جامعة باتنة ـ1ـ الحاج لخضر
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق

غرامة التأخير في العقود الإدارية

– دراسة مقارنة –

أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه علوم في الحقوق

تخصص: قانون إداري وإدارة عامة

إعداد الطالب:
رمضاني فريد

إشـــراف الأستاذ الدكتور:
شـافعة عباس

لجنة المناقشة:

الإسم واللقب	الرتبة العلمية	الجامعة الأصلية	الصفة
أ.د/ بنيني أحمد	أستاذ التعليم العالي	باتنة–1–	رئيسا
أ.د/ شـافعة عباس	أستاذ التعليم العالي	باتنة–1–	مشرفا ومقررا
أ.د/ خلف فاروق	أستاذ التعليم العالي	جامعة الوادي	عضوا مناقشا
د/ قرقـور نبـــيل	أستاذ محاضر–أ–	جامعة سطيف 2	عضوا مناقشا
د/ صدراتي صدراتي	أستاذ محاضر–أ–	باتنة–1–	عضوا مناقشا
د/ مزيـــتي فـــاتح	أستاذ محاضر–أ–	جامعة خنشلة	عضوا مناقشا

2023/2022

بسم الله الرحمن الرحيم

قال الإمام المزني رحمه الله:

قرأت كتاب الرسالة على الإمام الشافعي

ثمانين مرة، فما من مرة إلا ويقف الإمام على

خطأ، وفي المرة الأخيرة تنهد الإمام وقال:

شاء الله ألا يكون

كاملاً إلا كتابه.

شكر و تقدير

الحمد لله على نعمه العظيمة وآلائه الجسيمة، والحمد لله على نعمة العلم والحمد لله الذي وفقني لإتمام هذا العمل.

أتقدم بخالص الشكر وعظيم التقدير إلى فضيلة الأستاذ الدكتور/ شافعة عباس على تكرمه بقبول الإشراف على هذه الرسالة، وعلى توجيهاته وإرشاداته، لذا أرجو من الله العلي القدير أن يجزيه عني خير الجزاء

كما أتقدم بخالص الشكر وعظيم الاحترام إلى أعضاء لجنة مناقشة هذه الرسالة لقبولهم مناقشة هذا العمل

وأخيرا أتقدم بشكري إلى أساتذة كلية الحقوق جامعة باتنة1 وأساتذة كلية الحقوق جامعة سطيف 2

الباحث

إهداء

إلى الوالدين الكريمين أطال الله في عمرهما

"ربي ارحمهما كما ربياني صغيرا"

إلى زهرتي الحياة وأريجها بنتاي الغاليتان" مارية ""ردينة"

إلى رفيقة دربي وسندي في هذه الحياة

زوجتي الغالية

إلى كل أفراد عائلتي الكريمة خاصة إخوتي الأعزاء

حفظهم الله ورعاهم

إلى كل الأصدقاء

فريد

قائمة المختصرات

أولا: باللغة العربية	
ق	قانون
ج.ر	الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
ج	جزء
ط	طبعة
د.ن	دون سنة نشر
ص	صفحة
ص ص	من الصفحة إلى الصفحة
ق.ص.ع.ت.م.ع	قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام

ثانيا: باللغة الفرنسية	
P	page
N	Numéro
op.cit	ouvrage précédent cité
Ed	édition
T	tome
L.G.D.J	librairie générale de droit et jurisprudence
L.G.D.A	L'Actualité Juridique Droit Administratif
CCAG	Cahier des clauses administratives générales
CCAG, FCS	Cahier des clauses administratives, générales ,fournitures courantes et services
JORF	journal officiel de la République française
R.I.D.C	revue internationale de droit comparé
J.C.A	- juris - classeur administratif

مقدمة

أولا: التعريف بالموضوع

ما من شك أن العقود الإدارية تعد إحدى الوسائل الهامة التي تستخدمها الإدارة أو الدولة لمباشرة مهامها و نشاطاتها في مختلف الميادين، وذلك بجانب القرارات الإدارية التي تصدرها، وكل ذلك في سبيل تسيير المرافق العامة التي تديرها حيث تبرز الغاية الأساسية من إبرام هذه العقود هو ضمان سير هذه المرافق العامة بانتظام واطراد بما يعود بالفائدة في تحقيق المصلحة العامة للجمهور، ولا يتأتى ذلك إلا بتنفيذ المتعاقد مع الإدارة لالتزاماته العقدية ضمن المواعيد المحددة في العقود الإدارية أو تنفيذها على الوجه الأحسن طبقا للشروط والمواصفات المطلوبة في العقد.

ونجد أن العقود الإدارية تلعب دورا مهما في عملية التنمية الاقتصادية وبناء البنية التحتية في الجزائر باعتبارها إحدى الوسائل التي تحقق أهدافها، من خلال إنشاء المرافق العامة وتلبية احتياجاتها ومن المعلوم أن هذه العقود تأخذ فيما يتعلق بالمشاريع العامة شكل العقد الإداري الذي يخضع لقواعد القانون الإداري، الأمر الذي حتم على الدولة منح الإدارة المتعاقدة الكثير من الامتيازات الاستثنائية ، منها حق الرقابة والتوجيه والإشراف على المتعاقد، وكذلك حق توقيع الجزاءات الإدارية المختلفة، حيث تجد هذه الأخيرة أساسها القانوني في أهم مبدأ من مبادئ القانون العام وهو مبدأ دوام سير المرفق العام بانتظام واطراد، حيث يبقى الهدف الأسمى من توقيع هذه الجزاءات هو تامين سير المرافق العامة بشكل جيد بما يسمح بإشباع الحاجات العامة للجمهور.

وتتنوع الجزاءات الإدارية التي يمكن للإدارة توقيعها على المتعاقد المخل بالتزاماته التعاقدية إلى جزاءات ضاغطة وجزاءات مالية وأخيرا جزاءات فاسخة والتي تعتبر من اخطر الجزاءات التي قد تلجا إليها الإدارة المتعاقدة في حالة الخطأ الجسيم والمتكرر من قبل المتعاقد معها.

وتعتبر غرامة التأخير إحدى الجزاءات المالية التي تمتلك الإدارة المتعاقدة توقيعها على المتعاقد معها، ويمثل هذا النوع من الجزاء وسلية تستطيع الإدارة من خلالها إلزام المتعاقد بتنفيذ تعهداته في المواعيد المحددة في العقد الإداري وانجاز الأهداف التي سطرتها الإدارة المتعاقدة لضرورة سير المرافق العامة بانتظام واطراد، إذ يمثل التأخير في الإنجاز في الموعد المحدد سببا

يستلزم توقيع غرامة التأخير لأن هذا التأخير سبَّب ضررا للصالح العام من خلال تعطيل سير المرافق العامة وعدم انتظامها والإضرار بها.

ورغم الأهمية التي تكتسبها غرامة التأخير إلا أنها لم تلقى اهتماما كافيا سواء من الناحية التشريعية أو من الناحية الفقهية في الجزائر، فقد كشف لنا التطبيق العملي لهذا الجزاء المالي إشكالات قانونية فيما يخص تطبيقه، خاصة في حالات القوة القاهرة مثل ما تمر به الجزائر وبقية دول العام من انتشار وباء كورونا الذي تسبب في تعطيل الحياة اليومية للمواطنين وكذلك تعطيل وتوقف كل المشاريع على جميع النواحي الاقتصادية للدولة، وتسبب أيضا هذا الوباء في التأثير على العلاقات التعاقدية بين الإدارة و المتعاقدين معها خاصة بعد صدور المرسوم الرئاسي رقم 69/20المؤرخ في 21 مارس2020 المتعلق بتدابير الوقاية من انتشار وباء كورونا (كوفيد19) ومكافحته، حيث أقر هذا المرسوم جملة من التدابير الوقائية تحد من انتشار هذا الوباء، هذه التدابير جعلت المتعاقد مع الإدارة في وضعية إخلال بالتزاماته التعاقدية في المواعيد المحددة، ورغم التدابير التي اتخذتها الدولة الجزائرية للتخفيف من آثار تطبيق هاذ المرسوم الرئاسي السابق الذكر باعتباره قوة قاهرة إلا أن المتعاقد مع الإدارة واجهته مشاكل عديدة خاصة فيما يتعلق بتطبيق غرامة التأخير.

ثانيا: أهمية الموضوع

تبرز وتتجلى أهمية موضوع تطبيق غرامات التأخير في العقود الإدارية من عدة جوانب منها:

– تعاظم دور العقود الإدارية في إنشاء وتسير المرافق العامة بانتظام واطراد، وضرورة أن يتم تنفيذ الالتزامات التعاقدية في المواعيد المحددة دون تأخير.

– وتتجلى أيضا أهمية موضوع غرامة التأخير التي تعتبر من الوسائل التي تستعملها الإدارة لضمان سير المرافق العامة وذلك باستخدامها امتياز التنفيذ المباشر، حيث أن قواعد القانون الخاص تعجز عن تحقيق الأهداف لما يؤخذ عليها من بطء في الإجراءات قد يهدد انتظام سير المرفق العام.

– على الرغم من أن موضوع توقيع غرامات التأخير في العقود الإدارية يعد من الموضوعات التي تواترت العديد من المؤلفات والرسائل العلمية على دراسة أحكامها خاصة في القوانين المقارنة، باعتبارها إحدى الجزاءات المالية التي توقعها المصلحة المتعاقدة في مرحلة تنفيذ العقد الإداري، إلا أن القليل من هذه المؤلفات من اهتم بتفصيل الغرامة التأخيرية وتحليل طبيعتها القانونية خاصة على مستوى الفقه الجزائري، حيث دائما ما تكتفي جل المؤلفات العلمية بتخصيص مبحث أو مطلب للغرامة إلى جانب بقية الجزاءات المالية الأخرى.

– وتظهر أهمية هذه الدراسة أيضا من خلال إلقاء الضوء على الجانب المتعلق بسلطة الإدارة في فرض غرامة التأخير على المتعاقد معها المخل بالتزاماته التعاقدية من وجهة نظر مقارنة فالدراسات المقارنة تكتسي أهمية كبيرة في توضيح وتفسير الاختلاف والاتفاق الموجود عند دراسة الأنظمة المقارنة.

– بيان أهمية المدة المتفق عليها في العقد الإداري وأن التأخير بعدها يعرض المتعاقد للغرامة وتحميله مسؤولية التأخير.

ثالثا: أسباب اختيار الموضوع

تفرض علينا أصول البحث العلمي أن نحدد بإيجاز أسباب اختيارنا لموضوع **"غرامة التأخير في العقود الإدارية– دراسة مقارنة–"** كمحل للدراسة دون سواه، حيث هناك أسباب ذاتية وأخرى موضوعية دفعتنا لإختيار هذا الموضوع نفصلها على النحو التالي:

أ– الأسباب الذاتية:

- الرغبة في مواصلة البحث في كل ما يتعلق بالإدارة بصفة عامة وفي مجال العقود الإدارية بصفة خاصة، فحاولت أن أدرس سلطة من السلطات الممنوحة للإدارة وهي سلطة توقيع الجزاءات المالية واخترت نوعا من هذه الجزاءات وهي غرامة التأخير بدل دراسة الجزاءات المالية كلها، حيث معظم الدراسات القانونية في الجزائر كانت تركز على مجموع هذه الجزاءات كلها وعدم تفصيلها بشكل دقيق.

- و من جهة أخرى فإن الواقع العملي الذي نعيشه اليوم من كثرة استخدام العقود الإدارية، فانه يعرف كثرة تطبيق غرامات التأخير على المتعاقدين مع الإدارة، فحاولت تسليط الضوء على هذه الغرامات وتفصيلها نظرا لكثرة الإشكاليات العديدة والمتنوعة التي يثيرها هذا الموضوع.
- الميول الشخصي نحو دراسة مواضيع الجزاءات الإدارية بصفة عامة والجزاءات المالية بصفة خاصة بحكم التخصص في القانون الإداري والإدارة العامة.

ب- الأسباب الموضوعية:

- من الأسباب الموضوعية التي دفعتنا لإختيار موضوع غرامة التأخير هو ما تشهده الجزائر من تزايد كبير في إبرام العقود الإدارية بمختلف أنواعها وفي مختلف الميادين الاقتصادية والتي أظهرت لنا التعاون الكبير الحاصل بين الإدارة العامة والقطاع الخاص بشان تشييد المرافق العامة والانتفاع بها، وما ينشا على هذا التعاون من حالات تضطر فيها الإدارة إلى فرض جزاءات مالية والتي من بينها الغرامة التأخيرية على المتعاقدين معها، الأمر الذي دفعنا للبحث لتحديد النظام القانوني لجزاء غرامة التأخير الذي ارق المتعاقدين مع الإدارة.
- من شان هذه الدراسة أن تساهم في التوفيق بين المصلحة العامة للدولة ممثلة في إداراتها و المصلحة الخاصة للأفراد المتعاقدين معها في العقد الإداري والتي تقضي المحافظة على حقوقهم وعدم التفريط فيها وبالمقابل المحافظة على سير المرافق العامة للدولة بانتظام واطراد بما يوفر المصلحة العامة للجمهور.
- من بين الأسباب الموضوعية التي دفعت الباحث لاختيار هذا الموضوع أيضا هو حث الجهة المختصة (المشرع الجزائري) لضرورة تعديل قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام الحالي الصادر سنة 2015 ليتماشى مع سياسة الدولة الرامية لبناء البنية التحتية وتحريك العجلة الاقتصادية للدولة و ذلك بإلغاء أي معوقات تعترض تنفيذ هذه المشروعات التنموية بما فيها مشكل غرامات التأخير.

رابعا: أهداف الموضوع

إن دراسة موضوع غرامة التأخير في العقود الإدارية له أهداف تتمثل في:

- إظهار وتبيان دور الغرامة التأخيرية كإحدى الجزاءات الإدارية المالية الموجودة في العقد الإداري في حث المتعاقد مع الإدارة على تنفيذ التزاماته على أكمل وجه، وفق الشروط المنصوص عليها في العقد.
- تحقيق المبتغى من توقيع غرامة التأخير وهو إلزام المتعاقد المتأخر مع جهة الإدارة من ضرورة الانتهاء من التزاماته التعاقدية في المواعيد المحددة في العقد الإداري دون تأخير، ودون أن يكون لتوقيع هذه الغرامة اثر في نفور المتعاقدين من التعاقد مع الجهات الإدارية، حيث أن استخدام الإدارة لهذا الجزاء يجب أن يكون مقيدا بعدم الإضرار بحقوق المتعاقد معها أو التعسف في استخدام سلطتها في توقيع هذا الجزاء.
- يهدف هذا الموضوع إلى تحديد الأساس القانوني الأمثل لغرامة التأخير في مختلف التشريعات المقارنة.
- يهدف هذا الموضوع إلى تبيان مكامن النقص والقصور التي تعتري القواعد الناظمة لغرامة التأخير في التشريع الجزائري وفي التشريعات المقارنة وذلك بغرض تقديم الاقتراحات والتوصيات المناسبة التي نعالج من خلالها ما تم تسجيله من نقص وقصور في القواعد العامة للغرامة للوصول لنظام قانوني متوازن يحفظ حقوق المتعاقدين ويضمن سير المرافق العامة بانتظام واطراد.

خامسا: صعوبات البحث

واجهت الباحث صعوبات عدة أثناء انجاز هذه الدراسة المتعلقة بغرامة التأخير في العقود الإدارية وتتلخص أساسا في:

- ندرة الأحكام والقرارات القضائية التي تناولت موضوع غرامة التأخير في العقود الإدارية في الجزائر ومنازعاتها والتي صعبت على الباحث عملية جمع المادة العلمية الخاصة الغرامة
- قلة المؤلفات المتخصصة التي تناولت موضوع غرامة التأخير، حيث أن معظم المؤلفات والرسائل العلمية الموجودة، تطرقت للغرامة باعتبارها إحدى الجزاءات المالية الموجودة في العقد الإداري، حيث أن معظم هذه المؤلفات لم تعطي العناية الكافية لدراسة هذا الموضوع إذ غالبا

ما يخصص لهذه الغرامة مطلب أو فرع على الأكثر في متن الدراسة في الوقت الذي كثرت فيه الدراسات والمؤلفات بخصوص الجزاءات الأخرى مثل جزاء الفسخ والإنهاء الانفرادي للعقد الإداري.

- من الصعوبات أيضا التي واجهت الباحث أن المشرع الجزائري لم يعطي أهمية كبيرة لغرامة التأخير إذ نص عليها في مادة واحدة و وحيدة في قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام لسنة 2015، الأمر الذي صعب من عملية تحليل و تفصيل الغرامة خاصة على مستوى التشريع الجزائري، على عكس بقية القوانين المقارنة الأخرى.
- قلة الدراسات السابقة المتخصصة في موضوع غرامة التأخير في الجزائر.

سادسا: إشكالية الدراسة

يطرح موضوع فرض غرامة التأخير من قبل الإدارة المتعاقدة على المتعاقد معها في مجال العقود الإدارية عدة إشكاليات عامة وقد ارتأيت معالجة هذا الموضوع طرح وفق الإشكالية الرئيسية التالية:

ما مدى إيجاد نظام قانوني متوازن لغرامة التأخير يضمن للإدارة تنفيذ عقودها الإدارية في المواعيد المتفق عليها باعتبار ذلك امرأ ضروريا لسير المرافق العامة بانتظام واطراد و ذلك دون إهدار لحقوق المتعاقد معها؟.

ويتفرع عن الإشكالية الرئيسية والتي تشكل نطاق الدراسة جملة من **التساؤلات الفرعية** نوجزها على النحو التالي:

- ما الأساس القانوني لفرض غرامة التأخير في العقود الإدارية؟
- ما الطبيعة القانونية لغرامة التأخير في العقود الإدارية؟
- ما الخصائص التي تميز غرامة التأخير عن غيرها من الجزاءات وماهي شروط استحقاقها؟
- من هو القاضي المختص بالرقابة القضائية على قرار توقيع غرامة التأخير؟
- هل يملك القاضي المختص فحص مدى ملائمة جزاء غرامة التأخير الموقع من طرف الإدارة بالإضافة إلى فحص مدى مشروعيته؟
- ما الحالات التي يجوز فيها للإدارة إعفاء المتعاقد معها من غرامة التأخير؟

سابعا: منهج الدراسة

للإجابة عن الإشكالية الرئيسية والتساؤلات المتفرعة عنها الخاصة بموضوع **غرامة التأخير في العقود الإدارية " دراسة مقارنة "**ارتأيت الاعتماد على عدة مناهج قانونية، أولها **المنهج القانوني التحليلي** وهذا بالاعتماد أساسا على القراءة التحليلية لمختلف النصوص التشريعية والتنظيمية وكذلك بعض الأحكام والقرارات القضائية المقارنة و عرض مختلف الآراء الفقهية المتعلقة بالموضوع وتحليلها وذلك تقريبا في اغلب مراحل الدراسة.

أما المنهج الثاني الذي تم استعماله فهو **المنهج الوصفي** الذي تم توظيفه بشكل اكبر في الباب الأول من هذه الدراسة ونحن بصدد تعريف غرامة التأخير وبيان خصائصها واهم ما يميزها عن بقية الجزاءات المالية الأخرى و وصف طبيعتها القانونية و نظامهما القانوني، وفي الأخير اعتمدنا على **المنهج المقارن** وذلك من خلال بيان موقف الأنظمة المقارنة والقضاء المقارن من موضوع فرض غرامة التأخير على المتعاقد مع الإدارة وعرض أوجه التشابه والاختلاف بين هذه الأنظمة وصولا إلى الرأي الراجح، ومن أبرز التشريعات المقارنة محل الدراسة نجد التشريع الفرنسي وذلك لقربه الشديد من التشريع الجزائري بحكم العلاقات التاريخية التي تربط الدولتين حيث نرى تأثر المشرع الجزائري بنظيره الفرنسي في تقليده له ونسخ معظم النصوص القانونية الوطنية من القوانين الفرنسية ويتجلى ذلك في معظم الميادين والمجالات و التشريع الثاني الذي تمت الاستعانة به في الدراسة المقارنة الخاصة بالموضوع هو التشريع المصري لما له من تقدم كبير في مجال القانون الإداري والقضاء الإداري حيث يعتبر النظام المصري من الدول الأولى التي أخذت بنظام ازدواج القضاء بعد ظهوره في فرنسا والسبب الثاني الذي جعلنا نأخذ بالتشريع المصري في هذه الدراسة المقارنة هو تطرقه لموضوع الدراسة بشكل مفصل سواء على المستوى التشريعي أو الفقهي أو التنظيمي ويبدو جليا انه هو الآخر تأثر بنظيره المشرع الفرنسي خاصة في مجال العقود الإدارية والجزاءات المالية الخاصة بهذه العقود وعليه فدراستنا سوف تتم وفق شرح وتحليل أحكام غرامة التأخير في النظام التشريعي الفرنسي والمصري وأخيرا النظام التشريعي الجزائري وننوه في الأخير أن هذه الدراسة لم ترق إلى دراسة مقارنة فعلية بل من أجل الاستفادة من التقدم التشريعي الحاصل في موضوع الدراسة في هذه التشريعات المقارنة وعرضها كمقترحات على المشرع الجزائري.

ثامنا: خطة الموضوع

بناء على ما تقدم، فإن الباحث قام في هذه الرسالة بدراسة **"غرامة التأخير في العقود الإدارية– دراسة مقارنة–"**وفق خطة ثنائية تتكون من **بابين** أساسين، **ويسبق** ذلك **فصل تمهيدي** أتناول فيه **ماهية العقود الإدارية** والهدف من تخصيص هذا الفصل التمهيدي هو إلقاء الضوء على ماهية العقد الإداري باعتبار العقود الإدارية المجال الخصب الذي تظهر فيه غرامة التأخير بكثرة، و فضلا عن **المقدمة** التي تناول فيها الباحث العناصر الأساسية في البحث العلمي، وفيما يلي بيان تقسيم الخطة على النحو الآتي:

فصل تمهيدي: ماهية العقود الإدارية.

الباب الأول: النظام القانوني لغرامة التأخير في العقود الإدارية.

الفصل الأول: ماهية غرامة التأخير.

الفصل الثاني: سلطة الإدارة في توقيع غرامة التأخير وطرق اقتضائها والإعفاء منها.

الباب الثاني: الرقابة القضائية على قرار الإدارة بتوقيع غرامة التأخير و تطبيقاتها في بعض العقود الإدارية.

الفصل الأول: الرقابة القضائية على قرار الإدارة بتوقيع غرامة التأخير.

الفصل الثاني: تطبيقات لغرامة التأخير في بعض العقود الإدارية.

وفي ختام الدراسة أنهينا البحث **بخاتمة** تضمنت مجموعة من النتائج، وكذا تقديم بعض الاقتراحات والتوصيات.

فصل تمهيدي

ماهية العقود الإدارية

تحتل دراسة النظرية العامة للعقد الإداري مكانا بارزا من بين دراسات موضوعات القانون الإداري المختلفة، ذلك بأن العقد الإداري يمتاز بطبيعة قانونية خاصة وبأحكام خاصة تختلف عن طبيعة الأعمال الإدارية الأخرى وأحكامها من جهة، وعن طبيعة وأحكام العقود المدنية التي يحكمها القانون الخاص من جهة أخرى[1].

و تعتبر العقود الإدارية عنصر من العناصر الأساسية لأي نظام اقتصادي في الدول المعاصرة فهي إحدى أهم وسائلها من أجل تحسين وتطوير أي قطاع بها.

حيث أن العقود التي تبرمها الإدارة ليست واحدة، لأن الضرورة التي أملت على المشرع خص الإدارة بامتيازات معينة من أجل قيامها بأوجه نشاطها المختلفة هي ذاتها التي أدت إلى تنوع العقود التي تبرمها الإدارة [2]، وفي هذا الصدد يمكن تقسيم تلك العقود إلى نوعين رئيسيين من العقود:[3]

– عقود الإدارة التي تخضع للقانون الخاص وفي هذه العقود لا تختلف الإدارة عن الأفراد فيما تتمتع به من حقوق وما يجب عليها من التزامات بموجب العقد وهي تخرج عن نطاق بحثنا الذي نحن بصدده لأنها من عقود القانون الخاص.

– العقود الإدارية وهي عقود تبرمها الإدارة مع غيرها من الأفراد أو الهيئات أو الإدارات الأخرى تهدف إلى تحقيق الصالح العام للجمهور، و إلى تنظيم وتسيير المرافق العامة بما يضمن سلامة سيرها بانتظام واطراد، على أن تتضمن هذه العقود شروط لا مثيل لها في عقود القانون الخاص تستأثر الإدارة بموجبها بامتيازات وتخضع لقيود لا قبل لأشخاص القانون الخاص بها في علاقات بعضهم ببعض، وتخضع فيها الإدارة والمتعاقد معها لنظام قانوني متميز هو القانون الإداري، هذه العقود الإدارية هي العقود الأكثر عددا من بين العقود التي تبرمها الإدارة والأكثر شيوعا في الوقت الحاضر.

(1)– إبراهيم طه الفياض، العقود الإدارية، النظرية العامة وتطبيقاتها في القانون الكويتي والمقارن، مكتبة الفلاح، الكويت، 1981، ص7.

(2)– المرجع نفسه، ص9.

(3)– نصر الدين بشير، غرامة التأخير في العقد الإداري وأثرها في تسير المرفق العام، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2007، ص1.

وتأسيسا على ما سبق ذكره فقد عرف العقد الإداري بأنه اتفاق يكون أحد أطرافه شخصا معنويا عاما، بقصد إدارة أحد المرافق العامة أو تسييرها، وتظهر فيه النية في الأخذ بأسلوب القانون العام، وذلك من خلال تضمين العقد شروطا استثنائية غير مألوفة في تعاملات الأفراد [1].

ومن هذا التعريف نستنتج أن العقد يعتبر إداريا إذا كان أحد طرفيه جهة إدارية عامة مختصة بإبرام العقود الإدارية، وهذا المعيار هو الوارد في المادة السابعة من قانون الإجراءات المدنية الجزائري الملغى[2]، ورغم أن المشرع الجزائري أهمل ذكر مصطلح العقود الإدارية إلا أن أساسها موجود في نفس النص الإجرائي في عبارة { أيا كانت طبيعتها }.

كما نصت المادة 800 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري لسنة 2008[3] الساري المفعول على الاختصاص النوعي للمحاكم الإدارية بقولها" ... في جميع القضايا، التي تكون الدولة أو الولاية أو البلدية أو إحدى المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية أو الهيئات العمومية الوطنية والمنظمات المهنية الوطنية طرفا فيها" و استنادا لنص المادة السابقة الذكر الخاصة باختصاص النوعي للمحاكم الإدارية فإن المشرع الجزائري متى أحال للقضاء الإداري في نزاع ما يتعلق بعقد ما فهو عقد إداري، ومما سبق يمكن القول أن العقد الإداري، عقد يكون أحد طرفيه إدارة عامة، وموضوعه متعلق بمرفق عام، يتضمن شروطا استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص تعبر عن امتيازات السلطة العامة التي تستهدف بها الإدارة تحقيق المصلحة العامة، وانطلاقا من هذا التعريف للعقد الإداري ستنصب دراستنا لهذا الفصل التمهيدي على ثلاثة مباحث على النحو الآتي:

المبحث الأول: نشأة العقود الإدارية.

المبحث الثاني: المعيار المميز للعقود الإدارية.

المبحث الثالث: التزامات و حقوق المتعاقد وسلطات الإدارة في مواجهته.

---

(1)- عبد العزيز خليفة، الوجيز في الأسس العامة للعقود الإدارية، دار الكتاب الحديث، القاهرة، 2008، ص16.

(2)- صدر قانون الإجراءات المدنية الجزائري الملغى بالأمر رقم 154/66، المؤرخ في 18 صفر عام 1386ﻫ الموافق 8 جوان، سنة 1966، ج.ر عدد 47، سنة 1966 المعدل والمتمم.

(3)- صدر قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري بالقانون رقم 09/08 المؤرخ في 18 صفر عام 1429ﻫ الموافق 25 فيفري سنة 2008، ج.ر عدد21، بتاريخ 23 أفريل 2008، المعدل والمتمم بالقانون رقم 22- 13 المؤرخ في 12 يوليو سنة 2022 ، ج.ر عدد 48، مؤرخ في 17 يوليو 2022.

المبحث الأول

نـشـأة الـعقـود الإداريـة

من المؤكد أن نشأة العقود الإدارية ارتبطت ارتباطا وثيقا بنشأة القضاء الإداري الذي ترجع بدايات ظهوره الأولى في فرنسا التي تعتبر مهد القانون الإداري، حيث ساهمت الظروف التاريخية التي واكبت الثورة الفرنسية وأدت إلى الأخذ بتفسير خاص لمبدأ الفصل بين السلطات من مقتضاه إخراج المنازعات الإدارية من اختصاص المحاكم العادية حمايةً للإدارة من تدخل هذه المحاكم[1].

وعليه سوف نتناول في هذا المبحث: **نشأة العقود الإدارية في كل من فرنسا ومصر، وذلك بيانه على النحو الآتي:**

المطلب الأول: نشأة العقود الإدارية في فرنسا

المطلب الثاني: نشأة العقود الإدارية في مصر

المطلب الأول

نشأة العقود الإدارية في فرنسا

ترجع نشأة العقد الإداري من الناحية التاريخية إلى فرنسا، على أن ذلك العقد لم ينشا ويولد بشكل يدل على أن له نظاما قانونيا خاصا به دفعة واحدة، ولم توضع له أحكامه بصفة مستقلة على نحو ما يفعل المشرع المدني بالنسبة للعقود المسماة في المجموعات المدنية المختلفة كعقد البيع وعقد الإيجار وعقد الوكالة[2]، حيث لم تنشا نظرية العقود الإدارية في فرنسا إلا في مطلع القرن العشرين حين كان المعيار المتبع للتمييز بين أعمال السلطة وأعمال الإدارة هو معيار السلطة العامة فإذا تعلق النزاع بعمل من أعمال السلطة

(1)- جابر جاد نصار، العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004، ص15.

(2)- إبراهيم طه الفياض، المرجع السابق، ص25.

انعقد الاختصاص للمحاكم الإدارية، أما إذا تعلق النزاع بعمل من أعمال الإدارة[1] فإن الاختصاص يحول للمحاكم العادية[2].

ولما كان المسلك السابق يستند إلى المعيار العام في توزيع الاختصاص بين جهة المحاكم العادية و جهة القضاء الإداري– هو معيار السلطة العامة كما ذكرنا سابقا– فقد انهار هذا المعيار حين عدل الفقه والقضاء عنه واتجها نحو معيار المرفق العام، فمعيار السلطة العامة يعيبه الغموض لأنه لا يقدم فاصلا دقيقا بين أعمال السلطة العامة والتصرفات العادية، كما انه يضيق مجال القانون الإداري إلى حد كبير إذ يخرج من نطاقه كل تصرف إداري لا يكون مطبوعا بخصائص السلطة العامة وانه تجاهل مستلزمات الحياة الإدارية الحديثة، ذلك أن الإدارة في خارج نطاق فكرة السلطة، قد تحتاج إلى قواعد خاصة لتسهيل مهمتها في تحقيق النفع العام[3].

على هذا الأساس أهمل مجلس الدولة الفرنسي في مطلع القرن العشرين المعيار المستند من فكرة السلطة العامة، واستبدل به معيار المرفق العام، كما صوره في حكم terrier الصادر في 6 فبراير 1903م، فقد أوضح المفوض روميو في تقريره الذي قدمه بهذا الخصوص، أن اختصاص القضاء الإداري يتناول كل ما يتعلق بتنظيم وسير المرافق العامة، قومية كانت أو محلية، سواء أكانت وسيلة الإدارة في ذلك عملا من أعمال السلطة أو تصرفا عاديا، فالعقود التي تبرمها الإدارة بهذا الخصوص هي أعمال إدارية بطبيعتها، وبالتالي يجب أن يختص القضاء الإداري بالفصل في كل ما ينجم عنها من منازعات[4].

ومنذ ذلك الوقت أصبحت العقود التي تبرمها الإدارة تكتسب الصفة الإدارية، وقد ترتب على هذا المسلك اتساع نطاق القضاء الإداري بنظر المنازعات المتعلقة بالعقود التي تنشاها الإدارة، وما

(1)– تعتبر التصرفات أو الأعمال العادية للإدارة التي تنزل بها إلى مرتبة الأفراد العاديين مثل أن تقوم الإدارة بعملية البيع أو الشراء أو الاستئجار من اختصاص القضاء العادي

(2)– سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، القاهرة، 2005، ص37.

(3)– محمد عبد الواحد الجميلي، ماهية العقد الإداري في ضوء أحكام القضاء الفرنسي والمصري، دار النهضة العربية، القاهرة، 1997، ص 46، ويراجع في نفس المعنى أيضا– عمر حلمي، معيار تمييز العقد الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، 1993، ص 22.

(4)– سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص39.

يلاحظ على القضاء الفرنسي أنه لم يتخلى كلية عن معيار السلطة العامة الذي كان سائدا في ذلك الوقت بل اوجب أن يكون إلى جانب معيار المرفق العام معيار السلطة العامة في إبرام الإدارة لعقودها الإدارية وذلك من خلال الامتيازات والسلطات الممنوحة لها.

وبعد أن اطلعنا عن نشأه العقود الإدارية في فرنسا والمعيار المتبع في توزيع الاختصاص بين المحاكم القضائية العادية من ناحية والقضاء الإداري من ناحية أخري، سوف ندرس مراحل نشأة العقود الإدارية في مصر وذلك في المطلب الثاني.

المطلب الثاني

نشأة العقود الإدارية في مصر

ذكرنا فيما سبق أن أحكام العقود الإدارية هي من صنع القضاء الإداري في فرنسا، ولما كانت مصر لم تأخذ بنظام القضاء الإداري إلا ابتداء من سنة 1946م، ومنه فإن نظرية العقد الإداري لم تعرف سبيلها في القانون الإداري المصري إلا بعد التاريخ السابق الذكر[1]، ومن هذا المنطلق سوف ندرس **نشأة العقود الإدارية في مصر أمام المحاكم الإدارية (الفرع الأول)** و **نشأة العقود الإدارية في مصر أمام مجلس الدولة** المصري **(الفرع الثاني)**.

الفرع الأول

نشأة العقود الإدارية في مصر أمام المحاكم الإدارية

نستطيع القول أن المحاكم القضائية المصرية أهلية كانت أو مختلطة لم تعرف القواعد الإدارية التي شادها مجلس الدولة الفرنسي لتحيكم العقود الإدارية، بل كانت تطبق على عقود الإدارة القواعد الواردة في التشريعات الخاصة بكل عقد منها، فإذا لم تكن ثمة تشريعات خاصة طبقت القواعد الواردة في القانون المدني المصري، على أساس أن القاضي مهمته تطبيق القانون لا خلق القانون

(1)- مفتاح خليفة عبد الحميد، المعيار المميز في العقود الإدارية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2007، ص ص 29- 30.

ونجد هذا المعنى واضحا في رفض القضاء المصري أهلي أو مختلط الأخذ بنظرية الظروف الطارئة[1] التي أقرها مجلس الدولة الفرنسي من تاريخ متقدم[2].

على هذا الأساس قضت محكمة الإسكندرية المختلطة في 6 مايو 1926م في حكم لها فأعلنت فيه أن القانون المصري يجهل نظرية الظروف الطارئة وأن مهمة المحاكم تنحصر في تفسير العقود والعمل على احترام الاتفاقيات التي تعقد بحرية، وأن هذه المبادئ تسري على عقود الامتيازات التي تبرمها الإدارة[3].

وبالرغم من إخضاع العقود الإدارية للمبادئ المدنية بصفة عامة، فإن بعض الأحكام القضائية قد أبرزت الصفات الخاصة بالعقود الإدارية وعلاقتها بالمرفق العام، ففي حكم صادر لمحكمة الاستئناف المختلطة بالإسكندرية في 10 يناير 1933م تقرر أنه في حالة عدم وجود تشريعات خاصة لتنظيم العقود الإدارية، فإنه على المحاكم عند التصدي للمنازعات المتولدة عن تلك العقود أن تراعي المبادئ الخاصة بالعقود الإدارية والتي يمكن استمدادها من المبادئ العامة التي يقوم عليها القانون الإداري، لكن هذا الاتجاه ظل نظريا، فلم يتمخض عنه نظام قانوني واضح المعالم للعقود الإدارية يميزها عن عقود القانون الخاص[4].

الفرع الثاني

نشأة العقود الإدارية في مصر أمام مجلس الدولة

نستطيع تتبع ظهور نظرية العقود الإدارية وتطورها في مصر، من خلال المراحل التالية:[5]

– قبل صدور القانون رقم 112 لسنة 1946م الخاص بإنشاء مجلس الدولة المصري، كان النظام القضائي نظاما موحداً، قوامه محاكم واحدة تختص بكل المنازعات، أيا كان نوعها أو سببها أو

(1)– تعتبر نظرية الظروف الطارئة تطبيقا للقواعد الإدارية في مجال عقود الإدارة.

(2)– مفتاح خليفة عبد الحميد، المرجع السابق، ص 30.

(3)– سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص42.

(4)– المرجع نفسه، ص44.

(5)– محمد الشافعي أبو راس، العقود الإدارية، ص11 موقع الكتروني، www.pdffacctory.com ، تاريخ زيارة الموقع في 2016/07/23 على الساعة 14:20.

أطرافها، ومن هنا كانت منازعات كل العقود، إدارية وغير إدارية، من اختصاص المحاكم العادية وكانت هذه المحاكم تطبق على منازعات جميع عقود القانون الخاص وكان الأمر طبيعياً، إذ لم يكن هناك قانون إداري صالح للتطبيق على أي من هذه المنازعات.

– بعد صدور القانون رقم 112 لسنة 1946م، قام في مصر قضاء إداري، وأصبح نظام القضاء المصري نظاماً مزدوجاً.

– وبقي الحال على ما هو عليه حتى صدور القانون رقم 9 لسنة 1949م بشان مجلس الدولة ليحل محل القانون رقم 112 لسنة 1946م، وقد استحدث هذا القانون فيما استحدثه، النص على اختصاص القضاء الإداري على سبيل الحصر، وتضمنت المادة الخامسة منه على اختصاص محكمة القضاء الإداري بالفصل في " المنازعات الخاصة بعقود الالتزام والأشغال العامة وعقود التوريد الإدارية ".

وبهذا النص يكون المشرع قد بدأ التحرك نحو إدخال العقود الإدارية في ولاية القضاء الإداري لكن يعاب على هذا النص ثلاثة أمور:

– أنه لم يجعل اختصاص القضاء الإداري بمنازعات العقود الإدارية اختصاصا عاما يشمل جميع العقود الإدارية، وإنما قصر هذا الاختصاص على ثلاثة عقود أساسية هي عقود الامتياز والأشغال العامة وعقود التوريد الإدارية، لتبقى باقي العقود في دائرة اختصاص القضاء العادي.

– إن اختصاص القضاء الإداري وفقا لقانون سنة 1949م لا يتناول جميع المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية الثلاثة السابقة، وإنما يقتصر على المنازعات التي تنشا بين الحكومة وبين الطرف الأخر في العقد وقد أضافت لجنة العدل بمجلس الشيوخ هذا القيد وبررته بأن الفقرة المضافة قصد بها تحديد معنى المنازعات بحيث أخرج من اختصاص محكمة القضاء الإداري المنازعات التي تنشا بين الملتزم أو المتعهد وبين باقي الأفراد عما يصيبهم من أضرار، فإنها تكون من اختصاص المحاكم العادية.

– إن النظر في المنازعات المتعلقة بالعقود الثلاثة السابقة الذكر، لم يكن من الاختصاص المطلق لمحكمة القضاء الإداري، بل كان شراكة بين المحاكم القضائية ومحكمة القضاء الإداري، ويكون

للمدعي الخيار ليلجا إلى أي منهما، ومتى اختار المدعي الجهة القضائية امتنعت الجهة الأخرى عن قبول الدعوى، وكان هذا أبرز العيوب التي شابت قانون سنة 1949م[1].

– لم يتقرر الاختصاص الكامل للقضاء الإداري بمنازعات العقود الإدارية إلا بصدور القانون رقم 165 لسنة 1955م حيث تنبه المشرع المصري إلى العيوب التي شابت القانون السابق الذكر وحيث نصت المادة العاشرة من القانون رقم 165 لسنة 1955م على ما يلي " يفصل مجلس الدولة بهيئة قضاء إداري دون غيره في المنازعات الخاصة بعقود الالتزام والأشغال العامة والتوريد أو بأي عقد إداري آخر"، ولقد حقق هذا النص نتيجتين هامتين، الأولى: استقلال القضاء الإداري وحده بمنازعات العقود الإدارية، بمعنى انه لم يعد للقضاء العادي أي اختصاص في هذا المجال، أما النتيجة الثانية التي حققها نص المادة العاشرة من القانون رقم165 لسنة 1955م هو جعله منازعات العقود الإدارية كلها من اختصاص القضاء الإداري، فلم يعد ذلك الاختصاص مقصورا على العقود الثلاثة السابقة الذكر بل شمل جميع العقود الإدارية وامتد إلى كافة المنازعات المتعلقة بتلك العقود ويتضح ذلك من نص المادة العاشرة " يفصل مجلس الدولة ... في المنازعات الخاصة بعقود الالتزام ..أو بأي عقد إداري آخر"، وهكذا أصبح الوضع طبيعيا بعد صدور القانون رقم 165 لسنة 1955م، إذ توحدت جهة الاختصاص في موضوع العقود الإدارية، وأصبح اتجاه مجلس الدولة المصري إلى تطبيق القواعد الإدارية في هذا المجال، اتجاها حقيقيا لا يحد منه، أو ينقص من قيمته التزام المحاكم القضائية بتطبيق القواعد المدنية[2].

المبحث الثاني

المعيار المميز للعقود الإدارية

تبدو أهمية تحديد عناصر العقود الإدارية إلى أن هذه العناصر تشكل معيارا يميزه عن العقود المدنية، ويترتب على هذا تحديد جهة القضاء المختصة بنظر المنازعات التي تنشا عن تنفيذ العقود الإدارية، ومن المستقر عليه في القضاء الإداري أن العقد الإداري هو العقد الذي يبرمه شخص معنوي من أشخاص القانون العام بقصد إدارة أو تسيير مرفق عام وأن تظهر فيه نية الشخص

(1)– محمد عبد الواحد الجميلي، المرجع السابق، ص 53.

2()– سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 49.

المعنوي (الإدارة) في الأخذ بأسلوب القانون العام في العقد، وذلك من خلال تضمينه شرطا أو شروط استثنائية غير مألوفة في قواعد القانون الخاص[1]، وعليه نطرح التساؤل التالي : ماهر معيار التفرقة أو التمييز بين العقد الإداري والعقد المدني؟.

ومن ثم فان العقد لا يكون إداريا إلا إذا شمل عناصر ثلاثة تتكامل فيما بينها بحيث إذا تخلف عنصر من العناصر الثلاثة ابتعدت عنه الصفة الإدارية، وأول هذه العناصر أن تكون الإدارة طرفا في العقد، وثانيها أن يتصل العقد بنشاط مرفق عام، وثالثها احتواء العقد على شروط استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص، أي إتباع أسلوب القانون العام من خلال تنفيذه وإبرامه وهذا ما سوف نتناوله تفصيلا في المطالب الثلاثة الآتية[2]:

المطلب الأول: وجود الإدارة طرفا في العقد

المطلب الثاني: اتصال العقد بنشاط مرفق عام

المطلب الثالث: احتواء العقد على شروط استثنائية

المطلب الأول

وجود الإدارة طرفا في العقد

لإضفاء الصفة الإدارية على العقد يجب أن تكون الإدارة طرفا فيه حيث يعتبر أمر طبيعي أن تكون الإدارة أحد أطراف العقد، إذ هذا العنصر من البديهيات أو شرطا بديهيا[3]، ذلك انه لا يجوز أن يوصف عقد بأنه إداري، إلا إذا كان أحد أطرافه على الأقل جهة إدارية.

(1)- عبد العزيز خليفة، الوجيز في الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص22.

(2)- محمود أبو السعود، سلطة الإدارة في الرقابة على تنفيذ العقد الإداري، **مجلة العلوم القانونية والاقتصادية**، مجلة محكمة، كلية الحقوق بجامعة عين شمس، العدد الأول، السنة التاسعة والثلاثون، القاهرة، يناير 1997، ص 9.

(3)- ثروت بدوي، المعيار المميز للعقد الإداري، **مجلة القانون والاقتصاد**، للبحوث القانونية والاقتصادية، مطبعة جامعة القاهرة، العدد الأول والثاني، السنة السابعة والعشرون، مارس و يونيو، 1957. ص 6.

وتكون الإدارة طرفا في العقد الإداري من خلال أحد الأشخاص المعنوية الإقليمية مثل المحافظة أو المدينة أو القرية ويمثل هذه الأشخاص المجلس التنفيذي للمحافظة في مصر ومجلس المدينة والمجلس القروي، أو من خلال أحد الأشخاص المعنوية المرفقية كالهيئات العامة مثل الجامعات[1].

كما ينطبق وصف العقد الإداري على ما تبرمه النقابات المهنية من عقود بعدما اعترف القضاء الإداري المصري لهذه النقابات بالشخصية المعنوية العامة، مستشعرا في ذلك أن إنشائها يكون بقانون أو بأداة تشريعية، وأغراضها وأهدافها ذات نفع عام[2]، وتأسيسا على ذلك فقد اعتبرت المحكمة الإدارية العليا في مصر نقابة الأطباء والمحامين ونقابة المهندسين من أشخاص القانون العام وأضافت ذات الوصف على بعض المؤسسات ذات الطابع الديني كبطرخانة الأقباط الأرثوذكس والمجلس الصوفي الأعلى، الأمر الذي يؤدي إلى إسباغ الوصف الإداري على العقود التي تبرمها هذه المؤسسات إذا ما توافرت فيها باقي عناصر العقد[3].

ولا يكفي لقيام العقد الإداري أن يكون أحد طرفيه أثناء تنفيذه شخص معنوي عام بل يجب أن يظل هذا الشخص محتفظا بصفته المعنوية العامة طيلة مدة تنفيذ العقد، فإذا فقدها أثناء تنفيذه بتحوله إلى شخص من أشخاص القانون الخاص أصبح هذا العقد عقدا مدنيا يخضع لأحكام القانون المدني ويختص القضاء العادي بالفصل فيما ينشا بصدده من منازعات وقد أكدت ذلك المحكمة الإدارية العليا في مصر هذا المبدأ حينما ذهبت إلى أن فقد العقد لأحد الشروط التي يتحقق بتوفرها صحة العقد الإداري، يؤدي إلى تحوله إلى عقد من عقود القانون الخاص[4].

وحتى يعد العقد الذي تكون الإدارة طرفا فيه عقدا إداريا ينبغي أن تبرمه الإدارة بوصفها سلطة إدارية عامة، بمعنى أن تتمتع حال إبرامها للعقد بحقوق وامتيازات يفتقدها من تعاقد معها، حيث أن العقود التي تبرمها الإدارة بوصفها أحد أشخاص القانون الخاص لا تعدو أن تكون عقود مدنية وقد تأكد هذا المبدأ في القضاء الحديث للمحكمة الدستورية العليا المصرية والتي جاء في حكمها "...إلى

(1)- عبد العزيز خليفة، الوجيز في الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص24.

(2)- محمد الشافعي أبو رس، المرجع السابق، ص23.

(3)- سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 63.

(4)- عبد العزيز خليفة، الوجيز في الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص25.

أنه يتعين لاعتبار العقد إداريا أن يكون أحد أطرافه شخصا عاما ويتعاقد بوصفه سلطة عامة...."[1]، حيث كثيرا ما يحدث أن يخلع الشخص المعنوي العام رداء السلطة العامة ويتخلى عن امتيازات السلطة العامة بإراداته ويتعاقد مع أحد أشخاص القانون الخاص، على قدم المساواة ودون وجود أو ظهور لأي من امتيازات السلطة العامة، هنا لا يجوز وصف هذا العقد بأنه إداري.

و يعد العقد الذي يبرمه أحد أشخاص القانون الخاص عقد إداريا رغم أن الإدارة لم تكن طرفا فيه وذلك في حالتين[2]:

***حالة كون الشخص الخاص وكيلا أو نائبا عن الشخص المعنوي العام في إبرام العقد**

ويستوي أن يتعاقد الشخص المعنوي العام بشخصه أو أن يتعاقد من خلال وكيل أو نائب عنه، وهنا يعد العقد عقد إداريا، وذلك تطبيقا للقواعد العامة للوكالة، فالشخص الخاص يتعاقد في هذا الفرض نيابة عن الجهة الإدارية، ومن ثم فإن العقد يكون إداريا إذا ما توافرت له باقي الشروط الأخرى حيث ينصرف أثر العقد إلى الشخص المعنوي العام (الجهة الإدارية) باعتباره هو الطرف الأصيل للعقد، وواقع الأمر أننا لا نعتبر هذا التعاقد على سبيل الاستثناء حيث أن الشخص المعنوي العام طرفا في العقد وإن كان قد تعاقد فيه من خلال وكيل أو نائب.

***إذا تعاقد الشخص الخاص لحساب شخص معنوي عام**

متى تبين أن تعاقد الفرد(الشخص الخاص) أو الهيئة الخاصة إنما كان في الحقيقة لحساب ومصلحة الإدارة، فإن التعاقد يكتسب الصفة الإدارية، إذا ما توافرت فيه العناصر التي تميز العقود الإدارية، حيث أن قضاء المحكمة الإدارية العليا المصرية قد توسع في فكرة إسباغ وصف العقد الإداري حيث جعل هذا الوصف يشمل كل العقود التي يبرمها الشخص الخاص إذا كان التعاقد لحساب ومصلحة الشخص العام، حيث أن العبرة بالنتيجة المترتبة على العقد، وما دامت آثار العقد تنصرف إلى الإدارة، فإن ذلك يكفي لإدراجه ضمن العقود الإدارية، حيث مناط العقد يستند إلى

(1)- حكم صادر عن المحكمة الدستورية العليا في مصر، قضية رقم 1 لسنة 12، جلسة 1991/1/5، راجع في ذلك عبد العزيز خليفة، الوجيز في الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص26.

(2)- محمد انس جعفر، العقود الإدارية، دراسة مقارنة لنظم المناقصات والمزايدات، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص19.

مضمونه وفحواه، في حين قصر القضاء الفرنسي ذلك على عقود الأشغال العامة، والعقود المبرمة بواسطة شركات الاقتصاد المختلط[1].

نخلص مما تقدم أنه يشترط لكي يعتبر العقد إداريا، أن يكون أحد طرفيه من أشخاص القانون العام، أما العقود التي تبرم بين أشخاص القانون الخاص فلا يمكن أن تكتسب الصفة الإدارية إلا إذا ثبت أن الشخص الخاص قد تعاقد لحساب ولمصلحة الشخص العام أو كان وكيلا أو نائبا له.

المطلب الثاني

اتصال العقد بنشاط مرفق عام

رغم ما تعرضت له نظرية المرفق العام من هجوم وانتقاد، فلا زالت النظرية الأساسية التي يتخذها القانون الإداري الأساس في معظم أفكاره ومبادئه، ولهذا لم يكن مستغربا أن يعتبر القضاء الإداري في كل من فرنسا ومصر علاقة العقد بمرفق العام، عنصرا أساسيا لتكييف العقد بأنه إداري[2] وقد عرف المرفق العام على أنه كل مشروع تنشئه الدولة أو تشرف على إدارته ويعمل بانتظام واستمرار وتستعين في إنشائه وتسيره بسلطات الإدارة، لتزويد الجمهور بالحاجات العامة[3].

ومن هنا كان من الضروري توافر عناصر أخرى للقول بان العقد إداري، ويعتبر عنصر تعلق العقد بمرفق عام من أهم العناصر المميزة للعقد الإداري عن غيره مما تعقده الإدارة من عقود، وفي ضرورة هذا الشرط تقر محكمة القضاء الإداري في مصر في حكمها الصادر في 31 مارس سنة 1962م ما يلي: " ... إذا كانت الهيئة الدائمة لاستصلاح الأراضي، وهي من أشخاص القانون العام، قد أبرمت عقد يقوم الطرف الثاني فيه بتوريد عدد من العجول إليها لخدمة المرفق العام القائمة على إدارته، ذلك أنه تزرع مساحات شاسعة من الأراضي التابعة للمرفق العام بنبات البرسيم بقصد إصلاح هذه الأراضي، ولتعذر تصريفه، فقد رصدت الهيئة تسعين ألف جنيه في ميزانيتها على ذمة شراء عجول لاستهلاك هذا النبات ومد الأرض بالسماد العضوي، لا بغرض الربح وإنما

(1)- عبد العزيز خليفة، الوجيز في الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص30.

(2)- محمد الشافعي أبو راس، المرجع السابق، ص27.

(3)- عبد العزيز خليفة، الوجيز في الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص35.

لتسيير المرفق في نظامه العام بالوصول إلى الهدف الذي قام لتحقيقه وهو زيادة رقعة الأرض المزروعة، فيتزايد بذلك الإنتاج الزراعي والحيواني بما يسد حاجة البلاد المتزايدة، ومتى كان الأمر كذلك يكون التعاقد قد انصب على شئ يتعلق باحتياجات المرفق العام وتسيره"[1] وبذلك قد أقرت هيئة محكمة القضاء الإداري المصري بان هذا العقد المبرم بين هيئة استصلاح الأراضي والمورد يعتبر عقد إداريا لأنه تعلق بنشاط مرفق عام.

وعليه إذا انقطعت الصلة مابين العقد والمرفق العام وفقد صفته الإدارية وأصبح عقدا من عقود القانون المدني، حتى لو كان أحد أطرافه شخصا عاما، وقد تأكد هذا في قضاء المحكمة الإدارية المصرية الذي ذهب فيه" إلى أن عقد الإيجار المبرم بين هيئة الأوقاف باعتبارها هيئة عامة وبين أحد الأفراد، لا يستجمع كافة مقومات العقد الإداري، ذلك أنه من المقرر أن العقد الإداري هو الذي يكون أحد طرفيه شخصا معنويا عاما يتعاقد بوصفه سلطة عامة، وأن يتصل العقد بنشاط مرفق عام بقصد تسييره أو تنظيمه وأن يتسم بالطابع المميز للعقود الإدارية وهو انتهاج أسلوب القانون العام فيما تتضمنه هذه العقود من شروط استثنائية بالنسبة لروابط القانون الخاص، وأنه وإن كان عقد الإيجار المشار إليه أحد طرفيه هيئة عامة وقد انطوى على بعض الشروط الاستثنائية غير المألوفة في عقد الإيجار، إلا أنه يقينا لا يتصل بنشاط مرفق عام بقصد تسييره أو تنظيمه، وإنما يستهدف العقد أساسا استغلال الهيئة المؤجرة لأملاكها شأنها شأن الأفراد المالكين لعقارات وانتفاع المستأجر بالعين المؤجرة انتفاعا خاصا."[2]

ويأخذ اتصال العقد الإداري بالمرفق العام صور عدة، منها وإن كانت كلها تدور حول إنشاء المرفق وتسيير نشاطه و المساهمة في إدارته كما في حالة عقود امتياز الأشغال العامة وعقود التوريد التي يتعهد فيها المتعاقد مع الإدارة بتوريد أصناف وسلع معينة تحتاجها الإدارة في تسيير نشاط المرفق العام، وعقود النقل، عقود خدمات الأشخاص[3].

(1)- سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص72.

(2)- عبد العزيز خليفة، الوجيز في الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص37.

(3)- ثروت بدوي، المرجع السابق، ص 11.

- سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص82.

على ذلك لا تعد العقود التي تبرمها الدولة (الإدارة) لاستغلال أموالها الخاصة عقودا إدارية كعقود إيجار المباني أو الأراضي المملوكة لها أو لأحد الأشخاص العامة الأخرى وكذلك عقود بيع هذه الأموال إذ لا علاقة لهذه العقود بتسيير المرافق العامة[1].

المطلب الثالث

احتواء العقد على شروط استثنائية

يعتبر احتواء العقد الإداري على شروط استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص هو الشرط الثالث والفاصل في تمييز العقود الإدارية، ذلك أن اتصال العقد الذي تبرمه الإدارة بالمرفق العام إذا كان شرطا لازما لكي يصبح العقد إداريا، فإنه لا يكفي بذاته لكي يضفي على العقد تلك الصفة[2].

وهذه الشروط الاستثنائية غير المألوفة، هي عبارة عن شروط يحتويها العقد المبرم بين الإدارة و الفرد المتعاقد معها والتي لا يجوز قانونا للأفراد في القانون الخاص ارتضائها وقبولها، أو حتى إذا لم تكن محرمة في القانون الخاص إلا أنها نادرة في عقود الأفراد الخاصة، وغير مألوفة لديهم فهذه الشروط الاستثنائية هي إذن إما شروط غير جائزة في القانون الخاص، وإما جائزة ولكنها غير مألوفة ونادرة في عقود الأفراد الخاصة[3]، ومن أمثلة هذه الشروط الاستثنائية أو الغير المألوفة : أن تعطي الإدارة لنفسها امتيازات في مواجهة المتعاقد معها كتلك التي تكفل لها الحق في تعديل شروط العقد في أي وقت أو الحق في فرض جزاءات على المتعاقد معها أو الحق في إلغاء أو إنهاء العقد بإرادتها المنفردة[4].

ومن الممكن أن تتمثل الشروط الاستثنائية أيضا في حقوق غير مألوفة لمصلحة المتعاقد مع الإدارة، كأن تعطيه الحق في تحصيل رسوم من المنتفعين أو الحق في التمتع باحتكار أو حقه في الاستفادة من نزع الملكية للمنفعة العامة، لكن الشروط الأكثر أهمية وتميزا هي بالذات تلك التي

(1)- محمود أبو السعود، المرجع السابق، ص ص 14-15.

(2)- سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص85 .

(3)- محمد رفعت عبد الوهاب، النظرية العامة للقانون الإداري، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2012، ص560.

(4)- عبد العزيز خليفة، الوجيز في الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص41.

تمنح الإدارة المركز الأقوى والاستثنائي إزاء المتعاقد معها[1]، وليس من الضروري احتواء العقد على أكثر من شرط استثنائي ليصبح العقد عقدا إداريا، وإنما يكفي أن يتضمن العقد شرطا استثنائيا واحدا ليكتسب صفه العقد الإداري[2].

وتختلف الشروط الاستثنائية كعنصر مميز للعقد الإداري عن شروط عقود الإذعان في مجالات القانون الخاص، فهذه الشروط الأخيرة مألوفة في نوع خاص من العقود المدنية وهي عقود الإذعان وقد نضمها القانون المدني المصري بنصوص تكفل دفع أضرارها عن الطرف الضعيف في التعاقد[3]، ومن أمثلة عقود الإذعان عقد توريد الكهرباء، وعقد توريد المياه، وعقود الانتفاع بالاتصالات السلكية واللاسلكية[4].

ونعتقد بأن انطواء العقد الإداري على شروط استثنائية يشكل طابعا حاسما في تميزه عما تعقده الإدارة من عقود، وقد أكدت المحكمة الإدارية العليا المصرية هذا الطرح في الكثير من أحكامها التي أثير فيها نقاش حول طبيعة العقود الإدارية حال انطواء العقد على شروط استثنائية للتوصل إلى إثبات الصبغة الإدارية أو نفيها عنه، ومن أمثلة ذلك ما جاء في حكمها الصادر في 19ماي 1962 بعد أن أثبتت صلة العقد بالمرفق العام " وقد تضمن العقد – كما يتضح من مطالعة بنوده شروطا استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص، وأخرى تنبئ في جملتها عن انصراف نية الإدارة إلى إتباع أسلوب القانون العام، والأخذ بأحكامه ووسائله في شأنه، مستخدمة في ذلك الامتيازات والحقوق المقررة لها بوصفها سلطة عامة، ومعتمدة في تعاقدها على فكرة السلطة وعلى تمتعها بقسط من سيادة الدولة وسلطانها، الأمر الذي يخضع هذه الرابطة التي تتوافر فيها مميزات العقد الإداري وخصائصه لأحكام القانون الإداري"[5].

---

(1)– محمد رفعت عبد الوهاب، المرجع السابق، ص561.

(2)– محمد الشافعي أبو راس، المرجع السابق، ص 35، ويراجع أيضا في نفس المعنى:

- *Vedel George, Droit administratif, 5emeéd, presses Universitaires de France, paris,1973, p234.*

(3)– عبد العزيز خليفة، الوجيز في الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص42.

(4)– محمد الشافعي أبو راس، المرجع السابق، ص 33.

(5)– سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص86.

وفي حكم آخر للمحكمة الإدارية العليا المصرية جاء فيه ما يلي"... كما أكد البند السادس عشر على أنه يجوز لوزارة السياحة فسخ العقد دون اعتراض من المستأجرين مع حفظ حقها في التعويض، وذلك للأسباب التي ترى فيها الوزارة ذلك، ويتم الفسخ بموجب كتاب موصى عليه دون حاجة إلى اتخاذ أي إجراء قانوني آخر، ومثل هذه الشروط إنما هي شروط غير مألوفة في القانون الخاص، ومن ثم يكون العقد المذكور، وقد تكاملت فيه العناصر الثلاثة ...عقد إداريا..."[1].

وعلى عكس ما سبق فقد استندت المحكمة الإدارية المصرية في نفيها الصفة الإدارية عن العقد الذي ثبت خلوه من الشروط الاستثنائية، وكان ذلك بمناسبة عقد إيجار وحدات سكنية حيث ذهبت إلى أن العقد الذي قدمته جهة الإدارة أي كان الرأي في مدى صحته لا ينطوي على شروط استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص، الأمر الذي لا يضفي على العقد الوصف الإداري[2].

وأخيرا الشروط غير المألوفة وان كان غالبا ما يتضمنها العقد نفسه إلا أنه من الممكن أن تكون موجودة خارجه في قانون أو لائحة إذا كان العقد يحيل إلى ذلك القانون أو تلك اللائحة ومثال ذلك أن يحيل العقد إلى أحكام قانون المناقصات والمزايدات أو لائحته التنفيذية[3].

كانت هذه هي الشروط الثلاثة التي يتطلب توافرها جميعا حتى يعتبر العقد من العقود الإدارية بما يترتب على ذلك من آثار ومن أهمها خضوع العقد لنظام العقد الإداري المختلفة عن القانون الخاص وخضوع منازعاته لقضاء مجلس الدولة (وليس القضاء العادي) فمعيار العقد الإداري ما هو إلا محصلة لتلك الشروط الثلاثة السابق ذكرها.

(1)- نعيم عطية و حسن الفكهاني، الموسوعة الإدارية الحديثة، الجزء 35، الدار العربية للموسوعات، القاهرة، 2000، ص11

(2)- عبد العزيز خليفة، الوجيز في الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص44.

(3)- محمد رفعت عبد الوهاب، المرجع السابق، ص561.

المبحث الثالث

التزامات وحقوق المتعاقد وسلطات الإدارة في مواجهته

إن العقد الإداري هو ارتباط قانوني بين طرفين يرتب آثارا في مواجهتهما فينشئ في جانبهما حقوقا والتزامات، فتنصرف تلك الآثار القانونية إليهما، وكما هو معروف أيضا أن العقد الإداري تحكمه قاعدة " العقد شريعة المتعاقدين " فتخضع أطرافه إلى النصوص الواردة في العقد، الخاصة بتنظيم العلاقة التعاقدية بين طرفيه.

وعليه سوف ندرس في هذا المبحث التزامات المتعاقد مع الإدارة والمتمثلة في **التزام المتعاقد في تنفيذ التزامه بنفسه** و**التزامه بتنفيذ العقد في المدة المحددة له والتزامه بتقديم مبلغ الضمان** ذلك في المطلب الأول، وفي المطلب الثاني نتناول حقوق المتعاقد والمتمثلة أساسا في **الحصول على المقابل المادي أو المالي في اقتضاء موضوع العقد، وحقه في الحصول على التعويض** إذا أخلت الإدارة بالتزاماتها، **وحقه في اقتضاء التوازن المالي للعقد** إذا ما أدى تدخل الإدارة إلى الإخلال بذلك التوازن، ثم ندرس في المطلب الثالث والأخير سلطات الإدارة في مواجهة المتعاقد معها والمتمثلة أساسا في **إمكانية توجيهه ومراقبته، وتعديل بنود العقد** بالزيادة أو النقصان وسلطة **توقيع الجزاءات وإنهاء الرابطة التعاقدية بإرادتها المنفردة**، هذه السلطات التي ذكرناها تشكل جانبا من حقوق الإدارة في مواجهة المتعاقد معها إلى جانب حقها الرئيسي في اقتضاء موضوع العقد وعليه يقسم هذا المبحث على النحو الآتي:

المطلب الأول: التزامات المتعاقد مع الإدارة

المطلب الثاني: حقوق المتعاقد مع الإدارة

المطلب الثالث: سلطات الإدارة في مواجهة المتعاقد معها

المطلب الأول

التزامات المتعاقد مع الإدارة

من المبادئ المقررة قانونا أن العقود الإدارية تتميز بطابع خاص، مناطه احتياجات المرفق العام الذي يستهدف العقد تسييره وتغليب وجه المصلحة العامة على مصلحة الأفراد الخاصة، ولما كان العقد الإداري يتعلق بمرفق عام فان التزامات المتعاقد مع الإدارة قد تتحدد بما يوجبه العقد من التزامات محددة في نصوصه ففي عقد التزام المرافق العامة يلتزم المتعاقد بإنشاء المرفق وتنظيمه وتسييره، وفي عقد الأشغال العامة يلتزم المقاول بتنفيذ الأعمال المحددة في العقد خلال المواعيد المنصوص عليها، وفي عقد التوريد يلتزم المورد بتوريد الأصناف المتفق عليها في المواعيد المحددة[1]، وترجع مصادر التزامات المتعاقد مع الإدارة، أولا وقبل كل شيء إلى العقد الإداري بطبيعة الحال، ولكن هذا العقد ليس كل هو كل شيء في مجال تحديد التزامات المتعاقد، بل تتحدد كذلك بموجب القوانين واللوائح التي تحكم سير المرافق العامة التي يساهم المتعاقد في سيرها بصورة مباشرة وغير مباشرة كما تتحدد بموجب قواعد العرف والعادة العرفية لاسيما في العقود ذات الصلة بالأوضاع التجارية كعقد التوريد، وكذلك يعتبر من مصادر التزام المتعاقد مع الإدارة ما تصدره إليه هذه الأخيرة من أوامر مصلحيه أثناء تنفيذ العقد لاسيما ما يتعلق بتوجيه المتعاقد[2].

كذلك لا يجوز للمتعاقد مع الإدارة أن يمتنع عن التنفيذ أو يتوقف عن التنفيذ بحجة أن الإدارة قد أخلت بالتزاماتها في مواجهته، فليس للمتعاقد حق الدفع بعدم التنفيذ، فهذا الحق المقرر للأفراد في عقود القانون الخاص لا يوجد في العقود الإدارية ولا يستطيع المتعاقد مع الإدارة التمسك به، فطبقا لقضاء المحكمة الإدارية العليا المصرية[3]، الدفع بعدم التنفيذ كأصل عام غير جائز في العقود

---

(1)- إبراهيم طه الفياض، المرجع السابق، ص232.

(2)- سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص417.

(3)- من أمثلة ذلك، حكم صادر عن المحكمة الإدارية العليا المصرية بتاريخ 5 يوليو 1969م، جاء فيه ما يلي " لما كان العقد الإداري يتعلق بمرفق عام، فلا يسوغ للمتعاقد مع الإدارة أن يمتنع عن الوفاء بالتزاماته حيال المرفق بحجة أن ثمة إجراءات إدارية قد أدت إلى الإخلال بالتزاماتها قبله، بل يتعين عليه إزاء هذه الاعتبارات أن يستمر في التنفيذ، مادام ذلك في استطاعته، ثم يطالب جهة الإدارة بالتعويض عن إخلالها بالتزاماتها، إن كان لذلك مقتض وكان له فيه وجه حق، فلا يسوغ الامتناع عن تنفيذ العقد بإرادته المنفردة وإلا حقت مساءلته عن تبعة فعله السلبي"، حكم مشار إليه من قبل محمد رفعت عبد الوهاب، المرجع السابق، ص606.

الإدارية لما تتميز به من خصائص ولاتصالها بالمرفق العام الذي يجب أن يسير بانتظام واطراد وبناء على ذلك على المتعاقد مع الإدارة أن يستمر في تنفيذ التزاماته بالرغم من أخطاء الإدارة طالما أن هذا التنفيذ ممكنا، ثم يطالب فيما بعد جهة الإدارة بالتعويضات عن إخلالها بالتزاماتها[1].

وقد تختلف التزامات المتعاقد مع الإدارة من عقد إداري إلى أخر، إلا أن هناك جملة من الالتزامات مشتركة في جميع العقود الإدارية والتي يمكن إجمالها في الفروع الآتية:

الفرع الأول: التزام المتعاقد بتنفيذ التزامه بنفسه

الفرع الثاني: التزام المتعاقد بتنفيذ التزامه في المواعيد المحددة

الفرع الثالث: الالتزام المتعاقد بدفع مبلغ الضمان

الفرع الأول

التزام المتعاقد بتنفيذ التزامه بنفسه

يعتبر التزام المتعاقد مع الإدارة بتنفيذ التزاماته شخصيا أحد الالتزامات الأساسية والهامة، حتى تضمن جهة الإدارة حسن تنفيذ الأعمال، حيث أن اختيارها للمتعاقد لتنفيذ العقد الإداري سواء كان عقد الأشغال العامة أو أي عقد إداري آخر كان نتيجة توافر الشروط الفنية والخبرة السابقة والإمكانيات المالية، لذلك فإن جهة الإدارة تتمسك دائما بتطبيق هذا الالتزام، وتتشدد في مسؤولية المتعاقد عن التنفيذ دون المتعاقد من الباطن أو المتنازل إليه[2]، وعليه تعتبر التزامات المتعاقد مع الإدارة التزامات شخصية، أي أن المتعاقد يجب أن ينفذها شخصيا وبنفسه فلا يجوز أن يحل غيره فيها أو أن يتعاقد بشأنها من الباطن إلا بموافقة الإدارة، وقد أكدت محكمة القضاء الإداري المصرية هذا الطرح في حكم لها جاء فيه "... نلاحظ بادئ ذي بدء أن العقد المبرم بين المدعي والحكومة هو من العقود الإدارية التي تحكمها قواعد عامة تطبق عليها جميعا، ولو لم ينص عليها العقد

(1)- محمد رفعت عبد الوهاب، المرجع السابق، ص605.

(2)- نصر الدين بشير، المرجع السابق، ص390.

ومـن هـذه القواعـد أن التزامـات المتعاقـد مـع الإدارة التزامـات شخصـية يجـب أن ينفـذها بنفسـه"[1]، و المهـم فـي قاعـدة إلـزام المتعاقـد مـع الإدارة بالتنفيـذ شخصـيا هـو مـا يترتـب عليهـا من نتائج قد ينعكس أثرها على العقد، نعرضها بإيجاز:

أولا: التعاقد من الباطن والتنازل عن العقد

يعنـي التعاقـد من البـاطن أن يتفـق المتعاقـد مـع الإدارة مـع الغيـر لأجـل تنفيـذ جـزء مـن العقـد وبـالطبع هـذا الإجـراء غيـر جـائز دون موافقـة جهـة الإدارة مسـبقا علـى ذلـك[2]، ولا يقصـد بـالأداء الشخصـي للعمـل أو الخدمـة موضـوع العقـد أن يلـزم المتعامـل المتعاقـد بـأداء الخدمـة وحـده دون الاعتماد على الغير أو الاستعانة بهم لتنفيذ المشروع محل العقد، اذ لا يمكن تصور ذلك خاصة في عقد الأشغال العامة، بل المقصود به أن المتعامل المتعاقد لا يمكن أن يلقي بمسؤوليته التي تعهد بالوفاء بها إلى الغير، فيتحلل من بعض التزاماته، فهو المسؤول بعد توقيع العقد عن التنفيذ الكامل للمشروع أمام المصلحة المتعاقدة (الإدارة) حتى ولو عهد للغير للقيام بجزء من العمل في إطار التعامل الثانوي وهذا ما نصت عليه المواد 140، 141، 142،143 .144، الخاصة بعقد المناولة من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015م المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام[3]، وعليه فقد أجاز المشرع الجزائري[4] اللجوء للتعامل الثانوي مراعاة منه على أن المتعاقد قد لا يستطيع القيام بكل العمل، كأن يتعلق الأمر ببناء مجمع سكني والعمل الثانوي يتمثل في الوسائل المتعلقة بالترصيص، فهنا يلجا المتعاقد مع الإدارة إلى إبرام عقود ثانويـة بغرض التنفيذ الكامل للمشروع[5]، علـى أن يـتم إخطـار المصلحة المتعاقدة أي الإدارة بهذا

(1)- حكم صادر في 27 جانفي سنة 1957م، مشار إليه من قبل- إبراهيم طه الفياض، المرجع السابق، ص234.

(2)- مفتـاح خليفـة عبـد الحميـد و حمـد محمـد حمـد الشـلماني، العقـود الإداريـة ، دار المطبوعـات الجامعيـة، الإسكندرية، 2008، ص 206.

(3)- المرسوم الرئاسي رقم 15-247 مؤرخ في2 ذي الحجة عام 1436ھ، الموافق 16 سبتمبر2015م، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، ج.ر، عدد 50، بتاريخ 20 سبتمبر 2015.

(4)- نصت المادة 140 الفقرة الأولى من الرسوم الرئاسي رقم 15-247، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام ما يلي" يمكن المتعامل المتعاقد للمصلحة المتعاقدة منح تنفيذ جزء من الصفقة لمناول بواسطة عقد مناولة حسب الشروط المنصوص عليها في هذا المرسوم..."

(5)- عمار بوضياف، الصفقات العمومية في الجزائر، حسب المرسوم الرئاسي (08-338)، جسور للنشر والتوزيع، ط الثانية، الجزائر، 2008، ص ص 147-148.

العقد[1] وإلا تعرض المتعامل المتعاقد لتدابير قصرية[2] على أن يبقى المتعاقد مع الإدارة هو المسؤول مباشرة أمامها على تنفيذ جزء الصفقة المتعامل فيها بالمناولة[3].

أما في التشريع المصري فإن القاعدة المسلم بها في هذا الخصوص أنه يمنع على المتعاقد مع الإدارة أن يحل غيره محله في تنفيذ جميع التزاماته التعاقدية أو تنفيذ بعض هذه الالتزامات، إلا بموافقة الإدارة المتعاقدة مقدما، حيث نصت المادة 75 من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات المصري رقم 9 لسنة 1983 السابق الملغى صراحة على أنه " لا يجوز للمتعهد أو المقاول النزول عن العقد..... ويبقى المتعهد أو المقاول مسؤولا عن تنفيذ العقد.."، نفس الاتجاه سار عليه المشرع المصري في آخر قانون للصفقات العمومية أو كما يسميه بقانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة[4]وذلك في نص المادة 25 منه والمادة 56 من اللائحة التنفيذية لنفس القانون[5]، كما قررت محكمة القضاء الإداري المصرية هذا المبدأ في أحكامها ومن بينها حكمها في 1957/1/27 جاء فيه ما يلي " فإذا حصل التنازل عن العقد الإداري دون موافقة الإدارة، فإن التنازل يعتبر باطلا بطلانا يتعلق بالنظام العام، ويكون خطا من جانب المتعاقد يترتب عليه توقيع الجزاءات المنصوص عنها في العقد"[6].

(1)- نصت المادة 142 الفقرة الأولى من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المرجع السابق ما يلي "يجب على المناول الذي يتدخل في تنفيذ صفقة عمومية أن يعلن تواجده للمصلحة المتعاقدة..."

(2)- كما نصت الفقرة الثانية من المادة 142من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، على اتخاذ تدابير قصرية ضد المتعامل المتعاقد مع الإدارة من طرف المصلحة المتعاقدة وذلك بعد اعذاره في اجل أقصاه 8 أيام لتصحيح الوضع والتصريح بعقد المناولة للإدارة المتعاقدة، وجاء في نص المادة "... تلزم المصلحة المتعاقدة التي تعلم بتواجد مناول غير مصرح به في مكان تنفيذ الصفقة، بأعذار المتعامل المتعاقد بتدارك هذا الوضع، في اجل ثمانية (8) أيام، وإلا اتخذت ضده تدابير قصرية".

(3)- نصت المادة 141 من المرسوم رقم 15-247، ما يلي " المتعامل المتعاقد هو المسؤول الوحيد اتجاه المصلحة المتعاقدة عن تنفيذ جزء الصفقة المتعامل فيها بالمناولة."

(4)- صدر قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة في مصر بالقانون رقم 182 لسنة 2018، ج.ر، عدد 39 مكرر، 3 أكتوبر 2018.

(5)- صدرت اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة في مصر رقم 182 لسنة 2018، بقرار وزير المالية رقم 692 لسنة 2019، بجريدة الوقائع المصرية الرسمية، العدد 244، 31 كتوبر 2019.

(6)- نصر الدين بشير، المرجع السابق، ص391.

ثانيا: موت المتعاقد أو إفلاسه

إن وفاة المتعاقد مع الإدارة أثناء تنفيذ العقد تطرح مسألة مصير متابعة تنفيذ العقد، في هذه الحالة يتم الرجوع إلى شروط العقد وإلى دفاتر الشروط لترتيب الآثار التي تتولد عن هذه الواقعة فإذا لم يرد فيها شي بهذا الخصوص فإنه يرجح حق الإدارة في فسخ العقد، كما لها أن تلزم الورثة بالاستمرار في تنفيذ التزامات المتعاقد المتوفى إذا لم ترد الإدارة فسخ العقد[1]، وقد حسم المشرع المصري كل خلاف في هذه المسالة وذلك في نص المادة 55 من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة الصادر بالقانون رقم 182 لسنة 2018 وجاء فيها ما يلي"...جاز للسلطة المختصة، بعد عرض إدارة التعاقدات استبعاد العطاء المقدم منه ورد التامين المؤقت، أو السماح للورثة بالاستمرار في الإجراءات بشرط أن يعينوا عنهم وكيلا بتوكيل مصدقًا على التوقيعات فيه، وتوافق عليه السلطة المختصة، ويظل هو دون غيره مسؤولا أمام الجهة العامة عن تنفيذ الإجراءات".

أما إفلاس المتعاقد أو إعساره، فإن مجلس الدولة الفرنسي يرجع إلى شروط العقد لمعرفة أثر الحالة الجديدة على استمرار العقد، فيتم الرجوع لتلك الشروط، فإذا لم يجد فيها حلا للمسألة، فإنه يطبق القاعدة التي بمقتضاها لا يؤدي إفلاس أو إعسار المتعاقد إلى إنهاء العقد، ويكون للإدارة الخيار بين الاستمرار في تنفيذ العقد أو الفسخ إذا رأت أن الصالح العام يقتضي ذلك[2]، أما بالنسبة للمشرع المصري فقد ألزم الإدارة المتعاقدة فسخ العقد في حالة إفلاس المتعاقد أو إعساره وذلك في نص المادة 50 من قانون التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة رقم 182 لسنة 2018، حيث نصت ما يلي" يجب فسخ العقد في الحالات الآتية: ....- إذا أفلس المتعاقد أو أعسر..."

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فقد نص صراحة على إقصاء المتعامل المتعاقد المفلس أو الذي هو محل إجراء عملية إفلاس وذلك في نص المادة 75 من المرسوم الرئاسي رقم15-247 المتضمن قانون الصفقات العمومية وجاء في نص المادة ما يلي " يقصى بشكل مؤقت أو نهائي من المشاركة في الصفقات العمومية، المتعاملون الاقتصاديون: ....

(1)- إبراهيم طه الفياض، المرجع السابق، ص237.

(2)- سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص430.

– الذين هم في حالة الإفلاس أو التصفية أو التوقف عن النشاط أو التسوية القضائية أو الصلح.

– الـذين هـم محـل إجـراء عمليـة الإفـلاس أو التصـفية أو التوقـف عـن النشـاط أو التسـوية القضائية أو الصلح..."

يستنتج من نص المادة السابقة الذكر أن المشرع الجزائري أعطى للإدارة المتعاقدة السلطة الكاملة في فسخ العقد وفي إقصاء المتعاملين الاقتصاديين من المشاركة في الصفقات العمومية وذلك عندما يكون المتعامل المتعاقد في حالة إفلاس أو محل إجراء عملية إفلاس وذلك عن طريق الإقصاء النهائي أو المؤقت التلقائي بمجرد ثبوت حالة الإفلاس وذلك من خلال عبارته الصريحة " يقصى بشكل مؤقت أو نهائي من المشاركة في الصفقات العمومية..."

يتضح مما تقدم أن الحكم العام عند إفلاس المتعاقد مع الإدارة هو الفسخ ومصادرة التامين لأنه في حالة إفلاس المتعاقد وإقرار ذلك بحكم قضائي مع غل يد المتعاقد المفلس عن إدارة أمواله فإنه لا يمكن إطلاقا للمتعامل المفلس متابعة تنفيذ العقد.

الفرع الثاني

التزام المتعاقد بتنفيذ التزامه في المواعيد المحددة

يقع على عاتق المتعاقد مع الإدارة الالتزام بتنفيذ العقد وفقا للشروط المتفق عليها وفي المواعيد المحددة لذلك، فالالتزام المتعاقد في المواعيد المحددة يعتبر التزامنا أساسيا باعتبار أن تحديد مدة التنفيذ[1] تفترض أن حاجة المرفق العام تستلزم أداءه في هذا الوقت دون تباطؤ مما ينعكس على ضمان سير المرفق العام بانتظام واطراد، وعادة ما تحدد جهة الإدارة مدة معينة للتنفيذ في دفاتر الشروط، وإذا لم يتضمن العقد مدة معينة للتنفيذ فيجب أن يتم التنفيذ في مدة معقولة وفقا للمجرى العادي للأمور وطبيعة العقد ذاته وهذا ما أكدته فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في مصر بقولها " إن المتعاقدين وإن لم يفصحا عن ميعاد معين لتنفيذ الالتزام فليس معنى هذا أن الالتزام بمنأى عن كل قيد زمني

(1)– المقصود بمدة التنفيذ هي المدة المحددة والمحصورة بين البدء في التنفيذ طبقا لإذن الإدارة وتنتهي بتسليم العمل للإدارة.

وإنما يتعين أن يتم في مدة معقولة وفقا للمجرى العادي للأمور وطبيعة التعاقد والهدف الذي يرمي إليه"[1].

إن مدة التنفيذ يتم الاتفاق عليها برضا أطراف العقد، فالإدارة لا تستطيع من حيث المبدأ فرض مدد غير متفق عليها في العقد، وهذا المبدأ ينطبق على كافة العقود الإدارية[2]، وفي حالة عدم تحديد مدة التنفيذ في العقد ودفاتر الشروط فإن مجلس الدولة الفرنسي قرر أنه يجب أن يكون هناك مدة متعارف عليها حسب الظروف وقدرات المتعاقد والعقود المشابهة[3].

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فقد حرص على تنفيذ المتعامل المتعاقد مع الإدارة لالتزاماته في المواعيد المحددة في العقد، تحت طائلة تعرضه لعقوبات مالية جراء مخالفته المدة المحددة له في العقد أو التنفيذ الغير مطابق ونجد أساسها القانوني في نص المادة 147 الفقرة الأولى من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وجاء فيها ما يلي: " يمكن أن ينجر عن عدم تنفيذ الالتزامات التعاقدية من قبل المتعاقد في الآجال المقررة أو تنفيذها الغير المطابق، فرض عقوبات مالية دون الإخلال بتطبيق العقوبات المنصوص عليها في التشريع المعمول به. ..." وإذا كان المتعاقد مع الإدارة ملزما بتنفيذ العقد في المدة المحددة له، فإنه يمكن تمديدها عندما تستجد ظروف لم تكن متوقعة[4]، وإطالة مدة العقد بين الإدارة والمتعاقد معها تتم بتوافق بينها أو بقرار من الإدارة المتعاقدة.

---

(1)- علاء محي الدين مصطفى أبو احمد، التزامات المتعاقد مع الإدارة في تنفيذ عقود الطاقة، **المؤتمر السنوي الحادي والعشرين، الطاقة بين القانون والاقتصاد**، 20 و2013/05/21، كلية الشريعة و القانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، ص781.

(2)-*Guettier (ch), droit des contrats administratifs, Thémis droit. presses Universitaires de France.2008, p404.*

(3)- نصري منصور نابلسي، العقود الإدارية، دراسة مقارنة، منشورات زين الحقوقية، لبنان، 2010، ص48.

(4)- راجع نص المادة 147 الفقرة الخامسة من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، المرجع السابق.

الفرع الثالث

التزام المتعاقد بدفع مبلغ الضمان

بشكل عام يعرف الفقه التزام المتعاقد مع الإدارة بدفع مبلغ الضمان بأنه عبارة عن " مبالغ مالية تودع لدى جهة الإدارة تتوخي بها الأخطار التي يرتكبها المتعاقد بصدد تنفيذ العقد الإداري ويضمن لها ملاءته لمواجهة المسؤوليات الناتجة عن تقصيره"[1]، كما عرَّف أيضا الأستاذ عمار بوضياف مبلغ الضمان أو مبلغ التامين بأنه إلزام المتعاقد مع الإدارة بدفع مبلغ الضمان المتفق عليه كاحتياط مالي يوضع تحت تصرف الإدارة، بإمكانها مصادرته في الأوضاع المحددة قانونا[2] وينقسم مبلغ الضمان(مبلغ التأمين) إلى نوعين: تأمين مؤقت وتأمين نهائي.

أولا: التامين المؤقت: "هو ما يودعه المناقص ضمانا لجدية مساهمته في المناقصة ولسلامة قصده في تنفيذ العقد حال رسو العطاء عليه، وتصادر جهة الإدارة قيمة التأمين المؤقت إذا عجز الراسي عليه العطاء، عن دفع قيمة التامين النهائي على النحو وفي الوقت المطلوب"[3]، ولقد تناول المشرع الجزائري الضمانات المالية الملزمة من طرف المتعاقد أو كما أسماها (كفالة تعهد) في نص المادة 125[4]من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وبين كيفية تطبيقها حيث تفوق كفالة التعهد واحد بالمائة من مبلغ العرض، وقد شدد المشرع الجزائري على ضرورة أن يرد مبلغ كفالة التعهد(التامين المؤقت) في حالة عدم قبول العطاء مباشرة ومن دون طلب، كما حرص على رفض كل العطاءات التي لم يقدم أصحابها كفالة تعهد، وقد نص المشرع المصري أيضا على التامين المؤقت في قانون تنظيم المناقصات والمزايدات السابق الصادر بالقانون رقم 89 لسنة 1998[5]م في نص المادة 17 منه جاء فيها ما يلي" يجب أن يؤدي مع كل عطاء

---

(1)- سعيد عبد الرزاق باخبيرة، **سلطة الإدارة الجزائية في أثناء تنفيذ العقد الإداري (دراسة مقارنة)**، رسالة دكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق(بن عكنون)، جامعة الجزائر(يوسف بن خدة)، 2008، ص 220.

(2)- عمار بوضياف، الصفقات العمومية في الجزائر، حسب المرسوم الرئاسي (08-338)، المرجع السابق، ص 148.

(3)- نصر الدين بشير، المرجع السابق، ص298.

(4)- راجع نص المادة 125 من المرسوم الرئاسي رقم15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

(5)- صدر قانون تنظيم المناقصات و المزايدات والمصري، السابق بالقانون رقم 89 سنة 1998م، ولائحته التنفيذية الصادرة بقرار وزير المالية رقم 1367 لسنة 1998م، ج.ر، عدد 19 (مكرر)،8 ماي 1998.

تامين مؤقت تحدد الجهة الإدارية مبلغه ضمن شروط الإعلان بما لا يجاوز 2 بالمائة من القيمة التقديرية، وستبعد كل عطاء غير مصحوب بكامل هذا المبلغ"، كما نص أيضا على التامين المؤقت في قانون التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة في مصر الصادر بالقانون رقم 182 سنة 2018 في نص المادة 16 و نص المادة 22 منه[1].

ثانيا: التأمين النهائي: " هو ما يودعه من رسا عليه العطاء بعد إخطاره بقبول عطائه ضمانا لملاءته إزاء المسؤوليات التي قد يتعرض لها من جراء عدم قيامه بتنفيذ العقد على الوجه الأكمل ولتحصيل الجزاءات، الغرامات و التعويضات وغير ذلك من المبالغ التي تستحق على المقاول أو المتعهد طبقا لنصوص العقد"[2]، وقد تناول المشرع الجزائري فكرة التأمين النهائي في قانون الصفقات العمومية تحت تسمية كفالة حسن التنفيذ وذلك في نص المادة 130 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 جاء فيها " زيادة على كفالة رد التسبيقات المنصوص عليها في المادة 110 أعلاه يتعين على المتعامل المتعاقد أن يقدم حسب نفس الشروط، كفالة حسن تنفيذ الصفقة....".

ويمكن أن يعفى المتعاقد مع الإدارة من كفالة حسن التنفيذ وذلك إذا لم يتجاوز اجل تنفيذ الصفقة 3 أشهر و إذا تم إبرام الصفقة بالتراضي[3]، ويحدد مبلغ كفالة حسن التنفيذ حسب طبيعة وأهمية الخدمات الواجب تنفيذها بين خمسة وعشرة في المائة من مبلغ الصفقة، أما بالنسبة للصفقات التي لم تبلغ الحدود المنصوص عليها قانونا[4] فإن كفالة حسن التنفيذ تتراوح بين الواحد والخمسة في المائة من مبلغ الصفة[5].

---

(1)- راجع نص المادة 16 و22 من قانون رقم 182 لسنة 2018، المرجع السابق.

(2)- نصر الدين بشير، المرجع السابق، ص 304.

(3)- راجع نص المادة 130 الفقرة 3 و4 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المرجع السابق.

(4)- راجع نص المادة 184 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المرجع السابق.

(5)- نصت المادة 133 من المرسوم الرئاسي، رقم 15-247 ما يلي" يحدد مبلغ كفالة حسن التنفيذ بنسبة تتراوح بين خمسة في المائة (5%) وعشرة في المائة (10%) من مبلغ الصفقة حسب طبيعة وأهمية الخدمات الواجب تنفيذها، وبالنسبة للصفقات العمومية التي لا تبلغ الحدود المنصوص عليها في المطات 1 إلى 4 من المادة 184 من هذا المرسوم، يحدد مبلغ كفالة حسن التنفيذ بنسبة تتراوح بين واحد في المائة وخمسة في المائة من مبلغ الصفقة، ضمن الشروط المحددة في الفقرة أعلاه، وفي حالة الصفقات العمومية للأشغال التي لا تبلغ الحد المنصوص عليه في المطة الأولى من المادة 184 من هذا المرسوم، يمكن أن تكون اقتطاعات حسن التنفيذ بنسبة خمسة في المائة من مبلغ كشف الأشغال بديلا لكفالة حسن التنفيذ ".

أما المشرع المصري فقد نص على التأمين النهائي وحدد قيمته وذلك في نص المادة 18 من قانون تنظيم الصفقات والمزايدات رقم 89 لسنة 1998م السابق، والتي جاء فيها ما يلي " على صاحب العطاء المقبول أن يؤدي خلال عشرة أيام – تبدأ من اليوم التالي لإخطاره بكتاب موصى عليه بعلم الوصول بقبول عطائه – التامين النهائي الذي يكمل التامين المؤقت إلى ما يساوي (5) من قيمة العقد، وبالنسبة للعقود التي تبرم مع متعاقد في الخارج يكون الأداء خلال عشرون يوما...."، كما نصت المادة 40 من قانون التعاقدات التي تبرمها الجهات الإدارية لسنة 2018 على التامين النهائي وبينت النسب والمدد التي يجب على المتعاقد الالتزام بها[1].

نكتفي بهذا الإيجاز عن التأمين المقدم من طرف المتعاقد مع الإدارة حيث أن الذي يهمنا هو تبيان التزامات المتعاقد مع الإدارة، من بينها التأمين بنوعيه تأمين مؤقت أو تأمين نهائي حيث يبقى هذا الأخير ضمانة للجهة الإدارية ضد إخلال المتعاقد بتنفيذ التزاماته العقدية، فهو ضمان جدية العطاء المقدم من طرف المتعاقد و حرصا على مصلحة المرفق العام ودوام سيره بانتظام واطراد ويعتبر التامين أيضا ضمانا للإدارة لاستيفاء ما قد يستحق لها من مبالغ لدى متعاقدها الأخر[2].

كانت هذه هي مجمل التزامات المتعاقد مع الإدارة بدا بالتزامه بالتنفيذ شخصيا وفي المواعيد المحددة لذلك والتزامه بتقديم مبلغ الضمان (التأمين) للجهة الإدارية المتعاقدة، وبعد ذلك سوف نتطرق إلى حقوق المتعاقد مع الإدارة وذلك في المطلب الثاني.

المطلب الثاني

حقوق المتعاقد مع الإدارة

بمقابل الواجبات التي تترتب على المتعاقد الملتزم القيام بها اتجاه الإدارة، وبمقابل السلطات الواسعة التي تتمتع بها الإدارة اتجاه الملتزم بالتنفيذ، فإن لهذا الأخير حقوقا اتجاه الإدارة المتعاقدة يستمدها من أحكام العقد نفسه، كما يستمدها من المبادئ العامة التي ترعى العقود الإدارية، بما لها

(1)– راجع نص المادة 40 من قانون رقم 182 لسنة 2018، المرجع السابق.

(2)– مفتاح خليفة عبد الحميد و حمد محمد حمد الشلماني، المرجع السابق، ص ص 158–189.

صلة بالمرافق العامة[1]، لذلك لا بد من الحفاظ على حقوق المتعاقد مع الإدارة عند تنفيذ العقد مقابل السلطات التي تتمتع بها الإدارة المتعاقدة، وتتجلى أهمية الحفاظ على حقوق المتعاقد مع الإدارة بضرورة المحافظة على سير المرافق العامة، لأن عدم المحافظة على هذه الحقوق سيؤدي حتما إلى عزوف الأفراد عن التعاقد مع الإدارة وينعكس ذلك ضررا على سير المرافق العامة وتفقد الإدارة بذلك وسيلة من أنجع الوسائل في تسير المرافق العامة[2]، أضف إلى ذلك أن عدم المحافظة على هذه الحقوق يؤدي أيضا إلى خرق مبادئ العدالة ومساواة عموم الأفراد أمام الأعباء العامة[3]، وبذلك نستعرض حقوق المتعاقد مع الإدارة على الترتيب الآتي:

الفرع الأول

حق المتعاقد في الحصول على المقابل المالي

يعتبر الحصول على المقابل المالي أهم حقوق المتعاقد مع الإدارة على الإطلاق، فمثل هذا الأمر هو الذي كان في أصل إقدامه على تقديم عرضه للتعاقد مع الإدارة[4]، إذ أن المتعاقد مع الإدارة شخص يهدف إلى تحقيق الربح قبل أي شيء آخر، فهو يسعى إلى تحقيق منفعة شخصية ذات طابع مالي، قد تكون هذه المنفعة(المقابل المالي) مرتبا يتقاضاه دوريا في عقود الوظائف العامة والعقود الدراسية، وثمنا للبضائع والأصناف التي يوردها للإدارة في عقد التوريد، أو رسوما يتقاضاها من المنتفعين بخدمات المرافق العامة في عقود الامتياز لذلك يكون اقتضاء المقابل المالي من أهم الحقوق التي يجب أن يحصل عليها المتعاقد بموجب العقد المبرم بينه وبين الإدارة[5].

ولكن قد تكون بعض العقود الإدارية على عكس ذلك، حيث يلتزم المتعاقد مع الإدارة بتقديم مقابل نقدي للإدارة كما هو الشأن في عقود تقديم المعاونة، أو شراء شيء أو استئجار شيء من

(1)- عبد اللطيف قطيش، الصفقات العمومية، تشريعا وفقها واجتهادا(دراسة مقارنة)، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2010، ص149.

(2)- سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص541.

(3)- نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص427.

(4)- عبد اللطيف قطيش، المرجع السابق، ص154.

(5)- إبراهيم طه الفياض، المرجع السابق، ص245.

الإدارة، إلا أن معظم العقود الإدارية الأخرى يستهدف المتعاقد من خلال إبرامها الحصول على مقابل نقدي من الإدارة[1].

ومن الأمور المسلم بها أن الشروط التي تتعلق بتحديد المقابل المالي(النقدي) في العقد، هي بصفة عامة شروط تعاقدية، ومن ثم لا تستطيع الإدارة تعديل تلك الشروط إلا بموافقة المتعاقد معها لكن هناك استثناء على هذه القاعدة، حيث تستطيع الإدارة المتعاقدة وبإرادتها المنفردة أن تعدل الرسوم التي يتقاضاها الملتزم من المنتفعين في عقود الامتياز دون حاجة لرضا المتعاقد لأن الشروط المتعلقة بتحديد الرسم في عقود الامتياز هي من قبيل الشروط اللائحية لا التعاقدية لذلك سميت رسما لا أجرا[2].

وعليه يتخذ المقابل المالي صورا متعددة في العقود الإدارية، فقد يكون مرتبا في حالة عقود التوظيف، وقد يكون ثمنا للبضائع الموردة وذلك في عقد التوريد أو ثمنا للأشغال التي قام المتعاقد بتنفيذها في عقد الأشغال العامة، وفي عقد الامتياز المرفق العام يتخذ المقابل المالي صورة الرسم الذي يفرضه المتعاقد مع الإدارة على جمهور المنتفعين وفقا للحدود المتفق عليها مع جهة الإدارة[3].

ولقد فصل المشرع الجزائري في كيفيات دفع (الثمن) في الصفقات العمومية في المواد من 108 إلى 123[4] من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، بما يعكس اهتمام المشرع بهذه المسألة خاصة في عقد الأشغال العامة أين تتعدد المهام ويرتفع مبلغ الصفقة ولذلك خصص المشرع 16 مادة لكيفيات الدفع وذلك لخطورتها فالأمر يتعلق بحقوق الخزينة العامة من جهة وحق المتعامل المتعاقد من جهة أخرى[5].

---

(1)- سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص556.

(2)- المرجع نفسه، ص558.

(3)- نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص430.

(4)- للمزيد في تفصيل مقدار الثمن وكيفية تحديده راجع المواد من 108 إلى 123 من المرسوم الرئاسي الجزائري رقم 15-247، المرجع السابق، يراجع أيضا في هذا الموضوع:

- سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، دراسة مقارنة، الرجع السابق، ص561 وما بعدها.

- نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص434.

(5)- عمار بوضياف، الصفقات العمومية في الجزائر، حسب المرسوم الرئاسي (08-338)، المرجع السابق، ص 136.

الفرع الثاني

حق المتعاقد في الحصول على التعويض

مما لا شك فيه أن العقد الإداري يولد التزامات عقدية بين طرفيه، سواء لجهة الإدارة أو المتعاقد معها، وإذا كانت الإدارة تستمد حقوقها وامتيازاتها من فكرة المحافظة على سير المرافق العامة بانتظام واطراد تحقيقا للمصلحة العامة، فان المتعاقد معها يستمد حقوقه أساسا من العقد ذاته وبتالي يتعين على الإدارة الوفاء بالتزاماتها العقدية تحت طائلة إلزامها بالتعويض في حال إخلالها بهذه الالتزامات، إذ يحق للمتعاقد معها مطالبتها بالتعويض عن الأضرار اللاحقة به جراء إخلالها بالتزاماتها التعاقدية، أو مساهمتها في الإخلال بالعقد الإداري[1].

فالإدارة إذا خالفت التزاماتها التعاقدية، فمن واجب المتعامل المتعاقد أن لا يتعامل معها بالمثل ويمتنع عن تنفيذ التزاماته، بل عليه أن يتابع تنفيذها ويطالب بالتعويض جراء الأضرار التي لحقت به والتي تسببت فيها الإدارة بفعل عدم تنفيذها لالتزاماتها، وله الحق أن يطلب بفسخ العقد أمام القضاء المختص[2]، وعليه إذا ما تسببت الإدارة بإحداث ضرر للمتعامل المتعاقد كان من حقه المطالبة بالتعويض، وفي جميع الأحوال يجب على المتعاقد أن يثبت خطا الإدارة أو تجاوزها لأحد شروط العقد[3].

وإذا كان حصول المتعامل المتعاقد مع الإدارة على التعويض من الأمور المسلم بها، فإن القضاء الإداري المصري[4] اعتبر اشتراط الإدارة في العقد الإداري، شرطا يعفيها إعفاء مطلقا من أية مسؤولية اتجاه المتعاقد معها، للتحلل من تبعية تقصيرها في تنفيذ العقد وفي تعويض المتعاقد

---

(1)- نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص513.

(2)- المرجع نفسه، ص517.

(3)- عمار بوضياف، الصفقات العمومية في الجزائر، حسب المرسوم الرئاسي (08-338)، المرجع السابق، ص 140.

(4)- استقر القضاء الإداري في مصر بعدم إعفاء الإدارة من مسؤولية تقصيرها في تنفيذ التزاماتها العقدية، ومن أمثلة ذلك حكم صادر عن محكمة القضاء الإداري المصري في1968/6/3م، جاء فيه " من المبادئ المستقرة في الفقه والقانون الإداري أن إعفاء جهة الإدارة نفسها من المسؤولية قبل المتعاقد معها إعفاءا مطلقا يعتبر شرطا باطلا لمخالفته القانون ولا يعتد به، إذ انه من المبادئ المسلمة في القانون الإداري ثبوت حق المتعاقد مع جهة الإدارة في التعويض..." حكم مشار إليه من قبل – نصر الدين بشير، المرجع السابق، ص184.

معها، شرطا باطلا لمخالفته للقانون ولا يعتد به، لذلك فلا يمكن أن ينص في العقد على إعفاء جهة الإدارة عن مسؤوليتها في تأخير المتعاقد عن التنفيذ، نتيجة عدم دفع المقابل المادي وكذا لا يمكن إعفائها من التعويض مقدما، حيث أن التعويض يمثل الحافز للمتعاقد بأن لا يتوقف عن التنفيذ رغم تقصير جهة الإدارة، لشعوره بأنه سيتقاضى التعويض المناسب، فتطمئن نفسه ويستمر في التنفيذ متعاونا مع جهة الإدارة في تسير المرفق العام[1].

نفس الاتجاه نجده عند المشرع الفرنسي، حيث استقر الأمر على عدم مشروعية الاستبعاد المطلق لمسؤولية الإدارة، فيؤكد هذا الطرح ما ذهب إليه الفقيه الفرنسي أندري دي لوبادير بأنه لا يمكن للمتعاقد، قانونا أن يتنازل بصفة مطلقة عن المطالبة بالتعويض عن أي ضرر قد يصيبه بفعل نظرية الأمير(نظرية المخاطر) أثناء قيامه بتنفيذ عقده المبرم مع الإدارة، بل يعتبر مثل هذا الشرط غير مشروع[2].

ويشترط لقيام مسؤولية الإدارة عن أعمالها التعاقدية ومطالبتها بالتعويض وجود خطأ من جانبها تولد عنه ضرر للمتعاقد معها، ويفترض بهذا الضرر الذي يبرر التعويض أن يكون شخصيا ومباشرا أي أصاب المتعاقد مع الإدارة شخصيا وساهم في إلحاق الغبن أو الخسارة المادية به، وقد يتخذ الخطأ من جانب الإدارة صورا عدة، منها تأخرها في تنفيذ التزاماتها العقدية في المواعيد المتفق عليها أو امتناعها عن تنفيذ التزاماتها العقدية[3] مثل عدم وضع محل العمل تحت تصرف المتعاقد معها من خلال تأمين الطريق المؤدية إليه.

---

(1)- نصر الدين بشير، المرجع السابق، ص183.

(2)-*De laubadére André, traite théorique et pratique des contrats administratifs, tomes,3,misc a jour L.G.D.A, paris 1956, p 68.*

(3)- من أمثلة امتناع الإدارة عن تنفيذ التزاماتها العقدية، قرار رقم 836 راجع لمجلس شورى اللبناني بتاريخ 1995/6/28 جاء فيه " وبما أن انجاز الطريق في فترة معقولة تلي توقيع العقد مع الشركة المستدعية لم يكن خارجا كليا عن إرادة الإدارة وفي كل الأوقات، وبما انه لا يصح الاعتداد بالقوة القاهرة لعدم توفر شروطها، وبما أن عدم انجاز الطريق إنما يعتبر ناجما عن فعل الإدارة ... وبما أن الإدارة تسأل عن الضرر الذي يلحق بالملتزم بسبب فعلها المتمثل في عدم وضع العمل بتصرفه من خلال تامين الطريق المؤدية إليه وبما أن تأجيل الأشغال وعدم حصولها كليا إنما ناتج عن خطا الإدارة لعدم اتخاذها الاحتياطات اللازمة لضمان سير العمل كتامين شق طريق ترابية على الأقل قبل توقيع العقد مع الشركة المستدعية، وبما انه واستنادا إلى كل ما تقدم يكون طلب الشركة المستدعية بفسخ العقد على مسؤولية الإدارة، في موقعه القانوني ويبرر المطالبة بالتعويض." قرار مشار إليه من قبل – نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص525.

ويمكن أيضا قيام مسؤولية الإدارة ومطالبتها بالتعويض عندما تكون هناك أعمال إضافية خارج نطاق التزامات المقررة في العقد الأصلي، نفذها المتعاقد مع الإدارة وتكون هذه الأعمال مفيدة ونافعة تؤدي إلى الهدف الذي تسعى إليه الإدارة وهو تحقيق المصلحة العامة وتحقيق كسب، فهي ذات فائدة ولازمة للمرفق العام، في هذه الحالة يمكن للمتعاقد مع الإدارة مطالبتها بتعويضه عما تكلفه في هذه الأعمال والخدمات على أساس قاعدة الإثراء بلا سبب[1].

الفرع الثالث

حق المتعاقد في ضمان التوازن المالي للعقد

بالإضافة إلى حقوق المتعاقد المألوفة الأخرى والتي اشرنا إليها سابقا، مثل الحق في الحصول على المقابل المالي وحقه في اقتضاء التعويض، وغير ذلك من الحقوق الأخرى التي يرتبها العقد الإداري و ينص عليها، هناك أيضا حقوق للمتعاقد لا يستمدها من نصوص في العقد، وإنما هي مقررة له بغير نصوص متفق عليها، وهي كذلك حقوق غير معروفة في مجال عقود القانون الخاص.

وأهم هذه الحقوق، حق المتعاقد مع الإدارة في طلب إعادة التوازن المالي للعقد وبيان ذلك أنه حين يتعاقد المتعامل المتعاقد مع الإدارة، يضع في حساباته مقدار ما سيتكلفه، وما سيعود عليه من ربح، متخذا من الأسعار والظروف الاقتصادية السائدة وقت التعاقد أساسا لتقديراته، فإذا ما وقع تغير في الأسعار والظروف الاقتصادية، نتيجة عمل إداري أو سيادي أو بفعل ظروف طبيعية أو غير ذلك، يترتب على ذلك تغير أساس حسابات المتعاقد، ويتعرض لخسائر قد تكون فادحة، هنا يكون للمتعاقد أن يطلب من الإدارة تعديل

---

(1)- إبراهيم محمد علي، آثار العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003، ص197.

ولتفصيل أكثر في موضوع قاعدة الإثراء بلا سبب، وشروط تطبيقها، أنظر:

- عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، المجلد الثاني، ط3، دار النهظة العربية، القاهرة، 1981، ص 1564 وما بعدها.
- عبد الرؤوف هاشم بسيوني، شبه العقد في القانون الإداري، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2007، ص109 وما بعدها
- محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، دار الهدى، عين مليلة، د.ن، ص 250.
- نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص549.

شروط العقد المالية، ومد يد العون له، ارتكازا إلى تحقيق العدالة ليعود التوازن المالي للعقد، ليتمكن المتعاقد مع الإدارة من الاستمرار في تنفيذ العقد[1].

إن التوازن المالي في العقود الإدارية يشمل بالمفهوم الواسع كامل الحالات التي يحق فيها للمتعاقد مع الإدارة التعويض عن خسائره، إما بسبب تصرف الإدارة الخاطئ معه خلال تنفيذه للعقد وإما بسبب القرارات الإدارية التي صدرت من جانب الإدارة والتي تجعل تنفيذ العقد أكثر إرهاقا له وإما بسبب ظروف خارجة عن المتوقع لا دخل للإدارة في حدوثها زادت من حدة الأعباء الملقاة على عاتق المتعاقد مع الإدارة[2]، وقد طرحت عدة نظريات من قبل القضاء الإداري الفرنسي لإعادة التوازن المالي للعقود الإدارية للتغلب على الصعوبات والمشاكل التي تواجها هذه الأخيرة حفاظا على سير المرافق العامة بانتظام واطراد، وعليه سوف نتطرق لهذه النظريات بإيجاز:

أولا: نظرية عمل الأمير(المخاطر الإدارية)

يقصد بعمل الأمير أو نظرية المخاطر الإدارية: جميع الأعمال والإجراءات الإدارية[3] المشروعة الصادرة عن الإدارة المتعاقدة والتي تؤدي إلى آثار ضارة بالمتعاقد تتجلى في زيادة أعبائه عما هو محدد في العقد، وينشئ فعل الأمير التزاما على عاتق الإدارة المتعاقدة بتعويض المتعاقد معها عن كافة الأضرار التي لحقت به نتيجة هذه الأعمال، بما يعيد التوازن المالي للعقد[4].

كما عرفت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في مصر نظرية عمل الأمير بقولها " صدور إجراء خاص أو عام من جانب جهة الإدارة المتعاقدة، لم يكن متوقعا وقت التعاقد، يترتب عليه إلحاق ضرر خاص بالمتعاقد لا يشاركه فيه سائر من مسهم هذا الإجراء..."[5].

---

(1)- محمد الشافعي أبو راس، المرجع السابق، ص 104.

(2)- نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص604.

(3)- قد تكون هذه الأعمال الصادرة من جهة الإدارة المتعاقدة عبارة عن لائحة أو تشريع أو قرار فردي.

(4)- فواد عزوزي، دور القضاء الإداري في حماية حقوق أطراف العقد الإداري، قاضي بالمحكمة الإدارية بفاس، ص32، موقع الكتروني **www.csribd.com/doc/292954932.** تاريخ الاطلاع على الموقع 2016/10/4 على الساعة 13:20.

(5)- نعيم عطية و حسن الفكهاني، الموسوعة الإدارية الحديثة، الجزء الثامن عشر، ملف رقم 46/1/78، الدار العربية للموسوعات، القاهرة، 2000. ص875.

وتعتبر نظرية عمل الأمير من النظريات التي ابتدعها مجلس الدولة الفرنسي، وهي أول النظريات التي أراد بها القضاء الإداري الفرنسي إقامة التوازن المالي في العقد الإداري، بين التزامات وحقوق المتعاقد مع الإدارة[1]، وهناك شروط لتطبيق نظرية عمل الأمير أو نظرية المخاطر الإدارية كما جاءت تسميتها من قبل المحكمة الإدارية المصرية تتمثل في[2] :

1- أن يكون ثمة عقد من العقود الإدارية.

2- أن يكون الفعل الضار صادرا من جهة الإدارة المتعاقدة.

3- أن ينشأ عنه ضرر للمتعاقد لا يشترط فيه درجة معينة من الجسامة.

4- افتراض أن الإدارة المتعاقدة لم تخطئ حين اتخذت عملها الضار فمسؤوليتها بلا خطأ.

5- أن يكون الإجراء الصادر من الإدارة غير متوقع.

6- أن يلحق المتعاقد ضرر خاص لا يشاركه فيه سائر من يمسه القرار العام.

ويترتب على توفر شروط تطبيق نظرية فعل الأمير إعادة التوازن المالي للعقد عن طريق تعويض المتعاقد عن الأضرار التي لحقت به نتيجة الإجراء المشروع الذي أصدرته، تعويضا كاملا[3]، ومن التطبيقات لنظرية عمل الأمير، التي يجب أن يتوافر فيها الشروط السابقة منها[4]:

1- تعديل شروط العقد على نحو يؤثر في ظروف تنفيذه ويؤدي إلى الإخلال بالتوازن المالي للعقد.

2- إصدار قرارات فردية تؤثر مباشرة على العقد، كان تقوم الإدارة المتعاقدة، كسلطة ضبط إداري، بفرض قيود خاصة على المتعاقد معها في عقد الأشغال العامة بغرض حماية المواطنين.

---

(1)- نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص697.

(2)- نصر الدين بشير، المرجع السابق، ص439.

(3)- سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 628.

(4)- محمد فؤاد عبد الباسط، أعمال السلطة الإدارية (القرار الإداري. العقد الإداري)، مكتبة الهداية، الإسكندرية، 1989، ص 468.

3- أعمال مادية تقوم بها الإدارة المتعاقدة وتؤدي إلى جعل تنفيذ العقد الإداري أكثر إرهاقا بالنسبة للمتعاقد معها.

4- اتخاذ إجراءات عامة، قانون أو لائحة تطبق على المتعاقد مع الإدارة وغيره، وإنما يجب أن يترتب عليها في هذه الحالة أن يلحق بالمتعاقد مع الإدارة بالذات ضرر خاص متميز عن ذلك الذي يلحق ببقية الأفراد، ومن أمثلة ذلك صدور قرار برفع قيمة الرسوم الجمركية على الآلات و الأدوات التي يستخدمها المتعاقد، أو صدور قانون أو لائحة يفرض على المتعاقد أسلوب عمل يتميز بتكلفته المرتفعة، أو صدور تشريع يرفع الحد الأدنى لأجور العمال أو تخفيض ساعات العمل، وصدور قرار يرفع أسعار المواد الأولية والتي يستخدمها المتعاقد في تنفيذ العقد، الأمر الذي يجعل هذه الإجراءات أيا كان شكلها، تأتي بأعباء مالية على عاتق المتعاقد الأمر الذي يختل به التوازن المالي للعقد، لهذا استقر الفقه والقضاء في كل من مصر وفرنسا على أحقية المتعاقد في تعويض كامل عما ينزل به من أضرار نتيجة هذه الإجراءات إعمالا لقواعد العدالة، حتى لا يترتب على هذه الإجراءات عجز المتعاقد عن تنفيذ التزاماته بما يمس بسير المرافق العامة وانتظامها[1].

ثانيا: نظرية الظروف الطارئة

قد تطرأ أثناء تنفيذ العقد الإداري ظروف غير متوقعة خارجة عن إرادة المتعاقد والإدارة ويكون من شانها أن تجعل تنفيذ الالتزام أكثر كلفة وإرهاقا وليس مستحيلا، وتؤدي إلى قلب اقتصاديات العقد، مما ينعكس سلبا على سير المرفق العام وانتظامه في حال تعثر المتعاقد عن متابعة التنفيذ، لذلك أنتج القضاء الإداري الفرنسي نظرية الظروف الطارئة لإعادة التوازن المالي للعقد الإداري وذلك لمساعدة المتعاقد ليتمكن من متابعة التنفيذ وتعويضه عن الأضرار التي أصابته، مما يساهم بعدم توقف المرفق العام محل العقد[2].

حيث أن نظرية الظروف الطارئة لم تلقى مكانها في القضاء المدني الفرنسي، إلا أنه في ظل قضائه الإداري وجدت مكانا فيه واعتنقها القضاء الإداري الفرنسي وطبقها في أحكامه وهدفه هو

(1)- محمد الشافعي أبو راس، المرجع السابق، ص 106.

(2)- نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص730.

ضمان سير المرافق العامة بالدولة، والسبب في تبني القضاء الإداري الفرنسي لنظرية الظروف الطارئة يرجع إلى عدم تقيد هذا القضاء بالنصوص التشريعية الجامدة كما هو الحال في القضاء المدني[1].

وقد ارتبطت النشأة القضائية لنظرية الظروف الطارئة بالحكم الشهير لمجلس الدولة الفرنسي الصادر بتاريخ 30 مارس 1916م في قضية غاز بوردو، وقد اشتمل هذا الحكم على معظم الأحكام الرئيسية والتفصيلية لهذه النظرية من حيث شروط تطبيقها ونتائجها القانونية حيث يعتبر هذا الحكم السبب المباشر لنشوء هذه النظرية[2].

أما فيما يخص المشرع المصري فقد أخذ بنظرية الظروف الطارئة وذلك في نص المادة 147 الفقرة الثانية من القانون المدني المصري جاء فيها ما يلي " ...ومع ذلك، إذا طرأت حوادث استثنائية عامة، لم يكن في الوسع توقعها، وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي وإن لم يصبح مستحيلا، صار مرهقا للمدين، بحيث يهدده بخسارة فادحة، جاز للقاضي، تبعا للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين، أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك." ومما يستنتج من نص المادة السابقة أن نظرية الظروف الطارئة في مصر مقررة بنصوص تشريعية، ليست خاصة بالعقود الإدارية فحسب وإنما خاصة بالعقود المدنية أيضا.

---

(1)- سمير عثمان اليوسف، نظرية الظروف الطارئة وأثرها في التوازن المالي للعقد، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2005، ص37.

(2)- وتتلخص وقائع هذا الحكم الشهير في أن شركة الإضاءة لمدينة بوردو التزمت بمقتضى عقد امتياز بتوريد الكهرباء والغاز للمدينة لمدة 30سنة بسعر محدد وبسبب ظروف الحرب العالمية الأولى ارتفعت أسعار الفحم الذي يستخرج منه الغاز، ووجدت الشركة أن الأسعار التي تتقاضها من المنتفعين لا تغطي نفقاتها وإنها مهددة بخسارة جسيمة قد تعوقها عن المضي في تقديم خدماتها للمنتفعين أن هي تقيدت بالأسعار، فلما رفع النزاع لمجلس الدولة الفرنسي، قضى المجلس بتعديل العقد المبرم بين الإدارة والشركة المتعاقدة بما يتناسب والأسعار الجديدة، مؤداه انه إذا طرأت ظروف جديدة لم يكن في الإمكان توقعها، وكان من شانها زيادة الأعباء الملقاة على عاتق الملتزم إلى حد الإخلال بتوازن العقد إخلالا جسيما، فان ذلك ما يبرر أن تساهم جهة الإدارة ولو مؤقتا في تحمل جزء من الخسارة التي تلحق المتعاقد من جراء هذه الظروف. حكم مشار إليه من قبل – نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص732، ولتفصيل أكثر في موضوع نشأة نظرية الظروف الطارئة في فرنسا و في الدول العربية وكيفية توقيع غرامة التأخير في ظل هذه النظرية يرجى مراجعة المقالة التالية:

- خالد خليفة، محمد بودالي، أثر الظروف الطارئة على تطبيق غرامة التأخير في مجال الصفقات العمومية، **مجلة الدراسات الحقوقية**، المجلد السابع، العدد الثاني، تصدر عن جامعة الدكتور مولاي الطاهر، سعيدة، جوان 2020.

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فلم يخرج عن المألوف وذهب حذو ما ذهب إليه المشرع المصري بالأخذ بنظرية الظروف الطارئة حيث بدا جليا تأثرهما بالاتجاه الذي أخذ به المشرع الفرنسي، حيث جاءت المادة 107 الفقرة الثالثة من القانون المدني الجزائري[1]، مطابقة لنص المادة 147 الفقرة الثانية من القانون المدني المصري مع إدخال بعض التعديلات الشكلية دون الإخلال بجوهر النص.

ومما سبق نستنتج تعريف لنظرية الظروف الطارئة أوجزته المحكمة الإدارية العليا في مصر في حكم لها جاء فيه "... فمفاد نظرية الظروف الطارئة أنه إذا طرأت أثناء تنفيذ العقد الإداري ظروف أو أحداث لم تكن متوقعة عند إبرام العقد فقلبت اقتصادياته وإذا كان من شان هذه الظروف أو الأحداث أنها لم تجعل تنفيذ العقد مستحيلا بل أثقل عبئا وأكثر كلفة مما قدره المتعاقدان التقدير المعقول وكانت الخسارة الناشئة عن ذلك تجاوز الخسارة المألوفة العادية التي يحتملها أي متعاقد إلى خسارة فادحة استثنائية وغير عادية فإن من حق المتعاقد المضار أن يطلب من الطرف الآخر مشاركته في هذه الخسارة التي تحملها فيعوضه عنها تعويضا جزئيا"[2].

وعليه فإن نظرية الظروف الطارئة تفترض أن هناك عقودا يتراخى فيها التنفيذ إلى أجل أو آجال، ويحصل عند حلول أجل التنفيذ أن تكون الظروف قد تغيرت بسبب حادث لم يكن متوقعا فيصبح تنفيذ الالتزام شاقا على المدين ومرهقا له إلى الحد الذي يجعله مهددا بخسارة فادحة دون أن تبلغ درجة القوة القاهرة التي تجعل تنفيذ الإلزام مستحيلا[3].

ولتطبيق نظرية الظروف الطارئة لابد من توافر الشروط التالية:

---

(1)- نصت المادة 107 الفقرة الثالثة من القانون المدني الجزائي الصادر، بالأمر رقم 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975م، الموافق 20 رمضان 1395ﻫ، المتضمن القانون المدني، ج.ر عدد 78، سنة 1975 المعدل والمتمم، ما يلي " غير انه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة، لم يكن في الوسع توقعها، وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي وان لم يصبح مستحيلا، صار مرهقا للمدين، بحيث يهدده بخسارة فادحة، جاز للقاضي، تبعا للظروف، وبعد مراعاة لمصلحة الطرفين، أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك."

(2)- حكم صادر عن المحكمة الإدارية العليا في مصر رقم 46 بتاريخ 1972/6/17م، تمت الإشارة إليه، من قبل- نصر الدين بشير، المرجع السابق، ص193.

(3)- عبد الرزاق احمد السنهوري، المرجع السابق، ص515.

1- **أن تظهر خلال تنفيذ العقد الإداري حوادث أو ظروف استثنائية طبيعية أو اقتصادية أو إدارية**، ومثال عن هذه الظروف، الأزمات الاقتصادية والحروب والكوارث الطبيعية كالزلازل والفيضانات، وعموما كل ظرف من شانه إلحاق خسائر فادحة تختل معها التزامات الطرفين في العقد فيكون مبررا لطلب المتعاقد من جهة الإدارة المشاركة في تحمل الأعباء الإضافية[1].

2- **أن تصيب الظروف الاستثنائية المتعاقد مع الإدارة بخسائر فادحة وجسيمة** تجاوز الخسائر الطبيعية التي يمكن احتمالها على نحو يختل معه التوازن المالي للعقد اختلالا جسيما.

3- **ألا يكون الظرف الطارئ متوقعا عند التعاقد** وإلا فقد صفة الظرف الطارئ، كما أنه لا ينبغي أن يكون بالإمكان دفعه أو تداركه[2].

4- **وقوع الحدث الطارئ خلال تنفيذ العقد**، حيث يجب أن يقع الظرف الطارئ في مدى زمني محدد بين مدة تنفيذ العقد وقبل تمامه.

5- **أن يكون الظرف الطارئ خارجا عن إرادة طرفي العقد**، فالمتعاقد الذي يتسبب في ظرف طارئ لا يمكنه الاستفادة من إعادة التوازن المالي للعقد.

6- **الاستمرار في تنفيذ العقد عند وقوع الظرف الطارئ**، حيث يجب على المتعاقد أن يواصل التنفيذ رغم الظرف الطارئ مادام التنفيذ في حد ذاته ممكنا ولم يتحول الظرف الطارئ إلى قوة قاهرة تحول دون تنفيذ العقد[3].

7- **وأخيرا يجب أن يتحقق وقوع الضرر**، فالقاعدة العامة أنه لا تعويض عن أضرار محتملة، قد تقع وقد لا تقع، إذا توافرت هذه الشروط مجتمعة، كنا في دائرة نظرية الظروف الطارئة بكل أحكامها وشروطها[4].

---

(1)- صدراتي صدراتي، **نظرية التوازن المالي للعقد الإداري**، رسالة ماجستير في العلوم الإدارية، المعهد الوطني للتعليم العالي للعلوم الاقتصادية والحقوق، باتنة، 1987، ص120.

(2)- فواد عزوزي، المرجع السابق، ص39.

(3)- نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص764.

(4)- محمد الشافعي أبو راس، المرجع السابق، ص 112.

وفي الأخير إذا توافرت هذه الظروف مجتمعة فإنه يتعين على جهة الإدارة أن تعوض المتعاقد معها بالقدر الذي يمكنه في الاستمرار في تنفيذ العقد الإداري بحيث تشاركه في تحمل ما لحقه من خسارة مع مراعاة الظروف التي أبرم فيها العقد أي أن التعويض هنا يكون جزئيا[1].

وعليه فإن حق التعويض الذي اكتسبه المتعاقد مع الإدارة هو حق مؤقت ينقضي بانقضاء الظرف الطارئ الذي تسببت في الخسارة الفادحة، وفي حالة بقاء الظرف الطارئ مستمرا لمدة طويلة، فإنه يحق لطرفي العقد أن يبرما عقد إداري آخر، حسب الظروف المستجدة أو أن يطلبا من القضاء الإداري الحكم بفسخ العقد وفقا لما قضى به مجلس الدولة الفرنسي[2].

ثالثا: نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة

يعرف الدكتور نصري منصور النابلسي نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة بأنها " يقصد بنظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة، مواجهة المتعاقد عند تنفيذ العقد لصعوبات مادية، لم يتوقعها عند إبرام العقد، ولم يكن بالوسع توقعها، ومن شأن هذه الصعوبات زيادة التكاليف عن الحد المقرر في العقد وبالتالي تجعل متابعة التنفيذ مرهقا للمتعاقد مع الإدارة لأنه سيكون أكثر كلفة عليه ويترتب على توافر شروطها وجوب استمرار المتعاقد مع الإدارة في تنفيذ التزاماته التعاقدية، وحقه في الحصول على تعويض مقابل ما تحمله من نفقات إضافية لمواجهة تلك الصعوبات."[3]

ما يمكن ملاحظته من هذا التعريف لنظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة أنه هناك تشابه بينها وبين نظرية الظروف الطارئة، خاصة في بعض الشروط وفي اقتضاء التعويض من قبل المتعاقد مع الإدارة.

وتعتبر نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة من صنع مجلس الدولة الفرنسي، وقد أنشاها منتصف القرن19 وكان أول حكم قضائي يبرز هذه النظرية بوضوح هو حكم "Duché" الصادر في24 جوان1864، حيث انتهي مجلس الدولة الفرنسي في هذا الحكم إلى تعويض المتعاقد مع

(1)- فواد عزوزي، المرجع السابق، ص40.

(2)- Rivero jean, Droit Administratif, Dalloz , L.G.D.J, Paris, 1985, pp. 124- 125.

(3)- نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص607.

الإدارة عن أية صعوبات مادية غير متوقعة واجهته أثناء تنفيذ العقد لكي يتمكن من الاستمرار في تنفيذ العقد[1].

وترتبط نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة بالعقود الإدارية عامة وبعقد الأشغال العامة خاصة وذلك لما تحمله من ظروف تنفيذ لم تكن متوقعة أثناء تنفيذ التعاقد، وتشكل بذاتها عبئا جسيما على المتعاقد، إذ تؤدي إلى جعل تنفيذ التزاماته العقدية أكثر إرهاقا وصعوبة مما يؤدي ذلك إلى تأخر المتعاقد عن المواعيد المحددة للتنفيذ[2].

وتتعدد مصادر الصعوبات المادية الغير متوقعة التي تواجه المتعاقد، فقد يكون مصدرها ظواهر طبيعية غير متوقعة مثل وجود طبقات صخرية من النوع القاسي عند حفر آبار تحتاج إلى آلات خاصة في قطعها أو وجود طبقات غزيرة من المياه الجوفية عند وضع أساس مشروع عام عند بدا المقاول في عملية الحفر مما يتسبب في إرهاق المقاول ماليا بما يتكلفه من نفقات رفع هذه المياه أو انهيار التربة بشكل غير مألوف عند تعبيد أحد الشوارع وذلك في عقود الأشغال العامة[3].

وقد أخذ القضاء الإداري المصري بهذه النظرية مسترشدا بنظيره القضاء الإداري الفرنسي ومن أمثلة ذلك حكم لمحكمة القضاء الإداري المصري أوضحت فيه المحكمة معالم نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة بوضوح ومما جاء فيه " ومن حيث أن المدعي يؤسس طلب التعويض في هذه الحالة على النظرية المعروفة بنظرية الصعوبات غير المتوقعة وهي من النظريات التي ابتكرها الفقه والقضاء الإداري، ومقتضاها أنه عند تنفيذ العقود الإدارية، وبخاصة عقود الأشغال العامة، قد تطرأ صعوبات مادية استثنائية لم تدخل في حساب طرفي العقد وتقديرهما عند التعاقد، وتجعل التنفيذ أشد وطأة على المتعاقد مع الإدارة وأكثر كلفة، فيجب من باب العدالة تعويضه عن ذلك بزيادة الأسعار المتفق عليها في العقد زيادة تغطي جميع الأعباء والتكاليف التي تحملها، اعتبارا بأن الأسعار المتفق عليها في العقد لا تسري إلا على الأعمال العادية المتوقعة فقط ...."[4].

(1)- محمد انس جعفر، المرجع السابق، ص205.

(2)- نصر الدين بشير، المرجع السابق، ص444.

(3)- نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص623.

(4)- محمد الشافعي أبو راس، المرجع السابق، ص113.

و يستنتج من الحكم السابق لمحكمة القضاء الإداري المصري أن هناك شروط لتطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة تتمثل في ثلاثة شروط[1]:

1- **أن تكون الصعوبات المادية غير المتوقعة صعوبات مادية وغير عادية واستثنائية** وهذا الشرط مركب بمعني أن تكون هذه الصعوبات أو العقبات مادية لأنها إن لم تكن مادية فإنها تخرج من نطاق هذه النظرية وتدخل في نطاق نظريات أخري مثل نظرية عمل الأمير إذا توافرت شروطها وهذه الصعوبات المادية ترجع في أغلب الحالات إلى ظواهر طبيعية، كأن يفاجأ المتعاقد بوجود طبقات غزيرة من المياه تحتاج إلى نفقات غير عادية لأجل سحبها[2]، وأن تكون هذه الصعوبات غير عادية واستثنائية أي مما لا يجري العمل ويتواصل ظهورها فتصبح عادية ومتوقعة لدى أطراف العقد وتفقد صفة الاستثناء، ومن ثمة لا تطبق هذه النظرية إذا كانت الصعوبات مجرد صعوبات أو عقبات عادية، فإذا لم تكن الصعوبات استثنائية أو غير عادية، يرفض طلب المتعاقد في الحصول على التعويض[3].

2- **الصعوبات المادية هي غير متوقعة من قبل أطراف العقد أثناء توقيع العقد الإداري** وفقا للظروف التي أبرم فيها العقد أما إذا كانت تلك الصعوبات متوقعة أو يمكن توقعها فلا مجال لتطبيق هذه النظرية، والقاعدة العامة أنه يجب على المتعاقد قبل إبرام العقد، أن يبذل الجهد المطلوب في الاطلاع على طبيعة الأرض في عقد الأشغال العامة وفق ما هو مطلوب من كل متعاقد حري به الإحاطة بكافة الأوضاع والصعوبات التي يمكن أن يصادفها عند تنفيذ التزاماته التعاقدية[4].

3- **الصعوبات المادية غير المتوقعة تلحق ضررا بالمتعاقد حيث** إذا ظهرت هذه الصعوبات واعترضت التنفيذ، فإنها قد تكون بسيطة بحيث يكون في مقدور المقاول أن يتغلب عليها ويستمر في التنفيذ دون تحمل أي نفقات إضافية، بما يعني عدم وقوع أية أضرار، هنا لا محل لتطبيق هذه النظرية لافتقاد ركن الضرر، حيث لا تظهر نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة إلا إذا تحقق

(1)- أنور احمد رسلان، نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة، **مجلة القانون والاقتصاد**، للبحوث القانونية والاقتصادية، مطبعة جامعة القاهرة، العدد الثالث والرابع، السنة الثامنة والأربعون، سبتمبر، ديسمبر 1978، ص24 وما بعدها.

(2)- صدراتي صدراتي، المرجع السابق، ص74.

(3)- أنور احمد رسلان، المرجع السابق، ص 30.

(4)- سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص721.

وقوع الضرر ويستوي أن يكون هذا الضرر جسيما أو طفيفا فالعبرة بمجرد تحقق الضرر لا بمقدار هذا الضرر[1].

كانت هذه هي مجمل الحقوق التي يتمتع بها المتعاقد مع الإدارة، وفيما يلي سوف نتطرق إلى سلطات الإدارة في مواجهة المتعاقد معها وذلك في المطلب الثالث.

المطلب الثالث

سلطات الإدارة في مواجهة المتعاقد معها

إن الأصل العام أو القاعدة التي تحكم العقود المدنية في القانون الخاص هي (العقد شريعة المتعاقدين) فلا يجوز كما هو معلوم نقضه أو تعديله أو إلغائه إلا بموافقة الطرفين المتعاقدين وإنها تطبق على كافة عقود القانون الخاص،لأن القانون الخاص يقوم على مبدأ المساواة بين أطرافه بحيث لا يكون لطرف في العقد حقوق أكثر من الطرف الآخر[2].

لكن تلك القواعد تتعطـــل في العقود الإدارية لأن القانون الإداري والقضاء الإداري يعتـــرف بحقوق وسلطات وامتيـازات اسـتثنائية، لكون من أهم سمات العقد الإداري تعلق موضوعه بتنظـيم وتسير المرفق العام إضافة إلى مبدأ قابلية المرفق العام للتغير والتعديل ومسايرة مقتضيات التجدد لتحقيق الصالح العام وإشـــــباع حاجات الجمهور، وعليه تتمتع الإدارة بسلطات حتى ولو لم ينص عليها العقد لأنهـا تتعلق بالنظام العام، فعدم تضمين العقد أي من هذه السلطات لا يعني أن الإدارة لا تســـــــــتطيع ممارستها كما لا يمكنها أن تتنازل عنها أو عن بعضها لكونها تعد حقوق لها في مواجهة المتعاقد معها وتستمدها من سلطاتها الدستورية والقانونية في تنظـــيم وإدارة المرافـــق العامة والتي هي محور نشاطها[3]، ولأجل تحديد سلطات الإدارة اتجـاه المتعاقد معها في مرحلة تنفيذ العقد فقد تم تقسيم هذا المطلب إلى أربعة فروع على النحو الأتي:

---

(1)- محمدالشافعي أبو راس، المرجع السابق، ص118.

(2)- حسـين درويـش، السـلطات المخولـة لجهـة الإدارة فـي العقـد الإداري، ط1، مكتبـة الانجلوالمصـرية، القـاهرة، 1961، ص23.

(3)- سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص ص430- 432.

الفرع الأول: سلطـة الرقابـة والتوجيـه

الفرع الثاني: سلطـة الإدارة في تـعديل الـعقد

الفرع الثالث: سلطـة الإدارة فـي إنهاء الـعقـد الإداري

الفرع الرابع: سلطـة الإدارة فـي توقيع الجـزاءات

الفرع الأول

سلطـة الرقابـة والتوجيـه

تتمتع جهة الإدارة المتعاقدة بسلطة مراقبة تنفيذ المتعاقد معها لالتزاماته، ذلك أنه مهما كانت حاجة الإدارة لمعاونة الأفراد في تنفيذ عمل ذي نفع عام فلا مناص في أنها مسؤولة أمام الجمهور عن حسن تنفيذ الخدمات العامة، كما أنها تتحمل مسؤولية الأضرار الناجمة عن تنفيذ المشروعات العامة على وجه سيء ولمواجهة هذه المسؤولية الملقاة على عاتقها فإنها تضطر إلى استخدام سلطات استثنائية لرقابة جميع العناصر بما فيها الملتزم في تنفيذ المشروع ومنه القول أن سلطات الإدارة في الرقابة والتوجيه هي سلطات أصيلة[1] إذ الهدف الذي تسعى إليها لإدارة المتعاقدة من وراء هذه الرقابة هو التحقق من أن تنفيذ العقد يتم طبقا للشروط الموضوعة له وهذا هو المعني الضيق لحق الرقابة وهو مرادف لمعنى الإشراف[2].

وقد تتم الرقابة بأعمال مادية كالتفتيش ودخول أماكن استغلال المرفق العام والمخازن والزيارات الميدانية والإحصائيات والفحص وقد تتم الرقابة أيضا في صورة أعمال قانونية كتعليمات أو أوامر تنفيذية أو إنذارات توجهها الإدارة للمتعاقد معها فالرقابة بهذا المعنى تتم أثناء التنفيذ بالاعتبار أنها حق مقرر للإدارة حتى ولو لم ينص عليه في العقد[3].

---

(1)- حسين درويش، السلطات المخولة لجهة الإدارة في العقد الإداري، المرجع السابق، ص34.

(2)- بن شعبان علي، **أثار عقد الأشغال العامة على طرفيه في التشريع الجزائري**، رسالة دكتوراه علوم في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة منتوري، قسنطينة، 2012، ص30.

(3)- نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص115 .

إن حق الرقابة والإشراف الذي تمارسه الإدارة يتجاوز المفهوم الضيق ويصل إلى حد سلطة التوجيه أي حق الإدارة في توجيه أعمال التنفيذ واختيار أنسب الطرق التي تؤدي إليه، حيث سلطة الرقابة التي تملكها الإدارة لا تقف عند تلك الحدود، أي أن حدود تنفيذ المتعاقد لالتزاماته يوجب العقد، بل يكون لها أكثر من ذلك بما يزيد على مجرد الرقابة والإشراف على التنفيذ، فيكون لها أن تتدخل لتغير من أوضاع تنفيذ التزامات المتعاقد معها حتى في حالات لم ينص عليها في العقد صراحة، ومثال ذلك أن تطلب الإدارة استعمال طريقة في التنفيذ غير الطريقة التي يقوم بها المتعاقد، وعندئذ تنقلب الرقابة المتمثلة في الإشراف على التنفيذ إلى توجيه المتعاقد[1].

إن حق الإدارة في الرقابة والتوجيه حق متعلق بالنظام العام، فلا يجوز التنازل عنه، بمعنى أنه إذا تنازلت الإدارة في العقد عن حقها في الرقابة والتوجيه على المتعاقد معها والإشراف عليه، كان الشرط باطلا لمخالفته النظام العام[2].

وقد حرص المشرع المصري في النص على سلطة الإدارة المتعاقدة في الرقابة والتوجيه وذلك في نص المادة 79[3] من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات المصري رقم 89 لسنة 1998م السابق الذي قرر إلزام المقاول بتنفيذ أوامر جهة الإدارة المتعاقد معها بإبعاد كل من يهمل أو يرفض تنفيذ التعليمات أو يحاول الغش، نفس الاتجاه سار عليه المشرع المصري في قانون للصفقات العامة الصادر سنة 2018 وذلك في نص المادة 105من اللائحة التنفيذية لهذا القانون[4].

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فقد حرص على تفعيل سلطة الرقابة والتوجيه وذلك في قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام الصادر بالمرسوم الرئاسي رقم 15-247، حيث

(1)- إبراهيم طه الفياض، المرجع السابق، ص168.

(2)- محمد الشافعي أبو راس، المرجع السابق، ص89.

(3)- نصت المادة 79 الفقرة الأولى من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات المصري رقم 89 لسنة 1998م ما يلي" يلتزم المقاول بإتباع جميع القوانين واللوائح الحكومية والمحلية ذات الصلة بتنفيذ موضوع التعاقد كما يكون مسئولا عن حفظ النظام بموقع العمل وتنفيذ أوامر الجهة الإدارية بإبعاد كل من يهمل أو يرفض تنفيذ التعليمات أو يحاول الغش أو يخالف أحكام هذه الشروط ...."

(4)- راجع نص المادة 105 من اللائحة التنفيذية للقانون رقم 182 الصدر سنة 2018، المرجع السابق.

خصص لهذه الرقابة فصل كامل تحت عنوان رقابة الصفقات العمومية[1]، حيث نصت المادة 156 من القسم التمهيدي ما يلي" تخضع الصفقات العمومية التي تبرمها المصالح المتعاقدة للرقابة قبل دخولها حيز التنفيذ وقبل تنفيذها وبعده، و تمارس عمليات الرقابة التي تخضع لها الصفقات العمومية في شكل رقابة داخلية ورقابة خارجية ورقابة الوصاية."

ويتضح من خلال نص هذه المادة أن المشرع الجزائـــــــري أكد على ضرورة ممارسة سلطة الرقابة في مختلف مراحل الصفقات العمومية التي تبرمها المصلحة المتعاقدة، وذلك بأن تكون هناك رقابة سابقة لمرحلة إبرام الصفقة ورقابة أثناء التنفيذ ورقابة بعد عملية التنفيذ.

وعليه فإن سلطة الرقابة والتوجيه التي تمارسها الإدارة المتعاقدة في كافة العقود الإدارية إنما تتأطر وتنطوي في كنف الهدف الذي تسعى إليه الإدارة دوما وهو تسيير المرافق العامة بانتظام واطراد وتحقيق المصلحة العامة بأفضل الوسائل[2].

الفرع الثاني

سلطة الإدارة في تعديل العقد

تعتبر سلطة التعديل بالإرادة المنفردة أخطر من سلطة الرقابة والإشراف في مواجهة المتعاقد مع الإدارة، وهذه السلطة الخطيرة يرد عليها النص صراحة في العقود الإدارية وفي دفاتر الشروط وتعتبر من قبيل الشروط الاستثنائية غير المألوفة التي تميز العقود الإدارية عن غيرها من العقود الأخرى، فالإدارة هنا لا تتدخل في مجال مسكوت عنه في العقد، وإنما تحاول أن تغير في الالتزامات التعاقدية المنصوص عليها إما بالزيادة أو النقصان ويمكن أن يرجع التعديل إلى عنصر من العناصر التالية[3]:

(1)- راجع نصوص المواد من 156 الى 202، الفصل الخامس من قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام الجزائري، الصادر بالمرسوم الرئاسي رقم 15-247، المرجع السابق، ص38.

(2)- نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص142.

(3)- سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص437.

1- كمية الأعمال أو الأشياء محل العقد.

2- شروط التنفيذ المتفق عليها.

3- مدة التنفيذ المتفق عليها في العقد.

ولا تثار مسألة سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري عند ورود نص صريح في العقد يجيز للإدارة التعديل من جهتها المنفردة، لأن المتعاقد مع الإدارة يقر مسبقا بحق الإدارة في التعديل، لكن قد يثار إشكال في حالة عدم وجود نص صريح يبيح للإدارة استعمال هذه السلطة في مواجهة المتعاقد معها، وعليه سوف نرى موقف الفقه الفرنسي ثم المصري و أخيرا موقف المشرع الجزائري من استعمال هذه السلطة:

أولا: موقف الفقه الفرنسي من سلطة التعديل

قد انقسم الفقه الفرنسي[1] بين مؤيد ومعارض وقسم مؤيد جزئيا في قضية إذا كان يعترف للإدارة بحق التعديل الانفرادي للعقد في الحالة التي لا ينص فيها العقد على هذا الحق أو التي لا تشير إليها القوانين واللوائح، لكن يبقى الرأي الراجح في الفقه الإداري الفرنسي أن الإدارة تملك حق التعديل في شروط العقد حتى ولو لم يرد نص عليه في العقد، ذلك بأن العقد إذا نص على هذا الحق فإنما يكون نصا إعلانيا وليس إنشائيًا، يكشف عن هذا الحق ولا ينشئه[2].

وجدير بالإشارة أن مجلس الدولة الفرنسي، كان قد اعترف للإدارة بسلطة تعديل عقودها الإدارية، ابتداء من سنة 1910م في القضية الخاصة بشركة ترام مرسيليا[3] المتعلقة بعقد التزام مرفق عام، ثم امتدت هذه السلطة لتمثل العقود الإدارية كافة، سواء عقود الأشغال العامة، أو عقود التوريد أو عقود الوظيفة العامة ونحو ذلك من العقود[4].

---

(1)- للتفصيل أكثر في موضوع الآراء الفقهية المؤيدة والمعارضة لسلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري، يراجع المؤلفات التالية: حسين درويش، السلطات المخولة لجهة الإدارة في العقد الإداري، المرجع السابق، ص ص48- 60.

- نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص ص 322-326.

(2)- عبد اللطيف قطيش، المرجع السابق، ص122.

(3)- حيث قرر هذا الحكم أن مدير مقاطعة الرون يجوز له قانونا أن يفرض على الشركة الملتزمة وهي ترام مرسيليا جدول مواعيد يتضمن عدد دورات اكبر من العدد المنصوص عليه بدفتر الشروط.

(4)- سعيد عبد الرزاق باخبيره، المرجع السابق، ص157.

ثانيا: موقف الفقه المصري من سلطة التعديل

أما في مصر فإن الاتجاه الغالب فيها فقها وقضاء وتشريعا هو قبول فكرة التعديل الانفرادي للعقد من جانب الإدارة وقد أكدت محكمة القضاء الإداري المصرية حق الإدارة في تعديل العقد من جهتها المنفردة، ومما جاء في حكم لها" تختلف العقود الإدارية عن العقود المدنية أنها تستهدف مصلحة عامة، حيث أن الإدارة وهي صاحبة الاختصاص في تنظيم المرفق وتحديد قواعد تسييره تملك حق تعديل العقد بما يلائم هذه الصورة ويحقق تلك المصلحة..."[1].

يتبنى أغلب الفقه المصري فكـــــرة تأســـــيس سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري على مقتضيات المرفق العام القابلة دائما للتغيير، وعلى الإدارة أن تسارع إلى الملائمة بين مقتضيات الحاجات المتجددة التي يشبعها المرفق العام بواسطة العقد الإداري وفي هذا السياق يؤكد الدكتور سليمان الطماوي على أن سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري إنما تقوم على احتياجـــات المرافق العامـــة فهي ليست مجرد مظهر للسلطة الإدارية التي تتمتع بها الإدارة، ولكنها نتيجة ملازمة لفكرة المرفق العام التي يرجع إليها معظم قواعد القانون الإداري[2].

وقد تعزز هذا الاتجاه بنص تشريعي، فقد نصت المادة 96 من اللائحة التنفيذية للقانون رقم 182 لسنة 2018 المتعلق بتنظيم التعاقدات على ما يلي "يجب على الجهة الإدارية تحديد احتياجاتها الفعلية والضرورية لسير العمل على أساس دراسة واقعية وموضوعية، ومع ذلك إذا استجد أثناء التنفيذ ما يوجب تعديل العقد فيتم التعديل بما لا يجاوز (25)% من كمية كل بند لعقود المقاولات، وبما لا يجاوز (15)%من كمية كل بند لباقي العقد مع تضمين شروط الطرح مضمون ذلك مع تعديل المدة المناسبة أو البرنامج الزمني، بحسب الأحوال، للتوريد، أو التنفيذ وبما يتناسب مع حجم التعديل، على أن تراعي إدارة التعاقدات الآتي:

1- وجود ضرورة وأسباب داعمة لتلك التعديلات.

2- الحصول على موافقة السلطة المختصة، أو مجلس الوزراء، بحسب الأحوال على التعديل.

---

(1)- نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص329.

(2)- سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص443.

3- أن تكون تلك التعديلات على بنود العقد الأصلي ذاته وبالشروط والمواصفات ذاتها والأسعار المتعاقد عليها...."

يبقى في الأخير أن نشير إلى أن سلطة الإدارة أو حقها في تعديل العقد الإداري، تعتبر سلطة أصيلة لا يجوز لها أن تتنازل عنها باعتبار هذه السلطة من الخصائص الأساسية للعقود الإدارية كما تعتبر من النظام العام[1].

ثالثا: موقف المشرع الجزائري من سلطة التعديل

الاهتمام نفسه الذي أولاه المشرع الجزائري لسلطة الإدارة المتعاقدة في تعديل العقد الإداري أثناء تنفيذه من قبل المتعاقد معها، وقد اعترف المشرع الجزائري بممارسة سلطة التعديل من قبل الإدارة وذلك عن طريق إبرام ملاحق[2] إذا كان هدفها زيادة الخدمات أو تقليلها أو تعديل بند أو عدة بنود تعاقدية في الصفقة، وهذا ما نصت عليه المواد من 135 إلى 139 من قانون الصفقات العمومية الجزائري وتفويضات المرفق العام لسنة 2015، وقد نصت المادة 135 من القانون السابق الذكر ما يلي: " يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تلجا إلى إبرام ملاحق للصفقة في إطار أحكام هذا المرسوم".

وباستقراء نصوص قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام يتضح لنا أن المشرع الجزائري بمقتضى هذه المواد لم يقف عند حد التعبير عن رغبته بالاعتراف للمصلحة المتعاقدة بهذه السلطة وإنما قام بتنظيم تفاصيلها وإيراد مبادئها و أحكامها، ولا شك أن سلطة التعديل التي تمارسها الإدارة أكثر خطورة من سلطة الرقابة، الأمر الذي جعل المشرع يرد عليها مجموعة من الشروط يضمن من خلالها للمتعاقد حماية حقه من تعسف المصلحة المتعاقدة، وهو ما سنوضحه بشي من الإيجاز:

(1)- محمود عاطف البنا، العقود الإدارية، دار الفكر العربي، ط1، القاهرة، 2007، ص225.

(2)- وقد فسرت المادة 136 الفقرة الأولى من قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام رقم 247/15 المقصود بالملحق جاء فيها " يشكل الملحق وثيقة تعاقدية تابعة للصفقة، ويبرم في جميع الحالات إذا كان هدفه زيادة الخدمات أو تقليلها و/ أو تعديل بند أو عدة بنود تعاقدية في الصفقة..."

1- **أن تطرأ مستجدات بعد إبرام الصفقة**[1]، حيث قد تتعاقد المصلحة المتعاقدة في ظروف معينة قد تتغيرفي مرحلة ما بعد توقيع الصفقة خاصة التي تأخذ زمنا طويلا في تنفيها كصفقات الأشغال العامة، فإذا تغيرت الظـــروف وجب الاعتراف للمصلحة المتعاقدة بحق تعديل الصفقة بما يتماشى مع الظروف الجديدة و يلبي حاجات المنتفعين من خدمات المرفق العام[2].

2- **تقيـد الإدارة بمبـدأ المشـروعية**، حيث يجب أن يصدر قرار الإدارة بالتعديل مستوفيا لأركانه أي طبقا للقواعد المعمول بها لصيانة مبدأ المشروعية، فيجب أن يصدر التعديل بالشكل الذي يحدده القانون وعن السلطة المختصة بإجرائه وأن تكون الغاية منه تحقيق الصالح العام للجمهور، وكل قرار يخالف قواعد المشروعية يعتبر قراراً باطلا[3]، فهناك بعض القواعد الخاصة بالنظام القانوني للعقد الإداري، قد نشأت عن طريق القوانين واللوائح لا يمكن للإدارة أن تعدلها وإلا اعتبر خرقا لمبدأ المشروعية، ومن أمثلة ذلك عقود التوظيف فهي ذات طابع تنظيمي في جزء كبير منها فلا يمكن تعديلها إلا بالطريق التنظيمي أو عن طريق السلطة المختصة بالتشريع إذا كانت ذات طابع تشريعي[4].

3- **اقتصار التعديل على نصوص العقد المتصلة بالمرفق العام**، إن أساس سلطة التعديل هو إشباع حاجات المرفق العام، وهذا الأساس يحدد نطاق التعديل أي مجاله أو محله[5] ويترتب على هذا القول أن سلطة الإدارة في تعديل عقودها الإدارية يجب أن يقتصر على النصوص المتصلة بتسيير المرفق العام أو بعبارة أخرى أن تقتصر سلطة التعديل على نصوص العقد التي تحدد الالتزامات التي يجب على المتعاقد التقيد بها لصالح المرفق العام، ومن ثم فلا يجوز أن تتناول سلطة التعديل الشروط التعاقدية أو النصوص المتعلقة

(1)- نصت المادة 136 من قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام لسنة 2015 ما يلي:" ...يمكن للمصلحة المتعاقدة، عندما تبرر الظروف ذلك، إبرام ملحق للصفقة تم تنفيذ موضوعها، لأداء خدمات أو اقتناء لوازم للتكفل بالنفقات الضرورية لضمان مواصلة المرفق العام الذي أنشئ من قبل..."

(2)- عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، دار جسور للنشر والتوزيع، ط3، الجزائر، 2011، ص205.

(3)- إبراهيم طه الفياض، المرجع السابق، ص195.

(4)- نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص341.

(5)- محمود عاطف البنا، المرجع السابق، ص232.

بالمزايا المالية والتي على أساسها قبل المتعاقد مع الإدارة إبرام العقد الإداري حيث لا يجوز تعديلها إلا برضا المتعاقد مع الإدارة[1].

4- **اقتصار التعديل على موضوع العقد**[2]، حيث من الطبيعي أن يقتصر حق الإدارة في التعديل على الشروط و الالتزامات المتصلة بموضوع العقد و خارج هذا النطاق فإن المتعاقد لا تربطه أي علاقة تعاقدية بالإدارة ومن ثم لا يجوز لها أن تفرض عليه التزامات خارج نطاق موضوع العقد[3] وعليه لا تستطيع المصلحة المتعاقدة أن تعدل أحكام العقد على نحو يغير موضوعها و إلا كنا أمام عقد جديد ذلك أن المتعاقد مع الإدارة عندما قبل التعاقد معها و التزم بتنفيذ مضمون العقد في آجال محددة، فإنه راعى في ذلك إمكانياته المالية والفنية، لهذا لا يمكن أن يتجاوز التعديل هذه الإمكانيات لأن ذلك سيؤدي إلى قلب اقتصاديات العقد رأسا على عقب و الإضرار بمصالح المتعاقد الذي يحق له في هذه الحالة المطالبة بفسخ العقد و الاتفاق المبرم بينه و بين الإدارة[4]، ومثال ذلك إذا كان موضوع العقد توريد علف للحيوانات، فلا يجوز للإدارة تعديل نصوص العقد بغرض إلزام المتعاقد بتوريد مواد الوقود اللازمة لسيارات نقل الحيوانات، فمثل هذا التعديل يغير موضوع العقد تماما[5].

5- **وهناك شروط أخرى** منها الحصول على موافقة السلطة المختصة[6] قبل تعديل العقد الإداري من قبل الإدارة المتعاقدة حيث يعتبر هذا الشرط منطقي، وأن يصدر التعديل خلال مدة تنفيذ العقد[7] ذلك أن العقد ينتهي بنهاية مدته، فإن قامت الإدارة بتعديل العقد بعد ذلك بغير محل فلا أثر له ولا قيمة له[8]، إلا في حالات استثنائية يجوز فيها تعديل العقد بعد نهاية مدته[9].

---

(1)- إبراهيم طه الفياض، المرجع السابق، ص193.

(2)- ومما جاء في نص المادة 136 من قانون الصفقات العمومية لسنة 2015 ما يلي: " ... وزيادة على ذلك لا يمكن أن يغير الملحق موضوع الصفقة أو مداها..."

(3)- محمود عاطف البنا، المرجع السابق، ص233.

(4)- سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص447.

(5)- إبراهيم طه الفياض، المرجع السابق، ص194.

(6)- راجع نص المادة 138 الفقرة الخامسة من قانون الصفقات العمومية الجزائري لسنة 2015، المرجع السابق.

(7)- راجع نص المادة 138 الفقرة الأولى من قانون الصفقات العمومية الجزائري لسنة 2015، المرجع السابق.

(8)- محمد الشافعي أبو راس، المرجع السابق، ص101.

(9)- هذه الحالات الاستثنائية نصت عليها المادة 138 الفقرة 4.3.2، السابقة الذكر وهي:

بصفة عامة هذه هي الشروط الأساسية التي يجب على الإدارة مراعاتها وهي تمارس سلطتها في تعديل نصوص العقد الإداري.

الفرع الثالث

سلطـة الإدارة فـي إنهاء الـعقـد الإداري

تتمتع الإدارة المتعاقدة بامتياز مهم في العقود الإدارية ألا وهو قدرتها على إنهاء العقد الإداري بناء على سلطتها التقديرية وبإرادتها المنفردة قبل إتمام العقد نهائيا، ودون أن يصدر خطأ من قبل المتعاقد معها، متى قدرت أن الصالح العام يقتضي ذلك، لكن يتعين على الإدارة وهي تمارس هذه السلطة الخطيرة أن تسعى إلى تحقيق صالح المرفق العام، بما لا يؤدي إلى الانحراف بالسلطة، لأن السلطة المخولة لها في هذا الصدد تقوم على أساس المرفق العام[1].

وتعددت الآراء حول تحديد الأساس القانوني لسلطة الإدارة في إنهاء عقودها الإدارية دون خطأ من المتعاقد، فمنهم من يرى أن هذا الأساس القانوني قائم على فكرة الصالح العام ومقتضيات سير المرافق العامة بانتظام، فيما يعتبر البعض الآخر أن حق الإدارة في الإنهاء يقوم على فكرة السلطة العامة، أما الرأي الغالب فيرى أن أساس حق الإدارة في إنهاء العقد الإداري قائم على فكرة المصلحة العامة[2] ومن المؤيدين لذا الطرح نجد الدكتور نصري منصور النابلسي ومما جاء في معرض حديثه " وفي رأينا أن الأساس القانوني لسلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري بدون خطأ من المتعاقد تقوم على أساس فكرة المصلحة العامة وسير المرافق العامة بانتظام، لأنه حتى في حال الأخذ بفكرة امتياز السلطة العامة فإن إنهاء العقد طبقا لهذه الفكرة يجب تقييده أيضاً بالمصلحة

– عندما يكون الملحق عديم الأثر المالي ويتعلق بإدخال أو تعديل بند تعاقدي أو أكثر غير البنود المتعلقة بآجال التنفيذ.

– إذا ترتب على أسباب استثنائية وغير متوقعة وخارجة عن إرادة الطرفين، اختلال التوازن الاقتصادي للعقد اختلالا معتبرا أو أدى إلى تأخير الأجل التعاقدي الأصلي.

– إذا لم يكن من الممكن، وبصفة استثنائية، إبرام الملحق محل ضبط الكميات النهائية للصفقة، في الآجال التعاقدية ، ويمكن إبرام هذا الملحق حتى بعد الاستلام المؤقت للصفقة، لكن و مهما كان الأمر، قبل إمضاء الحساب العام والنهائي.

(1)– نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص361.

(2)– من المؤيدين لسلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري انفراديا ودون خطا من المتعاقد على أساس المصلحة العامة، نجد الفقيه الدكتور سليمان محمد الطماوي.

العامة وحاجات المرفق العام، فالمنبت والأساس هو المصلحة العامة وحاجات المرفق العام والوسيلة لإنهاء العقد من جانب الإدارة قبل حلول أجله ودون خطأ من المتعاقد هو السلطة العامة وامتيازات القانون العام التي تتمتع بها الإدارة"[1].

ويعتبر أغلب الفقه المصري أن سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري بالإرادة المنفردة لدواعي المصلحة العامة ومقتضيات سير المرافق العامة بانتظام من النظام العام، وقد أوضحت المحكمة الإدارية العليا المصرية ذلك في عدة أحكام منها، حكم رقم 3986 بتاريخ 1992/11/15 ومما جاء فيه " أن الإدارة في ممارستها لسلطة تعديل العقد أو إنهائه إنما تستعمل حقاً، وهذه السلطة لا تستمدها الإدارة من نصوص العقد بل من النظام العام لسير المرافق العامة"[2].

ومن البديهي أن يصيب إنهاء العقد الإداري قبل مدته المتعاقد مع الإدارة بأضرار حيث تفرض قواعد العدالة أن تلتزم الإدارة بتعويض المتعاقد معها عن هذه الأضرار التي لحقت به ولهذا استقر القضاء الإداري المصري على أحقية المتعاقد مع الإدارة في التعويض عما أصابه من أضرار من جراء إنهاء الإدارة للعقد الإداري بإرادتها المنفردة وقبل نهاية مدته ودون ارتكاب المتعاقد لأي خطأ[3].

ونريد أن ننوه إلى ما سبق بيانه من أن فسخ العقد الإداري كجزاء يختلف عن إنهاء العقد بالإرادة المنفردة لدواعي المصلحة ودون خطأ من المتعاقد، ذلك أن فسخ العقد الإداري كجزاء توقعه جهة الإدارة على المتعاقد معها في حالة إخلاله بالتزاماته إخلالا خطيرا أي في حالة قيام المتعاقد بخطأ يتوجب جزاء الفسخ[4].

(1)- نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص369.

(2)- حمدي ياسين عكاشة، العقود الإدارية، منشاة المعارف، الإسكندرية، 1998، ص252.

(3)- محمد الشافعي أبو راس، المرجع السابق، ص103.

(4)- حسين درويش، السلطات المخولة لجهة الإدارة في العقد الإداري، المرجع السابق، ص200.

الفرع الرابع

سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات

تتمتع الإدارة بوصفها سلطة عامة، بامتياز خاص يخولها فرض جزاءات إدارية على المتعاقد معها الذي أخل بالتزاماته التعاقدية، سواء امتنع عن تنفيذها أو تأخر في تنفيذها أو نفذها على وجه غير مرض للإدارة، وتهدف تلك الجزاءات إلى تأمين سير المرافق العامة بانتظام واطراد وذلك بإجبار المتعاقد مع الإدارة على الوفاء بالتزاماته التعاقدية على الوجه الأمثل[1].

وحتى يكون لسلطة الإشراف والرقابة فاعلية وأثر قانوني، لابد أن يتقرر للإدارة حق توقيع الجزاءات على المتعاقد، إذا ما ثبت لديها من خلال الإشراف والمراقبة مخالفته لشروط العقد بما يخل بالصالح العام[2]، وما يبرر فرض سلطة الإدارة للجزاءات الإدارية هو عدم كفاية الجزاءات المدنية التقليدية المنصوص عليها في القانون المدني للحيلولة دون إخلال المتعاقد بالتزاماته في العقد الإداري هذا ما يبرر فرض هذه الجزاءات الإدارية[3].

وفي اجتهاد لها أكدت محكمة القضاء الإداري في مصر على حق الإدارة في توقيع الجزاءات الإدارية كوسيلة إلزام للضغط على المتعاقد لتنفيذ التزاماته كماً وكيفاً وفي المواعيد المحددة لذلك ومما جاء في حكمها" بأن 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 من المرافق العامة، كما أن الإدارة تعتمد في إبرامه وتنفيذه على أساليب القانون العام، فكفتا المتعاقدين فيه غير متكافئتين تغليبا للمصلحة العامة على المصلحة الفردية مما يجعل للإدارة سلطة مراقبة تنفيذ شروط العقد، وكذا حق توقيع جزاءات على متعاقدها وذلك بإرادتها المنفردة "[4].

(1)- عبد العزيز خليفة، الوجيز في الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص279.

(2)- محمد الشافعي أبو راس، المرجع السابق، ص93.

(3)- إبراهيم طه الفياض، المرجع السابق، ص196.

(4)- نصر الدين بشير، المرجع السابق، ص240.

كانت هذه مجمل السلطات التي تتمتع بها الإدارة اتجاه المتعاقد معها بداية من سلطة الرقابة والتوجيه وسلطة تعديل بنود العقد وسلطة إنهاء الرابطة العقدية من جانبها وأخيرا تطرقنا إلى اخطر سلطة تتميز بها الإدارة وهي سلطة توقيع الجزاءات الإدارية ومنها المالية بأنواعها.

بنهاية هذا الفصل التمهيدي الذي حاولنا فيه الإلمام بجوانب موضوع العقود الإدارية لما لها من علاقة مباشرة بموضوع الرسالة، حيث أن العقود الإدارية هي المجال الخصب التي تظهر فيه غرامة التأخير بشكل موسع لأهمية العقود الإدارية في تسير المرافق العامة بانتظام واطراد.

الباب الأول

النظام القانوني لغرامة التأخير في العقود الإدارية

تتنوع الجزاءات المالية التي تملك الإدارة توقيعها بحق المتعاقد معها، ويعد أكثرها شيوعا غرامات التأخير في تنفيذ الالتزامات الناشئة عن العقد الإداري، حيث يستمد النظام القانوني لغرامة التأخير في العقد الإداري ضرورته من مقتضيات تسير المرافق العامة بانتظام واطراد، فالإدارة هي المسؤولة عن ذلك حتى وإن عهدت بتسيير المرفق العام إلى الخواص.

ومما لاشك فيه أن ما تصبو إليه جهة الإدارة المتعاقدة هو ضرورة تسيير المرافق العامة بانتظام واطراد وأي تأخير في تنفيذ عقودها في المواعيد المحددة مسبقا سيؤدي بالضرورة إلى اضطراب تلك المرافق العامة، وعليه خصصت جزاء عقديا يتمثل في غرامة التأخير ليجابه عدم التزام المتعاقد بالتنفيذ طبقا للمواعيد المحددة في عقودها الإدارية، وأحاطته بخصائص تدعم ايجابياته في الردع العام، فكانت غرامة التأخير بخصائصها الاستثنائية تمثل الجزاء المالي ليضمن سير وانتظام المرافق العامة، بعيدا عن الإجراءات القضائية العادية التي قد تزيد الأمر تعقيدا فتطيل أمد التقاضي مما يؤدي إلى عكس ما ترجوه الإدارة والمجتمع بالنسبة لانتظام تلك المرافق العامة[1].

وتتميز غرامة التأخير في العقود الإدارية بأنها تخضع لنظام قانوني خاص، مقارنة بالجزاءات المالية الأخرى في مجال العقود الإدارية : التعويضات والغرامات التهديدية التي يعرفها القانون المدني، الأمر الذي يكشف من خلال الممارسة العملية– الإشكالات القانونية، لهذا الجزاء المالي ولا سيما مع تعاظم الأسلوب التعاقدي الذي تلجأ إليه الإدارات المختلفة للدولة من أجل أداء مهامها والتي ينبغي أن تتوخي الصالح العام، مع ضرورة أن يتحقق في الوقت نفسه التوازن المالي للعقد الإداري بعبارة أخرى عدم إهدار حقوق المتعاقد مع الإدارة، ودرء تعسف الإدارة في ممارستها لامتيازات السلطة العامة– والتي تتجسد في آليات تنفيذ العقود الإدارية[2].

وعلى ذلك يقسم الباب الأول من هذه الدراسة إلى ما يلي:

الفصل الأول: ماهية غرامة التأخير

الفصل الثاني: سلطة الإدارة في توقيع غرامة التأخير وطرق اقتضائها والإعفاء منها.

(1)– نصر الدين بشير، المرجع السابق، ص39.

(2)– مدحت احمد يوسف غنايم، النظام القانوني لغرامة التأخير في العقود الإدارية (دراسة مقارنة)، المركز القومي للإصدارات القانونية، الطبعة الأولى، القاهرة، 2014، ص10.

الفصل الأول

ماهيــة غرامة التأخير

الفصل الأول

مـاهيــة غـرامــة التـأخيـر

تعتبر غرامة التأخير من بين الجزاءات المالية التي يمكن أن توقعها الإدارة على المتعاقد معها حيث يوجد فرق بينها وبين بقية الجزاءات المالية الأخرى المتمثلة عموما في التعويضات غير أن الهدف المشترك بينهما يؤدي إلى تحمل المتعاقد الالتزام بدفع مبلغ من المال للسلطة الإدارية المتعاقدة غير أنهما يختلفان من حيث نظامهما القانوني فالغرامات تستخدم عادة في مجال العقود الإدارية وذلك لمواجهة إخلال المتعاقد لأي من التزاماته، ولاسيما احترام مواعيد تنفيذ العقد[1].

ولإزالة اللبس بين غرامة التأخير وبقية الجزاءات المالية الأخرى سوف نقوم بدراسة ماهية غرامة التأخير في هذا الفصل على النحو الآتي:

المبحث الأول: تعريف غرامة التأخير ونشأتها

المبحث الثاني: الطبيعة القانونية لغرامة التأخير وأساسها القانوني

المبحث الثالث: خصائص غرامة التأخير وشروط توقيعها وتميزها عن باقي الجزاءات المالية

المبحث الأول

تعريف غرامة التأخير ونشأتها

تدخل غرامة التأخير في العقود الإدارية ضمن الجزاءات المالية التي تملك الإدارة حق توقيعها على المتعاقد معها إذا ما تأخر في تنفيذ التزاماته العقدية، أو نفذها تنفيذ غير مطابق لما هو متفق عليه، وعليه سوف نستعرض في هذا المبحث تعريف غرامة التأخير **لغة واصطلاحا وفقها وتشريعا** وذلك في المطلب الأول ومراحل **نشأة غرامة التأخير** في المطلب الثاني وفيما يلي بيان ذلك:

(1)- مدحت احمد يوسف غنايم، المرجع السابق، ص 13.

المطلب الأول: تعريف غرامة التأخير

المطلب الثاني: تعريف غرامة التأخير

المطلب الأول

تعريف غرامة التأخير

لتحديد تعريف شامل وجامع لغرامة التأخير لابد من تحديد التعريف **اللغوي والاصطلاحي** لها وذلك في الفرع الأول، ثم التعريف **الفقهي** في الفرع الثاني والتعريف **التشريعي** للغرامة في الفرع الثالث والأخير وهذا ما سنقوم ببيانه على النحو التالي:

الفرع الأول

التعريف اللغوي والاصطلاحي لغرامة التأخير

سنقوم من خلال هذا الفرع ببيان تعريف لغرامة التأخير التي ستكون محور دراستنا، وذلك من خلال بيان تعريفها من الناحية اللغوية وكذا من الناحية الاصطلاحية على النحو الآتي:

أولا: غرامة التأخير لغةً

تتكون غرامة التأخير من كلمتين، الأولى الغرامة والثانية التأخير، حيث يطلق لفظ التأخير عادة في هذا الصدد لأن الإدارة لا توقع الغرامة على المتعاقد إلا عند التأخير في تنفيذ التزاماته التعاقدية لذلك تمت تسميتها بغرامة التأخير[1]، وتعني "الغرامة" في اللغة: الخسارة، ومعني الغرامة في المال: ما يلزم أداؤه تأديباً أو تعويضاً ويقال: حكم القاضي على فلان بالغرامة[2] وأصل كلمة غرامة من الفعل غَرِم بكسر الراء، ومعني كلمة تأخر أي تأخر عنه: جاء بعده، وتقهقر عنه وجعله بعد موضعه، وفي الوقت: بعد انقضائه[3]، ويقابل معنى الغرامة في اللغة الفرنسية في القاموس

(1)- رشا محمد جعفر الهاشمي، الرقابة القضائية على سلطة الإدارة في فرض الجزاءات على المتعاقد معها (دراسة مقارنة)، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2010، ص43.

(2)- مجمع اللغة العربية، المعجم الوسيط، مكتبة الشروق الدولية، الطبعة الرابعة، مصر، سنة 2004، ص651.

(3)- نفس المرجع ، ص8.

الفرنسي «*le robert pour tous*» المصطلحات التالية[1]:*Pénalité, peine، Amende، Astreinte* حيث جاءت كلها بمعنى العقوبة أو الجزاء.

ومما سبق نستخلص تعريفا لغويا لغرامة التأخير **"حيث هي ما يلزم أداءه تأديبا أو تعويضا بعد فوات الوقت"**.

ثانيا: غرامة التأخير اصطلاحا

إن لغرامة التأخير أهمية كبيرة في كونها جزاء إداري توقعه الإدارة لضمان تنفيذ عقودها الإدارية وذلك حفاظا على الصالح العام للدولة، وكان لتلك الأهمية أن اختلف في تكييف غرامة التأخير في كونها: تعويض جزافي، وأنها تعويض اتفاقي، وأنها جزاء مالي.

1- غرامة التأخير تعويض جزافي

غرامة التأخير هي تعويض جزافي منصوص عليها في العقد، توقعها الإدارة على المتعاقد معها الذي تراخي في تنفيذ التزاماته التعاقدية[2]، أو تلك التي تحدد مقدما وبصورة جزافية في العقد ويفترض إصلاحها الكامل للضرر الناتج عن التأخير

والواقع أن اعتبار غرامة التأخير تعويضا جزافيا، إنما يعني بالضرورة حدوث ضرر للإدارة المتعاقدة، ومن ثم لا يمكن فرض التعويض إلا إذا كان تأخير التنفيذ قد تسبب في ضرر للإدارة وأن التعويض باعتباره محور انعقاد المسؤولية المدنية التي تقوم أساسا على الخطأ والضرر، فإنه لا يكون جزافيا، وإنما بقدر الضرر الذي أصاب الإدارة فعلا، فيشمل ما لحقها من خسارة و ما فاتها

---

(1)- وجاء معنى « *Pénalité* » في القاموس الفرنسي " العقوبة"التي تنطبق على الجريمة الضريبية.
« *Pénalité .peine, sanction applicables a un délit fiscal* » أما مصطلح « *Amende* » فانه يعبر عن العقوبة المالية المفروضة في المسائل المدنية والجنائية والمالية.
« *peine pécuniaire prononcée en matière civile, pénale, fiscale* » والمصطلح الثالث الذي جاء بمعنى الغرامة هو « *Astreinte* » الذي يدل على الغرامة الخاصة التي توقع على المدين بالتزام، بدفع مبلغ معين عن كل يوم تأخير في تنفيذ العقد.
« obligation de payer une certaine somme pour chaque jour de retard dans l exécution d un contrat », le robert pour tous, paris, 1995, p827, p34, p69.

(2)- نصر الدين بشير، المرجع السابق، ص10.

من كسب، وهو ما يتنافى وأصالة مفهوم غرامة التأخير، حيث توقعها الإدارة دون حاجة لإثبات وقوع الضرر أو قيمته عند التأخير في التنفيذ[1].

ولعله من المناسب في هذا المقام، الإشارة إلى أن غرامة التأخير وإن كانت هي الصورة الغالبة للغرامات في العقود الإدارية، إلا أنه يجب أن يكون ملحوظا أن كل تعويض محدد منصوص عليه في العقد مقدما يعتبر من قبل الغرامات وليس من قبيل التعويضات[2]، والباحث يؤيد هذا الرأي وعليه لا يمكن النظر إلى غرامة التأخير على أنها تعويضا جزافيا بل هي مقررة أصلا لضمان تنفيذ العقود الإدارية في المواعيد المتفق عليها، حرصا على حسن سير المرافق العامة بانتظام واطراد.

2- غرامة التأخير تعويض اتفاقي

استقرت أراء هذا الاتجاه على اعتبار غرامة التأخير صورة من صور التعويض الاتفاقي، المتفق عليه مسبقا نظير الضرر الناشئ عن التأخير[3]، غير أنها تتميز عن هذا الأخير في نطاق العقود المدنية بأحكام خاصة، من أهمها أنه لا يشترط لإيقاعها وجود ضرر للإدارة المتعاقدة، على اعتبار أن الضرر يكون مفترضا بمجرد حدوث التأخير، وهو ما أشارت إليه المحكمة الإدارية العليا في مصر بقولها: " إن غرامة التأخير في العقود الإدارية تختلف عن الشرط الجزائي في العقود المدنية، ذلك أن الشرط الجزائي في العقود المدنية هو- تعويض متفق عليه مقدما يستحق في حالة إخلال أحد المتعاقدين بالتزامه- فيشترط فيه ما يشترط لاستحقاق التعويض بشكل عام... بينما الحكمة في الغرامات التي نص عليها في العقود الإدارية هي ضمان تنفيذ العقود في المواعيد المتفق عليها، حرصا على سير المرافق العامة بانتظام واطراد، وتملك جهة الإدارة حق توقيعها لمجرد حصول التأخير ولو لم يترتب عليه ضرر."[4]

(1)- مدحت احمد يوسف غنايم، المرجع السابق، ص26.

(2)- سعيد عبد الرزاق باخبيره، المرجع السابق، ص203.

(3)- نصر الدين بشير، المرجع السابق، ص11.

(4)- عبد الله نواف العنزي، النظام القانوني للجزاءات في العقود الإدارية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2010، ص38.

على هذا الأساس فإن الباحث يرى من جانبه أن غرامة التأخير تختلف عن التعويض سواء كان تعويض جزافي أو اتفاقي حيث أن هذا الأخير يهدف دوما إلى جبر الضرر الذي لحق بالمتعاقد، بينما غرامة التأخير توقع رغم عدم وجود ضرر لحق بالإدارة المتعاقدة.

3- غرامة التأخير جزاء مالي

تدخل غرامة التأخير في العقود الإدارية ضمن الجزاءات المالية التي تملك الإدارة توقيعها على المتعاقد معها إذا ما تأخر في تنفيذ التزاماته، ذلك أن تعبير "**الغرامة**"يحتوي في مدلوله اللغوي والقانوني فكرة الجزاء المالي، وتعَرف غرامة التأخير باعتبارها جزاءا ماليا، على أنها تلك التي يحددها العقد بهدف المجازاة عن التأخير في التنفيذ[1]، وغرامة التأخير تعتبر جزاء ماليا من الممكن أن تتضمنه شروط العقود الإدارية كافة، وهي امتياز تتمتع به الإدارة ولو لم تتعرض لضرر ما من جراء تأخر المتعاقد في التنفيذ لأن الضرر يكون مفترضا لتعلقه بتسيير مرفق عام[2].

ونحن من جانبنا نؤيد الطرح المتضمن اعتبار غرامة التأخير جزاء ماليا(أي بمعنى العقوبة) توقعه الإدارة المتعاقدة، إذ الغاية من غرامة التأخير ليست التعويض عن الضرر، بل أنها تستهدف حث المتعاقد مع الإدارة على احترام مواعيد تنفيذ عقوده الإدارية.

الفرع الثاني

التعريف الفقهي لغرامة التأخير

تباينت واختلفت آراء فقهاء القانون في تعريف محدد وشامل لغرامة التأخير لتعدد وجهات نظرهم، إلا أننا سنحاول التعرض لأهم التعاريف المذكورة في هذا الشأن على النحو الآتي:

عرف الفقيه المصري **سليمان محمد الطماوي** غرامة التأخير على أنها " مبالغ إجمالية، تقدرها الإدارة مقدما، و تنص على توقيعها متى أخل المتعاقد بالتزام معين، لا سيما فيما يتعلق بالتأخير في التنفيذ وهذه الطريقة لا يكاد يخلو منها عقد إداري"[3].

(1)- مدحت احمد يوسف غنايم، المرجع السابق، ص28.

(2)- مازن ليلو راضي، العقود الإدارية، دار قنديل للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2011، ص 148.

(3)- سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 490.

كما عرفها الأستاذ **محمد صلاح عبد البديع السيد** في رسالته" ويقصد بها توقيع عقاب على المتعاقد وهي مبلغ مالي تقدره الإدارة مقدما بطريقة إجمالية إذا أخل بالتزاماته، لاسيما إذا تأخر عن تنفيذها، بصرف النظر عن أي ضرر يصيب الإدارة[1].

وفي نفس السياق عرَّف الأستاذ **راغب ماجد الحلو** غرامة التأخير أيضا على أنها " مبالغ مالية منصوص عليها في العقد، للإدارة أن تحصلها من المتعاقد في حالة إخلاله بالتزاماته دون حاجة إلى حكم قضائي"[2].

كما عرَّفت **سعاد الشرقاوي** غرامة التأخير على أنها " تعويضات مالية إجمالية يتم النص عليها في العقد الإداري إذا تأخر المتعاقد مع الإدارة في التنفيذ أو إذا أخل بالتزام ما"[3]، وما يلاحظ على هذا التعريف أنه اعتبر غرامة التأخير من قبل التعويضات المستحقة للإدارة المتعاقدة وهذا ما يتنافى مع الطبيعة القانونية لغرامة التأخير.

كما عرَّف الأستاذ **عبد العزيز خليفة** غرامة التأخير بقوله « هي مبلغ من المال يتفق في العقد على أداء المتعاقد لصالح جهة الإدارة المتعاقدة، جزاء إخلاله بالوفاء بالتزامه في الميعاد المقرر بنصوص العقد أو في مدته الإضافية التي توافق الإدارة عليها، وتهدف تلك الغرامة لضمان تنفيذ العقد الإداري في الموعد المتفق عليه حرصا على حسن سير المرفق العام موضوع التعاقد بانتظام واطراد » [4].

وأعطى الأستاذ **نصر الدين بشير** تعريف أكثر دقة لغرامة التأخير حيث قال « هي مبلغ نقدي يحدد عادة في العقد الإداري بنسبة معينة من قيمة الأعمال تفرضها الإدارة إذا ما أخل المتعاقد معها بميعاد تنفيذ التزاماته العقدية، وذلك ضمانا لانتظام سير المرفق العام »[5]، ويتضح من هذا التعريف أنه أعطى تعريف دقيق وشامل لغرامة التأخير، حيث اعتبرها مبلغ من المال النقدي يحدد

(1)- محمد صلاح عبد البديع السيد، **سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري(دراسة مقارنة)**، رسالة دكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة الزقازيق، مصر، 1993، ص24.

(2)- راغب ماجد الحلو، العقود الإدارية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2007، ص 114.

(3)- سعاد الشرقاوي، العقود الإدارية، أدوات الدولة للتنمية الاقتصادية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2017، ص251.

(4)- عبد العزيز خليفة، الوجيز في الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص 284.

(5)- نصر الدين بشير، المرجع السابق، ص 14.

في العقد ويكون مقدار هذه الغرامة متناسبا مع قيمة الصفقة المراد انجازها وكمية الأعمال المتأخر تنفيذها حيث خصصت هذه الغرامة لحث المتعاقد مع الإدارة على احترام مواعيد التنفيذ ولانتظام وحسن سير المرافق العامة.

أما بالنسبة للفقه الجزائري فقد عرف الأستاذ **عمار عوابدي** غرامة التأخير على أنها« المبالغ المالية التي يجوز للإدارة أن تطالب بها الطرف المتعاقد معها إذا أخل بالتزاماته التعاقدية أثناء تنفيذ العقود الإدارية»[1].

كما قدم الأستاذ **عمار بوضياف** تعريفا لغرامة التأخير على أنها« الغرامة المالية كعقوبة تسلط على المتعامل المتعاقد من جانب الإدارة المعنية تستمد وجودها القانوني والرسمي من المرسوم الرئاسي (يقصد المرسوم الرئاسي لسنة 2015 رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام) أولا، اعتبار أنه النص الخاص المنظم للصفقات العمومية، وثانيا من العقد ذاته أو الصفقة اعتبارا أن هذه الأخيرة تضمنت بيانا إلزاميا بعنوان العقوبات المالية واحتوى على تفصيل بصدد ممارسة هذه السلطة وكيفياتها وإجراءاتها... وللإدارة المتعاقدة حق توقيع الجزاءات المالية في شكل غرامة هي مقيدة بممارستها في حالتين وهما:

- عدم تنفيذ المتعاقد للالتزامات التعاقدية في الأجل والمواعيد والمدد المتفق عليها.
- التنفيذ غير المطابق للعقد من قبل المتعاقد وهذا من خلال الإخلال بالشروط والمواصفات التي تم الاتفاق عليها في بنود العقد »[2].

والملاحظ على هذا التعريف من قبل الأستاذ عمار بوضياف أنه وضع غرامة التأخير في خانة الجزاءات المالية(عقوبة مالية) المسلطة على المتعاقد مع الإدارة ولم يعتبرها تعويض مستحق لها، حيث قيد ممارسة هذا الجزاء من قبل الإدارة، تحقق سببين أو شرطين وهما: عدم تنفيذ المتعاقد لالتزاماته في الوقت المحدد للتنفيذ و السبب الثاني التنفيذ المعيب وغير المطابق لشروط العقد حيث في هذه الحالة الثانية لم يكن هناك تأخير في تنفيذ العقد بل تم التنفيذ في المواعيد المتفق عليها

(1)- عمار عوابدي، القانون الإداري(النشاط الإداري)، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2000، ص 219.

(2)- عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، (طبقا للمرسوم الرئاسي 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015)، القسم الثاني، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، ط5، 2017، ص ص 22- 23- 24- 25.

وأن سبب تسليط غرامة التأخير هو التنفيذ المعيب وغير المطابق للمواصفات والشروط المتفق عليها، وهذا هو المبدأ الذي أورده المشرع الجزائري الذي سوف نبينه في الفرع الثالث.

وهو نفس السياق الذي جاء به الأستاذ **محمد الصغير بعلي رحمه الله** حيث عرف غرامة التأخير بقوله: « يمكن للإدارة أو المصلحة المتعاقدة أن تلجأ إلى توقيع غرامات تأخيرية على المتعاقد معها جزاء عن تأخره في انجاز وتنفيذ الصفقة في اجلها وموعدها المحدد، وفي ذلك ضمان لحسن إدارة المرافق العامة واستمراريتها في تلبية الاحتياجات العامة للجمهور، وعليه تطبق الغرامة في الصورتين التاليتين:

الصورة الأولى: غرامة التأخير توقعها الإدارة المتعاقدة على المتعاقد معها في حالة ذلك التأخر في انجاز وتنفيذ العقد الإداري في المواعيد والمدد المحددة للانجاز والهدف منها هو ضمان سير المرفق العام قصد تلبية احتياجات الجمهور.

الصورة الثانية: الغرامة الناجمة عن الإخلال بالالتزامات التعاقدية وذلك في حالة التنفيذ الذي يكون غير مطابق لشروط العقد أو الصفقة، من حيث عدم الالتزام بتنفيذ الصفقة طبقا للمواصفات المتفق عليها، مثل الإخلال ببعض الجوانب الفنية والكمية في الأشغال العامة تتعلق بشق طريق أو بناء سد »[1].

أما بالنسبة للفقه الفرنسي فقد عرّف الفقيه "***De laubadére***" غرامة التأخير بقوله « الغرامات هي عبارة عن تعويضات محددة ومنصوص عليها مقدما في العقد كجزاء توقعه الإدارة على المتعاقد معها في حالة تقصيره وإخلاله بالتزاماته التعاقدية»[2].

« *Les pénalités sont des dommages intérêts forfaitaires stipulés dans le contrat en prévision de tel ou tel manquement du cocontractant à ses obligations* ».

وما يلاحظ على هذا التعريف للفقيه **دي لوبادير** أنه أعتبر غرامة التأخير من قبل التعويضات وليس من قبل الغرامات.

(1)- محمد الصغير بعلي، العقود الإدارية، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، الجزائر، 2005، ص ص 76 – 77.

(2)- نقلا عن حسين درويش، السلطات المخولة لجهة الإدارة في العقد الإداري، المرجع السابق، ص 123.

وعرَّفها أيضا الفقيه الفرنسي "**بيكينو**"***Pequignot*** « بأنها تعويض جزافي منصوص عليه في العقد توقعه الإدارة على المتعاقد الذي يتراخى في تنفيذ التزاماته التعاقدية » [1].

كما عرف الفقيه"***Rivéro***" غرامة التأخير واعتبرها من قبل الجزاءات المالية المنصوص عليها في العقد الإداري ذاته وبصفة آلية، وهي تحدد بصفة وبنظام جزاء مالي عن كل يوم تأخير، أو تقدم على حسب جسامة الضرر الحاصل[2].

وقد عرفها أيضا الفقيه "***Chapus***" حيث قال« الجزاءات المالية قد تتخذ صورة الغرامات وهي محددة وثابتة في العقد الإداري، ويكون مبرر فرضها وتوقيعها على المتعاقد هو التأخير في تنفيذ الالتزامات التعاقدية»[3].

ومما يستنتج من رأي الفقه الفرنسي لغرامة التأخير وتكييفها باعتبارها تعويضات جزافية يبدو متماشيا مع معطيات النظام القانوني الفرنسي، فإن تطور هذا النظام سواء من الناحية التشريعية أو القضائية يسير بخطى ثابتة نحو اعتبارها عقوبة عقدية أكثر من اعتبارها تعويضات جزافية[4].

وعرف الفقه الأنجلوامريكي غرامة التأخير أيضا« بأنها المبلغ الثابت المقرر بواسطة أطراف النزاع عند دخول العقد حيز التنفيذ إلى المدى الذي يسببه الإخلال بتنفيذ العقد من أضرار» [5]، وما يمكن استخلاصه من عرض مجمل التعريفات السابقة رغم كثرتها[6] التي سيقت لفقهاء القانون

---

(1)- *Pequignot (G), le contrats de l'administration,* ***articlé précité, J.C.A ,fase,500,****1952, p13.*

) -2(*Rivero jean, op.cit.p 130.*

)3(- *Chapus René, droit administratif général, tome1, Delta, paris, 9éme édition, 1995,p 1059.*

(4)- أيمن فتحي محمد عفيفي، غرامات التأخير في العقود الإدارية، دراسة مقارنة، طبعة الأولى، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2017، ص 12.

(5)- محمد السيد الدسوقي، أحكام غرامة التأخير في عقود المشاريع الإنشائية العامة في القانونين المصري والإماراتي، **المؤتمر الثامن عشر عقود البناء والتشييد بين القواعد القانونية التقليدية والنظم القانونية المستحدثة**، جامعة عجمان، ص106.

(6)- للمزيد من التعريفات فيما يخص غرامة التأخير، يرجى مراجعة المؤلفات التالية:

- محمود خلف الجبوري، العقود الإدارية، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ط2، 1998، ص118.
- احمد سلامة بدر، العقود الإدارية وعقد البوت B-O-T، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003، ص 183.

بالنسبة لغرامة التأخير أن أغلبها اتفقت على أنها وسيلة ضغط على المتعاقد بهدف عدم التراخي في تنفيذ التزاماته العقدية.

الفرع الثالث

التعريف التشريعي لغرامة التأخير

غالبا ما لا تورد التشريعات المقارنة تعريفا لغرامات التأخير تاركة أمر تعريفها للفقه، غير أن الأمر ليس على إطلاقه إذ هناك تشريعات حاولت إيراد بعض أحكام غرامات التأخير سنحاول بيان ذلك على النحو الآتي:

أولا:غرامة التأخير في التشريع الجزائري

رأينا فيما سبق أن المشرع الجزائري اكتفى بذكر مصطلح **العقوبات المالية** ولم يستعمل عبارة **غرامة التأخير** في قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام رقم 247/15 لسنة 2015 على عكس بعض التشريعات المقارنة منها المشرع المصري واليمني الذي ذكر عبارة غرامة التأخير في قانون الصفقات العمومية، وهو الصحيح والأدق من وجهة نظرتنا، كونها تعبر بوضوح عن

- بوعمران عادل، النظرية العامة للقرارات والعقود الإدارية، دراسة تشريعية وفقهية وقضائية، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، عين مليلة، الجزائر، 2010، ص 112.
- محمود حلمي، العقد الإداري، دار الفكر العربي، القاهرة، ط2، 1977، ص 82.
- موريس نخلة، العقود الإدارية، التزامات الأشغال العامة والامتيازات صفقات اللوازم والأشغال العامة، دار المنشورات الحقوقية، بيروت، لبنان، 1986، ص ص 398- 399.
- مفتاح خليفة عبد الحميد و حمد محمد حمد الشلماني، المرجع السابق، ص 150.
- حسين درويش، السلطات المخولة لجهة الإدارة في العقد الإداري، المرجع السابق، ص 123.
- إبراهيم طه الفياض، المرجع السابق، ص 209.
- محمود عاطف البنا، المرجع السابق، ص 252.
- جابر جاد نصار، المرجع السابق، ص 240.
- محمد انس جعفر، المرجع السابق، ص 143.
- مدحت احمد يوسف غنايم، المرجع السابق، ص 28.
- نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص 189.
- عبد الله نواف العنزي، المرجع السابق، ص35.
- مازن ليلو راضي، المرجع السابق، ص 147.

أحكام هذا النوع من الغرامات، ومن ثم تفصيلها وتميزها عن غيرها من الغرامات[1]، علما أننا سوف نذكر المواد والنصوص التشريعية التي تشير إلى ذلك لاحقا.

وجاء في القسم الثامن من قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام الجزائري لسنة 2015 المادة 147 تحت عنوان العقوبات المالية حيث لم يذكر المشرع الجزائري مصطلح غرامة التأخير ولم يقم بتعريفها بل اكتفى بذكر الحالات التي يمكن أن ينجر عنها فرض عقوبات مالية حيث ذكر المشرع الجزائري حالتين لتطبيق غرامة التأخير وهما:

- عدم تنفيذ المتعاقد لالتزاماته التعاقدية في الآجال المحددة.
- التنفيذ غير المطابق لمواصفات وشروط العقد.

يتضح من نص المادة 147 السابقة الذكر أنها لم تعرف غرامة التأخير بل اكتفت بذكر الحالات التي يتم فيها تطبيق غرامة التأخير، حيث ذكرت في الحالة الأولى عدم تنفيذ المتعاقد لالتزاماته في المدة المحددة للعقد أي وقع هناك تأخير في التنفيذ يستوجب توقيع غرامة التأخير فضلا عن الحالة الثانية التي ذكرها المشرع الجزائري ألا وهي حالة التنفيذ المعيب وغير المطابق لشروط العقد، إلا أن هناك من الفقهاء[2] من لم يستسغ هذه الفكرة أي التوسع من حالات فرض غرامة التأخير لتشمل التنفيذ المعيب للعقد الإداري لأن الغرامة التأخيرية هي جزء من جزاء أوسع هو الغرامات وهذه تشير إلى تعويضات محددة ومنصوص عليها مقدما في العقد وترد على جميع العقود الإدارية، إذ يمكن الاتفاق على توقيعها في حالة الإخلال في نوع من الالتزامات، إلا أنه قد تلجأ الإدارة إلى فرض الغرامة جزاءً للتأخير وعندئذ يطلق على هذا الجزاء الغرامة التأخيرية، ويرجع أساس فرضها هو تأخر المتعاقد في تنفيذ ما اتفق عليه مع الإدارة[3].

(1)- سعيد عبد الرزاق باخبيره، فهرس رقم1، المرجع السابق، ص203.

(2)- محمد حسن مرعي الجبوري، سلطة الإدارة في فرض الجزاءات الجنائية والمالية في العقود الإدارية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2014، ص116.

(3)- حسين درويش، الجزاءات المالية في العقود الإدارية، **مجلة العدالة الإماراتية**، وزارة العدل والشؤون الإسلامية والأوقاف، أبو ظبي، العدد17، السنة الخامسة، 1987، ص25.

ثانيا: غرامة التأخير في التشريع المصري

بالنسبة للمشرع المصري فلم يورد هو أيضا تعريف لغرامة التأخير في قانون المناقصات والمزايدات، بل اكتفى بتحديد كيفية توقيع هذه الغرامة في نص المادة 23[1] من القانون رقم 89 لسنة 1998السابق، حيث بينت المادة القواعد الأساسية لأحكام غرامة التأخير وشروط توقيعها حيث تضمنت أنه في حالة تأخر المتعاقد في تنفيذ العقد عن الميعاد المحدد له، جاز للسلطة المختصة ولدواعي المصلحة العامة إعطاء المتعاقد مهلة إضافية لإتمام التنفيذ، على أن توقع علية غرامة عن مدة التأخير طبقًا للأسس وبالنسب وفي الحدود التي تبينها اللائحة التنفيذية[2]، فضلا عن ذلك قد قرر المشرع المصري توقيع غرامة التأخير بمجرد حصول التأخير دون حاجة إلى تنبيه أو إنذار أو اتخاذ أي إجراء آخر، وعليه نرى أن المشرع المصري أجاز توقيع غرامة التأخير دون تنبيه أو إنذار في حالة التأخير في تنفيذ الالتزامات التعاقدية ولم يذكر حالة التنفيذ غير المطابق لشروط العقد عكس المشرع الجزائري الذي أضاف حالة التنفيذ المعيب لمواصفات وشروط العقد وجعلها سببًا لفرض غرامة التأخير ناهيك عن التأخير الحاصل في التنفيذ.

أما بالنسبة للآخر قانون للمناقصات والمزايدات في مصر الصادر بالقانون رقم 182 لسنة 2018 فقد غير المشرع المصري من مصطلح **"غرامة التأخير"**الذي تبناه في القوانين السابقة والذي كان يعتبره جزاء مترتب عن التأخير وأعاد تسمية الغرامة بمصطلح **"مقابل التأخير"**[3]، حيث اعتبرها في هذا القانون أنها تعويض عن التأخير، ويتساءل الباحث عن السبب الذي دفع بالمشرع المصري إلى تغيير تسمية **غرامة التأخير** الذي كان معمول به سابقا إلى مصطلح **مقابل التأخير** والذي اعتبره المشرع تعويض أو عوض عن التأخير الذي وقع فيه المتعاقد مع الإدارة.

وقد نص المشرع المصري على إعطاء المتعاقد مهلة إضافية لإتمام تنفيذ التزاماته وتوقيع الغرامة أو مقابل التأخير عليه برغم هذا الامتداد، هذا في حالة إذا كان التأخير لسبب راجع للمتعاقد

(1)- راجع نص المادة 23 من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات المصري السابق، المرجع السابق.

(2)- وقد تصدت اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات المصري السابق لبيان أسس ونسب حدود توقيع غرامة التأخير، حسب ما وجهت به المادة 23 الفقرة الأولى من قانون المناقصات والمزايدات المصري، و في المادة 83 بالنسبة لعقود ومقاولات الأعمال والمادة 94 فيما يتعلق بعقود التوريد.

(3)- راجع نص المادة 48 من القانون رقم 182 لسنة 2018 و المادة 98 من اللائحة التنفيذية لنفس القانون.

في حد ذاته، يعني أن هذه الغرامة تستحق بمجرد التأخير حتى ولو رخصت الجهة الإدارية للمتعاقد في مهلة إضافية، ومرده إلى أمرين إبقاء العقد قائما مصدرا لالتزامات المتعاقد وتفادي استغلال المتعاقد للمهلة الإضافية للتقاعس من جديد في التنفيذ[1]، أما إذا كان التأخير الحاصل في التنفيذ ليس للمتعاقد يد فيه وخارج عن إرادته، ففي هذه الحالة جاز للسلطة المختصة ولدواعي المصلحة العامة للدولة إعطاءه مهلة لإتمام التنفيذ دون تحصيل غرامة التأخير أو مقابل التأخير منه[2] والسبب الذي جعل المشرع المصري يعطي المتعاقد مهلة إضافية للتنفيذ دون تحصيل الغرامة منه أن السبب الذي جعل المتعاقد يتأخر في تنفيذ التزاماته هو سبب خارج عن إرادته سواء كان قوة قاهرة منعته أو لسبب راجع للإدارة في حد ذاتها مثل عدم تمكين المقاول من الأرض المخصصة لبناء المشروع أو عدم تسليم المخططات الفنية اللازمة للبدء في إنشاء المشروع.

ثالثا: غرامة التأخير في التشريع الفرنسي

نفس الاتجاه سار عليه المشرع الفرنسي الذي لم يقدم تعريف لغرامة التأخير في قانون الصفقات العامة، حيث تلعب كراسات الشروط العامة أهمية كبيرة في مجال إثبات سلطة جهة الإدارة في توقيع غرامة التأخير وتكملة النقص الناجم عن عدم تنظيمها بنصوص تشريعية أو لائحية، ويعطي قانون الصفقات العامة في فرنسا[3] الحق للإدارة في الإحالة لكراسات الشروط العامة لتكملة البنود ذات الطبيعة الإدارية ومن ضمنها غرامات التأخير في العقود الإدارية، وتعتبر دفاتر الشروط العامة أو كراسات الشروط العامة جزء مكملا للعقد الإداري متى أحال هذا الأخير إليها[4].

---

(1)- محمد فؤاد عبد الباسط، العقد الإداري(المقومات- الإجراءات- الآثار)، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2006، ص ص 290-291.

(2)- راجع نص المادة 48 من القانون رقم 182 لسنة 2018

(3)- صدر قانون الصفقات العامة الفرنسي، بمقتضى القانون رقم 899 لسنة 2015، الصادر في 23 جويلية 2015 جريدة رسمية عدد 169، في 24 جويلية 2015، ص12602، والذي ألغى قانون الصفقات العامة الصادر سنة 2006.
وقد دخل هذا القانون حيز الخدمة في الأول من فيفري 2016، وقد جاء هذا القانون مراعاة لتوجيهات الاتحاد الأوربي الذي فرض على فرنسا تطوير قانون الصفقات العامة ليتماشى مع توجيهات الاتحاد، لاسيما المبادئ التي تطالب بقدر اكبر من الشفافية وحرية الدخول للصفقات العامة والمساواة بين المتقدمين لهذه الصفقات.

(4)- أيمن فتحي محمد عفيفي، المرجع السابق، ص 19.

وقد نصت على ذلك المادة 15 من قانون الصفقات العامة الفرنسي لسنة 2015 الفقرة الثانية ومما جاء فيها " بنود الصفقة يمكن أن يتم تحديدها بالإشارة إلى الوثائق العامة والتي تتمثل في:

– كراسات الشروط العامة، والتي تحدد البنود ذات الطبيعة الإدارية المطبقة على طائفة من الصفقات العامة.

– كراسات الشروط التقنية العامة، التي تحدد البنود ذات الطبيعة التقنية المطبقة على كل الأداءات ذات الطبيعة الواحدة.

– كراسات الشروط العامة وكراسات الشروط التقنية العامة تقر بواسطة قرار من الوزير المختص بالاقتصاد والوزراء المعنيين....."[1].

وهو نفس الاتجاه الذي جاءت به المادة 13 من قانون الصفقات العامة الفرنسي الملغى لسنة 2006[2] حيث تعطي ذات الحق لجهة الإدارة في فرنسا لتضمين عقودها نصوصا تحيل لكراسات الشروط العامة لاستدراك كل نقص في بنود العقد الأساسية حيث يحق للإدارة في توقيع غرامة التأخير على المتعاقد معها في حالة غياب النص على الغرامة في صلب العقد الإداري بالاكتفاء بالإحالة إلى كراسات الشروط العامة في العقد الذي تحرره الإدارة[3].

---

(1)– *Les L'article 15 de code des marchés publics française de l'année 2015 dispose que « clauses du marché public peuvent être déterminées par référence à des documents généraux tels que*

1- *Les cahiers des clauses administratives générales, qui fixent la stipulation de nature administrative applicables à une catégorie de marchés publics ;*
2- *Les cahiers des clauses techniques générales, qui fixent les stipulations de nature technique applicables à toutes les prestations d'une même nature.*

Les cahiers des clauses administratives générales et les cahiers des clauses techniques générales sont approuvés par arrêté du ministre chargé de l'économie et des ministres intéressés….. »

(2)– قانون الصفقات العامة الفرنسي رقم 975–2006 لسنة 2006 الملغى، الذي صدر في 4 أوت 2006، ج.ر عدد 179، ص11627.

(3)– أيمن فتحي محمد عفيفي، المرجع السابق، ص21.

المطلب الثاني

نشـأة غرامـة التـأخير

تعتبـر غرامـة التـأخير مـن الجـزاءات الماليـة التـي تـرتبط بالعقـد الإداري ارتباطـا وثيقـا لمـا لهـا مـن أثـر فـي حسـن سـير المرافـق العامـة بانتظـام واطـراد وعليـه فـإن نشـأتها تـرتبط بنشـأة العقـد الإداري الـذي نشـأ أول مـرة فـي فرنسـا إلا أن هنـاك مـن يرجـع نشـأة غرامـة التـأخير إلـى الشـريعة الإسـلامية التـي أقرتهـا قبـل أن يـنص عليهـا القـانون الوضـعي ومنـه سـوف نتنـاول **نشـأة غرامـة التـأخير فـي الشـريعة الإسـلامية (الفـرع الأول) ونشـأة غرامـة التـأخير فـي القوانين الوضعية (الفرع الثاني).**

الفرع الأول

نشأة غرامة التأخير في الشريعة الإسلامية

يـرى صـاحب هـذا الاتجـاه أن غرامـة التـأخير وليـدة الشـريعة الإسـلامية منـذ القـدم قبـل أن يعرفهـا القـانون الوضـعي، فقـد اعتنـت الشـريعة الإسـلامية الغـراء بالمصـالح العامـة أشـد العنايـة وفرضـت عقوبـة علـى المسـاس بهـا تعزيـرا ورادعـا للعـابثين بهـا وحمايـة لحقـوق الأمـة فـي ضـرورياتها وحاجاتهـا، وقـد أحـاط الإسـلام المصـالح العامـة المتمثلـة فـي **ضـروريات الشـرع الخمسـة: الـدين والـنفس والعـرض والعقـل والمـال،** بسـياج مـن العقوبـات المقـدرة وغيـر المقـدرة حمايـة لهـا مـن الضـياع والانعـدام، والمـال هـو أحـد هـذه الكليـات، وبالتـالي فالمحافظـة عليـه لا يخـرج مـن تـرك الملتـزمين بخدمـة هـذا المـال مـن خـلال العقـود التـي يحررونهـا مـع القائمين عليه بدون معاقبتهم عند الإخلال بالتزاماتهم[1].

ويؤكـد صـاحب هـذا الاتجـاه شـرعية غرامـة التـأخير وأن أساسـها القـانوني وجـد فـي الشـريعة الإسـلامية فـي أن الحكـم علـى المتعاقـد بالعقوبـة الماليـة سـواء بالغرامـة أو التعـويض عنـد إخلالـه بالتزاماته التعاقدية مع الإدارة له نظير من العقود الإداريـة، ومن ذلك ما جاء في الفتاوى الأسعدية"

(1)– شافي طالب محمد العجمي، **التنظيم القانوني لغرامة التأخير في العقد الإداري، (دراسة مقارنة) بين مصر والكويت،** رسالة دكتوراه في الحقوق، تخصص: قانون إداري، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، القاهرة، 2014، ص 59.

...أن كل عمل من شانه تعطيل الوظائف العامة أو عدم انتظامها، هو جريمة تستوجب التعزير والغرض من ذلك ضمان تحسين سير العمل حتى تقوم السلطة بواجباتها على أكمل وجه..."[1].

الفرع الثاني

نشأة غرامة التأخير في القوانين الوضعية

وإذا كانت الشريعة الإسلامية هي الأصل في تقرير عقوبة الغرامة المالية على كل من أخل بالتزاماته التعاقدية، وأدى ذلك إلى الإضرار بالمصلحة العامة للدولة، فقد اهتمت القوانين الوضعية بهذا الموضوع أيضا حيث ترّد غرامة التأخير في نشأتها إلى القانون الفرنسي وعليه سوف نستعرض بإيجاز نشأة هذه الأخيرة في القوانين الوضعية بداية بالقانون **الفرنسي** ثم القانون **المصري** و في الأخير **القانون الجزائري**.

أولا: نشأة غرامة التأخير في فرنسا

نشأة غرامة التأخير ارتبطت بشكل أساسي بنشأة فكرة العقد الإداري في فرنسا والتي ظهرت مع المرافق العامة وازدياد التزاماتها، حيث أن هذه الالتزامات قد ازدادت في أواخر القرن التاسع عشر وأوائل العشرينيات في فرنسا، حيث أهمل مجلس الدولة الفرنسي المعيار المستمد من فكرة السلطة العامة واستبدل به معيار المرفق العام وذلك في مطلع القرن العشرين، حيث تعتبر غرامة التأخير إحدى امتيازات العقد الإداري، إذ يجب أن يحتوي هذا الأخير على خصائص ذاتية تجعل خضوعه لقواعد القانون العام أمرا حتميا[2]، وفكرة المرفق العام هي التي أدت إلى ظهور نظرية العقود الإدارية بما تتضمنه من امتيازات وسلطات مختلفة عن الامتيازات والسلطات التي تولد عن العقود المدنية[3].

لذا فإنه مع مطلع القرن العشرين، اختص مجلس الدولة الفرنسي بالمنازعات التي تنشأ عن غرامة التأخير بوصفها إحدى الجزاءات المالية المرتبطة بالعقد الإداري كما صوره في حكم

(1)- شافي طالب محمد العجمي، المرجع السابق، ص 61.

(2)- سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود، المرجع السابق، ص 39.

(3)- نصر الدين بشير، المرجع السابق، ص28.

"terrier"[1] الصادر في 6 فبراير 1903م الذي سبقت الإشارة إليه، حيث أن اختصاص القضاء الإداري في فرنسا يتناول كل ما يتعلق بتنظيم وتسير المرافق العامة، وعليه نرى أن نشأة غرامة التأخير في فرنسا ارتبطت ارتباطا وثيقا بنشأة نظرية العقد الإداري في فرنسا والتي نشأت بدورها مع ظهور فكرة المرفق العام في أوائل القرن العشرين[2].

ثانيا: نشأة غرامة التأخير في مصر

ذكرنا فيما سبق أن أحكام العقود الإدارية هي من صنع القضاء الإداري في فرنسا، ولما كانت مصر لم تأخذ بنظام القضاء الإداري إلا ابتداء من سنة 1946 فليس من المستغرب أن نقرر من الآن، أن نظرية العقد الإداري لم تعرف سبيلها إلى القانون الإداري في مصر إلا بعد التاريخ السابق[3].

غير أنه حينما أنشئت محكمة القضاء الإداري المصري سنة 1946 حددت المسائل الداخلة في اختصاصها على سبيل الحصر، وهو المسلك الذي التزم به المشرع المصري حيث لم يرد على ذلك القانون شيء يتعلق بالعقود الإدارية، وبقي الحال على ذلك حتى صدور القانون رقم 9 لسنة 1949 ليحل محل القانون رقم 112 لسنة 1946 حيث نصت المادة الخامسة منه على اختصاص محكمة القضاء الإداري المصري بالفصل في المنازعات الخاصة بعقود الالتزام وعقود التوريد الإدارية و عقود الأشغال العامة التي تنشا بين الحكومة والطرف الآخر في العقد، حيث احتالت محكمة القضاء الإداري في ظل المادة الخامسة السابقة الذكر، لتوسع من اختصاصها في مجال العقود الإدارية كما فعل مجلس الدولة الفرنسي من قبل فمدت اختصاصها إلى عقود لم ترد بالنص عليها استنادا إلى اتصالها بعقد من العقود الثلاثة الواردة في نص المادة الخامسة من القانون رقم 9 لسنة 1949[4].

(1)- لمزيد من التوضيح فيما يخص نشأة العقد الإداري وحكم terrier يرجى مراجعة الصفحة 13 و ما بعدها من هذا البحث.

(2)- شافي طالب محمد العجمي، الرجع السابق، ص 61.

(3)- سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود، المرجع السابق، ص 41.

(4)- نصر الدين بشير، المرجع السابق، ص 30.

وعليه يرى الأستاذ نصر الدين بشير نشأة غرامة التأخير في مصر كانت من خلال القانون رقم 9 لسنة 1949، متمثلة في نص المادة الخامسة منه حيث منذ ذلك التاريخ وغرامة التأخير تعتبر كإحدى الجزاءات المالية في العقد الإداري وتخضع لرقابة القضاء الإداري طبقا للقانون العام[1].

ثالثا: نشأة غرامة التأخير في الجزائر

بما أن نشأة غرامة التأخير في الجزائر مرتبطة أساسا بنشأة العقد الإداري فيها، فإن نشأة هذا الأخير وتطوره في الجزائر مر بعدة مراحل حسب التوجهات السياسية والاقتصادية السائدة في البلاد، بحيث تميزت مرحلة ما قبل الاستقلال بخضوع العقود الإدارية بصفة عامة وقانون الصفقات العمومية الجزائري بصفة خاصة للنظام القانوني الفرنسي وامتد تطبيق نفس النظام بعد الاستقلال إذ نص القانون رقم (62-153) الصادر في 31 ديسمبر 1962 على تمديد سريان القانون الكلونيالي على الجزائر المستقلة إلا ما كان مخالفا ومتعارضا مع السيادة الجزائرية، ويعود ذلك للفراغ الذي تركه رحيل المستعمر من الناحية القانونية والبشرية[2].

وما يلاحظ على النظام القضائي الجزائري في تلك المرحلة أي مرحلة الاستعمار أن الجزائر ورثت تنظيما قضائيا فرنسيا شكلا وموضوعا سواء في الجانب القانوني أو الإجرائي أو التأطير البشري، لأن القانون الفرنسي هو المطبق واللغة الفرنسية هي السائدة والمستعملة في الإدارة والقضاء.

وكان من اللازم على الجزائر أن تمر بمرحلة انتقالية لإعادة البناء والتعمير وتنظيم مؤسسات الدولة بعد الظروف السياسية والاجتماعية التي خلفتها الحرب التحريرية وعملية انتقال السيادة إلى السلطة الثورية من المستعمر الفرنسي، حيث امتدت هذه المرحلة من 19 مارس 1962 إلى غاية 16 نوفمبر 1965[3]إذ تم الإبقاء على نظام المحاكم الثلاث الإدارية (العاصمة و قسنطينة

(1)- نصر الدين بشير، المرجع السابق، ص 31.

(2)- عليوات ياقوتة، **تطبيقات النظرية العامة للعقد الإداري(الصفقات العمومية في الجزائر)**، رسالة دكتوراه دولة في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة منتوري قسنطينة، 2008، ص 18.

(3)- في 16 نوفمبر 1965 صدر الأمر رقم 65- 178 يتضمن تنظيما قضائيا جديدا، ينص على إلغاء المحاكم الإدارية الثلاث الموروثة عن الاستعمار الفرنسي وتأسيس 15 مجلسا قضائيا عبر ربوع الوطن.

وهران) بكل تفاصيل نظامها الفرنسي وكانت تحت إشراف خبراء فرنسيين، ونلاحظ من خلال هذه الفترة أن النظام القضائي المعمول به هو نظام ازدواجية القضاء الموروث عن النظام القضائي الفرنسي هذا الأخير الذي قطعت الجزائر عهدا على نفسها للتخلص منه ولو مرحليا لأنها تريد سن تشريع يتماشى وظروف المجتمع الجزائري أثناء تلك المرحلة.

وقد جاء الإصلاح القضائي سنة 1965 بموجب الأمر رقم 65-278 الذي نص في مادته الخامسة على إلغاء المحاكم الإدارية الثلاث التي كانت سائدة قبل الاستقلال ونقل اختصاصاتها إلى المجالس القضائية، وتضمن نفس الأمر على غرار المحكمة العليا عدة غرف من بينها غرفة إدارية باختصاصات قاضي درجة أولى في المواد الإدارية وانشأ نفس الأمر محاكم ابتدائية تتواجد على مستوى كل دائرة إدارية ثم انشأ نظام الغرف الإدارية على مستوى المجالس القضائية.

وبهذا الأمر الصادر سنة 1965 وضعت الجزائر حدًّا لنظام ازدواجية القضاء فيها الموروث عن النظام الفرنسي والاعتماد على نظام وحدة القضاء الذي استمر إلى غاية 1996.

ودخل النظام الجزائري مرحلة جديدة بمصادقة الشعب الجزائري على التعديل الدستوري لسنة 1996[1] حيث اعتمد على نظام ازدواجية القضاء الذي يختلف من حيث هياكله وإجراءاته عن نظام وحدة القضاء حيث انشأ نظام الازدواجية مؤسسات قضائية جديدة وهي مجلس الدولة ومحاكم إدارية ومحكمة التنازع إذ تكمن خصوصية الازدواجية القضائية في إدراج القضاء الإداري إلى جانب السلطة القضائية.

وقد تم النص على غرامة التأخير في الجزائر في أول قانون للصفقات العمومية بعد الاستقلال وذلك بصدور الأمر رقم 67- 90 المؤرخ في 1967/06/17 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية حيث مما جاء في نص المادة 9 منه، من بين البيانات الإلزامية التي يجب أن تتضمنها الصفقة العمومية معدل عقوبات التأخير وحالات الإعفاء منها وقد توالت قوانين الصفقات العمومية في الجزائر بعد ذلك النص على غرامة التأخير وكيفيات حسابها والإعفاء منها حيث تم ذكرها في:

(1)- دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية المعدل، المصادق عليه في استفتاء 1996/11/28، المنشور بموجب المرسوم الرئاسي رقم 438/96، المؤرخ في1996/12/07، ج.ر، عدد 76 بتاريخ 1996/12/08.

- المرسوم رقم 82- 145 المؤرخ في 10 افريل 1982 المتضمن الصفقات التي يبرمها المتعامل العمومي، انظر المادة 55 منه.
- المرسوم رقم 91- 434 المؤرخ في 9 نوفمبر 1991 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، انظر المواد 9- 51- 78 منه.
- المرسوم رقم 98- 87 المؤرخ في 7 مارس 1998 المعدل والمتمم للمرسوم التنفيذي رقم 91-434 المؤرخ سنة 1991 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، انظر نص المادة 51
- المرسوم الرئاسي رقم 02- 250 المؤرخ في 24 جويلية 2002 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، أنظر المواد 8- 50-78 منه، المعدل والمتمم بموجب المرسوم الرئاسي رقم 03- 301 المؤرخ في 11 سبتمبر 2003 والمرسوم الرئاسي رقم 08- 338 المؤرخ في 26 أكتوبر 2008.
- المرسوم الرئاسي رقم 10- 236 المؤرخ في 7 أكتوبر 2010 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، أنظر المادة 62 منه، المعدل والمتمم بالمرسوم الرئاسي رقم 13- 03 المؤرخ في 13 جانفي 2013.
- المرسوم الرئاسي رقم 15-247المؤرخ 16 سبتمبر 2015 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، أنظر المادة 147 منه.

وعليه يرى الباحث أن نشأة غرامة التأخير في الجزائر كانت سنة 1967 سنة صدور أول قانون للصفقات العمومية في الجزائر في ظل الاستقلال أما قبل التاريخ المذكور فإن الجزائر كانت تخضع للقانون الفرنسي باعتبارها مستعمرة فرنسية.

المبحث الثاني

الطبيعة القانونية لغرامة التأخير وأساسها القانوني

مما لا شك فيه أن العلاقة التي تربط الإدارة بالمتعاقد معها هي علاقة تعاقدية تخضع لأحكام وقواعد العقود الإدارية، وهذا العقد يمنح السلطة الإدارية(الإدارة) امتيازات من ضمنها سلطة توقيع جزاءات على المتعاقد المخل بتنفيذ التزاماته التعاقدية، إذ تعتبر غرامة التأخير إحدى بنود العقد الإداري التي وافقت جهة الإدارة والمتعاقد عليها.

إن توقيع غرامة التأخير من قبل الإدارة على المتعاقد معها في حالة تأخره عن تنفيذ التزاماته التعاقدية أمر ثابت لا خلاف فيه، ولا يتعارض البته مع المبادئ العامة للقانون المتصلة بسير المرافق العامة بانتظام واطراد[1]، لكن يثور الخلاف حول طبيعتها القانونية والأساس القانوني الذي تعتمد عليه، ولإزالة اللبس عن هذه المسألة والاختلاف الفقهي الدائر حولها، سوف نقسم هذا المبحث على النحو الآتي:

المطلب الأول: الطبيعة القانونية لغرامة التأخير

المطلب الثاني: الأساس القانوني لغرامة التأخير

المطلب الأول

الطبيعة القانونية لغرامة التأخير

يتبين لنا فيما سبق عرضه لمختلف التعريفات لغرامة التأخير، وجود خلاف فقهي حول طبيعتها القانونية، حيث أن تحديد الطبيعة القانونية للغرامة يعني في الأساس البحث عن تكييف قانوني لها، والتكييف بصفة عامة هو "عملية قانونية تهدف لرد الشيء للطائفة القانونية التي ينتمي إليها" فالتساؤل المطروح حول طبيعة غرامات التأخير يهدف لإدراج هذه الغرامات في الطائفة القانونية التي تنتمي إليها، وللتكييف أهمية كبيرة إذ يساعد في فهم الأحكام الخاصة بغرامة التأخير في العقود الإدارية فضلا على أن تحديد الطبيعة القانونية لغرامة التأخير هو العامل الأساسي في تحديد ماهيتها[2]، ويتمحور أصل هذا الخلاف حول الطبيعة القانونية لغرامة التأخير، في اتجاهين متضادين، فقد اعتبرها البعض تعويضا جزافيا متفقا عليه مسبقا، بينما اعتبرها البعض الآخر جزاء ماليا، في حين حاول اتجاه ثالث التوفيق بين الرأيين[3]، وعلى هذا الأساس سوف نتناول هذه الاتجاهات الثلاثة في فروع ثلاثة على النحو الآتي:

---

(1)- هارون عبد العزيز الجمل، **النظام القانوني للجزاءات في عقد الأشغال العامة(دراية مقارنة)**، رسالة دكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، القاهرة، 1979، ص 137.

(2)- أيمن فتحي محمد عفيفي، المرجع السابق، ص 99.

(3)- البنان حسن محمد علي حسن، الجزاءات المالية في العقد الإداري، (دراسة مقارنة)، **مجلة الرافدين للحقوق**، المجلد 12، العدد 54، كلية الحقوق، جامعة الموصل، العراق، 2012، ص ص، 419- 420.

الفرع الأول

غرامة التأخير تعويض جزافي متفق عليه مسبقا

يرى جانب من الفقه الفرنسي والعربي أن أصل غرامة التأخير وطبيعتها القانونية مجرد تعويض جزافي متفق عليه مسبقا، فالغرامات المالية منصوص عليها في العقد الإداري نفسه، وتطبق بصورة تلقائية وآلية إذا حدث الإخلال المتوقع من طرف المتعاقد مع الإدارة[1]، ولهذا اعتبر بعض الفقهاء الذين يساندون هذا الطرح غرامة التأخير مجرد تعويضات جزافية منصوص عليها في العقد توقعها الإدارة على المتعاقد الذي تراخى في تنفيذ التزاماته التعاقدية[2].

ويرتب أنصار هذا الاتجاه من الفقهاء على اعتبار غرامة التأخير تعويض جزافي متفق علية مسبقا مجموعة من النتائج التالية[3]:

- أنها تطبق في حالة تأخر المتعاقد في تنفيذ التزاماته دون اشتراط ثبوت ضرر لحق جهة الإدارة من جراء هذا التأخير[4]، ولا يستطيع المتعاقد مع الإدارة طلب إعفائه من الغرامة بسبب أن تأخره في التنفيذ لم ينتج عنه أية أضرار للإدارة[5].

---

(1)- علي خطار شطناوي، صلاحية الإدارة في فرض غرامات التأخير بحق المتعاقد معها، **مجلة الحقوق الكويتية**، كلية الحقوق، جامعة الكويت، العدد 1، السنة 24، مارس 2000، ص 71.

(2)- من بين الفقهاء الذين ساندو هذا الطرح بخصوص اعتبار غرامة التأخير من قبيل التعويضات الجزافية المتفق عليها مسبقا، انظر المؤلفات التالية:

- احمد عثمان عياد، مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1973، ص 345.
- حسان عبد السميع هاشم، الجزاءات المالية في العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002، ص 60.
- احمد رفعت خفاجي، طبيعة الغرامات التعاقدية في العقود الإدارية، **مجلة المحاماة المصرية**، تصدرها نقابة المحامين المصرية، مصر، العدد العاشر، السنة السادسة والثلاثون، سبتمبر 1955، ص 1639.
- عبد المجيد فياض، نظرية الجزاءات في العقد الإداري، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار الفكر العربي، القاهرة، 1975، ص 68.
- هارون عبد العزيز الجمل، المرجع السابق، ص 138.

(3)- أيمن فتحي محمد عفيفي، المرجع السابق، ص 108.

(4)- هارون عبد العزيز الجمل، المرجع السابق، ص 139.

(5)- عبد المجيد فياض، المرجع السابق، ص 170.

- إذا كان مقدار التعويض محدد مسبقا فإن الإدارة المتعاقدة لا تستطيع مطالبة المتعاقد معها بمبلغ يزيد عن مقدار الغرامة الجزافية المحددة مسبقا في العقد الإداري وهذا في حالة حصول ضرر وأن حجم الضرر الذي أصابها تجاوز فعلا مقدار التعويض الجزافي المنصوص عليه مسبقا ومقدما وكان محدد ومتفق عليه في العقد[1].
- كذلك فإنه ليس من حق المتعاقد أن يطلب إنقاص قيمة الغرامة عن معدلها المنصوص عليه في العقد مدعيا أنها تزيد عن قيمة الضرر الناتج عن التأخير[2].
- لا يوجد ما يمنع الجمع بين الغرامة كتعويض جزافي متفق عليه مسبقا، وبين الجزاءات الضاغطة وكذلك الجزاءات الفاسخة في نفس العقد الإداري[3].
- كما لا تلتزم الإدارة المتعاقدة بإثبات حدوث ضرر معين أصابها من جراء تقصير أو تأخر المتعاقد في تنفيذ التزاماته العقدية، كما أنها غير ملزمة بتحديد مقدار ذلك الضرر[4]، وهذا ما أكدته المحكمة الإدارية العليا في مصر في حكمها الصادر في 1965/12/11 والذي جاء فيه "...إن الغرامات التي ينص عليها في العقود الإدارية توقعها جهات الإدارة من تلقاء نفسها دونما حاجة إلى صدور حكم بها إذا توافرت شروط استحقاقاتها بحصول الإخلال من جانب المتعاقد معها ....دون أن تلتزم الإدارة بإثبات حصول ضرر...."[5].

وقد وجه نقد لهذا الاتجاه الذي يعتبر غرامة التأخير مجرد تعويض جزافي متفق عليه مسبقا إذ يرى الأستاذ أيمن فتحي عفيفي أن توقيع غرامة التأخير غير مرتهن بتحقق شرط الضرر ولا يمكن اعتبارها صورة من صور التعويض الاتفاقي، ذلك أن التعويض الاتفاقي لابد أن يقابله ضرر والتعويض ليس إلا جبرا لضرر، فاستحقاق الغرامة غير

(1)- قرانة عادل، **الجزاءات المالية في العقد الإداري**، رسالة دكتوراه علوم، تخصص القانون الإداري والمؤسسات الدستورية، غير منشورة، كلية الحقوق، قسم القانون العام، جامعة باجي مختار، عنابة، 2015، ص 115.

(2)- أيمن فتحي محمد عفيفي، المرجع السابق، ص 109.

(3)- نصر الدين بشير، المرجع السابق، ص 33.

(4)- علي خطار شطناوي، صلاحية الإدارة في فرض غرامات التأخير بحق المتعاقد معها، المرجع السابق، ص 72.

(5)- حكم مشار إليه من قبل حمد محمد حمد الشلماني، امتيازات السلطة العامة في العقد الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2007، ص 183.

مرهون بإثبات الإدارة لضرر أصابها ومن ثم فغرامة التأخير توقع عن خطأ من طرف المتعاقد وليس عن ضرر أصابها[1].

كما وجه الأستاذ علي خطار شطناوي نقدا أيضا لهذا الاتجاه حيث يرى التكييف السابق لغرامة التأخير غير صحيح فاعتبار الغرامة تعويضا جزافيا متفق عليه يقتضي بداهة حدوث ضرر لحق جهة الإدارة المتعاقدة وأن يكون هناك تناسب واضح بين حجم الضرر الذي أصاب الإدارة ومقدار الغرامة المفروضة على المتعاقد، فعدم إلزام الإدارة بإثبات حدوث ضرر أصابها من عدم تنفيذ المتعاقد لالتزاماته التعاقدية يتنافى مع فكرة اعتبار غرامة التأخير تعويضا جزافيا، فضلا عن ذلك ينطوي التكييف السابق على إضرار واضح بالصالح العام، فلا تملك الإدارة أن تفرض غرامة تأخير تزيد قيمتها ومقدارها عن القيمة الجزافية المنصوص عليها في القانون أو العقد[2].

ومن جانبه يؤيد الباحث هذا الطرح في عدم اعتبار غرامة التأخير من قبيل التعويض الجزافي المتفق عليه لأن ذلك يتنافى ويتناقض مع أصالة مفهوم غرامة التأخير.

و من خلال هذا النقد الموجه لهذا الاتجاه ظهر فريق ثاني من الفقهاء يعتبر غرامة التأخير مجرد جزاء مالي متفق عليه وهذا ما سنحاول تبيانه في الفرع الموالي.

الفرع الثاني

غرامة التأخير جزاء مالي اتفاقي

ذهب غالبية الفقه الفرنسي والعربي إلى اعتبار غرامة التأخير مجرد جزاء مالي اتفاقي تملك الإدارة إيقاعه بحق المتعاقد المقصر، فهي جراء لمخالفته الشروط التعاقدية المتفق عليها، فالغرامات الموضوعة تحت تصرف الإدارة هي جزاءات ذات طابع جزافي وبهذا يمكن تطبيقها حتى لو لم يلحق الإدارة أي ضرر[3].

(1)- أيمن فتحي محمد عفيفي، المرجع السابق، ص 111.

(2)- علي خطار شطناوي، صلاحية الإدارة في فرض غرامات التأخير بحق المتعاقد معها، المرجع السابق، ص 72.

(3)- المرجع نفسه، ص 73.

فالصحيح أن غرامة التأخير جزاء، لكن هذا الجزاء لا يهدف في الحقيقة إلى جبر ضرر لحق بالإدارة أو المرفق العام من جراء خطأ المتعاقد أي أنه ليس تعويضا وإنما هو " عقوبة عقدية إدارية تهدف لحماية مبدأ دوام سير المرافق العامة بانتظام واطراد"[1]، فغرامة التأخير في واقعها الجزاء الذي يحمل المتعاقد على تنفيذ التزاماته التعاقدية ويكفل في ذات الوقت للإدارة المتعاقدة تنفيذ العقود في المواعيد المتفق عليها حرصا على سير المرافق العامة[2].

ونخلص من العرض السابق إلى أن غرامة التأخير هي مجرد جزاء إداري مستقل له هدف خاص وهو ضمان سير المرافق العامة بانتظام، ونحن نتفق مع هذا الرأي لأن توقيع غرامة التأخير لا يكون إلا في حالة انتهاك مبدأ سير المرافق العامة بانتظام واطراد من طرف المتعاقد مع الإدارة المخل بالتزاماته التعاقدية في موعدها المقرر لها.

وعلى ضوء الاتجاهين السابقين لطبيعة غرامة التأخير يرى فريق ثالث من الفقهاء اتجاها مغايرا لسابقيه محاولا التوفيق بينهما إذ يرى في غرامة التأخير ذات طبيعة مختلطة وهذا ما سنحاول بيانه على النحو الآتي[3].

الفرع الثالث

غرامة التأخير ذات طبيعة مختلطة

حاول جانب من الفقه[4] التوفيق بين الاتجاهين السابقين، إذ أنه يرى في غرامات التأخير ذات طبيعة مختلطة فنظام الغرامات المالية نظام شائع في العقود الإدارية فهو نظام مطبق لضمان واحترام المتعاقد لالتزاماته التعاقدية وخصوصا احترام مدد التنفيذ، فغرامات التأخير محددة القيمة حسب عدد أيام التأخير، فتعد تعويضا جزافيا وتهديدا(جزاءا) جزافيا وبهذا فلها طابع تعويضي وطابع تهديدي معا[5].

(1)- أيمن فتحي محمد عفيفي، المرجع السابق، ص ص 118- 119.

(2)- مدحت احمد يوسف غنايم، المرجع السابق، ص ص 28- 29.

(3)- البنان حسن محمد علي حسن، المرجع السابق، ص 420.

(4)- من بين الفقهاء الذين ساندو هذا الطرح نجد الفقيه الفرنسي أندري دي لوبدير

(5)- علي خطار شطناوي، صلاحية الإدارة في فرض غرامات التأخير بحق المتعاقد معها، المرجع السابق، ص 74.

وقد وافق هذا الاتجاه الأستاذ منصور إبراهيم العتوم حيث يقول " ومن جانبنا نميل إلى الرأي القائل بان لغرامة التأخير طبيعة مختلطة، فهي من جهة تعويض جزافي متفق عليه على اعتبار أن الضرر الذي لحق بالإدارة هو ضرر مفترض لا يقبل إثبات العكس نظراً لطبيعة العقد الإداري وعلاقته بالصالح العام، ولما له من تأثير في حسن سير المرافق العامة، وهي من جهة أخرى جزاء مالي له طابع تهديدي يستهدف حث المتعاقد مع الإدارة وإجباره على احترام مدد التنفيذ لما لذلك من أهمية في مجال إنشاء المرافق العامة وتسييرها"[1].

وعليه فغرامة التأخير من هذا المنظور تحمل في طياتها معنيين أساسين وهما[2]:

- طبيعة تعويضية فغرامة التأخير ذات طابع تعويضي (عبارة عن تعويض جزافي)
- طبيعة تهديدية تلجا إليها الإدارة المتعاقدة وتطبقها بصورة جزافية قصد إرغام وتهديد المتعاقد معها من أجل تنفيذ العقد الإداري.

من جانبه يرى الباحث أن الطبيعة القانونية لغرامة التأخير لا تعدو أن تكون مجرد جزاء مالي متفق عليه مسبقا تفرضه الإدارة على المتعاقد المخل بالتزاماته التعاقدية في المواعيد المحددة للتنفيذ دون إلزام الإدارة بإثبات حصول ضرر أصابها.

بعد اتضاح الرؤية فيما يخص الطبيعة القانونية لغرامة التأخير وعرض مختلف الاتجاهات المختلفة حولها، سوف نقوم بتحديد الأساس القانوني لها وعرض مختلف الآراء حوله وذلك في المطلب الموالي.

---

(1)- منصور إبراهيم العتوم، النظام القانوني لغرامة التأخير في العقود الإدارية (دراسة تحليلية مقارنة)، **مجلة الشريعة والقانون**، كلية القانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، السنة السابعة والعشرون، العدد 53، يناير 2013، ص 348.

- وفي نفس المعنى بخصوص الطبيعة القانونية المختلطة لغرامة التأخير فهي منصوص عليها في العقد الإداري أي أنها ذات طبيعة عقدية كجزاء عقدي وتعويض اتفاقي في أن واحد تهدف إلى ضمان تنفيذ المتعاقد لما التزم به في العقد الإداري هذا ما أكدته المحكمة الإدارية العليا المصرية في حكم لها رقم 1889 صادر في 1993/4/20 الذي تقول فيه" أن الطبيعة القانونية لغرامة التأخير هي جزاء عقدي وأنها صورة من صور التعويض الاتفاقي إذا تراخى المتعاقد في تنفيذ التزاماته التعاقدية، فهي مقررة ضمانا لتنفيذ هذه العقود في المواعيد المتفق عليها..." ، حكم مشار إليه في الموسوعة الإدارية الحديثة، الجزء 35، المرجع السابق، ص 411.

(2)- قرانة عادل، **الجزاءات المالية في العقد الإداري**، المرجع السابق، ص 120.

المطلب الثاني

الأساس القانوني لغرامة التأخير

اختلفت مواقف الفقه حول الأساس القانوني لحق جهة الإدارة في فرض غرامة التأخير اتجاه المتعاقد المقصر في التزاماته، فبينما يرى البعض أن أساس هذه الصلاحية هو أساس تعاقدي (بنود العقد)، فيما يرى البعض الآخر أنه أساس غير تعاقدي خارج عن نصوص العقد، وهو ما سنوضحه في الفرعين الآتين:

الفرع الأول

الأساس التعاقدي لغرامة التأخير

ساند جانب من فقهاء القانون العام[1] الأساس التعاقدي لغرامة التأخير، بحيث لا يجوز للجهة الإدارية المتعاقدة تطبيقها، إذا لم يكن قد نص عليها في العقد الإداري موضوع النزاع، أي أنها تستمد مصدرها من العقد المتفق عليه بين الطرفين.

وغرامة التأخير في العقد الإداري هي بند من بنوده أي ذات طبيعة عقدية مجالها عقود القانون العام و ينص عليها فيه كونها جزاء عقدي[2]، حيث تحتوي العقود الإدارية في الغالب على بنود تتضمن غرامات التأخير ومقدارها وقد يرد تحديد الغرامات إلى ملحق يتبع العقد الإداري وللإدارة فرض غرامة التأخير استنادا للعقد أو ملحقات العقد المبرم بين الإدارة والمتعاقد[3].

---

(1)- من بين الفقهاء الذين ساندو فكرة الأساس التعاقدي لغرامة التأخير نجد:
- احمد عثمان عياد، المرجع السابق، ص ص، 346- 347.
- محمود عاطف البنا، المرجع السابق، ص 25.
- ماجد راغب الحلو، المرجع السابق، ص 152.
- محمد الشافعي أبو راس، المرجع السابق، ص 94.

(2)- طارق سلطان، سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات على المتعاقدين معها في العقود الإدارية وضوابطها (دراسة مقارنة) دار النهضة العربية، القاهرة، 2010، ص 154.

(3)- نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص 191.

حيث أن إغفال النص على غرامة التأخير في العقد الإداري يمنع من فرضها فالأصل عدم جواز توقيع غرامة التأخير إلا إذا نص عليها العقد، ولكن تستطيع الإدارة اللجوء إلى قاضي العقد ليحكم لها بالتعويض عن الأضرار التي لحقت بها جراء تقصير المتعاقد في أداء التزاماته ولكن بشرط إثبات الضرر ومقداره[1]، ومن الملاحظ أنه يجب النص على غرامة التأخير في متن العقد الإداري نفسه أو في دفاتر الشروط العامة الملحقة به التي يحيل العقد لها باعتبارها جزا مكملا له وقد أوضح القسم الاستشاري بمجلس الدولة المصري هذا الأمر بقوله " إن هذه اللائحة لا تعتبر مكملة للعقد، ولا يمكن تطبيق الجزاءات المبينة ما لم يتضمن العقد أحكامها أو الإحالة عليها باعتبارها جزء مكملا له، وبذلك فإن الإدارة لا يجوز لها توقيع غرامة لم ينص عليها العقد استنادا إلى اللائحة المذكورة..."[2].

وقد رتب أنصار هذا الاتجاه نتائج قانونية ناجمة عن الأساس التعاقدي لغرامة التأخير حيث إذا تضمنت شروط العقد الإداري تحديدا لمقدار الغرامة التي سوف يتحملها المتعاقد مع الإدارة في حالة إخلاله بالتزاماته التعاقدية، فإن هذا المقدار هو الذي يطبق ولو تعارض مع نص أو لائحة قانون المناقصات والمزايدات المصري، لأنه المقدار الذي ارتضاه المتعاقدان واتفقا عليه[3]، وهذا ما صرحت به المحكمة الإدارية العليا في مصر حيث قالت " إذا تضمنت الشروط الخاصة للمزايدة تحديدا لمقدار الغرامة التي يتحملها المتعاقد مع الإدارة في حالة إخلاله بالتزاماته قبلها فإن مقدار هذه الغرامة حسبما نصت عليه هذه الشروط يكون هو الواجب إعماله دون النص اللائحي، وذلك لأنه خاص ومن المبادئ المسلم بها فقها أن الخاص يقيد العام ولأنه الذي توافقت عليه إرادة المتعاقدين المشتركة"[4].

---

(1)- خالد مصطفى حواطمة، **سلطة الإدارة في فرض الجزاءات على المتعاقد معها، دراسة مقارنة**، مذكرة ماجستير تخصص قانون عام، كلية الدراسات القانونية العليا، قسم القانون العام، جامعة عمان العربية للدراسات العليا، عمان، الأردن، 2003، ص 69، ويراجع في نفس المعنى :

- محمود حلمي، المرجع السابق، ص86. حيث يقول " فإذا لم يكن قد نص عليها في العقد، فلا يجوز للإدارة توقيعها على المتعاقد معها وذلك بخلاف الجزاءات الأخرى التي يمكن توقيعها بغير نص في العقد."

(2)- فتوى المجلس الاستشاري لمجلس الدولة المصري في 1967/4/5 مشار إليها من قبل مازن ليلو راضي، المرجع السابق، ص 149.

(3)- عزيزة الشريف، دراسات في نظرية العقد الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، د. ن، ص 162.

(4)- علي خطار شطناوي، صلاحية الإدارة في فرض غرامات التأخير بحق المتعاقد معها، المرجع السابق، ص75.

الفرع الثاني

الأساس غير التعاقدي لغرامة التأخير

يرى أنصار هذا الاتجاه أن الأساس القانوني لغرامة التأخير هو أساس غير تعاقدي أي أنها تفرض بحكم القانون، حيث تتمتع الإدارة بحق توقيع الجزاء الإداري ولو لم ينص عليه في العقد الإداري، فهي سلطة مستقلة عن نصوص العقد، ومن ثم فإن خلو العقد من الجزاءات لا يجرد الإدارة من الحق في توقيعها، كما أن النص على بعض الجزاءات لا يحول دون توقيع جزاءات أخرى غير منصوص عليها[1].

وفي فرنسا كان هناك تطور تاريخي في ما مدى أخذ مجلس الدولة الفرنسي بالأساس غير التعاقدي لغرامة التأخير حيث حتى نهاية القرن التاسع عشر وبداية القرن العشرين كان المبدأ المقرر في قضاء مجلس الدولة الفرنسي أن العقد الإداري يستقل وحده ببيان جزاءاته، وبذلك لم يكن مسموحا بتطبيق جزاء خارج العقد إلا جزاء الفسخ وقد تعرض هذا المبدأ الذي تبناه مجلس الدولة الفرنسي إلى انتقادات عدة جعلته يستجيب لها حيث أجاز في الأخير للإدارة حق تطبيق جزاءات لم ينص عليها في العقد الإداري[2]، و يتنازع في هذا الاتجاه رأيان هناك من يرد الأساس غير التعاقدي لغرامة التأخير لفكرة السلطة العامة وهناك من يردها لمبدأ دوام سير المرافق العامة لا من النصوص القانونية[3]، وعليه سوف نستعرض هذين الرأيين على النحو الآتي:

أولا: الأساس غير التعاقدي لغرامة التأخير ينبع أساسا من فكرة السلطة العامة

إن الإدارة تتمتع في إبرامها للعقد الإداري بوصفها سلطة عامة بحقوق وامتيازات لا يتمتع بمثلها المتعاقد معها، وذلك بقصد تحقيق نفع عام، أو مصلحة مرفق من المرافق العامة، إذ أن

---

(1)- جمال عباس احمد عثمان، **العقد الإداري وقضاء الإلغاء**، رسالة دكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، د. ن، ص 406. ويراجع في نفس المعنى: محمود خلف الجبوري، المرجع السابق، ص 123.

- *Rivero jean, op.cit.p 121.*
- *De laubadére André, Traite du droit administratif ,L.G.D.J, Tome (1), paris,1984, p 838.*

(2)- جمال عباس احمد عثمان، المرجع السابق، ص 405.

(3)- منصور إبراهيم العتوم، المرجع السابق، ص، 355.

للإدارة الحق في توقيع الجزاءات على متعاقدها، وهي في هذا لا تستند إلى العقد الإداري، بل إلى سلطتها الضابطة للمرفق العام وعملا بالقواعد الأصولية التي تقضي بها العقود الإدارية وأهدافها وقيامها على فكرة حسن استمرار المرافق العامة[1].

ويرى أنصار هذا الرأي أن هناك ارتباطا وثيقا بين سلطة الإدارة العامة وتوقيع غرامة التأخير على المتعاقد معها، بحيث يعد توقيع هذا الجزاء مظهراً من مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية، وتطبيقا لامتيازات هذه السلطة وبالذات امتياز التنفيذ المباشر[2].

وقد دأب القضاء الإداري المصري على تأكيد مبدأ سلطة الإدارة العامة في تطبيق الجزاء بإرادتها المنفردة وذلك دون حاجة إلى نص عقدي يمنحها هذا الحق وقد بينت المحكمة الإدارية العليا المصرية أساس هذه السلطة بقولها " إن 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 عام..."[3].

ثانيا: الأساس غير التعاقدي لغرامة التأخير ينبع أساسا من فكرة مبدأ دوام سير المرافق العامة

وتتجلى حكمة الاعتماد على الأساس غير التعاقدي في صلة العقد الإداري بتسيير المرافق العامة وتقديمها للخدمات المنوطة بها فالإدارة العامة مسؤولة بحكم طبيعة وظيفتها عن تحقيق الرفاهية للجميع، فإن تحقق تلك المهمة لا يكون إلا بتجهيز المرفق العام وتسييره بصورة مثلى وبذلك يكون من حقها أن تتخذ أي إجراء يكفل انتظام وتسيير المرافق العامة ولها تبعا لذلك أن تتخذ الإجراءات التي تكفل إجبار المتعاقد معها على تنفيذ التزاماته التعاقدية ومن أهم هذه الإجراءات فرض الجزاءات المالية ومنها غرامة التأخير

(1)- حمدي ياسين عكاشة، موسوعة العقود الإدارية والدولية، العقود الإدارية في التطبيق العملي، منشاة المعارف، الإسكندرية، د. ن، ص 238.

(2)- احمد عثمان عياد، المرجع السابق، ص 241. ويراجع في نفس المعني:

- منصور إبراهيم العتوم، المرجع السابق، ص 356.

(3)- مدحت احمد يوسف غنايم، المرجع السابق، ص 69.

التي توقع على المتعاقد في المقام الأول وإجباره على تنفيذ العقد وفق الشروط المتفق عليها و في المواعيد المحددة للتنفيذ ضمانا لحسن سير المرافق العامة[1].

وتجد هذه السلطة مبرراتها في الحرص على ضمان حسن تنفيذ العقد الإداري المتصل بسير المرفق العام وضمان استمراره وانتظامه تحقيقا للمصلحة العامة، ومن هنا فقد استقر في الأذهان أن جهة الإدارة لا تستند في مباشرة هذه السلطة إلى نصوص العقد الإداري بل إلى سلطتها الضابطة لسير المرافق العامة، ويترتب على ذلك كنتيجة أساسية أن سكوت العقد الإداري عن النص على جزاءات معينة لمخالفة الالتزامات التعاقدية لا يعني عدم إمكان توقيع جزاء عنها إذ القاعدة العامة أن كل التزام تعاقدي يقابله جزاء من حق الإدارة أن تتخذ بإرادتها المنفردة الإجراءات الضرورية لتأمين سير المرافق العامة فضلا عن ذلك أن الإدارة ليست مقيدة بالجزاءات التي نص عليها العقد الإداري، فهي تستطيع توقيع جزاءات أخرى إذا إرتأت أنها أكثر تناسبا مع المخالفات التي ارتكبها المتعاقد معها[2].

وقد حاول الأستاذ منصور إبراهيم العتوم تقييم الاتجاهين السابقين، حيث يرى أن الأخذ بأي من الأساسين دون الآخر في جميع الأحوال لا يخلو من النقد وينطوي على مجافاة للمنطق القانوني، ومما لا شك فيه أن لتحديد غرامة التأخير أهمية كبيرة وقيمة قانونية معينة في العقد الإداري، ذلك أن مقدار غرامة التأخير المتفق عليه في العقد هو الأولى بالتطبيق في حالة تعارضه مع نصوص التشريعات التي تحكم موضوع العقد ولذلك يكون الأساس القانوني لتوقيع غرامة التأخير في هذه الحالة أساسا تعاقديا، بينما يكون الأساس غير تعاقدي لغرامة التأخير في حالة عدم النص عليها في العقد الإداري تطبيقا لامتيازات السلطة العامة التي تجد تبريرها في ضمان سير المرافق العامة بانتظام واطراد[3].

---

(1)- علي خطار شطناوي، صلاحية الإدارة في فرض غرامات التأخير بحق المتعاقد معها، المرجع السابق، ص76.

(2)- السلال سعيد جمعة الهويدي، **سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري بالإرادة المنفردة**، " دراسة نظرية وتطبيقية مقارنة في الإمارات العربية المتحدة والدول الأجنبية "، رسالة ماجستير في القانون العام، قسم الدراسات العليا، كلية الحقوق، جامعة طنطا، مصر، 1994، ص ص، 108- 109.

(3)- منصور ابراهيم العتوم، المرجع السابق، ص 357.

و بناء على ما سبق يرى الباحث أن الأساس القانوني لتوقيع غرامة التأخير أساس متغير يختلف حسب مقتضى الحال، فهو تعاقدي إذا كان منصوص على الغرامة في العقد الإداري وأساس غير تعاقدي في حالة عدم النص عليها، حيث يبقى الهدف الأسمى الذي يجمع بين الأساسين هو ضمان سير المرافق العامة بانتظام واطراد.

المبحث الثالث

خصائص غرامة التأخير وشروط توقيعها وتميزها عن باقي الجزاءات المالية

تتميز غرامة التأخير في العقود الإدارية بجملة من الخصائص والمميزات التي تجعلها تختلف عن بقية الجزاءات المالية الأخرى في العقد الإداري، حيث كان لتحديد الطبيعية القانونية لغرامة التأخير التي تعرض لها الباحث من قبل أثر كبير في تكوين خصائص مميزة لغرامة التأخير، وعليه سوف نتعرض لهذه الخصائص بشيء من التفصيل في المطلب الأول من هذا المبحث و نستعرض أيضا الشروط الواجب توافرها لتوقيع غرامة التأخير وأخيرا ندرس ما الذي يميز هذه الغرامة عن باقي الغرامات المالية، وبذلك يقسم هذا المبحث إلى المطالب الآتية:

المطلب الأول: خصائص غرامة التأخير

المطلب الثاني: شروط توقيع غرامة التأخير

المطلب الثالث: التمييز بين غرامة التأخير وباقي الجزاءات المالية المشابهة لها

المطلب الأول

خصائص غرامة التأخير

إن الأصل العام في العقد الإداري شأنه شأن سائر العقود التي تخضع للأحكام القانون الخاص، انه يتم بتوافق إرادتين تتجهان إلى إحداث أثر قانوني معين هو إنشاء التزام أو تعديله ومن ثم فإذا ما توقع المتعاقدان في العقد الإداري أخطاء معينة ووضعا لها جزاءات معينة، فإنه يتعين

التقيد بما جاء في العقد الإداري في هذا الصدد[1]، و تتميز غرامة التأخير بعدة خصائص أخرى تميزها عن غيرها من الجزاءات المالية فهي اتفاقية وتلقائية وتوقع إستنادا إلى قرار إداري، وعليه سنتعرض لجملة هذه الخصائص كل خاصية في فرع مستقل وذلك على النحو الآتي:

الفرع الأول

غرامة التأخير اتفاقية

تتميز غرامة التأخير بأنها اتفاقية، لأنها تحدد مسبقا ومقدما في العقد الإداري ويتم الاتفاق بشأنها حال التعاقد، بحيث إذا خلا منها العقد فلا تستطيع الإدارة المتعاقدة مطالبة المتعاقد معها بأدائها إذا توافر موجبها[2].

فيشترط لتوقيع غرامة التأخير أن يكون منصوص عليها في العقد الإداري تطبيقا للقاعدة القانونية التي تقول أن العقد شريعة المتعاقدين، فهي نشأت باتفاق طرفي العقد ورضاهم، وكان يمكن لأحد الطرفين عدم القبول بهذا البند المدرج في العقد وبالتالي الامتناع عن التوقيع وعدم نشوء الالتزام وإذا ما تم فإنه يكون بناء على رضا واتفاق طرفي العقد[3]، لكن السؤال المهم الذي يمكن طرحه هل يمكن فرض غرامة التأخير و لو لم ينص عليها لا في العقد ولا في الشروط الملحقة به؟.

ذهب جانب من الفقه كما بينا سابقا[4] أن الإدارة تملك الحق في فرض غرامة التأخير ولو لم يرد عليها نص في العقد الإداري، إلا أن الرأي الراجح أنه لابد من النص على الغرامات التأخيرية في العقد أو في الشروط الملحقة به التي يحيل إليها العقد، وقد أوضح القسم الاستشاري بمجلس الدولة المصري هذا الأمر بقوله" إن هذه اللائحة لا تعتبر مكملة للعقد، ولا يمكن تطبيق الجزاءات

---

(1)- نصر الدين بشير، المرجع السابق، ص 59.

(2)- عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، دار الفكر القانوني، القاهرة، 2004، ص 269. ويراجع في نفس المعني: - سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود، المرجع السابق، ص 490، ويراجع في نفس المعنى أيضا في الفقه الفرنسي: - *De Laubadére (A), Moderne (F) et Delvolvé (P): Traité des cotrats administratifs, Pais,L.G.D.J. Edition 1984*, p 103.

(3)- فوزي علي عبد الله القفطان، **الجزاءات المالية في العقد الإداري في القانون العراقي والمصري**، رسالة ماجستير في القانون العام، قسم البحوث والدراسات القانونية، معهد البحوث والدراسات العربية، القاهرة، 2011، ص 24.

(4)- راجع الصفحة 93 وما بعدها من هذا البحث.

المبينة ما لم يتضمن العقد أحكامها أو الإحالة عليها باعتبارها جزءا مكملا له، وبذلك فإن الإدارة لا يجوز لها توقيع غرامة لم ينص عليها العقد استنادا إلى اللائحة المذكورة ..."[1].

أما في الجزائر فإن غرامة التأخير اتفاقية تحددها الإدارة المتعاقدة مسبقا في متن عقودها الإدارية التي تبرمها مع القطاع الخاص وباتفاق الطرفين، حيث لا يكاد يخلو أي عقد إداري من بند يتعلق بغرامة التأخير وكيفية تطبيقها إذ يعتبر وجود بند العقوبات المالية المتمثلة في غرامة التأخير شرط ضروري من شروط العقد الإداري، وبذلك تتوافر اتفاقية غرامة التأخير، بالنص عليها في شروط العقد الإداري وهذا ما يؤكد ما أخذ به المشرع الجزائري بخاصية الطابع الاتفاقي لغرامة التأخير وذلك في نص المادة 36 من دفتر الشروط الإدارية العامة السابق لسنة 1964 والتي جاء فيها " **إذا وردت في عقد الصفقة نصوص تتضمن عقوبات على التأخير فيجرى تطبيقها دون إنذار سابق بعد التأكد العادي من تاريخ انقضاء الأجل التعاقدي للتنفيذ وتاريخ استلام الأشغال المؤقت...**"[2].

فضلا عن ذلك أن العقود الإدارية تنص على كيفية حساب غرامة التأخير، ومن هنا يتأكد أيضا المصدر الإتفاقي لغرامة التأخير حيث يلتزم طرفا العقد الإداري، بتلك الأحكام الواردة في العقد، فلا يملك أي منهما التحلل منها، كما تطبق تلك الأحكام التعاقدية إذا تعارضت مع الأحكام الواردة في النص القانوني فأولوية التطبيق في حالة التعارض هي الأحكام الواردة في العقد[3].

ويعتبر العقد الإداري وكراسات(دفاتر) الشروط العامة من مصادر غرامة التأخير التي تدل على الطابع الاتفاقي لغرامة التأخير، إذن فالاتفاقية غرامة التأخير توفرها كراسات الشروط بالنص عليها، وذلك عقب توقيع المتعاقد عليها مما يعد موافقة منه على ما اشتملت عليه كراسات الشروط المشار إليها في العقد، حيث أنها أصبحت جزءا لا يتجزأ منه، وبالتالي اتفاقية غرامة التأخير في كراسات الشروط العامة هي في حقيقتها

(1)- وضاح محمود الحمود، عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية(B.O.T) حقوق الإدارة المتعاقدة والتزاماتها، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان ، الأردن، 2010، ص 120.

(2)- قرار مؤرخ في 21 نوفمبر 1964 يتضمن المصادقة على دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال لوزارة إعادة البناء و الأشغال العمومية والنقل، جريدة رسمية عدد 6، صادرة في 19 جانفي 1965.

(3)- مدحت احمد يوسف غنايم، المرجع السابق، ص ص، 29- 30.

اتفاقية صادرة بالنص عليها في العقد الإداري فيبقى العقد الإداري هو مصدر اتفاقية غرامة التأخير رغم النص عليها في كراسات الشروط العامة[1].

أما بالنسبة للفقه الفرنسي فقد صدرت جل الأحكام الصادرة عن مجلس الدولة الفرنسي لتأكد الخاصية الاتفاقية لغرامة التأخير عملا بالقاعدة القانونية، أن النص الخاص يقيد العام، والأصل ما توافقت عليه إرادة طرفي العقد[2].

الفرع الثاني

غرامة التأخير تلقائية

غرامة التأخير تلقائية، بمعنى أنه يحق للإدارة أن توقع الغرامة المنصوص عليها في العقد من تلقاء نفسها وبمجرد وقوع التأخير الذي تقررت الغرامة جزاءً له، ودون حاجة إلى إثبات أن ضررا ما قد أصابها[3]، فللجهة الإدارية الحق في استيفاء غرامة التأخير دون التزام عليها بإثبات أنه قد أصابها من التأخير ضرر، حيث أن الضرر مفترض افتراضا لا يقبل إثبات العكس بمجرد التأخير على اعتبار أن الجهة الإدارية حينما حددت موعدا معينا لتنفيذ العقد، قدرت أن حاجة المرفق العام تستوجب تنفيذه خلال هذا الموعد، وعليه تستحق غرامة التأخير دون حاجة لتنبيه المتعاقد وذلك تأكيدا لتلقائية تلك الغرامة[4].

ويتبين من تلقائية غرامة التأخير بنتائجها المتقدم بيانها، أنها تختلف في طبيعتها عن الشرط الجزائي المعروف في العقود المدنية والمستوجب لإعماله إثبات الضرر الحاصل وصدور حكم بتعويض متناسب مع قدره وحجمه، وهذه الخاصية التي تتمتع بها غرامة التأخير والتي تفرقها عن الشرط الجزائي لا يؤثر فيها ولا ينال منها أن يحدد في العقد الإداري مقدارا لها لخاصيتها الاتفاقية

(1)- نصر الدين بشير، المرجع السابق، ص 76.

(2)- المرجع نفسه، ص 64.

(3)- ماجد ملفي زايد الديحاني، **الجزاءات الضاغطة في العقود الإدارية، دراسة مقارنة بين النظامين المصري والكويتي**، رسالة ماجستير في القانون، قسم القانون العام، الدراسات العليا، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، مصر، 2008، ص 59.

(4)- عبد العزيز خليفة، الوجيز في الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص290.

على ما سبق بيانه ومثلما هو حال الشرط الجزائي، فخصائصها الأخرى تكفل لها التميز عن هذا الأخير وعدم الاختلاط به[1].

ويؤكد المشرع المصري بتلقائية توقيع غرامة التأخير على المتعاقد مع الإدارة وذلك في نص المادة 81 من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات الملغى لسنة 1998 السابق ذكرها بقوله« توقع غرامة التأخير ولو لم يترتب عليه أي ضرر »، كما تنص أيضا المادة 68 من تعليمات تنظم إجراءات العطاءات في الأردن ما يلي:« إذا تأخر المتعهد في تنفيذ ما التزم به في الموعد المحدد بالعقد فتفرض عليه غرامة مالية بنسبة لا تقل عن(0.5%) نصف بالمائة من قيمة اللوازم التي تأخر المتعهد في توريدها عن كل أسبوع أو جزء من الأسبوع بصرف النظر عن الضرر الناشئ عن التأخير في التنفيذ ... »[2]، بمعنى أن غرامة التأخير تفرض تلقائيا دون حاجة إلى إثبات الضرر[3].

وتوقع غرامة التأخير بصفة تلقائية بمجرد التأخير دون حاجة إلى تنبيه أو إنذار وهذا هو الوضع في مصر، حيث قضى مجلس الدولة المصري بأن " غرامة التأخير تستحق بمجرد انتهاء الفترة المحددة في العقد دون حاجة إلى التنبيه باستحقاقها"، أما الوضع في فرنسا فإن الإدارة تلتزم من حيث المبدأ بأن تعذر متعاقدها المقصر بالغرامة قبل توقيعها عليه وذلك تطبيقا للخصائص المشتركة للجزاءات الإدارية والتي لا تسري إلا من يوم الإعذار بها[4].

وإذا كانت التشريعات المقارنة ذات الصلة بالموضوع متفقة على تلقائية غرامة التأخير إلا أن لها أراء متباينة فيما يتعلق بالإعذار، حيث يتباين الرأي في ضرورة الإعذار من عدمه في فرنسا من جهة و مصر والجزائر من جهة أخرى، فحين يكون للإعذار أهمية في فرنسا فلا يعني بالضرورة أن يكون له تلك الأهمية في مصر

(1)- محمد فؤاد عبد الباسط ، العقد الإداري،(المقومات- الإجراءات- الآثار)، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، دون سنة النشر، ص 298.

(2)- المادة 68 من تعليمات العطاءات الأردني رقم 1 لسنة 2008 تعليمات تنظم إجراءات العطاءات وشروط الاشتراك فيها.

(3)- منصور إبراهيم العتوم، المرجع السابق، ص 352.

(4)- طارق سلطان، المرجع السابق، ص 162.

والجزائر[1]، حيث أن المبدأ العام في كل من القانون والقضاء المصرين إضافة إلى الجزائر[2] يقضيان بأن توقيع غرامة التأخير يكون بمجرد حصول التأخير من دون حاجة إلى إعذار أو اتخاذ إجراءات إدارية أو قضائية أخري[3]، و تأسيسا على ما تقدم، يرى الباحث أن التلقائية التي تتصف بها غرامة التأخير ما هي إلا نتيجة لارتباط العقود الإدارية بالمرافق العامة، وعليه فإن فرض غرامة التأخير بصورة تلقائية يستهدف حسن سير المرافق العامة بانتظام واطراد.

الفرع الثالث

غرامة التأخير توقع استنادا إلى قرار إداري

تقوم جهة الإدارة بتحصيل مبلغ غرامة التأخير من المتعاقد بموجب قرار إداري تصدره بإرادتها المنفردة، ودون الحاجة إلى اللجوء للقضاء لإصدار قرار بذلك[4]، وهذا يعني أن مجرد النص في العقد الإداري على غرامة التأخير لا يكفي لاستحقاقها بل لابد من أن تفصح الإدارة عن رغبتها في فرض غرامة التأخير على المتعاقد معها[5]، ذلك أن فكرة الجزاءات الإدارية نابعة من فكرة السلطة العامة للإدارة في العقود الإدارية، كما تعد تطبيقا لامتياز التنفيذ المباشر الذي يتيح للإدارة توقيع غرامة التأخير أو الإعفاء منها[6].

واستقر القضاء الإداري في فرنسا ومصر على وجوب صدور قرار إداري بتوقيع غرامة التأخير بحق المتعاقد مع الإدارة المقصر في تنفيذ التزاماته العقدية، فقد قضت محكمة القضاء

(1)- حسام محسن عبد العزيز، المرجع السابق، ص 126.

(2)- لقد اخذ كل من المشرع المصري والجزائري بخاصية تلقائية غرامة التأخير حيث نص في المادة 23 من قانون المناقصات والمزايدات المصري رقم 89 لسنة 1998 صراحة على إعفاء الإدارة من إعذار المتعاقد بالغرامة.

(3)- للتفصيل أكثر في موضوع الإعذار المتعلق بالغرامة يرجى مراجعة- مدحت احمد يوسف غنايم، المرجع السابق، ص 79 وما بعدها- نصر الدين بشر، المرجع السابق، ص85 وما بعدها.

(4)- محمد حسن مرعي الجبوري، المرجع السابق، ص 128، ويراجع أيضا في نفس المعنى: شافي طالب محمد العجمي، المرجع السابق، ص 34.

(5)- طارق سلطان، المرجع السابق، ص 159.

(6)- منصور إبراهيم العتوم، المرجع السابق، ص 351.

الإداري المصرية في حكم قديم لها بتاريخ 1957/03/17 بقولها " ومن حيث أنه وإن كان للإدارة سلطة توقيع جزاءات على المتعاقد إذا ما قصر في تنفيذ التزاماته، فإنه يتعين الإفصاح عن رغبة جهة الإدارة في استعمال سلطتها هذه، ولا بد من صدور قرار إداري"[1].

ومن الأمور المسلم بها أن إعلان قرار توقيع غرامة التأخير يكون ضروريا لإمكانية الاحتجاج على المتعاقد، بمعنى أنه ينبغي أن يصل إلى علم المتعاقد مع الإدارة وجود القرار ومضمونه، وذلك حتى لو تم هذا العلم في جلسة منعقدة مع صاحب الشأن على الرغم من رفضه استلام الإعلان حيث أن الإعلان في حد ذاته لا يكون ملزما طالما أن المتعاقد وصل إلى علمه توقيع الجزاء[2].

نخلص مما سبق إلى أن تحصيل غرامة التأخير متروك لتقدير الجهة الإدارية المتعاقدة باعتبارها القوامة على حسن تسير المرافق العامة والقائمة تبعا على تنفيذ شروط العقد المتصلة بتسيير هذه المرافق بانتظام واطراد[3].

كانت هذه أهم الخصائص التي تتمتع بها غرامة التأخير لتميزها عن باقي الجزاءات المالية الأخرى المشابهة لها، وسوف نستعرض في المطلب الموالي من هذا المبحث شروط و أسباب توقيع غرامة التأخير بحق المتعاقد معها وذلك على النحو الآتي:

المطلب الثاني

شروط توقيع غرامة التأخير

لكي يكون لجهة الإدارة الحق في فرض غرامة التأخير على المتعاقد معها يجب أن تتوافر شروط وأسباب معينة تستطيع الإدارة بوجودها ممارسة سلطة توقيع هذا الجزاء واتخاذ الإجراءات اللازمة لذلك، وبمفهوم آخر لا تملك الإدارة المتعاقدة توقيع أي جزاء بحق المتعاقد إلا إذا ارتكب هذا الأخير خطأ ما أو أخل بأحد الشروط التعاقدية، فتلك قاعدة عامة تخضع لها جميع العقود سواء

(1)- علي خطار شطناوي، صلاحية الإدارة في فرض غرامات التأخير بحق المتعاقد معها، المرجع السابق، ص 84.
(2)- مدحت احمد يوسف غنايم، المرجع السابق، ص95.
(3)- حسان عبد السميع هاشم، المرجع السابق، ص 68.

أكانت عقودا مدنية أم إدارية[1]، وعليه سوف نتولى في فرعين متتاليين تحليل شروط وأسباب توقيع غرامة التأخير، و سوف نخصص **الفرع الأول لتضمين العقد نصاً يعطي الحق لجهة الإدارة في توقيع الغرامة**، ونتولى في **الفرع الثاني دراسة شرط الإخلال بمدد التنفيذ**، أما عن **شرط الضرر** فهو يفترض افتراضا غير قابل لإثبات العكس[2]، فلا يسمح للمتعاقد مع الإدارة بإثبات عدم تحقق ضرر من جراء تأخره في تنفيذ التزاماته العقدية في موعدها المتفق عليه للتخلص من الغرامة[3] فبمجرد تحقق الإخلال يثبت للإدارة الحق في توقيع الغرامة، وسوف نبين ذلك على النحو الآتي:

الفرع الأول

تضمين العقد نصاً يعطي الحق لجهة الإدارة في توقيع الغرامة

يشترط أولا حتى يثبت حق جهة الإدارة في فرض غرامة التأخير على المتعاقد معها أن ينص في العقد الإداري على حق الإدارة في فرض الغرامة التأخيرية على المتعاقد معها إذا ما تأخر في تنفيذ الإعمال المنوطة به في المدة المحددة للتنفيذ[4]، ويتعين كذلك أن يشمل اتفاق الغرامة في العقد الإداري على كيفية توقيع الغرامة وضوابطها، حتى لا يتحول هذا الحق لمطلق لا عاصم له ويعد الاتفاق في هذه الحالة هو مصدر سلطة الإدارة في توقيع الغرامة، والحقيقة أن التطور التشريعي والقضائي في كل من مصر وفرنسا أدى إلى حد بعيد في الواقع العملي لتراجع دور الاتفاق كمصدر لحق الإدارة في توقيع غرامة التأخير[5].

وبناء عليه تحرص أغلب الإدارات العامة في الدول المقارنة على تضمين عقودها أحكاما صريحة تخولها صلاحية فرض غرامة التأخير بحق المتعاقد المقصر في تنفيذ العقد في المواعيد

(1)- علي خطار شطناوي، صلاحية الإدارة في فرض غرامات التأخير بحق المتعاقد معها، المرجع السابق، ص 86.

(2)- فهد بن ناصر بن سعد المسيعيد، **الغرامة التأخيرية في العقود الإدارية في النظام السعودي**، دراسة تاصيلية مقارنة بمجلس التعاون الخليجي، ماجستير في الشريعة والقانون، قسم الشريعة والقانون، كلية العدالة الجنائية، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، المملكة العربية السعودية،2013، ص98.

(3)- على الباز، سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات في العقود الإدارية في الكويت، **مجلة جمعية المحامين الكويتية**، السنة 19، سبتمبر 1995، قدمت هذه الدراسة إلى ندوة عن العقود الإدارية عقدت بالكويت عام 1993، ص 169.

(4)- محمد حسن مرعي الجبوري، المرجع السابق، ص 131 ويراجع أيضا- احمد سلامة بدر، المرجع السابق، ص 185.

(5)- أيمن فتحي محمد عفيفي، المرجع السابق، ص 14.

المحدد لذلك بغية إجباره على احترام مدد التنفيذ احتراما صارما، كما أن اغلب التشريعات الإدارية تنص صراحة على غرامات التأخير حرصا منها على دوام سير المرافق العامة بانتظام واطراد[1].

وقد رأينا فيما سبق أن هناك اختلاف بين فقهاء القانون الإداري في أساس فرض غرامة التأخير بين أساس تعاقدي مصدره العقد وأساس غير تعاقدي مصدره السلطة العامة أو المرفق العام وقد بينا أن أساس فرض الغرامة متغير وغير ثابت ويجمع بين الاثنين[2]، وعلى ما تقدم يرى الباحث انه من المستحسن أن تتضمن العقود الإدارية نصوص صريحة تخول لجهة الإدارة فرض غرامة التأخير تفاديا لتعنت المتعاقد معها في تسديد الغرامة واحتجاجه بعدم العلم بها وعدم تضمن العقد لنص يفرضها ويجيزها.

الفرع الثاني

الإخلال بمدد التنفيذ

يعتبر إخلال المتعاقد مع الإدارة بتنفيذ التزاماته العقدية في موعدها المتفق عليه إخلالا جسيما بمبدأ دوام سير المرافق العامة بانتظام واطراد، سبباً يستوجب ذلك فرض غرامة التأخير عليه بغية إجباره على احترام مدد ومواعيد التنفيذ بدقة عالية.

و إخلال المتعاقد مع الإدارة بالتزامه بالتنفيذ في الميعاد لا يقتصر فقط على حالة التأخر في التنفيذ، بل إن الإخلال له معنى واسع يشمل كل صور الإخلال في التنفيذ.

وعليه تتنوع مظاهر إخلال المتعاقد بمدد التنفيذ، إلا أنها لا تخرج عن أحد المظاهر التالية:

أولا: عدم البدء في تنفيذ العقد.

لتحديد شروط توقيع غرامة التأخير بدقة ينبغي علينا الإلمام بالمدة المحددة لتنفيذ العقد لنحكم على المتعاقد بأنه لم يقم بالبدء في تنفيذ العقد، ومدة العقد هي المدة الزمنية المحددة للمتعاقد مع جهة الإدارة لإنجاز الالتزامات التعاقدية التي التزم بتنفيذها بدءً من تاريخ التعميد أو توقيع العقد

(1)- علي خطار شطناوي، صلاحية الإدارة في فرض غرامات التأخير بحق المتعاقد معها، المرجع السابق، ص 87.

(2)- لمزيد من التوضيح فيما يخص الأساس القانوني لغرامة التأخير يرجى مراجعة الصفحة 93 وما بعدها من هذا البحث.

وانتهاءً بتسليم الأعمال، و تحدد مدة العقد من قبل الجهة الإدارية ويتم هذا التحديد بناءً على طبيعة ونوع الأعمال المطلوب تنفيذها[1]، ويجب الانتباه إلى أن احتساب فترة تنفيذ العقد تبدأ من استلام المتعاقد لموقع العمل وليس من تاريخ التعاقد وذلك في عقد الأشغال العامة[2].

وتجدر الإشارة إلى أن عدم النص في العقد على مواعيد التنفيذ، لا يعني تحرر المتعاقد من احترام أي ميعاد للتنفيذ وعدم البدء فيه وحريته في تأجيل التزاماته إلى ما نهاية، فالنصوص الخارجة عن العقد يمكن أن تحدد الميعاد الذي ينبغي أن ينجز المتعاقد خلاله التزاماته التعاقدية، بيد أن بدء المتعاقد مع الإدارة في تنفيذ التزاماته قد يرتبط بقرار صادر من الإدارة أو تصرف مادي من جانبها مثل تسليم الخرائط والمعدات وموقع العمل في عقود الأشغال العامة، أو تقديم عينات أو نماذج في عقود التوريد[3].

ويتوقف بدء تنفيذ عقد الأشغال العامة على إصدار أمر المباشرة بالعمل، وبهذا تحتسب مدة تنفيذ العقد أو مراحل تنفيذه من تاريخ إصدار أمر المباشرة، لهذا لا يسأل المتعاقد مع الإدارة عن التأخير في البدء في التنفيذ، بل تسأل الإدارة عن التأخير غير المبرر في إصدار أمر مباشرة العمل، فيجب عليها تعويض المتعاقد معها عن جميع الأضرار التي إصابته من جراء هذا التأخير غير المبرر[4].

في الأخير نرى أن احترام مدة التنفيذ واجب أساسي والتزام رئيسي بالنسبة للمتعاقد وللإدارة على حد سواء، وعلى ذلك يجب أن يشتركا في الانتهاء من التنفيذ خلال المدة المقررة بدون تأخير وذلك بأن يقوم كلا منهما بأداء واجباته، طبقا لمواعيد أداء هذه الالتزامات، وذلك لحاجة المرفق العام وللخدمة التي يقدمها للجمهور[5].

---

(1)- إبراهيم محمد الحديثي، الغرامات في نظام المنافسات والمشتريات الحكومية السعودي، دراسة تحليلية، **مجلة جامعة الملك سعود**، مجلد 23، كلية الحقوق والعلوم السياسية، السعودية، يوليو 2011، ص ص 211- 212.

(2)- البنان حسن محمد علي حسن، المرجع السابق، ص 426.

(3)- مدحت احمد يوسف غنايم، المرجع السابق، ص ص 42-43.

(4)- عبد المجيد فياض، المرجع السابق، ص 141.

(5)- فوزي علي عبد الله القفطان، المرجع السابق، ص 79.

ثانيا: تأخر المتعاقد مع الإدارة في إتمام العمل في المدة المحددة لذلك.

يعد تأخر المتعاقد مع الإدارة في إتمام العمل الموكل إليه في المدة القانونية المحددة في العقد من أكثر مظاهر إخلال المتعاقد بمدد التنفيذ شيوعا من الناحية العلمية، ومن أمثلة هذه الصورة التخلف عن انجاز وتسليم الأشغال أو عدم توريد كامل الكمية المتفق عليها في الميعاد المحدد ففي هذه الأحوال تستحق غرامة التأخير حتى لو قام المتعاقد بانجاز العمل أو توريد باقي الكمية بعد فوات المواعيد المحددة في العقد[1].

ولأهمية ضمان حسن سير المرافق العامة بانتظام واطراد وضمان تنفيذ العقود الإدارية في مواعيدها المحددة وعدم تأخرها، نجد أن أعمال المقاولات والتعهدات تحظى باهتمام المشرع الجنائي، ففي قانون العقوبات الفرنسي يعد تأخر المورد المتعاقد مع الإدارة في تنفيذ عقد التوريد للقوات المسلحة جناية أو جنحة حسب الأحوال ويعاقب عليها بعقوبات جنائية رادعة، حيث تتضمن المادة 33 من قانون العقوبات الفرنسي النص على عقاب الموردين حال تأخيرهم تسليم المواد الواجب توريدها أو استعمالهم الغش في طبيعة الأشغال ونوعيتها وكمياتها الواجب تنفيذها أو التوريدات الواجب إتمامها[2].

كما نصت المادة 116 مكرر 1 من قانون العقوبات المصري على أن" كل من أخل عمدا بتنفيذ كل أو بعض الالتزامات التي يفرضها عليه عقد مقاولة أو نقل أو توريد أو التزام أو أشغال عامة ارتبط به مع إحدى الجهات المبينة في المادة 119 أو مع إحدى شركات المساهمة ويترتب على ذلك ضرر جسيم، أو إذا ارتكب أي غش في تنفيذ هذا العقد يعاقب بالسجن...."[3].

وعليه لا تستحق غرامة التأخير إذا لم يحدث تأخير في تنفيذ التزامات المتعاقد عن المواعيد المتفق عليها، وعلى ذلك لا يعتبر أن ثمة تأخيرا في تنفيذ العقد إذا جرى تعديله، بمد مدته سواء

(1)- علي خطار شطناوي، صلاحية الإدارة في فرض غرامات التأخير بحق المتعاقد معها، المرجع السابق، ص 92.

(2)- حسام محسن عبد العزيز، المرجع السابق، ص ص 143-144.

(3)- المادة 116 مكرر 1 من قانون العقوبات المصري رقم 58 لسنة 1937 المعدل والمتمم.

باتفاق الطرفين أو بإجراء من جهة الإدارة المتعاقدة استعمالا لسلطتها في التعديل، ولا تستحق بالتالي غرامة التأخير إذا ما تم تنفيذ الالتزام في خلال المدة التي امتد إليها العقد[1].

ثالثا: عدم تنفيذ العقد كليا من طرف المتعاقد.

تعد هذه الظاهرة من صور الإخلال بمدد التنفيذ من قبل المتعاقد مع الإدارة حيث تعتبر مخالفة جسيمة وخطره، بالنظر لما تحدثه هذه المخالفة من آثار سلبية على سير المرافق العامة بانتظام واطراد[2]، الأمر الذي يتيح للإدارة توقيع غرامة التأخير وفسخ العقد المبرم[3].

وبهذا الاتجاه تضمنت قضية وقائعها أن إحدى الوزارات أجرت ممارسة لشراء سجاد على أن يتم التوريد حتى 1971/06/30، وقد أخطر المتعاقد في 1971/02/17 بقبول عرضه وبأمر التشغيل وطلب منه تسديد مبلغ التامين النهائي، ولما تقاعس المتعاقد في ذلك ولم يبدأ في التنفيذ، أنذرته الجهة الإدارية المتعاقدة في 1971/02/28 بضرورة القيام بما عليه، إلا أنه استمر في تقصيره مما أدى بالإدارة إلى اتخاذ إجراءات التنفيذ على الحساب بممارسة أيضا أجريت في 1971/04/17 وتوقيع الجزاءات المقررة على المتعاقد المقصر ومنها غرامة التأخير ولما عرض الأمر على القضاء، كان قضاء محكمة القضاء المصري في الشق الخاص بمدى استحقاق الغرامة بقولها "... أما غرامة التأخير فتوقع فقط على المتعاقد المتراخي في التنفيذ عن الميعاد المتفق عليه في العقد بعد أداء التامين النهائي وبدء المتعاقد في التنفيذ، أما والثابت أن المدعي عليه لم يؤد التامين النهائي ولم يبدأ في التوريد فعلاً فلا حق للإدارة في اقتضاء غرامة التأخير."

لكن المحكمة الإدارية العليا المصرية ارتأت عكس ذلك، وقضت بأنه "... توقيع غرامة التأخير على المدعي عليه الذي امتنع كليا عن الوفاء بأي التزام من التزاماته العقدية مع الإدارة، لذلك فإن مطالبتها بمبلغ... قيمة غرامة التأخير عن الصفقة... تكون

(1)- ماجد ملفي زايد الديحاني، المرجع السابق، ص 63.

(2)- علي خطار شطناوي، صلاحية الإدارة في فرض غرامات التأخير بحق المتعاقد معها، المرجع السابق، ص 92.

(3)- منصور إبراهيم العتوم، المرجع السابق، ص 361.

في محلها ومطابقة للقانون ومن ثم يكون الحكم المطعون فيه قد أخطا في تطبيق القانون فيما انتهى إليه من إعفاء المدعي عليه من دفع غرامة التأخير"، وقد وجه الأستاذ **محمد فؤاد عبد الباسط** نقدا لهذا الحكم حيث قال" ومناط غرامة التأخير، فهو كما يدل عليه تسميتها، مقرر لتجاوز المدة المحددة لتنفيذ العقد دون تمام التنفيذ ويستوي في عدم تمام التنفيذ هنا أن يكون امتناعا كليا عنه أم مجرد تقاعس وتراخ فيه، المهم هو تجاوز المدة المحددة للتنفيذ دونه، أما إن كانت هذه المدة مازالت جارية، فالتقصير في التنفيذ سيكون بأوجه أخرى غير وجه التأخير.... ولا محل للقول بأن عدم توقيع غرامة التأخير على المتعاقد الممتنع كليا عن تنفيذ التزاماته سيجعله في وضع أفضل من المتعاقد المتراخي فقط في تنفيذها- لأن الامتناع الكلي ولجسامة خطئه سيصادف بالضرورة جزاءات أشد كالتنفيذ على الحساب والفسخ ومصادرة التامين"[1].

وهناك من الفقهاء من أضاف شروط أخرى لتوقيع غرامة التأخير من بينهم الأستاذ **أيمن فتحي عفيفي** الذي أضاف شرط استمرار التزام المتعاقد مع الإدارة بالتنفيذ لحين حلول أجله حتى يتحقق الإخلال ويترتب على ذلك أنه إذا لم يعد المتعاقد ملتزما بأداء الالتزام حين يحل الأجل المحدد للتنفيذ، فإن الإدارة لن تستطيع توقيع غرامة التأخير عليه وقد يحدث أن ينتهي التزام المتعاقد مع الإدارة نتيجة فسخ العقد قبل حلول الأجل أو لجوء الإدارة للتنفيذ على حساب المتعاقد معها الذي تراخى في تنفيذ التزاماته العقدية[2].

ونخلص مما سبق أنه لا يجوز للإدارة أن توقع غرامة التأخير على المتعاقد معها لغير الأسباب والشروط المذكورة، حيث بينا شرط وجود نص في العقد الإداري يجيز للإدارة توقيع غرامة التأخير و الاستثناءات الواردة عليه وشرط الإخلال بالالتزام من طرف المتعاقد والصور المختلفة له وشرط استمرار المتعاقد بالالتزام بالتنفيذ لحين حلول الأجل المحدد في العقد، واجتماع الشروط السابقة هو أمر لا غنى عنه لتوقيع وفرض غرامة التأخير على المتعاقد مع الإدارة.

(1)- محمد فؤاد عبد الباسط، المرجع السابق، ص ص 303- 304.

(2)- أيمن فتحي محمد عفيفي، المرجع السابق، ص 59.

المطلب الثالث

التمييز بين غرامة التأخير وباقي الجزاءات المالية المشابهة لها

مما لا شك فيه أن الجزاءات المالية لا تقتصر على الغرامة التأخيرية فقط، وإنما تشمل طائفة من الجزاءات الأخرى حيث تستطيع جهة الإدارة اللجوء إلى توقيع هذه الجزاءات وفقا لسلطتها التقديرية وحسب ما تراه مناسبا[1]، لذا كان من الواجب بيان أوجه الاختلاف بين غرامة التأخير والجزاءات المالية الأخرى المشابهة لها، لإزالة البس عنها وعدم الخلط بينها وباقي الجزاءات المالية الأخرى، وعليه سندرس ذلك في فرعين، نخصص **الفرع الأول لتمييز غرامة التأخير عن التعويض** أما **الفرع الثاني** سنخصصه **لتمييز غرامة التأخير عن مصادرة التأمين** وذلك على النحو الآتي:

الفرع الأول

التمييز بين غرامة التأخير و التعويض

التعويض هو عبارة عن المبالغ التي يحق للإدارة أن تطالب بها المتعاقد معها إذا أخل بالتزاماته التعاقدية في حالة سكوت العقد الإداري أو دفاتر الشروط العامة عن النص على جزاء مالي آخر كالغرامة التأخيرية لمواجهة هذا الإخلال[2]، وبذلك يتضح أن الغاية الرئيسة من التعويض تتمثل في رأب الصدع الناجم عن الضرر الذي تسبب فيه المتعاقد، ويعرف أيضا بأنه جزاء تملك الإدارة توقيعه على المتعاقد معها في حالة إخلاله بتنفيذ التزاماته العقدية مع ملاحظة أنه لا يمكن أن يكون محدودا أو مقدرا في العقد وإلا اقترب من الغرامات[3].

---

(1)- حسام محسن عبد العزيز، المرجع السابق، ص 106.

(2)- رشا محمد جعفر الهاشمي، المرجع السابق، ص 55.

(3)- طارق سلطان، المرجع السابق، ص 197، و لمزيد من التعريفات الفقهية للتعويض يرجى مراجعة المؤلفات التالية:

- هارون عبد العزيز الجمل، المرجع السابق، ص 101.
- عزيزة الشريف، المرجع السابق، ص 164.
- سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، 509.

-La ubadére André, traite théorique et pratique des contrats administratifs, tomes, op.cit.p 147.

- Pequignot ,op.cit.,p111.

وقد نص المشرع المصري على التعويض في نص المادة 170 من القانون المدني على التعويض القضائي بالقول" يقدر القاضي مدى التعويض عن الضرر الذي لحق المضرور طبقا لأحكام المادتين(221-222) مراعيا في ذلك الظروف الملابسة فإن لم يتيسر له وقت الحكم أن يعين مدى التعويض يقينا نهائيا فله أن يحتفظ للمضرور بالحق في أن يطالب خلال مدة معينة بإعادة النظر في التقدير"، وعليه نرى أن الأصل في نشأة التعويض هو القانون الخاص، ثم انتقل التعويض بعد ذلك إلى مجال العقود الإدارية ومجال القانون العام[1].

وعلى الرغم مما قد يثار بشأن التعويض وغرامة التأخير من وجود تشابه بينهما إلا أنَ هناك فوراق جوهرية بينهما، تجعل غرامة التأخير تختلف عن التعويض الذي تطالب به الإدارة، وقد يظهر التشابه بين التعويض وغرامة التأخير من حيث كونهما التزام قانوني يلزم بمقتضاهما المتعاقد مع الإدارة بدفع مبلغ مالي للإدارة المتعاقدة، وهكذا يبقى التعويض وغرامة التأخير على عاتق المتعاقد مع الإدارة، ومن أوجه التشابه أيضا بين غرامة التأخير والتعويض أنه يمكن للإدارة الجمع بينهما[2] ولكن هذا التشابه الكبير لا يخفي اختلاف النظام القانوني الذي ينظم ويحكم كلاً منهما ويتمثل هذا الاختلاف بينهما في النقاط الآتية[3]:

أولا: من حيث تقدير التعويض

يتم تقدير غرامة التأخير في العقد الإداري من طرف الإدارة المتعاقدة إذ تعتبر هي المسؤولة عن تحديد قيمة الغرامة وتوقيعها على المتعاقد معها في حالة تأخره في تنفيذ التزاماته التعاقدية أو امتناعه عن التنفيذ بصفة كلية، ويكون ذلك بصدور قرار إداري من جانبها، أما بالنسبة للتعويض فنجد أن القضاء هو المختص بتقديره بموجب حكم قضائي[4]، والتعويض لا يحكم به القضاء إلا في حالة ثبوت ضرر للإدارة من جراء إخلال المتعاقد بالتزاماته وتقدير قيمة التعويض حسب القواعد

(1)- حسام محسن عبد العزيز، المرجع السابق، ص 107.

(2)- بن عبد المالك بوفلجة، النظام القانوني للتعويض في العقود الإدارية، قراءة في تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام رقم 247/15، **مجلة دفاتر السياسة والقانون**، تصدر عن كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، العدد 17، جوان2017، ص 124.

(3)- علي خطار شطناوي، صلاحية الإدارة في فرض غرامات التأخير بحق المتعاقد معها، المرجع السابق، ص 78.

(4)- قرانة عادل، **الجزاءات المالية في العقد الإداري**، المرجع السابق، ص 173.

العامة، أي على أساس ما نشأ من عدم التنفيذ من ضرر يمثل فيها ما لحق من خسارة وما فاتها من ربح بشرط أن يكون نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام ويراعى في تقدير حسابه الضرر والأخطاء المتبادلة بين كل من طرفي العقد[1].

ثانيا: من حيث الغاية من التعويض

تختلف غرامات التأخير عن التعويض في الغاية المنشودة التي تستهدف تحقيقها كل منهما فإذا كانت الغاية من غرامة التأخير هي ضمان تنفيذ العقود الإدارية في المواعيد المتفق عليها حرصا على مبدأ سير المرافق العامة بانتظام واطراد، أما الغاية من التعويض هو تغطية أضرار حقيقية التي أحدثها المتعاقد مع الإدارة من جراء إخلاله بالتزاماته التعاقدية[2].

ثالثا: من حيث شروط استحقاق التعويض

تفرض غرامة التأخير كجزاء عقدي نتيجة إخلال المتعاقد مع الإدارة بشروط العقد الإداري ولو لم يلحق الإدارة ضرر حقيقي من جراء هذا الإخلال، أما التعويض فلا يلزم به المتعاقد مع الإدارة إلا إذا ثبت أن الإخلال الصادر من جانبه قد أحدث ضررا حقيقيا وكانت هناك علاقة سببية بينهما[3]، كما يشترط لمطالبة المتعاقد بالتعويض إعذاره استنادا للمادة 218 من القانون المدني المصري، وذلك خلافا لغرامة التأخير التي لا يشترط لتوقيعها إعذار المتعاقد مع الإدارة وذلك طبقا لأحكام القضاء المصري[4].

وعليه يرى الباحث أن الدور الذي يقوم به التعويض من خلال تعويض الإدارة المتعاقدة عن الأضرار التي لحقتها من جراء عدم التزام المتعاقد بتنفيذ التزاماته التعاقدية أقل مما تحققه غرامة التأخير، والسبب في ذلك يرجع إلى الضرر الذي لحق المنتفعين من المرفق العام والذي لا يمكن تعويضهم عنه بشكل دقيق بحيث لا يشكل تعويضا عادلا لهم حيث لا يهم المنتفعين من المرفق العام الحصول على الأموال بقدر ما يهمهم أن تسير المرافق العامة بانتظام واطراد وتؤدي خدماتها.

(1)- شافي طالب محمد العجمي، المرجع السابق، ص 39.
(2)- نصر الدين بشير، المرجع السابق، ص 297.
(3)- محمد السيد الدسوقي، المرجع السابق، ص111.
(4)- طارق سلطان، المرجع السابق، ص 208.

الفرع الثاني

التمييز بين غرامة التأخير ومصادرة التامين

يعد جزاء مصادرة التأمينات من أهم صور الجزاءات المالية وأكثرها شيوعا في المجال التطبيقي، وتعرَف على أنها مبلغ من المال يودع لدى الجهة الإدارية لتتقي بها آثار الأخطاء التي ارتكبها المتعاقد أثناء تنفيذ العقد ويضمن لها قدرته على مواجهة المسؤوليات الناتجة عن تقصيرها[1]، ويعرَف أيضا مصادرة التأمين بأنه استيلاء الإدارة على مبلغ التأمين الذي يودعه المتعاقد لمصلحة الإدارة عند إبرام العقد معها ليضمن لها ملاءته لمواجهة مسؤوليته في حالة إخلاله بشروط العقد، وبذلك تنطوي فكرة مصادرة التأمين على معنى العقوبة أو الجزاء المالي[2].

وقد أقر غالبية الفقه الفرنسي بحق الإدارة المتعاقدة في مصادرة التأمين باعتباره أحد الجزاءات المالية التي تملكها دون الحاجة إلى اللجوء للقضاء لتوقيعه، ويرجع أساس هذه السلطة المخولة لجهة الإدارة إلى حق التنفيذ المباشر وأن الإدارة لا تملك التنازل عن هذا الامتياز في دائرة الجزاءات التي تحكم العقد الإداري[3]، والتأمين على نوعين تأمين مؤقت وتأمين نهائي، فالتأمين المؤقت هو "ما يودعه المناقص ضمانا لجدية مساهمته في المناقصة ولسلامة قصده في تنفيذ العقد حال رسو العطاء عليه"، أما التأمين النهائي هو" ما يودعه من رسى العطاء عليه بعد إخطاره بقبول عطائه ضمانا لملاءته إزاء المسؤوليات التي قد يتعرض لها من جراء عدم قيامه بتنفيذ العقد على الوجه الأكمل، ولتحصيل الجزاءات(الغرامات) والتعويضات وغير ذلك من المبالغ التي تستحق على المقاول أو المتعهد طبقا لنصوص العقد"[4].

و عليه تتشابه غرامة التأخير مع مصادرة التامين بوجه من الأوجه وتختلف معه في أوجه أخرى وهو ما سنبينه على النحو الآتي:

---

(1)- البنان حسن محمد علي حسن، المرجع السابق، ص 414.

(2)- نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص 213.

(3)- المرجع نفسه، ص 214.

(4)- نصر الدين بشير، المرجع السابق، ص 298.

أولا: أوجه تشابه غرامة التأخير مع مصادرة التامين[1].

– غرامة التأخير ومصادرة التأمين كلاهما جزاء مالي إذ تعتبر غرامة التأخير ومصادرة التأمين عبارة عن مبلغ من النقود أو المال.

– غرامة التأخير ومصادرة التأمين كلاهما من طبيعة إدارية، حيث أن الإدارة المتعاقدة توقع كل منهما بموجب قرار إداري صادر عنها وبإرادتها المنفردة، وهذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا في مصر في حكمها الصادر في 1982/01/23 والذي جاء فيه "... حق الإدارة في مصادرة التأمين ودون حاجة إلى الاتجاه إلى القضاء في حالة عدم التنفيذ...".

– تتفق غرامة التأخير ومصادرة التأمين في أن حق الإدارة في مصادرة التامين النهائي يرتبط بسلطتها التقديرية في مصادرة التأمين أو عدم مصادرته وهي بالتالي تتفق مع الغرامة في هذا الشأن[2].

– إمكانية الجمع بين غرامة التأخير ومصادرة التأمين من قبل الإدارة المتعاقدة ويمكن أيضا الجمع بين الجزاءات الإدارية الأخرى بشرط اختلاف السبب لكل جزاء، وهذا ما نصت عليه المحكمة الإدارية العليا في مصر في حكم لها بتاريخ 1957/11/25 حيث تقول "... أن غرامة التأخير التي ضمنتها الإدارة لعقدها الذي أبرمته مع المدعي...لا يشترط لتوقيعها قيام ضرر يصيب الإدارة، بل إن هذا الضرر مفترض بقرينة قاطعة لا تقبل الدليل العكس، ذلك أن غرامة التأخير... هي جزاء... وليس ثمة ما يمنع من الجمع بين الجزاءات لاختلاف السبب في توقيع كل منهما..."[3].

– مصادرة التأمين تدعم غرامة التأخير، حيث أن مبالغ التأمينات المستودعة لدى جهة الإدارة تدعم هذه الأخيرة، فإن للإدارة أن تخصم قيمة الغرامات التي توقعها على المتعاقد معها من مبلغ التامين بعد مصادرته[4].

---

(1)– قرانة عادل، **الجزاءات المالية في العقد الإداري**، المرجع السابق، ص 173.

(2)– شافي طالب محمد العجمي، المرجع السابق، ص 45.

(3)– سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود، المرجع السابق، ص 496.

(4)– علي الباز، المرجع السابق، ص 24.

– تشترك مصادرة التأمينات وغرامة التأخير في عدم اشتراط وجود ضرر أصاب الإدارة المتعاقدة لتوقيعهما، فالإدارة غير ملزمة لإثبات حصول الضرر، فالضرر مفترض لا يقبل إثبات العكس حيث يتم توقيع كل من غرامة التأخير ومصادرة التامين بصورة تلقائية ومباشرة[1].

ثانيا: أوجه اختلاف غرامة التأخير مع مصادرة التامين.

– تختلف غرامة التأخير عن مصادرة التأمين من حيث غاية وهدف كل منهما، فجزاء غرامة التأخير يواجه مجرد التأخير في تنفيذ المتعاقد لالتزاماته التعاقدية خلال المواعيد المتفق عليها مسبقا، فيما يواجه جزاء مصادرة التأمين مخاطر عدم تنفيذ المتعاقد مع الإدارة لشروط وبنود العقد، ويعني ذلك أن جزاء توقيع غرامة التأخير ينصب على مدد تنفيذ العقد، بينما جزاء مصادرة التامين ينصب على محل العقد[2].

– تختلف مصادرة التأمين عن غرامة التأخير حيث أن التأمين يوضع في خزانة الإدارة قبل القيام بتنفيذ العقد، وذلك لكونه ضمانة تؤمن الإدارة ضد الأخطار التي يرتكبها المتعاقد في تنفيذ العقد كما يضمن ملاءته عند مواجهة مسؤولياته المالية عند التنفيذ[3].

وتأسيسا على ما سبق بيانه يتضح لنا أن التعويض ومصادرة التأمين يعدان من الجزاءات المالية التي تملكها الإدارة تجاه المتعاقد المقصر في تنفيذ التزاماته التعاقدية، ولهما مميزات وخصائص تختلف عن غرامة التأخير، وإن اشتركا معاً كجزاء من الجزاءات المالية في العقد الإداري.

وكخلاصة لما سبق ذكره في الفصل الأول الذي جاء تحت عنوان **ماهية غرامة التأخير** يمكننا، القول أن المشرع الجزائري لم يعطي لغرامة التأخير حقها الكافي في التشريع الجزائري خلافا لما هو موجود في التشريع المصري والفرنسي، حيث نص عليها في مادة وحيدة هي المادة 147 من قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام لسنة 2015 تحت عنوان العقوبات المالية.

(1)– بن شعبان علي، المرجع السابق، ص 107.

(2)– نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص ص 217–218.

(3)– شافي طالب محمد العجمي، المرجع السابق، ص 46.

و لقد قمنا في الفصل الأول من هذا الباب بتعريف غرامة التأخير ونشأتها في كل من الجزائر ومصر وفرنسا و ذلك في المبحث الأول، أما المبحث الثاني فقد تطرقنا فيه إلى الطبيعة القانونية لغرامة التأخير و أساسها القانوني والاختلافات الفقهية بشأنها وفي المبحث الثالث والأخير تطرقنا إلى الخصائص التي تتميز بها غرامة التأخير عن بقية الجزاءات المالية الأخرى، واستعرضنا أيضا شروط توقيع غرامة التأخير على المتعاقد مع الإدارة و أخيرا تطرقنا إلى تمييز غرامة التأخير عن باقي الجزاءات المالية الأخرى المشابهة لها في العقد الإداري.

الفصل الثاني

سلطة الإدارة في توقيع غرامة التأخير وطرق اقتضائها والإعفاء منها

الفصل الثاني

سلطة الإدارة في توقيع غرامة التأخير وطرق اقتضائها والإعفاء منها

تبرز أهمية سلطة الإدارة بتوقيع غرامة التأخير على المتعاقد معها في إلزامه بعدم الإخلال بتنفيذ العقد الإداري تحت طائلة توقيع جزاء غرامة التأخير عليه، وبما أن المتعاقد مع الإدارة هو متعاون معها في إدارة المرفق العام و يعتبر أي إخلال منه لالتزاماته التعاقدية ليس خطأ عقديا فحسب ولكنه أيضا خطأ ضد المرفق العام ذاته، ولمواجهة هذا الإخلال، فإن الإدارة المتعاقدة تتمتع بسلطة توقيع الجزاءات، من بينها غرامة التأخير التي تخضع لنظام قانوني مغاير تماما لما هو مقرر في العقود الإدارية[1].

والاعتراف للإدارة بسلطة توقيع غرامات التأخير على المتعاقد معها يعمل على الاستجابة لاعتبارات تتعلق بفاعلية غرامة التأخير، فالإدارة باعتبارها الطرف الأول في العقد الإداري الذي يقع عليه عبء الوفاء بالالتزامات التعاقدية المقابلة، وباعتبارها أيضا الجهة التي يجري تنفيذ العقد تحت إشرافها، هي الأقدر على التدخل بالغرامة في الوقت المناسب بما يحقق الغرض منها، وهكذا فإن الاعتراف للإدارة بهذه السلطة يبدو وثيق الصلة بمبدأ سير المرافق العامة بانتظام واطراد[2].

والحديث عن سلطة جهة الإدارة بتوقيع غرامة التأخير يفترض بداية التطرق إلى الجهة المختصة بتوقيع هذه الأخيرة وثانيا التطرق إلى المبادئ العامة لسلطة الإدارة في توقيع غرامة التأخير و أخيرا الإعذار كقيد على سلطة الإدارة في توقيع غرامة التأخير وهذا في المبحث الأول ثم نخصص المبحث الثاني لطرق اقتضاء غرامة التأخير من قبل الإدارة، أما في المبحث الثالث والأخير نتناول فيه سلطة الإدارة في الإعفاء من غرامة التأخير هذه السلطة قد تجد مصدرها في التشريعات المقارنة أو المبادئ القضائية، وعليه ستنصب دراستنا في هذا الفصل الثاني على ثلاثة مباحث على النحو الآتي:

---

(1)- نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص ص 143-144.

(2)- أيمن فتحي محمد عفيفي، المرجع السابق، ص 138.

المبحث الأول: سلطة الإدارة في توقيع غرامة التأخير

المبحث الثاني: طرق اقتضاء غرامة التأخير

المبحث الثالث: إعفاء المتعاقد مع الإدارة من غرامة التأخير

المبحث الأول

سلطة الإدارة في توقيع غرامة التأخير

إن السلطة الممنوحة للإدارة في توقيع غرامة التأخير على المتعاقد معها يفترض أولا قبل الاعتراف بها أن يكون موجب توقيع الغرامة قد تحقق بإخلال المتعاقد بتنفيذ بالتزاماته التعاقدية في موعدها، فإن تحقق هذا الإخلال فان جهة الإدارة عليها التدخل لضمان مبدأ سير المرافق العامة بانتظام واطراد[1]، وعندئذ تثور عدة تساؤلات متعلقة بسلطة الإدارة في توقيع غرامة التأخير من حيث السلطة المختصة بتوقيع هذه الأخيرة، وأهم الخصائص التي تتمتع بها الإدارة أثناء قيامها بفرض الغرامة التأخيرية، و الإعذار كقيد على سلطة الإدارة في توقيع غرامة التأخير

و بناء على ما سبق بيانه سنحاول خلال دراستنا لهذا المبحث الأول، بيان السلطة المختصة في توقيع غرامة التأخير و المبادئ العامة لسلطة الإدارة في توقيع غرامة التأخير و أخيرا نتناول الإعذار كقيد على سلطة الإدارة في توقيع غرامة التأخير، لذا يقسم هذا المبحث إلى ما يلي:

المطلب الأول: السلطة المختصة في توقيع غرامة التأخير

المطلب الثاني: المبادئ العامة لسلطة الإدارة في توقيع غرامة التأخير

المطلب الثالث: الإعذار كقيد على سلطة الإدارة في توقيع غرامة التأخير

(1)- أيمن فتحي محمد عفيفي، المرجع السابق، ص 140.

المطلب الأول

السلطة المختصة في توقيع غرامة التأخير

تشمل فكرة الاختصاص في القانون العام وظيفة إدارية هدفها المصلحة العامة وليست حقا شخصيا، بمعنى أن مخالفة قواعد الاختصاص في التنفيذ تؤدي إلى بطلان العقد، فالقرارات وأوامر التنفيذ التي توقع من طرف سلطة غير مختصة، ليست لها قيمة تعاقدية، وبعبارة أخرى يعد العقد الإداري شكلا للتعبير عن اختصاصات أجهزة الدولة، فالأشخاص المعنوية العامة تخضع في إبرام العقود الإدارية لمبدأ التخصص[1].

وتجدر الإشارة في هذا الشأن إلى أن السلطة التي تستطيع أن تعبر عن إرادة الشخص المعنوي العام (الإدارة المتعاقدة) في التعاقد لا يكون لها فحسب اختصاصا لإبرام العقد، بل يمتد ذلك الاختصاص ليشمل تعديل العقد ومتابعة تنفيذه وتوقيع الجزاءات المالية أو فسخ العقد، ويحدد هذا الاختصاص بالطريق التشريعي أو اللائحي، ويؤول توقيع الجزاءات العقدية من بينها غرامة التأخير وفقا لقواعد الاختصاص إلى السلطة المختصة بتنفيذ العقد الإداري، فبالنسبة للعقود التي تبرمها الدولة، تؤول هذه السلطة إلى الوزراء والأشخاص التي تفوض في هذا الشأن، ويكون للجهاز التنفيذي للهيئات المحلية والمؤسسات العامة الاختصاص بشأن توقيع غرامات التأخير، حيث يؤول الاختصاص في توقيع غرامة التأخير بالنسبة للعقود الإدارية التي تبرمها البلدية إلى العمدة أو رئيس المجلس الشعبي البلدي[2].

أما على المستوى التشريعي فقد أحالا قانون المناقصات والمزايدات المصري السابق رقم 89 لسنة 1998 ولائحته التنفيذية أمر توقيع غرامة التأخير للسلطة المختصة، وأن هذه السلطة بنص المادة الثانية من القانون السابق الذكر، هي الوزير ومن له سلطاته أو المحافظ، أو رئيس مجلس

(1)- مدحت احمد يوسف غنايم، المرجع السابق، ص 76.

(2)- المرجع نفسه، ص ص 77- 78.

إدارة الهيئة العامة، كل في نطاق اختصاصه، وفيما عدا ما أجازت هذه الأحكام التفويض فيه، لا يجوز للسلطة المختصة التفويض في أي من اختصاصاتها الواردة بتلك الأحكام[1].

المطلب الثاني

المبادئ العامة لسلطة الإدارة في توقيع غرامة التأخير

تنفرد الجزاءات الإدارية بصفة عامة وغرامة التأخير بصفة خاصة عند توقيعها من طرف الإدارة على المتعاقد معها إذا ما أخل بالتزاماته التعاقدية أو قصر فيها، بعدة مبادئ و خصائص تميزها عن تلك التي توقع في إطار تنفيذ العقود المدنية، حيث تملك الإدارة **حق توقيع غرامة التأخير بنفسها وبإرادتها المنفردة و دون حاجة لحكم قضائي بشأنها**، إضافة إلى حقها في **توقيع غرامة التأخير في الوقت الذي تراه مناسبا لها، وأيضا مدى التزامها بتسبيب قرار توقيع غرامة التأخير وفي الأخير خضوع هذه السلطة لرقابة القضاء** وعليه نتناول هذه الخصائص، كل خاصية في فرع مستقل على النحو الآتي[2].

الفرع الأول

سلطة الإدارة في توقيع غرامة التأخير بنفسها وبإرادتها المنفردة

من المستقر عليه في فرنسا ومصر أن لجهة الإدارة المتعاقدة الحق في توقيع غرامة التأخير على المتعاقد معها بنفسها بموجب قرار إداري يصدر عنها بإرادتها المنفردة، ودون حاجة إلى اللجوء للقضاء وذلك إعمالا لامتيازها في التنفيذ المباشر، ولا شك في أن تقرير هذا الامتياز الممنوح للإدارة يخرج عما يجري عليه الحال في ميدان القانون الخاص، فلا يستطيع أحد المتعاقدين أن يلزم المتعاقد الآخر بمبلغ مالي سواء على سبيل التعويض، أو العقوبة من جانبه وبإرادته المنفردة، حتى لو كان ذلك تطبيقا لنص من نصوص العقد، إذ يتعين عليه أن يلجا إلى القضاء أولا طالبا منه

(1)- محمد ماهر أبو العينين، العقود الإدارية وقوانين المزايدات والمناقصات في قضاء وإفتاء مجلس الدولة، الكتاب الأول، دار أبو المجد للطباعة بالهرم، القاهرة 2004، ص257.

(2)- عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص 261.

الحكم بذلك[1]، وأن هذه السلطة الممنوحة للإدارة نابعة من طبيعة العقد الإداري الذي يهدف إلى تحقيق النفع العام وضمان سير المرافق العامة وما يترتب على هذه المرافق من أضرار في حال تراخي المتعاقد أو إهماله أو امتناعه عن تنفيذ التزاماته التعاقدية[2].

وقد أخذت المحكمة الإدارية العليا في مصر بهذا المبدأ في العديد من أحكامها ومنها حكمها الصادر في 2004/12/21 والذي جاء فيه"...ومن حيث أنه من المستقر عليه أن التنفيذ العيني للعقود الإدارية إنما هو وسيلة للضغط على المتعاقد المقصر مع الإدارة وأنه إنما شرع لحماية سير المرافق العامة بانتظام واطراد وبالتالي تتمتع الإدارة بسلطة تقديرية في اللجوء إليه من ثم فإنه ليس شرطا من الشروط الجزائية المنصوص عليها في القانون المدني، كما أن هذا الجزاء شأنه شأن الجزاءات الأخرى في العقود الإدارية تملك الإدارة توقيعه دون حاجة اللجوء للقضاء ولا يشترط لتوقيعه حدوث ضرر يصيب المرفق العام ويلتزم المتعاقد بفروق الأسعار الناتجة عن تنفيذ العقد على حسابه فضلا عن المصروفات الإدارية وقيمة غرامة التأخير..."[3]، وفي حكم آخر للمحكمة الإدارية العليا المصرية بتاريخ 1982/11/20 قد قرر نفس المبدأ حيث جاء فيه" غرامات التأخير في العقود الإدارية ضمانة لتنفيذ هذه العقود في المواعيد المتفق عليها حرصا على حسن سير المرافق العامة بانتظام وباضطراد، وتقوم الإدارة بتوقيع هذه الغرامات دون حاجة إلى صدور حكم بها وذلك متى توافرت شروط استحقاقها بحصول الاختلال العقدي من جانب المتعاقد المقصر"[4].

الفرع الثاني

سلطة الإدارة في توقيع غرامة التأخير في الوقت الذي تراه مناسبا لها

إن الإدارة المتعاقدة غير ملزمة بتوقيع الجزاءات الإدارية بصفة عامة وغرامة التأخير بصفة خاصة في وقت معين طالما لم يلزمها العقد الإداري الذي وقعت عليه بذلك، فلها سلطة تقديرية في

(1)- أيمن فتحي محمد عفيفي، المرجع السابق، ص 143.

(2)- جابر جاد نصار، الوجيز في العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص 213.

(3)- مريم محمد احمد، سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات على المتعاقد معها في العقود الإدارية، (دراسة مقارنة- مصر. فرنسا. العراق-)، الطبعة الأولى، دار الحقانية للطباعة والتسويق والنشر، القاهرة، 2016، ص 63.

(4)- أيمن فتحي محمد عفيفي، المرجع السابق، ص 144.

اختيار الوقت المناسب لتوقيع الجزاء، حسب مقتضيات سير المرفق العام[1]، وبذلك فلا ضير إذا ما رأت الإدارة في حدود سلطتها التقديرية أن تتريث في توقيع الجزاء على المتعاقد المقصر إذا كان فيه تحقيق للمصلحة العامة[2].

وقد أكدت المحكمة الإدارية العليا المصرية هذه القاعدة حيث نصت في حكم لها بتاريخ 1967/05/20، طعن رقم 988 ما يلي"... باستثناء حالة النص على الإلزام الإدارة بتوقيع الجزاء على المتعاقد معها في وقت معين، فإن الإدارة تترخص في اختيار الوقت المناسب لتوقيع الجزاء بحسب ما تراه صالحا لضمان سير المرافق العامة، ومن ثم فإنه لا تثريب عليها إذا رأت في حدود سلطتها التقديرية أن تتريث في إيقاع الجزاء بالمتعاقد المقصر حتى يفئ إلى الحق من حيث النهوض بالتزاماته، وقد يكون هذا التريث تحقيق لهذه المصلحة إذا كان في أحكام العقد ما يكفي حمل المتعاقد على المبادرة إلى التنفيذ كأن يتضمن العقد النص على إلزامه بدفع مبلغ معين، ولا يملك المتعاقد المحاجة بأن الإدارة تراخت في توقيع الجزاء عليه، وأن تراخيها قد أساء إليه، إذ لا يسوغ للمخطئ أن يستفيد من تقصيره"[3].

وفي فتوى للجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في مصر رقم 1196 بتاريخ 1991/12/28 قررت أن جهة الإدارة في تحديدها مواعيد معينة لتنفيذ العقد يفترض فيها أنها قدرت أن حاجة المرفق العام تستوجب التنفيذ في هذه المواعيد دون أي تأخير واقتضاء الغرامة منوط بتقديرها باعتبارها القوامة على حسن سير المرافق العامة، وذلك دون حاجة إلى تنبيه أو إنذار أو اتخاذ أية إجراءات قضائية أخرى[4].

(1)- البنان حسن محمد علي حسن، المرجع السابق، ص 398.

(2)- فوزي علي عبد الله القفطان، المرجع السابق، ص 19.

(3)- حمدي ياسين عكاشة، موسوعة العقود الإدارية والدولية، العقود الإدارية في التطبيق العملي، المرجع السابق، ص 239.

(4)- طارق سلطان، المرجع السابق، ص ص 138- 139.

الفرع الثالث

سلطة الإدارة بتسبيب قرار توقيع غرامة التأخير

يقصد بتسبيب قرار توقيع غرامة التأخير ذكر سبب توقيع القرار في متنه، والقاعدة العامة في فقه القانون الإداري أن الإدارة غير ملزمة بتسبيب قراراتها، إلا إذا الزمها المشرع بذلك، وعليه فإن عدم تسبيب قرار توقيع غرامة التأخير، من حيث المبدأ لا يؤثر على مشروعيته، لأنه يصدر مصحوبا بقرينة السلامة، وعلى صاحب الحق أو المتعاقد مع الإدارة إثبات العكس، غير أن تسبيب القرارات الإدارية بصفة عامة يعد ضمانة هامة للأفراد، لأنه يسمح لهم وللقضاء على السواء بمراقبة مشروعية تصرف الإدارة[1].

وفي هذا السياق لم تلتزم السلطة الإدارية في فرنسا قبل صدور قانون 11 يوليو 1979 بتسبيب قرار توقيع غرامة التأخير على المتعاقد معها، وإنما كان يؤول للنصوص العقدية إمكانية النص على هذا الالتزام، فضلا أن إجراء الإعذار المسبق قد سد هذا النقص، ولكن بعد صدور القانون السابق الذكر بشأن تسبيب القرارات الإدارية والذي يكون ملزما، خاصة تلك القرارات المتعلقة بتوقيع الجزاء والتي لا تكون في صالح الأشخاص الطبيعية والمعنوية، ويقصد بتسبيب بيان الأسس النصية للقرار وظروف الوقائع التي قادت السلطة الإدارية إلى اتخاذ قرارها، وقد تطلب قانون 11 يوليو 1979 أن يكون التسبيب مكتوبا و واضحا ومحددا ويتضمن بيان اعتبارات الوقائع والقانون التي تشكل أساس القرار[2].

وقد اعترف القضاء المصري بضرورة تسبيب القرارات الإدارية حتى وإن كان غير ملزم حتى يبسط رقابته القضائية عليها من حيث مشروعيتها أو ملاءمتها، و في ذلك قضت المحكمة الإدارية العليا المصرية في حكم لها بتاريخ 3 أكتوبر 1999 رقم 3962 ما يلي" القرار الإداري سواء كان لازما تسبيبه كإجراء شكل أو لم يكن هذا التسبيب لازما، يجب أن يقوم على سبب يبرره صدقا وحقا في الواقع والقانون وذلك كركن من أركان وجوده ونفاذه باعتبار القرار تصرف قانوني ولا يقوم

(1)- منصور إبراهيم العتوم، المرجع السابق، ص 367.

(2)- مدحت احمد يوسف غنايم، المرجع السابق، ص ص 93-94.

تصرف قانوني بغير سبب والسبب في القرار الإداري هو حالة واقعية عمل الإدارة على التدخل منفردة بسلطتها الإدارية بقصد إحداث اثر قانوني هو محل القرار ابتغاء وجه الصالح العام الذي هو غاية القرار الإداري"[1].

ويتضح مما سبق أن للإدارة سلطة في توقيع غرامة التأخير على المتعاقد معها المقصر والمتأخر في تنفيذ التزاماته التعاقدية، وأنه من الأمور المسلم بها في مصر والجزائر أن الإدارة غير ملزمة بتسبيب وإعلان قرارها بتوقيع غرامة التأخير، وحبذا لو حذت حذو المشرع الفرنسي في مجال تسبيب قرار غرامة التأخير ليكون حجة على المتعاقد المقصر في التزاماته.

الفرع الرابع

خضوع سلطة الإدارة في توقيع غرامة التأخير لرقابة القضاء

لا تمارس الإدارة سلطتها في توقيع غرامة التأخير على المتعاقد معها، كما يحلو لها ودون معقب بل أنها تخضع في ذلك لرقابة القضاء، وفي تقرير تلك الرقابة ضمان للمتعاقد ضد تعسف الإدارة و من تجاوز لحدود سلطتها الجزائية، وتشمل هذه الرقابة، رقابة القضاء على مشروعية قرار الإدارة بتوقيع غرامة التأخير، وتشمل أيضا رقابة الملائمة لكي يفحص القضاء مدى الخطأ و ملائمة الجزاء له، فرقابة القضاء تشمل ولاية الإلغاء بولاية التعويض، أو ما يسمى برقابة القضاء الكامل[2].

والواقع أن سلطة الإدارة في توقيع غرامة التأخير هي سلطة تقديرية لا يحدها في ذلك إلا القاعدة العامة التي توجب أن يكون تصرف الإدارة بقصد تحقيق الصالح العام، والمبدأ العام هو خضوع قرار توقيع غرامة التأخير لرقابة القضاء الكامل(إلغاء أو تعويضا) الذي يختص بنظر كافة المنازعات المتولدة عن العقد الإداري[3].

(1)- شافي طالب محمد العجمي، المرجع السابق، ص 78.

(2)- علي الباز، المرجع السابق، ص 165.

(3)- طارق سلطان، المرجع السابق، ص 139.

ولأهمية موضوع الرقابة القضائية على قرار الإدارة في توقيع غرامة التأخير فقد آثرنا التفصيل أكثر في هذا الموضوع، حيث خصصنا له فصلا كاملا في الباب الثاني من هذه الدراسة تحت عنوان الرقابة القضائية على قرار الإدارة بتوقيع غرامة التأخير وسنورد كل ذلك بالتفصيل لاحقا.

المطلب الثالث

الإعذار كقيد على سلطة الإدارة في توقيع غرامة التأخير

إن استخدام الإدارة المتعاقدة لسلطتها في توقيع الجزاءات المالية على المتعاقد معها تحكمها ضوابط وقيود تتمثل في ضمانات للمتعاقد يجب التقيد بها ومراعاتها و منها الإعذار قبل توقيع جزاء غرامة التأخير عليه وهذا من أجل التوفيق بين حق الإدارة في ضمان سير المرافق العامة بانتظام واطراد وحق المتعاقد في معاملة عادلة[1].

والمقصود بالإعذار طبقا للقواعد العامة في القانون المدني، إثبات تأخر المدين في تنفيذ التزاماته ذلك أن مجرد حلول أجل الالتزام لا يكفي لوضع المدين في موضع المتأخر في تنفيذ التزامه قانونا، فالتأخر حالة قانونية الأصل فيها أنها لا يكفي لقيامها مجرد التأخر الفعلي، وإنما يلزم أن يسجله الدائن عليه بالإعذار، أي لا بد من إعذاره[2].

و يقصد بالإعذار من الناحية القانونية إنذار المتعاقد مع الإدارة بورقة رسمية تطلب فيها الإدارة منه تنفيذ التزامه، فهو لا ينشئ حالة قانونية جديدة، بل إجراء تمهيدي سابق قبل توقيع غرامة التأخير عليه[3]، كما يعني الإعذار التنبيه الموجه من قبل الإدارة إلى المتعاقد معها توضح فيه الخلل أو التأخير في تنفيذ التزاماته التعاقدية في العقد الإداري وحث هذا الأخير على ضرورة الالتزام بالتنفيذ وفق بنود العقد وخلال المدة المحددة، و

(1)- قرانة عادل، **الجزاءات المالية في العقد الإداري**، المرجع السابق، ص ص 209- 210.

(2)- عبد الرزاق احمد السنهوري، المرجع السابق، ص 861.

(3)- حسام محسن عبد العزيز، المرجع السابق، ص 219.

ذلك تحت طائلة اتخاذ إجراء قانوني مناسب بحقه وهو توقيع غرامة التأخير عليه إذا استمر في المخالفة[1].

وفي نطاق العقود الإدارية فإنه من المنطق أن يتم إعذار المتعاقد المقصر والمتأخر قبل أن تقوم الإدارة بتوقيع غرامة التأخير عليه، فيكون الإعذار إما تنبيها لتقصيره الذي قد يسبب الضرر بالمرفق العام والذي ينجر عنه قيامه بتنفيذ التزامه على الوجه المطلوب وينتهي الأمر بذلك، أو أنه يكون إنذارا له بتوقيع غرامة التأخير عليه، في حال إذا ما استمر في مخالفة بنود العقد، فتترك له الإدارة فرصة بعد الإعذار ليتدارك الأمر قبل فوات الوقت ويصحح الخطأ الذي ارتكبه[2].

ولقد انقسم الفقه والقضاء بشأن مسالة الإعذار كقيد على سلطة الإدارة في توقيع غرامة التأخير حيث وجد اتجاه يقر بضرورة إعذار المتعاقد قبل توقيع غرامة التأخير عليه، واتجاه آخر يرى انه لا جدوى ولا ضرورة من الإعذار السابق لتوقيع الغرامة، ولمعرفة مدى وجوب اللجوء إلى إعذار المتعاقد من قبل الإدارة قبل توقيع غرامة التأخير عليه، سوف نرى رأي المشرع والفقه والقضاء من الإعذار في كل من فرنسا ومصر والجزائر، كل في فرع مستقل على النحو الآتي:

الفرع الأول

الإعذار بالغرامة في فرنسا

المبدأ العام في فرنسا وفقا لقضاء مستقر منذ زمن، هو وجوب إعذار الإدارة للمتعاقد معها قبل أن تلجا لتوقيع غرامة التأخير، فالإعذار شرط ضروري لثبوت حق الإدارة في توقيع الغرامة وكقيد على سلطتها الجزائية، فيتعين على الإدارة المتعاقدة حتى تستطيع إلزام المتعاقد معها بدفع غرامات التأخير أن تنذر هذا الأخير المقصر والمتأخر في تنفيذ التزاماته العقدية بخطئه قبل توقيع الجزاء عليه، فإذا خالفت الإدارة هذا الإجراء و وقعت غرامة التأخير دون سابق إعذار، تكون قد خالفت بذلك المبدأ العام في فرنسا، ويعتبر القضاء الإداري الفرنسي توقيع غرامة التأخير في هذه الحالة

(1)- نصري منصور النابلسي، المرجع السابق، ص 157.

(2)- مريم محمد احمد، المرجع السابق، ص 76.

عمل غير مشروع من قبل الإدارة ومن ثم لا يلزم بها المتعاقد مع الإدارة، وهذا الإجراء يطبق من باب أولى إذا نص العقد الإداري المبرم بين الإدارة والمتعاقد صراحة على وجوب إعذار الإدارة للمتعاقد معها[1].

وقد قيد مجلس الدولة الفرنسي جهة الإدارة بضرورة إعذار المتعاقد معها، قبل توقيع الجزاء عليه، وإعطائه مدة إضافية تسمح له بإتمام تنفيذ التزاماته التعاقدية، إذ هو التزام يقع على عاتق الإدارة و إلا أصبح قرار الإدارة غير المسبوق بالإعذار معيبا من الناحية الإجرائية ومن ثم قابلا للبطلان[2].

ويجب أن يكون الإعذار واضحا في مضمونه فيعبر عن اتجاه نية الإدارة في توقيع غرامة التأخير على المتعاقد معها نتيجة تأخره وتقصيره في تنفيذ التزاماته التعاقدية، وفي هذا الرأي قضى مجلس الدولة الفرنسي في حكم له بتاريخ 17 ديسمبر 2008 بأنه" ...لا يمكن اعتبار المتعاقد مع الإدارة قد تم إعذاره بطريقة صحيحة إذا كان الإعذار الذي وجه له لا يحدد بدقة وجه الإخلال الذي تنسبه جهة الإدارة إليه أو كان لا يكشف بطريقة قاطعة عن نيتها في توقيع غرامات التأخير كنتيجة للإخلال المذكور في الإعذار"، وفي هذه القضية كانت الإدارة قد تعاقدت على منح المتعاقد معها وكانت جهة الإدارة قد ضمنت العقد نصوصا تثبت حقها في توقيع غرامات التأخير على المتعاقد معها في حالة تأخره في تقديم الوثائق والمستندات التي تطلبها منه جهة الإدارة وقد أرسلت جهة الإدارة للمتعاقد معها الخطاب الموصي عليه بتاريخ 7 أكتوبر 2000 تطلب فيه من الشركة احترام نصوص المادة 40-1 من عقد الالتزام الصادر بالقانون رقم 93-122 بتاريخ 29 جانفي 1993 حيث رفض مجلس الدولة الفرنسي اعتبار هذا الخطاب إعذارا صحيحا سابقا قبل توقيع غرامة التأخير المنصوص عليها في العقد الإداري فقد اكتفى هذا الخطاب بترديد الالتزامات المفروضة على عاتق المتعاقد بمقتضى المادة 40-1 وأبدى مجلس الدولة الفرنسي رأيه وقال أن الخطاب لم يشر صراحة للمادة 28 من العقد الموقع بين الطرفين والتي تتضمن حق جهة الإدارة في توقيع غرامة التأخير، كما أن الخطاب لم يحدد مدة يتعين فيها على المتعاقد إرسال المستندات المطلوبة

(1)- ايمن فتحي محمد عفيفي، المرجع السابق، ص 157.

(2)- نصري منصور النابلسي، المرجع السابق، ص ص 157- 158.

لجهة الإدارة ونظرا أن الإعذار السابق غير صحيح فإن مجلس الدولة الفرنسي قد رفع الغرامات التي وقعتها جهة الإدارة من على كاهل المتعاقد معها واعتبرها غير مشروعة[1].

وبذلك يتضح الهدف من الإعذار وهو تنبيه المتعاقد إلى مخالفة شروط العقد، وبيان نية الإدارة في توقيع غرامة التأخير عليه في حالة تقصيره وتأخره في الوفاء بالتزاماته التعاقدية إذا استمر في المخالفة، والنتيجة التي تترتب على الإعذار قد تكون تصحيح مسلك المتعاقد وتجنب الأخطاء التي وقع فيها ومحاولة تصحيحها، وقد يستجيب المتعاقد مع الإدارة لهذا الإعذار أو قد لا يستجيب[2].

وتحكم الشكليات الخاصة بالإعذار السابق قبل توقيع غرامة التأخير عادة أحكام المادة 1139 من القانون المدني الفرنسي والتي اشترطت أن يتم الإعذار السابق بالتنبيه الرسمي أو ما يقوم مقامه، بعبارة أخرى بالإعلان عن طريق المحضر القضائي أو بكافة الإجراءات القانونية الأخرى المماثلة التي تتطلب تدخل القوة العامة الدولة[3]، غير أن هذه الشكليات الرسمية يمكن استبعادها حيث أن تعدد الاستثناءات على قاعدة وجوب الإعذار قبل توقيع غرامة التأخير قد ينال من أهميته العلمية، وإذا كانت القاعدة العامة كما أسلفنا سابقا أن الإدارة ملزمة قبل توقيع غرامة التأخير على المتعاقد معها بالإعذار، إلا أن هذه القاعدة ليست من النظام العام فهي مقررة لمصلحة المتعاقد وبالتالي يجوز الاتفاق على خلافها وعندئذ يسري هذا الاتفاق وتتحلل الإدارة من شرط الإعذار وقد يكون هذا الاتفاق على الإعفاء من الإعذار صريحا كأن ينص العقد على أن المتعاقد يعتبر معذورا في حالة التأخر في تنفيذ الالتزام دون حاجة إلى أي إجراء أو قرار، ويستوي أن يرد هذا الاتفاق في صلب العقد أو في نص من نصوص دفاتر الشروط العامة متى أحال إليها العقد الإداري[4]، ونذكر الاستثناءات الواردة على قاعدة الإعذار في القانون الفرنسي في عدة حالات منها[5]:

(1)- أيمن فتحي محمد عفيفي، المرجع السابق، ص ص 158- 159.

(2)- *jeze Gaston, les principes generaux du droit administartif, 3e Edition, 1932, p 303.*

(3)- مدحت احمد يوسف غنايم، المرجع السابق، ص 84.

(4)- أيمن فتحي محمد عفيفي، المرجع السابق، ص 159.

(5)- علي خطار شطناوي، صلاحية الإدارة في فرض غرامات التأخير بحق المتعاقد معها، المرجع السابق، ص 116.

– إذا تضمن العقد نصا صريحا بإعفاء الإدارة من الإعذار السابق قبل توقيع غرامة التأخير[1].

– أن يتفق الطرفان مقدما على أن يكون المدين معذورا بمجرد حلول الأجل، ويستوي أن يكون هذا الاتفاق صريحا أو ضمنيا[2]، مثل الاتفاق الضمني الذي يلزم فيه رب العمل العامل المتعاقد معه على إتمام العمل والبناء في تاريخ معين، وأن يشترط الدائن في عقد التوريد وجوب التوريد حالا[3].

– كذلك تعفى الإدارة من شرط الإعذار السابق في حالة الضرورة الملحة، ومثال ذلك في عقود التوريد في تسليم المشتريات في المواد العسكرية خلال زمن الحرب في المواعيد المحددة، وبذلك يعتبر المتعاقد مع الإدارة معذورا بمجرد انتهاء المدة المقررة للتنفيذ، وظهر هذا الاستثناء في حكم لمجلس الدولة الفرنسي في قضية (chalas) بتاريخ 27 مارس 1920 [4].

– حالة عدم الجدوى من الإعذار السابق، حيث تعفى الإدارة من الإعذار إذا كانت الظروف المحيطة بالتنفيذ تبين أنه من غير المجدي القيام بالإعذار ويخضع كل ذلك للسلطة التقديرية للقاضي، وأكد هذا الاستثناء مجلس الدولة الفرنسي في حكم له بتاريخ 1945/06/29 حيث قرر لا جدوى من الإعذار كون المتعاقد أعلن من تلقاء نفسه رفض تنفيذ العقد المبرم بينه وبين الإدارة[5].

– تعفى الإدارة في حالة العقود الزمنية من الإعذار حيث لا ضرورة من اللجوء إليه إذا تأخر المتعاقد مع الإدارة عن تنفيذ التزامه الزمني، لأن ما تأخر فيه المتعاقد لا يمكن تداركه لفوات الوقت كالتزام شركة المياه و الكهرباء والغاز بتوريد ما تقوم عليه مرافق المنتفعين، والتزام المتعهد بتوريد الغذاء للمستشفى أو المدارس العامة للدولة[6].

---

(1)– عبد المجيد فياض، المرجع السابق، ص 94.

(2)– ويكون هذا الاتفاق ضمنيا على إعفاء الإدارة من شرط الاعذار يستدل عليه من عبارات العقد كان تقتضي شروط العقد التنفيذ في موعد غاية في الصرامة، ففي هذه الحالة فإن حلول اجل التنفيذ يعتبر بمثابة اعذار للمتعاقد، يراجع في هذا المعنى – أيمن فتحي محمد عفيفي، المرجع السابق، ص ص 162– 163.

(3)– نصر الدين بشير، المرجع السابق، ص 86.

(4)– سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة في العقود الإدارية، المرجع السابق، ص 485.

(5)– عادل قرانة، **الجزاءات المالية في العقد الإداري**، المرجع السابق، ص 213.

(6)– نصر الدين بشير، المرجع السابق، ص 87.

وهكذا فإن اشتراط الإعذار المسبق قبل توقيع غرامة التأخير أصبح من الأمور النادرة العمل به في فرنسا نتيجة إحالة جميع العقود الإدارية التي تبرمها الإدارة المتعاقدة لكراسات الشروط العامة الفرنسية حيث تنص هذه الأخيرة غالبا على إعفاء الإدارة من هذا الشرط، حيث تنص النماذج المختلفة لكراسات الشروط العامة الفرنسية على استحقاق الغرامة بمجرد التأخير ومثال ذلك نص المادة 20-1-1من كراسة الشروط العامة الفرنسية لعقد الأشغال العامة لسنة 2009 السابق على استحقاق غرامة التأخير بمجرد ملاحظة الإدارة لفعل التأخير من قبل المتعاقد، فالإعذار لم يعد له مكان إلا في حالة الاتفاق كما أسلفنا سابقا سواء كان هذا الاتفاق صريحا أو ضمنيا في العقد الإداري[1]، وبالتالي ففي حالة عدم الاتفاق على الإعذار صراحة، فإن جهة الإدارة تستطيع بمجرد التأخير توقيع غرامة التأخير على المتعاقد معها دون إعذار[2].

وعندما يتم إعلام المتعاقد مع الإدارة بالإعذار، فإن هذا الإعذار يتيح للإدارة المتعاقدة توقيع غرامة التأخير عليه عند عدم تنفيذه التزامات محل الإعذار، لذا ينبغي أن يكون للمتعاقد مدة كافية وإلا تترك الإدارة من جانبها استمرار الوضع لمدة طويلة دون أن تتخذ موقفا صريحا في الأمر ولم يبين مجلس الدولة الفرنسي المدة القانونية التي ينبغي أن تترك للمتعاقد على إثر تبليغه بالإعذار حيث اكتفى بذكر "مدة معينة"، مثال ذلك مدة خمسة عشرة يوم كحد أدنى المذكورة في كراسات

(1)- أيمن فتحي محمد عفيفي، المرجع السابق، ص 160.

(2)- ومثال ذلك فقد رفض مجلس الدولة الفرنسي في حكم له بتاريخ 16 نوفمبر 2012 إعفاء الشركة المتعاقدة مع الإدارة من مبلغ 10210 اورو تم توقيعها من قبل الإدارة كغرامة تأخير، وتتلخص وقائع القضية في أن إحدى المستشفيات الجامعية في مدينة مرسيليا، قد تعاقدت مع شركة خاصة على أعمال مقاولات تتعلق بتجديد نظام التدفئة المركزية بالمستشفى، وقد تأخر المقاول في تنفيذ الأعمال المتفق عليها، وبعد انتهاء الآجال القانونية وقعت عليه الإدارة غرامة تأخير بمبلغ 10210 اورو نظير 14 يوم تأخر في إتمام العمل وقد تم اقتطاعها من المستحقات المالية للمقاول، فطعن المقاول(الشركة) في قرار الإدارة في توقيع غرامة التأخير مستندا على عدم إعذار الإدارة له قبل توقيع الغرامة عليه وبالفعل قبلت المحكمة الإدارية الاستئنافية لمدينة مرسيليا في حكمها بتاريخ 9 ماي 2011 طعنه وألزمت الإدارة المتعاقدة برد المبلغ المذكور للمقاول، وقد قامت الإدارة المتعاقدة بطعن هذا الحكم وفي 14 نوفمبر 2012 الغى مجلس الدولة الفرنسي الحكم المطعون فيه الصادر عن المحكمة الإدارية الإستئنافية وقد أسس مجلس الدولة حكمه أن المادة 20 من كراسة الشروط العامة لعقد الإشغال العامة في فرنسا والتي أحال إليها العقد تنص على توقيع غرامة التأخير بمجرد حدوث التأخير دون حاجة لأي إجراء آخر. حكم تمت الإشارة إلية من قبل – المرجع نفسه، ص 161.

الشروط الإدارية العامة للأشغال العامة الفرنسية الخاصة بالجزاءات الضاغطة، والتي يمكن أن تقصر لدواعي الاستعجال أو الظروف الإستثنائية، أما فيما عدا ذلك فإن عدم احترام هذه المدة سواء بتحديد مدة أقصر، أو توقيع الغرامة أو أي جزاء آخر قبل انقضاء هذه المدة الممنوحة للمتعاقد يؤدي إلى عدم مشروعية الجزاء الذي وقعته الإدارة المتعاقدة[1].

ومما سبق بيانه يتضح أن الوضع القانوني بالنسبة لاشتراط الإعذار كقيد على سلطة الإدارة في توقيع غرامة التأخير هو اشتراطه كقاعدة عامة في فرنسا، ومع ذلك فإن الواقع العملي يشهد بأن دور الإعذار كشرط لتوقيع غرامة التأخير في العقود الإدارية في فرنسا قد تراجع إلى حد بعيد[2].

الفرع الثاني

الاعذار بالغرامة في مصر

أما في مصر فإن قانون المناقصات والمزايدات رقم 89 لسنة 1998 السابق في مادته 23 والمادة 48 من القانون رقم 182 لسنة 2018 الساري المفعول، قد قرر للإدارة المتعاقدة أو السلطة المختصة في توقيع غرامة التأخير، تكون بمجرد حصول التأخير دون حاجة إلى التنبيه أو اتخاذ أي إجراء آخر، ويتضح من ذلك أن الأمر في مصر على خلاف ما هو مقرر في فرنسا، إذ دائما ما يقضي مجلس الدولة المصري بأن غرامة التأخير تستحق بمجرد انتهاء الفترة المحددة في العقد دون حاجة إلى التنبيه باستحقاقها[3].

وهناك من الفقهاء[4] من أيد النص التشريعي لقانون المناقصات والمزايدات المصري، منهم الفقيه نصر الدين بشير والذي ساق لذلك العديد من الحجج، منها الطبيعة الإدارية للعقد الإداري

---

(1)-*De Laubadére (Andre), Moderne (Franc) et Delvolvé (Pierre): Traité des cotrats administratifs, op. cit, p. 118.*

(2)- أيمن فتحي محمد عفيفي، المرجع السابق، ص 163.

(3)- مدحت احمد يوسف غنايم، المرجع السابق، ص 88.

(4)- من المؤيدين لهذا الرأي، هارون عبد العزيز الجمل، المرجع السابق، 149، أيمن فتحي محمد عفيفي، المرجع السابق، ص ص 166- 167، البنان حسن محمد علي حسن، المرجع السابق، ص 403.

والتي تتطلب ضمان سير المرافق العامة بانتظام واطراد، وأن جهة الإدارة عندما حددت المدة القانونية للتنفيذ فهي ولا شك تدرك تماما أن التأخير يسبب ارتباكا لسير المرافق العامة وأنه كان بمقدور المتعاقد مع الإدارة أن ينازع ويتفاوض مع الإدارة في مدى كفاية الوقت لتنفيذ التزاماته العقدية وأن توقيع غرامة التأخير على المتعاقد المتأخر والمقصر في تنفيذ التزاماته مباشرة دون إعذار بمجرد الخطأ العقدي يدفعه إلى الإسراع في التنفيذ[1].

في حين يذهب البعض الآخر من الفقهاء[2] من حيث المبدأ إلى وجوب إعذار المتعاقد المتأخر والمقصر قبل توقيع غرامة التأخير عليه، تطبيقا لنص المادة 218 من القانون المدني المصري[3]، على اعتبار أن الاعذار يعتبر ضمانة أساسية للمتعاقد مع الإدارة لا غنى عنها له حتى يتمكن هذا الأخير من تقديم التبريرات والتفسيرات التي جعلته يتأخر في تنفيذ التزاماته التعاقدية[4] وهناك من أكد على ضرورة عدم الانتقاص من ضمانة جوهرية للمتعاقد مع الإدارة، حيث يجب على الأقل إعلامه بالجزاء الذي سيوقع عليه بدلا من أن يتفاجئ بخصم قيمة الجزاء (مثل غرامة التأخير) من مستحقاته المالية لدى جهة الإدارة المتعاقدة[5]، وأن شرط الإعذار أيضا يحمي المتعاقد من تعسف الإدارة.

في الواقع أن شرط الإعذار السابق قبل توقيع غرامة التأخير لا يتعارض مع أساسها القانوني وفي ضمان تنفيذ العقود الإدارية في المواعيد المتفق عليها، حيث أن الاختلاف الموجود بين فقهاء القانون الإداري في مصر هو اختلاف غير جوهري، فإذا كان الأصل هو حق الإدارة في توقيع الجزاءات على المتعاقد معها المخل بالتزاماته وفقا لسلطتها التقديرية ومن دون الرجوع إلى القضاء

(1)- نصر الدين بشير، المرجع السابق، ص ص91- 92.

(2)- من بين المؤيدين لذا هذا الرأي نجد – عبد المجيد فياض، الرجع السابق، ص 96، منصور إبراهيم العتوم، المرجع السابق، ص 366، مدحت احمد يوسف غنايم، المرجع السابق، ص 89، طارق سلطان، المرجع السابق، ص 169، نصري منصور النابلسي، المرجع السابق، ص 161.

(3)- ايمن فتحي محمد عفيفي، المرجع السابق، ص 165.

(4)- علي خطار شطناوي، صلاحية الإدارة في فرض غرامات التأخير بحق المتعاقد معها، المرجع السابق، ص 121.

(5)- عاطف محمد عبد اللطيف، امتيازات الإدارة في قانون المناقصات والمزايدات، دار النهضة العربية، ط1، القاهرة، 2008، ص 394.

فإن اشتراط الإعذار على الإدارة قبل فرض الجزاء يعتبر تقييدا لسلطتها الجزائية[1]، وبالرجوع إلى رأي المشرع المصري[2] نجده حسم أمره فيما يخص غرامة التأخير عندما أقر أن للإدارة المتعاقدة حق توقيع غرامة التأخير دون حاجة إلى تنبه أو إنذار أو اتخاذ أي إجراء آخر، و لذلك فقد سار القضاء الإداري في مصر هو أيضا، على انه لا اجتهاد مع النص طالما أن القانون نص صراحة على عدم وجود الإعذار المسبق للاستحقاق الغرامة ، فليس للقضاء أن يخالف النصوص القانونية المتعلقة بهذه الأخيرة[3].

حيث أن معظم أحكام القضاء الإداري في مصر جاءت في عدم إلزام الإدارة المتعاقدة بإعذار المتعاقد معها أو تنبيه قبل توقيع غرامة التأخير عليه، فغرامات التأخير توقع على المتعاقد المقصر بطريقة تلقائية بمجرد تحقق المخالفة وفي هذا فقد أوضحت المحكمة الإدارية العليا في مصر في أحد أحكامها أنه" من المبادئ المقررة في فقه القانون العام أن غرامات التأخير في العقود الإدارية تختلف عن الشرط الجزائي في العقود الإدارية....وقد نصت المادة 93 من لائحة قانون المناقصات والمزايدات رقم 89 لسنة 1998 على حق الإدارة في توقيعها بمجرد حصول التأخير ولو لم يترتب عليه أي ضرر ودون حاجة إلى تنبيه أو إنذار أو اتخاذ أية إجراءات قضائية أخرى"[4].

وفي حكم آخر للمحكمة الإدارية العليا المصرية الصادر بتاريخ 9 يونيو 2009 جاء فيه ما يلي" يجب على المقاول إنهاء الأعمال موضوع التعاقد بحيث تكون صالحة تماما للتسليم المؤقت في المواعيد المتفق عليها، فإذا تأخر عنها وقعت عليه الجهة الإدارية المتعاقدة غرامة التأخير المقررة، والتي هي جزاء يقصد منه ضمان وفاء المتعاقد مع الإدارة بالتزاماته في المواعيد المحددة حرصا على المصلحة العامة مناط توقيعها أن

(1)- حسام محسن عبد العزيز، المرجع السابق، ص 224.

(2)- انظر المواد 93 و94 و83 و 84 من قانون المناقصات والمزايدات المصري ولائحته التنفيذية رقم 89 لسنة 1998، والمادة 48 من القانون رقم 182 لسنة 2018 الخاص بالتعاقدات التي تبرمها الجهات العامة في مصر.

(3)- نصر الدين بشير، المرجع السابق، ص 90.

(4)- أيمن فتحي محمد عفيفي، المرجع السابق، ص ص 164- 165.

يكون التأخير راجعا إلى فعل المتعاقد مع الإدارة وتراخيه في إتمام تنفيذ الأعمال خلال المدة المقررة..."[1].

مما سبق بيانه يرى الباحث تأييد المسلك الذي انتهجه المشرع المصري في عدم إلزام جهة الإدارة المتعاقدة بإعذار المتعاقد معها قبل توقيع غرامة التأخير عليه لأن النظام القانوني للعقود الإدارية يقوم على مبررات سير المرافق العامة بانتظام واطراد، إلا في حالة الاتفاق مسبقا على وجود الإعذار في نصوص العقد الإداري قبل توقيع الجزاء الإداري وعندئذ الإدارة تتقيد بهذا الاتفاق لأنه من المستقر عليه في مبادئ التفسير أن النص الخاص يقيد العام[2].

الفرع الثالث

الإعذار بالغرامة في الجزائر

إن المشرع الجزائري لم يعرف الإعذار، بل اكتفى ببيان إعذار للمدين، ثم عدد وسائله، وذلك حسب نص المادة 180 من القانون المدني الجزائري[3] والتي جاء فيها" يكون إعذار المدين وإنذاره، أو بما يقوم مقام الإنذار ويجوز أن يتم الإعذار عن طريق البريد على الوجه المبين في هذا القانون، كما يجوز أن يكون مترتبا على اتفاق يقضي بأن يكون المدين معذورا بمجرد حلول الأجل دون حاجة إلى أي إجراء آخر"، إلا أن الفقه القانوني حاول إيجاد تعريف للإعذار فعرفه بأنه" أمر يوجهه الدائن إلى المدين لينفذ التزامه، يثبت به رسميا تأخر المدين في التنفيذ لسبب راجع إليه"[4]، كما عرفه الفقيه عبد

(1)- مريم محمد احمد، المرجع السابق، ص 79.

(2)- أيمن فتحي محمد عفيفي، المرجع السابق، ص 166.

(3)- صدر القانون المدني الجزائري بالأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395ه الموافق 26 سبتمبر سنة 1975، ج.ر عدد 78، المعدل والمتمم.

(4)- لواني عبد المجيد، **الإعذار في المواد المدنية والتجارية(طبقا للقانون الجزائري)**، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، فرع العقود والمسؤولية المدنية، كلية الحقوق والعلوم الإدارية (بن عكنون)، جامعة الجزائر، 2005، ص 5.

الرزاق أحمد السنهوري بأنه" وضع المدين – قانونا– في حالة تأخر عن تنفيذ التزامه حين يترتب على تأخره نتائج قانونية"[1].

وبالعودة للمشرع الجزائري ومن خلال قانون تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام لسنة 2015 نجده يعتبر الإعذار شرطا جوهريا وضروريا قبل توقيع جزاء الفسخ، أي أن الإدارة المتعاقدة ملزمة قبل توقيع هذا الجزاء بإجراء الإعذار وذلك طبقا لنص المادة 149[2] من القانون السابق الذكر، حيث يستخلص من نص المادة أن الإعذار في جزاء الفسخ يعتبر إجراء شكلي وإجباري لا يمكن الاستغناء عنه، وإلا شاب هذا الإجراء عيب شكلي يمكن الطعن فيه.

لكن الأمر يختلف بالنسبة للإعذار فيما يخص الجزاءات المالية والتي من بينها غرامة التأخير، حيث يعتبر هذا الإجراء غير ضروري من قبل الإدارة المتعاقدة، حيث تنص المادة 147 الفقرة الثالثة من قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام لسنة 2015، الخاصة بالعقوبات المالية على أنه" تقتطع العقوبات المالية التعاقدية المطبقة على المتعاملين المتعاقدين بموجب بنود الصفقة من الدفعات التي تتم حسب الشروط والكيفيات المنصوص عليها في الصفقة"، ونستنتج أن المشرع الجزائري لم يأتي على ذكر وسليه الإعذار السابق قبل اقتطاع تلك العقوبات المالية من قبل الإدارة المتعاقدة، كما دعمت المادة 36 من دفتر الشروط الإدارية العامة السابق لسنة 1964 هذا الاتجاه الذي سلكه المشرع الجزائري، بقولها" إذا وردت في عقد الصفقة نصوص تتضمن عقوبات على التأخير فيجري تطبيقها دون إنذار سابق بعد التأكد العادي من تاريخ انقضاء الأجل التعاقدي للتنفيذ وتاريخ استلام الأشغال المؤقت، ودون الإخلال بتطبيق المادة 35 أعلاه."

(1)– عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 830.

(2)– وجاء في نص المادة 149 من، ق.ص.م ت.م.ع، مايلي" اذا لم ينفذ المتعاقد التزامه، توجه له المصلحة المتعاقدة اعذارا ليفي بالتزاماته التعاقدية في اجل محدد وإذا لم يتدارك المتعاقد تقصيره في الأجل الذي حدده الاعذار المنصوص عليه أعلاه، فان المصلحة المتعاقدة يمكنها أن تقوم بفسخ الصفقة العمومية من جانب واحد ويمكنها كذلك القيام بفسخ جزئي للصفقة، يحدد الوزير المكلف بالمالية، بموجب قرار، البيانات الواجب إدراجها في الاعذار، وكذلك آجال نشره في شكل إعلانات قانونية."

ومن خلال استقراء النصين السابقين يتضح لنا جليا رأي المشرع الجزائري فيما يخص الإعذار قبل توقيع الغرامة، حيث يجري تطبيق غرامة التأخير من قبل الإدارة المتعاقدة مباشرة بمجرد وقوع فعل التأخير والتقصير في التزامات التعاقدية الملقاة على عاتق المتعاقد معها، وهذا دون سابق إعذار وإنذار و تقتطع مباشرة من مستحقاته المالية لدى جهة الإدارة[1].

مما سبق يؤيد الباحث المسلك الذي انتهجه المشرع الجزائري في عدم إلزام الإدارة المتعاقدة بإعذار المتعاقد معها قبل توقيع جزاء غرامة التأخير عليه، وذلك لمصلحة المرافق العامة للدولة لسير هذه الأخيرة بانتظام واطراد ولتفادي تقاعس المتعاقد مع الإدارة عن تنفيذ التزاماته في المواعيد المحددة للتنفيذ بدواعي عدم إعذاره من قبل الإدارة المتعاقدة.

إلا أن هناك من الأساتذة من عارض رأي المشرع الجزائري من بينهم الدكتور عادل قرانة الذي يرى أن الإدارة ملزمة بإعذار المتعاقد معها قبل توقيع غرامة التأخير عليه، فالإعذار حسب الأستاذ يقوم بتنبيه المتعاقد ويأمره بتصحيح الأخطاء التي وقع فيها ويتدارك التأخير الذي حصل فيه، وما عليه إلا أن يقوم بتصحيح وضعيته بعد هذا الإعذار الذي يبين المدة المحددة لذلك، ويقول في الأخير أنه في حالة وجود استثناءات على القاعدة العامة التي تقول بوجوب الإعذار فإن هذا الأخير يعد غير مجدي وتتحرر الإدارة منه[2].

المبحث الثاني

طرق اقتضاء غرامة التأخير

هناك عدة طرق تمكن الإدارة المتعاقدة من اقتضاء غرامة التأخير بصفة مباشرة، وهذه الطرق تعد بمثابة ضمانات للإدارة تستطيع من خلالها الحصول على مبلغ غرامة التأخير دون اللجوء إلى القضاء للمطالبة بها والتي قد تطول مدتها، وإتباع الإدارة لهذه الطرق لتحصيل واقتضاء غرامة التأخير يعد تجسيدا لسلطتها في توقيع غرامة التأخير من تلقاء نفسها وبمجرد التأخير، وللإدارة

(1)- عادل قرانة، **الجزاءات المالية في العقد الإداري**، المرجع السابق، ص 228.

(2)- المرجع نفسه، ص 229.

أيضا سلطة تقدير الوسيلة المناسبة لإقتضاء هذه الغرامة باعتبارها القوامة على حسن سير المرافق العامة بانتظام واطراد والقائمة تبعا على تنفيذ شروط العقد الإداري[1]، و تتمثل هذه الضمانات في وجود مبلغ غرامة التأخير أو ما يقابله تحت يد جهة الإدارة المتعاقدة وتصرفها، دون أن يكون للمتعاقد أو الغير الحق في التصرف في هذا المبلغ لأي سبب كان، طالما أن العقد مازال في مراحله التنفيذية، وتتمثل تلك الضمانات في الوسائل التالية[2]:

1- مبلغ التامين.
2- خطاب الضمان.
3- حق الحبس.
4- الحصول على غرامة التأخير عن طريق المقاصة.

وسنتناول بالإيضاح لكل ضمانة من هذه الضمانات في مطلب مستقل:

المطلب الأول

مبلغ التأمين

مبلغ التأمين هو عبارة عن مبلغ من المال النقدي يقوم المتعاقد بإيداعه حين التعاقد لتحصيل الغرامات التي يمكن أن تفرضها الإدارة عليه ومن بينها غرامة التأخير، وهذا المال الذي تشترطه الإدارة المتعاقدة يودع لديها بمثابة ضمان تتوقى به آثار الأخطاء المحتملة التي قد يرتكبها المتعاقد معها أثناء تنفيذه لالتزاماته التعاقدية[3]، كما أن هذا التأمين النقدي محدد بمبلغ معين بما يزيل أي إشكالات خاصة في ما يخص قيمته[4] وينقسم مبلغ التأمين إلى نوعين تأمين مؤقت وتأمين نهائي[5].

(1)- عبد الله نواف العنزي، المرجع السابق، ص 56.
(2)- نصر الدين بشير، المرجع السابق، ص 151.
(3)- حسام محسن عبد العزيزّ، المرجع السابق، ص 185.
(4)- طارق سلطان، المرجع السابق، ص 165.
(5)- لتفصيل أكثر حول أنواع مبلغ التأمين يرجى مراجعة الصفحات 35 – 37 من هذا البحث.

وقد أكد القضاء المصري حق الإدارة في مصادرة مبلغ التأمين وخصم قيمة غرامات التأخير منه المستحقة على عاتق المتعاقد المخل بالتزاماته العقدية وفقا للشروط المتفق عليها في العقد الإداري، وهذا ما أكدته محكمة القضاء الإداري المصرية في حكم لها بتاريخ 1997/04/03 رقم 337 بقولها" إن التأمين النهائي هو ما يقدمه الراسي عليه من العطاءات لملائمته عند مواجهة المسؤوليات التي قد يتعرض لها من جراء تنفيذ أحكام العقد، وهو أيضا ضمان لجهة الإدارة يؤمن من الأخطاء التي قد تصدر من المتعاقد حين يباشر تنفيذ العقد، فهذا الضمان إنما شرع لمصلحتها وسن لحمايتها"[1].

أما عن العملة التي يدفع بها مبلغ التأمين فمن الطبيعي أن تكون بنفس عملة تسديد قيمة العقد، إلا إذا نص العقد الإداري على خلاف ذلك، لأن في بعض الحالات قد يكون المتعاقد مع الإدارة من دولة أجنبية ففي هذه الحالة يتم دفع مبلغ التأمين بالعملة المتفق عليها في العقد الإداري[2].

وقد أفتت إدارة الفتوى والتشريع في مصر بجواز خصم قيمة غرامة التأخير من مستحقات المورد أو من قيمة التأمين النهائي المقدم من طرفه، ومما جاء في هذه الفتوى" للوزارة أن تقوم بتنفيذ ما لم يتم تنفيذه من العقد على حساب المورد أو المقاول أو تكتفي بإلغاء العقد ومصادرة التامين مع خصم غرامة التأخير في جميع الأحوال بحدها الأقصى من مستحقات المورد، أو من التأمين النهائي المقدم حسب ما تراه في مصلحتها"[3].

وتأسيسا على ما تقدم يعتبر مبلغ التامين النقدي أحد أهم الضمانات والطرق المهمة التي تستعملها الإدارة في تحصيل غرامات التأخير الموقعة على المتعاقد معها الذي أخل بالتزاماته التعاقدية، حيث يتم ذلك بموجب قرار إداري ينص على اقتطاع مبلغ غرامة التأخير من مبلغ التأمين النقدي المودع لديها كضمانة نتيجة الإخلال بمدد التنفيذ، لذلك يوصي بعض الفقهاء أن تحدد الجهة

(1)- حسان عبد السميع هاشم، المرجع السابق، ص 75.

(2)- نصر الدين بشير، المرجع السابق، ص 153.

(3)- شافي طالب محمد العجمي، المرجع السابق، ص 105.

الإدارية قيمة عالية لمبلغ التأمين المودع لديها أثناء التعاقد لكي تضمن غرامات التأخير استحقاقها وكفايتها ولمواجهة كافة المشاكل التي قد تعيق تنفيذ تحصيل غرامة التأخير مثل حالة وفاة المتعاقد أو إفلاسه أو حل الشركة المتعاقدة أو غير ذلك من المشاكل التي قد تعيق تحصيل غرامات التأخير[1].

المطلب الثاني

خـــطـاب الـضمـان

يعتبر خطاب الضمان وسيلة أيضا من وسائل اقتضاء غرامة التأخير في حالة تأخر المتعاقد في تنفيذ التزاماته التعاقدية ويقصد به تعهد مكتوب ونهائي من البنك بناءً على طلب عميله بدفع مبلغ نقدي معين أو قابل للتعين بمجرد أن يطلب المستفيد(الإدارة) ذلك من البنك خلال مدة زمنية محددة وهي مدة سريان خطاب الضمان[2].

كما تم تعريف خطاب الضمان في العديد من القوانين المقارنة، منها قانون التجارة المصري الذي عرفه في نص المادة 355 الفقرة الأولى بقوله" خطاب الضمان تعهد مكتوب يصدر من البنك بناء على طلب شخص(يسمى الآمر) بدفع مبلغ معين أو قابل للتعين لشخص آخر(يسمى المستفيد) إذا طلب منه ذلك خلال المدة المعينة في الخطاب ودون اعتداد بأية معارضة"[3].

أما عن المشرع الجزائري فقد أشار إلى خطاب الضمان في قانون النقد والقرض لسنة 2003 كعملية من العمليات التي تقوم بها البنوك، ولم يضع له نظام قانوني يحكمه ولم ينص عليه في القانون التجاري الجزائري عكس ما قام به المشرع المصري، حيث نصت المادة 68 الفقرة الأولى من الأمر رقم 11/03 المتعلق بالنقد والقرض على ما يلي" يشكل عملية قرض، في مفهوم هذا الأمر، كل عمل لقاء عوض يضع بموجبه شخص ما أو يعد بوضع أموال تحت تصرف شخص

(1)- نصر الدين بشير، المرجع السابق، ص 153.

(2)- رياض ناظم حميد، النظام القانوني لخطاب الضمان، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، دون سنة نشر، ص 24.

(3)- المادة 355 من قانون التجارة المصري، قانون رقم 17، ج.ر عدد 19، 17ماي 1999.

آخر، أو يأخذ بموجبه لصالح شخص آخر التزاما بالتوقيع كالضمان الاحتياطي أو الكفالة أو الضمان"[1]، والملاحظ على هذا النص أن المشرع الجزائري اعتبر خطاب الضمان وإن كان يقوم مقام التأمين النقدي إلا أنه أداة ضمان فقط، مثله مثل الكفالة و الضمان الاحتياطي.

ويكون تحديد مدة سريان خطاب الضمان من قبل البنك، على أن تطلب الجهة الإدارية (المستفيد) خلال مدة سريانه تمديد سريان هذا الأخير لمدة أخرى، ويكون للبنك الموافقة على هذا الطلب أو رفضه، وفي حالة الرفض عليه إخطار جهة الإدارة أو المستفيد في الوقت المناسب وفي مدة سريان خطاب الضمان، حتى يمكنها المطالبة بأداء مبلغ الضمان، للحصول على مبلغ غرامة التأخير بطلب توجهه إلى البنك الذي اصدر خطاب الضمان[2]، وقد أفتت الجمعية العمومية للقسم الاستشاري بمجلس الدولة المصري بأن يقع الالتزام على جانب البنك الذي رفض تمديد مدة سريان خطاب الضمان، "طالما أن الجهة الإدارية قد طلبت مد أجل خطاب الضمان خلال المدة القانونية المحددة له وأن البنك لم يرد على هذا الطلب بالرفض فإنه يكون مسؤولا عن الوفاء بقيمة خطاب الضمان نقدا، ذلك أن البنك الضامن قد التزم بأن يدفع للإدارة مبلغ خطاب الضمان عند أول طلب منها، إذ أن البنك لو أخطر الجهة الإدارية برفض موافقة الشركة على تجديد خطاب الضمان لاستطاعت أن تطالب بصرف قيمة الضمان نقدا خلال الأجل المحدد، أما أن يسكت البنك عن أن يخطر الهيئة برفض التجديد بعد إذ طلبته فإنه يكون مسئولا عن ذلك ويكون من حقها اقتضاء قيمة الضمان نقدا"[3].

مما تقدم نرى أن خطاب الضمان يقدم مصلحة لأطرافه الثلاثة على السواء، إذ يستفيد البنك الذي أصدر هذا الخطاب لأنه يتقاضى عمولة نظير إصداره، ويستفاد منه عميل البنك وهو المتعاقد مع الإدارة مثل القائم على تنفيذ المشاريع كالمقاول، لأن تقديم تأمين نقدي لا يتوافر لديه أو قد يكون في حاجة إلى الأموال ليصرف على المشروع وبذلك يكون خطاب الضمان هو الحل والبديل لديه

(1)- المادة 68 من الأمر رقم 11/03 المؤرخ في 26 أوت 2003، المتعلق بالنقد والقرض، ج.ر عدد 52، الصادرة في 27 أوت 2003، المعدل والمتمم بالقانون رقم 10/17 المؤرخ في 11 أكتوبر 2017، ج.ر عدد57، سنة 2017.

(2)- عبد الله نواف العنزي، المرجع السابق، ص 58.

(3)- نصر الدين بشير، المرجع السابق، ص 154.

من دفع التأمين النقدي الذي قد يرهق كاهله، وتستفيد منه الإدارة المتعاقدة التي صدر الخطاب لصالحها وهي صاحبة المشروع لأن خطاب الضمان يعد بمثابة نقود بين يديه لأنه يتضمن التزاما صادرا من ملتزم ذي مركز مالي متين وهو البنك[1]، وعليه نرى أن خطاب الضمان يعتبر طريقة و وسيلة فعالة إلى جانب مبلغ التأمين في اقتضاء غرامات التأخير من قبل الإدارة المتعاقدة في حالة إخلال المتعاقد بالتزاماته التعاقدية.

المطلب الثالث

حـــــق الــحبــس

يعرَّف حق الحبس في القانون المدني الجزائري بنص المادة 200 بأنه" لكل من التزم بأداء شيء أن يمتنع عن الوفاء به ما دام الدائن لم يعرض الوفاء بالتزام ترتب عليه وله علاقة سببية وارتباط بالتزام المدين أو ما دام لم يقم بتقديم تأمين كاف للوفاء بالتزامه هذا، ويكون ذلك بوجه خاص لحائز الشيء أو محرزه، إذا هو انفق عليه مصروفات ضرورية أو نافعة، فإن له أن يمتنع عن رد هذا الشيء حتى يستوفي ما هو مستحق له إلا أن يكون الالتزام بالرد ناشئا عن عمل غير مشروع"، كما جاء تعريف المشرع المصري لحق الحبس مطابقا تقريبا لتعريف المشرع الجزائري حيث عرفه في نص المادة 246 من القانون المدني المصري، أما بالنسبة للمشرع الفرنسي فقد قام بتعديل جوهري على نظام الحق في الحبس سنة 2006، وذلك بوجب الأمر الصادر في 23 مارس والذي تضمنته المادة 2286 من القانون المدني الفرنسي، حيث أصبح الحق في الحبس يشكل قاعدة عامة بعد أن كان يمثل حالات متفرقة[2] ومحدودة[3].

(1)- شافي طالب محمد العجمي، المرجع السابق، ص 106.

(2)- لم يضع القانون الفرنسي قاعدة عامة للحق في الحبس قبل تعديل سنة 2006، بل اقتصر تطبيقه في حالات معينة ومحدودة ومن ضمن تلك الحالات ما نصت عليه المادة 1612 من القانون المدني بالنسبة لحق البائع في حبس المبيع إذا لم يقم المشتري بدفع الثمن.

(3)- سرايش زكريا، **الحق في الحبس وأثره في الضمان**، رسالة مقدمة لنيل درجة دكتوراه علوم، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة، 2018، ص 20.

أما بالنسبة للفقه فقد عُرِف الحق في الحبس بأنه" القدرة الممنوحة للدائن الذي يحوز شيئا لمدينه في أن يمتنع عن تسليمه إلى غاية وفاء المدين بحقه"[1].

وبناء على هذا التعريف فإنه يكون للإدارة الحق في الحبس أو الحجز، باعتباره وسيلة لاقتضاء غرامة التأخير، حيث يمكن لهذه الأخيرة احتجاز كل أو بعض ما يوجد في مكان تنفيذ العقد المبرم بينها وبين المتعاقد من معدات أو أدوات أو آلات، دون أن تكون مسؤولة من قبل المقاول المتعاقد أو غيره عن هذه المعدات عما يصيبها من تلف أو نقص لأي سبب كان، كما يكون لها الاحتفاظ بها حتى بعد الانتهاء من العمل ضمانا لحقوقها، ولها بيع هذه المعدات وآلات لاستيفاء حقها في غرامة التأخير بغير أن تكون مسؤولة عليها من قبل المتعاقد من جراء عملية البيع[2].

حيث يمكن لرب العمل (الإدارة المتعاقدة) ممارسة الحق في الحبس نتيجة إخلال المقاول المتعاقد بمدة الانجاز، فإذا كان هذا الأخير ملزما بإتمام العمل الموكل إليه خلال مدة معينة متفق عليها، وجب عليه ألا يتجاوز هذه المدة، وإلا عد مخلا بالتزامه، والالتزام باحترام مدة الإنجاز هو التزام بتحقيق نتيجة، وليس التزاما ببذل عناية، أما إذا لم تكن هناك مدة متفق عليها، فإن المقاول ملزم بحسب ما تقتضيه طبيعة العمل والعرف المعمول به[3].

المطلب الرابع

المـــقـــاصـــة

لا يقتصر حق الإدارة في الحصول على مبلغ غرامة التأخير على الحجز و الحبس على ما يكون للمتعاقد لديها من معدات وأجهزة فقط، إنما يمكنها الحصول على هذه المبالغ من مستحقات

(1)- سرايش زكريا المرجع السابق، ص 9.

(2)- علي محمد مظفر، **سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات في العقود الإدارية في اليمن (دراسة مقارنة)**، بحث مقدم لنيل درجة الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، مصر، 2012، ص 100، ويراجع أيضا في نفس الموضوع- حسان عبد السميع هاشم، المرجع السابق، ص 76.

(3)- سرايش زكريا، المرجع السابق، ص 32.

المتعاقد معها، سواء لديها أو لدى أية جهة إدارية أخرى[1]، وهذا ما يعرف بالمقاصة[2] كطريقة من طرق اقتضاء غرامة التأخير.

وفي مصر أفتت الجمعية العمومية لمجلس الدولة في فتوى لها ضمنتها أنه يحق لأي جهة حكومية أن تحصل على مستحقاتها عن طريق المقاصة، مما يكون مستحقا لها قبل المتعاقد معها ولو كانت الجهة المدينة للمتعاقد ذات شخصية معنوية مستقلة، فقد سمحت لوزارة الحربية أن تحصل على مستحقاتها من المبالغ المستحقة على عاتق المقاول المتعاقد معها من جهة إدارية أخرى وهي الهيئة العامة للبريد، ومما جاء في هذه الفتوى بقولها" أنه لا يجوز للمقاول المذكور، والذي تطالب وزارة الحربية بخصم مستحقاتها من المبالغ التي له قبل هيئة البريد، أن يتمسك بالشخصية المعنوية لهذه الهيئة، لأن هذا الوضع الذي يتمسك به المقاول لا يفيد التنظيم الإداري في شيء، ومن ثم يجب أن يغض النظر في هذه الواقعة عن فكرة الشخصية المعنوية المقررة لهيئة البريد، وتقف الهيئة بالنسبة إلى هذه الواقعة مجردة عن شخصيتها المعنوية، لتعد كسائر المصالح الحكومية وبهذه المثابة يكون جائزا وفقا لأحكام لائحة المناقصات والمزايدات اقتضاء المبلغ المستحق لوزارة الحربية، من مستحقات المقاول قبل هيئة البريد، دون ما حاجة إلى إتباع طريق حجز ما للمدين لدى الغير"[3]، ويتضح من هذه الفتوى للجمعية العمومية لمجلس الدولة المصري، أنه لا يمكن للمتعاقد مع الإدارة أن يتذرع بعدم إمكان هذه الأخيرة تفعيل طريقة المقاصة لاقتضاء غرامة التأخير للحجز على ما يستحق هذا المتعاقد لدى الجهات الإدارية الأخرى التي تتمتع بالشخصية المعنوية الاعتبارية، بدعوى أنه لا يجوز الحجز ما للغير لديها، اعتبارا أن تمتعها بهذه الشخصية يحول دون ذلك، تأسيسا على قاعدة عدم جواز الحجز على أموال الأشخاص الاعتبارية العامة[4].

(1)- علي محمد مظفر، المرجع السابق، ص 101.

(2)- عرفت المادة 297 من القانون المدني الجزائري المقاصة بأنها" للمدين حق المقاصة بين ما هو مستحق عليه لدائنه وما هو مستحق له تجاهه ولو اختلف سبب الدينين إذا كان موضوع كل منهما نقودا...."

(3)- فتوى الجمعية العمومية لمجلس الدولة في مصر الصادرة في 13 جانفي 1965، مشار إليها من قبل- سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة في العقود الإدارية، المرجع السابق، ص ص 501-502.

(4)- عبد الله نواف العنزي، المرجع السابق، ص 59.

كانت هذه مجمل الطرق التي يمكن للإدارة المتعاقدة من اقتضاء غرامات التأخير من المتعاقد معها، لكن يثور تساؤل ماذا لو حدد العقد الإداري طريقة معينة لاقتضاء هذه الغرامة؟، هل يمكن للإدارة العدول على هذه الطريقة والحصول على الغرامة بطريقة أخرى؟.

من المعلوم أن الإدارة تتمتع بالسلطة التقديرية في اختيار أسلوب أو طريقة الحصول على مستحقاتها لدى المتعاقد معها ومن بينها غرامة التأخير، ولكن شرط ذلك ألا يكون العقد قد حدد طريقة بعينها لتحقيق هذا الغرض، فإن كان العقد الإداري قد حدد طريقة معينة لاقتضاء غرامة التأخير فلا يمكن للإدارة العدول عنها، و إلا كان ذلك مخالفة لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين[1].

المبحث الثالث

إعفاء المتعاقد مع الإدارة من غرامة التأخير

يعد موضوع الإعفاء من غرامة التأخير– بعد ثبوت حق الإدارة في توقيعها نتيجة تأخر المتعاقد في تنفيذ التزاماته أو تنفيذها على وجه غير الذي ترضى به الإدارة– من أكثر المسائل التي تثير الجدل، إذ يرى البعض أنه من الخطأ أن تتنازل الإدارة بدون مبرر قانوني عن غرامة التأخير المستحقة، لأن ذلك يعتبر تنازلا عن دين محقق الوجود ومستحق للدولة[2].

من هذا المنطلق نطرح التساؤلات التالية: ما هي الحالات أو المبررات التي يجوز فيها للإدارة إعفاء المتعاقد معها من غرامة التأخير في العقود الإدارية؟ وما هي الأسباب التي أدت بالمتعاقد مع الإدارة إلى تأخره في تنفيذ التزاماته ؟ وهل تملك الإدارة المتعاقدة السلطة في إعفاء المتعاقد معها من غرامة التأخير؟ للإجابة عن هذه التساؤلات سنتناول موضوع إعفاء المتعاقد مع الإدارة من غرامة التأخير من خلال مطلبين، وذلك على النحو الآتي[3]:

(1)– عبد الله نواف العنزي، المرجع السابق، ص 60.

(2)– المرجع نفسه، ص 63.

(3)– رمضاني فريد، حالات إعفاء المتعاقد مع الإدارة من غرامة التأخير في العقود الإدارية، **مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية**، العدد الحدي عشر، المجلد الأول، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة باتنة1، جوان 2017، ص 521.

المطلب الأول: الإعفاء الجوازي من الغرامة التأخيرية

المطلب الثاني: الإعفاء الوجوبي من الغرامة التأخيرية.

المطلب الأول

الإعفاء الجوازي من الغرامة التأخيرية

قد تقرر المصلحة المتعاقدة تقديرا للظروف التي مر بها تنفيذ العقد وتقديرا أيضا لظروف المتعاقد معها أن تعفي هذا الأخير من أداء غرامة التأخير، وأساس ذلك أن جهة الإدارة المتعاقدة هي الجهة المخول لها اقتضاء غرامة التأخير باعتبارها القوامة على حسن سير المرافق العامة بانتظام واطراد، و إن لها سلطة تقديرية جوازيه في إعفاء المتعاقد معها من غرامة التأخير تبعا للظروف المشتركة بينهما، والتي قد تؤثر بطريقة ما على ميعاد التنفيذ[1]، وتجدر الإشارة إلى أن حالات الإعفاء الجوازي من غرامة التأخير والتي تدخل ضمن السلطة التقديرية للإدارة المتعاقدة تتمثل في حالة طلب المتعاقد مع الإدارة رسميا مهلة إضافية للتنفيذ ووافقت الإدارة على ذلك الطلب دون تحفظ من جانبها والحالة الثانية هي إذا قدرت جهة الإدارة المتعاقدة ظروف المتعاقد معها وقررت إعفائه من آثار مسؤوليته عن التأخير، وعلى إثر ذلك سوف نقسم هذا المطلب إلى ما يلي:

الفرع الأول: التمديد الإداري لتنفيذ العقد.

الفرع الثاني: الإعفاء الإداري نتيجة ظروف التنفيذ.

الفرع الأول

التمديد الإداري لتنفيذ العقد

يقصد بالتمديد الإداري، إعطاء مهلة إضافية للمتعاقد وموعد جديد للتنفيذ، حيث تتحقق فرضية إعفاء المتعاقد مع الإدارة من غرامة التأخير وإبراء ذمته من كل مسؤولية جراء تأخره في تنفيذ

(1)- نصر الدين بشير، المرجع السابق، ص 120.

التزاماته العقدية، إذا كانت الإدارة قد تسببت في زيادة المدة اللازمة لتنفيذ العقد، كأن تكون قد طلبت أثناء تنفيذ العقد إجراء بعض التعديلات والإضافات التي تقتضي بطبيعة الحال زيادة المدة اللازمة للتنفيذ، في هذه الحالة لا يكون للإدارة ثمة مبرر لاقتضاء غرامة التأخير عن الفترة التي امتد إليها تنفيذ العقد[1].

وحتى يستفيد المتعاقد مع الإدارة من التمديد الإداري، يجب عليه تقديم طلب التمديد رسميا إلى رئيس الجهة الإدارية المختصة وأن يقدمه قبل انتهاء المدة القانونية للتنفيذ وأن يستند طلب التمديد إلى مبررات مقبولة، حيث إذا وافقت الجهة الإدارية على طلب التمديد ودون تحفظ من جانبها[2] يسقط حقها في اقتضاء غرامة التأخير عن الفترة التي امتد إليها التنفيذ، إلا أن تحقق ذلك يبقى راجعا للسلطة التقديرية للإدارة في قبوله أو رفضه(طلب التمديد)، حيث أن ذلك يندرج ضمن صلاحيات وسلطات الإدارة المتعاقدة.

وهناك صورة أخرى لحالة التمديد الإداري إذ قد يتعرض المتعاقد مع الإدارة أثناء تنفيذ العقد الإداري لبعض الصعوبات والمشاكل التي تؤدي إلى عرقلة تنفيذ العقد، وهذه الصعوبات لا ترقي لدرجة القوة القاهرة أو الظروف الطارئة، لكنها تشكل صعوبات جدية تعرقل تنفيذ العقد في الآجال المحددة في العقد، ففي هذه الحالة تضطر الإدارة المتعاقدة إلى تمديد مدة التنفيذ عن طريق أسلوب التمديد الإداري بناء على طلب المتعاقد معها، ومراعاة منها لتلك الصعوبات ولحس تعامل المتعاقد معها ولبذله قصارى جهده في تنفيذ العقد[3].

ومن الناحية الشكلية قد يصدر التمديد الإداري إما صريحا أو وضمنيا ويتحقق التمديد الصريح في حالة إفصاح الإدارة المتعاقدة عن نيتها صراحة ودون تحفظ من جانبها وبشكل رسمي في منح المتعاقد معها، مهلة إضافية للتنفيذ، ويأتي هذا التمديد الصريح عادة استجابة لطلب المتعاقد نفسه أما التمديد الضمني فيكون في حالة التزام الإدارة المتعاقدة الصمت عند انتهاء المدة القانونية للتنفيذ ولم تتخذ أي إجراء أو جزاء ضد

(1)- عبد الله نواف العنزي، المرجع السابق، ص 74.

(2)- سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص 496.

(3)- نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص 208.

المتعاقد المتراخي في التنفيذ[1]، وبذلك يعد تمديدا ضمنيا إذا ما قررت الإدارة المتعاقدة تسلم اللوازم الموردة بعد فوات مدة التنفيذ دون أن تتخذ ضده إجراءات غرامة التأخير[2]، وخلاصة الأمر أن في حالة التمديد الإداري بنوعيه الصريح والضمني في مدة التنفيذ الملتزم بها المتعاقد، فإن الأثر المترتب في هذه الحالة هو إعفاء المتعاقد معها من غرامة التأخير.

الفرع الثاني

الإعفاء الإداري نتيجة ظروف التنفيذ

قد تقرر الإدارة المتعاقدة تقديرا للظروف[3]التي تم فيها تنفيذ العقد الإداري ولظروف المتعاقد في حد ذاته أن تعفي هذا الأخير من غرامة التأخير، تأسيسا لسلطتها التقديرية في كونها هي الأقدر على تقدير احتياجات المرافق العامة لضمان سيرها بانتظام، إذ أن عدم تحقق الضرر جراء التأخير أو التراخي في تنفيذ العقد يصلح أن يكون مبررا للإدارة لإعفاء المتعاقد معها من غرامة التأخير[4].

(1)- عادل قرانة، إعفاء المتعاقد مع الإدارة من غرامة التأخير، **مجلة التواصل في الاقتصاد و الإدارة و القانون**، عدد35، قسم الحقوق، جامعة 20 أوت 1955، سكيكدة، سبتمبر2013، ص ص 184- 185.

(2)- بن صغير مليكة أسماء، **غرامة التأخير في الصفقات العمومية**، أطروحة دكتوراه في العلوم القانونية، تخصص التجريم في الصفقات العمومية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجيلالي اليابس، سيدي بلعباس، 2019، ص 102.

(3)- من أمثلة الظروف التي تكون سببا في إعفاء المتعاقد مع الإدارة من غرامة التأخير، ما جاء في حكم صادر عن المحكمة الإدارية المصرية في 1970/9/21 بقولها "... ولذا فلها أن تقدر الظروف التي يتم فيها تنفيذ العقد وظروف المتعاقد 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 بالمصلحة العامة أي ضرر من جراء التأخير أو غير ذلك من الظروف، وقياسا على هذا النظر...كما لو حل ميعاد توريد أدوات صحية مثلا بينما لم يكن البناء الذي تعاقد آخر على تشييده قد أصبح مهيئا لتركيب هذه الأدوات أو كما لو كان قد حل ميعاد توريد آلات أو تجهيزات ولم تكن لدى الإدارة مخازن لإيداعها، وكانت في الوقت ذاته في غنى عن تركيبها... فيتعين اعتبار إقرار الإدارة بصدق هذه الظروف والملابسات بمثابة إعفاء ضمني للمتعاقد من تنفيذ الغرامة عليه، مما لا يكون معه محل لتوقيع غرامة التأخير"، حكم مشار إليه من قبل نصر الدين بشير، المرجع السابق، ص131.

(4)- عبد العزيز خليفة، الوجيز في الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص290.

وهذا ما قرره المشرع المصري في قانون المناقصات والمزايدات رقم 89 لسنة 1998م السابق الملغى ولائحته التنفيذية، حيث جعل عدم تحقق الضرر سببا لإعفاء المتعاقد مع الإدارة من غرامة التأخير، حيث نص في المادة 23 الفقرة الثانية من هذا القانون ما يلي"توقع الغرامة بمجرد حصول التأخير دون حاجة إلى تنبيه أو إنذار أو اتخاذ أي إجراء آخر، ويعفى المتعاقد من الغرامة بعد أخذ رأي إدارة الفتوى المختصة بمجلس الدولة إذا ثبت أن التأخير، لأسباب خارجة عن إرادته وللسلطة المختصة –عدا هذه الحالة – بعد أخذ رأي الإدارة المشار اليها، **إعفاء المتعاقد من الغرامة إذا لم ينتج عن التأخير ضرر..."** ويلاحظ من هذا النص أن الإعفاء الإداري من غرامة التأخير وإن كان جوازيا للإدارة ويخضع لسلطتها التقديرية يتمحور بشكل أساسي حول ظروف تنفيذ العقد والظروف المحيطة بالمتعاقد وبشرط عدم تحقق الضرر[1].

نفس الاتجاه تبناه المشرع المصري في قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة رقم 182 لسنة 2018، حيث يتم إعفاء المتعاقد مع الإدارة من غرامة التأخير أو مقابل التأخير كما نص عليه المشرع، إذا كان التأخير الذي تسبب فيه المتعاقد راجع لسبب خارج عن إرادته، ونتيجة لذلك يتم إعطاء هذا المتعاقد مهلة إضافية للإتمام تنفيذ العقد دون تحصيل مقابل التأخير منه كما أسلفنا سابقا وكل ذلك من اجل المصلحة العامة للدولة والمرفق العام، وعلى العكس من ذلك إذا كان التأخير وعدم الالتزام بالتنفيذ الذي وقع فيه المتعاقد مع الإدارة راجع لسبب يعود إليه في هذه الحالة يحصل منه مقابل التأخير(غرامة التأخير) عند نهاية مدة التنفيذ الأصلية المحددة في العقد أو حتى في حالة قيام الإدارة بإعطائه مهلة إضافية للتنفيذ، حيث يتم حساب غرامة التأخير من بداية تلك المدة دون حاجة إلى تنبيه أو إنذار أو اتخاذ أي إجراء آخر[2].

(1)– استقر الفقه والقضاء على أنه وإن كان للإدارة أن توقع الغرامات المالية بما فيها غرامة التأخير 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 الجهة الإدارية المتعاقدة، باعتبارها القوامة على حسن سير المرافق العامة بانتظام واطراد، –عبد الله نواف العنزي، المرجع السابق، ص77.

(2)– نصت المادة 48 الفقرة الأولى من القانون رقم 182 لسنة 2018 ما يلي: " إذا تأخر المتعاقد أثناء تنفيذ العقد عن الميعاد المحدد له بالجدول الزمني أو مدة التنفيذ المحددة بالعقد، جاز للسلطة المختصة لدواعي المصلحة العامة إعطاؤه مهلة لإتمام التنفيذ دون تحصيل مقابل التأخير منه إذا كان التأخير راجعا لسبب خارج عن إرادته، وفي حالة عدم الالتزام بالتنفيذ،

وفي نفس الصدد فقد أوضح المشرع المصري في قانون رقم 182 لسنة 2018 أنه في حالة عدم حصول ضرر للمصلحة المتعاقدة من جراء التأخير الذي وقع فيه المتعاقد معها، فيكون سببا في إعفائه من غرامة التأخير، وهو نفس الأمر الذي تبناه المشرع في القانون القديم الملغى لسنة 1998، أما الاختلاف الجديد الذي جاء به القانون رقم 182 لسنة 2018، أن قرار الإعفاء من غرامة التأخير أو مقابل التأخير، سابقا أي في ظل القانون القديم لا يكون ساريا أي قابل للتنفيذ إلا بعد العرض على إدارة الفتوى المختصة بمجلس الدولة أي أن العرض على هذه اللجنة وجوبي، أما في القانون الحالي فإن العرض على إدارة الفتوى أصبح جوازي للإدارة المتعاقدة متى رأت ذلك[1].

ومن الأمور المسلم بها في الإعفاء الإداري نتيجة ظروف التنفيذ أنه لا يجوز للجهة الإدارية أن تسحب قراراها بعدم توقيع غرامة التأخير على المتعاقد معها من حيث أنها استخدمت سلطتها التقديرية في هذا الخصوص طالما لم يقم دليل مقنع على أن قرارها الأول القاضي بعدم توقيع غرامة التأخير قد صدر بناءً على غش أو شابه عيب جسيم وخطير في الواقع أو القانون[2].

وعليه فإننا نرى من جهتنا ضرورة إعفاء المتعاقد مع الإدارة من غرامة التأخير عند عدم تحقق الضرر جراء عدم التزام المتعاقد بالعقد الإداري أو دفاتر الشروط خاصة عند اعتراض المتعاقد صعوبات أو ظروف معينة حتمت على المتعاقد تأخير التنفيذ أو عدم الالتزام ببعض شروط العقد لضرورات معينة تعود بالنفع على الإدارة وتؤدي إلى تنفيذ العقد بأفضل الطرق، ففي هذه الحالة يجب على الإدارة إعفاء المتعاقد من غرامة التأخير، أما في باقي الحالات الأخرى التي تؤدي إلى

لسبب راجع للمتعاقد، يحصل مقابل للتأخير يحسب من بداية المهلة دون حاجة إلى تنبيه أو إنذار أو اتخاذ أي إجراء آخر وفقا للاتي:..."

(1)- تنص المادة 48 الفقرة ما قبل الأخيرة من القانون رقم 182 لسنة 2018 ما يلي: " وفي جميع حالات تحصيل مقابل التأخير، يكون الإعفاء منه بقرار من السلطة المختصة إذا تبين أن التأخير لأسباب خارجة عن إرادة المتعاقد، وللسلطة المختصة في غير هذه الحالة إعفاء المتعاقد من مقابل التأخير جزئيا أو كليا إذا لم ينتج عن التأخير ضرر، ويجوز للسلطة المختصة استطلاع رأي إدارة الفتوى المختصة بمجلس الدولة إذا ارتأت ذلك..."

(2)- مقداد زينة، الإعفاء من غرامة التأخير في العقد الإداري، **مجلة البحوث القانونية والسياسية**، العدد الخامس، تصدر عن جامعة مولاي طاهر بسعيدة، ديسمبر 2015، ص 310.

- مدحت احمد يوسف غنايم، المرجع السابق، ص 106.

إلحاق الضرر بالمصلحة العامة للدولة جراء مخالفة المتعاقد مع الإدارة لشروط العقد ولمدة التنفيذ عندها يجب تطبيق غرامة التأخير المنصوص عليها في العقد الإداري، بالإضافة إلى استعمال كافة الوسائل الأخرى المتاحة للإدارة والتي كفلها المشرع من أجل المصلحة العامة للدولة[1].

كانت هذه مجمل حالات الإعفاء الجوازي من غرامة التأخير، التي تكون فيها للإدارة سلطة تقديرية في قبولها أو رفضها، حيث أن سلطة الإدارة المتعاقدة في توقيع الجزاءات بصفة عامة وغرامة التأخير بصفة خاصة هي سلطة تقديرية وهي تقوم بهذه السلطة طبقا لما تقدره هي لأنه محقق للمصلحة العامة، حيث تبيح تلك السلطة التقديرية للإدارة، أن تختار الوقت المناسب لتوقيع الجزاء مثلا، أو أن تختار من بين الجزاءات، أو أن توقع الغرامة أو لا توقعها رغم النص عليها في العقد أو أن تخفض قيمة الغرامة بتوقيع غرامة أقل من المنصوص عليها في العقد الإداري[2].

المطلب الثاني

الإعفاء الوجوبي من الغرامة التأخيرية

الأصل أن عدم تنفيذ المتعاقد مع الإدارة لالتزاماته العقدية أو التأخير في تنفيذها يعد خطأ جسيما موجبا لمسؤوليته ويبرر بالتالي اللجوء إلى فرض جزاء قاس بحقه، حيث إذا كان التأخير في تنفيذ العقد يبرر فرض غرامة التأخير بحق المتعاقد فقد يجد هذا التأخير أسبابا تبرره، فيعفى المتعاقد من مسؤولية التأخير إذا تبين أن الوفاء بالالتزام قد استحال بسبب أجنبي لا يد للمتعاقد فيه[3] والسبب الأجنبي قد يكون قوة قاهرة خارجة عن إرادة المتعاقد مع الإدارة وقد يكون خطأ أو فعل الإدارة نفسها المسبب للتأخير[4] وعليه يتحقق الإعفاء من غرامة التأخير وجوبا في حالتين وفيما يلي بيان ذلك على النحو الآتي:

(1)- نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص 213.

(2)- دراجي عبد القادر، سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات الإدارية، **مجلة المفكر**، العدد العاشر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، جانفي، 2014، ص ص 96-79.

(3)- نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص 210.

(4)- رمضاني فريد، المرجع السابق، ص 524.

الفرع الأول: الإعفاء من الغرامة بسبب القوة القاهرة

الفرع الثاني: الإعفاء من الغرامة نتيجة فعل الإدارة

الفرع الأول

الإعفاء بسبب القوة القاهرة

تعد القوة القاهرة من أبرز أسباب إعفاء المتعاقد مع الإدارة من غرامة التأخير في العقود الإدارية بسبب عدم تنفيذه لالتزاماته العقدية، ذلك أن قواعد العدالة تقضي بألا يتحمل المتعاقد مع الإدارة المقصر في تنفيذ التزاماته، لغرامة التأخير إذا كان ضحية لقوة قاهرة منعته من تنفيذ التزاماته في المواعيد المحددة لذلك[1].

ويقصد بالقوة القاهرة في هذا المجال" كل عذر قهري يمنع المتعاقد من تنفيذ التزاماته في الموعد المتفق عليه، فالقوة القاهرة من حيث مدلولها لا تعدو أن تكون دلالة على ظرف استثنائي شاذ، تتصف به من حيث مصدرها بأنها من فعل الطبيعة أو خطأ إنساني، وتتميز من ناحية طبيعتها بعدم قدرة المرء مهما أوتي من قوة الإدراك والحدس على توقعها، وعدم استطاعته حال وقوعها على دفعها"[2]، وفي تعريف آخر للقوة القاهرة باعتبارها " حادث فجائي غير متوقع، ولا يمكن توقعه أو التنبؤ به وقت التعاقد، كما أنه مستقل عن إرادة من يحتج به، وبالنتيجة يؤدي إلى جعل تنفيذ العقد مستحيلا"[3].

استنادا لهذه التعريفات للقوة القاهرة كسبب للإعفاء من غرامة التأخير يقتضي توافر شروط مجتمعة لتطبيقها لكي يكون لها الأثر المعفي من غرامة التأخير، وهذه الشروط هي[4]:

(1)- منصور إبراهيم العتوم، المرجع السابق، ص 372.

(2)- محمد باهي أبو يونس، الرقابة القضائية على شرعية الجزاءات الإدارية العامة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2000، ص 126.

(3)- منصور إبراهيم العتوم، المرجع السابق، ص 373.

(4)- رمضاني فريد، المرجع السابق، ص 525.

أولا: أن يكون الحادث المسبب للقوة القاهرة حادث خارجي

إذن حتى نكون أمام قوة قاهرة لا بد من وجود فعل أو حادث خارجي لا يد للمتعاقد مع الإدارة في إحداثه، ومن خلال هذا الشرط فإن القوة القاهرة عبارة عن حادث خارجي مستقل عن إرادة طرفي العقد، كما أن المتعاقد لا دخل له في حدوث الحادث أي أنه لم يتسبب في الحادث أصلا ولم يكن بمقدوره تجنبه أو منعه[1].

و تعد إعاقة وصول الشاحنات المحملة بمواد ومستلزمات البناء لموقع البناء سبب لتأخر المقاول(المتعاقد مع الإدارة) في إنهاء العمل الموكل إليه في الميعاد المحدد له، اعتبار ذلك الحدث الخارجي قوة قاهرة لا دخل للإرادة المقاول فيها[2].

ثانيا: أن يكون الحادث الخارجي المسبب للقوة القاهرة غير متوقع

حيث يجب أن يكون الحادث الخارجي غير متوقع الحصول أو التنبؤ به، فإذا أمكن توقع الحادث حتى ولو استحال دفعه، لا يترتب على هذا الحادث إعفاء المتعاقد مع الإدارة من غرامة التأخير[3]، ومثال ذلك ما اعتبره مجلس الدولة الفرنسي حادثا غير متوقع، هطول الأمطار الغزيرة ولمدة طويلة غير عادية[4].

ومثال آخر عن الحادث الخارجي الغير متوقع، أحداث 11 سبتمبر 2001 بالولايات المتحدة الأمريكية باعتبار هذه الأحداث قوة قاهرة تعوق المتعاقد مع الإدارة من تنفيذ التزاماته العقدية، لاسيما في عقود التوريد التي أبرمها المتعاقد مع الإدارة للتوريد من دولة الولايات المتحدة الأمريكية وعلى ذلك أفتت إدارة الفتوى في مصر بإعفاء الشركة المتعاقدة مع وزارة الداخلية من غرامة التأخير التي فرضتها الوزارة عليها، لعدم قيام الشركة بتسليم السيارات المتعاقد عليها للإدارة العامة للإمداد والإدارة العامة للمباحث الجنائية في الموعد المتفق عليه وهو 2002/2/1، وقالت: إن تأخر الشركة عن

(1)- عادل قرانة، إعفاء المتعاقد مع الإدارة من غرامة التأخير، المرجع السابق، ص178.

(2)- مدحت احمد يوسف غنايم، المرجع السابق، ص 111.

(3)- المرجع نفسه، ص 110.

(4)- نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص 202.

توريد سيارات خاصة موضوع العقد رقم... بسبب ما تعرضت له الولايات المتحدة الأمريكية من أحداث 11سبتمبر 2001 ارتبطت بتجميد جميع الأعمال بسبب طلب الحكومة الأمريكية للعديد من الشركات تحويل خطوط إنتاجها لتسد الإحتياجات الداخلية المستعجلة، ولتنفيذ القانون الأمريكي الأمر الذي أثر على مورد الشركة وخصوصا شركة (مثال شركة فورد للسيارات) ولما كانت الوزارة قد قدرت هذه الأحداث (11 سبتمبر 2001) التي يمكن أن تؤثر في عملية التوريد وأن يترتب عليها نتائج كالتي سبق ذكرها، فإنه يجوز للوزارة في هذه الحالة أن تعفي هذه الشركة من غرامة التأخير المنصوص عليها في العقد[1].

ثالثا: أن يؤدي الحادث الخارجي جعل تنفيذ الإلتزام مستحيلا

حتى نكون أمام قوة قاهرة لا بد أن يكون الحادث الخارجي مستحيل الدفع، حيث يؤدي ذلك إلى نتيجة حتمية في غاية الأهمية وهي جعل تنفيذ الالتزام الملقى على عاتق المتعاقد مع الإدارة مستحيلا استحالة مطلقة[2]، وفي بيان معنى الاستحالة أنه إذا كان الإلتزام مما يجب تنفيذه في وقت معين وحدثت في ذلك الوقت قوة قاهرة جعلت تنفيذ الإلتزام مستحيلا استحالة فعلية أو قانونية طوال الوقت الواجب تنفيذه فيه، فإن الالتزام ينقضي بهذه الاستحالة أي أن القوة القاهرة التي تحل خلال الفترة المحددة للتنفيذ تعتبر من الظروف الطارئة التي تجعل التنفيذ مستحيلا، وينقضي على إثرها التزام المتعاقد مع الإدارة دون أن يتحمل تبعة عدم تنفيذه[3]، أما إذا كانت هذه الاستحالة مؤقتة، فإن إعفاء المتعاقد من تنفيذ التزاماته يقتصر فقط على فترة استحالة تنفيذ تلك الالتزامات نتيجة القوة القاهرة، فإذا مازالت القوة القاهرة المؤقتة يعود الإلتزام بالتنفيذ، مثال التوقف الحاصل عن فترة الإضراب[4].

وعلى ذلك ذهبت إدارة الفتوى والتشريع في مصر إلى أن احتراق الباخرة الناقلة للبضاعة الموردة لا يمنع المتعاقد مع الإدارة من أن يفي بالتزامه بالتوريد إلى المستودعات، بشراء البضائع

(1)- عبد الله نواف العنزي، المرجع السابق، ص 66.
(2)- عبد المجيد فياض، المرجع السابق، ص 154.
(3)- عبد الله نواف العنزي، المرجع السابق، ص 65.
(4)- نصر الدين بشير، المرجع السابق، ص123.

مرة ثانية، أو بأي طريقة أخرى، ذلك أنه حتى لو ثبت حريق الباخرة فإن للقوة القاهرة شروطا يجب توافرها، منها أن تجعل تنفيذ الإلتزام مستحيلا استحالة مطلقة، وحريق الباخرة لا يؤدي إلى استحالة التنفيذ بصفة مطلقة، إذ يمكن شراء أو صنع البضائع الهالكة بسبب الحريق مرة ثانية وتوريدها تنفيذا للإلتزام العقدي، وعليه فإنه يجوز للوزارة تنفيذ العقد على حساب المورد أو أن تكتفي بإلغاء العقد ومصادرة التأمين مع خصم غرامة التأخير بحدها الأقصى من مستحقات المورد أو من التأمين النهائي المقدم من المورد[1].

ومن خلال توافر شروط القوة القاهرة ينتج عنها أثرين هما[2]:

- الأثر الأول: إعفاء المتعاقد كليا من التنفيذ كنتيجة لاستحالة التنفيذ.

- الأثر الثاني: إعفاء المتعاقد مع الإدارة من غرامة التأخير(القوة القاهرة عبارة عن مبرر وسبب لإعفاء المتعاقد المتأخر في تنفيذ التزاماته من غرامة التأخير)

هذه مجمل الشروط الواجب توافرها للاعتداد بالقوة القاهرة كسبب لإعفاء المتعاقد مع الإدارة من غرامة التأخير، لأن الخلل في التنفيذ لم يتسبب فه المتعاقد بل كان خارج عن إرادته ولم يتمكن من تجنبه.

وعلى الرغم من أن القوة القاهرة تعد سببا منطقيا لإعفاء المتعاقد مع الإدارة من غرامة التأخير باعتبار أنها تمثل تطبيقا للقواعد العامة في القانون، فيما يقضي به من أنه لا تكليف بمستحيل، ولذا يجب إعمالها بغير وجود نص قانوني يجيزها، إلا أن المشرع الجزائري حرص على النص عليها في المادة 147 الفقرة الخامسة من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، وجاء في نص المادة ما يلي:" ...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

(1)- إدارة الفتوى والتشريع في مصر، فتوى رقم 3481/2 في 1979/12/22- مشار إليها من قبل عبد الله نواف العنزي، المرجع السابق، ص 67.

(2)- عادل قرانة، إعفاء المتعاقد مع الإدارة من غرامة التأخير، المرجع السابق، ص179.

المتعاقدة، وفي كلتا الحالتين، يترتب على الإعفاء من العقوبات المالية، بسبب التأخير، تحرير شهادة إدارية."

بالرجوع إلى نص المادة 147 السابقة الذكر، نجد أن المشرع الجزائري قد اعتد بالقوة القاهرة كسبب للإعفاء من فرض العقوبات المالية(تعتبر غرامة التأخير من العقوبات المالية) بسبب التأخير، وقد حدد المشرع الجزائري الآثار المترتبة عن القوة القاهرة وهي[1]:

– تعليق الآجال القانونية للتنفيذ وذلك بعد تسليم أوامر بتوقيف الأشغال أو استئنافها.

– تسليم شهادة إدارية للمتعاقد مع الإدارة بعد تحريرها من طرف المصلحة المتعاقدة، مضمونها الإعفاء من غرامة التأخير بسبب القوة القاهرة.

وبالرجوع إلى جائحة وباء كورونا كوفيد19 الذي مس الجزائر والعالم بأسره منذ بداية سنة 2020، والذي تسبب في موت الآلاف من الأشخاص في الجزائر وفي العالم، الأمر الذي حتم على السلطات الجزائرية اتخاذ جملة من الإجراءات الاحترازية[2] التي من شأنها مجابهة هذا الوباء العالمي منها قيامها بغلق جميع حدود الدولة سواء البرية أو الجوية أو البحرية حيث تم تعليق جميع الرحلات من والى الجزائر وتعليق الدراسة في جميع الأطوار التعليمية وذلك تفاديا لانتشار كوفيد 19، ناهيك عن فرض الدولة لحجر صحي في العديد من الولايات التي كانت تشهد ارتفاع في حالات الإصابة بالفيروس وكل هذه التدابير التي اتخذتها الدولة الجزائرية أثرت بشكل كبير على الحياة اليومية للمواطنين وعلى مصالح الدولة أيضا حيث تم تقليص عدد العمال والموظفين في الإدارات العامة وإعفاء النساء الموظفات من الإلتحاق بمقر عملهم.

ومما لا يدع مجالا للشك أن هذه التدابير الاحترازية الصادرة عن هذا المرسوم التنفيذي رقم 20–69 المتعلق بالوقاية من كوفيد19، كانت لها انعكاسات خطيرة على جميع مناحي الحياة في الدولة خاصة على المستوى الاقتصادي، ومن المجالات التي تأثرت بهذه التدابير الوقائية هي تنفيذ

(1)– رمضاني فريد، المرجع السابق، ص 528.

(2)– من بين الإجراءات التي اتخذتها الدولة الجزائرية لمواجهة فيروس كورونا هو صدور المرسوم التنفيذي رقم 20– 69 المتعلق بتدابير الوقاية من فيروس كورونا، المؤرخ في 21 مارس 2020.

المتعاملين المتعاقدين مع الإدارة لالتزاماتهم التعاقدية في العقود المبرمة بشكل عام والصفقات العمومية بشكل خاص[1]، وللحد من الآثار السلبية الناجمة عن تطبيق هذه التدابير الوقائية من فيروس كورونا، فقد صدرت مجموعة من النصوص والمراسيم الرئاسية التي كان هدفها التخفيف من أثار تطبيق هذه التدابير الوقائية، ومن هذه النصوص نجد التعليمة الوزارية رقم 163 المؤرخة في 13 ابريل 2020 تتعلق بالتخفيف من أثار تطبيق التدابير الوقائية من فيروس كورونا كوفيد19 ومكافحته على الأداة الوطنية للإنجاز[2]، وبعدها صدرت مراسلة من المدرية العامة للميزانية رقم 2138 المؤرخة في 26 أبريل 2020[3] والتي تبين كيفية تطبيق غرامة التأخير على المتعاقد مع الإدارة على ضوء التعليمة الوزارية رقم 163 الصادرة سنة 2020 في ظل استمرار جائحة كورنا في تعطيل تنفيذ المشاريع العامة للدولة والصفقات العامة.

واستنادا إلى ما سبق ذكره فقد وقع إشكال في تكييف أثر تطبيق الإجراءات الخاصة من الوقاية من فيروس كورنا، هل تعتبر قوة قاهرة تستدعي إعفاء المتعاقد مع الإدارة من غرامة التأخير؟ أم مجرد ظرف طارئ أرهق المتعاقد في تنفيذ التزاماته التعاقدية، للإجابة على هذا التساؤل فقد سارعت السلطة التنفيذية في الجزائر إلى إصدار التعليمة رقم 163 المؤرخة في 13 ابريل 2020 وذلك بعد ورود معلومات إليها بوجود متعاملين متعاقدين مع الإدارة وجدوا نفسهم أمام استحالة حقيقية أو صعوبة كبيرة في تنفيذ التزاماتهم التعاقدية وذلك بسبب الآثار الناجمة عن التدابير الوقائية المرتبطة بفيروس كورنا، حيث نصت هذه التعليمة على تعليق فرض غرامات التأخير والإعفاء منها على المتعاقدين الذين وجدوا أنفسهم في استحالة قانونية في تنفيذ التزاماتهم التعاقدية، وبناء على ذلك يمكن القول أن الحكومة الجزائرية اعتبرت جائحة كورنا كوفيد19 قوة قاهرة يمكن للمتعاقدين مع الإدارة

(1)- نور الدين بوشليف، دفع الغرامة التأخيرية في الصفقات العمومية على ضوء الأحكام القانونية الجديدة الخاصة بالتدابير الوقائية الخاصة بجائحة كورونا – كوفيد 19، **مجلة أبحاث قانونية وسياسية**، تصدر عن كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد الصديق بن يحي، جيجل، المجلد السادس، العدد1، جوان 2021، ص 156.

(2)- للإطلاع على التعليمة الوزارية رقم 163 المؤرخة في 13 ابريل 2020 المتعلقة بالتخفيف من أثار تطبيق التدابير الوقائية من فيروس كورونا كوفيد19 ومكافحته على الأداة الوطنية للانجاز، انظر الملحق رقم " 4 ".

(3)- للإطلاع على مراسلة السيد المدير العام للميزانية رقم 2138 المؤرخة في 26 أبريل 2020، انظر الملحق رقم " 5 ".

خاصة في مجال الصفقات العمومية الاستفادة من الإعفاء فيما يخص دفع الغرامة التأخيرية وذلك لتوفر شروط القوة القاهرة السابق ذكرها على هذا الوباء أو الجائحة، وننوه في الأخير أن مسألة تكييف وباء كورنا بأنه قوة قاهرة تستدعى الإعفاء من دفع غرامة التأخير هي من اختصاص الإدارة المتعاقدة على ضوء التعليمة رقم 163 لسنة 2020، وهنا يرى الباحث أنه من المستحسن أن تعطى مسالة تكييف جائحة كورونا على أنها قوة قاهرة أم مجرد ظرف طارئ إلى القاضي الإداري وذلك وفق النتائج المعروضة عليه ووفق سلطته التقديرية، وذلك من أجل تحقيق الموازنة بين المصلحة الخاصة للمتعاقدين مع الإدارة و المصلحة العامة للدولة المتمثلة في حسن سير المرافق العامة بانتظام واطراد[1].

وقد أشار قانون المناقصات والمزايدات المصري ولائحته التنفيذية أيضا، على غرار ما تقدم إلى إعفاء المتعاقد مع الإدارة من غرامة التأخير إذا ثبت أن التأخير لأسباب خارجة عن إرادته(المادة 23 قانون المناقصات والمزايدات السابق و المادة 48 من قانون التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة لسنة 2018[2]) وذلك بعد أخذ رأي إدارة الفتوى المختصة بمجلس الدولة ومما لا شك فيه أن تعبير «لأسباب خارجة عن إرادته(أي إرادة المتعاقد)» تشمل من ناحية القوة القاهرة ومن ناحية أخرى خطأ الإدارة المتعاقدة، حيث كلاهما يعفي المتعاقد من تنفيذ التزاماته ومن توقيع غرامة التأخير عليه[3].

وفي كل الحالات عموما عندما تتسبب القوة القاهرة بالخلل في التنفيذ فإنه يقع على المتعاقد مع الإدارة إثبات وجود القوة القاهرة، وأن الحادث الخارجي الذي أدى إلى تأخير تنفيذ العقد الإداري تسببت فيه قوة قاهرة لا يمكن دفعها، وفي حال عجز المتعاقد عن

(1)- نور الدين بوشليف، المرجع السابق، ص ص 166- 168.

(2)- جاء في نص المادة 23 الفقرة الثانية من قانون المناقصات والمزايدات المصري ما يلي" توقع الغرامة بمجرد حصول التأخير دون حاجة إلى تنبيه أو إنذار أو اتخاذ أي إجراء آخر، ويعفى المتعاقد من الغرامة، بعد أخذ رأي إدارة الفتوى المختصة بمجلس الدولة إذا ثبت أن التأخير، لأسباب خارجة عن إرادته، وللسلطة المختصة -عدا هذه الحالة - بعد أخذ رأي الإدارة المشار إليها، إعفاء المتعاقد من الغرامة إذا لم ينتج عن التأخير ضرر..."

(3)- محمد ماهر أبو العينين، المرجع السابق، ص 745.

إثبات وجود القوة القاهرة، فإنه لا يعفى من الغرامة العقدية ويرد طلبه بالتعويض عن الأضرار اللاحقة به[1].

الفرع الثاني

الإعفاء نتيجة فعل الإدارة

إن الحالات التي يتأخر فيها تنفيذ العقد الإداري لا ترجع دائما إلى خطأ المتعاقد مع الإدارة وإنما قد تكون الجهة الإدارية هي المتسببة في تأخير المتعاقد معها في تنفيذ العقد الإداري ضمن المدة المحددة للتنفيذ، فلا يكون للإدارة فرض غرامة التأخير إذا كان هذا التأخير ناتجا عن فعل صادر من جانبها[2]، ولذلك يعفى المتعاقد مع الإدارة من غرامة التأخير إذا كان تأخير تنفيذ العقد عائدا لفعل الإدارة، وفعل الإدارة هنا قد يشكل خطأ من جانبها أو استعمال لحق من حقوقها كإجراء تعديل في طبيعة العمل أو في كميته، وفي ما يلي بيان ذلك على النحو الآتي:

أولا: الإعفاء من غرامة التأخير نتيجة خطأ الإدارة

يمكن أن تكون الإدارة هي السبب الرئيسي في تأخر المتعاقد معها في تنفيذ التزاماته العقدية[3]وذلك في حالة ما شكل فعل الإدارة خطأ من جانبها أو إهمالا أو تقصيرا، ويمكن اعتبار خطأ الإدارة في هذه الحالة مبررا قانونيا لعدم التنفيذ أو التأخر في التنفيذ من جانب المتعاقد معها[4]، ومن صور خطأ الإدارة الذي يستوجب إعفاء المتعاقد معها من غرامة التأخير على سبيل المثال ما يلي:

(1)- نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص 203.

(2)- عبد الرحمان عباس ادعين، الغرامات التأخيرية في العقود الإدارية، **مجلة جامعة بابل**، قسم القانون، كلية المستقبل، العدد الثالث، المجلد22، العراق، 2014، ص 561.

(3)- سعيد عبد الرزاق باخبيرة، المرجع السابق، ص 219.

(4)- عادل قرانة، إعفاء المتعاقد مع الإدارة من غرامة التأخير، المرجع السابق، ص182.

1- خطأ الإدارة في وضع المواصفات الصحيحة للعقد وتقاعسها في منح التراخيص اللازمة للبدء في عملية التنفيذ أو عدم إزالة عوائق التنفيذ[1].

2- تأخر الإدارة في تسليم المتعاقد معها المخططات والتصاميم اللازمة للبدء في تنفيذ العقد، أو أن تتأخر في تسليم موقع العمل يعد خطأ من جانبها[2].

3- تلف المواد الأولية اللازمة للتنفيذ المملوكة للمتعاقد بخطأ من جانب الإدارة[3].

ولكي يتوافر في خطأ الإدارة المرتكب من جانبها ويعتد به كمبرر لإعفاء المتعاقد معها من غرامة التأخير، شرطين هما[4]:

- توافر العلاقة المباشرة بين خطأ الإدارة والتزام المتعاقد، بحيث يؤدي هذا الخطأ إلى تأخير المتعاقد عن تنفيذ التزاماته.
- أن يكون خطأ الإدارة غير متوقع، ويؤدي إلى استحالة تنفيذ المتعاقد لالتزاماته في المواعيد المحددة في العقد.

أما على المستوى التشريعي نجد أن المشرع الجزائري بين حالات إعفاء المتعاقد مع الإدارة من غرامة التأخير ومن بينها حالة كون التأخير في التنفيذ سببه مسؤولية المصلحة المتعاقدة وهذا ما نصت عليه المادة 147 الفقرة الرابعة السابقة الذكر من قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام لسنة 2015 ومما جاء فيها **" يعود القرار 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...".**

ويتضح من نص المادة أعلاه أن المشرع الجزائري أعطى للمصلحة المتعاقدة سلطة ومسؤولية إصدار قرار الإعفاء من غرامة التأخير دون سواها حيث نبه المشرع الجزائري أن تطبيق هذا الإعفاء

(1)- مدحت احمد يوسف غنايم، المرجع السابق، ص 113.
(2)- نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص 205.
(3)- نصر الدين بشير، المرجع السابق، ص 114.
(4)- المرجع نفسه، ص 115.

يكون في حالة كون التأخير ليس المتسبب فيه المتعاقد مع الإدارة بل قد تكون الإدارة في حد ذاتها هي المتسببة في التأخير بفعل من جانبها أو خطأ منها غير مقصود[1].

ثانيا: الإعفاء من غرامة التأخير نتيجة التعديل الإداري

تعتبر سلطة التعديل مظهر من مظاهر السلطة العامة تباشرها الإدارة المتعاقدة إعمالا لامتيازها في التنفيذ المباشر، ونطاق مباشرة هذه السلطة يشمل حق الإدارة في تعديل التزامات المتعاقد معها من حيث مقدارها، أو من حيث طرق ووسائل التنفيذ أو من حيث مدة التنفيذ، إذ يحق للإدارة وبإرادتها المنفردة تعديل شروط التنفيذ المتفق عليها في العقد الإداري[2].

وعلى ذلك لا تستحق الغرامة إذا تم تمديد آجال التنفيذ بتعديل العقد المبرم بين الإدارة والمتعاقد معها، بمد مدته سواء باتفاق الطرفين أو بإجراء من جهة الإدارة المتعاقدة استعمالا لسلطتها في التعديل، حسبما تقتضيه ظروف المرفق العام الذي تستهدف تسييره وبالتالي يسقط حقها في اقتضاء غرامة التأخير عن الفترة التي امتد إليها الأجل الجديد[3]، وأن تأمر الإدارة المتعاقد معها بإحلال مواد أكثر جودة وأفضل نوعا من تلك التي كانت محل الاتفاق في العقد، وقد يتناول التعديل أيضا مصدر الجهة التي ترد منها المواد اللازمة لتنفيذ العقد، حيث يترتب على هذا التعديل أن يصبح المتعاقد غير قادر على مواجهته بسبب ضعف إمكانياته المادية أو الفنية، فقد يكون مشروعه صغيرا وقدرته الاقتصادية محدودة، أو ليس لديه الائتمان الكافي ليزيد في كفاءة المشروع، كأن يزيد في معداته أو في اليد العاملة[4].

كانت هذه هي مجمل الحالات التي تجوز للإدارة المتعاقدة في إعفاء المتعاقد معها من دفع غرامة التأخير، حيث بينا أن هناك حالات إعفاء جوازي تكون للإدارة سلطة تقديرية فيها وهناك حالات إعفاء وجوبي تكون بقوة القانون.

(1)- رمضاني فريد، المرجع السابق، ص 530.

(2)- سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص 442.

(3)- محمود عاطف البنا، المرجع السابق، ص 255.

(4)- نصر الدين بشير، المرجع السابق، ص 118.

خلاصة الباب الأول:

من خلال ما سبق بيانه لعرضنا لهذا الباب الأول، نجد أن لغرامة التأخير نظام قانوني مستقل ومختلف عن باقي الجزاءات المالية الموجودة في العقود الإدارية لما لها من خصائص و مميزات بحتة، حيث تطرقنا في هذا الباب الأول إلى ماهية غرامة التأخير من خلال تعريفها ونشأتها وخصائصها وذلك في الفصل الأول، أما في الفصل الثاني فقد تناولنا فيه سلطة الإدارة في توقيع غرامة التأخير وأهم الخصائص التي تميز هذه السلطة، كما تطرقنا إلى طرق تحصيل واقتضاء هذه الأخيرة وفي الأخير بينا الحالات التي تقوم فيها الإدارة المتعاقدة بإعفاء المتعاقد معها من دفع غرامة التأخير، إذ توجد حالات إعفاء جوازي من دفع الغرامة أي تكون للإدارة سلطة تقديرية في إعفاء المتعاقد معها إن هي رأت أن هناك ظروف صعبت أو عرقلت المتعاقد من إتمام العمل الموكل إليه، وهناك حالات إعفاء وجوبي من دفع الغرامة التأخيرية، إذ تكون الإدارة في هذه الحالة مجبرة وملزمة على إعفاء المتعاقد معها من دفع الغرامة مثل حالة القوة القاهرة وفعل الإدارة الذي يستوجب الإعفاء.

وبنهاية الباب الأول سوف نتطرق إلى الباب الثاني الذي سنخصصه للرقابة القضائية على قرار الإدارة بتوقيع غرامة التأخير وما قد يشوب هذا القرار من عيوب قد تجعل تنفيذه أمرأ بالغ الصعوبة أو قد يؤدي ذلك إلى إلغائه، و في الفصل الثاني من هاذ الباب نتطرق أيضا إلى تطبيقات لغرامة التأخير في بعض العقود الإدارية الأكثر أهمية وأكثر انتشارا بين المتعاقدين والإدارة .

الباب الثاني

الرقابة القضائية على قرار الإدارة بتوقيع غرامة التأخير و تطبيقاتها في بعض العقود الإدارية

إن سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات المالية على المتعاقد معها ليست سلطة مطلقة، فهي من ناحية مقيدة بضرورة إنذار المتعاقد معها قبل توقيع العقوبة عليه، مثل ما ينص عليه القانون الفرنسي، و ما لم ينص العقد الإداري على إعفاء الإدارة من شرط الإنذار أو ورد حكم بذلك في دفتر الشروط أو إذا اقتضت الضرورة ذلك، أو إذا قامت ظروف استثنائية و غير طبيعية، كما أن هذه السلطة من ناحية أخرى تخضع مثل سائر سلطات الإدارة لرقابة القضاء لضمان عدم تعسف الإدارة في استعمال هذه السلطة في مواجهة المتعاقد معها أو مخالفة قواعد القانون، وهي رقابة لا تقف عند هذا الحد أي رقابة المشروعية، وإنما تتعداها إلى فحص مدى التناسب بين الجزاء الموقع على المتعاقد والتقصير أو الإخلال المنسوب إلى هذا الأخير[1].

وعليه ستنصب دراستنا في هذا الباب الثاني على الرقابة القضائية التي يمارسها القضاء على الجهة الإدارية أثناء قيامها بتوقيع الجزاءات المالية بصفة عامة وغرامة التأخير بصفة خاصة على المتعاقد معها وذلك في الفصل الأول، أما في الفصل الثاني من هذا الباب سنتناول فيه تطبيقات لغرامة التأخير في بعض العقود الإدارية الأكثر انتشارا، من بينها عقد الأشغال العامة (عقد المقاولة) و عقد التوريد، حيث نبين كيفية توقيع غرامة التأخير وكيفية حسابها في هذه العقود، و يعود سبب اختيارنا لهذين النوعين من العقود لأنهما أكثر انتشارا في الجزائر و مصر وباقي الدول المقارنة.

و بناء على ما تقدم سيتم تقسيم هذا الباب إلى فصلين على النحو الآتي:

الفصل الأول: الرقابة القضائية على قرار الإدارة بتوقيع غرامة التأخير

الفصل الثاني: تطبيقات لغرامة التأخير في بعض العقود الإدارية

(1)– جمال عباس احمد عثمان، النظرية العامة وتطبيقها في مجال إلغاء العقود الإدارية في الفقه وقضاء مجلس الدولة، دار المكتب العربي الحديث، الإسكندرية، 2007، ص 411.

الفصل الأول

الرقابة القضائية على قرار الإدارة بتوقيع غرامة التأخير

الفصل الأول

الرقابة القضائية على قرار الإدارة بتوقيع غرامة التأخير

يحظى موضوع الرقابة القضائية على قرار الإدارة المتعاقدة بتوقيع غرامة التأخير بحق المتعاقد معها المقصر والمتراخي في تنفيذ التزاماته التعاقدية، أهمية كبيرة بين فقهاء القانون الإداري خصوصا أن الجهة الإدارية تملك كما أسلفنا سابقا صلاحية توقيع غرامة التأخير بإرادتها المنفردة و دون حاجة إلى اللجوء للقضاء لاقتضائها، و دون أن يلحقها ضرر من جراء التأخير في التنفيذ لكن ممارسة هذه السلطة الممنوحة للإدارة و التي تعتبر من امتيازات القانون العام، تهدد حقوق المتعاقد معها في حالة ممارسة هذه السلطة بصورة غير مشروعة، لهذا تخضع ممارسة الجهة الإدارية لصلاحيتها في توقيع هذا الجزاء المالي لرقابة القضاء الإداري[1]، لذا يعد حق المتعاقد في أن يلجأ إلى القضاء للطعن في قرار توقيع غرامة التأخير حقا مكفولا قانونا ولا نزاع فيه، فهذا الحق من النظام العام وأي شرط في العقد الإداري يقضي باستبعاده يعتبر باطلا ولا أثر له[2].

وتعتبر الرقابة القضائية من أنجع الوسائل في حماية الأفراد من تعسف الإدارة، وذلك بإلغاء القرارات الإدارية المخالفة للقانون والتي ألحقت أضرارا بالأفراد أو الحكم بالتعويض نظير الضرر الذي أصابهم، كما تمتاز هذه الرقابة بخصائص تميزها عن الرقابة الإدارية والرقابة البرلمانية اللتين ثبت ضعفهما على أعمال الإدارة ولم يفيا بالغرض المرجو منهما وهو تحقيق مبدأ سيادة القانون حيث لا تقوم الرقابة القضائية إلا بناء على طلب من الأفراد أو الهيئات، فالرقابة القضائية لا يحركها القضاء من تلقاء نفسه، بل ترفع عن طريق الدعاوى القضائية لكي يتدخل هذا الأخير ويمارس رقابته على أعمال وقرارات الإدارة[3].

(1)- علي خطار شطناوي، صلاحية الإدارة في فرض غرامات التأخير بحق المتعاقد معها، المرجع السابق، ص 113

(2) - *Pequignot,op.cit.,p350.*

(3)- مخلد توفيق مشاوش خشمان، محمد يوسف الحسين، العقود الإدارية وجزاءاتها في فقه القضاء الإداري الأردني والقضاء المقارن، **مجلة دراسات، علوم الشريعة والقانون**، المجلد 43، ملحق3، عمادة البحث العلمي، الجامعة الأردنية، 2016، ص1351.

وتعرف الرقابة القضائية على أنها" ضمانة فعالة للمتعاقد ضد تعسف الإدارة، أو مخالفتها للقانون، فالمتعاقد من حقه اللجوء إلى القضاء لأن ذلك من النظام العام الذي يبطل كل اتفاق يخالفه"[1]، وتعرف أيضا" بأنها تلك السلطات والصلاحيات الممنوحة للمحاكم العادية أو الإدارية استنادا إلى نصوص القانون أو العقد والتي يكون بموجبها لهذه المحاكم سلطة الفصل فيها وإصدار أحكام في المسائل التي تكون الإدارة طرفا فيها بما يكفل حقوق وحريات الخصوم"[2].

وتبرز أهمية الرقابة القضائية في حماية مصلحة الأفراد وحقوقهم من تعدي الإدارة عليها واحترام هذه الأخيرة لمبدأ المشروعية، حيث تتجلى هذه الرقابة من خلال إلغاء القرارات الصادرة عن الإدارة أو تعديلها والتي جاءت مخالفة للقانون أو الحكم بالتعويض عنها، وبذلك تعد الرقابة القضائية على أعمال الإدارة الأسلوب الأمثل والفعال لضمان احترام الإدارة للقانون[3].

وبناء على ما سبق بيانه سوف نتناول في هذا الفصل موضوع الرقابة القضائية على قرار الإدارة بتوقيع غرامة التأخير في مبحثين، نتناول في المبحث الأول: القضاء المختص بالرقابة القضائية على قرار الإدارة بتوقيع غرامة التأخير، وفي المبحث الثاني سنتناول فيه موضوع نطاق الرقابة القضائية على قرار الإدارة بتوقيع غرامة التأخير، وذلك على النحو الآتي:

المبحث الأول: القضاء المختص بالرقابة القضائية على قرار الإدارة بتوقيع غرامة التأخير

المبحث الثاني: نطاق الرقابة القضائية على قرار غرامة التأخير

(1)- محمد بن سعيد بن حمد المعمري، **الرقابة القضائية على العقود الإدارية في مرحلتي الانعقاد والتنفيذ**، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في القانون الإداري، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، 2010، ص 388، ويراجع أيضا في نفس الأمر - رشا محمد جعفر الهاشمي، المرجع السابق، ص 30.

(2)- مخلد توفيق مشاوش خشمان، محمد يوسف الحسين، المرجع السابق، ص 1352.

(3)- رشا محمد جعفر الهاشمي، المرجع السابق، ص ص 125- 126.

المبحث الأول

القضاء المختص بالرقابة القضائية على قرار الإدارة بتوقيع غرامة التأخير

تعد الرقابة القضائية هي الأسلوب الأكثر فاعلية لضمان احترام الإدارة لأحكام القانون فالقضاء هو الجهة التي يجب أن تراقب قرارات الإدارة وأعمالها وقرارات توقيع الجزاءات المالية حيث تقوم جهة القضاء بإصدار قرار الإلغاء في حال مخالفة الإدارة لنصوص القانون، على هذا الأساس نطرح التساؤل التالي: أي قضاء مختص بالرقابة القضائية فيما يخص قرار توقيع غرامة التأخير؟ هل هو القضاء العادي أم القضاء الإداري المستقل والمتخصص في ظل القضاء المزدوج؟[1] هذا ما سنحاول الإجابة عليه في المطلب الأول من هذا المبحث، أما في المطلب الثاني سوف نتعرف عن القاضي المختص بالرقابة القضائية في الدول التي تتبنى نظام القضاء الإداري المستقل، هل هو قاضي العقد(القضاء الكامل) أو قاضي الإلغاء (دعوى الإلغاء).

وعلى ذلك يقسم هذا المبحث على النحو الآتي:

المطـــلب الأول: القضـاء المختص بالرقابة القضائية فـي ظل القضاء الموحد والقضاء المزدوج

المطلب الثاني: القاضي المختص بالرقابة القضائية في الدول التي تتبنى نظام القضاء الإداري المستقل

المطلب الأول

القضـاء المختص بالرقابة القضائية فـي ظل القضاء الموحد و القضاء المزدوج

من المعروف قانونا أن هناك اتجاهين رئيسيين في تنظيم عملية الرقابة القضائية على أعمال الإدارة، فالاتجاه الأول يتولى فيه القضاء العادي أمر تنفيذ الرقابة القضائية على أعمال الإدارة بما فيها قرارات توقيع غرامات التأخير وهذا من خلال تمتعه بالولاية العامة في الفصل في جميع المنازعات سواء تلك التي تقوم بين الأفراد أنفسهم، أو تلك التي تقوم بين الأفراد من جهة والدولة من

(1)- محمد حسن مرعي الجبوري، المرجع السابق، ص 158.

جهة ثانية أو تلك التي تقوم بين الدولة والأشخاص المعنوية العامة، وهذا ما اصطلح على تسميته في فقه القانون الإداري بنظام القضاء الموحد، أما الاتجاه الثاني فهو أن يتكون النظام القضائي في الدولة من جهتين قضائيتين مستقلتين، جهة القضاء العادي ويكون اختصاصها النظر في جميع المنازعات الواقعة بين الأفراد أنفسهم أياً كان نوعها، وكذلك النظر في جميع المنازعات بين الأفراد من جهة والهيئات الإدارية من جهة أخرى حين تتصرف هذه الهيئات وفق أساليب القانون الخاص والجهة الثانية هي جهة القضاء الإداري يكون اختصاصها بصورة عامة الفصل في جميع المنازعات الإدارية التي تنشا بين الأفراد والسلطات أو الهيئات الإدارية أو بين الهيئات الإدارية ذاتها حين تتصرف هذه الأخيرة باعتبارها سلطة عامة أو تستعمل أساليب القانون العام، وهذا ما اصطلح على تسميته في فقه القانون الإداري بنظام القضاء المزدوج[1].

ولمزيد من التفصيل حول موضوع القضاء المختص بالرقابة القضائية على قرار الإدارة توقيع غرامة التأخير قسمنا هذا المطلب إلى الفرعين التالين:

الفرع الأول: اختصاص القضاء العادي(القضاء الموحد) بالرقابة القضائية

الفرع الثاني: اختصاص القضاء الإداري في النظام المزدوج بالرقابة القضائية

الفرع الأول

اختصاص القضاء العادي(القضاء الموحد) بالرقابة القضائية

يقصد بنظام القضاء الموحد وجود جهة قضائية واحدة في الدولة، هي جهة القضاء العادي تتولى الفصل في كافة أنواع المنازعات بين أطراف الخصومة القضائية سواء كان أحد طرفي النزاع سلطة إدارية أم أنها بين الأفراد أو بين الأفراد والإدارة، بحيث تطبق على تلك المنازعات قواعد وأحكام القانون الموحد، ففي نظام القضاء الموحد يخضع الأفراد والإدارة على السواء لحكم قانون واحد وقاضي واحد ينظر في النزاع المعروض أمامه،

(1)- حسام محسن عبد العزيز، المرجع السابق، ص ص 243-244

سواء كان مدنيا أو إداريا، بمعنى أنه ليس هناك امتياز للإدارة اتجاه القضاء بحيث تكون هذه الأخيرة بنفس مرتبة الأفراد أمام القضاء[1].

إذ أن الرقابة القضائية على قرار الإدارة بتوقيع غرامة التأخير يوكل إلى جهة القضاء العادي في الدول التي تأخذ بنظام القضاء الموحد مثل الدول الانجلوسكسونية المتمثلة أساسا في انكلترا والولايات المتحدة الأمريكية وبعض الدول الأخرى، حيث أن نظام القضاء الموحد يتولى القضاء العادي فيه مهمة الفصل في جميع القضايا المدنية والجزائية والتجارية والإدارية على السواء، إذ يختص القاضي العادي بنظر المنازعات الإدارية التي تكون بين الإدارة والأشخاص و مستندا في ذلك على أسباب قانونية ومستخدما في الوقت نفسه وسائل قانونية مختلفة تمكنه من مواجهة أعمال الإدارة غير المشروعة وقد تفوق رقابته على أعمال الإدارة في مداها حدود المشروعية حتى تصل في بعض الأحيان إلى رقابة الملائمة[2].

ومن أمثلة الدول العربية التي تأخذ بنظام القضاء الموحد نجد القضاء الأردني العادي المختص بنظر المنازعات المتعلقة بغرامة التأخير باعتباره صاحب الولاية العامة في نظر جميع المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية وعلى ذلك فإن المشرع الأردني منح محكمة العدل العليا صلاحية نظر منازعات العقود الإدارية وحدد اختصاصها على سبيل الحصر[3].

أما في الجزائر فكان القاضي العادي هو المختص بالنضر في جميع المنازعات على السواء بما فيها المنازعات الإدارية التي تكون بين الإدارة من جهة والأفراد من جهة أخرى وذلك قبل صدور دستور 1996، حيث كان النظام القضائي الجزائري يعتمد على نظام القضاء الموحد، إذ كان القاضي العادي يمارس الرقابة القضائية على قرارات الإدارة، والتي من بينها قرار غرامة التأخير في حالة تعسف الإدارة في استعمال حقها في توقيع هذا الجزاء بناء على طلب المتعاقد معها.

---

(1)- فارس مخلف خلف الديلمي، الجزاءات **المالية في العقد الإداري،" دراسة مقارنة بين التشريعين العراقي والأردني"**، ماجستير في القانون العام، قسم القانون العام، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، الأردن، نيسان، 2016، ص 209.

(2)- محسن خليل، القضاء الإداري ورقابته لأعمال الإدارة، ط2، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1968، ص ص 3- 4.

(3)- على خطار شطناوي، القضاء الإداري الأردني، الكتاب الأول، قضاء الإلغاء، اربد، الأردن، 1995، ص 323.
ويراجع أيضا في نفس الأمر- منصور إبراهيم العتوم، المرجع السابق، ص 380.

وبعد صدور دستور 1996 الذي تبنى فكرة القضاء المزدوج و الذي أعطى الحق للأفراد في الطعن القضائي ضد القرارات الصادرة عن مختلف الأجهزة الإدارية أمام جهة القضاء الإداري، إذ وردت نصوص الدستور بصياغتها بشكل لا يدع أي شك في رقابة القاضي الإداري على كل الأعمال الإدارية، وعليه فإن القاضي الإداري هو صاحب الولاية العامة في المنازعات التي تكون الدولة أو أحد هيئاتها طرفا فيها، سواء كان محل الرقابة القضائية قرارا فرديا أم تنظيميا[1] وكل ذلك ضمن القضاء الإداري وبعيدا عن القضاء العادي.

الفرع الثاني

اختصاص القضاء الإداري في النظام المزدوج بالرقابة القضائية

بعد أن بينا في الفرع الأول القاضي المختص بالرقابة القضائية على قرار الإدارة بتوقيع غرامة التأخير في الدول التي تتبنى النظام القضائي الموحد، حيث يوكل أمر الرقابة إلى القضاء العادي أي أن القاضي العادي هو الذي يتولى مهمة ممارسة الرقابة القضائية على الأعمال والقرارات التي تصدرها الإدارة المتعاقدة في مجال العقود الإدارية، ومن هذا المنطلق سنتناول في الفرع الثاني بحث القضاء المختص بموضوع الرقابة القضائية على قرار الإدارة توقيع غرامة التأخير في ظل القضاء الإداري الذي يكون عبارة عن جهة مستقلة عن القضاء العادي في الدول التي تأخذ بنظام القضاء المزدوج، وعلى الرغم من هذا التباين بين الدول في تبنيها للنظام القضائي، فإن القضاء سواء كان موحدا أو مزدوجا، فإنه يمارس عملية الرقابة على مشروعية القرار الإداري إذا خالفت الإدارة القانون الواجب التطبيق، و عد عملها غير مشروع.[2]

وبصفة عامة تشير القواعد العامة في توزيع الاختصاص بين جهتي القضاء العادي والإداري إلى أن القاضي الإداري هو المختص أصلا في الفصل في المنازعات الإدارية التي تكون الإدارة طرفا في النزاع، من بينها قرار توقيع غرامة التأخير على المتعاقد معا، حيث يعهد إلى القاضي الإداري في القضاء الإداري مهمة ممارسة الرقابة القضائية على الإدارة في حالة إصدارها قرارات

(1)- جفالي أسامة، نطاق الرقابة القضائية على تصرفات الإدارة، **مجلة الاجتهاد القضائي**، العدد السادس عشر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، مارس 2018، ص ص 297- 298.

(2)- محمد حسن مرعي الجبوري، المرجع السابق، ص 159.

إدارية بتوقيع غرامات تأخير مخالفة للقانون و يتم كل ذلك بناءً على طلب المتعاقد معها، حيث أن موضوع المنازعة في هذه الحالة هو قرار إداري له صلة بتنفيذ العقد الإداري.

المطلب الثاني

القاضي المختص بالرقابة القضائية في الدول التي تتبنى نظام القضاء الإداري المستقل

بعد أن بينا القضاء المختص بالرقابة القضائية على قرار الإدارة بتوقيع غرامة التأخير في كل من النظام القضائي الموحد الذي تنتهجه بعض الدول والنظام القضائي المزدوج الذي بدوره تنتهجه دول كثيرة تتزعمها دولة فرنسا مهد نشوء القانون الإداري والقضاء الإداري فضلا عن بعض الدول العربية في مقدمتها مصر والجزائر التي تبنت النظام القضائي المزدوج عقب التعديل الدستوري لسنة 1996، حيث قبل هذا التاريخ كانت الجزائر تتبنى النظام القضائي الموحد وليس هناك قضاء إداري متخصص بل توجد غرف إدارية على مستوى المجالس القضائية كانت هي المسؤولة عن المنازعات التي تكون الإدارة طرفا فيها، وبعد التعديل الدستوري لسنة 1996 اقر المشرع الجزائري بازدواج القضاء وإنشاء محاكم إدارية على مستوى المجالس القضائية وإنشاء مجلس الدولة إلى جانب المحكمة العليا في الجزائر العاصمة كجهة استئناف، وفيما يخص موضوع الرقابة القضائية التي يفرضها القضاء الإداري المتخصص على قرار الإدارة توقيع غرامة التأخير، فإن القانون اشترط أن ترفع دعوى قضائية من صاحب الشأن أي أن القضاء لا يتصدي لموضوع الرقابة من تلقاء نفسه بل يجب أن تكون هناك دعوى مرفوعة من طرف المتعاقد مع الإدارة.

كما أن هذه الدعوى التي قد يرفعها المتعاقد مع الإدارة قد تخضع للقضاء الكامل أو لقضاء الإلغاء، ونقصد بالقضاء الكامل بأنه قضاء شخصي يطالب فيه المدعي خصمه بحق ذاتي وهو بهذا المعنى ينصب على الحق الشخصي لرافع الدعوى فهو خصومة حقيقية بين رافع الدعوى وبين الإدارة و يكون للقاضي في دعوى القضاء الكامل سلطات واسعة[1] بصدد الفصل في الدعوى، أما دعوى الإلغاء فهي محصورة بأمر واحد وهو إلغاء القرار الإداري، حيث تكون هذه الدعوى ذات

(1)– من بين السلطات الممنوحة للقاضي الإداري في دعوى القضاء الكامل، فهو يستطيع البحث في صحة التصرف الإداري كما يستطيع الحكم بإلغائه (القرار الإداري) فضلا عن ذلك يستطيع القاضي أن يحكم على الإدارة بدفع تعويض للطرف المتضرر من تصرف الإدارة.

طبيعة موضوعية أو عينية فالطعن عادة يوجه إلى أعمال الإدارة القانونية الانفرادية أي القرارات الإدارية من أجل إلغائها والحيلولة دون تحقيق آثارها[1]، لكن السؤال الذي يثار أو يطرح في هذا الموضوع هو: هل يختص قاضي الإلغاء بالنظر في المنازعة المرفوعة أمامه بخصوص قرار الإدارة توقيع غرامة التأخير عن طريق (دعوى الإلغاء) أو يختص قاضي العقد عن طريق دعوى (القضاء الكامل)[2]؟ هذا ما سنحاول الإجابة عليه في ظل القانونين الفرنسي والمصري في الفرعين الآتين:

الفرع الأول: القاضي المختص بالرقابة القضائية على قرار الغرامة في القانون الفرنسي

الفرع الثاني: القاضي المختص بالرقابة القضائية على قرار الغرامة في القانون المصري

الفرع الأول

القاضي المختص بالرقابة القضائية على قرار الغرامة في القانون الفرنسي

من المسلم به أن قضاء العقود الإدارية في فرنسا ينتمي أساسا إلى القضاء الكامل[3]و ليس لقضاء الإلغاء و الرقابة التي يمارسها هذا الأخير على قرارات الجزاءات المالية تعتبر هي الأخرى من قبيل القضاء الكامل[4]، ولتفصيل أكثر في هذا الموضوع ولنثبت هذه الفكرة يجب أن نعرف القرارات التي تصدرها الإدارة بشان توقيع غرامة التأخير هل تعتبر من القرارات المنفصلة عن العقد الإداري ؟ أم أنها قرارات إدارية متصلة به؟.

يمكن القول أن القرارات الإدارية التي تصدر في مجال العقود الإدارية هي عبارة عن نوعين من القرارات، قرارات قابلة للانفصال عن العقد الإداري وأخرى غير قابلة للانفصال عن العقد الإداري، وقد تبنى مجلس الدولة الفرنسي القرارات المنفصلة عن العقد الإداري وأجاز الطعن فيها أمام قاضي الإلغاء منذ عام 1905، و وفقا لمجلس الدولة الفرنسي يعتبر قرارا قابلا للانفصال كل

(1)- حسام محسن عبد العزيز، المرجع السابق، ص ص 244- 245.

(2)- منصور إبراهيم العتوم، المرجع السابق، ص ص 375- 376.

(3)- سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 486.

)4(- *eorgeVedel G, Droit administratif, 5ème édeme, presses Universitaires de France, paris,1973, p263.*

قرار سابق على الإبرام النهائي للعقد بما في ذلك القرار الذي بمقتضاه تقرر الجهة الإدارية إبرام العقد أثناء إجراء المناقصات أو المزايدات أو إقراره أو رفض إبرامه[1]، أما القرارات المتعلقة بتنفيذ العقد الإداري كتلك المتعلقة بتوقيع الجزاءات المالية مثل غرامة التأخير أو برفض تنفيذ شرط من شروط العقد أو فسخ العقد لعدم احترام آجال التنفيذ، فإن مجلس الدولة الفرنسي لم يقبل الطعن بالإلغاء فيها، وصرح أن القرارات الصادرة من الإدارة المتعاقدة على أساس العقد أثناء تنفيذه لا يمكن أن تنشئ للمتعاقد إلا الحق في إقامة دعواه أمام قاضي العقد في نطاق القضاء الكامل وليس قضاء الإلغاء[2].

ويمكن القول أيضا أن القرار الصادر بتوقيع غرامة التأخير على المتعاقد مع الإدارة هو من قبيل القرارات الإدارية المتصلة بالعقد الإداري لا يقبل بالطعن فيها بالإلغاء من قبل المتعاقد لأن له دعوى أخرى للمنازعة القضائية في هذا القرار وهي دعوى القضاء الكامل أمام قاضي العقد، حيث تحقق هذه الدعوى مزايا أكثر للمتعاقد من دعوى الإلغاء، و إن كانت هذه هي القاعدة العامة في فرنسا التي تسند الاختصاص للقضاء الكامل في فصل المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية[3]، إلا أن القضاء الفرنسي أشار إلى استثناء على هذه القاعدة مفادها قبول مجلس الدولة الفرنسي دعوى الإلغاء المقامة من طرف الغير ضد قرار الإدارة إذا ما توافرت فيهم المصلحة والصفة، ذلك لان الغير إذا كان أجنبيا عن العلاقات التي يحكمها العقد الإداري، إلا أن آثار تنفيذ هذا العقد يمكن أن تمس مصالحه، وإذا كان لا يمكن للغير أن يتدخل في النزاع أمام قاضي العقد، فانه يجب في هذه الحالة للغير الطعن في هذه القرارات أمام قاضي الإلغاء، متى كانت هذه القرارات تمس بمصالحهم ويكون من الضروري قبولها للمحافظة على هذه المصالح، حيث اعتبر مجلس الدولة الفرنسي الطعن بالإلغاء المقدم من طرف الغير المنتفعين بالخدمات التي يقدمها مرفق عام في عقد الامتياز طعن صحيح، حيث إذا خرق صاحب الامتياز الأحكام الواردة في دفتر الشروط فإن مستخدمي هذا المرفق بمقدورهم الطلب من الإدارة إجبار المتعاقد معها على احترام هذه الشروط، فإذا ما رفض طلبهم هذا حق لهم مهاجمة قراراها هذا عن طريق الطعن فيه بتجاوز السلطة أمام قاضي الإلغاء

(1)- نصري منصور النابلسي، المرجع السابق، ص 172.

(2)- رشا محمد جعفر الهاشمي، المرجع السابق، ص 132.

(3)- نصري منصور النابلسي، المرجع السابق، ص 170 وما بعدها.

باعتباره قرارا منفصلا عن تنفيذ العقد الإداري وبالتالي يجوز للغير أن يطعن فيه استقلالا أمام قاضي الإلغاء وأن هذا الطعن يتعلق بالشروط اللائحية في العقد وليس بالشروط العقدية فهذه لا تقبل الطعن بالإلغاء[1].

و تأسيسا على ما تقدم فإن توقيع غرامة التأخير من طرف الإدارة المتعاقدة يعتبر قرارا إداريا يخضع للرقابة القضائية تحت سلطة قاضي العقد الإداري بناءً على دعوى القضاء الكامل المرفوعة من المتعاقد و هذا في القانون الفرنسي، فالإدارة عندما توقع غرامة التأخير فإن من واجبها أن تفصح عن إرادتها بصدور قرار يحدد هذه الغرامة ولكن توقيع هذه الأخيرة يجب أن يتم في إطار مبدأ المشروعية، لهذا يعود الحق للمتعاقد في أن يلجأ للقضاء للطعن في قرار غرامة التأخير كحق مكفول لا نزاع فيه وهذا الحق من النظام العام، وفرض غرامة التأخير على المتعاقد مع الإدارة يعتبر إجراء غير قابل للانفصال عن العملية العقدية بل هو إجراء يتعلق بتنفيذ العقد الإداري[2].

الفرع الثاني

القاضي المختص بالرقابة القضائية على قرار الغرامة في القانون المصري

يبدو جليا تأثر القضاء المصري بنظيره الفرنسي، حيث تبنى القضاء الإداري المصري ذات النظرية في كافة العقود الإدارية، فقد قررت محكمة القضاء الإداري المصري في حكم لها بتاريخ 18 نوفمبر 1956 أنه" متى توافرت في المنازعة حقيقة العقد الإداري سواء أكانت المنازعة خاصة بانعقاد العقد أو صحته أو تنفيذه أو انقضائه، فإنها كلها تدخل في نطاق ولاية القضاء الكامل دون ولاية الإلغاء"[3] وعليه فإن القاعدة العامة المتبعة في مصر أن قاضي العقد هو المختص أصلا وصاحب الولاية العامة في الفصل في المنازعات القضائية الناتجة عن العقود الإدارية، من بينها الرقابة على قرار الإدارة

(1)- عادل الطبطبائي، الطعن بتجاوز السلطة في مجال العقود الإدارية، دراسة خاصة بقضاء مجلس الدولة الفرنسي، **بحث منشور في مجلة الحقوق**، جامعة الكويت، العدد الثالث، السنة الحادية عشرة، 1987، ص ص 36- 37.

(2)- هشام محمد فريجة، الغرامة التأخيرية في العقود الإدارية، **مجلة جامعة الشارقة للعلوم القانونية**، المجلد 16، العدد الثاني، الإمارات العربية المتحدة، ديسمبر، 2019، ص 421.

(3)- حكم مشار إليه من قبل- نصري منصور النابلسي، المرجع السابق، ص 172.

بتوقيع غرامة التأخير، فالمتعاقد الموقع عليه الغرامة لا يستطيع أن يطعن في قرار الإدارة بغرامة التأخير إلا بمقتضى دعوى العقد أمام قاضي العقد وليس قاضي الإلغاء نظرا لأن دعواه تستند إلى عقد إداري[1].

وقد أكدت المحكمة الإدارية العليا المصرية على الاختصاص الشامل للقضاء الإداري بنظر المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية في أحكامها، كحكمها الصادر 25 نوفمبر 2008 والذي جاء فيه:"... ومن حيث أنه متى استبان ما تقدم فإن أية منازعات قد تنشا بين الطرفين إنما تخضع للقواعد الحاكمة للعقود الإدارية، ولا تصدر بشأنها الجهة الإدارية قرارات إدارية بما لها من سلطة عامة تخضع في التظلم منها والطعن عليها للقواعد والمواعيد المقررة في المادة 24 من قانون مجلس الدولة الصادر بالقانون رقم47 لسنة1972، وعلى ذلك يختص القضاء الإداري بنظر المنازعات التي قد تثار بشأنها، لا على أساس اختصاصه بنظر القرارات الإدارية وإنما على أساس اعتباره المحكمة ذات الولاية الكاملة بنظر المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية بالتطبيق للبند الحادي عشر من المادة العاشرة من قانون مجلس الدولة و الذي يقضي باختصاص محاكم مجلس الدولة دون غيرها بالفصل في المنازعات الخاصة بعقود الالتزام أو الأشغال العامة أو التوريد أو أي عقد إداري آخر، وغني عن البيان أن اختصاص القضاء الإداري بالنسبة للعقود الإدارية هو اختصاص شامل لأصل تلك المنازعات وما يتفرع عليها[2].

المبحث الثاني

نطاق الرقابة القضائية على قرار غرامة التأخير

إذا كان الأصل في القرارات الإدارية عندما تصدر عن الجهة الإدارية إنها تتمتع بقرينة الصحة والمشروعية[3]، إذ يفترض في هذا القرار أن يصدر صحيحا ومشروعا وخال من العيوب

(1)- نصر الدين بشير، المرجع السابق، ص 209.

(2)- حكم مشار إليه من قبل مريم محمد احمد، المرجع السابق، ص ص 96- 97.

(3)-*Sofia POPESCU, Dana APOSTOL, Le contentieux administratif en tant qu'instrument de protection du citoyen, R.I.D.C., Vol. 45, N°2, Avril-juin 1993, p 362*

التي تشوبه، إلا أن هذه القرينة تبقى قابلة لإثبات العكس وهذا الإثبات لا يكون إلا من طرف القاضي الإداري في جل الحالات[1].

إن الإدارة المتعاقدة وان كانت تتمتع بحق توقيع الجزاءات المالية، من بينها غرامة التأخير بإرادتها المنفردة ودون حاجة للالتجاء للقضاء للمطالبة بتوقيعها، فإن قراراتها بهذا الشأن تخضع دون أدنى شك لرقابة القضاء المختص، حيث يمارس قاضي العقد أثناء النظر في المنازعات المعروضة عليه و المتعلقة بتنفيذ العقود الإدارية نوعين من الرقابة القضائية، رقابة المشروعية و رقابة الملائمة[2]، وعلى النحو السابق بيانه يبدو أن رقابة القضاء الإداري على الجزاء التعاقدي هي رقابة قضاء كامل يبسطها عليه بوصفه قاضي العقد[3]، فهي رقابة تتسع لتشمل الرقابة على مشروعية توقيع جزاء غرامة التأخير والرقابة على مدى ملائمته مع الخطأ المرتكب من طرف المتعاقد بمعنى أنها لا تتوقف عند البحث في مدى توافر صحة القرار من حيث عناصره: الاختصاص، الشكل، والمحل والسبب، وإنما تمتد لفحص البواعث التي أدت بالإدارة إلى اتخاذ هذا الجزاء[4].

و من أجل تسليط الضوء على موضوع نطاق الرقابة القضائية على قرار توقيع غرامة التأخير الصادر من الإدارة على المتعاقد معها، سوف نقسم دراستنا في هذا المبحث إلى مطلبين: نبين في الأول رقابة المشروعية على قرار غرامة التأخير، ونعالج في الثاني رقابة الملائمة عليه، وذلك على النحو الآتي:

---

(1)- جفالي أسامة، المرجع السابق، ص ص 296- 297.

(2)- عبد الوافي عبد الجبار، بن السيحمو محمد المهدي، رقابة القضاء الإداري على قرار الإدارة توقيع الجزاء في عقود الصفقات العمومية، **مجلة القانون والعلوم السياسية**، العدد السابع، تصدر عن معهد الحقوق والعلوم السياسية، المركز الجامعي صالحي احمد، النعامة، جانفي، 2018، ص 258.

(3)- بوفلجة بن عبد المالك،الغرامة التأخيرية في ضوء المرسوم رقم247-15 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، **مجلة الاجتهاد القضائي**، العدد الخامس عشر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، مخبر اثر الاجتهاد القضائي على حركة التشريع، جامعة محمد خيضر بسكرة، سبتمبر 2017، ص 25.

(4)- سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص ص486 - 487، ويراجع أيضا في نفس الفكرة: - عبد نواف العنزي، المرجع السابق، ص 260.

- جمال عباس احمد عثمان، المرجع السابق، ص 405.

المطلب الأول: رقـابـة الــمشروعية على قرار غرامة التأخير

المطلب الثاني: رقابة الملائمة على قرار غرامــة التأخير

المطلب الأول

رقـــابـــة الــمشروعية على قرار غرامة التأخير

تعد الرقابة القضائية الممارسة من طرف القضاء الإداري على جزاء غرامة التأخير، ضمانة حقيقية للمتعاقد مع الإدارة تحميه من تعسف هذه الأخيرة، مفادها خضوع الإدارة والأفراد حكام ومحكومين على السواء للقانون بمعناه الواسع وذلك بالأخذ بمبدأ المشروعية الذي يعتبر الركيزة الأساسية للرقابة القضائية والنواة الأساسية في بناء أي نظام قانوني للأي دولة[1]، وتعرف أيضا المشروعية بأنها" تلك الصفة التي تلحق أي تصرف أو عمل يتفق مع القانون"[2]، ولا يتحقق مبدأ المشروعية إلا بكفالة رقابة القضاء على نشاط الإدارة من حيث مدى توافقه مع القواعد القانونية المقررة سلفا، ويكون دور القاضي الإداري في رقابة المشروعية على قرار توقيع غرامة التأخير هو فحص هذا القرار الذي تصدره الإدارة من حيث مشروعيته أو عدم مشروعيته بناء على الطعن المقدم من طرف المتعاقد، وعليه يتصف قرار غرامة التأخير بعدم المشروعية إذا اقترن بأحد العيوب التي تمس بأركانه والتي سوف نبينها في الفروع الآتية:

الفرع الأول:عيب عدم الاختصاص

الفرع الثاني: عيب الشكل والإجراءات

الفرع الثالث: عيب الانحراف بالسلطة

الفرع الرابع: عيب مخالفة القانون(المحل)

الفرع الخامس: عيب السبب

---

(1)- فارس مخلف خلف الديلمي، المرجع السابق، ص ص 179- 180.

(2)- مريم محمد احمد، المرجع السابق، ص 105.

الفرع الأول

عيب عدم الاختصاص

مفهوم عيب عدم الاختصاص بوجه عام هو صدور القرار الإداري خلافا لما يقرره القانون ومفهوم عيب عدم الاختصاص من ناحية القضاء، قد عرفته محكمة القضاء الإداري في مصر بأنه" عدم القدرة على مباشرة عمل قانوني معين جعله المشرع من سلطة أو من هيئة أو فرد آخر"[1]، وعيب عدم الاختصاص بالنسبة لجزاء غرامة التأخير الموقع هو صدور هذا الجزاء من شخص أو سلطة غير مختصة بإصداره، ولذلك فإن قاضي العقد يقوم بالتحقق مما إذا كانت السلطة التي قررت جزاء الغرامة هي السلطة المختصة بالفعل، وإلا عد قرار غرامة التأخير مشوبا بعيب عدم الاختصاص، وهذا هو الأصل في جميع القرارات الإدارية الصادرة في الجزاءات العقدية[2] حيث تعد قواعد الاختصاص من النظام العام، الأمر الذي يعطي للقاضي الإداري إمكانية إثارة هذا الدفع من تلقاء نفسه، لذا لا يجوز التنازل عنها أو الاتفاق على مخالفتها كما لا يجوز للجهة المختصة أن تفوض اختصاصها ما لم يوجد نص قانوني يجيز ذلك[3].

فالجهة المختصة بتوقيع غرامة التأخير حسب قواعد الاختصاص هي الجهة التي أبرمت العقد مع المتعاقد ما لم يقض العقد أو القانون بخلاف ذلك، وهذا ما أكدته المادة 83 من قانون المناقصات والمزايدات المصري السابق رقم 89 لسنة 1998 والتي جاء فيها" يلتزم المقاول بإنهاء الأعمال موضوع التعاقد بحيث تكون صالحة تماما للتسليم المؤقت في المواعيد المحددة، فإذا تأخر جاز للسلطة المختصة إذا اقتضت المصلحة العامة إعطائه مهلة إضافية لإتمام التنفيذ على أن توقع عليه غرامة تأخير اعتبارا من بداية هذه المهلة وإلى أن يتم التسليم الابتدائي...".

أما بالنسبة للعقود التي تبرمها الدولة مثل عقود الأشغال العامة وعقود التوريدات العامة فإن الاختصاص بتوقيع غرامة التأخير عن هذه العقود ينعقد للوزير أو من يفوضه، طبقا للقاعدة التي تقول أن السلطة المختصة بإبرام العقد هي التي ينعقد الاختصاص لها

(1)- طارق سلطان، المرجع السابق، ص 487.

(2)- نصر الدين بشير، المرجع السابق، ص 215.

(3)- منصور إبراهيم العتوم، المرجع السابق، ص 382.

في توقيع الجزاءات التعاقدية أما بالنسبة للعقود التي تبرمها المحافظات فإن موظف الحسابات والمراجعة هو الذي يقوم بخصم مبلغ غرامة التأخير طبقا لبنود العقد الإداري الذي أقرت عليه الجهة الإدارية متمثلة في المختص في توقيع العقد والمتعاقد معها أثناء إبرام هذا الأخير، ثم تعرض عليه الأوراق مبينا فيها سبب خصم مبلغ الغرامة ومدة التأخير، وطبقا للسلطة التقديرية للمختص أو من يفوضه، يكون له القرار الأخير في توقيع جزاء غرامة التأخير أو الإعفاء منها، وبالتالي تتوفر مشروعية قرار غرامة التأخير [1].

أما في الجزائر عادة ينعقد الاختصاص في توقيع غرامة التأخير لرئيس الجهة الإدارية التي قامت بإبرام العقد مع المتعاقد أو من يفوضه قانونا، وعليه يكون قرار غرامة التأخير صحيحا ومشروعا من حيث المضمون إذا صدر من الجهة المختصة بإصدارة، أو يكون القرار غير مشروع ومشوب بعيب عدم الاختصاص إذا صدر من غير المختص بإصداره قانونا.

الفرع الثاني

عيب الشكل والإجراءات

إن الشكل هو المظهر الخارجي الذي يتم إفراغ القرار الإداري فيه، وهو عبارة عن مجموعة من القواعد والشروط الشكلية والإجرائية التي تتبعها الإدارة عند إصدارها لقراراتها الإدارية، أما تعريف عيب الشكل، بأنه عدم احترام الإدارة القواعد الإجرائية أو الشكلية في القوانين و الأنظمة لإصدار القرارات الإدارية سواء كان ذلك بإهمال تلك القواعد كلية أو مخالفتها جزئيا وذلك عند ممارستها لسلطتها في توقيع الجزاءات المالية [2]، فالمشرع

(1)- نصر الدين بشير، المرجع السابق، ص 216.

(2)- عمار بوضياف، صوفية عباد، الأساس القانوني لجزاء غرامة التأخير في صفقة الأشغال العامة وأثرها على امتيازات السلطة العامة في التشريع الجزائري، **مجلة الحقيقة للعلوم الإنسانية والاجتماعية**، المجلد 17، العدد الثالث، تصدر عن الجامعة الإفريقية، احمد دراية، ادرار،سبتمبر 2018، ص 291.

يستهدف من النص على قواعد الشكل والإجراءات تحقيق مصلحة الإدارة و الأفراد على السواء في وقت واحد[1].

ويكون القرار الخاص بتوقيع غرامة التأخير غير مشروع ومخالف لمبدأ المشروعية، إذا صدر من الإدارة المتعاقدة بدون اتخاذ إجراء أو شكل يتطلبه القانون أو العقد[2]، مثل التزام الإدارة في فرنسا– من حيث المبدأ– بإعذار متعاقدها بالغرامة قبل توقيعها عليه، ومن ثم لا تسري هذه الأخيرة إلا من يوم الإعذار بها، حيث يشترط مجلس الدولة الفرنسي ضرورة إعذار المتعاقد قبل توقيع الغرامة عليه[3]، حيث يبحث القاضي الفرنسي عما إذا كانت كل الأشكال قد تم مراعاتها بكل دقة في القرار الخاص بتوقيع غرامة التأخير[4].

أما في مصر و الجزائر لا تقوم المسؤولية التعاقدية للإدارة إذا ما أغفلت إعذار المتعاقد معها قبل توقيع غرامة التأخير عليه، حيث أن الأصل العام في كل من مصر والجزائر أن القانون لا يتطلب إعذار المتعاقد قبل توقيع الغرامة عليه إذا ما أخل بالتزاماته التعاقدية.

وقد يفرض المشرع أحيانا على الإدارة المتعاقدة اتخاذ إجراءات وأشكال معينة قبل صدور القرار الإداري سواء بتوقيع غرامة التأخير أو الإعفاء منها، كأن يشترط أخذ رأي جهة معينة على سبيل الاستشارة أو بصورة وجوبيه وهذا الإجراء قد يكون له تأثير حاسم على صحة القرار، ومن أمثلة ذلك ما نص عليه المشرع المصري في قانون المناقصات والمزايدات السابق لسنة 1998 فقد تطلب أخذ رأي إدارة الفتوى المختصة بمجلس الدولة مقدما قبل إصدار قرار الإعفاء من غرامة التأخير[5] وهذه الشكلية واجبة الإتباع في كافة حالات الإعفاء من توقيع غرامة التأخير[6]، وبذلك

(1)– حسام محسن عبد العزيز، المرجع السابق، ص 261.

(2)– علي خطار شطناوي، صلاحية الإدارة في فرض غرامات التأخير بحق المتعاقد معها، المرجع السابق، ص 215.

(3)– وهذا ما أكده مجلس الدولة الفرنسي في أحد أحكامه الصادر في 1930/07/09 بقوله (إذا وقعت الإدارة غرامة التأخير على المتعاقد دون إعذار في حالة وجوبه تكون غير صحيحة ولا يلزم بها المتعاقد...) حكم مشار إليه من قبل – عبد المجيد فياض، المرجع السابق، ص 174.

(4)– نصر الدين بشير، المرجع السابق، ص 214.

- طارق سلطان، المرجع السابق، ص 485.

(5)– يرجى مراجعة نص المادة 23 من قانون تنظيم الصفقات والمزايدات المصري لسنة 1998 السابق، المرجع السابق.

(6)– حسام محسن عبد العزيز، المرجع السابق، ص 264.

يكون هذا القرار مشوبا بعدم المشروعية لمخالفته شكل من الأشكال المفروضة قانونا، وإعفاء المتعاقد من النتائج المترتبة على هذا القرار[1]، أما في القانون الجديد للصفقات والمزايدات رقم 182 لسنة 2018 فقد تراجع المشرع المصري على هذا الإجراء[2] أو الشكل الذي كان وجوباً في القانون السابق وأصبح جوازياً أو اختياريا العرض أو اخذ رأي إدارة الفتوى بمجلس الدولة بخصوص قرار الإعفاء من غرامة التأخير، وعليه يتبين لنا أن المشرع المصري تخلى على هذا الإجراء الشكلي الذي كان مفروضا من قبل في قانون المناقصات والمزايدات رقم 189 لسنة 1998.

ويعتبر عيب الشكل والإجراءات سببا مباشرا من أسباب إلغاء القرار الإداري، وذلك عند عدم التزام الإدارة المتعاقدة بالأشكال والإجراءات والشروط التي يتوجب القانون إتباعها في إصدارها لقراراتها وخاصة الجزاءات التعاقدية، ومثال ذلك ما نصت عليه محكمة العدل العليا الأردنية في حكم لها الذي جاء فيه ما يلي " يعتبر القرار الإداري باطلا إذا لم تصدره الإدارة وفقا للإجراءات والشكل الذي حددهما المشرع..."[3] وفي حكم آخر لمجلس الدولة الفرنسي أكد على واجب احترام الإدارة للأمور الشكلية والإجراءات المتبعة في إصدارها لقراراتها الإدارية حتى ولو كانت على سبيل الاستشارة ومما جاء في هذا الحكم ما يلي " إذا اشترط القانون أخذ رأي لجنة فنية معينة قبل إصدار القرار فإن هذا الإجراء يعتبر جوهريا حتى ولو كان رأي هذه اللجنة استشاريا وغير ملزم لمن ينعقد له الاختصاص بإصداره..."[4]، غير أن هناك رأي مخالف للأستاذ نصر الدين بشير الذي يرى أنه لا تقوم المسؤولية التعاقدية لجهة الإدارة ولا داعي للحكم على القرار الإداري بالبطلان في حالة كانت بعض الأشكال والإجراءات مقررة لمصلحة الإدارة وحدها دون المتعاقد معها حيث يعتبر هذا الشكل في هذه الحالة إجراء غير جوهري ولا يمس بحقوق ومصالح الأفراد بل يمس بمصالح الإدارة المتعاقدة في حد ذاتها[5]، إلا أن هذا الرأي للأستاذ نصر الدين بشير لا نتفق معه ويرى الباحث أن

(1)- منصور إبراهيم العتوم، المرجع السابق، ص 382.

(2)- راجع نص المادة 48 من قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة في مصر، رقم 182 لسنة 2018، المرجع السابق.

(3)- فارس مخلف خلف الديلمي، المرجع السابق، ص 182.

(4)- موسي مصطفى شحادة، الجزاءات الإدارية في مواجهة المنشئات المصنفة الضارة بالبيئة و رقابة القضاء الإداري في فرنسا عليها، **مجلة الحقوق المصرية**، العدد 1، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2004، ص 35.

(5)- نصر الدين بشير، المرجع السابق، ص ص 214- 215.

الشكليات والإجراءات وان كانت مقررة لحماية مصالح الأفراد والإدارة على السواء حيث لا يمكن التفريط في مصلحة الإدارة حتى وان كان الإجراء أو الشكل لا يمس بمصالح الأفراد، إلا أنها في جميع الأحوال تهدف إلى تحقيق الصالح العام إلى جانب صالح الأفراد.

الفرع الثالث

عيب الانحراف بالسلطة

إن عيب الانحراف بالسلطة أو كما يتم أو يفضل تسميته في العادة من قبل الفقه المصري والأردني (بعيب إساءة استعمال السلطة) حيث يبدو أنها تتفق من حيث مضمونها ومفهومها مع عبارة (الانحراف بالسلطة)[1]، حيث يرتبط هذا العيب الذي يصيب القرار الإداري القاضي بتوقيع غرامة التأخير بركن الغاية والهدف المراد تحقيقها من إصدار هذا القرار، حيث ينبغي على مصدر القرار (الجهة الإدارية) تحقيق المصلحة العامة للمرفق الإداري وليست المصلحة الشخصية له[2] وإلا عد قراره مشوبا بعيب الانحراف في استخدام السلطة، فليس من حق الجهة الإدارية المطالبة بقيمة مالية اكبر من القيمة المحددة لغرامة التأخير حسب ما جاء في العقد الإداري وهذا بغرض إصلاح الأضرار التي لحقتها نتيجة تأخر المتعاقد في تنفيذ التزاماته التعاقدية وكذلك في حالة قيام الإدارة بإعفاء المتعاقد معها من غرامة التأخير فلا يجوز لها العدول على هذا القرار الذي إتخذته بهدف الإضرار بالمتعاقد معها[3].

وعلى هذا الأساس فقد قضي مجلس الدولة الفرنسي فيما يتعلق بالرقابة القضائية على سلطة الإدارة المتعاقدة في توقيع غرامة التأخير بخصوص عيب الانحراف بالسلطة ومما جاء في حكمه" لا يجوز للإدارة أن تطالب بمبالغ اكبر مما هو منصوص عليه في العقد بخصوص الغرامة التأخيرية"[4]، ومنه نستنتج أن القرار الإداري الذي يهدف إلى تحقيق هدف وغرض غير مشروع يكون مصيره الإلغاء استنادا إلى عيب الإنحراف في استعمال السلطة، كما أكدت أيضا محكمة

(1)- نواف كنعان كنعان، القضاء الإداري، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2002، ص 307.

(2)- سعيد عبد الرزاق باخبيرة، المرجع السابق، ص 112.

(3)- عادل قرانة، الجزاءات المالية في العقد الإداري، المرجع السابق، ص 340.

(4)- حسام محسن عبد العزيز، المرجع السابق، ص 266.

القضاء الإداري في مصر هذا العيب في العديد من أحكامها و مما جاء في أحد أحكامها بالقول" إن عيب إساءة استعمال السلطة الذي يلحق بالقرار الإداري لا يكون فقط حين يصدر القرار لغايات شخصية ترمي إلى الانتقام أو تحقيق نفع شخصي أو أغراض سياسية أو حزبية أو نحو ذلك، بل يتحقق هذا العيب أيضا إذا صدر القرار مخالفا لروح القانون مستهدفا غرضا آخر غير الذي عينه له القانون عملا بقاعدة تخصيص الأهداف"[1].

وفي الأخير نلاحظ أن عيب الانحراف بالسلطة أو إساءة استعمال السلطة من العيوب الخفية التي تكون مهمة القاضي الإداري شاقة في سبيل الكشف عنها، فالقرار المشوب بعيب الانحراف بالسلطة هو عمل سليم من جميع نواحيه الظاهرة، لذلك يلجأ الطاعن إلى اتهام الإدارة بأنها انحرفت عن الطريق السليم بسوء نية، وسعت إلى تحقيق أغراض غير مشروعة، وقد أقام القضاء الإداري قرينة على صحة الأهداف التي تبتغيها الإدارة عند إصدارها لقراراتها ويقع على المدعي عبء إثبات عيب إساءة استعمال السلطة[2].

الفرع الرابع

عيب مخالفة القانون (المحل)

عيب مخالفة القانون هو العيب الذي يصيب محل القرار الإداري أو مضمونه ويقصد به أن يخالف القرار الإداري إحدى القواعد والنصوص القانونية أو العقدية، وعليه يشترط لصحة أي قرار إداري أن يكون محله مشروعا وأن يكون ممكنا من الناحية القانونية والواقعية[3]، فالرقابة التي يمارسها القضاء على محل القرار ليست رقابة خارجية وإنما هي رقابة داخلية تتعلق بجوهر و موضوع القرار ومدى مطابقة أو مخالفة القرار

(1)- سليمان احمد الطماوي، نظرية التعسف في استعمال السلطة، دراسة مقارنة، ط 3، مطبعة جامعة عين شمس، القاهرة، 1978، ص 388، ويراجع أيضا في نفس الموضوع – محمد الصغير بعلي، القرارات الإدارية، دار العلوم للنشر، عنابة، 2005، ص ص 83- 87.

(2)- مريم محمد احمد، الرجع السابق، ص 113.

(3)- نسيغة فيصل، **الرقابة على الجزاءات الإدارية العامة في النظام القانوني الجزائري**، رسالة لنيل شهادة دكتوراه علوم في الحقوق، فرع القانون العام، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2011، ص 180.

الصادر من الإدارة للقانون[1]، وقد كان كثير من العيوب التي تمس القرار الإداري فيما سبق تندرج تحت المعنى الواسع لمصطلح (مخالفة القانون)، لكن انفصلت تلك العيوب فيما بعد و صار عيب مخالفة القانون متركزا أساسا في الموضوع الذي ينصب عليه القرار فقط[2].

ولتجنب عيب مخالفة القانون بالنسبة للإدارة المتعاقدة أثناء قيامها بإصدار قرارات إدارية خاصة بتوقيع غرامات التأخير يجب أن يكون قرار الجزاء الذي اتخذته الإدارة تطبيقا صحيحا للنصوص القانونية أو العقدية، فإذا لم توجد الواقعة التي تثيرها الإدارة لتبرير الجزاء أو كانت هذه الواقعة لا تشكل خطأ تعاقديا أو قانونيا، أو لا يقابل هذا الجزاء أي التزام مفروض على المتعاقد فإن هذا القرار في أي حالة من الحالات السابقة الذكر يكون مخالفا للقانون وغير مشروع[3]، وتطبيقا لذلك فإن قرار غرامة التأخير الذي اتخذته الإدارة دون الاعتداد بحجية الشئ المقضي فيه يعتبر عمل غير مشروع[4]، أو قيام الإدارة بسحب قرارها المتعلق بإعفاء المتعاقد المتراخي في تنفيذ التزاماته التعاقدية معها من غرامة التأخير يعتبر هذا العمل الذي قامت به الإدارة مخالف للقانون[5].

ومن أمثلة القواعد والنصوص القانونية التي يجب على الإدارة أن تحترمها عند إصدارها لقرارها المتعلق بغرامة التأخير نجد المادتين 83 و94 من اللائحة التنفيذية للقانون رقم 89 لسنة 1998 السابق المتعلق بتنظيم المناقصات والمزايدات المصري، حيث نصت هذه المواد على حالة غرامة التأخير كجزاء مالي تكون غير مشروعة ومخالفة للقانون في حالة إذا تجاوزت الحدود القصوى التي حددها القانون وهي 10% من قيمة الأعمال المتأخر تنفيذها أو قيمة ختامي العملية على حسب الأحوال بالنسبة لعقود مقاولات الأعمال أو03 % من قيمة المواد المتأخر توريدها في عقود التوريد[6].

(1)- عبد الله نواف العنزي، المرجع السابق، ص 271.

(2)- طعيمة الجرف، رقابة القضاء لأعمال الإدارة، قضاء الإلغاء، دار النهضة العربية، القاهرة، 1984، ص 253.

(3)- عبد المجيد فياض، المرجع السابق، ص ص 103- 104.

(4)- نصر الدين بشير، المرجع السابق، ص 217.

(5)- منصور إبراهيم العتوم، المرجع السابق، ص 383.

(6)- عادل قرانة، الجزاءات المالية في العقد الإداري، المرجع السابق، ص 338.

نفس الأمر نص عليه المشرع المصري في القانون الجديد الساري المفعول لسنة 2018 رقم 182 المتعلق بتنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة وذلك في نص المادة 48 من القانون والمادة 98 من اللائحة التنفيذية لهذا القانون، حيث حدد المشرع المصري نسب محددة لمدة التأخير يحسب من خلالها مقابل التأخير الذي سوف تفرضه الإدارة على المتعاقد معها، حيث لا يمكن للإدارة أن تتجاوز هذه النسب المنصوص عليها في القانون وإلا اعتبر قرارها غير مشروع ومخالف للقانون، حيث أقصى حد قد تصل إليه غرامة التأخير(مقابل التأخير) في عقود المقاولات هو15% من قيمة العقد و 05% بالنسبة لباقي العقود وعقود التوريد[1].

الفرع الخامس

عـــــيب الـــسبـــب

السبب في القرار الإداري هو الحالة القانونية أو الواقعية التي تدفع الإدارة إلى إصداره، أي أن السبب هو حالة موضوعية تحدث قبل إصدار القرار الإداري، و عيب السبب[2] هو عدم المشروعية التي تصيب القرار الإداري في سببه بأن تكون الواقعة التي يقوم عليها القرار غير موجودة أو غير صحيحة من حيث تكييفها القانوني[3]، والقاعدة العامة أن لكل عمل قانوني سبب صحيح يبرره ويمثل علة إصداره، سواء كان هذا العمل القانوني قرارا أو عقدا[4].

(1)- راجع نص المادة 48 من القانون رقم 182 لسنة 2018 و المادة 98 من اللائحة التنفيذية لنفس القانون.

(2)- يعتبر عيب السبب حديث النشأة، حيث ظهر أول مرة بمناسبة نظر مجلس الدولة الفرنسي في قضية حكم مونو الشهير Monod)(سنة 1907م، وتتلخص وقائع القضية في أن الإدارة أصدرت قرارا بإحالة السيد مون إلى التقاعد، مدعية أن ذلك بناء على طلبه، فطعن السيد مونو في هذا القرار مطالبا بإلغائه لأنه لم يطلب إحالته على التقاعد، ولكن مجلس الدولة الفرنسي لم يجبه إلى طلبه لأن الإدارة بينت أن الإحالة على التقاعد قد تمت في الحقيقة كجزاء تأديبي لما وقع منه من مخالفات لم تشأ الإدارة الكشف عنها حفاظا على سمعته- وسام صبار العاني، عيب السبب ومكانته بين أوجه الإلغاء في النظم المقارنة والعراق، بحث منشور في **مجلة كلية الحقوق**، المجلد 14، جامعة النهرين، العراق، 2012، ص 55.

(3)- راغب ماجد الحلو، القضاء الإداري، (مبدأ المشروعية- تنظيم القضاء الإداري- اختصاص القضاء الإداري- ولاية القضاء الإداري- قضاء الإلغاء – قضاء التعويض- قضاء التأديب- الطعن في الأحكام) دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1995، ص 413.

(4)- فارس مخلف خلف الديلمي، المرجع السابق، ص 193.

ويفترض كأصل عام أن يقوم القرار الإداري الخاص بتوقيع الجزاء المالي على سبب صحيح وعلى من يدعي عكس ذلك أن يقدم الدليل على ما يدعيه، وعلى ذلك فإن عبئ إثبات أن القرار الإداري غير قائم على سبب صحيح يقع على عاتق المدعي، وعليه يمكن للقاضي الإداري الطلب من الإدارة الكشف عن أسباب قرارها، فإن هي امتنعت عن تقديم تلك الأسباب فإن القاضي لا يأخذ بقرينة صحة القرار المطعون فيه، ويقيم محلها قرينة أخرى لصالح المدعي وهي إقرار الإدارة وتسليمها بصحة ما يدعيه المدعي ومن ثم الحكم بإلغاء القرار الإداري المتنازع فيه[1].

فضلا عن ذلك أنه يجب الإيضاح أن هناك فرق بين سبب القرار و تسبيبه، و سنبين الفرق بينهما حيث يظهر الفرق في أن القرار الإداري إذا لم يقم على سبب أو كان سببه غير صحيح فإنه يكون قابلا للإلغاء لعيب السبب، أما التسبيب فهو ذكر أسبابه في صلب القرار ذاته، وبذلك يعتبر إجراء شكلي و تكون للإدارة سلطة تقديرية في ذلك فهي غير ملزمة كأصل عام بتسبيب قراراتها[2].

وقد قدم الفقه والقضاء الإداري العديد من الصور والأشكال من عدم المشروعية التي تمس عيب السبب ومنها، انعدام الوجود المادي للوقائع ففي هذه الحالة يبسط القضاء رقابته على الوقائع المادية التي استند عليها رجل الإدارة في إصداره للقرار وأن تكون هذه الوقائع موجودة فعلا والتي على إثرها قامت الإدارة بإصدار قرارها بتوقيع الجزاء المالي، ومثال ذلك ما نصت عليه المحكمة الإدارية العليا المصرية في أحد أحكامها بقولها " ومن حيث أن القرار الإداري يجب أن يقوم على سبب يبرره في الواقع والقانون، وذلك كركن من أركان انعقاده باعتباره تصرفا قانونيا، إذ لا يقوم أي تصرف قانوني بغير سببه، ولما كان القرار المطعون فيه لا يقوم على سبب يبرره، فإنه يكون قد صدر مخالفا للقانون ويتعين إلغاؤه..."[3] والصورة الثانية من صور عيب السبب هي الخطأ في الوصف والتكييف القانوني للوقائع حيث تمتد رقابة القاضي الإداري بالإضافة إلى الوجود المادي

(1)- محمد علي الشباطات، احمد فرج الصادق، عبء إثبات عيب السبب في القرار الإداري، **المجلة العربية للأبحاث والدراسات في العلوم الإنسانية و الاجتماعية**، صادرة عن جامعة زيان عاشور بالجلفة، مجلد 11، العدد الثاني، السنة الحادية عشر، جوان 2019، ص 131.

(2)- بلباقي وهيبة، دور التسبيب في الرقابة على مشروعية السبب في القرار الإداري، **مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية**، صادرة عن معهد الحقوق والعلوم السياسية بالمركز الجامعي أمين العقال الحاج موسى اق اخموك لتامنغست، الجزائر، المجلد السابع، العدد السادس، سنة 2018، ص 102

(3)- راغب ماجد الحلو، القضاء الإداري، المرجع السابق، ص ص 424- 425.

والفعلي للوقائع إلى رقابة مدى صحة الوصف والتكييف القانوني لها[1]، وأول من استعمل هذا العيب في القضاء هو مجلس الدولة الفرنسي حيث فرض هذا الأخير رقابته على الوصف القانوني للوقائع منذ عام 1914 في حكم جوميل(Gomel) الشهير، وتتلخص وقائع هذه القضية في أن الإدارة رفضت التصريح ببناء عقار لأحد المواطنين في أحد ميادين باريس الشهيرة باسم (Beauveau)على اعتبار أن هذا الميدان يعتبر من المناطق الأثرية التي فرض القانون على البناء فيها بعض القيود حماية لها، فطعن صاحب الشأن في قرار الرفض أمام مجلس الدولة الفرنسي الذي أنكر على هذا الميدان صفة الأثرية وقضى بإلغاء القرار المطعون فيه[2].

وما يهمنا في موضوعنا هذا هو الرقابة القضائية التي يمارسها القاضي الإداري في مواجهة عيب السبب الذي تستند عليه الإدارة المتعاقدة في توقيع غرامة التأخير بحق المتعاقد معها، حيث يتولى القاضي الإداري رقابة الوجود المادي للوقائع أي يراقب ويتحرى عن مدى حدوث واقعة التأخير، وصحة تكييفها القانوني، ويتأكد من عدم وجود أسباب تبرر التأخير[3]، حيث إذا تبين للقاضي وجود هذه الأسباب المبررة فيقرر إعفاء المتعاقد من هذه الغرامة وأن تطبيق الإدارة المتعاقدة لجزاء غرامة التأخير كان سببه أو باعثه القانوني هو واقعة التأخير الحاصلة من قبل المتعاقد في تنفيذه لالتزاماته في المواعيد المحددة مسبقا.

ويجب أن ننوه إلى أن سلطة القاضي الإداري في الرقابة على عيب السبب الذي يصيب القرار الصادر بتوقيع جزاء غرامة التأخير يكون قاصرا فقط على السبب الذي استندت عليه الإدارة عند إصدارها لقرارها دون أن يكون له الحق في افتراض أسباب أخرى ليحمل عليها القرار، وفي ذلك قالت المحكمة الإدارية العليا المصرية ما يلي"... ومن حيث أن قضاء هذه المحكمة جرى على أنه عند بحث مشروعيه القرار الإداري فإن دور القضاء يقتصر على مصداقية صحة السبب الذي تقرر عناية جهة الإدارة بإصدارها قرارها، ولا يسوغ له أن يتعداه إلى ما وراء ذلك بافتراض أسباب أخرى يحمل عليها القرار وإن صحة القرار الإداري تتحدد بالأسباب التي قام عليها ومدى سلامتها على

(1)- عادل قرانة، الجزاءات المالية في العقد الإداري، المرجع السابق، ص 295.

(2)- راغب ماجد الحلو، القضاء الإداري، المرجع السابق، ص 426.

(3)- علي خطار شطناوي، صلاحية الإدارة في فرض غرامات التأخير بحق المتعاقد معها، المرجع السابق، ص 118.

أساس الأصول الثابتة في الأوراق وقت صدور القرار ومدى مطابقتها للنتيجة التي انتهت إليها..."[1].

وعليه نستنتج أن القاضي الإداري يختص بفحص مشروعية قرار غرامة التأخير كجزاء تعاقدي من جميع جوانبه، سواء من حيث الاختصاص والشكل والإجراءات والانحراف بالسلطة ومخالفة القانون وأخيرا السبب، فتخضع عناصر هذا الجزاء الإداري للرقابة القضائية.

المطلب الثاني

رقابة الملائمة على قرار غرامة التأخير

يعتبر القاضي الإداري من حيث الأصل قاضي مشروعية، أي أنه يبحث مشروعية القرار الإداري الصادر بتوقيع الجزاء الإداري سواء من ناحية الشكل أو الاختصاص أو مخالفة القانون أو الانحراف في استعمال السلطة أو عيب السبب، وليس قاضي ملائمة فلا يكون له التصدي لملائمة التصرفات الإدارية الصادرة عن الإدارة طالما أن هذه الأخيرة تتمتع بالسلطة التقديرية، فيكون لها أن توازن وتلائم بين قراراتها ودون أن يتدخل القضاء طالما أنها لم تتعسف في استعمال سلطتها التقديرية التي منحها لها القانون وذلك إعمالا لمبدأ الفصل بين السلطات، لكن هذا الأصل يرد عليه استثناءات عندما تصدر عن الإدارة قرارات مقيدة للحرية وأخرى تتضمن توقيع جزاءات إدارية وخاصة المالية منها[2].

ونعني بالرقابة على الملائمة في القرار الإداري" هل الوقائع المكونة للسبب متناسبة في درجة أهميتها مع درجة خطورة القرار الإداري أم لا ؟ " وهي بذلك أقصى درجات الرقابة على الإطلاق ونشير أيضا أن القاضي الإداري لا يبحث في عنصر الملائمة إذا كان التصرف غير مشروع حيث نطبق عليه رقابة المشروعية، ولكنه يمد رقابته إلى الملائمة إذا كان التصرف مشروعا، ليتحقق من

(1)- مريم محمد أحمد، المرجع السابق، ص ص 116- 117.

(2)- مريم محمد أحمد، المرجع السابق، ص 119.

مدى ملائمته مع الظروف والأوضاع التي صدر فيها، والقاضي لا يتصدى لرقابة الملائمة من تلقاء نفسه بل لا بد من الدفع بها من طرف المتعاقد مع الإدارة، حتى يملك القاضي التصدي لرقابتها[1].

أما بخصوص رقابة الملائمة التي يقوم بها القاضي الإداري على قرار الإدارة بتوقيع غرامة التأخير فإن هذا الأخير يتعدى دوره في مراقبة الوجود المادي للأسباب توقيع جزاء غرامة التأخير وتكييفها القانوني إلى مراقبة تكييف هذا الجزاء مع خطورة الأسباب التي دفعت المتعاقد لاتخاذها وعليه يجب أن يكون هناك تناسب بين مقدار الغرامة ومدة التأخير في تنفيذ المتعاقد لالتزاماته التعاقدية، بحيث إذا تبين للقاضي الإداري أن غرامة التأخير قد تم توقيعها بصورة مبالغ فيها، فإن له تخفيضها إلى الحد الذي يحقق التناسب بين الخطأ المرتكب من قبل المتعاقد والجزاء الموقع عليه من قبل الإدارة[2]، ويستطيع القاضي أيضا أن يحكم بعدم أحقية الإدارة لغرامة التأخير وبعدم مشروعيتها ويقضي بردها للمتعاقد معها في حالة إذا تبين له أنها وقعت دون سبب صحيح يجيزها أو يبررها.[3].

وعليه نرى أن القضاء الإداري في فرنسا قد قطع خطوات واسعة في الرقابة على أعمال الإدارة إلى أبعد الحدود لتشمل رقابته على تقدير الإدارة للوقائع بالإضافة إلى ملائمة قراراها الإداري للصالح العام، حيث عمل على إزالة الحدود الفاصلة بين رقابة المشروعية ورقابة الملائمة لغرض بسط رقابته على كل أعمال الإدارة، فأنشأ في هذا النطاق نظريتين هما(نظرية التناسب بين الخطأ والجزاء و الغلط البين في التقدير)[4]، وبذلك توسع الاختصاص الرقابي المفروض من طرف القاضي الإداري على الأعمال الإدارية تدريجيا، ليشمل الرقابة على أهمية وخطورة الوقائع، أو ما يعرف بالرقابة على الملائمة التي كانت محظورة على القاضي الإداري سابقا[5].

(1)- يعيش تمام آمال، حاحة عبد العالي، التطورات القضائية في الرقابة على الملائمة بين قضاء الإلغاء وقضاء التعويض، **مجلة الاجتهاد القضائي**، العدد الثالث، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، 2018، ص 185، ص 202.

(2)- منصور إبراهيم العتوم، المرجع السابق، ص 384

(3)- نصر الدين بشير، المرجع السابق، ص 218.

(4)- رشا محمد جعفر الهاشمي، المرجع السابق، ص 126.

(5)- جفالي أسامة، المرجع السابق، ص 303

وما يهمنا في هذا المقام أن نعرض هذا التطور القضائي الهام الذي حصل في فرنسا والذي من شأنه التغيير في منازعات غرامات التأخير، حيث اعترف القاضي الفرنسي لنفسه بالحق في تخفيض مبلغ غرامة التأخير أو زيادتها أو إلغائها بعدما كان محظور عليه المساس بمبلغ الغرامة سابقا[1]، فقد قرر مجلس الدولة الفرنسي في أحد أحكامه الحديثة بتاريخ 29 ديسمبر 2008 أنه " من الجائز للقاضي الإداري، بناء على طلب الخصم صاحب المصلحة، أن يخفض أو يزيد غرامات التأخير التي ينص عليها العقد الإداري، بالتطبيق للمبادئ المنصوص عليها في المادة 1152 من القانون المدني، وذلك إذا كانت هذه الغرامات مغالى فيها بطريقة جد واضحة أو ضئيلة جدا، وذلك بالنظر لقيمة الصفقة" و قد جاء هذا الحكم من طرف مجلس الدولة الفرنسي ليؤيد حكم المحكمة الإستئنافية لباريس والذي اعتبر الحكم محل الطعن أن وصول مجموع غرامة التأخير إلى 56% من قيمة الصفقة يعد أمرا مبالغ فيه لدرجة كبيرة[2].

وبناء على ذلك يرى الأستاذ علي خطار شطناوي أنه يتعين أن يكون هناك تناسب معقول وظاهر بين مقدار غرامة التأخير ومدة التأخير في تنفيذ العقد الإداري، لهذا قيل بأن قاضي العقد الفرنسي لا يراقب فقط الوجود المادي لأسباب الجزاء وتكييفه القانوني، بل تمتد رقابته أيضا إلى تكييف هذا الجزاء مع خطورة الأسباب التي دعت لاتخاذه، وبذلك له أن يقرر عدم صحة الجزاء المبالغ فيه إذا كانت الوقائع المنسوبة للمتعاقد لا تمثل طابعا من الخطورة كافيا لتبرير توقيع هذا الجزاء، ومما لا شك فيه أن رقابة التناسب بين جسامة التأخير ومقدار الغرامة المقررة هي احد تطبيقات الاجتهاد القضائي الفرنسي المسماة بالخطأ الظاهر في التقدير، وفي مصر والأردن تسمى بقضاء الغلو، حيث يتمتع القاضي الإداري فيها بصلاحيات واسعة باعتبار المنازعة من قبيل القضاء الكامل، وبذلك يملك أن يقرر ردها أو تخفيضها أو الإعفاء منها كلية[3].

وبناء على ما سبق ذكره فإن من آثار رقابة الملائمة التي يمارسها القاضي الإداري بالإضافة إلى رقابة المشروعية، هو الاعتراف للقاضي الإداري بالحق في تقدير الغرامات المستحقة لجهة الإدارة في حال كونها مبالغ فيها بطريقة واضحة بالنظر لقيمة الصفقة

(1)- فقد كان مجلس الدولة الفرنسي يرفض المساس بقيمة غرامات التأخير قبل عام 2008.

(2)- أيمن فتحي محمد عفيفي، المرجع السابق، ص 171.

(3)- علي خطار شطناوي، صلاحية الإدارة في فرض غرامات التأخير بحق المتعاقد معها، المرجع السابق، ص 118.

فيقدرها القاضي على ضوء وقائع وملابسات الدعوى التي ينظرها، ومثال ذلك ما حكمت به محكمة الاستئناف الإدارية لمدينة مرسيليا بتاريخ 9 نوفمبر 2015 و مما جاء في الحكم ما يلي " الشركة المتعاقدة لا تثير أية ظروف خاصة لتبرير تأخرها الذي تطلب بمناسبته تخفيض مبلغ الغرامة بدعوى أنه مغالى فيها بطريقة واضحة، في حين أنه لا يمكن تجاهل الأهمية التي علقت عليها الإدارة المتعاقدة آجال تنفيذ التوريدات المتعاقد عليها، وذلك بالنظر لمعايير اختيار المتعاقد"[1].

أما في مصر فإن القضاء الإداري فيها على الرغم من عدم مجاراته للتطور الذي وصل إليه القضاء الإداري الفرنسي، إلا أنه قد بالغ في استعمال رقابة الملائمة خصوصا في القرارات الانضباطية والتأديبية وهذا ما أكدته المحكمة الإدارية العليا المصرية حيث وضعت معيارا للغلو وهو عدم التناسب الظاهر بين الخطأ الإداري ونوع الجزاء ومقداره وعليه فتقدير درجة الغلو ليس معيار شخصي بل هو معيار موضوعي، قوامه أن درجة خطورة الخطأ الإداري لا تتناسب البتة مع نوع الجزاء ومقداره[2]، حيث نصت المحكمة الإدارية العليا في أحد أحكامها الصادر في 1960/09/21 ما يلي"....يستطيع القاضي

(1)- وتعود وقائع هذه القضية أن جهة إدارة واقعة في مدينة مرسيليا وقعت على شركة متعاقد معها في مجال التوريد مبلغ غرامة التأخير يعادل 264% بالمائة من القيمة الإجمالية للصفقة والتي قدرت بحوالي40 ألف يورو، والحقيقة أن وصول مبلغ غرامة التأخير في هذه الصفقة لهذا الحد كان ناجما عن اعتماد طريقة خاصة لحساب الغرامة تخالف تلك التي كان منصوص عليها في كراسة الشروط العامة، وعندما لجأ المتعاقد إلى القضاء، لاحظت المحكمة الإدارية لمدينة مرسيليا أن مبلغ الغرامة وصل لحد مغالى فيه بطريقة واضحة و بالتالي حكمت المحكمة بتخفيض مبلغ غرامة التأخير ل 10000يورو أي ما يعادل 25% من قيمة الصفقة، حيث أن هذا الحكم لم يعجب المتعاقد فقام بالطعن في هذا الحكم أمام قاضي الاستئناف طالبا تخفيض مبلغ الغرامة إلى 418 يورو ، وقد استند في طلبه إلى أن حساب الغرامة لم يتم على أساس كراسة الشروط العامة، وإنما على أساس ما تم الاتفاق عليه في كراسة الشروط الخاصة، و وصول مبلغ الغرامة ل 264 % من قيمة الصفقة يرجع بالأساس لتبني كراسة الشروط الخاصة لطريقة واضحة المغالاة ومجحفة في حسابها، ومن ثم طلب إبطال طريقة حساب غرامة التأخير المتفق عليها مع جهة الإدارة و اعتماد طريقة حساب على أساس النسب التي تضمنتها كراسة الشروط العامة، وقد حكمت محكمة الاستئناف الإدارية بتأييد الحكم المستأنف ورفضت طلب المتعاقد مع الإدارة بإبطال الاتفاق الخاص بحساب غرامة التأخير في كراسة الشروط الخاصة لأنه لم ينله أي عيب يستوجب الإبطال ومن ثم رفضت طلبه في إعمال كراسة الشروط العامة وتخفيض مبلغ الغرامة عن 10000يورو- حكم مشار إليه من قبل أيمن فتحي محمد عفيفي، المرجع السابق، ص 177.

(2)- يعيش تمام آمال، حاحة عبد العالي، المرجع السابق، ص 192.

إذا تبين أن غرامة التأخير قد وقعت بدون سبب صحيح أن يحكم بعدم أحقية الإدارة لهذه الغرامة"[1]، وفي حكم آخر لنفس المحكمة قالت فيه "... إن الجزاء يجب أن يكون متناسب مع الجرم وإلا اتهم بعدم المشروعية..."[2]، وكذلك قضت المحكمة الإدارية العليا في حكم آخر جاء فيه ما يلي "...غرامة التأخير التي تطالب بها المحافظة لا حق لها في المطالبة بها...ولا محل لإسناد المحافظة على نص المادتين 28 و31 من العقد المحرر معه ولا الاستناد إلى المادة 93 من لائحة المناقصات والمزايدات، لأن توقيع غرامة التأخير بتطبيق لأحكام هذه المواد لا يكون إلا بالنسبة للمتعاقد المتراخي في تنفيذ العمل وفي تسليمه في الميعاد المحدد..."[3].

أما بالنسبة للقضاء الإداري الجزائري فنجد أنه حاول مسايرة التطور الهام الذي حصل في القضاء الإداري الفرنسي والمصري، حيث أصبح من اختصاص القاضي الإداري الجزائري مراقبة تقدير الإدارة لخطورة وأهمية ما بنت عليه قرارها من أسباب دون أن يعد ذلك تدخلا في أعمال الإدارة، ويظهر ذلك خاصة في مجال التأديب أو القرارات الإدارية ذات العلاقة بالحريات العامة ومثال ذلك قرار صادر عن مجلس الدولة المؤرخ في 1998/07/27تحت رقم 172994 والمتعلق بإلغاء قرار صادر عن المجلس الأعلى للقضاء الفاصل في قضية تأديبية لأحد القضاة، حيث جاء في حيثياته ما يلي" حيث أنه وحتى ولو كانت هذه الأفعال التي لم ينازع في ماديتها ذات طابع يبرر عقوبة تأديبية فإن المجلس الأعلى للقضاء قد ارتكب بالرغم من هذا خطأ صارخا في التقرير بتسليط العقوبة الأشد المنصوص عليها في النصوص المطبقة على المعني"[4].

و على ما تقدم أيضا فإن مجلس الدولة الجزائري قد تبنى نظرية التناسب مرات عدة حيث ورد في أحد قراراته"... فإنه من الثابت فقها وقضاءً أن رقابة القاضي الإداري لا تمتد إلى ملائمة وتقدير

(1)- عبد المجيد فياض، المرجع السابق، ص 104.

(2)- حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية رقم 9025 في 1963/6/8 مشار إليه من قبل- رشا محمد جعفر الهاشمي، المرجع السابق، ص 195.

(3)- حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية بتاريخ 1968/01/06، مشار إليه من قبل- فوزي علي القفطان، المرجع السابق، ص 128.

(4)- رزايقية عبد اللطيف، **الرقابة القضائية على مشروعية القرارات الإدارية في التشريع الجزائري**، مذكرة ماجستير في القانون العام، تخصص تنظيم إداري، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الوادي، 2014، ص 153.

درجة العقاب المسلط على المتعاقد مع الإدارة، إلا إذا تبين له عدم التلازم والتلاؤم الواضح بين نسبتي الخطأ والعقوبة"[1]، فالرقابة القضائية على ملائمة القرار الإداري للوقائع فرضت لمعرفة مدى التناسب بين الوقائع والقرار الإداري الذي صدر بناء عليها[2].

وعليه نستنتج أن عند ممارسة الرقابة القضائية بنوعيها(رقابة المشروعية ورقابة الملائمة) القاضي الإداري يستطيع دائما الحكم بالإعفاء من هذه الجزاءات المالية منها غرامة التأخير، متى تبين له أنها وقعت خطأ، وله أيضا أن يحكم بتخفيضها إذا كانت مبالغ فيها، كما له بأن يقضي بإلزام الإدارة بأن ترَد لمتعاقدها ما حصلته منه بصفة غرامات أو تعويضات أو ما تم مصادرته من تأمينات دون وجه حق[3]، وفي كافة الأحوال فإنه ليس من شأن هذه الرقابة المساس بحرية الإدارة في تقديرها، فالقاضي لا يحرم الإدارة من حرية التقدير، بل أنه يقوم بتطبيق المبادئ القانونية العامة ضمانا للمشروعية وإعلاء لكلمة القانون، وإن كل ما يقضي به في هذه الحالة أن هذا العمل لا يحقق المصلحة العامة نتيجة عدم ملائمة تقدير الإدارة، فيكون عليها أن تعيد عملها بغية تحقيق هذه المصلحة[4].

نستنتج مما تقدم في هذا الفصل أن رقابة المشروعية قد بدأ يفل نجمها بزوال صورة الدولة الحارسة، وغدت رقابة الملائمة على أعمال الإدارة ضرورة حتمية، في ظل دولة الإنماء والخدمات حيث تضطلع الإدارة بامتيازات واسعة، مما يهدد حقوق الأفراد المتعاقدين معها، فقد أضحى من الضروري تصدي القضاء الإداري لأعمال وسلطات الإدارة التقديرية، وأن من الأمور المسلم بها أن حماية حقوق المتعاقدين مع الإدارة لن يتأتى إلا من خلال اتساع نطاق الرقابة القضائية ليشمل فضلا عن الرقابة التقليدية(رقابة المشروعية)، رقابة الملائمة (رقابة حديثة) خاصة رقابة تقدير الإدارة وهي بصدد مباشرة السلطة التقديرية في فرض مختلف الجزاءات المالية[5].

(1)- محمد الصغير بعلي، القرارات الإدارية، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، الجزائر، 2005، ص 48.

(2)- قرار مجلس الدولة رقم880183 بتاريخ 1999/07/26 مشار إليه من قبل جفالي أسامة، المرجع السابق، ص 305

(3)- فارس مخلف خلف الديلمي، المرجع السابق، ص 199.

(4)- مريم محمد احمد، المرجع السابق، ص 124.

(5)- يعيش تمام آمال، حاحة عبد العالي، المرجع السابق، ص 202.

الفصل الثاني

تطبيقات لغرامة التأخير في بعض العقود الإداريـة

الفصل الثاني

تطبيقات لغرامة التأخير في بعض العقود الإدارية

نتناول في هذا الفصل الثاني من هذا الباب، تطبيقات غرامة التأخير التي تمت دراستها من جميع الجوانب القانونية خلال عرض هذه الرسالة، في أهم العقود الإدارية المسماة والأكثر انتشارا وشيوعا في الحياة العملية، حيث يظهر جزاء غرامة التأخير بوضوح في كل من عقدي الأشغال العامة وعقد التوريد، حيث يعتبر هذان العقدان من أهم الوسائل التي تلجأ إليها الدولة في بناء مرافقها العامة وفي حسن تسييرها وانتظامها.

في سبيل ذلك تقوم جهة الإدارة المتعاقدة بوضع المخططات التنموية للدولة مثل مخطط الإسكان وذلك وفق برامج زمنية محددة، تلتزم بها الدولة (الإدارة) في مواجهة المصلحة العامة للأفراد الدولة، بالتالي تقوم الإدارة بإلزام المتعاقدين معها في عقودها الإدارية بتنفيذ التزاماتهم التعاقدية بما يحقق تنفيذ المخططات والبرامج المستهدفة بما يتوافق زمنيا بما وعدت به جهة الإدارة (مثال ما وعدت به وزارة الإسكان في الجزائر ببناء مليون وحدة سكنية في غضون خمس سنوات) لذلك فإن جهة الإدارة المتعاقدة تضع جزاء غرامة التأخير جزاء مرن ووسيلة مواجهة أولى لإلزام المتعاقدين بمدد التنفيذ.

لذلك فإن لغرامة التأخير أهمية خاصة في عقدي الأشغال العامة والتوريد لارتباط التنفيذ فيهما بعامل الزمن، الذي تلعب فيه غرامة التأخير دورا أساسيا كأداة إلزام للانتهاء من تنفيذ الالتزامات التعاقدية في المواعيد المحددة سلفا[1].

و بناء على ما تقدم سوف تقتصر معالجتنا لتطبيقات غرامة التأخير في هذا الفصل على دراسة تطبيق غرامة التأخير في عقد الأشغال العامة في المبحث الأول، ثم دراسة تطبيق غرامة التأخير في عقد التوريد في المبحث الثاني، وعلى ذلك يقسم هذا الفصل إلى مبحثين كما يلي:

(1)- نصر الدين بشير، المرجع السابق، ص 384.

المبحث الأول: تطبيق غرامة التأخير في عقد الأشغال العامة.

المبحث الثاني: تطبيق غرامة التأخير في عقد التوريد.

المبحث الأول

تطبيق غرامة التأخير في عقد الأشغال العامة

يعتبر عقد الأشغال العامة من أهم أساليب تنفيذ المشاريع في إطار المصلحة العامة للدولة حيث تتخلى فيه الإدارة عن عملية التنفيذ المباشر للمشاريع بنفسها وتوكل الأمر إلى الأفراد أو الشركات الخاصة أو الهيئات العامة، وتبقى تمارس حقوقها وسلطاتها على المتعاقد معها وتراقب عملية التنفيذ ضمانا لاستمرارية عمل المرافق العامة وانتظامها، وتحقيق المصلحة العامة، وعقد الأشغال العامة يقتضي توافر عدة عناصر تميزه عن غيره من العقود الإدارية الأخرى، في مقدمتها أن القصد من هذا العقد هو انجاز الأشغال و تحقيق النفع العام، وأن يكون محل الأشغال عقارا وأن يتم العمل أصلا لحساب شخص معنوي عام[1].

و قد تعددت تعريفات عقد الأشغال العامة فبعضها فقهي وآخر تشريعي و قضائي وسوف نستعرض بعض هذه التعريفات على النحو الآتي:

عرف الفقيه سليمان أحمد الطماوي عقد الأشغال العامة بأنه" عبارة عن اتفاق بين الإدارة وأحد الأفراد أو الشركات بقصد القيام ببناء أو ترميم أو صيانة عقارات لحساب شخص معنوي عام وبقصد منفعة عامة في نظير المقابل المتفق عليه و وفقا للشروط الواردة في العقد"[2].

كما عرفه الأستاذ عبد العزيز الجمل بأنه عقد يبرم بواسطة أشخاص القانون العام ولحسابها بهدف القيام بعمل من أعمال البناء أو الترميم أو صيانة عقار، ويعتبر هذا العقد وسلية من وسائل

(1)- بن صغير مليكة أسماء، المرجع السابق،ص 172.

(2)- سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص 125.

الإدارة للحصول على ما هي في حاجة إليه من خدمات ، ومن جهة أخرى أداة تنفيذ السياسة الاقتصادية للحكومة[1].

وعرف عقد الأشغال العامة أيضا بأنه " عقد يجري بين الإدارة من جهة والمقاول من جهة أخرى، بمقتضاه يتعهد المقاول بالقيام بعمل يتناول أعمال البناء أو الترميم أو الصيانة في المباني أو المنشآت القائمة على عقار، أو شق الطرق وسواها، وذلك لحساب شخص معني عام، مقابل بدل معين في العقد"[2].

ويعرف الفقيه الفرنسي دي لوباردير عقد الأشغال العامة بأنه" عقد تبرمه الإدارة ويخضع لنظام القانون العام للقيام بأداء أشغال عامة في عقار لحساب شخص من أشخاص القانون العام بهدف تحقيق النفع العام"[3].

أما بالنسبة للفقه في الجزائر فقد عرف الأستاذ عمار بوضياف عقد الأشغال العامة بأنه" تنفيذ أشغال واردة على عقار لحساب الإدارة وتحت إشرافها بهدف تحقيق المصلحة العامة"[4].

وقد عرف المشرع الجزائري عقد الأشغال العامة أو كما يطلق عليه تسمية عقد الصفقة العمومية للأشغال في الدفتر الجديد للبنود الإدارية العامة المطبقة على الصفقات العمومية للأشغال لسنة 2021[5]، وذلك في نص المادة الخامسة منه، حيث جاء فيها ما يلي " تهدف الصفقة العمومية للأشغال انجاز منشاة أو أشغال بناء أو الهندسة المدنية وكذا أشغال الشبكات المختلفة"

(1)- هارون عبد العزيز الجمل، المرجع السابق، ص 27.

(2)- بولقواس سناء، **الطرق المستحدثة في إنشاء وتسيير المرافق العامة – عقود البوت نموذجا-** أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه علوم في الحقوق، تخصص قانون إداري وإدارة عامة، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة باتنة 1، 2017، ص 30.

(3)-*De laubadére André, traite théorique et pratique des contrats administratifs, op.cit, p40.*

(4)- عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، (طبقا للمرسوم الرئاسي 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015)، القسم الأول، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، ط5، 2017، ص 170.

(5)- مرسوم تنفيذي رقم 219/21 مؤرخ في8 شوال عام 1442، الموافق 20 ماي سنة 2021، يتضمن الموافقة على دفتر البنود الإدارية المطبقة على الصفقات العمومية للأشغال في الجزائر، ج.ر رقم 50، مؤرخة في 24 يونيو2021، ص 3.

وقد يشمل عقد الصفقة العمومية للأشغال سواء البناء أو التجديد أو الصيانة أو إعادة التأهيل أو التهيئة أو الترميم أو الإصلاح أو الدعم أو التفكيك أو إزالة أو هدم منشأة أو جزء منها[1].

التعريف القضائي لعقد الأشغال العامة، فقد عرفته محكمة القضاء الإداري المصري في أحد أحكامها بقولها" إن عقد الأشغال العامة هو عقد مقاولة بين شخص من أشخاص القانون العام و فرد أو شركة بمقتضاه يتعهد المقاول بعمل من أعمال البناء أو الترميم أو الصيانة في عقار لحساب هذا الشخص المعنوي العام، تحقيقا لمصلحة عامة، مقابل ثمن يحدد في العقد"[2].

يتضح من تعريف محكمة القضاء الإداري المصرية لعقد الأشغال العامة أنه يتعين توافر عناصر ثلاثة لوجود هذا العقد تتمثل في الآتي[3]:

- أن ينصب موضوع العقد على عقار، حيث يجب أن ترد أعمال المقاولة على عقار أما الأعمال التي ترد على منقول فلا تعتبر أشغالا عامة مهما بلغت أهمية هذا المنقول من حيث الحجم أو القيمة (مثل البواخر والطائرات) حتى لو اعتبر عقدا إداريا[4].
- يجب أن يتم العمل لصالح شخص معنوي عام، كون عقد الأشغال العامة ذو طبيعة إدارية فإن ذلك يعني أن احد طرفيه على الأقل شخصا معنويا عاما، وإلا لما أطلق عليه وصف العقد الإداري[5].
- أن يكون الهدف من العقد تحقيق منفعة عامة، وحتى تتصف الأشغال بأنها أشغال عامة يجب بالإضافة إلى توفرها على العنصرين السابقين، أن يكون الهدف منها هو تحقيق النفع العام[6].

---

(1)- راجع نص المادة الخامسة الفقرة الثانية من دفتر البنود الإدارية العامة المطبقة على الصفقات العمومية للأشغال لسنة2021، المرجع السابق.

(2)- حكم محكمة القضاء الإداري المصري رقم 284/ 8 بتاريخ 12/23/ 1956مشار إليه من قبل حمدي ياسين عكاشة، المرجع السابق، ص 403.

(3)- احمد سلامة بدر المرجع السابق، ص 139.

(4)- محمد فؤاد عبد الباسط، المرجع السابق، ص 510.

(5)- بن شعبان علي، المرجع السابق، ص 12.

(6)- برهان زريق، عقد الأشغال العامة، وزارة الإعلام السورية، الطبعة الأولى، سوريا، 2016، ص 18 وما بعدها.

بناء على ما تقدم سوف نتناول في هذا المبحث تطبيق غرامة التأخير في عقد الأشغال العامة لاعتباره من العقود المهمة التي تستعملها الإدارة، و للأهمية جزاء غرامة التأخير كوسيلة إلزام وإجبار للمتعاقد مع الإدارة لتنفيذ التزاماته التعاقدية في المواعيد المحددة في العقد الإداري، وبذلك نقسم هذا المبحث إلى مطلبين، على النحو الآتي:

المطلب الأول: تنظيم غرامة التأخير في عقد الأشغال العامة.

المطلب الثاني: كيفية حساب غرامة التأخير في عقد الأشغال العامة.

المطلب الأول

تنظيم غرامة التأخير في عقد الأشغال العامة

نتناول في هذا المطلب الأحكام العامة و النصوص القانونية والتنظيمية وتحليلاتها التي تنظم غرامة التأخير في عقد الأشغال العامة في الدول المقارنـــة، في كل من فرنسا ومصـر والجزائـر و ذلك على النحو الآتي:

الفرع الأول

تنظيم غرامة التأخير في عقد الأشغال العامة في فرنسا

تلجا الإدارة في فرنسا بصفة عامة إلى تضمين عقودها الإدارية ما يفيد الإحالة لكراسة الشروط العامة الخاصة بالصفقة محل التعاقد وذلك إعمالا للرخصة المخولة لها بمقتضي قانون الصفقات العامة الفرنسي[1].

حيث في فرنسا تتولى كراسات الشروط العامة للصفقات تنظيم غرامات التأخير، حيث تنص المادة 20 الفقرة الأولى من كراسة الشروط العامة لعقد الأشغال العامة لسنة 2009[2] الملغى على

(1)- أيمن فتحي محمد عفيفي، المرجع السابق، ص 259.

(2) -*CCAG Travaux, Publie JORF N^0 0227 du 1 octobre 2009, p 15907, texte n^0 16.*

أنه في حالة التأخر المنسوب للمتعاقد في تنفيذ الأعمال المتعاقد عليها، سواء كان التأخر في تنفيذ كامل الصفقة أو في إحدى مراحلها متى كان لتنفيذ هذه الصفقة تاريخ محدد مسبقا، توقع عليه غرامة تأخير تحسب باليوم بواقع 3000/1 من قيمة الصفقة أو من المرحلة المعتبرة التي حدث بشأنها واقعة التأخير أو الإخلال بالمواصفات التي تم الاتفاق عليها في العقد الإداري مع جهة الإدارة[1].

يتضح من نص المادة 20 الفقرة الأولى سابقة الذكر من كراسة الشروط العامة الفرنسي كيفية توقيع غرامة التأخير في عقد الأشغال العامة، حيث توقع على أساس نسب ثابتة بنسبة (3000/1) من قيمة الصفقة أو المرحلة المتأخرة منها حسب الأحوال عن كل يوم تأخير، حيث يبدو المشرع الفرنسي أكثر وضوحا في تحديد الأساس الذي يتم حساب الغرامة بناءً عليه، فنصت المادة 20 الفقرة الأولى من كراسة الشروط العامة لعقد الأشغال العامة على أنه في حالة التأخير المنسوب للمتعاقد في تنفيذ الأعمال، سواء التأخير في تنفيذ كامل الصفقة أو أي مرحلة من مراحل تنفيذ الصفقة لها تاريخ محدد تنتهي فيه مدة التنفيذ، حيث توقع على المتعاقد غرامة تأخير يومية بواقع 3000/1 من قيمة الصفقة أو من المرحلة التي وقع فيها التأخير أو الإخلال بالمواصفات المتعاقد عليها مع جهة الإدارة، فالنص الفرنسي واضح في اعتبار أن الأصل هو حساب الغرامة على أساس إجمالي قيمة الصفقة، أما الاستثناء فهو حسابها من قيمة المرحلة المتأخرة وهذا الاستثناء له شرط واحد وهو أن تكون لهذه المرحلة تاريخ محدد تنتهي فيه[2].

---

(1)-*L article 20/1 du CCAG Travaux,2009, dispose que « En cas de retard imputable au titulaire dans l'exécution des travaux, qu'il s'agisse de l'ensemble dumarché ou d'une tranche pour laquelle un délai d'exécution partiel ou une date limite a été fixé, il est appliqué une pénalité journalière de 1/3000 du montant hors taxes de l'ensemble du marché, de la tranche considérée oudu bon de commande…. »*

" في حال وجود تأخير منسوب إلى الحائز في تنفيذ الأشغال، سواء كان متعلقًا بالصفقة كاملة أو بجزء منها أو بسند طلب تم تحديد فترة تنفيذ جزئي أو أجل نهائيه، تطبق عقوبة يومية مقدرة بـ 3000/1 من مبلغ الصفقة كاملة خارج الرسوم أو الجزء المعتبر أو سند الطلب..."

(2)- أيمن فتحي محمد عفيفي، المرجع السابق، ص ص 265- 266.

وقد قام المشرع الفرنسي بتعديل كراسة الشروط العامة لعقد الأشغال العامة في سنة 2021[1] حيث أبقى على نفس طريقة حساب غرامة التأخير[2] الموجودة في كراسة الشروط لسنة 2009، أما الأمر الجديد الذي جاء به المشرع الفرنسي في تعديله لكراسة الشروط العامة المتعلقة بعقد الأشغال العامة، حيث ألزم هذا الأخير المصلحة المتعاقدة في حالة عزمها على توقيع غرامة التأخير ضد المتعاقد معها(المقاول)، دعوته كتابيا لتقديم ملاحظاته في غضون مهلة لا تقل عن خمسة عشر يومًا، تحدد السلطة المتعاقدة مقدار العقوبات التي يحتمل تطبيقها، والتأخير (التأخيرات) المعنية وكذلك المهلة الزمنية الممنوحة لصاحب العمل المقاول لتقديم ملاحظاته حول هذه الغرامة و في حالة عدم وجود رد من المقاول، تطبق المصلحة المتعاقدة غرامة التأخير التي بينتها في كتابها الموجه له[3]، وإذا اعتبرت المصلحة المتعاقدة أن الملاحظات التي أبداها صاحبها (المتعاقد المقاول) لا تجعل من الممكن إثبات أن التأخير لا يعتد به، تسري غرامات التأخير وتحسب من اليوم التالي لليوم الذي فيه انتهت الفترة التعاقدية لأداء الخدمات[4].

وقد اقر المشرع الفرنسي على إعفاء المتعاقد مع الإدارة من غرامة التأخير في عقد الأشغال العامة في حالة عدم تجاوز مبلغ الغرامة الإجمالي 1000 أورو للصفقة كاملة[5].

1()− *CCAG Travaux, Publie du 2021*متاح عبر الموقع الالكتروني، www.marche-public.fr.

(2)−*Voir, L article19.2.3* du*CCAG Travaux .2021.*

(3)−*L article.19.2.4. du CCAG Travaux,2021, dispose que«Lorsque le maître d'ouvrage envisage d'appliquer les pénalités de retard, constatées par le maître d'œuvre, il invite, par écrit, le titulaire à présenter ses observations dans un délai qui ne peut être inférieur à quinze jours. Le maître d'ouvrage précise le montant des pénalités susceptibles d'être appliquées, le ou les retards concernés ainsi quele délai imparti au titulaire pour présenter ses observations. A défaut de réponse du titulaire, le maître d'ouvrage applique les pénalités de retard...»*

(4) −*L article.19.2.4.la deuxième paragraphe ,du CCAG Travaux,2021,dispose que «Si le maître d'ouvrage considère que les observations formulées par le titulaire en application du premier alinéa ne permettent pas de démontrer que le retard n'est pas imputableà celui-ci, les pénalités pour retard s'appliquent et sont calculées à compter du lendemain du jour où le délai contractuel d'exécution des prestations est expiré.»*

) −5(*L article 19.2.1. du CCAG Travaux,2021, dispose que «Le titulaire est exonéré des pénalités dont le montant total ne dépasse pas 1 000 euros pour l'ensemble du marché.»*

وقد كان المشرع الفرنسي في كراسة الشروط العامة الخاصة بعقد الأشغال العامة لسنة 2009 ينص على أن مبلغ غرامة التأخير ليس له حد أقصى[1] بخلاف المشرع المصري والجزائري اللذين يحددان حد أقصى تصل إليه غرامة التأخير، وقد استدرك المشرع الفرنسي هذا الخطأ الذي وقع فيه نظرا لكثرة الطعون في قرارات توقيع غرامات التأخير حيث كانت تصل لمبالغ كبيرة مغالى فيها مما أرهق المتعاقدين مع الإدارة وحتم عليهم رفع دعاوى قضائية مطالبين بتخفيض مبالغ غرامة التأخير حيث قام المشرع الفرنسي بتسقيف الحد الأقصى الذي يمكن أن تصل إليه غرامة التأخير وذلك في نص المادة 2.2.19 من كراسة الشروط العامة لعقد الأشغال العامة لسنة 2021، حيث نصت على ما يلي" ينبغي ألا يتجاوز المبلغ الإجمالي لعقوبات التأخير المطبقة على المتعاقد 10٪ من المبلغ الإجمالي للصفقة خارج الرسوم أو الجزء المعتبر أو سند الطلب"

"19.2.2.*Le montant total des pénalités de retard appliquées au titulaire ne peut excéder 10 % du montant total hors taxes du marché, de la tranche considérée ou du bon de commande*."

و تنص المادة 1.1.19 ايضا من كراسة الشروط العامة لعقد الأشغال العامة في فرنسا على أن أيام السبت والأحد وأيام الإجازات والتوقف عن العمل لا يتم خصمها من حساب غرامة التأخير[2]، وذلك على اعتبار أن الغرامة مفروضة على فعل سلبي وهو امتناع المتعاقد عن انجاز الأعمال المتفق عليها في المواعيد المحددة في العقد الإداري، ويوصف الامتناع بأنه موقف إرادي مستمر وغير متجزئ سواء في أيام العمل أو في أيام العطلات والأعياد الرسمية، ولكن هذا الحكم يمكن الاتفاق على خلافه فيمكن الاتفاق بين الإدارة والمتعاقد معها (المقاول) على عدم حساب غرامة التأخير في أيام آخر الأسبوع أي السبت والأحد و العطل الرسمية أو المدفوعة الأجر[3]، ومن جانبنا نؤيد هذا الاتجاه الذي ذهب إليه المشرع الفرنسي في حساب غرامة التأخير في أيام نهاية

(1)-*L article 20/4 du CCAG Travaux,2009, dispose que « Le montant des pénalités et des primes n'est pas plafonné… ».*

)2(- *. Les samedis, les dimanches et les dispose que« 2021,Travaux, ,du CCAG. .1119.L article jours fériés ou chômés ne sont pas déduits pour le calcul des pénalités».*

(3)- أيمن فتحي محمد عفيفي، المرجع السابق، ص 269.

الأسبوع و أيام العطل والأعياد المدفوعة الآجر وذلك لعدم تراخي المتعاقد مع الإدارة في تنفيذ الأعمال الموكلة إليه في المواعيد المحددة في العقد الإداري.

الفرع الثاني

تنظيم غرامة التأخير في عقد الأشغال العامة في مصر

حرص المشرع المصري على تنظيم غرامة التأخير في قانون المناقصات والمزايدات العامة ولائحته التنفيذية رقم 89 لسنة 1998 السابق، فقد بينت المادة 23 منه أسلوب توقيع غرامة التأخير وحدها الأقصى ومما جاء في فقرتها الأولى ما يلي " إذا تأخر 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 طبقا للأسس و بالنسب وفي الحدود التي بينتها اللائحة التنفيذية، بحيث لا يجاوز مجموع الغرامة (3%) من العقد بالنسبة لشراء المنقولات وتلقي الخدمات والدراسات الاستشارية والأعمال الفنية، و(10%) بالنسبة لمقاولات الأعمال والنقل..."

وقد بينت المادة 83 من اللائحة التنفيذية للقانون رقم 89 لسنة 1998 القواعد التفصيلية لكيفية حساب الغرامة في عقد الأشغال العامة أو مقاولات الأعمال[1] فنصت على ما يلي " يلتزم المقاول بإنهاء الأعمال موضوع التعاقد بحيث تكون صالحة تماما للتسليم المؤقت في المواعيد المحددة، فإذا تأخر (المقاول)، جاز للسلطة المختصة (الإدارة) – إذا اقتضت المصلحة العامة– إعطاءه مهلة لإتمام التنفيذ على أن توقع عليه غرامة تأخير اعتبارا من بداية هذه المهلة والى أن يتم التسليم الابتدائي وذلك بواقع 1% عن كل أسبوع أو جزء منه بحيث لا يجاوز مجموع الغرامة 10% من قيمة العقد، وتحسب الغرامة من قيمة ختامي العملية جميعها إذا رأت الجهة الإدارية أن الجزء المتأخر يمنع الانتفاع بما تم من العمل بطريق مباشر أو غير مباشر على الوجه الأكمل في المواعيد المحددة، أما إذا رأت الجهة أن الجزء المتأخر لا يسبب شيئا من ذلك، فيكون حساب الغرامة بالنسب والأوضاع السابقة من قيمة الأعمال المتأخرة فقط..."

(1)– طارق سلطان، المرجع السابق، ص 155.

وقد كررت اللائحة التنفيذية ما ورد بنص قانون الصفقات العامة من أن توقيع غرامة التأخير في عقود الأشغال العامة يتم بمجرد حصول التأخير دون حاجة إلى تنبيه أو إنذار أو اتخاذ أي إجراء آخر[1].

وفي خصوص الخيار المتاح للإدارة في المادة 83 الفقرة الثانية من اللائحة التنفيذية السابقة الذكر في حساب الغرامة من قيمة ختامي العملية كلها إذا ما ارتأت أن الجزء المتأخر من المشروع يمنع الانتفاع بما تم فعلا على الوجه الأكمل أو من قيمة الأجزاء المتأخرة فقط إن قدرت أنها لا تمنع من مثل هذا الانتفاع، وأن مقتضى ذلك أن للجهة الإدارية المتعاقدة سلطة تحديد مبدأ حساب غرامة التأخير عن تأخر المقاول في تسليم العمل في المواعيد المحددة وتحديد الأعمال التي تحسب على أساسها غرامة التأخير، فإن هي ارتأت أن الأعمال التي تراخى المقاول في تنفيذها تحول دون الاستفادة بالمشروع المتعاقد عليه على الوجه الأكمل، حسبت الغرامة على أساس قيمة ختامي الصفقة كلها لإجمالي المشروع، أما إذا ارتأت أن الأعمال المتأخرة لا تبلغ من الأهمية الحد الذي يحول دون استفادتها بالمشروع رغم تراخي المقاول في تنفيذها يكون حساب الغرامة على أساس قيمة الأعمال المتأخرة، وهو أمر يرجع في النهاية إلى سلطتها التقديرية التي تجريها بغير معقب عليها مادامت تستهدف وجه الصالح العام أن يشوب قراراها عيب إساءة استعمال السلطة[2].

فنص المادة 83 من اللائحة قد يوحي بأن حساب غرامة التأخير في مصر يتم على أساس الجزء المتأخر وهو الأصل وأن حسابها على أساس إجمالي قيمة الصفقة هو الاستثناء، فيفترض عدة شروط لحساب غرامة التأخير على أساس الجزء المتأخر: أولا الاتفاق بين الإدارة والمتعاقد على تجزئة الصفقة على مراحل وثانيا: أن يكون لكل مرحلة تاريخ محدد لإنهائها، ثالثا: أن يكون إنهاء المرحلة محل النزاع قد تم على الوجه الأكمل وفقا لما تم الاتفاق عليه، رابعا: تقدير جهة الإدارة أن

(1)- نصت المادة 83 الفقرة الثالثة من اللائحة التنفيذية لقانون رقم 89 لسنة 1998 ما يلي " وتوقع الغرامة بمجرد حصول التأخير دون حاجة إلى تنبيه أو إنذار أو اتخاذ أي إجراء آخر..."

(2)- محمد فؤاد عبد الباسط، المرجع السابق، ص 531.

الجزء المتأخر لا يمنع الانتفاع بما تم تنفيذه على الوجه الأكمل في الموعد المحدد لذلك، فإذا تخلف أي شرط من هذه الشروط عدنا لأصل حساب الغرامة على أساس إجمالي قيمة الصفقة[1].

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع المصري غير في طريقة حساب غرامة التأخير في عقد الأشغال العامة الموجودة في قانون رقم 89 لسنة 1998 ولائحته التنظيمية، حيث كانت تحسب على أساس الأسبوع كوحدة زمنية يتم من خلالها توقيع الغرامة و ذلك بعد إصداره لقانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة رقم 182 لسنة 2018، حيث تخلى المشرع المصري على هذه الطريقة وأصبحت الغرامة تحسب على أساس اليوم كوحدة زمنية تزداد فيها النسبة كلما زادت نسبة التأخير لمدة العقد الأصلية أو الجزء المتأخر من العقد وهذا ما نصت عليه وأكدته المادة 48 الفقرة الثالثة من القانون رقم 182 لسنة 2018 سابق الذكر حيث جاء فيها ما يلي"... في مقاولات الأعمال بما لا يجاوز مجموع مقابل التأخير نسبة (10%) من قيمة العقد إذا لم تتجاوز مدة التأخير نسبة (10%) من المدة الكلية للعملية، ويزيد مقابل التأخير إلى نسبة (15%) إذا جاوزت مدة التأخير ذلك.

ويحسب مقابل التأخير من قيمة الأعمال المتأخرة فقط إذا رأت الجهة الإدارية أن الجزء المتأخر لا يمنع الانتفاع بما تم تنفيذه بشكل مباشر أو غير مباشر على الوجه الأكمل في المواعيد المحددة، أما إذا رأت أن الجزء المتأخر يمنع الانتفاع بما تم تنفيذه فيكون حساب مقابل التأخير من قيمة ختامي العملية... "

وقد فصلت المادة 98 من اللائحة التنفيذية للقانون رقم 182 لسنة 2018 أيضا في كيفية تحصيل مقابل التأخير(غرامة التأخير) في عقد الأشغال العامة في حالة تأخر المتعاقد في تنفيذ التزاماته التعاقدية في المدة المحددة في العقد المبرم بينه وبين المصلحة المتعاقدة (الإدارة)، وجاء في نص المادة في فقرتها الثانية ما يلي"... 1- في مقاولات الأعمال:

(أ)- إذا لم تجاوز مدة التأخير نسبة(1%) من المدة الكلية للتنفيذ يحصل مقابل تأخير بنسبة (1%) من قيمة الأعمال أو الختامي، أو من قيمة الجزء المتأخر بحسب الأحوال.

(1)- أيمن فتحي محمد عفيفي، المرجع السابق، ص 266.

(ب)- تزاد نسبة تحصيل مقابل التأخير من قيمة الأعمال أو الختامي، أو من قيمة الجزء المتأخر بحسب الأحوال، بنسبة مدة التأخير ذاتها وإلى أن تصل إلى(1%) من المدة الكلية للتنفيذ.

(ج)- إذا جاوزت مدة التأخير نسبة (10%) من المدة الكلية للتنفيذ يحصل مقابل التأخير بنسبة (15%) من قيمة الأعمال أو الختامي، أو من قيمة الجزء المتأخر بحسب الأحوال..."

ويلاحظ من خلال القراءة التفصيلية لنص المادتين السابقتين، المادة 48 من القانون و المادة 98 من لائحته التنفيذية أن المشرع المصري ربط التأخير بمدة التنفيذ الأصلية للعقد، حيث إذا كانت مدة التأخير التي وقع فيها المتعاقد تقدر بي (1%) من مدة العقد الأصلي ففي هذه الحالة نوقع مقابل التأخير(غرامة التأخير) بواقع (1%) من قيمة العقد الكلية أو من قيمة الجزء الذي تأخر المتعاقد في انجازه وذلك حسب الأحوال التي تراها المصلحة المتعاقدة هل تم الانتفاع بما تم انجازه من قبل، ففي هذه الحالة توقع غرامة التأخير من قيمة الجزء المتأخر انجازه فقط أو لم يتم الانتفاع بما تم انجازه ففي هذه الحالة تحسب غرامة التأخير(مقابل التأخير) من القيمة الإجمالية للعقد وهذا كله في عقود الأشغال العامة أو ما يطلق عليه المشرع المصري مصطلح عقود المقاولات، وكلما ارتفعت نسبة مدة التأخير من مدة العقد الأصلية ارتفعت في المقابل غرامة التأخير بنفس نسبة التأخير إلى أن تصل إلى (10%) من مدة العقد الأصلية، مثال ذلك إذا كانت نسبة مدة التأخير التي وقع فيها المقاول هي (5%) من مدة العقد الأصلية فإن توقيع غرامة التأخير سوف يكون بنسبة (5%) أيضا من قيمة العقد أو من قيمة الجزء المتأخر في انجازه وهكذا إلى أن تصل النسبة (10%)، أما إذا تجاوزت نسبة مدة التأخير(10%) من مدة العقد الكلية فإن المشرع المصري يرفع مباشرة من قيمة الغرامة أو مقابل التأخير إلى نسبة (15%) من قيمة العقد الكلية أو من قيمة الجزء المتأخر في انجازه وذلك بحسب الأحوال التي ذكرناها سابقا.

وعليه نرى أن المشرع المصري رفع من النسبة القصوى التي يمكن أن تصل إليها غرامة التأخير أو مقابل التأخير في عقود المقاولات إلى (15%) في القانون الجديد على عكس القانون القديم الملغى لسنة 1998 الذي لم تتجاوز فيه غرامة التأخير نسبة (10%) كحد أقصى.

وبالرغم من أن القواعد المتعلقة بكيفية حساب غرامة التأخير وتلك التي تحدد نسبها وحدودها القصوى تعتبر قواعد تكميلية يجوز الاتفاق على مخالفتها، حيث إذا حددت الإدارة مبلغا معينا يدفع كغرامة تأخير في حالة إخلال المتعاقد بالتزاماته التعاقدية فإن مقدار هذه الغرامة هو الذي يطبق حتى لو تعارض هذا التحديد مع نص لائحة المناقصات والمزايدات المصري لأن هذا التحديد هو ما ارتضاه المتعاقدان وفق قاعدة العقد شريعة المتعاقدين ومن المبادئ المسلم بها فقهيا أن الخاص يقيد العام ولأنه الذي توافقت عليه إرادة المتعاقدين المشتركة و هو ما أيده بعض الفقه المصري[1].

وبالرغم من ذلك يرى الأستاذ أيمن فتحي عفيفي أن هناك فائدة كبيرة في تحديد القواعد و النسب في تطبيق غرامة التأخير في عقد الأشغال العامة بأداة لها صفة العمومية كما هو الحال في مصر وفرنسا وذلك للأسباب التالية[2]:

1- لولا وجود هذه النسب والقواعد في قانون الصفقات لما أمكن تطبيق غرامة التأخير في الحالة التي يخلو فيها العقد الإداري من تنظيم دقيق لها لعدم إمكان حسابها، أو الحالة التي يكون فيها تنظيم المتعاقدين للغرامة في العقد الإداري تنظيم قاصر، إذ أن كل نقص أو قصور في الاتفاق سوف يرجع بشأنه إلى القواعد والنسب التي وضعها القانون أو اللائحة.
2- إن وجود مثل هذه القواعد والنسب التفصيلية يمثل نبراسا للإدارة والمتعاقد على السواء فتكون بمثابة المقياس الذي تضعه الإدارة في اعتبارها عندما تعقد الاتفاق مع المقاول، ومن جانب آخر تحد هذه القواعد والنسب أيضا من الاتفاقات التي يهبط فيها المتعاقدان بالغرامة إلى حدود دنيا بحيث لا تحقق الردع الخاص للمقاول مما يضر في النهاية بالصالح العام.

وقد استقر قضاء المحكمة الإدارية العليا في مصر على أن فرض غرامة التأخير هو لضمان تنفيذ العقود الإدارية في المواعيد المحددة، فقد نصت في أحد أحكامها على أنه على المقاول انجاز الأعمال المسندة له في الموعد المحدد في العقد، وللجهة الإدارية حال تأخره عن إنهاء هذه الأعمال

(1)- من الفقهاء المصريين الذين أيّدُ هذا الطرح – هرون عبد العزيز الجمل، المرجع السابق، ص 144، – احمد عثمان عياد، المرجع السابق، ص 347.

(2)- أيمن فتحي محمد عفيفي، المرجع السابق، ص ص 261- 262.

في موعدها منحه مهلة إضافية مع توقيع غرامة تأخير عليه لتراخيه في انجاز الأعمال في موعدها ولها أن تستنزل قيمة هذه الغرامة من المبالغ التي تكون مستحقة له بموجب هذا العقد[1].

الفرع الثالث

تنظيم غرامة التأخير في عقد الأشغال العامة في الجزائر

أما بالنسبة للوضع في الجزائر فيما يخص تنظيم غرامة التأخير في عقد الأشغال العامة فقد اكتفى المشرع الجزائري في قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام لسنة 2015 في نص المادة 147 الفقرة الثانية[2] منه بإحالة الأمر إلى دفاتر الشروط المختلفة[3].

وبالرجوع لنص المادة 36 من دفتر الشروط الإدارية العامة لسنة 1964 السابق و المطبق على صفقات الأشغال العامة والتي نصت ما يلي" إذا وردت في عقد الصفقة نصوص تتضمن عقوبات على التأخير فيجرى تطبيقها دون إنذار سابق بعد التأكد العادي من تاريخ انقضاء الأجل التعاقدي للتنفيذ وتاريخ استلام الأشغال المؤقت..."، ويفهم من نص المشرع الجزائري أن اعتبار تطبيق غرامة التأخير متوقف على إرادة المتعاقدين في إدراجها ضمن شروط صفقة الأشغال العامة أو عدم إدراجها، فإذا تم النص عليها في بنود الصفقة فلإدارة المتعاقدة حرية توقيعها مباشرة بعد التأكد من انتهاء الأجل التعاقدي لتنفيذ الصفقة واثبات إخلال المقاول بالتزاماته وحتى ولو لم ينتج عن هذا الإخلال أي ضرر للإدارة المتعاقدة، وعليه نستنتج أن المشرع الجزائري علّق تطبيق وتوقيع

(1)- خليل صالح السامرائى، عقد الأشغال العامة، إبرام- تنفيذ- انتهاء، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2017، ص 183.

(2)- نصت المادة 147 الفقرة الثانية من قانون الصفقات وتفويضات المرفق العام لسنة 2015 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..."

(3)- عبد الحليم مجدوب، غرامات التأخير في العقود الإدارية، **المجلة الجزائرية للحقوق والعلوم السياسية**، العدد الرابع، معهد العلوم القانونية والإدارية، المركز الجامعي احمد بن يحي الونشريسي، تيسمسيلت، ديسمبر، 2017، ص 164.

غرامة التأخير في عقد الأشغال العامة على وجوب النص عليها ضمن شروط صفقة الأشغال العامة[1].

وما يؤكد هذا الطرح ما نص عليه المشرع الجزائري على جعل عقد الأشغال العامة أو عقد الصفقة العمومية المصدر الأساسي في فرض غرامة التأخير أو في الإعفاء منها، وذلك من خلال النص صراحة على ذلك في نص المادة 147 الفقرة الثالثة السابقة الذكر من ق.ص.ع.ت.م.ع حيث جاء فيها ما يلي" تقتطع الغرامات المالية التعاقدية المطبقة على المتعاملين المتعاقدين بموجب بنود الصفقة من الدفعات التي تتم حسب الشروط والكيفيات المنصوص عليها في الصفقة"، وهذا التأكيد يحمي المصلحة المتعاقدة من الإخلال بالالتزامات التعاقدية من جانب المتعاقد معها أثناء تنفيذ الصفقة، سواء تعلق الأمر بآجال التنفيذ، أو الإخلال بالمواصفات الفنية المتعاقد عليها والمتعلقة بالتنفيذ[2]، كما جاءت المادة 95 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15 المتعلق ب ق.ص.ع.ت.م.ع لسنة 2015 السابق الذكر، تحت عنوان للقسم بالبيانات الإلزامية الواجب توافرها في الصفقة العمومية على شرط وجود نسب للغرامة في متن الصفقة العمومية باعتبار غرامة التأخير شرط يدرج في بنود صفقة الأشغال العمومية، و مما جاء في المادة ما يلي" يجب أن تشير كل صفقة عمومية إلى التشريع والتنظيم المعمول بهما والى هذا المرسوم ويجب أن تتضمن على الخصوص البيانات التالية:...

- الإشارة إلى دفاتر البنود الإدارية العامة ودفاتر التعليمات التقنية المشتركة المطبقة على الصفقات التي تشكل جزا لا يتجزأ منها.
- نسب العقوبات المالية وكيفيات حسابها وشروط تطبيقها أو النص على حالات الإعفاء منها..."

وتوقيع غرامة التأخير في عقد الأشغال العامة مرتبط أساسا بنهاية مدة التنفيذ لما لها من أهمية في فرضها، فإذا تم استلام الأعمال والأشغال المتفق عليها والمنجزة قبل نهاية المدة القانونية

(1)- عمار بوضياف، صوفية عباد، المرجع السابق، ص 279.

(2)- حبشي ليلى كميلة، الغرامة التأخيرية آلية لضمان احترام آجال تنفيذ الصفقة العمومية " دراسة تحليلية في التشريع الجزائري "، **مجلة الدراسات الحقوقية**، العدد التاسع، تصدر عن جامعة الدكتور مولاي الطاهر، سعيدة، 2018، ص 265.

للتنفيذ أو في التاريخ المحدد لنهايتها فقد تخطى بذلك المتعاقد الخطأ التعاقدي الموجب لتوقيع غرامة التأخير وهذا على أساس أن المتعاقد معه أي الإدارة قد تسلمت الأشغـــال في الميعـاد المحـــدد و المتفق عليه وهي مطابقة للمواصفات الفنية المتعاقد عليها وإلا كانت تحت طائلة توقيع الغرامة بسبب التنفيذ المعيب للعقد وينتهي عقد الأشغال العامة بانتهاء المدة المقررة في العقد ويتحرر بذلك المقاول من التزاماته قِبَل الإدارة بتسليم الأعمال التي قام بتنفيذها في المدة القانونية والمحددة في العقد الإداري[1].

وقد قام المشرع الجزائري بتعديل دفتر البنود الإدارية العامة المطبقة على الصفقات العمومية للأشغال الصادر سنة 1964 لأنه أصبح لا يتماشى مع القوانين المطبقة في الوقت الحالي من بينها قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام الصادر سنة 2015، وقد صدر هذا التعديل بناء على مرسوم تنفيذي مؤرخ في ماي2021، وأهم ما جاء به المشرع الجزائري في تعديله لدفتر الشروط الإدارية المطبقة على صفقة الأشغال العامة أنه ألزم المصلحة المتعاقدة بإعذار المتعاقد معها في أجل محدد لكي يقوم بالتقيد بشروط وأحكام الصفقة العمومية للأشغال في حالة ملاحظة الإدارة أن المقاول المتعاقد معها لم يتقيد بما تم الاتفاق عليه في عقد الأشغال العامة أو أوامر الخدمة المبلغة له وهذا ما نصت عليه المادة 119 الفقرة الأولى من دفتر الشروط الإدارية سابق الذكر، ولابد من التأكيد على أن المشرع الجزائري شدد أن يكون الإعذار المبلغ للمقاول مع الإدارة برسالة موصى بها ومقابل وصل استلام ونشر هذا الإعذار حسب الشروط المبينة في القانون المعمول به[2].

وفي حالة عدم معالجة المقاول للتقصير المنسوب إليه في المدة أو الأجل الذي منحته إياه المصلحة المتعاقدة رغم اعذاره، يمكن لهذه الأخيرة اللجوء مباشرة إلى تطبيق الإجراءات الردعية أو الفاسخة المنصوص عليها في الأحكام التشريعية والتنظيمية[3]، وهذا ما نصت عليه المادة 2.119

(1)- بن صغير مليكة أسماء، المرجع السابق، ص 187.

(2)- نصت المادة 1.1.119.من دفتر الشروط الإدارية لسنة 2021 ما يلي " يجب أن يبلغ الاعذار للمقاول عن طريق رسالة موصى بها، مقابل وصل استلام ونشره حسب الشروط المحددة في التنظيم المعمول به"

(3)- راجع نص المادة 2.119. من دفتر البنود الإدارية العامة لسنة 2021، المطبقة على الصفقات العمومية للأشغال.

من دفتر البنود الإدارية العامة لسنة 2021، ومن خلال القراءة الأولية لنص هذه المادة نرى أن المشرع الجزائري لم يبين لنا أنواع الإجراءات الردعية التي ذكرها بجانب إجراءات الفسخ؟ وهل غرامة التأخير تعتبر من الإجراءات الردعية التي تستلزم الإعذار بها قبل توقيعها أم لا؟، كل هذه الأسئلة كان حري بالمشرع الجزائري الإجابة عليها لرفع اللبس عنها و عن كيفية توقيعها، ونرى في الأخير أن المشرع ألزم المصلحة المتعاقدة قبل اللجوء لأي إجراء ردعي من جانبها أن تطلب من المقاول المتعاقد معها عناصر الدفاع الخاصة به وملاحظاته ومبرراته حول ما سوف يتم توقيعه عليه من إجراءات ردعية وكل ذلك في أجل تحدده المصلحة المتعاقدة لرد المقاول على هذه الإجراءات الردعية المحتمل توقيعها عليه، ويتم كل ذلك عن طريق التبليغ الرسمي[1]، وهنا المشرع لم يبن لنا ما هو الإجراء الذي تتخذه المصلحة المتعاقدة في حالة عدم رد المقاول وتقديم دفاعاته حول الإجراءات الردعية المحتمل توقيعها عليه في المدة القانونية التي حددتها له المصلحة المتعاقدة أو في حالة أن هذه الدوافع التي قدمها لا يعتد بها لإثبات أن التقصير الذي وقع فيه لا دخل له فيه، وهنا يظهر لنا جليا أن المشرع الجزائري تأثر بنظيره المشرع الفرنسي وبآخر تعديل له لكراسة الشروط العامة لعقد الأشغال العامة لسنة 2021.

وقد تطرق المشرع الجزائري إلى غرامة التأخير التي توقع على المقاول المتقاعس أو المتأخر في تنفيذ التزاماته التعاقدية والتي أدرجها المشرع من قبيل الإجراءات الردعية المسلطة على المتعاقد مع الإدارة وذلك تحت مسمى العقوبات المالية، ونحن بدورنا نعيب على المشرع الجزائري على عدم تسمية هذه الإجراءات باسم "غرامة التأخير" لتكون أكثر دقة ولرفع اللبس عما يشابها من عقوبات وإجراءات ردعية أخرى، حيث خصص لها المشرع المادة 121 بعنوان العقوبات المالية[2] جاءت في الفصل الثالث، القسم الأول من دفتر البنود الإدارية العامة المطبقة على الصفقات العمومية للأشغال لسنة 2021.

(1)- نصت المادة 1.5.119. من دفتر الشروط الإدارية لسنة 2021 ما يلي" قبل اللجوء إلى كل إجراء ردعي، يطلب من المقاول تقديم عناصر الدفاع الخاصة به في اجل تحدده المصلحة المتعاقدة بواسطة تبليغ رسمي."

(2)- نصت المادة 1.121.من دفتر البنود الإدارية لسنة 2021 ما يلي " دون الإخلال بالعقوبات المنصوص عليها في التشريع المعمول به، فإن عدم التنفيذ من طرف المقاول، في الآجال المحددة أو التنفيذ الغير مطابق للالتزامات التعاقدية، لا سيما تلك موضوع دفتر التعليمات التقنية المشتركة، يعرض المقاول لتطبيق العقوبات المالية."

وعليه فإن الإدارة أو المصلحة المتعاقدة تقوم بتوقيع غرامة التأخير على المتعاقد معها في عقد الأشغال العامة في حالتين، أولا في حالة عدم احترام آجال التنفيذ المنصوص عليها في العقد الإداري، ثانيا في حالة عدم التنفيذ المطابق للشروط المتفق عليها أو تنفيذها بشكل معيب، حيث تفرض الغرامة في الحالة الأولى بمجرد احتواء عقد الأشغال العامة على أجل لتنفيذ الصفقة و عدم قيام المتعاقد بالتنفيذ قبل نهاية المدة القانونية له و تفرض في الحالة الثانية في حالة عدم احترام المقاول للمواصفات التقنية الخاصة بموضوع الصفقة العمومية للأشغال، وهذا بنص المادة 1.1.121[1] من دفتر البنود الإدارية العامة لسنة 2021، المطبقة على الصفقات العمومية للأشغال.

فضلا عن ذلك فقد أعقب المشرع الجزائري في دفتر البنود الإدارية الخاصة بعقد الأشغال العامة لسنة 2021 على أن غرامة التأخير الموقعة عند التأخير في الإنجاز خلال المدة القانونية للعقد يمكن أن يكون لها حد أقصى تصل إليه ولا تتجاوزه وذلك حسب الحالة، وتصل إلى حد فسخ الصفقة العمومية حيث يبقى المقاول هو من يتحمل مسؤولية عدم قيامه بتنفيذ التزاماته في المواعيد المحددة في عقد الصفقة العمومية للأشغال، وفي حالة أخرى يمكن للمصلحة المتعاقدة أن لا تحدد حد أو سقف أقصى تصل إليه غرامة التأخير وذلك على حسب الحالة وأهمية المرفق المنجز للإدارة، إذ تبقى مسؤولية تسقيف أو عدم تسقيف غرامة التأخير من اختصاص المصلحة المتعاقدة وحسب الحالة التي عُقِدت فيها الصفقة العمومية[2].

ومن جانبنا يؤيد الباحث هذا الطرح الذي انتهجه المشرع الجزائري في جعل غرامة التأخير مفتوحة أي يمكن في بعض الحالات أن تكون مسقفة ولها حدود قصوى تصل إليها وفي بعض الحالات التي يمكن للإدارة أن تبقي غرامة التأخير مفتوحة وقد تصل في بعض الأحيان إلى أكثر

(1)- راجع نص المادة 1.1.121 من دفتر البنود الإدارية العامة لسنة 2021، المطبقة على الصفقات العمومية للأشغال.

(2)- نصت المادة2.121.من دفتر البنود الإدارية العامة لسنة 2021 ما يلي " يمكن أن تكون العقوبات المالية المطبقة عند التأخير في الانجاز حسب الحالة:

- لا تتجاوز سقف محدد و تخضع لتدابير ردعية والتي يمكن أن تؤدي في بعض الحالات إلى فسخ الصفقة العمومية للأشغال حيث تقع المسؤولية حصرا على المقاول.
- لا يحدد سقف لها..."

من 200% من قيمة العقد الأصلي، خاصة في بعض العقود المهمة بالنسبة للإدارة والتي لا تحتمل التأخير في الانجاز، حيث في هذه الحالة لما تبقى غرامة التأخير غير مسقفة فهنا تعتبر تحفيزا للمقاول لإعطاءه الأولوية للتنفيذ في المواعيد المحددة وتنفيذه المطابق لما تم الاتفاق عليه في موضوع الصفقة العمومية للأشغال وإلا وقعت عليه غرامة تأخير كبيرة تصل إلى مستويات ونسب كبيرة ترهق كاهله، إذ تبقى غرامة التأخير في هذه الحالة وسيلة ردع يحسب لها المتعاقد أو المقاول مع الإدارة ألف حساب قبل إقدامه على عدم تنفيذ التزاماته التعاقدية في المواعيد المحددة للتنفيذ أو تنفيذها الغير مطابق لشروط العقد الإداري موضوع الصفقة.

لكن يبقى التساؤل المطروح من أي قيمة مالية يتم حساب غرامة التأخير منها هل من قيمة الصفقة الإجمالية للعقد ككل أو من قيمة المبلغ الجزئي من الأشغال أو الخدمات التي لم يتم تنفيذها إذا كان هناك أجل جزئي في الصفقة العمومية الخاصة بالأشغال العامة، هذا السؤال أجاب عليه المشرع الجزائري في نص المادة 9.121. حيث جاء فيها ما يلي" في حالة التأخير المنسوب إلى المقاول في تنفيذ الأشغال، سواء تعلق الأمر بخدمات الصفقة العمومية للأشغال أو جزء من الخدمات التي تم تحديد لها أجل التنفيذ الجزئي، يتم على التوالي، تطبيق:

- عقوبة مالية على التأخير تحسب استنادا إلى المبلغ دون احتساب الرسوم بمجمل الصفقة العمومية للأشغال، للتأخير بالنسبة لأجل تنفيذ الصفقة.
- عقوبة مالية على التأخير، تحسب استنادا إلى المبلغ الجزئي دون احتساب الرسوم لجزء من الخدمات التي لم يتم تنفيذها و ذلك للتأخيرات الخاصة بالأجل الجزئي الموافق لجزء الخدمات المعني."

واستخلاصا لما سبق ذكره في نص المادة السابقة نرى أن المشرع الجزائري ربط توقيع غرامة التأخير بأجل تنفيذ الصفقة المدون في العقد المبرم بين المقاول والمصلحة المتعاقدة، حيث إذا كان للصفقة العمومية أجل تنفيذ إجمالي وغير مجزئ ففي هذه الحالة توقع غرامة التأخير استنادا للمبلغ الإجمالي للصفقة وذلك دون احتساب الرسوم، أما إذا كان للصفقة العمومية للأشغال أجل تنفيذ إجمالي وأجال تنفيذ جزئية تم تحديدها في عقد الصفقة العمومية خاصة بجزء من الخدمات أو الأشغال، يتم في هذه الحالة توقيع غرامة التأخير واقتطاعها من المبلغ الجزئي الخاص بجزء

الأشغال التي تم تحديد أجل تنفيذ خاص بها في عقد الصفقة العمومية والتي تأخر المقاول في تنفيذها في الموعد المحدد لها.

وعليه فإن المشرع الجزائري وضع شرط وجود أجل جزئي في متن عقد الصفقة العمومية للأشغال لكي يتم توقيع غرامة التأخير من المبلغ الجزئي دون احتساب الرسم الخاص بالتأخير الذي وقع فيه المقاول في ذلك الأجل الجزئي المنصوص عليه في العقد الإداري، أما إذا لم يحتوي عقد الصفقة العمومية على آجال جزئية للتنفيذ، بل يوجد أجل إجمالي واحد للتنفيذ فهنا المصلحة المتعاقدة تقوم بخصم و حساب غرامة التأخير من قيمة المبلغ الأصلي والإجمالي للصفقة العمومية بعد نهاية المدة القانونية للتنفيذ، ونلاحظ أن المشرع الجزائري تأثر بنظيره المشرع المصري في كيفية حساب غرامة التأخير سواء من مبلغ الصفقة الكلي أو من مبلغ الجزء الذي تأخر المقاول في تنفيذه لكن المشرع المصري أضاف شرط الانتفاع والذي بدورنا نؤيد هذا الشرط وكان حري بالمشرع الجزائري إضافة هذا الشرط إلى شرط وجود أجل جزئي منصوص عليه في العقد الإداري، حيث أحسن المشرع المصري الذي أوقف توقيع غرامة التأخير على شرط الانتفاع هل تم الانتفاع بما تم انجازه من قبل أم لا، حيث إذا تم الانتفاع فهنا تحسب غرامة التأخير من قيمة الجزء المتأخر فيه فقط أو لم يتم الانتفاع بما تم انجازه من قبل فتحسب غرامة التأخير من قيمة إجمالي الصفقة العمومية حتى ولو كان هناك أجل جزئي منصوص عليه في متن الصفقة وتعتبر غرامة التأخير في هذه الحالة بمثابة عقوبة للمقاول الذي تأخر في تنفيذ التزاماته التعاقدية في المواعيد المحددة في عقد صفقة الأشغال العامة والذي سبب ضرر للمصلحة المتعاقدة.

وأكد المشرع الجزائري على أن توقيع غرامة التأخير أو العقوبات المالية تأتي مباشرة بعد معاينة المصلحة المتعاقدة لفعل التأخير، أي أن المصلحة المتعاقدة لا تقوم بإنذار وإعلام المقاول المتعاقد معها قبل تسليط العقوبة عليه بل تأتي مباشرة بعد معاينة فعل التأخير[1]، وهنا المشرع لم يبين لنا كيف تتم عملية معاينة فعل التأخير من قبل المصلحة المتعاقدة.

(1)- نصت المادة 121 الفقرة الثامنة من دفتر البنود الإدارية لسنة 2021 ما يلي " تطبق العقوبات المالية على التأخير لمجرد معاينته من قبل المصلحة المتعاقدة، أو ممثلها و / أو من طرف صاحب الاستشارة الفنية."

وقد شدد المشرع الجزائري على حساب غرامة التأخير يتم إلى غاية اليوم الذي قد تقرر فيه المصلحة المتعاقدة فسخ العقد الإداري وتبليغ قرار الفسخ للمتعاقد معها، أو إلى اليوم الذي تتوقف فيه مؤسسة الانجاز عن العمل بسبب وفاة المقاول أو عجزه الجسدي عن مواصلة تنفيذ التزاماته التعاقدية أو صدور قرار التسوية القضائية أو التصفية القضائية لمؤسسة الانجاز الخاصة بالمقاول[1].

فضلا عن ذلك فإنه يجب على المصلحة المتعاقدة وضع رزنامه مفصلة للتنفيذ في العقد الإداري وتبليغها للمتعاقد مع الإدارة حتى يتسنى للإدارة المتعاقدة الاحتجاج بها في مواجهته وفرض غرامة التأخير عليه[2]، وفي حالة توقيع غرامة التأخير بسبب التنفيذ الغير المطابق، يعتبر هذا النوع من الغرامات من قبيل العقوبات المالية التي تحقق الجودة في الخدمات موضوع الصفقة العمومية[3].

المطلب الثاني

كيفية حساب غرامة التأخير في عقد الأشغال العامة

جدير بالذكر أن ننوه أن غرامة التأخير تختلف طريقة حسابها من تشريع إلى آخر كما تختلف نسبتها بحسب طبيعة ونوع العقد الإداري المبرم بين المتعامل المتعاقد من جهة والإدارة من جهة أخرى، وعليه سوف نبين كيفية حساب غرامة التأخير في عقد الأشغال العامة في كل من **مصر(الفرع الأول)** وفي **الجزائر(الفرع الثاني)** وذلك على النحو الآتي:

(1)- نصت المادة 11.121 من دفتر البنود الإدارية العامة لسنة 2021 ما يلي " في حالة الفسخ، تطبق الغرامات المالية إلى غاية اليوم المدرج لتبليغ قرار الفسخ إلى غاية يوم التوقف عن نشاطات المؤسسة في حالة وفاة المقاول أو التسوية القضائية أو التصفية القضائية أو العجز الجسدي لهذا الأخير."

(2)-*Benjamin Martinez, Fabien Serr, Exécution des marchés publics, mise en Œuvre administrative et financière ,Lemoniteur, paris, 2013,p162.*

(3)- حبشي ليلى كميلة، المرجع السابق، ص 270.

الفرع الأول

حساب الغرامة في عقد الأشغال العامة في مصر

فيما يلي سوف نستعرض تطور حساب غرامة التأخير عبر قوانين المناقصات والمزايدات العامة في مصر، حيث يتضح من العرض السابق للغرامة في القانون رقم 89 ولائحته التنفيذية لسنة 1998 أن نسبة غرامة التأخير تحسب على أساس نسب ثابتة بحيث توقع هذه الغرامة بنسبة (1%) من قيمة الصفقة كلها أو من المرحلة التي وقع فيها التأخير بحسب الأحوال عن كل أسبوع تأخير أو جزء من الأسبوع و هو ما يعني أن الغرامة الناتجة عن التأخير عن كل أسبوع أو جزء من الأسبوع سوف تجمع مع الغرامة الناتجة عن التأخير للأسبوع الذي يليه أو جزء منه، بحيث تتصاعد الغرامة ولكن على نسبة ثابتة وهي بقدر (1%) بحيث لا يجاوز مجموع غرامة التأخير في الأخير نسبة (10%) من قيمة الصفقة أو العقد.

والملاحظ أن المشرع المصري باعتماده القاعدة السابقة في القانون رقم 89 لسنة 1998، أي حساب الغرامة على أساس نسب ثابتة، يكون قد عدل عن طريقة حساب الغرامة على أساس نسب متغيرة، فقد كان المشرع المصري في القانون السابق رقم 9 لسنة 1983 ولائحته التنفيذية للمناقصات والمزايدات يغير نسب غرامة التأخير كلية في حالة ازدياد مدة التأخير من أسبوع لأسبوع آخر[1] ويعتبر كل أسبوع منها وحدة زمنية مستقلة بشأن نسبة غرامة التأخير التي توقع عن هذا

(1)- نصت المادة 81 من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات المصري رقم 9 لسنة 1983 السابق والملغى، ما يلي: " يلتزم المقاول بإنهاء الأعمال موضوع التعاقد بحيث تكون صالحة تماما للتسليم المؤقت في المواعيد المحددة، فإذا تأخر جاز للسلطة المختصة بالاعتماد إذا اقتضت المصلحة إعطاءه مهلة إضافية لإتمام التنفيذ على أن توقع عليه غرامة عن المدة التي يتأخر فيها إنهاء العمل بعد الميعاد المحدد والى أن يتم التسليم المؤقت، ولا يدخل في حساب مدة التأخير مدة التوقف التي يثبت لجهة الإدارة نشوؤها عن أسباب قهرية، ويكون توقيع الغرامة بالنسب والأوضاع التالية:

1% عن الأسبوع الأول أو أي جزء منه.

1.5% عن الأسبوع الثاني أو أي جزء منه.

2% عن الأسبوع الثالث أو أي جزء منه.

4%عن كل شهر أو جزء منه بعد ذلك بحيث لا يجازو مجموع الغرامة 15%..."

الأسبوع، فهي 1%عن الأسبوع الأول أو أي جزء منه و 1.5%عن الأسبوع الثاني أو أي جزء منه وهكذا ...[1].

ونستنتج أيضا من قانون المناقصات المزايدات المصري لسنة 1998 اعتماد المشرع المصري للأسبوع كوحدة زمنية تحسب على أساسها الغرامة، في حين اعتماد جل القوانين المقارنة على اليوم كوحدة زمنية تفرض على أساسها غرامة التأخير وعلى رأسها المشرع الفرنسي والجزائري والأردني.

فقد اتخذ المشرع المصري من الأسبوع وحدة زمنية تفرض على أساسها غرامة التأخير وساوى في ذلك بين الأسبوع والجزء منه في حساب الغرامة بحيث توقع الغرامة بنسبة 1% عن كل أسبوع أو جزء من هذا الأسبوع، ويبدأ حساب الأسبوع الذي تحسب على أساسه الغرامة من اليوم التالي لليوم الذي كان يجب فيه الانتهاء من الأعمال المتفق عليها بحيث إذا أتم المقاول الأعمال والأشغال في اليوم التالي فرضت عليه غرامة بواقع 1% على اعتبار أنه قد تأخر أسبوعا وإذا أتم الأشغال في اليوم الثامن فرضت عليه غرامة بواقع 1%على اعتبار أنه تأخر أسبوع آخر، فتصبح الغرامة المستحقة على المتعاقد أو المقاول بعد جمعها في الأسبوع الأول والثاني بواقع 2%، وهكذا حتى تصل نسبة الغرامة إلى الحد الأقصى لها المبين في المادة أعلاه، وهو في عقود المقاولات 10%من قيمة العقد الإداري سواء كانت الغرامة تحسب على أساس العملية كلها أم على أساس الجزء المتأخر منها فقط[2].

ومن باب المفاضلة بين الأسبوع واليوم باعتباره وحدة زمنية تحسب على أساسها غرامة التأخير، نجد رأي الأستاذ أيمن جمعة الذي يرى أن اليوم أفضل من الأسبوع لاعتباره وحدة زمنية تحسب من خلالها غرامة التأخير، فاليوم يعتبر أكثر تماشيا مع طبيعة غرامة التأخير باعتبارها عقوبة[3]، والباحث يؤيد هذا الطرح باعتبار اليوم كوحدة زمنية أفضل من الأسبوع في حساب غرامة

(1)–نصر الدين بشير، المرجع السابق، ص ص 463– 464.

(2)– أيمن فتحي محمد عفيفي، المرجع السابق، ص ص 263– 264.

(3)– أيمن جمعة، **تنفيذ عقد الأشغال العامة**، رسالة دكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة الزقازيق، مصر، 2005، ص 226.

التأخير أسوة بمعظم الدول التي تأخذ بنظام اليوم[1]، لأن حساب الغرامة بالأيام من شانه أن يدفع المقاول المتأخر إلى السرعة في الانتهاء من التنفيذ يوما قيل يوم آخر لتفادي تراكم الغرامة، في حين اعتماد نظام الأسبوع فإن المقاول يستوي عنده اليوم والأسبوع فإنه سوف يرتب أموره في نهاية الأسبوع بما لا يحقق مصلحة المرفق العام[2].

وقد استجاب المشرع المصري لآراء الفقهاء حول تغيير كيفية حساب غرامة التأخير من الاعتماد على الأسبوع كوحدة زمنية لحساب الغرامة إلى الاعتماد على اليوم باعتباره وحدة زمنية بدل الأسبوع وذلك في القانون الجديد للصفقات العامة التي تعقدها الجهات الحكومية الذي صدر في سنة 2018 ولائحته التنفيذية التي صدرت في سنة 2019.

الفرع الثاني

حساب الغرامة في عقد الأشغال العامة في الجزائر

أما بالنسبة للوضع في الجزائر فيما يخص كيفية حساب غرامة التأخير في عقد الأشغال العامة و مقدارها فقد اكتفى المشرع الجزائري في المرسوم الرئاسي المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام بإحالة الأمر إلى دفاتر الشروط المختلفة وذلك في نص المادة 147 الفقرة الثانية والثالثة والتي جاء فيها: " تقتطع العقوبات المالية التعاقدية المطبقة على المتعاملين المتعاقدين بموجب بنود الصفقة من الدفعات التي تتم حسب الشروط والكيفيات المنصوص عليها في الصفقة "، وأضاف المشرع الجزائري بأن توضح دفاتر الشروط العامة المحينة دوريا الشروط التي تبرم وتنفذ على إثرها صفقة الأشغال العامة[3] واستلزم أيضا أن تتضمن هذه الدفاتر على نسب العقوبات المالية وكيفية احتسابها وشروط تطبيقها والنص على حالات الإعفاء منها[4].

(1)- من بين الدول التي تأخذ باليوم كوحدة زمنية لحساب غرامة التأخير، فضلا عن المشرع الفرنسي نجد المشرع الأردني والمملكة العربية السعودية والمشرع الجزائري.

(2)- أيمن فتحي محمد عفيفي، المرجع السابق، ص 265.

(3)- راجع نص المادة 26 الفقرة الأولى من المرسوم الرئاسي رقم 15/ 247، الرجع السابق.

(4)- راجع نص المادة 95 من المرسوم الرئاسي رقم 15/ 247، الرجع السابق.

ويتم حساب غرامة التأخير في الجزائر عادة وفق المعادلة التالية[1]: ع = م × ت/7× أ

ومعنى هذه المعادلة باللغة الأجنبية هي: P = D× N / 7×M

ع = P : العقوبة المالية الإجمالية (الغرامة المطبقة)

م = M : مبلغ الصفقة + مبالغ الملاحق الخاصة بالزيادة إن وجدت

ت = N : التأخير الحاصل المعبر عنه بالأيام

أ = D : الأجل التعاقدي المعبر عنه بعدد الأيام

وهناك من يتبع طريقة مغايرة في حساب غرامة التأخير حيث يتم حساب الغرامة اليومية ثم ضربها في عدد أيام التأخير وفق القاعدة التالية: الغرامة اليومية p = M / 7× D ويرمز حرف M لمبلغ الصفقة وحرف D للأجل التنفيذ أو ميعاد التنفيذ معبر عنه بالأيام مضروب في7[2]، وبعد الحصول على مبلغ الغرامة اليومية المطبقة يتم ضربها في عدد الأيام التي تأخر المتعاقد في إتمام العمل الموكل له وفق المعادلة التالية: المبلغ الإجمالي لغرامة التأخير= الغرامة اليومية × مدة تأخر الإنجاز بالأيام.

حيث أن مبالغ غرامة التأخير غير محددة حدودها القصوى في قانون الصفقات العامة وتفويضات المرفق العام لسنة 2015، عكس المشرع المصري الذي وضع لها حدود قصوى تختلف باختلاف العقد الإداري، إلا أن المشرع الجزائري استدرك الأمر و أجاز تحديد حد أقصى لغرامة التأخير بموجب عقد الصفقة أو في دفاتر التعليمات الخاصة مثل دفتر الشروط العامة لعقد الأشغال العامة في شكل نسب مئوية لا يمكن للغرامة تجاوزها[3].

(1)- عبد الحليم مجدوب، المرجع السابق، ص 164.

(2)- عمار بوضياف، عباد صوفية ، المرجع السابق، ص 285.

(3)- حبشي ليلى كميلة، المرجع السابق، ص ص 276- 277.

وفي الأخير نستنتج أن الإدارة لما تتخذ قرار بتوقيع غرامة التأخير في عقد الأشغال العامة على المتعاقد معها فإن لهذا القرار أثار قانونية تنتج عنه، وننوه أن تلك الآثار تتشابه في معظم الدول المقارنة بما فيها فرنسا ومصر والجزائر و تتمثل جل هذه الآثار فيما يلي[1]:

أولا: التزام المتعاقد مع الإدارة بدفع مبلغ الغرامة حيث يصبح المتعاقد محملا بالتزام بالوفاء بها، فإذا قصَّر في ذلك يكون قد ارتكب خطأ يختلف عن خطئه الأصلي المتمثل سواء في تأخره في تنفيذ التزاماته العقدية أو تنفيذها المعيب ويستتبع ذلك التزامه بأداء فوائد قانونية عن المبلغ المستحق طوال مدة التأخير في سداده.

ثانيا: توقيع غرامة التأخير لا ينهي الرابطة التعاقدية، حيث أن قرار توقيع غرامة التأخير ليس من أثره إنهاء الرابطة التعاقدية بين الإدارة وجهة المتعاقد، وأساس ذلك أن الغاية من توقيع غرامة التأخير هو حث المتعاقد على عدم التراخي في تنفيذ التزاماته التعاقدية المنصوص عليها في العقد الإداري وذلك ضمانا لحسن سير المرافق العامة بانتظام واطراد.

ثالثا: توقيع غرامة التأخير لا يمنع الإدارة من توقيع الجزاءات الإدارية الأخرى، إذ لا يوجد ما يمنع من الجمع بين غرامة التأخير وجزاءات إدارية أخرى في العقد الإداري طالما تحقق السبب من توقيعها و بذلك يمكن جمع غرامة التأخير مع الجزاءات الضاغطة أو الفاسخة عن ذات المخالفة.

رابعا: توقيع غرامة التأخير لا يمنع الرقابة القضائية اللاحقة لإصدار قرار الغرامة، وقد رأينا فيما سبق في هذا البحث أن المتعاقد مع الإدارة يستطيع اللجوء للقاضي مطالبا إياه ممارسة رقابته على الإدارة فيما يتعلق بقرارها الصادر بتوقيع غرامة التأخير، حيث يستطيع القاضي فيما يخص توقيع الإدارة للجزاءات المالية غير المشروعة فله أن يردها، أو الإعفاء منها أو تخفيضها على حسب الأحوال[2].

(1)- نصر الدين بشير، المرجع السابق، ص 475 وما بعدها.

(2)- سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص 508.

المبحث الثاني

تطبيق غرامة التأخير في عقد التوريد

يعتبر عقد التوريد من بين أهم العقود الإدارية التي يظهر فيها تطبيق جزاء غرامة التأخير بكثرة بجانب عقد الأشغال العامة الذي سبق دراسته، ويعرف عقد التوريد كما جاء في حكم لمحكمة القضاء الإداري المصرية بأنه" اتفاق بين شخص معنوي من أشخاص القانون العام وفرد أو شركة يتعهد بمقتضاه الفرد أو الشركة بتوريد منقولات معينة للشخص المعنوي لازمة لمرفق عام مقابل ثمن معين"[1].

كما يعرف الفقه عقد التوريد بأنه" اتفاق بين أحد الأشخاص المعنوية العامة وأحد الأفراد أو الشركات يلتزم بمقتضاه الطرف الثاني بتوريد منقولات معينة للطرف الأول تكون لازمة له مقابل مبلغ مالي محدد"[2]، كما عرفه الفقيه الفرنسي De laubadere بأنه" عقد يهدف إلى تسليم سلعة أو بضاعة أو مواد منقولة للإدارة "[3]، ومن خلال التعريفات السابقة لعقد التوريد يتبن لنا أنه يتميز بعدة خصائص تميزه عن بقية العقود الإدارية الأخرى التي قد تتشابه معه وهو ما سنوضحه فيما يلي:

1- يجب أن يرد عقد التوريد على أشياء منقولة، فلا يمكن أن يكون محله عقارا وإلا أصبح عقد أشغال عامة، والأشياء المنقولة التي يتعلق بها محل العقد ليست محصورة ولا يمكن حصرها بطبيعة الحال، فقد تشمل مواد تموين أو أدوات مكتبية للمدارس أو أدوات طبية للمستشفيات أو ملابس وسيارات وسفن وطائرات...الخ[4].

---

(1)- حكم محكمة القضاء الإداري المصرية في القضية رقم 625 لسنة 4 بتاريخ 1952/12/2، مشار إليه من قبل- نصر الدين بشير، المرجع السابق، ص 484.

(2)- محمد انس جعفر، المرجع السابق، ص 70، ولمزيد من التفصيل فيما يتعلق بعقد التوريد يرجي مراجعة المؤلفات التالية:- عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص 79.

- مازن ليلو راضي، المرجع السابق، ص 97.

(3)- نقلا عن بن الصغير مليكة، المرجع السابق، ص 227.

(4)- محمد فؤاد عبد الباسط، المرجع السابق، ص 544.

2- عقد التوريد قد يتم تنفيذه على دفعة واحدة أو على عدة دفعات على حسب الشروط المتفق عليها في العقد الإداري المبرم بين الشخص المعنوي العام وأحد الأفراد أو الشركات الخاصة[1].

3- في عقد التوريد يجب أن تكون الأشياء المنقولة و الموردة جعلت خصيصا لخدمة المرفق العام ولا تكون هناك مصلحة شخصية في توريد هذه المنقولات [2].

4- احتواء عقد التوريد على شروط استثنائية غير مألوفة في قواعد القانون الخاص، حيث فكرة الشروط الاستثنائية المميزة للعقد الإداري قد ارتبطت في البداية بعقد التوريد وهو ما أكدته محكمة القضاء الإداري في مصر في احد أحكامها بقولها" إن عقد التوريد من العقود الإدارية التي لا تخضع لأحكام القانون الخاص وإنما يفصل في المنازعات المتعلقة بها في ضوء مبادئ وأحكام القانون العام في شأن العقود الإدارية، ولما كانت هذه العقود تختلف عن العقود المدنية في أنها تستهدف مصلحة عامة في تسيير المرافق العامة، فإنه من أجل تحقيق هذا الهدف خولت جهة الإدارة سلطات استثنائية وحق تطبيق قواعد غير مألوفة في عقود القانون الخاص بقصد الوفاء بحاجة المرفق العام"[3].

وعلى هذا الأساس فإن غرامة التأخير المقصودة في دراستنا في هذا المبحث هي ما ترتبط بعقد التوريد الإداري حيث تؤدي دورها في الضغط على المتعاقد مع الإدارة، وحصول هذه الأخيرة على ما تريده من توريدات مطابقة لشروط العقد وفي المواعيد المحددة مسبقا وذلك لضمان سير المرافق العامة بانتظام واطراد، وعلى ذلك سنتناول في هذا المبحث التقسيم الآتي:

المطلب الأول: تنظيم غرامة التأخير في عقد التوريد

المطلب الثاني: كيفية حساب غرامة التأخير في عقد التوريد

(1)- احمد سلامة بدر، المرجع السابق، ص 146.

(2)- نصر الدين بشير، المرجع السابق، ص 484.

(3)- سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص 127.

المطلب الأول

تنظيم غرامة التأخير في عقد التوريد

يعتبر عقد التوريد كما أشرنا سابقا من العقود الإدارية المهمة التي تلجأ إليها الإدارة دائما لتلبية حاجات المرفق العام ولخدمته ولضمان ديمومته و انتظامه وذلك بالتعاقد مع أشخاص طبيعيين أو شركات متخصصة في التوريد، وكما رأينا في المبحث السابق تطبيق غرامة التأخير في عقد الأشغال العامة والإشكالات التي تثيرها هذه الأخيرة، سوف نرى تطبيق غرامة التأخير في عقد التوريد وأهم المشاكل التي تواجه الإدارة في تطبيقها لها.

بناء على ذلك سوف نتناول في هذا المطلب الأول تنظيم غرامة التأخير في عقد التوريد من قبل المشرع في كل من فرنسا ومصر والجزائر، و ذلك على النحو الآتي:

الفرع الأول: تنظيم غرامة التأخير في عقد التوريد في فرنسا

الفرع الثاني: تنظيم غرامة التأخير في عقد التوريد في مصر

الفرع الثالث: تنظيم غرامة التأخير في عقد التوريد في الجزائر

الفرع الأول

تنظيم غرامة التأخير في عقد التوريد في فرنسا

تم تنظيم غرامة التأخير المتعلقة بعقد التوريد من قبل المشرع الفرنسي في كراسة الشروط العامة المتعلقة بعقد التوريد وتلقي الخدمات الجديد[1] لسنة 2021 في نص المادة 14 حيث فصلت هذه المادة في كيفية تطبيق غرامة التأخير في عقد التوريد وتلقي الخدمات، حيث نصت المادة

1() −*CCAG, fournitures courantes et services,(FCS), JORF N^{0}78 du 1 avril 2021, p 15907, texte n^{0}18.*

1.1.14[1] الفقرة الأولى ما يلي " مع مراعاة أحكام المادتين 13.3 و21.5، في حالة التأخير في أداء الخدمات من قبل الحائز، يطبق المشتري العقوبات" ويفهم من نص المادة أنه في حالة تأخر المورد في توريد الأشياء واللوازم المتفق عليها في عقد التوريد بعد انتهاء المدة القانونية للتوريد والمنصوص عليها في العقد الإداري فإن الإدارة المتعاقدة و التي وصفها المشرع بالمشتري يحق لها تطبيق غرامة التأخير على المتعاقد معها مع مراعاة أحكام المادتين 13.3 و21.5 من نفس القانون وهي مواد متعلقة بمد أجل التوريد إذا كان التأخير ناجم عن سبب لا دخل لإرادة المتعاقد مع الإدارة فيه.

وقد بيت الفقرة الثانية من المادة 1.1.14 من كراسة الشروط العامة لعقد التوريد وتلقي الخدمات[2] أنه في حالة عقد العزم من طرف المصلحة المتعاقدة على تطبيق غرامات التأخير على المتعاقد معها، فإنه واجب عليها دعوة المتعاقد معها كتابيا في غضون 15 يوم من تاريخ عقد العزم على توقيع الغرامة حيث تبين الإدارة في هذه الدعوة مبلغ غرامات التأخير المحتمل توقيعها على المتعاقد معها وكذا المهلة الزمنية الممنوحة له لتقديم ملاحظاته حول هذه الغرامة والأسباب التي دفعته إلى التأخير في تنفيذ التزاماته التعاقدية.

وفي حالة عدم تلقي الإدارة المتعاقدة رد من طرف المتعاقد معها خلال المدة الزمنية الممنوحة له لإبداء ملاحظاته حول عقوبة غرامة التأخير التي سوف تطبق عليه أو كانت هذه الملاحظات التي قدمها المتعاقد (المورد) للإدارة لا تثبت أن سبب التأخير في تنفيذ العقد يعود أساسا للإدارة في

1()- *L article 14.1.1.du CCAG FCS 2021 dispose que " Sous réserve des stipulations des articles 13.3 et 21.5, en cas de retard dans l'exécution des prestations par le titulaire, l'acheteur applique des pénalités"...*

2()- *L article 14.1.1la deuxième paragraphe, .du CCAG (FCS) 2021 dispose que"Lorsque l'acheteur envisage d'appliquer des pénalités de retard, il invite, par écrit, le titulaire à présenter ses observations dans un délai de quinze jours. Cette invitation précise le montant des pénalités susceptibles d'être appliquées, le ou les retards concernés ainsi que le délai imparti au titulaire pour présenter ses observations."*

"عندما يعتزم المشتري تطبيق عقوبات تأخير، يدعو الحائز كتابيًا لتقديم ملاحظاته في غضون خمسة عشر يومًا. تحدد هذه الدعوة مبلغ العقوبات المحتمل تطبيقها، والتأخير أو التأخيرات المعنية وكذا المُهلة الزمنية الممنوحة للحائز لتقديم ملاحظاته".

حد ذاتها و لا دخل لإرادة المتعاقد فيه، يتم تطبيق غرامة التأخير عليه ويتم حسابها ابتداء من اليوم الموالي لانتهاء المدة المحددة في العقد لتنفيذ الآداءات[1].

ويلاحظ على نص المادة 1.1.14 من كراسة الشروط العامة الخاصة بعقد التوريد وتلقي الخدمات لسنة 2021 أنها ألزمت الإدارة المتعاقدة في عقد التوريد على دعوة وإخطار المتعاقد معها كتابيا بالغرامات المحتمل توقيعها عليه والمهلة الممنوحة له لإبداء ملاحظاته حول هذه الغرامات وذلك في غضون 15 يوم قبل توقيعها وهذا ما لم يكن موجود في كراسة الشروط العامة لعقد التوريد وتلقي الخدمات لسنة 2009، حيث كنت تطبق غرامات التأخير دون أن يكون هناك حاجة لإعذار المتعاقد بهذه الغرامات، حيث نصت المادة 1.1.14 من كراسة الشروط العامة لعقد التوريد وتلقي الخدمات لسنة 2009 [2]على ما يلي " غرامات التأخير يبدأ حسابها، دون أن يكون هناك حاجة للإعذار، ابتداء من اليوم التالي لانتهاء اليوم أو المهلة المحددة في العقد لتنفيذ الآداءات..."[3].

وقد أشرنا سابقا إلى أن توقيع غرامة التأخير على المتعاقد في عقد التوريد لا يمنع الإدارة من توقيع جزاءات إدارية أخرى عليه مثل الجزاءات الضاغطة والجزاءات الفاسخة حيث تؤكد كراسة الشروط العامة لعقد التوريد وتلقي الخدمات في فرنسا سواء لسنة 2009 أو لسنة 2021 على حق

1()−*L article 14.1.1 troisième paragraphe, .du CCAG (FCS) 2021 dispose que, "A défaut de réponse du titulaire dans ce délai ou si l'acheteur considère que les observations formulées par le titulaire en application du premier alinéa ne permettent pas de démontrer que le retard n'est pas imputable à celui-ci ou à ses sous-traitants, les pénalités pour retard s'appliquent et sont calculées à compter du lendemain du jour où le délai contractuel d'exécution des prestations est expiré"*

" في حال عدم تلقي رد من الحائز خلال هذه المُهلة أو ما إذا اعتبر المشتري أن الملاحظات التي قدمها الحائز تطبيقاً للفقرة الأولى لا تسمح بإمكانية إثبات أن التأخير لا يُعزى إليه أو إلى مُناوليه، يتم تطبيق عقوبات التأخير ويتم احتسابها من اليوم الموالي لتاريخ انتهاء الفترة التعاقدية لأداء الخدمات"

,2009,(FCS) fournitures courantes et services CCAG,−)2(

3() −*L article 14.1.1.du CCAG(FCS),2009, dispose que"Les pénalités pour retard commencent à courir, sans qu'il soit nécessaire de procéder à une mise en demeure, le lendemain du jour où le délai contractuel d'exécution des prestations est expir...".*

جهة الإدارة في فسخ العقد في حال عدم احترام المواعيد المحددة فيه، ومفاد ذلك أن جهة الإدارة ليست ملزمة بمنح المتعاقد معها مهلة جديدة للتوريد، فالمهلة الإضافية التي تمنحها جهة الإدارة ليست مهلة عقدية تم الاتفاق عليها في بداية توقيع العقد الإداري[1].

وقد حرصت كراسة الشروط العامة لعقد التوريد وتلقي الخدمات لسنة 2021 في فرنسا على تنظيم وتحديد إجراءات فحص واستلام الأشياء و اللوازم الموردة وبيان سلطة الإدارة المتعاقدة في هذا المقام فيما يتعلق بقبول أو رفض هذه الأصناف الموردة في حال عدم مطابقتها لشروط العقد من حيث الكمية أو النوعية و المواصفات التقنية، إذ تبين أن لجهة الإدارة سلطة تقديرية واسعة في قبول أو رفض التوريدات غير المطابقة[2].

الفرع الثاني

تنظيم غرامة التأخير في عقد التوريد في مصر

بالنسبة لتوقيع غرامة التأخير المتعلقة بعقود التوريد في مصر فقد نصت المادة 94 من اللائحة التنفيذية للقانون رقم 89 لسنة 1998 القديم والملغى على القواعد التفصيلية لحساب الغرامة في عقد التوريد، فنصت على أنه " إذا تأخر المورد في توريد كل الكمية المطلوبة أو جزء منها في الميعاد المحدد بالعقد– ويدخل في ذلك الأصناف المرفوضة – فيجوز للسلطة المختصة إذا اقتضت المصلحة العامة إعطاءه مهلة إضافية للتنفيذ على أن توقع عليه غرامة تأخير عن هذه المهلة بواقع (1%) عن كل أسبوع من قيمة الكمية التي يكون قد تأخر في توريدها وبحد أقصى (3%) من قيمة الأصناف المذكورة.

وفي حالة عدم قيام المورد بالتوريد في الميعاد المحدد بالعقد أو خلال المهلة الإضافية فعلى الجهة الإدارية أن تتخذ أحد الإجرائين التالين طبقا لما تقرره السلطة المختصة ووفقا لما تقتضيه مصلحة العمل، وذلك بعد إخطاره بكتاب موصى عليه بعلم الوصول على عنوانه المبين بالعقد:

(1)– أيمن فتحي محمد عفيفي، المرجع السابق، ص 275.

(2)–*Voir, L article28 – 29 du CCAG(FCS) 2021.*

(أ) شراء الأصناف التي لم يقم المورد بتوريدها من غيره على حسابه بذات الشروط والمواصفات المعلن عنها والمتعاقد عليها بأحد الطرق المقررة بقانون تنظيم المناقصات والمزايدات والأحكام الواردة بهذه اللائحة.
(ب) إنهاء التعاقد فيما يخص بهذه الأصناف.

في هاتين الحالتين يصبح التأمين النهائي من حق الجهة الإدارية ويكون لها أن تخصم ما تستحقه من غرامات وقيمة كل خسارة تلحق بها– بما في ذلك فروق الأسعار والمصاريف الإدارية – من أية مبالغ مستحقة أو تستحق للمتعاقد لديها وفي حالة عدم كفايتها تلجأ إلى خصمها من مستحقاته لدى أي جهة إدارية أخرى أيا كان سبب الاستحقاق دون حاجة إلى اتخاذ أية إجراءات قضائية وذلك كله مع عدم الإخلال بحقها في الرجوع عليه بما لم تتمكن من استيفائه من حقوق بالطريق الإداري."

إن أول ما يلاحظ على نص المادة 94 من لائحة قانون المناقصات والمزايدات المصري رقم 89 لسنة 1998 سابقة الذكر، أنها حددت الحد الأقصى لغرامة التأخير المستحقة من طرف الإدارة المتعاقدة ب 3% من قيمة الأصناف المتعاقد على توريدها والتي تأخر المتعاقد أو المورد فعلا في توريدها، بما يفهم من نص المادة أن المشرع المصري وضع حد أقصى أيضا للمهلة التي يمكن أن تمنحها جهة الإدارة للمتعاقد معها وهي ثلاثة أسابيع فقط، ذلك أن غرامة التأخير توقع بنسبة (1%) عن كل أسبوع أو جزء منه وحدها الأقصى هو 3% من قيمة الأصناف المذكورة وهو ما يشير إلى أن الحد الأقصى للمهلة التي تمنحها جهة الإدارة المتعاقدة للمتعاقد معها هي ثلاثة أسابيع تبدأ من اليوم التالي لليوم الذي كان من الواجب أن يتم فيه التوريد طبقا للعقد الإداري المبرم والمتفق عليه بين جهة الإدارة والمورد (المتعاقد) معها[1].

لكن يختلف الأمر في كيفية حساب الغرامة في عقد التوريد في القانون الجديد الساري المفعول في مصر رقم 182 لسنة 218 قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة، حيث نصت المادة 48 منه الفقرة الخامسة ما يلي "... في باقي العقود بما لا يجاوز مجموع مقابل التأخير نسبة

(1)– أيمن فتحي محمد عفيفي، المرجع السابق، ص ص 272– 273.

(3%) من قيمة العقد إذا لم تتجاوز مدة التأخير نسبة (10%) من المدة الكلية للعقد، ويزيد مقابل التأخير إلى نسبة (5%) إذا جاوزت مدة التأخير ذلك.

ويحسب مقابل التأخير من قيمة الجزء المتأخر فقط إذا رأت الجهة الإدارية أن الجزء المتأخر لا يمنع الانتفاع بما تم توريده أو تنفيذه بشكل مباشر أو غير مباشر على الوجه الأكمل في المواعيد المحددة، أما إذا رأت أن الجزء المتأخر يمنع الانتفاع بما تم توريده أو تنفيذه فيكون حساب مقابل التأخير من القيمة الإجمالية للعقد..."

وقد فصلت المادة 98 الفقرة الثالثة من اللائحة التنفيذية للقانون رقم 182 لسنة 2018 سابق الذكر في كيفية تحصيل غرامة التأخير أو ما يطلق عليها المشرع المصري بمصطلح مقابل التأخير في عقد التوريد وبقية العقود الأخرى إلا عقد الأشغال العامة الذي حدد له نسب مغايرة عن بقية العقود الأخرى، حيث نصت المادة على ما يلي "...**2- في باقي العقود:**

(أ)- إذا لم تجاوز مدة التأخير نسبة (3%) من المدة الكلية لتنفيذ محل العقد يحصَّل مقابل تأخير بنسبة (1%) من قيمة العقد، أو من قيمة الجزء المتأخر بحسب الأحوال.

(ب) - إذا لم تجاوز مدة التأخير نسبة (6%) من المدة الكلية لتنفيذ محل العقد يحصَّل مقابل تأخير بنسبة (2%) من قيمة العقد، أو من قيمة الجزء المتأخر بحسب الأحوال.

(ج)- إذا لم تجاوز مدة التأخير نسبة (10%) من المدة الكلية لتنفيذ محل العقد يحصَّل مقابل تأخير بنسبة (3%) من قيمة العقد، أو من قيمة الجزء المتأخر بحسب الأحوال.

(د)- إذا جاوزت مدة التأخير نسبة (10%) من المدة الكلية لتنفيذ محل العقد يحصَّل مقابل تأخير بنسبة (5%) من قيمة العقد، أو من قيمة الجزء المتأخر بحسب الأحوال."

يستنتج من نص المادتين 48 من القانون رقم 182 لسنة 2018 والمادة 98 من لائحته التنفيذية لنفس القانون أن المشرع المصري قد عدل عن طريقة حساب غرامة التأخير أو مقابل التأخير في عقد التوريد حيث كانت في القانون السابق رقم 89 لسنة 1998 ولائحته التنفيذية تحسب على أساس الأسبوع أو جزء من الأسبوع كوحدة زمنية تحسب على أساسها غرامة التأخير لقياس مدى تأخر المتعاقد مع الإدارة في تنفيذ التزاماته التعاقدية، حيث في القانون الجديد الحالي ربط

المشرع المصري غرامة التأخير بمدة التنفيذ الأصلية للعقد الإداري بحيث تتغير نسب غرامة التأخير في حالة ازدياد نسبة التأخير لمدة التنفيذ الأصلية للعقد.

وعلى ذلك تحسب غرامة التأخير أو مقابل التأخير كما يطلق عليها المشرع المصري في عقد التوريد وبقية العقود الأخرى باستثناء عقد الأشغال العامة وفق النسب التالية:

1- إذا لم تجاوز مدة التأخير التي وقع فيها المتعاقد مع الإدارة نسبة (3%) من المدة الكلية لتنفيذ العقد، يحصَّل من المتعاقد مقابل تأخير(غرامة تأخير) بما نسبته (1%) من قيمة العقد أو من قيمة الجزء المتأخر في توريده، ونعطي مثال عن ذلك عندنا عقد توريد بين مستشفى جامعي ومتعاقد خاص على توريد مادة الأكسجين الطبي لصالح هذا المستشفى خلال وباء كورونا حيث تم تحديد مدة تزويد المستشفى بهذه المادة في نص العقد والمقررة ب300 يوم يبدأ حسابها من اليوم الموالي لتوقيع العقد، وعليه إذا لم تتجاوز مدة التأخير في تزويد المستشفى بالأكسجين بما نسبته (3%) من مدة العقد وهي في هذه الحالة تعادل 9 أيام يتم تحصيل غرامة التأخير أو مقابل التأخير بما نسبته (1%) من قيمة العقد أو من قيمة الجزء المتأخر في توريده، ولنفرض مثلا أن قيمة العقد المبرم بين المستشفى والمورد قيمته 100 مليون جنيه مصري وعليه يحصَّل من المتعاقد أو المورد بما نسبته (1%) من قيمة العقد والمقدرة ب100 مليون جنيه مصري أي ما يعادل 1 مليون جنيه، وبهذا قد وضع المشرع المصري معيار في تحصيل غرامة التأخير سواء من قيمة العقد الكلية أو من قيمة الجزء المتأخر توريده حيث أرجع ذلك إلى السلطة التقديرية للجهة الإدارية إن هي رأت أن الجزء المتأخر في توريده لم يمنع الانتفاع بما تم توريده فهنا يحصل مقابل التأخير من قيمة الجزء المتأخر توريده فقط، أما إذا رأت الجهة الإدارية أن الجزء المتأخر توريده يمنع الانتفاع بما تم توريده أو تنفيذه فيكون تحصيل مقابل التأخير من القيمة الإجمالية للعقد وفي مثل هذه الحالة التي ذكرناها سابقا، تزويد المستشفى بمادة الأكسجين فإن التأخير في تزويد المستشفى بهذه المادة يعرض حياة المرضى للموت والاختناق جراء نفاذه وبذلك فإن الجزء المتأخر في توريد هذه المادة يمنع الانتفاع بما تم توريده من قبل وليس له أي قيمة وبذلك يتم تحصيل مقابل التأخير في هذه الحالة من قيمة العقد الكلية وليس من قيمة الجزء المتأخر فقط.

2- الحالة الثانية في حالة لم تتجاوز مدة التأخير في التوريد نسبة (6%) من مدة التنفيذ الإجمالية المنصوص عليها في العقد فإن تحصيل غرامة التأخير يكون بنسبة (2%) من قيمة العقد الإجمالية أو من قيمة الجزء المتأخر عن توريده فقط وكل ذلك حسب الأحوال و السلطة التقديرية للإدارة في تقدير درجة الانتفاع أو عدم الانتفاع بما تم توريده.

3- الحالة الثالثة إذا لم تتجاوز مدة التأخير عن توريد ما تم الاتفاق عليه بين الإدارة و المورد نسبة (10%) من مدة تنفيذ العقد الكلية، فيحصَّل مقابل التأخير بما نسبته (3%) من قيمة العقد الإجمالية أو من قيمة الجزء المتأخر عن توريده فقط وكل ذلك حسب الأحوال.

4- الحالة الرابعة إذا تجاوزت مدة التأخير أو زادت عن نسبة (10%) من مدة التنفيذ الأصلية للعقد، فإن تحصيل غرامة التأخير أو مقابل التأخير يرتفع إلى نسبة (5%) من قيمة العقد أو من قيمة الجزء المتأخر عن توريده وذلك حسب الأحوال وتعتبر نسبة (5%) هي النسبة القصوى لتحصيل غرامة التأخير في عقد التوريد ولا تزيد على هذه النسبة بخلاف عقد الأشغال العامة الذي تصل نسبة تحصيل غرامة التأخير فيه إلى(15%).

في الأخير نستنتج أن المشرع المصري رفع من نسبة تحصيل غرامة التأخير(مقابل التأخير) في عقد التوريد إلى نسبة 5% في قانون رقم 182 لسنة 1998 بعد ما كانت النسبة القصوى لتحصيل الغرامة في عقد التوريد لا تتعدى 3% في ظل القانون القديم رقم 89 لسنة 1998 والذي استمر العمل به أكثر من 19 سنة، ويعود السبب في رفع نسبة تحصيل غرامة التأخير في عقد التوريد لما لهذا النوع من العقود الإدارية من الأهمية في ضمان استمرار عمل المرافق العامة بانتظام واطراد، فعقد التوريد يقوم بإشباع الحاجات الضرورية للمرفق العام و سبب آخر هو الانتشار الواسع الذي يعرفه هذا النوع من العقود إلى جانب عقد الأشغال العامة.

ويلاحظ أيضا أن منح المهلة الإضافية للمتعاقد المتأخر في تنفيذ التزاماته التعاقدية هو أمر جوازي لجهة الإدارة المتعاقدة ويخضع لسلطتها التقديرية وفقا لما تقتضيه المصلحة العامة واشترط المشرع المصري أنه في حالة إعطاء مهلة إضافية للتنفيذ للمتعاقد وكان سبب التأخير خارج عن

إرادته يمنع على الإدارة في هذه الحالة تحصيل مقابل التأخير وفقا لما صرحت به المادة 48 الفقرة الأولى من قانون 182 لسنة 2018[1].

الفرع الثالث

تنظيم غرامة التأخير في عقد التوريد في الجزائر

تتعدد الالتزامات التي يتعهد بها المورد في عقد التوريد ومن بينها التزامه بتنفيذ محل العقد تنفيذا شخصيا، حيث منع المشرع الجزائري المتعاقد مع الإدارة في عقد التوريد بتكليف شخص آخر للقيام بتنفيذ محل العقد في إطار عقد المناولة خاصة في صفقة اللوازم العادية وهذا ما ورد في نص المادة 140 الفقرة الثالثة من قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام رقم 247/15 لسنة 2015، حيث جاء فيها "... ولا يمكن أن تكون صفقات اللوازم العادية محل مناولة، ويقصد باللوازم العادية اللوازم الموجودة في السوق و التي هي غير مصنعة استنادا إلى مواصفات تقنية خصوصية أعدتها المصلحة المتعاقدة".

ويفهم من نص المادة السابقة أن المتعاقد مع الإدارة في إطار عقد توريد أو صفقة لوازم عادية كما يطلق عليها المشرع الجزائري، يكون هو المسؤول شخصيا عن تنفيذ محل العقد وفي المواعيد المحددة في العقد حيث لم يجز المشرع الجزائري للمورد القيام بعقد مناولة خاصة في صفقة اللوازم العادية و كما شرحها المشرع هي الأشياء الموجودة في السوق على طبيعتها وغير المصنعة وبمفهوم المخالفة فإن المشرع أجاز للمتعاقد في عقد التوريد أو في عقد اللوازم غير العادية أن تكون فيها مناولة والتي يتم تصنيعها وفق معايير تقنية ومواصفات أعدتها المصلحة المتعاقدة، حيث في هذه الحالة لا يمكن للمتعاقد أن يقوم بتصنيع هذه اللوازم بنفسه فيتحتم عليه إبرام عقد مناولة مع شخص آخر لصناعة هذه اللوازم وفق المواصفات التي طلبتها الإدارة المتعاقدة، هذه الحالة الوحيدة التي أجاز فيها المشرع للإدارة بقبول عقد لوازم وفيه عقد مناولة، لكن يبقى المتعاقد الأصلي مع

(1)- نصت المادة 48 الفقرة الأولى من القانون رقم 182 لسنة 2018 ما يلي" إذا تأخر المتعاقد أثناء تنفيذ العقد عن الميعاد المحدد له بالجدول الزمني أو مدة التنفيذ المحددة بالعقد، جاز للسلطة المختصة لدواعي المصلحة العامة إعطاؤه مهلة لإتمام التنفيذ دون تحصيل مقابل للتأخير منه إذا كان التأخير راجعا لسبب خارج عن إرادته..."

الإدارة هو المسؤول أمامها عن كل تأخير في توريد هذه اللوازم ويتحمل جزاء غرامة التأخير في حالة تأخره في توريد ما تم الاتفاق عليه[1]، ويبقى هو المسؤول أمامها أيضا في حالة تأخر الشخص الذي تعاقد معه في إطار عقد المناولة لتصنيع لوازم غير عادية بمواصفات تقنية ومحددة من طرف الإدارة أو تمت صناعة هذه اللوازم بمواصفات غير دقيقة أو غير التي طلبتها الإدارة من المتعاقد المورد[2].

ومما سبق يتضح لنا أهمية عنصر الزمن في عقود التوريد بصفة عامة، فالأصل أن يتم تحديد مدة تنفيذ العقد بشكل واضح وأن تكون هذه المدة بدايتها ونهايتها معلومة للمورد دون أي لبس، لذلك يحرص المشرع الجزائري دائما على تنظيم مسألة مدة تنفيذ العقد والآثار المترتبة في حالة مخالفتها[3]، وعلى ذلك فإن غرامة التأخير توقع على المورد الذي تأخر في تسليم الأشياء الموردة أو اللوازم كما يطلق عليها المشرع الجزائري في الموعد المحدد في العقد المبرم بينه وبين المصلحة المتعاقدة أو قام بتسليم هذه المنقولات أو اللوازم في الموعد المحدد للتنفيذ وتبين بعد فحصها أنها غير مطابقة للمواصفات الفنية والتقنية التي طلبتها الإدارة فإن الإدارة تقوم برفض استلام هذه اللوازم وتطبق في هذه الحالة غرامة التأخير بسبب التنفيذ المعيب للعقد الإداري.

ويلاحظ أيضا أن المشرع الجزائري لم يتطرق بصفة مباشرة إلى غرامة التأخير المتعلقة بعقد التوريد ولم يحدد لها نسب معينة أسوة ببقية القوانين المقارنة في قانون الصفقات العامة وتفويضات المرفق العام رقم 247/15 لسنة 215 بل تكلم عن تطبيق العقوبات المالية بصفة عامة في جميع العقود الإدارية وذلك في نص المادة 147 سابقة الذكر وأرجأ كيفية حساب الغرامة في عقد التوريد أو في بقية العقود الإدارية إلى مختلف دفاتر الشروط الإدارية العامة لمختلف العقود.

من خلال ما سبق عرضه نستخلص أن قبول المصلحة المتعاقدة للوازم الموردة من قبل المورد في المواعيد المحددة في العقد، أنه يتحرر المتعاقد من جميع التزاماته اتجاه المصلحة المتعاقدة كما

(1)- بن الصغير مليكة، المرجع السابق، ص 233.

(2)- نصت المادة 141 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15 لسنة 2015 ما يلي " المتعامل المتعاقد هو المسؤول الوحيد تجاه المصلحة المتعاقدة عن تنفيذ جزء الصفقة المتعامل فيها بالمناولة."

(3)- بن الصغير مليكة، المرجع السابق، ص 234.

أن الإدارة لا تستطيع أن تتمسك بعيوب تظهر بعد الاستلام النهائي للوازم إلا إذا ثبت أن إخفاء تلك العيوب نتيجة غش من طرف المتعاقد[1]، إذ أن تطبيق غرامة التأخير في عقد التوريد مرتبط بتأخر المورد عن توريد الأشياء واللوازم محل العقد بعد انتهاء المدة المحددة للتوريد والمنصوص عليها في العقد أو تم توريد هذه الأشياء في الموعد المحدد للتسليم ولكن لم تقم الإدارة باستلامها لأنها غير مطابقة للمواصفات المطلوبة في العقد الإداري، حيث يجوز للإدارة المتعاقدة في هذه الحالة أن تجمع بين جزاء غرامة التأخير والذي يعتبر من الجزاءات المالية و وجزاء التنفيذ على حساب المتعاقد المقصر والذي يعتبر من الجزاءات الضاغطة[2] والتي تهدف للضغط على المتعاقد من أجل إجباره على تنفيذ التزاماته التعاقدية في المواعيد المحددة وذلك لضمان سير المرفق العام بانتظام واستمرار ولمنع تعرض المصلحة العامة للضرر في حالة توقف المرفق العام عن آداء مهامه المنوطة به[3].

المطلب الثاني

كيفية حساب غرامة التأخير في عقد التوريد

سنتناول في هذا المطلب الثاني الكيفية التي على أساسها يتم حساب غرامة التأخير في عقد التوريد، حيث بينا فيما سبق أن حساب غرامة التأخير يختلف باختلاف نوع العقد الإداري المبرم بين الإدارة والمتعاقد معها، إذ أن طريقة حساب غرامة التأخير في عقد التوريد تختلف عما هو موجود في عقد الأشغال العامة و على ذلك يقسم هذا المطلب إلى ما يلي:

الفرع الأول: حساب الغرامة في عقد التوريد في فرنسا

الفرع الثاني: حساب الغرامة في عقد التوريد في مصر

الفرع الثالث: حساب الغرامة في عقد التوريد في الجزائر

---

(1)- بن الصغير مليكة، المرجع السابق، ص 239.

(2)- إبراهيم محمد علي، المرجع السابق، ص ص 112- 113.

(3)- فارس علي جانكير، سلطة الإدارة المتعاقدة في حالة التنفيذ المعيب للعقد الإداري، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، طبعة الأولى، 2014، ص 198.

الفرع الأول

حساب الغرامة في عقد التوريد في فرنسا

نص المشرع الفرنسي على كيفية حساب غرامة التأخير في عقد التوريد في كراسة الشروط العامة لعقد التوريد وتلقي الخدمات لسنة 2021، ذلك في نص المادة 1.1.14 الفقرة الرابعة[1] حيث نصت على ما يلي"... يتم احتساب هذه العقوبة بتطبيق الصيغة التالية:

P = V * R / 1000

م = ق * ع / 1000

بحيث:

م = مبلغ العقوبة

ق = قيمة الخدمات التي يتم احتساب العقوبة على أساسها، تكون هذه القيمة مساوية للمبلغ بالسعر الأساسي، باستثناء تغيرات الأسعار وخارج نطاق تطبيق الضريبة على القيمة المضافة، أو للجزء المتعلق بالخدمات المتأخرة، أو لمجموع الخدمات إذا كان التأخير في أداء جزء واحد منها يجعل مُجملها غير صالح للاستعمال.

ع = عدد أيام التأخير"

1()− *L article 14.1.1 laquatriéme paragraphe, du CCAG (FCS) 2021 dispose que* "...*Cette pénalité est calculée par application de la formule suivante :*

*P = V * R / 1 000*

dans laquelle :

P = le montant de la pénalité ;

V = la valeur des prestations sur laquelle est calculée la pénalité, cette valeur étant égale au montant en prix de base, hors variations de prix et hors du champ d'application de la TVA, de la partie des prestations en retard, ou de l'ensemble des prestations si le retard d'exécution d'une partie rend l'ensemble inutilisable ;

R = le nombre de jours de retard.

يتضح من نص المادة سابقة الذكر أن غرامة التأخير الموقعة في عقد التوريد تحسب وفق الطريقة التالية: قيمة الآداءات أو الخدمات التي تأخر المتعاقد مع الإدارة في توريدها أو قيمة الصفقة كلها إذا كان الجزء المتأخر يمنع الانتفاع بما تم توريده في× عدد أيام التأخير التي تأخر المتعاقد في توريد ما التزم به في العقد الإداري، كل ذلك يقسم على/ 1000 [1].

أما فيما يتعلق بالحد الأقصى الذي لا يمكن لغرامة التأخير أن تتجاوزه في عقد التوريد وتلقي الخدمات هو 10% من قيمة المبلغ الإجمالي للصفقة خارج الرسوم أو من قيمة الجزء المتأخر في توريده أو من سند الطلب[2]، حيث إذا تبين بعد القيام بعملية حساب غرامة التأخير أن المبلغ الكلي للغرامة تجاوز 10% من قيمة الصفقة أو من قيمة الجزء المتأخر تنفيذه فإن مبلغ الغرامة يخفض إلى حدود 10% لأن القانون لا يسمح لغرامة التأخير أن تتجاوز هذه النسبة.

وفي حالة لم تتجاوز غرامة التأخير النهائية والإجمالية مبلغ 1000 أورو من الصفقة كاملة فإن المورد المتعاقد مع الإدارة في عقد التوريد وتلقي الخدمات يعفى من هذه الغرامة تلقائيا[3]، حيث تم الرفع من قيمة مبلغ غرامة التأخير التي يعفى المتعاقد من دفعها في حالة عدم تجاوزها من قبله و التي يدفعها للإدارة حيث كانت في كراسة الشروط العامة لعقد التوريد وتلقي الخدمات لسنة 2009، يجب ألا تتجاوز مبلغ 300 أورو للصفقة الواحدة[4].

---

(1)- أيمن فتحي محمد عفيفي، المرجع السابق، ص ص 271- 272.

2()-*L article 14.1.2, du CCAG (FCS) 2021 dispose que" Le montant total des pénalités de retard ne peut excéder 10 % du montant total hors taxes du marché, de la tranche considérée ou du bon de commande."*

ينبغي ألا يتجاوز المبلغ الإجمالي لعقوبات التأخير 10٪ من المبلغ الإجمالي للصفقة خارج الرسوم أو من الجزء المعتبر أو من سند لطلب.

3() -*L article 14.1.3, du CCAG (FCS) 2021 dispose que"Le titulaire est exonéré des pénalités dont le montant total ne dépasse pas 1 000 € pour l'ensemble du marché."*

يُعفى الحائز من العقوبات التي لا يزيد مبلغها الإجمالي عن 1000 يورو للصفقة كاملة.

(4) - *L article 14.1.3, du CCAG (FCS) 2009 dispose que"Le titulaire est exonéré des pénalités dont le montant total ne dépasse pas 300 euros HT pour l'ensemble du marché".*

في الأخير نستنتج أن المشرع الفرنسي أعطى أهمية كبيرة لعقد التوريد حيث خصه بكراسة شروط خاصة وضح فيها كل الشروط المتعلقة به وكيفية تطبيقه والإجراءات المتبعة في عقده والعقوبات التي تفرضها الإدارة المتعاقدة في حالة مخالفة شروط العقد من طرف المورد(المتعاقد) ومن هذه العقوبات نجد غرامة التأخير التي لها أثر ايجابي في انتظام وسير عمل المرفق العام.

الفرع الثاني

حساب الغرامة في عقد التوريد في مصر

إن حساب غرامة التأخير في عقد التوريد في مصر يختلف عما هو موجود في عقد الأشغال العامة إذ توجد فروق أساسية في حساب الغرامة بين العقدين، ربما يكون الدافع في ذلك أن الضرر الذي يصيب الإدارة المتعاقدة من جراء التأخير في تنفيذ عقود الأشغال العامة أكثر جسامة عنه في عقود التوريد[1] و قد وردت هذه الفروق في قانون التعاقدات الحكومية لسنة 2018 رقم 182 ولائحته التنفيذية وذلك في نص المادة 48 من القانون والمادة 98 من اللائحة التنفيذية حيث أقصى حد قد تصل إليه غرامة التأخير في عقود التوريد هو 5% إذا تجاوزت مدة التاخير10% من مدة تنفيذ العقد الكلية، أما أقصى حد لغرامة التأخير في عقود الأشغال العامة هو15% إذا جاوزت مدة التأخير 10% من مدة التنفيذ الكلية، وبذلك نرى أن نسبة تحصيل غرامة التأخير في عقد الأشغال العامة اكبر من نسبة التحصيل الموجودة في عقد التوريد لما لعقد الأشغال العامة من أهمية كبرى في بناء مؤسسات الدولة والمشاريع الكبرى وفي تسيير المرافق العامة وهو السبب إضافة للأسباب الأخرى التي تم ذكرها التي جعلت المشرع المصري يجعل نسبة تحصيل غرامة التأخير في عقد الأشغال العامة اكبر من عقد التوريد.

وقد وضحنا فيما سبق أن نسبة غرامة التأخير في عقد التوريد تزيد وترتفع كلما زادت مدة التأخير التي وقع فيها المتعاقد مع الإدارة إلى أن تصل إلى حدها الأقصى وهو 5%سواء من قيمة العقد الكلية أو من قيمة الأعمال التي تأخر المتعاقد في تنفيذها، حيث وضع المشرع المصري معيار يمكن الإدارة من خلاله كيفية حساب غرامة التأخير وهو معيار الانتفاع بالشئ الذي تم

(1)- طارق سلطان، المرجع السابق، ص 155.

توريده حيث في حالة عدم الانتفاع سواء بشكل مباشر أو غير مباشر في هذه الحالة يتم تحصيل غرامة التأخير أو مقابل التأخير من إجمالي قيمة العقد، أما في الحالة الثانية إذا حصل الانتفاع بما تم توريده فيتم تحصيل غرامة التأخير من قيمة الأشياء أو الأعمال المتأخر في توريدها فقط.

الفرع الثالث

حساب الغرامة في عقد التوريد في الجزائر

وفيما يخص طريقة وكيفية حساب غرامة التأخير في عقد التوريد، فإن المشرع الجزائري لم يضع طريقة معينة لحسابها وغالبا ما يتم حسابها بنفس الطريقة المتبعة في عقد الأشغال العامة حيث يتم تحديد طريقة حسابها مسبقا في متن العقد الإداري المبرم بين الإدارة والمتعاقد معها، ولا يمكن لغرامة التأخير في جميع الأحوال تجاوز نسبة 10% من مبلغ العقد الكلي إذا تم الاتفاق على ذلك[1].

ويتم حساب غرامة التأخير في عقد التوريد في الجزائر بعدة طرق مختلفة وليست هناك طريقة موحدة لحسابها حيث لكل مصلحة متعاقدة طريقتها الخاصة في الحساب وفي ما يلي سوف نعرض بعض الطرق التي تحسب من خلالها غرامة التأخير:

الغرامة التأخيرية عن كل يوم = (مبلغ العقد / مدة التوريد)×(10%)

وبعد الحصول على مبلغ الغرامة اليومية المطبقة يتم ضربها في عدد الأيام التي تأخر المتعاقد في إتمام العمل الموكل له.

وهناك طريقة أخرى لحساب غرامة التأخير في عقود التوريد في الجزائر نجدها في مختلف العقود الإدارية المتعلقة بتورد الأشياء واللوازم التي تمت معاينتها، حيث تحتفظ المصلحة المتعاقدة بحق تطبيق غرامة التأخير والتي تحسب على الشكل التالي:

(1)- بن الصغير مليكة، المرجع السابق، ص 248.

غ : م/7× د

غ = الغرامة اليومية

م = المبلغ العام للإتفاقية أو العقد

د = عدد أيام التأخير

فضلا عن ذلك هناك طريقة لحساب غرامة التأخير[1] وهذه الطريقة تعتمد على حساب الغرامة بصفة إجمالية، وطريقة حسابها كالآتي: غرامة التأخير الإجمالية = مبلغ الصفقة × عدد أيام التأخير/ مدة تنفيذ الصفقة × 7.

(1)- للاطلاع على نماذج قرارات غرامات التأخير وكيفية توقيعها من قبل الإدارة المتعاقدة، انظر الملحق رقم " 1 "و" 2".

خلاصة الباب الثاني:

من خلال دراستنا للباب الثاني من هذه الأطروحة توصلنا في الفصل الأول منه إلى أن للرقابة القضائية دور كبير في حسن سير المصلحة المتعاقدة وعدم تعسفها في استعمال حقها في توقيع غرامة التأخير على المتعاقد معها، وهي تعتبر ضمانة حقيقية أيضا للمتعاقد مع الإدارة حيث يقوم مرفق القضاء الإداري بمهمة مراقبة جهة الإدارة في استخدامها لسلطتها في توقيع غرامات التأخير على المتعاقد معها.

ومن بين النتائج المهمة التي توصلنا إليها في معرض حديثنا عن الرقابة القضائية المفروضة على قرار الإدارة بتوقيع غرامة التأخير هو الاعتراف للقاضي الإداري بالحق بتخفيض مبلغ غرامة التأخير أو الزيادة فيه، إذ في بعض الحالات توقع الإدارة غرامات تأخير مغالى فيها بطريقة جد واضحة أو ضئيلة جدا وذلك لقيمة العقد أو في حالة مخالفة النصوص التشريعية المعمول بها أو دفاتر البنود الإدارية المختلفة.

فضلا عن ذلك فقد تطرقنا في الفصل الثاني من هذا الباب إلى تطبيق غرامة التأخير في نوعين من العقود الإدارية المهمة في العالم والجزائر تحديدا وهما (عقد الأشغال العامة و عقد التوريد)، حيث عرفنا هذه العقود و كيفية تطبيق غرامة التأخير فيها و النصوص القانونية المطبقة عليها والاختلافات التشريعية بين الدول المقارنة في كيفية تطبيقها، حيث توصلنا في الأخير إلى أهمية توقيع غرامة التأخير في هذين العقدين لما تعود عليه الفائدة من تطبيقها على المرافق العامة للدولة من حيث تنظيمها وحسن سير عملها و حسن استغلال المواطنين لهذه المرافق بما يعود عليهم بالفائدة وتلبية احتياجاتهم، إذ تعتبر هي الفائدة الأسمى من توقيع غرامة التأخير.

الخـــاتمة

الخـاتمة

في ختام دراستنا لموضوع غرامة التأخير في العقود الإدارية– دراسة مقارنة– الذي بينا فيه النظام القانوني للغرامة في مختلف العقود الإدارية من خلال تحليل مختلف النصوص القانونية والتشريعية والاجتهادات القضائية والآراء الفقهية المتعلقة بهذا الموضوع في الأنظمة المقارنة، وبينا أيضا موضوع الرقابة القضائية على قرار الإدارة بتوقيع الغرامة التأخيرية التي تعتبر ضمانة حقيقية للمتعاقد في حالة تعسف الإدارة في استعمال حقها في توقيع العقوبات المالية، حيث توصلنا في الأخير إلى مجموعة من النتائج والتوصيات نوجزها على النحو الآتي:

أولا: النتائج

تتمثل أهم النتائج المتوصل إليها فيما يلي:

1. غرامة التأخير من جهة هي عبارة عن جزاء مالي تعاقدي، منصوص عليه في بنود الصفقة العمومية وفي دفاتر البنود الإدارية المختلفة وفق ما نص عليه المرسوم الرئاسي 247/15.
2. ومن جهة أخرى يرى البعض أن لغرامة التأخير طبيعة مختلطة، فهي من جهة جزاء مالي توقعه المصلحة المتعاقدة على المتعاقد معها الذي اخل بالتزاماته التعاقدية في المواعيد المحددة في العقد الإداري، ومن ناحية أخرى هي تعويض جزافي وتهديدي حيث أنها تستهدف حسن سير المرافق العامة بانتظام واطراد.
3. إن لغرامة التأخير أساس قانوني متغير بحسب الأحوال فهو تعاقدي إذا كانت غرامة التأخير منصوص عليها في متن العقد الإداري، ويكون أساس غرامة التأخير غير تعاقدي في حالة عدم النص عليها في العقد الإداري، لكن يبقى من الواجب تطبيقها رغم عدم النص عليها لاعتبارات السلطة العامة للإدارة والتي تجد تبريرها في ضمان سير المرافق العامة بانتظام واطراد.
4. غرامة التأخير تحدد مسبقا في متن العقد الإداري وفي مختلف البنود الإدارية المختلفة.
5. تمتاز غرامة التأخير بمجموعة من الخصائص تميزها عن غيرها من الجزاءات المالية الأخرى الموجودة في العقود الإدارية.

6. تعتبر غرامة التأخير من الجزاءات الردعية التي تفرضها الإدارة ممثلة للدولة من اجل اعتبارات الصالح العام، فهي جزاء مالي لا ينهي العقد الإداري وإنما يضمن تنفيذه في الوقت المحدد له في العقد الإداري وبالمواصفات المتفق عليها مسبقا.
7. إن تحديد قيمة الغرامة لا يتم حسابها على أساس درجة الضرر الذي لحق الإدارة المتعاقدة وإنما على أساس مدة التأخير الذي وقع فيها المتعاقد مع الإدارة أثناء تنفيذه للعقد الإداري.
8. إن اقتضاء غرامة التأخير أو الإعفاء منها منوط بالسلطة التقديرية للإدارة باعتبارها القوامة على حسن سير المرافق العامة بانتظام واطراد.
9. يعفى المتعاقد مع الإدارة من غرامة التأخير في حالتين: حالة يكون فيها الإعفاء جوازي من طرف المصلحة المتعاقدة مثل حالة التمديد الإداري لتنفيذ العقد بعد طلب المتعاقد معها ذلك وحالة الإعفاء الإداري من طرف المصلحة المتعاقدة إن هي قدرت أن هناك ظروف منعت المتعاقد من إتمام تنفيذ العقد في الوقت المحدد له، والحالة الثانية التي تعفي فيها المصلحة المتعاقدة المتعاقد من غرامة التأخير والتي يكون فيها الإعفاء وجوبا على المصلحة المتعاقدة إذا توفرت الشروط اللازمة لذلك مثل حالة القوة القاهرة التي منعت المتعاقد من إتمام العمل الموكل له، حيث تعتبر القوة القاهرة من ابرز أسباب إعفاء المتعاقد من غرامة التأخير وهناك حالة أخرى يكون فيها الإعفاء وجوبي وهي إذا قامت الإدارة بأفعال تسببت في عدم قيام المتعاقد معها من تنفيذ العقد في الوقت المحدد له، فضلا عن ذلك فقد قنن المشرع الجزائري الحالتين السابقتين واعتبرهما سببين لإعفاء المتعاقد مع الإدارة من غرامة التأخير وذلك بحسب المادة 147 من قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام وهما حالة القوة القاهرة وحالة كون التأخير راجع لفعل صادر من جهة الإدارة وتحت مسؤوليتها.
10. القاعدة العامة في التشريع الفرنسي أن الإدارة ملزمة بإعذار المتعاقد معها قبل توقيع غرامة التأخير عليه، وعلى عكس ذلك فإن المشرع الجزائري والمصري اقر أن المصلحة المتعاقدة غير ملزمة بإعذار المتعاقد معها قبل فرضها لغرامة التأخير عليه.
11. تقوم المصلحة المتعاقدة بفرض غرامة التأخير على المتعاقد معها دون إنذار مسبق من قبلها وذلك بواسطة قرار إداري من جانبها دون حاجة لاستصدار حكم قضائي بذلك.
12. يخضع القرار الصادر من طرف المصلحة المتعاقدة بخصوص توقيع غرامة التأخير لرقابة قاضي العقد و تعد المنازعة بشأنها منازعة قضاء كامل.

13. يملك قاضي العقد في إطار رقابته على قرار الإدارة بتوقيع غرامة التأخير على المتعاقد معها أن يقوم بفحص مدى مشروعيته هذا القرار وملاءمته وذلك حفاظا على حقوق المتعاقد مع الإدارة، واعمالا لمبدأ المشروعية.
14. تختلف طريقة حساب غرامة التأخير من تشريع إلى آخر حسب الأنظمة التشريعية في كل دولة، وتختلف أيضا طريقة الحساب باختلاف العقد الإداري المراد إبرامه هل هو عقد توريد أو عقد أشغال عامة أو أي عقد إداري آخر.

ثانيا: المقترحات

بعد التطرق إلى أهم النتائج المتوصل إليها في هاته الدراسة، تم التوصل كذلك إلى جملة من المقترحات و التوصيات والمتمثلة في:

1- ندعو جهة كل من الإدارة والمتعاقد معها للتعاون فيما بينهم لضمان سير المرافق العامة بانتظام واطراد وتغليب المصلحة العامة للدولة.
2- نوصي بالتزام المصلحة المتعاقدة بتسبيب قراراتها تسبيبا قانونيا بتوقيع غرامات التأخير، فليس كل تأخير في تنفيذ العقد يعد سببا قانونيا يبرر إيقاع هذا الجزاء، والغاية من هذا الاقتراح هو ليطمئن المتعاقد مع الإدارة بعدالة الجزاء الموقع عليه من جهة، ولتسهيل مهمة الرقابة القضائية على قرار غرامة التأخير من قبل القضاء من جهة ثانية.
3- نقترح على المشرع الجزائري تسمية غرامة التأخير بإسمها في تعديله المرتقب لقانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام الصادر سنة 2015، حيث تمت تسمية الغرامة تحت مسمى" العقوبات المالية" في نص المادة 147 من المرسوم الرئاسي رقم 147/15 المتضمن قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام وبهذه التسمية فهي شاملة لعدة أنواع من الجزاءات المالية الموجودة في العقد الإداري والتي من ضمنها التعويضات ومصادرة التأمين وبالإضافة لغرامة التأخير التي تعتبر أحد العقوبات المالية لذلك نقترح تسمية هذه المادة بالغرامة التأخيرية لتماشيها مع مضمون المادة.
4- نقترح على المشرع الجزائري تغيير كلمة " يمكن " في بداية نص المادة 147 من المرسوم الرئاسي رقم 147/15 المتضمن قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام بكلمة "يجب"

لأن معنى كلمة يمكن تفيد بأن مسالة توقيع غرامة التأخير على المتعاقد المخل بالتزاماته التعاقدية اختيارية وهذا لا يتماشى مع خاصية الردع التي تتسم بها غرامة التأخير لجبر المتعاقد على الالتزام بتنفيذ التزاماته التعاقدية في المواعيد المحددة في العقد الإداري.

5- نوصي المشرع الجزائري بأن يضع أحكام صريحة ومواد تعالج غرامة التأخير بشكل جيد ومفصل أسوة بالمشرع المصري والفرنسي بدلا من الاكتفاء بمادة وحيدة غير كافية في المرسوم الرئاسي رقم 247/15 ونتمنى أن يتم تدارك هذا الأمر في التعديل المرتقب لقانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام الصادر بالمرسوم الرئاسي السابق الذكر، ونوصي أيضا المشرع الجزائري بأن يعرف صراحة غرامة التأخير بصورة تمكن الأفراد من معرفة أساسها و تكييفها القانوني والخصائص التي تميز هذا النوع من الجزاء المالي.

6- نوصي كذلك بأن تحدد كيفية حساب غرامة التأخير ونسبها في كل نوع من العقود بشكل دقيق في قانون الصفقات العمومية أسوة بالمشرع الفرنسي والمصري اللذان وضعا نسب مختلفة للغرامة تختلف بالاختلاف العقد الإداري سواء كان العقد عقد أشغال عامة أو عقد توريد أو أي نوع آخر من العقود، عكس المشرع الجزائري الذي لم يضع نسب لغرامة التأخير في قانون الصفقات ولم يميز بين عقد الأشغال العامة وبقية العقود الأخرى.

7- كما نثمن الإجراء الذي قام به المشرع الجزائري من تعديل دفتر الشروط الإدارية العامة الخاص بالأشغال العامة الذي صدر سنة 1964، حيث بقي هذا الدفتر مدة طولية من غير تعديل إذ قام المشرع الجزائري بتعديله في ماي 2021 لكي يتماشى مع القوانين الجديدة ومع قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام لسنة 2015، كما نقترح على المشرع أن يضع دفتر شروط خاص بعقد التوريد منفصل على دفتر الشروط الإدارية الخاص بالأشغال العامة مقارنة ببقية الدول المقارنة.

8- نوصي المصلحة المتعاقدة المتمثلة في الإدارة أن تقوم بتمديد آجال تنفيذ الصفقات العمومية في حالة الظروف الطارئة وتقديم المساعدة للمقاول أو المتعاقد معها في هذه الظروف التي قد ترهقه وتزيد من تأخره في الانجاز، وكل ذلك من أجل الموازنة بين المصلحة العامة للدولة والمصلحة الخاصة للأفراد.

9- العمل على تعزيز الدور الايجابي للقاضي الإداري من خلال تكوينه وتعزيز معارفه بالنسبة للأعمال الإدارية لإيجاد وابتكار الحلول العملية للمشكلات القانونية بمناسبة النظر في القضايا

التي تعرض عليه خاصة فيما يتعلق بالسلطة التقديرية للإدارة في توقيع الجزاءات المالية على المتعاقدين معها.

10- نوصي كذلك المصلحة المتعاقدة والمتمثلة في الإدارة بتنفيذ التزاماتها هي أيضا في المواعيد المحددة في العقود الإدارية حتى لا يتم تعطيل سير المرافق العامة بانتظام واطراد ونوصي أيضا الإدارة بتمكين المتعاقد معها من تنفيذ التزاماته في الوقت المحدد وذلك بالتزامها بتسليم موقع العمل وتسليم المخططات والقيام بدفع المستحقات المالية للمتعاقد في المواعيد المحددة.

تمت بحمد الله الذي بفضله ونعمته تتم الصالحات

الملاحق

ملحق رقم1

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

ولايــة .....

دائــرة .....

بلديـــــــة ..... **مقـــــــرر رقـــــم**

. . . . . /16

يتضمن خصم مبلغ مالي الناتج عن عقوبة التأخير

إن رئيس المجلس الشعبي البلدي لبلدية.....

- **بمقتضى القانون رقم :09/84 المؤرخ في 1984/02/04 المتضمن التقسيم الإقليمي للبلاد ،**
- **بمقتضى القانون رقم 10/11 المؤرخ في 22 جوان 2011 المتعلق بالبلدية ،**
- **بمقتضى القانون رقم 10/11 المؤرخ في 22 جوان 2011 المتعلق بالبلدية ،**
- **المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المؤرخ في 2010/10/07 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية المعدل و المتمم**
- **بناء على محضر تنصيب المجلس الشعبي البلدي بتاريخ 2012/12/08 ،**
- **بناء على القرار رقم 482/13 المؤرخ في2013/02/28 المتضمنة تشكيلة المجلس الشعبي البلدي لبلدية ..... وتعيين السيد ..... رئيسا للمجلس الشعبي البلدي لبلدية ..... ،**
- **بناء على الاتفاقية رقم 15/10 مؤرخة في 2015/04/26 المبرمة مع ..... والمتضمنة إنجاز أشغال ..... .**
- **بناء على الأمر المصلحي رقم 15/10 المؤرخ في 2015/07/01 والمسلم بتاريخ 2016/07/02**
- **نظرا للاستلام المشروع مؤقتا بتاريخ 2016/11/02 .**

يقـــــرر

<u>المادة الأولى</u>: يخصم لمقاولة .....المبلغ 367.474.35 دج المفصل أدناه كعقوبة تأخير في عملية إنجاز المشروع المذكور أعلاه

الغرامة اليومية =مبلغ الاتفاقية + الكشف العام الحساب النهائي = 3.674.743.49= 4.374.69دج

مدة الإنجاز 120 x 77 x

المبلغ الإجمالي لغرامة التأخير= مبلغ الغرامة اليومية xمدة تأخر الإنجاز بالأيام = 4.374.69 x365 = 1.596.761.85 دج

وبما أن غرامة التأخير أكبر من 10% من مبلغ الاتفاقية + الكشف العام الحساب النهائي بعد ان تحتسب الغرامة النهائية 10% من مبلغ الاتفاقية + الكشف

كالتالي: 3.674.743.49 X10% =367.474.35 دج

المـــادة 02: يكلـف السـادة الأمين العـام للبلديـة وأمين خزينـة مابين البلـديات ..... كل فيمـا يخصه بتنفيذ هذا المقرر.

حررفي.....2016/12/29.

ملحق رقم2

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

رقم:

مذكرة عقوبة التأخير

الصفقة المؤشر عليها من طرف اللجنة الوطنية تحت رقم.....بتاريخ.....والمصادق عليها تحت رقم.....بتاريخ .....والمبرمة مع مقاولة .....بخصوص مشروع في إطار العملية رقم: ..... تحت اسم.....

المادة 24 الفصل الثاني من الصفقة والمتعلقة بعقوبة التأخير في مدة الانجاز والمتضمنة تطبيق عقوبات التأخير من مبلغ الأشغال المنجزة خارج المدة المحددة بنسبة عقوبة التأخير تبعا للصيغة التالية:

$$P = M \times N / 7 D$$

المبلغ الأصلي للصفقة =	:	1 000 000 000 ,00
الأمر بالانطلاق في الأشغال	:	2008/04/23
الأمر بتوقيف الأشغال	:	2008/09/06
الأمر بالاستئناف الأشغال	:	2008/12/21
الأمر بتوقيف الأشغال	:	2010/01/11
الأمر بالاستئناف الأشغال	:	2010/03/11
الأمر بتوقيف الأشغال	:	2010/03/21
الأمر بالاستئناف الأشغال	:	2010/09/12
مـــدة الـتنفيـذ بالأشهر	:	18 شهر
مـــدة الـتنفيذ بالأيام	:	548 يوم
نـــهايـــة آجال الـتنفيـــذ	:	2010/10/03
مـــبلغ الوضعيـــة رقم 10	:	330 000 000,00
تاريخ الوضعية رقم 10	:	2012/11/07
عـــدد أيام التأخير	:	766 يوم

P = مبلغ عقوبة التأخير $=\frac{1000\ 000\ 000{,}00\times 766}{548\times 7}=$

P = مبلغ عقوبة التأخير 14 ,174 687 199= دج اكبر من 10% من مبلغ الصفقة والمقدرة ب 100 000 000,00 دج وتطبيقا للبند الثاني للمادة 08 الفصل الثاني التي تنص أن المبلغ الكلي للعقوبة لا يجب أن يتجاوز 10% من إجمالي مبلغ الصفقة التي تقتطع أليا من وضعيات الأشغال.

10% من مبلغ الصفقة =p = مبلغ عقوبة التأخير= 100 000 000,00

- مبلغ ضريبة التأخير المطبق على وضعية الأشغال رقم 10 = 100 000 000,00
- مبلغ وضعية الأشغال رقم 09 بعد ضريبة التأخير = 230 000 000,00

المدير

مرسوم تنفيذي رقم 20-68 مؤرّخ في 24 رجب عام 1441 الموافق 19 مارس سنة 2020، يتضمن إنشاء مركز الراحة للمجاهدين لرشقون ببلدية بني صاف، ولاية عين تموشنت.

إنّ الوزير الأول،

– بناء على تقرير وزير المجاهدين وذوي الحقوق،

– وبناء على الدستور، لا سيّما المادتان 99-4 و143 (الفقرة 2) منه،

– وبمقتضى القانون رقم 99-07 المؤرّخ في 19 ذي الحجة عام 1419 الموافق 5 أبريل سنة 1999 والمتعلق بالمجاهد والشهيد،

– وبمقتضى المرسوم الرئاسي رقم 19-370 المؤرّخ في أول جمادى الأولى عام 1441 الموافق 28 ديسمبر سنة 2019 والمتضمن تعيين الوزير الأول،

– وبمقتضى المرسوم الرئاسي رقم 20-01 المؤرّخ في 6 جمادى الأولى عام 1441 الموافق 2 جانفي سنة 2020 والمتضمن تعيين أعضاء الحكومة،

– وبمقتضى المرسوم التنفيذي رقم 13-273 المؤرّخ في 16 رمضان عام 1434 الموافق 25 يوليو سنة 2013 والمتضمن تعديل القانون الأساسي لمراكز الراحة للمجاهدين، لا سيما المادة 4 منه،

يرسم ما يأتي :

المادّة الأولى : تطبيقا لأحكام المادة 4 من المرسوم التنفيذي رقم 13-273 المؤرّخ في 16 رمضان عام 1434 الموافق 25 يوليو سنة 2013 والمذكور أعلاه، يهدف هذا المرسوم إلى إنشاء مركز الراحة للمجاهدين لرشقون ببلدية بني صاف، ولاية عين تموشنت، وتتميم قائمة هذه المراكز طبقا للملحق المرفق بهذا المرسوم.

المادّة 2 : ينشر هذا المرسوم في الجريدة الرّسميّة للجمهوريّة الجزائريّة الدّيمقراطيّة الشّعبيّة.

حرّر بالجزائر في 24 رجب عام 1441 الموافق 19 مارس سنة 2020.

عبد العزيز جراد

الملحق

قائمة مراكز الراحة للمجاهدين

تسمية المؤسسة	مقر المؤسسة
.....(بدون تغيير).....	
مركز الراحة للمجاهدين لرشقون	بلدية بني صاف، ولاية عين تموشنت

مرسوم تنفيذي رقم 20-69 مؤرّخ في 26 رجب عام 1441 الموافق 21 مارس سنة 2020، يتعلق بتدابير الوقاية من انتشار وباء فيروس كورونا (كوفيد- 19) ومكافحته.

إنّ الوزير الأول،

– بناء على الدستور، لا سيما المادتان 99-4 و143 (الفقرة 2) منه،

– وبمقتضى القانون رقم 88-07 المؤرّخ في 7 جمادى الثانية عام 1408 الموافق 26 جانفي سنة 1988 والمتعلق بالوقاية الصحية والأمن وطب العمل،

– وبمقتضى القانون رقم 98-06 المؤرّخ في 3 ربيع الأول عام 1419 الموافق 27 يونيو سنة 1998 الذي يحدد القواعد العامة للطيران المدني، المعدّل والمتمّم،

– وبمقتضى القانون رقم 01-13 المؤرّخ في 17 جمادى الأولى عام 1422 الموافق 7 غشت سنة 2001 والمتضمن توجيه النقل البري وتنظيمه، المعدّل والمتمّم،

– وبمقتضى القانون رقم 04-08 المؤرّخ في 27 جمادى الثانية عام 1425 الموافق 14 غشت سنة 2004 والمتعلق بشروط ممارسة الأنشطة التجارية، المعدّل والمتمّم،

– وبمقتضى الأمر رقم 06-03 المؤرّخ في 19 جمادى الثانية عام 1427 الموافق 15 يوليو سنة 2006 والمتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية،

– وبمقتضى القانون رقم 12-07 المؤرّخ في 28 ربيع الأول عام 1433 الموافق 21 فبراير سنة 2012 والمتعلق بالولاية،

– وبمقتضى القانون رقم 18-11 المؤرّخ في 11 شوّال عام 1439 الموافق 2 يوليو سنة 2018 والمتعلق بالصحة،

– وبمقتضى المرسوم الرئاسي رقم 19-370 المؤرّخ في أول جمادى الأولى عام 1441 الموافق 28 ديسمبر سنة 2019 والمتضمن تعيين الوزير الأول،

– وبمقتضى المرسوم الرئاسي رقم 20-01 المؤرّخ في 6 جمادى الأولى عام 1441 الموافق 2 جانفي سنة 2020 والمتضمن تعيين أعضاء الحكومة،

يرسم ما يأتي :

المادّة الأولى : يهدف هذا المرسوم إلى تحديد تدابير التباعد الاجتماعي الموجهة للوقاية من انتشار وباء فيروس كورونا (كوفيد – 19) ومكافحته.

ترمي هذه التدابير إلى الحدّ، بصفة استثنائية، من الاحتكاك الجسدي بين المواطنين في الفضاءات العمومية وفي أماكن العمل.

المادّة 2 : تطبق التدابير موضوع هذا المرسوم، على كافة التراب الوطني لمدة أربعة عشر (14) يوما.

ويمكن رفع هذه التدابير أو تمديدها، عند الاقتضاء، حسب الأشكال نفسها.

المادّة 3 : تعلق نشاطات نقل الأشخاص الآتي ذكرها خلال الفترة المذكورة في المادة 2 أعلاه :

– الخدمات الجوية للنقل العمومي للمسافرين على الشبكة الداخلية،

– النقل البري في كل الاتجاهات : الحضري وشبه الحضري وبين البلديات وبين الولايات،

– نقل المسافرين بالسكك الحديدية،

– النقل الموجه : المترو، والترامواي، والنقل بالمصاعد الهوائية،

– النقل الجماعي بسيارات الأجرة.

يستثنى من هذا الإجراء نشاط نقل المستخدمين.

المادّة 4 : دون المساس بأحكام المادة 3 أعلاه، يتولى الوزير المكلف بالنقل والوالي المختص إقليميا، كل فيما يخصه، تنظيم نقل الأشخاص من أجل ضمان استمرارية الخدمة العمومية والحفاظ على النشاطات الحيوية في :

– المصالح المستثناة من أحكام هذا المرسوم، المحددة في المادة 7 أدناه :

– المؤسسات والإدارات العمومية،

– الهيئات الاقتصادية والمصالح المالية.

ومهما يكن، يجب أن يتم تنظيم النقل في ظل التقيد الصارم بمقتضيات الوقاية من انتشار فيروس كورونا (كوفيد – 19)، المقررة من طرف المصالح المختصة للصحة العمومية.

المادّة 5 : تغلق في المدن الكبرى، خلال المدة المذكورة في المادة 2 أعلاه، محلات بيع المشروبات، ومؤسسات وفضاءات الترفيه والتسلية والعرض والمطاعم، باستثناء تلك التي تضمن خدمة التوصيل إلى المنازل.

يمكن أن يتم توسيع إجراء الغلق إلى أنشطة ومدن أخرى، بموجب قرار من الوالي المختص إقليميا.

المادّة 6 : يوضع في عطلة استثنائية مدفوعة الأجر، خلال المدة المنصوص عليها في المادة 2 أعلاه، 50 % على الأقل، من مستخدمي كل مؤسسة وإدارة عمومية.

المادّة 7 : يستثنى من الإجراء المنصوص عليه في المادة 6 أعلاه، المستخدمون الآتي ذكرهم :

– مستخدمو الصحة مهما كانت الجهة المستخدِمة،

– المستخدمون التابعون للمديرية العامة للأمن الوطني،

– المستخدمون التابعون للمديرية العامة للحماية المدنية،

– المستخدمون التابعون للمديرية العامة للجمارك،

– المستخدمون التابعون للمديرية العامة لإدارة السجون،

– المستخدمون التابعون للمديرية العامة للمواصلات السلكية واللاسلكية الوطنية،

– مستخدمو مراقبة الجودة وقمع الغش،

– المستخدمون التابعون للسلطة البيطرية،

– المستخدمون التابعون لسلطة الصحة النباتية،

– المستخدمون المكلفون بمهام النظافة والتطهير،

– المستخدمون المكلفون بمهام المراقبة والحراسة.

غير أنّه، يمكن السلطات المختصة التي يتبع لها المستخدمون المستثنون من هذا الإجراء، أن ترخص بوضع مستخدميها في عطلة استثنائية.

كما يمكن أن يستثنى من الإجراء المنصوص عليه أعلاه، بموجب قرار السلطة المختصة، المستخدمون اللازمون لاستمرارية الخدمات العمومية الحيوية.

المادّة 8 : تمنح الأولوية في العطلة الاستثنائية للنساء الحوامل والنساء المتكفلات بتربية أبنائهن الصغار، وكذا للأشخاص المصابين بأمراض مزمنة، وأولئك الذين يعانون هشاشة صحية.

المادّة 9 : يمكن أن تتخذ المؤسسات والإدارات العمومية كل إجراء يشجع العمل عن بعد في ظل احترام القوانين والتنظيمات المعمول بها.

المادّة 10 : يمكن أن يتخذ الوالي المختص إقليميا، كل إجراء يندرج في إطار الوقاية من انتشار فيروس كورونا (كوفيد – 19) ومكافحته، كما يمكنه بهذه الصفة، أن يسخّر :

– مستخدمي أسلاك الصحة والمخبريين التابعين للمؤسسات الصحية العمومية والخاصة،

– المستخدمين التابعين لأسلاك الأمن الوطني والحماية المدنية والوقاية الصحية والنظافة العمومية، وكل سلك معني بتدابير الوقاية من الوباء ومكافحته،

– كل فرد يمكن أن يكون معنيا بإجراءات الوقاية والمكافحة ضد هذا الوباء بحكم مهنته أو خبرته المهنية،

– كل مرافق الإيواء والمرافق الفندقية أو أي مرافق أخرى عمومية أو خاصة،

– كل وسائل نقل الأفراد الضرورية، عامة أو خاصة، مهما كانت طبيعتها،

– أي وسيلة نقل يمكن أن تستعمل للنقل الصحي أو تجهز لهذا الغرض، سواء كانت عامة أو خاصة.

يمكن الوالي المختص إقليميا تسخير أي منشأة عمومية أو خاصة لضمان الحد الأدنى من الخدمات للمواطنين.

المادّة 11 : يدخل هذا المرسوم حيز التنفيذ ابتداء من يوم الأحد 22 مارس سنة 2020، على الساعة الواحدة صباحا.

المادّة 12 : ينشر هذا المرسوم في الجريدة الرّسميّة للجمهوريّة الجزائريّة الدّيمقراطيّة الشّعبيّة .

حرّر بالجزائر في 26 رجب عام 1441 الموافق 21 مارس سنة 2020.

عبد العزيز جراد

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

الوزير الأول

إلـــى
السيدات والسادة أعضاء الحكومة
وللتبليغ إلى
السيدات والسادة الولاة

13 مارس 2020

رقم ..... 163 ..... و.أ.

الموضوع: بخصوص التخفيف من آثار تدابير الوقاية من وباء كورونا فيروس "كوفيد-19" ومكافحته، على الأداة الوطنية للإنجاز.

إن الحكومة، وعيا منها بمسؤولية الحفاظ على النسيج الصناعي المنوطة بها، قد اتخذت جملة من التدابير ذات الطابع الجبائي وشبه الجبائي والقروض البنكية، بغرض دعم المؤسسات التي تكابد صعوبات على إثر الأزمة الصحية التي تواجهها بلادنا.

غير أن تطورات الوضعية الصحية المرتبطة بوباء "كوفيد-19" والآثار الناجمة عن تدابير الوقاية من هذا الوباء ومكافحته، قد أثرت سلبا على الأداة الوطنية للإنجاز، التي تعاني بشدة من وطأة تراجع نشاطها جراء التأخر في تموينها بالمعدات والمواد الأولية وعدم توفر اليد العاملة بسبب التعليق المؤقت لوسائل النقل.

وفي هذا السياق، وحرصا على عدم تضرر المؤسسات التي وجدت نفسها أمام استحالة ضمان إنجاز الأشغال والخدمات المقررة، فقد تقرر تطبيق أحكام المادة 147 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، التي تنص على تعليق الآجال التعاقدية وعدم فرض العقوبات المالية بسبب التأخير، ضمن الحدود المسطرة في أوامر توقيف واستئناف الخدمات التي تتخذها نتيجة ذلك المصلحة المتعاقدة.

وعليه، فإنه بالنسبة لجميع الصفقات العمومية للدولة، والجماعات المحلية والهيئات والمؤسسات العمومية، لن يتم تطبيق عقوبات التأخير، ابتداء من تاريخ نشر المرسوم التنفيذي رقم 20-69 المؤرخ في 21 مارس 2020، المتعلق بتدابير الوقاية من انتشار وباء كورونا فيروس "كوفيد-19" ومكافحته.

وجدير بالتوضيح أن المادة 147 من نظام الصفقات العمومية، يجب أن تطبق بطبيعة الحال، من قبل أصحاب المشاريع، بناء على طلب من المؤسسات الشريكة المتعاقدة.

من جهة أخرى وقصد تخفيف الآثار المالية لهذه الأزمة على مؤسسات الإنجاز العمومية والخاصة، وعلى التشغيل، يكلف السيد وزير المالية برصد اعتمادات الدفع وعمليات إعادة التقييم الضرورية لتسديد الديون المستحقة لهذه المؤسسات بعنوان الطلبية العمومية، وتبليغها إلى مختلف أصحاب المشاريع، تحت طابع استعجالي.

وأخيرا، ستستمر الحكومة في دراسة كافة السبل والوسائل الكفيلة بالرد على الصعوبات التي تواجهها المؤسسات الجزائرية بفعل الأزمة الصحية.

وإنني أولي بالغ الأهمية للتطبيق الصارم والعاجل لهذه التعليمة.

الوزير الأول

عبد العزيز جراد

نسخة إلى:
السيد رئيس الجمهورية (على سبيل عرض حال).

جمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
République Algérienne Démocratique et Populaire

MINISTERE DES FINANCES

DIRECTION GENERALE
DU BUDGET

وزارة المالية

المديرية العامة
للميزانية

N° MF/DGB/DRBCD/SDR/2020 Alger, le 26 AVR 2020

00002130
00002138

MESDAMES ET MESSIEURS LES CONTROLEURS FINANCIERS
AUPRES DES DEPARTEMENTS MINISTERIELS
MADAME ET MESSIEURS LES DIRECTEURS REGIONAUX DU BUDGET
EN COMMUNICATION A :
MESDAMES ET MESSIEURS LES CONTROLEURS FINANCIERS
DE WILAYAS ET DES COMMUNES
MESDAMES ET MESSIEURS LES DIRECTEURS DE LA PROGRAMMATION
ET DE SUIVI BUDGETAIRES

OBJET: A/s de l'atténuation des effets des mesures de prévention et de lutte contre l'épidémie du CORONAVIRUS « Covid-19 » sur l'outil national de réalisation.

REFER : Instruction n° 163/PM/ 2020 du 13 avril 2020 de Monsieur le Premier Ministre.

En application des directives de Monsieur le Premier Ministre contenues dans son instruction visée en référence, relatives à l'atténuation des effets des mesures de prévention et de lutte contre l'épidémie du CORONAVIRUS «Covid-19», j'ai l'honneur de vous informer, qu'il est fait application des dispostions de l'article 147 du décret présidentiel n°15-247 du 16 septembre 2015 portant réglementation des marchés publics et des délégations de service public qui prévoit « la suspension des délais contractuels et la non application des pénalités de retard dans la limite fixée par les ordres d'arrêt et de reprise de services pris en conséquence par le service contractant » et ce sur demandes des entreprises cocontractantes.

Il convient de préciser, que pour tous les marchés publics de l'Etat, des collectivités locales, et des organismes et établissements publics, les pénalités de retard ne seront pas appliquées à compter de la publication du décret exécutif n° 20-69 du 21 mars 2020 relatif aux mesures de prévention et de lutte contre la propagation du Coronavirus (COVID-19).

Veuillez agréer, Mesdames et Messieurs, l'expression de ma parfaite considération.

المدير العام للميزانية بالنيابة
لعزيز فايد

قائمة

المصادر والمراجع

قائمة المصادر والمراجع

أولا- قائمة المصادر:

أ- الدستور:

- دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية المعدل، المصادق عليه في استفتاء 1996/11/28، المنشور بموجب المرسوم الرئاسي رقم 96 /438، المؤرخ في1996/12/07، ج.ر، عدد 76 بتاريخ 1996/12/08، المعدل والمتمم.

ب- النصوص القانونية:

1- القوانين:

- القانون رقم 09/08 المؤرخ في 18 صفر عام 1429ﻫ الموافق 25 فيفري سنة 2008، المتضمن، قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج.ر عدد21، بتاريخ 23 أفريل 2008، المعدل والمتمم بالقانون رقم 22- 13 المؤرخ في 12 يوليو سنة 2022 ، ج.ر عدد 48، مؤرخ في 17 يوليو 2022.

1- الأوامر:

1- الأمر رقم 154/66، المؤرخ في 18 صفر عام 1386ﻫ الموافق 8 جوان، سنة 1966، المتضمن قانون الإجراءات المدنية الجزائري الملغى، ج.ر عدد،47 سنة 1966 المعدل والمتمم.

2- الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395ﻫ الموافق 26 سبتمبر سنة 1975، المتضمن القانون المدني الجزائري ج.ر عدد 78، المعدل والمتمم.

3- الأمر رقم 11/03 المؤرخ في 26 أوت 2003، المتعلق بالنقد والقرض، ج.ر عدد 52 الصادرة في 27 أوت 2003، المعدل والمتمم بالقانون رقم 10/17 المؤرخ في 11 أكتوبر 2017، ج.ر عدد57، سنة 2017.

2- المراسيم:

1- المرسوم الرئاسي رقم 15-247 مؤرخ في2 ذي الحجة عام 1436ﻫ، الموافق 16 سبتمبر2015م، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، ج.ر، عدد 50، بتاريخ 20 سبتمبر 2015.

2- المرسوم التنفيذي رقم 219/21 مؤرخ في 8 شوال عام 1442، الموافق 20 ماي سنة 2021، يتضمن الموافقة على دفتر البنود الإدارية المطبقة على الصفقات العمومية للأشغال، ج.ر رقم 50، مؤرخة في 24 يونيو 2021.

3- المرسوم التنفيذي رقم 20-69 المتعلق بتدابير الوقاية من فيروس كورونا، المؤرخ في 21 مارس 2020، ج.ر، عدد 15، 21 مارس 2020.

4- القرارات:

1- قرار مؤرخ في 21 نوفمبر 1964 يتضمن المصادقة على دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال لوزارة إعادة البناء و الأشغال العمومية والنقل جريدة رسمية عدد 6، صادرة في 19 جانفي 1965.

5- تعليمة وزارية:

1-التعليمة الوزارية رقم 163 المؤرخة في 13 ابريل 2020 المتعلقة بالتخفيف من أثار تطبيق التدابير الوقائية من فيروس كورونا كوفيد19 ومكافحته على الأداة الوطنية للانجاز.

6- قوانين دول عربية:

1- قانون تنظيم المناقصات و المزايدات المصري الملغى، الصادر بالقانون رقم 89 سنة 1998م، ولائحته التنفيذية الصادرة بقرار وزير المالية رقم 1367 لسنة 1998م، ج.ر عدد 19 (مكرر)،8 ماي 1998.

2- قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة في مصر، الصادر بالقانون رقم 182 لسنة 2018، ج.ر، عدد 39 مكرر، 3 أكتوبر 2018، ولائحته التنفيذية الصادرة بقرار وزير المالية رقم 692 لسنة 2019، ج.ر عدد 244، أكتوبر 2019.

ثانيا- قائمة المراجع:

أ- باللغة العربية:

1-الكتب العامة:

1- **إبراهيم طه الفياض**، العقود الإدارية، النظرية العامة وتطبيقاتها في القانون الكويتي والمقارن، مكتبة الفلاح، الكويت، 1981.

2- **إبراهيم محمد علي**، آثار العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003.

3- **أحمد سلامة بدر**، العقود الإدارية وعقد البوت B-O-T، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003.

4- **احمد عثمان عياد**، مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1973.

5- **برهان زريق**، عقد الأشغال العامة، وزارة الإعلام السورية، الطبعة الأولى، سوريا،2016.

6- **جابر جاد نصار**، العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004.

7- **جابر جاد نصار**، الوجيز في العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000.

8- **جمال عباس احمد عثمان**، النظرية العامة وتطبيقها في مجال إلغاء العقود الإدارية، في الفقه وقضاء مجلس الدولة، دار المكتب العربي الحديث، الإسكندرية، 2007.

9- **حمد محمد حمد الشلماني**، امتيازات السلطة العامة في العقد الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2007.

10- **حمدي ياسين عكاشة**، العقود الإدارية في التطبيق العملي (المبادئ والأسس العامة) منشاة المعارف، الإسكندرية، 1998.

11- **حمدي ياسين عكاشة**، موسوعة العقود الإدارية والدولية، العقود الإدارية في التطبيق العملي، منشاة المعارف، الإسكندرية، دون سنة نشر.

12- **خليل صالح السامرائى**، عقد الأشغال العامة، إبرام- تنفيذ- انتهاء، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2017.
13- **راغب ماجد الحلو**، العقود الإدارية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2007.
14- **راغب ماجد الحو**، القضاء الإداري، (مبدأ المشروعية- تنظيم القضاء الإداري- اختصاص القضاء الإداري- ولاية القضاء الإداري- قضاء الإلغاء- قضاء التعويض- قضاء التأديب- الطعن في الأحكام) دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1995.
15- **رياض ناظم حميد**، النظام القانوني لخطاب الضمان، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، دون سنة نشر.
16- **سعاد الشرقاوي**، العقود الإدارية، أدوات الدولة للتنمية الاقتصادية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2017.
17- **سليمان محمد الطماوي**، الأسس العامة للعقود الإدارية، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، القاهرة، 2005.
18- **سليمان محمد الطماوي**، نظرية التعسف في استعمال السلطة، دراسة مقارنة، الطبعة الثالثة، مطبعة جامعة عين شمش، القاهرة، 1978.
19- **سمير عثمان اليوسف**، نظرية الظروف الطارئة وأثرها في التوازن المالي للعقد، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2005.
20- **طعيمة الجرف**، رقابة القضاء لأعمال الإدارة، قضاء الإلغاء، دار النهضة العربية، القاهرة، 1984.
21- **عادل بوعمران**، النظرية العامة للقرارات والعقود الإدارية، دراسة تشريعية وفقهية وقضائية، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، عين مليلة، الجزائر، 2010.
22- **عاطف محمد عبد اللطيف**، امتيازات الإدارة في قانون المناقصات والمزايدات، دار النهضة العربية، ط1، القاهرة، 2008.
23- **عبد الرزاق احمد السنهوري**، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، المجلد الثاني، ط3، دار النهضة العربية، القاهرة، 1981.
24- **عبد الرؤوف هاشم بسيوني**، شبه العقد في القانون الإداري، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2007.

25- **عبد العزيز خليفة**، الوجيز في الأسس العامة للعقود الإدارية، دار الكتاب الحديث، القاهرة، 2008.
26-**عبد العزيز عبد المنعم خليفة**، الأسس العامة للعقود الإدارية، دار الفكر القانوني، القاهرة، 2004.
27- **عبد اللطيف قطيش**، الصفقات العمومية، تشريعا وفقها واجتهادا(دراسة مقارنة) منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2010.
28- **عزيزة الشريف**، دراسات في نظرية العقد الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، دون سنة طبع.
29- **علي خطار شطناوي**، القضاء الإداري الأردني، الكتاب الأول، قضاء الإلغاء، اربد، الأردن، 1995.
30- **عمار بوضياف**، الصفقات العمومية في الجزائر، حسب المرسوم الرئاسي (08-338) جسور للنشر والتوزيع، الطبعة الثانية، الجزائر، 2008.
31- **عمار بوضياف**، شرح تنظيم الصفقات العمومية، (طبقا للمرسوم الرئاسي 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015)، القسم الثاني، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، ط5، 2017.
32- **عمار بوضياف**، شرح تنظيم الصفقات العمومية، (طبقا للمرسوم الرئاسي 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015)، القسم الأول، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، ط5، 2017.
33- **عمار بوضياف**، شرح تنظيم الصفقات العمومية، دار جسور للنشر والتوزيع، ط3، الجزائر، 2011.
34- **عمار عوابدي**، القانون الإداري(النشاط الإداري)، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر،2000.
35- **عمر حلمي**، معيار تمييز العقد الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، 1993.
36- **مازن ليلو راضي**، العقود الإدارية، دار قنديل للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2011.
37- **محسن خليل**، القضاء الإداري ورقابته لأعمال الإدارة، ط2، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1968.

38- **محمد الصغير بعلي**، العقود الإدارية، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، الجزائر، 2005.
39- **محمد الصغير بعلي**، القرارات الإدارية، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، الجزائر،2005.
40- **محمد انس جعفر**، العقود الإدارية، دراسة مقارنة لنظم المناقصات والمزايدات، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000.
41- **محمد باهي أبو يونس**، الرقابة القضائية على شرعية الجزاءات الإدارية العامة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2000.
42- **محمد رفعت عبد الوهاب**، النظرية العامة للقانون الإداري، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2012.
43- **محمد صبري السعدي**، شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، دار الهدى، عين مليلة، د.ن.
44- **محمد عبد الواحد الجميلي**، ماهية العقد الإداري في ضوء أحكام القضاء الفرنسي والمصري، دار النهضة العربية، القاهرة، 1997.
45- **محمد فؤاد عبد الباسط** ، العقد الإداري،(المقومات- الإجراءات- الآثار)، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، دون سنة النشر.
46- **محمد فؤاد عبد الباسط**، أعمال السلطة الإدارية (القرار الإداري. العقد الإداري)، مكتبة الهداية، الإسكندرية، 1989.
47- **محمد ماهر أبو العينين**، العقود الإدارية وقوانين المزايدات والمناقصات في قضاء وإفتاء مجلس الدولة ، الكتاب الأول، دار أبو المجد للطباعة بالهرم، القاهرة 2004.
48- **محمود حلمي**، العقد الإداري، دار الفكر العربي، القاهرة، الطبعة الثانية، 1977.
49- **محمود خلف الجبوري**، العقود الإدارية، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ط2، 1998.
50- **محمود عاطف البنا**، العقود الإدارية، دار الفكر العربي، ط1، القاهرة، 2007.

51- **مفتاح خليفة عبد الحميد** و **حمد محمد حمد الشلماني**، العقود الإدارية ، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2008.
52- **مفتاح خليفة عبد الحميد**، المعيار المميز في العقود الإدارية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية،2007.
53- **موريس نخلة**، العقود الإدارية، التزامات الأشغال العامة والامتيازات صفقات اللوازم والأشغال العامة، دار المنشورات الحقوقية، بيروت، لبنان، 1986.
54- **نصري منصور نابلسي**، العقود الإدارية، دراسة مقارنة، منشورات زين الحقوقية لبنان،2010.
55- **نواف كنعان كنعان**، القضاء الإداري، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن 2002.
56- **وضاح محمود الحمود**، عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية(B.O.T) حقوق الإدارة المتعاقدة والتزاماتها، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان ، الأردن، 2010.

2- الكتب المتخصصة:

1- **أيمن فتحي محمد عفيفي**، غرامات التأخير في العقود الإدارية، دراسة مقارنة، طبعة الأولى، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2017.
2- **حسام محسن عبد العزيز**، سلطة الإدارة الجزائية في فرض الغرامة التأخيرية في العقد الإداري وضماناتها(دراسة مقارنة)، المركز العربي للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى القاهرة، 2018.
3- **حسان عبد السميع هاشم**، الجزاءات المالية في العقود الإدارية، دار النهضة العربية القاهرة، 2002.
4- **حسين درويش**، السلطات المخولة لجهة الإدارة في العقد الإداري، ط1، مكتبة الانجلوالمصرية، القاهرة، 1961.
5- **رشا محمد جعفر الهاشمي**، الرقابة القضائية على سلطة الإدارة في فرض الجزاءات على المتعاقد معها (دراسة مقارنة)، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2010.

6- **طارق سلطان**، سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات على المتعاقدين معها في العقود الإدارية وضوابطها (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، القاهرة، 2010.
7- **عبد الله نواف العنزي**، النظام القانوني للجزاءات في العقود الإدارية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2010.
8- **عبد المجيد فياض**، نظرية الجزاءات في العقد الإداري، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى دار الفكر العربي، القاهرة، 1975.
9- **فارس علي جانكير**، سلطة الإدارة المتعاقدة في حالة التنفيذ المعيب للعقد الإداري، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، طبعة الأولى، 2014.
10- **محمد حسن مرعي الجبوري**، سلطة الإدارة في فرض الجزاءات الجنائية والمالية في العقود الإدارية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2014.
11- **مدحت احمد يوسف غنايم**، النظام القانوني لغرامة التأخير في العقود الإدارية (دراسة مقارنة)، المركز القومي للإصدارات القانونية، الطبعة الأولى، القاهرة، 2014.
12- **مريم محمد احمد**، سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات على المتعاقد معها في العقود الإدارية، (دراسة مقارنة)(- مصر. فرنسا. العراق-)، الطبعة الأولى، دار الحقانية للطباعة والتسويق والنشر، القاهرة، 2016.
13- **نصر الدين بشير**، غرامة التأخير في العقد الإداري وأثرها في تسير المرفق العام، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2007.

3- أطروحات الدكتوراه و مذكرات الماجستير:

3-1 أطروحات الدكتوراه:

1- أيمن جمعة، **تنفيذ عقد الأشغال العامة**، رسالة دكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة الزقازيق، مصر، 2005.
2- جمال عباس احمد عثمان، **العقد الإداري وقضاء الإلغاء**، رسالة دكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، دون سنة نشر.

3- زكريا سرايش، **الحق في الحبس وأثره في الضمان**، رسالة مقدمة لنيل درجة دكتوراه علوم، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة، 2018.

4- سعيد عبد الرزاق باخبيرة، **سلطة الإدارة الجزائية في أثناء تنفيذ العقد الإداري (دراسة مقارنة)**، رسالة دكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق(بن عكنون)، جامعة الجزائر(يوسف بن خدة)، 2008.

5- سناء بولقواس، **الطرق المستحدثة في إنشاء وتسيير المرافق العامة – عقود البوت نموذجا-** أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه علوم في الحقوق، تخصص قانون إداري وإدارة عامة، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة باتنة 1، 2017.

6- شافي طالب محمد العجمي، **التنظيم القانوني لغرامة التأخير في العقد الإداري** (دراسة مقارنة) بين مصر والكويت، رسالة دكتوراه في الحقوق، تخصص: قانون إداري، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، القاهرة، 2014.

7- عادل قرانة، **الجزاءات المالية في العقد الإداري**، رسالة دكتوراه علوم، تخصص القانون الإداري والمؤسسات الدستورية، غير منشورة، كلية الحقوق، قسم القانون العام، جامعة باجي مختار، عنابة، 2015.

8- علي بن شعبان، **أثار عقد الأشغال العامة على طرفيه في التشريع الجزائري**، رسالة دكتوراه علوم في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة منتوري، قسنطينة، 2012.

9- علي محمد مظفر، **سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات في العقود الإدارية في اليمن (دراسة مقارنة)**، بحث مقدم لنيل درجة الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، مصر، 2012.

10- فيصل نسيغة، **الرقابة على الجزاءات الإدارية العامة في النظام القانوني الجزائري** رسالة لنيل شهادة دكتوراه علوم في الحقوق، فرع القانون العام، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2011.

11- محمد بن سعيد بن حمد المعمري، **الرقابة القضائية على العقود الإدارية في مرحلتي الانعقاد والتنفيذ**، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في القانون الإداري، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، 2010.

12- محمد صلاح عبد البديع السيد، **سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري(دراسة مقارنة)**، رسالة دكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة الزقازيق، مصر ،1993.

13- مليكة أسماء بن صغير، **غرامة التأخير في الصفقات العمومية**، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم القانونية، تخصص التجريم في الصفقات العمومية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجيلالي اليابس، سيدي بلعباس، 2019.

14- هارون عبد العزيز الجمل، **النظام القانوني للجزاءات في عقد الأشغال العامة(دراية مقارنة)**، رسالة دكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، القاهرة، 1979.

15- ياقوتة عليوات، **تطبيقات النظرية العامة للعقد الإداري(الصفقات العمومية في الجزائر)**، رسالة دكتوراه دولة في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة الاخوة منتوري قسنطينة، 2008.

3-2 مذكرات الماجستير

1- خالد مصطفى حواطمة، **سلطة الإدارة في فرض الجزاءات على المتعاقد معها دراسة مقارنة**، مذكرة ماجستير تخصص قانون عام، كلية الدراسات القانونية العليا قسم القانون العام، جامعة عمان العربية للدراسات العليا، عمان، الأردن، 2003.

2- السلال سعيد جمعة الهويدي، **سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري بالإرادة المنفردة**، "دراسة نظرية وتطبيقية مقارنة في الإمارات العربية المتحدة والدول الأجنبية "، رسالة ماجستير في القانون العام، قسم الدراسات العليا، كلية الحقوق، جامعة طنطا، مصر، 1994.

3- صدراتي صدراتي، **نظرية التوازن المالي للعقد الإداري**، رسالة ماجستير في العلوم الإدارية، المعهد الوطني للتعليم العالي للعلوم الاقتصادية والحقوق، باتنة، 1987.

4- عبد اللطيف رزايقية، **الرقابة القضائية على مشروعية القرارات الإدارية في التشريع الجزائري**، مذكرة ماجستير في القانون العام، تخصص تنظيم إداري، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الوادي، 2014.

5- عبد المجيد لواني، **الإعذار في المواد المدنية والتجارية(طبقا للقانون الجزائري)** مذكرة لنيل شهادة الماجستير، فرع العقود والمسؤولية المدنية، كلية الحقوق والعلوم الإدارية (بن عكنون)، جامعة الجزائر، 2005.

6- فارس مخلف خلف الديلمي، الجزاءات **المالية في العقد الإداري،" دراسة مقارنة بين التشريعين العراقي والأردني"**، ماجستير في القانون العام، قسم القانون العام، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، الأردن، نيسان، 2016.

7- فهد بن ناصر بن سعد المسيعيد، **الغرامة التأخيرية في العقود الإدارية في النظام السعودي**، دراسة تأصيلية مقارنة بمجلس التعاون الخليجي، ماجستير في الشريعة والقانون، قسم الشريعة والقانون، كلية العدالة الجنائية، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، المملكة العربية السعودية،2013.

8- فوزي علي عبد الله القفطان، **الجزاءات المالية في العقد الإداري في القانون العراقي والمصري**، رسالة ماجستير في القانون العام، قسم البحوث والدراسات القانونية، معهد البحوث والدراسات العربية، القاهرة، 2011.

9- ماجد ملفي زايد الديحاني، **الجزاءات الضاغطة في العقود الإدارية، دراسة مقارنة بين النظامين المصري والكويتي**، رسالة ماجستير في القانون، قسم القانون العام، الدراسات العليا، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، مصر، 2008.

4- المقالات والمؤتمرات:

4-1 المقالات:

1- إبراهيم محمد الحديثي، الغرامات في نظام المنافسات والمشتريات الحكومية السعودي، دراسة تحليلية، **مجلة جامعة الملك سعود**، مجلد 23، كلية الحقوق والعلوم السياسية، يوليو 2011.

2- أحمد رفعت خفاجي، طبيعة الغرامات التعاقدية في العقود الإدارية، **مجلة المحاماة المصرية**، تصدرها نقابة المحامين المصرية، مصر، العدد العاشر، السنة السادسة والثلاثون، سبتمبر 1955.
3- أسامة جفالي، نطاق الرقابة القضائية على تصرفات الإدارة، **مجلة الاجتهاد القضائي**، العدد السادس عشر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، مارس 2018.
4- آمال يعيش تمام، حاحة عبد العالي، التطورات القضائية في الرقابة على الملائمة بين قضاء الإلغاء وقضاء التعويض، **مجلة الاجتهاد القضائي**، العدد الثالث، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2018.
5- أنور احمد رسلان، نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة، **مجلة القانون والاقتصاد**، للبحوث القانونية والاقتصادية، مطبعة جامعة القاهرة، العدد الثالث والرابع، السنة الثامنة والأربعون، سبتمبر، ديسمبر 1978.
6- بن عبد المالك بوفلجة، الغرامة التأخيرية في ضوء المرسوم رقم247-15 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، **مجلة الاجتهاد القضائي**، العدد الخامس عشر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، مخبر اثر الاجتهاد القضائي على حركة التشريع، جامعة محمد خيضر بسكرة، سبتمبر، 2017.
7- بن عبد المالك بوفلجة، النظام القانوني للتعويض في العقود الإدارية، قراءة في تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام رقم 247/15، **مجلة دفاتر السياسة والقانون**،العدد17، تصدر عن كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، جوان2017.
8- البنان حسن محمد علي حسن، الجزاءات المالية في العقد الإداري، (دراسة مقارنة)، **مجلة الرافدين للحقوق**، المجلد 12، العدد 54، كلية الحقوق، جامعة الموصل، العراق، 2012.
9- ثروت بدوي، المعيار المميز للعقد الإداري، **مجلة القانون والاقتصاد**، للبحوث القانونية والاقتصادية، مطبعة جامعة القاهرة، العدد الأول والثاني، السنة السابعة والعشرون، مارس و يونيو، 1957.

10-حسين درويش، الجزاءات المالية في العقود الإدارية، **مجلة العدالة الإماراتية**، وزارة العدل والشؤون الإسلامية والأوقاف، أبو ظبي، العدد17، السنة الخامسة، جانفي 1978.

11-خالد خليفة، محمد بودالي، اثر الظروف الطارئة على تطبيق غرامة التأخير في مجال الصفقات العمومية، **مجلة الدراسات الحقوقية**، المجلد السابع، العدد الثاني، تصدر عن جامعة الدكتور مولاي الطاهر، سعيدة، جوان 2020.

12- زينة مقداد، الإعفاء من غرامة التأخير في العقد الإداري، **مجلة البحوث القانونية والسياسية**، العدد الخامس، تصدر عن جامعة مولاي طاهر بسعيدة، ديسمبر2015.

13- عادل الطبطبائي، الطعن بتجاوز السلطة في مجال العقود الإدارية، دراسة خاصة بقضاء مجلس الدولة الفرنسي، **بحث منشور في مجلة الحقوق**، جامعة الكويت، العدد الثالث، السنة الحادية عشرة، 1987.

14- عادل قرانة، إعفاء المتعاقد مع الإدارة من غرامة التأخير، **مجلة التواصل في الاقتصاد والإدارة والقانون**، عدد 35، قسم الحقوق، جامعة 20 أوت 1955، سكيكدة، سبتمبر2013.

15- عبد الحليم مجدوب، غرامات التأخير في العقود الإدارية، **المجلة الجزائرية للحقوق والعلوم السياسية**، العدد الرابع، معهد العلوم القانونية والإدارية، المركز الجامعي احمد بن يحي الونشريسي، تيسمسيلت، ديسمبر،2017.

16- عبد الرحمان عباس ادعين، الغرامات التأخيرية في العقود الإدارية، **مجلة جامعة بابل**، قسم القانون، كلية المستقبل، العدد الثالث، المجلد22، العراق، 2014.

17- عبد القادر دراجي ، سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات الإدارية، **مجلة المفكر**، العدد العاشر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، جانفي 2014.

18- عبد الوافي عبد الجبار، بن السيحمو محمد المهدي، رقابة القضاء الإداري على قرار الإدارة توقيع الجزاء في عقود الصفقات العمومية، **مجلة القانون والعلوم السياسية**، العدد السابع، تصدر عن معهد الحقوق والعلوم السياسية، المركز الجامعي صالحي احمد، النعامة، جانفي، 2018.

19- علي الباز، سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات في العقود الإدارية في الكويت، **مجلة جمعية المحامين الكويتية**، السنة 19، سبتمبر 1995، قدمت هذه الدراسة إلى ندوة عن العقود الإدارية عقدت بالكويت عام 1993.

20- علي خطار شنطاوي، صلاحية الإدارة في فرض غرامات التأخير بحق المتعاقد معها، **مجلة الحقوق الكويتية**، كلية الحقوق، جامعة الكويت، العدد 1، السنة 24 مارس2000.

21-عمار بوضياف، صوفية عباد، الأساس القانوني لجزاء غرامة التأخير في صفقة الأشغال العامة وأثرها على امتيازات السلطة العامة في التشريع الجزائري، **مجلة الحقيقة للعلوم الإنسانية والاجتماعية**، المجلد 17، العدد الثالث، تصدر عن الجامعة الإفريقية، احمد دراية، ادرار، سبتمبر 2018.

22- فريد رمضاني، حالات إعفاء المتعاقد مع الإدارة من غرامة التأخير في العقود الإدارية، **مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية**، المجلد الأول، العدد الحدي عشر، صادرة عن كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة باتنة1، جوان 2017.

23- ليلى كميلة حبشي ، الغرامة التاخيرية آلية لضمان احترام آجال تنفيذ الصفقة العمومية " دراسة تحليلية في التشريع الجزائري "، **مجلة الدراسات الحقوقية**، العدد التاسع، تصدر عن جامعة الدكتور مولاي الطاهر، سعيدة، 2018.

24- محمد علي الشباطات، احمد فرج الصادق، عبء إثبات عيب السبب في القرار الإداري، **المجلة العربية للأبحاث والدراسات في العلوم الإنسانية و الاجتماعية**، صادرة عن جامعة زيان عاشور بالجلفة، مجلد 11، العدد الثاني، السنة الحادية عشر، جوان 2019.

25- محمود أبو السعود، سلطة الإدارة في الرقابة على تنفيذ العقد الإداري، **مجلة العلوم القانونية والاقتصادية**، مجلة محكمة يصدرها أساتذة كلية الحقوق بجامعة عين شمس، العدد الأول، السنة التاسعة والثلاثون، القاهرة، يناير 1997.

26- مخلد توفيق مشاوش خشمان، محمد يوسف الحسين، العقود الإدارية وجزاءاتها في فقه القضاء الإداري الأردني والقضاء المقارن، **مجلة دراسات، علوم الشريعة والقانون**، المجلد 43، ملحق3، عمادة البحث العلمي، الجامعة الأردنية، 2016.

27- منصور إبراهيم العتوم، النظام القانوني لغرامة التأخير في العقود الإدارية (دراسة تحليلية مقارنة)، **مجلة الشريعة والقانون**، كلية القانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، السنة السابعة والعشرون، العدد 53، يناير 2013.

28- موسي مصطفى شحادة، الجزاءات الإدارية في مواجهة المنشئات المصنفة الضارة بالبيئة و رقابة القضاء الإداري في فرنسا عليها، **مجلة الحقوق المصرية**، العدد 1 دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2004.

29- نور الدين بوشليف، دفع الغرامة التأخيرية في الصفقات العمومية على ضوء الأحكام القانونية الجديدة الخاصة بالتدابير الوقائية الخاصة بجائحة كورونا – كوفيد 19، **مجلة أبحاث قانونية وسياسية**، تصدر عن كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد الصديق بن يحي، جيجل، المجلد السادس، العدد1، جوان 2021.

30- هشام محمد فريجة، الغرامة التأخيرية في العقود الإدارية، **مجلة جامعة الشارقة للعلوم القانونية**، المجلد 16، العدد الثاني،الإمارات العربية المتحدة، ديسمبر 2019.

31- وسام صبار العاني، عيب السبب ومكانته بين أوجه الإلغاء في النظم المقارنة والعراق، بحث منشور في **مجلة كلية الحقوق**، جامعة النهرين، المجلد 14، العراق 2012.

32- وهيبة بلباقي، دور التسبيب في الرقابة على مشروعية السبب في القرار الإداري، **مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية**، صادرة عن معهد الحقوق والعلوم السياسية بالمركز الجامعي أمين العقال الحاج موسى اق اخموك لتامنغست، الجزائر المجلد السابع، العدد السادس، سنة 2018.

4-2 المؤتمرات:

1- علاء محي الدين مصطفى أبو احمد، التزامات المتعاقد مع الإدارة في تنفيذ عقود الطاقة، **المؤتمر السنوي الحادي والعشرين، الطاقة بين القانون والاقتصاد**، 20 و2013/05/21، كلية الشريعة و القانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة.

2- محمد السيد الدسوقي، أحكام غرامة التأخير في عقود المشاريع الإنشائية العامة في القانونين المصري والإماراتي، بحث ألقاه في **المؤتمر الثامن عشر عقود البناء والتشييد**

بـين القواعـد القانونيـة التقليديـة والـنظم القانونيـة المسـتحدثة، مؤتمر نظمتـه كليـة القانون، جامعة عجمان، دون سنة نشر.

05- المواقع الالكترونية:

1- فواد عزوزي، دور القضاء الإداري في حماية حقوق أطراف العقد الإداري، قاضي بالمحكمة الإدارية بفاس، المغرب، ص32، موقع الكتروني www.csribd.com/doc/292954932. تاريخ الاطلاع على الموقع 2016/10/4 على الساعة 13:20.

2- محمدالشافعي أبو راس، العقود الإدارية، موقع الكتروني، www.pdffacctory.com تاريخ زيارة الموقع في 2016/07/23 على الساعة 14:20.

3- موقع الصفقات العامة الفرنسي متاح عبر الرابط التالي:
www.marche-public.fr/

5- **المعاجم والقواميس**

1- مجمع اللغة العربية، المعجم الوسيط، مكتبة الشروق الدولية، الطبعة الرابعة، مصر سنة 2004.

ب- باللغة الأجنبية:

A -Ouvrage :

1- Benjamin Martinez, Fabien Serr, Exécution des marchés publics, mise en Œuvre administrative et financière ,Le moniteur, paris, 2013.

2- Chapus René, droit administratif général, tome1, Delta, paris, 9éme édition, 1995.

3- De Laubadére (Andre), Moderne (Franc) et Delvolvé (Pierre): Traité des cotrats administratifs, Paris, L.G.D.J. Edition 1984

4- De laubadére André, traite théorique et pratique des contrats administratifs, tomes,3,misc a jour L.G.D.A, paris 1956.

5- De laubadére André, Traite du droit administratif, L.G.D.J, Tome (1) Paris, 1984.

6- Guettier (ch), droit des contrats administratifs, Thémis droit. presses Universitaires de France,2éd, 2008.

7- jeze Gaston, les principes généraux du droit administratif, 3e Ed, Paris, 1932.

8- Rivero jean, Droit Administratif, Dalloz, L.G.D.J, Paris, 1985.

9- Vedel George, Droit administratif, 5eme éd, presses Universitaires de France, paris, 1973.

B - Articles:

1- Sofia POPESCU, Dana APOSTOL, Le contentieux administratif en tant qu'instrument de protection du citoyen, R.I.D.C., Vol. 45, N°2, Avril-juin 1993.

2- Pequignot (George), le contrats de l'administration, articlé précité, J.C.A, fase,500,1952.

C -liste des lois françaises

1-*CCAG Travaux, Publie JORF N0 0227 du 1 octobre 2009, p 15907, texte n0 16.*

2- *CCAG Travaux, Publie du 2021.*

3- *CCAG, fournitures courantes et services,(FCS), JORF N0 78 du 1 avril 2021, p 15907, texte n018.*

4- CCAG, fournitures courantes et services, 2009,(FCS)

D-Dictionnaire

1- *le robert pour tous, paris ,1995.*

الفهرس

الفهرس

شكر و تقدير.....أ

إهداء ..... **ب**

مقدمة.....**1**

فصل تمهيدي: ماهية العقود الإدارية.....**11**

المبحث الأول: نشأة العقود الإدارية.....**13**

المطلب الأول: نشأة العقود الإدارية في فرنسا.....13

المطلب الثاني: نشأة العقود الإدارية في مصر.....15

الفرع الأول: نشأة العقود الإدارية في مصر أمام المحاكم الإدارية.....15

الفرع الثاني: نشأة العقود الإدارية في مصر أمام مجلس الدولة.....16

المبحث الثاني: المعيار المميز للعقود الإدارية.....**18**

المطلب الأول: وجود الإدارة طرفا في العقد.....19

المطلب الثاني: اتصال العقد بنشاط مرفق عام.....22

المطلب الثالث: احتواء العقد على شروط استثنائية.....24

المبحث الثالث: التزامات وحقوق المتعاقد وسلطات الإدارة في مواجهته.....**27**

المطلب الأول: التزامات المتعاقد مع الإدارة.....28

الفرع الأول: التزام المتعاقد بتنفيذ التزامه بنفسه.....29

أولا: التعاقد من الباطن والتنازل عن العقد.....30

ثانيا: موت المتعاقد أو إفلاسه.....32

الفرع الثاني: التزام المتعاقد بتنفيذ التزامه في المواعيد المحددة.....33
الفرع الثالث: الالتزام المتعاقد بدفع مبلغ الضمان.....35
المطلب الثاني: حقوق المتعاقد مع الإدارة.....37
الفرع الأول: حق المتعاقد في الحصول على المقابل المالي.....38
الفرع الثاني: حق المتعاقد في الحصول على التعويض.....40
الفرع الثالث: حق المتعاقد في ضمان التوازن المالي للعقد.....42
أولا: نظرية عمل الأمير (المخاطر الإدارية).....43
ثانيا: نظرية الظروف الطارئة.....45
ثالثا: نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة.....49
المطلب الثالث: سلطات الإدارة في مواجهة المتعاقد معها.....52
الفرع الأول: سلطة الرقابة والتوجيه.....53
الفرع الثاني: سلطة الإدارة في تعديل العقد.....55
أولا: موقف الفقه الفرنسي من سلطة التعديل.....56
ثانيا: موقف الفقه المصري من سلطة التعديل.....57
ثالثا: موقف المشرع الجزائري من سلطة التعديل.....58
الفرع الثالث: سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري.....61
الفرع الرابع: سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات.....62
الباب الأول: النظام القانوني لغرامة التأخير في العقود الإدارية.....65
الفصل الأول: ماهية غرامة التأخير.....67

المبحث الأول: تعريف غرامة التأخير ونشأتها.....67

المطلب الأول: تعريف غرامة التأخير.....68

الفرع الأول: التعريف اللغوي والاصطلاحي لغرامة التأخير.....68

أولا: غرامة التأخير لغةً.....68

ثانيا: غرامة التأخير اصطلاحا..... 69

1- غرامة التأخير تعويض جزافي.....69

2- غرامة التأخير تعويض اتفاقي.....70

3 -غرامة التأخير جراء مالي.....71

الفرع الثاني: التعريف الفقهي لغرامة التأخير.....71

الفرع الثالث: التعريف التشريعي لغرامة التأخير.....76

أولا: غرامة التأخير في التشريع الجزائري.....76

ثانيا: غرامة التأخير في التشريع المصري.....78

ثالثا: غرامة التأخير في التشريع الفرنسي.....79

المطلب الثاني: نشأة غرامة التأخير.....81

الفرع الأول: نشأة غرامة التأخير في الشريعة الإسلامية.....81

الفرع الثاني: نشأة غرامة التأخير في القوانين الوضعية.....82

أولا: نشأة غرامة التأخير في فرنسا.....82

ثانيا: نشأة غرامة التأخير في مصر..... 83

ثالثا: نشأة غرامة التأخير في الجزائر.....84

المبحث الثاني: الطبيعة القانونية لغرامة التأخير وأساسها القانوني.....86

المطلب الأول: الطبيعة القانونية لغرامة التأخير..... 87

الفرع الأول: غرامة التأخير تعويض جزافي متفق عليه مسبقا.....88

الفرع الثاني: غرامة التأخير جزاء مالي اتفاقي..... 90

الفرع الثالث: غرامة التأخير ذات طبيعة مختلطة.....91

المطلب الثاني: الأساس القانوني لغرامة التأخير..... 93

الفرع الأول: الأساس التعاقدي لغرامة التأخير.....93

الفرع الثاني: الأساس غير تعاقدي لغرامة التأخير.....95

أولا: الأساس غير التعاقدي لغرامة التأخير ينبع أساسا من فكرة السلطة العامة.....95

ثانيا: الأساس غير التعاقدي لغرامة التأخير ينبع أساسا من فكرة مبدأ دوام سير المرافق العامة.96

المبحث الثالث: خصائص غرامة التأخير وشروط توقيعها وتميزها عن باقي الجزاءات المالية.....98

المطلب الأول: خصائص غرامة التأخير.....98

الفرع الأول: غرامة التأخير اتفاقية.....99

الفرع الثاني: غرامة التأخير تلقائية.....101

الفرع الثالث: غرامة التأخير توقع استنادا إلى قرار إداري.....103

المطلب الثاني: شروط توقيع غرامة التأخير.....104

الفرع الأول: تضمين العقد نصاً يعطي الحق لجهة الإدارة في توقيع الغرامة.....105

الفرع الثاني: الإخلال بمدد التنفيذ.....106

أولا: عدم البدء في تنفيذ العقد.....106

ثانيا: تأخر المتعاقد مع الإدارة في إتمام العمل في المدة المحددة لذلك.....108

ثالثا: عدم تنفيذ العقد كليا من طرف المتعاقد.....109

المطلب الثالث: التمييز بين غرامة التأخير وباقي الجزاءات المالية المشابهة لها.....111

الفرع الأول: التمييز بين غرامة التأخير والتعويض.....111

أولا: من حيث تقدير التعويض.....112

ثانيا: من حيث الغاية من التعويض.....113

ثالثا: من حيث شروط استحقاق التعويض.....113

الفرع الثاني: التمييز بين غرامة التأخير ومصادرة التامين.....114

أولا: أوجه تشابه غرامة التأخير مع مصادرة التامين.....115

ثانيا: أوجه اختلاف غرامة التأخير مع مصادرة التامين.....116

الفصل الثاني: سلطة الإدارة في توقيع غرامة التأخير وطرق اقتضائها والإعفاء منها.....119

المبحث الأول: سلطة الإدارة في توقيع غرامة التأخير.....120

المطلب الأول: السلطة المختصة في توقيع غرامة التأخير.....121

المطلب الثاني: المبادئ العامة لسلطة الإدارة في توقيع غرامة التأخير.....122

الفرع الأول: سلطة الإدارة في توقيع غرامة التأخير بنفسها وبإرادتها المنفردة.....122

الفرع الثاني: سلطة الإدارة في توقيع غرامة التأخير في الوقت الذي تراه مناسبا لها.....123

الفرع الثالث: سلطة الإدارة بتسبيب قرار توقيع غرامة التأخير.....125
الفرع الرابع: خضوع سلطة الإدارة في توقيع غرامة التأخير لرقابة القضاء.....126
المطلب الثالث: الأعذار كقيد على سلطة الإدارة في توقيع غرامة التأخير.....127
الفرع الأول: الإعذار بالغرامة في فرنسا.....128
الفرع الثاني: الإعذار بالغرامة في مصر.....133
الفرع الثالث: الإعذار بالغرامة في الجزائر.....136
المبحث الثاني: طرق اقتضاء غرامة التأخير.....138
المطلب الأول: مبلغ التامين.....139
المطلب الثاني: خطاب الضمان.....141
المطلب الثالث: حق الحبس.....143
المطلب الرابع: المقاصة.....144
المبحث الثالث: إعفاء المتعاقد مع الإدارة من غرامة التأخير.....**146**
المطلب الأول: الإعفاء الجوازي من الغرامة التأخيرية.....147
الفرع الأول: التمديد الإداري لتنفيذ
العقد.....147
الفرع الثاني: الإعفاء الإداري نتيجة ظروف
التنفيذ.....149
المطلب الثاني : الإعفاء الوجوبي من الغرامة التأخيرية.....152
الفرع الأول: الإعفاء بسبب القوة القاهرة.....153

أولا: أن يكون الحادث المسبب للقوة القاهرة حادث خارجي.....154

ثانيا: أن يكون الحادث الخارجي المسبب للقوة القاهرة غير متوقع.....154

ثالثا: أن يؤدي الحادث الخارجي جعل تنفيذ الالتزام مستحيلا.....155

الفرع الثاني: الإعفاء نتيجة فعل الإدارة.....160

أولا: الإعفاء من غرامة التأخير نتيجة خطأ الإدارة.....160

ثانيا: الإعفاء من غرامة التأخير نتيجة التعديل الإداري.....162

خلاصة الباب الأول.....163

الباب الثاني: الرقابة القضائية على قرار الإدارة بتوقيع غرامة التأخير و تطبيقاتها في بعض العقود الإدارية.....**165**

الفصل الأول: الرقابة القضائية على قرار الإدارة بتوقيع غرامة التأخير.....**167**

المبحث الأول: القضاء المختص بالرقابة القضائية على قرار الإدارة بتوقيع غرامة التأخير.169

المطلب الأول: القضـــاء المختص بالرقابة القضائية في ظل القضاء الموحد و القضاء المزدوج.....169

الفرع الأول: اختصاص القضاء العادي (القضاء الموحد) بالرقابة القضائية.....170

الفرع الثاني: اختصاص القضاء الإداري في النظام المزدوج بالرقابة القضائية.....172

المطلب الثاني: القاضي المختص بالرقابة القضائية في الدول التي تتبنى نظام القضاء الإداري المستقل.....173

الفرع الأول: القاضي المختص بالرقابة القضائية على قرار الغرامة في القانون الفرنسي.....174

الفرع الثاني: القاضي المختص بالرقابة القضائية على قرار الغرامة في القانون المصري.....176

المبحث الثاني: نطاق الرقابة القضائية على قرار غرامة التأخير.....**177**

المطلب الأول: رقـــابـــة الـمشروعية على قرار غرامة التأخير.....179

الفرع الأول: عيب عدم الاختصاص.....180

الفرع الثاني: عـيـب الـشكـل والإجراءات.....181

الفرع الثالث: عيـب الانـحراف بالسلطة.....184

الفرع الرابع: عيب مخالفة القانون (المحل).....185

الفرع الخامس: عـــيـب الـسبـب.....187

المطلب الثاني: رقابة الملائمة على قرار غرامـة التأخير.....190

الفصل الثاني: تطبيقات لغرامة التأخير في بعض العقود الإدارية.....197

المبحث الأول: تطبيق غرامة التأخير في عقد الأشغال العامة.....198

المطلب الأول: تنظيم غرامة التأخير في عقد الأشغال العامة.....201

الفرع الأول: تنظيم غرامة التأخير في عقد الأشغال العامة في فرنسا.....201

الفرع الثاني: تنظيم غرامة التأخير في عقد الأشغال العامة في مصر.....205

الفرع الثالث: تنظيم غرامة التأخير في عقد الأشغال العامة في الجزائر.....210

المطلب الثاني: كيفية حساب غرامة التأخير في عقد الأشغال العامة.....217

الفرع الأول: حساب الغرامة في عقد الأشغال العامة في مصر.....218

الفرع الثاني: حساب الغرامة في عقد الأشغال العامة في الجزائر.....220

المبحث الثاني: تطبيق غرامة التأخير في عقد التوريد 223

المطلب الأول: تنظيم غرامة التأخير في عقد التوريد.....225

الفرع الأول: تنظيم غرامة التأخير في عقد التوريد في فرنسا.....225

الفرع الثاني: تنظيم غرامة التأخير في عقد التوريد في مصر.....228
الفرع الثالث: تنظيم غرامة التأخير في عقد التوريد في الجزائر.....233
المطلب الثاني: كيفية حساب غرامة التأخير في عقد التوريد.....235
الفرع الأول: حساب الغرامة في عقد التوريد في فرنسا.....236
الفرع الثاني: حساب الغرامة في عقد التوريد في مصر.....238
الفرع الثالث: حساب الغرامة في عقد التوريد في الجزائر.....239
خلاصة الباب الثاني.....241
الخاتمة.....243
الملاحق.....249
قائمة المصادر والمراجع.....259
الفهرس.....277

ملخص:

تتنوع الجزاءات المالية التي تملك الإدارة الحق في توقيعها على المتعاقد معها في حال إخلاله بالتزاماته العقدية، لكن تبقى غرامة التأخير الأكثر استعمالا من بين هذه الجزاءات وهي عبارة عن مبالغ مالية تقدرها جهة الإدارة مسبقا و تنص على توقيعها متى تأخر المتعاقد معها في تنفيذ التزاماته العقدية الناشئة عن العقد الإداري أو تنفيذها غير المطابق للمواصفات الفنية التي تم الاتفاق عليها، حيث أن الهدف الأسمى الذي تسعى إليه الإدارة المتعاقدة من توقيع غرامة التأخير على المتعاقد معها هو ضمان سير المرافق العامة بانتظام واطراد، وتغليب المصلحة العامة للدولة مع عدم إهدار حقوق المتعاقد معها.

وتتميز غرامة التأخير في العقود الإدارية بخضوعها لنظام قانوني خاص مقارنة ببقية الجزاءات المالية الأخرى، الأمر الذي يكشف من خلال الممارسة العملية وجود إشكالات قانونية لهذا الجزاء أثناء توقيعه لا سيما مع تعاظم الأسلوب التعاقدي الذي تلجا إليه الإدارة المتعاقدة من اجل أداء مهامها على الوجه الأمثل بغية تحقيق الصالح العام، علما أن الإدارة المتعاقدة تملك توقيع غرامة التأخير في حالات عدة، كما يمكنها إعفاء المتعاقد معها من هذه الغرامة في حالات معينة، منها إذا ما تعلق فعل التأخير بخطأ من جانبها، أو كان نتيجة قوة قاهرة منعت المتعاقد من تنفيذ التزاماته في المواعيد المحددة في العقد الإداري.

Abstract:

Financial sanctions that the administration has the right to impose on the contractor with it in the case of breach of his/her contractual obligations vary, but the delay penalty remains the most widely used among these sanctions. It is financial amounts estimated by the administration in advance and stipulates that it is imposed if the contractor delays implementing his/her contractual obligations arising from the administrative contract or the implementation does not conform to the technical specifications that have been agreed upon, as the ultimate objective that the contracting administration seeks by imposing a delay penalty on the contractor is to ensure the regular and steady functioning of the public utilities and give priority to the public interest of the State without wasting the rights of the contractor with it.

The delay penalty in the administrative contracts is characterized by being subject to a special legal regime compared to the other financial sanctions, which reveals through practical work the existence of legal problems concerning this sanction during its imposition especially with the growing contractual method that the contracting administration resorts to in order to optimally perform its tasks for achieving the public interest, note that the contracting administration has the right to impose a delay penalty in several cases and it can also exempt the contractor from this penalty in certain cases, including if the delay is due to a mistake on its part or is the result of a force majeure that prevents the contractor from carrying out his/her obligations on time specified in the administrative contract.