

غرامة التأخير في الصفقة العمومية -دراسة مقارنة-

THE LATE FEE PENALTY IN THE PUBLIC TRANSACTION

-A comparative study-

*ط.د. برادعية موسى

د. هوارى ليلي

المركز الجامعي أحمد زبانه - غليزان

المركز الجامعي أحمد زبانه - غليزان

Moussa.bradaia@cu-ralizane.dz

Leila.houari@cu-relizane.dz

مخبر التشريعات الدولية للبحار وأثرها

في المنظومة القانونية البحرية في الجزائر

تاريخ الإرسال: 2020/11/25	تاريخ القبول: 2022/05/08	تاريخ النشر: 2022/10/13
---------------------------	--------------------------	-------------------------

ملخص :

يعتبر جزاء غرامة التأخير على المتعامل المتعاقد في الصفقة العمومية من أبرز الجزاءات المالية التي يمتاز بها هذا العقد، وتستعمله المصلحة المتعاقدة في حالة إخلال المتعامل المتعاقد بالتزامه التعاقدى بتأخره في تنفيذ إلتزامه في الميعاد المتفق عليه من أجل إرغامه على تنفيذ التزاماته التعاقدية على أكمل وجه وذلك باستناد المصلحة المتعاقدة في توقيع هذا الجزاء إلى العقد أو نص قانوني يخولها ذلك، ودون حاجة إلى إستصدار حكم قضائي يسمح لها بذلك، ودون إعدار المتعامل المتعاقد، وهذا بغرض المحافظة على سير المرفق العام محل تنفيذ هذا العقد بانتظام وإطراد، وحماية المال العام وتحقيق المصلحة العامة، غير أن هذا لا يمنعها من إعفاء توقيع غرامة التأخير عليه في الحالات التي يحددها القانون.

الكلمات المفتاحية : الجزاء المالي؛ غرامة التأخير؛ الإعفاء الإداري؛ المتعامل المتعاقد.

*المؤلف المرسل: برادعية موسى

Abstract:

In the public transaction, the late fee penalty sanction imposed to the contracting operator is one of the most prominent financial sanctions which characterize this contract.

The contracting service uses this sanction - when the contracting operator does not respect his contractual commitment, and is late in carrying out his commitment in the agreed date - in order to force him to fully implement his contractual obligations. The contracting service is referring at this regard to the legal contract or text which allow this sanction, without need to obtain a court ruling that allows it to do so, and this is after sending a formal notice to the contracting operator, in order to: Maintain the perfect and regular functioning of the public facility subject of implementation of this contract.

Protecting public money and achieving the public interest.

- However, the contracting operator can be exempted from the late fee penalty in the cases specified by law.

Keywords: Financial sanction ; late fee penalty ; Administrative Exemption; contracting operator.

مقدمة:

تتمتع المصلحة المتعاقدة بإيقاع جزاءات إدارية على المتعامل المتعاقد في الصفقة العمومية إذا قصر في تنفيذ إلتزاماته التعاقدية أو بعضها، ويستوي في ذلك أن يكون قد أمتنع عن تنفيذ الإلتزاماته بالكامل أو تأخر في تنفيذها، وهذه الجزاءات الإدارية التي توقعها عليه إما تكون جزاءات غير مالية، والمتمثلة في الجزاءات الضاغطة والفاسخة، أو جزاءات مالية والمتمثلة في مصادرة التأمين والتعويض وغرامة التأخير.

وغرامة التأخير في العقود الإدارية بصفة عامة وفي الصفقات العمومية بصفة خاصة، تعتبر من بين الجزاءات التي تفرضها المصلحة المتعاقدة على المتعامل المتعاقد معها الذي أخل بتنفيذ إلتزاماته وفق ما أتفق عليه في العقد، فتستحق بمجرد إنقضاء الفترة المحددة لإتمام العمل دون حاجة إلى تنبيه ودون الحاجة إلى اللجوء إلى القضاء لتوقيعها، وحتى لا تتعسف

الإدارة في استعمال هذا الحق وجب عليها تطبيق ذلك في حدود المشروعية الإدارية وتوافر ضوابط توقيعها، والمشرع الجزائري كغيره من التشريعات المقارنة كالتشريع المصري والفرنسي نص على هذا النوع من الجزاءات المالية في المرسوم الرئاسي 15-247 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، ومنه طرح الإشكالية التالية: ما حدود سلطة المصلحة المتعاقدة في توقيع غرامة التأخير في الصفقة العمومية في التشريع الجزائري والتشريع المقارن ؟

لمعالجة هذه الإشكالية إرتأينا تقسيم دراستنا إلى مبحثين نتطرق في الأول إلى مفهوم غرامة التأخير والثاني ضوابط غرامة التأخير معتمدين في دراستنا على المنهج الوصفي من خلال إبراز المفاهيم، والتحليلي المقارن من خلال المقارنة بين التشريع الجزائري والتشريع المقارن.

المبحث الأول: سلطة المصلحة المتعاقدة في تطبيق غرامة التأخير

تعتبر غرامة التأخير من الجزاءات المالية التي يجوز للمصلحة المتعاقدة توقيعها على المتعامل المتعاقد إذا أخل بأحد التزاماته التعاقدية إما بعدم تنفيذ التزاماته التعاقدية وفق ما تم الاتفاق عليه في دفتر الشروط أو أخل في تنفيذ التزاماته في الميعاد المتفق عليه، وهذا الجزاء توقعه المصلحة المتعاقدة عليه دون حاجة إلى حكم قضائي بشأن ذلك.

وبناء على ما سبق سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين الأول نخصصه لمفهوم غرامة التأخير والثاني أساس غرامة التأخير.

المطلب الأول: مفهوم غرامة التأخير

إن غرامة التأخير هي امتياز وحق للمصلحة المتعاقدة في الصفقة العمومية إذا لم يوف المتعاقد بالتزاماته من أجل حثه وإلزامه على تنفيذ العقد ضمن الأجل والشروط المحددة مسبقا وبالتالي لا تنهي الرابطة العقدية، وعليه ينبغي التطرق إلى تعريفها في الفرع الأول وخصائصها في الفرع الثاني.

الفرع الأول: تعريف غرامة التأخير

يقتضي تحديد تعريف غرامة التأخير التطرق إلى تعريفها لغويا وإصطلاحا من ناحية ثم تعريفها تشريعيًا من ناحية أخرى.

أولا: تعريفها لغويا وإصطلاحا

1- **الغرامة في اللغة:** الخسارة، في المال: ما يلزم أدائه تأديبا أو تعويضا، يقال حكم

القاضي على فلان بالغرامة- دفع غرامة مالية/ غرامة إجرائية/ غرامة تحكمية/ غرامة

جنائية/ غرامة مدنية/ غرامة إجمالية/ غرامة رهن.

أما التأخير يقال: تأخر الشيء أي جعله بعد موضعه، وفي الوقت بعد انقضائه¹.

2- **الغرامة في الإصطلاح:** فقد أنقسم الفقهاء حول تعريف غرامة التأخير إلى ثلاث اتجاهات،

الأول يقول: بأنها عبارة عن تعويض جزافي، والثاني يقول: بأنها جزاء مالي، أما الثالث يرى بأنها

من طبيعة مختلطة ولكنها في جميع الأحوال توقع في حق المتعاقد من طرف الإدارة نتيجة

تراخية في تنفيذ التزاماته التعاقدية²

ثانيا: تعريفها قانونا

إن المشرع الجزائري عبر النصوص القانونية المتعلقة بتنظيم الصفقات العمومية

وآخرها المرسوم الرئاسي 15-247 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق

العام لم يتطرق إلى تعريف غرامة التأخير تاركا ذلك للفقهاء كغيره من التشريعات المقارنة،

وحسنا ما فعل المشرع بعدم تطرقه لتعريفها وهذا منطقي لأن دور التشريع يبين النظام

القانوني لهذا الجزاء أما مسألة التعريف تبقى فقهية.

والفقه سواء في مصر أو فرنسا في تناوله لغرامة التأخير في العقد الإداري والصفقة

العمومية كإحدى صوره، قد انطلق من تعريف غرامة التأخير على هدى طبيعتها القانونية،

لذا انقسم الفقه في هذا الشأن بين اتجاهين أساسيين على النحو التالي:

الاتجاه الأول: غرامة التأخير تعويض جزافي

لقد عبر عن هذا الاتجاه الأستاذ Bosc حيث وجد منذ عام 1921 أن الغرامات من

زاوية طبيعتها القانونية، تعد تعويضات تستحق للإدارة في حالة التأخير أو عدم التنفيذ،

والتي يحدد مقدارها مقدما من جانب الأطراف وبصورة جزافية وقت إبرام العقد، ثم أيد هذا

الاتجاه جانب من الفقه المعاصر على الرغم من إقراره وتصنيفه لغرامة التأخير ضمن

الجزاءات المالية حيث تعتبر غرامة التأخير لديه بمثابة تعويضات جزافية يحدد مقدارها وأن

لها طابع الإصلاح والطابع التهديدي أو تلك التي تحدد مقدما وبصورة جزافية في العقد

ويفترض اصلاحها الكامل للضرر الناتج عن التأخير³.

وفي هذا الاتجاه عرفها الدكتور عبد العزيز منعم خليفة بأنها "جزاء تملك الإدارة حق توقيعه على المتعاقد معها المتأخر في الوفاء بالتزامه التعاقدي في الميعاد المنصوص عليه بالعقد وتستحق بمجرد هذا التأخير حتى ولو لم ينجم عنه ضرر أصاب الإدارة المتعاقدة". ونجد هذا التعريف أنه وفق فيه كون أن تضمن معظم خصائص غرامة التأخير وهي أنها جزاء توقعه الإدارة على المتعامل المتعاقد إذا تأخر هذا الأخير في تنفيذ التزامه في الميعاد المحدد ودون الحاجة في إثبات الضرر من عدمه.

وقد عرفها كل من دويزو ديبر وبولاك بأنها "تعويض جزافي محدد في العقد و لا مصدر لها سوى نصوص العقد ذاته و لا يشترط لتطبيقها إثبات الضرر".

ونجد أن هذا التعريف جاء قاصرا كون أنه فيه أغفل أهم خاصية تقوم عليها غرامة التأخير وهي إخلال المتعامل المتعاقد في تنفيذ التزامه في الميعاد المحدد.

وقد عرفها بيكينو بأنها "تعويض جزافي منصوص عليه في العقد توقعه الإدارة على المتعاقد الذي تراخى في تنفيذ التزاماته التعاقدية"⁴.

وهذا التعريف جاء قاصرا كونه أغفل أهم خاصية تقوم عليه غرامة التأخير وهي عدم اشتراط الضرر لتوقيع غرامة التأخير.

وعرفها الدكتور خليل صالح السامرائي بأنها جزاء يتضمن معنى العقوبة توقعه الإدارة على مقاول الأشغال العامة بسبب تأخره في تنفيذ الأشغال في الوقت المقرر"⁵.

وهذا التعريف جاء قاصرا كونه لم يشر لعدم ضرورة توفر الضرر من عدمه وكذا عدم النص على أن يتم الاتفاق على هذا مبلغ التعويض مسبقا في العقد أو دفتر الشروط .

وما يلاحظ على هذا التعاريف وإن تباينت فيما بينهما بخصوص إغفالها لبعض خصائص غرامة التأخير بناء على النقد المبين لكل تعريف على حدى إلا أنها أتفقت على أن غرامة التأخير هي عبارة عن تعويض أو جزاء توقعه الإدارة على المتعامل المتعاقد إذا تأخر في تنفيذ التزامه.

الإتجاه الثاني: غرامة التأخير جزاء مالي

ذهب جانب من الفقه في تعريفه لغرامة التأخير إلى أنها عبارة عن مبالغ إجمالية تقدرها الإدارة مقدما وتنص على توقيعها متى أخل المتعاقد بالتزام معين لا سيما فيما يتعلق بالتأخير في التنفيذ⁶.

في هذا الإتجاه عرفها الدكتور سليمان الطماوي بأنها مبالغ إجمالية تقدرها الإدارة مقدما، وتنص على توقيعها متى أخل المتعاقد بالتزام معين، لا سيما فيما يتعلق بالتأخير في التنفيذ، وهذه الجزاءات لا يكاد يخلو منها عقد إداري.

وقد عرفها الدكتورين محمد رفعت عبد الوهاب وماجد الحلو بأنها مبلغ من المال محدد سابقا ويفرض على المتعاقد أدائه إذا لم يتم بتنفيذ التزاماته خلال المواعيد المتفق عليها في العقد.

وقد عرفها الدكتور ابراهيم محمد علي بأنها مبلغ من المال يحدد في العقد المبرم بين الإدارة والمتعاقد ويفرض على المتعاقد أدائه إذا لم يتم بتنفيذ التزاماته خلال المواعيد المتفق عليها في العقد لا سيما فيما يتعلق بالتأخير في التنفيذ.

وقد عرفها الدكتور عادل عبد الرحمن بأنها عبارة عن مبالغ مالية محددة سلفا في العقد أو في دفتر الشروط الملحق به يتحملها المتعاقد مع الإدارة في حالة تأخره عن التنفيذ دون حاجة لإثبات وقوع ضرر فعلي للإدارة أو استصدار حكم قضائي بالغرامة، فالضرر في هذه الحالة يفترض افتراضا غير قابل لإثبات العكس.

وقد عرفها كل من الدكتورين محمد عبد اللطيف وجورجي شفيق ساري بأنها عبارة عن مبلغ مالي إجمالي يتم تحديده مقدما في العقد و توقعه الجهة المتعاقدة بنفسها دون حاجة إلى اللجوء إلى القضاء متى تأخر المتعاقد في تنفيذ التزامه في المواعيد المتفق عليها في العقد⁷.

وقد عرفها الدكتورة عزيزة الشريف "بأنها مبالغ إجمالية تقدرها الإدارة مقدما وتنص على توقيعها متى أخل المتعاقد بالتزام معين وخاصة التزامه باحترام مدة التنفيذ"⁸. وقد عرفها الدكتور جابر جاد نصار "بأنها مبلغ مالي تقدره الإدارة وينص عليه في العقد تستحقه عند إخلال المتعاقد باتفاقه"⁹.

ويتضح من الإتجاهين الفقهيين السابقين أن أصحابهما لا ينكرون كون غرامة التأخير تتمثل بمبلغ من المال تفرضه الإدارة على المتعاقد المخل بشروط العقد بصورة عامة وعدم احترام مدة العقد بصورة خاصة، ولكنهم اختلفوا في تحديد طبيعة غرامات التأخير ، فأصحاب الإتجاه الأول يرون بأن لها طبيعة مزدوجة تشمل على الصفتين الجزائية والتعويضية في آن واحد، بينما أصحاب الاتجاه الثاني يرون بأن لها طبيعة جزائية فقط.

ونرجع جميع هذه التعاريف الواردة بشأن غرامة التأخير لأنها وإن تباينت كما رأينا سالفا إلا أنها أجمعت على وضع تعاريف يجمع معظم عناصر غرامة التأخير والتي سنوضحها في الفرع الثاني.

الفرع الثاني: خصائص غرامة التأخير

لغرامة التأخير مجموعة من الخصائص تميزها عن غيرها من الجزاءات الإدارية الأخرى في الصفقة العمومية وهي أنها توقع بصفة تلقائية دون اللجوء إلى القضاء، واتفاقية وتوقع دون حاجة إلى اثبات ضرر وبموجب قرار إداري.

أولا: غرامة التأخير هي غرامة اتفاقية:

بمعنى أن الطرفين يتفقان عليها مقدما عند إبرام العقد وبالتالي لا يحق للجهة الإدارية أن تقوم بفرضها على الطرف الآخر الذي يتأخر في تنفيذ الأعمال المنوطة به إذا لم يكن قد نص عليها في العقد خلافا لبقية الجزاءات الأخرى كسحب العمل من المكاوّل وحق الإدارة في فسخ العقد الإداري، التي يحق للإدارة اللجوء إليها حتى في حالة عدم النص عليها في العقد¹⁰.

فإذا اتفق الأطراف على شروط خاصة لتنظيم هذه الغرامات فإن هذه الشروط هي الواجب إعمالها دون النصوص اللائحية ولأنها التي توافقت عليها إرادة المتعاقدين المشتركة بمعنى الإدارة لا تستطيع فرض الغرامات التأخيرية¹¹.

غير أنه إذا لم يتم تحديد غرامة التأخير في العقد هذا لا يمنعها من توقيعها وذلك بالرجوع إلى النصوص المنظمة لغرامة التأخير¹²، كما فعل المشرع الجزائري الذي جعل الأساس الذي تستند عليه المصلحة المتعاقدة في توقيع غرامة التأخير على المتعاقد إما الصفقة أودفتر الشروط أو النص التنظيمي المتمثل في المرسوم الرئاسي 15-247 من خلال نص مادتيه 95 و147 منه¹³.

والمشرع المصري فعل نفس الشيء بجعل الأصل الغرامة تحدد في العقد وإذا لم يتم تحديدها في العقد يتم الرجوع إلى النصوص المنظمة لغرامة التأخير الواردة في اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات¹⁴.

ثانيا- غرامة التأخير توقع دون حاجة لإثبات ضرر:

نظر لأن غرامة التأخير تستهدف أساسا تأمين سير المرافق العامة فإنه لا يشترط لتوقيعها إثبات وقوع ضرر أصاب المرفق، إذ أن الضرر هنا هو مفترض بقرينة قاطعة لا يقبل إثبات العكس، كما لا يقبل من المتعاقد إثبات عدم تسبب التأخير في إصابة الإدارة بضرر

لكي يتخلص من أداء الغرامة، لأن جهة الإدارة عندما حددت موعدا معيناً لتنفيذ اخذت على عاتقها أن حاجة المرفق تستوجب تنفيذه خلال هذا الموعد¹⁵.

ويذهب رأي في الفقه الفرنسي إلى القول "إن للإدارة حق توقيع الغرامات على المتعاقد بمجرد التأخير دون حاجة لإثبات ما أصابها من ضرر"¹⁶.

ثالثا: الغرامة التأخيرية تلقائية

لا يشترط في توقيع غرامة التأخير إنذار المقاول أو تنبيهه بذلك وبهذا فهي تختلف عن الشرط الجزائي الذي يشترط لاستحقاقه إعذار المدين كما تختلف في هذا عن الفوائد التي تحصل عن التأخير في ميدان القانون الخاص إذ يتضمن الإنذار باستحقاقها حتى ولو تضمن العقد شرطا جزائيا عن التأخير¹⁷.

غير أن المبدأ المعمول به في فرنسا هو أن الإدارة ملزمة بإعذار المتعاقد معها المقصر قبل توقيع الغرامة عليه وذلك تطبيقا للخصائص المشتركة للجزاءات الإدارية والتي لا تسري إلا من يوم الإعذار بها.

أما في مصر يختلف عن فرنسا حيث أن نص المادة 23 الفقرة 02 من قانون المناقصات والمزايدات رقم: 89 لسنة 1999 والتي تقابلها المادة 48 من الشروط العامة لمقاولات أعمال الهندسة المدنية والتي لم تشترط إنذار المتعاقد المتأخر عن تنفيذ التزامه¹⁸.

أما بالنسبة للوضع في الجزائر فقد سائر الإتجاه المعمول به في مصر وهو تمتع الإدارة بسلطة فرض غرامة التأخير دون إلزامها بإنذار المتعاقد وهو ما يتضح من خلال نص المادة 147 من المرسوم الرئاسي 15-247 والتي اكتفت بتحديد ضوابط توقيع غرامة التأخير بجعلها متمثلة في عدم تنفيذ الإلتزامات التعاقدية في الأجل المتفق عليه وعدم التنفيذ المطابق للشروط والمواصفات المتفق عليها دون الإشارة إلى شرط إعذار المتعامل المتعاقد وكذا المادة 36 من دفتر الشروط الإدارية العامة لم تشترط إلزام الإدارة بإعذار المتعامل المتعاقد المقصر قبل توقيع غرامة التأخير عليه ونصت على " إذا ورد في عقد الصفقة نصوص تتضمن عقوبات على التأخير، فيجري تطبيقها دون إنذار سابق بعد التأكد العادي من تاريخ انقضاء الأجل التعاقدى للتنفيذ وتاريخ استلام الأشغال المؤقت...".

نرجح الإتجاه الذي سايره المشرع الجزائري وهو عدم اشتراط إعذار المتعامل المتعاقد قبل توقيع غرامة التأخير كون هذه الأخيرة يتم الإتفاق عليها مسبقا وتوقعها المصلحة المتعاقدة بمجرد إخلال المتعامل المتعاقد في تنفيذ إلتزامه في الميعاد المتفق عليه، وإن إعذاره

سيمكنه من التماطل مرة أخرى في تنفيذ إلتزامه وهذا ما يؤثر على مبدأ سير المرفق العام بانتظام واطراد .

رابعاً: الغرامة توقع إدارياً

تستحصل جهة الإدارة مبلغ الغرامة التأخيرية من المتعاقد المقصر بموجب قرار إداري تصدره بإرادتها المنفردة، دون الحاجة إلى اللجوء إلى القضاء لاستصدار حكم قضائي بشأن ذلك، وذلك تنفيذاً للامتياز العام الذي تتمتع به الإدارة في دائرة جزاءات العقد الإداري¹⁹.

المطلب الثاني: أساس غرامة التأخير

لتحديد الأساس القانوني للمصلحة المتعاقدة في توقيع جزاء غرامة التأخير على المتعامل المتعاقد ينبغي معالجة ذلك من الناحية الفقهية والقضائية والتشريعية.

الفرع الأول: موقف الفقه والقضاء في تحديد أساس غرامة التأخير

اختلف الفقه حول تحديد سلطة المصلحة المتعاقدة في توقيع جزاء غرامة التأخير على المتعامل المتعاقد بين اتجاه أساس تعاقدى واتجاه أساس غير تعاقدى.

أولاً: الأساس التعاقدى

أ-الفقه:

كان المبدأ السائد في الفقه الإداري الفرنسى حتى نهاية القرن التاسع عشر أن الجزاءات التي تملك الإدارة توقيعها على المتعاقد معها، هي تلك المنصوص عليها في العقد الإداري دون سواها.

وقد انتقد كثير من الفقهاء الفرنسيين مبدأ كفاية الجزاءات العقدية فقد أكد الفقيه جيز على أنه من غير المعقول أن يثبت أن التزماً قانونياً منصوصاً عليه في عقد يكون مجرداً من الجزاء، لإرادة المتعاقدين أن كل التزام يجب تنفيذه، وهذا التنفيذ يستلزم بالضرورة جزاء، ففي القانون الخاص ينظم القانون المدني هذا الجزاء عندما يكون الاطراف قد اثاروا الصمت، ولا يبدو معقولاً في نطاق القانون العام حيث تكون المصلحة العامة هي السمة البارزة، ألا يوجد جزاء، ودون شك فإن عدم وجود جزاء سوف يدفع الملتزم إلى الإهمال، وهذا ما يتمخض بالنسبة لجمهور المنتفعين عن إضطرابات إقتصادية وإجتماعية، ولذلك يتطلب مبدأ استمرار وانتظام المرفق العام أن يكون لجميع التزامات الملتزم جزاء حاسم²⁰.

ب - القضاء:

إن القضاء المصري أخذ بالأساس التعاقدي، فقضت المحكمة الإدارية العليا، بوجوب تقييد جهة الإدارة بما ورد في العقد، وليس لها كقاعدة عامة أن تخالفه أو تطبق في شأنه نصوص لائحة المناقصات، فنص في حكمها الصادر في 21 مارس 1970 بأنه "من المبادئ المسلمة في فقه القانون الإداري أن غرامات التأخير في العقود الإدارية مقررة ضمنا لتنفيذ هذه العقود في المواعيد المتفق عليها حرصا على حسن سير المرافق العامة بانتظام واطراد، ولذا فإن الغرامات التي ينص عليها في تلك العقود توقعها جهات الإدارة من تلقاء نفسها دون أن تلتزم بإثبات حصول الضرر، كما لا يقبل ابتداء من المتعاقد إثبات عدم حصوله"، وكذلك انتهى الرأي في إفتاء مجلس الدولة المصري بأن خلو العقد من النص على غرامة التأخير، لا يجيز للجهة الإدارية المتعاقدة توقيعه.

ومجلس الدولة الفرنسي في قضيتين تتعلقان بعقد الالتزام أقر صراحة عدم جواز طلب الإدارة من القاضي الحكم لها بتعويض لم تتضمنها العقود التي أبرمتها.

وقد كان موضوع العقدين المشار إليهما أعلاه هو عقد إلزام الذي كان يشير في حالة إخلال الملتزم بتعهداته فإن للإدارة حق توقيع غرامات عليه وإسقاط الإلتزام، لذلك فإن القاضي لم يكن مقدروه أن يقضي بالتعويض باعتبار أن العقد في الحالتين لم ينص على ذلك.²¹

ثانيا: الأساس غير التعاقدي**أ- الفقه:**

اتجه جانب من الفقه في جعل الأساس غير تعاقدي معيار تستند عليه المصلحة المتعاقدة في توقيع هذا الجزاء على المتعامل المتعاقد، و يتمثل في امتيازات السلطة العامة وبموجبها يحق للإدارة توقيع جزاء غرامة التأخير على المتعاقد ولو لم ينص عليها في العقد مبررين أن للمصلحة المتعاقدة حق تمتع في حالة الخطأ الذي ينسب إلى المتعاقد معها بمجموعة من الجزاءات لها بالنسبة للقانون الخاص سمات أساسية حيث تتجه ليس فقط نحو تعويض الضرر، وإنما أيضا نحو التنفيذ الفعلي وفقا لضرورات المصلحة العامة، فهي تطبق بقوة القانون، خارج توقعات العقد، تأسيسا على أن للجهة الادارية المتعاقدة دائما أن تقرر الجزاء العقدي الذي يتلائم مع الإخلال الثابت للالتزامات التعاقدية حتى عند سكوت

العقد، وإنه لا يرد على هذه القاعدة استثناء إلا فيما يتعلق بإسقاط امتياز المرفق العام الذي لا يمكن تقريره إلا من جانب القاضي نظرا لجسامته.

ب-القضاء:

إن الاتجاه المبين أعلاه الذي أخذ به الفقه تبنته المحكمة الإدارية العليا المصرية في حكمها الصادر بتاريخ 1963-05-25 أساس هذه السلطة بقولها أن الإدارة تعمل في إبرامها للعقد الإداري بوصفها سلطة عامة تتمتع بحقوق وامتيازات لا يتمتع بمثلها المتعاقد معها، وذلك بقصد تحقيق نفع عام أو مصلحة مرفق عام²².

وهذا الاتجاه الذي كرسته الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا في عدة قرارات لها، لا سيما قرارها الصادر بتاريخ 1990-07-28 بخصوص قضية السيد (ت. ط) ضد والي ولاية عنابة²³. وهو الإتجاه الذي أعتد به مجلس الدولة الفرنسي في حكمه المؤرخ في 1929-10-11 الصادر في قضية شركة ملاحه جنوب الاطلنطي " اذا ترتب على تقصير الشركة المتعاقدة ضرر للدولة يكون من طبيعته ترتب حق في التعويض، فإنه يجوز للوزير تحديد التعويض الذي تلتزم به الشركة".

وبذلك اعترف القضاء الفرنسي للإدارة بحقها في تحديد التعويض التي تستحقه قبل المتعاقد المخل بالتزاماته التعاقدية بإرادتها المنفردة دون حاجة إلى اللجوء إلى القضاء للاستصدار حكم بذلك²⁴.

الفرع الثاني: موقف التشريع في تحديد أساس غرامة التأخير

أولاً: التشريع الجزائري

إن التشريع الجزائري اعتمد على الأساس التعاقدي كمعيار تستند إليه المصلحة المتعاقدة في توقيع الجزاء على المتعامل المتعاقد المقصر بالتزامه التعاقدي، بالإضافة إلى النص التنظيمي دون الأساس غير التعاقدي وهو ما يتضح من خلال المادة 95 من المرسوم الرئاسي 247/15 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام التي جاءت في قسم البيانات الإلزامية والتي نصت على " يجب أن تشير كل صفقة عمومية إلى التشريع والتنظيم المعمول بهما و إلى هذا المرسوم ويجب أن تتضمن على الخصوص البيانات الآتية.... نسب العقوبات المالية وكيفية حسابها، وشروط تطبيقها أو النص على حالات الإعفاء منها.."، وكذا المادة 147 ف 1-2 والتي جاءت تحت عنوان العقوبات المالية حيث ورد فيها " يمكن أن ينجر عن عدم تنفيذ الالتزامات التعاقدية من قبل المتعاقد في الآجال المقررة وتنفيذها غير

المطابق فرض عقوبات مالية دون الإخلال بتطبيق العقوبات المنصوص عليها في التشريع المعمول به.

تحدد الأحكام التعاقدية للصفقة نسبة العقوبات المالية وكيفيات فرضها أو الإعفاء منها طبقا لدفتر الشروط المذكور في المادة 26 من هذا المرسوم باعتبارها عناصر مكونة للصفقات العمومية...".

فالغرامة كعقوبة تسلط على المتعامل المتعاقد من جانب الإدارة المعنية تستمد وجودها القانوني والرسمي من المرسوم الرئاسي أولا اعتبارا أنه النص الخاص المنظم للصفقات العمومية، وثانيا من العقد ذاته أو الصفقة اعتبارا أن هذه الأخيرة تضمنت بيانا الزاميا بعنوان العقوبات المالية واحتوى على تفصيل بصدد ممارسة هذه السلطة وكيفية إجرائها²⁵.

ثانيا: التشريع المقارن

إن التشريع المصري خول المصلحة المتعاقدة الأساس التعاقدي كمبرر تعتمد عليه في توقيع هذا الجزاء على المتعاقد وذلك في قانون المناقصات والمزايدات رقم 89 لسنة 1998 من خلال المادة 23 منه و لائحته التنفيذية من خلال نص المادة 83 منها ، فهو يقضي بتوقيع غرامة عن مدة التأخير طبقا للأسس والنسبة وفي الحدود التي تبينها اللائحة التنفيذية، مما يعني توقيع هذه الغرامة وفقا لللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات حتى ولو لم ينص عليها العقد، إذ أنه طالما لم يستبعد الأطراف صراحة فإنها تندمج في عقودهم، وبالتالي أعتمد الأساس التعاقدي وهو العقد واللائحة التنفيذية وبالإضافة إلى النص التنظيمي قانون المناقصات والمزايدات وبهذا الموقف فهو يتشابه مع التشريع الجزائري المبين أعلاه²⁶.

المبحث الثاني: حالات توقيع غرامة التأخير وحالات الإعفاء منها

لقد حدد التشريع الجزائري كغيره من التشريعات المقارنة حالات محددة على سبيل الحصر لا المثال تستند عليها المصلحة المتعاقدة في توقيع جزاء غرامة التأخير على المتعامل المتعاقد المقصر بالتزامه التعاقدي، كما حدد حالات يعفى منها المتعامل المتعاقد من توقيع غرامة التأخير عليه رغم إخلاله بالتزاماته التعاقدية.

وبناء على ما سبق نقسم هذا المبحث إلى مطلبين الأول حالات توقيع غرامة التأخير، والثاني حالات الإعفاء من غرامة التأخير.

المطلب الأول: حالات توقيع غرامة التأخير

المشروع الجزائري في المرسوم الرئاسي 15-247 في مادته 147 ف 1 منه حدد حالتين على سبيل الحصر لا المثال تلتزم المصلحة المتعاقدة بتواجدها قبل توقيع الجزاء عليه وتتمثل في عدم تنفيذ المتعامل المتعاقد لالتزاماته التعاقدية في الأجل المتفق عليه وعدم التنفيذ المطابق للشروط والمواصفات المتفق عليها مع إضافة التشريعات المقارنة لضابط أن يتضمن العقد نص يمنح الإدارة حق توقيع غرامة التأخير.

الفرع الأول: عدم تنفيذ الالتزامات محل التعاقد في الاجل المتفق عليه

لقد نصت المادة 147 ف 1 من المرسوم الرئاسي 15-247 على هذه الحالة بقولها "... يمكن أن ينجر عن عدم تنفيذ الالتزامات التعاقدية من قبل المتعاقد في الأجل المقررة ... فرض عقوبات مالية دون الاخلال بتطبيق العقوبات المنصوص عليها في التشريع المعمول بها". وطبقا لهذه المادة فإن عنصر الزمن يعد عاملا مهما واستراتيجيا في تنفيذ الصفقات العمومية يتعين احترامه والتقيد به قصد التمكن من الدخول في علاقات تعاقدية أخرى أو تنفيذ جزء أو شطر من البرنامج المسطر والانتقال إلى جزء آخر، لذلك فلا يمكن إغفال عنصر الزمن أو عدم إيلائه الأهمية البالغة التي تليق به والأمر يتعلق بمرفق عام وبخدمات عامة وبمصلحة عامة²⁷.

والمشروع المصري هو الآخر نص على هذه الحالة من خلال نص المادة 23 من القانون رقم: 89 لسنة 1998 بشأن المناقصات والمزايدات القواعد الأساسية لغرامة التأخير، حيث تضمنت أنه في حالة تأخير المتعاقد في تنفيذ العقد عن الميعاد المحدد له، جاز للسلطة المختصة لدواعي المصلحة العامة إعطاء المتعاقد مهلة إضافية لإتمام التنفيذ، على أن توقع عليه غرامة عن مدة التأخير وتوقع هذه الغرامة بمجرد التأخير دون حاجة إلى تنبيه أو إنذار المتعاقد أو اتخاذ أي إجراء آخر بشأنه²⁸، وهو ما أكدته المحكمة الإدارية العليا في حكمها الصادر بتاريخ 4-05-1993 رقم الطعن 3348 بقولها "غرامة التأخير في العقود الإدارية مقررّة ضمّانا لتنفيذ العقود في المواعيد المتفق عليها حرصا على حسن سير المرافق العامة بانتظام واطرد، ولذا فإن الغرامات التي ينص عليها في تلك العقود توقعها جهات الإدارة من تلقاء نفسها دون أن تلزم بإثبات هذا الضرر، كما لا يقبل ابتداء من المتعاقد إثبات عدم حصوله على اعتبار أن جهة الإدارة في تحديدها لمواعيد معينة لتنفيذ العقد يفترض فيها أنها قدرت أن حاجة المرفق تستوجب التنفيذ في المواعيد دون أي تأخير"²⁹.

الفرع الثاني: عدم التنفيذ المطابق للشروط والمواصفات المتفق عليها

نصت على هذه الحالة المادة 147 ف 1 من المرسوم الرئاسي 15-247 بقولها "يمكن أن ينجر عن... وتنفيذها غير المطابق فرض عقوبات مالية دون الإخلال بتطبيق العقوبات المنصوص عليها في التشريع المعمول به" ويفترض في هذه الحالة أن المتعاقد مع الإدارة أخل بالشروط المتفق عليها وكيفية التنفيذ، فخرج عن الالتزامات التي تعهد بها، فالوضع طبيعي أيضا في هذه الحالة هو خضوعه لجزاء مالي³⁰.

الفرع الثالث: تضمين العقد نصا يعطي الادارة حق توقيع غرامة التأخير

معنى ذلك أنه يجب أن ينص في العقد الإداري وعقد الأشغال كصورة من صوره على حق الإدارة في فرض الغرامة التأخيرية على المتعامل معها إذا ما تأخر في تنفيذ الأعمال المنوطة به عن المدة المحددة للتنفيذ باعتبارها اتفاقية، وقد أكدت هذا الأمر محكمة القضاء الإداري في مصر في حكمها الصادر في 1-06-1961 إذ قررت "بأن شرط تطبيق هذه القاعدة فكرة الغرامة التأخيرية أن ينص العقد صراحة على مقدار الجزاء مقدما والذي يلتزم به المتعاقد الذي أخل بالتزاماته"³¹.

و هذه الحالة وأن لم ينص عليها المشرع الجزائري صراحة كحالة في المادة 147 من المرسوم الرئاسي 15-247 وباكتفائه بالحالتين المبينتان أعلاه وهي عدم تنفيذ الالتزامات التعاقدية في الأجل المتفق عليه وعد التنفيذ المطابق للشروط والمواصفات المتفق عليها إلا أن هذه المادة نصت على "أنه يمكن أن ينجر على عدم تنفيذ الالتزامات التعاقدية من قبل المتعاقد في الأجل المقررة أو تنفيذها غير المطابق فرض عقوبات مالية دون الإخلال بتطبيق العقوبات المنصوص عليها في التشريع المعمول به".

تحدد الأحكام التعاقدية للصفقة نسبة العقوبات المالية وكيفية فرضها أو الإعفاء منها طبقا لدفتر الشروط المذكورة في المادة 26 من هذا المرسوم باعتبارها عناصر مكونة للصفقات العمومية.

ووفقا لهذا النص يتضح أن المشرع وإن لم يجعل هذه الحالة ضمن الحالتين السالفتي الذكر إلا أنه جعلها كشرط على المصلحة المتعاقدة لتلتزم قبل توقيع غرامة التأخير على المتعاقد بأن تنص عليها في دفتر الشروط أو بنود الصفقة.

المطلب الثاني: حالات الإعفاء من غرامة التأخير

إذا كان الأصل العام أن للإدارة الحق في فرض غرامة التأخير على المتعاقد المقصر الذي تأخر في تنفيذ التزاماته حسب المدة المحددة في العقد، فإن هذا الأصل ترد عليه استثناءات حيث تعفى المصلحة المتعاقدة من توقيع غرامة التأخير على المتعامل المتعاقد في أحوال معينة، وهذا الإعفاء لا يشكل محل خلاف فقهي إذا لا اجتهاد مع نص، حيث أن المشرع الجزائري نص صراحة على إمكانية الإعفاء من غرامة التأخير³²، ويمكن حصر هذه الحالات فيما يلي:

الفرع الأول: خطأ الإدارة المتعاقدة

قد تسبب الإدارة بتأخير المتعاقد عن تنفيذ التزامه، وفي هذه الحالة لا يحق لها فرض غرامة التأخير عليه بسبب عدم تنفيذه الالتزام في الموعد المحدد، ولذا عليه مطالبتها بإعفائه من هذه الغرامة، شريطة أن يثبت أنها بتصرفاتها قد أدت إلى تأخره في تنفيذ التزاماته التعاقدية، أو جعل تنفيذها عسيرا مثل تأخير المتعاقد في تسليم المبنى الذي بناه مع الإدارة بسبب تأخرها في تسليمه الأرض التي سيقام عليها في الموعد المحدد له في العقد³³.

وهذه الحالة نص عليها المشرع الجزائري في المادة 147 ف 4 من المرسوم الرئاسي 14-247 والتي جاء فيها "يعود قرار بالإعفاء من دفع العقوبات المالية بسبب التأخير إلى مسؤولية المصلحة المتعاقدة، ويطبق هذا الإعفاء عندما لا يكون التأخير قد تسبب فيه المتعامل المتعاقد الذي تسلم له في هذه الحالة أوامر بتوقيف الأشغال أو باستئنافها".

وعليه النص المبين أعلاه اشترط توفر شرطين في حالة إعفاء المتعاقد من توقيع عليه غرامة التأخير بفعل الإدارة وهما أن لا يكون التأخير قد تسبب فيه المتعامل المتعاقد أو يكون التأخير تسببت فيه المصلحة المتعاقدة وذلك بإصدارها أوامر للمتعامل المتعاقد بتوقيف الأشغال أو باستئنافها.

وفي هذه الحالة يترتب على إعفاء المتعاقد من غرامة التأخير إصدار شهادة إدارية لذلك وهو ما نصت عليه المادة 90 من المرسوم الرئاسي 10-236 السابق المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية³⁴، والمادة 147 ف6 من المرسوم الرئاسي الساري المفعول 15-247³⁵، وهذا ما يقره الفقه فإذا قررت الإدارة إعفاء المقاول من الغرامة فلا تستطيع أن تعدل عن هذا الإعفاء³⁶.

وفي مصر نصت المادة 23 من قانون المناقصات والمزايدات رقم 89 لسنة 1998 على إعفاء المتعاقد من الغرامة، بعد أخذ رأي إدارة الفتوى المختصة بمجلس الدولة، إذا ثبت أن التأخير لأسباب خارجة عن إرادته.

واستنادا لنص ذات المادة يتعين على جهة الإدارة الرجوع إلى إدارة الفتوى المختصة بمجلس الدولة لأخذ الرأي القانوني بشأن مدى مشروعية قرار الإعفاء، وهو إجراء استحدثه المشرع المصري في قانون المناقصات والمزايدات المعمول به حاليا في مصر، وحسنا فعل ذلك لما يمثله هذا الإجراء من ضمان مزدوجة للإدارة والمتعاقد معها، حيث يمثل رأي إدارة الفتوى المشار إليها ضمان تطبيق الإدارة لصحيح حكم القانون وقد قرر مجلس الدولة الفرنسي أن أفعال الإدارة التي تؤدي إلى إعفاء المتعاقد من غرامة التأخير، تأخرها في تسليم المتعاقد صور المخططات والتصاميم اللازمة لبدء تنفيذ العقد، أو أن تتأخر في تسليم موقع العمل³⁷.

وهذا الشرط التزام الإدارة بالرجوع إلى إدارة الفتوى المختصة بمجلس الدولة لأخذ رأي القانوني لم ينص عليه المشرع الجزائري كشرط لتطبيق هذه الحالة كما تم تبينه أعلاه وحسنا ما فعل إذ ما الغاية من فرضه ونص صريح إذ حدد أن التأخير يكون بفعل الإدارة.

وهذا الاتجاه أكدته المحكمة الإدارية العليا المصرية في حكمها الصادر بتاريخ 17-5-1994 الطعن رقم: 2356 بقولها "إذا كان سبب التأخير في التسليم للأعمال المراد تنفيذها كان بسبب الشركة المتعاقدة لتأخرها في تنفيذ التزامها بتوصيل المياه والكهرباء إلى موقع العمل والتي بدونها لا يمكن تسليم الأعمال وتنفيذ الشركة لالتزاماتها، فلا يمكن لجهة الإدارة توقيع غرامة التأخير على الشركة المنفذة، لأنها إذا فعلت ذلك، تكون قد خالفت القانون وأحكام القانون الخاص بالعملية المتعاقدة عليها، لذلك من حق الشركة المنفذة استرداد غرامة التأخير الموقعة عليها بسبب ذلك من الجهة الإدارية المطعون ضدها"³⁸.

الفرع الثاني: القوة القاهرة

وتعرف القوة القاهرة في القانون الإداري كما هو الحال في القانون المدني بأنها حدث أجنبي مستقل عن إرادة الأطراف غير متوقع ولا يمكن رده، ويشترط لتطبيق نظرية القوة القاهرة توافر شروط عدة تتمثل في أن يكون الحدث المكون للقوة القاهرة مستقلا عن إرادة الأطراف، أن يكون الحدث المكون للقوة القاهرة غير متوقع وقت إبرام العقد، أن يجعل الحدث المكون للقوة القاهرة تنفيذ العقد مستحيلا³⁹.

وهذه الحالة أوردتها المشرع الجزائري في المادة 147 ف 5 من المرسوم الرئاسي 14-247 والتي جاء فيها " وفي حالة القوة القاهرة، تعلق الآجال ولا يترتب على التأخير فرض العقوبات المالية بسبب التأخير، ضمن الحدود المسطرة في أوامر توقيف واستئناف الخدمة التي تتخذها نتيجة ذلك المصلحة المتعاقدة".

وهذه الحالة يترتب عليها إعفاء المتعاقد من العقوبات المالية بسبب التأخر وتحرير شهادة إدارية وهذا ما نصت عليه المادة 147 ف 6 من المرسوم الرئاسي 15-247⁴⁰.

ويتفق الفقه على أنه إذا طرأ أثناء تنفيذ العقد الإداري ظروف غير متوقعة تسبب عرقلة لحسن تنفيذ العقد فإن للمتعاقد مع الإدارة أن يطالب بإعفائه من تطبيق غرامة التأخير، مما أوجب علينا التمييز بين ما يسمى حادثا طارئا خاضعا لنظرية الحوادث الطارئة والقوة القاهرة، فالحوادث الطارئ هو حادث استثنائي لم يكن في الوسع توقعه، غير أنه وإن جعل من تنفيذ الالتزام أمر عسيرا ومرهقا وهدد المتعامل المتعاقد بخسارة فادحة أو مس بالتوازن الإقتصادي للعقد فإنه يبقى تنفيذ العقد ممكنا ولا يجعل منه أمرا مستحيلا.

إذ اشترط القانون المدني أن تكون الحوادث استثنائية عامة، لم يكن في الوسع توقعها، وأن يترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي، وإن لم يصبح مستحيلا، صار مرهقا للمدين، بحيث يهدده بخسارة فادحة ففي هذه الحالة أجاز النص للقاضي تبعا للظروف وبعد مراعاة مصلحة الطرفين، أن يرد الإلتزام المرهق إلى الحد المعقول ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك⁴¹.

أما حالة القوة القاهرة فيجب أن تتوفر فيها ثلاث شروط السالفة الذكر وهي استحالة الدفع، وعدم إمكان التوقع، وأن يكون الحادث خارجا عن إرادة المعتد به، وهي نفس الشروط التي تميز الحادث الفجائي، إلا أن استحالة دفع القوة القاهرة مطلقة، أما استحالة دفع الحادث الفجائي استحالة نسبية⁴².

وفي فرنسا دخلت فكرة القوة القاهرة في القضاء الإداري عام 1932 والتي تسمح للمتعاقد بالخروج من العقد الذي أصبح غير عادل بصفة ظاهرة أثناء تنفيذه فهي ظروف غير متوقعة تؤدي إلى قلب العقد بصفة نهائية بحيث لم يعد للمتعاقد سبيل لموازنة نفقاته من الموارد التي تسمح له بتنفيذ العقد⁴³.

وفي التشريع المصري تم النص على هذه الحالة في المادة 23 من القانون رقم: 89 لسنة 1998 السالفة الذكر عند تطرقنا لحالة فعل الإدارة وفيها اشترط إعفاء المتعاقد من غرامة التأخير بعد أخذ رأي إدارة الفتوى في مجلس الدولة المصري.

وهذا الاتجاه أيدته المحكمة الإدارية العليا المصرية في حكمها 28-03-2006 الطعن رقم 9686: رقم: 9686 بقولها " غلق الطرق المؤدية للموقع وكذا ارتباك العمل بعد الهزة الأرضية التي أصابت البلاد في 12-10-1992 وخلو منصب مدير الإدارة الهندسية هذه المدد تعتبر خارجة عن إرادة المتعاقد ولا يسأل عنها ولا يجوز تحصيل غرامة التأخير عنها"⁴⁴.

الفرع الثالث: الإعفاء الإداري

استقر الفقه والقضاء على أنه وإن كان للإدارة أن توقع الغرامات المالية المنصوص عليها في العقد من تلقاء نفسها، وذلك دون أن تلتزم بإثبات حصول الضرر كأصل عام، إلا أنه من المسلم به كذلك أن اقتضاء الغرامات منوط بتقدير المصلحة المتعاقدة، باعتبارها القوام على حسن سير المرافقة العامة والقائمة تبعاً لذلك على تنفيذ شروط العقد، ولذا فلها صلاحية إعفاء المتعاقد معها من الغرامات المالية المنصوص عليها في العقد كلها أو بعضها إذا هي قدرت لذلك محلاً⁴⁵.

وفي هذا المجال في فرنسا قد قرر مجلس الدولة الفرنسي، أن من حق الإدارة أن تتغاضى عن الغرامات، فتوقع غرامة أقل من الغرامة المنصوص عليها، أو تتنازل عن الغرامة كلياً، لكن بشرط أن تكشف عن إرادتها صراحة⁴⁶، ولم يساير الفقه هذا الاتجاه إذ يرى الفقيه بوسك (Bosque) أنه متى نشأ دين لصالح الدولة فإن يكون من حق البرلمان وحده أن يعفي المدين من هذا الدين دون مقابل⁴⁷، وأكد على ذلك الفقيه جيز (jeze) إذ يرى أنه من الخطأ أن تتنازل الإدارة دون مسوغ قانوني عن الغرامات المستحقة⁴⁸، لأن ذلك يعتبر تنازلاً عن دين محقق الوجود ومستحق للدولة⁴⁹.

وفي مصر استناداً إلى نص المادة 23 من القانون رقم: 89 لسنة 1998 السالفة الذكر في حالتي القوة القاهرة وفعل الإدارة فإنه للإدارة إعفاء المتعاقد من الغرامة إذا لم ينتج عن التأخير ضرر، ولكن يتعين على الإدارة الرجوع إلى إدارة الفتوى المختصة بمجلس الدولة لأخذ الرأي القانوني بشأن مدى مشروعية قرار الإعفاء⁵⁰.

والإعفاء لا يكون صريحاً في كل الحالات، بل يمكن أن يكون ضمناً، وهو ما أكدته المحكمة الإدارية العليا في حكمها الصادر بتاريخ 04-05-1993 الطعن رقم: 3348 بقولها " أن

اقتضاء الغرامات منوط بتقدير الجهة الإدارية المتعاقدة، باعتبارها القوامة على حسن سير المرافق العامة والقائمة تبعا لذلك على تنفيذ شروط العقد، ومن ثم فلها تقدر الظروف التي يتم فيها تنفيذ العقد وظروف المتعاقد فتعفيه من تطبيق الجزاءات المنصوص عليها في العقد كلها أو بعضها فتعفيه من تطبيق الجزاءات المنصوص عليها في العقد كلها أو بعضها بما في ذلك غرامة التأخير، إذا هي قدرت أن لذلك محلا، كما لو قدرت أنه لم يلحق المصلحة العامة أي ضرر من جراء التأخير، أو غير ذلك من الظروف، وبالتالي فإن الإدارة إذا أقرت صراحة أو ضمنا أنها لا تحرص على تنفيذ العقد في هذه المواعيد كان غير لازم، فيعتبر ذلك بمثابة إعفاء ضمني للمتعاقد من تنفيذ الغرامة عليه، مما لا يكون معه محل لتوقيع غرامة عليه⁵¹.

وفي الجزائر بالرجوع إلى المرسوم الرئاسي 15-247 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام في مادته 147 السالفة الذكر في شرحنا لحالي القوة القاهرة وفعل الإدارة كسببين لإعفاء المتعاقد من توقيع الغرامة التأخيرية عليه نجده نص على هاتين الحالتين دون غيرها، وبالتالي فإن المشرع الجزائري حسب ذات المادة لم يمنح للمصلحة المتعاقدة السلطة التقديرية في إعفاء المتعاقد من توقيع الغرامة عليه كليا أو جزئيا المنصوص عليه في العقد أو دفتر الشروط إذ هي قدرت لذلك محلا وعليه فإن هذه الحالة لم ينص عليها، وإذا طبقت المصلحة المتعاقدة هذه الحالة وأعفت المتعاقد من الغرامة التأخيرية كليا أو جزئيا نكون أمام قرار إعفاء غير مشروع يشوبه عيب مخالفة القانون.

كما أنه لا يجوز كذلك للقضاء الإداري أن يطبق هذه الحالة ويجعل من قرار الإعفاء مشروع لأنه لا اجتهاد مع نص مادام نص المادة واضح حدد على سبيل الحصر حالي القوة القاهرة وفعل الإدارة كمبررين لإعفاء المتعاقد من الغرامة دون غيرهما.

الفرع الرابع: فعل الغير

يعفى المتعاقد من الغرامة التأخيرية إذا كان التأخير حصل بفعل الغير كما لو كان تنفيذ العقد منوطا بعدة متعاقدين وكان تأخر أحدهم في تنفيذ التزامه في الوقت المقرر يعود إلى عدم قيام المتعاقد بإنجاز العمل المنوط به أو لتأخره بتنفيذه وكان عمل المتعاقد الأول يعتمد على إكمال عمل المتعاقد الثاني⁵².

مما تقدم يمكننا القول أن المتعاقد مع الإدارة لا يسأل عن التأخير في تنفيذ التزاماته إذا كان التأخير راجعا إلى فعل الغير وبالتالي يعفى من الغرامة التأخيرية.

هذه الحالة لم ينص عليها كذلك المشرع الجزائري حسب المادة 147 من المرسوم الرئاسي 15-247، ويرى الباحث من الأفضل عليه تدارك ذلك بالنص على هذه الحالة في النص القانوني الذي سيعدل المرسوم الرئاسي المبين علاه المتعلق بتنظيم الصفقات وتفويضات المرفق العام وذلك حماية للمتعاقل المتعاقد وتحقيق مبدأ المساواة بين المتعاقدين حتى لا نحمله ما لم يتسبب فيه إذ ليس من المنطق فرض غرامة تأخيرية على المتعاقل المتعاقد وسبب التأخير في تنفيذ الصفقة في أجلها المتفق عليه في العقد ودفتر الشروط ليس هو المتسبب فيه وإنما الغير.

الفرع الخامس: التمديد الإداري لتنفيذ العقد

قد يتعرض المتعاقد مع الإدارة أثناء تنفيذ العقد الإداري إلى جملة من الصعوبات والعراقيل التي تؤدي إلى صعوبة للتنفيذ الجيد، وهذه الصعوبات لا ترقى إلى مرتبة القوة القاهرة أو الظروف الطارئة، وينتج عن ذلك أثر في غاية الأهمية وهو صعوبة التعاقد في التنفيذ في الآجال والمواعيد المحددة والمتفق عليها للتنفيذ، ففي هذه الحالة فإنه يمكن للإدارة المتعاقدة اللجوء إلى أسلوب التمديد والذي يقصد به إعطاء مهلة أو مدة أو مواعيد جديدة للتنفيذ.

ففي هذه الحالة فإن المتعاقد مع الإدارة تعطى له مهلة جديدة للتنفيذ من خلال طلب يقدم للإدارة رسمياً وتوافق عليه دون تحفظ من جانبها⁵³.

حتى يستفيد المتعاقد من مهلة جديدة للتنفيذ يجب عليه أن يبذل قصارى جهده من أجل الحرص الشديد والتام على عملية التنفيذ بالرغم من وجود تلك العراقيل والصعوبات، فإن ذلك يكون مبرراً لإعفائه من تطبيق غرامة التأخير.

كما أن عملية التمديد تدخل ضمن صلاحيات وسلطات الإدارة المتعاقدة، ويكون التمديد إما بصورة واضحة أو ضمنية.

أولاً: التمديد بصورة صريحة

يكون في حالة إفصاح الإدارة المتعاقدة صراحة دون تحفظ وبشكل رسمي في منح المتعاقد مهلة إضافية للتنفيذ وذلك بعد طلب يقدم من قبله وتوافق عليه الإدارة بشكل رسمي.

ثانيا: التمديد بصورة ضمنية

يكون ذلك في حالة انتهاء أجال التنفيذ ولكن الإدارة التزمت الصمت ولم تتخذ أي إجراء أو جزاء ضد المتعاقد المتراخي أو المقصر.

كما سبق ذكره فإنه في حالة التمديد الإداري لمدة التنفيذ فإن الأثر المترتب على ذلك هو عدم اتخاذ جزاءات مالية كغرامة التأخيرية.

وهذه الحالة الخاصة بالإعفاء لم ينص عليها المشرع الجزائري في المرسوم الرئاسي 247/15 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام ولا في دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الاشغال المتعلقة بوزارة تجديد البناء والأشغال العمومية والنقل.

الخاتمة:

خلصنا في هذه الدراسة إلى مجموعة من النتائج والتوصيات نوجز ذكرها على النحو التالي:

النتائج:

- إن لغرامة التأخير طبيعة مختلطة، فهي جزاء مالي توقعه الإدارة على المتعامل المتعاقد معها لإخلاله بمدد التنفيذ، له طابع تعويضي وطابع تهديدي ويستهدف حسن سير العمل في المرافق العامة.

- لا تستطيع المصلحة المتعاقدة توقيع غرامة التأخير على المتعامل المتعاقد معها المقصر بالتزامه إذا لم يتضمن العقد أو القانون نصا يخولها ذلك.

- إن الأساس القانوني لتوقيع غرامة التأخير يختلف بحسب مقتضى الحال فهو تعاقدى إذا كان منصوباً على الغرامة في العقد، وإلا فهو غير تعاقدى يتمثل في امتيازات السلطة العامة التي تجد مبررها في ضمان سير المرفق العام لانتظام واطراد.

- إن فرض غرامة التأخير بصفة تلقائية ما هو إلا نتيجة ارتباط العقود الإدارية بالمرفق العام.

- القاعدة العامة هي إعدار المتعامل المتعاقد مسبقاً قبل توقيع غرامة التأخير بحقه.

- إن القواعد المنظمة للإعفاء من غرامة التأخير مستمدة من طبيعة العقد التي تمكن الإدارة كسلطة عامة من العمل على تنفيذ عقودها الإدارية، وفي الوقت نفسه أعمال مبدأ التوازن المالي للعقد، وذلك بهدف حسن سير المرفق العام بانتظام واطراد.

التوصيات

- إلزام المصلحة المتعاقدة بتسيب قرارها المتضمن غرامة التأخير.

-سد الثغرات الموجودة في المرسوم الرئاسي 15-247 خاصة منها غرامة الجزاءات المالية بما فيها غرامة التأخير والتي ذكرت في نص مادة وحيدة كان يتطلب جهدا كبيرا لاستخلاصها وقراءتها قراءة قانونية معمقة.

- التزام المصلحة المتعاقدة عند طرح العقود الإدارية أن تحدد بدقة مدة تنفيذ العقد وميعاد بدء التنفيذ والتسوية لأنه في حالة الإخلال بالمدة المتفق عليها وعدم التسليم في الميعاد المحدد تطبق غرامة التأخير.

- ضرورة تعديل دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال الخاصة بوزارة تجديد البناء والأشغال العمومية والنقل الصادر بموجب القرار المؤرخ في 21/11/1964 ، والذي لم تعد مواده مسaire لقوانين الصفقات العمومية التي تلت عملية إصداره والمعمول بها حاليا.

- من الأفضل على المشرع الجزائري أن يتدارك إغفال عدم إدراجه حالات فعل الغير، والتمديد الإداري والإعفاء الإداري ضمن المادة المخصصة لحالات الإعفاء من غرامة التأخير ويضيفها في النص القانوني الذي سيعدل المرسوم الرئاسي 15-247.

الهوامش:

- ¹ معجم اللغة العربية المعاصرة، احمد مختار عبد الحميد عمر، عالم الكتب مصر، 2008، د ص.
- ² - العتوم، منصور ابراهيم، النظام القانوني لغرامة التأخير في العقود الادارية، دراسة تحليلية مقارنة، مجلة الشريعة والقانون، العدد 53، السنة 27، كلية القانون، جامعة الامارات العربية المتحدة، 2013، ص 346-389.
- ³ مدحت أحمد يوسف غنايم، النظام القانوني لغرامة التأخير في العقود الادارية، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، 2014، ص 25-26.
- ⁴ طارق محمد عبد الرحمن سلطان، سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات على المتعاقدين معها في العقود الإدارية وضوابطها، دراسة مقارنة، الطبعة 2010، دار النهضة العربية، القاهرة، 2010، ص 151.
- ⁵ خليل صالح السامرائي، عقد الاشغال العامة، دراسة مقارنة، ماجستير في القانون العام، كلية الحقوق ، جامعة منصورية، الاسكندرية ، الطبعة 2017، ص 178.
- ⁶ مدحت أحمد يوسف غنايم، المرجع السابق، ص 27.
- ⁷ طارق محمد عبد الرحمن سلطان، المرجع السابق، ص 151.
- ⁸ عزيزة الشريف، دراسات في نظرية العقد الاداري، دار النهضة العربية، 1981، ص 160.
- ⁹ جابر جاد نصار، العقود الادارية، دار النهضة العربية، 2000، ص 240.
- ¹⁰ ادعين، عبد الرحمن عباس، الغرامة التأخيرية في العقود الادارية، مجلة جامعة بابل العلوم السياسية، المجلد 22، العدد3، لبنان، 2014، ص 559.
- ¹¹ - طارق محمد عبد الرحمن سلطان، المرجع السابق، ص 162، عبد الله نواف العززي، النظام القانوني للجزاءات الادارية في العقود الادارية، دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية، 2010، ص 44.

- ¹² هيثم حليم غازي، سلطات الإدارة في العقود الإدارية، دراسة تطبيقية، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2014، ص112، القاضي وليد سعود فارس ، الجزاءات في مجال العقود الادارية، دراسة مقارنة، مذكرة من اجل نيل شهادة ماجيستر ، كلية الحقوق الفقهية والقانونية، جامعة أل البيت، الأردن، 2000، ص 29.
- ¹³ ينظر المادتين: 95-147 من المرسوم الرئاسي 15-247، المتضمن الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، الجريدة الرسمية العدد 50.
- ¹⁴ ينظر هيثم حليم غازي، المرجع السابق، ص113.
- ¹⁵ عبد الله نواف العنزي، المرجع السابق، ص45-46.
- ¹⁶ سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، دراسة مقارنة، الطبعة الخامسة، جامعة عين شمس، 1991، ص51.
- ¹⁷ ادعين، عبد الرحمن عباس، الغرامة التأخيرية في العقود الادارية، المرجع السابق، ص 559.
- ¹⁸ البنان، حسن محمد علي حسن، الجزاءات المالية في العقد الاداري، دراسة مقارنة، مجلة الرافدين للحقوق، العدد 54 ، كلية الحقوق، جامعة الموصل، 2012، ص442.
- ¹⁹ محمد حسن مرعى الجبوري، سلطة الإدارة في فرض الجزاءات الجنائية والمالية في العقود الإدارية، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، ص 128.
- ²⁰ عبد المجيد فياض، نظرية الجزاءات في العقد الإداري، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار الفكر العربي، القاهرة، 1975، ص 20-25.
- ²¹ ينظر بن صغير مليكة أسماء، المرجع السابق، ص47.
- ²² ينظر مدحت أحمد يوسف غنایم، المرجع السابق، ص 60-61-62-67-70.
- ²³ ينظر رابحي احسن، الاعمال القانونية والإدارية، دار الكتاب الحديث، القاهرة، 2013، ص 80.
- ²⁴ عبد المجيد فياض، المرجع السابق، ص 38.
- ²⁵ عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية طبقا للمرسوم الرئاسي 15-247، القسم الثاني، الطبعة الخامسة، جسر للنشر والتوزيع، الجزائر، 2017، ص 21-22.
- ²⁶ ينظر مدحت أحمد يوسف غنایم، المرجع السابق، ص61.
- ²⁷ عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية طبقا للمرسوم الرئاسي 15-247، القسم الثاني، المرجع السابق، ص23.
- ²⁸ هيثم حليم غازي، المرجع السابق، ص116، دنون سليمان يونس العبادي، مظاهر السلطة العامة في إنهاء العقد الإداري، دار الكتب القانونية، القاهرة، 2015، ص174.
- ²⁹ ينظر هيثم حليم غازي، المرجع السابق، ص 117.
- ³⁰ عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية طبقا للمرسوم الرئاسي 15-247، القسم الثاني، المرجع السابق، ص 25.
- ³¹ ينظر محمد حسن مرعى الجبوري، المرجع السابق، ص131.
- ³² عماد مجدي عبد المالك، العقود الإدارية وأحكامها، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، 2011، ص143-144.
- ³³ عبد الله نواف العنزي، المرجع السابق، ص70.
- ³⁴ ينظر المادة 90 من المرسوم الرئاسي 10-236، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية.
- ³⁵ ينظر المادة: 147 ف6 من المرسوم الرئاسي 15-247، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، المرجع السابق.
- ³⁶ هارون عبد العزيز الجمل، النظام القانوني للجزاءات في عقد الأشغال العامة، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة عين الشمس، كلية الحقوق، 1979، ص 146.
- ³⁷ ينظر نصري منصور نابلسي، العقود الإدارية، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، مكتبة زين الحقوقية والأدبية، 2010، ص 205-206.
- ³⁸ ينظر خليل صالح السامرائي، المرجع السابق، ص187.

- ³⁹ نصر الدين محمد بشير، غرامة التأخير في العقد الإداري وأثرها في تسيير المرفق العام، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2007، ص 239.
- ⁴⁰ ينظر المادة: 147 ف6 من المرسوم الرئاسي 15-247، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، المرجع السابق.
- ⁴¹ ينظر المادة 107 الفقرة 3 من القانون رقم: 05/07 الصادر في 13/05/2007 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم للأمر رقم: 58/75 المؤرخ في 26/09/1975، الجريدة الرسمية العدد 31، المؤرخة في 13/05/2007.
- ⁴² خروشي نوي، تسيير المشاريع في إطار تنظيم الصفقات العمومية، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2011، ص 299.
- ⁴³ محمد الصغير بعلي، العقود الإدارية، دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2005، ص 4 وما بعدها.
- ⁴⁴ ينظر خليل صالح السامرائي، المرجع السابق، ص 187.
- ⁴⁵ عبد الله نواف العنزي، المرجع السابق، ص 77.
- ⁴⁶ نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص 208.
- ⁴⁷ عبد المجيد فياض، المرجع السابق، ص 177.
- ⁴⁸ خالد محمد مصطفى المولى، الجزاءات المالية في العقد الإداري، دراسة مقارنة، مجلة بحوث مستقبلية، كلية الحداثة الجامعة، العدد 18، 2007، ص 169.
- ⁴⁹ عبد المجيد فياض، المرجع السابق، ص 178.
- ⁵⁰ ينظر نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص 209-210.
- ⁵¹ ينظر عبد الله نواف العنزي، المرجع السابق، ص 77.
- ⁵² البنان، حسن محمد علي حسن، المرجع السابق، ص 431.
- ⁵³ علي خطار شنتاوي، صلاحية الإدارة في فرض غرامة التأخير بحق المتعاقد معها، مجلة الحقوق الكويتية، العدد الأول، جامعة الكويت، 2000، ص 106.