات الصفقات العمومية في الجزائر ومن بينها منازعات الجزاءات أن المشرع قد خصها بأحكام خاصة وإجراءات مميزة.

أما عن عقد امتياز المرافق العامة وقد نظمته المشرع الجزائري ضمن مراسيم خاصة ولم يدرجه ضمن مرسوم الصفقات العمومية حيث نجد العديد من المراسيم والتعليمات والتي نظمت أحكام منازعات هذا العقد لاسيما المنازعات الناشئة عن ممارسة الإدارة لسلطة توقيع الجزاءات.

ثانيا - اختصاص القضاء العادي؛

يعود الاختصاص القضائي للمحاكم العادية للفصل في المنازعات المتعلقة بالصفقات العمومية التي يمكن للمؤسسات العمومية الخاضعة للتشريع الذي يحكم النشاط التجاري عندما تكلف بإنجاز عملية ممولة كلياً أو جزئياً بمساهمة مؤقتة أو نهائية من الدولة أو من الجماعات الإقليمية. وذلك طبقاً لمقتضيات وشروط المادة 06 من المرسوم الرئاسي 15-247 والتي تنص على أنه: "لا يطبق أحكام هذا الباب إلا على الصفقات العمومية محل نفقات... المؤسسات الخاضعة للتشريع الذي يحكم النشاط التجاري..." وذلك أن المادة 800 و801 ومن قانون الإجراءات المدنية والإدارية تنص على اختصاص المحاكم الإدارية بفض منازعات المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية، دون المؤسسات العمومية الخاضعة للتشريع الذي يحكم النشاط التجاري عندما تكلف بإنجاز عملية ممولة، كلياً أو جزئياً، بمساهمة مؤقتة أو نهائية من الدولة أو من الجماعات الإقليمية. وبما أن المشرع الجزائري قد أخذ بالمعيار العضوي فذلك يعني أن القاضي الإداري، يقضي بعدم الاختصاص في حال عرض منازعه أمامه تتعلق بهذا النوع من المؤسسات.

وهو ما أكدته مجلس الدولة الجزائري في كثير من قراراته⁴³. من حيث أن القاضي الإداري غير مختص للبت في النزاع القائم بخصوص صفقات المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري⁴⁴، أما عن المؤسسات العمومية الاقتصادية فهي تعد شخصا من اشخاص القانون الخاص وتخضع لقواعده في ابرام العقود. مما يعني خضوع منازعاتها للقضاء العادي، إضافة الى ذلك فان المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام قد نص في مادته 09 على عدم خضوع هذه المؤسسات لاحكام ابرام الصفقات العمومية، وبالتالي فالعقود التي تبرمها لا تأخذ وصف الصفقة العمومية ولا العقود الادارية، حتى وان ألزمها المشرع بتكييف ابرام صفقاتها مع مبادئ حرية الاستفادة والمساواة في التعامل بين المترشحين وشفافية الإجراءات. الا انه وكإستثناء تخضع في جانب من منازعاتها للقضاء الاداري وتبرم عقودا من طبيعة إدارية اذا كانت لحساب الدولة وبتمويل من الخزينة العمومية وكانت هذه المشاريع للمصلحة العامة⁴⁵.

وهذا مانص عليه القانون رقم 88-01⁴⁶، والذي الغي بمقتضى الأمر 01-04⁴⁷، ما عدى المادتين 55 و56 اللتان كرستا المعيار المادي حيث تنص المادة 55: "عندما تكون المؤسسة الاقتصادية مؤهلة قانونيا لتسيير مباني عامة او جزء من الاملاك العامة، وتكون المنازعة المتعلقة المراقبة الخاصة بملحقات املاك الدولة من طبيعة ادارية." كما أضافت المادة 56 من نفس القانون: "عندما تكون المؤسسة العمومية الاقتصادية مؤهلة قانونا لممارسة صلاحيات السلطة العامة تسلم بموجب ذلك وباسم الدولة ولحسابها، ترخيصات وعقود ادارية اخرى فان كفاءات وشروط ممارسة هذه الصلاحيات وكذلك تلك المتعلقة بالمراقبة الخاصة بها تكون موضوع نظام مصلحة يعد طبقا للتشريع والتنظيم المعمول به، تخضع المنازعات المتعلقة بهذا المجال للقواعد المطبقة على الادارة."

المطلب الثالث: أنواع الأحكام التي يصدرها القضاء في مجال منازعات العقود الإدارية الخاصة بالجزاء

القاضي الإداري في دعاوى القضاء الكامل يملك سلطات أكثر من مجرد الإلغاء، إذ أنه يستطيع أن يعدل أو يستبدل القرارات الإدارية التي سببت أضرارا للمدعي وللقاضي أن يحكم كذلك بالتعويضات في مقابل ما ألحقته الإدارة من أضرار للمدعي بسبب قراراتها⁴⁸ فالحكمة بعد أن تُقرر قبول الطعن، إذا توافرت فيه شروط القبول تنتقل إلى البحث في موضوع هذا الطعن، حيث يتمثل بحثها في صحة قرار الجزاء المطعون فيه من عدمه. وذلك على ضوء سبب أو أكثر من أسباب الطعن، أو أسباب عدم المشروعية، ودفع الجبهة الإدارية مصدره القرار وطلباتها، وبعدها تصدر حكمها في القرار المطعون فيه. وسوف نتناول تباعا هذه الأحكام وفقا لما يأتي:

الفرع الأول: الإلغاء

حين يشوب الجزء الإداري عيب في أحد أركانه أو شروط صحته، شأنه في ذلك شأن القرارات الإدارية على نحو ما تحكم به القواعد العامة، فإنه يكون باطلا - أيا كانت درجة البطلان - ولا يملك القاضي الطعن عند ذلك إلا استجابة للطاعن في طلبه بالحكم بإلغائه. ونجد أن هذا الحكم يحوز قوة الشيء المقضي فيه، وهي حجية يكون أثرها امتناع الإدارة عن تنفيذ الجزء الملغى إلا لأسباب غير تلك التي قضى بإلغائه لأجلها، حيث يسري هذا الحكم ليس في المستقبل، وإنما من وقت اتخاذ الجزء. حيث أن القاعدة تكمن في أن قاضي العقد يملك سلطة إلغاء القرارات غير المشروعة، والصادرة من الإدارة بمناسبة تنفيذ العقد.⁴⁹

الفرع الثاني: التعويض

إن قيام الإدارة بتنفيذ الجزء، قد يحدث ضررا للمتعاقد تتفاوت جسامته تبعاً لأثره، فحين يحكم القاضي بعدم مشروعية الجزء، فلا شك أن هذا يكون معناه أن الضرر الذي رتبته جاء على غير مقتضى القانون؛ الأمر الذي يثير لا محالة مسؤولية الإدارة، فهنا لا بد أن يقع التلازم بين عدم المشروعية والمسؤولية، لأن عدم المشروعية تمثل ركن الخطأ الموجب لقيامها.⁵⁰ ويعد تعويض المتعاقد عما لحقه من أضرار، الجزء الأصل لعد أسباب تتمثل فيما يأتي؛

1- لأنه الجزء الأصل في مجال مسؤولية الإدارة.⁵¹

2- باعتبار أن الربح هو الغاية من جراء إبرام العقد في حالة خطأ الإدارة، أما إثبات هذا الحق فهو يقع على عاتق المتعاقد، فالإدارة تكون دائماً مدعى عليها في المنازعات الإدارية وهو مركز قوي بالنسبة للمدعي، مع التشدد في ذلك وخاصة إذا كانت مخالفة الإدارة لالتزاماتها التعاقدية جاءت إعمالاً لسلطانها المشروعة.

الفرع الثالث: تعديل قرار الجزء

حين يجيز المشرع الطعن بطريق دعوى القضاء الكامل في الجزء الإداري، فإن القاضي في هذه الحالة يمد رقابته لأبعد مما تصل إليه رقابة الإلغاء، حيث أن المجال يكون متسع أمامه لا للقضاء بالتعويض فحسب بل للقاضي أن يخفض منه أو يقلل من مدته أو يخفف من شدته كما يراه مناسباً، ولكن مع التقيد بمبدأ هام هو (أن الطاعن لا يضار بطعنه)، ومقتضى أعمال هذا المبدأ في نطاق الإجراءات الإدارية أنه لا يجوز لقاضي الطعن تشديد الجزء المطعون فيه، بأي صورة من الصور سواء بأن يضيف عليه جزءاً آخر أو يزيد مدته عما قرره الإدارة، أو يرفع قيمته إذا كان جزءاً مالياً أو يفرض التزامات أخرى غير التي تطلبها الإدارة حتى لو كان القانون يتطلب ذلك.⁵² واستناد إلى قضاء مجلس الدولة الفرنسي نجد أن سلطة القاضي

تتباين، وتتفاوت عند مواجهته للجزاءات غير المشروعة فهي تتسع في بعض الجزاءات وتضيق في الجزاءات الأخرى.⁵³

بالنسبة للجزاءات المالية نجد أن سلطة القاضي تتمثل بالإعفاء منها إذا تبين له أنها وقعت خطأ أو تخفيفها إذا كانت مبالغ فيها، أو رد ما حصلت عليه الإدارة إذا حصلت عليه دون وجه حق.⁵⁴ فالنسبة لمجلس الدولة الفرنسي، نجده يذهب بأن قاضي العقد له أن يقرر إعفاء المتعاقد من دفع التعويض متى تبين له عدم صحة الأساس الذي بني عليه، كما له تخفيفه إذا كان مبالغاً فيه.⁵⁵ ونفس الشيء بالنسبة للقضاء الجزائري حيث قضت المحكمة العليا في حطماها الصادر 13 12 1968 والتي خفضت من نسبة غرامة التأخير نظراً لمسؤولية الإدارة جزئياً عن هذا التأخير.⁵⁶

الفرع الرابع: الفسخ القضائي للعقد لخطأ الإدارة

إن قاضي العقد، يملك سلطة فسخه، وذلك استناداً إلى طلب من المتعاقد مع الإدارة في حالة إخلالها بالتزاماتها العقدية، وهذا الفسخ يقابل حق الإدارة في فسخ العقد لخطأ المتعاقد. وهذا النوع من الفسخ يجب أن ينطق به القاضي، فلا يملك المتعاقد القيام بهذا الإجراء من تلقاء نفسه.⁵⁷ ويرجع هذا إلى 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.⁵⁸

خاتمة:

يمكن أن نستخلص من هذه الدراسة أن هنالك العديد من الحدود والضوابط التي تعد بمثابة ضمانات وضعها المشرع من أجل حماية المتعاقد، والتي يجب على الإدارة أن تحترمها وتراعيها قبل أن تتخذ أي جزاء تعاقدي تريد توقيعه، ونظراً لخطورة الآثار المترتبة لهذه الجزاءات على حقوق المتعاقدين مع الإدارة، يجب أن تكون مسبقة ببعض الإجراءات الضرورية وأن مخالفة الإدارة لهذه الإجراءات الملزمة يقيم مسؤوليتها التعاقدية اتجاه متعاقديها. وبما أن الجزاء التعاقدي يمر بمرحلتين مرحلة تسبق اتخاذ ومرحلة لاحقة له، فنجد أن هنالك ضمانات سابقة على توقيع الجزاء التعاقدي والمتمثلة في الإعذار حيث وجب على الإدارة التقيد به وذلك بإعطاء المتعاقد معها مدّة زمنية معقولة، تسمح له بالقيام بتنفيذ التزاماته والوفاء بواجباته وحتى لا يتفاجأ بتوقيع الجزاء عليه.

كما أن هنالك ضمانات لاحقة على توقيع الجزاء التعاقدي والمتمثلة في الرقابة القضائية سواء كانت رقابة مشروعية أو ملائمة. حيث رأينا أن منازعات العقود الإدارية الخاصة بالجزاء التعاقدي تكون خاضعة لولاية القضاء الكامل ويتمتع فيها القاضي الإداري

بسلطات واسعة تتجاوز سلطة الحكم بالإلغاء، فأثناء فصله في مشروعية القرار الجزائي فله أن يعدله أو يفسخه وأن يحكم بتعويض عادل للمتعاقد الذي أصابه ضرر نتيجة الاستعمال الغير المشروع لسلطة توقيع الجزاءات الإدارية من طرف الإدارة المتعاقدة. وقد توصلنا أخيرا لوضع مجموعة من الاستنتاجات والمقترحات نذكرها كما يلي:

الاستنتاجات:

1- توازن نظرية توقيع الجزاءات في العقد الإداري، كونها تُوفر للمتعاقد مع الإدارة مجموعة من الضمانات التي تعمل على الحفاظ على حقوقه، مما تشجع المستثمر على الإقدام على إبرام العقود الإدارية. من دون خوف من تعسف الإدارة، ومن أبرز تلك الضمانات والتي تعد حدودا للإدارة وهي الإعذار، وهي قاعدة ليست مطلقة إذ يمكن الاتفاق على الإعفاء منه، كما أنه لا يوجد شكل محدد له.

2- بالإضافة إلى ضمانات الرقابة القضائية على الجزاءات سواء كان ذلك من حيث الرقابة المشروعية أو الملائمة، وذلك من أجل التخلص من القرارات الجزائية الغير المشروعة والغير المبررة، بالإضافة إلى حق المتعاقد في المطالبة بالتعويض عما لحقه من ضرر.

3- إن القرار الصادر بتوقيع الجزاء على المتعاقد من الإدارة، هو من قبيل القرارات الإدارية المتعلقة بعملية التعاقد الإداري والتي يختص بنظر منازعاتها قاضي العقد في إطار دعوى القضاء الكامل، سواء من حيث الإلغاء أو التعويض أو التعديل باستثناء حالة القرارات الإدارية المنفصلة التي تخضع لدعوى الإلغاء وهي من ضمن القرارات الإدارية العادية والتي تختلف عن قرارات الجزاء.

4- إن ممارسة الرقابة القضائية على قرارات الإدارة الجزائية، يُعد تنبيها وتحذيرا للإدارة مما يدفعها إلى احترام القانون، ومعرفة القصور والنقص، والإلزام بمعوقات العمل الإداري، فضلا عن الكشف عن التجاوزات غير القانونية ومحاسبة المخالفين لأحكام القانون، فكلما كانت هذه السلطة مضبوطة وواضحة الأحكام والقواعد، كلما أثر ذلك إيجابا على حسن تنفيذ العقد الإداري.

المقترحات:

1- ضرورة التزام الإدارة بتسبب قراراتها الجزائية ضد متعاقديها لأهمية ذلك من الناحية العملية، وخاصة عند نشوء النزاعات بين أطراف العلاقة التعاقدية.

2- ضرورة إعداد المتعاقد، قبل توقيع أي من الجزاءات وخاصة فيما يتعلق بغرامة التأخير، لأن المتعاقد قد يستجيب إلى تنفيذ ما التزم به، بمجرد إعداده بتوقيع الجزاء، وأن يتضمن الإعداد

مدة كافية لتنفيذ المطلوب حسب بنود العقد، لأنه يمثل ضماناً لا غنى عنها للمتعاقد، وألا يتردد القضاء في الحكم بعدم مشروعية الجزاء غير المسبوق بالإعذار.

3- ضرورة بسط الرقابة القضائية على كافة القرارات والإجراءات التي تتخذها المصلحة المتعاقدة بمناسبة ممارستها سلطة توقيع الجزاء التعاقدية، حتى تلتزم هذه الأخيرة بقواعد المشروعية.

الهوامش:

- ¹ - جبران مسعود، معجم الرائد، دار العلم للملايين، بيروت، المجلد الأول، المجلد الثاني، 1978، ص 170.
- ² - عبد المجيد فياض، نظرية الإجراءات في العقد الإداري (دراسة مقارنة)، دار الفكر العربي، الطبعة الأولى، 1975، ص 93.
- ³ - المرسوم الرئاسي 15-247 المؤرخ في 2 ذي الحجة عام 1436 الموافق ل 16 سبتمبر سنة 2015، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتنظيم المرفق العام (ج ر 50 المؤرخة في 20.09.2015).
- ⁴ - عمار بوضياف، الصفقات العمومية في الجزائر، دار الجسور للنشر والتوزيع، الطبعة أولى، 2007، ص 158.
- ⁵ - القرار الوزاري الصادر في 21-11-1964 المتضمن دفاتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال لوزارة إعادة البناء والأشغال العمومية والنقل، ج.ر. 06 الصادرة في 1965 المعدل والمتمم.
- ⁶ - قرار وزير المالية رقم 11-28، المؤرخ في 28 مارس 2011، المحدد للبيانات التي يتضمنها الاعذار وأجال نشره، ج ر، عدد 24 الصادرة في 20 أفريل 2011.
- ⁷ - قرار وزير المالية 11-28 سبق ذكره.
- ⁸ - نصر الدين بشير، غرامة التأخير في العقد الإداري وأثرها في تسيير المرفق العام، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2007، ص ص 91-92.
- ⁹ - نذير بن محمد الطيب أوهاب، نظرية العقود الإدارية، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون، 2006، ص 104.
- ¹⁰ - نصر الدين بشير، مرجع سابق، ص 315.
- ¹¹ - عبد المجيد فياض مرجع سابق، ص 204.
- ¹² - André Delaabadère. *Traité théorique et pratique des contrats administratifs*, Tome 2, Paris, Librairie générale et droit de jurisprudence, 1956 p 158
- ¹³ - المادة 35 من القرار الوزاري الصادر في 21-11-1964 المتضمن دفاتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال لوزارة إعادة البناء والأشغال العمومية والنقل، ج.ر. 06 الصادرة في 1965 المعدل والمتمم.
- ¹⁴ - نذير بن محمد الطيب أوهاب، مرجع سابق، ص 167.
- ¹⁵ - عبد المجيد فياض، مرجع سابق، ص 281.
- ¹⁶ - سعيد عبد الرزاق باخبيرو، سلطة الإدارة الجزائية في أثناء تنفيذ العقد الإداري (دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق، بن عكنون، 2008، ص 348.
- ¹⁷ - حمدي ياسين عكاشة، العقود الإدارية في التطبيق العملي، المبادئ والأسس العامة، منشأة المعارف، القاهرة، مصر، 1998، ص 248.

¹⁸ - André Delaabadère: 1956, op.cit, T2, p 175

- ¹⁹ - سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، القاهرة، 2008، ص 535.
- ²⁰ - المادة 01 من الأمر 66-156 المؤرخ في 08-06-1966 المتضمن قانون العقوبات، جريدة رسمية عدد 49، المؤرخة في 11 يونيو 1966 المعدل والمتمم.
- ²¹ - عبد القادر رحال، سلطة المتعامل العمومي في توقيع الجزاءات على الماويل المتعاقد معه في القانون الجزائري، رسالة ماجستير في الإدارة والمالية، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، تيزي وزو، 1990، ص 221.
- ²² - المادة 162 من الأمر 66-156، المتضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم.
- ²³ - المادة 164 من الأمر 66-156، المتضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم.
- ²⁴ - عبد القادر رحال، مرجع سابق، ص 225.
- ²⁵ - عبد المجيد فياض، مرجع سابق، ص 309.
- ²⁶ - André Delaubadère et Venezia (Jean-Claude) et Gaudemet (Yves): *Traité de droit administratif*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, tome 1, 10e édition, 1988, p 643.
- ²⁷ - عادل السعيد محمد أبو الخير، البوليس الإداري، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2008، ص ص 90-91.
- ²⁸ - عبد المجيد فياض، مرجع سابق، ص 324.
- ²⁹ - سليمان محمد الطماوي، مرجع سابق، ص 536.
- ³⁰ - André Delaubadère, *op.cit*, T2, p 176.
- ³¹ - رشا محمد جعفر الهاشمي، الرقابة القضائية على سلطة الإدارة في فرض الجزاءات على المتعاقد معها (دراسة مقارنة) منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2010، ص ص 124-125.
- ³² - هاني علي الطهراوي، القانون الإداري، الكتاب الأول، عمان، 2011، ص 211.
- ³³ - رشا محمد جعفر الهاشمي، مرجع سابق، ص 126.
- ³⁴ - مفتاح خليفة عبد الحميد، المعيار المميز في العقود الإدارية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2007، ص 239.
- ³⁵ - المادة 153 الفقرة 1 من المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية.
- ³⁶ - عمار بوضياف، مرجع سابق، ص 219.
- ³⁷ - المرجع نفسه، ص 220.
- ³⁸ - المادة 155 فقرة 4 من المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.
- ³⁹ - المادة 830 من قانون 08-09 المؤرخ في 25 فيفري 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج.ر. 21 سنة 2008.
- ⁴⁰ - عمار بوضياف، مرجع سابق، ص 224.
- ⁴¹ - المادة 804 فقرة 2، 3 و 6 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.
- ⁴² - قرار رقم 8631 صادر عن الغرفة الثانية لمجلس الدولة بتاريخ 2001/11/12 منشور في مجلة مجلس الدولة، العدد 1، 2002، ص 145.
- ⁴³ - عمار بوضياف، مرجع سابق، ص 224.

- ⁴⁴ - القرار رقم 003889 الصادر بتاريخ 2002/11/15 (ز.ش) ضد المدير العام لمؤسسة التسيير السياحي للشرق (غير منشور) مشار إليه في مرجع للدكتور بعلي محمد الصغير: العقود الإدارية، دار العلوم، عنابة، الجزائر، 2005. ص 98.
- ⁴⁵ - عبد الحميد بن عيشة، اشكالات الاختصاص القضائي في مجال منازعات الصفقات العمومية، مقال منشور بالمجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسة الصادرة عن كلية الحقوق بن يوسف بن خدة جامعة الجزائر 1 المجلد 55، العدد 01، ص 198.
- ⁴⁶ - القانون القانون رقم 88-01، المؤرخ في 22 جمادى الأولى عام 1408 الموافق ل 12 يناير 1988، المتضمن القانون التوجيهي للمؤسسة العمومية الإقتصادية، ج ر، عدد 50.
- ⁴⁷ - الأمر رقم 01-04 المؤرخ في 20 أوت 2001، المتعلق بتنظيم المؤسسة العمومية الإقتصادية وتسييرها وخصوصتها، ج ر، عدد 11.
- ⁴⁸ - حسين فريجة، المبادئ الأساسية في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ديوان المطبوعات الجامعية، 2010، ص 336.
- ⁴⁹ - رشا محمد جعفر الهاشمي، مرجع سابق، ص 248.
- ⁵⁰ - المرجع نفسه، ص 252.
- ⁵¹ - سليمان محمد الطماوي، مرجع سابق، ص 551.
- ⁵² - محمد باهي أبو يونس، الرقابة القضائية على شريعة الجزاءات الإدارية العامة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2000، ص ص 236-237.
- 53 - André Delaubadère , *contrats administratifs* , op.cit,T2. p 142
- ⁵⁴ - عبد المجيد فياض، مرجع سابق، ص 105
- ⁵⁵ - André Delaubadère, *contrats administratifs*, op.cit,T2,p142.
- ⁵⁶ - Ahmed Mahiou, *cours d'institutions administratives*, o.p.u , Alger, 1976, p248.
- ⁵⁷ - عبد المجيد فياض، مرجع سابق، ص 551.
- ⁵⁸ - عبد العزيز عبد المنعم خليفة، تنفيذ العقد الإداري وتسوية منازعاته قضاءً وتحكيماً، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2008، ص 125، كذلك، أحمد محمود جمعة، العقود الإدارية طبقاً لأحكام قانون المناقصات والمزايدات، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2002، ص 333.