مجلة الحقيقة
مجلد: 17 عدد:03 – سبتمبر 2018 (العدد 46 من التسلسل السابق)
ISSN: 1112-4210
EISSN: 2588-2139

الأساس القانوني لجزاء غرامة التأخير في صفقة الأشغال العامة وأثرها على إمتيازات السلطة العامة في التشريع الجزائري

The legal basis for the penalty of delaying fine in the public works deal Also its effect on the privileges of public authority in Algerian legislation.

تاريخ ارسال المقال: 2018/01/14

تاريخ قبول المقال:2018/07/07 تاريخ نشر المقال:2018/09/30

صوفية عباد، طالبة دكتوراه علوم، جامعة العربي التبسي تبسة
abbad_droit@yahoo.com
المشرف : **عمار بوضياف،** جامعة العربي التبسي تبسة، أ.دكتور في القانون،
amarboudiaf12@yahoo.fr

ملخص:

تعد غرامة التأخير جزاء مالي تفرضه المصلحة المتعاقدة على المتعامل المتعاقد المخل بإلتزاماته التعاقدية، وقد إختلف الفقه في تحديد الأساس القانوني فمنهم من يرى أن أساسها العقد، وبالتالي تقدره الإدارة مقدمًا وتنص على توقيعها، ومنهم من يرى أنها توجد بحكم القانون أي خارج بنود وأحكام العقد.

حيث أن الصفقة الأشغال العامة عقد إداري تستعمل فيه المصلحة المتعاقدة إمتيازات السلطة العامة.

وبالمقابل يمكن للمصلحة المتعاقدة التنازل فيها عن إمتيازاتها وإعفاء المقاول من غرامة التأخير، إذا ما تعلق هذا التأخير بخطأ من جانب الإدارة، أو نتيجة قوة القاهرة.

ISSN: 1112-4210
EISSN: 2588-2139

كلمات المفتاحية: غرامة التأخير، السلطة العامة، قوة القاهرة.

Astract:

A fine is considered a delay in the amount of money imposed by the contracting party on the contractual obligations of the contracting party on the contractual obligations of the contractor.

The jurisprudence differed in determining the legal basis ,among them it is considered to be the basis of the contract between them. An administrative contract in which the interest of the contractor is used in the privileges of the public authority. In return, it may waive its privileges by exempting the contractor from delaying his fine if he relates to a mistake by the administration or the result of major force.

Key words: fine delay , the public authority ,major fors.

مقدمة :

صفقة الأشغال العامة عقد إداري مكتوب، تمارسه المصلحة المتعاقدة بإعتبارها شخص من أشخاص القانون العام لما لها من إمتيازات السلطة العامة، منها سلطة فرض الجزاءات المالية على المقاول دون اللجوء إلى القضاء في حالة إخلاله بإلتزاماته التعاقدية.

بغية ضمان تنفيذ الصفقة وفق الشروط والمواعيد المتفق عليها، والجزاءات المالية، لا تقتصر على التعويض الضرر فقط فقد تكون نوعاً من العقاب على المتعامل المتعاقد بغض النظر عن صدور الخطأ منه، أو تعد ضمانًا لإنجاز المقاول مع الإدارة عمله على أتم وجه[1].

1- فارس مخلف الدليمي، الجزاءات المالية في العقد الإداري، (دراسة مقارنة بين التشريعي العراقي والأردني)، رسالة ماجستير في القانون العام، جامعة الشرق الأوسط، سنة 2016، ص76.

ISSN: 1112-4210
EISSN: 2588-2139

ويعد جزاء غرامة التأخير من أبرز الجزاءات المالية الخطيرة، التي توقعه المصلحة المتعاقدة في إستعمال هذا الحق وجب تطبيقه في حدود حيث يعفى المتعامل المتعاقد من الغرامة التأخير وتوافر حالات لإعفائه.

ومن هنا تبرز أهمية الموضوع البحث في معالجة هذه المشكلة ولا سيما، أن هناك إختلاف بين فقهاء القانون الإداري تجاه الأساس القانوني الذي يحكم غرامة التأخير هل هو العقد أم يوجد بقوة القانون أي خارج بنود العقد والأحكام التي تنظم هذا الجزاء.

وبغية الوقوف على الحل الأمثل لهذه الإشكالية وللأهمية الكبرى لأساس القانوني لغرامة التأخير، وأثره على إمتيازات المصلحة المتعاقدة، فقد أثرنا هذا البحث المتواضع و بنظر للإعتبار الصعوبة، التي تعتري الموضوع لعدم وجود نصوص قانونية صريحة أو قرارات قضائية تعالج الموضوع.

ولذلك كان الهدف من دراسة البحث الوصول فيما إذا كانت غرامة التأخير هي عقوبة مالية تفرضها المصلحة المتعاقدة تخضع للإرادة الأطراف المتعاقدة، أم لنصوص القانونية المحددة في دفتر الشروط الإدارية العامة، وتحقيق التوازن المالي لصفقة الأشغال العامة، وعدم تعسف الإدارة في إستعمال إمتيازاتها وحماية حقوق المتعامل المتعاقد في حالة وقوع قوة قاهرة.

وللوصول إلى النتائج المرجوة في بحثنا فقد إعتمدت على المنهج التحليلي التي يقوم على تحليل نصوص القانونية لمرسوم الرئاسي 15-247 المؤرخ في 16 ديسمبر 2015 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

ISSN: 1112-4210
EISSN: 2588-2139

ضمن المادة 147:"يمكن أن ينجر عن عدم تنفيذ الإلتزامات التعاقدية من قبل المتعاقد في الآجال، المقررة أو تنفيذها غير المطابق فرض عقوبات مالية دون الإخلال بتطبيق العقوبات المنصوص عليها في التشريع المعمول به.

وإزاء ذلك كله تبرز لنا الإشكالية التالية: في تحديد الأساس القانوني لصلاحية الإدارة في فرض غرامة التأخير ومدى تأثيرها على إمتيازات السلطة العامة في صفقة الأشغال العامة؟

للإجابة على هذا التساؤلات إعتمدت الباحثة على الخطة مقسمة إلى فرعين:

الفرع الأول: الأساس القانوني لتوقيع غرامة التأخير في صفقة الأشغال العامة.

الفرع الثاني:مدى تأثير غرامة التأخير على إمتيازات السلطة العامة في صفقة الأشغال العامة.

الفرع الأول: الأساس القانوني لتوقيع جزاء غرامة التأخير في صفقة الأشغال العامة.

إختلف الفقه فيما بينهم حول الأساس الذي تستند إليه المصلحة المتعاقدة، في تطبيق غرامة التأخير، فمنهم من يرى أنه الأساس تعاقدي(الصفقة)، ومنهم من يرى عكس ذلك غير تعاقدي(القانون)، فما هو موقف المشرع الجزائري من غرامة التأخير في صفقة الأشغال العامة، وسأحاول توضيح هذه النظريات بهدف تحديد موقف المشرع من خلال العناصر التالية:

أولا: الأساس التعاقدي لغرامة التأخير في صفقة الأشغال العامة.

ISSN: 1112-4210
EISSN: 2588-2139

1--مضمون النظرية التعاقدية الغرامة التأخير: يري أنصار النظرية التعاقدية[1]، أن غرامة التأخير لها أساس تعاقدي حيث إعتمدوا في ذلك على مضمون بنود الصفقة ، فالغرامة ما هي إلا مبلغ مالي إجمالي تقدره المصلحة المتعاقد مقدما، و تنص في العقد على ضرورة توقيعها في حالة إخلال المقاول وخاصة في حالة تأخير في التنفيذ بنود الصفقة، وفي حالة عدم النص عليها في العقد فإنه لا يجوز للمصلحة المتعاقدة أن تسعى إلى تطبيقها على المقاول. وعليه فالمصلحة المتعاقدة تستمد سلطتها في تطبيق غرامة التأخير من نصوص العقد.

ومن النتائج المتوصل إليها من هذا الأساس، إذا تضمنت شروط العقد تحديد مقدار الغرامة التي يتحملها المتعاقد مع الإدارة في حالة إخلاله بإلتزامه قبلها، فإن هذا المقدار هو الذي يطبق مع نص لائحة المناقصات و المزيدات، لإنه هو المقدار الذي إرتضاه المتعاقدان[2].

2- تجسيد النظرية التعاقدية في القانون الجزائري.

1-طارق سلطان، سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات على المتعاقدين معها في العقود الإدارية وضوابطها، (دراسة مقارنة، دار النهضة
العربية، القاهرة، 2010صفحة، 154.
/-أحمد عثمان عياد، مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1983، صفحة346-347.
/-هارون عبد العزيز الجمل، النظام القانوني للجزاءات في عقد الأشغال العامة، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، حقوق عين الشمس، 1979، صفحة141.
2- أحمد عثمان عياد، المرجع السابق، صفحة347.

ISSN: 1112-4210
EISSN: 2588-2139

يمكن أن نجد تأييد لهذا الرأي الفقهي في الجزائر، من خلال نص المادة 36 من دفتر الشروط الإدارية[1] التي تقضي بأنه:" إذا ورد في الصفقة نصوص تتضمن عقوبات على التأخير، فيجرى تطبيقها دون إنذار سابق بعد التأكد العادي من تاريخ إنقضاء الأجل التعاقدي للتنفيذ و تاريخ إستلام الأشغال المؤقت....".

ويفهم من نص المشرع الجزائري إعتباره تطبيق الغرامة التأخير متوقف على إرادة المتعاقدين في إدراجها ضمن شروط صفقة الأشغال العامة أو عدم إدراجها فإذا نصت عليها صفقة الأشغال العامة فالمصلحة المتعاقدة تطبيقها تلقائيا، بمجرد إخلال المقاول بإلتزاماته حتى ولو لم ينتج عن هذا الإخلال أي ضرر للمصلحة المتعاقدة، ومنه نستنتج أن المشرع الجزائري علق تطبيق هذه الغرامة التأخير على وجوب النص عليها ضمن شروط الصفقة الأشغال العامة.

أما تنظيم الصفقات العمومية فلم يتناول بالتفصيل أحكام الغرامة التأخير وإنما إكتفي بالنص عليها في المادة 147 فقرة 03 منه:" تقتطع العقوبات المالية التعاقدية المطبقة على المتعاملين المتعاقدين بموجب بنود الصفقة من الدفعات التي تتم حسب الشروط والكفيات المنصوص عليها على الصفقة"[2].

3-المادة 36 من قرار مؤرخ في 16 رجب من عام 1384 الموافق ل21 نوفمبر سنة 1964 يتضمن المصادقة على دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال الخاصة بوزارة البناء والأشغال العامة والنقل، الجريدة الرسمية رقم06 ، صادر بتاريخ 19 يناير سنة 1965.

1-المرسوم الرئاسي 15-247، المؤرخ في 16 ديسمبر 2015 والمتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، الصادر في 20سبتمبر2015، جريدة رسمية العدد50.

ISSN: 1112-4210
EISSN: 2588-2139

يتبين من المادة أن الغرامة المالية كعقوبة تسلط على المتعامل المتعاقد تستمد أساسها القانوني من نص الخاص المنظم لصفقة العمومية وثانيا من العقد أو الصفقة ذاتها[1].

ولأنها إحتوت على إجراءات و كفيت ممارسة الإدارة للسلطة توقيع عقوبات، وبالتالي فإن الأساس التعاقدي لغرامة التأخير مبني على إرادة أطراف الصفقة وهما المتعامل المتعاقد الذي يتعهد بتنفيذ موضوع العقد خلال مدة زمنية معينة متفق عليها في العقد مع المصلحة المتعاقدة.

نقد النظرية التعاقدية لغرامة التأخير: يرى جانب من الفقه أن الأخذ بالنظرية التعاقدية، يعتبر العقد شرط للغرامة، فإن كلا من طرفي العقد يستطيع أن يتمسك به إزاء الأخر[2]، وبالتالي فهي تعطى الدور الأساس للإرادة الأطراف في إستبعاد القانون الذي ينظم القواعد الإجرائية لغرامة التأخير.

ثانيا: الأساس غير التعاقدي لغرامة التأخير في صفقة الأشغال العامة.

1-مضمون النظرية غير التعاقدية لغرامة التأخير[3]: يرى أنصار هذه النظرية، أن الأساس القانوني للغرامات المالية هو أساس غير تعاقدي، أي أن هذه الغرامات المالية توجد بحكم القانون حتى خارج العقد وخارج الشروط التي تم الإتفاق عليها، فالمصلحة المتعاقدة تملك حق توقيع الجزاءات المالية حتى ولو

- عمار بوضياف ، شرح تنظيم الصفقات العمومية، القسم الثاني، دار الجسور للنشر والتوزيع، االجزائر، الطبعة الخامسة، 20171، صفحة22.

2-عبد المجيد فياض، نظرية الجزاءات في العقد الإداري، دار الفكر العربي، القاهرة، 1975، صفحة 171.

4- عبد الله نواف العنزي، النظام القانوني للجزاءات في العقود الإدارية، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، 2010، صفحة50.

/-نصر الدين محمد بشير، غرامة التأخيرفي العقد الإداري وأثرها في تسيير المرفق العام(دراسة مقارنة)، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، الطبعة الأولى، 2007، صفحة 35-36.

ISSN: 1112-4210
EISSN: 2588-2139

لم ينص عليها صراحة في العقد، كما أنه إذا نص في العقد على الجزاءات المالية صراحة فإن ذلك لا يمنعها من فرض جزاءات أخرى هذه الجزاءات الأخرى التي توجد بقوة وبحكم القانون.

يعني بذلك أن هذا الجانب إنقسم بدوره إلى قسمين قسم يفسر الأساس التعاقدي بفكرة السلطة العامة فالإدارة تمارس ما يسمي بإمتياز التنفيذ المباشر[1].

أما القسم الثاني:فيفسره بمبدأ وجوب حسن سير المرافق العامة بإنتظام و إطراد إذ أن الإدارة هي المسؤولة عن حسن سير المرفق العام، فمن حقها إجبار المتعامل المتعاقد، على تنفيذ إلتزاماته التعاقدية وذلك بفرض جزاءات مالية عليه[2].

2. تجسيد النظرية غير التعاقدية لغرامة التأخير في القانون الجزائري.

نصت المادة 18 من دفتر الشروط الإدارية العامة على:" على المقاول .....الإلمام بكل النظم الإدارية التي يجب عليه التقيد بها لتنفيذ الأشغال".يفهم من نص المادة أن المقاول يجب أن يكون مطلع على الشروط القانونية والنظم الإدارية التي يتعاقد فيها حتى ينفذ إلتزاماته المتفق عليها، فإذا أخل بهذه النظم أو الأحكام حتى ولم لم ينص عليها في صفقة الأشغال العامة طبقت عليه المصلحة المتعاقدة العقوبات المستحقة المنصوص عليها في دفتر الشروط الإدارية العامة.

كما نصت المادة 147 فقرة الأولى من المرسوم الرئاسي 15-247 المنظم للصفقات العمومية على": يمكن أن ينجر على عدم تنفيذ الإلتزامات التعاقدية،

5- مدحت أحمد يوسف غنايم، النظام القانوني لغرامة التأخير في العقود الإدارية، (دراسة مقارنة)، مركز القومي للإصدارات القومية، الطبعة الأولى، 2014، صفحة69.

2-عبد المجيد فياض، المرجع السابق، صفحة64.

ISSN: 1112-4210
EISSN: 2588-2139

من قبل المتعاقد في الآجال المقررة أو تنفيذها غير المطابق، فرض عقوبات مالية ودون الإخلال بتطبيق العقوبات المنصوص عليها في التشريع المعمول به".

يتضح هنا أن المتعامل المتعاقد مع المصلحة المتعاقدة قد أخل بالشروط المتفق عليها في المدة المحددة فهنا توقع عليه الجزاء المالي في شكل غرامة التأخير وتستمد وجودها من المرسوم الرئاسي المنظم للصفقات العمومية .

نقد النظرية غير التعاقدية لغرامة التأخير: بإعتبار غرامة التأخير أساسها القانون، لا يعفي المتعامل المتعاقد من تنفيذ إلتزاماته العقدية بإعتبارها واجبة التنفيذ، وإلا تعرض لعقوبات صرامة، كسحب العمل منه أو فسخ العقد.

ثالثا: رأي الباحثة في أساس القانوني لجزاء غرامة التأخير في صفقة الأشغال العامة.

1- **من حيث المفهوم:** إستعمل الفقه في دراسته لأحكام غرامة التأخير في القانون الجزائري جزاء المالي الذي توقعه المصلحة المتعاقدة على المتعاقد معها متى أخل بإلتزامه على تنفيذ العقد[1].

وعليه تستنتج الباحثة أن أساس القانوني لغرامة التأخير هو جزاء مالي وبالتالي فهي تمثل بندًا من بنود الصفقة العمومية وعليها فإن الإدارة الحق في إدارج شرط غرامة التأخير على المقاول في حالة تأخير في تنفيذ إلتزاماته في المواعيد المحددة لضمان سير المرفق العام بإنتظام وحماية الصالح العام وبهذا فإن أساسها تعاقدي.

[1]-عادل قرانة، إعفاء المتعاقد مع الإدارة من غرامة التأخير، مجلة التواصل، جامعة باجي مختار عنابة، ، عدد35، سبتمبر2013، صفحة177.

ISSN: 1112-4210
EISSN: 2588-2139

2-من حيث المضمون: بتوقف تطبيق غرامة التأخير على إرادة المقاول والمصلحة المتعاقدة ضمن شروط صفقة الأشغال العامة، فإذا نصت عليها الصفقة فللمصلحة المتعاقدة تطبيقها بمجرد توفر شروط إستحقاقها، أما إذا لم يرد بها نص المادة التالية:

المادة 36 من دفتر الشروط الإدارية العامة لسنة 1964:" إذا ورد في عقد الصفقة نصوص تتضمن عقوبات على التأخير، فيجري تطبيقها دون إنذار سابق.....".

إستعمل المشرع أداة الشرطية "إذا" بتالي فإنه علق فرض غرامة التأخير على وجوب النص عليها ضمن شروط الصفقة العمومية.

3-**من حيث الأثار:** إن المصلحة المتعاقدة تستطيع خصم الغرامة المالية مباشرة من مستحقات المتعامل المتعاقد، بعد أن يفصح عن إرادتها بإتخاذ الإجراءات القانونية، إستنادًا لدفتر الشروط الإدارية العامة دون حاجة إلى إعذار أو تنبيه وهذا ما يتضح في نص المادة 3/147من المرسوم الرئاسي 247/15 المنظم للصفقات العمومية، المادة 36 من دفتر الشروط العامة.

الفرع الثاني: مدى تأثير جزاء غرامة التأخير على إمتيازات السلطة العامة في صفقة الأشغال العامة.

تستعمل المصلحة المتعاقدة قرارات إدارية من أجل تحقيق المصلحة العامة فقد نظم المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن الصفقات العمومية معيار السلطة العامة من خلال إمتيازات الممنوحة للإدارة في فرض عقوبات على المتعامل المتعاقد دون حاجة للقضاء. الأمر الذي يطرح معه التساؤل التالي:

هل فرض غرامة التأخيرية في صفقة الأشغال العامة يمس بإمتيازات السلطة العامة؟

ISSN: 1112-4210
EISSN: 2588-2139

للإجابة على هذا التساؤل سنتطرق على إمتيازات المصلحة المتعاقدة من خلال العناصر التالية:

أولا: مظاهر إمتيازات السلطة العامة في صفقة الأشغال العامة.

1-**معيار السلطة العامة:** هي مجموعة من الإمتيازات التي تتمتع بها المصلحة المتعاقدة وتستخدمها من أجل إشباع الحاجات العامة[1]، في دفتر الشروط الإدارية العامة نص على إمتيازات السلطة العامة في المادة 36 التي نصت على:"إذا وردت في عقد الصفقة نصوص تتضمن عقوبات على التأخير، فيجري تطبيقها دون إنذار سابق بعد التأكد العادي من تاريخ إنقضاء الأجل التعاقدي للتنفيذ وتاريخ إستلام الأشغال المؤقت....".

يظهر جليا من نص المادة أن المصلحة المتعاقدة لها أساس تمارس سلطة فرض غرامة التأخير وهذا ما يفسر حصول واقعة التأخير، ودون إثبات حصول ضرر وتستحق دون حاجة إلى تنبيه وإعذار المقاول بل تقتطع مباشرة من مستحقات بمجرد حصول التأخير.

وهذا ما نص عليه المادة 1/147 من المرسوم الرئاسي 15-247 المنظم للصفقات العمومية :"تقتطع العقوبات المالية التعاقدية المطبقة على المتعاقدين بموجب بنود الصفقة ".

وهذا ما نصت عليه المادة 1/147 من المرسوم الرئاسي 15-247 المنظم للصفقات العمومية والتي تنص على أن تمنح المصلحة المتعاقدة فرض

1- محمد حسن مرعي الجبوري، سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات الجنائية والمالية في العقود الإدارية، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، دون طبعة، سنة2014، صفحة23.

غرامة التأخير على المتعاقد معها وفقا للنسب التي حددتها المصلحة المتعاقدة وذلك حسب بنود الصفقة العمومية.

بهذا يمكن القول أن دفتر الشروط[1]، هو إمتياز من إمتيازات المصلحة المتعاقدة تضعه بإراداتها المنفردة يشمل من الناحية الشكلية العروض، العرض التقني والمالي.

وحسب أن شرط جزاء غرامة التأخير شرط يدرج في بنود صفقة الأشغال العامة حسب ما نصت عليه المادة 95 من المرسوم الرئاسي 15-247 المنظم للصفقات العمومية، يجب أن تشير كل صفقة إلى التشريع المعمول بها وإلى هذا المرسوم ويجب أن تتضمن على الخصوص البيانات من الناحية الشكلية.

نخلص مما سبق أن المشرع الجزائري لم يضع القواعد الأساسية لغرامة التأخير والمتعلقة بكيفية حسابها ومقدارها فقد أرجعها إلى دفتر الشروط وذلك بتطبيق القاعدة P=M/D7 [2] يرمز حرف p بكلمة عقوبة pénalité وحرف M قيمة الصفقةmontant du marche وحرف D الأجل أو ميعاد التنفيذ اليوم délai.

2-نظرية فعل الأمير كتجسيد من مظاهر السلطة العامة[3]: هي إجراء مشروع صادر عن المصلحة المتعاقدة، التي أبرمت صفقة الأشغال العامة يؤدي إلى

1- أنظر المادة 26، 63 من المرسوم الرئاسي 15-247 المنظم للصفقات العمومية، المصدر المشار إليه سابقا.

2-أنيسة - سعاد قريشي، النظام القانوني لعقد الأشغال العامة، رسالة ماجستير في القانون العام، فرع قانون المؤسسات، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، سنة2002، ص117.

3- عمار عوابدي، القانون الإداري، النشاط الإداري، الجزء الثاني، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، الطبعة الرابعة، 2007، صفحة 223، 224.

ISSN: 1112-4210
EISSN: 2588-2139

إختلال التوازن المالي للصفقة مما يستلزم تعويضه عن جميع الأضرار الناتجة عن هذا الإجراء .

نص المشرع الجزائري على إختلال التوازن المالي أو ما يعرف بنظرية فعل الأمير في نص المادة 153 من المرسوم الرئاسي 15-247 المنظم للصفقات العمومية من خلال هذه المادة نص على شروط لا بد من توافرها لتطبيق نظرية فعل الأمير.

1- أن يكون الإجراء الذي إتخذته الإدارة غير متوقع.

2- أن يكون الإجراء صادرًا عن المصلحة المتعاقدة.

3- أن يؤدي الإجراء الصادر عن المصلحة المتعاقدة إلى حدوث ضرر للمقاول.

و من خلال ذلك يمكن القول أن إمتيازات المصلحة المتعاقدة لا يجوز للمتعامل المتعاقد الإعتراض عليها ورفعها لأنها مظهر من مظاهر السلطة العامة، التي تتمتع بها المصلحة المتعاقدة في إبرام صفقة الأشغال العامة وبهذا فإن المرسوم الرئاسي 15-247 خول للمتعامل المتعاقد المطالبة بإعفائه من غرامة التأخير إذا أثبت أن فعل الأمير هو المتسبب في التأخير.

ثانيا: تنازل المصلحة المتعاقدة عن إمتيازاتها وإعفاء المقاول من غرامة التأخير.

يمكن للمصلحة المتعاقدة التنازل عن إمتيازت السلطة العامة بسبب التأخير الإدارة أو بسبب القوة القاهرة وإعفاء المقاول دون أن تلجأ إلى القاضي

ISSN: 1112-4210
EISSN: 2588-2139

لممارسة السلطات الممنوحة لها، فتعفي المقاول من مسؤولية التأخير إذا تبين أن الوفاء بالإلتزام قد إستحال بسبب أجنبي لايد له فيه[1].

فالمشرع الجزائري نص على حالات الإعفاء في الصفقة العمومية، ولقد ورد النص على إعفاء من غرامة التأخير في المادة 5/147، 4من مرسوم الرئاسي 247/15 المنظم للصفقات العمومية :" يعود القرار بالإعفاء من دفع العقوبات المالية بسبب التأخير قد تسبب فيه المتعامل المتعاقد الذي تسلم له في هذه الحالة أوامر بتوقيف الأشغال أو بإستئنافها.

وفي حالة القوة القاهرة تعلق الآجال ولا يترتب على التأخير، ضمن الحدود التي تتخذها نتيجة ذلك المصلحة المتعاقدة ".

يلاحظ من خلال هاتين الفقرتين من المادة 147 /4، 5 أن المشرع خول للمصلحة المتعاقدة حالتين تستطيع من خلالها إعفاء المقاول من غرامة التأخير هما:

1-حالة مسؤولية المصلحة المتعاقدة على تأخير وتوقيف الأشغال: هي الحالة التي يكون سبب التأخير يرجع إلى سببها إلى إهمال أخطأ صادر عن المصلحة المتعاقدة، أو إستعمال إمتياز من إمتيازاتها بإجراء تعديل في الصفقة، ومن صور أفعال المصلحة المتعاقدة من تحمل غرامات التأخير، تأخر الإدارة في تسليم المقاول موقع العمل.

2-حالة القوة القاهرة :وهي الحادث الفجائي التي يستحيل دفعه والذي يؤدي إلى إستحالة التنفيذ مطلقة، وطالما أن هناك إستحالة في التنفيذ ولا يد للمقاول فيها، وعدم إمكان توقع الحادث الفجائي[1] .

1-عبد المجيد فياض، المرجع السابق، صفحة150.

ISSN: 1112-4210
EISSN: 2588-2139

وفي كلتا الحالتين تقوم المصلحة المتعاقدة بـ:

- تسليم أوامر بتوقيف الأشغال وإستئنافها حسب الحالة.
- تحرير شهادة إدارية[2]، وتحفظ في ملف الصفقة وهو إستثناء يتماشي مع المبادئ العامة للقانون[3].

3- إعطاء مهلة وتمديد إداري لتنفيذ الصفقة : قد يتعرض المقاول مع الإدارة أثناء تنفيذ الصفقة العمومية، إلى جملة من الصعوبات والعراقيل التي تؤدي إلى صعوبة التنفيذ الجيد، وهذه الصعوبات لا ترقي إلى مرتبة القوة القاهرة أو الظروف الطارئة لكنها تشكل أثر في غاية الأهمية وهو صعوبة المتعامل المتعاقد في التنفيذ في الآجال والمواعيد المحددة والمتفق عليها للتنفيذ، لذا يضطر لطلب تمديد مدة التنفيذ، وللإدارة إعفاؤه من الغرامة إذا كان حريصا على تنفيذ الصفقة في المواعيد المحددة[4].

ثالثا: الضوابط القانونية لحماية المقاول تجاه إمتيازات السلطة العامة في فرض جزاء غرامة التأخير.

إذا كانت الإدارة تتمتع بسلطة تقديرية في توقيع جزاء غرامة التأخير على المقاول، فإنه يتمتع بضمانات قانونية تحمي حقوقه من محاولة الإدارة من تجاوز سلطاتها المحددة والهدف منها هو ضمان المصلحة المتعاقدة ، أي أن تضمن ألا تخرج عن حدود المشروعية ، وعن نطاق المصلحة العامة[5].

1-فوزية سكران، سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات الإدارية على المتعاقدين معها في العقود الإدارية، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية، 2017، صفحة80.

2-أنظر االمادة 6/147 من المرسوم الرئاسي15-247 المنظم للصفقات العمومية المصدر المشار إليه سابقا.

3-عمار بوضياف، المرجع السابق، صفحة26.

4- عادل قرانة، المرجع السابق، صفحة184.

5- عبد الله نواف العنزي، المرجع السابق، صفحة195.

ISSN: 1112-4210
EISSN: 2588-2139

وبهذا منحت للمتعامل المتعاقد ضمانات جوهرية ورقابة القضاء على فرض غرامة التأخير، إذ لا يجوز ترك سلطة الإدارة مطلقة بل تقيدها عن طريق ضوابط إدارية (الإعذار)، وضوابط قضائية(رقابة القضاء).

1 -إعذار المقاول مع الإدارة.

أ-تعريف الإعذار: هو وسيلة قانونية لإثبات إخلال المتعاقد بالوفاء بإلتزاماته التعاقدية تفصح الإدارة فيه عن نيتها في توقيع الجزاء المقابل لذلك الإخلال إذا لم يقم المتعاقد معها بالوفاء بإلتزاماته في الوقت يحدده الإعذار[1].

ولهذا يرى الفقه الفرنسي أن الإعذار المتعاقد المقصر ضروري من ناحيتين مختلفتين، أولاهما أن تتثبت المصلحة المتعاقدة من إخلال المقاول بمدد التنفيذ، و ثانيتهما: أن تنبه الإدارة المتعاقد معها إلى خطئه وتطالبه بإحترام مدد التنفيذ بدقة[2].

وبهذا نستنتج أن الإعذار مرتبط إرتباطًا وثيقا بضمانة الدفاع، إذ يتضمن دعوة المقاول إلى تقديم دفاعه وتبريره وإبداء رأيه.

ب- موقف المشرع الجزائري من الإعذار بغرامة التأخير.

المشرع الجزائري لم ينص على الإعذار المقاول في صفقة الأشغال العامة وذلك بالرجوع لنص المادة 36 من دفتر الشروط الإدارية:" إذا وردت في عقد الصفقة نصوص تتضمن عقوبات على التأخير، فيجرى تطبيقها دون إنذار

-عبد العزيز عبد المنعم خليفة، تنفيذ العقد الإداري وتسوية منازعاته قضاء وتحكيما، منشأة المعارف، الإسكندرية، 20081، صفحة111.

4- علي خطار شطناوي، صلاحية الإدارة في فرض غرامة التأخير بحق المتعاقد معها، مجلة الحقوق الكويتية ، العدد الأول، جامعة الكويت، مارس2000، صفحة116

ISSN: 1112-4210
EISSN: 2588-2139

سابق بعد التأكد العادي من تاريخ إنقضاء الأجل التعاقدي وتاريخ إستلام الأشغال المؤقت...".

من خلال هذا النص يتبين أن المصلحة المتعاقدة غير ملزمة بإعذار المتعامل المتعاقد معها قبل فرض غرامة التأخير مالم تنص الصفقة وفي هذه الحالة الأخيرة فهو يشكل ضمانة جوهرية للمقاول مع الإدارة.

ج-رأي الباحثة: فحبذا لو يأخذ المشرع الجزائري بالنص على ضرورة الإعذار قبل فرض غرامة التأخير وأن يشترط ذلك في بنود الصفقة العمومية.

2 - الرقابة القضائية على فرض غرامة التأخير.

إن أهمية الإختصاص القضائي تزداد في منازعات الصفقات العمومية للأهمية التي تكتسبها هذه الأخيرة بإعتبارها من أهم طرق الإنفاق الأموال العمومية وتمثل كذلك الأداة المميزة للسياسية الإقتصادية والإجتماعية للدولة[1].

وحق المقاول في اللجوء للقضاء للطعن بإجراء فرض غرامة التأخير حق مكفول يحكم القانون ولا جدال فيه، وهذا الحق من النظام العام لا يجوز إستبعاده بشرط منصوص عليه في العقد وإلا إعتبر باطلاً[2] .

1- بوفلجة بن عبد المالك، تطبيقات الفسخ الجزائي في مجال الصفقات العمومية، مجلة الفقه والقانون، المغرب، العدد الثالث والخمسون، مارس 2017، صفحة13.

2-أنظر المادة 01 من القانون 98-02 مؤرخ في 4 صفرعام1419 الموافق ل30مايو سنة1998 ، المتعلق بالمحاكم الإدارية، جريدة رسمية العدد37.

ISSN: 1112-4210
EISSN: 2588-2139

وتتجلى رقابة القضاء الإداري في مجال الصفقات العمومية الذي يقصد به القضاء التعويض أو القضاء الإلغاء أي يتناول الرقابة مشروعية الإجراء الإداري من جهة ، والرقابة على ملائمته.

أ-**الرقابة على مشروعية** : حتى يكون الإجراء فرض غرامة التأخير غير مشروعا إذا إقترن بعيوب التالية:

-**عيب الشكل والإجراءات** :يقصد بعيب الشكل عدم إلتزام جهة الإدارة بالإجراءات والشروط الشكلية، الواجب إتباعها عند ممارستها لسلطة توقيع جزاء غرامة التأخير كتخلف الإعذار السابق على توقيع الجزاء، تسبيب إجراء فرض غرامة التأخير ليعلم المقاول بالأسباب التي جعل الإدارة تفرض غرامة التأخير [1] .

-**عيب عدم الإختصاص:** يكون الإجراء الإدارة بفرض غرامة التأخير غير المشروع مشوب بهذا العيب إذا صدر من جهة غير مختصة بإصداره، ولذلك فإن القاضي يتحقق من السلطة التي أصدرت الإجراء جزاء غرامة التأخير هي فعلا مختص بتوقيع الجزاء أم لا[2].

- **عيب مخالفة القانون:** يكون إجراء فرض غرامة التأخير مشوب بهذا العيب إذا كان غير مطابق للقانون، أي عدم إحترام قرار الجزاء للقواعد العامة أو تدرجها كلجوء الإدارة لسحب قرارها بإعفاء المتقاول المقصر من غرامات التأخير.

1- على خطار شنطاوي، المرجع السابق، صفحة 115.
2-عبد الله نواف العنزي، المرجع السابق، صفحة260

ISSN: 1112-4210
EISSN: 2588-2139

- **عيب إنحراف السلطة :** يكون الهدف من إصدار إجراء فرض غرامة التأخير هو تحقيق المصلحة العامة، للمرفق العام فإذا سعت الإدارة إلى تحقيق غرض خارج عن هذه المصلحة العامة كصدور إجراء فرض غرامة التأخير لتنفيذ أغراض شخصية أو سياسية على حساب المتعامل المتعاقد المقصر يعد القرار مشوب بهذا العيب[1].

ب-الرقابة الملائمة: تنصب الرقابة على سلطة الإدارة التقديرية في إصدار إجراء فرض غرامة التأخير، فإن القاضي يتولى رقابة التناسب بين جسامة إجراء فرض الجزاء، ونوع التأخير الذي حدث للأشغال، وعليه يجب تحقق القاضي من هذا التناسب بين مدة تأخير المقاول في تنفيذ الأشغال، فلا بد أن يكون هناك تناسب معقول[2].

إذا ثبت للقضاء الإداري أن الإجراء فرض غرامة التأخير لا يقوم على سبب مشروع فإنه يملك إلغاء القرار الصادر عن المصلحة المتعاقدة وإستنادا أن الإدارة هي صاحبة الأشغال وإن لها مطلق الحرية والتصرف بخصوصها، وبالتالي تجيز دعوى القضاء الكامل في العقود الإدارية إمكانية القاضي أن يحكم على المصلحة المتعاقدة، عندما يفتقد إجراء توقيع غرامة التأخير إلى أساس، بأن ترد للمتعاقد المبالغ التي حصلت عليها دون وجه حق، بل والحكم له بالتعويض[3].

خاتمة:

1-طارق سلطان، المرجع السابق، صفحة479.

1-أحمد محمد ثوميد، التنظيم القانوني للجزاءات المالية في العقود الإدارية(دارسة مقارنة)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2017، صفحة158.

3-مدحت أحمد يوسف غنايم، المرجع السابق، صفحة134.

ISSN: 1112-4210
EISSN: 2588-2139

من خلال دراستنا لموضوع غرامة التأخير وأثرها على إمتيازات السلطة العامة توصلنا إلى النتائج التالية:

– أن غرامة التأخير هي جزاء مالي تعاقدي، منصوص عليه في بنود الصفقة، تحدد حسب الشروط التي تضعها المصلحة المتعاقدة، وهي مرتبطة بالصفقة الأشغال العامة وفق لما نص عليها المرسوم الرئاسي 15–247 .

– كما تستعمل المصلحة المتعاقدة قرارات إدارية من أجل تحقيق المصلحة العامة فقد نظم المرسوم الرئاسي 15–247 المتضمن الصفقات العمومية معيار السلطة العامة من خلال إمتيازات الممنوحة للإدارة في فرض عقوبات على المتعامل المتعاقد دون حاجة للقضاء.

– وأن قرار إعفاء من دفع غرامة التأخير يعود لسببين : مسؤولية المصلحة المتعاقدة في حالة عدم تسلمها المشروع للمقاول في وقته وحالة القوة القاهرة ، وتعلق الأجال ولا يترتب على التأخير فرض العقوبات المالية.

– دعوى القضاء الكامل تركز على تعويض المتعامل المتعاقد عن الأضرار التي تترتب عن تنفيذ صفقة الأشغال العامة، بالتالي لا تمس بالجانب الإداري بمعيار السلطة العامة للمصلحة المتعاقدة.

التوصيات:

إن المرسوم الرئاسي 247/15 لم يتطرق بشكل واضح لطريقة فرض غرامة التأخير وأثرها على إمتيازات السلطة العامة من حيث:

– إعذار المتعامل المتعاقد قبل توقيع غرامة التأخير هو ضمانة جوهرية مرتبطة بضمانة الدفاع.

– تحديد حالات الإعفاء المقاول من غرامة التأخير بشكل واضح ودقيق .

ISSN: 1112-4210
EISSN: 2588-2139

– تحديد كيفية حساب غرامة التأخير ونسبها، متدرجة حسب مدة التأخير تتناسب معها تناسبا طرديا، ولتبدأ حساب النسبة من أسبوع التأخير الأول ، على أن يتم وضع حد أقصى لها تتجاوزه عند الوصول إلى مدة التأخير معينة أو تجاوزها.

من الأجدر كان على المشرع الجزائري أن يدرج نصوص صريحة، تعالج أحكام غرامة التأخير بدلا من ترك هذه الأحكام في هذا المجال وتوحيد قواعد فرض غرامة التأخير.

مصادر ومراجع البحث:

1– القانون 98–02 مؤرخ في 4 صفرعام1419 الموافق ل30مايو سنة1998 ، المتعلق بالمحاكم الإدارية، جريدة رسمية العدد37.

2–المرسوم الرئاسي 15–247، المؤرخ في 16 ديسمبر 2015 والمتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، الصادر في 20سبتمبر2015، جريدة رسمية العدد50.

3– قرار مؤرخ في 16 رجب من عام 1384 الموافق ل21 نوفمبر سنة 1964 يتضمن المصادقة على دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال الخاصة بوزارة البناء والأشغال العامة والنقل، الجريدة الرسمية رقم06 ، صادر بتاريخ 19 يناير سنة 1965.

4–أحمد عثمان عياد، مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1983.

5–أحمد محمد ئوميد، التنظيم القانوني للجزاءات المالية في العقود الإدارية(دارسة مقارنة)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2017

6–أنيسة – سعاد قريشي، النظام القانوني لعقد الأشغال العامة، رسالة ماجستير في القانون العام، فرع قانون المؤسسات، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، سنة2002.

7–بوفلجة بن عبد المالك، تطبيقات الفسخ الجزائي في مجال الصفقات العمومية، مجلة الفقه والقانون، المغرب، العدد الثالث والخمسون، مارس 2017.

8–طارق سلطان، سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات على المتعاقدين معها في العقود الإدارية وضوابطها، (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، القاهرة، 2010.

9-عادل قرانة، إعفاء المتعاقد مع الإدارة من غرامة التأخير، مجلة التواصل، جامعة باجي مختار عنابة، ، عدد35، سبتمبر2013.

10- عبد الله نواف العنزي، النظام القانوني للجزاءات في العقود الإدارية، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، 2010.

11-عبد العزيز عبد المنعم خليفة، تنفيذ العقد الإداري وتسوية منازعاته قضاء وتحكيما، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2008 .

12-عبد المجيد فياض، نظرية الجزاءات في العقد الإداري، دار الفكر العربي، القاهرة، 1975.

13-عمار بوضياف ، شرح تنظيم الصفقات العمومية، القسم الثاني، دار الجسور للنشر والتوزيع، االجزائر، الطبعة الخامسة، 2017.

14- عمار عوابدي، القانون الإداري، النشاط الإداري، الجزء الثاني، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، الطبعة الرابعة، 2007.

15-علي خطار شطناوي، صلاحية الإدارة في فرض غرامة التأخير بحق المتعاقد معها، مجلة الحقوق الكويتية ، العدد الأول، جامعة الكويت، مارس2000.

16- فارس مخلف الدليمي، الجزاءات المالية في العقد الإداري، (دراسة مقارنة بين التشريعي العراقي والأردني)، رسالة ماجستير في القانون العام، جامعة الشرق الأوسط، سنة 2016.

17-فوزية سكران، سلطة الإدارة في توقيع االجزاءات الإدارية على المتعاقدين معها في العقود الإدارية، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية، 2017.

18-مدحت أحمد يوسف غنايم، النظام القانوني لغرامة التأخير في العقود الإدارية، (دراسة مقارنة)، مركز القومي للإصدارات القومية، الطبعة الأولى، 2014.

19- محمد حسن مرعي الجبوري، سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات الجنائية والمالية في العقود الإدارية، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، دون طبعة، سنة2014.

20- نصر الدين محمد بشير، غرامة التأخير في العقد الإداري وأثرها في تسيير المرفق العام(دراسة مقارنة)، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، الطبعة الأولى، 2007.

21-هارون عبد العزيز الجمل، النظام القانوني للجزاءات في عقد الأشغال العامة، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، حقوق عين الشمس، 1979.