مجلة القانون والتنمية المحلية
Journal of law and local development
المجلد: 03 / العدد: 01 / السنة: 2020 (العدد التسلسلي 05) / ص ص:38-59

سلطة الإدارة في فرض جزاءات على المتعاقد معها

The administration authority in applying penalties on the contractor.

د. أحمد بركات

مخبر القانون والتنمية-جامعة طاهري محمد-بشار (الجزائر)، barkat_ah@yahoo.fr

تاريخ الاستلام: 2020/10/13 تاريخ القبول: 2020/11/22 تاريخ النشر: 2021/01/20.

ملخص:

ترتبط العقود الإدارية بتسيير المرافق العامة، فمن أجل ضمان سير هذه المرافق بانتظام واضطراد تم منح الإدارة سلطة تمكنها من ضمان تنفيذ العقد الإداري وهي سلطة توقيع جزاءات إدارية بنفسها على المتعاقد معها، وهذا ما يجعل العقود الإدارية تتميز عن عقود القانون الخاص، لكون أن هذه الأخيرة لا يوجد فيها مثل هذه الجزاءات.

الكلمات المفتاحية: سلطة الإدارة، الجزاءات الإدارية، العقود الإدارية، المتعاقد مع الإدارة.

Abstract:

Administrative contracts are related to public utilities management, so in order to ensure the regular and steady functioning of these facilities, the administration has been empowered and granted authority to ensure the fulfilment or the enforcement of the administrative contract. That authority allows the administration to apply administrative penalties on the contracting party. This what makes administrative contracts different from private law contracts, where there are no such penalties.

Key words: Administration authority, Administrative penalties, Administrative contracts, The contractor.

المؤلف المرسل: أحمد بركات، **الإيميل:** barkat_ah@yahoo.fr

مقدمة:

من الأمور المسلمة بها في العقود مهما كان نوعها سواء كانت إدارية أم مدنية أن توقيع جزاء على المتعاقد يقتضي ارتكاب هذا الأخير لخطأ عقدي والذي يقصد به عدم قيام المدين بتنفيذ التزاماته الناتجة عن العقد، وعليه فإن قصر المتعاقد مع الإدارة في تنفيذ التزاماته على أيه وجه سواء كان ذلك بالامتناع عن تنفيذ التزاماته بالكامل أو بالتأخر في تنفيذها أو بتنفيذها على وجه غير الوجه المتفق عليه في العقد الإداري (الباسط، 2006، صفحة 275)،كان لهذه الأخيرة أن توقع عليه ما يعرف بالجزاءات الإدارية التي يقصد بها:" حق الإدارة في أن توقع بنفسها ودون حاجة للجوء للقاضي الإداري جزاءات على المتعاقد معها في حال إخلاله بالتزاماته العقدية".

ويعود سبب إعطاء الإدارة هذه السلطة هو طبيعة العقود الإدارية والتي ترتبط بتسيير المرافق العامة، فمن أجل ضمان سير هذه المرافق بانتظام وباضطراد وعدم تعطلها كان لابد من إعطاء الإدارة وسيلة قانونية تمكنها من ذلك والتي تتمثل في سلطة توقيع جزاءات على المتعاقد معها.

ويعد موضوع سلطة الإدارة في فرض جزاءات على المتعاقد معها في مجال العقود من أهم الموضوعات القانونية التي يجب دراستها وهذا راجع للتطور الذي يشهده، والذي نتج عنه عدة إشكاليات قانونية من بينها: هل تملك الإدارة ممارسة هذه السلطة دون قيود؟ وكيف تعامل المشرع الجزائري مع هذه السلطة؟

وللإجابة عن هذه الإشكالية اقتضى الأمر إتباع المنهج التحليلي وذلك بتحليل أحكام المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المؤرخ في 15 سبتمبر 2015المتضمن تنظيم الصفقات العمومية

وتفويضات المرفق العام (ج.ر، 50-2015، صفحة 3)، مع اللجوء أحيانا إلى المنهج المقارن للتعرف أكثر على أحكام هذه السلطة في الأنظمة القانونية المقارنة.

كما اقتضت دراسة موضوع سلطة الإدارة في فرض جزاءات على المتعاقد معها تقسيمه لمبحثين، خصص الأول منهما للإطار المفاهيمي للجزاءات الإدارية التي توقعها الإدارة، أما الثاني فخصص لدراسة صور هذه الجزاءات.

المبحث الأول: الإطار المفاهيمي للجزاءات التي توقعها الإدارة على المتعاقد معها

يتضح مما سبق ذكره في المقدمة أن الجزاءات الإدارية التي توقعها الإدارة على المتعاقد معها في مجال العقود الإدارية ترتبط كغيرها من الجزاءات التي تطبق في عقود القانون الخاص بمرحلة تنفيذ العقد، لكن مع ذلك هي تتميز بخضوعها لنظام قانوني غير معروف في نطاق عقود القانون الخاص،وما يدل على ذلك هو الخصائص المشتركة لهذه الجزاءات (المطلب الأول)، وكذلك للقيود الواردة على ممارستها (المطلب الثاني).

المطلب الأول: الخصائص المشتركة للجزاءات التي توقعها الإدارة في مجال العقود الإدارية

تتمتع الجزاءات الإدارية التي توقعها الإدارة في مجال العقود الإدارية بخصائص تميزها عن غيرها من الجزاءات العقدية، وتتمثل هذه الخصائص في حق الإدارة بتوقيع الجزاء بنفسها (الفرع الأول)،وفي عدم اشتراط الضرر لتوقيع هذه الجزاءات (الفرع الثاني).

الفرع الأول: حق الإدارة بتوقيع الجزاء بنفسها

من بين أهم خصائص الجزاءات الإدارية المتعلقة بالعقود الإدارية هي الخاصية المتمثلة في امتلاك الإدارة حق توقيع هذه الجزاءات بنفسها، والتي تعني أن الإدارة لا تحتاج لتوقيع إحدى الجزاءات الإدارية على المتعاقد معها لإخلاله بالتزام عقدي أن تلجا لاستصدار

حكم بتوقيع الجزاء، لأنها تملك حق توقيعه تلقائيا بمجرد ثبوت المخالفة لديها (المنعم، 2005، صفحة 261) .

وهذا الحق هو أهم مميز للعقود الإدارية عن عقود القانون الخاص، هذه الأخيرة التي لا نجد أن أطرافها يتمتعون بهذا الحق، وإنما عليهم دائما اللجوء للقضاء للحصول على حكم بتوقيع الجزاء على الطرف المقصر في تنفيذ التزاماته.

وتتمتع الإدارة بهذا الحق حتى ولو لم ينص عليه في العقد، بل ولو خلت منه أيضا النصوص القانونية المتعلقة بالعقود الإدارية أو بالصفقات العمومية، ذلك لأن الجزاءات الإدارية تستهدف في الأصل تأمين سير المرافق العامة بالإضافة طبعا إلى تقويم اعوجاج المتعاقد في تنفيذ التزاماته التعاقدية.

وما يترتب على هذه الفكرة أنه إذا نص العقد الإداري أو القانون على بعض الجزاءات فإن ذلك لا يمنع الإدارة من استعمال الجزاءات الأخرى، ولا يمكنها كذلك أن تتنازل عن حق توقيعها مقدما، إلا أنها تستطيع إعفاء المتعاقد معها من الجزاءات كليا أو جزئيا تبعا لظروف العقد الإداري أو الصفقة العمومية.

كما أنه من ناحية أخرى، فإنه حين تقرر الإدارة توقيع الجزاء تترخص في اختيار الوقت المناسب لذلك طالما خل العقد من تحديد وقت معين لتوقعيه، لكن الإدارة مقيدة هنا بضرورة أن يكون تأجيل تسليط الجزاء المناسب من أجل ضمان سير المرفق العام، وذلك في صورة تمكين المتعاقد المقصر من وقت آخر لتنفيذ التزاماته (الباسط، 2006، الصفحات 279-281).

الفرع الثاني: عدم اشتراط وجود ضرر لتوقيع الجزاءات الإدارية

تتميز الجزاءات الإدارية في مجال العقود الإدارية كذلك بخاصية مهمة جدا تميزها عن جزاءات عقود القانون الخاص، وهي أن الإدارة تملك توقيع هذه الجزاءات على المتعاقد معها دون حاجة إلى إثبات أن ضررا ما لحقها جراء تقصيره في تنفيذ التزاماته العقدية وهذا يرجع لسببين:

1-يعتبر الضرر عنصرا مفترضا، أي أن إخلال المتعاقد مع الإدارة بالتزاماته العقدية يترتب عليه افتراض وجود ضرر، وذلك بغض النظر هل أن الضرر وجد فعلا جراء عدم تنفيذ الالتزام أم لا، أي أن الإدارة معفاة من إثبات أن ضرر ما لحقها من وراء عدم تنفيذ الالتزام أمام المتعاقد معها وأمام القضاء.

2-السبب الثاني من وراء عدم اشتراط وجود ضرر لتوقيع الجزاءات في العقود الإدارية كما قلنا سابقا أن الهدف من هذه الجزاءات ليس مجرد معاقبة المتعاقد على إخلاله بالتزام عقدي وإنما هو في الأصل ضمان سير المرافق العامة (الباسط، 2006، صفحة 278).

وهاذين السببين قد تبنتهما المحكمة الإدارية العليا المصرية في حكمها الصادر في 1962/03/17والذي جاء فيه: "إن الجزاءات التي تملك الإدارة توقيعها على المتعاقد معها في روابط العقد الإداري إذا ما خالف شروط العقد أو قصر في تنفيذ الالتزامات المفروضة عليه بموجبه إنما تستهدف أساسا تأمين سير المرافق العامة، فلا يشترط لتوقيعها إثبات وقوع ضرر أصاب المرفق، إذ أن هذا الضرر مفترض بمجرد تحقق سبب استحقاقها المنصوص عليه في العقد. ذلك أن التراضي في تنفيذ العقود الإدارية ينطوي في ذاته على إخلال بالتنظيمات التي رتبت الإدارة شؤون المرفق وتأمين سيره على أساسها" (الباسط، 2006، صفحة 278).

المطلب الثاني: القيود الواردة على سلطة الإدارة في توقيع جزاءات إدارية على المتعاقد معها

تم تقييد سلطة الإدارة في توقيع جزاءات على المتعاقد معها بقيود وذلك كضمان لعدم تعسفها في استعمال هذه السلطة ومن ثم حماية للمتعاقد معها.

وتتمثل هذه القيود في خضوع الإدارة في توقيع الجزاءات الإدارية لرقابة القضاء (الفرع الأول)،واقتصار هذه السلطة على الجزاءات الإدارية دون الجزاءات الجنائية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: خضوع الإدارة في توقيع الجزاءات الإدارية لرقابة القضاء

لعل أهم ضمانة للمتعاقد مع الإدارة في عدم تعسف هذه الأخيرة في استعمال سلطتها في توقيع جزاءات إدارية هو إخضاع ممارسة هذه السلطة للرقابة القضائية، فهذه الرقابة توازن سلطات الإدارة الواسعة في هذا المجال.

والقاضي المختص هنا هو طبعا القاضي الإداري، طبقا لنص المادة801 من القانون رقم 08-09 المؤرخ في 2008/02/25 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية (ج.ر، 21-2008، صفحة 3)،وذلك لأن الرقابة التي يمارسها القاضي الإداري تتعلق بدعاوى القضاء الكامل المنصوص عليها في المادة السابقة، وعليه فان القاضي الإداري يملك سلطات واسعة بحيث هو يملك سلطة مراقبة مدى مشروعية القرارات الصادرة من الإدارة بتوقيع الجزاءات، إما من حيث الاختصاص أو من حيث الشكل والإجراءات أو من حيث مدى مخالفة مضمونها للقانون، ولا تقف عند هذا بل تمتد إلى مراقبة بواعث تسليط الجزاءات كما تتناول أسباب توقيعها، وهنا يراقب القضاء عنصر الملائمة فيبحث القاضي ما إذا كان الجزاء الذي وقعته الإدارة يتناسب مع الخطأ المنسوب إلى المتعاقد.

وما تجب الإشارة إليه أن سلطات القاضي ليست واحدة في مواجهة الجزاءات غير المشروعة،ففيما يتعلق بالجزاءات المالية يستطيع القاضي أن يحكم بردها أو الإعفاء منها أو

بتخفيضها على حسب الأحوال، أما فيما يتعلق بوسائل الضغط والإكراه التي تلجأ إليها الإدارة، فإن القاضي يستطيع أن يحكم بالتعويض عنها ولكنه لا يستطيع أن يحكم بإلغائها (الطماوي، 1991، الصفحات 507-508).

الفرع الثاني: اقتصار سلطة الإدارة على الجزاءات الإدارية دون الجزاءات الجنائية

يحكم هذا القيد الأصل العام والذي يقضي بأنه لا جريمة ولا عقوبة إلا بناءا على نص وبالتالي فإنه لا يجوز للإدارة كقاعدة عامة أن توقع عقوبات جنائية على المتعاقد معها مهما كانت جسامة المخالفات التي يرتكبونها، بمعنى أنه حتى ولو كان إخلاله بالتزاماته يشكل جريمة فلا تستطيع ذلك.

كما أن الإدارة لا تستطيع من ناحية أخرى استعمال سلطتها العامة كسلطة ضبط إداري لضمان تنفيذ العقود الإدارية عن طريق النص على عقوبة جنائية، فقد أبطل مجلس الدولة الفرنسي لعيب الانحراف بالسلطة لائحة بوليس أصدرتها الإدارة وضمنتها عقوبة جنائية لضمان تنفيذ العقد الإداري (الطماوي، 1991، صفحة 559).

وما تجب الإشارة إليه أنه حتى ولو جرم المشرع بعض صور الإخلال بتنفيذ الالتزامات العقدية، فلا تستطيع الإدارة رغم ذلك أن توقع العقوبات بنفسها، بل عليها إتباع الطرق المعروفة، وهي من خلال إيداع شكوى على مستوى النيابة العامة التي تتولى تحريك الدعوى العمومية ضد المتعاقد المقصر في تنفيذ التزاماته العقدية.

المبحث الثاني: صور الجزاءات الإدارية التي توقعها الإدارة على المتعاقد معها

تنقسم الجزاءات الإدارية التي تستطيع الإدارة توقيعها على المتعاقد معها في مجال العقود الإدارية إلى جزاءات مالية (المطلب الأول)، وجزاءات غير مالية (المطلب الثاني).

المطلب الأول: الجزاءات الإدارية المالية

تعتبر الجزاءات المالية إحدى أهم صور الجزاءات الإدارية في مجال العقود الإدارية وهذا يرجع بالدرجة الأولى لكون أن مضمونها هو مبالغ مالية تفرض على المتعاقد المتراخي في تنفيذ التزاماته، وهذا ما من شأنه حمله على التنفيذ.

وتتخذ الجزاءات الإدارية المالية التي تستطيع الإدارة توقيعها على المتعاقد معها صورتين،فهي إما أن تتخذ صورة غرامة التأخير (الفرع الأول)، أو تتخذ صورة مصادرة الضمان (الفرع الثاني).

الفرع الأول: غرامة التأخير

لقد تعددت تعريفات الفقه لغرامة التأخير، فهناك من عرفها بأنها "مبلغ من المال يحدد بنسبة معينة جزاءا على التأخير في تنفيذ المتعاقد لالتزاماته في المدة المحددة لذلك في العقد" (الباسط، 2006، صفحة 289). وعرفها البعض الأخر بأنها" مبلغ من المال يتفق في العقد على أداء المتعاقد له لصالح جهة الإدارة المتعاقدة جزاء إخلاله بالوفاء بالتزامه في الميعاد المقرر بنصوص العقد أو في مدته الإضافية التي توافق عليها" (المنعم، 2005، صفحة 265).

كما أن بعض الفقهاء عرفوها بأنها "مبالغ منصوص عليها في العقد، للإدارة أن تحصلها من المتعاقد في حالة إخلاله بالتزاماته دون حاجة إلى حكم قضائي، أو إلى إثبات ما أصابها من ضرر" (الحلو، 2004، صفحة 114). في حين أن بعض الفقهاء عرفوها بأنها" مبالغ إجمالية تقدرها الإدارة مقدما، وتنص على توقيعها، متى أخل المتعاقد بالتزام معين لاسيما فيما يتعلق بالتأخير في التنفيذ" (الطماوي، 1991، صفحة 512).

فما يستنتج من هذه التعريفات أنها تشترك كلها في كون أن جزاء غرامة التأخير توقعه الإدارة على المتعاقد معها جراء تأخره في تنفيذ التزامه، وهو نفس ما ذهب إليه المشرع الفرعي الجزائري من خلال نص المادة 147 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام والتي جاء فيها ما يلي:" يمكن أن ينجر عن عدم تنفيذ الالتزامات التعاقدية من قبل المتعاقد في الآجال المقررة أو تنفيذها غير المطابق، فرض عقوبات مالية دون الإخلال بتطبيق العقوبات المنصوص عليها في التشريع المعمول به".

وبالرجوع للفقرة 2 من المادة السابقة نجد أن نسبة غرامة التأخير وكيف تفرض تحدد بموجب دفاتر الشروط التي تعدها الإدارة، حيث نصت هذه الفقرة على ما يلي: "تحدد الأحكام التعاقدية للصفقة نسبة العقوبات المالية وكيفيات فرضها أو الإعفاء منها طبقا لدفاتر الشروط المذكورة في المادة 26 من هذا المرسوم باعتبارها عناصر مكونة للصفقات العمومية"،وهي تحتسب وفقا لما جاء في قرار مجلس الدولة الصادر في 2013/11/21 المتعلق بقضية مقاولة أشغال البناء(ب.م) ضد ديوان الترقية والتسيير العقاري لولاية المدية حسب معادلة أحد عواملها هو مدة التأخر، وهي المدة التي تمتد من تاريخ انتهاء مدة الإنجاز إلى التاريخ الفعلي للتسليم (مجلة مجلس الدولة، 2013، صفحة 87).

1-أحكام جزاء غرامة التأخير

بالرجوع للتعريفات السابقة والمادة 147 سالفة الذكر نجد أن جزاء غرامة التأخير يخضع للأحكام القانونية التالية:

أ-إن الغرض من فرض هذا الجزاء هو ضمان تنفيذ العقد الإداري في الموعد المتفق عليه،وذلك حرصا على حسين سير المرفق العام موضوع التعاقد بانتظام واضطراد (المنعم، 2005، صفحة 265).

ب-يحدد مقدار الغرامة مسبقا في العقد الإداري أو في الصفقة العمومية، وعليه يقع التزام على عاتق الإدارة بالتقيد بهذا المقدار فلا تزيد عليه، حتى ولو نتج عن التأخير ضرر يزيد عما حدد في العقد (الباسط، 2006، صفحة 292)، وهذا ما نصت عليه كما رأينا الفقرة 2 من المادة 147 سالفة الذكر.

ج-أنها تستحق عن التأخير أي بمجرد انقضاء الفترة المحددة في العقد الإداري أو في الصفقة العمومية دون حاجة إلى التنبيه باستحقاقها، فهي تختلف بذلك عن وضع الفوائد التي تحصل عن التأخير في ميدان القانون الخاص، إذ يتعين الإنذار باستحقاقها حتى وإن تضمن العقد شرطا جزائيا عن التأخير (الطماوي، 1991، صفحة 517).

وحسب الفقرة 3 من المادة 147 سالفة الذكر فإن الإدارة تتحصل عليها من خلال الاقتطاع من الدفعات المالية (المقابل المالي) الذي يحصل عليه المتعاقد مع الإدارة، حيث جاء مضمون الفقرة كما يلي:" تقتطع العقوبات المالية التعاقدية المطبقة على المتعاملين المتعاقدين بموجب بنود الصفقة، من الدفعات التي تتم حسب الشروط والكيفيات المنصوص عليها في الصفقة".

د-أن تطبيقها لا يكون إلا بالنسبة للمتعاقد المتراخي في تنفيذ التزاماته العقدية في الميعاد المحدد في العقد، ولذلك فهي تقترن بدخول العقد حيز التنفيذ وفوات مدته دون إتمامه، فإذا لم يبدأ جريان مدة التنفيذ أو بدأ ولكن أنهي العقد قبل انتهاء المدة المحددة لتنفيذ المتعاقد لالتزاماته فلا محل لها، ويحدث هذا عندما تجد الإدارة أن المتعاقد معها يقصر في تنفيذ التزاماته بدرجة لا تبشر بإتمام العمل في مواعيده المحددة، فتقوم بسحب العمل منه وتسنده إلى أخر.

هـ-لا يحرم فرض الإدارة جزاء غرامة التأخير على المتعاقد معها من حقها في المطالبة بالتعويض، وذلك إذا كان مقدار غرامة التأخير لا يجبر كل الضرر اللاحق بها (الباسط، 2006، الصفحات 299-301).

2-الإعفاء من غرامة التأخير.

لقد أجاز المشرع الجزائري للإدارة إمكانية إعفاء المتعاقد معها من جزاء غرامة التأخير،وذلك من خلال الفقرة 4 من المادة 147 سالفة الذكر والتي نصت على ما يلي: "يعود القرار بالإعفاء من دفع العقوبات المالية بسبب التأخير إلى مسؤولية المصلحة المتعاقدة...".

لكن المشرع الجزائري حدد في نفس الفقرة أحد أسباب الإعفاء المتمثل في كون أن التأخير لم يتسبب فيه المتعامل المتعاقد، أي أن التأخير راجع لسبب أجنبي ليس للمتعاقد يد فيه، وفي الفقرة 5 من نفس المادة حدد المشرع سبب أخر للإعفاء من فرض غرامة التأخير وهو القوة القاهرة، وعلى كل فإنه متى كان التأخير في التنفيذ راجع للقوة القاهرة أو بسبب أجنبي خارج عن إرادة المتعاقد، اشترط المشرع في الفقرة 6 من نفس المادة على الإدارة أن تحرر شهادة إدارية بالإعفاء.

3-عدم مشروعية توقيع جزاء غرامة التأخير

قلنا سابقا أن سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات الإدارية على المتعاقد معها تخضع لرقابة القضاء، وما دام غرامة التأخير إحدى صور هذه السلطة فهي كذلك تخضع لرقابة القضاء متى كانت غير مشروعة، كأن تفرض هذه الغرامة من جهة غير مختصة، أو إذا تجاوزت الإدارة المقدار المحدد لها في العقد، أو إذا كان التأخير راجع بسبب الإدارة ذاتها كما لو

تأخرت في إصدار الأمر المتضمن البدء بتنفيذ الأشغال، أو تأخرت في تسليم المتعاقد لمخططات يحتاجها في تنفيذ العقد (خليفة، 2007، صفحة 122).

الفرع الثاني: مصادرة الضمان (مصادرة كفالة حسن تنفيذ الصفقة)

عند إرساء الصفقة على متعهد ما لابد على هذا الأخير أن يدفع مبلغ مالي كضمان لتنفيذه للصفقة، وهذا الضمان سماه المشرع الفرعي الجزائري بكفالة حسن تنفيذ الصفقة،وهذا ما يتضح من خلال نص المادة 130 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 سالف الذكر والتي نصت على ما يلي:" زيادة على كفالة رد التسبيقات المنصوص عليها في المادة 110 أعلاه، يتعين على المتعامل المتعاقد أن يقدم، حسب نفس الشروط، كفالة حسن تنفيذ الصفقة".

وتتخذ كفالة حسن تنفيذ الصفقة حسب نص المادة 110 من المرسوم الرئاسي سالف الذكر صورة كفالة مصرفية يصدرها بنك خاضع للقانون الجزائري.

وكما قلنا سابقا فإن الغاية من إيجاد هذه الكفالة هو من أجل ضمان تنفيذ المتعاقد للصفقة بالصورة المتفق عليها، فإذا حدث وأن لم ينفذ المتعاقد لالتزاماته العقدية بصورة كاملة،كأن يكون الإنجاز الذي قام به في صفقة الأشغال العامة تشوبه كثير من النقائص كان للإدارة أن تصادر هذه الكفالة أو كما يسميه الفقه بالضمان.

وبالرجوع للمادة 133 من المرسوم الرئاسي سالف الذكر نجد أن المشرع الفرعي قدد حدد نسبة كفالة حسن تنفيذ الصفقة، حيث تتراوح نسبتها ما بين 5% و10% من مبلغ الصفقة وذلك حسب طبيعة وأهمية الخدمات الواجب تنفيذها، كما تتراوح نسبتها ما بين

1% و5% من مبلغ الصفقة وذلك عندما لا تبلغ هذه الأخيرة المبالغ المحددة في المادة 184 من نفس المرسوم الرئاسي وهي:

-مليار دينار جزائري(1.000.000.000) بالنسبة لصفقات الأشغال.

-ثلاثمائة مليون دينار جزائري(300.000.000) بالنسبة لصفقات اللوازم.

-مائتي مليون دينار جزائري(200.000.000) بالنسبة لصفقات الخدمات.

-مائة مليون دينار جزائري(100.000.000) بالنسبة لصفقات الدراسات.

1-أحكام جزاء مصادرة الضمان أو كفالة حسن تنفيذ الصفقة

أ-لا ترتبط مصادرة الكفالة بالضرورة بفسخ العقد، فلا يوجد ما يحول دون مصادرتها بعد إتمام التنفيذ لسبق تراخي المتعاقد أو تقصيره أو تنفيذه على غير الوجه المطلوب أو بعد الميعاد المحدد، غير أنه لا يجوز مصادرة الضمان لمجرد التأخير في تنفيذ الأعمال، لأن هذا كما قلنا سابقا يتطلب توقيع جزاء غرامة التأخير.

ب-يجوز للإدارة أن تجمع بين مصادرة الضمان والتعويض وذلك إذا تجاوز الضرر قيمة مبلغ الضمان أو الكفالة ولم يكن العقد الإداري أو الصفقة تحظر صراحة هذا الجمع.

وجواز الجمع راجع لكون أن التعويض يختلف عن جزاء مصادرة الكفالة، فالتعويض يمثل جبرا لضرر تعاقدي طبقا للقواعد العامة، بينما مصادرة الكفالة فتعتبر جزاءا ماليا للإدارة توقيعه في العقود الإدارية وحدها، وكذلك لأن مبلغ الكفالة يمثل فقط الحد الأدنى للتعويض المستحق للإدارة في حالة الإخلال بشروط العقد ولا يمثل الحد الأقصى (الحلو، 2004، الصفحات 118-119).

ج-يجوز للإدارة حسب مضمون الفقرات 2، 3 و4 من المادة 130 أن تعفي المتعامل المتعاقد من دفع كفالة حسن تنفيذ الصفقة في الحالات التالية:

-في بعض أنواع صفقات الدراسات والخدمات التي يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تتأكد من حسن تنفيذ الخدمات قبل دفع مستحقاتها.

-إذا كان أجل تنفيذ الصفقة لا يتجاوز 3 أشهر.

-بالنسبة للصفقات المبرمة مع المتعاملين بالتراضي البسيط وبالنسبة للصفقات المبرمة مع المؤسسات العمومية.

لكن المشرع اشترط في الفقرة 5 من نفس المادة ضرورة تأسيس كفالة حسن التنفيذ في أجل لا يتجاوز تاريخ تقديم أول طلب دفع على الحساب من المتعامل المتعاقد، وهو ما يفهم منه أن الإعفاء من دفع الكفالة ليس كلي بل هو يخص فقط مرحلة إبرام الصفقة العمومية،لأنه عند تقديم أول طلب دفع على الحساب يجب تأسيس هذه الكفالة، وذلك لأنه كما قلنا سابقا تشكل ضمان للمصلحة المتعاقدة لا يمكن التفريط فيه.

د-قد تتحول كفالة حسن تنفيذ الصفقة إلى كفالة ضمان، وذلك عندما تنص الصفقة على أجل الضمان، فحسب نص المادة 131 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 فإن الكفالة تتحول عند التسليم المؤقت إلى كفالة ضمان، والتي تسترجع حسب نص المادة 134 من نفس المرسوم الرئاسي خلال شهر واحد ابتداء من تاريخ التسليم النهائي للصفقة.

2-عدم مشروعية جزاء مصادرة كفالة حسن تنفيذ الصفقة

يتصور بطبيعة الحال أن تتعسف الإدارة في استعمال جزاء مصادرة كفالة حسن تنفيذ الصفقة وهو ما يجعل هذا الجزاء غير مشروع، ويحدث هذا التعسف إذا قامت الإدارة بمصادرة مبلغ الضمان رغم أن المتعاقد معها أوفى بكل التزاماته العقدية، وهذا ما قضى به مجلس الدولة في قراره الصادر في 2013/12/05 المتعلق بقضية (أ.ع) ضد ولاية الجزائر ومن معها،حيث حكم بقبول طلب السيد(أ.ع) برفع اليد عن كفالة الضمان مادام أن المشروع استلم بموجب محضر الاستلام النهائي (مجلة مجلس الدولة، 2013، صفحة 104).

كما عدم مشروعية جزاء مصادرة الضمان تتجسد في مصادرة الإدارة للكفالة لمجرد تأخر المتعاقد عن الوفاء بإحدى التزاماته العقدية في الميعاد المحدد في العقد الإداري (خليفة، 2007، صفحة 125) أو في الصفقة العمومية

المطلب الثاني: الجزاءات غير المالية

إذا سلطت الإدارة على المتعاقد معها إحدى الجزاءات المالية فإن هذا لا يحول دون حقها في توقيع جزاءات أخرى عليه والتي وإن كانت تشترك مع الجزاءات المالية في الهدف العام وهو جبر المتعاقد على تنفيذ التزاماته، فإنها تختلف عنها في أسباب توقيعها وفي أحكامها.

وتتمثل الجزاءات غير المالية في التنفيذ على حساب المتعاقد (الفرع الأول)، والفسخ (الفرع الثاني).

الفرع الأول: التنفيذ على حساب المتعاقد

يقصد بجزاء التنفيذ على حساب المتعاقد هو "أن تقوم الإدارة بنفسها في حالة الخطأ الجسيم مقام المتعاقد في تنفيذ التزاماته أو أن تحل غيره محله في القيام بها بصفة مؤقتة لحساب وعلى مسؤولية المتعاقد، وذلك كوسيلة للضغط عليه وحمله على تنفيذ التزاماته مع بقاء العقد قائما" (الحلو، 2004، صفحة 121).

وبهذا التعريف نجد أن جزاء التنفيذ على حساب المتعاقد يعتبر من الجزاءات القهرية ذلك أن الإدارة تلجأ إليه لجبر المتعاقد معها على تنفيذ العقد بدقة وذلك لأن سير المرافق العامة يقتضي ذلك (الباسط، 2006، صفحة 862).

والملاحظ أن المشرع الجزائري لم ينص صراحة على هذا الجزاء في المرسوم الرئاسي رقم 15-247 وهو ما يطرح إشكالية مدى إمكانية تطبيق هذا الجزاء في مجال الصفقات العمومية؟

فانطلاقا من كون أن الصفقات العمومية في حقيقتها تعتبر إحدى أنواع العقود الإدارية المسماة ومادام أنها تبرم من أجل ضمان تسيير المرافق العامة، فهذا يجعل تطبيق هذا الجزاء أمرا ضروريا فيها حتى ولو لم ينص عليه المشرع صراحة.

كما أنه من جهة أخرى ما دام أن المشرع لم يمنع صراحة الإدارات والمؤسسات العمومية فهذا يجعله أمر يمكن تطبيقه في الصفقات العمومية، وهذا أحسن لها من أن تلجأ مباشرة لفسخ الصفقة، ذلك أن هذا الأخير يتطلب من الإدارات والمؤسسات العمومية إبرام صفقة جديدة وهو ما يتطلب وقت طويل قد يترتب عليه تعطيل سير المرافق العامة.

1-أحكام جزاء التنفيذ على حساب المتعاقد

أ-لا يترتب على لجوء الإدارة لتوقيع هذا الجزاء انقضاء العقد الإداري، بل يظل العقد قائما بحيث يبقى المتعاقد ملتزما أمام الإدارة بتنفيذ كافة الالتزامات المتولدة عن هذا العقد.

ب-لا تلجأ الإدارة إلى توقيع هذا الجزاء إلا في حالة ارتكاب المتعاقد معها لخطأ جسيم (الباسط، 2006، الصفحات 864-866).

ج-إن قيام الإدارة بالتنفيذ على حساب المتعاقد معها يضعها في مركز الوكيل، فمن ثم تلتزم بما يقع على عاتقه، ولعل أهم التزام أن تبذل في هذه الوكالة العناية التي تبدلها في أعمالها الخاصة، وهذا يقتضي ممارسة الجهة التي أسند إليها تنفيذ العقد على حسابه بطريقة مناسبة،والقيام بالتنفيذ خلال مدة معقولة بغير تأخير، فإذا ثبت تأخير الإدارة في التنفيذ على حساب المتعاقد بطريقة مناسبة فلا وجه لتحميله للمسؤولية.

د-في حالة الشراء على حساب المتعاقد تلتزم الإدارة بأن لا تشتري أصنافا مغايرة للأصناف المتعاقد عليها، أما إذا اختلف شراء الإدارة في جودة الصنف زيادة أو نقصا فلا تعتبر شراء لأصناف غير متعاقد عليها، فللإدارة أن تشتري على حساب المتعاقد المقصر ما يماثل الصنف المتعاقد عليه وإن اختلفت الجودة طبعا دون الإخلال باستحقاق الإدارة لفرق الجودة إن كان له محل (الحلو، 2004، الصفحات 122-123).

2-عدم مشروعية جزاء التنفيذ على حساب المتعاقد

يحكم جزاء التنفيذ على حساب المتعاقد مثله مثل باقي الجزاءات مبدأ حسن النية الواجب توافره في تنفيذ العقود الإدارية، وهذا الأمر يتطلب من الإدارة عدم إساءة استعمال هذا الجزاء،فهي كما قلنا سابقا تعتبر وكيلة عن المتعاقد معها في التنفيذ، ومن ثم فعليها أن

تبذل في هذا الشأن العناية الواجبة فإذا أخلت بذلك فإنها تتحمل تعويض يوازي خطئها في هذا الشأن، كأن تشتري أصنافا مغايرة للأصناف المتعاقد عليها (خليفة، 2007، صفحة 129)، مثل أن تشتري سيارات في حين أن التعاقد كان على درجات، فهذا الأمر من دون شك يجعل هذا الجزاء غير مشروع.

الفرع الثاني: فسخ العقد الإداري أو الصفقة العمومية

توقع الإدارة جزاء فسخ العقد الإداري على المتعاقد معها متى كان هذا الأخير غير قادر على الوفاء بالتزاماته العقدية على نحو ما ينبغي، حيث تنهي الإدارة بهذا الجزاء العقد الإداري أو الصفقة العمومية بصورة مبتسرة تفرضها موجبات تحقيق المصلحة العامة في دوام سير المرافق العامة بانتظام.

وبهذا نجد أن الفسخ هو قمة الجزاءات التي تملك الإدارة توقيعها على المتعاقد معها نتيجة إخلاله بالتزاماته العقدية وذلك بعد أن تكون قد استعملت كافة الوسائل مما يفقدها الثقة في مواصلة التعامل معه، أي يتولد للإدارة يقين بأن التعامل مع هذا المتعاقد من شأنه الإضرار بالمصلحة العامة التي لأجل تحقيقها تم إبرام العقد الإداري (المنعم، 2005، الصفحات 288-289).

وقد خول المشرع الجزائري للإدارات والمؤسسات العمومية سلطة توقيع جزاء الفسخ في مجال الصفقات العمومية، وهذا ما يتضح من نص المادة 149 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 سالف الذكر والتي نصت على ما يلي: "إذا لم ينفذ المتعاقد التزاماته، توجه له المصلحة المتعاقدة إعذار ليفي بالتزاماته التعاقدية في أجل محدد.

وإن لم يتدارك المتعاقد تقصيره في الأجل الذي حدده الإعذار المنصوص عليه أعلاه، فإن المصلحة المتعاقدة يمكن أن تقوم بفسخ الصفقة العمومية من جانب واحد، ويمكنها كذلك القيام بفسخ جزئي للصفقة".

1-أحكام جزاء فسخ العقد الإداري أو الصفقة العمومية

أ-يشترط مجلس الدولة الفرنسي لتوقيع جزاء الفسخ أن يرتكب المتعاقد مع الإدارة خطأ جسيم يبرر هذا الجزاء، كالتجاء المتعاقد إلى الغش (الطماوي، 1991، صفحة 554).

وعن مكانة هذا الشرط في الجزائر فبالرجوع لنص المادة 149 من المرسوم الرئاسي السالف الذكر لا نجد أن المشرع قد اشترط جسامة الخطأ لفسخ الإدارة للصفقة العمومية، وهو ما يفتح الباب لتعسف الإدارة في استعمال هذا الجزاء.

ب-اشترط المشرع الجزائري في الفقرة 1 من المادة 149 على الإدارة لتوقيع جزاء الفسخ في مجال الصفقات العمومية ضرورة إعذار المتعاقد معها، وذلك بأن تمنحه أجل لتنفذ التزاماته،وتنبهه أنه إذا لم ينفذ هذه الالتزامات في الأجل المحدد في الإعذار، فإنها ستطبق عليه جزاء الفسخ.

ج-يخضع جزاء الفسخ للقاعدة العامة التي تنص على أن للدائن في حالة الفسخ أن يرجع بالتعويض عما أصابه من ضرر على المدين إذا كان عدم قيام هذا المدين بتنفيذ التزاماته راجعا إلى خطئه وترتب على هذا الخطأ ضرر للدائن (المنعم، 2005، صفحة 125).

وهذا ما ذهب إليه المشرع الجزائري في المادة 152 والتي جاء فيها: "لا يمكن الاعتراض على قرار المصلحة المتعاقدة بفسخ الصفقة عند تطبيقها البنود التعاقدية للضمان والمتابعات

الرامية إلى إصلاح الضرر الذي لحقها بسبب خطأ المتعاقد معها، وزيادة على ذلك، يتحمل هذا الأخير التكاليف الإضافية التي تنجم عن الصفقة الجديدة".

د-من بين الأحكام الجديدة التي أضافها المشرع الفرعي في المرسوم الرئاسي رقم 15-247 أنه أجاز للمصلحة المتعاقدة أن تقوم بفسخ جزئي للصفقة، وذلك إذا كانت هذه الأخيرة تقبل ذلك كأن يتعلق الأمر بصفقة أشغال عمومية تتضمن تقديم المتعامل المتعاقد لخدمات، فإذا قصر هذا الأخير في تقديم الخدمات فإنه يجوز للمصلحة المتعاقدة في هذه الحالة أن تفسخ الصفقة بخصوص البنود المتعلقة بالخدمات وتبقي على البنود المتعلقة بالأشغال العمومية قائمة.

2-عدم مشروعية جزاء فسخ العقد الإداري

يخضع جزاء فسخ العقد الإداري أو الصفقة العمومية كباقي الجزاءات للرقابة القضائية،وذلك منعا لتعسف الإدارة في استعماله وهو ما يجعله غير مشروع، ومن ثم تقوم المسؤولية العقدية للإدارة، ويكون جزاء الفسخ غير مشروع في الحالات التالية:

-عدم توافر السبب الذي يستدعي فسخ العقد الإداري أو الصفقة العمومية.

-صدور القرار القاضي بالفسخ من سلطة غير مختصة.

-إذا استهدفت الإدارة من وراء الفسخ غاية أخرى غير ضمان استمرار المرفق العام، كما لو قصدت به مجرد إبرام عقد جديد مع شخص غير المتعاقد معها (خليفة، 2007، الصفحات 132-133).

-إذا قامت الإدارة بفسخ العقد دون أن توجه للمتعاقد إعذار بضرورة التنفيذ.

خاتمة:

إن أهم ما يمكن استخلاصه من دراسة موضوع سلطة الإدارة في فرض جزاءات إدارية على المتعاقد معها في مجال العقود الإدارية، أن هذه الجزاءات هي فعلا أحد أهم العناصر المميزة للعقود الإدارية عن عقود القانون الخاص، وهذا يرجع لكون أن أغلب هذه الجزاءات ليس لها مثيل في عقود القانون الخاص كجزاء غرامة التأخير أو مصادرة الضمان.

كما أن هذه الجزاءات وإن كانت تشترك في غاية واحدة وهي ضمان تنفيذ العقد الإداري،إلا لكل واحد منها أحكامه القانونية الخاصة بتوقيعه وبتأثيره على استمرارية العقد الإداري أو الصفقة العمومية والتي تميزه عن غيره من الجزاءات الإدارية.

وهذا التميز في توقيع كل جزاء إداري لا يعني عدم إمكان الإدارة الجمع بين هذه الجزاءات في صفقة واحدة أو عقد إداري واحد، بل يمكنها ذلك كلما توافرت تطبيق كل واحد منها.

كما أنه من النقاط التي توصلنا إليها أن المشرع الفرعي الجزائري قد نص في المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرافق العامة على أغلب الجزاءات التي درسنها وهي غرامة التأخير، مصادرة الضمان (كفالة حسن تنفيذ الصفقة)، جزاء الفسخ، دون أن ينص على جزاء التنفيذ على حساب المتعاقد، وعدم التنصيص على هذا الجزاء لا يعني عدم إمكانية عدم تطبيقه في الصفقات العمومية بل يمكن تطبيقه طبقا لمقتضيات تنفيذ هذه الصفقات التي تعتبر إحدى أنواع العقود الإدارية المسماة.

المصادر والمراجع

أ-الكتب

1سليمان مُحَمَّد الطماوي .(1991) .*الأسس العامة للعقود الإدارية* .القاهرة، مصر :دار الفكر العربي.

2-عبد العزيز عبد المنعم خليفة .(2007) .*مسئولية الإدارة عن تصرفاتها القانونية(القرارات والعقود الإدارية)* .مصر :دار الكتب القانونية.

3-عبد العزيز عبد المنعم خليفة. (2005). *الأسس العامة للعقود الإدارية*. مصر: دار الكتب القانونية.

4-ماجد راغب الحلو. (2004). *العقود الإدارية والتحكيم*. الإسكندرية، مصر: دار الجامعة الجديدة.

5-مُحَمَّد فؤاد عبد الباسط. (2006). *العقد الإداري*. الإسكندرية، مصر: دار الجامعة الجديدة للنشر.

ب-المجلات القضائية

مجلة مجلس الدولة. (2013). (العدد 11). الجزائر.

ج-النصوص القانونية

1-ج.ر .(2008) .*الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية* (العدد 21). الجزائر.

2-ج.ر. (2015). *الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية* (العدد 50). الجزائر.