مجلة الاجتهاد القضائي: المجلد 12 - العدد 02 (العدد التسلسلي 24) أكتوبر 2020 - (ص ص: 315 – 328)
مخبر أثر الاجتهاد القضائي على حركة التشريع - جامعة محمد خيضر بسكرة

الغرامة التهديدية في مرحلة ماقبل التعاقد في العقود الإدارية والصفقات العمومية في الجزائر (دراسة تحليلية)

The Threatening Fine in the Pre-Contracting Phase in the Matter of Administrative Contracts and Public Transactions in Algeria (An Analytical Study)

ط.د سمير موراد [1]

باحث دكتوراه - مخبر البحوث القانونية والسياسية والشرعية

جامعة عباس لغرور – خنشلة (الجزائر)

mouradsamir798@gmail.com

أ. د إسماعيل بوقرة [2]

أستاذ التعليم العالي

كلية الحقوق والعلوم السياسية

جامعة عباس لغرور – خنشلة (الجزائر)

Smailbouguerra3@gmail.com

تاريخ الارسال:	تاريخ القبول:	تاريخ النشر
01 سبتمبر 2020	29 أكتوبر 2020	20 ديسمبر 2020

الملخص:

تناولت هذه الدراسة الغرامة التهديدية في مرحلة ما قبل التعاقد في مادتي العقود الإدارية والصفقات العمومية، أين يتمتع القاضي الإستعجالي بسلطة الأمر بالغرامة التهديدية ضد الجهة الإدارية في حالة الإخلال بإلتزامات الإشهار أو المنافسة، ومن هنا تكمن أهمية الموضوع خاصة من حيث إجبار المصلحة المتعاقدة إلى الخضوع لحكم القانون. إن الهدف من هذه الدراسة هو الوصول إلى معرفة فعالية سلطة الأمر بالغرامة التهديدية أين تثير هذه المسألة إشكالية هامة تتمثل في: إلى أي حد يستطيع القاضي الإستعجالي أن يفرض الغرامة التهديدية في مادتي العقود والصفقات العمومية قبل مرحلة الإبرام؟ وقد تم الاستعانة في دراستنا بالمنهج التحليلي من خلال تحليل نصوص قانون الإجراءات المدنية والإدارية ذات الصلة بالموضوع. و في الأخير، كانت أهم توصية ضرورة أن تكون الرقابة القضائية في جميع مراحل إبرام الصفقة العمومية.

الكلمات المفتاحية: الغرامة التهديدية، القاضي الإداري، الإستعجال، العقود، الصفقات العمومية.

Abstract:

This study dealt with the threatening fine in the pre-contracting phase in the matter of administrative contracts and public transactions, where the judge hearing the application for interim measures has the power to order a threatening fine against the administrative authorities in case of in case of prejudicing the advertising or competition obligations. Hence, the importance of the topic is, especially in terms of forcing the contracting department to comply with the law provisions .Our study was based on the analytical approach through analyzing the relevant provisions of the Civil and Administrative Procedure Law. The purpose of it is to gain knowledge of the authority effectiveness to order a threatening fine, as this issue raises an important problematic: to what extent can the judge hearing the application for interim measures impose a threatening fine in the terms of contracts and public transactions prior to the conclusion phase? In the end, the most important recommendation was that judicial control should be at all conclusion phases of a public transaction

Key Words: *Threatening Fine, Administrative Judge, Urgency, Contracts, Public Transactions.*

[1] المؤلف المرسل: ط.د سمير موراد ـــــــــــ *Email: mouradsamir798@gmail.com*

مقدمة:

في السابق وفي ضل قانون الإجراءات المدنية المبدأ السائد هو عدم إمكانية توجيه الأوامر إلى الجهة الإدارية أو الحلول محلها، أو الحكم عليها بالغرامة التهديدية تأسيسا على مبدأ الفصل بين السلطات، حيث كان القضاء الإداري يصدر أحكامه دون أن تتضمن هذه الأحكام ضمن منطوقها أوامر إلى الجهة الإدارية أو الحلول محلها وإلا أعتبر ذلك تعديا على إختصاصات الجهة الإدارية.

أمام هذا الوضع كانت معظم الأحكام والقرارات القضائية الإدارية الصادرة ضد الإدارة ولصالح الأفراد لا تنفذ، فرغم صدور الحكم القضائي يبقى من له مصلحة في ذلك يعاني من تعسف الجهة الإدارية، وأمام تعنت الإدارة وتزايد القضايا المتعلقة بعدم تنفيذ الأحكام الإدارية، سارع المشرع الجزائري ضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد إلى الاعتراف للقاضي الإداري بصفة عامة بسلطة توجيه الأوامر وكذا سلطة الأمر بالغرامة التهديدية كضمانة من ضمانات تنفيذ أحكام القضاء الإداري.

الأمر ذاته بالنسبة للقاضي الإستعجالي أين إعترف له المشرع في العديد من المواضع بسلطة الأمر بالغرامة التهديدية ومن ذلك نذكر إمكانية الأمر بالغرامة التهديدية في حالة الإخلال بالتزامات الإشهار أو المنافسة التي تخضع لها عمليات إبرام العقود الإدارية والصفقات العمومية، وهو ما سيكون موضوع دراستنا في هذه الورقة البحثية.

الإشكالية الرئيسية: يثير هذا الموضوع إشكالية تتمثل في إلى أي حد يستطيع القاضي الإداري الإستعجالي أن يفرض الغرامة التهديدية في مادتي العقود والصفقات العمومية قبل مرحلة الإبرام والتعاقد؟.

هذه الاشكالية الرئيسية تثير جملة من التساؤلات يمكن إجمالها في:

- ماهو تعريف الغرامة التهديدية؟
- ماهي أحكام وشروط فرض الغرامة التهديدية من طرف قاضي الإستعجال الإداري؟
- ماهي أسباب تدخل القاضي الإستعجالي في الأمر بالغرامة التهديدية في مادتي العقود والصفقات العمومية قبل مرحلة الإبرام والتعاقد؟.
- ماهي سلطات وصلاحيات القاضي الإستعجالي في الأمر بالغرامة التهديدية في مادتي العقود والصفقات العمومية قبل مرحلة الإبرام والتعاقد؟.

أهمية الدراسة: تلعب الغرامة التهديدية أهمية كبيرة في مجال العقود الإدارية والصفقات العمومية من حيث إجبار المصلحة المتعاقدة في مرحلة تكوين الصفقة (قبل الإبرام)

على إحترام النصوص القانونية ذات الصلة، واحترام حجية الشيء المقضي به من جهة، ومن جهة أخرى حماية المتضررين من تعسف المصلحة المتعاقدة.

أهداف الدراسة:

- الوقوف على الإطار المفاهيمي للغرامة التهديدية.
- معرفة الشروط الواجب توافرها للحكم بالغرامة التهديدية من طرف القاضي الإداري الإستعجالي.
- معرفة أسباب تدخل القاضي الإداري الإستعجالي عن طريق الأمر بالغرامة التهديدية قبل التعاقد في مادة العقود والصفقات وسلطته في الحكم بها
- فعالية الأمر بالغرامة التهديدية في إجبار المصلحة المتعاقدة للإمتثال لحكم القانون وحماية الطرف الضعيف في الصفقة وهم الأفراد.

المنهج المتبع: أما عن المنهج المتبع في هذه الدراسة هو المنهج التحليلي من خلال تحليل نصوص قانون الإجراءات المدنية والإدارية[1] ذات الصلة بهذا الموضوع.

خطة الدراسة: وكانت دراسة موضوعنا هذا وفق الخطة التالية:

المبحث الأول: الإطار المفاهيمي للغرامة التهديدية.

المبحث الثاني: سلطة القاضي الإداري الإستعجالي في فرض الغرامة التهديدية قبل التعاقد في مادتي العقود والصفقات العمومية.

المبحث الأول: الإطار العام للغرامة التهديدية

أين سيتم التطرق في هذا المبحث إلى تعريف الغرامة التهديدية وبيان خصائصها (المطلب الأول) مرورا الى تبيان شروط أو ظوابط الحكم بالغرامة التهديدية من طرف القاضي الإداري الإستعجالي (المطلب الثاني)

المطلب الأول: ماهية الغرامة التهديدية

قبل التطرق إلى تعريف الغرامة التهديدية نقول وأن هذه الأخيرة مصدرها القضاء الفرنسي أين طبق الغرامة التهديدية من خلال الحكم الذي أصدرته محكمة النقض الفرنسية سنة 1834، أين تعرض هذا الحكم في تلك الفترة إلى جملة من الانتقادات تأسيسا على غياب النصوص القانونية التي تسمح بتوقيع الغرامة التهديدية وذلك إلى غاية صدور القانون رقم 626 / 72 بتاريخ 07/05 / 1972 أين نظم القانون هذه الوسيلة وأصبحت منظمة بموجب نصوص قانونية يستند إليها القضاء عند الحكم بها.[2]

الفرع الأول: مفهوم الغرامة التهديدية

أما عن تعريف الغرامة التهديدية فإنه وبالعودة إلى مختلف النصوص القانونية نجد وأن المشرع الجزائري لم يقم بتعريف الغرامة التهديدية وإنما إكتفى بتبيان نظامها القانوني وشروط وإجراءات الحكم بها وذلك ضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ومن أجل معرفة تعريف الغرامة التهديدية كان لازما العودة إلى تعريف الفقه والقضاء وهو ما سيتم التطرق له.

أولا - التعريف القضائي للغرامة التهديدية:

عرف القضاء الإداري الغرامة التهديدية بأنها: "الغرامة التهديدية إلزام ينطق به القاضي كعقوبة وأنه ينبغي أن يطبق عليها مبدأ قانونية الجرائم والعقوبات وبالتالي يجب سنها بقانون"[3].

وعليه نستنتج وأن القضاء الإداري إعتبر وأن الغرامة التهديدية عقوبة وأنه لا يمكن توقيع الغرامة التهديدية إلا إذا كان هناك نص قانوني يسمح بذلك وهذا تأسيسا على إعتبارها عقوبة وبالتالي فهي تخضع لمبدأ قانونية الجرائم والعقوبات.

ثانيا - التعريف الفقهي للغرامة التهديدية:

فقد عرف الفقه الفرنسي الغرامة التهديدية بأنها: "مقدار مالي يجدد سواء عن كل يوم أو شهر من التأخير ضد الشخص العام المدين والذي يهمل أو يمتنع عن تنفيذ قرار من أية جهة قضائية كانت، إذ تأتي الغرامة التهديدية كجزاء لإخلال الإدارة بالحكم المنطوق"[4].

ويعرفها عبد الرزاق السنهوري بأنها: "هي مبلغ مالي يلزم به القضاء المدين، من أجل تنفيذ إلتزامه عينا في خلال مدة معينة، فإذا تأخر في التنفيذ، كان ملزما بدفع مبلغ عن التأخير عن كل يوم، أو كل أسبوع، أو في أي وحدة أخرى من الزمن، أو عن كل مرة يأتي عملا يخل بإلتزاماته، وذلك إلى أن يقوم بالتنفيذ العيني، وإلى أن يمتنع نهائيا بالإخلال عن الإلتزام".[5]

كما عرفها مهند نوح بأنها: "عقوبة مالية تحدد بصفة عامة عن كل يوم تأخير، يصدرها القاضي قصد ضمان تنفيذ حكمه، أو حتى بقصد ضمان تنفيذ أي إجراء من إجراءات التحقيق"[6].

وعرفت كذلك بأنها: "وسيلة غير مباشرة لتنفيذ الأحكام والقرارات القضائية الحائزة لقوة الشيء المقضي به وكذا وسيلة لحمل وإجبار الإدارة على تنفيذ تلك القرارات، والقاضي الإداري هو من يقوم بتوقيعها ضد الإدارة، ولا يعتبر هذا تدخلا منه ضد الإدارة ولا هو يحل محلها في شيء ولا يمس بمبدأ الفصل بين السلطات ولا كنه لا يفعل سوى أن يذكر الإدارة

بالتزاماتها الأساسية المتمثلة في إحترام مضمون قوة الشيء المقضي به مع إلباس هذا التذكير ثوب التهديد والتحذير الرسمي"[7].

من خلال هذه التعريفات للغرامة التهديدية نخلص إلى أنها تصب في معنى واحد، أي أن الغرامة التهديدية عبارة عن مبلغ من المال يحكم به القاضي على المدين من أجل تنفيذ الإلتزام الملقى على عاتقه.

الفرع الثاني: خصائص الغرامة التهديدية

تتميز الغرامة التهديدية بجملة من الخصائص تتمثل في:

أولا - الغرامة ذات طابع تحكمي:

ويقصد بذلك وأن القاضي الإداري وهو يقوم بإستعمال سلطته في توقيع الغرامة التهديدية يجب أن يراعي في ذلك قدرة المدين المالية، بعبارة أخرى أن القاضي الإداري لا ينظر إلى الضرر بقدر كما ينظر إلى المدين وقدرته المالية.

فالغرامة التهديدية الغاية منها هو حث المدين إلى غاية تنفيذ الإلتزام الواقع على عاتقه على خلاف التعويضات والفوائد التي الغاية منها هو جبر الضرر الفعلي الناتج عن التأخير في التنفيذ أو عدم التنفيذ.[8]

ثانيا - الغرامة التهديدية ذات طابع مؤقت:

إن الحكم بالغرامة التهديدية هو حكم مؤقت حيث يزول في النهاية بإتخاذ المدين لموقفه النهائي إما بوفائه بالإلتزام الملقى على عاتقه أو إصراره على عدم تنفيذه وفي كل الأحوال وبعد إتخاذ المدين لموقفه النهائي فإن القاضي سيقوم بتصفية الغرامة التهديدية طبقا لنص المادة 983 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية والتي تنص على " في حالة عدم التنفيذ الكلي أو الجزئي، أو في حالة التأخير في التنفيذ، تقوم الجهة القضائية الإدارية بتصفية الغرامة التهديدية التي أمرت بها"، وهو ما يبين لنا وأن الغرامة التهديدية تحمل الوصف المؤقت، ويترتب على ذلك نتيجة مفادها أن الدائن لا يمكن له المطالبة بالغرامات المالية المحكوم بها.[9]

ثالثا - الغرامة التهديدية تتقدر عن كل وحدة من الزمن:

ويقصد بذلك وأن الغرامة التهديدية لا يمكن تحديد مقدارها الإجمالي يوم نطق القاضي بالحكم، وإنما مقدار الغرامة الإجمالي متوقف على موقف المدين، فكلما تأخر المدين عن تنفيذ إلتزامه كلما زاد مبلغ الغرامة، وهذا هو المعنى الحقيقي للتهديد المالي وهو الغاية المنشودة من تسليط الغرامة.[10]

رابعا – وسيلة غير مباشرة للحصول على التنفيذ العيني:

ويقصد بذلك وأن الغرامة التهديدية هي ليست غاية الحكم ولكن هي وسيلة لإرغام وتهديد المدين من أجل الوفاء بالتزامه [11]

المطلب الثاني: ضوابط الحكم بالغرامة التهديدية من طرف قاضي الإستعجال الإداري

المشرع الجزائري وبغية تكريس دولة الحق والقانون نجده في كل مرة يحاول إيجاد الوسائل والآليات التي من خلالها يضمن إحترام الغير سواء أشخاص طبيعية أو معنوية للقانون، ومن أجل ذلك نجد وأن المشرع الجزائري منح للقاضي الإداري بصفة عامة والقاضي الإستعجالي كامل السلطة التقديرية في توقيع الغرامة التهديدية ضد الإدارة لإلزامها على إحترام حجية الشيء المقضي به، وفي مقابل ذلك لم يترك السلطة التقديرية مطلقة[12] وإنما هناك مجموعة من الضوابط الواجب مراعاتها حتى يتمكن القاضي من إستخدام سلطة الغرامة التهديدية في مواجهة الإدارة وهو ما سيتم التفصيل فيه كما يلي:

الفرع الأول: أن يكون الحكم القضائي الصادر عن القضاء الإداري نهائي

يمكن إستخلاص هذا الشرط من نص المادة 987 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية والتي نصت: "لا يجوز تقديم طلب إلى المحكمة الإدارية من أجل الأمر بإتخاذ التدابير الضرورية لتنفيذ حكمها النهائي..."، وعليه فإن المادة إشترطت أن يكون الحكم القضائي الصادر حائزا لقوة الشيء المقضي فيه، ويكون كذلك ما لم يتم الطعن فيه، وبالتالي إنقضاء المدة المقررة لتقديم الطعن.[13]

الفرع الثاني: ضرورة وجود إلتزام على عاتق المدين بالتنفيذ

حتى يتم توقيع الغرامة التهديدية من طرف القاضي يشترط أن يكون هناك إلتزام على عاتق المدين، ولا يكفي وجود الإلتزام وإنما يشترط أن يكون المدين ممتنعا عن تنفيذه، أما إذا إمتثل المدين ونفذ الإلتزام ففي هذه الحالة لا يجوز توقيع الغرامة التهديدية عليه، ومنه نخلص في الأخير إلى أن الحكم بالغرامة التهديدية متوقف على عدم تنفيذ المدين لإلتزامه.[14]

الفرع الثالث: أن يكون التنفيذ ممكنا

حتى يتمكن القاضي من توقيع الغرامة التهديدية يجب أن يكون الإلتزام قابلا للتنفيذ، أي أن لا يكون مستحيلا، فإذا كان التنفيذ مستحيلا فلا جدوى من توقيع الغرامة التهديدية ذلك أن هذه الأخيرة دورها يتمثل في إجبار المدين على تنفيذ الإلتزام [15] وتتنوع الإستحالة إلى نوعين: إستحالة قانونية وأخرى مادية أو واقعية، وعلى سبيل المثال نجد وأنه من بين الإستحالة القانونية إلغاء الحكم من طرف مجلس الدولة، ومن أمثلة الاستحالة الواقعية نجد فقدان مستندات إدارية[16].

الفرع الرابع: أن يتطلب تنفيذ الحكم إتخاذ الإدارة تدبيرا معينا

ومؤدى ذلك وأن القاضي الإداري وحتى يتمكن من توقيع الغرامة التهديدية لا بد وأن يتطلب تنفيذ الحكم إتخاذ الإدارة لتدبير معين، وبعبارة أخرى أن يتضمن الحكم المطلوب تنفيذه إلتزاما على عاتق الجهة الإدارية بالقيام بعمل معين كإتخاذ إجراء أو قرار محدد.

الفرع الخامس: أن يكون الحكم ممهورا بالصيغة التنفيذية مع إلزامية تبليغه

من بين شروط توقيع الغرامة التهديدية أن يكون الحكم القضائي ممهور بالصيغة التنفيذية، حتى يكون قابلا للتنفيذ، مع ضرورة تبليغه للجهة الإدارية الصادر ضدها الحكم القضائي الإداري، حيث يكتسي التبليغ أهمية بالغة في تحديد مواعيد الطعن بالنسبة للأحكام والقرارات القضائية الإدارية، أين تكتسب هذه الأخيرة قوتها الملزمة بإعلانها للجهة الإدارية التي تكون ملزمة بالتنفيذ.[17]

الفرع السادس: الميعاد

بالرجوع إلى المادة 987 /2 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية يتبين لنا وأنه في حالة الأوامر الإستعجالية يجوز تقديم طلب التدابير التنفيذية والغرامة التهديدية دون التقيد بالآجال، والعلة في ذلك أن الأوامر الإستعجالية تتطلب السرعة في التنفيذ.[18]

المبحث الثاني: سلطة القاضي الإداري الإستعجالي في فرض الغرامة التهديدية قبل التعاقد في مادتي العقود والصفقات العمومية

حيث سيتم التطرق في هذا المبحث إلى تبيان أسباب والمبررات التي يستند عليها القاضي الإستعجالي قبل التعاقد في مجال العقود والصفقات العمومية لتوقيع الغرامة التهديدية (المطلب الأول)، مرورا بعد ذلك للحديث عن السلطات التي يتمتع بها في إطار فرض الغرامة التهديدية (المطلب الثاني).

المطلب الأول: مبررات تدخل القاضي الإستعجالي في الأمر بالغرامة التهديدية

بالرجوع إلى المادة 946 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية نجد وأنه تنص على: "يجوز إخطار المحكمة الإدارية بعريضة، وذلك في حالة الإخلال بإلتزامات الإشهار أو المنافسة التي تخضع لها عمليات إبرام العقود الإدارية والصفقات العمومية.

يتم هذا الإخطار من قبل كل من له مصلحة في إبرام العقد والذي قد يتضرر من هذا الإخلال، وكذلك لممثل الدولة على مستوى الولاية إذا أبرم العقد أو سيبرم من طرف جماعة إقليمية أو مؤسسة عمومية محلية...".

من خلال نص المادة أعلاه يتبين لنا وأن إبرام العقود والصفقات يقوم على مبدأ الإشهار[19] أو المنافسة [20]، حيث يترتب على ذلك وأن المصلحة المتعاقدة ملزمة عند إبرام العقود

الإدارية والصفقات العمومية إحترام قواعد الإشهار تحت طائلة تعرضها للمتابعة القضائية وفقا للنصوص القانونية المنظمة لذلك، ويتم ذلك عن طريق إخطار الجهة القضائية المختصة من طرف كل من له مصلحة[21] في ذلك طبقا للمادة 946 /2، أين يأمر القاضي الإداري الإستعجالي بعد ذلك المتسبب وهي المصلحة المتعاقدة بضرورة الإمتثال لإلتزاماته وهو ما أكدته المادة 946 / 4 "...يمكن للمحكمة الإدارية أن تأمر المتسبب في الإخلال بالإمتثال لإلتزاماته، وتحدد الأجل الذي يجب أن تمتثل فيه..."، وتتمثل قواعد الإشهار والمنافسة التي يجب على المصلحة المتعاقدة الإمتثال لها في ما يلي:

الفرع الأول: القواعد المتعلقة بالعلنية والمدد

من بين ما يعد خرقا لمبدأ العلانية عدم توافر الإعلان لجميع البيانات المنصوص عليها بموجب القانون، بالإضافة إلى عدم النشر الواسع للإعلان عبر القنوات الرسمية والمحددة قانونا وهي الجرائد اليومية، ضف إلى ذلك خرق المدة القانونية لإستلام العروض كل هذا يجعل المصلحة المتعاقدة خارجة عن القانون وتقع تحت طائلة تسليط الغرامة التهديدية عليها إلى غاية الإمتثال لما يمليه عليها القانون[22].

الفرع الثاني: طريقة إبرام الصفقات العمومية

الأصل العام المتعارف عليه أن يتم إبرام الصفقات العمومية بإحدى الطريقتين، أما عن طريق طلب العروض وهو الأصل وإستثناءا عن طريق التراضي وفي كل الأحوال فإن مخالفة الإدارة لذلك يعد مساسا لمبدأ المنافسة، ما يجعلها تحت طائلة الغرامة التهديدية [23].

الفرع الثالث: عقلانية المواصفات والخاصيات التقنية

إن المصلحة المتعاقدة وهي تحضر لصفقة معينة لها كامل السلطة التقديرية في وضع المواصفات والخصائص التقنية بما تراه مناسبا ويحقق المصلحة العامة، إلا أنه وفي المقابل فإن هذه السلطة التقديرية ليست مطلقة، حيث يجب على الإدارة المتعاقدة أن لا تخرج عن الغرض المنشود بأن تضع من المواصفات ما يكون معقدا ومخالفا للقانون بحيث يترتب على ذلك التمييز بين المترشحين وهو الأمر الذي يعتبر خرقا لمبدأ المساواة بين المتعاملين وحصر المنافسة بين متعاملين معينين وإقصاء البعض وهو ما يجعل نية الإدارة غير سليمة ويضعها في موقف المخالف للقانون.[24]

الفرع الرابع: إستغلال السلطة

إستغلال المصلحة المتعاقدة لسلطتها ومخالفتها للنصوص القانونية المنظمة للصفقات العمومية كان تتماطل في سريان العروض بما لا يرضي المترشحين[25].

نخلص مما سبق إلى أن المصلحة المتعاقدة عليها إحترام قواعد المنافسة والإشهار في مجال العقود والصفقات العمومية ومن ذلك القواعد المتعلقة بالعلنية والمدد، طريقة إبرام العقود والصفقات وفقا للقانون، ضف إلى ذلك كما سبق القول أن تستغل المصلحة المتعاقدة سلطتها باعتبارها في مركز قوي وتضع من المواصافات والشروط ما يجعل هناك تمييز المترشحين المتنافسين، كل هذا وأخر يجعل الإدارة المتعاقدة في وضع غير قانوني ويجعل الصفقة العمومية من بدايتها غير قانونية.

المطلب الثاني: أحكام فرض الغرامة التهديدية قبل التعاقد في مادة العقود والصفقات

سيتم التطرق في هذا المطلب إلى شرح أحكام فرض الغرامة التهديدية قبل التعاقد في مادة العقود والصفقات العمومية أين سيتم التطرق إلى الشروط الإجرائية لفرض الغرامة التهديدية (الفرع الأول) مرورا إلى الحديث عن سلطة القاضي الإداري في تحديد قيمة الغرامة التهديدية وتصفيتها في (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الشروط الإجرائية لفرض الغرامة التهديدية

إن المصلحة المتعاقدة وتأسيسا على نص المادة 946 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية تكون تحت طائلة توقيع الغرامة التهديدية من طرف القاضي الإداري الإستعجالي وذلك في حالة إخلالها بإلتزامات الإشهار أو المنافسة التي تخضع لها عمليات إبرام العقود الإدارية والصفقات العمومية.

إن الأمر بالغرامة التهديدية سلطة مكفولة للقاضي الإداري الإستعجالي في مادة العقود والصفقات وذلك بصراحة نص المادة 946 / 4 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية حيث نصت: "...ويمكن لها أيضا الحكم بغرامة تهديدية تسري من تاريخ إنقضاء الأجل المحدد...".

ولكن السؤال المطروح هل القاضي الإستعجالي في حالة إخلال الإدارة المتعاقدة بالتزامات الإشهار والمنافسة يتدخل مباشرة ويوقع الغرامة التهديدية أم أن هناك إجراءات يجب إتباعها حتى تصل القضية أمامه للفصل فيها ؟

الإجابة على هذا السؤال نجدها ضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية أين وضح هذا الأخير الإجراءات الواجب إتباعها للفصل في القضية وهو ما سيتم توضيحه:

أولا - رفع دعوى قضائية:

بالرجوع إلى قانون الإجراءات المدنية والإدارية نجد وأنه في حالة عدم إحترام المصلحة المتعاقدة لالتزامات الإشهار والمنافسة يلجأ كل من له مصلحة في إبرام العقد أو الصفقة إلى القضاء الإداري الإستعجالي برفع دعوى عن طريق عريضة يلتمس فيها من القضاء أمر الإدارة بإلتزام بالقواعد القانونية التي تخضع لها عملية إبرام الصفقات العمومية وتوقيع

الغرامة التهديدية[26]، من هنا نخلص إلى أن قواعد الإشهار والمنافسة هي إجراءات أولية للصفقات ما يعني وأن اللجوء إلى القضاء يكون قبل إبرام الصفقة.[27]

وبمجرد إتصال القاضي الإستعجالي الإداري بالقضية يمكن له أن يأمر الجهة الإدارية (المدعى عليها) المتسببة في الإخلال بضرورة الإمتثال لإلتزاماته وتحدد الأجل الذي يجب أن تمتثل فيه

فضلا عن ذلك يمكن له أن يأمر بتوقيع الغرامة التهديدية تسري من تاريخ إنقضاء الأجل المحدد[28].

ويمكن الإشارة إلى أن القاضي الإستعجالي ليس مجبرا للحكم بالغرامة التهديدية خاصة وأن نص المادة 946 لم تتضمن إلزاما للقاضي وإنما كانت جوازية حيث تضمنت عبارة "يمكن" وهو ما يترك السلطة التقديرية للقاضي في الحكم بالغرامة التهديدية من عدمها.

ثانيا - طلب صاحب الشأن:

سؤال أخر حري بنا طرحه في مجال سلطة القاضي الإستعجالي قبل التعاقد في مادة العقود والصفقات في الأمر بالغرامة التهديدية وهو: هل الحكم بالغرامة التهديدية يكون بناء على طلب صاحب الشأن أم يحكم بها القاضي تلقائيا متى رأى وأن ذلك لازما؟

الإجابة على هذا السؤال تكون من خلال تحليل نصوص المواد 980 و981 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية:

تنص المادة 980 "يجوز للجهة القضائية الإدارية، المطلوب منها إتخاذ أمر بالتنفيذ وفقا للمادتين 978و 979 أعلاه، أن تأمر بغرامة تهديدية..."

تنص المادة 981 "في حالة عدم تنفيذ أمر أو حكم أو قرار قضائي، ولم تحدد تدابير التنفيذ، تقوم الجهة القضائية المطلوب منها ذلك بتحديدها، ويجوز لها تحديد أجل للتنفيذ والأمر بالغرامة التهديدية".

من خلال نصوص المواد أعلاه يتبين لنا وأن المشرع الجزائري نص صراحة على ضرورة وجود طلب من صاحب الشأن يلتمس فيه من القاضي توقيع الغرامة التهديدية، مايفهم وأن نص المادة ترك القاضي مقيدا بطلب صاحب الشأن حتى يتمكن من توقيع الغرامة التهديدية على الجهة الإدارية ويتضح ذلك من خلال العبارة الموجودة في نص المادتين "المطلوب منها ذلك".

وإذا كان المبدأ الإجرائي العام هو إلتزام القاضي بطلبات الخصوم نفس الشيء بالنسبة للأمر بالغرامة التهديدية [29]، كباحث أرى أنه في هذا المجال يمكن للقاضي الإستغناء عن طلب صاحب الشأن وتبريرنا في ذلك يرجع إلى:

بالعودة إلى المادة 946 / 4 نجد وأن القاضي الإداري يأمر الإدارة المتسببة في الإخلال بالإمتثال لإلتزاماته ويحدد الأجل الخاص بالإمتثال، من هنا يمكن طرح التساؤل الأتي: في حالة رفض الإدارة الإمتثال كيف يمكن التعامل؟

بطبيعة الحال يوقع القاضي الغرامة التهديدية على الإدارة إلى غاية إمتثالها، ما يبين في الأخير وأن الغرامة التهديدية في هذه الحالة هي من ضمانات تنفيذ الأحكام والأوامر الصادرة من طرف قاضي الإستعجال.

فإذا كان قاضي الإستعجال أمام دعوى قضائية عنوانها إخلال المصلحة المتعاقدة بإلتزامات الإشهار أو المنافسة، وأمر الجهة الإدارية بموجب حكم بضرورة الإمتثال ورفضت هذه الأخيرة ذلك فما الغاية من إنتظار صاحب الشأن لتقديم طلب توقيع الغرامة التهديدية، فهنا لابد من تحرك القاضي من تلقاء نفسه لحمل الجهة الإدارية على إحترام حجية الشيء المقضي فيه وضمان تنفيذه، من خلال إحترام قواعد الإشهار أو المنافسة في العقود والصفقات العمومية.

الفرع الثاني: سلطة القاضي الإداري في تحديد قيمة الغرامة التهديدية وتصفيتها

أولا - سلطة القاضي الإداري في تحديد قيمة الغرامة التهديدية:

للقاضي الإداري في تقدير قيمة الغرامة التهديدية كامل الحرية، أي أن له السلطة الكاملة في تقدير قيمتها بحيث يمكن له أن يرفع من قيمتها أو تخفيضها أو إلغائها وتحديد بدأ سريانها الذي يكون من تاريخ إكتساب الحكم القوة التنفيذية، كما له تحديد مدتها.[30]

ثانيا - سلطة القاضي الإداري في تصفية الغرامة التهديدية:

في هذا الصدد نتساءل في البداية عن مدى إختصاص قاضي الأمور المستعجلة قبل التعاقد في تصفية الغرامة التهديدية ؟

بالرجوع إلى قانون الإجراءات المدنية والإدارية وتحديدا المادة 983[31] منه نجد وأن المشرع الجزائري لم يبين مدى إختصاص قاضي الأمور المستعجلة بتصفية الغرامة التهديدية، أي أن نص المادة جاءت بصفة عامة دون تخصيص، ضف إلى ذلك ورود هذه المادة في الباب السادس تحت عنوان: في تنفيذ أحكام الجهات القضائية الإدارية، ما يجعلنا نقول وأن قاضي الأمور المستعجلة مختص بتصفية الغرامة التهديدية في حالة عدم التنفيذ الكلي أو الجزئي أو في حالة التأخير في التنفيذ، أين يلجأ المدعي بعد تمام المدة التي حددها القاضي الإستعجالي للإمتثال للحكم أو الأمر الصادر منه إلى رفع دعوى التصفية أمام القاضي نفسه وهو القاضي الإستعجالي الذي حكم بالغرامة التهديدية [32]، حيث يقوم هذا الأخير بتصفية الغرامة التهديدية أين يمكن للقاضي إلغاء أو تخفيض مبلغ الغرامة دون أن يملك الحق في زيادتها.[33]

كما يمكن للقاضي الإداري الإستعجالي أن يقرر عدم دفع جزء من الغرامة إلى المدعي إذا تجاوزت قيمة الضرر ويأمر بدفعه إلى الخزينة العمومية[34].

خاتمة:

من خلال ما تم التطرق له في هذه الورقة البحثية تم إستخلاص مجموعة من النتائج نستعرضها فيما يلي:

- الأمر بالغرامة التهديدية يكون بعد إخلال الإدارة بالإلتزامات الإشهار أو المنافسة وإخطار الجهة القضائية المختصة طبقا للمادة 946 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

- الغرامة التهديدية تعد ضمانة من ضمانات تنفيذ الأحكام الإدارية الصادرة عن القضاء الإداري الإستعجالي قبل التعاقد، خاصة وأن الأمر بها يكون لإجبار المصلحة المتعاقدة للامتثال لحجية الأمر المقضي به والقاضي في منطوقه إجبار المصلحة المتعاقدة للإمتثال لإلتزامات الإشهار أو المنافسة.

- سلطة القاضي الإستعجالي في مادة العقود والصفقات العمومية في الأمر بالغرامة التهديدية يكون قبل إبرام العقد، ويترتب على ذلك نتيجة حتمية أن الطرف المتضرر لا يمكن له اللجوء إلى القضاء الإستعجالي الإداري بعد إبرام العقد.

- الغرامة التهديدية الهدف من إستخدامها حماية المتضرر من تعسف المصلحة المتعاقدة وحثها على احترام القانون.

- يمكن إعتبار الغرامة التهديدية أنها وقائية خاصة وأنها تكون قبل إبرام الصفقة العمومية فهي بذلك تجعل الجهة الإدارية تمتثل للقانون ولأوامر القاضي ويترتب على ذلك في الأخير وجود صفقة سليمة من حيث صحة إجراءاتها في مرحلة ما قبل الإبرام.

بالإضافة إلى ما تم التوصل إليه من نتائج يمكن تقديم الإقتراحات التالية:

- سلطة القاضي الإداري الإستعجالي في مادة العقود والصفقات مقيدة في مرحلة ما قبل الإبرام، أي أنه لا يمكنه توجيه الأوامر أو الأمر بالغرامة التهديدية بعد إبرام العقد أو الصفقة العمومية، ومن هنا ندعو إلى توسيع عملية الرقابة القضائية في جميع مراحل الصفقة العمومية.

- حتى تكون للغرامة التهديدية فعالية أكبر نقترح على المشرع الجزائري أن يجعل توقيعها على شخص الموظف، وليس من الحساب المالي للجهة الإدارية خاصة وأن المساس بالذمة المالية للموظف ستجعل هذا الأخير يحترم أحكام القانون.

الهوامش:

[1] – القانون رقم 08_09، الصادر بتاريخ: 04/23 / 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج. ر، عدد 21، 2008.

[2] – محمد صدارة: الغرامة التهديدية في المادة الإدارية، مجلة الحقوق والعلوم الانسانية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة زيان عاشور الجلفة،الجزائر، المجلد 11، العدد: 02، 2018، ص 113.

[3] – قرار رقم: 14989 الصادر بتاريخ 2003/04/08 عن الغرفة الخامسة لمجلس الدولة، قضية بين (ك. م) ضد وزارة التربية، أشارت إليه نبيلة بن عائشة: تنفيذ المقررات القضائية الإدارية، دون طبعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2013، ص 104.

[4] – المرجع نفسه، ص 113.

[5] – محمد بن محمد، هشام باهي: إشكالية عدم تنفيذ الإدارة الجبائية للأحكام القضائية الإدارية، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية،كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، الجزائر،المجلد 04، العدد 01، 2019، ص 349.

[6] – بن عامر بواب، مليكة هنان: الغرامة التهديدية ضد الأشخاص المعنوية العامة، مجلة القانون والعلوم السياسية،كلية الحقوق والعلوم السياسية، المركز الجامعي نعامة،الجزائر، المجلد04، العدد 01، 2018، ص 51.

[7] – عبد المالك بوضياف: فعالية الغرامة التهديدية كآلية لإجبار الإدارة على تنفيذ القرارات القضائية، مجلة معارف، كلية الحقوق والعلوم السياسية،جامعة البويرة،الجزائر،المجلد 09، العدد 16، 2014، ص 229.

[8] – محمد السعيد الليثي: إمتناع الإدارة عن تنفيذ الأحكام الإدارية الصادرة ضدها (الأساليب، الأسباب، كيفية المواجهة، دراسة مقارنة)، ط01، دار الصميعي للنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية، 2009، ص 625.

[9] – فايزة براهيمي: الأثر المالي لعدم تنفيذ الأحكام القضائية الإدارية، دون سنة الطبع، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2013، ص ص 95، 96.

[10] – خديجة لعريبي: تفعيل سلطة القاضي الإداري في مواجهة الإدارة لتنفيذ الأحكام القضائية، مجلة العلوم القانونية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الوادي، المجلد 09، العدد 03، 2018، ص 424.

[11] – بن عامر بواب، مليكة هنان: المرجع السابق، ص 52.

[12] – عبد المالك بوضياف: المرجع السابق، ص 234.

[13] – غنية نزلي: سلطة قاضي الحماية المستعجلة للحريات الأساسية في الأمر بالغرامة التهديدية كضمانة لتنفيذ أحكامه (أوامره)، مجلة العلوم القانونية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الشهيد حمة لخضر الوادي،الجزائر، المجلد 06، عدد 10، 2015، ص 124.

[14] – أحمد عباس مشعل: تنفيذ الأحكام الإدارية (دراسة مقارنة)،دون سنة الطبع، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2018، ص ص 164، 165.

[15] – أماني فوزي السيد حمودة: ضمانات تنفيذ الأحكام الصادرة في المنازعات الإدارية،دون سنة الطبع، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2015، ص 338.

[16] – عائشة غنادرة: المرجع السابق، ص 238.

[17] – فايزة براهيمي: المرجع السابق، ص ص 137، 138.

[18] – تنص المادة 987 /2 "...غير أنه فيما يخص الأوامر الاستعجالية يجوز تقديم الطلب بشأنها بدون أجل...".

[19] – الإشهار أو الإعلان هو وسيلة لضمان الشفافية وهو ضد السرية ويقصد به إخطار ذوي الشأن بالصفقة العمومية، وإبلاغهم بالشروط العامة للعقد، وكيفية الحصول على دفاتر الشروط والمواصفات وقائمة الأسعار، كما يقصد به قيام جهة الإدارة الراغبة في التعاقد بالإعلان عن موضوع هذا التعاقد بأسلوب يمكن كل من تنطبق عليه شروطه التقدم بعطائه. مراد بدران: القضاء الإستعجالي قبل التعاقد: آلية جديدة نحو حوكمة العقود والصفقات العامة،المجلة المتوسطية للقانون والإقتصاد، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبوبكر بلقايد تلمسان، المجلد 03، العدد 02،2018، ص 55.

[20] – يقصد بالمنافسة "تمكين كل الأشخاص الذين تتوفر فيهم كل الشروط القانونية الترشح لإبرام الصفقة"، مراد بدران: المرجع السابق، ص 60.

[21] – عمار بوضياف: المرجع في المنازعات الإدارية، الجزء الثاني، ط1، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2013، ص 319.

[22] – عامر دحوان، إبراهيم يامة: الغرامة التهديدية سلطة لقاضي الإستعجال قبل التعاقد في مادة العقود والصفقات، مجلة القانون والمجتمع،كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أحمد دراية،الجزائر، المجلد 08، العدد01، 2020، ص 443.

[23] – زوبيدة عرافة: دور القاضي الإداري في حل منازعات الصفقات العمومية قبل الإبرام، مجلة منار للبحوث والدراسات القانونية والسياسية،كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة يحي فارس بالمدية، الجزائر،المجلد02، العدد 02، 2018، ص 267.

[24] – عامر دحوان، إبراهيم يامة: المرجع السابق، ص ص 343، 344.

[25] – عرافة زوبيدة: المرجع السابق، ص 267.

[26] – راجع نص المادة 946 من القانون رقم 09/08، المرجع السابق.

[27] – زوبيدة عرافة: المرجع السابق، ص 264.

[28] – راجع المادة 946 من القانون رقم 09/08، المرجع السابق.

[29] – غنية نزلي: المرجع السابق، ص 126.

[30] – غنية نزلي:المرجع السابق، ص 125.

[31] – تنص المادة 983 "في حالة عدم التنفيذ الكلي أو الجزئي، أو في حالة التأخير في التنفيذ، تقوم الجهة القضائية الإدارية بتصفية الغرامة التهديدية التي أمرت بها".

[32] – عامر دحوان، إبراهيم يامة، المرجع السابق، ص 442.

[33] – غنية نزلي: المرجع السابق، ص 127.

[34] – راجع المادة 985 من القانون رقم 09/08، المرجع السابق.