مجلة الدراسات القانونية المقارنة
EISSN:2600-6154 المجلد11/ العـــدد01 (2025)، ص.ص.175-191 ISSN:2478-0022

التعويض كجزاء إداري في الصفقة العمومية

The Role of Compensation as an Administrative Sanction in the Context of Public Procurement

فاطمة الزهراء بوجلال

Fatima Zohra BOUDJELAL

أستاذة محاضرة قسم "أ"، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة حسيبة بن بوعلي بالشلف (الجزائر)

مخبر القانون الخاص المقارن

Email:f.boudjelal@univ-chlef.dz

تاريخ إرسال المقال:2025/04/27 تاريخ القبول:2025/06/04 تاريخ النشر:2025/06/11

ملخص:

يُعدّ التعويض أحد الجزاءات المالية التي يمكن للمصلحة المتعاقدة في الصفقة العمومية توقيعها على المتعامل المتعاقد، عند تقاعسه أو امتناعه أو تأخره في تنفيذ التزاماته التعاقدية التي تربطه بها، ويهدف هذا الجزاء إلى تمكين الإدارة من جبر الضرر الذي لحق بها نتيجة الإخلال بالعقد، دون الحاجة للجوء إلى القضاء، وفقا لما تملكه الإدارة من سلطة لحماية المصلحة العامة.

وقد نظم المشرع الجزائري هذا الجزاء ضمن المادة 152 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، والذي ما لا يزال ساريًا إلى حين دخول النصوص التنظيمية الجديدة حيز التنفيذ، وفقا للمرسوم التنفيذي رقم 21-219 في مادته 119 الفقرة الثالثة، وكذا المادة 112 من القانون رقم 23-12 المتعلق بالقواعد العامة للصفقات العمومية.

كلمات مفتاحية:

التعويض، الصفقات العمومية، الجزاءات الإدارية، غرامة التأخير، الجزاءات المالية.

Summary:

procurement contract may impose on the contractor when the latter fails to fulfill, neglects, or delays the execution of contractual obligations. This administrative sanction serves primarily to enable the authority to recover damages incurred as a result of the contractual breach, without resorting to judicial proceedings, based on its prerogative to safeguard the public interest.

المؤلف المرسل: فاطمة الزهراء بوجلال **Email:**f.boudjelal@univ-chlef.dz

The Algerian legislator has regulated this penalty under Article 152 of Presidential Decree No. 15-247, which governs public procurement and public service delegations and remains applicable until the new regulatory texts, issued pursuant to Law No. 23-12 on the general rules governing public contracts, come into force. This is further reinforced by Article 119, paragraph 3 of Executive Decree No. 21-219 and Article 112 of the aforementioned law.

Keywords:
Compensation; Public procurement; Administrative sanctions; Delay penalties; Administrative financial penalties.

مقدمة:

تعدّ العقود الإدارية، وعلى رأسها الصفقات العمومية، من أبرز الوسائل التي تعتمدها الإدارة في تسيير المرافق العامة وتحقيق المصلحة العامة، وبحكم خصوصية هذه العقود، فإن الإدارة أو ما يصطلح على تسميتها بـ "المصلحة المتعاقدة" لا تقف على قدم المساواة مع المتعامل المتعاقد، بل تتمتع بجملة من الامتيازات التي تمكّنها من الحفاظ على سير المرفق العام بانتظام واضطراد.

فتتمتع المصلحة المتعاقدة بحق فرض جزاءات إدارية على المتعامل المتعاقد في حال تقاعسه عن تنفيذ التزاماته التعاقدية، سواء كان ذلك من خلال الامتناع الكلي عن تنفيذ هاته الالتزامات أو تقاعسه في تنفيذها، وتشمل هذه الجزاءات الإدارية جزاءات غير مالية، مثل سحب العمل من المتعامل المتعاقد والفسخ الجزائي، بالإضافة إلى جزاءات مالية، مثل مصادرة التأمين، وغرامة التأخير، والتعويض، هذا الأخير يمنح المصلحة المتعاقدة الحق في المطالبة بتعويض الأضرار التي لحقت بها نتيجة تقصير أو إهمال المتعامل المتعاقد دون الحاجة للجوء إلى القضاء، والجدير بالذكر أن الهدف من فرض هاته الجزاءات هو إلزام الطرف المتعاقد بتنفيذ التزاماته أكثر من كونه تعويضا عن الأضرار التي لحقت بالإدارة.

وقد نص المشرع الجزائري صراحة على جزاء التعويض في مجال الصفقات العمومية من خلال نص المادة 152 من المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام والذي يبقى ساري المفعول إلى غاية نشر النصوص التنظيمية، المزمع اعتمادها تطبيقا لأحكام هذ القانون طبقا لنص المادة 112 من القانون رقم 23-12 المتعلق بالقواعد المطبقة على الصفقات العمومية والمادة 119 في فقرتها الثالثة من المرسوم التنفيذي رقم :21-219 المتضمن الموافقة على دفتر البنود الإدارية العامة المطبقة على الصفقات العمومية للأشغال، وعليه فإن أهمية التطرق إلى موضوع سلطة المصلحة المتعاقدة في فرض التعويض، خصوصا أمام غياب توحيد تام للمفاهيم وإبراز حدود الصلاحيات بين النصوص المختلفة وعليه فإن الإشكالية التي تسعى هاته الدراسة لمعالجتها تتمثل في: ما هي حدود سلطة المصلحة المتعاقدة في فرض التعويض على المتعامل المتعاقد في الصفقة العمومية ؟

لمعالجة هذه الاشكالية تم تقسيم هذا العمل إلى مبحثين أساسين تضمن الأول مفهوم التعويض أما الثاني فيعالج تقدير التعويض وتحصيله ومسألة جواز الجمع بينه وبين الجزاءات الإدارية الأخرى، معتمدين في هاته الدراسة على المنهجين الوصفي والتحليلي أين تم الاعتماد على الأول عند إبراز المفاهيم وتحديد المعنى بالمصطلحات، أما التحليلي فتم

اعتماده لمعالجة مختلف النصوص القانونية الناظمة لهذا الموضوع كما تم الاعتماد على المنهج المقارن والذي يفرض نفسه من خلال الربط والمقارنة بين التشريع الوطني والتشريعات المقارنة وعلى رأسها التشريعين الفرنسي والمصري.

المبحث الأول: مفهوم التعويض باعتباره جزاءا إداريا

إن التعويض كجزاء إداري مخول للمصلحة المتعاقدة والذي يقصد به مبلغ تقدره المصلحة المتعاقدة لجبر الضرر اللاحق بها نتيجة اخلال المتعامل المتعاقد بالتزاماته التعاقدية، وبالتالي هذا خروج عن القاعدة العامة التي تمنح حق تقدير التعويض للقاضي، ولا يحكم به إلا بتوافر شروطه المتمثلة في الخطأ، الضرر والعلاقة السببية، غير أن المشرع الجزائري لم يتطرق لتعريف التعويض تاركا ذلك للفقه، هذا الأخير الذي اختلف حول الطبيعة القانونية لجزاء التعويض في العقد الإداري ومنها الصفقة العمومية كإحدى صوره حول إن كان من الجزاءات المالية من عدمها.

وعليه سنتناول في المطلب الأول من هذا المبحث تعريف التعويض وتحديد طبيعته القانونية، أما المطلب الثاني سيتناول شروط التعويض.

المطلب الأول: تعريف التعويض وطبيعته القانونية

المشرع الجزائري بموجب نصوصه القانونية المنظمة للصفقات العمومية وآخرها القانون رقم 23-12 المؤرخ في05-08-2023 المتعلق بالقواعد العامة المتعلقة بالصفقات العمومية لم يتطرق لتعريف التعويض واكتفى بتعريفه للصفقة العمومية في المادة 2 منه على أنها " عقود مكتوبة، تبرم بمقابل، من قبل المشتري العمومي المسمى المصلحة المتعاقدة، مع متعامل اقتصادي واحد أو أكثر والمسمى المتعامل المتعاقد لتلبية حاجات المصلحة المتعاقدة في مجال الأشغال واللوازم والخدمات والدراسات، وفق الشروط المنصوص عليها في هذا القانون وفي التشريع والتنظيم المعمول بها" (**القانون رقم 23-12 ، 2023**)، وبالتالي ترك تعريفه للفقه، هذا الأخير تعددت تعاريفه غير أنه اختلف حول طبيعته القانونية، ومنه سنتطرق في الفرع الأول إلى تحديد المقصود بالتعويض والفرع الثاني طبيعته القانونية.

الفرع الأول: تعريف التعويض كجزاء إداري

كما وضحنا سابقا أن المشرع الجزائري بموجب نصوصه القانونية المنظمة للصفقات العمومية لم يتطرق لتعريف التعويض، وعند الرجوع إلى القانون المدني في مادته 124 منه نجدها تنص على " كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه، ويسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض" (**الأمر رقم 75-58، 1975**).

ما يمكن ملاحظته من خلال هاته المادة أنها حددت عناصر قيام المسؤولية المدنية وهي الخطأ والضرر والعلاقة السببية والتي بقيامها يُلزِم القاضي المتسبب بتعويض المضرور، دون تعريف التعويض واقتصرت على الإشارة إليه فقط، وهذا ما يدل على أن المشرع ترك تعريفه للفقه، والذي نجد منها تعريف الدكتور ابراهيم مُحَمَّد علي " بأنه هو المبلغ الذي يحق للإدارة أن تحصل عليه من المتعاقد في حالة إخلاله بالتزاماته التعاقدية لجبر الأضرار الناجمة عن ذلك" (**سلطان، 2010 ، صفحة 197**).

هذا التعريف جاء واضح ودقيق من خلال تبيان أن جبر الإدارة للضرر الذي أصابها من المتعامل المتعاقد يكون بتحصيلها مبلغ مالي منه جراء اخلاله، كما عرفه الدكتور سليمان الطماوي" بأنه جزاء للإخلال بالالتزامات التعاقدية، وذلك إذا لم ينص على جزاءات مالية لمواجهة هذا الإخلال" (**الطماوي، 2005، صفحة 509**).

غير أنه ما يؤخذ على هذا التعريف اقتصاره على أنه جزاء ناجم عن الاخلال المتعامل المتعاقد بالتزماته دون الإشارة إلى طبيعة التعويض الذي تحصله المصلحة المتعاقدة.

أما الدكتور جابر جاد نصار فقد عرّفه " بأنه هو جبر لأضرار أصابت الإدارة من جراء مخالفة المتعاقد معها لالتزاماته العقدية، وعلى ذلك فإن التعويض يكون لمواجهة أضرار لحقت بالإدارة ويقدر بقدر هذه الأضرار والناتجة بطبيعة الحال عن خطأ المتعاقد مع الإدارة" (**نصار، 2006، صفحة 239**)، وهذا التعريف جاء واضح بدليل التطرق إلى أن تقدير التعويض يكون من طرف المصلحة المتعاقدة وبحسب الضرر الذي لحقها.

فما يستشف من خلال هاته التعاريف أنها وإن اختلفت في صياغتها إلا أن مضمونها واحد وهو قيام المصلحة المتعاقدة بجبر الضرر الذي أصابها من إخلال المتعامل المتعاقد، بتقديرها التعويض وتحصيله بنفسها من المتعامل المتعاقد دون اللجوء إلى القضاء، وهذا خروج عن القاعدة العامة التي تقتضي أن تقدير التعويض والحكم به يقوم من طرف القضاء والغاية منه تأمين حماية المال العام.

الفرع الثاني: الطبيعة القانونية للتعويض

لقد ثار خلاف فقهي حول طبيعة التعويض في نطاق العقود الإدارية ومنها الصفقة العمومية، فقد أنكر البعض أن يكون التعويض من بين الجزاءات المالية، والجزاءات المالية في رأيهم هي غرامات التأخير ومصادرة التأمين فقط، أما التعويض فإنه لا يعد من الجزاءات المالية كونه يطبق في العقود الإدارية وفقا للقواعد العامة في القوانين الخاصة (**كنعان، 1996، صفحة 303**)، إلا أن هذا الرأي تم انتقاده واعتبر غير صحيح لأنه ما دامت الإدارة لديها القدرة على الحصول على التعويض بنفسها دون عرض الأمر على القضاء مقدما فإن ذلك يكفي للقول بأن سلطة الإدارة تظهر بشكل واضح وجلي وبما يكفي لاعتبار التعويض نوع من الجزاءات المالية (**العندلي، 2015، صفحة 47**).

يمكن القول أن هذا الاتجاه غير سليم، لأن مسايرته ستؤثر على سير المرفق العام بانتظام وإطراد خاصة وأن هذا الاتجاه لا يسمح للمصلحة المتعاقدة باقتضاء التعويض بإرادتها المنفردة بموجب قرار إداري، وإنما عن طريق وجوب لجوؤها إلى القضاء الإداري، وهذا يستغرق وقتا طويلا باعتبار أن النظر في مسألة التعويض يكون على مستوى المحاكم الإدارية مهما كانت الجهة الإدارية التي أبرمت صفقة الأشغال العامة سواء مركزية كالدولة أو لامركزية كالبلدية أو الولاية، ويتم استئنافها أمام مجلس الدولة (**القانون رقم 08-09، 2008**).

بينما غالبية الفقه يرى بأن التعويض يعتبر من الجزاءات المالية ويدعمون اتجاههم بعدة أسباب، تتمثل بأن الإدارة تستطيع تحديد قيمة التعويض بإرادتها المنفردة دون أن ترجع ذلك للجهة القضائية، على عكس الوضع المعمول به في نطاق القوانين الخاصة، إذ لابد من الحصول على حكم من القضاء لتحديد قيمة التعويض، وكذلك فإن إعطاء هذه السلطة للإدارة في نطاق العقود الإدارية يتفق مع حسن سير المرافق العامة فبمقتضى حق التنفيذ المباشر تستطيع الإدارة

تحصيل حقوقها بشرط ألا يشوب تصرفاتها عيب إساءة استعمال السلطة، لذا ينبغي أن تقدر قيمة التعويض بموجب قواعد العدالة والإنصاف (برادعية، **2022**، صفحة **271**).

والاتجاه الذي نرجحه ذلك أن جزاء التعويض في نطاق العقود الإدارية بما فيها الصفقة العمومية يعد من الجزاءات المالية التي تستطيع الإدارة فرضها على المتعاقد المخل بالتزاماته العقدية دون اللجوء إلى القضاء لتمتعها بامتياز التنفيذ المباشر المخول لها قانونا عكس التعويض في القانون الخاص والذي لا يكون إلا بموجب حكم قضائي، بالإضافة لما يحتويه التعويض من جبر للضرر الذي يلحق بالإدارة.

هذا الرأي الأخير وإن لم ينص عليه المشرع الجزائري في القانون رقم 23-12 المتضمن القواعد المتعلق بالصفقات العمومية، غير أنه نص عليه في المرسوم الرئاسي رقم:15-247 الذي يبقى ساري المفعول إلى حين صدور نصوص تنظيمية جديدة طبقا للقانون السابق الذكر في مادته 152 منه، ولكن ليس صراحة لورود غموض في هذه المادة كونها لم توضح للمصلحة المتعاقدة في اقتضاء التعويض إن كان عن طريق قرار إداري بإرادتها المنفردة أو عن طريق اللجوء إلى القضاء، غير أننا بالرجوع إلى هاته المادة نجدها نصت على " لا يمكن الاعتراض على قرار المصلحة المتعاقدة بفسخ الصفقة العمومية عن تطبيقها البنود التعاقدية للضمان، والمتابعات الرامية إلى إصلاح الضرر الذي لحقها بسبب خطأ المتعاقد معها..."، وما يلاحظ على هذا النص أن المشرع استعمل مصطلح المتابعة وأن هذا الأخير لا يكون إلا أمام القضاء، هذا السبب الذي جعل المصلحة المتعاقدة لا تطبق هذا الجزاء عن طريق إرادتها المنفردة وإنما عن طريق اللجوء إلى القضاء، وهذا ما تأكدنا منه عند استفساراتنا من المصالح المتعاقدة، وكذا عدم ثبوت على مستوى القضاء الإدارية مخاصمة قرار إداري خاص بالتعويض قدرته المصلحة المتعاقدة من المتعامل المتعاقد.

غير أن القصور المبين أعلاه تداركه المشرع بموجب المرسوم التنفيذي رقم 21-219 المتضمن الموافقة على البنود الإدارية العامة المطبقة على الصفقات العمومية للأشغال من خلال نص مادته 3/119 بقولها " تقطع من المبالغ المستحقة للمقاول المتقاعس مبلغا لإصلاح الضرر الذي ألحق بالمصلحة المتعاقدة بسبب خطأ المقاول والأعباء الإضافية المترتبة عن الصفقة أو الصفقات الجديدة ..".

المطلب الثاني: شروط التعويض كجزاء إداري

إن كان للمصلحة المتعاقدة حق فرض جزاء التعويض على المتعامل المتعاقد المخل بالتزاماته التعاقدية دون اللجوء إلى القضاء، فأن ذلك يقتضي في المقابل احترامها لشروط توقيعه والمتمثلة في الخطأ والضرر والعلاقة السببية وهي العناصر التي وردت ضمن القواعد العامة في المادة 124 من القانون المدني المحدد للمسؤولية المدنية التقصيرية، وهي ذات العناصر تعتمد عليها المصلحة المتعاقدة هي الأخرى في تقدير التعويض الذي أصابها من إخلال المتعامل المتعاقد في تنفيذ الصفقة العمومية التي على عاتقه.

الفرع الأول: الخطأ العقدي

الخطأ العقدي هو إخلال المدين بتنفيذ التزاماته التعاقدية بغض النظر عن سبب هذا الإخلال سواء كان إخلالا ناجما عن عمد أو إهمال، والقانون المدني الجزائري يجبر المتعاقد على تنفيذ التزاماته التعاقدية والنصوص القانونية التي تفيد

بهذا المعنى متعددة منها المادة 106 والمادة 107 من القانون المدني الجزائري والمادة 164 من ذات القانون (**فاضل، 2006، صفحة 144**).

كما أن الخطأ العقدي يتمثل أيضا في عدم تنفيذ المدين لالتزاماته سواء كان عمدا أو عن إهمال سابق كما يتمثل في عدم التنفيذ الجزئي أو التنفيذ المتأخر أو الامتناع عما يوجبه القانون أو كان بالتنفيذ غير المطابق لما تم الإتفاق عليه، ويتحقق الخطأ أيضا إذا كان السبب في عدم التنفيذ راجع إلى غش المدين (**برادعية، 2022، صفحة 275**)، وهذه المبررات لا مانع من تطبيقها من المصلحة المتعاقدة في مواجهة المتعامل المتعاقد المخل بالتزامه التعاقدي في تحصيلها تعويض منه، غير أنه إذا كان عدم التنفيذ راجع إلى أسباب خارجية لا يد فيها للمتعامل المتعاقد كالقوة القاهرة أو مسؤولية المصلحة المتعاقدة، فإن المتعامل المتعاقد لا يكون مسؤولا عن ذلك، وهذا ما نصت عليه المادة 84 من القانون رقم 23-12 المتعلق بالصفقات العمومية والتي وردت ضمن العقوبات المالية والتعويض يعد كإحدى صورها بقولها "ينجز عن عدم تنفيذ الالتزامات التعاقدية من قبل المتعامل المتعاقد في الآجال المقررة أو تنفيذها غير المطابق، فرض عقوبات مالية من قبل المصلحة المتعاقدة، يعود قرار الإعفاء من دفع العقوبات المالية، بسبب التأخير إلى مسؤولية المصلحة المتعاقدة، ويطبق هذا الاعفاء عندما لا يكون التأخير قد تسبب فيه المتعامل المتعاقد، وفي حالة القوة القاهرة، تعلق الآجال ولا يترتب على التأخير فرض عقوبات مالية بسبب التأخير ضمن الحدود المسطرة في أوامر توقيف واستئناف الخدمة التي تتخذها المصلحة المتعاقدة نتيجة ذلك، وفي كلتا الحالتين، يترتب على الإعفاء من العقوبات المالية بسبب التأخير تحرير شهادة إدارية من المصلحة المتعاقدة".

وما يمكن ملاحظته من خلال المادة 84 من القانون رقم 23-12 في فقرتها الثانية أعلاه أن الحالة الأولى وردت تحت عبارة العنصر الأجنبي هذا الأخير قد يكون من الغير أو بسبب الدائن بينما في الصفقة العمومية اقتصرها على السبب الذي يعود إلى المصلحة المتعاقدة دون غيرها، بينما الحالة الثانية وهي القوة القاهرة والتي وردت أحكامها في القواعد العامة من القانون المدني.

الفرع الثاني: الضرر

لا يكفي وقوع خطأ من المتعامل المتعاقد لاستحقاق التعويض، وإنما يلزم أن يكون قد رتب ضررا للإدارة، ويبدو من هذه الناحية ذاتية التعويض، كجزاء عقدي عن غيره من الجزاءات التعاقدية الأخرى، لا سيما غرامة التأخير التي يمكن فرضها حتى ولو لم يقع ضرر أو الفسخ الذي لا يستلزمه (**العنزي، 2010، صفحة 90**).

ويقصد بالضرر في العقود الإدارية وهو الأذى الذي يصيب المصلحة المتعاقدة المضرور ويكون ناجما عن خطأ المتعامل المتعاقد، وبالتالي فإن التعويضات لا يمكن فرضها إلا إذا كان عدم التنفيذ من المتعاقد قد سبب ضررا للإدارة، وإذا كان الضرر أيضا وفي مجال العقود الإدارية يمثل مساسا بمصلحة أحد المرافق العامة (**برادعية، 2022، صفحة 276**)، فإنه يلزم لاعتباره موجبا للتعويض توافر شروط وهي:

أولا-يجب أن يكون الضرر مباشرا: ويعني به الضرر الذي يكون نتيجة طبيعية للخطأ الذي ارتكبه المتعاقد، أي يكون أثرا لعدم وفائه بالتزامه، أو التأخير في الوفاء به، وفق المجرى العادي للأمور.

ووصف الضرر بأنه مباشر لا يعني أنه يصيب حقا أو مصلحة للإدارة تلقائيا فحسب، وإنما يتبلور في إمكان تقديره مباشرة، بالخسارة التي لحقت الإدارة، والكسب الذي فاتها، ولا يكون كذلك إلا إذا قامت رابطة مسببة بينه وبين خطأ المتعاقد، بحيث يكون هذا الأخير هو سبب المباشر (**العنزي، 2010، صفحة 91**).

ثانيا–أن يكون الضرر حالا: بمعنى أنه تم وقوعه فعلا، أو أن يكون محقق الوقوع، أما إذا كان غير محقق الوقوع أو كان محتملا فلا تعويض عنه، أما الضرر الذي يتحقق في المستقبل فيعوض عنه ومثاله حالة ما إذا تم إبرام عقد إنجاز أشغال متمثل في إنجاز مدرسة سيتم إنجازها في المستقبل القريب وأخل المتعامل المتعاقد أو تقاعس في إنجاز هذه الأشغال أو تأخر في إنجازها فإن الضرر لم يتحقق في تلك الفترة لكنه سيتحقق مستقبلا عندما يراد إنجاز هذه الأشغال، وعندئذ يكون المتعاقد قد أصابه ضرر جراء تباطؤ المتعاقد الآخر في إنجاز هذه الأشغال بسبب عدم جلبه مواد البناء التي يعتمد عليها وفي هذه الحالة يكون للمصلحة المتعاقدة حق مطالبة المتعامل المتعاقد بالتعويض فورا.

ثالثا– لا يلزم أن يكون الضرر جسيما: بمعنى أنه يكفي أن يكون على قدر ولو بسيط من الجسامة، وهذا بمعناه أنه لا يلزم أن يكون جسيما حتى يقتضي التعويض، وإنما يكفي الضرر البسيط، ويقع على الإدارة عبء إثبات ذلك، باعتبار الذي يدعيه، اتباعا للأصل في إثبات بأن البينة على من أدعى، وهذا معناه أن حدها لا يقتصر عند حد الإدعاء بما لحقها من ضرر، وإنما عليها بيان عناصر هذا الضرر، والتدليل على تداعي إصابتها به (**برادعية، 2022، صفحة 277**).

رابعا– يتحقق الضرر بوقوع خطأ المتعاقد دون التحقق من نيته: بمعنى أن الضرر يتحقق سواء وقع الخطأ من المتعاقد عمدا أو عن إهمال أو قام بدون عمد أو بغير إهمال، إذ يكفي في قيام المسؤولية تحققه بذاته، بغض النظر عن الجانب أو الركن المعنوي، لأن العبرة فيما أحدثه من ضرر، و ما ترتب عليه من مساس بمصالح المرفق، لا بما إذا كان يقصده المتعاقد أم لا، ولذا قضت المحكمة الادارية العليا في حكمها الصادر بتاريخ 19-02-2002 بقولها" بأن المستقر عليه في قضاء هذه المحكمة أن الخطأ العقدي هو عدم قيام المدين بتنفيذ التزاماته الناشئة عن العقد، أيا كان السبب في ذلك، يستوي في هذا أن يكون عدم التنفيذ ناشئا عمد أو إهمال، أو فعله دون عمد أو إهمال" (**العنزي، 2010، صفحة 91، 92**).

الفرع الثالث: العلاقة السببية بين الخطأ والضرر

لا يكفي لقيام المسؤولية العقدية أن يوجد خطأ وضرر، بل يتعين أيضا أن يكون خطأ المتعاقد هو السبب في حدوث الضرر، وأن يكون هناك علاقة سببية ما بين الخطأ والضرر ولا يكلف الدائن بإثباتها، بل إن المدين هو الذي يكلف بنفي هذه العلاقة إذا ادعى أنها غير موجودة (**سلطان، 2010 ، صفحة 203**)، وبالتالي يقع عبء إثبات عدم وجودها أو نفيها على المدين، وتنتفي العلاقة السببية بإثبات أن الضرر لم يسببه خطأ المدين وإنما يعود إلى سبب أجنبي لا يد له فيه كالقوة القاهرة أو الحادث الفجائي أو يرجع إلى فعل الغير أو خطأ المتعاقد المضرور، وهذه الأسباب يدفع بها المدين أمام القضاء المدني، غير أنه في الصفقة العمومية لا يمكن للمتعامل المتعاقد الدفع بها مادام أن المصلحة المتعاقدة تقرر التعويض بنفسها دون اللجوء الى القضاء، ويبقى له حق مخاصمة قرار التعويض أمام القضاء الاداري بالدفع بهذه الأسباب لإعفائه وذلك بالزام المصلحة المتعاقدة بعدم خصم التعويض باعتبار أن المادة 84 من القانون رقم 23-12

(القانون رقم 23-12 ، 2023) حددت حالتين للإعفاء من فرض العقوبات المالية وهي خطا المصلحة المتعاقدة والقوة القاهرة.

المبحث الثاني: تقدير وتحصل التعويض في ظل تعدد الجزاءات الإدارية

إذا كان للإدارة الحق في فرض جزاء غرامة التأخير ومصادرة التأمين بإرادتها المنفردة دون انتظار حكم قضائي، ومبرر هذه السلطة هو ضمان حسن تنفيذ العقد المتصل بالمرفق العام وضمان استمراره وانتظامه تحقيقا للصالح العام، فإن لا مانع من اعتماد هذا الامتياز المباشر في تحصيل التعويض بإرادتها المنفرة دون اللجوء إلى القضاء، ولا مانع من جواز الجمع بينه وبين الجزاءات الإدارية الأخرى وعليه سنخصص المطلب الاول إلى تقدير التعويض والمطلب الثاني جواز الجمع بين التعويض والجزاءات الإدارية الاخرى.

المطلب الأول: تقدير وتحصيل التعويض

إذا كان الأصل العام أن تقدير وتحصيل التعويض لا يتم إلا من طرف القضاء عن طريق رفع دعوى قضائية من طرف الشخص المضرور، فإنه وكاستثناء على هاته القاعدة منح المشرع الجزائري وعلى غرار التشريعات المقارنة للمصلحة المتعاقدة حق تقدير وتحصيل التعويض عن الضرر الذي أصابها جراء إخلال المتعامل المتعاقد بالتزاماته اتجاهها، وذلك بإرادتها المنفردة بموجب قرار إداري دون رفع دعوى أمام القضاء، وسنحاول توضيح هذه الفكرة أولا ضمن المقارن ثم ضمن التشريع الجزائري.

الفرع الأول: تقدير وتحصيل التعويض في التشريع المقارن

يُعدّ التعويض من أهم الجزاءات الإدارية التي تملكها الجهة المتعاقدة في إطار تنفيذ العقود الإدارية، ويخول لها هذا الجزاء الحق في تقديره وتحصيله مباشرة، دون الحاجة للجوء إلى القضاء كما سبق توضيحه آنفا، ونظرا لاختلاف النظم القانونية في كيفية تنظيم هذا التعويض وشروط تحصيله، سوف نوضح كيفية تحصيله في التشريع المقارن معتمدين على كل من التشريع الفرنسي والتشريع المصري.

أولا– ضمن التشريع الفرنسي

إن جزءا التعويض المخول للمصلحة المتعاقدة حق تحصيله نتيجة إخلال المتعامل المتعاقد بالتزاماته التعاقدية لم يكن معترفا به لها، قبل صدور حكم دبلانك في عام 1907، وقد تأكدت سلطة جهة الإدارة في تقدير التعويض المستحق لها وإلزام المتعاقد به وتحصيله منه بإرادتها المنفردة دون اشتراط صدور حكم من القضاء بصدور حكم مجلس الدولة الفرنسي في قضية شركة ملاحة جنوب الأطلنطي.

إذا ترتب على تقصير الشركة المتعاقدة ضرر للدولة يكون شأنه ثبوت الحق في التعويض، فإنه يجوز للوزير تحديد التعويض الذي تستحقه قبل المتعاقد بإرادتها المنفردة، دون حاجة إلى اللجوء إلى القضاء، لاستصدار حكم بذلك.

كما أن المشرع الفرنسي يسمح للإدارة في كثير من الحالات بأن تلجأ إلى تحصيل قيمة التعويضات بمقتضى أوامر بالدفع تصدرها بإرادتها المنفردة (الطماوي، 2005، صفحة 510).

ومن جهة أخرى خول التشريع الفرنسي طريق أخر بموجبه يتم تحصيل التعويض وهو خصم التعويضات والأصل فيه أنه هذا ليس حق للإدارة، ولكن استثناء من الأصل، يسمح لجهة الإدارة بأن تقرر خصم التعويضات من التأمين المالي المقدم من المتعاقد إذا كان هناك شرط عقدي يسمح بذلك (بشير، **2007**، **صفحة 283**، **284**).

ويقدر التعويض بقيمة الضرر الذي تحملته الإدارة وقت وقوعه ويراعى في تقدير التعويض ما أسهمت به الإدارة من أخطاء أو أعمال أدت إلى حدوث الخطأ ووقوع الضرر أو ما سببه إخلال المتعاقد بالتزاماته (**DeLaubadére, F, & p, 1983**).

ثانيا: ضمن التشريع المصري

نجد أن المشرع المصري هو الآخر أقر للإدارة الحق في تحصيل التعويض عما لحقها من أضرار بدون حاجة إلى اللجوء إلى القضاء، أين نصت المادة 26 من قانون المناقصات والمزايدات على أن " في جميع حالات فسخ العقد، وكذا في حالة تنفيذه على حساب المتعاقد، يصبح التأمين النهائي من حق الجهة الإدارية، كما يكون لها أن تخصم ما تستحقه من غرامات وقيمة كل خسارة تلحق بها من أية مبالغ مستحقة أو تستحق للمتعاقد لديها، وفي حالة عدم كفايتها تلجأ إلى خصمها من مستحقاته لدى أية جهة إدارية أخرى، أيا كان سبب الاستحقاق، دون حاجة إلى اتخاذ أي إجراءات قضائية، وذلك كله مع عدم الإخلال بحقها في الرجوع عليه بما لم تتمكن من استيفائه من حقوق بالطريق الإداري".

وما يستشف من نص المادة المبينة أعلاه أن المشرع المصري خول للمصلحة المتعاقدة سلطة تحديد التعويض بإرادتها المنفردة دون حاجة لاستصدار حكم من القضاء، فضلا عن منحها سلطة تحصيل تلك التعويضات بأسلوب أوامر الدفع، وهو ما يخالف تماما قواعد القانون الخاص التي تستلزم اللجوء المسبق إلى القضاء للحصول على حكم لتقدير التعويض واستيفائه (غازي، **2014**، **صفحة 110**).

وقد كانت أحكام مجلس الدولة المصري ترفض التسليم بحق الإدارة في تحصيل التعويض من المتعاقد معها بدون حكم من القضاء، ما لم يتضمن العقد نصا يعطي الإدارة هذا الحق، حيث قضت المحكمة الإدارية العليا في حكمها الصادر بتاريخ 27-11-1965 بقولها" لا وجه لإلزام الإدارة الطاعنة بأن تلجأ إلى القضاء لتحصل منه على حكم بالتعويض، ما دام أن العقد يخولها صراحة الحق في إجراء خصم مقاصة دون حاجة إلى اتخاذ إجراءات قانونية أو قضائية من أية مبالغ تكون مستحقة أو تستحق للمتعاقد، مهما كان سبب الاستحقاق لدى المصلحة نفسها أو أية مصلحة حكومية أخرى عن كل خسارة لتلحقها من جراء ذلك.

فإذا كان العقد قد نص بعد ذلك على أن يكون ذلك بدون الاخلال بحق المصلحة في المطالبة قضائيا بالخسائر التي لا يتيسر لها استردادها، فهذا بالضرورة لا يعني إلزام المصلحة بالالتجاء إلى القضاء، مادام أن في حوزتها قدر من المبالغ الكافية لجبر التعويض عن الأضرار، بل النص يعني تخويل الإدارة حق الالتجاء إلى القضاء إذا لم تكف المبالغ التي في حوزتها لجبر الضرر كاملا" (بشير، **2007**، **صفحة 284**).

الفرع الثاني: تقدير وتحصيل التعويض في التشريع الجزائري

إن المشرع الجزائري في بعض نصوصه المنظمة للصفقات العمومية لم يُشر لا صراحة ولا ضمنا إلى الطريقة التي تُحصّل بها المصلحة المتعاقدة مبالغ هذه التعويضات وبعضها أشارت لذلك ضمنا، فبالرجوع إلى الفقرة 7 من المادة 35 من دفتر الشروط الإدارية العامة نجدها نصت على " إن الزيادة في النفقات الناجمة من النظام المباشر أو من الصفقة الجديدة يجرى اقتطاعها من المبالغ التي يستحقها المقاول، وبخلاف ذلك فمن ضمانه ولا يحول ذلك بين ممارسة الإجراءات التي تتخذ بحقه في حالة عدم التسديد" **(القرار الوزاري المؤرخ في 21-11-1964، 1964)**.

بتفحص هاته المادة نجدها خولت المصلحة المتعاقدة الطريقة التي تحصل من خلالها المبالغ المالية الناجمة عن الزيادة في النفقات الناجمة من النظام المباشر أو الصفقة الجديدة، والتي تكون عن طريق خصمها أو اقتطاعها من المبالغ التي يستحقها المتعامل المتعاقد، وكذا ضماناته ولم تُشر إطلاقا إلى الكيفية التي تُحصّل بها المصلحة المتعاقدة مبلغ التعويض عن الضرر الذي أصابها جراء إخلال المتعامل المتعاقد بالتزاماته التعاقدية اتجاهها، وبالتالي فإن المادة المبينة أعلاه لم تشر لا صراحة ولا ضمنا إلى كيفية تحصيل مبلغ التعويض عن الضرر الذي يصيب الإدارة من إخلال المتعامل المتعاقد بالتزاماته التعاقدية.

غير أن أحقية المصلحة المتعاقدة في التعويض تُستشف من خلال ما أفادت به المادة 152 من المرسوم الرئاسي 15-247 بقولها" لا يمكن الاعتراض على قرار المصلحة المتعاقدة بفسخ الصفقة عن تطبيقها البنود التعاقدية للضمان، والمتابعات الرامية إلى إصلاح الضرر الذي لحقها بسبب خطأ المتعاقد معها"، وهذا بالإضافة إلى أن المتعاقد ملزم بدفع كفالة حسن التنفيذ، وبذلك قد وفر المشرع للمصلحة المتعاقدة مصدر لاقتطاع التعويضات المستحقة في حق المتعاقد الذي أخل بالتزاماته **(دهمة، 2018، الصفحات 365-366)**، على أن لا يحول ذلك بين المتعاقد وحقه في اللجوء إلى القضاء للفصل في مشروعية تلك التعويضات ومقدراها في حالة الاستحقاق، أو حصوله على تعويض جراء إخلالها بالتزاماتها **(مجلس الدولة، 2003، صفحة 71)**.

غير أن المشرع في المادة المذكورة أعلاه لم يمنح المصلحة المتعاقدة حق تحصيل التعويض بإرادتها المنفردة بموجب أوامر دفع أو عن طريق خصم التعويضات كما فعل المشرع الفرنسي والمصري والذي سنوضحه لا حقا، وإنما اكتفى بمنح المصلحة المتعاقدة حق اللجوء إلى المتابعات الرامية إلى إصلاح الضرر الذي لحقها بسبب خطأ المتعاقد معها، وهذا يفيد أن عليها اللجوء إلى القضاء من أجل إصلاح الضرر الذي أصابها بخطأ المتعاقد وخاصة وأنه نص على حق لجوئها إلى المتابعات، وهذه الأخيرة لا تكون إلا أمام القضاء.

كما أنه من الناحية الميدانية من خلال تواصلنا بالمصالح المتعاقدة بخصوص تطبيق جزاء التعويض بالإرادة المنفردة للإدارة دون اللجوء إلى القضاء كان بالسلب، ولم يسبق لها وأن قامت بتطبيق هذا الجزاء بإرادتها المنفردة وإنما يكون باللجوء إلى القضاء في حالة إذا كان التأمين أو غرامة التأخير لا تغطي كافة الضرر الذي أصابها بسبب أن النص لم يكن واضح.

غير أن الغموض الذي أثارته نص المادة 152 من المرسوم الرئاسي 15-247 في كيفية تحصيل التعويض عن الضرر الذي يصيب المصلحة المتعاقدة جراء إخلال المتعامل المتعاقد بالتزاماته التعاقدية تداركه المشرع الجزائري بموجب

المرسوم التنفيذي رقم 21-219 المتضمن الموافقة على دفتر البنود الإدارية العامة للصفقات المطبقة على الصفقات العمومية للأشغال وساير التشريع الفرنسي والمصري في عملية تحصيل التعويض عن طريق الخصم، وبموجب مادته 119 الفقرة 3 منه خول المصلحة المتعاقدة بصورة صريحة حق تحصيل المبالغ المستحقة لها من الضرر الذي أصابها من تقاعس المتعامل المتعاقد من المبالغ المستحقة لهذا الأخير بسبب خطأه، وفي حالة عدم وجودها استخدام كفالة حسن التنفيذ بقوله " تقطع من المبالغ المستحقة للمقاول المتقاعس مبلغا لإصلاح الضرر الذي ألحق المصلحة المتعاقدة بسبب خطأ المقاول والأعباء الإضافية المترتبة عن الصفقة أو الصفقات الجديدة، أو في حالة عدم وجودها، استخدام كفالة حسن التنفيذ، عند الإقتضاء دون الإخلال بالحقوق التي يمكن ممارستها ضده في حالة وجود قصور" (المرسوم التنفيذي رقم 21-219، 2021)، وبالتالي حسنا ما فعل المشرع الجزائري لأن جزاء التعويض من الجزاءات الإدارية وأن تحصيله لا يكون إلا عن طريق التنفيذ المباشر من طرف المصلحة المتعاقدة دون اللجوء إلى القضاء وهو ما يضمن سير المرفق العام بانتظام واطراد.

غير أنه ورغم صراحة نص المادة 119 من المرسوم التنفيذي المبين أعلاه نجد من الناحية التطبيقية عدم قيام المصلحة المتعاقدة بتحصيل التعويض عن الضرر الذي أصابها جراء إخلال المتعامل المتعاقد بالتزاماته التعاقدية عن طريق تحصيل التعويض عن طريق قرار بإراداتها المنفردة، وكذا عدم وجود مخاصمة لأي قرار خاص بالتعويض أصدرته الإدارة أمام القضاء الإداري.

المطلب الثاني: جزاء التعويض والجزاءات الإدارية الأخرى

التعويض كأداة تُمكن المصلحة المتعاقدة من جبر الضرر الذي لحق بها نتيجة إخلال المتعامل المتعاقد بالتزاماته التعاقدية، دون حاجة إلى اللجوء إلى القضاء، غير أن هذا الجزاء يثير العديد من الإشكالات القانونية، خاصة عند مقارنته بالجزاءات الأخرى وفي هذا الإطار سنحاول استجلاء العلاقة بين جزاء التعويض والجزاءات الإدارية الأخرى، وعلى وجه الخصوص غرامة التأخير، الفسخ ومصادرة التأمين ومدى إمكانية الجمع بينهما.

الفرع الأول: التعويض وغرامة التأخير

إذا كان التعويض هو مبلغ تقدره المصلحة المتعاقدة لجبر الضرر اللاحق بها الناجم عن اخلال المتعامل المتعاقد المخول بالتزاماته التعاقدية في الصفقة العمومية، وهذا الحق مخول لها تشريعيا، فإنه ومن هذا المنطلق نجد أن جزاء التعويض يتشابه مع غرامة التأخير كون أن طبيعتهما التزام مالي يلتزم بمقتضاها المتعاقد اتجاه الإدارة بدفع مبلغ مالي للإدارة المتعاقدة، ولكن تختلف غرامة التأخير عن التعويض في الغاية التي يستهدف تحقيقها كل منهما فإذا كانت الغاية من غرامات التأخير هي ضمانة تنفيذ العقود الإدارية في المواعيد المتفق عليها حرصا على حسن سير المرافق العامة بانتظام واطراد، فإن الغاية من التعويض هي جبر الأضرار التي أحدثها إخلال المتعاقد بالتزاماته (الجمل، **1979**، **صفحة ص 101**، **102**).

بينما يكمن الفرق بينهما بصورة جوهرية في الطابع الاتفاقي لغرامة التأخير، كما أن مقدارها لا يتنوع بالنظر إلى حجم الضرر الذي لحق بالإدارة، والغالب أن يكون الحال كذلك متى تحقق السبب الذي تم على أساسه وضع الغرامة،

وبعبارة أخرى نستطيع القول بأن الغرامة التأخيرية تطبق بقوة القانون ودون حاجة لأن تبرر الإدارة أن ثمة ضرر قد لحق بها.

والغرامة التأخيرية لا يمكن أن تضاف إلى التعويض والنظر في تطبيق مثل هذه القاعدة يتحقق في الغرض الذي تقصد فيه الإدارة الحصول على تعويض مضاعف من خلال نموذجين للجزاءات المالية بشأن ذات التقصير الناجم عن المتعاقد وبالمقابل يلتزم المتعاقد مع الإدارة بدفع التعويض وكذلك الغرامة التأخيرية متى تستطيع الإدارة أن تفرض دفع الغرامة التأخيرية على المتعاقد معها في حالة التقصير في أداء الالتزامات المفروضة عليه، والحق أن المجال الحيوي للغرامات المالية يتعلق وبصورة جوهرية بمدد التنفيذ، ولكن من الممكن كذلك أن تتعلق بجوانب أخرى من العقد على سبيل المثال في حالة العيب في تنفيذ الالتزام.

نخلص من ذلك إلى القول بأن قاعدة عدم الجمع تنطبق إذاً في الغرض الذي تكون معه الغاية من الغرامة هي التأخير، والتعويض يكمن في إصلاح الضرر، كما أن التعويض يحكم به عادة القاضي، أما الغرامة فهي محددة في العقد من قبل المتعاقدين كما أن مقدار التعويض يرتبط بمقدار الضرر على خلاف غرامة التأخير فهي مبلغ يرتبط بمدد التنفيذ (**سلطان، 2010 ، صفحة 207، 208**).

والمشرع الجزائري عبر نصوصه المنظمة للصفقات العمومية وآخرها المرسوم التنفيذي رقم :21-219 المتضمن الموافقة على دفتر البنود الإدارية العامة المطبقة على الصفقات العمومية للأشغال لم ينص على قاعدة الجمع بين التعويض وغرامة التأخير، وحسنا ما فعل لأن غرامة التأخير عبارة عن مبلغ اتفاقي يحدد مسبقا بين المتعامل المتعاقد والمصلحة المتعاقدة، وتطبقه هاته الأخيرة في حالة إخلال المتعامل المتعاقد بآجال تنفيذ الصفقة أو تنفيذها بصورة غير مطابقة للالتزامات التعاقدية، بينما التعويض تحصله ويكون تقديره من المصلحة المتعاقدة مقابل الضرر الذي أصابها.

الفرع الثاني: جزاء التعويض ومصادرة التأمين:

تباين موقف الفقه الإداري بشأن مدى جواز قيام الإدارة بفرض جزاءين على المتعاقد المقصر في تنفيذ التزاماته من عدمه المتمثلين في مصادرة التأمين والتعويض بشكل متزامن، هذا الاختلاف الفقهي كان نتيجة لما تطرحه هاته المسألة من إشكالات قانونية تتعلق بمبدأ عدم الجمع بين العقوبات، ومراعاة التناسب بين الجزاء والخطأ المرتكب وقد انقسم الفقه في ذلك إلى ثلاث مواقف وهي:

أولا–الموقف الأول:

يرى الفقه في كل من فرنسا ومصر أنه إذا نصّ العقد على مصادرة التأمين كجزاء في حالة إخلال المتعاقد بالتزاماته، فإنه لا يجوز للإدارة مطالبة المتعاقد بالتعويض عما لحقها من أضرار نتيجة لإخلاله بالتزاماته التعاقدية ولو كانت تلك الأضرار تفوق قيمة التعويض.

وهو الاتجاه الذي كانت تأخذ به المحكمة الإدارية العليا في مصر فقد جرى قضاؤها على عدم جواز الجمع بين مصادرة التأمين والمطالبة بالتعويض، تأسيسا على أن مصادرة التأمين المنصوص عليه في العقد هو في حقيقته تعويض اتفاقي أو شرط جزائي، ومن ثم يجب قصر التعويض عليه (**غازي، 2014، صفحة 128**).

وهذا الاتجاه انتقد على أساس أن عدم إعطاء الإدارة حق المطالبة بالتعويض عما يلحقها من أضرارا في حالة عدم كفاية التأمين المودع يضع قيدا على حق الإدارة في فرض الجزاءات الإدارية، كما أن الجزاء وضع من أجل تنفيذ العقد الإداري على الوجه الأكمل للمحافظة على حسن سير المرافق العامة، وينبغي على الإدارة تطبيقه إذا ما قصر المتعاقد في تنفيذ التزاماته حتى ولو لم يلحق بها أي ضرر حقيقي، وكذلك فإن الإدارة تستطيع تطبيقه حتى ولم ينص عليه العقد، كما أن جزاء مصادرة التأمين لا يمنع استحقاق التعويض وفقا للقواعد العامة.

وعليه نرى أن هذا الاتجاه الذي لا يجيز الجمع بين التعويض ومصادرة التأمين قاصر وغير منطقي ولا يمكن مسايرته، لأنه يقيد المصلحة المتعاقدة في توقيع جزاء التعويض على المتعامل المتعاقد المخل بالتزاماته التعاقدية الذي يعد كإحد الجزاءات المالية المستقلة عن جزاء مصادرة التأمين، وبالتالي يعطي فرصة للمتعامل المتعاقد من الإفلات من مسؤوليته خاصة إذا كان مبلغ التأمين لا يغطي الضرر الذي لحق بالإدارة، ونرى أنه لا مانع من الجمع بينهما مادام أن جزاء التأمين يشكل الحد الأدنى للتعويض.

ثانيا–الموقف الثاني:

يرى هذا الموقف أن مصادرة التأمين هو بمثابة شرط جزائي اتفق على تحديد قيمته في العقد المبرم بين الإدارة والمتعاقد معها، لكنه يختلف عن التعويض الاتفاقي المعروف في نطاق القانون المدني من حيث أن الادارة تستطيع فرضه من تلقاء نفسها ولو لم يلحقها أي ضرر، وعليه فإن المصادرة تمثل الحد الأدنى للتعويض ومن ثم يجوز للإدارة الجمع بينه وبين التعويض إذا كانت الأضرار التي لحقت بها من جراء تقصير المتعاقد أكبر من قيمة التأمين، بحيث يتم جبر تلك الأضرار ويشترط في هذا الصدد مراعاة خصم قيمة التأمين عند حساب التعويض (**فارس و محمد وليد، 2000، صفحة 61،62**).

هذا الموقف تبناه المشرع الجزائري من خلال المرسوم الرئاسي رقم 15-247 في مادته 112 التي تنص " لا يمكن الاعتراض على قرار المصلحة المتعاقدة بفسخ الصفقة عند تطبيقها البنود التعاقدية في الضمان والمتابعات الرامية إلى إصلاح الضرر الذي لحقها بسبب خطأ المتعاقد معها" (**المرسوم الرئاسي رقم 15–247، 2015**).

ما يلاحظ على هاته المادة وإن منحت المصلحة المتعاقدة حق اقتضاء التأمين والفسخ بإرادتها المنفردة دون اللجوء إلى القضاء، فإن اقتضاء التعويض يكون باللجوء إلى القضاء لتحصيله لأن نص المادة تضمن عبارة المتابعات الرامية إلى إصلاح الضرر ومصطلح المتابعات يكون أمام الجهات القضائية، غير أن هذا الغموض تداركه المشرع بموجب المرسوم التنفيذي رقم 21-219 المتضمن الموافقة على دفتر البنود الإدارية المطبقة على الصفقات العمومية للأشغال من خلال مادته 3/119 منه بقولها" تقتطع من المبالغ المستحقة للمقاول المتقاعس مبلغا لإصلاح الضرر الذي ألحق بالمصلحة المتعاقدة بسبب خطأ المقاول والأعباء الإضافية المترتبة عن الصفقة أو الصفقات الجديدة، أو في حالة عدم وجودها، استخدام كفالة حسن التنفيذ، عند الاقتضاء، دون الإخلال بالحقوق التي يمكن ممارستها ضده في حالة وجود قصور" (**المرسوم التنفيذي رقم 21–219، 2021**).

من خلال استقراء نص هذه المادة نجد أن المشرع الجزائري خول المصلحة المتعاقدة صراحة حق الجمع بين التعويض ومصادرة التأمين وكذا اقتضاء التعويض من المبالغ المستحقة للمقاول المتقاعس لإصلاح الضرر الذي أصاب المصلحة

المتعاقدة دون اللجوء إلى القضاء، وبجواز الجمع بينه وبين مصادرة التأمين، وحسنا ما فعل لأن منح المصلحة المتعاقدة حق اقتضاء تعويض بإرادتها المنفردة دون اللجوء إلى القضاء يضمن سير تأمين المرفق العام بانتظام وإطراد ويخفف الأعباء المالية عليها في حالة رفع دعوى، ويجنبها من طول مدة تحصيل التعويض الذي عادة ما يستغرق مدة للفصل فيه من المحكمة الإدارية ويكون الحكم الصادر بشأنه قابلا للاستئناف أمام المحاكم الإدارية الاستئنافية، وأن جواز الجمع بين التعويض ومصادرة التأمين منطقي مادام أن مصادرة التأمين تشكل الحد الأدنى للتعويض.

ثالثا–الموقف الثالث:

يرى هذا الاتجاه من الفقه بأن مصادرة التأمين هو أحد الجزاءات الإدارية التي يحق للإدارة فرضها على المتعاقد المقصر في تنفيذ التزاماته حتى ولو لم يلحقها أي ضرر فعلي، وبالتالي لا يوجد ما يسوغ منع الإدارة من المطالبة بالتعويضات عن الأضرار الفعلية التي تلحق بها عند مصادرتها للتأمين، إذ لا يعتبر الجمع بينهما جمعا لتعويضين لأن الأساس القانوني لحق الإدارة في كل من مصادرة التأمين من جهة والتعويض من جهة أخرى مستقلا عن الأخر، ويشترط ألا يتم خصم قيمة مبلغ التأمين من التعويض المستحق للإدارة.

وانتقد هذا الاتجاه على أساس أنه لا يستند إلى أسس قانونية أو أحكام قضائية، وأن تكييف مصادرة التأمين حسب الأحكام القضائية يفيد بأنه شرط جزائي، وهذا الشرط يختلف عن التعويض الاتفاقي المعمول به في نطاق القانون المدني، وإن القول بأن الشرط الجزائي التزام تابع لالتزام أصلي قول صائب في نطاق القوانين الخاصة ولكن في مجال العقود الإدارية تسطيع الإدارة فسخ العقد ومصادرة التأمين، بالإضافة إلى حقها في الحصول على التعويض المناسب مقابل ما يلحقها من أضرار، وعندما تفرض الإدارة الجزاءات الإدارية فإنها لا تلزم أحكامها بقواعد القانون الخاص وذلك للمحافظة على مبدأ سير المرافق العامة بشكل منتظم ومستمر.

ويمكننا ترجيح الاتجاه الثاني الذي يجيز الجمع بين التعويض ومصادرة التأمين غير أن هذا لا يمنعنا من مسايرة الاتجاه الثالث أيضا لما توصل إليه، باستثناء الشرط الذي يمنع الإدارة من خصم قيمة التأمين من التعويض الذي تستحقه، ونرى أنه من المنطقي أن من حق الإدارة مطالبة المتعاقد معها بتعويضها إذا كانت الأضرار التي لحقتها جراء تقصير المتعامل المتعاقد بالتزاماته التعاقدية تفوق قيمة التأمين، ولا يمكن لهذا الأخير أن يؤمن كافة الأضرار الفعلية التي لحقت بالمصلحة المتعاقدة.

الفرع الثالث: التعويض والفسخ

إذا كان جزاء الفسخ هو جزاء غير مالي مخول للمصلحة المتعاقدة بموجبه تنهي الرابطة التعاقدية بينها وبين المتعامل المتعاقد نتيجة إخلاله بالوفاء بأحد التزماته ولا يشترط فيه الضرر، فإن التعويض عكس ذلك فهو جزاء مالي توقعه المصلحة المتعاقدة على المتعامل المتعاقد لجبر الضرر اللاحق بها نتيجة إخلال المتعامل المتعاقد، وبالتالي عنصر الضرر شرط جوهري لتوقيعه، ولكن ورغم هذا الاختلاف، نجد المشرع الجزائري قد أجاز للمصلحة المتعاقدة حق الجمع بين الفسخ والتعويض في حالة إخلال المتعامل المتعاقد بالوفاء بالتزماته التعاقدية، وهو ما ورد في نص المادة 152 من المرسوم الرئاسي

15-247 بقولها " لا يمكن الاعتراض على قرار المصلحة المتعاقدة بفسخ الصفقة عند تطبيقها البنود التعاقدية في الضمان، والمتابعات الرامية إلى إصلاح الضرر الذي لحقها بسبب خطأ المتعاقد معها".

الخاتمة:

يتضح من خلال ما سبق أن سلطة المصلحة المتعاقدة في فرض التعويض كجزاء إداري في الصفقة العمومية على المتعامل المتعاقد تعد من الآليات القانونية التي تهدف إلى ضمان احترام الالتزامات التعاقدية وصون المال العام، وهي بدورها امتداد للامتيازات التي تتمتع بها الإدارة في العقود الإدارية، والتي تهدف أساسا إلى ضمان حسن سير المرفق العام وحمايته من تعثر تنفيذ الالتزامات التعاقدية، ومن جهة أخرى فهي تعكس الطبيعة الخاصة لعقود الصفقات العمومية التي تميزها عن العقود المدنية العادية، غير أن هذه السلطة، وإن كانت مشروعة في إطار حماية المصلحة العامة، تظل محدودة بعدة ضوابط أهمها ضرورة احترام مبدأ التناسب بين الضرر الفعلي والجزاء المفروض، مما يستدعي توخي الحذر لتفادي التعسف في التقدير أو في الجمع بين الجزاءات.

أما من حيث جواز الجمع بين التعويض وغيره من الجزاءات الإدارية، فقد تبين أن الأصل فيه الجواز، ما دام كل جزاء يهدف إلى تحقيق غاية مختلفة (الردع، التعويض، التنفيذ)، شريطة ألا يؤدي الجمع إلى مضاعفة العقوبة بشكل يتعارض مع مبدأ العدالة التعاقدية، وقد خلصنا في هذه الدراسة إلى مجموعة من النتائج والتوصيات نوجز ذكرها على النحو التالي:

النتائج:

-إن التعويض هو جزاء إداري مالي توقعه المصلحة المتعاقدة على المتعامل المتعاقد بقيام عناصر المسؤولية التي تستلزم التعويض وهي الضرر والخطأ والعلاقة السببية وبإرادتها المنفردة دون رفع دعوى أمام القضاء ودون إعذار المتعامل المتعاقد.

- إن المشرع الجزائري في ظل نص المادة 152 من المرسوم الرئاسي 15-247 لم يحدد طريقة اقتضاء المصلحة المتعاقدة للتعويض التي تفرضه على المتعامل المتعاقد المخل بالتزاماته التعاقدية، بدليل أن النص جاء غامضا وغير واضح، عكس المشرع المصري والفرنسي الذي منح المصلحة المتعاقدة الأحقية في اقتضاء التعويض بإراداتها المنفردة بموجب أوامر دفع أو عن طريق خصم التعويضات، غير أنه تدارك ذلك ونص صراحة في المادة 1.3.119 من المرسوم التنفيذي رقم : 21-219 المتضمن الموافقة على دفتر الشروط الإدارية المطبقة على الصفقات العمومية للأشغال عن كيفية الاقتطاع التي تتم عن طريق الخصم من المبالغ المستحقة للمقاول المتقاعس وفي حالة عدم وجودها استخدام كفالة حسن التنفيذ، غير أن هذا غير كافي لتغطية الضرر اللاحق بالمصلحة المتعاقدة خاصة وأن مصادرة التأمين تشكل الحد الأدنى للتعويض، وإذا كان الضرر الذي أصاب المصلحة المتعاقدة جد كبير فإنه لا يغطيه التأمين وهو ما يضطر بالمصلحة المتعاقدة للجوء إلى القضاء لإصلاح الضرر الذي أصابها، كما أنه أدرج المادة التي تنص على جزاء التعويض ضمن الإجراءات الردعية وليس الجزاءات المالية.

- تخصيص المشرع الجزائري في القانون رقم 23-12 المتعلق بالصفقات العمومية نص مادة واحدة للعقوبات المالية وفيها تحدث عن غرامة التأخير فقط دون باقي العقوبات المالية المتمثلة في التعويض ومصادرة التأمين، وهذا القصور الذي لم

يتداركه بموجب هذا القانون، كان وارد في ظل المرسوم الرئاسي 15-247 والمرسوم التنفيذي رقم:21-219 المؤرخ في 20-05-2021 المتضمن الموافقة على دفتر البنود الإدارية العامة المطبقة على الصفقات العمومية للأشغال، وهو الامر الذي صعب من مأمورية المصلحة المتعاقدة من تطبيق هذا الجزاء.

التوصيات

- ضرورة تخصيص قسم يتضمن الجزاءات المالية ضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، يتم فيه توضيح أنواع هذه الجزاءات بدقة والمتمثلة في غرامة التأخير، مصادرة التأمين والتعويض خصوصا وأنه في القانون 23-12 المتعلق بالصفقات العمومية خص مادة واحدة فقط لها وهي المادة 84 دون تحديد أنوع هذه الجزاءات واكتفى بعبارة العقوبات المالية، وفيه اقتصرت دراسته على الجزاء المالي المتمثل في غرامة التأخير دون باقي الجزاءات المالية الأخرى وهي مصادرة التأمين والتعويض، وهو القصور الذي كان وارد في ظل المرسوم التنفيذي رقم:21-219 المتضمن الموافقة على دفتر البنود الإدارية العامة المطبقة على الصفقات العمومية للأشغال والمرسوم الرئاسي 15-247 المتعلق بالصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

- ضرورة حذف المادة الواردة في المرسوم التنفيذي رقم:21-219 المؤرخ في 20-05-2021 المتضمن الموافقة على دفتر البنود الإدارية العامة المطبقة على الصفقات العمومية للأشغال تحت قسم الإجراءات الردعية المتمثل في 1.3.119 منه الخاص بالتعويض، في حين أن مضمونها يرتبط بشكل مباشر بالعقوبات ذات الطابع المالي التي تترتب عن إخلال المتعامل المتعاقد بالتزاماته وبالتالي الأصح إدراجها تحت قسم العقوبات المالية، مع تخصيص مواد خاصة بها تحت باب العقوبات المالية.

قائمة المراجع

أولاً: المراجع باللغة العربية

التشريع:

الأمر رقم 75-58 ,1975) .سبتمبر 26 .(*المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم بالقانون رقم 07-05* .الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية.

القانون رقم 08-09 ,2008) .فبراير 2008 .(*المتضمن قانون الاجراءات المدنية وافدارية المعدل والمتمم* .الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية.

القانون رقم 23-12 ,2023) . أوت 5 .(*القانون رقم 23-12 المتضمن القواعد العامة المتعلقة بالصفقات العمومية* .الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد51.

القرار الوزاري المؤرخ في 21-11-1964 ,1964) .نوفمبر 21 .(*المتضمن المصادقة على دفتر البنود الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال* .الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية العدد 46.

المرسوم الرئاسي رقم 15-247 ,2015) .سبتمبر 16 .(*المتضمن الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام* .الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية.

المرسوم التنفيذي رقم 21-219 ,2021) .يونيو 20 .(*المتضمن الموافقة على دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على الصفقات العمومية للاشغال* .الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية.

الكتب:

الطماوي، س .(2005) .*الأسس العامة للعقود الادارية – دراسة مقارنة* .–القاهرة: دار الفكر العربي.

العندلي، م. م .(2015) .*آثار العقد الإداري – دراسة مقارنة* . –الأردن: دار وائل للنشر والتوزيع.

العنزي، ع. ا .(2010) .*النظام القانون للجزاءات في العقود الإدارية* .الإسكندرية: دار الجامعة الجديدة.

بشير، ن. ا .(2007) .*غرامة التأخير في العقد الإداري وأثرها في تسيير المرفق العام –دراسة مقارنة* .–الاسكندرية: دار الفكر الجامعي.

سلطان، ط. م .(2010) .*سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات على المتعاقدين معها في العقود الإدارية وضوابطها، دراسة مقارنة* .القاهرة: دار النهضة العربية.

غازي، هـ. ح .(2014) .*سلطات الإدارة في العقود الإدارية –دراسة تطبيقية* .–الاسكندرية: دار الفكر الجامعي.

فاضل، إ .(2006) .*الوجيز في النظرية العامة للإلتزام* .الجزائر: دار الكتاب للنشر والتوزيع.

كنعان، ن .(1996) .*القانون الإداري* .عمان: الدار العلمية الدولية.

نصار، ج. ج .(2006) .*الوجيز في القانون الاداري* .القاهرة: دار النهضة العربية.

البحوث العلمية:

الجمل، هـ. ع .(1979) .النظام القانوني للجزاءات في عقد الأشغال العامة –دراسة مقارنة .–مصر، جامعة عين شمس.

برادعية، م .(2022) .الجزاءات الإدارية في صفقات الأشغال العمومية .غليزان، كلية الحقوق، الجزائر.

دهمة، م .(2018) .الجزاءات الإدارية في مجال تنفيذ الصفقات العمومية .*دفاتر السياسة والقانون*365 .p ,، 366.

فارس، و. س & .,مُحَّد وليد، ح. ا .(2000) .الجزاءات في مجال العقود الإدارية – دراسة مقارنة .– الأردن، كلية الدراسات الفقهية والقانونية : جامعة آل البيت.

مجلس الدولة ,2003) .ابريل 15 .(*القرار رقم 006052 قضية ق ع ضد بلدية متليلي متضمن تعويض عن الضرر* , p. 71.

ثانيا: المراجع باللغة الأجنبية

DeLaubadére, F, M., & p, D. (1983). *Traité des contrats administratifs*. paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence.