النظام القانوني للتعويض في العقود الإدارية

قراءة في تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام رقم:247/15

أ. بن عبد المالك بوفلجة ، أستاذ مساعد
جامعة طاهري محمد بشار (الجزائر)

ملخص:

باستثناء حالة القوة القاهرة و الوفاة ، الأصل في الالتزامات العقدية ان أطراف العلاقة لا يتحللون من ذلك الالتزام حتى تنفيذ العقد و بحسن نية ، و إلا ترتب عليهم مسائلة المخل في صورة التعويض أو جزاءات أخرى مختلفة ، و خاصة ما تعلق بالصفقة العمومية باعتبارها عقد إداري . فالتعويض جزاء يقابل (المصلحة المتعاقدة أو المتعامل المتعاقد) في حالة الإخلال، كما انه يدخل تحت عنوان الجزاءات المالية ، إلى جانب الغرامات و مصادرة الضمان ، و تارة يوصف بالجزاء الضاغط ، و طبيعته القانونية انه مقابل للضرر الذي أصاب المرفق العام، تطبيقا للقاعدة العامة " كل ضرر يستحق التعويض."

الكلمات المفتاحية : - القوة القاهرة –العقد الإداري – الصفقة العمومية.

Résume :

les parties à la relation des contrats ne sont pas libre de ses engagements jusqu'à ce que l'exécution du contrat et de bonne foi ; ou bien sont responsables sous la forme d'une indemnisation ou d'autres sanctions, notamment celles relatives à la transaction publique comme un contrat de gestion, et de compensation correspond de pénalité (contractant – le partenaire cocontractant) dans le cas de préjudice à son entrée dans l'objet de sanctions financières titre ainsi que des amendes et la confiscation de la garantie et parfois décrit comme la peine pour les compresseurs de nature juridique pour les dommages du séisme aux installations publiques application de la règle générale "pour tout le mal mérite une indemnisation.

Mots clés: - force majeure - contrat administratif - marché publics.

مقدمة:

الجدير بالذكر ان نظام الصفقات العمومية خول للمصلحة المتعاقدة من خلال نصوصه إعمال كل امتيازات السلطة العامة ، و ذلك لتحقيق النفع العام و الحفاظ على استعمال المال العام. و ما الجزاءات المعترف بها لتمكين الإدارة من تنفيذ الصفقة العمومية على أحسن صورة ، إلا وسيلة قانونية في اتجاه المتعاقد الذي يهدف الربح في اغلب الحالات، دون ان يقلص من حقوقه في اقتضاء المقابل المالي ودفع التسبيقات و إيجاد التوازن المالي للصفقة . ان طبيعة التعويض في مجال الصفقات العمومية تقترب من تلك المقررة في القانون الخاص(المدني)، و هو حق للطرفين تعويضا عن الأضرار التي تلحق نتيجة التقصير أو الإخلال أو التراخي في التنفيذ، فهو جبر للضرر و وسيلة ضغط على المتعاقد. و لما كان الموضوع يتسم بالأهمية و خاصة انه يجمع بين الإجراء القانوني و الإجراء المالي (التقني) حاولت ان أجيب من خلال هذا البحث عن الإشكالية التالية : ما مدى فعالية و تطبيق نظرية التعويض في مجال الصفقات العمومية ؟ بحيث تتفرع الأسئلة الآتية :

1- ها توجد شروط لإعمال سلطة التعويض؟

2- هل توجد حالات خارجة عن بنود الصفقة توجب التعويض؟

3- كيف يقدر القاضي التعويض و ما أساس ذلك ؟ وهل يمكن للمصلحة المتعاقدة ان تتنازل عن هذا الحق ؟

و للإجابة على الإشكالية الرئيسية و ما تفرع عنها اعتمدت على المنهج التحليلي و المقارن أحيانا من خلال الخطة الآتية: نعرض في المبحث الأول: الإطار القانوني للتعويض .

من خلال مطلبين : - المطلب الأول :ماهية التعويض.

- المطلب الثاني : أساس و تقدير التعويض.

و نسوق في المبحث الثاني : مبررات أخرى للتعويض و قواعد الدعوى.

من خلال مطلبين : - المطلب الأول : التعويض لمبررات خارجة عن بنود الصفقة.

-المطلب الثاني : قواعد اقتضاء التعويض.

المبحث الأول : الإطار القانوني للتعويض

المسؤولية لغة هي " كل ما يتحمله مسئول تناط بعهدته أعمال تكون تبعة نجاحها أو إخفاقها عليه". فيراد – عموما بالمسؤولية الجزاء الذي يترتب على المرء عند إخلاله بقاعدة من قواعد السلوك، فتكون المسؤولية جزائية و يتمثل الجزاء في العقوبة(الحبس أو الغرامة مثلا) و قد تكون القاعدة المخل بها مدنية بحيث تكون المسؤولية مدنية، ويتمثل الجزاء حينئذ في الالتزام بالتعويض [1]. كما بين المشرع بدقة في نص المادة (124) ، القسم الأول : المسؤولية عن الأفعال الشخصية« De La responsabilité de l'acte personnel » من الفصل الثالث : الفعل المستحق التعويض، « L'acte Dommageable » من قانون رقم 05-10 مؤرخ في 2005/06/20 (القانون المدني الجزائري) "كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه ، و يسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض" [2]. و لدراسة ذلك سنوضح ماهية التعويض (المطلب الأول) و نتطرق إلى أساس و تقدير التعويض (المطلب الثاني) .

المطلب الأول : ماهية التعويض. من المتفق عليه – فقها و قضاء – ان التعويض جزاء يواجه الخطأ في تنفيذ الالتزام بوجه عام و الالتزام العقدي بصفة خاصة [3] ، لذا سنعرض مفهوم التعويض (الفرع الأول) و ندرج شروط التعويض (الفرع الثاني) .

الفرع الأول : مفهوم التعويض : وهذا هو الجزاء الأصيل للإخلال بالالتزامات التعاقدية وذلك إذا لم ينص على جزاءات مالية لمواجهة هذا الإخلال و النظام القانوني لهذه التعويضات قريب من النظام المدني لها . فيما يتعلق بكيفية تقدير التعويض و في اشتراط ركن الضرر و لكن النظامين يختلفان فيما يتعلق بكيفية تحصيل هذه التعويضات.[4] ان المادة 176 من ق،م،ج ، تقرر مبدأ المسؤولية العقدية و الالتزام بالتعويض جزاء عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عن العقد[5] .

البند الأول : التعويض حق للمصلحة المتعاقدة : فحتى يثبت الحق في الحصول على التعويض يجب ان يكون هناك خطا من المقاول ، أي الإخلال بأحد التزاماته و ان يتسبب ذلك في ضرر للإدارة و تكون هناك علاقة سببية بين الإخلال و حدوث الضرر الفعلي للإدارة ، لذلك فالتعويض يكون بقدر الضرر بتاريخ الحادث .[6]

و يرى جانب من الفقه ان الجزاءات في العقود الإدارية هي تعويض جزافي للإدارة ، نتيجة للأضرار التي تحملتها من جراء إخلال المتعاقد في تنفيذ التزاماته و إذا كانت القاعدة العامة هي وجوب اثبات الضرر في سبيل اقتضاء التعويض مقابلها فانه في العقود الإدارية يكون الضرر مفترضا بالمرفق العام.[7]

لقد أوجب المشرع الجزائري في القسم الرابع " الضمانات " بموجب المادة (124) " يجب على المصلحة المتعاقدة ان تحرص على إيجاد الضمانات الضرورية التي تتيح أحسن الشروط لاختيار المتعاملين معها و / أو أحسن الشروط لتنفيذ الصفقة ... المعمول بها"[8] و كذا القسم الثامن " العقوبات المالية من نفس المرسوم المادة(147) ، و يقصد بها (الجزاءات المالية) – المبالغ المالية التي يحق للإدارة مطالبة المقاول بها إذا اخل بالتزاماته التعاقدية، و

هي على نوعين هناك ما يقصد به جبر الضرر الذي يلحق فعلا بالإدارة نتيجة إخلاله بالتزامه، و هناك ما يقصد به توقيع الغرامة على المقاول نتيجة إخلاله بالتزامه بغض النظر عن تضرر الإدارة من عدمه. تتمثل الأولى في" التعويضات " "Les Dommages Intérêts " أما الثانية في الغرامات" Les Pénalités " [9] .

البند الثاني : التعويض حق للمتعامل المتعاقد : طبقا للقواعد العامة المقررة في القانون المدني ، فان الإدارة إذا تسببت في إحداث ضرر للمتعامل المتعاقد جاز لهذا الأخير مطالبتها بالتعويض، و لا يتأتى له ذلك إلا بإعمال المسؤولية المدنية للإدارة المتعاقدة فالتجاوز أو الخرق قد يحدث من جانب المصلحة المتعاقدة بمناسبة تنفيذ بنود العقد، فتلتزم عندئذ بالتعويض. و في كل الحالات وجب اللجوء للقضاء المختص، و ان يثبت المتعامل المتعاقد وقوع الخطأ من جهة المصلحة المتعاقدة ، أو تجاوز ما لأحد بنود العقد لأجل المطالبة بالتعويض أو حتى عند القيام بأعمال قانونية ، أو تحمل أعباء إضافية و غيرها من حالات التعويض [10] **الفرع الثاني: شروط التعويض**

لا يمكن للإدارة الحصول على التعويض إلا بعد توافر عدة شروط تمكنها من إعمال سلطتها الجزائية و هي تقترب من القواعد العامة.

البند الأول:وجود الخطأ : وفق القواعد العامة في التعويض : الخطأ –دوما- موجب لجبره بمقابل يؤديه المخطئ وهو في مجال العقود الإدارية، كشأنه في غيرها – يتمثل في الإخلال بالتزام تعاقدي وهذا الأخير ان كان يتمثل في سلوك مخالف للعقد فان له صورتين :

احدهما : ايجابية مفادها تنفيذ المتعاقد لالتزامه و لكن بشكل غير مرضي أي ليس على النحو المتفق عليه ، أو الذي يحقق الغاية المرجوة منه ، أو بالشكل المتطلب اتفاقا.

الأخرى : سلبية تتمثل في امتناع المتعاقد عن القيام بالتزاماته العقدية احدهما أو جميعها.[11]

البند الثاني : ثبوت الضرر : الضرر هو الركن الثاني للمسؤولية المدنية سواء أكانت عقدية أو تقصيرية و سواء أكانت مسؤولية عن الفعل الشخصي، أو عن عمل الغير أو عن فعل الأشياء. و الجدير بالذكر ان المسؤولية المدنية وجدت من اجل إصلاح و جبر الأضرار التي تسبب للغير ، مما يبين أهمية هذا الركن إذ لا مسؤولية مدنية ما لم يوجد ضررا . وعلى العموم فان انتفاء الضرر يحول دون قبول دعوى المسؤولية و ذلك طبقا للقاعدة " لا دعوى دون مصلحة" و الحقيقة ان الضرر ليس بركن فقط في المسؤولية المدنية بل هو مقياس مقدار التعويض[12] .

المطلب الثاني: أساس و تقدير التعويض : أما فيما يتعلق بكيفية تقدير التعويض، فان مجلس الدولة الفرنسي يسمح للإدارة بان تحدده هي مقدما على ان ينازع المتعاقد في هذا التقدير أمام القضاء إذا شاء، و للإدارة كما ذكرنا ان تعدل عن استعمال هذا الحق و تترك تقدير التعويض للقضاء. ولدراسة ذلك سنعرض أطراف الخطأ (الفرع الأول) و نقدم قيمة الضرر (الفرع الثاني) ثم نبين وقت الضرر (الفرع الثالث) و نوضح التكييف القانوني للتعويض (الفرع الرابع)

الفرع الأول: أطراف الخطأ : و معنى ذلك ان يقدر التعويض آخذا في الاعتبار خطا طرفي العقد (الإدارة من جهة و المتعاقد من جهة أخرى) وهذا معناه ان يراعي عند التقدير ما إذا كان الضرر ناتجا عن خطا المتعاقد وحده أم ان الخطأ مشترك بينه و بين الإدارة . و إذا كان الخطأ مشتركا بينهما قدر نصيب كل منهما فيه ما إذا كان خطا احدهما يستغرق خطا الآخر أم لا ، ويتمثل خطا الإدارة الذي لا يحقق لها مبدأ التعويض الكامل ان تتأخر في تسليم الموقع للمقاول مما يحول دون إتمام العمل المتفق عليه في المدة المحددة أو وجود بعض العراقيل و الإجراءات الإدارية [13].

الفرع الثاني: قيمة الضرر : لا يمكن للمضرور ان يطالب بالتعويض ، إلا إذا كان الضرر الذي يدعيه محققا و يكون الضرر محققا إذا كان بطبيعة الحال قد حصل فعلا و تجسدت آثاره على الواقع.[14]

و يقصد بالضرر بصفة عامة المساس بحق أو بمصلحة مشروعة لشخص ما مساسا، يترتب عليه جعل مركزه أسوا مما كان قبل، ذلك لأنه انتقص من المزايا أو السلطات التي يخولها ذلك الحق أو تلك المصلحة لصاحبه، و تقدير

ما إذا ترتب عن الإخلال بالالتزامات ضرر ليس بالأمر السهل ، حيث ياخد القاضي بعين الاعتبار المرحلة التي يتم إخطاره فيها[15] .

ان تقدير التعويض مع مراعاة الظروف الملابسة ، من المسائل التي يستقل بتقديرها قضاة الموضوع و لا معقب لحكمهم في هذا الشأن من طرف المحكمة العليا ، طالما بينوا في حكمهم عناصر الضرر ووجه أحقيته[16] . و الضرر الذي يكون محلا للتعويض إنما هو المنصوص عليه في المواد (131-182-182 مكرر) من ق ، م ، المعدلة بالقانون رقم : 10/05 المؤرخ في 2005/06/20.

الفرع الثالث : وقت الضرر : لا تتوقف أهمية هذا العنصر عند اعتبارها قيدا على حرية الإدارة في تقدير التعويض بإلزامها بان تقدره وقتيا أو حالا، وإنما دون ان تطالب بالتعويض عن ضرر متوهم لا نصيب له من الواقع ، و ليس له وجود إلا في مخيلتها فحسب وهو ما يستلزم ان يكون الضرر قد وقع فعليا أو في سبيله إلى الوقوع بشكل محقق.[17]

الفرع الرابع : التكييف القانوني للتعويض : لقد نص المشرع الجزائري بدقة موضحا في القسم الرابع " الضمانات " يحدد مبلغ كفالة حسن التنفيذ بنسبة تتراوح بين خمسة في المائة 5% و عشرة في المائة 10% من مبلغ الصفقة حسب طبيعة و أهمية الخدمات الواجب تنفيذها...)[18] وهذا حسب المادة :(133).

بحيث وفر المشرع المطالبة بالتعويض دون اللجوء إلى القضاء ، و خلافا لوضع الإدارة في مصر التي تجد نفسها في غياب مثل هذا النص و إمكانية التحصيل عن طريق "أوامر أداء"مضطرة إلى اللجوء إلى القضاء لتقرير ذلك في ظل القانون القديم ، أما حاليا في ظل قانون 89 لسنة 1998 الجديد حيث بمقتضى المادة (26) منه أصبح من حق الإدارة حق تحصيل التعويض مباشرة دون اللجوء إلى القضاء . وبهذه الأحكام يتضح جيدا مدى استقلالية نظرية التعويض في العقود الإدارية عامة عنها في عقود القانون الخاص ، عكس ما يراه البعض من ان " التعويض لا يعتبر من الجزاءات الإدارية لأنه مجرد تطبيق للقواعد العامة في القانون الخاص " [19] .

إذا فطبيعة التعويض في القانون الخاص هي إصلاح الضرر و جبره و محاولة إرجاع الحال إلى ما كان عليه قبل الإخلال أو التأخير في التنفيذ. أما في مجال العقود الإدارية فالأمر نفسه إذ تتمثل طبيعة بأنه جزاء مالي يقابل الضرر الناتج عن إخلال المتعاقد و إصلاحه، و فضلا عن ذلك يتصف تكييفه القانوني بأنه وسيلة للضغط على المتعاقد مع الإدارة.[20]

المبحث الثاني: مبررات أخرى للتعويض و قواعد الدعوى : أجاز المشرع حينما تتعدد الأسباب التي تنشا عند تنفيذ العقد للمتعاقد ان يطلب التعويض و قد تكون المبررات خارجة عن الصفقة.

المطلب الأول:التعويض لمبررات خارجية عن بنود الصفقة : سندرس التعويض لمبررات خارجة عن الصفقة بحيث نوضح حق التعويض على أساس نظرية الظروف الطارئة (الفرع الأول) ثم نعرض حق التعويض على أساس نظرية فعل الأمير (الفرع الثاني) ونبين الإعفاء من التعويضات (الفرع الثالث).

الفرع الأول : حق التعويض على أساس نظرية الظروف الطارئة : الأصل ان يقوم طرفا العقد الإداري بتنفيذ التزاماتهما الناشئة عن هذا العقد طالما لم تتغير الظروف التي ابرم العقد في ظلها ، طبقا لمقتضيات حسن النية في تنفيذ العقود . لكن إذا طرأت ظروف أثناء تنفيذ العقد لم تكن متوقعة عند إبرام العقد ، و إلا كان على طرفيه النص على كيفية توقيها و خارجة عن إرادتهما أدت إلى الإخلال بالتوازن المالي للعقد، فيجب في هذه الحالة إعادة التوازن المالي للعقد ضمانا لاستمرار تنفيذ و لدوام انتظام سير المرافق العامة[21] . وعلى ذلك تتميز نظرية الظروف الطارئة عن نظرية فعل الأمير، ان العمل المتسبب في الخلل المالي بالنسبة لنظرية فعل الأمير صدر عن الإدارة المتعاقدة .

بينما في نظرية الظروف الطارئة ليس للإدارة المتعاقدة أي يد في الحدث مصدر الخلل المالي فهو عارض خارجي، و ليس لإرادة الإدارة أي دخل فيه . كما تتميز نظرية الظروف الطارئة عن القوة القاهرة فهذه الأخيرة رغم

أنها هي الأخرى لا يد لأطراف العقد في حدوثها، إلا أنها تجعل تنفيذ العقد مستحيلا [22] .هذا وقد بين المشرع الجزائري ذلك في المادة(107) من القانون المدني بحيث احتوت المادة 153 من القسم الحادي عشر " التسوية الودية للنزاعات" على كيفية الحل الودي و إعادة التوازن المالي[23] . أما عن الأساس القانوني للتعويض وفقا لنظرية الظروف الطارئة فقد اختلف الرأي كما أسلفا حول فكرة القانون المالي للعقد و فكرة النية المشتركة للمتعاقدين و أخيرا الطبيعة الذاتية للعقود الإدارية و صلتها بالمرافق العامة[24] .

الفرع الثاني : حق التعويض على أساس نظرية فعل الأمير : تعددت تعريفات الفقه لفعل الأمير، فيقال ان المقصود به هو "كل إجراء تتخذه السلطات العامة من شانه ان يزيد من الأعباء المالية للمتعاقد مع الإدارة أو في الالتزامات التي ينص عليها العقد و هو ما يطلق عليه بصفة عامة المخاطر الإدارية " . بحيث تشعبت آراء الفقهاء لتبرير الإدارة بتعويض المتعاقد تعويضا كاملا عن الأضرار التي تصيبه من جراء فعل الأمير، و عرضوا أسسا عديدة، تتمثل في فكرة الإثراء بلا سبب ، و المسؤولية التعاقدية للإدارة و مساواة الأفراد أمام الأعباء العامة و تحمل المخاطر و التوازن المالي للعقد.[25] حددت المحكمة الإدارية العليا في احد أحكامها شروط تطبق نظرية عمل الأمير و هذه الشروط هي :

1- ان يكون ثمة عقد من العقود الإدارية.
2- ان يكون الفعل المكون لعمل الأمير صادرا من الجهة الإدارية المتعاقدة .
3- ان تكون الإجراءات الصادرة من الإدارة غير متوقعة عند إبرام العقد.
4- ان ينشا عن الإجراء الذي اتخذته الجهة الإدارية ضرر بالمتعاقد.
5- افتراض عدم ارتكاب الإدارة قمة خطا عند إصدارها هذه الإجراءات .
6- ان يلحق بالمتعاقد ضرر خاص لا يشاركه فيه من مسه القرار العام .
7- استمرار المتعاقد في تنفيذ التزاماته.[26]

الفرع الثالث : الإعفاء من التعويضات ّ: إذا كان للإدارة الحق في إعفاء المتعاقد من غرامة التأخير فهل تملك هذا الحق في إعفاء المتعاقد من التعويض ؟

ان الإعفاء من غرامة التأخير* يأتي من كون جهة الإدارة هي القوامة على حسن سير المرافق العامة و القائمة تبعا لذلك على تنفيذ شروط العقد، و هي التي تقدر الظروف فهي تملك ان تعفيه من تطبيق الجزاءات المنصوص عليها.

كان لتلك المقدمة الموجزة أهميتها حتى يتضح ان التعويض على عكس غرامة التأخير ، و ان جهة الإدارة لا تملك ان تنازل عن حقها في التعويض، متى ثبت لها و ذلك للأسباب التالية:

1- احد شروط التعويض و أهمها هو توافر ركن الضرر و هذا يتنافى مع الحكم من الإعفاء في غرامة التأخير كون المصلحة العامة لم يلحقها ضرر.
2- التعويض توقعه سلطة قضائية بناء على طلب جهة الإدارة، فإذا تبث لها حكم بالتعويض ينشا من ذلك دينا لصالح الدولة ، و لا يحق لجهة الإدارة إعفاء المتعاقد من التعويض بناء على هذا الحكم. 3- التعويض الهدف منه تغطية أضرار حقيقية لحقت الإدارة على خلاف غرامة التأخير كونها جزاءا عقديا الهدف منه الضغط على المتعاقد لتنفيذ التزاماته.[27]

المطلب الثاني : قواعد اقتضاء التعويض. يمكن القول ان جل المنازعات الناشئة عند عقد الصفقة العمومية ، تدخل في ولاية القضاء الكامل بطبيعته يستجيب لطبيعة منازعات العقود بعكس دعوى الإلغاء التي تنصب على القرار الإداري كدعوى شخصية لذا سنحاول ان نبين مفهوم دعوى التعويض (الفرع الأول) و نتطرق لعلاقة التعويض بالجزاءات الأخرى (الفرع الثاني) و نعالج سلطة القاضي في تقدير التعويض (الفرع الثالث).

الفرع الأول : دعوى التعويض : يمكن تعريف دعوى التعويض بأنها الدعوى القضائية الذاتية التي يحركها و يرفعها أصحاب الصفة و المصلحة أمام الجهات القضائية المختصة، و طبقا للشكليات و الإجراءات المقررة قانونا للمطالبة بالتعويض الكامل و العادل اللازم لإصلاح الأضرار التي أصابت حقوقهم بفعل النشاط الإداري و الضار. و تمتاز دعوى التعويض الإدارية هذه بأنها من دعاوي القضاء الكامل و أنها من دعاوي قضاء الحقوق [28]. و على خلاف دعوى إلغاء القرارات الإدارية التي يكفي مجرد مصلحة شخصية مباشرة للمدعي تبرر إلغاء القرار المطعون به ، يشترط لقبول دعوى العقود الإدارية المساس بحق لرافع الدعوى[29] . كما ان هذه المنازعات تمارس من طرف احد طرفي عقد الصفقة العمومية و ليس للغير ان ينازع فيها لأنه غريب عن الصفقة و ليس له أية حقوق أو التزامات بخصوصها.[30]

الفرع الثاني : علاقة التعويض بالجزاءات الأخرى : تمتاز الإدارة في مواجهة المتعاقد معها بسلطة توقيع العقوبات المالية و فرضها دون اللجوء إلى القضاء، و هذه العقوبات قد تكون مباشرة و قد تكون غير مبشرة [31] . فإذا كانت المسؤولية تقتضي حتما وجود ضرر فان هذا الشرط يكون غير متوفر بالنسبة للأضرار التي تم إصلاحها بطريقة أو أخرى ، فلا يستطيع المضرور –مثلا ان يطالب المسئول بالخسارة المالية التي لحقت به إذا كان قد استفاد من تعويض عن هذه الخسارة من قبل شخص آخر، كان يكون المال محل الخسارة مؤمنا عليه ، فدفعت له شركة التامين التعويضات المستحقة فالضرر الذي يدعيه المضرور قد زال تبعا للتعويضات التي تحصل عليها.

و من ثم تكون الدعوى التي يقوم بها نحو المسئول غير مقبولة، كما يترتب على الجمع بين التعويضات إثراء المضرور بلا سبب و هذا ما لا يسمح به قانونا [32]. و لكن من ابرز مظاهر تمييز التعويض في العقود الإدارية عن العقود المدنية، إمكان هذا الجمع بينه و بين غيره من الجزاءات التعاقدية الأخرى ، ويتخذ هذا الجمع مظاهر عديدة من أهمها اثنان : فمن ناحية يمكن للإدارة الجمع بين غرامة الأخير و التعويض أما من ناحية أخرى فانه قد أثارت مسالة الجمع بين التعويض و مصادرة التامين، خلافا في الفقه فهناك من الفقهاء من رفض الجمع بينهما بزعم ان كلاهما تعويض ، ومن الآراء من ذهب إلى إمكان الجمع اعتبارا بان لكل منهما سببا لاستحقاقه يخالف الآخر و من جانبنا نرى إمكان هذا الجمع و لكن بشرطين : من ناحية **:** ألا يوجد نص في العقد يحظر الجمع بين التامين و التعويض.

ومن ناحية أخرى : ان يكون الضرر متجاوزا لقيمة التامين ، فالمتفق عليه ان مصادرة التامين تمثل الحد الأدنى للتعويض[33]. في الوقت نفسه لا تستطيع الإدارة المطالبة بالتعويض إلا بإنذار المدين و هذا الاتجاه معمول به في فرنسا و مصر إذ ان التعويض لا يستحق إلا بعد إنذار المدين ما لم ينص على غير ذلك [34] .

الفرع الثالث : سلطة القاضي في تقدير التعويض : من مقتضى اعتبار منازعات الجزاءات التعاقدية تدخل في نطاق القضاء الكامل ، فان سلطة قاضي العقد لا تتوقف عند حد إلغاء الجزاء غير المشروع أو وقف تنفيذه ، و إنما يتجاوز ذلك إلى القضاء بالتعويض إذا كان له ثمة مقتضى قانوني.

و يتأسس القضاء بالتعويض في هذه الحالات على خطا الإدارة بما يرتبه ضررا بالنسبة للمتعاقد و في الحالات التي لا يحدد القانون أو العقد الأسس التي يحدد عليها التعويض – و لا يبين أي منهما مقداره- فان قاضي العقد يتولى بنفسه هذه المسالة، و هو في ذلك يخضع لمبدأ التعويض الكامل الذي يقدر على أساس ما لحق المتعاقد من خسارة و ما فاته من كسب[35]. إذا كان القاضي يملك سلطة تقدير التعويض فهو يحدد مقداره و شكله و لكن التساؤل الذي يثار بهذا الخصوص ، هو هل ان تقدير التعويض وقت الضرر أم على أساس الحكم في الدعوى ؟ و خاصة ان العقود في حالة تذبذب لارتفاع و انخفاض في ظل الظروف الاقتصادية الحالية[36].

ينجم أيضا عن طبيعة و خاصية دعوى التعويض الإدارية من حيث كونها من دعاوي الحقوق ، ان مدد تقادم دعوى التعويض تتساوى و تتطابق مع مدد تقادم الحقوق التي ترتبط و تتصل بدعوى التعويض ، أي تتقادم دعوى التعويض عند تقادم الحق الذي تحميه دعوى التعويض هذه[37].

لا يقتصر التعويض كأصل عام على مبلغ من المال يحكم به قاضي العقد، و إنما يمكن ان يتمثل في المنازعات الجزائية في تمديد العقد ،أي زيادة مدة تنفيذ العقد بإضافة مدة إلى المدة التي كان ينبغي ان ينتهي خلالها .[38] كما يمكن للمتعاقد المنازعة في مقدار التعويض أمام القضاء، دون ان يكون له الحق في الامتناع عن تنفيذ قرار الإدارة الذي اتخذته بإرادتها المنفردة.[39] حيث للقاضي سلطة الحكم بفسخ العقد، فإذا تأكد من وجود احد أسباب فسخ الصفقة حكم بفسخ العقد كما للقاضي سلطة إلزام الإدارة بالتعويض و ذلك في الحالات التالية :

1- حالة إبطال العقد لتخلف احد أركانه أو عدم سلامته.

2- حالة حدوث خطا من الإدارة يترتب عليه ضرر للمتعاقد معها.

3- حالة قيام المتعاقد بأعمال مطلوبة أصلا في العقد و لكنها لازمة و مفيدة للإدارة.[40]

خاتمة:

ان مناط التمييز بين العقد المدني و العقد الإداري ،هو إشباع حاجات الجمهور و تغليب المصلحة العامة و سير المرفق العام بانتظام و اطراد . و لا يكون ذلك إلا بإعمال امتيازات السلطة العامة كتوقيع الجزاءات ودفع المتعامل المتعاقد على ان يوفي بالتزاماته التعاقدية وفق بنود الصفقة العمومية . كما للمصلحة المتعاقدة اقتضاء التعويض و تحصيله وفقا لترتب المسؤولية العقدية و توافر ركن الضرر ، وللمتعامل المتعاقد حق المطالبة بالتعويض أيضا في حالة إخلال الإدارة و خرقها لبنود الصفقة .

وقد توجد مبررات أخرى خارجة عن الصفقة توجب التعويض على أساسها، كنظرية الظروف الطارئة و نظرية فعل الأمير . وللقاضي سلطة واسعة في تقدير ذلك بحيث يتطلب تناسب التعويض والضرر ،كما له ان يجمع التعويض بجزاءات أخرى كمصادرة الضمان أو الفسخ الجزائي بحيث ان منازعات الحصول على المبالغ المالية تدخل في ولاية القضاء الكامل، باعتباره قضاء يبحث في الحقوق الشخصية و نسبة الضرر و سلطة تقدير التعويض الكامل و العادل عكس دعوى قضاء الإلغاء التي تنصب على القرار الإداري المعيب بتخلف احد أركانه أو شروط صحته. نسجل هنا ذاتية التعويض بحيث لا يكفي وقوع الخطأ من المتعامل المتعاقد و إنما يلزم وجود ضرر للمصلحة المتعاقدة و المتمثل في تعطيل حاجات الجمهور و المنتفعين من الصفقات العمومية عكس غرامة التأخير تماما

في الأخير لا يمكن للمصلحة المتعاقدة التنازل عن التعويض عكس غرامة التأخير، لان الضرر فيه – حالة التعويض- متوفر. كما انه يتنافى مع المصلحة العامة ، زيادة على ذلك فهو مقرر و صادر من طرف سلطة القضاء بواسطة حكم، و بالتالي لا يحق لها معاكسة هذا الحكم و هكذا نصل إلى فكرة مفادها ان إجراء الإعفاء من التعويض أو تخفيضه لا يخضع لسلطة المصلحة المتعاقدة .

هذا ما أكد عليه المشرع في المادة (05) من ذات التنظيم لضمان نجاعة الصفقات العمومية و الحفاظ على المال العام ،" يجب ان تراعى في الصفقات العمومية مبادئ حرية الوصول للطلبات العمومية و المساواة في معاملة المترشحين و شفافية الإجراءات ، ضمن احترام أحكام هذا المرسوم " الذي سبقه وكفله القانون رقم 01/06 المؤرخ في: 20 فيفري 2006 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، جريدة رسمية عدد 14 مؤرخ في 08 مارس 2006.

الهوامش:

1- علي فيلالي ، الالتزامات – العمل المستحق التعويض- موفم للنشر و التوزيع ، الجزائر ، دون طبعة ، سنة ، 2002 ،ص: 02

2 - مولود ديدان ، القانون المدني حسب آخر تعديل له قانون رقم : 07-05 مؤرخ في 13 /2007/05 ، دار بلقيس للنشـــر ، الجزائر ، دون طبعة ، سنة : 2007 ، ص : 22

3 - عبد الله نواف العنزي ، النظام القانوني للجزاءات في العقود الإدارية ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية، دون طبعة ن سنة :2010 ،ص: 80

4 - محمد سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية ، دراسة مقارنة-، دار الفكر العربي ، مصر، الطبـــع 05 ، ســـنة: 1991 ، ص : 509.

5 - بلحاج العربي ، نظرية العقد في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، دون طبعة ، ســـنة : 2015، ص: 445.

6- بن شعبان علي ، آثار عقد الأشغال العامة على طرفيه في التشريع الجزائري ، بحث مقدم لنيل شهادة دكتوراه الدولـــة فـــي القانون العام ، جامعة منتوري قسنطينة ، 2012/2011 ص : 104

7 - محمد محسن مرعي الجبوري ، سلطة الإدارة في فرض الجزاءات الجنائية و المالية في العقود الإداريـــة ، دار الجامعـــة الجديدة للنشر ، مصر ، دون طبعة ، سنة :2014 ، ص : 45.

8- المواد (124-إلى 134) من المرسوم الرئاسي رقم:247/15 المؤرخ في: 2015/09/16 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام.

9 - بن شعبان علي ، المرجع نفسه ،ص : 104.

10- بحري إسماعيل، الضمانات في مجال الصفقات العمومية في الجزائر، مذكرة من اجل الحصول على شهادة ماجستير فـــي الحقوق، جامعة الجزائر، بن يوسف

بن خده ، كلية الحقوق ، سنة 2008، ص: 82

11 - - عبد الله نواف العنزي ، المرجع السابق ، ص : 88.

12- علي فيلالي ، المرجع السابق ، ص : 243.

* يمكن توقيع الفسخ و غرامة التأخير و التنفيذ على حساب المتعاقد دون وقوع الضرر ، وهذا لاعتبارات المصلحة العامة و سير المرفق العام*.

13 - عبد الله نواف العنزي ، المرجع السابق، ص: 91

14- علي فيلالي ، المرجع السابق، ص : 253

15 - غنية أمينة ، قضاء الاستعجال في المواد الإدارية ، دار هومة ، الجزائر ، دون طبعة ، سنة :2014 ، ص : 260

16 - بلحاج العربي ، ، نظرية العقد في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، دون طبعة ، سنة : 2015، ، ص : 465.

17 - عبد الله نواف العنزي ، المرجع نفسه ، ص: 95.

18- المادة (133) من المرسوم الرئاسي رقم:247/15 المؤرخ في: 2015/09/16 المتعلق بتنظيم الصـــفقات العموميـــة و تفويضات المرفق العام.

19- بن شعبان علي ، المرجع السابق ، ص : 104-105- 19

20 - محمد محسن مرعي الجبوري ، المرجع السابق ، ص : 147

21- حسن عبد الله حسن ، عقود مقاولات الأعمال ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، مصر ، دون طبعة ، ســـنة : 2015 ، ص : 221

22- عمار بوضياف ، شرح تنظيم الصفقات العمومية ، 236/10 ، جسور للنشر و التوزيع ، الجزائر ، الطبعة :03 ، سنة : 2011، ص: 231-232

23- المرسوم الرئاسي، رقم: 247/15 المؤرخ في:2015/09/16 يتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام.

24- بن شعبان علي ، المرجع السابق ، ص : 206

25 - إبراهيم الشارف الطاهر تفوقه، الصعوبات التي تواجه تنفيذ العقد الإداري –دراسة مقارنة-، دار المطبوعات الجامعية،الإسكندرية، سنة: 2011، ص: 191- 214

* انظر المادة :(147)من القسم الثامن " العقوبات المالية" الفقرة 04 " يعود القرار بالإعفاء من دفع العقوبات المالية بسبب التأخير إلى مسؤولية المصلحة المتعاقدة .....) "، المرسوم الرئاسي، رقم: 247/15 المؤرخ في:09/16/ 2015 يتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام.

26 - حسن عبدا لله حسن ، المرجع السابق، ص،:225 1

27- محمد حسن مرعي الجبوري ،المرجع السابق ، ص :151-152 1

28- عوا بدي عمار ، نظرية المسؤولية الإدارية ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الطبعة الرابعة ، سنة : 2012، ص : .255 1

29 - علي شفيق الصالح ، محمد بن عبد العزيز المعارك ، الدعاوي الإدارية و الأنظمة القضائية في المملكة العربية السعودية ، مكتبة القانون و الاقتصاد ، الرياض ، دون طبعة ، سنة : 2011 ، ص : 137.

30- كلوفي عز الدين ، نظام المنازعة في مجال الصفقات العمومية، دار النشر جيلطي ، الجزائر ، دون طبعة ، سنة : 2012 ،ص:111.

31- يوسف حوري ،سلطات الإدارة في مجال الصفقات العمومية ،مقال منشور ،المداخلة الثالثة عشر،جامعة غليزان، ملتقى وطني حول دور قانون الصفقات العمومية في حماية المال العام ، جامعة المدية ، 2013.

32- علي فيلالي ، المرجع السابق ،ص: 262.

33 - عبد الله نواف العنزي ، المرجع السابق ، ص : 86-87

34- محمد حسن مرعي الجبوري ،المرجع السابق ، ص : 151

35- عبد الله نواف العنزي ، المرجع السابق ، ص : 286-292

36 - محمد حسن مرعي الجبوري ،المرجع السابق ، ص : 187

37- عوابدي عمار ، المرجع السابق ، ص : 260

38- عبد الله نواف العنزي ، المرجع نفسه ، ص : 290 1

39 - محمد بن سعيد بن محمد المعمري ، الرقابة القضائية على العقود الإدارية ، دار الجامعة الجدية ، للنشر –مصر- دون طبعة ن سنة : 2011 ،ص : 137 1

40 - سعاد طيبي ، دور القاضي الإداري في تسوية منازعات الصفقات العمومية ،مقال منشور ، جامعة خميس مليانة، ملتقى وطني حول دور قانون الصفقات العمومية في حماية المال العام ، جامعة المدية ، **2013.**

قائمة المراجع:

*** - الدستور:**

* دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، ج،ر ،رقم :76 المؤرخة في : 08 ديسمبر1996 معدل بـــــــــ:

- القانون رقم: 02 -03 المؤرخ في 10 ابريل 2002- ج، ر، رقم: 25 المؤرخة في: 14 ابريل 2002.
- القانون رقم :08-19 المؤرخ في 15 نوفمبر 2008 – ج، ر، رقم :63 المؤرخة في: 16 نوفمبر 2008.
- القانون رقم : 16-01 المؤرخ في: 06 مارس 2016 – ج، ر، رقم :14 المؤرخة في: 07 مارس 2016.

* - النصوص القانونية:

قانون رقم :05/07 الصادر في : 2007/05/13 و المتضمن القانون المدني المعدل و المتمم للأمر رقم: 58/75 المؤرخ في 1975/09/26 الصادر بالجريدة الرسمية العدد ،31 مؤرخة في 2007/05/13.

القانون رقم 01/06 المؤرخ في: 20 فيفري 2006 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، جريدة رسمية عدد 14 مؤرخ في 08 مارس 2006.

* - النصوص التنظيمية:

مرسوم رئاسي رقم : 247/15 مؤرخ في 02 ذي الحجة ،عام 1436 الموافق لـ 2015/09/16 يتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام.

*** - المؤلفات:**

* - كتب و مراجع متخصصة:

1- سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية –دراسة مقارنة- دار الفكر العربي، الطبعة الخامسة، سنة:1991،

2 - محمد حسن مرعي الجبوري، سلطة الإدارة في فرض الجزاءات الجنائية و المالية في العقود الإدارية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية سنة:2014

3 - عبد الله نواف العنزي، النظام القانوني للجزاءات في العقود الإدارية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، سنة: 2010،.

4 - حسن عبد الله حسن ، عقود مقاولات الأعمال ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، مصر ، دون طبعة ، سنة : 2015

5 –كلوفي عز الدين ، نظام المنازعة في مجال الصفقات العمومية، دار النشر جيلطي ، الجزائر ، دون طبعة ، سنة : 2012

6- عمار بوضياف ، شرح تنظيم الصفقات العمومية ، جسور للنشر و التوزيع،الجزائر، الطبعة :03 سنة : 2011.

7- غنية أمينة ، قضاء الاستعجال في المواد الإدارية ، دار هومة ، الجزائر ، دون طبعة ، سنة :2014 .

8- علي فيلالي ، الالتزامات - العمل المستحق التعويض، موفم للنشر ، الجزائر ، دون طبعة ، سنة . 2000 .

9- مولود ديدان ، القانون المدني حسب آخر تعديل له قانون رقم : 07-05 مؤرخ في: 13 /2007/05 ، دار بلقيس للنشر ، الجزائر ، دون طبعة ، سنة : 2007 .

10- عوا بدي عمار ، نظرية المسؤولية الإدارية ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الطبعة الرابعة ، سنة : 2012.255

11- علي شفيق الصالح ، محمد بن عبد العزيز المعارك ، الدعاوي الإدارية و الأنظمة القضائية في المملكة العربية السعودية ، مكتبة القانون و الاقتصاد ، الرياض ، دون طبعة ، سنة : 2011.

12 - محمد بن سعيد بن محمد المعمري ، الرقابة القضائية على العقود الإدارية ، دار الجامعة الجدية ، للنشر –مصر- دون طبعة ن سنة : 2011 .

13- إبراهيم الشارف الطاهر تفوقه، الصعوبات التي تواجه تنفيذ العقد الإداري –دراسة مقارنة-، دار المطبوعات الجامعية،الإسكندرية، سنة: . 2011

14- بلحاج العربي ، ، نظرية العقد في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، دون طبعة ، سنة : 2015

*** - الرسائل و المذكرات:**

1- بن شعبان علي، آثار عقد الأشغال العامة على طرفيه في التشريع الجزائري ، رسالة لنيل درجة دكتوراه دولة في القانون العام،جامعة منتوري، قسنطينة، كلية الحقوق و العلوم السياسية،2012/2011.

2- بحري إسماعيل، الضمانات في مجال الصفقات العمومية في الجزائر، مذكرة من اجل الحصول على شهادة ماجستير في الحقوق، جامعة الجزائر، بن يوسف بن خده ، كلية الحقوق ، سنة 2008.

المقالات:

1- سعاد طيبي ، دور القاضي الإداري في تسوية منازعات الصفقات العمومية ،مقال منشور ، جامعة خميس مليانة ملتقى وطني حول دور قانون الصفقات العمومية في حماية المال العام ، جامعة المدية ، 2013.

2- يوسف حوري ،سلطات الإدارة في مجال الصفقات العمومية ،مقال منشور ،المداخلة الثالثة عشر،جامعة غليزان ملتقى وطني حول دور قانون الصفقات العمومية في حماية المال العام ، جامعة المدية ، 2013.