الجمهورية العربية السورية
جامعة دمشق
كلية الحقوق
قسم القانون العام

الحرمان من التعاقد مع الإدارة

"دراسة مقارنة"

أطروحة أعدت لنيل درجة الدكتوراه في القانون العام

إعداد

جاسم محمد الشعله

إشراف الأستاذ الدكتور

سعيد نحيلي

أستاذ في قسم القانون العام – جامعة دمشق

2024م

بسم الله الرحمن الرحيم

﴿قالوا سبحانك لا علم لنا إلا ما علمتنا إنك أنت العليم الحكيم﴾

صدق الله العظيم

البقرة آية 32

الإهـــــــــداء

إلى من كان في قلبي . . . . كل الدعاء له بالمحبة والسلام . . . . . .

..... **وطنـــــــي الغالي** .

إلى من سيبقى ذكراه مخلدا" في قلبي وعقلي

المرحوم الدكتور محمد رسول العموري

إلى أعظم قلب في الوجود . . . إلى من ذكرها دائماً في قلبي . . . .

.....**أمـــي رحمها الله** .

إلى رمز العطاء والتضحية . . . . . إلى من كان لي سنداً وقوة . .

.....**أبـــي الغالي** .

إلى من أرى فيهم المستقبل . . . . . إلى من كانت لي خير عون . . . . . .

.... **زوجتي العزيزة وأولادي محمد علي وجميلة وأمير**.

إلى من كانوا سندي في هذه الحياة . . . . . .

أخوتي وأصدقائي وزملائي

كلمة شكر وتقدير

نحمد الله العلي القدير الذي يسر لي سبيل العلم وهيأ لي أسبابه وأمدني بالعون لإنجاز هذا البحث، والحمد لله على كل نعمة كانت أو هي كائنة.

في مستهل هذه الدراسة، وعرفاناً منا بالجميل يطيب لي أن أتقدم بخالص الشكر وعميق الاحترام إلى **الأستاذ الدكتور سعيد نحيلي** الاستاذ في قسم القانون العام على تكرمه وتفضله بالإشراف على هذه الرسالة، والذي قدم لي من منابع علمه الكثير خلال مسيرة هذا البحث وصولاً إلى صورته النهائية، له مني بالغ التقدير والعرفان وجزاه الله عز وجل عني خير جزاء.

ونسأل الله الرحمة لروح الأستاذ الدكتور **محمد رسول العموري** الذي كان له الفضل أيضاً في إعداد هذا البحث، تغمده الله بواسع رحمته وأسكنه فسيح جنانه.

وأتقدم بشكري الجزيل في هذا اليوم إلى أساتذتي الموقرين في لجنة المناقشة :

الاستاذ الدكتور يوسف شباط
الاستاذ الدكتور عمار التركاوي
الاستاذ الدكتور محمد الدالي
الدكتور سنان عمار عميد كلية الحقوق

لتفضلهم علي بقبول مناقشة هذه الرسالة، فهم أهل لسد خللها وتقويم معوجها وتهذيب نتوآتها والإبانة عن مواطن القصور فيها، سائلا الله الكريم أن يثيبهم عني خيراً.

كما لا يمكنني نسيان التعبير عن الشكر والامتنان للزميل والصديق والأخ **الأستاذ جاسم العبدالله** على وقوفه ودعمه الدائم لي في كافة مراحل البحث من خلال تقديم المراجع العلمية.

وأشكر جميع أساتذتي في قسم القانون العام في كلية الحقوق في جامعة دمشق على رعايتهم ودعمهم الدائم لي في مسيرتي العلمية.

كما أتوجه بالشكر لأساتذتي في كلية الحقوق في جامعة البعث أبناء مدينتي حمص لدعمهم الدائم لي وتقديمهم النصح من أجل إتمام هذه الأطروحة.

وأشكر جميع زملائي وأصدقائي وكل من خصني بدعاء صادق من القلب.

وفي الختام لا يسعني إلا أن أشكر أهالي مدينتي ومعشوقتي حمص الذين قدموا لي الدعم المعنوي المستمر من أجل تحقيق ما كنت أطمح الوصول إليه في طريق العلم.

جاسم

الفهرس

العنوان	رقم
المقدمة	**1**
فصل تمهيدي: امتيازات الإدارة في نطاق العقود الإدارية	**9**
المبحث الأول: سلطة الإدارة في الرقابة	**10**
المطلب الأول: ماهية الرقابة	**10**
الفرع الأول: الرقابة بالمعنى الضيق	**11**
الفرع الثاني: الرقابة بالمعنى الواسع	**12**
المطلب الثاني: الأساس النظري والقانوني لسلطة الإدارة في الرقابة وفرض الجزاءات	**13**
الفرع الأول: فكرة السلطة العامة بوصفها أساساً لسلطة الإدارة في الرقابة	**13**
الفرع الثاني: فكرة المرفق العام بوصفها أساساً لسلطة الإدارة في الرقابة	**15**
المبحث الثاني: نطاق سلطة الإدارة في فرض الجزاءات على المتعاقد	**18**
المطلب الأول: الخصائص المميزة للجزاءات في نطاق العقود الإدارية	**18**
الفرع الأول: حق الإدارة في توقيع الجزاء بنفسها	**19**
الفرع الثاني: مدى ارتباط سلطة فرض الجزاء بالضرر الناجم عن تصرف المتعاقد	**21**
المطلب الثاني: ضوابط سلطة الإدارة في فرض الجزاءات	**24**
الفرع الأول: الضوابط السابقة على الجزاء التعاقدي	**26**
الفرع الثاني: التناسب بين الجزاء والمخالفة	**41**
الباب الأول: الجوانب القانونية النظرية لجزاء الحرمان من التعاقد مع الإدارة	**51**
الفصل الأول: ماهية جزاء الحرمان من التعاقد مع الإدارة	**53**
المبحث الأول: مفهوم الحرمان من التعاقد مع الإدارة	**54**
المطلب الأول: تعريف الحرمان من التعاقد مع الإدارة واسبابه	**55**
الفرع الأول: تعريف الحرمان من التعاقد مع الإدارة	**55**
الفرع الثاني: أسباب الحرمان من التعاقد مع الإدارة	**57**
المطلب الثاني: دوافع وشروط الإدارة في إصدار قرار الحرمان من التعاقد معها	**63**

الفرع الأول: دوافع قرار الحرمان	**63**
الفرع الثاني: دوافع قرار الحرمان في القانون السوري	**64**
المبحث الثاني: الطبيعة الذاتية لجزاء الحرمان من التعاقد	**67**
المطلب الأول: تمييز جزاء الحرمان من التعاقد مع الإدارة عن حالات الحرمان الوقائي	**68**
الفرع الأول: الحرمان الجزائي	**68**
الفرع الثاني: الحرمان الوقائي	**71**
المطلب الثاني: تمييز الحرمان من التعاقد عن إجراء استبعاد العارضين	**76**
الفرع الأول: سلطة الإدارة في الاستبعاد	**77**
الفرع الثاني: حالات الاستبعاد	**78**
الفرع الثالث: وقت الاستبعاد	**84**
الفصل الثاني: حالات الحرمان من التعاقد مع الإدارة	**88**
المبحث الأول: حالات الحرمان نتيجة إخلال المتعاقد بالتزاماته القانونية في المرحلة السابقة لإتمام إبرام العقد	**92**
المطلب الأول: حالات الحرمان الناجمة عن إخلال المتعاقد بالتزاماته القانونية في مرحلة إبرام العقد الإداري	**93**
المطلب الثاني: حالات الحرمان الناجمة عن إخلال المتعاقد بالتزاماته التعاقدية غير المرتبطة بإبرام العقد	**95**
المبحث الثاني: حالات الحرمان التعاقدي مع الإدارة نتيجة إخلال المتعاقد بالتزاماته أثناء تنفيذ العقد	**100**
المطلب الأول: الحرمان من التعاقد نتيجة ارتكاب الغش والتلاعب أثناء تنفيذ العقد	**100**
الفرع الأول: مفهوم الغش والتلاعب كسبب للحرمان من التعاقد	**101**
الفرع الثاني: إثبات الغش والتلاعب أثناء تنفيذ العقد	**107**
المطلب الثاني: الحرمان من التعاقد كجزاء تبعي لجزاء عقدي اخر	**110**
الفرع الأول: مدى سلطة الإدارة المتعاقدة في اتخاذ قرار الحرمان كجزاء تبعي	**110**
الفرع الثاني: الآثار القانونية لقرار الحرمان كجزاء تبعي	**112**

الباب الثاني: الجوانب القانونية التطبيقية لجزاء الحرمان من التعاقد مع الإدارة	**114**
الفصل الأول: ضوابط سلطة الإدارة في فرض جزاء الحرمان من التعاقد	**116**
المبحث الأول: أساس سلطة الإدارة في فرض الجزاء وحدود هذه السلطة	**117**
المطلب الأول: أساس سلطة الإدارة في العقود	**117**
الفرع الأول: سلطة الإدارة المنصوص عليها	**117**
الفرع الثاني: سلطة الإدارة غير المنصوص عليها	**120**
المطلب الثاني: حدود سلطة الإدارة في فرض جزاء الحرمان من التعاقد	**124**
الفرع الأول: إيقاع العقوبة وعدم جواز إيقاعها	**127**
الفرع الثاني: التزام الإدارة العلانية فيما يتعلق بالحرمان من التعاقد معها	**132**
المبحث الثاني: قيود الإدارة في فرض جزاء الحرمان من التعاقد والخصائص المميزة لهذا الجزاء	**143**
المطلب الأول: قيود الإدارة في فرض جزاء الحرمان من التعاقد	**143**
الفرع الأول: أساس فكرة الجزاء في العقد الإداري	**144**
الفرع الثاني: مظاهر الشفافية عند ممارسة الإدارة لسلطتها في توقيع جزاء الحرمان على المتعاقد معها	**146**
المطلب الثاني: خصائص سلطة الإدارة في فرض جزاء الحرمان من التعاقد	**153**
الفرع الأول: الحرمان بإرادة منفردة	**153**
الفرع الثاني: سلطة الإدارة في فرض جزاء الحرمان دون الحاجة إلى النص عليه في العقد	**154**
الفصل الثاني: الرقابة القضائية على قرار الحرمان من التعاقد	**158**
المبحث الأول: القضاء المختص بالرقابة	**159**
المطلب الأول: في دول القضاء الموحد	**160**
المطلب الثاني: في دول القضاء المزدوج	**163**
المبحث الثاني: مدى الرقابة القضائية على قرار الحرمان	**167**
المطلب الأول: رقابة المشروعية والملائمة	**167**
الفرع الأول: رقابة المشروعية	**167**

الفرع الثاني: رقابة الملائمة	**184**
المطلب الثاني: آثار الحكم القضائي	**189**
الفرع الأول: خيار قبول الدعوى موضوعاً وآثار إلغاء قرار الحرمان	**189**
الفرع الثاني: خيار رد الدعوى	**194**
خاتمة	**197**
قائمة المراجع	**200**
الملخص باللغة الإنكليزية	**217**

الملخص

ضماناً من القانون لحسن تنفيذ المتعاقدين مع الجهات العامة، من إداراتٍ أو مؤسساتٍ أو شركات لالتزاماتهم التعاقدية، وسواءً أكان العقد عقد تنفيذ إنشاءاتٍ وأشغالٍ عامة أو عقد توريد، فقد سمح القانون للإدارة بأن تحرم المتعاقد من التعاقد معها مستقبلاً أو من التعاقد مع الجهات العامة جميعها، فيما إذا ثبت سوء نيته أو عدم كفاءته أثناء تنفيذ التعهد.

إن هذه العقوبة تعتبر شديدة جداً بالنسبة للمتعهد، سواءً أكان مهندساً أو مقاولا"، فالدولة كما نعلم هي التي تنفذ أغلب مشاريع الإنشاءات الكبيرة في بلادنا، وخاصةً بالنسبة لعقود بناء الجسور والسدود والطرقات والمصانع، وعقود تشييد البنية التحتية جميعها، فإذا حُرِم المتعهد من التعاقد مع جهةٍ معينة من جهات الدولة، أو مع الجهات العامة جميعها، فإن هذا يعني أنَّه قد حرم من فرصة الاشتراك في أكبر المشاريع، والتي كانت ستعود عليه بالنفع مادياً ومعنوياً وقد ألقينا الضوء في هذه الأطروحة على حالات حرمان التعاقد مع الإدارة بدراسة مقارنة وصولاً إلى بعض النتائج والتوصيات في هذا المضمار.

كلمات مفتاحية: الحرمان، الاستبعاد، الإدارة، العقد الإداري، المتعهد، السلطة التقديرية.

مقدمة

تتمتع الإدارة بسلطة فرض الجزاء على المتعاقد معها إذا ما قصر في تنفيذ التزامه، بأي وجه من الوجوه سواءً كان بالامتناع من جانبه عن تنفيذ العقد، أو بتأخيره في التنفيذ، أو بالتنفيذ غير المرضي، أو بإحلال غيره في التنفيذ من دون موافقة الإدارة، أو باتباع طرق غير سوية في تنفيذ العقد أو في معرض التقدم إلى التعاقد معها، فالإدارة في هذه الحالات كلها لها الحق في فرض جزاءات على المتعاقد معها.

المبدأ العام في تنفيذ العقود: (حسن النية) بما يلقي على المتعاقدين واجباً مشتركاً بعدم الإخلال بالتزاماتهم التعاقدية، بالإضافة إلى هذا المبدأ فإن هنالك مبدأ آخر يجد جذوره وأصوله في قواعد القانون الإداري، يتجسد في ضرورة الحفاظ على سير المرافق العامة، وعليه فإن الإخلال بالالتزامات التعاقدية الناجمة عن إبرام عقد إداري أو تنفيذه يترتب عليه جزاءات.

وتجدر الإشارة إلى أن نظام الجزاءات في العقود الإدارية لا يستهدف إعادة التوازن بين التزامات الطرفين، ولا يحمل طابع العقوبات الرادعة فحسب، بل إن الهدف الأساسي منه هو الوصول إلى تنفيذ الالتزام بصورة جيدة تصب في السير المنتظم للمرفق العام الذي تتعلق به العقود الإدارية، بحسبان أن انتظام سير المرفق العام يتطلب تنفيذ العقود الإدارية المتصلة به بدقة وبجودة عالية.

تنقسم الجزاءات التي تملك الإدارة فرضها في مواجهة المتعاقد إلى نوعين: من حيث مصدرها، ومن حيث موضوعاتها، فمن حيث مصدرها: فهناك الجزاءات العقدية، والجزاءات غير العقدية، ويقصد بالجزاءات العقدية تلك الجزاءات التي تنبع من العقد، أي منصوصاً عليها فيه، أما الجزاءات غير العقدية فهي تلك الجزاءات التي لا يكون منصوصاً عليها في العقد وإنما تستلزمها ضرورات المصلحة العامة.

وقد تبنى القضاء الإداري الفرنسي– كما سيتم إثباته– هذا الموقف إذ قضى بأنه إذا لم ينص العقد على الجزاء الواجب إيقاعه في حالة الإخلال بالالتزام الناشئ عن العقد، جاز للقاضي بناءً على طلب الطرف

المتضرر أن يحكم بجزاءات تتناسب وجسامة الإخلال بنصوص العقد، وتكون سلطة الإدارة الموقعة للجزاء خاضعة لرقابة القضاء.

استقر الفقه والقضاء على ثبوت سلطة الإدارة في فرض الجزاءات العقدية وغير العقدية، إلا أن هناك اختلافاً في أساسها القانوني، ففريق يؤسسها على مبدأ استمرار وانتظام المرفق العام، وآخر يؤسسها على فكرة السلطة ذاتها، والحقيقة أن كلا الفكرتين تلتقيان في نقطة واحدة، وهي تحقيق المصلحة العامة من خلال السير المنتظم للمرفق المتعلق بالعقد. أما من حيث الموضوع فتستطيع الإدارة فرض أنواع متعددة من الجزاءات حسب النظام القانوني الذي تسير بمقتضاه، فقد تكون هناك جزاءات مالية، وهناك جزاءات غير مالية.

ضماناً من القانون لحسن تنفيذ المتعاقدين مع الجهات العامة لالتزاماتهم التعاقدية سواءً أكان العقد عقد تنفيذ إنشاءاتٍ وأشغالٍ عامة أو عقد توريد أو عقد التزام أو عقد تقديم خدمة أو غيرها من العقود الإدارية، فقد منح المشرع الإدارة المتعاقدة سلطة حرمان المتعاقد من التعاقد معها مستقبلاً أو أثناء التنفيذ أو حرمانه من التعاقد مع الجهات العامة جميعها، فيما إذا ثبت سوء نيته أو عدم كفاءته أثناء تنفيذ التعهد أو صدر بحقه حكم قضائي يفقده الثقة في التعامل مع الغير.

إن سلطة الإدارة في حرمان بعض الأشخاص(الطبيعيين أو الاعتباريين) من التقدم للتعاقد مع الإدارة تجد مسوغاتها في إخلال هذا الشخص بالتزاماته العقدية وارتكابه أخطاء عقدية جسيمة أو ارتكابه جرائم يعاقب عليها قانون العقوبات كما لو ارتكب غش أو تلاعب في علاقته مع الإدارة أو شرع بنفسه أو بواسطة غيره بطريق مباشر أو غير مباشر في رشوة أحد موظفي الحكومة أو عمالها أو اتخاذه من الاشتراك في مناقصات الدولة ومزايداتها ستارا لارتكاب أعمال تخالف القانون والنظام العام كتهريب المخدرات أو الأسلحة أو لسبق الحكم عليه بعقوبة جنائية مالم يعاد له اعتباره.

وهذا ما استقر عليه القضاء المصري إذ اعتبر من المسلمات أنه كما يجوز إصدار قرارات الاستبعاد بالنسبة للمتعهدين والمقاولين كجزاء بسبب العجز عن تنفيذ التزام سابق يجوز أيضا استبعاد بعض الأشخاص غير المرغوب فيهم بما يجتمع لدى الإدارة من تقدير عام عن عدم كفاية هؤلاء وقدرتهم دون أن يسبق ذلك

ارتباطهم مع جهة الإدارة في عمل ما وذلك كإجراء وقائي تمليه غيرة الإدارة توخياً للمصلحة العامة،كما أنه إذا كان من الثابت أن رفض العطاء الأكبر يرجع إلى أن ماضي صاحبه واختباره في سنة سابقة يدل على أنه لا يحترم التزاماته ولا يوفي بعهوده فهي أسباب جدّية كافية لرفض العطاء ولو كان أكبر عطاء.

إن سلطة الإدارة في الشطب والحرمان هي سلطة تقديرية وليست سلطة تحكّمية مطلقة، وعليه فان الإدارة تباشر سلطتها المذكورة من خلال إعمال امتيازها بحق التنفيذ المباشر الذي يخولها إصدار قرارات فردية منفصلة عن العقد، مضمونها حرمان أي شخص من التعاقد معها، بحسبان أن الحرمان أو الشطب أو المنع يعد كل منها من مظاهر السلطة العامة التي تتمتع بها الإدارة في نطاق إبرام العقود الإدارية وتنفيذها، بل إنها صلاحيات تنتمي إلى فئة السلطات الاستثنائية التي يمنحها المشرع للإدارة عند إعداد دفاتر الشروط الخاصة والعامة المتعلقة بالعقود الإدارية إلا أن هذه السلطة الممنوحة للإدارة ليست تحكّمية، بل إن الحرمان يعد قراراً إدارياً منفصلاً عن العقد، ويمكن الطعن فيه أمام قضاء الإلغاء، أي خضوع سلطة الإدارة لرقابة المشروعية للتحقق من احترام الإدارة للقواعد القانونية النافذة والتأكد من عدم إساءة استعمال السلطة تماشياً مع اجتهاد القضاء الإداري، ومن حيث إن قرارات الحرمان والاستبعاد تخضع لرقابة القضاء الإداري ويجوز الطعن فيها أمامه بالإلغاء لإساءة استعمال السلطة إذا كان القرار قد صدر لابتغاء أهداف لا علاقة لها بالمصلحة العامة، كما يجوز الطعن بالإلغاء لعدم قيام الأسباب المبررة للاستبعاد أو الحرمان لعدم صحة هذه الأسباب.

وعند صدور قرار الحرمان أيا كانت صورته فإنه يترتب عليه منع الشخص المحروم طبيعيا كان أو اعتبارياً من المشاركة في التنافس على المناقصات التي تعلنها الجهات العامة ويسري المنع من التعامل مع الشخص المحروم اعتبارا" من تاريخ صدور قرار الحرمان، أي أن أثر القرار ينصرف إلى المستقبل ولا يسري على العقود الموقعة قبل تاريخ صدوره، أما في حالة صدور قرار الحرمان في أثناء فترة الإحالة وقبل توقيع العقد، يتعين على الجهة العامة عندئذٍ إلغاء قرارها بالإحالة.

وفي هذا السياق نجد إجراء الحرمان الجزائي بحسبانه إجراء شخصي تتخذه الإدارة بحق شخص معين طبيعياً كان أو اعتبارياً إما بنص القانون وإما بإرادة الإدارة وذلك لإخلاله بالتزامات تعاقدية سابقة، فقد يحرم

بعض الأشخاص الراغبين في التعاقد مع الإدارة من حرية التقدم للمناقصة كجزاء لارتكابه خطأ ومخالفته لأحكام القانون في معرض قيامه بتنفيذ التزام عقدي سابق مع الإدارة.

إن عقوبة الحرمان هي عقوبة شديدة جداً بالنسبة للمتعهد، سواءً أكان مهندساً أو مقاولاً أو شركة أو مؤسسة أو غير ذلك، فالدولة هي المسؤول الأول والأخير عن تنفيذ مشاريع البنية التحتية والأشغال العامة، وهي تستعين في سبيل تحقيق ذلك بالمتعهدين من القطاع الخاص أو من القطاع العام، ومن ثم فإذا حُرِم المتعهد من التعاقد مع جهةٍ معينة من جهات الدولة، أو مع الجهات العامة جميعها، فإن هذا يعني أنَّه قد حرم من فرصة الاشتراك في أكبر المشاريع، والتي كانت ستعود عليه بالنفع مادياً ومعنوياً.

تشريعياً نصت الفقرة الأولى من المادة الثامنة والخمسين من نظام عقود الجهات العامة السوري الصادر بالقانون رقم /51/ لعام 2004، على أنه: (يحرم من التعاقد مع الجهة العامة بقرار معلل من الوزير، المتعهد الذي يثبت سوء نيته أو عدم كفاءته أثناء تنفيذ تعهدات الجهة العامة، ويكون هذا الحرمان مؤقتاً لمدة لا تتجاوز خمس سنوات أما الحرمان من التعاقد مع الجهات العامة جميعها فيتم بقرارٍ من رئيس مجلس الوزراء بناءً على اقتراح الوزير المختص).

بهذا النص القانوني يكون المشرع السوري قد وضع الأساس القانوني لحرمان المتعهد من التعاقد مع جهة عامة معينة أو مع الجهات العامة جميعها، وحدد شروط ذلك، بيد أن هذا النص يتضمن في متنه مصطلحات قانونية غير محددة، الأمر الذي يعني أن قرار الحرمان من التعاقد يدخل في نطاق السلطة التقديرية للإدارة، عندما أصر المشرع على أن يكون الحرمان معللاً وقائماً على أسباب صحيحة، ولا يخفى على المتتبع المختص مدى خطورة إصدار قرار الحرمان من التعاقد، إذا ما أخذنا في الحسبان انحراف بعض الإدارات في استخدام السلطة عند إصدار قرار الحرمان، عندئذٍ تغدو الرقابة القضائية على قرارات الإدارة أمراً محتماً، كيف لا وأن محل قرار الحرمان يتجلى في تقييد الحرية الاقتصادية للمتعهد المحروم، لا بل في المساس في حقوقه المالية وحرمانه من إيراد متوقع فيما لو دخل ساحة المناقصة وتمت الإحالة عليه.

ولئن كان أغلب الفقه يؤيد حق الإدارة في فرض جزاء الحرمان من التعاقد، فإن ثمة جدل فقهي يدور حول الأساس النظري والقانوني لقرار الحرمان.

تأسيساً على ذلك كان اختيار موضوع الأطروحة ومقاربة حيثياته والإحاطة بها إحاطة علمية شاملة، من خلال تحليل النصوص القانونية ذات الصلة ورصد سياسة القضاء الإداري وتوجهاته، وتتزامن هذه الدراسة مع الظروف الاقتصادية والسياسية التي تعيشها سورية والتي تراكمت بسبب الحرب الإرهابية التي شنت عليها مما أدى إلى تدمير العديد من البنى التحتية، ومن ثم فإن إعادة الإعمار تتطلب بالطبع إبرام عقود أشغال عامة وتوريدات مع العديد من المتعهدين (أشخاص وشركات)، كما يتطلب إيجاد البيئة القانونية المناسبة لاستقطاب هؤلاء والمحافظة عليهم، ولا سيما في ظل الإجراءات أحادية الجانب التي اتخذتها الولايات المتحدة الأمريكية بحق الدولة، الأمر الذي تسبب في نقص بيّن في الشركاء الاقتصاديين الكفوئين لتنفيذ الاستحقاقات الملقاة على عاتق الدولة، الأمر الذي يقتضي ويتطلب إجراء إصلاحات قانونية وإدارية ومالية لزوم تنفيذ العقود التي ستقبل الدولة على إبرامها.

أهمية الدراسة:

تنبع أهمية دراسة موضوع الحرمان من التعاقد من كونها تتناول واحداً من أهم وأخطر الإجراءات التي تتخذها الجهات العامة في مواجهة الفاعلين الاقتصاديين، كونه يؤدي إلى حرمان هؤلاء من الاشتراك في المناقصات والمزايدات التي تعلن عنها بهدف تنفيذ احتياجاتها.

وعلى الرغم من أحقية الجهات العامة في التحقق من نزاهة وأخلاقيات من يريد التعاقد معها، كونها تهدف أولاً وأخيراً إلى تحقيق المصلحة العامة، غير أن فرض هذا الجزاء يجب أن يكون محاطاً بعدد من القيود التي يتعين على الإدارة مراعاتها، ومن ثم فإنه لمن الطبيعي أن يكون هذا الموضوع محلاً للدراسات البحثية بغية التعمق في أساسه النظري والقانوني، لا سيما وأن أهمية الموضوع لا تقتصر على الجانب النظري الصرف، بل يلازمها أهمية عملية، وعلى هذا الأساس تم اختيار موضوع هذه الأطروحة.

إشكالية الدراسة:

صحيح أن نظرية العقود الإدارية تقوم على منح الإدارة امتيازات منطبعة بطابع السلطة العامة تمثل في مجموعها شروطاً استثنائية لا نظير لها في عقود القانون الخاص، لكن الصحيح أيضاً أن استعمال الإدارة هذه الامتيازات محاطاً بمجموعة من القيود القانونية التي يخضع مدى التقيد بها إلى رقابة القضاء.

إلا أن بعض السلطات التي تمتلكها الإدارة في مواجهة المتعاقد له طابع خاص، ويعلق استخدامها على ثبوت ارتكاب المتعهد جرائم جزائية وإدانته بحكم قضائي مبرم إثر ذلك ومن هذه السلطات سلطتها في فرض قرار الحرمان من التعاقد.

تساؤلات الدراسة:

السؤال الرئيسي الذي يطرحه موضوع الدراسة يتجلى في الآتي: هل يصنف قرار الحرمان من التعاقد من ضمن الجزاءات العقدية التي يحق للإدارة فرضها في مواجهة المتعاقد ؟ أم له طبيعة خاصة ؟

وماهي الجدوى التي تجنيها الإدارة من خلال هذه الوسيلة ؟ ويتفرع عن السؤال الرئيسي الأسئلة الآتية:

1- ما الأسباب الموجبة لتضمين هذا الجزاء في التشريعات ؟

2- هل يمكن حصر الحالات التي تؤدي إلى فرض هذا الجزاء تشريعياً؟

3- هل يمكن استبدال هذا الجزاء بجزاءات مالية وهل يتعارض مع ذلك الدور الردعي لهذا الجزاء؟

4- ما مدى دستورية التشريع الذي يخول الإدارة صلاحية فرض هكذا جزاء ؟

أهداف الدراسة:

تهدف هذه الدراسة إلى الإجابة على التساؤلات التي يطرحها موضوع الحرمان من التعاقد، ويقتضي تحقيق هذا الهدف قيام الباحث بتأصيل هذا الجزاء وبيان مسوغاته، وتحليل مدى ملاءمته مقارنةً مع الجزاءات الأخرى التي تفرضها الإدارة بحق المتعاقدين معها، ولن يغيب عن ذهن الباحث أهمية هذا الإجراء بالنسبة

للجهات العامة التي من حقها التحقق من الصلاحية المالية والأخلاقية للمتعاقدين معها، وحقها في إقصاء الفاسدين ومعاقبتهم، على أن تسند إجراءها إلى أسباب قانونية وواقعية صحيحة تصلح أن تكون دافعاً لاتخاذ هكذا قرار، بعبارة أخرى: إن قرار الحرمان من التعاقد يتطلب وضع نظام قانوني متكامل لهذا الجزاء يبين ماهية الجزاء وأهدافه وأسباب فرضه بما في ذلك بيان الضمانات القانونية والقضائية التي من شأنها حماية المتعهد من تعسف الإدارة.

منهج الدراسة:

اعتمد الباحث في هذه الدراسة على المنهج الوصفي التحليلي والمنهج المقارن فكان لابد من تحليل سلطات الإدارة التي يخولها القانون للإدارة في نطاق العقود الإدارية، وبيان الضوابط الناظمة لفرضها وبيان إمكانية تطبيقها على جزاء الحرمان من التعاقد.

وبغية تحقيق ذلك تم الاعتماد على تحليل النصوص القانونية ذات الصلة والاجتهادات القضائية بغية استخلاص السياسة القضائية المستقرة بهذا الشأن، وسيكون للمنهج المقارن دوره في إعداد هذه الدراسة، حيث كان لا بد من الاطلاع على التجربة الفرنسية والمصرية بهذا الشأن ومقارنتها مع التشريع السوري واستخلاص أوجه الاتفاق والاختلاف بين هذه الأنظمة للتوصل إلى النتائج والمقترحات التي تؤدي إلى تجاوز الثغرات القانونية التي تعتري التنظيم القانوني الحالي لجزاء الحرمان من التعاقد في سورية.

هيكلية البحث والخطة:

تم تقسيم البحث وفقا للنظام اللاتيني الذي يراعي التقسيم الثنائي حيث قسمت الدراسة الى فصل تمهيدي وبابين على النحو الآتي:

خطة البحث

فصل تمهيدي: امتيازات الإدارة في نطاق العقود الإدارية

المبحث الأول: سلطة الإدارة في الرقابة.

المبحث الثاني: نطاق سلطة الإدارة في فرض الجزاءات على المتعاقد.

الباب الأول

الجوانب القانونية النظرية لجزاء الحرمان من التعاقد مع الإدارة

الفصل الأول: ماهية جزاء الحرمان من التعاقد مع الإدارة.

المبحث الأول: مفهوم الحرمان من التعاقد مع الإدارة.

المبحث الثاني: الطبيعة الذاتية لجزاء الحرمان من التعاقد.

الفصل الثاني: حالات الحرمان من التعاقد مع الإدارة.

المبحث الأول: حالات الحرمان نتيجة اخلال المتعاقد بالتزاماته القانونية في المرحلة السابقة لإتمام ابرام العقد

المبحث الثاني: حالات الحرمان التعاقدي مع الإدارة نتيجة اخلال المتعاقد بالتزاماته اثناء تنفيذ العقد.

الباب الثاني

الجوانب القانونية التطبيقية لجزاء الحرمان من التعاقد

الفصل الأول: ضوابط سلطة الإدارة في فرض جزاء الحرمان من التعاقد.

المبحث الأول: أساس سلطة الإدارة في فرض الجزاء وحدود هذه السلطة.

المبحث الثاني: قيود الإدارة في فرض جزاء الحرمان من التعاقد والخصائص المميزة لهذا الجزاء

الفصل الثاني: الرقابة القضائية على قرار الحرمان من التعاقد.

المبحث الأول: القضاء المختص بالرقابة.

المبحث الثاني: مدى الرقابة القضائية على قرار الحرمان.

خاتمة.

فصل تمهيدي

امتيازات الإدارة في نطاق العقود الإدارية

من أهم ما يميز العقد الإداري عن العقد المدني هو المركز القانوني الذي تتمتع به الإدارة المتعاقدة. فهي في العقد الإداري تتمتع بسلطات لا نجد لها مثيلاً في عقود القانون الخاص، ويبرر ذلك دائماً بمقتضيات الصالح العام، وضرورة سير المرفق العام بانتظام واطراد، وهذا من الأمور المسلم بها في نطاق قواعد القانون الإداري التي تحكم العلاقة بين الإدارة والأفراد، حيث تنطلق الإدارة من الصالح العام وتنتهي إلى الصالح العام.

فالإدارة هي المكلفة بحسب الأصل باستغلال وتشغيل المرافق العامة، إلا أنها إذا عهدت إلى غيرها بالقيام بذلك، فإن المتعاقد معها لا يخرج عن كونه معاوناً لها ونائباً عنها في أمر هو من أخص وظائفها، وبالتالي تبقى الإدارة ضامنة لحسن سير المرفق بانتظام واطراد، وهو ما يوجب عليها التأكد من أن تنفيذ العقد يتم بأكبر قدر ممكن من العناية والدقة، ولضمان قيام الإدارة بذلك، فإنها تتمتع بسلطات استثنائية مهمة، وتتمثل فيما يأتي:

أولاً– حق الإدارة في الرقابة والتوجيه.

ثانياً– حق الإدارة في تعديل العقد بإرادتها المنفردة.

ثالثاً– حق الإدارة في توقيع جزاءات متنوعة على المتعاقد.

رابعاً– حق الإدارة في إنهاء العقد بإرادتها المنفردة.

وهذه السلطات مسلم بها في القضاء الإداري، حيث ذهبت محكمة القضاء الإداري في سورية حكم لها تقرر فيه أن: "القانون الإداري يعطي جهة الإدارة سلطة الرقابة على تنفيذ العقد، وسلطة توقيع الجزاءات على المتعاقد معها إذا أخل بالتزاماته ثم سلطة تعديل العقد من جانبها وحدها، بل إن لها حق إنهاء العقد إذا رأت،

حسب مقتضيات المصلحة العامة أن تنفيذ العقد أصبح غير ضروري، وهي تتمتع بهذه الحقوق والسلطات حتى ولو لم ينص عليها في العقد؛ كونها تتعلق بالنظام العام "[1]

وفي ضوء الاعتبارات السابقة يبدو ملائماً توزيع الدراسة في هذا الفصل إلى مبحثين: حيث كرسنا المبحث الأول لسلطة الإدارة في الرقابة. وخصصنا المبحث الثاني لبحث سلطة الإدارة في فرض الجزاءات العقدية على المتعاقد.

المبحث الأول

سلطة الإدارة في الرقابة

تتميز العقود الإدارية عن العقود المدنية بطابع خاص، مناطه سد احتياجات المرفق العام. ونظراً لأهمية العقود الإدارية وانعكاس تنفيذها على حسن سير المرافق العامة، فإن الإدارة تسعى إلى مراقبة تنفيذ هذه العقود. وقد تتجاوز الإدارة ذلك إلى توجيه المتعاقد في أعمال التنفيذ، وهذا ما سيتم بيانه في المطلبين الآتيين:

المطلب الاول

مـاهـــية الــرقـابـــة

تتصرف سلطة الإدارة في الرقابة على المتعاقد معها أثناء العقد الإداري إلى معنيين:

([1]) حكم محكمة القضاء الإداري في مصر، جلسة 30/ 6 /1957، المجموعة، السنة 11، بند رقم377، ص610. وهو ما أكدته المحكمة الإدارية العليا في أحكامها. ومن ذلك حكمها الذي قضت فيه أن: "... للإدارة سلطة الإشراف والتوجيه على تنفيذ العقود الإدارية، ولها دائما حق تغيير شروط العقد وإضافة شروط جديدة بما قد يتراءى لها أنه أكثر اتفاقا مع الصالح العام دون أن يحتج الطرف الآخر بقاعدة أن العقد شريعة المتعاقدين، كما يترتب عليها كذلك أن للإدارة سلطة إنهاء العقد إذا قدرت أن هذا هو ما يقتضيه الصالح العام". حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم 59/22593 ق، جلسة 2016/3/22، المجموعة، م61. ج1، ص904.

الفرع الأول: الرقابة بالمعنى الضيق:

ويقصد به التحقق من أن المتعاقد مع الإدارة يباشر تنفيذ العقد طبقاً للشروط المتفق عليها[1] . وبالتالي تكون سلطة الرقابة – وفقاً لهذا المعنى – مرادفة لحق الإشراف. وتمثل الحد الأدنى لما يمكن الاعتراف به للإدارة في مجال رقابتها على تنفيذ العقد الإداري[2] .

وتمارس الإدارة هذا الحق عادةً عن طريق إيفاد بعض مهندسيها لزيارة مواقع العمل، والتأكد من سيره وفقا للأوقات المحددة، ولفحص المواد المستعملة للاطمئنان إلى جودة نوعها، وأن كل شيء يسير وفقا لمقتضيات الصالح العام، كما تمارس الرقابة عن طريق مفتشين في الهيئة المركزية عن طريق بعثات تفتيشية –كما هو الحال في الجمهورية العربية السورية– لمراقبة أعمال الإدارة وتقديم التقارير التفتيشية. ويكون تدخل الإدارة هنا في الحقيقة ممهداً لتسلم العمل عند إتمامه، بل هو مكمل لرقابة الفحص اللاحقة عند التسليم[3] .

على أن هذا المعنى الضيق للرقابة لا يخرج على القواعد العامة في تنفيذ العقود عموماً. ومن ثم فإن حق الرقابة الثابت للإدارة تجاه المتعاقد معها، حين تنفيذ العقد، يتجاوز هذا المعنى بكل تأكيد إلى معنى أوسع وأشمل[4] .

([1]) تستقل الإدارة بتحرير شروط العقد مقدماً، ويقتصر دور المتعاقد معها على قبولها؛ فشروط العقد الإداري ينبغي ألا تكون محلاً للمناقشة من جانب الطرف الذي يرغب في مع الإدارة؛ ذلك أن جانباً كبيراً من تلك الشروط، يكون من شأنه الحفاظ على التعاقد تحقيق النفع العام.

– وهذا ما أكدته المحكمة الإدارية العليا في مصر في حكمها الذي قضي بأنه: "الأصل أن من يوجه الإيجاب في العقد الإداري إنما يوجهه على أساس الشروط المعلن عنها، والتي تستقل جهة الإدارة بوضعها دون أن يكون للطرف الآخر حق الاشتراك في ذلك، وإنه ليس لمن يريد التعاقد إلا أن يقبل هذه الشروط أو يرفضها". حكمها في الطعن رقم 50/4212 ق، المجموعة، س54، ص76. جلسة 2008/10/28.

([2]) حبيب، 1997، ص200.

([3]) أمين، 1991، ص190.

– وبهذا الاتجاه ذهبت محكمة القضاء الإداري في مصر في حكمها الذي جاء فيه: "... فإذا لم يقم المقاول بتعيين مهندس تتوافر فيه الشروط كان للمصلحة الا توافق على تعيينه، وكان على المقاول ان يستبدل به غيره ممن تتوافر فيه الشروط وليس للمهندس المستبدل حق الاعتراض، ما دام ان المصلحة قد استهدفت من ذلك صالح العمل...". حكمها الصادر بتاريخ 8/نوفمبر/1955، وارد لدى: الطماوي، 2005، ص465.

([4]) نصار، 2005، ص271.

الفرع الثاني: الرقابة بالمعنى الواسع:

ويقصد بها السماح للإدارة بالتدخل في أوضاع تنفيذ العقد، وتوجيه أعمال التنفيذ واختيار أفضل الطرق التي تراها مناسبة لحسن سير المرفق محل التعاقد، وذلك حتى في الحالات غير المنصوص عليها في العقد.

ولا شك في أن الرقابة بهذا المعنى الواسع تتجاوز المعنى الضيق بالمفهوم السابق؛ حيث يسمح للإدارة المتعاقدة بالتدخل بدرجة تزيد على حد التأكد من سلامة تنفيذ العقد أثناء القيام به، وذلك عن طريق استخدام حق الرقابة للتدخل في أوضاع تنفيذ العقد، وتغيير بعض تلك الأوضاع. ومن ذلك مثلاً تدخل الإدارة وطلب استعمال طريقة في التنفيذ غير تلك التي لجأ إليها المتعهد، وذلك على نحو تصبح معه الرقابة بمثابة توجيه للمتعاقد[1].

وبالنسبة لتحديد أساس سلطة الرقابة، فإن ذلك يتوقف على مصدر هذه السلطة[2]، ففي بعض الأحيان ينص العقد الإداري ذاته أو دفاتر الشروط على سلطة الإدارة في الرقابة على تنفيذ العقد[3]، وفي أحيان أخرى تستمد هذه السلطة من القوانين واللوائح[4].

أما في حالة غياب النص فإن الرأي الراجح في الفقه والقضاء يرى أن مقتضيات المرفق العام هي المصدر الذي تستمد منه الإدارة سلطتها في الرقابة[5].

([1]) أمين، 1991، ص 190-191.

([2]) الجرف، 1970، ص443. حبيب، 1997، ص206 وما بعدها.

([3]) قد يرد النص صراحة على سلطة الرقابة في العقد الإداري ذاته أو في دفاتر الشروط على نحو يوضح كيفية ممارسة هذه السلطة، وما يتبع في مباشرتها من وسائل، وما يتوافر للمتعاقد من ضمانات في هذا الصدد. وفي مثل هذه الحالة لا شك في أن سلطة الرقابة تجد أساسها القانوني في فكرة العقد. على أن ذلك ليس من شأنه أن يغير من هذه السلطة بوصفها سلطة أصيلة قائمة بذاتها ومستمدة من النظام القانوني للعقد الإداري. وبعبارة أخرى فإن النص في العقد على سلطة الرقابة هو مجرد تنظيم لهذه السلطة وليس إنشاء لها. حبيب، 1997، ص206.

([4]) قد تتضمن بعض القوانين واللوائح النص على سلطة الإدارة في الرقابة على المتعاقد، أثناء تنفيذ العقد الإداري. ومن أمثلة النصوص التي نظمت سلطة الرقابة نذكر ما ورد بالقانون الفرنسي الصادر في 4 يناير 1978 والخاص بالمسؤولية والضمان في مجال التشييد والبناء، والذي قرر فرض نوع من الرقابة الفنية الالزامية على المقاول بهدف التأكد من متانة المباني وصلاحية الأساسات وعوامل الأمان بالنسبة للعاملين في أخرى في المنشآت محل التشييد المنشآت. كما أعطى هذا القانون للإدارة الحق في بسط رقابتها على أي عناصر فنية.

وفي مصر أيضاً، نصت المادة 7 من القانون رقم 129 لسنة 1947 المتعلقة بنظام التزامات المرافق العامة على أن "لمانح الالتزام أن يراقب إنشاء المرفق العام موضوع الالتزام وسيره من النواحي الفنية والإدارية والمالية. له في سبيل ذلك تعيين مندوبين عنه في مختلف الفروع والادارات التي ينشئها الملتزم لاستغلال المرفق...".

([5]) حبيب، 1997، ص206.

المطلب الثاني

الأساس النظري والقانوني لسلطة الإدارة في الرقابة وفرض الجزاءات

يذهب معظم الفقه والقضاء الإداري إلى أن للإدارة الحق في توقيع الجزاءات على المتعاقد معها، عند إخلاله في تنفيذ الالتزامات التعاقدية. ويعد هذا الحق إحدى مفردات نظام الجزاءات في العقد الإداري، وتمارسه الإدارة بإرادتها المنفردة من غير الحاجة إلى النص عليه في العقد أو دفاتر الشروط، ومن دون الالتجاء إلى القضاء ابتداءً لتقريره[1] .

بيد أن الخلاف ظل قائماً حول تحديد الأساس القانوني الذي تقوم عليه سلطة توقيع الجزاء من جانب الإدارة؛ فيرى بعض الفقهاء أن هذه السلطة تبرر على أساس فكرة السلطة العامة، ويذهب بعضهم الآخر إلى فكرة المرفق العام أساساً صالحاً لتبرير هذه السلطة، في حين أن القضاء لم يستقر على فكرة معينة لتبرير هذه السلطة، ومن ثم قيام نظام قانوني خاص بالجزاءات في العقد الإداري.

وفيما يأتي سيصار إلى عرض الاتجاهات الفقهية المتعددة في هذا السياق، يلي ذلك استخلاص السياسة القضائية لمجلس الدولة.

الفرع الاول: فكرة السلطة العامة بوصفها أساساً لسلطة الإدارة في الرقابة:

يرى جانب من الفقه أن الأساس القانوني لسلطة الإدارة في توقيع الجزاءات على المتعاقد المخل بالتزاماته، يكمن في فكرة السلطة العامة، ويبررون ذلك بالارتباط الوثيق بين العقد الإداري والسلطة العامة؛ إذ تؤدي السلطة العامة دوراً أساسياً في إخضاع تنفيذ العقد لقواعد استثنائية، حتى ولو لم يكن منصوص عليها في العقد، ذلك أن للسلطة العامة خصائص وامتيازات معينة تطبع بها العقود التي تعقدها، كما أن هذه الجزاءات التي توقعها الإدارة من تلقاء نفسها على المتعاقد معها، ما هي إلا مظهر من مظاهر السلطة العامة في العقود

([1]) الطماوي، 2005، ص497.

الإدارية، فضلاً عن ذلك أنها تطبيق وإعمال لواحد من أهم امتيازات السلطة العامة التي تملكها الإدارة في نطاق العقد الإداري ألا وهو امتياز التنفيذ المباشر[1].

هنالك جانب من الفقه الفرنسي يجد حقا للإدارة في استعمال امتيازها في التنفيذ المباشر الذي يعد الدعامة الأساسية للسلطة العامة في نطاق تنفيذ أي عقد مبرم بخصوص المرافق العامة للدولة، فلها أن تفسخ العقد، وأن تحل نفسها محل متعاقدها المقصر في تنفيذ التزاماته، وذلك بمجرد قرار بسيط من جانبها من دون أن تكون ملزمة بعرض الأمر على القضاء، ليقضي لها بهذه الجزاءات[2].

وهكذا فقد أصبح استعمال الإدارة لامتياز التنفيذ المباشر هو القاعدة في توقيع الجزاءات، بل إن بعض الفقه يكيف سلطة الإدارة في فرض الجزاء وليس كمجرد حق، نستطيع من خلال ممارسته التحكم في تنفيذ العقد بأبهى صورة، يعد واجباً عليها تفرضه مقتضيات سير المرافق العامة بانتظام واضطراد[3].

([1]) ليلة، 1962، ص122.

– يعرف التنفيذ المباشر بأنه: "حق الإدارة في ان تنفذ أوامرها على الأفراد بالقوة الجبرية، دون حاجة إلى إذن سابق من القضاء".

سيد أحمد، د.ت، ص8.

– كما عرف أيضاً بأنه: "السلطة الاستثنائية التي تملكها الإدارة في أن تنفذ بنفسها القرارات التي تصدرها تنفيذاً جبرياً في حالة امتناع الأفراد عن تنفيذها اختياراً، وذلك دون حاجة للجوء للقضاء". غازي، 2014، ص95.

– وهذا الحق يشكل وسيلة خطرة في يد الإدارة، لا مثيل لها في مجال القانون الخاص، حيث القاعدة العامة تقول إن الأفراد لا يمكنهم اقتضاء العدالة بأنفسهم بل يتعين عليهم اللجوء إلى القضاء، لتقرير حقوقهم، ثم تنفيذها بواسطة السلطات العامة، بناء على حكم القضاء. على إنه لا يجب أن يفهم من ذلك أن التنفيذ المباشر هو الأصل في نطاق القانون العام، بل أن الاصل في نطاق هذا القانون والذي تخضع له الإدارة هو نفسه الذي يطبق في مجال علاقات أشخاص القانون الخاص. ويبقى حق التنفيذ المباشر بذلك محض طريق استثنائي.

للمزيد يراجع: عبد الباسط، 2006، ص175.

([2]) يرى (ميشيل روسيه) أن العقد الإداري هو تصرف قانوني، يتضمن سلطات غير مألوفة، وأن السلطة العامة تظهر بوضوح في هذا المجال من القانون الإداري العقدي، الذي يحكم تنفيذ العقد، وتتمثل السلطة هنا بممارسة حق التصرف المنفرد المعترف به للإدارة المتعاقدة، ويكون في ثلاثة مظاهر هي: سلطة الإدارة في الرقابة وسلطة تعديل وسلطة جزاء. وسلطة الإدارة في اتخاذ الجزاء من جانب واحد تعبر عن فكرة أن المتعاقد الآخر قد تحمل بعض الالتزامات، وأن أي تقصير من جانبه يجب أن يعاقب عليه. وهذا هو الهدف المطلق نفسه الذي تسعى إليه الإدارة المتعاقدة، عندما تمارس هذه السلطة، سواء أكانت تستهدف معاقبته أم تعويض المخالفات الضارة من متعاقدها، أم إنها تريد إجباره على تنفيذ التزاماته اللازمة لتسيير المرفق العام. ومع ذلك فإن الأصالة تكمن في الوجود العام لهذه السلطة التي لا تكون محددة أبداً بجزاءات يمكن أن ينص عليها العقد، بل توجد أيضا حتى في حالة سكوت العقد ومن غير الحاجة إلى اللجوء إلى القضاء، باستثناء إسقاط الالتزام والتعويض. ويذهب (فيدل) إلى أنه من الامتيازات الرئيسة التي تملكها الإدارة في تطبيق الجزاءات على متعاقدها المقصر بنفسها تنتج بقوة القانون من نظام السلطة العامة.

Geoges Dupuis, Droit Administratif, émendation- Dalloz, paris ،1999 ،p. 406.

ولاستعراض آراء الفقه الفرنسي، يراجع: الضوي، 2018، ص352 وما بعدها.

([3]) فياض، 1975، ص51 وما بعدها.

وقد أكد جانب من الفقه المصري على أن الأساس القانوني لسلطة الإدارة في توقيع الجزاءات إنما يكمن في فكرة السلطة العامة؛ بحسبان أن الجزاءات التي توقعها الإدارة على المتعاقد إذا قصر في تنفيذ التزاماته، تشكل مظهراً من مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية. وما ذلك إلا تطبيق وإعمال لامتياز التنفيذ المباشر الذي تملكه الإدارة [1].

وقد تأيد ذلك قضائياً بأحكام المحكمة الإدارية العليا المصرية حيث جاء في أحد أحكامها: "إن الإدارة تعمل في إبرامها العقد الإداري بوصفها سلطة عامة، تتمتع بحقوق وامتيازات لا يتمتع بمثلها المتعاقد، وذلك بقصد تحقيق نفع عام أو مصلحة مرفق من المرافق العامة، كما أن الإدارة تعتمد في إبرامه وتنفيذه على أساليب القانون العام.. مما يجعل للإدارة حق توقيع جزاءات على متعاقدها بإرادتها المنفردة"[2].

الفرع الثاني: فكرة المرفق العام بوصفها أساساً لسلطة الإدارة في الرقابة:

يسلم جانب من الفقه بأن حق الإدارة في توقيع الجزاءات، يجد أساسه في فكرة المرفق العام؛ إذ أن سير المرفق بانتظام واطراد سوف يتعرض للخطر أو للتوقف فيما إذا انتظرت الإدارة قراراً من القاضي في كل مطالبة أو منازعة مع الأفراد[3] .

ويعد الفقيه الفرنسي جيز (Jeze) أبرز مؤيدي هذه الفكرة، حيث يرى أن السير المنتظم والمستمر للمرفق العام، يتطلب أكبر قدر من الدقة في تنفيذ العقد. ولذلك فمن المهم أن تكون لالتزامات المتعاقد مع الإدارة جزاءات حازمة. وفي هذا الموضوع لا يقدم القانون الخاص نظاماً ملائماً للجزاءات التي تحتاجها الإدارة،

([1]) عياد، 1973، ص341 وما بعدها.

([2]) حكم المحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم 1131، لسنة 7 قضائية، جلسة1963/5/25، المجموعة، لسنة 8، رقم 116، ص1225.

– وكذلك أكدت محكمة النقض المصرية على هذا الأمر بقولها: إن توقيع الإدارة لإجراءات الضغط على المتعاقد، هو مباشرة منها لسلطتها في التنفيذ المباشر على حساب المتعاقد المقصر في أداء التزاماته، وأن الأمر الذي تصدره جهة الإدارة بالامتناع عن صرف المبالغ المستحقة للمقاول لدى جهات الحكومة المختلفة على مقتضى شروط العقد الإداري، نتيجة سحب العمل منه، لا يعد حجزاً إدارياً، بل هو من وسائل تنفيذ العقد الإداري الذي يخرج عن ولاية القضاء العادي، سلطة الفصل فيه، وأن للإدارة سلطة التنفيذ المباشر لدى إخلال المتعاقد معها بالتزامه. فلها أن تحل بنفسها محله في تنفيذ الالتزام أو تعهد إلى شخص آخر بتنفيذه على حساب المتعاقد المتخلف. حكم محكمة النقض، جلسة 1967/3/14، مجموعة المكتب الفني، س18، ص 612.

([3]) فياض، 1975، هامش1 ص48.

لما يتميز به نظام الجزاءات في هذا القانون من ضرورة تدخل القاضي ابتداء"، ومع سلطته التقديرية في قياس الأفعال، وما يسمح به من الوسائل التسويفية في الإجراءات. كما أن الرخصة التي يكفلها الاستئناف أو النقض تجعل من المستحيل بالنسبة للدائن أن يحصل على تنفيذ فوري للالتزام، وفضلاً عن ذلك، فإن عدم التنفيذ الفوري في نطاق العلاقات بين الأفراد يؤدي – في الغالب – إلى نتائج يمكن إصلاحها بالنسبة للدائن. أما في حالة العقد الإداري، فإن استخدام طريقة القانون العام تظهر بوضوح إرادة طرفيه في السماح للإدارة بتطبيق الجزاءات التي تهدف إلى أن تجعل من الممكن، ومن السهل السير المستمر والمنتظم للمرفق العام؛ فاحتياجات المرافق العامة هي أساس وقياس جزاءات القانون العام. وبذلك فإن ميزة هذه الجزاءات يجب أن تتمثل سلطة في الإدارة، بأن تتخذها على الفور وبالكامل، لمواجهة عجز المتعاقد، ومن دون وساطة القاضي، تفادياً للتأخير الناتج من تدخل القاضي ابتداءً[1].

وقد أكَد مجلس الدولة الفرنسي في العديد من أحكامه على فكرة المرفق العام، كأساس قانوني لسلطة الإدارة في فرض الجزاءات على المتعاقد معها. ومن ذلك على سبيل المثال حكمه الصادر في 1921/5/30 الذي أقر فيه أن للإدارة أن تصدر قراراً إدارياً بوضع المرفق تحت الحراسة، إذا اختل سيره اختلالاً جزئياً أو كلياً. وتستطيع الحكومة اتخاذ هذا الإجراء، وإن لم يرد في دفتر الشروط إشارة إليه، إذ إنه إجراء في المقام الأول من النظام العام، ويصدر به في الغالب قرار من الإدارة مباشرةً. وهذه الحراسة تفترض دائماً وقوع خطأ جسيم من جانب الملتزم، من شأنه أن يعرض استمرار المرفق وانتظامه الى خلل، وهو إجراء يصدر من الإدارة دون التجاء سابق إلى القضاء، ويترتب على هذا الإجراء أن المرفق يدار تحت مسؤولية الملتزم. كذلك حكمه بتاريخ 1929/10/29 الذي جاء به: "أن للإدارة أن تضع المرفق العام المدار بطريقة الالتزام تحت الحراسة إذا قصر الملتزم في تسيير المرفق العام، وتضعه تحت الحراسة أيضاً، إذا كان ثمة ما يهدده بالتوقف، ولو بدون خطأ من الملتزم كإضراب لا ذنب له فيه"[2].

([1]) Jeze (Gaston), 1936, P. 440،

([2]) وارد لدى: الطماوي، 2005، ص523.

وبالمعنى ذاته أيضاً حكم مجلس الدولة الفرنسي:- C.E., 23 avril 1971, Recueil des arrêts du conseil d'état., P.288.

وقد ذهب جانب من الفقه المصري أيضاً إلى أن حق الإدارة في توقيع الجزاءات الإدارية على المتعاقد المقصر، مرده إلى فكرة المرفق العام؛ فالعقد يستهدف تسيير مرفق عام عن طريق الاستعانة بالنشاط الفردي. والإدارة هي المسؤولة عن سير هذا المرفق، ومن حقها وواجبها أن تتخذ الإجراءات التي تكفل إجبار المتعاقد معها على تنفيذ التزاماته. ومن أهمها فرض الجزاءات عليه، لضمان تنفيذ الالتزام المتصل بسير المرفق العام[1]، حتى ولو لم ينص عليها في العقد، على أساس أن الإدارة لا تستند في مباشرة تلك السلطة إلى نصوص العقد الإداري، بل إلى سلطتها الضابطة لسير المرفق العام، وضمان استمراره وانتظامه، تحقيقاً للمصلحة العامة[2].

وتطبيقا لذلك، قضت المحكمة الإدارية العليا في مصر بأن "للإدارة الحق في فسخ العقد، ومصادرة التأمين وشطب الاسم وهذه ليست إلا جزاءات تملك توقيعها على المتعاقد معها، بهدف حسن تنفيذ العقد المتصل بسير المرفق العام، وضمان استمراره وانتظامه تحقيقاً للمصلحة العامة"[3]. وقد أكدت ذلك أيضاً محكمة القضاء الإداري، في أحد أحكامها، الذي جاء فيه: "أن كل إخلال من جانب المتعاقد مع الإدارة، لا يقتصر على أن يكون إخلالا بالتزام تعاقدي فحسب، إنما فيه أيضاً مساس بالمرفق العام الذي يتصل بالعقد. فاتصال العقد الإداري بالمرفق العام وضرورة الحرص على حسن سير هذا المرفق بانتظام واطراد... يوجب أن تكون الجزاءات المترتبة على هذا الإخلال، شديدة،..."[4].

وهكذا، فإننا نرى أن جهة الإدارة عندما تقوم بتوقيع الجزاءات، إنما توقعها خدمة للمصلحة العامة في سير المرافق العامة بانتظام. وبذلك يمكن قياس تلك السلطة وانحرافها فيما إذا تجاوزت حدود الإدارة. بينما في ظل الأخذ بفكرة السلطة العامة، فإنه سيصعب تحديدها، مما قد يؤدي إلى تعسف الإدارة، وبالتالي إلى مجابهة تلك السلطة. كما أن العقد الإداري في آخر المطاف، هو عقد قائم على أساس التراضي كبقية العقود، بصرف النظر عن أركان قيامه الخاصة. وليس مجرد رخصة يتحصل عليها الطرف الآخر من الإدارة.

([1]) الطماوي، 2005، ص416. فياض، 1975، ص52. الجمل، العقد الإداري، د.ت، ص47.

([2]) الحلفاوي، 2003، ص368.

([3]) حكم المحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم 1109، لسنة 8 قضائية، جلسة 1963/28/12. وارد لدى: جانكير، 2014، ص54.

([4]) حكم محكمة القضاء الإداري، قضية رقم 4186. جلسة 11/24/ 1957، لسنة 9 قضائية، ص23.

وأخيراً وليس بآخر، فإن فكرة السلطة العامة يصعب قبولها، إذ إنها تقف عند الوسيلة من دون الاهتمام بالغاية، فضلاً عما تهيئه من فرص لاستبداد الإدارة، اعتماداً على السلطة وتعسفها في استعمالها. وعلى ذلك نعتقد أن السلطة العامة لا يجب أن تكون هدف في ذاتها، وإنما وسيلة لتحقيق الخدمات التي تؤديها الدولة للأفراد عن طريق المرافق العامة. وبذلك فهي مقيدة بتحقيق أهداف المرافق العامة، بل إن هذا الهدف هو الذي يسبغ على تصرفاتها طابع الشرعية.

المبحث الثاني

نطاق سلطة الإدارة في فرض الجزاءات على المتعاقد

تكتسب سلطة الإدارة في توقيع جزاءات على المتعاقد أهمية كبيرة في كونها تلزم المتعاقد بعدم الإخلال في تنفيذ العقد الإداري، ذلك أن الإخلال بالالتزامات العقدية من قبل المتعاقد، لا يعد خطأً عقدياً فحسب، بل أنه سيؤدي إلى إلحاق الضرر بالمرفق العام الذي يتصل العقد الإداري بإنشائه أو إدارته أو تسييره.

ونظراً لأن حرمان المتعاقد من التعاقد مع الإدارة يشكل موضوع البحث، فإننا نكتفي في إطار هذا الفصل التمهيدي، بدراسة موجزة لسلطات الإدارة في الرقابة وتوقيع الجزاءات على المتعاقد وبيان خصائصها والأساس القانوني لها، والأخطاء المبررة لتوقيعها، وذلك في المطلبين الآتيين:

المطلب الأول

الخصائص المميزة للجزاءات في نطاق العقود الإدارية

نظراً لارتباط العقد الإداري بالمرفق العام وحفاظاً على انتظام سيره، فقد تميز نظام الجزاءات في العقود الإدارية بخصائص تميزه عن تلك المعروفة في نطاق القانون الخاص، ويمكن إرجاع هذه الخصائص بصفة عامة إلى ما يأتي من القواعد:

الفرع الأول: حق الإدارة في توقيع الجزاء بنفسها:

تجد هذه الخاصية من خصائص الجزاءات الإدارية جذورها في قاعدة التنفيذ المباشر التي تعد واحدة من امتيازات الإدارة العامة التي يمنحها إياها القانون الإداري بغية تمكينها من تحقيق أهدافها بصورة دقيقة.

حيث تستطيع الإدارة استخدام هذا الامتياز إذا لم يوف المتعاقد مع الإدارة بالتزاماته المنصوص عليها في العقد الإداري أو أنه تأخر في القيام بها أو لم يراع مبدأ حسن النية في التنفيذ أو تنازل عن تنفيذ العقد إلى غيره، ويكون لها الحق في توقيع الجزاء بإرادتها المنفردة، ومن دون الرجوع إلى القضاء حتى ولو لم يتضمن العقد بنداً مباشراً يجيز لها[1].

والأصل أن هذا الحق يغطي جميع صور الجزاءات الإدارية التي توقع على المتعاقد المتخلف عن الوفاء بالتزاماته التعاقدية، إلا أن القضاء الإداري في مصر استثناءً من هذه القاعدة العامة – يستثني جزاءً واحداً من الجزاءات وهو جزاء سحب الالتزام؛ حيث يجعل توقيعها من اختصاص القضاء[2] .

ويبرر الفقه الفرنسي ذلك بأن عقود الالتزام تقوم غالباً على رؤوس أموال ضخمة موظفة في إدارة واستغلال المرفق العام من جانب الملتزم، يتم استهلاكها خلال مدة طويلة، مما يستوجب جعل سلطة فسخها في يد القاضي، من أجل حماية الملتزم ضد أي فسخ انفرادي وتعسفي من جانب الإدارة مانحة الالتزام.

وقد عدل مجلس الدولة الفرنسي عن مسلكه القديم المتمثل في التزام الإدارة وتقييدها بفرض الجزاءات المنصوص عنها في العقد ويستنتج ذلك من حكمه الصادر بتاريخ 1907/5/31 في قضية (Deplanque) حيث قرر بأن عدم النص في العقد الإداري على جزاء بالنسبة لمخالفة معينة من المتعاقد مع الإدارة، لا يعني استمرار هذه المخالفة من دون عقوبة، بل يمكن عن طريق القاضي توقيع الجزاء عليه، طبقاً للقواعد العامة.

([1]) هاشم، 2002، ص23.

([2]) أمين، 1991، ص169–170، حيث يرى ان هذا الموقف من جانب مجلس الدولة الفرنسي له ما يبرره ويعد ضمانه فعالة للتعاقد ضد تعسف الإدارة المحتمل فالسحب في حقيقته يعد جزاء شديدا لما يرتب عليه من نتائج خطرة، وعلى ذلك فإن التجاء جهة الإدارة اليه ينبغي ألا يكون إلا في أحوال المخالفات الجسيمة او عندما يتكرر الإهمال الفاحش من جانب الملتزم او يعجز عن تسيير المرفق وأداء الخدمات المطلوبة منه.

وبذلك يتضح أن مجلس الدولة الفرنسي قد أجاز للإدارة سلطة توقيع الجزاءات عن طريق القضاء. ثم تحولت سياسة المجلس بعد ذلك في قضية شركة ملاحة جنوب الأطلنطي [1] بتاريخ 1929/10/11 حيث أقر بحق الإدارة في توقيع الجزاءات بإرادتها المنفردة، ولكن تحت الرقابة اللاحقة للقاضي[2] ، أي أصبح بمقدور الإدارة فرض الجزاء بقرار إداري، شريطة أن يخضع هذا القرار إلى رقابة القضاء للتحقق من مشروعيته وملاءمته.

أما بخصوص موقف مجلس الدولة المصري من الاستثناء السابق، فإن أحكامه قليلة في هذا الشأن، وإن كان يستشف منها التسليم بحق الإدارة في توقيع عقوبة السحب بنفسها في حالة ارتكاب الملتزم خطأً جسيما"[3]، ومن الأحكام التي أقر بها المجلس بشأن سلطة الإدارة في توقيع الجزاء بإرادتها المنفردة، حكم المحكمة الإدارية العليا الذي جاء فيه: "إن الإدارة تعمل في إبرامها العقد الإداري بوصفها سلطة عامة، تتمتع بحقوق وامتيازات لا يتمتع بمثلها متعاقد معها، وذلك بقصد تحقيق نفع عام، أو مصلحة مرفق من المرافق العامة. كما إن الإدارة تعتمد في إبرامه وتنفيذه على أساليب القانون العام، فكفتا المتعاقدين فيه غير متكافئتين تغليباً للمصلحة العامة على المصلحة الفردية، مما يجعل للإدارة سلطة مراقبة تنفيذ شروط العقد، وكذلك حق توقيع جزاءات على متعاقدها، وذلك بإرادتها المنفردة"[4].

ويجدر التنويه إلى أنه إذا قررت الإدارة توقيع الجزاء بنفسها، فإنها تتمتع بسلطة تقديرية في اختيار وقت توقيعه، وذلك في حالة عدم نص العقد على ميعاد معين لتوقيعه، ولا يستطيع المتعاقد الاحتجاج في هذا

([1]) Jean Rivero, 1965،p 110. Maurice Bourjol, 1972, P.25.

([2]) فياض، 1975، هامش1، ص26-27.

([3]) فياض، 1983، ص164.

([4]) حكم المحكمة الإدارية العليا، جلسة 1963/5/25، مجموعة أحكام المجلس، س 8 ص1225. وقد قضت المحكمة أيضاً في حكم لها بتاريخ 1997/11/25 بأنه "تتميز العقود الإدارية بطابع خاص، مناطه احتياجات المرفق الذي يهدف العقد إلى تسييره وتغليب وجه المصلحة العامة على مصلحة الافراد الخاصة وان العقد الإداري اذ يتعلق بمرفق عام فلا يسوغ للمتعاقد مع الإدارة أن يمتنع عن الوفاء بالتزاماته حيال المرفق بحجة أن ثمة إجراءات إدارية قد أدت إلى الإخلال بأحد التزاماته قبله، بل يتعين عليه إزاء الاعتبارات أن يستمر في التنفيذ ما دام ذلك في استطاعته، ثم يطالب جهة الإدارة بالتعويض عن إخلالها بالتزامها إن كان لذلك مقتضى، وكان له ثمة وجه حق، لا يسوغ له الامتناع عن تنفيذ العقد بإرادته المنفردة، وإلا حقت مساءلته عن تبعة هذا الامتناع، ذلك أن ارتباط الشركة بعقد إداري يسهم في تسيير أحد المرافق العامة، وهو ما يتجافى مع طبيعة الدفع بعدم التنفيذ".

الصدد بأن الإدارة تراخت في وقت توقيع الجزاء، وأن تراخيها أساء إليه، إذ لا يسوغ للمخطئ أن يستفيد من تقصيره[1].

على أنه إذا كان للإدارة أن توقع الجزاء بنفسها، فإنها تفعل ذلك على مسؤوليتها تحت رقابة القضاء. وبالتالي فإن لها أن تسلك الطريق الأكثر حيطة فتطلب من قاضي العقد، أن يحكم بتوقيع الجزاء الذي يراه مناسباً، حتى تأمن جانب المسؤولية[2].

الفرع الثاني: مدى ارتباط سلطة فرض الجزاء بالضرر الناجم عن تصرف المتعاقد:

قد ينص العقد الإداري على الجزاءات التي يجوز للإدارة أن توقعها على المتعاقد المقصر، لكن المسلم به في قضاء مجلس الدولة الفرنسي أن سلطة توقيع الجزاءات من قبل الإدارة على المتعاقد الذي أخل بتنفيذ العقد، هي سلطة موجودة ومستقلة عن نصوص العقد، توجد حتى بدون نص يتضمنه العقد. وإذا تضمن العقد بعضها فإن ذلك لا يعني تقييد حرية الإدارة فيما عدا ما نص عليه العقد، بل تستطيع الادارة تحت رقابة القضاء أن توقع على المتعاقد جميع أنواع الجزاءات المقررة في حال توفر شروط توقيعها[3].

هذا ويترتب على المبدأ السابق النتائج الآتية[4].

1. إن خلو العقد من الجزاءات لا يجرد الإدارة من الحق في توقيعها.
2. إن النص على بعض الجزاءات لا يحول دون توقيع باقيها.
3. إن وضع جزاءات لبعض المخالفات، لا يقيد الإدارة في توقيع جزاءات عن المخالفات الأخرى.
4. إذا حدد في العقد خطأً معيناً ووضع له جزاء بعينه، فيجب أن تتقيد الإدارة بهذا الجزاء، بحيث لا يجوز لها كقاعدة عامة أن تستبدل به غيره.

([1]) حكم المحكمة الإدارية العليا، جلسة 1967/5/20، مشار إليه لدى: أمين، د.ت، ص171.

([2]) أمين، 1991، ص171.

([3]) وهذا ما قضى به مجلس الدولة الفرنسي في حكمه الرئيس الصادر بتاريخ1907/5/31 في قضية (Deplanque).

([4]) أمين، 1975، ص172.

ويأخذ القضاء الإداري في مصر بالاتجاه ذاته، ومن ذلك حكم محكمة القضاء الإداري بخصوص جزاء وقعته الإدارة على المتعاقد المقصر، برغم عدم النص على ذلك في العقد حيث تقول: "ومن ثم فليس بالذي يعتد به ما يقول به المدعي في مذكرته من أن شروط المزايدة لم ينص فيها على حق الوزارة في مصادرة التأمين؛ لأنه ما دام الغرض من التأمين هو ضمان التنفيذ فلا يمكن تصور قيام هذا الضمان، ما لم يكن للوزارة حق مصادرة هذا التأمين عند عدم التنفيذ، سواء نص أو لم ينص في الشروط على هذا الحق، وإلا لما كان هناك محل أصلاً لاشتراط دفع تأمين العطاء[1] . كما تمتلك جهة الإدارة حق فرض الجزاءات التي تترتب على الإخلال بالعقد، من دون حاجة إلى إثبات وقوع ضرر معين أصاب المرفق العام؛ حيث إن هذا الضرر مفترض بقرينة قاطعة غير قابلة لإثبات العكس[2] .

وقد تأكد هذا المبدأ في قضاء المحكمة الإدارية العليا المصرية في حكم لها بينت فيه أنه: "...لا يشترط لتوقيع الجزاءات إثبات وقوع ضرر أصاب المرفق العام، إذ أن هذا الضرر مفترض بمجرد تحقيق سبب استحقاقها المنصوص عليه بالعقد. ذلك أن التراخي في تنفيذ العقود الإدارية ينطوي في ذاته على إخلال بالتنظيمات، التي رتبت الإدارة شؤون المرفق وتأمين سيره على أساسها"[3].

وتجدر الإشارة إلى أنه إذا كان مبدأ افتراض الضرر عاماً، يشمل كافة أنواع الجزاءات التي تفرضها الإدارة، إلا أنه يستثنى من ذلك جزاء التعويض، الذي يشترط لقيامه تحقق ركن الضرر فيه[4] .

وقد أكدت ذلك المحكمة الإدارية العليا في مصر بقولها: "... وأن يكون الضرر لا يزال موجوداً بعد مصادرة التأمين، أي يجاوز قيمة هذا التأمين، فإذا كانت مصادرة التأمين قد جبرت الضرر كله، فلا محل للتعويض بالتطبيق للقواعد العامة، ما لم يتفق على خلاف ذلك"[5].

([1]) حكم محكمة القضاء الإداري، الطعن رقم 1998، جلسة 1957/11/17، سنة 10ق. وارد لدى: الطماوي، 2005، ص503.

([2]) علي، 2001 ص71.

([3]) حكم المحكمة الإدارية العليا، طعن رقم 1086، سنة 7 قضائية، جلسة 1963/6/30. المجموعة، س 9، ص160.

([4]) مرعي، 2018، ص 54.

([5]) حكم المحكمة الادارية العليا، طعن رقم 598، جلسة 1969/5/3، مجموعة المبادئ التي قررتها المحكمة في 15 عاماً، الجزء الثاني، ص890.

ويؤيد الباحث هذا الموقف القضائي، لأن القول بغير ذلك يؤدي إلى إثراء الإدارة من دون سبب.

ويعد الإنذار هو التنبيه الذي توجهه الإدارة إلى المتعاقد وتوضح له فيه أوجه الخلل أو التقصير أو التأخير في تنفيذ العقد الإداري، وتأمره فيه بضرورة الالتزام بتنفيذ العقد وفق القواعد القانونية المعمول بها في مدة تحددها له، تحت طائلة اتخاذ الإجراء القانوني المناسب بحقه، الذي يتخذ في مجمل الأحوال طابع الجزاء الإداري.

والإنذار هو أمر منطقي تفرضه قواعد العدالة، ذلك أنه يعني تنبيه المتعاقد إلى مخالفته التي قد تضر بالمرفق، ومن ثم يمكن له بعد إعذاره أن يصحح من هذه المخالفة. كما أنه يعني أيضاً إنذاراً له بتوقيع الجزاء الذي تراه الإدارة إذا استمر في هذه المخالفة[1] .

ويعد هذا الإجراء من الإجراءات الجوهرية التي تسبق اتخاذ القرار الإداري المتضمن فرض جزاءً إدارياً على المتعاقد، وإن عدم التقيد به يؤدي إلى جعل القرار مشوباً بعيب الإجراءات.

وتخضع جهة الإدارة الى رقابة القضاء فيما توقعه من جزاءات. وتتسع رقابة القضاء في ذلك، فهي تشمل مشروعية القرار الصادر من الإدارة بتوقيع الجزاء، سواء من ناحية الشكل، أم الاختصاص، أم مخالفة أحكام القانون، أم الانحراف بالسلطة والتعسف فيها، كما تشمل ملاءمة القرار والبحث في بواعث جهة الإدارة على إصدار الجزاء، وأسبابه، ومدى تناسب الجزاء الذي وقع على الخطأ المنسوب إليه[2] .

وتبرز أهمية إخضاع قرارات الإدارة بتوقيع الجزاءات الإدارية لرقابة القضاء، بأنه إذا أخطأت الإدارة أو تعسفت في استعمال سلطة توقيع العقوبات، فإن المتعاقد يمكنه اللجوء إلى القاضي الإداري للحكم بعدم مشروعية قرار الإدارة أو عدم وجود ما يبرره. وبالتالي الحصول على التعويض المناسب إذا كان له مقتضى[3] ،

([1]) نصار، 2000، ص236.

([2]) عثمان، 2007، ص65.

([3]) نابلسي، 2010، ص169.

وسيتم شرح الرقابة القضائية على الجزاءات التي تفرضها الإدارة بحق المتعاقد بشيء من التفصيل في الباب الثاني من هذه الرسالة.

وبعد أن تم عرض خصائص الجزاءات الإدارية، فإنه لمن المقتضى التعرض إلى ضوابط فرض هذه الجزاءات، وهذا ما سيتم توضيحه في المطلب الآتي من هذا المبحث.

المطلب الثاني

ضوابط سلطة الإدارة في فرض الجزاءات

إن إخلال المتعاقد بالتزاماته التعاقدية، أثناء تنفيذ العقد الاداري، يعد ركن السبب في قرارات الإدارة المتضمنة فرض الجزاءات الإدارية بحقه ولا تقف هذه عند نوع واحد فقط، بل تتعدد وتتنوع، بالنظر إلى الأسس والمبادئ العامة التي تحكم وتنظم هذه السلطة تحت عنوان النظرية العامة للجزاءات في العقود الإدارية[1].

فمن بين تلك الجزاءات ما يحمل طابعاً مالياً، كغرامة التأخير، ومصادرة التأمين، وكذلك التعويضات التي يحق للإدارة اقتضاؤها من الطرف الآخر في العلاقة التعاقدية. ومنها ما يتميز بالطابع الضاغط الإكراهي، الذي من خلاله تتلافى الإدارة مخالفات المتعاقد معها عن تنفيذ التزاماته المقررة قانوناً، وذلك على أمل أن تستطيع دفع الأخير بهذا الإجراء نحو القيام بتنفيذ الالتزامات التعاقدية الملقاة على عاتقه. ويتمثل ذلك في: إبعاد الملتزم المقصر عن إدارته مؤقتاً، وتباشر السلطة مانحة الالتزام إدارته بنفسها أو عن طريق متعاقد آخر، وسحب العمل من المقاول في عقود الأشغال العامة، والشراء على حساب ومسؤولية المورد في عقود التوريد، وفسخ التعاقد وحرمان المتعاقد وشطبه من سجل المتعاقدين معها.

([1]) تستطيع الإدارة كأصل عام توقيع جزاءات على المتعاقد معها، إذا أخل في تنفيذ التزاماته التعاقدية، سواء بامتناعه عن التنفيذ، أم بتنفيذه بشكل مخالف للشروط والمواصفات المتفق عليها، أم التأخير عن المواعيد المحددة بالجدول الزمني للتنفيذ، أم باستعمال الغش أم التلاعب في معاملاته مع الإدارة، أم مخالفة تعليمات الإدارة وتوجيهات المهندس المشرف على التنفيذ أم عدم تمكينه من الإشراف.

– كما إن نظام الجزاءات التعاقدية يعد نظاما أساسيا وأصيلا. ولعل هذه الأصالة ترجع إلى أسباب عدة منها: عدم كفاية الجزاءات الموجودة في نطاق العقود المدنية، كذلك لجوء الإدارة إلى القاضي يؤدي إلى إلحاق الأضرار بالمصلحة العامة ويعطل سير المرفق العام لبطء الإجراءات، بالإضافة إلى إنها تعد سلاحاً ووسيلة فعالة في يد الإدارة، من أجل ضمان عدم إخلال المتعاقد بالتزاماته، مما يترتب عليه تنوع وتعدد الجزاءات. للمزيد يراجع: أمين، 1991، ص167 وما بعدها. خاطر، 2013، ص213.

– يراجع بالمعنى ذاته: حكم المحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم 57/14127 ق، جلسة2016/8/2، المجموعة، س61، ج2، ص1523.

وهنالك أيضاً الجزاءات الفاسخة، التي تضرب الإدارة من خلالها العلاقة التعاقدية عينها القائمة مع الطرف الآخر؛ حيث تقوم بإنهاء العقد مع المتعاقد، حينما تتوفر أسبابه القانونية، وتتخذ في العادة شكل إسقاط الالتزام في عقود التزام المرافق العامة، والفسخ الجزائي في عقدي الأشغال العامة والتوريد.

ويعرف عن هذا النوع من الجزاءات، أنه قمة الجزاءات الممكن توقيعها من قبل الإدارة، وتتسم بالخطورة، بالنظر إلى أثرها المتمثل بفسخ العقد القائم، وذلك ما سيأتي شرحه بالتفصيل لاحقاً.

أما بالنسبة إلى الجزاءات الجنائية، التي كانت ومازالت محط جدل ونقاش في محيط فقه القانون العام، فيعتقد الباحث أن مجال إعمالها يقع خارج نطاق دائرة السلطة الجزائية المسموح بها للإدارة، أثناء تنفيذ العقد الإداري، ذلك "أن المسلم به أنه (لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص قانوني)" [1]

والقول بهذا، لا يعني بأية حال من الأحوال، تجاهل حقيقة أن بعض الأخطاء التعاقدية تعد في نظر المشرع الجنائي[2]، جريمة أو مخالفة يعاقب عليها بنص القانون[3]، غير أنه في هذه الحالة يمكن للإدارة أن تطلب من القاضي الجنائي تطبيق العقوبة المقررة لهذه أو تلك من الجرائم والمخالفات.

([1]) مصطفى، 1958، ص126.- يشير دي لوبادير (Delaubadere) الى هذا الشأن بقوله: "لا يمكن للعقد ذاته، أن يعين جزاءات جنائية من أجل مخالفة الالتزامات التعاقدية التي ينص عليها". De laubadére (André), 1956, P. 175.

([2]) في هذا المعنى: أحمد، 2005، ص5 وما بعدها.

([3]) المبدأ العام: إنه لا يجوز للإدارة أن توقع جزاءات جنائية على المتعاقدين معها، مهما بلغت درجة جسامة المخالفات التي يرتكبونها. ولئن كان للإدارة حق في أن تضمن عقودها شروطاً استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص، إلا أن ذلك لا يمكن أن يصل إلى حد إعطاء الإدارة، سلطة توقيع عقوبات جنائية على المتعاقد المقصر. فمثل هذه الشروط تعد غير مشروعة ومخالفة للنظام العام، فلا تجوز مخالفتها، وتقع باطلة حتى ولو قبلها المتعاقد مع الإدارة. إلا أنه إيماناً من المشرع الجنائي بأهمية العقد الاداري، فقد أخضع بعض أخطاء المتعاقد مع الادارة لعقوبة جنائية. وعليه تنعقد مسؤولية المتعاقد الجنائية بناء على إرادة المشرع وبنصوص قانونية واضحة وصريحة، وليس بناء على إرادة الإدارة ونصوص العقد. ونضرب في هذا السياق مثلاً ما جاء في القانون الفرنسي، حيث عد المشرع الجنائي أن تأخير المورد المتعاقد مع الإدارة في تنفيذ عقد التوريد للقوات المسلحة جناية أو جنحة، حسب الأحوال، ويعاقب عليها بعقوبات جنائية رادعة، وفقا للمواد (430-433) من قانون العقوبات الفرنسي. أما في القانون المصري، فقد شمل العقاب الجنائي بصورة أوسع مما جاء به القانون الفرنسي؛ فبينما قصر الأخير العقاب على المخالفات المتعلقة بعقود التوريد للقوات المسلحة، جرم المشرع المصري هذه المخالفات وغيرها مما يرتبط بتنفيذ ليس فقط بعقود التوريد للجيش، بل أيضاً بعقود التوريد والنقل والأشغال العامة والمقاولة والالتزام المبرمة مع الحكومة او غيرها من الجهات. وهذا ما أشارت إليه المادة 116 مكرر من قانون العقوبات المصري رقم 24 لسنة 1951، التي جاء فيها: "كل من أخل عمداً بتنفيذ كل أو بعض الالتزامات التي يفرضها عليه عقد مقاولة، أو نقل، أو توريد، أو التزام، أو أشغال عامة، أرتبط به مع الحكومة، أو إحدى الهيئات أو ارتكب أي غش في تنفيذ هذا العقد. يعاقب العامة... وترتب على ذلك ضرر جسيم، بالعقوبة ذاتها، على حسب الأحوال، المتعاقدون من الباطن، والوكلاء إذا كان الاخلال بتنفيذ الالتزام أو الغش راجعاً إلى أفعالهم التتمية القومية لعام 1988، وتعليمات تسجيل وتصنيف شركات المقاولات والمقاولين رقم3 لسنة 2009، وكذلك تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم 2 لسنة 2014.

ومن ناحية أخرى، فإن النظم التي تحكم هذه الجزاءات ذات الطابع الجزائي، عدت نظرية مستقلة بذاتها. كما أن المشرع المقارن أولاها عناية كبيرة، بأن نظمها في التشريعات المختلفة ذات العلاقة.

حاصل القول: إن الجزاءات التي يجوز للإدارة توقيعها أثناء تنفيذ عقودها الإدارية تتخذ في الواقع، طوائف ثلاث بالنظر الى طبيعتها وأهدافها، وهي الجزاءات المالية، والجزاءات الضاغطة، والجزاءات الفاسخة، غير أن فرض أي جزاء منها إنما تحكمه مجموعة من الضوابط القانونية والقضائية، وفيما يأتي شرح هذه الضوابط.

الفرع الأول: الضوابط السابقة على الجزاء التعاقدي:

تلتقي العقود الإدارية مع العقود المدنية في أنهما تتشكلان من توافق إرادتين تترتب عليهما التزامات متبادلة بين طرفيهما، لكن الفرق بينهما هو الأحكام والقواعد؛ فإذا كانت العقود المدنية تخضع لقاعدة (العقد شريعة المتعاقدين) وتقوم على أساس المساواة بين أطرافها، فإن هذه القاعدة لا تحكم العقود الإدارية من بدايتها إلى نهايتها كون التعاقد فيها يتم بين طرفين غير متساويين بسبب اختلاف مركز وغاية كل طرف في العقد الإداري؛ فالإدارة تسعى لتحقيق مصلحة عامة عند تعاقدها مع الأفراد الذين يكون الربح هو هدفهم الشخصي.

ولما كان هدف الإدارة من إبرام العقود الإدارية هو تحقيق المصلحة العامة وضرورة الحفاظ على سير المرافق العامة بانتظام واطراد، فإن ذلك يستلزم حرص الإدارة على تنفيذ العقد وقيام المتعاقد بتنفيذ التزاماته التعاقدية بإتقان وضمن المدة المتفق عليها، حتى لا يقع تحت طائلة المسؤولية التعاقدية والتي تخول الإدارة سلطات متعددة منها سلطة توقيع الجزاءات الإدارية ضده بما يضمن تنفيذ العقد والحفاظ على انتظام سير المرفق العام، وإن تمتع الإدارة بسلطة توقيع الجزاءات لا يرخص لها إهدار مصلحة الأفراد التي كفل لها القانون الحماية أيضاً وذلك من خلال إخضاع المشرع سلطة الإدارة للعديد من الضوابط التي تضمن عدم تعسف الإدارة في مواجهة المتعاقدين معها.

وتشكل هذه الضوابط بوجه عام ضمانات للتوفيق بين حق الإدارة في ضمان انتظام سير المرافق العامة وحق المتعاقد في معاملة عقدية عادلة؛ فهي تضمن عدم خروج الإدارة في ما توقعه من جزاءات عن حدود المشروعية وألا يخرج المتعاقد أيضاً عن نطاق المصلحة العامة فلا تخل الأولى بواجبها في حماية الصالح العام ولا يخرق الآخر العقد بإهماله في تنفيذ التزاماته[1] .

وتمثل هذه الضمانات قيوداً مفروضة على الإدارة، عليها الالتزام بها في نطاق ممارستها لسلطتها في اتخاذ مختلف أنواع الجزاءات كقاعدة عامة.

ولما كان الجزاء التعاقدي يمر في اتخاذه بمرحلتين: مرحلة تسبق اتخاذه ومرحلة لاحقة لاتخاذه فإن الضوابط كذلك متلازمة مع الجزاء في المرحلتين[2] .

وعليه سنتناول في هذا الفرع دراسة الضوابط المختلفة وذلك من خلال تقسيمه إلى بندين: نعالج في الأول الضوابط السابقة على الجزاء، ونعرض في الثاني للضوابط اللاحقة.

أشرنا سلفاً إلى أن جهة الإدارة تتمتع بسلطة توقيع الجزاءات على المتعاقد معها بإرادتها المنفردة من دون الحاجة إلى النص عليه في العقد، إذا أخل هذا الأخير بالتزاماته التعاقدية حتى ولو لم يترتب على هذا الإخلال ضرر لجهة الإدارة؛ ومناط ذلك هو طبيعة العقد الإداري وهدفه المتمثل في حماية سير المرافق العامة.

ونظراً لأهمية النتائج المترتبة على ممارسة الإدارة لسلطتها في توقيع الجزاءات الإدارية في العقد الإداري بالنسبة للمتعاقدين معها تستلزم القواعد العامة في النظام القانوني للجزاء أن يسبق تطبيق تلك

([1]) من بين تلك القيود والضمانات، عدم جواز استخدام الإدارة سلطتها إلى حد فرض جزاءات جنائية، حتى لو كان إخلال المتعاقد بالتزاماته يشكل جريمة. كما أن الإدارة لا تستطيع من ناحية أخرى استعمال سلطتها العامة كسلطة ضبط إداري لضمان تنفيذ العقود الإدارية عن طريق النص على عقوبة جنائية.

([2]) جدير بالإشارة، أن حقوق المتعاقد المستحقة عند تنفيذ العقد، لا تقف بالطبع عند هذه الضمانات، وإنما له اقتضاء حقوقه الأخرى، وفي مقدمتها حصوله على المقابل المالي جراء تنفيذ التزاماته، وحقه في الحصول على التعويضات في ما إذا تجاوزت الإدارة حدود سلطاتها، أو فرضت عليه استحقاقات جديدة أخرى، وحقه في إعادة التوازن المالي أنه لما كانت هذه الحقوق تعد من الحقوق العامة للمتعاقد في تنفيذ العقد الإداري بشكل عام، وغير متعلقة بسلطة الإدارة في توقيع الجزاءات الإدارية، فقد تجاوزنا الحديث عنها، ثم إن موضوعنا ينحصر في السلطة الجزائية، من حيث هي حق خاص بالإدارة.

الجزاءات بعض الإجراءات الضرورية لحماية حقوق المتعاقد مع الإدارة، وتعد هذه الإجراءات بمثابة ضوابط أو ضمانات تصاحب الجزاء.

وتحيط هذه الضوابط الجزاء قبل أن ينتقل إلى الواقع؛ بمعنى أنه يجب على الإدارة مراعاتها قبل اتخاذ الجزاء ضد المتعاقد معها، وهذه الضوابط إما أن تكون إجرائية: أي إجراءات تلزم الإدارة باتخاذها قبل توقيع الجزاء كالإعذار. وإما أن تكون موضوعية: أي تتصل بمضمون الجزاء نفسه وتتعلق بما ينبغي أن يكون عليه مثل تسبيبه وتناسبه مع درجة جسامة المخالفة العقدية.

وبناء على ذلك، سنتناول هذه الضوابط الإجرائية والموضوعية كل منها على حدا:

أولاً- الضوابط الإجرائية (الإعذار)

على الإدارة عند توقيع جزاء على المتعاقد معها أن تراعي إجراءات قانونية تسمح للمتعاقد بإبداء دفاعه، ولذلك كان من الأهمية أن تقوم الإدارة بإعذار المتعاقد لتنبيهه إلى ضرورة تنفيذ التزاماته التعاقدية قبل توقيع الجزاء عليه وإلا أصبح قرارها غير المسبوق بالإعذار معيباً إجرائياً قابلاً للبطلان.

ومما لا شك فيه أن الإعذار يعد من الضوابط الأساسية لتوقيع الجزاء الإداري، ومن الضمانات المهمة في نطاق العقود الإدارية حتى لا يفاجأ المتعاقد مع الإدارة على حين غرة بتوقيع الجزاء عليه. وهو ما قد يتسبب بإلحاق خسائر فادحة به من دون منحه الفرصة المناسبة ليصحح الخطأ أو الخلل الذي وقع فيه، والإعذار كإجراء جوهري يخضع بحد ذاته إلى تنظيم قانوني خاص، لذا فمن الضرورة بمكان أن نقوم بتعريفه وتحديد أهميته، كما يقتضي الأمر شرح حالات الإعفاء منه.

1- مفهوم الإعذار وأهميته: والإعذار[1] ينطوي على إنذار المتعاقد مع الإدارة قبل توقيع الجزاء عليه على تنبيه توضح فيه الإدارة الخلل أو التقصير أو التأخير في تنفيذ العقد الإداري، وتأمره بضرورة الالتزام بتنفيذ

([1]) الإعذار في الاصطلاح اللغوي، مصدره: أعذر. وهو: رفع عنه الذنب واللوم فيه وأوجب له العذر. وأعذر من أنذر: كان معذوراً عنده؛ لأنه أنذره بما سيحل به. مسعود، 1992، ص170. أما في الاصطلاح الفقهي القانوني، فيقصد به: وضع المدين (المتعاقد) في حالة المتأخر عن تنفيذ التزاماته قانونياً. Xavier Lagarde, 1999, Doctrine 3974, p. 423.

العقد وفقا للقواعد القانونية المعمول بها خلال مدة معقولة تحددها له تحت طائلة اتخاذ الإجراء القانوني المناسب[1] .

وطبقاً للقواعد العامة فإن الإعذار هو: إثبات حالة تأخر المدين في تنفيذ التزاماته إثباتاً قانونياً. وبذلك فهو ليس وسيلة لإظهار إرادة إحداث حالة قانونية جديدة، بل هو إجراء تمهيدي يجب أن يسبق تطبيق الجزاءات القانونية أو الاتفاقية؛ فقد يحل أجل الالتزام، ومع ذلك يسكت الدائن عن أن يتقاضى التنفيذ من المدين، فيحمل منه محمل التسامح، وأنه لم يصبه ضرر من تأخر المدين في تنفيذ التزامه. وقد رضي ضمنياً بمد الأجل ما دام يستطيع الانتظار من دون ضرر يصيبه من ذلك. أما إذا كان الدائن يريد من المدين أن ينفذ التزام حل أجله، فعليه أن يشعره بذلك عن طريق إعذاره بالطرق التي رسمها القانون. وعند ذلك يصبح المدين ملزماً بتنفيذ التزامه فوراً، وكل تأخير في التنفيذ يستوجب التعويض[2].

2- حالات الإعفاء من الإعذار:

أ- الاتفاق على الإعفاء من الإعذار: إذا ورد نص في العقد الإداري بإعفاء الإدارة من توجيه إعذار للمتعاقد معها في حالة إخلاله بتنفيذ التزاماته التعاقدية. فإن هذا الإعفاء قد يرد في حالة اتفاق طرفي العقد على الإعفاء من الإعذار، يشترط أن يكون ذلك واضحاً دون لبس أو غموض[3]. فيجب أن يتسم النص المتعلق بالإعفاء من الإعذار بالوضوح ويجب أن يكون صريحاً، فالغموض أو الشك في النص يفسر لصالح المتعاقد، بوصفه الطرف الأضعف في العقد.

وعليه، فإن النص الصريح يعطي الإدارة الحق في استعمال سلطتها بتوقيع الجزاء على المتعاقد المقصر، أو عندما تنوي ذلك دون حاجة لتوجيه إنذار إليه، وإن هذا الإعفاء يظهر بوضوح احترام إرادة طرفي العقد، ويظهر مراعاة الرضائية في نطاق العقود الإدارية، كما هو الحال في العقود المدنية.[4]

([1]) فياض، 1975، ص93.

([2]) السنهوري، 1956، ص830

([3]) سلطان، 2010، ص460.

([4]) فياض، 1975، ص94.

وكذلك يمكن الإعفاء من الإعذار في حالة اتفاق الطرفين صراحةً على ذلك في العقد المبرم بينهما، وقد يرد ذلك في نص العقد، أو دفاتر الشروط أو في أي نص من النصوص الذي ينطبق على الطرفين، أما في حالة عدم وجود نص الإعفاء من الإعذار، أو أن يكون النص غامضاً فإن العمل بالقاعدة العامة بوجوب توجيه إعذار للمتعاقد مع الإدارة يفرض نفسه بوصفه إجراءً ضرورياً يرتب المقتضى القانوني المحق والعادل.[1]

ب- الإعفاء من الإعذار لظروف معينة: الإعفاء الظرفي من الإعذار، يمكن أن يستخلص تبعاً للظروف الخاصة بكل عقد، وفي هذه الحالة يختص قاضي العقد بتقدير هذه الظروف، آخذاً في اعتباره طبيعة العقد، والعبارات التي جرى بها النص الخاص بالجزاء،[2] فإذا كانت الظروف تضفي على تنفيذ العقد، طابع الضرورة الملحة، كما هو الشأن في توريدات المواد العسكرية خلال زمن الحرب، فإن المتعاقد يعد كأنه قد أعذر بمجرد انتهاء المدة المقررة للتنفيذ، ومن ثم لا يتوجب إعذاره قبل فرض الجزاء عليه. ومن جهة أخرى وعلى نحو ما يراه البعض أنه لا ضرورة لتوجيه إعذار للمتعاقد المقصر من قبل الإدارة حينما يكون دون فائدة إذا ما كانت الظروف المحيطة بالعقد تتطلب ذلك كما في حال إعلان المتعاقد عدم رغبته بتنفيذ العقد، أو قيامه بفعل يجعل تنفيذ العقد مستحيلاً، أو قيامه باستعمال الغش والتدليس.

وأيضاً لا ضرورة للإعذار عندما يتنازل المتعاقد عن عقده، وكذلك الحال بالنسبة للمتعاقد من الباطن دون إذن مسبق من الإدارة. كذلك يسقط الإعذار في حال قيام الإدارة باتخاذ طرق تخالف الهدف من توجيه الإعذار، كما في حالة اتفاق الإدارة مع المتعاقد بتغيير سير العمل بعد الإعذار ، أو انتهاء المهلة الزمنية المحددة في الإعذار.[3]

ويرى جانب من الفقه الفرنسي عدم الفائدة والجدوى من الإعذار في بعض الجزاءات الإدارية، كما في عقد التزام المرفق العام، فإن الجزاء الإداري المترتب على المتعاقد المقصر في تنفيذه يكون بوضع المرفق تحت الحراسة الإدارية، بسبب طبيعة هذا العقد الذي يتطلب سيره بانتظام واستمرار، وهو نفسه ما سار عليه الفقه

([1]) بلاوي، 2011، ص98.

([2]) النابلسي، د.ت، ص161.

([3]) النابلسي، د.ت، ص165.

المصري بخصوص عدم ضرورة توجيه الإعذار إلى المتعاقد المقصر في تنفيذ التزاماته قبل وضع المرفق العام تحت الحراسة الإدارية، ويرون أن سندهم في هذا الإعفاء ما نص عليه القانون المدني المصري والذي يعفي المدين من وجوب الإعذار، إذا ما أصبح تنفيذه غير ممكن بفعل المدين.[1]

ونحن من جانبنا لم نجد أي نص في القانون السوري يلزم الإدارة بتوجيه الإعذار قبل فرض جزاء الحرمان من التعاقد، وفي رأينا فإن في ذلك قصور تشريعي يجب تداركه والنص صراحةً على وجوب توجيه الإعذار قبل فرض هذا الجزاء الخطير لما فيه من ضرر مادي ومعنوي على هذا الشخص فيما لوثبت عدم صحة هذا القرار وتم إلغاؤه مستقبلاً.

ثانياً- الضوابط الموضوعية:

تحصن هذه الضوابط المتعاقد من تحكم الإدارة وسطوتها في اتخاذ الجزاء في مواجهته، وتقف سداً منيعاً ضد أي اختلال يحيد بالجزاء عن المشروعية بوصفها تمثل ما ينبغي أن يكون عليه لكي لا يخرج عن إطارها، ومن أهم الضوابط الموضوعية التي تسبق فرض الجزاء ويؤكد عليها الفقه والقضاء هو سبب الجزاء وتسبيبه.

وعليه، فإن توقيع الإدارة أي جزاء في نطاق العقود الإدارية لا يتم إلا بموجب قرار إداري صادر من الإدارة المختصة بفرض الجزاء. وأن يكون هذا الجزاء قائماً على سبب صحيح يسوغه، بل يتعين على الإدارة أن تذكر في متن القرار السبب الذي دفعها لفرض الجزاء، وهذا ما يطلق عليه فقهياً التسبيب، وبالنظر إلى أهمية هذه الضوابط فإننا سنقوم بشرح كل منها بشيء من التفصيل.

1- مفهوم التسبيب وأهميته.

تذهب مختلف التشريعات المقارنة إلى وضع ضمانات لمنع الإدارة من التعسف في سلطاتها وإهدار حقوق وحريات الأفراد. ويعد قيام الإدارة بتسبيب قراراتها الإدارية من الضمانات السابقة المهمة إلى جانب

([1]) وهذا تطبيق للمادة 1146 من القانون المدني الفرنسي.

الإعذار. ولكي يحقق التسبيب غايته لابد أن يتضمن بصورة واضحة العناصر الأساسية التي يقوم عليها القرار الإداري وشروط صحته، وإلا أصبح مجرد شكلية لا فائدة منها؛ إذ لا بد من أن يحتوي القرار الإداري على أسبابه وأن تكون هذه الأسباب كافية ومتناسقة[1].

ولأجل ذلك فإنه ينبغي على الإدارة أن تذكر الوقائع التي أوجبت توقيع الجزاء على المتعاقد معها بما يمكنه من الإحاطة بأسباب ما تم اتخاذه ضده من قرارات من ناحية، ولكي تتضح الرؤية للقضاء عند ممارسة رقابته على صحة القرار من ناحية أخرى. ذلك أن هدف القرار الإداري هو تحقيق المنفعة العامة.

المعروف أن التسبيب هو أحد مظاهر الشكل في القرار الإداري، وهو ضمان شكلي لا بد من توافره، كونه يمكن ذا الشأن من معرفة أسباب القرار الذي صدر بحقه. وللإحاطة بمعنى التسبيب سيتم التعرض لمفهومه وأهميته على النحو التالي:

أ- **مفهوم التسبيب:** يعني تسبيب الجزاء الإداري[2]: أن تذكر الإدارة في صلبه مبررات إصداره ليعلم المخاطبون به بالدوافع التي لأجلها عوقبوا إدارياً[3]. وبذلك فهو ليس مجرد روتين أو قواعد شكلية لا قيمة لها وإنما من الضمانات المهمة التي تكفل العدالة للأفراد والإدارة.

ويمنع من التسرع وتهديد حقوق الأفراد وحمايتهم من تعسف السلطة الإدارية وظلمها في اتخاذ قرارات غير مدروسة ويحث على وزن الملابسات والظروف المحيطة بموضوع القرار تحقيقاً للمصلحة العامة[4].

وبمعنى آخر يمكن القول إن التسبيب هو الإفصاح عن الأسباب القانونية والواقعية التي تبرر القرار، وبالتالي يكون القرار مسبباً إذا أفصح بنفسه عن الأسباب التي استند إليها مصدر القرار؛ فالتسبيب هو التعبير الشكلي عن أسباب القرار ومن ثم فهو ينتمي إلى المشروعية الخارجية للقرار والتي تشمل المسائل المتعلقة

([1]) دغمش، 2019، ص71.

([2]) التسبيب لغة: مصدر كلمة سبب. والسبب يعني الحبل، وهو ما يتوصل به إلى الاستعلاء. وقد استعير هذا المعنى لكل شيء يتوصل به إلى أمر (قرار) من الأمور. فيقال هذا سبب وهذا مسبب عن هذا. والسبب كل شيء يتوصل به إلى غيره. المقري، 1987، ص100. الرازي، 1990م، ص123.

([3]) خليفة، 2008، ص 44.

([4]) J.F Lachaume, Formalisme, A.J.D.A, 1995, p.133.

بالاختصاص والإجراءات والشكل. ويمكن اعتبار التسبيب أحد مظاهر الشكل الذي يظهر فيه القرار مثله في ذلك مثل الكتابة أو التوقيع[1] .

وتجدر الإشارة إلى أن التسبيب ظهر في فرنسا في القرن التاسع عشر كاصطلاح في نطاق قانون المرافعات – ويقصد به أن يتضمن الحكم الأسباب الضرورية التي أدت إلى وجوده . ومن ثم انتقل بجهود مجلس الدولة إلى المجال الإداري كاصطلاح يقصد به إفصاح الجهة الإدارية المختصة عن الأسباب الواقعية والقانونية التي دعتها لاتخاذ الجزاء. وبالتالي فإنه يتعين على الإدارة أن تبين الأساس الذي بنت عليه قناعتها بإصدار الجزاء؛ الأمر الذي يحتم عليها بيان الأدلة التي عززت قناعتها بالنتيجة التي تضمنها قرارها[2] .

وحاول الفقه الإداري في فرنسا وضع تعريف محدد للتسبيب حيث عرفه بعضهم بقوله: "هو الإفصاح عن العناصر القانونية والواقعية التي استند إليها القرار الإداري سواء كان الإفصاح واجباً قانوناً أم بناءً على إلزام قضائي أو جاء تلقائياً من الإدارة، ويجب أن يكون التسبيب في الوثائق ذاتها التي تحتوي على القرارات الإدارية. أي يجب أن يرد في القرار ذاته الأسباب التي دعت رجل الإدارة لاتخاذ القرار، وأن يتم إخطار ذوي الشأن بهذه الأسباب"[3].

وهذا التعريف السائد في الفقه الفرنسي قد تضمنه القانون الصادر في11 يوليو 1979 بشأن تسبيب القرارات وتحسين العلاقة بين الإدارة والجمهور؛ إذ تنص المادة الثالثة من هذا القانون على "يجب أن يكون

([1]) عبد اللطيف، 1996، ص4.

([2]) العنزي، 2010، ص206.

– يرى البعض أن إسناد سلطة الجزاء إلى جهة الإدارة لممارستها بحق المتعاقد معها بدون الرجوع للقضاء أمر خطر للغاية؛ ذلك أن احتمال جنوح هذه الجهة به أمر وارد. وهو ما دعا المجلس الدستوري الفرنسي لأن يقرن إسناد الجزاءات إلى جهة الإدارة بضرورة توافر ذات الضمانات التي يتمتع بها الفرد تجاه القضاء الجزائي. ومن أهمها التسبيب.. PHILIP. (L); 2004, P. 724.

([3]) E. Eisenberg, 2000, p. 41.

ومن جهة أخرى فإن التسبيب يعني بيان سرد الوقائع والأدلة والنصوص التي استندت إليها الإدارة في اتخاذ قرارها بصورة واضحة ودرجة كافية. ويتضمن تسبيب الجزاءات الإدارية عدة عناصر: أهمها تحديد الوقائع الموجبة للجزاء من ناحية، ومن ناحية أخرى بيان الأسس القانونية التي بني عليها الجزاء الإداري. وأخيراً الرد على ما يبديه المتعاقد المخالف من أوجه دفاع. يراجع في ذلك: صوالحية، 2014، ص160.

التسبيب الذي يفرضه هذا القانون مكتوباً وأن يتضمن بيان الاعتبارات القانونية والواقعية التي تشكل أساس القرار الإداري"[1].

أما في مصر فقد قضت محكمة القضاء الإداري في حكم قديم لها بأن المقصود بالتسبيب هو: "إيضاح وجهة نظر اللجنة في الطلب الذي ترفضه حتى يكون صاحب الأمر على بينة من أمره وليحدد موقفه على أساس هذا الإيضاح، وبهذا يستكمل في أوجه النقص. أما القول إجمالاً بعدم توافر الشروط المنصوص عليها في القانون فهو قول مرسل لا يصح أن يكون سبباً لقرار الرفض بالمعنى الذي يقصده القانون. كما أن المفروض في التسبيب أن يكون على شيء من الوضوح والتأصيل والجدية فإذا بني القرار على أسباب عامة أو غامضة أو مجهولة عد قراراً خالياً من الأسباب"[2].

وفي هذا السياق أكد القضاء الإداري المصري على ضرورة التمييز بين التسبيب وغيره من المصطلحات القانونية المشابهة له؛ فقد ذهبت المحكمة الإدارية العليا في مصر إلى: "... وجوب التفرقة بين تسبيب القرار الإداري كإجراء شكلي قد يتطلبه القانون وبين وجوب قيامه على سبب يبرره. التسبيب لا يكون واجباً إلا حيث يوجبه القانون. أما السبب يجب أن يكون قائماً وصحيحاً سواء كان التسبيب لازماً أم غير لازم"[3].

وقد ذهب الفقه الإداري من جانبه إلى التمييز بين السبب والتسبيب في القرار الإداري في نقاط عدة أهمها:

([1]) عبد اللطيف، 2002، ص7.

([2]) حكم محكمة القضاء الإداري، الطعن رقم 8/926 ق، جلسة 26/ديسمبر/1956، مجموعة المبادئ القانونية، السنة الحادية عشرة، بند 77، ص113.

([3]) حكم المحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم 58/ 4 ق، جلسة 1958/5/12، مجموعة الموسوعة الإدارية الحديثة، السنة الثالثة، العدد الثالث، ص1729.

- التسبيب هو ذكر أو بيان الأسباب التي قام عليها القرار الإداري، بينما السبب يشكل الحالة الواقعية أو القانونية التي تسبق القرار الإداري وتدفع الإدارة على التدخل بإصدار القرار، وإن الإدارة حين تصدر القرار فإنها تستند إلى قاعدة قانونية ومركز واقعي في آن واحد[1] .
- لا يملك صاحب الاختصاص إصدار القرارات الإدارية في أي وقت يشاء وكيفما يشاء بل عليه ضرورة مراعاة اشتراطات الأساس القانوني الذي ينبني عليه القرار الإداري ومبرراته وتعليله إذا لزم الأمر، إذ يرتبط تسبيب القرارات الإدارية بالمظهر الخارجي للقرار الإداري.
- إن الإدارة ليست ملزمة بتسبيب قراراتها إلا إذا الزمها المشرع بذلك، إعمالاً لقرينة الصحة المفترض توفرها في كافة القرارات الإدارية، إلى أن يثبت المدعي ما ينفيها، وعلى العكس من ذلك فإن جميع قرارات الإدارة يجب أن تستند إلى سبب قائم ومشروع محدد بوقائع ظاهرة يقوم عليها[2] .
- للتسبيب دور مؤثر في تسليط القضاء الإداري رقابته على عنصر السبب في القرار الإداري. ويشير ذلك إلى وجود علاقة بينهما باعتبار أن التسبيب يترجم السبب إيجابياً في المظهر الخارجي للقرار. وبذلك يمارس القضاء الإداري رقابته القضائية على أسباب القرار بافتراضه ركناً مستقلاً وقائماً بذاته، ويعد أحد أوجه الإلغاء؛ بحسبان أن الرقابة القضائية على سبب القرار في نطاق السلطة التقديرية للإدارة قد تتوسع، بحيث تمتد لتشمل عنصر الملاءمة، في حين أن الرقابة على التسبيب لا تمارس من قبل القاضي على قرارات الإدارة إلا استثناءً[3]، أي عندما ينص المشرع على إلزام الإدارة بالتسبيب أو عندما تذكر الإدارة سبب القرار تلقائياً.

([1]) فالتسبيب عنصر في شكل القرار الإداري، وخاصة المحرر المكتوب وعنصر من العناصر الشكلية الجوهرية التي يترتب على إغفالها بطلان القرار الإداري لعيب الشكل، إذا كان العيب جوهريا ويؤثر على موضوع وصلب القرار الإداري. بينما يؤدي عدم الإفصاح عن السبب إلى إلغاء القرار الإداري، وبالتالي انعدام التسبيب. يـــراجع في ذلك: خليفة، 2009، ص103.

([2]) حكم المحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم 37/616 ق، جلسة 4/أبريل/1999. وارد لدى: خليفة، 2008، ص223.

([3]) شناوي، 2001، ص121.

وعلى الرغم من الاختلاف الواضح بين السبب والتسبيب في القرار الإداري، إلا أن كلا منهما يشكل أداة ضرورية لرقابة كاملة للأسباب الأساسية لاتخاذ القرار الإداري، كما أنه يوجد في الواقع تكامل بين الأسباب والتسبيب لرقابة الهدف من القرار الإداري بحيث يجتمع كل منهما لإعمال مبدأ المشروعية[1] .

ب – أهمية التسبيب: مما لا شك فيه أن التزام الإدارة بتسبيب قراراتها له أهميته من عدة نواح وبالنسبة لكافة الأطراف سواء أكانت الإدارة، أم المخاطبين به، وحتى بالنسبة للقاضي الإداري؛ فبالنسبة لجهة الإدارة – مصدرة القرار – فإن التسبيب يدفعها لدراسة قراراتها بدقة متناهية للوقائع حتى يجنبها ذلك إصدار الجزاء مشوباً بعيب يؤدي إلى بطلانه، ناهيك عما يشكله ذلك من حرج واهتزاز ثقة المتعاملين والأفراد بها[2] . كما أنه يكفل تناسق سلوك الإدارة في المواقف المشابهة[3] ما يقودها للالتزام بالقوانين، الأمر الذي من شأنه تحقيق نتائج بالغة الأهمية في تقليل الخصومات أمام القضاء[4] .

إن التسبيب يرسي مبادئ الشفافية الإدارية بحيث يمكن جهة الإدارة من إبداء الأسباب التي دفعتها إلى إصدار قراراتها بشكل واضح بما يجعل قراراتها واضحة وبعيدة عن الغموض [5] وهو أمر يصب من حيث النتيجة في حماية مبدأ الأمن القانوني الذي يعد واحداً من أركان الدولة القانونية.

أما بالنسبة للمخاطب الذي صدر بحقه الجزاء فإن التسبيب يشكل ضمانة مهمة له من حيث إحاطته بدوافع إصدار القرار، ويتيح له فرصة التعرف إلى مدى صحة هذا القرار ومدى توافق العناصر التي قام عليها مع

([1]) شفيق، 2003، ص195.

([2]) الشوا، 1966، ص333.

([3]) بمعنى أنه متى ما سببت الجهة المعنية قرارها فإنها تكون قد ألزمت نفسها بإصدار القرار ذاته، إذا ما ظهرت مستقبلاً ذات الأسباب، فإذا عدلت عنه رغم اتحاد الظروف كان عدولها الغامض مفضوحاً وغير خاف على أحد؛ فالسكوت عن ذكر الأسباب يعطي للجهة ذات الشأن حرية في الحركة قد تسيء استعمالها، فتعالج الحالات المشابهة بحلول غير متشابهة. أي أن التسبيب يجعل متخذ القرار رقيباً على نفسه. وبالتالي يجنبه من أي خطأ قد يقع منه، أو أي ضغط يتعرض له. حسن، 1966، ص175.

([4]) سليمان، 1986، ص463.

([5]) أبو ليلة، 2013، ص164.

المشروعية القانونية، فضلاً عن المشروعية الواقعية، وبالتالي يتمكن من تحديد موقفه القانوني حيال هذا القرار إما امتناعاً أو اقتناعاً أو طعناً عليه أمام القضاء[1].

كما تتجلى أهمية التسبيب بالنسبة للقاضي بتسهيل عمل القضاء الإداري في حال إعمال رقابته على مشروعيته؛ حيث إنه يساعد القاضي في رقابة الأسباب الحقيقية التي تكمن وراء القرار الإداري وتمكنه من القيام بواجب الرقابة بكل دقة ويسر، يضاف إلى ذلك أهمية التسبيب العملية لجهة أن يعمل على التقليل من الطعون أمام القضاء الإداري[2].

ولذلك كله فإن تسبيب القرارات الصادرة بتوقيع الجزاءات الإدارية يمكن اعتباره أهم الشروط الشكلية الموضوعية التي تؤدي إلى مشروعية القرارات الإدارية، ومنها الجزاءات الإدارية التي تفرضها الإدارة على المتعاقد معها، حيث يترتب على عدم مشروعيتها تحريك وإقامة الطعون المختلفة والمطالبة بالتعويض عن الأضرار المترتبة عليها[3].

2- أنواع التسبيب: يتنوع تسبيب القرارات الإدارية ويختلف تبعاً لاختلاف مصادره. وفيما يأتي نعرض أهم صور التسبيب وشروط صحته.

يصنف التسبيب من ناحية إلزاميته إلى تسبيب اختياري (جوازي) وآخر إلزامي. ومن ناحية مصدره إلى تسبيب كرسه القضاء أو نص عليه القانون. ومن حيث وقت إصداره إلى تسبيب في صلب القرار أو لاحق عليه.

([1]) خليفة، 2008، ص46. جمال الدين، 2003، ص285.

- إن التسبيب في نطاق القرارات الجزائية أمر واجب لا فكاك منه. وهو أمر تمليه طبيعة تلك القرارات وخطورتها؛ فمن حق المتعاقد مع الإدارة الذي قد يتكبد خسائر باهظة في حال قيام الإدارة بفسخ عقده، أو توقيع غرامة تأخير عليه، أن يعرف الأسباب التي استندت إليها الإدارة في جزائها، لكي يستند إليها في تحقيق دفاعه. لذا فإنه يعد عنصراً مهماً لكفالة حق الدفاع، ذلك الحق الذ يعد مبدأ إجرائياً عاماً، وحقاً يقرره القانون الطبيعي؛ إذ أن مظاهر حق الدفاع لا تقتصر على مبدأ المواجهة وحيادية القاضي، وإنما تشمل التسبيب أيضاً باعتباره وسيلة غير مباشرة لتحقيق حق الدفاع. العنزي، 2010، ص217.

([2]) عبد البر، 1978، ص 492.

([3]) عوابدي، 1990، ص166.

يعد التسبيب وسيلة لإثبات عدالة الإدارة في إصدارها لقراراتها الإدارية؛ فبيان الأسباب هو الوسيلة التي يكشف بها القاضي من أن جهة الإدارة قد أخذت قراراتها بعين فاحصة تمحصت فيها الواقع بشكل دقيق حتى صدورها مبرأة من كل شائبة، تؤدي إلى بطلان قرارها. فالتسبيب بالنسبة للقضاء يظهر عما إذا كانت الإدارة قد قامت بما عليها من واجب التدقيق وإمعان النظر حتى يبعد عنها أي اتهام. عبد العال، 1974، ص92.

أ- أنواع تسبيب القرار الإداري من **ناحية إلزاميته:** لهذا التسبيب كما تقدم – شكلان: جوازي ووجوبي.

– **التسبيب الجوازي:** تلجأ الإدارة أحيانا إلى تسبيب قراراتها من تلقاء نفسها من دون أي إلزام قانوني، لإقناع الأفراد المعنيين بأحكامها بمشروعية قراراتها؛ حيث إن الإدارة غير ملزمة كمبدأ عام بتسبيب قراراتها، لأنه توجد قرينة لصالح الإدارة أن قراراتها قائمة على أسباب صحيحة، ويكون التسبيب في هذه الحالة جوازي. وقد أقرت محكمة القضاء الإداري في مصر بإمكانية قيام الإدارة بتسبيب قراراتها بالرغم من عدم وجود نص يلزمها بذلك على أن يخضع تسبيبها لرقابة القضاء الإداري للتحقق من مدى مطابقته للقانون[1] . وقد ذهب القضاء الإداري الفرنسي إلى أن التسبيب في هذه الحالة يحدث آثار التسبيب الوجوبي نفسه؛ فالإدارة وقد تنازلت عن إمكانية مقررة لها فإن القاضي حينئذ يأخذ في الاعتبار هذا التسبيب كأساس للرقابة.

– **التسبيب الوجوبي:** استقر الفقه والقضاء الإداري على أن الإدارة غير ملزمة بتسبيب قراراتها إلا إذا فرض عليها المشرع ذلك[2]، فيفرض عليها عندئذ احترام هذا الالتزام القانوني. وإذا أغفلت او تناست الإدارة تسبيب القرار الإداري، يكون قراراها غير مشروع وعرضة للإلغاء. وهذا ما أكدته محكمة القضاء الإداري المصرية بقولها "فلئن كانت الإدارة غير ملزمة بتسبيب قرارها إلا إذا أوجب القانون ذلك عليها وعندئذ يتعين عليها تسبيب قرارها وإلا كان معيباً بعيب شكلي" [3].

ب- **تسبيب القرار الاداري من حيث مصدره:** إن الإدارة غير ملزمة بتسبيب قراراتها، إلا إذا أوجب القانون عليها ذلك، أو إذا فرض عليها هذا التسبيب بموجب اجتهاد قضائي. لذلك فإنه من الملاحظ وجود فرق بين إلزام القضاء للإدارة بتسبيب قراراتها في بعض الحالات، وبين طلب الإفصاح عن السبب القانوني الذي دفع الإدارة الى إصدار قراراها.

([1]) حكم المحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم 159، لسنة 1 قضائية، جلسة 1955/11/5، م1، ص43.

([2]) حكم محكمة القضاء الإداري، جلسة 1968/4/24، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها محكمة القضاء الإداري في ثلاث سنوات، ص204.

([3]) حكم المحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم 58. لسنة 4 قضائية، جلسة 1958/7/12، ص1729.

– **التسبيب القانوني:** قد يلزم المشرع الإدارة بتسبيب قراراتها في حالات معينة، وذلك بموجب نصوص قانونية؛ ففي فرنسا أوجب المشرع تسبيب القرارات الصادرة من طرف البلدية برفض منح العضوية الفخرية للموظفين المتقاعدين والذين قضوا 20 سنة على الأقل في خدمة البلدية. أما في مصر فقد أوجب المشرع تسبيب جميع القرارات التي تتضمن رفضاً للتظلم المقدم من الطرف المعني بالقرار بموجب قانون مجلس الدولة[1] كما أوجب تسبيب القرارات التي تتضمن جزاءً. ومن بينها المادة 50 من قانون هيئة الشرطة[2] والتي استلزمت عدم جواز توقيع عقوبة على ضباط الشرطة إلا بعد التحقيق معهم كتابةً وسماع أقوالهم وتحقيق دفاعهم، ويجب أن يكون القرار الصادر بتوقيع العقوبة مسبباً.

– **التسبيب القضائي:** قد يلزم القضاء الإدارة بتسبيب قراراتها في بعض الحالات؛ ففي فرنسا مثلاً نجد حكم[3] يعد فاتحة أحكام مجلس الدولة الفرنسي بشأن فرض التسبيب؛ حيث فرض المجلس على اللجنة الإقليمية لتجميع الأراضي بضرورة تسبيب جميع قراراتها التي تتضمن ضم الأراضي التابعة للأفراد الى أملاك الدولة بالرغم من عدم وجود نص يقضي بذلك وذلك استناداً إلى الوظيفة شبه القضائية التي تقوم بها تلك اللجان بالاستناد إلى الإرادة الضمنية للمشرع والتي غالباً ما تربط بين بعض الضمانات المقررة لأصحاب الأراضي كالمواجهة في الإجراءات والتسبيب باعتباره إحدى الضمانات المهمة للحفاظ على حقوقهم.

وفي مصر أيضاً جاء حكم المحكمة الإدارية العليا إلى أنه: "ثمة قدراً من الضمانات الجوهرية يجب أن يتوافر كحد أدنى في كل محاكمة تأديبية. وهذا القدر تتطلبه العدالة المجردة وضمير الإنصاف والأصول العامة في المحاكمات وإن لم يرد عليه نص سواء في المحاكمات الجنائية أم التأديبية ذلك أن القرار التأديبي هو في واقع الأمر قضاء عقابي في خصوص الذنب الإداري. ومن هذه الضمانات تمكين المتهم من الدفاع عن نفسه وتحقيق دفاعه وحياد الهيئة التي تتولى المحاكمة وتسبيب القرار الصادر بالجزاء التأديبي... وإذا كان الأصل في القرار عدم تسبيبه إلا إذا نص القانون على وجوب هذا التسبيب فإن القرار التأديبي على النقيض

([1]) قانون مجلس الدولة المصري رقم 47 لسنة 1972، الجريدة الرسمية، العدد 19، 10/ فبراير / 1973.

([2]) قانون هيئة الشرطة المصري رقم 25 لسنة 2012، الجريدة الرسمية، العدد 13 مكرر (أ)، في 6/ يوليو/ 2012، المعدل لأحكام القانون رقم 109 لسنة 1971، الجريدة الرسمية، العدد 10 مكرر، في 10/ يونيو/ 1971.

([3]) C.E, 27 Janvier 1950, Billard, 1950,Sirey.1950, cité par :M. Letourneur,1951, P.12.

من ذلك باعتباره قراراً ذا صبغة قضائية؛ إذ يفصل في الموضوع مما يختص به القضاء أصلاً لذلك يجب أن يكون مسبباً"[1].

ج – تسبيب القرار الإداري من حيث زمن إصداره: قد يتم التسبيب بشكل فوري في القرار ذاته أو يتراخى عنه في حالات محددة قانوناً فيكون لاحقاً عليه.

– **التسبيب في صلب القرار الإداري:** ويقصد به أن يأتي التسبيب في القرار نفسه. فالإحالة إلى الجهات التي تحكم القرار لا تعد تسبيباً وهذا ما عبرت عنه محكمة القضاء الإداري بمصر بوضوح في أحد أحكامها بقولها: "لا تعد إحالة القرار في مجال الترقية بالاختيار إلى القانون والملفات والوظائف التي تقلدها المرشحون للترقية تسبيباً وإنما يقوم التسبيب في هذا المجال بذكر الأسباب التي دعت المجلس إلى تفضيل من رقوا وترجيحهم على من تخطى في الترقية أو على الأقل ذكر الأسباب التي حملته على تخطي من تخطاه في الترقية وأن تكون هذه الأسباب أو تلك واردة في صلب القرار حتى يخرج القرار حاملاً بذاته كل أسبابه. أما الإحالة إلى أوراق أو وثائق أخرى فلا تكفي لقيام التسبيب[2]، فقيام الإدارة على سبيل المثال بإخطار موظفها مسبقاً بالأخطاء المنسوبة إليه دون ذكرها في القرار الذي يتضمن فصله لا يعد تسبيباً[3] .

– **التسبيب اللاحق:** قد تتوافر أسباب معينة ينص عليها القانون تمنع الإدارة من إدراج أسباب قرارها ضمن القرار نفسه؛ فتلجأ الإدارة إلى إعلام صاحب الشأن خلال مدة معينة بالأسباب التي دفعتها إلى إصدار ذلك القرار عن طريق رسائل توضيحية[4]. وقد أشار قانون 79–587[5] في فرنسا إلى إمكانية استخدام التسبيب اللاحق للقرارات الإدارية التي يكون التسبيب فيها ملزماً بموجبه وذلك في ثلاث حالات وهي: الاستعجال

([1]) حكم المحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم 213/ لسنة 4 قضائية، جلسة3/21 /1959، مجموعة الأحكام التي قررتها المحكمة الإدارية العليا، ص983.

([2]) حكم محكمة القضاء الإداري، القضية رقم 1956، لسنة 6 قضائية، جلسة.1958/1/12.

([3]) C.E, 29 novembre 1985, secrétaire d'état auprès du ministre de l'intérieur c/Charron, RDP, 1987, P. 812.

([4]) C. E 7 juin 1985,Sté Acoposa, Rec 1985, P. 177, consulté: www.galicca.bnf.fr.

([5]) La loi N°79-587 du 11 juillet 1979 relative à la motivation des actes administratifs et à l'amélioration des relations entre l'administration et le public, précité.

المطلق والقرارات الضمنية والقرارات التي تكتنفها السرية على أن يتم إعلام صاحب الشأن بأسباب هذه القرارات خلال المدة التي يحددها القانون ذاته.

وفي جميع الأحوال التسبيب ليس مهماً أن يكون موجزاً أو مسهباً طالما حقق الأهداف المنشودة منه [1] فإذا اتسم بالوضوح والبعد عن الغموض فإن من شأن ذلك أن يؤدي إلى كفالة فاعليته وهذا معناه أن المعول عليه دائماً مدى استكمال القرار العناصر الأساسية التي يتأسس عليها بغض النظر عما إذا كان مسهباً أم مختصراً.

وأخيراً فإنه يجب ألا يكون التسبيب نمطياً وهو الذي تستخدم فيه الإدارة في كافة الحالات عبارات مجملة معدة سلفاً كعبارة: الصالح العام، أو نزولاً إلى حكم القانون، أو عدم توفر الشروط القانونية، فالتسبيب النمطي لا يتفق مع جوهر التسبيب ويتناقض مع حكمته [2]، فقد تتخذ جهة الإدارة من هذه العبارات رداءً لتحقيق مآرب أخرى غير مشروعة، أو أن تعمل على إخفاء الأسباب الحقيقية وراء إصدار قراراتها، فيتعين أن يكون السبب الذي ذكرته جهة الإدارة متصلاً بالواقع، وليس مجرد ترديد لحكم القانون[3].

الفرع الثاني: التناسب بين الجزاء والمخالفة المرتكبة:

ضمن مظاهر السلطة التقديرية التي تمارسها الإدارة في مناسبة توقيع الجزاءات على المتعاقد معها لا بد من أن تكون مسألة التناسب حاضرة[4] . فلما كانت الغاية من توقيع هذه الجزاءات ضمان سير المرافق العامة، فإنه يتعين أن يكون الجزاء بصفة عامة متوازناً ومتناسباً مع المخالفة، وألا يكون سيفاً مسلطاً يهدد به المتعاقد في كل وقت.

ولتفصيل ذلك، سنتناول في هذا الفرع مفهوم التناسب ومدى تطبيق فكرة التناسب في نطاق الجزاء التعاقدي. وقد خصصنا لذلك بندين مستقلين:

([1]) عبد اللطيف، 1996، ص163.

([2]) العنزي، 2010، ص235.

([3]) فتح الباب، 1997، ص141.

([4]) حتاملة، 2006، ص234.

أولا– مفهوم التناسب وأهميته: يعد مبدأ التناسب من أهم المبادئ العامة في القانون التي استنبطها القضاء الإداري وألزم الإدارة باتباعها دون حاجة إلى نص قانوني. لذا تلتزم الإدارة بهذا المبدأ فيكون الإجراء بالقدر المناسب لتحقيق الهدف منه؛ فإذا تجاوزت الإدارة هذا القدر كان إجراؤها قد خرج عن هدفه وغدا واجب القضاء حماية المتعاقد منه[1].

وإذا كان التناسب قد أضحى أداة قانونية أو إطاراً تحليلياً منهجياً، يستخدمه القاضي الإداري في معظم الأنظمة القانونية المعاصرة في سياق رقابته على مشروعية القرارات الإدارية، فإن الحاجة تدعو إلى تحديد مفهوم فكرة التناسب وبيان أهميته من خلال النقاط الآتية:

1– مفهوم التناسب: يحدد التناسب[2] بدايةً بأنه تحقيق التوافق بين سبب القرار ومحله، أو اشتراط علاقة تطابق بين الوقائع الثابتة والإجراء المتخذ بشأنها، ويمكن أن ينشأ التناسب في علاقة تطابق بين وسيلة وهدف في نص معين، والتناسب بهذا المعنى يمكن أن يتغير تبعاً للحالة المتوقعة والمضار المتحصلة[3].

هذا ويعرف الفقيه فيدل التناسب بأنه "ذلك السلوك الذي تلتزم الإدارة بموجبه ألا تفرض على الأفراد أعباءً أو أضراراً أكثر مما تطلبه مهمة المحافظة على المصلحة العامة المنوط بها تحقيقها"[4].

ويعرف أيضاً بأنه: "توافق الإجراء المتخذ مع سبب القرار، فهو توافق في أحد الجوانب فقط، وليس لكل جوانب القرار الإداري"[1].

([1]) حتاملة، 2006، ص238.

([2]) الشناوي، 2016، ص347.

([3]) أما التناسب لغة: فهو مشتق من أصل كلمة (نسب)، والنسب يعني القرابة. وانتسب واستنسب، أي ذكر نسبه. وناسبه شاركه في نسبه. وناسب مناسبة، ماثله وشاكله ولاءمه. وتناسبا، أي تماثلا وتشاكلا. واستنسب الشيء: وجده مناسبا ملائما. والنسبة، القرابة وايقاع التعلق والارتباط بين شيئين، والتماثل بين علاقات الأشياء والكميات. والنسبة تعني الصلة أو الرابطة. وفي علم الرياضيات تعني نتيجة مقارنة إحدى كميتين من نوع واحد بالأخرى. وتناسب الشيئان أي تشاكلا. والتناسب التشابه. ويقال ناسب الأمر أو الشيء فلاناً، أي لاءمه ووافق مزاجه. كما يقال "بالنسبة إلى كذا"، أي بالنظر والإضافة إليه.

ابن منظور، 1968، ص4405. قاموس المنجد في اللغة والإعلام، 1986، ص803. قاموس المعجم الوجيز، 1999، ص612.

– يعد التناسب إحدى الأفكار الأساسية في القانون الإداري. ويمكن تحليل هذه الفكرة إلى عناصر ثلاثة، وهي القرار الصادر والحالة الواقعية والغاية المستهدفة. وهذه المفاهيم عن التناسب يجمعها أنها فكرة لا يمكن إرجاعها إلى صيغة ذات نمط ثابت، فهي ليست أكثر من مجرد عنصر أو دليل قضائي، وهي تخلط كثيراً بين المنافع والأضرار. الشناوي، 2016، ص353.

([4]) VEDEL et P. DELVOLVE. Droit administratif, Paris, P.U.F, 12e Éd, 1992, P. 1003.

كما أن "مقتضى التناسب بين المخالفة الإدارية والجزاء الإداري، ألا تبالغ السلطة المعنية بتحديد الجزاء في اختياره ولا تركب متن الشطط في تقديره، وإنما عليها أن تتخير ما يكون على وجه اللزوم ضرورياً لمواجهة الخرق القانوني أو المخالفة الإدارية، وما يترتب على اقترافها من آثار، وما فيه القدر المتيقن من معقولية لردع المخالف وزجر غيره عن أن يرتكب ذات فعله"[2].

وهكذا نرى أن الفقهاء في تعريفهم مبدأ التناسب، يربطون بين محل القرار والوقائع، والجزاء والمخالفة. ويبدو أنهم متفقون على أن ما يقصد بالتناسب هو إيجاد توازن بين عنصر السبب وعنصر المحل في القرار الإداري.

وعليه، يمكن القول إن مبدأ التناسب يعني تقدير الواقعة في أهميتها ومدى تبريرها القرار الإداري الذي أصدرته الإدارة، على أساس أن الإدارة هي التي تملك ـ في الاصل. وزن مناسبات العمل، وتقدير أهمية النتائج التي تترتب على الوقائع الثابت قيامها.

وتندرج فكرة التناسب بين العقوبة المقررة والمخالفة المرتكبة ضمن الأصول العقابية الحديثة، التي تفرضها مقتضيات العدالة ويستخدمها القضاء الإداري في بسط رقابته على السلطة التقديرية؛ حيث اعتمدها مجلس الدولة الفرنسي سنة 1978 في حكم ليبون وتعددت تطبيقات المجلس لهذا المبدأ[3].

ويشترط مجلس الدولة الفرنسي لاستخدام وسائل الضغط أن يكون الخطأ جسيماً حتى يتلاءم معه الجزاء. كما يشترط إعذار المتعاقد قبل توقيع الجزاء إلا إذا نص العقد على خلاف ذلك. وكذلك يراقب مجلس الدولة مدى ملاءمة الجزاء لجسامة المخالفة وذلك في حالة إذا ما احتفظ العقد للإدارة صراحة بحق توقيع جزاء الفسخ دون حاجة للالتجاء للقضاء[4].

([1]) نقلاً عن: أبو دان، 2001، ص11.

([2]) أبو يونس، 2000، ص1.

([3]) عبد اللطيف، 2002، ص332.

([4]) بوليفة، 2016، ص 286.

وتقوم فكرة التناسب أساساً على أن الإدارة ملزمة ببذل أقصى جهد لاتخاذ أفضل القرارات وأكثرها ملاءمة، وإن هذا الالتزام القانوني يخضع لرقابة القضاء في حالة الإخلال الواضح به وهو ما يعني التزام الإدارة بأن تدرس بعناية ظروف كل حالة على حدة للتوصل إلى أكثر القرارات ملاءمة وأن لا تقع في الخطأ الظاهر في التقدير[1] وأن تلتزم بالحد الأقصى للمعقولية عند ممارستها سلطتها التقديرية ومبدأ حسن الإدارة بحيث يتخذ قرار الجزاء حيال المتعاقد بيسر ومن دون إفراط وتشدد وبحسن نية[2] وأن تلتزم الإدارة بمقتضيات مبدأ المساواة بحيث تمارس الإدارة سلطتها التقديرية بطريقة موحدة لا تمايز فيها بين الحالات المماثلة مع الأخذ بعين الاعتبار التفاوت بين الحالات المختلفة وما يصاحبها من تنوع في الظروف والملابسات[3] .

2- أهمية التناسب: من المتفق عليه في الفقه والقضاء أن مبدأ التناسب من الضمانات المهمة في مجال الجزاءات الإدارية؛ إذ تلتزم الجهة الإدارية حال اختيارها للجزاء الإداري وتوقيعه بمراعاة مبدأ تناسب الجزاء مع الفعل المخالف، بوصف الجزاء رد فعل قانوني لما وقع من أفعال غير مشروعة مكونة لمخالفات قانونية[4]؛ فالتناسب يشير إلى الصلة الداخلية بين بعض مكونات القرار الجزائي وأركانه وعناصره وبالتحديد بين سببه ومحله وأحيانا غايته[5].

كما يعد من البنود التي تحد جهة الإدارة في ممارسة سلطتها العقابية. وهو ما يحقق مفهوم العدالة في القصاص من المخالف. بمعنى ألا يتخذ الأسلوب الجزائي سبيلا للانتقام أو النكاية من المخالف وإنما ينزل بقدر ما يتحقق منه الردع مقابل ما اقترفت يداه.

لذا فإن الغلو في الجزاء هو ما يخرج بالجزاء عن غايته من جهة ويمثل انتقاصاً من حقوق الأفراد من جهة ثانية.[6]

([1]) عثمان، 1994، ص 14.
([2]) جبر، 1991، ص73.
([3]) عثمان، 1994، ص 58.
([4]) فودة، 2008، ص207.
([5]) ساري، 2004، ص 23.
([6]) العنزي، 2010، ص 228.

فمن ناحية أن غاية الجزاء، كما سبق – تحقيق معنى الردع لا الانتقام. وإن قسوة الجزاء بما لا يتناسب مع جسامة المخالفة لا تعني غير تحول الجزاء إلى أداة للبطش والانتقام لا وسيلة للردع والقصاص وخروجها على ما يجب أن يتصف به من اعتدال[1] .

وهذا ما جاءت به المحكمة الإدارية العليا حيث نصت على: "... أن الإدارة ليس لها الحق في الشراء على الحساب كما ألزمتها التعويض عن غلوها في تطبيق جزاء إداري عما فاته من كسب وما لحقه من خسارة؛ حيث انتهت المحكمة إلى إلزام الجهة الإدارية بأن تؤدي له ثمن الأصناف التي تم توريدها والفوائد القانونية المستحقة عنه ومن ثم لا يكون هناك كسب قد فات على المورد، كما أن المتعاقد قام بتنفيذ التزاماته طبقا لما هو مقرر. ومن ثم يكون قرار الجهة الإدارية بحسب العملية وتنفيذها على حسابه غير قائم على سند من القانون"[2].

ومن ناحية أخرى فإن تجاوز الجزاء حد المعقول يمثل انتقاصاً من حق المخالف وتقييداً للحرية من دون مقتضى أو ضرورة مما يمثل إساءة لسلطة العقاب وهو ما تؤكده المحكمة الإدارية العليا في مصر بالقول إن قضاء هذه المحكمة قد استقر على إنه: "ولئن كان تقدير الجزاء متروكا إلى حد بعيد لتقدير من يملك توقيع العقاب إلا إن هذه السلطة تجد حدها في قيد عدم جواز إساءة استعمال السلطة التي يعبر عنها بالغلو في تقدير الجزاء والتناسب بين خطورة الذنب الإداري وما يتم توقيعه من جزاء على ضوء التحديد الدقيق لوصف المخالفة، فإذا شاب الجزاء غلو معين كان على سلطة الرقابة على ذلك الجزاء أن تلغيه"[3].

وقد قررت أيضاً في حكم آخر "أن جهة الإدارة ملزمة حين تستخدم حقها ألا تذهب إلى درجة تؤدي إلى قلب اقتصاديات العقد أو تغيير موضوعه وألا تتجاوز الحدود المعقولة والمناسبة لإمكانيات المقاول الفنية

([1]) أبو يونس، 2000، ص113.

([2]) حكم المحكمة الادارية العليا، الطعن رقم 1971، لسنة50 ق.ع، جلسة 2007/5/15.

([3]) حكم المحكمة الإدارية العليا: جلسة 2004/9/25، في الطعن رقم 4197/48، ق. عليا، مجموعة القوانين والمبادئ القانونية، 2006، ص94.

والمالية وإلا كانت ملزمة بتعويض الضرر الناجم عن استخدامها لتلك السلطة حتى لا يتحمله المقاول وتعيد بذلك التوازن المالي للعقد الإداري إلى الحالة التي كان عليها عند إبرامه"[1].

وتظهر أهمية التناسب في كونه يستهدف تحقيق هدفين أساسيين؛ الأول يتجلى في توفير حماية للمتعاقدين. والثاني يضمن احترام الإدارة لمبدأ المشروعية من خلال إلغاء التصرفات المخالفة للقانون أو التعويض عنه أو كليهما[2].

كذلك فإن خضوع الإدارة لمبدأ التناسب تبرز أهميته كعملية موازنة بين امتيازات الإدارة وما ينجم عنها من احتمال التعدي والتعسف أو الإساءة في استخدام سلطة توقيع الجزاءات وبين توفر الضمانات لحماية حقوق الأفراد وحرياتهم[3].

وقد أكد مجلس الدولة في فرنسا في كثير من أحكامه أهمية هذا المبدأ وطبقه في مجال الجزاءات المتخذة بحق المتعاقد المقصر في عقود التوريد وعقود الأشغال العامة، ومن تطبيقات ذلك حكم محكمة القضاء الإداري في فرنسا بأن ألغت جزءاً من الغرامة على المتعاقد بعد أن تبين لها أن الإدارة شاركت بسلوكها في تأخر المتعاقد في التنفيذ[4].

ويفرض التناسب على الإدارة مراعاة الاعتدال في الجزاء الذي توقعه على المتعاقد تحقيقاً للهدف الذي نظمه المشرع من الجزاء التعاقدي لضمان سير المرافق العامة بانتظام واطراد.

لذا فمن واجب الإدارة ألا تعاقب المتعاقد معها بأشد مما اقترف، وهذا ما قضت به المحكمة الإدارية العليا في مصر في حكمها الذي جاء فيه: "... إذا انطوى الجزاء على غلو بركوب الشطط في القسوة فإنما

([1]) حكم المحكمة الادارية العليا، الطعن رقم 3151، لسنة 46 ق.ع، جلسة.2004/12/14

([2]) الشرقاوي، 1981، ص155.

([3]) يستخدم التناسب بهذا المعنى كأداة لتحقيق هذا التوازن صوناً لوحدة النظام القانوني في سعيه للتوفيق بين حماية الحقوق والحريات ومراعاة اعتبارات المصلحة العامة. ومن مزايا مبدأ التناسب أنه يضمن علاقة منطقية أو عقلانية بين المصالح المتنوعة التي يحميها النظام القانوني، ذلك من خلال التوصل إلى حل يتسم بالمنطق والعقلانية والتوازن والتناسق والتجانس والانسجام وعدم التحكم. للمزيد يراجع: سرور، 2004، ص545.

([4]) C.E. 27 septembre 2001, A.J.D.A. n°33, p. 166.

يؤدي إلى إحجام عمال المرافق العامة ومتعاقديها عن دخول مجال خدماتها خشية التعرض لهذه القسوة الممقتة في الشدة..."[1].

ولقد عكست أهمية التناسب ومراعاة الامتيازات التي يقوم عليها مدى ما لها من مكانة قانونية أدت بالقضاء إلى رفعه إلى مرتبة المبادئ الدستورية التي لا يجوز للمشرع الخروج عليها أو مخالفتها؛ حيث يذهب أغلب الفقه إلى أن المحكمة الدستورية العليا قد أسبغت على التناسب قيمة دستورية، وجعلته ملزماً لكافة السلطات العامة في الدولة وعلى رأسها السلطة التشريعية[2] .

كما يلاحظ هذا الجانب من الفقه أن المحكمة قد وسعت من مجال تطبيق هذا المبدأ، بحيث لا يقتصر فقط على الجزاءات التأديبية ولكن ينطبق أيضاً على كافة الجزاءات بجميع أنواعها المدنية والجنائية والمالية، وفي ذلك تقول المحكمة الدستورية العليا: "جرى قضاء هذه المحكمة على أن شرعية الجزاء – جنائياً كان أم مدنياً أم تأديبياً . مناطها أن يكون متناسباً مع الأفعال التي أثمها المشرع، أو حظرها أو قيد مباشرتها. فالأصل في العقوبة هو معقوليتها، فكلما كان الجزاء الجنائي بغيضاً أو عاتياً أو كان متصلاً بأفعال لا يسوغ تجريمها، أو مجافياً بصورة ظاهرة للحدود التي يكون معها متناسباً مع خطورة الافعال التي أثمها المشرع، فإنه يفقد مبررات وجوده ويصبح تقييده للحرية الشخصية اعتسافاً"[3].

ومن ذلك أيضاً، ما قضت به في حكم لها جاء فيه "خضوع الدولة للقانون مؤداه ألا تخل تشريعاتها بالحقوق التي يعتبر التسليم بها في الدولة مفترضاً أولياً لقيام الدولة القانونية وضمانة أساسية لصون حقوق الإنسان وحرياته وكرامته وشخصيته المتكاملة ويندرج تحتها طائفة من الحقوق؛ تعتبر وثيقة الصلة بالحرية

([1]) حكم المحكمة الإدارية العليا، الطعنان (10826، 11968)، لسنة 48 قضائية عليا، الصادران بتاريخ 2004/3/20.

([2]) جمال الدين، 2005، ص352.

([3]) حكم المحكمة الدستورية العليا، الطعن رقم 114/ 21 ق. دستورية، جلسة2001/6/2، مجموعة أحكام المحكمة الدستورية، الجزء التاسع، ص986.

الشخصية التي كفلها الدستور في المادة 41 منه واعتبرها من الحقوق الطبيعية التي لا تمس ومن بينها: ألا تكون العقوبة التي تفرضها الدولة بتشريعاتها مهينة في ذاتها ممعنة في قسوتها...."[1].

ثانياَ- متطلبات التناسب: ولمراعاة التناسب على هذا النحو لا بد من الأخذ في الاعتبار بأمور عدة، أولها: خطورة المخالفة وهو ما يمكن قياسه بما إذا كانت المصالح التي اعتدى عليها المخالف جوهرية أم لا ومقدار الآثار المترتبة على مصلحة المخالف ونسبة جسامة الخطأ الذي وقع فيه[2] .

وعلى ذلك فإن احترام هذا المبدأ يتطلب مراعاة قياس درجة خطورة المخالفة بالنسبة لما تمثله من اعتداء على مصلحة محمية قانوناً وقياس مقدار كفاية الجزاء في مواجهة هذه المخالفة وهو ما يضمن ألا يتحول الجزاء من أداة عقاب على خلل إلى وسيلة بطش وتهديد بغير مسوغ لحقوق وحريات الأفراد[3] .

وبالتالي يعتمد تقدير التناسب في المجال العقدي على قدر ما يصيب الإخلال بتنفيذ العقد من تعطيل للمرفق العام أو إعاقة لانتظام سيره وهو ما أشارت إليه المحكمة الإدارية العليا "من أن تقدير الجزاء وإن كان متروكا لتقدير من يملك توقيعه إلى حد بعيد إلا أن هذا التقدير يجد حده عند ظهور عدم التناسب بين المخالفة وبين الجزاء الموقع عنها في سوء التحديد الدقيق لخطورة أو لوصف المخالفة واستظهار مدى جسامة العمل المادي المشكل لها.[4]

أما الأمر الآخر فهو الأخذ بالظروف والملابسات التي أحاطت بالمخالفة؛ ليدخل في اعتبار الجهة الإدارية عند تقدير جسامة الجزاء هذه الظروف، وهو ما ذهبت نحوه المحكمة الإدارية العليا في حكمها أنه "لا مراء في أن تقدير الجزاء يجب أن يراعي الظروف والملابسات المصاحبة للمخالفة أو المخالفات المنسوبة

([1]) حكم المحكمة الدستورية العليا، الطعن رقم 8/22 ق. دستورية، جلسة 1992/1/4، مجموعة أحكام المحكمة الدستورية، الجزء الخامس، المجلد الأول، ص 89.

([2]) مصطفى، 1994، ص 62 الشوا، 1966، ص187.

([3]) أبو يونس، 2000، ص 114.

([4]) حكم المحكمة الإدارية العليا، في الطعن رقم 11355 /47ق.عليا، جلسة2044/3/20، مجموعة المبادئ القانونية، 2005، ج1، ص 251.

للجهـة الطاعنـة وكـذلك الاعتبـارات الأخـرى كإصـلاح حـال المخـالفين وردعهـم عـن العـودة لمثـل هـذه المخالفات"[1].

وأثر هذه الظروف في تقدير التناسب الجزائي يجعل الجزاء العقدي متفاوتاً من متعاقد مخالف لآخر وما إذا كان المتعاقد عائداً في ارتكاب المخالفة أو معتاداً عليها أم إنها بالنسبة له المخالفة الأولى فتعد بالنسبة له وعلى حد ما قالت المحكمة الإدارية العليا: "مجرد سقطة لن تعود وكبوة لن تتكرر فيكون الجزاء مخففاً، أما غير ذلك فيكون جسيما ليواجه سلوكه الآثم المنحرف"[2].

والأمر الثالث يستوجب التناسب التعويل على قصد المخالف وما إذا كان قد انصرف إلى المخالفة أم أنها وقعت منه بإهمال وعدم تبصر، وهو ما تشير إليه المحكمة الإدارية العليا بالقول "إن تقدير الإدارة الجزاء يجد حده عند ظهور عدم التناسب بين المخالفة والجزاء في ضوء التحديد الدقيق لوصف المخالفة... واستظهار مدى جسامة العمل المادي لشكل المخالفة وارتباطه بالاعتبار المعنوي المصاحب لارتكابها بحيث لا تتساوى المخالفة القائمة على غفلة أو استهتار وتلك القائمة عن عمد والهادفة إلى غاية غير مشروعة باعتبار أن كل هذا يجب أن يدخل في تقدير من يقوم بتوقيع الجزاء"[3].

وأخيراً لا يعني عدم التناسب الإفراط في الشدة فقط إنما يشمل الإسراف في التساهل غير المبرر مع المخالف بحيث لا يردعه الجزاء الأمر الذي يغريه على معاودة المخالفة، فلا تتحقق به غايته مما يضر بمصلحة المرفق العام، وبالتالي فإن مبدأ التناسب يقتضي العمل بقاعدة لا إفراط ولا تفريط.

([1]) حكم المحكمة الإدارية العليا، في الطعن رقم 10826/48 ق.عليا، جلسة2004/3/2، مجموعة المبادئ القانونية، 2005، ج1، ص 250.

([2]) حكم المحكمة الإدارية العليا: جلسة 2004/2/14، الطعن رقم 3831/49، ق. عليا، مجموعة المبادئ القانونية، 2005، ج1، ص 246.

([3]) حكم المحكمة الإدارية العليا، جلسة 2004/3/20، الطعن رقم 1135/47، ق. عليا، مجموعة المبادئ القانونية، 2005، ج1، ص 251.

وهذا ما ذهبت إليه المحكمة الإدارية العليا بأن: "الإفراط في اللين أو الشفقة يؤدي إلى الاستهانة بأداء الموقع عليهم بالتزاماتهم طمعاً في هذه الشفقة المفرطة في اللين... إن الشدة في الجزاء واللين فيه لا يؤمن سير المرفق العام"[1].

وهكذا قد ثبت لنا من خلال هذا الفصل أن للإدارة في نطاق العقود الإدارية امتيازات عدة في مواجهة المتعاقد معها، بيد أن ممارسة تلك الامتيازات محاطة بمجموعة من الضوابط والقيود التي من شأنها الحد من تعسف الإدارة في استخدام السلطة. وإذا كان مناط تلك الامتيازات وأساسها يكمن في تحقيق المصلحة العامة وتحقيق مبدأ سير المرفق العام بانتظام واضطراد، فإن الضوابط والقيود الواردة على سلطة الإدارة تجد مسوغاتها في قواعد القانون الطبيعي ومبادئ العدالة، وهو أمر مستقر فقهاً وقضاءً.

وعلى الرغم أن ما أوردناه في هذا الفصل التمهيدي إنما يأتي في نطاق القواعد العامة التي تطبق على جميع قرارات الإدارة المتصلة بالعقد الإداري ؛ إلا أنه كان من الضرورة بمكان التمهيد بذلك للبدء بالتعرض إلى جوهر موضوع أطروحتنا هذه الذي يدور حول محور جزاء الحرمان من التعاقد مع الإدارة.

وبالنظر إلى خطورة هذا الجزاء، فكان لابد من مقاربته من زاويتين، الأولى: شرح الجوانب القانونية النظرية لجزاء الحرمان من التعاقد مع الإدارة (موضوع الباب الأول)، والثانية عرض الجوانب القانونية التطبيقية لجزاء الحرمان من التعاقد (موضوع الباب الثاني).

([1]) حكم المحكمة الإدارية العليا، في الطعن رقم 11968/48، ق.عليا، جلسة2004/3/20، مجموعة المبادئ القانونية، 2005، ج1، ص248.

الباب الأول

الجوانب القانونية النظرية لجزاء الحرمان من التعاقد مع الإدارة

يدخل جزاء الحرمان في نطاق سلطة الإدارة التقديرية، حيث تباشر الإدارة سلطتها عن طريق إعمال امتيازها بحق التنفيذ المباشر، الذي يخولها إصدار قرارات إدارية فردية منفصلة عن العقد فهي تتمكن من إصدار قرارات فردية بحرمان واستبعاد أي شخص بإرادتها المنفردة، لأن الحرمان و الشطب من السجل، يعد من مظاهر السلطة العامة التي تتمتع بها الإدارة في مجال العقود الإدارية والذي يخولها سلطات استثنائية مما لا يجده المتعاقد في عقود القانون الخاص[1]، إلا أن هذه السلطة الممنوحة للإدارة ليست تحكميّة وإنما قرار الحرمان، والشطب قرار إداري منفصل عن العقد يمكن الطعن به أمام قضاء الإلغاء، بمعنى أن سلطة الإدارة تخضع لمبدأ المشروعية وعلى الإدارة احترام القواعد القانونية وعدم التعسف في استخدام حقها.

وكما هو ملاحظ من خلال تحليل أحكام القضاء الإداري المصري أن الإدارة قد تحرم المتعاقد وقد تستبعد بعض المتعهدين من المشاركة في المناقصات وطلبات العروض التي تعلن عنها، وعليه فإن كلا الجزائين يختلفان من حيث الأثر ومن حيث الإجراءات، ومن أهم مظاهر الاختلاف بينهما نورد الفوارق الآتية:[2]

1- الحرمان إجراء شخصي ينصب على شخص معين بالذات طبيعياً كان أم معنوياً، أما الاستبعاد فيعد إجراء موضوعي يرد على عطاء معين في مناقصة معينة.

2- يهدف الحرمان إلى منع الشخص من التقدم إلى المناقصات التي تجريها الإدارة، أما الاستبعاد فيهدف إلى إبعاد عطاء معين قدم في مناقصة ما وحرمانه من السير في إجراءات المناقصة حتى منتهاها.

([1]) الحلو، 1998، ص533.

([2]) عياد، 1973، ص151-152. جبير، 2006، ص 272.

3- الحرمان إجراء عام يطبق على عدد غير محدود من المناقصات طيلة مدة سريانه المحددة في القرار الصادر بإعماله.

أما الاستبعاد فهو إجراء فردي يصدر في كل حالة على حده، وبمناسبة مناقصة واحدة معينة بالذات، ويكون محلها استبعاد أحد العطاءات المقدمة لمخالفته الشروط المقررة كإجراء وقائي.

وبالنظر إلى خطورة جزاء الحرمان من التعاقد، فإنه لمن المقتضى أن تتم دراسة الجوانب القانونية النظرية لجزاء الحرمان بشيء من التفصيل، الأمر الذي يتطلب تقسيم هذا الباب إلى فصلين اثنين على النحو الآتي:

الفصل الأول: ماهية جزاء الحرمان من التعاقد مع الإدارة.

الفصل الثاني: حالات الحرمان من التعاقد مع الإدارة.

الفصل الأول

ماهية جزاء الحرمان من التعاقد مع الإدارة

إن التعرف على ماهية الحرمان من التعاقد مع الإدارة يتطلب تحديد مفهوم الحرمان، كما يتطلب الأمر أيضاً تحديد الطبيعة الذاتية لمؤسسة الحرمان من التعاقد، وهنا يتساءل المرء عن مدى مشروعية هذا القرار وعن أصوله وعن مسوغاته النظرية والقانونية.

إذ أن هكذا إجراء يذهب في آثاره إلى أبعد من كونه مجرد جزاء إداري تفرضه الإدارة المتعاقدة، بحسبان أنه يطال المتعاقد المحروم في مركزه الاقتصادي كما يطاله أيضاً في ممارسة واحدة من أهم الحريات الشخصية التي تمنحها الدساتير للأفراد، ألا وهي حرية اختيار النشاط الاقتصادي والتجاري التي تنظمها التشريعات النافذة في الدولة.

ومن زاوية الدولة فإن الحرمان يؤدي إلى إقصاء أحد المتنافسين والفاعليين الاقتصاديين من المشاركة في المناقصات التي تعلن عنها الإدارة، الأمر الذي ينجم عنه انخفاض نسبة المنافسة، وقد يصل الأمر إلى ندرة العروض أو انعدامها، الأمر الذي يدفع الإدارة إلى إصدار قرار فشل المناقصة، أو اللجوء إلى طريقة العقد بالتراضي، وهي مسائل لا يمكن التنكر إلى آثارها المالية والاقتصادية والاجتماعية، إذ إن هذا يقود إلى التأخير في تقديم الخدمات العامة والنيل من ثقة المواطنين بمؤسسات الدولة، وفي المقابل فإنه من حق الدولة ممثلةً بإداراتها على اختلاف مستوياتها أن تختار المتعاقدين الكفوئين مالياً وأخلاقياً لأنهم من حيث النتيجة يقوموا بتنفيذ مشروعاتٍ عامة سيستفيد منها جميع أفراد المجتمع، لذا من المنطقي والحال كذلك أن تمتلك الدولة امتياز الحرمان أو الاستبعاد.

ومن هنا نستنتج أن تطبيق مبدأ حرية المنافسة العامة لا يؤخذ على إطلاقه، فثمة قيود قد ينص عليها القانون أو تضعها الإدارة بما لها من سلطة تقديرية، تؤدي إلى حرمان بعض الأفراد أو الشركات من دخول

المناقصات العامة دون أن يعد ذلك إخلالا بمبدأ حرية المنافسة الواجب توافره في إجراءات المناقصة[1]، وعليه فإن المنهجية العلمية اقتضت تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين على النحو الآتي:

المبحث الأول: مفهوم الحرمان من التعاقد مع الإدارة.

المبحث الثاني: تحديد ذاتية الحرمان من التعاقد مع الإدارة.

المبحث الأول

مفهوم الحرمان من التعاقد مع الإدارة

يعد الحرمان من أهم مظاهر السلطة العامة التي تتمتع الإدارة بها في مرحلة تكوين العقد، إذ يخول الإدارة سلطات استثنائية تتعارض مع المبادئ الأساسية في القانون الخاص، ولا تتيسر مباشرتها إلا لها وحدها.[2]

وقرار الإدارة بالحرمان قد يكون مؤقتاً أو غير محدد المدة، وقد يشمل جميع مناقصات الإدارة أو يتعلق ببعضها فقط، ففي كل الأحوال يترتب عليه عدم قبول عطاءات الشخص المحروم حتى ولو كانت مستوفيةً للشروط[3]. ومن خلال ذلك سوف نتناول موضوع هذا المبحث من خلال مطلبين نعرض في الأول تعريف الحرمان من التعاقد مع الإدارة وأسبابه، و نخصص المطلب الثاني لدراسة دوافع وشروط الحرمان من التعاقد مع الإدارة.

([1]) نصار، 2005، ص141

([2]) نصار، 1998، ص16.

([3]) عياد، 1973، ص150.

المطلب الأول

تعريف الحرمان من التعاقد مع الإدارة وأسبابه

يعد الحرمان من التعاقد إجراء يتيح للإدارة منع الشخص من الدخول في تعاقدات معها، وقد يكون هذا الحرمان جزائياً، كجزاء للمتعاقد بسبب إخلاله بالتزام سابق، أو وقائيا بهدف تهيئة الجو المناسب للمنافسة' ومن خلال ذلك سوف نبحث من خلال فرعين لكلٍ من تعريف الحرمان من التعاقد وأسبابه.

الفرع الاول: تعريف الحرمان من التعاقد مع الادارة:

الحرمان في اللغة يعني المنع، ومنه الحرام والمحرم أي الممنوع، والمحروم هو الممنوع من الخير، ومنه قولهم هذا حمى محرم أي ممنوع الاقتراب منه[1].

والحرمان في اللغة: له معان أخرى كالأمر المقضي والحزم والموت وهو ضد الباطل، وهذه المعاني وغيرها تدور كلها حول الثبوت والوجوب[2].

أما الحرمان في الأصول القانونية فهو: "اختصاص يقره القانون ويحميه الشخص يخوله فيه دون سائر الناس الاستئثار والتسلط على شيء أو اقتضاء أداء معين من شخص آخر"[3]، وفي معجم المصطلحات القانونية جاء تعريف الحق بأنه "رابطة قانونية يخول القانون شخصا من الأشخاص التسلط على شيء أو اقتضاء أداء معين من شخص آخر وذلك على سبيل الانفراد والاستئثار بهذا الشيء[4]". وعند المقارنة السريعة بين الفقه والقانون نجد أنهما ركزا في الحق على أوصاف مهمة منها:

- أن الحق اختصاص وليس ملكا.
- أن الحق له ثمرة متمثلة في إعطاء صاحبه سلطة أو واجباً على محل الحق.
- أن الحق لابد فيه من مصدر يقره وهو النص سواء في الفقه أو القانون.

([1]) آبادي، 2005، ص1092، ابن منظور، 1968، ص 119.

([2]) آبادي، 2005، ص 874، الجرجاني، 1982، ص89.

([3]) الداودي، 2004، ص 231.

([4]) جرجس، 1999، ص140.

أما عقوبة الحرمان: فلها مدلول عام وآخر خاص.

وعقوبة الحرمان بالمعنى العام يدخل فيها سائر العقوبات فهي من قريب أو من بعيد ما هي إلا صور من صور الحرمان من الحق، فعقوبة القتل حرمان من حق الحياة، وعقوبة القطع حرمان من حق المنفعة بالعضو المقطوع، وعقوبة النفي والتغريب حرمان من حق الإقامة في البلد، وعقوبة السجن والحبس هي حرمان من حق التصرف والتنقل، والغرامة والمصادرة هي كذلك حرمان من حق الانتفاع بالمال، ونحوها.

وعلى هذا المفهوم تم تعريف عقوبة الحرمان من الحق على أنها: "المنع من الحق المقرر شرعاً جزاءً لمن يرتكب ما نهى عنه الشارع أو ترك ما أمر به".

وبالمعنى الضيق يقصد بالحرمان من التعاقد بأنه إجراء ينصب على شخص مقاول أو مورد معين– طبيعياً كان أم معنوياً – تصدره الإدارة تمنع بموجبه ذلك الشخص من التقدم إلى المناقصات العامة مدة محددة أو غير محددة ويترتب على إصدار قرار الحرمان استبعاد العطاءات التي يتقدم بها الشخص المحروم من المناقصات[1]، ونستنتج من هذا التعريف أن الحرمان يقوم على عدة عناصر هي:

- بأنه إجراء شخصي ينصب على شخص معين طبيعي أو معنوي، وفي الوقت ذاته إجراء عام يسري على كافة المناقصات سواء تعلق بجهة معينة أوقد ينصرف إلى كل الجهات، وقد يكون لمدة معينة أو بدون تحديد مدة، كما قد يكون في حدود مالية معينة أو بغير حدود[2] .
- إنه إجراء تتخذه الإدارة بقرار إداري يستبعد بمقتضاه أحد المقاولين أو المتعهدين أو الشركات من التقدم للمناقصات لاعتبارات معينة تقوم على أساس المصلحة العامة لمدة محددة أو غير محددة كجزاء للتنفيذ المعيب لالتزام سابق أو بشكل وقائي حفاظاً على المصلحة العامة عندما ينبغي تهيئة جو صالح للمناقصة[3] .

([1]) الفياض، 1981، ص67.

([2]) الحلفاوي، 2002، ص147، وما بعدها.

([3]) العبودي، 2009، ص62.

وإذا كان هذا هو معنى الحرمان بمدلولاته اللغوية والاصطلاحية، فلابد من التعرف على أسباب لجوء الإدارة إلى استخدام جزاء الحرمان من التعاقد، وهذا ما سيتم توضيحه في الفرع التالي.

الفرع الثاني: أسباب الحرمان من التعاقد مع الادارة:

إن توقيع جزاء الحرمان من التعاقد يأتي نتيجة إخلال المتعاقد بالتزاماته التعاقدية في التنفيذ أو لسوء نيته. بيد أن هذا الإخلال لا يؤخذ على إطلاقه، بل هناك حالات من الإخلال لا ترتقي إلى أن تكون سبباً للحرمان، بمعنى إن الإخلال الذي يبرر الشطب أو حظر التعامل مع الإدارة، لا بد وأن يكون جسيماً، ولا تقتصر الجسامة في هذا السياق على خلل واقع في تنفيذ هذه الالتزامات، وإنما لا بد ان تنم عن افتقار المتعاقد للسلوك الأخلاقي الذي يتطلبه شرف التعامل وحسن النية في تنفيذ العقود الإدارية، وهذا يعني أن مجرد الخلل في تنفيذ الالتزام العقدي أو مجرد مخالفة المواصفات في الأصناف الموردة، لا يعد بذاته غشاً، يدعو إلى الشطب، وإنما لا بد من ثبوت علم المتعاقد به، واتجاه قصده إليه وعلى ذلك فأن مجرد مخالفة المواصفات المتفق عليها لا يشكل غشاً وتلاعباً يدعو إلى شطب اسم المتعهد من قائمة المتعاملين مع الإدارة، إذ يلزم حتى ترقى مخالفة المواصفات إلى رتبة الفسق أن يثبت علم المتعهد بهذه المخالفة بما ينطوي عليه هذا العلم من الخداع من جانب المدعي في حقيقة الشيء المسلم من حيث نوعه أو وظيفته، أو صفاته الجوهرية التي جرى التعاقد عليها.

ففي هذه الحالة يتوافر سوء القصد الدال على استعمال الغش المبرر للشطب، ففي حكم للمحكمة الإدارية العليا في مصر قضت فيه إن مجرد مخالفة المواصفات في الكمية القليلة التي قام المدعي بتسليمها إلى العمال في عمله وفي الظروف التي تم فيها التسليم لا يعد تلاعباً، ذلك أن التلاعب الذي يجاوز الإهمال ولا يرقى إلى وصفه بالغش، والذي يتعذر حصر مختلف أساليبه وفي صوره، يفترض إتيان المتعهد أعمالا تنم عن عدم التزام المتعهد الجاد في تنفيذ التزاماته ومحاولة إيجاد الثغرات للتحلل منها ابتغاء الحصول على منفعة

غير مشروعة على حساب المصلحة العامة التي يستهدفها العقد الإداري[1] كالتزام عام يفرض عليه، بدون حاجة إلى نص في العقد يقرره، لأنه يؤسس على القواعد العامة في تنفيذ العقود إدارية، أو غير إدارية [2].

فهناك من الخلل ما يمكن للإدارة أن تواجهه بجزاء أدنى في فداحته من الشطب؛ كالغرامة مثلا، أو التنفيذ على الحساب، أو الفسخ سواء أكان بسيطا أم مقترنا بمسؤولية المتعاقد، وتعود بعده للتعامل مع المتعاقد ذاته، فيم تجريه من مناقصات ومزايدات أخرى، ولكن الخلل الموجب للشطب، يتجاوز ذلك بأمرين:

الأول: إما أن الخلل في التنفيذ كشف عن ضعف القدرة الفنية والمالية للمتعاقد على نحو لا تطمئن الإدارة للتعامل معه مستقبلاً.

والأخر: إما أنه عكس فيه عدم صلاحيته الأخلاقية للتعامل، وهو ما يحدث حال تكرار الخلل مرة أخرى، رغم سبق فسخ عقده، وإما لاعتماده في تنفيذ التزاماته على الغش والتلاعب.

فهذا العيب يدلل على وضاعة في الخلق، وسوء في السلوك، يفقد المتعاقد شروط التعامل معه. وهو ما يفقده الاعتبارات الشخصية التي كانت أساساً لتعامل الإدارة معه [3] ....فالعيوب الفنية والمالية التي تلحق بالمتعاقد. يمكن معالجتها، بل إنها لا تقف حائلاً دون التعامل معه مستقبلاً؛ إذ يمكن تجاوزها، بأن يطور من آليات عمله أو يغير من نمط تنفيذ التزاماته، كما يمكن أن يبدل الله حاله من بعد عسرٍ يسرا. ولكن يصعب أن يعالج الخلق السيئ، والسمعة غير المحمودة، ولذلك فإنها تمثل إخلالا أشد جسامةً يبرر الشطب من جدول أو قائمة المتعاملين مع الإدارة، ولعل هذا ما دفع مجلس الدولة المصري إلى تغليظ الجزاء حال يكون إخلال المتعاقد قد تمثل في استعماله الغش أو التلاعب[4].

وحتى يتحقق في الخلل هذا الوصف، ويرقى سببا للشطب، يعكس نية آثمة، ومقصداً سيئا، لا بد أن تقوم عليه دلائل قاطعة. بمعنى أنه لا تكفي لقيامه مجرد مزاعم الإدارة بأن الكميات مثلا التي يوردها المتعاقد

([1]) حكم المحكمة الإدارية العليا: جلسة 1967/6/17، في الطعن رقم 9/929 ق. عليا، مجموعة المكتب الفني في العقود الإدارية، ص: 641.

([2]) حكم محكمة التمييز: جلسة 1997/3/31، في الطعن رقم 96/269 تجاري، مجموعة المبادئ القانونية في العقود الإدارية: ص: 226.

([3]) حكم المحكمة الإدارية العليا: جلسة 1997/11/25، في الطعن رقم 36/3596 ق. عليا. أبو العينين، 2004، ص 831.

([4]) حكم المحكمة الإدارية العليا: جلسة 1996/5/28، في الطعنين رقم 2666، 29/2745 ق. عليا. أبو العينين، 2004، ص 830.

مخالفة للمواصفات، أو أنها بقدر أقل من المتفق عليه، أو تستند إلى قول مرسل، أو أنه قدم أوراقاً تخالف حقيقة مركزه المالي، أو مستندات مزورة للتدليل على صلاحيته للتعامل مع الإدارة فنياً وخلقياً، ولذا قضي بأن: مجرد مخالفة المواصفات المتفق عليها لا يعتبر غشاً أو تلاعباً يدعو إلى شطب اسم المتعهد من قائمة المتعاملين مع الإدارة، إذ يلزم حتى ترقى مخالفة المواصفات إلى مرتبة الغش أن يترتب علم المتعهد بهذه المخالفة بما ينطوي عليه هذا العلم من جانب المدعي في حقيقة الشيء المسلم، من حيث نوعه، أو طبيعته أو صفاته الجوهرية التي جرى التعاقد عليها، ففي هذه الحالة يتوافر دليل قوي على استعمال الغش المبرر للشطب.

كذلك فإن مجرد مخالفة المواصفات الدالة على الكمية القليلة التي قام المدعي بتسليمها.. في الظروف التي تم فيها هذا التسليم لا يعد تلاعبا؛ ذلك أن التلاعب الذي يجاوز الإهمال ويرقى إلى مرتبة الغش، يفترض إتيان المتعهد أعمالا تنم عن عدم التزام المتعهد الجدية في تنفيذ التزاماته ومحاولته إيجاد الثغرات، للتحلل منها، وسعيه للحصول على منفعة غير مشروعة على حساب المصلحة العامة التي يستهدفها العقد الإداري[1].

وتأكيداً على تطلب عنصر القصد لدى المتعاقد لقيام الغش الموجب للشطب أو المنع في جانبه، قالت المحكمة الإدارية العليا المصرية: إن مخالفة المواصفات لا يعتبر غشاً ما لم يثبت أن المورد كان على علم بهذه المخالفة، وأي من هذه الأفعال ما يخفي هذه المخالفة عن الإدارة أو يجعل من المتعذر عليها اكتشافها؛ ولذا فإنه متى ثبت أن المورد الذي يشتري الجبن من آخرين أو يتفق معهم على ذلك لا دليل على علمه بمخالفة الجبن للمواصفات أو اتفق على توريد جبن مخالف للعقد. فلا يفترض فيه هذا العلم إلا إذا كان هو صانع الجبن الذي يورده[2] .

([1]) حكم المحكمة الإدارية العليا: جلسة 1967/6/17، في الطعن رقم 9/929، ق. عليا، مجموعة السنة الثانية عشر، ص131.

([2]) حكم المحكمة الإدارية العليا: جلسة 1985/4/9، في الطعن رقم 22/436، ق. عليا، مجموعة السنة الرابعة والثلاثين، العدد الثاني، ص925.

كما ذهبت المحكمة ذاتها إلى أن ثبوت إهمال المتعاقد في التنفيذ كافيا للشطب، من ذلك أنها رأت أن اعتياد المتعهد مخالفة الآجال المحددة للبيع وعدم التزامه النشر في المواعيد المحددة له، يعد صورة من صور التلاعب في تنفيذ التزاماته، يحق معها للإدارة شطب اسمه من سجلات متعهدي الحكومة[1] .

غير أنها أكدت من جهة أخرى أنه إذا كانت ظروف الحال تنفي علم المتعاقد بما تنطوي عليه الأصناف التي يوردها من غش أو تلاعب، فإنه لا يسوغ وصمه بالغش، بزعم أن هذا العلم يكون مفترضا في جانبه؛ ذلك أن ظروف الحال تدحض هذه الطريقة؛ لا سيما إن كان هناك من الأحكام الجنائية ما ينفي ما نسب إلى المتعاقد من غش؛ كما أن هذا النفي يستفاد أيضاً مما يرد في الأوراق متعلقا بمدى حسن نية المتعاقد في تنفيذ التزاماته، وحجم التعاقد في ذاته، وتعدد التزاماته الواردة به[2] .

وتطبيقا لذلك، يعد من الأسباب المبررة لقرار الشطب من التعامل مع الإدارة في نظام العقود الإدارية الفرنسي ما يلي:

1 - عدم تقديم الأشخاص الطبيعية أو الاعتبارية لإقراراتهم الضريبية حتى12/31/ من السنة التالية للسنة التي جرى فيها الإعلان عن المناقصة أو المزايدة.

2 - تخلف الأشخاص الطبيعية أو الاعتبارية عن سداد الالتزامات التي تقع على عاتقهم في قوانين التأمين الاجتماعي.

3 - اعتبار الشطب أو المنع عقوبة تبعية في عدة حالات: الحكم بعقوبة جنائية في إحدى المخالفات المنصوص عليها في قانون الضريبة العامة، المشروع الذي نفذه باسمه شخص محظور عليه دخول المناقصات العامة[3] .

ومن ناحية أخرى، حدد قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة المصري سبباً للشطب: فيما نص عليه من أنه يفسخ العقد تلقائياً، ويشطب اسم المتعاقد إذا ثبت أنه استعمل بنفسه أو بواسطة غيره الغش

([1]) حكم المحكمة الإدارية العليا: جلسة 1961/4/22، في الطعن رقم 5/1127، ق. عليا. صادق، 1991، ص231.

([2]) حكم المحكمة الإدارية العليا: جلسة 1971/1/16، في الطعن رقم 13/943، ق. عليا. صادق، 1991، ص 233.

([3]) DE laubadére (A): P. 17.

أو التلاعب في تعامله مع الجهة المتعاقدة أو في حصوله على العقد وإذا تبين وجود تواطؤ أو احتيال أو فساد أو احتكار وكذلك حالة إذا أفلس المتعاقد أو أعسر[1].

وبجميع الأحوال، يجب أن يصدر قرار الشطب متضمناً الوقائع التي استندت عليها الإدارة لإصداره، سواء من الناحية الواقعية أو القانونية، على اعتبار أن عدم ذكرها لهذه الوقائع يعني صدور قرار الشطب مفتقداً لركن السبب، مما يترتب عليه قيام ركن الخطأ في جانب الإدارة وتوافر مسؤوليتها[2] .

أما في سورية فقد نصت المادة 58 من نظام العقود الموحد رقم 51 لعام 2004 على سببين اثنين لحرمان المتعهد من التعاقد معها وهما سوء النية وعدم الكفاءة فإذا صدر القرار بحرمان المتعهد من التعاقد ولم يكن معللاً، أو ذكر فيه سبب مخالف للسببين المذكورين فيستطيع المتعهد مخاصمة القرار والمطالبة بإلغائه.[3]

ولكي يصدر قرار الشطب مكتمل الأركان لابد أن تتوافر فيه جملة من الشروط أبرزها:

– **نشر قرار المنع**، حيث نص قانون التعاقدات المصري لعام 2018 لابد أن تمسك كل جهة من الجهات التي تسري عليها أحكام هذا القانون – أي الجهات الإدارية– سجلاً لقيد أسماء الممنوعين من التعامل مع أي من هذه الجهات. على أن تقوم الهيئة العامة للخدمات الحكومية بنشر قرارات المنع أو الشطب.

وعلى هذا النحو، ينظم القانون عملية نشر قرار الشطب بأمرين: أنه يتم في النشرات المصلحية بما يعني عدم لزوم أن يتم بالصحف أو غيرها من وسائل الإعلام الأخرى. والآخر أن النشر كالتزام لا يقع على عاتق الجهة الإدارية المتعاقدة التي تصدر قرار الشطب، وإنما على عاتق الهيئة العامة للخدمات الحكومية، وهو ما يؤكده القانون نفسه بأن تتولى الهيئة نشر هذه القرارات بطريق النشرات المصلحية. ويبرر البعض سبب إسناد هذه المهمة لهذه الهيئة بالقول: بأن لذلك أصلا تاريخيا يتمثل في اختصاص هذه الهيئة، وفقا لقانون

([1]) نصار، 1996، ص16.

([2]) حكم المحكمة الإدارية العليا: جلسة 1986/4/19/ في الطعنين رقم 2516،30/2115/ق عليا. صادق، 1991، ص233.

([3]) المادة 58 من نظام العقود رقم 51 لعام 2004 في سورية.

إنشائها، بمسألة تنظيم عمليات الشراء للجهاز الإداري للدولة ووحدات الإدارة المحلية والهيئات العامة. ومن ثم فهي أقرب لمعرفة هؤلاء الممنوعين من التعامل مع هذه الجهات من غيرها[1] .

غير أنه لابد من مراعاة أن اختصاص هذه الهيئة قاصر على نشر قرار المنع، وقيد ذلك في السجل المعد لهذا الغرض، أي إن عملها لا يعدو أن يكون عملاً مادياً. بمعنى أنه لا سلطة لها في تقدير منع التعامل أو الشطب وعدمه؛ إذ ليس من واجباتها بحث طلبات الجهات الإدارية في شأن طلب منع أحد طالبي التعاقد من التعامل من عدمه.

فاختصاصها ينحصر في تنظيم مسألة إمساك سجلات الممنوعين من التعامل مع أية جهة إدارية، سواء أكان المنع بنص القانون أو بموجب قرار إداري تطبيقاً لأحكامه، وإعلان ما انتهت إليه إحدى الجهات الإدارية بالمنع من التعامل، وذلك بطريق النشر، وهو ما يترتب عليه أثر هام، معناه إنها لا تعتبر خصماً أصيلاً في الدعاوى أو الطعون التي تقام ضد قرار الشطب، والتي يتعين توجيهها إلى الجهات التي أصدرت هذا القرار فحسب[2] .

([1]) عبد اللطيف، 2002، ص 75.

([2]) حكم المحكمة الإدارية العليا: جلسة 1966/1/29/ في الطعن رقم 18/1071 ق. عليا مجموعة السنة التاسعة عشرة ص:351.

المطلب الثاني

دوافع وشروط الإدارة في إصدار قرار الحرمان من التعاقد معها

إذا كان الأصل في المنافسة أن تكون حرة ولاسيما في نطاق المناقصة العامة، إلا أن هناك سلطة مهمة تمارسها الإدارة وهي سلطة حرمان بعض الأشخاص الطبيعية أو المعنوية من المشاركة والدخول في المنافسة، لأسباب تعود إلى إخلالهم بالتزامات سابقة أو لسوابق غش وتلاعب ارتكبوها في مواجهة الإدارة، أو لأسباب تتعلق بالمصلحة العامة وتهيئة الجو المناسب للمنافسة[1]. بذلك فإن موضوع الحرمان من التعاقد تحكمه مجموعة من الأسباب القانونية، وإلا انقلب إلى اعتداء مادي على حقوق الأفراد وحرياتهم، وخاصة حريتهم في اختيار النشاط الاقتصادي، ونعرض فيما يأتي دوافع الإدارة التي تقودها إلى إصدار قرار الحرمان.

الفرع الأول: دوافع قرار الحرمان:

الحرمان هو إجراء تتخذه الإدارة بقرار إداري تمنع بمقتضاه أحد المقاولين أو المتعهدين أو الشركات من التقدم للمشاركة في المناقصات أو المزايدات العلنية التي تطرحها الإدارة مصدرة القرار أو المصالح الحكومية الأخرى، لاعتبارات معينة تقوم على أساس العمل والمصلحة العامة، سواء لنوع محدد من التعهدات أو لمختلف الأنواع المتخصص فيها ذلك المتعهد أو المقاول، ومما يترتب عليه في نهاية الأمر عدم قبول العطاء الذي يتقدم به ذلك الشخص حتى ولو كان هو العطاء الأفضل شروطا والأقل سعراً [2]، وذلك كجزاء للتنفيذ المعيب لالتزام سابق أو كإجراء وقائي للمصلحة العامة، عندما تبتغي جهة الإدارة ضمان تهيئة جو صالح للمناقصة أو المزايدة، شريطة أن تسبب الإدارة قرارها بالحرمان ويخضع ذلك لرقابة القضاء حسب ظروف كل قضية ووقائعها، فقد يكون الحرمان جزائيا ويكون لأسباب متعددة منها على سبيل المثال، حرمان مقدم العطاء لمخالفته أنظمة الضرائب والجمارك، أو كونه مدرج في القائمة السوداء، أو حكم عليه بجناية أو جنحة مخلة بالشرف، أو حرمانه من المشاركة كونه مدرج في المناقصات أو المزايدات كعقوبة تبعية، وقد يكون

([1]) نوح، 2005، ص377. غانم، 2007، ص93.

([2]) عياد، 1973، ص151.

الحرمان وقائيا كونه غير جدير بالمناقصة نتيجة التحري عن إمكانياته وقدراته الفنية والمالية أو لأسباب تتعلق بالمصلحة العامة[1] .

ولا تعارض بين مبدأ حرية المنافسة وقيام الإدارة بحرمان أحد الأفراد من الدخول فيها، حتى لو توافر في عطائه شروط المناقصة أو الممارسة العامة إذا كان لهذا الحرمان سنده من القانون أو الواقع. [2]

وترتيباً على ذلك فالحرمان هو إجراء يتيح للإدارة منع الشخص المحروم من الدخول في تعاقدات معها، والحرمان بهذه المنزلة نوعان: حرمان جزائي ويعد بمثابة جزاء أو عقوبة توقع على المورد أو المقاول الذي أخل بالتزاماته التعاقدية أو القانونية في تعاقدات سابقة، وحرمان وقائي يبتغي حماية المصلحة العامة، ولا يحمل معنى الجزاء أو العقوبة[3]. وانطلاقاً من حقيقة تنظيم المشرع السوري لنوعي الحرمان، فإنه من الضرورة بمكان أن يصار إلى عرض الأحكام القانونية التي أوردها المشرع السوري فيما يختص بالتنظيم التشريعي واللائحي لقرار الحرمان، بغية رصد نقاط التشابه والاختلاف مع ما فعله المشرع المصري بهذا الخصوص.

الفرع الثاني: دوافع قرار الحرمان في القانون السوري

يعد الحرمان من التعاقد من حيث طبيعته القانونية قراراً إدارياً، لذا من الطبيعي أن يخضع إلى أحكام النظرية العامة للقرار الإداري، لجهة ضرورة احترام قواعد الاختصاص وقواعد الشكل والإجراءات والمحل والسبب والغاية.

فالقانون حدد أشخاصاً معينين يحقُّ لهم إصدار القرارات، ولا يعتبر صحيحاً إذا صدر عن غيرهم. فإذا كان الهدف من قرار الحرمان من التعاقد مع الجهة العامة يكمن في حماية المصلحة العامة التي تسعى الإدارة دوماً إلى تحقيقها، إلا أنه يجب أن يصدر القرار عن السلطة المختصة التي حددها المشرع حيث يجب أن يصدر القرار من الوزير التي تتبع له الجهة العامة التي تم إبرام العقد معها، ولا يجوز لمدير الشركة العامة أو

([1]) العبودي، 2009، ص62.

([2]) خليفة، 2004، ص154.

([3]) عياد، 1973، ص152.

المؤسسة العامة أو الهيئة العامة المتعاقدة إصدار مثل هذا القرار وهذا الحرمان ينحصر أثره على العقود التي تعلن عنها الجهة العامة التي كان المتعاقد المحروم ينفذ علاقة عقدية معها. وأما إذا كان الحرمان عاما بحيث يمنع المتعاقد من التعامل مع الجهات العامة جميعها، عندئذ يجب أن يصدر القرار من رئيس مجلس الوزراء بناءً على اقتراح يرفع إليه من الوزير المختص، وإذا صدر القرار عن غير هاتين الجهتين فإنه يكون معيباً بعيب الاختصاص.[1]

وقد أوجب القانون أن يكون الحرمان من التعاقد مؤقتاً ولمدة محددة، حدُّها الأقصى خمس سنوات، ولا يجوز الحرمان من التعاقد لمدة تزيد عن الخمس سنوات، أو بشكلٍ دائم، أو أن يصدر القرار بدون تحديد مدةٍ معينة، وإلا فإن القرار يكون معيباً بعيب مخالفة القانون.[2]

أما بالنسبة لسبب القرار، فقد أوجب القانون أن يكون القرار الصادر بحرمان المتعهد من التعاقد مع الإدارة معللاً، بحيث يذكر فيه سبب فرض هذه العقوبة على المتعهد، كي يتمكن القضاء من فرض رقابته على مشروعية القرار، وقد حددت المادة 58 من نظام العقود السوري سببين اثنين كما ذكرنا سابقاً يمكن بناءً عليهما فرض جزاء الحرمان على المتعهد، والسبب الأول: سوء نية المتعهد، ويكون ذلك إذا كانت المناقصة قد رست على المتعهد مثلاً بناءً على وثائق مزورة قدَّمها المتعهد إلى الجهة العامة، أو إذا ثبت أن المتعهد قد قدَّم رشوةً أو استخدم نفوذاً لكي يقبل العرض الذي تقدَّم به. وأما السبب الثاني: عدم كفاءة المتعهد أثناء تنفيذ العقد مع الجهة العامة، كأن يكون هناك عيوب في الأعمال التي قام بتنفيذها، أو أنه تأخَّر في تنفيذ المشروع بشكلٍ كبير وبدون وجود أي أسباب تبرر هذا التأخير، أو ثبت أنه قام بالتعاقد مع الجهة العامة وهو عالمٌ بأنه لا يملك المعرفة والإمكانيات لتنفيذ أعمال التعهد، لكون هذا التعهد يتطلب خبرةً تقنية كبيرة.

فإذا صدر القرار بحرمان المتعهد من التعاقد مع الجهة العامة، ولم يكن معلَّلاً، أو ذُكر فيه سببٌ مخالفٌ للسببين المذكورين أعلاه، فيستطيع المتعهد مخاصمة الإدارة في هذا القرار، وطلب إلغائه. كما يستطيع

([1]) المادة 58 من القانون رقم51 لعام 2004 نظام العقود في سورية.

([2]) المادة 58 من القانون رقم51 لعام 2004 نظام العقود في سورية.

المتعهد أيضاً أن يثبت أمام القضاء أن السبب المذكور في القرار مخالفٌ للواقع، فإذا ذكر فيه أن سبب حرمان المتعهد من التعاقد مع الجهة العامة هو سوء تنفيذه وعدم كفاءته، فيستطيع أن يثبت أن تنفيذه لأعمال التعهد كان جيداً، وأن سبب القرار الحقيقي مخالفٌ لما ذكر فيه. وقد صدر قرارٌ بهذا الصدد عن مجلس الدولة في سورية، عن دائرة فحص الطعون جاء فيه: ((من حيث أن المطعون ضده قد أوضح في دفوعه أن امتناعه عن توقيع مشروع العقد الذي أعدَّته الإدارة هو اختلاف مدة التسليم المحددة فيه عما اشترطه في عرضه، فكان من المتعين على لجنة المناقصات أن ترفض هذا العرض طالما أنه مخالف لدفتر شروط المناقصة المعلن عنها، وبما أنها لم تفعل ذلك وقررت إحالة المناقصة عليه فقد أضحت مقيدةً بعرضه كاملاً دون تجزئة وبالتالي فإن امتناعه عن توقيع العقد المخالف لعرضه ينفي ما نسبته إليه من الإخلال بشروط المناقصة وبذلك ينهار السبب الذي اعتمدته وزارة التموين في حرمانه من دخول مناقصاتها))[1].

[1] برانبو، 2006، http://www.damascusbar.org/Almuntada/showthread.php?t=4818، 5\6\2022 الساعة 8.10.

المبحث الثاني

الطبيعة الذاتية لجزاء الحرمان من التعاقد مع الإدارة

إن شطب اسم المتعاقد أو صدور قرار بحرمانه من التعاقد كجزاء تعاقدي معناه استبعاده من قائمة المتعاملين مع الإدارة في عقود حالية او مستقبلاً، وهو جزاء يتمتع بهوية وذاتية مستقلة، وهو من حيث الأثر ينطوي على قدر من الخطورة، وعليه فإذا كان الفسخ من أشد الجزاءات التعاقدية خطورة فإن الشطب لا يقل عنه في خطورته؛ لأن الفسخ إن كان ينهي الرابطة العقدية حالاً، فإن الشطب يحول دون قيامها مستقبلاً.

هذا إلى أنه يجوز لجهة الإدارة أن تقوم بشطب اسم المتعهد بشكل ذاتي، حتى ولو لم يفسخ العقد المبرم معه، طالما كان لا يتمتع بحسن السمعة، أو على نحو ما ذهبت إليه المحكمة الإدارية العليا المصرية: يحق للإدارة أن تشطب اسم المتعهد إذا ثبت استعمال الغش أو التلاعب، حتى ولو لم يفسخ العقد لهذا السبب. بمعنى أن شطب اسم المتعهد بسبب استعمال الغش والتلاعب إذا كان واجبا في حالة فسخ العقد، فإنه جائز أيضا إذا لم يفسخ العقد، باعتبار أن استعمال الفسق والتلاعب دال بذاته على عدم تمتع المتعهد بحسن السمعة[1].

والغاية من هذا الجزاء لا تتوقف عند ضمان تنفيذ العقد الإداري فحسب، وإنما يجسد الاعتبار الشخصي الذي يقوم عليه العقد الإداري. بمعنى، وعلى نحو قول المحكمة الإدارية العليا، تركيزه على الجانب الشخصي للمتعاقد مع الإدارة، وحسن شخصيته، ومقدرته المالية والفنية[2] . اعتباراً بأن غياب هذه الأبعاد فيه، تفقده الصلاحية المتطلبة قانونا للتعامل مع الإدارة.

([1]) حكم المحكمة الإدارية العليا: جلسة 1967/6/17/، في الطعن رقم 9/929 ق. عليا، مجموعة المكتب الفني في العقود الإدارية، ص 64.

([2]) حكم المحكمة الإدارية العليا: جلسة 1997/11/25، في الطعن رقم 36/3596 ق. عليا. أبو العينين، 2004، ص: 831.

ومن خلال ذلك سوف نتناول في هذا المبحث من خلال مطلبين، الأول: نخصصه لدراسة تمييز الحرمان من التعاقد مع الإدارة عن حالات الحرمان الوقائي، أما الثاني: نخصصه لشرح تمييز الحرمان من التعاقد عن إجراء استبعاد العارضين.

المطلب الأول

تمييز جزاء الحرمان من التعاقد مع الإدارة عن حالات الحرمان الوقائي

يعد قرار الإدارة الحرمان من الاشتراك في المنافسة بمثابة جزاء أو عقوبة توقع على بعض الموردين أو المقاولين الذين أخلوا بالتزاماتهم التعاقدية أو القانونية في تعاقدات سابقة ربطتهم بالإدارة أو بسبب جرائم ارتكبوها فكان الحرمان عقوبة لها[1] . وهذا الحرمان قد يكون منصوصاً عليه في القانون، كما قد يكون جزاءً مقرراً على بعض الأشخاص لإخلالهم بالتزامات تعاقدية سابقة، وعليه سوف نتطرق لكلا النوعين من خلال فرعين نخصص الأول منهما للحرمان الجزائي والثاني موضوعه الحرمان الوقائي على النحو الآتي:

الفرع الأول: الحرمان الجزائي:

يتخذ الحرمان الجزائي صورتين، الأولى بقوة القانون والثانية بقرار إداري. وفيما يأتي توضيح كلاً منهما:

أولاً- الحرمان الجزائي بقانون:

الحرمان الجزائي بنص القانون يتحقق في ظل وجود نصوص قانونية نظمته بشكل مسبق، حيث يطبق بمجرد ارتكاب الشخص جرماً جزائياً معاقب عليه في قوانين العقوبات، ويأتي الحرمان من التعاقد في هذه الحالة كنتيجة حتمية لارتكاب المحروم جرماً جزائياً، حيث يفقد بذلك أحد شروط التقدم إلى المناقصات أو طلبات العروض التي تعلن عنها الجهات الحكومية.

([1]) الحلو، 2020، ص72.

بعبارة أخرى: يحرم الشخص من بعض الحقوق والمزايا التي منها الاشتراك في المناقصات، كعقوبة تبعية، لسبق الحكم عليه بعقوبة جنائية، وذلك وفقا لنص المادة (25) من قانون العقوبات المصري رقم (58) لسنة 1937، التي قررت على أن: "كل حكم بعقوبة جنائية يستلزم حتما حرمان المحكوم عليه من الحقوق والمزايا الآتية: أولا: القبول في أي خدمة في الحكومة مباشرةً أو بصفة متعهد أو ملتزم أياً كانت أهمية الخدمة...". فيحرم المحكوم عليه بعقوبة جنائية من قبوله كمتعهد أو ملتزم، وبالتالي فلا يقبل منه العطاء[1] .

كما يمتنع على المحكوم عليهم بالإفلاس والتجريد التقدم بأي عطاء في المناقصات والمزايدات أياً كان نوعها، وذلك نتيجة فقدهم الاعتبار بسبب الإفلاس أو التجريد من الحقوق المدنية[2]، وقد اعتمد المشرع السوري هذا النوع من الجزاءات، حيث نصت المادة 49 من قانون العقوبات السوري على (التجريد المدني يوجب حكما"..... الحرمان من حقه في أن يكون صاحب امتياز أو التزام من الدولة)[3].

ثانياً- الحرمان الجزائي بقرار من الإدارة:

وفي هذه الحالة يكون الحرمان جزاء يوقع على المتعاقد مع الإدارة، وذلك نتيجة إخلاله بالتزامات تعاقدية سابقة معها، ومن ثم يعتبر جزاءً تعاقدياً ويخضع إلى النظرية العامة للجزاءات التعاقدية في العقد الإداري، وسلطة الإدارة في توقيعه على المتعاقد معها تخضع لرقابة القضاء نظرا لخطورة منع أي من الموردين أو المقاولين من الاشتراك في المناقصات العامة. وتستطيع الإدارة تطبيق هذا الجزاء بقرارات إدارية استناداً إلى امتياز التنفيذ المباشر الذي تمارسه الإدارة طبقا لسلطتها العامة تجاه الأفراد[4] .

وقد نظم المشرع السوري والمصري أحكام الحرمان في أنظمة العقود النافذة حيث نصت المادة 50 من قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة رقم 182 لعام 2018 المصري على أنه "يجب فسخ العقد تلقائياً في الحالتين الآتيتين:

([1]) منصور، 1996، ص235.

([2]) الطماوي، 2005، ص246.

([3]) قانون العقوبات السوري رقم 148العام 1949.

([4]) نصار، 1995، ص19.

(أ) إذا ثبت أن المتعاقد استعمل بنفسه أو بواسطة غيره الغش أو التلاعب في تعامله مع الجهة المتعاقدة أو في حصوله على العقد.

(ب) إذا تبين وجود تواطؤ أو ممارسات احتيال أو فساد أو احتكار، ويشطب اسم المتعاقد من سجل المتعاملين. وتخطر الهيئة العامة للخدمات الحكومية بذلك لنشر قرار الشطب بطريقة النشرات المصلحية[1]، كما نصت الفقرة الخامسة من المادة (55) من اللائحة المنفذة للقانون رقم (89) لسنة 1998 على شطب اسم مقدم العطاء من سجل الموردين إذا ثبت عدم صحة كل أو بعض البيانات الواردة بقائمة الأسعار فيما يتعلق بأن الصنف مصنوع في مصر او في الخارج[2]، وقد غلظ المشرع العقوبة لمن يلجأ إلى الغش والتلاعب في تعامله مع الإدارة لعلة ظاهرة، تتمثل في أن من يستعمل الغش أو التلاعب يكون مصدر خطر على المرفق العام، وعقبة في سبيل تسييره بانتظام وإطراد، ومن ثم يتعين حرمانه من الاستمرار في التعامل مع المرفق تحقيقاً لمقتضيات المصلحة العامة التي تتطلب استمرار المرافق العامة في أدائها خدماتها المنوطة بها بانتظام[3].

ولمعرفة الممنوعين من التعامل مع الجهات الإدارية، فقد ألزمت المادة (14) من القانون رقم (89) لسنة 1998 الجهات الإدارية بأن "تمسك كل جهة من الجهات التي تسري عليها أحكام هذا القانون، سجلا لقيد الأسماء والبيانات الكافية للموردين والمقاولين وبيوت الخبرة والاستشاريين والفنيين.

ولا يختلف الحال كثيراً في سورية عما هو قائم في مصر فيما يخص الحرمان الجزائي، حيث تضمن نظام العقود رقم /51/ لعام 2004 نصوصاً تجيز للإدارة فرض جزاء الحرمان من التعاقد وهو ما نصت عليه

([1]) البند (أ) من هذه المادة صحح بالاستدراك المنشور بالجريدة الرسمية ذي العدد (20) مكرر في 1998/5/16.

([2]) نصت الفقرة الخامسة من المادة (55) من اللائحة التنفيذية للقانون رقم (89) لسنة 1998 على أن: "يبين قائمة الأسعار ما إذا كان الصنف مصنوعا في مصر أو في الخارج، ويترتب على عدم صحة هذه البيانات كلها أو في بعضها رفض الصنف علاوة على شطب اسم مقدم العطاء من سجل الموردين".

([3]) حكم محكمة القضاء الإداري الصادر بجلسة 1986/5/25 في الدعوى رقم (3788) لسنة ٣٨ق، مذكور عند: فتح الباب، 1997، ص385.

الفقرة /4/ من المادة /11/ من القانون /51/ والتي علقت عقوبة الحرمان بالحكم على المتعاقد بجناية أو جنحة شائنة ما لم يرد له اعتباره.[1]

وفي مصر تمسك الهيئة العامة للخدمات الحكومية سجلا لقيد أسماء الممنوعين من التعامل مع أية جهة من الجهات المذكورة، سواء كان المنع بنص القانون أو بموجب قرارات إدارية تطبيقاً لأحكامه، وتتولى الهيئة نشر هذه القرارات بطريق النشرات المصلحية، ويحظر التعامل مع المقيدين في هذا السجل".

الفرع الثاني: الحرمان الوقائي:

تصدر الإدارة قرار الحرمان ومنع شخص طبيعي أو معنوي من التقدم أو الاشتراك في المناقصة أو الممارسة العامة أو في أي عقد اداري، لا بسبب جزاء موقع عليه وإنما، نتيجة تقديرها بأنه غير جدير بالمشاركة، وقرار الإدارة بالحرمان الوقائي هو إجراء تصدره الإدارة بمطلق سلطتها التقديرية بشرط أن تراعي المصلحة العامة وألا تتعسف في استعمال ذلك الإجراء[2] والأساس القانوني لحق الإدارة في الحرمان الوقائي، هو فكرة السلطة العامة التي تتمتع بها قبل الأفراد، والتي تعتبر أحد امتيازاتها في مجال العقود الإدارية[3] .

وترتيباً على ما تقدم فالحرمان الوقائي قد يكون بنص القانون، كما قد يكون صادراً من الإدارة بمقتضى سلطتها التقديرية تحقيقا للمصلحة العامة، وذلك على النحو التالي:

أولاً- الحرمان الوقائي بنص القانون:

يكون الحرمان الوقائي بنص القانون لأشخاص محددين بصفاتهم من دخول المناقصات والمزايدات وطلبات العروض والتعاقد بالتراضي وذلك حماية لمبدأ المساواة والمنافسة وتكافؤ الفرص، وتفادياً لتغليب المصالح الخاصة على المصالح العامة، وقد تضمن الدستور المصري نصاً يقضي [4]على أنه: "لا يجوز

([1]) المادة 11 الفقرة /4/ من القانون رقم 51 الخاص بنظام العقود للجهات العامة في الجمهورية العربية السورية الصادر بتاريخ 2004/12/9/ ومعدل حتى 2015/11/18/.

([2]) نصار، 1995، ص27.

([3]) عياد، 1973، ص157 وما بعدها.

([4]) الحلو، 2020، ص72.

لعضو المجلس طول مدة العضوية أن يشتري أو يستأجر بالذات أو بالواسطة شيئا من أموال الدولة، أو أي من اشخاص القانون العام أو شركات القطاع العام، أو قطاع الأعمال العام، ولا يؤجرها أو يبيعها شيئا من أمواله، أو يقايضها عليه، ولا يبرم معها عقد التزام، أو توريد، أو مقاولة، أو غيرها، ويقع باطلا أي من هذه التصرفات...".

وفي تبرير الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في مجلس الدولة المصري لهذا الحرمان ذهبت إلى أن فيه إبعاد النواب عن الشبهة وتنزيهاً عن الظن لتوطيد الثقة العامة بهم [1]

كما حظرت المادة (26) من القانون رقم (182) لسنة 2018 على العاملين بالجهات التي تسري عليها أحكام هذا القانون التقدم بالذات أو بالواسطة بعطاءات أو عروض لتلك الجهات فنصت على أن: "يحظر على العاملين بالجهات التي تسري عليها أحكام هذا القانون التقدم – بالذات أو بالوساطة –بعطاءات او عروض لتلك الجهات، كما لا يجوز شراء أشياء منهم أو تكليفهم بالقيام بأعمال... كما يحظر على العاملين بتلك الجهات الدخول – بالذات أو بالوساطة – في المزايدات أو الممارسات بأنواعها...".

وهذه الجهات التي نصت عليها المادة أنفا هي وحدات الجهاز الإداري للدولة والهيئات العامة، ووحدات الإدارة المحلية[2].

ولم يغفل المشرع السوري تنظيم حالة الحرمان الوقائي حيث اشترطت المادة /11/ في فقرتها الخامسة من القانون رقم 51 لعام 2004 الخاص بنظام العقود للجهات العامة على من يود الاشتراك في المناقصة ((ألا يكون من العاملين في إحدى الجهات العامة وألا يكون عضواً في المكاتب التنفيذية للإدارة المحلية ضمن محافظته تحديداً))[3].

([1]) فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع جلسة 1990/12/5، ملف رقم (71/1/7). مشار إليها عند: خليفة، 2004، ص156.

([2]) القانون رقم 182 لعام 2018 قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة في مصر.

([3]) المادة 11 الفقرة /5/ من القانون رقم 51 الخاص بنظام العقود للجهات العامة في الجمهورية العربية السورية الصادر بتاريخ 2004/12/9/ ومعدل حتى 2015/11/18/.

كما اشترطت الفقرة /6/ من المادة11 من القانون رقم 51 على من يود الاشتراك في المناقصة أو المزايدة أو طلب العروض ألا يملك أي مصنع أو مؤسسة أو مكتب فرعي في إسرائيل وألا يكون مشتركاً في أي مؤسسة أو هيئة فيها وألا يكون طرفا في أي عقد للصنع أو للتجميع أو الترخيص أو المساعدة الفنية مع أي مؤسسة أو هيئة أو شخص في إسرائيل وألا يزاول مثل هذا النشاط في إسرائيل سواء بشخصه أم عن طريق وسيط وألا يساهم بشكل من الأشكال في دعم إسرائيل أو مجهودها الحربي[1] .

ومرد هذا الحظر الحرص على منع استغلال الوظيفة العامة، وضمان حيادية العاملين فيها، ومنع تأثر مصلحة المرافق التي يعملون بها بمصالحهم الخاصة، على أنه يعد حظراً مؤقتاً.

أما بخصوص علة حرمان من له علاقة مباشرة أو غير مباشرة مع أي هيئة أو شركة إسرائيلية فمردها إلى قانون حظر التعامل مع الكيان الصهيوني كونه كيان محتل، وإن التعاقد مع من له صلة بالعدو سيؤدي إلى المساس بالمصلحة العليا للبلاد وفيه مخالفة جسيمة للتوجهات السياسية الاستراتيجية للدولة.

ثانيا- الحرمان الوقائي بمقتضى السلطة التقديرية للإدارة:

إضافةً إلى الحالات القانونية التي نص عليها المشرع وعدها من حالات الحرمان الوقائي بنص القانون، فقد تقرر الإدارة حرمان أحد من التعاقد حرماناً وقائياً أي ليس بسبب ارتكابه خطأً تعاقدياً سابق، إنما بسبب النقص الواضح في الإمكانيات الفنية أو المالية لبعض المتعهدين فإذا ثبت للإدارة عدم كفاءة بعض المتعهدين أو عدم ملاءتهم المالية أو أنهم لا يملكون الإمكانيات الفنية والتكنلوجية الضرورية لتنفيذ المشروع المعلن عنه، جاز لها أن تقرر أن هؤلاء غير مرغوب فيهم وتدرجهم على قائمة المحرومين من دخول مناقصاتها[2] .

([1]) المادة 11 الفقرة /6 / من القانون رقم 51 الخاص بنظام العقود للجهات العامة في الجمهورية العربية السورية الصادر بتاريخ 2004/12/9/ ومعدل حتى 2015/11/18/.

([2]) Laubadére. A-Delvolvé. P et Moderne. F, 1983, T1, P. 605.

كما يجوز للإدارة أيضاً إصدار قرارات الاستبعاد لبعض الأشخاص غير المرغوب فيهم استناداً إلى ما يتوفر لديها من تقدير عام عن عدم كفايتهم وقدرتهم، دون أن يسبق ذلك ارتباطهم مع جهة الإدارة في عمل ما، وذلك كإجراء وقائي تمليه المصلحة العامة وحدها[1]. والإدارة تستطيع استعمال هذا الحق في كافة مراحل العملية التعاقدية، وسواء قبل التقدم بالعطاءات والعروض أو بعد التقدم بها إلى حين البت فيها.[2] فللإدارة أيضاً حق أصيل في استبعاد من ترى استبعادهم من قائمة عملائها ممن لا يتمتعون بالمقدرة الفنية والمالية وحسن السمعة ولها مطلق التقدير في مباشرة هذا الحق لا يحدها في ذلك إلا عيب إساءة استعمال السلطة [3].

وقد استقر مجلس الدولة الفرنسي، على تمتع الإدارة بسلطة تقديرية واسعة عندما تقرر الحرمان لنقص في أهلية المتعهد، وذلك دون أن تلتزم بتسبيب قراراتها في هذا الشأن، ولكن في نفس الوقت، يجب ألا يكون هذا القرار مشوبا بالانحراف في السلطة، لأن هذا القرار من القرارات الخطيرة لما له من أثر على حرية ممارسة النشاط التجاري المصون دستورياً، لذا يجب ألا يتخذ في سبيل تحقيق غاية أخرى غير مصلحة المرفق المعني[4].

وقد تبنت محكمة القضاء الإداري المصرية هذا الاتجاه حيث قضت: "... الوزارة لها الحق وهي بصدد تنظيم أعمال المناقصات الخاصة بمشروعاتها في أن تستبعد المقاولين الذين يثبت لها عدم قدرتهم الفنية أو المالية لأداء هذه الأعمال، وقرارها في هذا الشأن يصدر بناء على سلطتها التقديرية، ولا يطعن عليه إلا إذا

([1]) حكم المحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم (1654) لسنة 6ق، جلسة 1962/12/22 مشار إليه عند: منصور، 2018، ص248. وفي حكم آخر للمحكم الإدارية العليا قضت: "أن حظر التعامل كما يجوز بالنسبة للمتعهدين والمقاولين المتعاقدين مع الجهات الإدارية بسبب العجز في تنفيذ التزام قائم أو سابق، فإنه يجوز أيضا بالنسبة للمتعهدين والمقاولين والذين لم يسبق لهم التعامل مع الجهات الإدارية...". وأنظر أيضا حكم المحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم (436) لسنة 22ق جلسة 1985/4/9/– السنة (30) العدد الثاني القاعدة 140، ص925. مشار إليه عند: منصور، 1996، ص247.

([2]) عبد الباسط، 2012، ص198.

([3]) منصور، 1996، ص249.

([4]) أنظر: C.E, 28-7-1952, Jnendet, Rec. P. 424. C.E, 14-11-1939, Meihoc, Rec., P. 1583 -

نقلا عن: نوح، 2005، ص381.

شابه عيب إساءة استعمال السلطة، وفي هذه الحالة يجب أن يكون لهذا الطعن أدلة تسنده وتكون مستمدة من أوراق الدعوى[1].

كذلك قررت محكمة القضاء الإداري في تطبيق خاص بالمزايدة، أنه: "إذا كان الثابت أن رفض العطاء الأكبر يرجع إلى ماضي صاحبه واختياره في سنة سابقة يدل على أنه لا يحترم التزاماته ولا يفي بعهوده، فهي اسباب جدية كافية لرفض العطاء ولو كان أكبر عطاء"[2].

الإدارة وهي تصدر قرارات الحرمان الوقائي تحدد نطاقه من حيث المدة التي يسري تطبيقه خلالها أو من حيث نوع المناقصات التي يكون محدوداً بها، على أنه في كل حال يكون أثر قرار الحرمان مقصوراً على المناقصات التي تجريها الجهة التي أصدرت قرار الحرمان، ولا تعمم إلا إذا رأت الإدارة تعميم هذه القوائم أو تبادلها بين جهاتها المختلفة[3] .

ولما كانت قرارات الحرمان التي تصدرها الإدارة في هذا الخصوص تجد سندها ومصدرها فيما جرى به العرف الإداري، وفيما للإدارة من سلطة في وضع مثل هذه القواعد التي تنظم أعمال المناقصة[4]، ولما كان القرار بالحرمان يصدر عن سلطة تقديرية يهدف إلى تحقيق المصلحة العامة فإن الإدارة يكون لها نفس السلطة التقديرية في إلغاء قرار الحرمان أو الحد من آثاره[5] ، سواء كانت مؤقتة بمدة معينة أم كانت غير محددة المدة.

([1]) حكم محكمة القضاء الإداري في القضية رقم (1768) لسنة 6ق، بتاريخ 1956/3/30/ مجموعة المبادئ س10 قاعدة رقم (284)، طعن 271. مذكور عند: نصار، 1995، ص31.

([2]) حكم محكمة القضاء الإداري في القضية رقم (366) لسنة 5ق، بتاريخ 1951/5/29، المجموعة، السنة 5، بند290، ص977. مذكور عند: عبد الباسط، 2006، هامش رقم (2)، ص201.

([3]) نصار، 1995، ص32.

([4]) حكم محكمة القضاء الإداري بتاريخ 1957/4/21/، في القضيتين (2946)، لسنة 7ق و (7302) لسنة 8 ق مجموعة المبادئ، س11، ص369. مذكور عند: نصار، 1995، ص314.

([5]) نصار، 1995، ص32.

على أن سلطة الإدارة في إصدار قرار الحرمان سواء كانت تطبيقاً لنص قانوني أو صدرت منها بمقتضى سلطتها التقديرية تخضع لرقابة القضاء الإداري، باعتبار أن قرارها في ذلك قرار إداري منفصل ويجوز الطعن فيه أمامه بالإلغاء لإساءة استعمال السلطة.[1]

وخلاصة ما سبق فإن مبدأ المنافسة الحرة يعد من المبادئ الرئيسة التي تحكم العقود الإدارية، سواء ما تعلق منها بالقواعد والأحكام المنظمة لعملية الإبرام أو ما تعلق منها بالإجراءات العملية التي تحكم إبرام العقد، بيد أن تطبيقه ليس مطلقاً بل هنالك حالات تقتضي أن يتدخل المشرع لإقصاء بعض المتعهدين بالنظر إلى صفتهم الوظيفية أو بالنظر إلى عدم كفاءتهم الفنية والمالية.

المطلب الثاني

تمييز الحرمان من التعاقد عن إجراء استبعاد العارضين

يلاحظ هناك فرق بين الحرمان من التعاقد مع الإدارة والاستبعاد، فقرار الحرمان ينصب على شخص معين سواء أكان طبيعياً أم معنوياً ويهدف إلى حرمانه من التقدم إلى المناقصات و المزايدات التي تجريها جهة الإدارة في حين أن الاستبعاد يعتبر إجراءً موضوعياً يتعلق بعطاء تقدم به شخص معنوي أو طبيعي ويهدف إلى استبعاد هذا العطاء وحرمانه من السير في إجراءات المناقصة حتي منتهاها، كما أن الحرمان يعد إجراء عاماً يهدف إلى الحرمان من دخول كافة المناقصات والمزايدات التي تجريها جهة الإدارة، وقد يكون هذا الإجراء محدد المدة أو غير محدد المدة و ذلك بخلاف قرار الاستبعاد الذي لا يعدو أن يكون قراراً فردياً بصدد مناقصة معينة[2]. هذا وسوف نتناول الاستبعاد على الوجه الاتي:

([1]) نصار، 1995، ص33.

الطماوي، 2005، ص255.

([2]) عياد، 1973، ص152.

الفرع الاول: سلطة الإدارة في الاستبعاد:

الاستبعاد قرار تصدره الإدارة ويتضمن استبعاد أحد العطاءات التي قدمت في المناقصة العامة لأسباب تحددها. والاستبعاد يختلف عن الحرمان الذي سبق وتحدثنا عن حالاته – من نواح عديدة:

فمن ناحية أولى: قرار الحرمان ينصب على شخص معين سواء أكان شخصاً طبيعياً أو معنوياً ويهدف إلى حرمانه من التقدم إلى المناقصات والمزايدات التي تجريها جهة الإدارة. في حين أن الاستبعاد يعتبر إجراء موضوعياً يتعلق بعطاء تقدم به شخص معنوي أو طبيعي ويهدف إلى استبعاد هذا العطاء وحرمانه من السير في إجراءات المناقصة حتى منتهاها.

ومن ناحية ثانية: يعد قرار الإدارة بالحرمان إجراء عاماً يتعلق بالشخص الطبيعي أو المعنوي ويهدف إلى الحرمان من دخول كافة المناقصات والمزايدات التي تجريها جهة الإدارة، وقد يكون هذا الإجراء محدد المدة، كما قد يكون غير محدد المدة[1].

وهذا كله بخلاف قرار الاستبعاد والذي لا يعدو أن يكون قراراً فردياً باستبعاد عطاء معين وبمناسبة مناقصة معينة[2].

واستبعاد العطاء المقدم في المناقصة قد يكون تطبيقاً لشرط حسن السمعة، كما قد يكون الاستبعاد ناتجا عن تطبيق الإدارة لحالة من حالات الحرمان سواء أكان الحرمان وقائياً أو جزائياً. كما قد يكون لعدم توافر الشروط التي تطلبتها الإدارة بخصوص المناقصة، واخيراً قد يكون الاستبعاد لعدم الكفاءة الفنية[3]، وذلك كله سنتناوله في الفرع التالي.

([1]) نصار، 1995، ص92.

([2]) عياد، 1973، ص 152.

([3]) De Laubadere: op. cit. pp. 599 et s.

الفرع الثاني: حالات الاستبعاد:

أولاً- الاستبعاد تطبيقا لشرط حسن السمعة:

وهنا يكون الاستبعاد تطبيقاً لشرط حسن السمعة. فالقانون يشترط فيمن يتقدم بعطائه في المناقصات والمزايدات أن يكون حسن السمعة.

وفي الحقيقة يعد شرط حسن السمعة شرطاً عاماً، وقد ذهبت محكمة القضاء الإداري في مصر منذ بداية أحكامها إلى تحديد المقصود بشرط حسن السمعة بأنه يعني.. أن يكون من يتولى هذه الأعمال محمود السيرة لم يسمع عنه ما يشينه أو يحط من قدره بين الناس حائزا لما يؤهله للاحترام الواجب للمهنة التي يرغب في مزاولتها .[1]

وفي هذا المعنى استقر قضاء المحكمة الإدارية العليا على أن المقصود بحسن السمعة هو... تلك المجموعة من الصفات التي يتحلى بها الشخص فتكسبه الثقة بين الناس وتجنبه مقالة السوء، وما يمس الخلق[2].

وإذا كان الحكم على الشخص بجناية أو جنحة مخلة بالشرف أو الأمانة تهدر حسن السمعة بصفة عامة، فإننا نرى أن المشرع قد تشدد بالنسبة لشرط حسن السمعة في مجال المناقصات والمزايدات العامة أو أي طريقة من طرق إبرام عقد إداري مع الجهات العامة، وألزم القاضي بمقتضى المادة 25 من قانون العقوبات المصري بضرورة الحكم بعدم دخول الشخص المحكوم عليه بعقوبة جناية في المناقصات والمزايدات وذلك كعقوبة تبعية.

على أنه في الحالات الأخرى التي لا يتحقق فيها هذا الفرض فإن الإدارة تستطيع أن تستبعد الشخص الطبيعي أو المعنوي من دخول المناقصات والمزايدات العامة نتيجة لعدم توافر شرط حسن السمعة.

([1]) محكمة القضاء الاداري – قضية رقم 5 السنة الأولى مجموعة عمر ص 205 بتاريخ1947/3/18.

([2]) المحكمة الإدارية العليا – الطعن رقم 600 لسنة 16 بتاريخ 1973/4/9.

وفي مجال المناقصات والمزايدات العامة يمكن الاعتماد على مجموعة من المؤشرات التي تحدد مدى توافر حسن السمعة من عدمه. وأهم هذه الاعتبارات ما يلي:

- سلوك الشركة أو الشخص الطبيعي في تنفيذ أعمال سابقة سواء مع هذه الجهة أو غيرها.

- عدد المرات التي لجأت الشركة فيها إلى القضاء.

- عدد المرات التي لجأت الشركة فيها إلى التحكيم.

- هل سبق تطبيق غرامات تأخير على الشركة قبل ذلك في عمليات أخرى.

وهذه الاعتبارات وغيرها تحدد مركز الشركة وتبين سمعتها في الوسط الذي تعمل فيه. فمثلا إذا كانت الشركة في أعمال سابقة قد أهملت في التنفيذ أو نفذت على غير الوجه المتفق عليه في العقد، وإذا كانت الشركة دائمة اللجوء إلى القضاء أو التحكيم وما يترتب على ذلك من تأخير الأعمال، ففي هذه الحالات لا تكون سمعة الشركة أو المنشأة أو الشخص الطبيعي مقدم العطاء فوق مستوى الشبهات، وهنا سلطة الإدارة التي تقرر – وفقا للظروف الموضوعية – ولمقتضيات المصلحة العامة – استبعاد العطاء المقدم من قبل هذه الشركة أو هذا الشخص، وذلك لعدم توافر شرط حسن السمعة.

وتحرص دفاتر الشروط العامة والخاصة على اشتراط تقديم شهادة حسن السمعة، وذلك للتأكد من أهلية المتقدم للمناقصة العامة.

وأبعد من ذلك فقد لا تلقى شرط حسن السمعة أساساً قانونياً، ففي فرنسا نصت المادتين 48، 258 من تقنين العقود الإدارية على شرط حسن السمعة[1]. وفي القانون المصري كانت المادة الثالثة من القانون رقم 236 لسنة 1954 الخاص بتنظيم المناقصات والمزايدات تنص على أن «تعرض العطاءات على لجنة البت مشفوعة بملاحظات رئيس المصلحة أو الفرع المختص ويجب أن تتضمن هذه الملاحظات إبداء الرأي في أصحاب العطاءات من حيث كفايتهم المادية والفنية وحسن السمعة.».

([1]) De Laubadere, op. cit., p. 599 et Quancard, op. cit. p. 51

وعلى ذلك أيضاً نصت المادة الثالثة من القانون رقم 9 لسنة 1983 على أن يكون التعاقد بطريقة المناقصة المحدودة في الحالات التي تتطلب بحسب طبيعتها قصر الاشتراك فيها على موردين أو مقاولين معينين سواء في داخل مصر أو في خارجها على أن تكون قد ثبتت كفايتهم في النواحي الفنية والمالية وأن تتوافر بشأنهم شروط حسن السمعة».

إلا أن نظام العقود السوري الصادر بالقانون رقم /51/ لعام 2004 لم يتضمن نصوصاً تخص اشتراط حسن السمعة كشرط للدخول في المناقصات أو طلب العروض أو المزايدات التي تعلن عنها الجهات العامة وهذا يعد قصورا" تشريعيا" يجب تداركه لما يمثله شرط حسن السمعة من الأهمية فيمن يريد التعاقد مع الإدارة.

وسلطة الإدارة في الاستبعاد لسوء السمعة أمر مسلم من قبل القضاء حيث قضت المحكمة الإدارية العليا في مصر بأن «.. للإدارة حق أصيل في استبعاد من ترى استبعادهم من قائمة عملائها ممن لا يتحلون بحسن السمعة، ولها مطلق التقدير في مباشرة هذا الحق لا يحدها في ذلك إلا عيب إساءة استعمال السلطة. [1]

ثانياً- مسك سجل قيد الممنوعين من التعامل مع الإدارة:

ويتضمن هذا السجل البيانات الآتية:

- الجهة المصدرة لقرار حظر التعامل وتاريخ صدوره ورقمه.
- أسباب حظر التعامل.

وترتيباً على ذلك؛ فإن جهة الإدارة ملزمة بتطبيق قرارات الحرمان حتى ولو كانت هي مصدرة القرار، فهي تلتزم به إلى أن يعدل أو يلغى، وفي ذلك حماية لمصلحة المرفق وتحقيقاً للمصلحة العامة، وتطبيقاً لمبدأ حرية المنافسة اللازم توافره في إجراءات دخول المناقصة.

حيث يشترط القانون فيمن يتقدم بعطائه في المناقصات والمزايدات للفوز بالعقد الإداري أن يكون حسن السمعة محمود السيرة، مع ملاحظة أن هذا الشرط شرط وجود واستمرار وذلك يعني أن مقدم العطاء يجب أن

([1]) المحكمة الادارية العليا – بتاريخ 17 فبراير 1967 سبق الإشارة اليه.

يكون حسن السمعة ابتداءً عند تقديم العطاء وأن يستمر كذلك حتى إبرام العقد معه إذا كان صاحب أفضل عطاء، فإذا فقد مقدم العطاء شرط حسن السمعة فإن الإدارة لها الحق في استبعاد عطائه[1] ، **عملاً بالقاعدة القائلة: ما لا يجوز ابتداءً، لا يجوز انتهاءً.**

وفي مجال المناقصات والمزايدات يمكن الاعتماد على مجموعة من الاعتبارات التي تحدد مدى توافر حسن السمعة من عدمه وأهم هذه الاعتبارات هي سلوك مقدم العطاءات في تنفيذ أعمال سابقة سواء مع هذه الجهة أو غيرها، عدد مرات لجوء الشركة إلى القضاء أو التحكيم، هل سبق تطبيق غرامات تأخير على الشركة من قبل في عمليات أخرى، فكل هذه الاعتبارات وغيرها تبين مدى سمعة مقدم العطاء داخل الوسط الذي يعمل فيه فإذا كان مقدم العطاء دائم اللجوء إلى القضاء أو التحكيم مما يترتب عليه تأخير الأعمال فلا يكون ذا سمعة حسنة .[2]

ثالثاً– استبعاد العطاء نتيجة عدم توافر الشروط التي حددتها جهة الإدارة في دفتر الشروط العامة:

تعمل الإدارة دائما على تضمين كراسة الشروط مزيداً من الشروط العامة التي ترى أنها ضرورية لنجاح العملية التي تريد التعاقد عليها، وهذه الشروط إنما تكتسب أهميتها من كونها تعمل على تحقيق المصلحة العامة والتي تتمثل في كفالة حسن تنفيذ العقد وتحقيق صالح المرفق، وعلى ذلك فإن هذه الشروط تفقد مشروعيتها إن هي انحرفت عن هذه الغاية وترتب عليها استبعاد عدد كبير من الأشخاص دون مبرر معقول[3].

وقد تتعلق هذه الشروط بضرورة أن يكون المتقدم للتعاقد مع الإدارة مقيداً بسجلات معينة (تجارية – صناعية – إلخ) أو لديه خبرة فنية معينة أو غير ذلك من الشروط التي تمكن الإدارة من الوقوف على قدرة المتعاقد معها على القيام بالعمل موضوع المناقصة على خير وجه.[4]

([1]) فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع جلسة 1987/12/9 ملف رقم/120/1/47.

([2]) نصار، 1973، ص 128.

([3]) De Laubadere: op. cit. p. 600.

[4] أنظر المادة /11/ من القانون /51/ لعام 2004، وانظر المرسوم /450/ المتضمن دفتر الشروط العامة.

رابعا– الاستبعاد لعدم الكفاءة الفنية أو المالية:

لـلإدارة أن تسـتبعد عطـاء الشـخص المتقدم للمناقصـة إذا رأت أن هـذا الشـخص غيـر كـفـء سـواء مـن الناحية الفنية أو من الناحية المالية أو السلوكية أثناء تنفيذ الالتزام.

ومسألة الكفاءة هنا مسألة تقدرها الإدارة بمحض سلطتها التقديرية وذلك بالنظر إلى اعتبارات عديدة مثل ملاءة الشخص المتقدم بعطائه – سواء أكان شخصاً طبيعياً أو معنوياً – وقدرته الفنية كما يؤخذ في الحسبان إلى طبيعة المشروع موضوع التعاقد، وما يتطلبه من قدرة تمويلية وخبرة فنية[1].

على أن الإدارة وهي بصدد تقدير هذه الكفاءة سواء من الناحية المالية أو الفنية عليها ألا تسيء استعمال هذه السلطة، فلا يصح أن تعترف بكفاءة شركة مثلا لتنفيذ عملية تكلف مليارات الليرات بالرغم من أن رأس مال الشركة لا يتجاوز مليار ليرة.

وقد يتطلب الأمر ضرورة أن يقدم طالب التعاقد شهادات تبين كفاءته المالية أو الفنية وحسن السلوك كبيان أو وثيقة غير محكوم، وذلك كأن تطالبه الإدارة بضرورة التقدم بسابقة أعماله التي أجراها سواء مع الجهة التي تجرى المناقصة أو المزايدة أو مع الجهات الإدارية الأخرى، ففي فرنسا تستلزم الإدارة أحياناً أن يقدم طالب التعاقد شهادة تثبت كفاءته من الجهة الحكومية عن عمليات سبق أن نفذها لديها أو لدى إحدى جهات الإدارة الأخرى. والبيانات التي تتضمنها هذه الشهادات تكون على مسؤولية الجهة التي أصدرتها، إذا كانت هي السبب الرئيسي الذي أدى إلى التعاقد معه.

والإدارة وهي بصدد تقييم الموقف المالي والفني للمقاول أو المتعهد تأخذ في اعتبارها عوامل عديدة، فمن الناحية المالية تنظر في مقدار رأس المال ومدى تحقيق المشروع المتقدم بعطائه للأرباح أو الخسارة، ونسبة هذه أو تلك من رأس مال المشروع وموقف الميزانية السنوية للمشروع، ومن الناحية الفنية فإن الإدارة ترجع إلى سابقة الأعمال التي سبق له القيام بها وعدد العمال الذين يستخدمهم ومدى تخصصه في الموضوع المطروح

([1]) C.E 9 Janvier. 1843, Chaevlon, Rec. p.131

للتعاقد، وترتيب الشركة دولياً في نطاق المناقصات الدولية وسمعتها في نطاق الشركات المتخصصة في موضوع المناقصة.

وحق الإدارة في تقييم الكفاءة الفنية والمالية للمقاول أو المتعهد مقدم العطاء أمر مسلم سواء في النظام الفرنسي أو المصري أو السوري، ففي فرنسا تستلزم الإدارة أن يرفق المقاول أو المتعهد مع عطائه سابقة أعماله سواء مع تلك الجهة أو مع غيرها من الجهات الحكومية .[1]

وفي مصر تنص المادة 21 من القانون رقم 182 لعام 2018 (يجوز للجهة الإدارية إصدار طلب للتأهيل المسبق للتحقق من توافر القدرات الفنية والإمكانيات المالية والإدارية والبشرية وغيرها في طالبي التأهل لتنفيذ أحد العقود بالكفاءة المطلوبة قبل دعوتهم لتقديم عطاءات الطرح).

وفي سورية تنص المادة 11 فقرة د من نظام العقود الموحد رقم 51 لعام 2004 (يمكن أن ينص في دفتر الشروط الخاصة على اشتراط مؤهلات مالية وفنية ومهنية معينة بالراغبين في الاشتراك بالمناقصة كما يمكن في بعض التعهدات اشتراط التأهيل المسبق)

فالخلاصة أنه لا يمكن التذرع بمبدأ حرية الدخول في المناقصة للسماح لغير المتخصصين في مجال العقد المعلن عنه بالدخول فيه دون اعتبار لما يمكن أن يسببه دخول غير الأكفاء فنياً أو مالياً من بلبلة لأنهم في الغالب سوف يعمدون إلى التقدم بعطاءات تحمل شروطاً فنية وأسعاراً مخفضة على نحو لا يمكنهم – في حالة الترسية عليهم – من تنفيذ العقد وهو ما يؤدي إلي ضياع أموال الإدارة إضافة إلي إهدار الوقت، مع ملاحظة أن سلطة الإدارة في الاستبعاد تخضع لرقابة القضاء من حيث رقابة مشروعية القرار وسببه وملاءمته شأنها في ذلك شأن سائر القرارات الإدارية الأخرى.

([1]) De Laubadere: op. cit. p. 601.

خامساً- استبعاد العطاء نتيجةً لتطبيق قرار الحرمان:

لما كانت الجهة الإدارية ملزمة بأن تمسك سجلاً لقيد الممنوعين من التعامل مع الإدارة، فإذا ما تقدم أحد الممنوعين من التعامل مع الإدارة بعطاء يكون من الواجب على الإدارة أن تستبعد ذلك العطاء، أي أن سلطة الإدارة في هذا الشأن سلطة مقيدة، وفي نظرنا أن قرار ترسية العقد على أحد المقاولين الصادر ضدهم قرار بالحرمان هو قرار منعدم لا يتحصن بفوات مواعيد الطعن بالإلغاء.

الخلاصة: أننا الآن أمام أول امتياز للإدارة خلال مرحلة ما قبل التعاقد، فإذا كان القانون قد قرر حرية الدخول في التنافس على العقد الإداري، إلا أنه من جهة أخرى وضع مكنة للإدارة في أن تستبعد بعض العطاءات وهذا الاستبعاد قد يكون وفقاً لسلطتها التقديرية المطلقة كما في حالة الاستبعاد لعدم الكفاءة الفنية أو وفقاً لسلطة مقيدة كما إذا كان الاستبعاد تطبيقاً لقرار الحرمان مع ملاحظة أن قرار الاستبعاد يعتبر قراراً إدارياً يخضع لرقابة القضاء.

كذلك يعتبر قرار الحرمان من دخول المناقصة من القرارات الإدارية المستمرة التي يجوز الطعن عليها في أي وقت دون التقيد بمواعيد دعوى الإلغاء طالما ظل القرار قائما ومستمرا منتجا آثاره في حرمان المتعاقد من الدخول للتنافس .[1]

الفرع الثالث: وقت الاستبعاد

يثور التساؤل عن الوقت الذي تمارس فيه الإدارة سلطة إصدار قرارات الاستبعاد. هل يتم قبل فتح المغلفات أم أنه يتم بعد فتح المغلفات؟

ففي فرنسا يشترط أن يتم ذلك قبل فتح المغلفات، وذلك حتى لا تتأثر الإدارة وهي بصدد إصدار قرارات الاستبعاد بما يتضمنه العطاء من شروط وأسعار، فقد تستبعد الإدارة عطاء لكي تفسح المجال لقبول عطاء آخر

([1]) نصار، 1973، ص 35. كذلك حكم المحكمة الإدارية العليا بجلسة 1984/2/25/ القاضي بأن قرار الإدارة بشطب اسم المتعهد من سجل الموردين المحليين يترتب عليه تعديل مركزه القانوني تعديلا مستمراً بحيث يمتنع عليه دخول المناقصة في المستقبل، ولصاحب الشأن أن يطعن على القرار في أي وقت ما ظل قائما ومستمرا في انتاج آثاره".

[1]، بل إن مجلس الدولة الفرنسي كان يذهب في أحكامه إلى أنه لا يجوز للجنة فتح المغلفات استبعاد عطاء سبق قبوله بعد فتح المغلفات[2].

على أن الوضع في مصر مختلف عنه في فرنسا فقد استقر القضاء على أن لجنة البت بعد فتح المظاريف تستطيع أن تصدر قراراً باستبعاد أحد العطاءات المقدمة. فقد ذهبت محكمة القضاء الإداري في حكم لها بتاريخ 4 فبراير 1962 إلى أنه:" ليس صحيحاً ما تذهب إليه الشركة المدعية من أن الاستبعاد يجب أن يتم قبل أن تبدأ لجنة فتح المظاريف عملها. ذلك أن نص المادة الثالثة من القانون رقم 236 لسنة 1954 صريح في أن الاستبعاد جائز إذا لم يتوافر في مقدم العطاء شرط الكفاية المالية أو الفنية أو حسن السمعة وأن يكون بقرار من لجنة البت بعد فتح مظاريف العطاءات وعرضها على تلك اللجنة مشفوعة بملاحظات رئيس المصلحة أو الإدارة المختص.[3] وتنص المادة 14 من القانون 9 لسنة من1983 في مصر على أنه «يجوز للجان البت أن تعهد إلى لجان فرعية تشكلها من بين أعضائها بدراسة النواحي المالية والفنية في العطاءات المقدمة ومدى مطابقتها للشروط المعلنة. كما يجوز أن يعهد إلى تلك اللجان بالتحقق من توافر شروط الكفاية المالية والمقدرة الفنية وحسن السمعة لدى مقدمي العطاءات وللجنة البت أن تضم إلى عضوية تلك اللجان من ترى الاستعانة برأيهم من أهل الخبرة..».

وقد انتهى رأي الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة إلى حق لجنة البت في استبعاد أي عطاء حتى لو كان الأقل سعراً إذا لم تطمئن إلى كفايته الفنية أو سابقة خبرته في أعمال مماثلة لأعمالها على الوجه الذي قررته وذلك تحت رقابة القضاء، تأسيسا على أنه «.. إذا ما أطمأنت اللجنة إلى عدم الكفاية

([1]) Quancard: op. cit. p. 94 et De Laubadere: op.cit. p. 606.

([2]) C.E. 26 Mai 1937 s. Coop. Rec.p. 518.

وأيضا حكمه في 26 يناير 1960 سابق الإشارة اليه.

([3]) محكمة القضاء الإداري بتاريخ 4 فبراير 1962 المجموعة في خمس سنوات ص 36 رقم 19 على أن سلطة الاستبعاد لا تمارسها لجنة فتح المظاريف. فهذه اللجنة منوط بها «.. مجرد إثبات حالة العطاءات والأوراق المرفقة وليس لها إصدار توصيات سواء نهائية أو غير نهائية الأمر الذي يعد معه عمل تلك اللجنة مجرد تسهيل لأعمال لجنة البت التي سوف تتولى مراجعة كافة الإجراءات ومعرفة مدى سلامتها واتخاذ التوصيات النهائية بخصوص العملية: اللجنة الثانية لقسم الفتوى بمجلس الدولة ملف رقم 178/2/47 جلسة 1991/3/25. منصور، 1996، ص261.

الفنية للمناقص صاحب أقل عطاء لأنه لم يقدم سابقة أعمال مماثلة للوزارة أو أجهزتها أو الهيئة ذاتها ولم تتمكن اللجنة الفنية من حصر معداته كما أن هذا المقاول هو شركة أسست حديثاً فكل تلك أسباب يحمل عليها قرار اللجنة تحت مسؤوليتها وتقريرها الفني ولا يمكن أن يفرض عليها الاستناد إلى سابقة أعمال لجهات أخرى إذا قدرت وجوباً أن تكون الخبرة السابقة في أعمال مماثلة في الجهات التي يتصل عملها بعلمها كما لا يمكن أن يفرض عليها فحص المعدات وهي لم تتمكن من حصرها وأخيراً فإن حداثة عهد شركة الأعمال هو مما يدخل عنصراً من عناصر الاطمئنان إلى كفايتها وخبرتها وكلها أسباب موضوعية تخضع لتقدير لجنة البت تحت رقابة القضاء» (فتوى رقم 373 ملف رقم 252/1/54 جلسة 20 مارس 1985).

ويتضح من ذلك أن لجنة البت تستطيع أن تستبعد عطاء" معيناً بعد فتح المظاريف نظراً لعدم توافر حسن السمعة أو المقدرة المالية أو الكفاءة الفنية وذلك أمر مستقر سواء في ظل القانون رقم 236 لسنة 1954 أو القانون رقم 9 لسنة 1983 أو القانون الحالي رقم 182 لسنة 2018.

ولا شك أن هذا المذهب يؤدى إلى احتمال إساءة استعمال الإدارة – ممثلة في لجنة البت – لسلطتها في استبعاد بعض العطاءات بعد فتح المظاريف وكشف سريتها لصالح عطاءات أخرى بدعوى عدم توافر المقدرة المالية أو الكفاءة الفنية، أو تخلف شرط حسن السمعة لاسيما وأن الإدارة لا تلتزم في كل حال بتسبيب قرار الاستبعاد.

ونرى وجوب التفرقة بين فرضين:

الأول: الاستبعاد لعدم توافر المقدرة المالية أو الكفاءة الفنية أو حسن السمعة فيجب أن يتم قبل فتح المظاريف فتقدير كل هذه العوامل يتصل بظروف سابقة أو غير مرتبطة بالعطاء المقدم.

الثاني: الاستبعاد لعدم توافر الشروط المعلنة في المناقصة التي قدم فيها العطاء لشروط المناقصة، وهنا يكون الاستبعاد بعد فتح المظاريف فهو الوقت الملائم للنظر في مدى ملائمة العطاء لشروط المناقصة.

أما في سورية فقد حسم المشرع هذا الخلاف إذ نصت المادة 14 من نظام العقود رقم 51 لعام 2004 (تقدم العروض ضمن مغلفين، ويوضع هذان المغلفان في مغلف ثالث معنون باسم الجهة المحددة في الإعلان، ويكتب عليه موضوع المناقصة والتاريخ المحدد لإجرائها:

المغلف الأول: يحتوي على طلب الاشتراك بالمناقصة والوثائق المشعرة بتوافر الشروط المنصوص عليها في المادة 11 من هذا النظام.....

المغلف الثاني: يحتوي على العرض المالي والتجاري مع جدول الأسعار الإفرادية والمالية حسب الحال).

أما الفقرة ب من المادة 20 من ذات القانون فقد نصت (تفض لجنة المناقصة المغلف الأول وتدقق في محتوياته وتقرر قبول عروض من تتوافر فيهم الشروط المطلوبة للاشتراك في المناقصة واستبعاد عروض من لا تتوافر فيهم هذه الشروط وتعلن ذلك على الحضور.....)

وبهذا التفصيل يكون المشرع السوري قد أبعد الإدارة عن شبهة إساءة استعمال السلطة كونه قد حدد أن يكون قرار الاستبعاد قبل فتح المغلف الثاني الذي يحتوي على العرض المالي والتجاري، وهو موقفٌ يحسب للمشرع السوري، وكان حرياً بالمشرع المصري أن يسير على خطاه.

الفصل الثاني

حالات الحرمان من التعاقد مع الإدارة

تتعدد حالات الحرمان من التعاقد مع الإدارة، فقد تتصدى التشريعات لتنظيم هذا الموضوع بشكل تفصيلي، وتمنح الإدارة سلطة تقديرية لاتخاذ قرار الحرمان من التعاقد مع الإدارة أو منحها سلطة تقديرية لاستبعاد أحد العارضين من الدخول في المنافسة، إذا قّدرت الإدارة أن التعاقد مع صاحب العرض الأفضل من الناحية المالية والفنية سيؤدي إلى إضرار بالمصلحة العامة بصورة تفوق المنافع التي ستجنيها الإدارة من تنفيذ العقد عن طريق متعهد لا تتوافر فيه أخلاقيات تنفيذ مشروعات الدولة.

وقد سبق البيان أن قرار الحرمان أو قرار استبعاد أحد العارضين أو قرار شطبه من لائحة المتعهدين، إنما يعد من القرارات الإدارية التي لها تأثير سلبي على المركز القانوني للمحروم أو المستبعد، وانطلاقاً من ذلك يجب أن تكون قرارات الحرمان قائمة على أسباب تسوغها.

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة القضاء الإداري المصرية في حكمها الصادر في1957/4/21 أنه " من حيث أن قرارات الحرمان أو الاستبعاد تخضع لرقابة القضاء الإداري ويجوز الطعن فيها أمامه بالإلغاء لإساءة استعمال السلطة إذا كان القرار قد صدر متسترا" بستار الصالح العام ويخفي غير ذلك أو لأسباب لا تتصل به كالأسباب السياسية مثلا، كما يجوز الطعن بالإلغاء لعدم قيام الأسباب المبررة للاستبعاد أو الحرمان أو لعدم صحة هذه الأسباب" [1]

وكذلك قررت المحكمة الإدارية العليا المصرية أنه " يشترط دائماً فيمن يتقدم للتعاقد مع الإدارة أن يكون متمتعا بحسن السمعة واستطردت قائلةً "إن للإدارة حق أصيل في استبعاد من ترى استبعادهم من قائمة عملائها ممن لا يتمتعون بحسن السمعة ولها مطلق التقدير في مباشرة هذا الحق لا يحدها في ذلك إلا عيب

([1]) راجع حكم القضاء الإداري الصادر في ٢١/٤/١٩٥٧ القضية رقم ٢٩٤٦ لسنة 7 ق _مجموعة احكام السنة 11 ق ص 369.

إساءة استعمال السلطة ورتبت على ذلك أنه "يجوز لها بمقتضى هذا الحق أن تشطب اسم المتعهد إذا استعمل الغش حتى لو لم يفسخ العقد لهذا السبب [1].

وقد تأكد ذلك في حكم آخر لها صدر بتاريخ 1982/1/16 بشأن قرار بشطب اسم المتعهد من عداد الموردين قالت فيه "ليس من ريب أن القرار الذي تصدره الإدارة بشطب اسم المتعهد من عداد الموردين المحليين إذا استعمل الغش في تنفيذ التزاماته المقدمة يعتبر من القرارات الإدارية النهائية. وينطبق عليه كافة الأحكام الخاصة بالقرارات الإدارية النهائية ويجوز الطعن فيها بالإلغاء في المواعيد المقررة قانوناً".

كما أقر مجلس الدولة الفرنسي المبدأ ذاته فأجاز استبعاد بعض العطاءات المقدمة في عملية تعاقدية معينة بدعوى عدم توافر الشروط في هذه العطاءات أو لورودها بعد الميعاد، وقد حكم المجلس بأن "القرار الصادر برفض السماح للطالب بالاشتراك في المناقصة ذو طبيعة تبيح الطعن بالإلغاء لتجاوز السلطة" .[2]

كما قبل مجلس الدولة الفرنسي الطعن المقدم من المقاولين أو الموردين الذين استبعدوا بصورة غير مشروعة من دخول المناقصة بالطعن في قرار المناقصة ذاته[3] .

بالنسبة لقرار الحرمان[4] لا يتم إلا وفقا لمصلحة الجهة الإدارية بمعنى أن اقتراف المقاول لفعل يستوجب حرمانه من الدخول في التنافس على العقد الحكومي لا يستتبع صدور قرار بالحرمان من الجهة الإدارية إذ أن الأمر موكول بمصلحة الجهة الإدارية وفقا لمطلق سلطتها التقديرية لتقدر هل الفعل الذي اقترفه مقدم العطاء يستوجب صدور قرار الحرمان أم أن هناك بعض الظروف المحيطة بالفعل المقترف و مدى وجود التعمد في اقتراف الفعل المستوجب للحرمان من عدمه كذلك مدى وجود إهمال جسيم من قبل المقاول من عدمه و يرجع في سبيل تحديد ذلك إلي العوامل الأتية:

([1]) راجع في ذلك حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر في 1967/12/17 – رقم 1067 – مجموعة المبادئ في العقود 15 سنة ص 117 لسنة 24 ق – غير منشور.

([2]) – C.E laborieuse S –، Societe، 1901

([3]) حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر بتاريخ 1906/6/30.

([4]) في تفصيل ذلك يراجع FAR 9.406 Debarment.

أ. هل كان مقدم العطاء – وقت أن اقترف الفعل الذي يستوجب الحرمان – يملك نظام مراجعة داخلي فعال أم لا وهذا يفيد في معرفة مدى التزام مقدم العطاء بحيث يمكن أن يعذر إذا ما ارتكب خطأ أم أنه مقاول مهمل لا يمتلك نظام مراجعة داخلي وبالتالي يستحق أن يصدر قبله قراراً بالحرمان.

ب. هل قام مقدم العطاء بإعلام الجهة الإدارية بالفعل الذي يستوجب قرار الحرمان أم أن الجهة الإدارية قد علمت بهذا الفعل عن طريق آخر بعيداً عن مقدم العطاء.

ت. هل قام مقدم العطاء بإجراء تحقيق داخلي عن سبب حدوث الفعل المستحق عنه قرار الحرمان وفي حالة وجود مثل هذا التحقيق هل وضعت نتائج التحقيق تحت تصرف الجهة الإدارية أم لا؟

ث. في حالة قيام الإدارة بالتحقيق في الفعل الذي اقترفه مقدم العطاء والذي يستحق عنه الحرمان هل كان مقدم العطاء متعاونا مع الإدارة في هذا التحقيق، وفي حالة ما إذا وصل الأمر للمحكمة هل كان المقاول متجاوباً مع المحكمة بإعطائها المعلومات الكافية التي تطلبها أم أنه كان غير متعاون وحاول مثلاً إخفاء معلومات عن المحكمة أو عن الجهة الإدارية التي تقوم بالتحقيق.

ج. هل قام المقاول – بعد قيامه بالفعل المستوجب للحرمان – بدفع تعويض للإدارة من تلقاء نفسه أو على أقل تقدير اتفق معها علي تعويض اتفاقي يجبر الضرر الذي حدث لها بالإضافة إلى التكاليف التي تكبدتها الإدارة من جراء قيامها بالتحريات اللازمة والتحقيقات حول الفعل الذي ارتكبه مقدم العطاء. كذلك في حالة ما إذا كان ذلك الفعل يستوجب تغريم مقدم العطاء بغرامة مالية من قبل المحكمة هل وافق الأول على دفع تلك الغرامة أم أنه حاول المماطلة –بأي وسيلة كانت – في دفعها.

ح. هل قام مقدم العطاء باتخاذ الإجراءات التأديبية حيال الموظف المتسبب في الفعل المستوجب لقرار الحرمان أم أن مقدم العطاء غير مكترث بما حدث وما قام به هذا الموظف قد مر مرور الكرام دون عقاب أو اتخاذ إجراءات تأديبية قبله.

خ. هل قام مقدم العطاء بعد ارتكابه للفعل المستوجب لقرار الحرمان بإعادة ترتيب نظام الشركة الداخلي بحيث يستحدث نظاما مراجعياً يمكنه من عدم ارتكاب مثل هذا الخطأ في المستقبل أم لا.

د. هل يدرك مقدم العطاء خطورة الفعل الذي ارتكبه والمستوجب للحرمان أم أنه لا يكترث بهذا الفعل وهو ما يجعله مقاولاً مهملاً مستحقاً لقرار الحرمان الذي ستصدره الإدارة قبله.

ذ. هل هناك أية إجراءات اتخذها المقاول في محاولة منه للتخفيف من أثار الفعل الذي اقترفه والمستوجب الحرمان بسببه، ويرجع في تقدير ذلك الفعل – ومدى كفايته في تخفيف حدة المخالفة التي ارتكبها من عدمه – إلى جهة الإدارة.

يلاحظ من العرض السابق أن قرارات الحرمان التي تصدر بناء على سلطة الإدارة التقديرية بشأن كفاءة المتعهد يجب أن تبنى على أسباب المصلحة العامة أو التنفيذ الجبري للعملية موضوع العقد[1] ، **لذا فمن المقتضى أن يصار إلى شرح حالات الحرمان من التعاقد، وبيان موقف القضاء منها، تجنباً لسوء استخدامها من قبل الإدارة، لا سيما وأن اختصاص الأخيرة يعد اختصاصاً تقديرياً.**

وعليه سوف نقسم هذا الفصل إلى مبحثين نتحدث في الأول عن حالات الحرمان نتيجة إخلال المتعاقد بالتزاماته القانونية في المرحلة السابقة لإتمام إبرام العقد، و نخصص الثاني للحديث عن حالات الحرمان من التعاقد مع الإدارة نتيجة إخلال المتعاقد بالتزاماته أثناء تنفيذ العقد وفق الآتي:

([1]) عياد، 1973، ص149.

المبحث الأول

حالات الحرمان نتيجة إخلال المتعاقد بالتزاماته القانونية

في المرحلة السابقة لإتمام إبرام العقد

يعني مبدأ حرية المنافسة حرية دخول المناقصة، فإن هذا المبدأ يتحدد بما يكون للإدارة من سلطة في تقرير حرمان أحد الأشخاص أو الشركات من التقدم للمناقصات العامة التي تجريها. وقرار الإدارة بالحرمان قد يكون مؤقتاً وقد يكون غير محدد المدة. وقد يكون مانعاً للشخص من التقدم إلى جميع المناقصات والمزايدات العامة التي تجريها الإدارة، وقد يقتصر على بعضها.

وفي كل الأحوال يترتب على قرار الإدارة بالحرمان عدم قبول العروض التي يتقدم بها الشخص المحروم حتى ولو كانت هذه العروض مستوفية لكافة الشروط التي حددتها الإدارة[1] .

وعلاوة على سلطة الإدارة في حرمان الأفراد والشركات من دخول المناقصات العامة، فإن القانون قد ينص في حالات محددة على الحرمان كعقوبة تبعية.

وحرمان الأفراد والشركات من دخول المناقصات العامة قد يكون حرماناً جزائياً وقد يكون حرماناً وقائياً، ونبين ذلك على التفصيل التالي من خلال مطلبين نبين في الأول: حالات الحرمان الناجمة عن إخلال المتعاقد بالتزاماته القانونية في مرحلة إبرام العقد ونبين في الثاني: حالات الحرمان الناجمة عن الإخلال بالالتزامات غير المرتبطة بإبرام العقد.

([1]) عياد، 1973، ص 151.

المطلب الأول

حالات الحرمان الناجمة عن إخلال المتعاقد بالتزاماته القانونية في مرحلة إبرام العقد الإداري

تعد العقود الإدارية عقود يحكمها مبدأ مهم هو حرية الدخول في التنافس على العقد الإداري والذي يعني فيما يعنيه إعطاء فرص متساوية للكافة في التنافس على الفوز بالعقد الإداري، بيد أنه ليس من المنطق بشيء أن يتم السماح لمن ارتكب خطأ عقدياً فادحاً مع الإدارة في أحد التعاقدات السابقة بالدخول في التنافس على العقد الإداري وأن يمر ما اقترفه من خطأ عقدي فادح في عقود سابقة مرور الكرام، لذلك كان لابد من إعطاء الإدارة امتيازاً باستبعاد بعض العارضين بعد دخولهم في التنافس على العقد الإداري وحرمان البعض الآخر من الدخول فيها ابتداءً وبصورة وقائية.

حيث يتم حرمان مقاول معين أو شركة معينة قبل إبرام العقد الاداري من المشاركة في التنافس للفوز بعقد إداري، والحرمان على هذا النحو قد يكون حرماناً جزائياً لسبق ارتكاب الشخص أخطاء معينة مثل تنفيذه المعيب لعقد سابق مع الإدارة، أو بسبب ارتكابه مخالفةً قانونية، ومن الحالات التي نص فيها القانون على الحرمان الجزائي حالة الحكم بعقوبة جنائية يستلزم حتماً حرمان المحكوم عليه من القبول في أي خدمة في الحكومة مباشرةً أو بصفته متعهداً أو ملتزم أياً كانت أهمية الخدمة، كذلك توجد حالة أخرى للحرمان الجزائي وهي المنصوص عليها في المادة 24 من القانون المصري رقم 89 لسنة 1998 والملغى بالقانون رقم 182 لعام 2018 وهي حالة ما إذا استعمل المتعاقد مع الإدارة الغش أو التلاعب للحصول على العقد حيث يتم شطب اسم المتعاقد من لائحة الموردين ويترتب بالطبع على هذا الشطب حرمان المشطوب من دخول المناقصات والممارسات العامة وذلك حتى يتم قيده في سجل الموردين[1].

وكما يكون الحرمان بسبب جزائي، من الممكن أن يكون الحرمان وقائيا سابقاً لإبرام العقد بمنع أشخاص محددين بصفاتهم من الدخول في التنافس على العقد الإداري ومن ذلك ما نصت عليه المادة 26 من

([1]) عبد اللطيف، 2009، ص 108.

القانون182 لسنة 2018 والتي نصت على أنه " يحظر على العاملين بالجهات التي تسري عليها أحكام هذا القانون التقدم بالذات أو بالواسطة بعطاءات أو بعروض لتلك الجهات كما لا يجوز شراء أشياء منهم أو تكليفهم بالقيام بأعمال، كما يحظر على العاملين بتلك الجهات الدخول – بالذات أو بالوساطة – في المزايدات أو الممارسات بأنواعها إلا إذا كانت الأشياء المشتراة لاستعمالهم الخاص و كانت مطروحة للبيع عن طريق جهات أخرى غير جهة عملهم و لا تخضع لإشراف هذه الجهة". وكذلك نجد حظراً مماثلاً أوردته المادة 95 من الدستور المصري لعام 2014حينما نصت على أنه"... لا يجوز لعضو مجلس الشعب أثناء مدة عضويته أن يشتري أو يستأجر شيئاً من أموال الدولة أو أن يؤجرها أو يبيعها شيئاً من أمواله أو أن يقاضيها عليه أو أن يبرم مع الدولة عقداً بوصفه ملتزماً أو مقاولاً..." ويسري هذا الحظر على أعضاء مجلس الشورى استنادا إلى المادة 205 من الدستور، وقد أحسن المشرع صنعاً بنصه على هذا الحظر في محاولة منه لإضفاء الشفافية علي إجراءات إتمام العقد الإداري، كذلك فإن حظر المشرع دخول أعضاء مجلس الشعب أو الشورى إلى المناقصات التي تبرمها الجهات الإدارية هو أمر مبرر إذ أنه ينأى بأعضاء المجلسين عن الشبهات التي قد تحوم حول حصولهم على الصفقات الحكومية، كذلك فإن اشتغال أعضاء المجلسين بمحاولة الفوز بالعقود الحكومية أمر يتنافى مع ما يجب أن يتمتع به أعضاء المجالس النيابية من تفرغ لعملهم النيابي[1] وإن الإدارة لو لم تملك سلطة حرمان بعض الأشخاص من الدخول في المنافسة على العقد الحكومي لأدى ذلك الى دخول موظفين حكوميين ممن قد يكونوا عالمين ببعض أسرار الجهة الإدارية وهو يؤدي إلى الإخلال بمبادئ الشفافية ويضعف ثقة المتعاملين مع الإدارة فيها.

وهذا ما أكده القانون السوري رقم 51 لعام 2004 في المادة 11 الفقرة 5 حيث حظر الاشتراك أو الدخول في التعاقد مع الجهات الحكومية على كل من العاملين في إحدى الجهات العامة وعلى أعضاء المكتب التنفيذي للإدارة المحلية ضمن محافظته تحديداً. [2]

([1])عبد اللطيف، 2009، ص 109.

([2]) القانون رقم 51 الخاص بنظام العقود، ص 15.

ويعتقد الباحث أنه كان يجدر بالمشرع السوري أن يوسع من نطاق الأشخاص المحرومين من التعاقد مع الجهات الحكومية ليشمل أقاربهم حتى الدرجة الثالثة، إذ من الممكن أن نجد البعض يؤسسون شركات بأسماء أقاربهم ويحصلون تبعاً لها على عقود إدارية ملتفين على الحظر المفروض عليهم في هذا الصدد.

المطلب الثاني

حالات الحرمان الناجمة عن إخلال المتعاقد بالتزاماته غير المرتبطة بإبرام العقد

حدد المشرع في كل من سورية ومصر الحالات التي يجوز فيها للإدارة استبعاد العروض غير المطابقة للشروط المقررة[1] في القانون ويقصد بذلك مخالفة الشروط التي نص عليها المشرع للاشتراك في المناقصات، أو تلك الحالات الناجمة عن قرار حرمان سابق[2]، أو لارتكاب المتعاقد جرم لا يرتبط بالعقد أو لعدم توافر الشروط التي يتضمنها دفتر الشروط الملحقة بالعقد.

ويعد هذا النمط من الحرمان من أهم مظاهر السلطة العامة التي تتمتع الإدارة بها في مرحلة تكوين العقد، إذ يخول الإدارة سلطات استثنائية تتعارض مع المبادئ الأساسية السائدة في نطاق القانون الخاص، ولا يجوز مباشرتها إلا من قبل الإدارة حصرياً.[3]

وإذا تحققت أي حالة من الحالات المنصوص عنها في القانون، تصدر الإدارة قراراً بالحرمان، ويترتب على هذا القرار عدم قبول العروض أو عدم جواز التقدم الى المناقصة حتى لو كانت هذه العطاءات مستوفية

([1]) منصور، 1996، ص 292، ود. حمدي حسن الحلفاوي، 2003، ص 147، وتوجد فروق جوهرية بين الحرمان والاستبعاد، فالحرمان إجراء شخصي ينصب على شخص معين بالذات– طبيعي أو معنوي، على عكس الاستبعاد فهو إجراء موضوعي يلحق عطاء معين وليس شخصا من الأشخاص.

([2]) الحلفاوي، 2003، ص147.

([3]) عياد، 1973، ص 150.

لكافة الشروط التي تطلبتها الإدارة، ويبقى مبدأ المنافسة الحرة قائماً ومنتجاً لآثاره في خارج سلطة الإدارة في الحرمان والاستبعاد [1].

ومن ثم فإن الحرمان بهذه المنزلة هو إجراء يتيح للإدارة منع الشخص المحروم من الدخول في تعاقدات معها، ويوقع الحرمان الجزائي على شخص معين– طبيعياً كان أو معنوياً– إما بنص القانون، أو لإخلاله بالتزامات تعاقدية سابقة[2]، أو لارتكابه جرم شائن بعيد عن العلاقة العقدية أدى الى حرمانه أو استبعاده، فما ماهيّة كل صورة من صور الحرمان الجزائي؟

أ– الحرمان الجزائي بنص القانون: الحرمان الجزائي بنص القانون يمكن أن يكون في صورة عقوبة أصلية[3] أو عقوبة تبعية[4] عن أفعال ارتكبها الشخص المحروم، ومن ثم لا يعد تفعيل سلطة الإدارة في توقيع جزاء الحرمان في هذه الحالة سوى مجرد تطبيق للنصوص القانونية.

فالأصل في الاستبعاد أن يكون وجوبيا مقرراً بموجب القوانين والأنظمة والتعليمات، وذلك حتى لا يتقدم للمناقصة إلا الصالحون من الأفراد والقادرون منهم لكي توفر الجهد والوقت على لجان الفحص والبت[5].

ولكن من جانب آخر تخضع قرارات الحرمان أو الاستبعاد لرقابة القضاء الإداري، ويجوز الطعن فيها بالإلغاء لإساءة استعمال السلطة لعدم قيام الأسباب المبررة للاستبعاد أو الحرمان أو لعدم صحة هذه الأسباب[6].

([1]) عياد، 1973، ص151.

([2]) غانم، 2007، ص 94.

([3]) ومثال الحرمان كعقوبة أصلية ما نص عليه تقنين عقود الشراء العام الفرنسي من حرمان الأشخاص الطبيعية أو المعنوية الذين لم يقدموا إقراراتهم الضريبية حتى ديسمبر من السنة السابقة التي جرى فيها الإعلان عن المناقصة، مشار إليه: سعدي، 2005، ص 184.
وينطبق الأمر نفسه على من يتخلف من هؤلاء الأشخاص عن سداد الالتزامات التي ترتبها قوانين التأمين الاجتماعي وفق المادة (52) من القانون المشار إليه في حين لا نجد نظيراً لمثل هذا الحكم في القانون المصري.

([4]) ومثال الحرمان كعقوبة تبعية ما نص عليه التقنين الفرنسي سالف الذكر في المادة 496 منه وذلك في الحالات الآتية:
أ– حالة الحكم بعقوبة جنائية في إحدى المخالفات المنصوص عليها في قانون الضريبة العامة.
ب– المشروع الذي يتصرف باسمه شخص محظور عليه دخول المناقصات العامة. مشار إليه عند: سعدي، 2005، ص184.

([5]) خماس والدليمي، 1992، ص 88.

([6]) حكم المحكمة الإدارية العليا في 9 مايو سنة 1959، 42 قضائية، ص 1254.

ب- الحرمان الجزائي بنص القانون كعقوبة تبعية: أورد قانون العقوبات المصري نصا عاما حيث تقتضي المادة (25/ 4) منه بأن: " كل حكم بعقوبة جنائية يستلزم حتما حرمان المحكوم عليه من الحقوق والمزايا، الآتية:

- القبول في أي خدمة في الحكومة مباشرة أو بصفته متعهدا أو ملتزما أيا كانت أهمية الخدمة." [1]

- يستبعد العطاء المقدم من شخص حكم عليه بالإفلاس أو التجريد وذلك كنتيجة لفقد الاعتبار بسبب الحكم بالإفلاس أو التجريد من الحقوق المدنية"[2].

وفي هذه الحالات يستند الحرمان إلى نصوص القانون، ومن ثم لا تعدو سلطة الإدارة في ممارسة هذا الحق أن تكون مجرد تطبيق وتنفيذ لهذه النصوص القانونية أي أنها سلطة مقيدة[3].

وموقف المشرع السوري متوافق مع المشرع المصري إذ نصت المادة 11 في فقرتها الرابعة من القانون رقم 51 لعام 2004: "يشترط فيمن يود الاشتراك في المناقصة ألا يكون محكوما بجناية أو جرم شائن مالم يرد له اعتباره".

كما نصت المادة 49 من قانون العقوبات السوري في فقرتها الثالثة "التجريد المدني يوجب حكماً الحرمان من حقه في أن يكون صاحب امتياز أو التزام من الدولة".

ج- الحرمان الجزائي الموقع من قبل الإدارة: في هذه الحالة يكون الحرمان الجزائي الموقع من جهة الإدارة، جزاء يوقع على المتعاقد مع الإدارة نتيجة إخلاله بالتزامات تعاقدية سابقة مع الإدارة[4]. أي: حرمان كل من سبق له التعامل مع الإدارة ووقع منه أثناء ذلك التعامل إخلال جسيم بالالتزامات غير التعاقدية، مما يجعله غير جدير بثقة الإدارة في التعاملات المستقبلية واستبعاده من بين المتقدمين للتعاقد[5] ومثال على ذلك أن يكون المتقدم إلى المناقصة قد ارتكب جرم رشوة مع أحد موظفي هذه الجهة، أما صور الإخلال الجسيم بالالتزامات

([1]) تنقسم العقوبات إلى اقسام مختلفة منها أصلية وتبعية وتكميلية، فالعقوبات الاصلية هي التي يجوز الحكم بها بصفة أصلية أساسية أي منفردة بغير أن يكون الحكم بها معلقا على الحكم بعقوبة أخرى لا يمكن تنفيذها إلا إذا قضى بها في الحكم، أما العقوبات التبعية فهي التي تتبع العقوبات الأصلية من تلقاء نفسها أي بقوة القانون ولو لم ينص عليها القاضي في منطوق حكمه، فمجرد الحكم بالعقوبة الأصلية يتضمن حتماً الحكم بالعقوبة التبعية وعلى سلطة التنفيذ أن تنفذها من تلقاء نفسها، راجع في ذلك: سرور، 1981، ص817.

([2]) الطماوي، 1982، ص 260.

([3]) نصار، 1995، ص 17.

([4]) سعدي، 2005، ص 184.

([5]) الظاهر، 1997، ص 245.

التعاقدية مع الإدارة، والذي يترتب عليه حرمان ذلك المتقدم أو غيره من التعاقد مع الإدارة، حالة التلاعب التي يقوم بها المتعاقد، والذي يتجاوز الإهمال، لكنه لا يبلغ درجة الغش الذي يعكس عدم الجدية في تنفيذ التزاماته التعاقدية وهنالك حالة التنازل عن العقد للغير بدون موافقة الإدارة، وحالة انسحاب مقدم العطاء والامتناع عن توقيع العقد بعد إتمام الموافقة على ترسية العملية عليه، وتقديم ذلك العارض أسباباً وأعذاراً لا يمكن التسليم أو الاقتناع بها باعتبارها متجهة إلى ذلك الانسحاب[1].

وقد أشارت المحكمة الإدارية العليا المصرية بهذا الخصوص "إن من المسلمات أنه يجوز إصدار قرارات الاستبعاد بالنسبة للمتعهدين والمقاولين كجزاء بسبب العجز عن تنفيذ التزام سابق[2] .

وقررت محكمة القضاء الإداري المصرية أنه "إذا كان الثابت رفض العطاء الأكبر يرجع إلى ماضي صاحبه واختياره في سنة سابقة يدل على أنه لا يحترم التزاماته ولا يوفي بعهوده، فهي أسباب جدية كافية لرفض العطاء ولو كان أكبر عطاء[3] . وتقول المحكمة نفسها إن للإدارة اتخاذ قرارها بالحرمان لهذا السبب سواء نصت عليه العقود أم لم تنص عليه[4]. أي أنه جزاء يخضع لأحكام نظرية الجزاءات في العقد الإداري [5]وسلطة الإدارة في توقيعه على المتعاقد معها تخضع لرقابة القضاء[6]، وتستطيع الإدارة تطبيق هذا الجزاء بقرارات إدارية استناداً إلى امتياز التنفيذ المباشر الذي تمارسه الإدارة إعمالاً للسلطة العامة المخولة لها قبل الأفراد[7].

([1]) كنعان، 2005، ص336.

([2]) حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في القضية رقم 954، السنة 6 ق، الصادر بتاريخ23/ 12/ 1962، مجموعة الأحكام القضائية التي قررتها المحكمة في عشر سنوات، ص1754.

([3]) حكم محكمة القضاء الإداري المصرية في القضية 366، لسنة 5ق، الصادر بتاريخ1951/5/29، مجموعة أحكام محكمة القضاء الإداري، السنة الخامسة، البند290، ص 977.

([4]) ينظر حكم محكمة القضاء الإداري المصرية في 1956/3/30 إذ تقول فيه "إذا ثبت من وقائع الدعوى أن تأخير المقاول كان ناشئاً عن تراخيه". مما اضطر وزارة الأشغال قرارها بمنعه من القيام بعمليات المقاولات التي تطرحها، فهو قرار صحيح لا تشوبه شائبة. مجموعة أحكام المحكمة في خمسة عشر عاماً، الجزء الثاني، ص 1890.

([5]) الحلفاوي، 2001، ص 149. نصار، 1995، ص 17.

([6]) نصار، 1995، ص17. عياد، 1973، ص154.

([7]) عياد، 1973، ص 153، شحاته، 1954، ص 682.

وقد يكون العقد أو دفاتر الشروط قد تضمنا النص على هذا الجزاء بشروط معينة، ففي هذه الحالة يتعين عدم توقيع هذا الجزاء إلا إذا توافرت شروطه ومبرراته.

فالأصل أن الحرمان الجزائي لا يجوز توقيعه إذا لم تتحقق أسبابه[1] . أما إذا لم يوجد مثل هذا النص في العقد أو في دفاتر الشروط، فإن الحال في مصر أن قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة رقم 182 لعام 2018 ينص على الحرمان كعقوبة تبعية مع جزاء فسخ العقد توقعها الإدارة على المتعاقد معها فيما إذا ما استعمل المتعاقد بنفسه أو بواسطة غيره الغش أو التلاعب في تعامله مع الجهة المتعاقدة أو في حصوله على العقد، ويشطب اسم المتعاقد من سجل الموردين أو المقاولين. ويتم بناء على طلب المتعاقد الذي شطب اسمه إعادة قيده في سجل الموردين أو المقاولين إذا انتفى سبب الشطب بصدور قرار من النيابة العامة بعدم إقامة الدعوى الجنائية ضده، أو بحفظها إدارياً، أو بصدور حكم ببراءته مما نسب إليه، على أن يعرض قرار إعادة القيد على الهيئة العامة للخدمات الحكومية لنشره بطريق النشرات المصلحية[2].

ومن حق الإدارة استبعاد العروض غير القانونية لأنه الأصل في الاستبعاد وجوبياً، لذا لا تتمتع الإدارة بصدده بأية سلطة تقديرية، فلا تستطيع الإدارة قبول عطاء غير مشمول مقدما بشروط المناقصة أو أن الشركة غير مؤسسة بشكل صحيح... الخ، وكذا الحكم فيما لو أبرم عقد مع المقاول الذي يجب حرمانه ابتداء مما يؤثر على قانونية العقد المبرم، هذا ويشترط لصحة قرارات الاستبعاد أن تتوافر فيها الشروط الآتية[3] :

– أن يتم من خلال تحليل العروض وبعد فتح المظاريف.

– ألا تتم بالنظر إلى الأسعار والمواصفات، وإنما بالشروط الخاصة بالعطاء كونه مشمولا بالتقديم من عدمه.

([1]) نصار، 2005، ص142–143. وراجع حكم المحكمة القضاء الإداري الصادر في 1961/1/13، المجموعة، السنة 15، رقم 71، ص90.

([2]) راجع الفقرة (أ) من المادة (24) من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات رقم 89 لسنة1998، ولقد تطلبت المادة المشار إليها ضرورة إخطار الهيئة العامة للخدمات الحكومية بذلك لنشر قرار الشطب بطريق النشرات المصلحية. والفقرة (أ) من المادة (24) مستدرك بالعدد 20 مكرر في 16 مايو سنة 1998. وقد كانت اللائحة التنفيذية للقانون رقم 236 لسنة 1954 (الملغي، بشأن تنظيم المناقصات والمزايدات في المادة (85) منه تنص على الحرمان الجزائي كعقوبة تبعية على المقاول أو المتعهد في حالتين: أ– إذا استعمل الغش أو التلاعب في معاملته مع المصلحة أو السلاح. ب– إذا ثبت أن المتعهد أو المقاول شرع بنفسه أو بواسطة غيره بطريق مباشر أو غير مباشر في رشوة أحد موظفي الحكومة أو مستخدميها أو عمالها أو التواطؤ معه إضراراً بالسلاح أو بالوزارة (الخزينة). ولقد وردت هذه الأحكام في نص المادة (27) من قانون المناقصات والمزايدات الملغي رقم 9 لسنة1983 مع اختلاف طفيف في الصياغة حيث وردت الجهة الإدارية بدلا من المصلحة أو السلاح.

([3]) العبودي، 2009، ص63.

– لا يجوز للجنة المذكورة العدول عن قرارها بالاستبعاد إلا في حالة شرط إكمال الوثائق أو شرط إعادة الفحص، كما لا يجوز أن تقرر قبول العطاء بعد ان تم استبعاده

– إن الإدارة غير ملزمة بإخطار مقدم العطاء للحضور والدفاع عن نفسه بل يكفي أن تقرر اللجنة وتعلم به الرئيس الإداري المختص.

المبحث الثاني

حالات الحرمان من التعاقد مع الإدارة نتيجة إخلال المتعاقد بالتزاماته أثناء تنفيذ العقد

تختلف حالات الحرمان الناجمة عن إخلال المتعاقد بالتزاماته العقدية عن حالات الحرمان الوقائي وحالات الحرمان بقوة القانون.

وتقسم هذه الحالات بدورها إلى نوعين، هما الحرمان الجزائي والحرمان الوقائي، وعليه ستتم معالجة هاتين الحالتين من خلال مطلبين اثنين على النحو الآتي:

المطلب الأول

الحرمان من التعاقد نتيجة ارتكاب الغش والتلاعب أثناء تنفيذ العقد

حرص المشرع على أن تكون الالتزامات الواقعة على المتعاقد مع الإدارة التزامات شخصية يتعين عليه تنفيذها بنفسه بطريقة تتفق مع مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود، إلا إذا وافقت الجهة الإدارية وفقاً للمحددات والاشتراطات التي تضعها على تعاقده من الباطن[1]، ومع ذلك لا يستطيع أن يتحلل من مسؤوليته بالادعاء بأن الفعل الموجب لمسؤوليته وقع من مندوبه دون علمه أو دون رضاه، ففي جميع الأحوال يظل المتعاقد شخصياً ودون غيره مسؤولاً أمام الجهة الإدارية المتعاقدة عن الغش في تنفيذ العقد.

([1]) للمزيد من التفاصيل حول التعاقد من الباطن انظر: الأحمد، 2001، ص215.

كما منح المشرع للسلطة الإدارية المتعاقدة امتيازات واسعة في مجال العقود الإدارية، منها الإشراف على التنفيذ وفرض الجزاءات الإدارية، والتنفيذ على الحساب، ومصادرة التأمين، هذا بالإضافة إلى اللجوء إلى الجزاء الجنائي عن طريق المحكمة الجنائية المختصة لإنزال العقاب على المتعاقد المقصر أو الذي يقوم بالغش أو التدليس في تنفيذ العقد.

يُعد ارتكاب الغش في تنفيذ العقود الإدارية من أهم تطبيقات إخلال المتعاقد مع الجهة الإدارية في تنفيذ بنود العقد الإداري، ولذلك كانت حتمية العقاب الجنائي لمواجهة ارتكاب المتعاقد لجريمة الغش في تنفيذ العقد الإداري لما تتصف به هذه الجريمة من خطورة على المرافق العامة، وإضرار بالمال العام، وبعكس أي إخلال آخر يرتكبه المتعاقد مع الإدارة، فإن الغش في تنفيذ بنود العقد يُعد كافياً بذاته لعقاب المتعاقد الذي يرتكب هذه الجريمة، وعليه سوف نتناول هذا المطلب من خلال فرعين اثنين، نخصص الأول لدراسة مفهوم الغش والتلاعب المبرر للحرمان الجزائي، أما الفرع الثاني فنخصصه لدراسة اثبات الغش والتلاعب أثناء تنفيذ العقد.

الفرع الأول: مفهوم الغش والتلاعب كسبب للحرمان من التعاقد:

لابد من تحديد مدلول الغش والتلاعب الذي يبرر أي منهما استعمال الإدارة سلطتها في الحرمان الجزائي للمتعاقد معها.

أكدت المحكمة الإدارية العليا في مصر على أنه لكي يتم التأكد من الغش لابد من ثبوت علم المتعهد بمخالفة الشيء المسلم منه من حيث نوعه أو طبيعته أو صفاته الجوهرية التي جرى التعاقد عليها، وبما ينطوي عليه هذا العلم من الخداع من جانبه، أما التلاعب فهو الذي يجاوز الإهمال ولا يرقى إلى مرتبة الغش، ويتعذر حصر مختلف أساليبه وشتى صوره، حيث يفترض إتيان المتعهد أعمالاً تنم عن عدم الجدية في تنفيذ التزامه،

ومحاولته استغلال الثغرات للتحلل منها ابتغاء الحصول على منفعة غير مشروعة على حساب المصلحة العامة التي يهدف إليها العقد الإداري .[1]

وقد حددت المحكمة الإدارية في مصر مفهوم الغش الموجب للشطب بقولها " إن الغش أو التدليس الذي يخول جهة الإدارة شطب اسم المتعاقد الذي أدخل عليها غشاً يجب أن يثبت باعتباره عملاً عمداً باستعمال المتعاقد طرقاً احتيالية بنية التضليل للوصول إلى غرض غير مشروع، يجعل جهة الإدارة تصدر قرارها بعدم التعامل معه، وليس بالضرورة أن تكون هذه الطرق الاحتيالية طرقاً عادية تتمثل في سلوك إيجابي من المتعاقد، بل قد تكون سلوكاً سلبياً محضاً في صورة إخفاء المتعاقد عمداً بعض المعلومات الأساسية التي تجهلها جهة الإدارة، ويمتنع عليها علمها إلا عن طريقه على الرغم من علمه بأهمية هذه المعلومات ذاتها التي لو كانت تحت بصرها لما تعاقدت معه[2]. كما اعتبرت المحكمة الإدارية العليا أنه من قبيل الغش ما دأب عليه المتعهد من توريد أصناف غذائية بأقل من الكميات المطلوبة وغير الصالحة للاستهلاك البشري، هو أمر يكشف بما لا يدع مجالا للشك عن نية الغش بهدف الحصول على الأموال العامة دون وجه حق.[3]

بينما رفضت وسم المورد بالغش إذا انتفى علمه بمخالفة مواصفات التوريد، ولم يأت من الأفعال ما يخفي المخالفة عن جهة الإدارة، أو يجعل من المتعذر عليها اكتشافها، حين قضت بقولها:

" ومخالفة مواصفات التوريد لا تعتبر غشاً ما لم يثبت أن المورد كان على علم بهذه المخالفة، وأتى من الأفعال ما يخفي المخالفة عن جهة الإدارة، أو يجعل من المتعذر عليها اكتشافها، متى ثبت أن المورد

([1]) حكم في الطعن رقم 929، لسنة 9 ق، جلسة 1967/6/17، مجموعة السنة 15 في العقود الإدارية، ص257.

([2]) واستدلت الجمعية العمومية على توافر الغش في حق الشركة المعروض حالتها بأن الشركة المذكورة أخفت عمداً عن الجهة الإدارية معلومات أساسية هي أن اللورد (الكود) غير أمريكي الصنع وهي صفة جوهرية كانت محل تقدير عند الترسية عليها وصدور أمر التوريد لها ولجأت الشركة في ذلك إلى استعمال طرق احتيالية تمثلت في نزع الكارت المعدني من مكانه بهدف طمس الحقيقة عن بلد الصنع وفقاً لما جاء بتقرير لجنة المعاينة وتأكد ذلك من موقف الشركة بالرفض لتقديم شهادة بلد المنشأ وهو الأمر الذي يثبت في حقها الغش والتلاعب الذي يحق بناءً عليهما للجنة الإدارة شطبها من سجلات الموردين.

([3]) حكمها في الطعن رقم1225، لسنة 25ق، جلسة 1984/2/25، مجموعة مبادئ المحكمة العليا، السنة 29، العدد الأول، ق140، ص717.

الذي يشتري الجبن من الآخرين أو يتفق معهم على تصنيعه لا دليل على علمه بمخالفة الجبن للمواصفات أو اتفاقه على توريد جبن مخالف للعقد، فلا يفترض فيه العلم إلا إذا كان هو صانع الجبن الذي يورده." [1]

وتجدر الإشارة إلى أن مسألة تقدير مدى توافر الغش أو التلاعب المبرر أي منهما لشطب المورد من سجل الموردين، هو محض مسألة موضوعية تخضع لتقدير قاضي الموضوع.

ناهيك عن أن المشرع أوجب على الإدارة الرجوع إلى إدارة الفتوى المختصة لمجلس الدولة قبل استعمالها لحقها في الشطب[2] .

وبتحليل النظام القانوني لجزاء الشطب يمكن أن نتبين أن له نطاقين: أحدهما شخصي. والآخر زمني. وفيما يأتي تفصيل ذلك:

أولاً- النطاق الشخصي: لا يقتصر حظر التعامل كأثر لقرار الشطب أو الحذف من الجدول على المتعاقد المخالف فحسب، وإنما يتعداه إلى كل الذين ساهموا أو شاركوا معه في التغرير بالإدارة، والإخلال بحسن النية في تنفيذ التزاماته العقدية، إذ يتم وضعهم جميعا على قائمة أو جدول الممنوعين من التعامل مع أي من الجهات الإدارية. سواء أكانوا قد سبق لهم التعامل معها، أم لم يكونوا قد تعاملوا معها سابقا. وهؤلاء الذين يمتد إليهم نطاق الشطب بحظر التعامل معهم على نوعين:

إما أشخاص من العاملين في الجهة الإدارية ذاتها، كالموظفين أو العاملين بها، وإما أشخاص من الخارجين عن نطاقها كالمورد أو المقاول من الباطن[3].

وامتداد الحظر أو المنع إلى الأشخاص الآخرين مرهون بشرطين:

([1]) حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم 436، لسنة 22ق، جلسة 1985/4/9، س مجموعة مبادئ المحكمة العليا، السنة 30، العدد الثاني، ق140، ص 925.

([2]) لقد نصت المادة (135) من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات رقم 89 لسنة 1998 على "أن تخطر الهيئة العامة للخدمات الحكومية بالقرارات التي تصدرها الجهات المعنية، بعد اخذ رأي إدارة الفتوى المختصة بمجلس الدولة بشطب أو إعادة قيد أسماء المتعاقدين. وتتولى الهيئة نشر هذه القرارات وفقا لأحكام قانون تنظيم المناقصات والمزايدات".

([3]) الحلو، 2020، ص 128.

الأول: شرط العلم بالغش أو التلاعب الذي قام به المتعاقد.

الثاني: أن يكون لهم صلة مباشرة بتنفيذ العقد، أي أن يكونوا قد قاموا بالمساهمة في الغش والتحايل على الجهة الإدارية سواء بتنفيذ العقد بصورة مباشرة أو الإخلال بالتنفيذ بأية صورة أخرى[1] .

وتطبيقاً لذلك قضت المحكمة الإدارية العليا المصرية بأنه: غلظ قانون المناقصات والمزايدات الجزاء على استعمال الغش أو التلاعب لعلة ظاهرة، هي التلاعب إذ أن المتعاقد الذي يستعمل الغش إنما يقوم على خداع الإدارة بسوء نية، وهو عالم أن ما يقوم بتوريده لها مغشوش أو مخالف للمواصفات، أو بما يقع من تلاعب، يستوي في ذلك أن يقع الغش أو التلاعب من نفس المتعاقد أو ممن يستعين بهم في تنفيذ التزاماته التعاقدية. متى ثبت أنهم على علم بغشهم أو تلاعبهم.

ولذات العلة سوت اللائحة التنفيذية للقانون في الجزاء بين المتعاقد الذي يستعمل الغش أو التلاعب وبين المتعاقد الذي يشرع في رشوة أحد موظفي جهة الإدارة أو يتواطأ معه إضراراً بها[2].

وحتى لا يؤخذ المتعاقد بجريرة غيره ممن استعان بهم في تنفيذ التزاماته العقدية، فخانوا ثقتهم فيه، وتواطؤوا في التحايل على الإدارة، لا بد أن يكون على علم بهذا التواطؤ واتجهت إرادته إلى ذلك، أو ارتضى تحايلهم وشجعهم عليه ليجني من وراء ذلك كسبا معينا. فإن كان على غير علم به، فلا يمكن أن يوقع عليه هذا الجزاء، وإلا كان في ذلك مخالفته للمبدأ الدستوري بشخصية العقاب. ولذلك قضت المحكمة الإدارية العليا بأنه من غير المستساغ فسخ العقد ومصادرة التأمين وشطب اسم المتعهد من بين المتعهدين وعدم السماح له بالدخول في مناقصة حكومية إلا إذا قام الدليل المقنع من الأوراق على تواطؤ المدعي أو علمه بغش أو تلاعب من استعان بهم في أداء التزاماته.

ثانياً– النطاق الزمني للمنع أو الحرمان: لم تحدد النصوص المنظمة لقرار الشطب أو المنع أو الحرمان من التعاقد مدة زمنية محددة ينقضي بعدها المنع ويرفع اسم المتعاقد من قائمة الممنوعين من التعامل مع الإدارة.

([1]) حكم المحكمة الإدارية العليا: جلسة 1985/4/9، في الطعن رقم 22/436، ق، عليا، مجموعة السنة الثلاثين، ص، 92.

([2]) حكم المحكمة الإدارية العليا: جلسة 1966/5/14، في الطعن رقم 39/95، ق. عليا، منشور في: صادق، 1991، ص: 235.

كل ما هنالك أن قانون المناقصات ولائحته التنفيذية قد أجاز للمتعاقد السعي لدى الجهة الإدارية التي قررت منعه من التعامل معها ملتمسا رفع اسمه من سجل الممنوعين من التعامل معها، في أي وقت يشاء.

ولقد بينت المادة 24 من قانون المناقصات معدلاً بقانون 2006/4 شروط إعادة قيد المتعاقد الذي تم شطب اسمه بعضها في الفقرة الثالثة على أنه: ويتم بناء على طلب المتعاقد الذي شطب اسمه إعادة قيده في سجل الموردين أو المقاولين إذا انتفى سبب الشطب بصدور قرار من النيابة العامة بالأوجه لإقامة الدعوى الجنائية ضده أو بحفظها إداريا، أو بصدور حكم نهائي ببراءته مما نسب إليه. على أن يعرض قرار إعادة القيد على الهيئة العامة للخدمات الحكومية لنشره بطريق النشرات المصلحية.

يستنتج مما سبق أن المشرع المصري علق إعادة قيد المتعاقد المشطوب أو المحذوف اسمه من الجدول على ثلاثة شروط هي:

الأول: أن يكون ذلك بناء على طلب يتقدم به هو شخصياً أو وكيل عنه.

الثاني: زوال مبرر الشطب، وهو ما يتحقق بصدور قرار قضائي من النيابة العامة لإقامة الدعوى الجنائية ضده فيما نسب إليه من استعماله بنفسه أو بواسطة غيره الغش أو التلاعب في التعامل مع الجهة الإدارية، أو حصوله على العقد، أو حفظ التحقيق إلى هذه الاتهامات إداريا، أو صدور حكم نهائي ببراءته عما نسب إليه منها، ضرورة عرض هذا القرار على الهيئة العامة للخدمات الحكومية.

الثالث: صدور قرار بإعادة القيد من الجهة الإدارية المختصة، هو أن تقوم بنشره في النشرات المصلحية باعتبار الجهة المختصة تثير قرار الشطب أو الحذف، فيكون من باب أولى قيامها بنشر القرار المضاد له أي قرار إعادة قيده.

ومن ناحية أخرى: إن قرار الشطب هو من القرارات الإدارية المنفصلة، وليس قراراً إدارياً متصلاً بالعقد الإداري، بافتراض أنه يصدر بعد انتهاء العقد وزواله، لذا فهو يخضع لأحكام القرارات الإدارية، لاسيما إمكان الطعن فيه بالإلغاء[1].

غير أن الطعن فيه بالإلغاء لا يتقيد بميعاد الستين يوما المتطلبة لقبول هذا الطعن؛ ذلك لأن قرار الشطب يعد من القرارات الإدارية المستمرة في ترتيب آثارها. بمعنى أن بقاءه قائما يعني التعديل المستمر للمركز القانوني للمتعاقد، على نحو يحول دون دخوله المناقصات التي تجريها الإدارة ما دام القرار قائما؛ ولذا فإنه يجوز له أن يطلب من الإدارة سحبه كما يمكنه الطعن فيه، حتى بعد فوات ميعاد السحب أو الطعن قضائياً[2]؛ لذا ذهبت المحكمة الإدارية العليا إلى أن: قرار حظر التعامل مع المورد هو قرار مستمر، لا يتقيد طلب إلغائه بالميعاد القانوني لدعوى الإلغاء[3].

أما المشرع السوري فقد نص في الفقرة ب من المادة 58 من نظام العقود الموحد رقم 51 لعام 2004 "يجوز لرئيس مجلس الوزراء أو الوزير إعادة النظر في القرارات المتخذة بموجب البند السابق بعد مرور سنة واحدة على الأقل".

ومن جانبنا نرى ضرورة أن يحدد القانون مدة زمنية لسريان الشطب أو المنع ولعل مدة خمس سنوات تكون كافية، يرفع بعدها اسم المتعاقد من قائمة الممنوعين من التعامل مع الإدارة مباشرة، بشرط أن يثبت ابتعاده عن ممارسة الأخطاء التي أدت إلى قرار شطبه، أو اشتهر في مجال المعاملات بحسن السمعة وشرف التعامل، أو بوجه عام انتفاء المبرر الذي كان وراء قرار الشطب سواء كان مالياً أو فنياً أو أخلاقياً وهو الاتجاه الذي تبناه المشرع السوري بأن لم يدع قرار المنع ذا مدة محدودة بأن جعل الحرمان مؤقتا" بحد أقصى لا يتجاوز الخمس سنوات[4].

([1]) حكم المحكمة الإدارية العليا: جلسة 1982/1/16، في الطعن رقم 24/724 ق. عليا، مجموعة السنة السابعة والعشرين، ص:236. وانظر أيضاً: الحلو، 2020، ص: 126.

([2]) حكم المحكمة الإدارية العليا: جلسة 1984/2/25، في الطعن رقم 25/1225 ق. عليا، مجموعة السنة التاسعة والعشرين، ص709.

([3]) المحكمة الإدارية العليا: جلسة 1985/4/9، الطعن رقم 22/436 ق. عليا، مجموعة السنة الثلاثين، ص:925.

([4]) نظام العقود الموحد في سورية الصادر بالقانون رقم 51 لعام 2004 المادة 58 فقرة أ.

الفرع الثاني: إثبات الغش والتلاعب أثناء تنفيذ العقد:

يقتضي مبدأ الشفافية أن يقوم المتعاقد بتنفيذ العقد الإداري واحترام الشروط الواردة فيه. ومما يشكل خرقاً لهذا الالتزام استعمال المتعاقد الغش الذي يخل بمبدأ حسن النية، كما يؤدي لإهدار فكرة الاعتبار الشخصي في العقد الإداري ومن ثم فسخ العقد تلقائيا[1] .

ويكون مجال الغش في العقود الإدارية ذا معنى واسع، لأن الغاية المستهدفة من الجزاء على اقترافه تتمثل في ضمان تنفيذ العقد على الوجه الأكمل وحرمان من لجأ إلى وسائله من التعامل مع جهة الإدارة مما يستتبع تحقيق المصلحة العامة، وتؤكد ذلك محكمة القضاء الإداري المصري في حكم لها حيث قضت: (ويتعين الفصل والتفرقة بين مفهوم الغش في مجال العقود الإدارية وبين مفهومه في نطاق القانون الجنائي، لأن الغش في نطاق التعاقد له معنى أوسع من معناه في المجال الجنائي. وذلك لعلة واضحة هي اختلاف الغاية المستهدفة من الجزاء على ارتكاب الغش، فهو يستهدف بالنسبة إلى التعاقد ضمان تنفيذ العقد على الوجه الأكمل وحرمان من لجأ إلى وسائله من التعامل مع جهة الإدارة)[2] .

كما يشير القضاء الإداري المصري إلى صعوبة حصر مدلول الغش لتعدد الأساليب والصور التي يمكن أن تتخذها وتطورها من آن لآخر، ولكن مما يشكل غشاً في الحالات الجادة التي تنم عن عدم التزام المتعاقد في تنفيذ التزاماته ومحاولته إيجاد السبل والثغرات التي تكفل له التحلل منها ابتغاء تحقيق منفعة غير مشروعة على حساب المصلحة العامة.

ولقد أحسن المشرع المصري عملا إذ رتب على ارتكاب الغش فسخ العقد بصورة تلقائية، حيث قضت المادة 50 من القانون رقم 182 لعام 2018 (بفسخ العقد تلقائيا في الحالات الآتية:

1- إذا تبين أن المتعاقد استعمل بنفسه أو بواسطة غيره الغش أو التلاعب في تعامله مع الجهة الإدارية المتعاقدة أو في حصوله على العقد.

([1]) خليل، د.ت، ص153.

([2]) حكم محكمة القضاء الإداري في 14 إبريل سنة 1971، مجموعة المكتب الفني، ص25، ص346. خليل، د.ت، ص155.

2- إذا تبين وجود تواطؤ أو ممارسات احتيال أو فساد أو احتكار.

3- إذا أفلس المتعاقد أو أعسر

ويشطب اسم المتعاقد في الحالتين المنصوص عليها في البندين 1و2 من سجل الموردين أو المقاولين، وتخطر الهيئة العامة للخدمات الحكومية بذلك لنشر قرار لشطب بطريقة النشرات المصلحية...).

إن المشرع المصري قد استتبع عقوبة الفسخ في حالة الغش بعقوبة الشطب من سجل الموردين أو المقاولين، وأن ذلك مما يقتضيه استعمال المتعاقد للغش مما تترتب عليه اختلال الثقة بشخص وإهدار سمعته، ويحدد القضاء الإداري شروط الغش الموجب للفسخ، والذي يشكل أيضا خرقا لمبدأ الشفافية:

1. قيام المتعاقد بخرق الشروط والمواصفات المنصوص عليها في العقد.
2. أن يكون المتعاقد على علم بما قام به من مخالفة.
3. عند وقوع المخالفة من شخص يستعين به المتعاقد فثبوت الغش يتطلب علم المتعاقد بالمخالفة أو التواطؤ مع من قام بها[1].

ولقد أكدت أحكام القضاء كثيراً على ضرورة توافر هذه الشروط لثبوت استعمال الغش من قبل المتعاقد، حيث قضت المحكمة الإدارية العليا أن: (مجرد مخالفة المواصفات المتفق عليها لا يشكل غشا أو تلاعبا يدعو إلى شطب اسم المتعهد من قائمة المتعاملين مع الإدارة، إذ يلزم حتى ترقى مخالفة المواصفات إلى مرتبة الغش أن يثبت علم المتعهد بهذه المخالفة بما ينطوي عليه هذا العلم من الخداع من جانب المدعي في حقيقة الشيء المسلم من حيث نوعه أو طبيعته أو صفاته الجوهرية التي جرى التعاقد عليها ففي هذه الحالة يتوافر سوء القصد الدال على استعمال الغش المبرر للشطب...)[2].

([1]) مشرف، 2003. المفرجي، 2014، ص179.

([2]) إدارية عليا، الطعن رقم 929 لسنة 9 ق، تاريخ الجلسة في 1967/6/17.

وفي حكم آخر قضت بأنه: (يستوي في ذلك أن يقع الغش أو التلاعب من نفس المتعاقد أو من يستعين بهم في تنفيذ التزاماته التعاقدية، متى ثبت أنه على علم بغشهم أو تلاعبهم)[1].

وفي الحقيقة أن فسخ العقد نتيجة الغش ما هو إلا تطبيق للقاعدة المستقرة بأن الغش يفسد كل شيء، حيث إن القرار الإداري إذا صدر من قبل الإدارة نتيجة غش أو تدليس من جانب المتعاقد، فإن هذا القرار يكون باطلا، نتيجة انعدام حسن النية لدى المتعاقد المستفيد من القرار المعيب.[2]

ونلاحظ أن المشرع المصري قد جرم قيام المتعاقد باستعمال الغش في أثناء تنفيذ العقود الإدارية، وأن ذلك يعد ضمانة مهمة للوصول للتنفيذ الجيد للعقد الإداري.

أما نظام العقود رقم 51 لعام 2004 فلم يصرح بلفظ الغش ولكنه نص في المادة 58 منه "يحرم من التعاقد مع الجهة العامة بقرار معلل من الوزير المتعهد الذي يثبت سوء نيته....."

وسوء النية برأينا يشمل تقديم بيانات مزورة أو دفع رشاوي أثناء التنفيذ والغش في التنفيذ فعبارة سوء النية تحمل في طياتها الكثير من المعاني وهي اشمل من عبارة الغش التي استخدمها المشرع المصري.

([1]) إدارية عليا، الطعن رقم 86 لسنة 12ق– جلسة 16/5/ 1970، مشار إليه لدى: أبو العينين، 2004، ص258.

([2]) أمين، 2005، ص8 وما بعدها.

المطلب الثاني

الحرمان من التعاقد كجزاء تبعي لجزاء عقدي آخر

يصدر قرار الحرمان من جانب جهة الإدارة بموجب سلطتها التقديرية، عندما يثبت للإدارة أن هذا الشخص غير مؤهل للتعاقد، ومن عدم كفاية بعض الأشخاص، أو ضعف مقدرتهم الفنية أو المالية لأداء الأعمال المرجوة من التعاقد، وذلك كإجراء وقائي تمليه دوافع المصلحة العامة[1]كما قد يصدر قرار الحرمان تبعا لجزاء إداري آخر، ومن خلال ذلك سوف نتناول المطلب من خلال فرعين الأول: مدى سلطة الإدارة في اتخاذ قرار الحرمان كجزاء تبعي، والفرع الثاني: الآثار القانونية لقرار الحرمان كجزاء تبعي.

الفرع الأول: مدى سلطة الإدارة المتعاقدة في اتخاذ قرار الحرمان كجزاء تبعي:

وقرارات الحرمان التي تصدر عن الإدارة بمقتضى سلطتها التقديرية، يمكن أيضًا أن تلحق بالمقاول أو المتعهد الذي لم يسبق له التعامل مع الإدارة مباشرةً وإنما كانت له صلة ملحوظة بتنفيذ عقودها مع الغير من أمثلة ذلك مثلاً دخوله كمقاول من الباطن[2] بحيث يعتبر قرار الحرمان تبعاً لجزاء إداري آخر صادر ضد الغير.

وتستطيع الإدارة استعمال هذا الحق في كافة مراحل العملية التعاقدية، سواء قبل التقدم بالعطاءات والعروض أو بعد التقدم بها وحتى البت فيها [3] ، وجدير بالتنويه أن سلطة الإدارة في هذا الصدد ليست مطلقة، بل تمارسها تحت رقابة القضاء الذي يضمن عدم إساءة استعمال الإدارة لهذه السلطة وانحرافها عن جادة

([1]) سعدي، 2005، ص 192. الحلفاوي، 2003، ص158.

([2]) حكم المحكمة الإدارية العليا بتاريخ 19 ابريل لسنة 1985 حيث قضت بأنه: "ومن حيث إن حظر التعامل كما يجوز بالنسبة للمتعهدين والمقاولين مع الجهات الإدارية بسبب العجز في تنفيذ التزام قائم أو سابق فيجوز أيضا بالنسبة للمتعهدين والمقاولين الذين سبق لهم التعامل مع الجهات الإدارية والذين كانت لهم صلة بتنفيذ بعض العقود الإدارية سواء كانت هذه الصلة مقررة في هذه العقود أو ملحوظة عند تنفيذها"، مشار إليه: نصار، 1998، ص31. حكمها في الطعن رقم 1654، لسنة 6 ق، جلسة 22/ 12/ 1962، مشار إليه: منصور، 1996، ص 248.

([3]) عبد الباسط، 2006، ص 120.

الصواب، ولحماية المصلحة العامة. كما يكون لجهة الإدارة السلطة التقديرية ذاتها في إلغاء قرار الحرمان أو الحد من آثاره .[1]

وقد استقر قضاء مجلس الدولة الفرنسي على أن الإدارة لها كامل سلطتها التقديرية في تقدير حرمان شخص من دخول المناقصة، ولا يجوز للقاضي التعقيب على هذا القرار إلا في حالتين: – الانحراف بالسلطة، أو انعدام الأسباب.[2]

وعلى ذلك جرى قضاء مجلس الدولة المصري، فقد قضت محكمة القضاء الإداري في مصر بأن: "الوزارة لها الحق وهي بصدد أعمال المناقصات الخاصة بمشروعاتها في أن تستبعد المقاولين الذين يثبت لها عدم قدرتهم الفنية أو المالية لأداء هذه الأعمال وقرارها في هذا الشأن يصدر بناء على سلطتها التقديرية، ولا يطعن عليه إلا إذا شابه عيب إساءة استعمال السلطة، في هذه الحالة يجب أن يكون لهذا الطعن أدلة تسنده وتكون مستمدة من أوراق الدعوى".[3]

وعلى الإدارة وهي بصدد قرار الحرمان الوقائي أن تحدد نطاقه سواء من حيث المدة التي يسري تطبيقه خلالها أو من حيث نوع المناقصات التي يكون محدداً بها، على أنه في كل حالة يكون أثر قرار الحرمان مقصوراً على المناقصات التي تجريها الجهة التي أصدرت قرار الحرمان ولا تعمم إلا إذا رأت الإدارة تعميم هذه القوائم أو تبادلها بين جهاتها المختلفة[4] . ونحن نؤيد هذا الرأي حيث أن الحرمان الكامل للدخول في كافة أنواع المناقصات ولمدة غير محددة يعتبر أمراً مجحفاً وجائراً ولا يتماشى مع روح الهدف من الحرمان الوقائي.

([1]) نصار، 1998، ص 30–32.

([2]) سعدي، 2005، ص 192.

([3]) حكم محكمة القضاء الإداري في القضية رقم 1768، لسنة 6 ق، مارس 1956، مجموعة المبادئ، السنة العاشرة، قاعدة رقم 284 ص271.

([4]) نصار، 1998، ص 32.

الفرع الثاني: الآثار القانونية لقرار الحرمان كجزاء تبعي:

يستلزم شطب اسم المورد أو المقاول حرمانه من الدخول في المناقصات والمزايدات التي تعلن عنها الإدارة.[1]

ويثور التساؤل عن أثر شطب اسم المورد أو المقاول عن تنفيذ التعاقدات السابقة؟

للإجابة على هذا التساؤل لابد من التفرقة بين الحرمان استناداً إلى نص القانون – سواء كان بعقوبة تبعية أو حرمان وقائي – وبين قرارات الحرمان استناداً إلى السلطة التقديرية للإدارة.

ففي الحالة الأولى: – ذهبت محكمة النقض المصرية على أن: عقوبة الحرمان التبعية بمقتضى نص المادة (4/25) من قانون العقوبات تستتبع عدم أهلية المحكوم عليه للتقاضي أمام المحاكم سواء بصفته مدعياً أو مدعى عليه، ويمثله أمامها القيم الذي عينته المحكمة المدنية، وإن البطلان الذي يلحق أي عمل من أعمال الإدارة أو التصرف الذي يجريه المحكوم عليه بالمخالفة لحكم القانون هو بطلان جوهري بحت يترتب عليه إلغاء الإجراء ذاته[2] .

أما الحالة الثانية: – إذا تعاقدت الإدارة مع المقاول أو المتعهد ثم صدر عن الإدارة قرار بشطب اسمه في تاريخ لاحق لهذا العقد، وكان قرار الحرمان أصدرته الإدارة بمقتضى سلطتها التقديرية. فذهب جانب من الفقه إلى أن مثل هذا الشطب لا يؤثر على العقود التي سبق أن أبرمتها الإدارة مع هذا المقاول أو المتعهد .[3]

([1]) نصت المادة (14) من قانون المناقصات والمزايدات رقم 89 لسنة 1998 على أن:.... تمسك الهيئة العامة للخدمات الحكومية سجلا لقيد اسماء الممنوعين من التعامل مع أية جهة من الجهات المذكورة، سواء كان المنع بنص القانون أو بموجب قرارات إدارية تطبيقا لإحكامه، وتتولى الهيئة نشر هذه القرارات بطرق النشرات المصلحية، ويحظر التعامل مع المقيدين في هذا السجل.

([2]) نقض مدني، طعن رقم 1290، لسنة 48 ق، في 13 يونيه 1979، مجموعة أحكام النقض من 30 عدد 2 ص 620. وذهب جانب من الفقه المصري إلى أن هذا الحكم لا يؤدي إلى فسخ العقد الا في حالات الاعتبار الشخصي للمتعاقد حيث يتولى القيم المعين من قبل المحكمة مباشرة الأعمال محل التعاقد. نصار، 1998، ص37.

([3]) نصار، 1998، ص 38، وقد عرضت هذه المسالة على إدارة الفتوى لشؤون الأزهر بمجلس الدولة وخلصت إلى أن هذا الشطب لا يؤثر على سريان التعاقد السابق على صدور قرار الحرمان وهو مرهون بأن يكون التعاقد قد تم قبل صدور القرار بالحرمان، فتوى رقم (1119) في 7 ديسمبر 1992، ملف رقم 58/1/67 مشار إليه: منصور، 1996، ص 245.

أما إذا كان المقاول أو المتعهد يعلمان بحرمانهما من دخول المناقصات والمزايدات العامة، فإن هذا التعاقد يكون باطلا وإن كان هذا البطلان مقرراً لمصلحة الإدارة فتستطيع أن تتمسك به في مواجهة هذا المتعاقد كما أن لها أن تستمر في تنفيذ العقد، وفي كل حالة يكون للإدارة حق التعويض وفقا للقواعد العامة في المسؤولية التقصيرية[1].

([1]) نصار، 1998، ص 40.

الباب الثاني

الجوانب القانونية التطبيقية لجزاء الحرمان من التعاقد

تطورت سلطة فرض الجزاءات في العقود الإدارية في قضاء مجلس الدولة الفرنسي عبر مراحل طويلة من الزمن إذ كان منكراً على الإدارة أن لها الحق في أن تفرض ما تشاء من الجزاء أمام أية مخالفة من المتعاقد معها أو إخلال بالتزاماته إذ كان المبدأ في القانون الفرنسي مؤيداً من قضاء مجلس الدولة حتى نهاية القرن التاسع عشر أن العقد الإداري (وعلى الأخص عقد التزام المرافق العامة) مع الشروط العديدة التي يتضمنها وتلك التي ينص عليها في دفتر الشروط تكفي بنفسها، بما يعني أن الجزاءات المنصوص عليها دون غيرها هي التي يجوز فرضها، ومن أحكام مجلس الدولة في ذلك حكمه الصادر بتاريخ (1881/7/15) [1]، ومع ذلك فإن ثمة جزاء" عاماً كان من الممكن تطبيقه ولم يكن بحاجة لأن ينص عليه في العقد ألا وهو إسقاط الالتزام أو الفسخ، وهذا الجزاء بطبيعة الحال شديد جداً فهو لا يأخذ في اعتباره ضرورات دوام سير المرفق العام بل يهدد سيره بانتظام واطراد، وينتج عنه حرمان المتعاقد من التعاقد مع الإدارة، فقد كانت الإدارة ملزمة بعده إما بإبرام عقد جديد أو أن تستغل المرفق بنفسها وقتاً وجهداً كبيرين[2].

وفي أواخر القرن التاسع عشر وبداية القرن العشرين برزت فكرة استمرار المرفق العام والخطأ الجسيم والإخلال الشديد من جانب الملتزم بالتزاماته وإزاء الإهمال البسيط أو الإخلال اليسير لم يكن أمام الإدارة إلا أن تتغاضى عن هذا الخطأ ويبقى دون جزاء وتتحمل آثاره.

تذهب غالبية الفقه والقضاء الإداري إلى أن للإدارة الحق في استصدار القرارات وفرض الجزاءات على المتعاقد معها وحرمانه من التعاقد مع الإدارة، عند إخلاله في تنفيذ الالتزامات التعاقدية، ويعد هذا الحق من

([1]) فياض، 1975، ص17.

([2]) الزهيري، 1976، ص277.

الأمور التي يقوم عليها نظام الجزاءات في العقد الإداري، تمارسه الإدارة بإرادتها المنفردة من غير الحاجة إلى النص عليه في العقد ودفاتر الشروط ودون الالتجاء إلى القضاء ابتداءً لتقريره .[1]

ولكن الخلاف ظل قائماً حول تحديد الأساس القانوني الذي تقوم عليه سلطة فرض قرار الحرمان من جانب الإدارة، فيرى بعض الفقهاء أن هذه السلطة تبرر على أساس فكرة السلطة العامة ويذهب البعض الآخر إلى فكرة المرفق العام أساساً صالحاً لتبرير هذه السلطة، بالإضافة إلى أن القضاء لم يستقر على فكرة معينة لتبرير هذه السلطة، ومن ثم قيام نظام قانوني خاص بالجزاءات في العقد الإداري، له خصائصه ومميزاته التي أملتها طبيعته (العقد الإداري) الاستثنائية، وهو ما سنعرضه ونبينه في هذا الباب، وذلك في فصلين نوضح في الأول سلطة الإدارة على الحرمان من التعاقد مع الإدارة من خلال مواقفهما من تحديد الأساس القانوني لسلطة الإدارة في فرض جزاء الحرمان على المتعاقد معها السلطة، ونعالج في الفصل الثاني الرقابة القضائية في حرمان المتعاقد من التعاقد مع الإدارة.

(1) الطماوي، 1975، ص497. جمال الدين، 2004، ص 663.

الفصل الأول

ضوابط سلطة الإدارة في فرض جزاء الحرمان من التعاقد

إن سلطة الإدارة في مواجهة المتعاقد قد بدأت بصورة تدريجية ابتداء" من سلطتها في الرقابة والتوجيه ومن ثم التعديل وأخيراً سلطتها في توقيع جزاء الحرمان من التعاقد وكذلك تبين لنا بأن لكل من هذه السلطات معاييرها وحدودها تقوم عليها السلطات وفي الفصل التمهيدي تكلمنا عن سلطة الإدارة في الرقابة والتوجيه وسلطتها في التعديل، ونتعرض في هذا الباب لسلطتها في حرمان المتعاقد بنفسها إن أخل بالتزاماته التعاقدية وتشمل الإهمال أو التقصير أو عدم تنفيذه الأوامر أو التأخر في مدة تنفيذ العقد أو تنازله.. الخ، في جميع هذه الحالات يكون بمقدور الإدارة توقيع جزاء الحرمان من التعاقد[1].

والهدف من نظام الجزاءات هو تقويم اعوجاج وتلكؤ المتعاقد مع الإدارة وحمله على تنفيذ العقد بأفضل صورة وحسب الاتفاق، مع ضرورة سير المرفق العام بانتظام واطراد وتجنب المخاطر التي قد تؤدي به إلى التوقف أو عدم أداء الخدمة المناطة به، وليست الغاية من الجزاءات وضع العقبات أمام المتعاقد.

تتعدد أوجه وصور هذه الجزاءات، وبطبيعة الحال تختلف الجزاءات التي يتم توقيعها من قبل الإدارة على المتعاقد عن نظيرتها في العقود المدنية، ناهينا عن ذلك خضوع كل منها إلى نظام قانوني يختلف عن الآخر[2] ، وفي هذا الفصل سنستعرض في المبحث الأول لأساس سلطة الإدارة في فرض جزاء الحرمان وحدود هذا السلطة وفي المبحث الثاني قيود الإدارة في فرض جزاء الحرمان والخصائص المميزة له.

([1]) العبادي، 2015، ص143.

([2]) فوزي، 2000، ص981.

المبحث الأول

أساس سلطة الإدارة في فرض جزاء الحرمان وحدود هذه السلطة

لاشك في أن سلطة الإدارة تباشر على الوجه الذي يكفل للمرفق العام حسن تسييره، مستهدفةً في ذلك تغليب صالحه على مصلحة الأفراد الخاصة[1].

ويضمن النظام القانوني للعقد الإداري منح الإدارة سلطات تسمح لها بالتدخل في تنفيذ العقد سواء لمراقبة هذا التنفيذ بالإشراف عليه أو بتوجيهه عن طريق اختيار وتحديد وسائل للتنفيذ لم ينص عليها العقد، وعليه سنتناول في المطلب الأول أساس هذه السلطة وفي المطلب الثاني حدود هذه السلطة.

المطلب الأول

أساس سلطة الإدارة في العقود

حتى نستطيع الوقوف على الأساس القانوني لهذه السلطة يتعين علينا أن نعرض لمصادرها. فنفرق بين الحالات المنصوص عليها في العقود ودفاتر الشروط أو في القوانين واللوائح، والحالات غير المنصوص عليها أصلاً، موضحين الآثار التي تترتب على ذلك.

الفرع الأول: سلطة الإدارة المنصوص عليها:

قد يرد النص على سلطة الإدارة في الرقابة على العقد في دفاتر الشروط، كما قد يرد في قانون أو لائحة. فقد تتضمن العقود الإدارية أو دفاتر الشروط نصوصا تبين بتفصيل دقيق كيفية ممارسة الإدارة لسلطة الرقابة والوسائل التي تتبع في مباشرتها، وتحدد الضمانات المقررة للمتعاقد في مقابل ذلك.

([1]) حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر في 20 أبريل سنة 1957، المجموعة، السنة الثانية، رقم 97، ص 937؛ وحكمها الصادر في 2 مارس سلة 1968، المجموعة، السنة 13، رقم 83، ص625.

وحكم محكمة القضاء الإداري الصادر في 1961/6/25، المجموعة، السنة15، رقم 194، ص 625.

كذلك قد تفرض بعض القوانين واللوائح المتعلقة بطائفة معينة من العقود التزامات محددة تقع على عاتق المتعاقدين مع الإدارة، مع منح الأخيرة سلطات مقابلة في مراقبة تنفيذ هذه العقود وتوقيع الجزاءات على المتعاقد المقصر .[1]

وقد تحدد هذه القوانين واللوائح بالتفصيل وسائل ممارسة هذه السلطة. وفى هذه الأحوال فإنه يجب إعمال النصوص، وتكون سلطة الرقابة مرتكزة عليها.

وسلطة الرقابة المستمدة من العقد أو دفاتر الشروط تختلف عن تلك المستمدة من نصوص القوانين واللوائح

ففيما يتعلق بالسلطات المقررة للإدارة بمقتضى القوانين واللوائح، فإنه يجب التفرقة – في نطاق هذه السلطات – بين النصوص التي تقرر وتنظم السلطات البوليسية (سلطات الضبط الإداري)، القائمة خارج النطاق التعاقدي، وتلك التي تنظم سلطات الرقابة الحقيقية المقررة للإدارة. فالأولى تعتبر مجرد تطبيق وترديد لامتيازات الدولة وسلطتها في تنظيم المرافق العامة وإدارتها، تلك التي تنظم المركز اللائحي في عقد التزام المرفق العام والتي تتضمن تخويل الإدارة سلطة تنظيم المرفق وتعديل أوضاع إدارته واستغلاله، أو تلك التي تخول الملتزم حقوقاً مستمدة من السلطة العامة، فمباشرة الإدارة لهذه السلطات تتم بقرارات إدارية عادية، لا صلة لها في الحقيقة بالرابطة التعاقدية حتى ولو كان العقد قد نص عليها، ومن ثم فإن النزاع بشأنها يخضع لقضاء الإلغاء[2]، إلا إذا طلب المتعاقد الحكم بالتعويض – سواء مع الإلغاء أو بدونه – فإن المختص في هذه الحالة يكون قاضي العقد، أما الثانية فهي التي تقرر وتنظم سلطات الرقابة الأصلية المعترف بها للإدارة في النطاق التعاقدي، مثلما جاء بنص المادة 79 من لائحة المناقصات والمزايدات بشأن تقرير سلطات الإدارة في توجبه عقد الأشغال

([1]) السناري، 2000، ص 188.

([2]) انظر: تعليمات مفوض الحكومة "تاردييه" على حكم مجلس الدولة الصادر في6 ديسمبر سنة 1907 في قضية شركة سكة حديد الشمال. وكان هذا الحكم قد صدر بمناسبة ممارسة الإدارة لسلطتها في الرقابة على شركات السكك الحديدية الملتزمة بمرفق عام. وقد لاحظ المفوض "تاردييه" في تقريره المقدم في هذه الدعوى، أن التعليمات التي تصدر من الدولة للشركات الملتزمة تختلف آثارها باختلاف ما إذا صدرت إعمالاً لدفاتر الشروط أو إعمالاً للوائح. ففي الحالة الأولى: فإن الشركات يجب أن تلجأ إلى قاضي العقد، وفي الحالة الثانية: عندما تستند الدولة إلى سلطة البوليس لتفرض على الشركات التزامات جديدة، فإن هذه الإجراءات يجب أن تبحث مشروعيتها في ذاتها مجردة عن العقد، أي أن الشركات تطعن في هذه الإجراءات بدعوى الإلغاء. – وراجع: حكم محكمة القضاء الإداري الصادر في 1957/1/27، المجموعة، السنة 11، رقم 112، ص 161؛ وحكمها الصادر في 1957/3/24، المجموعة، السنة 11، رقم 204، ص 302.

العامة، وهذه النصوص – وفقاً لقضاء المحكمة الإدارية العليا – تندمج في شروط العقد وتصير جزءاً لا يتجزأ منها. فقد قررت هذه المحكمة أن القوانين واللوائح التي يتم التعاقد في ظلها إنما تخاطب الكافة وعلمهم بمحتواها مفترض، فإن أقبلوا – حال قيامها – على التعاقد مع الإدارة فقد ارتضوا كل ما ورد بها من أحكام ومن ثم تندمج في شروط عقودهم وتصبح جزءاً منها لا مناص من الالتزام به[1] ، ومن ثم فهذه الشروط تعتبر في حكم الشروط التعاقدية ويختص قاضي العقد بنظر المنازعات التي تنشأ عنها.

أما فيما يتعلق بسلطة الرقابة المقررة بمقتضى العقد أو دفاتر الشروط فإن النصوص التي تقررها تعتبر شروطاً استثنائية تضفي على العقد الصفة الإدارية، وقد تحدد هذه الشروط الطرق والوسائل التي تمارس بها الإدارة هذه السلطة، وحينئذٍ فإنها (أي الشروط) تعتبر قيوداً عليها وضمانة أساسية للتعاقد. ومن أمثلة شروط الرقابة المنصوص عليها في العقد ودفاتر الشروط، حق الإدارة في الرقابة على تعريفة الرسوم المفروضة على المنتفعين في عقد الالتزام، وحقها في توجيه التنفيذ في عقد الأشغال العامة، وكذلك الشروط التي تحدد وسائل الإشراف على التنفيذ في عقود التوريد.

والأصل أن المنازعات التي تنشأ عن ممارسة سلطة الرقابة في هذا المجال تكون من اختصاص قاضي العقد ولو اتخذت ممارسة سلطة الرقابة شكل القرارات الإدارية، وذلك عدا حالتين:

الأولى: هي حالة قيام النزع بين الإدارة وأحد الأفراد غير المتعاقدين معها، كأحد المنتفعين بالمرفق العام في عقد الالتزام مثلاً.

والثانية: هي حالة ما إذا كان النزاع متعلقا بأحد القرارات فاختصام القرارات في هاتين الحالتين يكون من اختصاص قاضي الإلغاء غير أن النص على سلطة الرقابة في العقد أو في دفاتر الشروط لا يغير من طبيعة هذه السلطة، باعتبارها سلطة أصيلة قائمة بذاتها ومستمدة من النظام القانوني للعقد الإداري ذاته[2] . فالعقد

([1]) راجع: حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر في 1968/1/6، المجموعة القضائية،10، رقم 50، ص 369.

([2]) راجع: حكم محكمة القضاء الإداري الصادر في 30 يونية سنة 1957، المجموعة، السنة 11، رقم 377، ص 610. والذي قرر "أن شروط العقد الموضوعة هي مظهر لإرادة لها سلطة إلزام من يقبل أن يكون خاضعا لقانونها، وهذا القانون – وهو دستور العقود الإدارية . يعطى جهة الإدارة سلطة الرقابة على تنفيذ العقد وسلطة توقيع الجزاءات على المتعاقد معها إذا أخل بالتزاماته".

يقتصر على تقريرها وتحديد نطاقها وتنظيم طرق ووسائل مباشرتها، ولكنه لا ينشئها، لأنها سلطة أصيلة قائمة بذاتها.

الفرع الثاني: سلطة الرقابة غير المنصوص عليها:

السائد في الفقه والقضاء في مصر وفي فرنسا – كما سبق أن أوضحنا – أنه إذا لم ينص العقد أو دفاتر الشروط على حق الجهة الإدارية في مراقبة تنفيذ العقد وإذا لم تقرر القوانين واللوائح هذا الحق وتنظمه، فإن سلطة الإدارة في مراقبة تنفيذ عقودها الإدارية توجد بذاتها دون استناد إلى نص خاص، باعتبارها سلطة أصيلة تقوم مرتكزة على المبادئ العامة في القانون الإداري، وأن العقد إذا تضمن النص على هذه السلطة فأنه لا ينشئها، بل يقتصر دوره على تنظيمها وبيان وسائل وشروط مباشرتها[1] .

ويرى الفقهاء أن أصالة نظرية العقود الإدارية تؤدي إلى نتيجة حتمية هي حتى في حالة سكوت العقد فإن ضرورات سير المرفق العام بانتظام واطراد تسمح للإدارة بمباشرة سلطات الرقابة وتوقيع الجزاءات في الأحوال التي تكون فيها مباشرة هذه السلطات ضرورية لصالح المرفق العام[2]. وهم يفرقون بين سلطة الرقابة في العقود الإدارية وحق الرقابة في عقود القانون الخاص، على أساس أن العقود الإدارية تتميز عن العقود المدنية في أن الإدارة تتمتع بسلطة مراقبة العقود حتى في حالة سكوت العقد[3] .

وقد أكد القضاء الإداري المصري في العديد من أحكامه وجود هذه السلطة مستقلة عن العقد ودفاتر الشروط، واعتبرها من النظام العام، وحظر على الإدارة التنازل عنها. فقد قررت محكمة القضاء الإداري أن شروط العقد الإداري " هي مظهر لإرادة لها سلطة إلزام من يقبل أن يكون خاضعاً لقانونها، وأن هذا القانون – وهو دستور العقود الإدارية – يعطى جهة الإدارة سلطة الرقابة على تنفيذ العقد وسلطة توقيع الجزاءات على

([1]) السناري، 2000، ص 191.

([2]) تعليقات شاردنيه على حكم شركة غاز مدينة بوردو.

Conclusions chardenet sous, C. E. 30 Mars 1916, Cie du gaz de, Bordeau, S., 1916.

الطماوي، 1975، ص 445 وما بعدها.

([3]) السناري، 2000، ص 192.

المتعاقد معها إذا أخل بالتزاماته، كما قررت أن الإدارة " تتمتع بهذه الحقوق والسلطات حتى ولو لم ينص عليها العقد لأنها تتعلق بالنظام العام[1] كما تأيدت هذه السلطة تشريعيا باعتبارها سلطة مستقلة قائمة بذاتها.

ففي فرنسا أشارت المذكرة الإيضاحية للقانون13 الصادر في سنة 1908 والخاص بالتزامات السكك الحديدية ومجاري المياه إلى أن "الحكومة وهي شخص عام تملك في مادة الالتزام كل سلطات التدخل والرقابة والتوجيه التي لم يقررها لها قانون أو لائحة مستقلة لها قوة القانون". ويرى الفقهاء الفرنسيون أن هذه القاعدة التي تقوم بالتأكيد بالنسبة لعقد التزام المرفق العام تمتد – لوحدة الأسباب – إلى كل العقود الإدارية.

وقد أشارت المذكرة الإيضاحية للقانون رقم 185 لسنة 1958 الصادر بتعديل المادة السابعة من القانون رقم 129 لسنة 1947 الخاص بالتزامات المرافق العامة في مصر إلى أن "حق الرقابة على الملتزم حق أساسي مرده إلى فكرة المرفق العام وما يقتضيه سيره وانتظامه، وهو حق ثابت للجهة مانحة الالتزام ولو لم ينص عليه في العقد، بل يظل موجوداً طالما وجد المرفق العام".

وهذه القاعدة التي تقوم بالتأكيد بالنسبة لعقد الالتزام تمتد – لوحدة الأسباب– عندنا أيضاً كما هو الشأن في فرنسا، لتشمل كل طوائف العقود الإدارية.

ويختلف الفقهاء بشأن الأساس القانوني لسلطة الرقابة على العموم في حالة سكوت العقد، فيرى فريق منهم أن الطبيعة القانونية للمرفق العام وحدها هي الأساس القانوني لهذه السلطة. وهم يستندون في ذلك إلى أن مبدأ وجوب تسيير المرفق العام بانتظام واطراد يعطي للإدارة حتى في حالة سكوت العقد، الحق في مراقبة

([1]) حكم محكمة القضاء الإداري الصادر في 1957/6/30، المجموعة، السنة 11، رقم 377، ص 610.

وانظر أيضاً في نفس المعنى: حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر في 1957/4/20، المجموعة، السنة الثانية، رقم 97، ص 937؛ وحكمها الصادر في1968/3/2، المجموعة، السنة 13، رقم 83، ص 625.

وقد قررت المحكمة في هذين الحكمين أن " للإدارة سلطة الإشراف والتوجيه على تنفيذ العقود الإدارية "، وذلك كمبدأ عام دون أن تقيده بوجوب النص عليه في العقد أو تقصره على طائفة معينة من الطوائف المختلفة للعقود الإدارية.

تنفيذه وتوقيع الجزاءات على المتعاقد الذي يقصر في هذا التنفيذ بما يكفل انتظام سير المرافق دون عائق، فسلطة الرقابة في رأي هؤلاء الفقهاء توجد حيثما وجد المرفق العام سواء نص عليها العقد أو سكت عنها .[1]

ويذهب فريق ثان إلى أنه في حالة سكوت العقد فإن الطبيعة القانونية للمرفق العام ليست وحدها هي الأساس القانوني لسلطة الرقابة، وإنما الأساس القانوني لسلطة الرقابة يرتكز في هذه الحالة – إلى جانب ذلك – على فكرة النية المشتركة للمتعاقدين، كإرادة ضمنية مستخلصة من ظروف التعاقد.

ويرى فريق ثالث من الفقهاء أن قواعد العقود الإدارية، التي حاول الفريق الثاني إقامتها على أساس من النية المشتركة للمتعاقدين، هي في حقيقتها قواعد أصلية، استخلصها القضاء الإداري وأقامها على مجموعة من الأفكار المستمدة والمرتكزة على طبيعة العقد الإداري ذاته وأن فكرة النية المشتركة للمتعاقدين إذا كانت تمثل بديهية مسلمة وفكرة من هذه الأفكار، فهي ليست الوحيدة في هذا المجال. ويلاحظ هذا الفريق أن سلطات الإدارة في التدخل أثناء تنفيذ العقد كثيراً ما ينص عليها في دفاتر الشروط أو في العقود ذاتها، ولكن نظراً لكون هذه السلطات مستمدة من خصائص العقد الإداري فإنها توجد بذاتها وبصفة عامة خارج نصوص العقد، لأن العقد لا ينشئها وإنما يقتصر – إذا نص عليها – على مجرد تنظيمها وتحديد مجال إعمالها، وأن سلطات الإدارة في هذه الحالة إنما ترتكز على مقتضيات الصالح العام التي يقع على عاتق الإدارة، تحقيقها في نشاطها التعاقدي كما في سائر أنشطتها الأخرى.

ولقد انحاز المشرع المصري لرأى الفريق الأول الذي يعتبر الطبيعية القانونية للمرفق العام هي وحدها الأساس القانوني لسلطة الرقابة، إذ تعرض في المذكرة الإيضاحية للقانون رقم 185 لسنة 1958– بشأن تعديل قانون التزام المرافق العامة – إلى الأساس القانوني لفكرة الرقابة بقوله " حق الرقابة على الملتزم حق أساسي مرده إلى فكرة المرفق العام وما يقتضيه سيره وانتظامه"

([1]) تعليقات مفوض الحكومة "تارديبه" على حكم مجلس الدولة الصادر في 6 ديسمبر سنة 1907 في قضية شركات السكك الحديدية.P. L. M. C. E. 6 Décem. 1907, Société, P. L. M., R conclusions Tardieu p918.

ونحن نرى أن حق الرقابة المقرر للإدارة في حالة سكوت العقد ودفاتر الشروط هو تطبيق لأساليب السلطة العامة وامتيازاتها التي تباشر بها الإدارة نشاطها في مجال العقود الإدارية، وأن الإدارة تمارس هذا الحق إعمالاً لامتيازها في إصدار القرار التنفيذي وفي التنفيذ المباشر، وذلك بهدف تحقيق الصالح العام.

فسلطة الإدارة في الرقابة على المتعاقد معها ترتكز على أساس قانوني مزدوج يتكون من فكرة تحقيق الصالح العام "وما تشمله من تحقيق مقتضيات المرافق العامة" كهدف ومبرر لوجود هذه السلطة ومن فكرة امتيازات السلطة العامة والتي تعتبر سلطة الرقابة تطبيقا من تطبيقاتها.

ويتفق ذلك مع المبادئ التي قررها القضاء الإداري المصري بشان سلطات الإدارة في مجال العقود الإدارية، حينما قرر أن الإدارة تتمتع بهذه السلطات ولو لم ينص عليها في العقد لأنها تتعلق بالنظام العام[1]، وأن العقود الإدارية تتميز عن العقود المدنية بطابع خاص مناطه احتياجات المرفق الذي يستهدف العقد الإداري تسييره وتغليب وجهته للمصلحة العامة على مصالح الأفراد الخاصة مما يترتب عليه أن يكون للإدارة سلطة الإشراف والتوجيه على تنفيذ عقودها الإدارية[2]، وإن شروط العقود الإدارية "هي مظهر لإرادة لها سلطة إلزام من يقبل أن يكون خاضعاً لقانونها" وإن "هذا القانون يعطي جهة الإدارة سلطة الرقابة على تنفيذ العقد وسلطة توقيع الجزاءات على المتعاقد معها إذا أخل بالتزاماته[3].

ومن ثم فحق الرقابة يعتبر في نظرنا مظهرا من مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية وتطبيقا من تطبيقات سلطة التنفيذ المباشر في هذا المجال، بقصد تحقيق الصالح العام بصفة عامة ومقتضيات المرافق العامة بصفة خاصة.

([1]) انظر: حكم محكمة القضاء الإداري الصادر في 30 يونيه سنة 1957 المجموعة، السنة 11، رقم 377، ص 610.

([2]) انظر: حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر في 2 مارس سنة 1968، المجموعة، السنة 13، رقم 83، ص 625؛ وحكمها الصادر في 20 أبريل سنة 1957، المجموعة، السنة الثانية، رقم 97، ص 937.

– وراجع: مهنا، 1963، ص 1218. فهو يرى أن المحكمة الإدارية العليا قد أقرت حق الإدارة في الإشراف والتوجيه على تنفيذ العقود الإدارية في حكمها الصادر في 20 أبريل سنة 1957.

([3]) انظر: حكم محكمة القضاء الإداري الصادر في 30 يونية سنة 1957، سالف الذكر.

المطلب الثاني

حدود سلطة الإدارة في فرض جزاء الحرمان من التعاقد

تظهر التدخلات الخاصة بالرقابة في شكل تعليمات أو أوامر تنفيذية أو نواهي تصدرها الإدارة بإرادتها المنفردة للمتعاقد معها وتكون ملزمة له دون أن يتوقف ذلك على موافقته. كذلك يتضمن النظام القانوني للبوليس الإداري أو إجراءات الضبط الإداري سلطات تسمح للإدارة بأن تفرض على الأفراد – سواء بالطريق اللائحي أو بأوامر فردية – التزامات معينة أو تحظر عليهم تصرفات معينة، بهدف تحقيق العناصر الأساسية للضبط الإداري وهى الأمن العام والسكينة العامة والصحة العامة[1] .

ويجب التمييز في نطاق سلطات التدخل ذاتها بين سلطة الرقابة على تنفيذ العقد، وسلطة تعديل شروط العقد. كما يجب التمييز أيضاً بين سلطة الرقابة باعتبارها إحدى سلطات التدخل في تنفيذ العقود الإدارية، وبين سلطة الضبط الإداري باعتبارها سلطة لائحية مستقلة تستهدف حماية النظام العام بعناصره الثلاثة، الأمن العام والصحة العامة والسكينة العامة.

أولاً. التمييز بين سلطة الرقابة على تنفيذ العقد وسلطة تعديل شروط العقد:

فسلطة الإدارة في الرقابة بمعناها المزدوج (الإشراف والتوجيه) سواء أكانت مستمدة من القوانين واللوائح أو من نصوص العقد ودفاتر الشروط أو كانت قائمة بذاتها كسلطة أصيلة في خارج نصوص العقد، لها نطاق معين لا يجوز لها أن تتعداه، وهذا النطاق هو الحد الفاصل بين سلطة الرقابة (بمعنى التوجيه) وبين سلطة تعديل نصوص العقد، بحيث إذا تجاوزت الرقابة هذا النطاق فإننا نصبح بصدد سلطة تعديل شروط العقد لا سلطة الرقابة على تنفيذه. وقد يترتب على تجاوز هذا النطاق – فيما يختص بسلطة توجيه التنفيذ على الأخص – استحقاق المتعاقد للتعويض المالي، إذا أضير من جراء ذلك .[2]

([1]) السناري، 2000، ص 199.

([2]) السناري، 2000، ص 200.

فإذا كانت فكرة الرقابة فكرة واسعة تشتمل على صور مختلفة للتدخل، إلا أنه يلزم تمييز هذه الفكرة في مجموعها عن التدخلات التي تعدل أو تغير من نصوص العقد.

وفي عقد الأشغال العامة، إذا اتخذت الإدارة إجراءات معينة للتأكد من أن المقاول يستعمل ذات المواد المتفق عليها في العقد، أو حددت المواد التي يجب عليه استعمالها في حالة عدم النص في العقد على تلك المواد، فإنها هنا تباشر سلطة رقابة بالمعنى الواسع لهذا التعبير، ولكنها عندما تقرر إحلال مواد مختلفة محل المواد المتفق عليها فإنها تعدل شرطا من شروط العقد.

ثانياً– التمييز بين سلطة الرقابة على تنفيذ العقد وسلطة الضبط الإداري:

كذلك فإن نطاق سلطات الرقابة على تنفيذ العقد – أياً كان مصدرها – يقف عند حد سلطات الضبط الإداري، فلا يتعدى بحالٍ مختلف، وهذا الحد الفاصل بين سلطة الرقابة القائمة في النطاق التعاقدي، والروابط التعاقدية إلى مجالات أخرى متميزة عنها ومستقلة بنظام قانوني والمرتكز على أساس ممزوج من امتياز التنفيذ المباشر ومن فكرة المرفق العام ومقتضيات الصالح العام وسلطة البوليس الإداري القائمة في نطاق أوسع مدى، والمستمدة من القوانين واللوائح، قد يصعب تعيينه، وقد يختلط المعنى أو الأثر المترتب على مباشرة أي من هاتين السلطتين.

وقد أشرنا فيما سبق إلى ضرورة التمييز في بعض الأحيان بين الإجراءات البوليسية الصادرة استناداً إلى لوائح الضبط الإداري والإجراءات الأخرى الصادرة استناداً إلى نصوص لائحية معتبرة ضمن النطاق التعاقدي على الوجه الذي قررته المحكمة العليا في حكمها الصادر في 1968/1/6 وذكرنا أن إجراءات البوليس الإداري قد تتجلى هي الأخرى في شكل تعليمات تصدر للمتعاقد بفرض أو بحظر طريقة ما من طرق تنفيذ العقد .[1]

([1]) السناري، 2000، ص 201.

فالسلطات البوليسية – بهدف تحقيق العناصر الأساسية للضبط الإداري وهي الأمن العام والصحة العامة والسكينة العامة – تستطيع اتخاذ إجراءات لائحية أو فردية في مواجهة المتعاقد مع الإدارة شأنه في ذلك شأن باقي الأفراد [1] . فيمكنها إلزام المقاولين وملتزمي المرافق العامة بتنفيذ بعض التوجيهات التي يقتضيها الأمن العام أو الصحة العامة، كوجوب إضاءة السيارات ليلاً بالنسبة لملتزمي النقل العام مثلاً.

ومن أهم ما يميز سلطة الرقابة عن سلطة الضبط الإداري أن سلطة الضبط الإداري تتضمن نظاما قانونيا مختلفا عن النظام القانوني الخاص بتدخل الإدارة في تنفيذ العقد فالسلطات التي تمارس الضبط الإداري ليست هي نفس السلطات التي تباشر التدخل في تنفيذ العقد الإداري، كذلك فإن لوائح البوليس أو الضبط تقترن دائماً بعقوبة جنائية الأمر الذي لا تتضمنه إجراءات التدخل في تنفيذ العقد.

ولا تستطيع الإدارة أن تضفي على الإجراءات التي تتخذها لرقابة تنفيذ العقد شكل التعليمات البوليسية، كما يحظر عليها استعمال العقوبات الجنائية وسلطات البوليس كوسائل ضغط لتنفيذ العقد.

فكل متعاقد – باعتباره فرداً عادياً – يخضع لنفس القوانين واللوائح كسائر الأفراد الآخرين، وتستطيع الإدارة أن تتخذ في مواجهته عن طريق لوائح البوليس نفس الإجراءات التي تتخذ في مواجهة أي فرد آخر، ولكنها لا تستطيع أن تجرم أخطاء المتعاقد سواء أكان ذلك عن طريق النصوص اللائحية أو وفقا لشروط العقد، إذ أن المشرع فقط هو الذي يستطيع ذلك.

ومدى سلطة الإدارة في فرض او استصدار قرار الحرمان بشكل محدد أو مقيد، تشكل ضمانة من ضمانات المتعاقد مع الإدارة (في العقود الإدارية) حيث إن هذه السلطة مقيدة – كقاعدة عامة – بضرورة توجيه إنذار للمتعاقد معها، عند إخلاله بتنفيذ التزاماته التعاقدية؛ ما لم ينص العقد على إعفاء الإدارة من ذلك (إذا اقتضت ظروف وحالات خاصة غير طبيعية، كحالة الضرورة أو قيام ظروف استثنائية تستوجب إعفاء الإدارة

([1]) انظر: تعليقات تارديه: على حكم مجلس الدولة الصادر في 6 ديسمبر،1907 بخصوص شركات السكك الحديد.P. L. M.

C. E. 6 Décem. 1907, Cie P. L. M., R., p. 913, Concl, Tardieu.

. وتعليقات جوس Josse على حكم مجلس الدولة الصادر في 18 يوليو سنة1930 بخصوص شركات السكك الحديدية.

C. E. 18 Juillet 1930, Cie P. L, M., R, D., P. 1931, p. 141، Concl. Josse.

من توجيه الإنذار للطرف الآخر المتعاقد)[1] من ناحية أخرى، إن سلطة الإدارة في فرض جزاء أو قرار الحرمان تكون تحت رقابة القضاء الإداري، فهو يراقب عملها وقراراتها من حيث المشروعية والملاءمة، وذلك من خلال تناسب الجزاء مع المخالفة التي تم ارتكابها من المتعاقد، إضافة إلى مراقبة القضاء للعقوبة المفروضة من قبل الإدارة من حيث مخالفتها القانون[2] ومن حيث عدم أحقيتها في توقيع جزاء الحرمان من التعاقد مع الإدارة.

الفرع الأول: إيقاع العقوبة وعدم جواز إيقاعها:

تعتبر الإدارة – بوصفها سلطة عامة – تمارس الضبط الإداري، ولها الصلاحية بإصدار لوائح البوليس، وقد تتضمن الأخيرة عقوبات جنائية تفرضها على من يخالف هذه اللوائح (باعتبارها سلطة ضبط إداري وليس بصفتها التعاقدية). ففي حالة إخلال المتعاقد بتنفيذ التزاماته التعاقدية، وارتكابه مخالفة عقدية – قد يعتبرها المشرع خطأً عقدياً – وفي ذات الوقت تشكل جريمة جنائية؛ يمكن للإدارة طلب تطبيق العقوبة المقررة لهذه الجريمة من القاضي الجنائي[3] ، لكن بالمقابل إن حدود توقيع جزاء الحرمان من قبل الإدارة على المتعاقد معها ليست مطلقة وهو ما سنتناوله على النحو الآتي بشكل متتالي:

أولاً– حالة توقيع العقوبة:

وهنالك العديد من الحالات التي يجوز فيها توقيع العقوبات الجنائية على المتعاقد.

1– اعتبار الأخطاء العقدية جريمة بنص القانون: من المسلم به أن تطبيق أي جزاء من جهة الإدارة: يجب أن يكون «منصوصاً عليه في القانون» تطبيقاً لمبدأ (لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص)، فقد ينص القانون على اعتبار بعض المخالفات العقدية جرائم، وهنالك أمثلة على هذه الحالة في فرنسا و مصر وسورية.

ففي القانون الفرنسي هنالك قانون باسم» مخالفات الطرق «يتضمن جزاءات جنائية، تفرض على من يخالف أحكامه. فقانون15 يوليو سنة 1845 بشأن بوليس السكك الحديدية في فرنسا، يتضمن مخالفات لطرق

([1]) جمال الدين، 2004، ص 663.

([2]) طلبة، 1997، ص336.

([3]) فياض، 1975، ص 302.

المواصلات والتي تعتبر جرائم جنائية بموجب عقد التزام المرفق العام. حالة ارتكابها من قبل الملتزم وكذلك الأمر بالنسبة لجرائم الموردين، فقد نص قانون العقوبات الفرنسي على عقوبات مالية (وسالبة للحرية) بالنسبة للجرائم المرتكبة من قبل موردي القوات المسلحة البرية والبحرية بمناسبة تنفيذ عقودهم. فأي تقصير أو تأخير في أداء الواجب من جانب الملتزم بتسليم التوريدات، أو الإهمال في تنفيذ العقد أو استعماله أو الغش في جودة وكمية الموردات، سيعرضه لجزاءات .[1]

وفي مصر؛ فإن قانون العقوبات المصري نص في المادة 116(مكرر ج) على تجريم بعض المخالفات المرتكبة من قبل المتعاقد مع الإدارة في نطاق العقود الإدارية وتقضي بأن: «كل من أخل عمداً بتنفيذ كل، أو بعض الالتزامات، التي يفرضها عليه عقد نقل أو توريد أو التزام أشغال عامة ارتبط به مع إحدى الجهات المبينة في المادة 119 أو مع إحدى شركات المساهمة، وترتب على ذلك ضرر جسيم، أو إذا ارتكب أي غش في تنفيذ هذا العقد يعاقب بالسجن، وتكون العقوبة الأشغال الشاقة المؤبدة أو المؤقتة، إذا ارتكبت الجريمة في زمن حرب وترتب عليها إضرار بمركز البلاد الاقتصادي أو بمصلحة قومية لها، وكل من استعمل أو ورد بضاعة أو مواد مغشوشة أو فاسدة تنفيذاً لأي من العقود سالفة الذكر، ولم يثبت غشه لها أو علمه بغشها أو إفسادها، يعاقب بالحبس والغرامة التي لا تجاوز ألف جنيه، أو إحدى هاتين العقوبتين، وذلك ما لم يثبت أنه لم يكن في مقدوره العلم بالغش أو الفساد، ويحكم على الجاني بغرامة تساوي قيمة الضرر المترتب على الجريمة ويعاقب بالعقوبات سالفة الذكر – على حسب الأحوال – المتعاقدون من الباطن والوكلاء والوسطاء، إذا كان الإخلال بتنفيذ الالتزام أو الغش راجعاً إلى فعلهم»[2]، بالإضافة إلى النصوص التي تجرم الرشوة أو الشروع فيها[3].

([1]) فياض، 1975، ص304 وما بعدها. هاشم، 2002، ص 48.

([2]) المادة 116 مكرر ج من قانون العقوبات المصري رقم 58 لسنة 1937، أضيفت بموجب القانون رقم 63 لسنة 1975.

([3]) البنا، 2007، و عبد الباسط، 2005، ص 287.

هنا نلاحظ بأن المادة أعلاه قد شملت جميع المخالفات (الجسيمة) التي قد يرتكبها المتعاقد مع الإدارة خلال تنفيذ العقد الإداري، والتي تقوم الإدارة بتطبيقها استناداً إلى هذه النصوص والمواد المذكورة في قانون العقوبات.

2- مخالفة لوائح الضبط الإداري: تتولى الإدارة – بحكم سلطتها العامة –مهمة سلطة الضبط الإداري (أو ما يطلق عليه بسلطة البوليس) وذلك من خلال تنظيم المرافق العامة في الدولة والحفاظ على النظام العام (بتحقيق الأمن العام، الصحة العامة وتوفير السكينة العامة). ولتحقيق ذلك؛ تقوم الإدارة بإصدار لوائح الضبط الإداري التي تتضمن: جزاءات تفرض على من يخالفها، ومن ضمن هذه الجزاءات أو العقوبات: جزاءات جنائية (مقيدة وسالبة للحرية في حدود معينة)[1].

وفي نطاق العقود الإدارية، فإن الإدارة – وبهدف التأمين والحفاظ على سير المرفق العام بانتظام واستمرار – لها أن تصدر لوائح الضبط الإداري، بحيث تفرضها على المتعاقد المقصر والمخل بتنفيذ التزاماته التعاقدية وفي حدود معينة[2]. هذه اللوائح تطبق على جميع الأفراد، سواء أكانوا في مراكز تعاقدية مع الإدارة أو من الغير، وتطبيق هذه العقوبات لا يكون لمجرد قيام المتعاقد بمخالفة شروط العقد، وإنما لمخالفته أحكام اللائحة[3]، والتي عليه واجب احترامها بصفته (ملزماً) باحترام القوانين واللوائح الصادرة من الإدارة بصفة السلطة العامة[4].

ففي فرنسا – مثلاً – فإن إجراءات الضبط الإداري التي تقوم بها الإدارة (بصفتها سلطة عامة) تتضمن عقوبات جنائية؛ بهدف الحفاظ على النظام العام وتحقيق أهدافها بهذا الخصوص (الأمن والسكينة والصحة). فهي إجراءات فردية أو تنظيمية بالنسبة للمتعاقد مع الإدارة، شأنه شأن غيره من الأفراد الآخرين الملتزمين بهذه الإجراءات الصادرة من الإدارة، فمثلاً في يوم عيد قومي:

([1]) جانكير، 2014، ص70.

([2]) فياض، 1975، ص312 وما بعدها. محمد، 2010، ص642. الديحاني، 2004، ص 50.

([3]) الشريف، 1982، ص 156.

([4]) حلمي، 1977، ص 80.

يمكن لسلطة البوليس أن تمنع المتعاقد، الملتزم بمرفق ما، من أن يسير عرباته في شارع مزدحم في ذلك اليوم، فالصفة التي يحملها لا تحميه من تطبيق قواعد الضبط الإداري.[1]

وأساس ذلك كما يذكر الفقيه Jeze: «إن العقد الإداري لا يمكن أن يكون من غرضه – أو من أثره – إهدار حق السلطة العامة في الضبط الإداري العام، بأن تتخذ – حتى مع المتعاقد معها – الإجراءات اللازمة لضمان الأمن والسكينة والصحة العامة، أو أن تستخدم سلطاتها الخاصة في الضبط الإداري الممنوح لها إزاء فئة المتعاقدين التي ينتمي إليها، فالتزام المتعاقد مع الإدارة بأن يخضع لهذه الإجراءات (مثل الأفراد الآخرين) موجود بالرغم من قيام العقد، وأي شرط فيه يتعهد له بالإعفاء من لوائح الضبط الإداري يكون باطلاً»[2].

وفي مصر: فإن اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات المصرية نصت عليها، فالمادة 79 تشير إلى أنه: «يلتزم المقاول باتباع جميع القوانين واللوائح الحكومية والمحلية، ذات الصلة بتنفيذ موضوع التعاقد، وتعتبر مسؤوليته في هذه الحالات مباشرة دون تدخل للجهة الإدارية. وفي حالة إخلاله بتلك الالتزامات يكون للجهة الإدارية الحق في تنفيذها على نفقته»[3] .

إذاً يمكن القول: بأن المتعاقد يتعرض إلى عقوبة جنائية (إن خالف لوائح الضبط الإداري التي تهدف إلى تحقيق النظام العام) وإن سلطة الإدارة هنا تكمن بصفتها: «سلطة عامة» وتتصرف، بهذه السلطة الممنوحة إليها، ومن ضمن ذلك الحفاظ على سير المرفق العام بانتظام واستمرار، وعليه يتوجب على المتعاقد احترام هذه اللوائح، شأنه في ذلك شأن بقية المواطنين الذين يخضعون لها.

ثانياً– عدم جواز صدور عقوبة الحرمان:

ذكرنا سابقا إن حدود توقيع جزاء الحرمان (من قبل الإدارة على المتعاقد معها) ليست مطلقة، فالإدارة لا تمارس سلطتها على جميع المخالفات العقدية المرتكبة من قبل المتعاقد معها، وإنما تمارس هذه السلطة وفق

([1]) فياض، 1975، ص 313 وما بعدها.

([2]) فياض، 1975، ص 313.

([3]) أنظر اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات في مصر، المادة 79، سبقت الإشارة إليها.

ما هو محدد في نصوص القانون أو اللوائح[1] . فهناك حالات لا يجوز للإدارة أن تتصرف بكامل حريتها، وعليها مراعاة بعض الحالات، كما في حالة الاستعمال المنحرف لسلطة الضبط الإداري من قبل الإدارة، وكذلك عدم قدرتها على توقيع العقوبة الجنائية من تلقاء نفسها.

فيجب على الإدارة أن تستخدم سلطة البوليس (أو الضبط الإداري) استعمالا صحيحاً وسليماً، وإلا عد تصرفها استعمالاً منحرفاً للسلطة، فتوقيع العقوبة على المتعاقد معها يكون لمخالفته أحكام اللائحة وليس لمخالفته شروط العقد، وبالتالي؛ فقيام الإدارة بتضمين العقد عقوبة جنائية – مصدرها لائحة بوليسية – لضمان تنفيذ العقد الإداري يعد أمراً غير جائز، فيكون تصرفها هذا منطويا على إساءة استعمال السلطة؛ يحق للمتعاقد الطعن فيه[2] .

فقيام الإدارة بحكم سلطتها العامة بإجبار المتعاقد معها على تنفيذ التزامه بواسطة اللوائح البوليسية (أو الضبط الإداري) يؤدي إلى فقدان الضبط الإداري لصفته الأساسية؛ فلوائح الضبط الإداري تهدف أساساً إلى الحفاظ على النظام العام، وإذا استهدفت تنفيذ إجراء آخر غير إجراءات البوليس – فإن تصرفها يعد من قبيل إساءة استعمال السلطة والانحراف بها، لأنها استعملت سلطة ليست مخصصة لذلك[3]. وهذا ما أشار إليه حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في 1930/3/19 بخصوص قضية (Société toulousaine de Bazacle) بحيث ألغى اللائحة الصادرة من الإدارة (التي لوحت بفرض عقوبات جنائية على المتعاقد معها في حالة إخلاله بتنفيذ العقد المبرم بينهما) لأن ذلك يعتبر انحرافاً للسلطة[4] . وكذلك فإن إضفاء لائحة البوليس على دفتر من دفاتر الشروط يعد استعمالاً منحرفاً للسلطة[5].

([1]) العنزي، 2010، ص 176.

([2]) الشريف، 1982، ص 156 و157.

([3]) فياض، 1975، ص 332، وهاشم، 2002، ص49.

([4]) سلطان، 2010، ص280.

([5]) محمد، 2010، ص 643.

وهذه المبادئ تطبق أيضاً في مصر وسورية، كما تشير إلى ذلك اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات المصري[1].

إذا" يمكن القول: إن الإدارة بحكم سلطتها كسلطة ضبط إداري لها الحق في إصدار لوائح البوليس أو الضبط، والتي تتضمن إجراءات تهدف جميعها إلى المحافظة على النظام العام (الأمن العام والصحة العامة والسكينة العامة)، وعلى جميع الأفراد الانصياع لهذه اللوائح، وإلا تعرضوا لجزاء قد يصل إلى عقوبة جنائية. هذه الإجراءات تشمل أيضاً المتعاقد مع الإدارة (بصفته فرداً وليس كمتعاقد) وملزماً باحترام هذه اللوائح، إلا إنه إذا استهدفت الإدارة غير هذا الغرض، كأن يكون هدفها إجبار المتعاقد معها بتنفيذ العقد، فإن تصرفها يكون منطوياً على إساءة استعمال السلطة ويتجرد من صفته العمومية.

الفرع الثاني: التزام الإدارة العلانية فيما يتعلق بالحرمان من التعاقد معها:

يقتضي مبدأ الشفافية، وحتى لا يتفاجأ الشخص عند تقديم عطائه بأنه ممنوع عليه الدخول في تعاقدات مع الإدارة، بأنه يجب أن تعلن الإدارة هذه الأسباب بصورة واضحة، أو أن يكون قد تم إعلانه بهذه الأسباب من قبل. كما يتعارض مع هذا المبدأ اشتراك شخص بصورة مستترة، نيابة عن شخص ممنوع عليه الدخول في تعاقدات مع الإدارة.

ويطلق على الإجراء الذي تقوم الإدارة به (الاستبعاد العام)، ويعرف بأنه: (إجراء يتيح للإدارة أن تستبعد بقرار عام المتعهدين غير المرغوب فيهم من كل المناقصات التابعة للإدارة بشكل نهائي أو لفترة محدودة)[2] .

ويختلف إجراء الاستبعاد العام عن القرار الذي سيصدر عن لجان العطاءات بقبول أو عدم قبول عرض معين، فالاستبعاد العام هو إجراء شخصي ينصب على شخص معين بالذات، طبيعي أو معنوي، على عكس قرار رفض عطاء معين فهو إجراء موضوعي يلحق عطاءً معيناً وليس شخصاً من الأشخاص[3] .

([1]) أنظر اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات المصرية، المادة 79، سبقت الإشارة إليها.

([2]) نوح، 2005، ص509.

([3]) عياد، 1973، ص 150.

كما أن إجراء الاستبعاد العام ذو طبيعة شاملة، يؤدي إلى منع المشمول به من دخول عدد غير محدود من الإجراءات المتعلقة بإبرام عقد من قبل الجهات الإدارية، في حين أن قرار رفض قبول العطاء من قبل اللجان نتيجةً لعدم استنفاد الشروط، إنما يتعلق بمنع المشمول من الدخول في إجراءات محددة لإبرام عقد ما نتيجة عدم استيفائه لشروط القبول[1] .

أولاً- أحكام الحرمان في فرنسا:

1 – أسباب الاستبعاد العام:

يستبعد المرشح من التعاقد مع الإدارة في الحالات التالية: في حال صدور أحكام جنائية بحق الشخص[2] :

حدد المشرع الفرنسي عدداً من الجرائم الجنائية يترتب على اقترافها من قبل أي شخص، حظر التقدم بعرضه للمشاركة في المنافسة للحصول على عقد لدى الجهات العامة.

وقيد المشرع هذا الاستبعاد بضرورة أن يكون الحكم الصادر بحق الشخص نهائياً، وأن يكون هذا الحكم صادراً خلال السنوات الخمسة السابقة للتقدم للتعاقد.

وهذه الجرائم وفق ما حددها الأمر 2015/899 المتعلق بعقود الشراء العام والمرسوم 2016/65 المتعلق بعقود التزام المرافق العامة هي:

أ- الجرائم المنصوص عليها في المادة (38-222) من قانون العقوبات الفرنسي (التلاعب- التستر- غسل الأموال المتعلق بالاتجار بالمخدرات).

ب- الجرائم المنصوص عليها في المادة (40-222) من قانون العقوبات الفرنسي (استيراد وتصدير وتجارة وتوريد وبيع المخدرات).

ج- الجرائم المنصوص عليها في المادة (1-225) من قانون العقوبات (التمييز).

([1]) نوح، 2005، ص509.

([2]) Art.45.1, Ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux Marchés publics (NOR: EINM1506103R) (JO", 24 juillet 2015).

-Art. 39.1, Ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux Contrats de concession (NOR: EINM1527673R) (JO, 30 janvier2016)

-Art.11.1.2.1, Guide de bonnes pratiques du 26 septembre 2014 en Matière de marchés publics..

د- الجرائم المنصوص عليها في المادة (13-226) من قانون العقوبات (خرق السرية المهنية).

هـ- الجرائم المنصوص عليها في المواد من 1-313 إلى 3-313 من قانون العقوبات – الاحتيال.

و- الجرائم المنصوص عليها في المواد 1-314 إلى 4-314 (خيانة الأمانة).

ز- الجرائم المنصوص عليها في المواد 1-324 إلى 6-324 (غسل الاموال).

ح- الجرائم المنصوص عليها في المواد 9-413 إلى 12-413 (انتهاك سرية الدفاع الوطني).

ط- الجرائم المنصوص عليها في المواد 1-421 إلى 2-3-21؛ الفقرة الثانية من المادة 5-421 (إدارة وتنظيم أو المشاركة في تنظيم عمل إرهابي).

ي- الجرائم المنصوص عليها وفق المادة 1-433 أو الفقرة الثانية من المادة433 – 2 (الفساد النشط واستغلال النفوذ).

ك- الجرائم المنصوص عليها في الفقرة الثامنة من المادة 9-434 أو الفقرة الثانية من المادة 1-9-434 (عرقلة سير العدالة).

ل- الجرائم المنصوص عليها في المواد 3-435، 4-435، 9-435، 10-435 (الرشوة واستغلال النفوذ من الموظفين في الاتحاد الأوروبي والدول الأعضاء والدول الأجنبية أو المنظمات الدولية العامة).

م- الجرائم المنصوص عليها في المادة 1-441 إلى 7-441 أو 9-41؛ (التزوير أو استخدام وثائق مزورة).

ن- الجرائم وفق المادة 445 (الفساد والرشوة من أشخاص لا يمارسون الوظيفة العامة).

س- الجرائم وفق المادة 1-451 (التآمر).

وإضافة إلى هذه الجرائم، فإن المادة 39-131 من قانون العقوبات تقرر أنه عندما يثبت بحق الشخص الاعتباري، جناية أو جنحة فيمكن معاقبته بإحدى العقوبات أو بأكثر من عقوبة، الاستبعاد في العقود العامة بشكل نهائي أو لمدة 5 سنوات أو أكثر.

2 – الإدانات وفق القوانين الأخرى[1] :

الأشخاص الذين يصدر في حقهم حكم نهائي في إحدى الجرائم وفق الآتي:

أ- الأشخاص الذين كانوا محل إدانة نهائية لإحدى الجرائم المنصوص عليها في المادة 1741 من القانون العام للضرائب (التهرب، التستر، وعدم الدفع فيما يخص الضرائب).

ب- الأشخاص الذين كانوا منذ أقل من خمس سنوات محل إدانة نهائية لإحدى الجرائم التالية المنصوص عليها في قانون الدفاع الوطني:

- المواد من ل2-2339 إلى ل4-2339 (تصنيع أو تجارة المعدات والأسلحة والذخائر والأجزاء الأساسية منها).
- المواد من 1-1-2339 إلى 3-11-2339 (الشروط اللازمة لاستيراد أو تصدير أو نقل المعدات العسكرية والأسلحة والذخيرة).

ج- الجريمة المنصوص عليها في المادة 8-318 من قانون الأمن الداخلي (نقل المواد الحربية أو الأسلحة أو الذخيرة).

د- الأشخاص الذين كانوا منذ خمس سنوات محل إدانة للجرائم المذكورة في قانون العمل وهي:

- في المادة ل 1-1146 (المساواة المهنية بين الرجل والمرأة).
- في المواد ل 1-8221، ل 3-8221 أو ل5-8221(العمل غير المعلن عنه).
- في المادة ل 1-8231 (المساواة).
- في المادة ل 8241- 1 (القرض غير المشروع للقوى العاملة).
- في المواد ل 1-8251 أو 2-8251 (العمالة الأجنبية بدون تصريح).

([1]) Art.45.4,Ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux Marchés publics (NOR: EINM1506103R) (JO, 24 juillet 2015).

-Art. 39.4, Ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux Contrats de concession (NOR: EINM1527673R) (JO, 30 janvier)2016

-Art.11.1.2.1,Guide de bonnes pratiques du 26 septembre 2014 en Matière de marchés publics.

3- الاستبعاد المؤقت بأمر من الحاكم الإداري[1] :

بعد رصد أي مخالفة فيما يتعلق بالعمل السري والمساواة، أو العمالة الأجنبية من دون تصريح، يمكن أن تقوم هيئة التفتيش المعنية بإحالة الأمر إلى الحاكم الإداري للدائرة التي تقع فيها المنشأة المعنية (مثال: في باريس تتم الإحالة إلى قائد الشرطة).

ووفقاً للشروط المنصوص عليها في المواد 7-8272 و10-8278 من قانون العمل، يمكن للحاكم الإداري، أن يقرر، نظراً لتكرار أو لخطورة الوقائع المسجلة، الاستبعاد المؤقت من العقود الإدارية.

وتكون مدة الاستبعاد في هذه الحالة 6 أشهر كحد أقصى يمكن زيادتها من قبل المحكمة الجنائية التي تنظر في القضية، كما يمكن للمحكمة إسقاط التهم أو تقرير البراءة، كما يمكن لها أن تحكم بعقوبة إضافية تخص الاستبعاد في العقود العامة، وفق ما هو مذكور في الفقرة الخامسة من المادة 131- 39 من القانون الجنائي.

وفي حالة صدور هذه العقوبة ضد شركة ما، فإن هذه العقوبة تكون مقررة من أجل الشركة ومن أجل ممثلها القانوني، والذي لا يمكن له أن يتقدم بأي عرض للدخول في المنافسة للحصول على عقد إداري آخر بالأصالة عن نفسه أو عن طريق وكيل، أو عن طريق إنشاء شركة جديدة يتولى إدارتها، سواء في القانون أو في الواقع، وتتم معاقبة عدم الامتثال لمثل هذا القرار بالسجن لمدة شهرين وغرامة قدرها 3750 يورو.

4- الإخلال بالواجبات الاجتماعية والمالية[2] :

يلتزم المرشح بتقديم شهادات مصحوبة بتعهد موقع من قبله يثبت أنه قد أوفى بكافة الواجبات الاجتماعية والمالية المفروضة عليه.

([1]) Art.11.1.2.1,Guide de bonnes pratiques du 26 septembre 2014 en Matière de marchés publics.

([2]) Art.45.2, Ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux Marchés publics (NOR: EINM 1506103R) (JO , 24 juillet 2015).

-Art.11.1.2.3,Guide de bonnes pratiques du 26 septembre 2014 en Matière de marchés publics

ويتم التعرف على قانونية وضع المرشحين من حيث واجباتهم الاجتماعية والمالية عن طريق الهيئات والإدارات المكلفة بجمع مختلف الضرائب واشتراكات الضمان الاجتماعي.

علماً بأن الشركة التي لم تقدم البيانات التي توضح وضعها الاجتماعي، والمالي، أو لم تقم بسداد الضرائب والاشتراكات المستحقة، لا يتم منحها شهادة بالانتظام تمكن الشركة من تقديمها ضمن عرضها.

5- الشركات المتعثرة [1]:

تصدر حالات التصفية أو الإفلاس من قبل المحكمة التجارية، وذلك تطبيقا للمواد ل 1-640 أو ل 1-653 أو ل 8-653 من القانون التجاري، وتؤدي هذه الحالات تلقائيا إلى استبعاد مشاركة الشركات المعنية من إجراءات العقود العامة.

أما في حالة صدور أمر بوضع الشركة تحت الحراسة القضائية من قبل القاضي كما تنص عليه المادة 1-631 من القانون التجاري، يجب على جهة الإدارة أن تتحقق -على أساس المستندات المقدمة من المرشح (نسخة من الحكم أو الأحكام المعنية) من أن المرشح لديه القدرة على مواصلة نشاطاته، المدة المتوقعة لتنفيذ العقد، وفي هذه الحالة لا يمكن رفض المرشح المعني.

6 – الحالات الخاصة بعقود الدفاع أو الأمن[2] :

يتم استبعاد المرشح من التقدم بعرضه وفق المادة 46 من الأمر 899/2015، والمادة 8 من مرسوم 6 يونيو 2005 بالنسبة لعقود الدفاع أو الأمن في إطار منح هذه العقود في الحالات التالية:

أ- الأشخاص الذين تمت معاقبتهم بفسخ عقدهم، أو الذين عن طريق حكم قضائي نهائي تتقرر مسؤوليتهم المدنية خلال الخمس سنوات الماضية بسبب تجاهل التزاماتهم فيما يخص أمن التوريدات أو أمن المعلومات،

([1]) Art.45.3,Ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux Marchés publics (NOR: EINM1506103R) (JO , 24 juillet 2015).

-Art. 39.2, Ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative Contrats de concession (NOR: EINM1527673R) (JO, 30 janvier2016

Art.11.1.2.4, Guide de bonnes pratiques du 26 septembre 2014 en Matière de marchés publics.

([2]) Art.46, Ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux Marchés publics (NOR: EINM1506103R) (JO, 24 juillet 2015)

إلا في حالة تنفيذ كافة الأحكام الصادرة بحقهم وتقديمهم كافة الوسائل التي تثبت أن مهنيتهم ليست موضع شك.

ب- الأشخاص الذين يتم الإثبات بأي وسيلة وإذا اقتضى طريق مصادر المعطيات المحمية، من أنهم لا يملكون المصداقية وذلك لتجنب المخاطر على أمن الدولة.

وبعد أن تناولنا أحكام الحرمان والاستبعاد في فرنسا فإنه يترتب على تطبيق هذه الأحكام آثار مهمة، فيتم اتخاذ قرار الاستبعاد بشكل تلقائي وسري، وذلك يعني أن هذا الإجراء لا يكون حضورياً، كما هو الحال بالنسبة لقرار رفض أحد المتعهدين في مناقصة معينة، إلا أن مجلس الدولة الفرنسي قد قضى بضرورة تبليغ هذا القرار للمعني به، وبضرورة أن يتاح لهذا الأخير طريق التظلم وفق الأصول.

يمكن للإدارة أن تسحب قرارها بالاستبعاد العام في كل وقت، ويكون هذا السحب صريحاً أو ضمنيًا، ويعتبر التعاقد مع متعهد محروم منطوياً على قرار ضمني بشطب هذا المتعهد من قائمة المحرومين.

لا يمتد مفعول قرار الاستبعاد العام إلا إلى إجراءات تعاقد الإدارة التي أصدرت قرار الاستبعاد، وإذا شمل قرار الاستبعاد إجراءات التعاقد لدى إدارة أخرى، فإنه يكون غير ذي أثر.

يمكن لصاحب الشأن أن يطالب بالتعويض أمام القضاء، إذا سبب له قرار الاستبعاد العام ضررا مادياً أو معنوياً[1] .

ثانياً- أحكام الحرمان في القانون المصري السوري:

يتم حرمان مقدم العطاء من الدخول في إجراءات التعاقد، إما كإجراء عقابي للشخص، أو يتم حرمانه من التعاقد كإجراء وقائي.

ويقتضي مبدأ الشفافية في هذه الحالات أن يكون مقدم العطاء على بينة من أنه غير مسموح له التقدم للتعاقد، وذلك من خلال التزام الإدارة بالعلانية بالنسبة لأسباب الحرمان.

([1]) نوح، 2005، ص512-513.

وكذلك يقتضي هذا المبدأ عدم التحايل من قبل مقدم العطاء بالتواطؤ مع شخص آخر يدخل في إجراءات التعاقد بصورة مستترة نيابة عنه، وسواء كان ذلك بالتواطؤ مع جهة الإدارة أم لا.

وقد استعرضنا فيما يلي حالات الحرمان وفق ما هو مستقر عليه في مصر والجمهورية العربية السورية وكيفية تحقق الشفافية من خلال هذه الحالات:

1- الحرمان الجزائي: يعتبر نظام الحرمان الجزائي أحد التطبيقات المهمة لامتياز التنفيذ المباشر الذي تمارسه الإدارة إعمالاً للسلطة العامة المخولة لها من قبل الأفراد، كما يعد هذا النظام نوعاً من القيود التي ترد على مبدأ حرية المنافسة[1] .

والحرمان الجزائي يصدر كجزاء من قبل الإدارة على المورد المقاول الذي ارتكب أخطاءً سابقة، فهو إما أن يكون جزاء توقعه الإدارة بإرادتها المنفردة، أو أن يكون العقد أو دفاتر الشروط، قد تضمنا النص على هذا الجزاء متى توافرت شروطه ومبرراته، فالأصل أن الحرمان الجزائي لا يجوز توقيعه إذا لم يقترن هذا الجزاء بشروط معينة، وفي هذه الحالة يتعين عدم توقيع هذا الجزاء ومن ذلك ما نصت عليه المادة 50 من القانون 182 لسنة 2018 المتعلق بتنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة في جمهورية مصر العربية، حيث يشطب اسم المتعاقد من سجل الموردين أو المقاولين في الحالة التي يثبت فيها أن المتعاقد استعمل بنفسه أو بواسطة غيره الغش أو التلاعب في تعامله مع الجهة المتعاقدة أو في حصوله على العقد. [2].

وكذلك يعد من قبيل الحرمان الجزائي الذي نص عليه القانون حرمان بعض الأشخاص الذين حكم عليهم بعقوبة جنائية من التقدم للتعاقد مع الإدارات كعقوبة تبعية وفقا لنص المادة 25 من قانون العقوبات المصري.

أما بالنسبة للوضع في الجمهورية العربية السورية فقد نصت الفقرة أ من المادة 58 للقانون 2004/51 على الحرمان من التعاقد مع الجهة العامة المتعهد الذي يثبت سوء نيته أو عدم كفاءته أثناء تنفيذ تعهدات الجهة العامة، ويكون ذلك بقرار معلل من الوزير، ولمدة لا تتجاوز خمس سنوات، أما الحرمان من التعاقد مع الجهات العامة جميعها يتم بقرار من رئيس مجلس الوزراء بناء على اقتراح الوزير المختص.

([1]) عياد، 1973، ص153. المعمري، 2002، ص85.

([2]) الحلفاوي، 2002، ص149.

ونستطيع أن نستنتج من نص المادة السابقة بأن الشخص الذي يمكن إصدار هذا القرار بحقه، فقد حدده القانون بالمتعهد، أي أنه سمح للإدارة بإصدار مثل هذا القرار بحق المتعهد فقط، ولم يسمح لها بفرضه بحق أي شخصٍ آخر.

وقد عرفت المادة الأولى من نظام عقود الجهات العامة المتعهد بأنه هو من يرتبط مع الجهة العامة بعقدٍ لتأمين احتياجاتها وتمَّ تبليغه أمر المباشرة وفق أحكام هذا النظام. أي أن المتعهد هو المهندس أو المقاول أو التاجر الذي قام بتوقيع عقدٍ مع الإدارة، فإذا لم يكن قد وقَّع العقد بعد، فلا يحق للإدارة أن تفرض بحقه مثل هذه العقوبة، ومهما كانت جسامة الفعل الصادر عنه، إذ أنه لا يعدو أن يكون بعد سوى متعهداً مرشحاً، والذي عرّفه القانون بأنه من ترسو عليه المناقصة أو طلب العروض أو يرتبط بعقد بالتراضي لم يستكمل أسباب تصديقه ولم يبلغ أمر المباشرة.

فإذا لم يكن المتعهد قد وقَّع العقد بعد، ونكل عن توقيعه عندما دعته الإدارة إلى ذلك، فلا يحق للإدارة أن تصدر مثل هذا القرار بحقه، وجُلُّ ما تستطيع فعله، هو مصادرة التأمينات المؤقتة التي قام بدفعها.

وقد تأيَّد هذا الاتجاه بعددٍ من القرارات الصادرة عن مجلس الدولة في سوريا، فقد جاء في أحد القرارات الصادرة عن المحكمة الإدارية العليا:

((إنَّ الشركة المدعية قد اشتركت في تقديم عرض، ثم جرت مراسلات ومفاوضات بين الطرفين، انتهت دون أن يتم توقيع عقد بينهما، فبادرت رئاسة مجلس الوزراء إلى إصدار قرار بحرمان الشركة من التعامل مع الجهات العامة، ومن حيث أن الشركة لم ترتبط مع جهة الإدارة المدعى عليها بعقد، وأنه لا تعدو أن تكون حائزة على صفة العارض فقط، وما دام الأمر كذلك يكون القرار الطعين مفتقراً إلى المبررات القانونية التي تبرر صدوره أصلاً ويغدو متعين الإلغاء)).[1]

وفي رأينا فإن في ذلك تضييق على الإدارة بموجب نظام العقود رقم 51 لعام 2004 وهو تضييق لا مبرر له وحبذا لو وسع القانون من النطاق الشخصي للأشخاص الذين من الممكن أن يشملهم قرار الحرمان.

([1]) برانبو، 2006.

2 – الحرمان الوقائي: يحظر على بعض الأشخاص التعامل مع الإدارة، وقد

يكون هذا الحظر بنص القانون، فيكون الحظر قانونيا، أو من خلال قرارات إدارية تصدرها الإدارة وفق سلطتها التقديرية.

ويكون الحرمان الوقائي بهدف منع تفضيل المصلحة الخاصة من قبل بعض المسؤولين على المصلحة العامة[1] .

والحرمان الوقائي لا ينصب إلا على المناقصات الخاصة بمرفق أو بوزارة معينة، ويمكن إلغاؤه في أي وقت، سواء أكان موقوتاً بمدة معينة أو كان لمدة غير محددة[2] .

أ– الحرمان الوقائي بنص القانون: في بعض الحالات الاستثنائية توجب القوانين واللوائح حرمان بعض الأشخاص من التقدم للمناقصات والممارسات الحكومية كإجراء وقائي يقتضيه صالح المرفق وحسن تنفيذ العقد، وذلك إذا وجد الشخص في حالة لا يجوز معها اشتراكه في المناقصات العامة[3] .

ومن ذلك ما نصت عليه المادة 26 من القانون 182 لسنة 2018 المتعلق بتنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة في مصر، حيث حظرت على العاملين لدى الجهات التي تسري عليها أحكام القانون التقدم بالذات أو بالوساطة بعطاءات أو عروض لتلك الجهات، كما لا يجوز شراء أشياء منهم أو تكليفهم بالقيام بأعمال.

وكذلك الحال وفق ما نصت عليه المادة 38 من القانون 46 لسنة2014 والخاص بمجلس النواب، حيث نصت هذه المادة على انه: (لا يجوز لعضو مجلس النواب طوال مدة العضوية بالذات أو بالواسطة أن يشتري أو يستأجر شيئاً من أموال الدولة أو أياً من أشخاص القانون العام أو شركات القطاع العام أو قطاع الأعمال العام ولا يؤجرها أو يبيعها شيئاً من أمواله أو يقايضها عليه، ولا يبرم معها عقد التزام أو توريد أو مقاولة أعمال أو خدمات، أو تقديم أعمال استشارية بأجر أو بدون أجر أو غيرها، ويقع باطلا أي من هذه التصرفات).

([1]) المعمري، 2002، ص86.

([2]) عياد، 1973، ص160.

([3]) الحلفاوي، 2002، ص155.

كما نصت الفقرة الخامسة من المادة 11 من نظام العقود في سورية رقم 51 لعام 2004 (يشترط فيمن يود الاشتراك في المناقصة ألا يكون من العاملين في إحدى الجهات العامة وألا يكون عضواً في المكاتب التنفيذية للإدارة المحلية ضمن محافظته تحديداً).

ونرى أن المشرع لم يعالج حالة الموظف الذي يتقدم للتعاقد بعد انقطاع الرابطة الوظيفية، حيث إن هذا الحظر الذي جاء به القانون غير كاف لتحقيق الشفافية، فلو فرضنا أن هذا الموظف استقال من الجهة التي يعمل بها أو تقاعد وتقدم للتعاقد لدى هذه الجهة التي كان يعمل بها، وقد يكون له علاقات حميمة مع الموظفين القائمين على إجراءات التعاقد.

ونرى أن الأجدى، تحقيقاً للشفافية، أن يحظر على الموظف التقدم بالذات أو بالوساطة لإجراءات التعاقد لدى أي جهة إدارية تتبع للوزارة التي كان يعمل بها، حتى لو انقطعت الرابطة الوظيفية له.

ب- الحرمان الوقائي بمقتضى سلطة الإدارة التقديرية: في هذه الحالة تصدر الإدارة قرارها بحرمان المقاول أو المورد من التقدم إلى المناقصات والممارسات، لا باعتباره جزاء بسبب التنفيذ المعيب لالتزام سابق، ولكن لأنها تقدر أنه غير جدير بالمناقصة نتيجة للتحري عن إمكانياته وقدراته، أي أنها تقرر حرمانه من الاشتراك في المناقصات والممارسات لأسباب تتصل بالمصلحة العامة[1].

([1]) عياد، 1973، ص157.

المبحث الثاني

قيود الإدارة في فرض استعمال صلاحياتها في فرض جزاء الحرمان من التعاقد والخصائص المميزة لهذا الجزاء

للإدارة في سبيل ضمان تنفيذ العقد الإداري ولمواجهة تقاعس المتعاقد معها أو انحرافه عن الطريق السوي سلطة توقيع الجزاءات، إلا أن هذا السلطة ليست مطلقة بل هي مقيدة بما يبعد عن الإدارة شبهة إساءة استعمال السلطة، كما أن هذا الجزاء الذي تفرضه الإدارة له ما يميزه فالعقد الإداري عقدٌ بطبيعته تحكمه مبادئ القانون العام والقانون الإداري، وهي وإن كانت تستمد من القانون الخاص بعض مبادئه إلا أنه يبقى للعقد الإداري خصائصه التي تميزه عن عقود القانون الخاص، وعليه سنتناول في هذا المبحث:

المطلب الأول: القيود التي يجب على الإدارة أن تلتزم بها أثناء استعمال صلاحيتها في فرض جزاء الحرمان من التعاقد.

المطلب الثاني: الخصائص المميزة لجزاء الحرمان من التعاقد.

المطلب الأول

قيود الإدارة في فرض جزاء الحرمان من التعاقد

على الإدارة أثناء استخدام صلاحيتها في فرض جزاء الحرمان من التعاقد الالتزام بمبادئ الشفافية عند استخدامها لهذه السلطة، فإحاطة هذه السلطة بمبادئ الشفافية، يشيع لدى المتعاقد روح الثقة والطمأنينة بأن الإدارة لن تستخدم هذه السلطة إلا في الحالات التي يستحق فيها الجزاء، ونظراً إلى أهمية توافر مبدأ الشفافية عند استخدام الإدارة سلطتها بتوقيع الجزاء قمنا بتناول هذا المطلب وفق ما يلي:

الفرع الأول: أساس فكرة الجزاء في العقد الإداري.

الفرع الثاني: مظاهر الشفافية عند ممارسة الإدارة لسلطتها في توقيع الجزاء على المتعاقد.

الفرع الأول: أساس فكرة الجزاء في العقد الإداري:

يعرف الجزاء العقدي بأنه إجمالي ما يستحقه المتعاقد مع الإدارة عندما لا يفي بأي من الالتزامات التعاقدية المفروضة عليه[1] .

وتلعب العقوبة الإدارية وظيفتين، الأولى: إصلاحية والأخرى رادعة، والفكرة الأساسية في توقيع الجزاء في العقد الإداري هي أن العقاب على الخطأ في تنفيذ العقد يضمن استمرار الخدمة[2] .

وبالنظر إلى أن التزامات المتعاقدين مع الإدارة مرتبطة بسير المرافق العامة وأن أي تراخ أو تقصير أو إهمال أو توقف أو التنفيذ على وجه سيئ يسمح للإدارة باستخدام امتياز المبادرة التي تعطيها القدرة على إصدار القرارات بإرادتها المنفردة، التي تكون نافذة فوراً في حق المتعاقد المقصر أو الذي أخل بالتزاماته.

ويكون للإدارة توقيع الجزاءات الإدارية على المتعاقد ومنها عقوبة الحرمان دون حاجة إلى اللجوء الى القضاء، وذلك استنادا إلى فكرة المصلحة العامة، ولا تستند الإدارة في مباشرة هذه السلطة إلى نصوص العقد الإداري، بل إلى سلطتها الضابطة لسير المرفق العام.[3]

وأكدت على هذه السلطة العديد من أحكام القضاء الإداري؛ حيث قضت المحكمة الإدارية العليا: (... إن الجهة الإدارية بحكم وظيفتها ورعايتها للمصلحة العامة وقيامها على كافة احتياجات المرافق العامة بما تراه من وسائل مقررة لها قانوناً، حيث تقوم بتحديد مدة معينة لإنجاز عمل ما والانتهاء من تنفيذه، تكون قد قررت أن حاجة المرفق تستوجب التنفيذ خلال الميعاد دون أي تأخير، فإن تأخر من كلفته أو تعاقدت معه عن إتمام التزامه والانتهاء منه في الميعاد الذي حددته له، كان من حقها أن توقع عليه غرامة تأخير طبقاً للأوضاع وفي الأحوال المتفق عليها...)[4].

([1]) Mathieu LORIOU, L'exécution des marches publics, dalloz, 2013, http://www.dalloz.fr/documentation/Document?id. (12/9/2022- 9:00PM).

([2]) مظفر، 2012، ص33.

([3]) مظفر، 2012، ص 34.

([4]) إدارة عليا، الطعن رقم 9779 لسنة 48ق، الصادر بجلسة 2007/2/7.

ويلزم القضاء الإداري جهة الإدارة في غير الحالات التي تكون الإدارة ملزمة بتوقيع جزاء الحرمان على المتعاقد معها في وقت معين باختيار الوقت المناسب لتوقيع الجزاء؛ حيث قضت المحكمة الإدارية العليا في مصر:(... باستثناء حالة النص على إلزام الإدارة بتوقيع الجزاء على المتعاقد معها في وقت معين، فإن الإدارة تترخص في اختيار الوقت المناسب لتوقيع الجزاء بحسب ما تراه صالحاً لضمان سير المرافق العامة، ومن ثم فإنه لا تثريب عليها إذا رأت أن تتريث في إيقاع الجزاء...) [1]

وإننا نرى أن أساس سلطة الإدارة بتوقيع الجزاء الإداري هو المصلحة العامة، وبما أن الإدارة هي الأمينة على تحقيقها، فلها استخدام الوسائل العقابية لضمان التنفيذ الجيد للعقد أو لمواجهة أخطاء المتعاقد وانحرافه عن الطريق السوي، وإن هذا الامتياز للإدارة يكون سلاحا ذا حدين:

أولاً: هو الأداة الفاعلة لإجبار المتعاقد على تنفيذ التزاماته.

ثانياً: قد يستخدم هذا السلاح في غير ما شرع لأجله؛ مما يجعله سيفا مسلطاً على رقبة المتعاقد، ومن هنا تأتي ضرورة التزام الإدارة بمبدأ الشفافية، والتي تكون برأينا هي الموازن لسلطة الإدارة في توقيع الجزاء.

إن الاعتراف للسلطة العامة بمكنة إصدار قرارات إدارية ملزمة للأفراد ليس هدفاً في ذاته، وإنما وسيلة– ضمن وسائل أخرى– لتحقيق الصالح العام، ولهذا كان استعمال الإدارة لهذا الامتياز مقيداً بأن يكون ذلك بقصد إشباع حاجة أو بتحقيق مصلحة عامة[2] .

وأن الهدف (الغاية) من العقد الإداري يتمثل في النتيجة التي تسعى الإدارة إلى تحقيقها من خلال إبرام العقد وتنفيذه. ويتم تحديد الهدف(الغاية) من القرار الصادر عن الإدارة من خلال قاعدتين:

الأولى: يخضع رجل الإدارة أولاً لقاعدة عامة، ألا يهدف في كل ما يقوم به من أعمال إلا تحقيق مصلحة عامة، فإذا ما خرج على هذا المبدأ وسعى لتحقيق أي هدف آخر فإنه يفقد صفته كفرد من أفراد الإدارة، ويصبح

([1]) إدارية عليا، الطعن رقم 988 لسنة 9 ق، جلسة 1967/5/20. أبو العينين، 2004، ص231.

([2]) عثمان، 2010، ص594.

عمله اعتداءً مادياً، وهذا القيد مفروض دون حاجة إلى نص، ويلجأ إليه القاضي إذا لم يتمكن من الوصول إلى القاعدة الأخرى[1].

الثانية: قاعدة تخصيص الأهداف وتكون بأن يخصص لرجل الإدارة هدفاً محدداً، ذلك أن حدود المصلحة العامة واسعة وفضفاضة، وقد لا يكون من صالح الإدارة ترك الموظف مطلق الحرية في نطاقها، وعلى ذلك فلا يجوز لهذا الأخير أن يسعى إلى تحقيق هدف آخر، بالوسائل التي بين يديه ولو كان ذلك الهدف يدخل ضمن مدلول المصلحة العامة[2].

الفرع الثاني: مظاهر الشفافية عند ممارسة الإدارة لسلطتها في توقيع الجزاء على المتعاقد:

يتحقق مبدأ الشفافية عند ممارسة الإدارة لسلطتها في إصدار قرار الجزاء بحق المتعاقد معها عندما يكون هدف الإدارة من هذا الجزاء هو تحقيق المصلحة العامة أو الهدف الذي خصصه المشرع وفي حال مخالفتها لهذه الغاية يكون قرار الإدارة مشوبا بعيب الانحراف بالسلطة، أو عندما لا تقوم الإدارة بتسبيب قرار جزاء الحرمان.

أولاً- خرق مبدأ الشفافية عند مجانبة قرار الجزاء للمصلحة العامة:

يعد خرقاً للشفافية سعي رجل الإدارة إلى تحقيق أهداف تجافي المصلحة العامة وقضت المحكمة الإدارية العليا في مصر: (إذا كان لجهة الإدارة الحق في فسخ العقد الإداري ومصادرة التأمين بإرادتها المنفردة ودون الالتجاء إلى القضاء باعتبار أن ذلك امتياز لجهة الإدارة لتعلق العقد الإداري بالمرفق العام الذي تستهدف تسييره، فإن ذلك يجب أن يكون لأسباب تبررها المصلحة العامة)[3].

وتتمثل الخروقات لمبدأ الشفافية في الآتي:

1. **إصدار قرار توقيع الجزاء على المتعاقد لتحقيق غرض خاص أو شخصي:**

([1]) مظفر، 2012، ص246.

([2]) عثمان، 2010، ص596.

([3]) إدارية عليا، الطعن رقم 4682، لسنة 35 ق، تاريخ 1994/4/26.

يعد خرقاً لمبدأ الشفافية استعمال رجل الإدارة لسلطته من أجل تحقيق نفع شخصي له أو لغيره ممن لهم علاقة به[1] ، ومثال ذلك قيام رجل الإدارة بتوقيع الجزاء بحق المورد الذي رفض شراء الأجهزة الطبية من شركة لشخص قريب من رجل الإدارة، على الرغم من أن المورد يشتري ذات الأجهزة وبذات المواصفات والجودة من شركات أخرى.

ويعد خرقاً لمبدأ الشفافية توقيع الجزاء على المقاول الذي رفض شراء مواد البناء من شركة يكون لرجل الإدارة مصالح فيها، على الرغم من أن المقاول يستعمل مواد ذات جودة عالية ومساوية لجودة المواد التي تنتجها الشركة التي طلب رجل الإدارة منها التعامل معها، ويكون كذلك عندما يكون الجزاء تعسفياً ولاسيما فسخ العقد من أجل إبعاد المتعاقد والإتيان بغيره.

وفي هذه الفروض تكون الإدارة قد انحرفت عن الغاية المنشودة من العقد الإداري والمتمثلة في المصلحة العامة ونزوعها إلى تحقيق نفع شخصي لرجل الإدارة مصدر القرار مما يستتبع خرقه لمبدأ الشفافية.

2. **إصدار قرار توقيع الجزاء على المتعاقد بهدف الانتقام:**

يعد خرقا لمبدأ الشفافية تعمد رجل الإدارة إصدار قرار توقيع الجزاء وذلك بقصد الانتقام والتشفي من المتعاقد أو التنكيل به استجابةً لدواعي الضغائن الشخصية التي تعتريه والرغبة في شفاء غله أو إرضاء هوى في النفس[2] .

ويتحقق ذلك عندما يقوم رجل الإدارة بفسخ العقد مع المقاول الذي يكون له معه عداوة فيقوم باستغلال أي خطأ أو تقصير بسيط من قبل المقاول وذلك إشباعاً لرغبته في الانتقام منه أو التشفي بما سيلحقه من خسائر.

كما يكون ذلك عندما يختلق رجل الإدارة الحجج لتوقيع الجزاءات على المقاول الذي تم إرساء العقد عليه، وذلك انتقاماً منه لعدم الإرساء مع المقاول الذي كان قد تواطأ معه.

([1]) شيحا، 2012، ص460.

([2]) شيحا، 2012، ص47.

3- أن يكون الهدف من قرار توقيع الجزاء سياسياً أو حزبياً بعيداً عن المصلحة العامة:

يعد خرقاً لمبدأ الشفافية قيام رجل الإدارة بتوقيع الجزاء على المتعاقد الذي رفض دفع مبالغ معينة كدعم لحزب كان ينتمي إليه رجل الإدارة، أو يكون قرار توقيع الجزاء لرفض المتعاقد دفع مبالغ مالية لرجل الإدارة الذي يجمع تمويلاً لحملته الانتخابية لعضوية البرلمان مثلا.

وبالتالي يجب – تحقيقاً لمبدأ الشفافية –أن يكون قرار الجزاء هدفه تحقيق المصلحة العامة وبعيداً عن أي هدف سياسي أو حزبي.

ثانياً- خرق مبدأ الشفافية عند مجانبة قرار توقيع الجزاء لقاعدة تخصيص الأهداف:

إذا ما تصدى المشرع لتحديد الأهداف لبعض القرارات الإدارية، فإن الإدارة تلتزم بأن تستهدف من إصدار هذه القرارات الأهداف المخصصة، والمحددة لها في القانون، والأمثلة التقليدية التي يسوقها الفقه لمجانبة القرار لقاعدة تخصيص الأهداف تتدرج في مجالين[1] :

1. في مجال الضبط الإداري.
2. في مجال الوظيفة العامة.

وفي مجال الضبط الإداري تملك الإدارة إصدار لوائح البوليس وتستطيع أن تضمنها عقوبات جنائية توقع على من يخالف أحكام هذه اللوائح، وهذه تطبق على جميع الأفراد سواء كانوا في مراكز تعاقدية مع الإدارة، أومن الغير، ويعد توقيع هذه العقوبات ليس لمجرد المخالفة لشروط العقد، وإنما تم لمخالفة أحكام اللائحة، وبالتالي يعد خرقاً لمبدأ الشفافية استخدام الإدارة لهذه السلطة ووضع لائحة بوليس تتضمن جزاءات جنائية بغرض ضمان تنفيذ المتعاقد للالتزامات المترتبة عليه [2] .

ونشير أخيراً إلى أن عيب إساءة استعمال السلطة يتسم بعدة خصائص:

([1]) شيحا، 2012، ص48.

([2]) مظفر، 2012، ص348.

1. أنه عيب خفي مستتر لأنه لا يتعلق بأمر موضوعي أو مادي يسهل التحقق منه فهو يتعلق بنفسية مصدر القرار ونواياه.

2. أنه عيب احتياطي فلا يتعرض القضاء لبحثه إلا عند غياب العيوب الأخرى التي تشوب القرار.

3. أنه عيب قصدي حيث يلزم توفر ركن القصد أو العمد عند مصدر القرار، بأن يعلم أنه ينحرف عن الهدف الذي حدده القانون وأنه قصد إساءة استعمال السلطة.

ثالثاً- عدم التواطؤ مع المتعاقد عند إخلاله بالالتزامات التعاقدية أو إهماله أو تقصيره:

إن المشرع عندما منح الإدارة سلطة توقيع الجزاء كان هدفه إعطاء الإدارة وسيلة رادعة للمتعاقد المقصر أو المخل بالتزاماته، مما يستتبع في نهاية المطاف التنفيذ الجيد للعقد الإداري.

وتلتزم الإدارة عند إخلال المتعاقد بالتزاماته، توقيع جزاء مما يستحقه، ضماناً لحسن سير المرفق العام.

ويعد خرقاً للشفافية التواطؤ بين الإدارة والمتعاقد المقصر أو المخل بالتزاماته التعاقدية وعدم فرض أي جزاء في حقه، والتغاضي عن أخطائه وإهماله، من أجل مكاسب معينة يحصل عليها رجل الإدارة.

ولعل أبرز مثال على هذه الحالة أن المشرع ألزم جهة الإدارة عند تأخر المتعاقد عن التنفيذ خلال المدة المحددة في العقد، أن تفرض عليه غرامة تأخير، ولا تتجاوز نسبتها 3% من قيمة العقد في عقود التوريد، ولا تتجاوز 10% بالنسبة لمقاولات الأعمال، وأن هذه الغرامة يتم توقيعها بمجرد حصول التأخير ودون حاجة إلى تنبيه أو إنذار ودون اتخاذ أي إجراء آخر، ولا يقبل من المتعاقد أي إثبات بأن الإدارة لم تتضرر، كما تستطيع الإدارة إعفاء المتعاقد من غرامة التأخير بعد أخذ رأي إدارة الفتوى المختصة في مجلس الدولة وذلك في حالتين:

1. إذا كان التأخير ناتجاً عن ظروف خارجة عن إرادة المتعاقد.

2. إذا لم يترتب على هذا التأخير أي ضرر.

ويعد خرقاً لمبدأ الشفافية عدم قيام الإدارة بتحصيل مبلغ غرامة التأخير بالتواطؤ مع المتعاقد، لأن هذه الأموال تشكل حقًا للخزانة العامة، ولا يجوز للإدارة القيام بذلك لما ينطوي عليه من إهدار للمال العام .[1]

ويعد خرقا للشفافية التواطؤ بين المتعاقد والإدارة، والاتفاق على تبرير أن التأخير ناجم عن أشياء خارجة عن إرادة المتعاقد أو لم تسبب ضرراً للإدارة، وذلك بغية تضليل قسم الفتوى بمجلس الدولة من أجل إعفاء المتعاقد من غرامة التأخير المترتبة عليه.

كما أن الإدارة قد تتواطأ مع الملتزم الذي خالف شروط العقد المبرم مع الإدارة، حيث إنها تلتزم عند مخالفة الملتزم للشروط الواردة في العقد بوضع المرفق العام تحت الحراسة ويكون هدفها من هذا التواطؤ تحقيق مكاسب معينة.

ونرى تحقيقاً لمبدأ الشفافية ضرورة إلغاء حالات إعفاء المتعاقد من الغرامة إلا إذا كان ذلك نتيجة قوة قاهرة أو ظرف خارج عن إرادته يعود تقديره للقضاء؛ ذلك أن إعفاء المتعاقد من غرامة التأخير سيدفعه إلى التراخي في التنفيذ مما يعرض سير المرفق العام للاضطراب.

كما ينبغي على الإدارة الالتزام بمبادئ الشفافية في حال إخلال المتعاقد معها بأي من الالتزامات المفروضة عليه بتوقيع الجزاء عليه وعدم التغاضي عن أخطائه.

رابعاً- تسبيب قرار الحرمان من التعاقد:

كما أشرنا سابقا بأن تسبيب قرارات الإدارة في مرحلة إبرام العقد الإداري تعد مطلبا أساسياً لتحقق مبدأ الشفافية في هذه المرحلة من مراحل العقد الإداري، كذلك يعد تسبيب قرار الإدارة بتوقيع الجزاء على المتعاقد معها تكريساً لهذا المبدأ، حيث إن تسبيب القرار يساعد الجهات الرقابية بالوقوف على السبب الذي دفع رجل الإدارة لإصدار قرار الجزاء.

([1]) تقرير الجهاز المركزي للمحاسبات (الملاحظات عن مديرية الإسكان، محافظة الدقهلية، الفترة يوليو 2004 حتى يونيو 2005).

وبالإضافة إلى وجوب إلزام المشرع للإدارة بضرورة تسبيب قرارها بتوقيع الجزاء على المتعاقد، فإنه لتحقيق مبدأ الشفافية يجب أن يبنى قرار الجزاء على أسباب حقيقة وليست وهمية.

فنلاحظ أن قرار فرض الجزاء على المتعاقد يتطلب لكي يتماشى مع مبدأ الشفافية:

1- أن يلزم المشرع جهة الإدارة بنص صريح في القانون بضرورة تسبيب قرارها بتوقيع الجزاء على المتعاقد.

2- أن يكون سبب قرار توقيع الجزاء حقيقياً وليس وهمياً وأن يكون واضحاً.

ويعرف السبب في القرار الإداري بأنه:(هو عبارة عن الحالة المادية والقانونية التي تحدث في الواقع الخارجي، وتدفع الإدارة وتحركها لإصدار قرار معين)[1].

وتقرر المحكمة الإدارية العليا فيما يتعلق بسبب القرار: (هو حالة واقعية أو قانونية تحمل الإدارة على التدخل بقصد إحداث أثر قانوني)[2].

ويجب أن يكون السبب حقيقياً وليس وهمياً، ويختلف سبب القرار عن غايته، فالسبب هو الحالة الواقعية أو القانونية التي تنشأ وتتم بعيداً عن إرادة رجل الإدارة، أما الغاية فتتمثل في الجانب الشخصي في القرار فرجل الإدارة عندما يواجه بواقعة معينة ويرى أنها تصلح مبرراً لتدخله بإصدار قرار إداري، فإنه يمعن النظر ويزن- على ضوء ما لديه من اعتبارات – النتائج التي يمكن أن تنجم عن تدخله، وتشكل هذه الوقائع السبب للقرار.

وفي فرنسا لم تلتزم السلطة الإدارية قبل صدور قانون 11 يوليه 1978 بتسبيب الجزاءات التي توقعها على المتعاقد معها، وإنما كان يؤول للبنود العقدية إمكانية النص على هذا الالتزام، إلا أنه بصدور هذا القانون فقد وسع المشرع من الحالات التي يجب تسبيب القرارات الإدارية فيها وأصبح التسبيب ملزماً، وهذه القرارات هي القرارات الإدارية الفردية التي لا تكون في صالح الأشخاص الطبيعية والمعنوية ولاسيما تلك التي تقضي بتوقيع

([1]) ساري، 2004، ص 727.

([2]) الحكم الصادر في 1958/7/12، مجموعة مجلس الدولة السنة 15، ص 2048. انظر كذلك: عثمان، 2010، ص589.

جزاء، أو القرارات الإدارية التي تصدر عن الدولة أو عن الهيئات المحلية أو المؤسسات العامة بما يعني كافة القرارات الإدارية الصادرة من مختلف الجهات الإدارية والتي تخضع لرقابة القاضي الإداري، بحيث لا يستبعد عن الالتزام بالتسبيب إلا التدابير ذات الطابع الداخلي للإدارة[1].

ويتطلب قانون 11 يوليه 1979 أن يكون التسبيب مكتوباً ويتضمن بيان اعتبارات الواقع والقانون التي تشكل أساس القرار، كما تطلب منشور 31 أغسطس 1979 بشأن هذا القانون أن يكون التسبيب واضحاً ومحدداً تحديداً نافيًا للجهالة والغموض أو الإحالة بعبارات عامة– إلى القوانين واللوائح المعمول بها.

ويرى الباحث أن الالتزامات التي فرضها قانون 11 يوليه 1979 ومنشور 31 أغسطس المتعلق بهذا القانون، تساهم في تكريس مبدأ الشفافية في القرار الصادر من الإدارة بتوقيع الجزاء على المتعاقد.

ويهيب الباحث بالمشرع السوري بإصدار قانون ينظم الحالات التي يتوجب فيها على الإدارة تسبيب قرارتها، وضرورة أن تكون القرارات الصادرة سواء في مرحلة إبرام العقد الإداري أو تنفيذه من القرارات الواجب تسبيبها، كما نرى أن يلزم المشرع الإدارة وفق هذا القانون بوجوب أن يكون السبب واضح ومحدد نافياً للجهالة والغموض.

([1]) مظفر، 2012، ص283.

المطلب الثاني

خصائص سلطة الإدارة في فرض جزاء الحرمان من التعاقد

إن الإدارة تراعي في الجزاءات المنصوص عليها في العقد الإداري ملاءمتها لطبيعة هذا العقد وقيمته وموجبات السرعة في تنفيذه خلال وقت معين وبطريقة معينة حتى تكفل دوام سير المرفق العام بانتظام واطراد، ذلك أن نظام الجزاءات في العقد الإداري لا يستهدف فقط إعادة التوازن بين الالتزامات المتبادلة التي تنشأ بين طرفي العقد بل هدفه الأساسي هو الوصول إلى التنفيذ السليم للالتزام المتصل بالمرفق العام[1].

لذلك ونظراً لأهمية الجزاءات في العقود الإدارية وخصوصاً عقوبة الحرمان كان لها خصائص ذاتية غير معروفة في قواعد القانون الخاص، وسنعمد إلى بيانها على النحو الآتي.

الفرع الأول: الحرمان بإرادة منفردة:

المبدأ المستقر فقهاً وقضاءً أن للإدارة فرض جزاء الحرمان على المتعاقد المقصر بإرادتها المنفردة ودون انتظار لحكم القضاء، باستعمال سلطتها في التنفيذ المباشر ففي هذا المجال تتمتع الإدارة بحرية التصرف التي لا مقابل لها في القانون الخاص[2] إذ لا وجود لهذا الأمر في نظرية العقود المدنية فالأشخاص العاديون لا يمكنهم إجراء التنفيذ الجبري إلا من خلال الالتجاء للقضاء فحكم القاضي ضروري لاقتضاء حقوقهم، ومبرر سلطة الإدارة تلك هو ضمان حسن التنفيذ المتصل بدوام سير المرافق العامة تحقيقاً للصالح العام ولا تستند الإدارة في مباشرة هذه السلطة إلى نصوص العقد بل إلى سلطتها الضابطة لضمان حسن سير المرافق العامة[3]، والأصل أن هذه القاعدة تشمل جميع الجزاءات الإدارية إلا أن مجلس الدولة الفرنسي استثنى من ذلك جزاء إسقاط الالتزام فجعل توقيعه بيد القضاء[4] نظراً لما يتحمله الملتزم من نفقات باهظة في سبيل إعداد

([1]) الجبوري، 2014، ص 50.

([2]) حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية المؤرخ في 28/ 1963/12. جبير، 2006، ص460.

([3]) حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية، الطعن رقم 1086 في 1963/11/30. عبد الباسط، 2003، ص279.

([4]) الطماوي، 1984، ص453.

المرفق وتهيأته للاستغلال، ومن ثم فإن توقيعه يجب أن يناط بالقاضي وليس بالجهة المتعاقدة[1] وهذا هو الحال مع جزاء التعويض.

أما مجلس الدولة المصري فلم يتبع مجلس الدولة الفرنسي فيما يخص جزاء إسقاط الالتزام إذ منح للإدارة الحق في فرض عقوبة إسقاط الالتزام بدون الحاجة للالتجاء إلى القضاء، وتترخص الإدارة في اختيار الوقت المناسب لفرض الجزاء بحسب ما تراه صالحاً لضمان دوام سير المرفق العام، ذلك طالما لم يلزم العقد الإداري بفرض الجزاء في وقت معين، وإلى ذلك أشار حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في 1967/5/20 إذ بينت فيه (بأنه وباستثناء حالة النص على إلزام الإدارة بتوقيع الجزاء على المتعاقد معها في وقت معين فإن الإدارة تترخص في اختيار الوقت المناسب لتوقيع الجزاء بحسب ما تراه صالحاً لضمان دوام سير المرافق العامة ومن ثم فإنه لا مسؤولية عليها إذا رأت في حدود سلطتها التقديرية أن تتريث في إيقاع الجزاء على المتعاقد المقصر حتى يفيئ بالحق من حيث النهوض بالتزاماته وقد يكون هذا التريث تحقيقاً لهذه المصلحة)[2].

الفرع الثاني: سلطة الإدارة في فرض جزاء الحرمان دون الحاجة للنص عليه في العقد:

تقضي القاعدة العامة بأن العقد شريعة المتعاقدين في القانون الخاص، إلا أنه لا وجود لهذه القاعدة في العقود الإدارية لاتصالها بمرفق عام، ومن ثم يجب أن لا يكون احترامها سبباً يؤدي الى هدم مبدأ دوام سير المرفق العام وانتظامه، لأنه من غير العدالة أن تقف الإدارة وهي المسؤولة عن دوام سير المرفق العام مكتوفة الأيدي عن مواجهة خطر ناتج عن عدم التنفيذ الصحيح من جانب المتعاقد لالتزاماته استناداً أن لهذا الخطأ جزاءً معيناً في العقد، ويجب الالتزام به، فالتأخير أو الإهمال في التنفيذ قد يكون على درجة من الجسامة تجعل الغرامة المتفق عليها في العقد غير كافية لذلك فللإدارة أن تفرض على المتعاقد الجزاء المناسب

([1]) بدير وآخرون، 1993، ص504.

([2]) حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في 1967/5/20 مشار إليه لدى: الهاشمي، 2005، ص8.

دون أن تكون مقيدة بالجزاء العقدي[1] وهذا هو الحال مع جزاء التعويض وجزاء الحرمان كقرار صادر عن الإدارة.

وقد استقرت أحكام مجلس الدولة الفرنسي على أن سلطة فرض جزاء الحرمان من التعاقد مع الإدارة هي سلطة مستقلة عن نصوص العقد توجد حتى ولو لم ينص عليها العقد وفي حالة نص العقد على بعضها فإن هذا لا يعني تقييد حرية الإدارة فيما عدا ما نص عليه، بل تستطيع الإدارة أن توقع على المتعاقد أنواع الجزاءات المقررة تحت رقابة القضاء ومن بينها الفسخ والحرمان من التعاقد، ولعل هذا الاستقلال كان بعد حكم المجلس في 1929/10/11 كما مر معنا سابقاً، ويأخذ القضاء الإداري المصري بالاتجاه نفسه من ذلك حكم محكمة القضاء الإداري المصرية في1957/11/17 بخصوص جزاء فرضته الإدارة على المتعاقد المقصر أو الذي يعتمد على وسيلة غش رغم عدم النص على ذلك في العقد إذ تذهب فيه (... فليس بالذي يعتد به ما يقوله المدعي في مذكرته، من أن شروط المزايدة لم ينص فيها على حق الوزارة في مصادرة التأمين، لأنه مادام الغرض من التأمين هو ضمان التنفيذ... فلا يمكن تصور قيام هذا الضمان ما لم يكن للوزارة حق مصادرة هذا التأمين، في حالة نص أولم ينص في الشروط على هذا الحق وإلا لم يكن هناك محل أصلاً لاشتراط دفع التأمين مع العطاء...) [2]

وتأسيساً على ما تقدم يتضح لنا أن العقد الإداري إذا سكت على بعض الجزاءات ومن بينها الحرمان من التعاقد، فلا يعني هذا أن الإدارة لا تستطيع فرض جزاءات لم ينص عليها في العقد، أو إذا نص العقد على بعض الجزاءات فلا يقتصر حق الإدارة في فرض الجزاءات على ما دون في العقد، بل يجوز للإدارة أن تفرض على المتعاقد في العقود الإدارية أياً من الجزاءات سواء كان منصوصا عليها في العقد أم لا تحقيقاً لمصلحة المرفق، فسلطة الإدارة في فرض الجزاءات على المتعاقد معها مستقلة عن نصوص العقد ناتجة عن اتصاله بنشاط مرفق عام في سيره وتنظيمه. وسنتناول ذلك من خلال ما يلي:

([1]) فياض، 1975، ص89 – 90.

([2]) حكمها في القضية رقم 998 في 17 /نوفمبر/1957 مشار إليه: الطماوي، 1975، ص497.

أولاً- حق الإدارة في فرض جزاء الحرمان على المتعاقد معها دون الحاجة لإثبات وقوع الضرر:

يعتبر الضرر مفترض كنتيجة لإخلال أو إساءة المتعاقد بالتزاماته أو بتصرفاته، ومن ناحية أخرى فإن الهدف من جزاء الحرمان ليس مجرد معاقبة المتعاقد على خطأ ارتكبه بل يكمن هذا الهدف بالدرجة الأولى في تأمين دوام سير المرافق العامة، وفي هذا تذهب المحكمة الإدارية العليا المصرية في حكمها المؤرخ في 1962/3/17 إلى (إن الجزاءات التي تمتلك الإدارة فرضها على المتعاقد معها... إنما تستهدف أساساً تأمين سير المرافق العامة، فلا يشترط لتوقيعها إثبات وقوع ضرر أصاب المرفق، إذ أن هذا الضرر مفترض بمجرد تحقق سبب استحقاقها المنصوص عليه في العقد...) [1]

هذا كقاعدة عامة إذ أنه وبطبيعة الحال يستثنى منها جزاء التعويض الذي يشترط لقيامه تحقق ركن الضرر فيه.

ثانياً- تعدد وتنوع الجزاءات:

للإدارة حق فرض جزاءات متعددة على المتعاقد معها وهذا الحق مقرر لها مادامت الأسباب الموجبة لذلك موجودة، وبحسب ما تراه مناسباً وصالحاً لضمان دوام سير المرافق العامة، وإن نظام الجزاءات هذا هو نظام أساسي وأصيل، ولعل السبب في هذه الأصالة يرجع لعدة أسباب منها عدم كفاية الجزاءات الموجودة في نطاق العقود المدنية أولاً، ولجوء الإدارة إلى القاضي من شأنه تعطيل سير المرفق العام لبطء إجراءاته ثانياً، كذلك إنها تعد سلاحاً ووسيلة فعالة لضمان عدم إخلال المتعاقد بالتزاماته والنتيجة المترتبة على ذلك هو تعدد وتنوع الجزاءات بين جزاءات مالية وجزاءات ضاغطة وجزاءات جنائية وجزاءات فاسخة. وهذا ما ذهبت إليه المحكمة الإدارية العليا المصرية في حكمها الذي ينص على ما يأتي (ومن حيث إنه من الأمور المسلم بها في

([1]) حكمها في الطعن المرقم 1987 في 1962/3/17 مشار إليه لدى د. محمد فؤاد عبد الباسط، العقد الإداري، مصدر سابق، ص278.

فقه القانون الإداري أنه إذا أخل المتعاقد. مع جهة الإدارة بالتزاماته التعاقدية فلها أن توقع عليه جزاءات متنوعة منها الجزاءات المالية ومنها بعض أساليب الضغط...) [1].

وعلى ضوء ما سبق نستطيع القول بأن الإدارة المتعاقدة يمكن أن تلجأ لأنواع متعددة من الجزاءات بحسب ما تراه مناسباً وملائماً لحالة الإخلال التي ارتكبها المتعاقد.

ثالثاً- خضوع جزاء الحرمان الذي تفرضه الإدارة على المتعاقد في العقد الإداري لرقابة القضاء:

ويعد ذلك ضمانة ضرورية لحماية حقوق المتعاقد من تجاوز الإدارة لحدود سلطاتها الجزائية فهو يراقب الإدارة في توقيع الجزاء وخصوصا جزاء الحرمان أو الشطب من حيث مشروعيته ومدى تناسبه مع حجم الخطأ الذي ارتكبه المتعاقد[2].

والمبدأ العام في خصومة الرقابة القضائية على الجزاء في العقود الإدارية هو خضوعه لرقابة القضاء الكامل إذ يختص قاضي العقد وحده بالمنازعات المتعلقة به[3]، وتختلف مدى سلطة القاضي في مواجهة جزاءات الإدارة المالية عنها في حالة الجزاءات غير المالية، ففي حالة الجزاءات المالية يملك القاضي الحكم بتخفيفها أو الإعفاء منها وفقاً لظروف كل قضية على حدة، أما في الجزاءات غير المالية، كالشطب من السجلات أو الحرمان من التعاقد ووضع المقاول تحت الإدارة المباشرة وسحب العمل وتنفيذه على حساب المتعاقد والفسخ، فإن القاضي يملك الحكم بالتعويض، إذا كان المتعاقد مع الإدارة قد لحقه الضرر نتيجة لفرض هذه الجزاءات [4].

([1]) حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية. الهاشمي، 2005، ص13.

([2]) جبير، 2006، ص463.

([3]) فياض، 1975، ص100- 101. الطماوي، 1984، ص460.

([4]) جبير، 2006، ص463

الفصل الثاني

الرقابة القضائية على قرار الحرمان من التعاقد

لا تمارس الإدارة سلطتها في توقيع جزاء أو قرار الحرمان على المتعاقد كما يحلو لها، دون مراقبة، بل إنها تخضع في ذلك لرقابة القضاء الإداري، وفرض تلك الرقابة تعتبر الضمان الأساسي للمتعاقد ضد تعسف الإدارة في استعمال سلطتها، وضد أي أخطاء أو تعدي على حقوق المتعاقد.

وتختلف الرقابة القضائية على سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات الإدارية أو القرارات الإدارية المتعلقة بالعقود باختلاف نوع الجزاء ونوع العقد حسب الحالات، وبصفة عامة تتسع هذه الرقابة لتشمل إما مدى مشروعية قرار الإدارة في توقيع جزاء معين في إطار قضاء الإلغاء، وإما للأسباب المعتمدة في توقيع الجزاء أو مدى ملاءمتها لخطأ المتعاقد في إطار القضاء الشامل. ونفصل ذلك من خلال مبحثين الأول نتحدث فيه عن القضاء المختص بالرقابة والمبحث الثاني مدى الرقابة القضائية على قرار الحرمان من التعاقد.

المبحث الأول

القضاء المختص بالرقابة

تعد الرقابة القضائية الأسلوب الأمثل والأكثر فاعلية لضمان احترام الإدارة أحكام القانون؛ فالقضاء هو الجهة التي تراقب قرارات الإدارة وأعمالها وتوقع جزاء البطلان أو الإلغاء أو الشطب أو الحرمان في حالة خروج تلك القرارات عن القانون، ويمكن القول بأن الرقابة القضائية هي أكثر أنواع الرقابة تحقيقاً لمبدأ المشروعية [1]، فهي أكثر فعالية من الرقابة الإدارية[2] والسياسية[3]، ولذلك فإن الحاجة أصبحت ماسة في الدولة الحديثة إلى وجود قاض متخصص للفصل في منازعات الإدارة، والتي تثار بسبب ما تتمتع به الإدارة من امتيازات وسلطات القانون العام.

هذا وتختلف ممارسة الرقابة القضائية باختلاف النظام القضائي للدولة ففي بعض الدول لا يوجد سوى هيكل قضائي واحد تشمل ولايته حسم جميع المنازعات بما فيها المنازعات الإدارية. وفي المقابل جعلت دول أخرى مهمة حسم المنازعات الإدارية من اختصاص قضاء متخصص يقف بهيكله إلى جانب القضاء العادي فيكون النظام القضائي في هذه الدولة نظاماً مزدوجاً[4].

([1]) المشروعية كتعريف عام تعني مطابقة أي تصرف أو عمل قانوني مع القاعدة القانونية المختصة، ويدخل تحتها خضوع القوانين والقرارات على مختلف درجاتها بعضها للبعض، وبشكل هرمي يخضع فيه الأدنى للأعلى منه، ويدخل ضمنه أيضاً مشروعية الأحكام القضائية من حيث استنادها على الشروط الصحيحة التي يقتضيها القانون. كما يشمل بصورة عامة صحة ومشروعية انعقاد العقود المستندة إلى أركانها وشروطها الأساسية التي يتطلبها القانون، بالإضافة إلى ذلك فإن الأمر لا يستثني تصرفات الإدارة من حيث استنادها إلى القانون المنظم لصيغها وأساليبها وغير ذلك مما يحدث على مساحة القانون من أعمال وتصرفات بمختلف أنواعها. البدراني، 2002، ص133.

([2]) الرقابة الإدارية: هي التي تقوم بها الإدارة على أعمالها دون تدخل من الأجهزة الرقابية الخارجية، وتكون على شكل إما رقابة ذاتية أو تلقائية تباشرها الإدارة من تلقاء نفسها، ما يدعو جهة الإدارة إلى إعادة النظر في قراراتها السابقة، بسحب أو إلغاء أو تعديل القرار محل الرقابة. أو أن يكون بناء على تظلم إداري على شكل طلب يرفعه صاحب المصلحة إلى الإدارة للرجوع أو إعادة النظر في قرارها أو تصرفها، وذلك قبل اللجوء إلى القضاء. ليلة، 1962، ص132 وما بعدها. الطحان، 2020، ص29.

([3]) تكون الرقابة السياسية إما على شكل رقابة شعبية، تتم من خلال الرأي العام أو وسائل الإعلام أو الأحزاب السياسية أو النقابات، أو على شكل رقابة الهيئة التشريعية تستخدمها عن طريق وسائل يبينها دستور الدولة ويوضح حدودها، ومنها حق توجيه الأسئلة وحق الاستجواب وحق إجراء التحقيق والمناقشة بغية منع انحراف السلطة وحماية حقوق الأفراد وحرياتهم. ليلة، 1962، ص 127 وما بعدها.

([4]) خماس، د.ت، ص 84.

وعلى ذلك سوف نتناول في هذا المبحث عرض النظم القضائية المختلفة وموقف كل منها من سلطة الإدارة في توقيع جزاء أو قرار الحرمان أو الشطب؛ فنعرض أولاً النظم القضائية التي توحد بين المنازعة الإدارية والمنازعة العادية، ثم نتعرض للنظم التي تعترف بالمنازعة الإدارية، والتي يعهد بها لتنظيم قضائي متخصص تكون له مهمة الفصل فيها على كافة درجات التقاضي، وموقف القانونين المصري والسوري من تلك النظم، وذلك من خلال المطلبين الآتيين:

المطلب الأول

في دول القضاء الموحد

يقوم نظام القضاء الموحد أساساً على اختصاص السلطة القضائية ممثلة في محاكمها على اختلاف أنواعها ودرجاتها، بالفصل في جميع أنواع المنازعات، سواء تلك التي بين الأشخاص، أم بينهم وبين الأشخاص المعنوية العامة، إلا إذا نص المشرع صراحة بحظر خضوع نوع من المنازعات لرقابة القضاء[1].

وعمل كل من إنجلترا والولايات المتحدة الأمريكية على أهم نموذجين لنظام القضاء الموحد، إلى جانب الدول التي تأثرت بالأنظمة الإنجليزية[2] .

ويتكون التنظيم القضائي الإنجليزي من محاكم الأقاليم والمحكمة العليا للعدالة. ثم محكمة للاستئناف، وعلى القمة محكمة اللوردات. وقد لعب القضاء الانجليزي دوراً كبيراً في خلق القانون وتكملته إزاء ما تميز به من نقص وغموض ظاهرين. هذا ونظراً لاعتناق الانجليز مبدأ الفصل بين السلطات، والذي كان يعني لديهم الخضوع الوظيفي والاستقلال العضوي للسلطات – لاسيما السلطتين القضائية والإدارية، فقد حبذوا نظامهم القضائي الموحد لما لمسوه من تحيز المجالس القضائية الإدارية لصالح التاج الانجليزي على حساب القانون،

([1]) بسيوني، د.ت، ص14.

([2]) يقوم النظام القضائي الانجليزي على أسس عدة تتشابك مع بعضها البعض، وتتبع أساساً من اعتناق النظام لأفكار المذهب الفردي. وقد سيطر هذا المذهب على القانون الانجليزي في نشأته التقليدية وجعل من الفرد موضعاً لاهتمام النظام وغايته. وتتنوع مصادر القانون الانجليزي، حيث تعتمد بصفة أساسية على القانون الشائع (Common Law) الذي هو مجموعة العادات العرفية التي تكونت من اضطراد مجموعة الإجراءات وأحكام القضاء (السوابق القضائية). يراجع في ذلك: بسيوني، د.ت، ص15.

ورأوا في نشأة هذه المجالس نوعاً من مجاملة الإدارة، وإزاء ثقتهم في القضاء العادي الذي يمثل أمامه الشخص والإدارة على قدم المساواة، والذي بوسعه أن يفرض إرادته على كل من أطراف النزاع بحياد واستقلال. ومن ثم كان تفضيلهم لإسناد مهمة الفصل في جميع منازعاتهم الى قضائهم العادي[1] .

ويمنح النظام القانوني في إنجلترا للمحاكم العادية اختصاصاً شاملاً بالفصل في مختلف صور المنازعات الإدارية إلا ما استثني بنص قانوني مكتوب وصريح. ولا تقتصر سلطة المحاكم على مجرد رقابة المشروعية، وإنما يمكن أن تتناول ملاءمتها، وقد تصل إلى حد توجيه الأوامر إلى الإدارة أو تعديل قراراتها أو طلب إلغائها[2] .

هذا وتقتصر مهمة القاضي الإنجليزي في مجال القرارات الإدارية غير اللائحية على رقابة شرعية تلك القرارات دون رقابة ملاءمتها؛ حيث يبحث في أركان القرار الإداري من حيث صدوره من سلطة مختصة وفي حدود سلطتها، وأن القرار صدر وفقاً للشكل المحدد بمقتضى القوانين واللوائح وبأنه يهدف إلى تحقيق الغاية السابق تحديدها، أو أنه يكفي أن يستهدف في مجموعه تحقيق النظام العام (إذا لم يكن له هدف محدد). كما للقاضي أن يتأكد من صحة الوجود المادي للواقعة، كما يراقب صحة التكييف القانوني لها من قبل الإدارة، من دون أن تمتد رقابته إلى تقدير مدى خطورة الواقعة. وله كذلك أن يراقب ما إذا كان القرار قد تضمن خطأ في القانون أو تطبيقه أو تأويله أو مخالفته لقوة الشيء المقضي به[3] .

ونظراً لتطور الفكر السياسي والاقتصادي والاجتماعي، والأزمات التي تعرضت لها البلاد، كان لا بد من حدوث تغييرات في النظام القضائي الإنجليزي، لا سيما بعد تطور دور الإدارة من مجرد الدفاع والأمن إلى التوجيه والتدخل[4]. لذلك كان لا بد أن يصاحب هذا التطور تزايد نشاط الإدارة وحاجتها إلى خلق العديد من الأجهزة الإدارية لمواجهة هذا التزايد. كل ذلك أدى إلى تشابك العلاقات في مجال النشاط الإداري وظهور

([1]) بسيوني، د.ت، ص17.

([2]) ليلة، 1962، ص186.

([3]) تجدر الإشارة إلى أن سلطات القاضي السابقة كانت تقتصر على أعمال الهيئات المحلية دون الإدارة المركزية، وفقاً لقاعدة أن الملك لا يخطئ، وتنعدم بالتالي مسؤولية الملك وأعوانه المباشرين العاملين لدى إدارته المركزية. عبد العال، 1974، ص9 وما بعدها.

([4]) الجرف، 1973، ص5 وما بعدها.

المنازعات الإدارية وتزايدها من ناحية، ومحاولة الإدارة الإفلات وتحصين بعض أعمالها من رقابة القضاء من ناحية ثانية ما حدا بالقاضي العادي إلى التخلي والتنازل عن قدر كبير من سلطته في الرقابة على منازعات الإدارة إما للإدارة ذاتها ممثلة في الوزير، أو إلى لجان إدارية ذات اختصاص قضائي، أو للمحاكم الإدارية المستحدثة[1] .

وعلى ذلك يمكن القول إن القضاء الإداري قد نما وازدهر في إنجلترا وبدأ يعترف بأهميته، ولكن لا يعني هذا التطور استبعاد دور القاضي العادي من المنازعة الإدارية، وإنما نجده يشارك فيها إما بالرأي الذي يبديه بناء على طلب الوزير المختص، أو اللجنة الإدارية ذات الاختصاص القضائي، أو يشارك في مهمة التعقيب بالاستئناف في الأحكام الصادرة من المحاكم الإدارية. وعلى ذلك فإن هذا التطور – رغم أهميته لم يصل بالنظام القضائي بعد إلى حد إسناد مهمة الفصل في المنازعة الإدارية إلى قاض متخصص في مختلف درجات التقاضي، إلا أنه يعد خطوة مهمة نحو تأكيد دور القضاء الإداري في منازعات الإدارة هذا وتجدر الإشارة، إلى أن الفقه قد اختلف في تقدير نظام القضاء الموحد؛ حيث يرى البعض أن نظام القضاء الموحد يتميز بالبساطة والوضوح وسهولة التطبيق في تحديد الجهة القضائية المختصة والإجراءات الموحدة التي تتبع بشأن كافة الدعاوى. كما أنه يشكل تطبيقاً حقيقياً لمبدأ المساواة أمام القانون ويضمن الحماية القانونية والقضائية للمتقاضي، إذا ما توافرت له الضمانات الأساسية وأهمها احترام مبدأ التخصص وتقسيم العمل المهني داخل النظام القضائي[2] .

وفي المقابل يرى جانب آخر من الفقه أن نظام القضاء الموحد لا يحترم مبدأ الفصل بين السلطات، بالإضافة إلى أنه يمكن تحقيق مبدأ المساواة أمام القانون في ظل النظام القضائي المزدوج. ولا يقتصر ذلك

([1]) الجرف، 1984، ص106.

([2]) حمادي، 2012، ص128.

على نظام القضاء الموحد. ومن ناحية أخرى فإن هناك طبيعة خاصة لنشاط الإدارة تختلف عن نشاط الأفراد، بما يوجب ضرورة تخصيص قانون ومحاكم إدارية مستقلة[1] .

وضمن هذا السياق نجد أنه على الرغم من بعض المزايا التي يتمتع بها النظام القضائي الموحد، إلا أن من الصعب تطبيقه في الوقت الحالي نظراً لتطور دور الدولة الحديثة وتدخلها في معظم أوجه النشاط الاقتصادي، الأمر الذي نتج عنه بطبيعة الحال كثرة النزاعات الناتجة عن تنفيذ العقود الإدارية بين الإدارة والمتعاقدين معها، على نحو يجعل من الضرورة وجود قضاء متخصص بتلك المنازعات على معرفة عميقة بطبيعة أعمال الإدارة ويملك المرونة والسرعة الكافية لحل تلك النزاعات، ويكون كفيلا في الوقت ذاته بأن يضمن انتظام واطراد سير المرافق العامة محل التعاقد ويحافظ على حقوق المتعاقد مع الإدارة، ويكفل له الضمانات اللازمة لحمايته في حال تعسفها في استعمال امتيازاتها وسلطاتها العامة ولاسيما سلطتها في فرض الجزاءات التعاقدية.

المطلب الثاني

في دول القضاء المزدوج

يقصد بنظام القضاء المزدوج وجود جهتين قضائيتين مستقلتين عن بعضهما تختص إحداهما بالمنازعات التي تحدث بين الأفراد وتطبق على هذه المنازعات قواعد القانون الخاص. بينما تنظر الأخرى في المنازعات الإدارية والتي تكون الإدارة طرفاً فيها وتطبق على هذه المنازعات قواعد القانون العام[2].

وقد كان إنشاء قضاء إداري متخصص في أقضية الإدارة وليد ظروف تاريخية واعتبارات خاصة بفرنسا قبل قيام الثورة الفرنسية تمثلت في الأصل بالفكرة السلبية عن المحاكم العادية ووقوفها في وجه كل إصلاح يراد إدخاله على الجهاز الإداري. وترى فيه تلك المحاكم اعتداء على امتيازاتها الأمر الذي دفع رجال الثورة الفرنسية إلى اعتناق التفسير الخاطئ لمبدأ الفصل بين السلطات والذي بمقتضاه أنه ليس للسلطة

([1]) الجمل، 1968، ص32.

([2]) العطار، 1963، ص185.

القضائية أن تحكم في أقضية الإدارة حتى لا تهدر استقلالها، ولهذا كانت نشأة المحاكم الإدارية الأولى بمثابة امتياز للإدارة[1].

وبناء على ذلك فقد أصبح هناك ازدواج قضائي حيث وجد نوعان من المحاكم هي المحاكم العادية التي توجد محكمة النقض على قمتها والمحاكم الإدارية وعلى رأسها مجلس الدولة الذي يفصل في المنازعات الإدارية[2]. وقد وجهت انتقادات عديدة إلى هذا النظام الجديد تمحورت في معظمها حول أنه نظام يقوم على محاباة الإدارة والتعقيد في الإجراءات وما يسببه من مشكلات فيما يتعلق بالتنازع على الاختصاص في الموضوع الواحد[3]. وكذلك يجد البعض أن هذا النظام يبيح للقاضي التدخل في صميم العمل الإداري لدرجة توجيه الأوامر والنواهي للإدارة وتعديل قراراتها الأمر الذي يعرقل أعمالها ويجعلها خاضعة لسيطرته ويمثل خروجاً عن وظيفة القاضي لأن القاضي يحكم ولا يدير .

غير أن المحاكم الإدارية في فرنسا وعلى رأسها مجلس الدولة قد تناست أصل نشأتها وأصبحت بفضل قضائها المستنير ملاذاً للأفراد ضد تعسف الإدارة بل وتوصلت في هذا السبيل إلى حلول لم تصل إليها المحاكم القضائية، ولذلك أخذت الكثير من التشريعات الحديثة بنظام المحاكم الإدارية الذي لم يعد يقوم على أساس ذلك التفسير الخاطئ لمبدأ الفصل بين السلطات ولكن على أساس آخر هو تخصص القضاء فأقضية الإدارة لن يكون العامل الأساسي فيها البحث عن الحكم السليم للقانون لكن عن نقطة التوازن بين المصالح الخاصة والمصلحة العامة وهذه مهمة تحتاج إلى جانب الإلمام بالقانون – إلى الإحاطة التامة بمستلزمات حسن الإدارة وبتفاصيل الوسائل الإدارية التي تلجأ إليها الإدارة لمواجهة ما يصادفها من عقبات وهو الأمر الذي يحققه القضاء الإداري على أكمل وجه نظراً لتشكيله وصلاته الخاصة بالإدارة[4].

([1]) الطماوي، 1961، ص15.

([2]) جمال الدين، 2014، ص246-248.

([3]) الجرف، 1984، ص126-128.

([4]) الطماوي، 1961، ص15.

وأخيراً فإنه على الرغم من الانتقادات التي وجهت إلى نظام القضاء المزدوج، إلا أننا نرى أن لهذا النظام من المزايا ما يطغى على العيوب المنسوبة إليه.

ومن هذه المزايا ما يأتي[1] :

1. يؤدي نظام القضاء المزدوج إلى نشوء قواعد قانونية تحكم العلاقات بين الإدارة والأفراد وتطبق على المنازعات الإدارية التي قد تنشأ بينهما، ولا شك في ضرورة وجود هذه القواعد القانونية التي يلزم أن تتميز عن قواعد القانون المدني، حتى يمكن عن طريقها التوفيق بين مقتضيات الصالح العام الذي تسعى الإدارة إلى تحقيقه، والمصالح الشخصية التي يسعى الأفراد إليها.

2. إن إنشاء مثل هذه القواعد وتطبيقها يتطلب وجود قضاء إداري مستقل ومتخصص في المسائل الإدارية حتى يمكنه القيام بإظهار وتطبيق تلك القواعد التي تتناسب مع طبيعة الروابط الإدارية[2].

3. يتميز نظام القضاء المزدوج أيضاً بأنه يؤدي إلى إنشاء جهة قضائية تتسم بالسرعة في الفصل في المنازعات الإدارية واليسر في الإجراءات، مما يضمن استمرارية النشاط الإداري بفعالية، وضمان حسن سير المرافق العامة بانتظام واطراد وذلك كنتيجة للإجراءات المبسطة التي يسير عليها إذا ما قورنت بالإجراءات الطويلة المعقدة التي تتبع أمام المحاكم العادية، ورقابة القضاء على قرار الإدارة بتوقيع الجزاء، ويراقب القضاء الإداري جهة الإدارة في استخدامها لسلطتها في توقيع جزاء الحرمان على المتعاقد معها، ولما كان القرار الصادر بتوقيع الشطب أو الحرمان هو قرار متصل بالعملية العقدية ولا ينفصل عنها كما يمكن أن يكون غير متصل في العقد كما ذكرنا سابقاً، وهو في أغلب الأحوال يتعلق بتطبيق نصوص العقد وبنوده، فإن القاضي المختص بنظر المنازعات التي تثور حول القرار الصادر بتوقيع الجزاء هو قاضي العقد وبناء على دعوى

([1]) جمال الدين، 2014، ص310 وما بعدها.

([2]) لا شك في أن وجود القضاء الإداري في فرنسا وتوليه كذلك وظيفتي الإفتاء والصياغة، قد ساعد على تطوير القواعد القانونية التي تحكم علاقة الإدارة بالأفراد وابتداع نظريات ومبادئ تستهدف كفالة تحقيق الصالح العام وحماية الحقوق والحريات الفردية.

القضاء الكامل. وسلطات القاضي الإداري في دعاوى القضاء الكامل جد واسعة. فهي لا تتوقف عند إلغاء العمل القانوني محل النزاع بل تمتد لتعديله والتعويض عنه إذا كان لذلك محل[1].

فيستطيع المتعاقد مع الإدارة طلب إعادة اعتباره أو التراجع أو رفع قرار الشطب أو الحرمان، ودعاوى القضاء الكامل ليست مقيدة بشروط قبول دعوى الإلغاء، فالمتعاقد مع الإدارة غير ملزم برفع دعواه خلال 60 يوم من تاريخ توقيع عقوبة الحرمان. كما أنه غير ملزم بتقديم تظلم مسبق أو بسبق اللجوء للجان فض المنازعات.

وما يهمنا في هذا المقام ليس عرض المبادئ التي قررها القضاء الإداري في معرض رقابته على قرار الشطب أو الحرمان، فهذه المبادئ تعد جزء لا يتجزأ من النظام القانوني للشطب أو الحرمان والتي تحدد مشروعيتها، وقد أثرنا عرضها على طول الدراسة دراسة الحرمان من التعاقد مع الإدارة. وإنما يعنينا في هذا المقام أن نعرض لتطور قضائي هام في فرنسا من شأنه التغيير في المنازعات والقرارات في العقود.

([1]) جاد الله، 2007، ص 355.

المبحث الثاني

مدى الرقابة القضائية على قرار الحرمان

يتناول هذا المبحث الرقابة التي يمارسها القضاء الإداري على أعمال الإدارة وهي (بصدد توقيع جزاءات على المتعاقد معها والمخل بتنفيذ التزاماته وخصوصاً جزاء الحرمان من التعاقد مع الإدارة) وهي على نوعين رقابة المشروعية، ورقابة الملاءمة، في المطلب الأول، والمطلب الثاني آثار الحكم القضائي سواء برد الدعوى المرفوعة من قبل الشخص المحروم من التعاقد مع الإدارة، أم بقبول الدعوى وإلغاء قرار الحرمان.

المطلب الأول

رقابة المشروعية والملاءمة

المشروعية هي صفة كل ما هو مطابق للقانون وتبعاً لذلك يجب على الإدارة لكي تحقق هذه الصفة في تصرفاتها أن تباشر سلطاتها في الحدود المنصوص عليها في القانون ولا يتحقق احترام مبدأ المشروعية إلا بكفالة رقابة القضاء على نشاط الإدارة من حيث مدى توافقه مع القواعد القانونية المقررة سلفاً[1] .

ومن المعروف أن المشروعية تنقسم إلى نوعين رئيسيين هما: المشروعية الشكلية والمشروعية الموضوعية، والأخيرة تعني في ضوء الاتجاهات القضائية خضوعها لطائفة من الأصول. ومن خلال ذلك نقسم المطلب الى فرعين الأول رقابة المشروعية والفرع الثاني رقابة الملائمة.

الفرع الاول: رقابة المشروعية:

تعد من أبرزها شرعية الجزاء بما تعنيه من ضرورة ألا تتقرر إلا بناء على نص. أما المشروعية الشكلية فهي مبدأ التدرج القانوني، أي خضوع القاعدة القانونية للقاعدة التي تعلوها في سلم الترتيب القانوني للدولة، بحيث لا تتعارض قاعدة تشريعية مع قاعدة دستورية، وأن لا تتعارض قاعدة فرعية مع قاعدة أخرى

([1]) عمرو،2004، ص9. الشرقاوي، 1981، ص39.

تعلوها سواءً كانت دستورية أم تشريعية، وكذلك يجب أن لا يتعارض قرار إداري مع قواعد قانونية سائدة في الدولة[1] .

وتختلف رقابة المشروعية باختلاف طبيعة سلطات الإدارة حسب كونها تقديرية أو مقيدة؛ ففي حالة كون سلطة الإدارة مقيدة فالقاضي الإداري يحكم بإلغاء قرارات الإدارة في حالة خروجها عن الالتزامات التي يقرها العقد أو ينص عليها القانون. أما في حالة كونها تقديرية فإنه يمارس الحد الأدنى من الرقابة ولا يستطيع أن يتدخل. بمعنى ألا يتخطى مجاله ويترك دوره قاضياً ويدخل نفسه في المجال المحجوز للإدارة وينصب من نفسه رئيساً إدارياً، الأمر الذي لا يجوز بالنسبة لمبدأ الفصل بين السلطات.

ورقابة القاضي إنما تنحصر في مشروعية العمل الإداري ودوره هو التحقق من مطابقة القرارات للقواعد القانونية الملزمة وتوقيع الجزاء على مخالفتها[2] .

هذا ويعد القرار الجزائي غير مشروع إذا كان معيباً بعيب عدم الاختصاص أو الشكل أو السبب أو الانحراف بالسلطة أو مخالفة القانون مما يعني أن المتعاقد مع الإدارة يستطيع أن يطعن بالإلغاء في أي قرار يراه معيباً بأحد هذه العيوب؛ ويبنى هذا الطعن أساساً على مخالفة قواعد المشروعية[3].

وعلى ذلك سنعرض لهذه العيوب التي تلحق بأركان قرار فرض الجزاءات التعاقدية على التتابع وذلك على النحو الآتي:

أولاً- عيب عدم الاختصاص: الاختصاص في القرار الإداري يعني الصلاحية القانونية لفرد أو مجموعة في التنظيم الإداري لإحداث آثار قانونية معينة باسم شخص إداري عام، وهذا يعني أن أي عمل أو قرار إداري لا

([1]) البدراني، 2002، ص125.

([2]) جمال الدين، 2003، ص 304.

إن الاختلاف بين السلطتين اللتين تمارسهما الإدارة سواء كانت تقديرية أم مقيدة، إنما يرجع إلى مقدار ما يمنح المشرع من سلطة للإدارة. بمعنى أن سلطة الإدارة تكون تقديرية عندما يكون هناك أكثر من طريق تستطيع من خلاله ممارسة أعمالها. في حين تكون مقيدة حينما يحدد المشرع طريقاً واحداً للإدارة تمارس فيه عملها، بحيث لا يجوز لها الخروج عن هذا الطريق. وتجاوز الإدارة لهذه السلطة إنما هو خروج عن مبدأ المشروعية. كما أن مهمة القاضي هي رقابة هذه السلطة التي تمارسها الإدارة، وهل هي سلطة مقيدة حتى يمارس القاضي رقابة المشروعية عليها أم هي سلطة تقديرية كي يمارس رقابة الملاءمة عليها. البرزنجي، 1994، ص65.

([3]) فهمي، 2008، ص 32. رسلان، 2003، ص512.

يمكن أن يتخذ من قبل أي جهة إدارية كانت بل يجب أن تكون هذه الجهة مخولة قانوناً بذلك وأن هذه الصلاحية القانونية تشكل ما يطلق عليه الاختصاص[1].

فمن الناحية الواقعية يقوم النظام القانوني في كافة فروع القانون المختلفة على فكرة الاختصاص التي هي ثمرة ونتاج مبدأ الفصل بين السلطات وتوزيع الاختصاصات في نطاق السلطة الواحدة، وهذا معناه أن فكرة الاختصاص تشكل أساساً لكل قواعد القانون العام[2]. لذا فإنه من الناحية التاريخية كان عيب عدم الاختصاص أول وجه من أوجه الإلغاء أمام مجلس الدولة الفرنسي.[3]

ويمتاز هذا العيب بأنه أقدم أوجه الإلغاء ظهوراً في قضاء مجلس الدولة الفرنسي، وأنه كان الأصل الذي استمدت منه العيوب الأخرى. وإذا كانت أوجه الإلغاء الأخرى قد استقلت عنه، فإنه لا يزال العيب الوحيد الذي يتعلق بالنظام العام، وهو ما أكدته محكمة القضاء الإداري في مصر[4] ويترتب على ذلك نتائج مهمة عدة[5] :

1- يستطيع القاضي أن يتصدى لعيب الاختصاص من تلقاء نفسه ولو لم يثره طالب الإلغاء، ولكنه وهو يفعل ذلك لا يستطيع أن يقضي بأكثر مما يطلبه الخصوم فلا يستطيع أن يلغي الجانب غير المطلوب إلغاؤه من قرار أصدرته سلطة غير مختصة.

2- لا يبرر الاستعجال للإدارة في مخالفة قواعد الاختصاص، وهذا مع مراعاة أحكام نظرية الظروف الاستثنائية التي تؤدي إلى توسيع نطاق المشروعية مؤقتاً، وحالة الضرورة.

3- إذا ولد القرار معيبا بعيب عدم الاختصاص، فإنه لا يمكن تصحيحه بإجراء لاحق من الجهة المختصة، وهو ما أبرزه مجلس الدولة المصري في حكم له: "...ومن ثم يكون الإنذار المطعون فيه بصدوره من أحد

([1]) البرزنجي، 1994، ص2. الضوي، 2018، ص345.

([2]) ولعل ذلك راجع إلى أن المشرع قد وزع الاختصاصات الإدارية على أعضاء السلطة الإدارية على نحو معين، فإذا ما مورست بواسطة ما لم يمنحه القانون سلطة مباشرتها وقع التصرف باطلاً ويكون واجب الإلغاء. الحلو، 2004، ص285.

([3]) فهمي، 2004، ص 418.

([4]) نصت محكمة القضاء الإداري في حكمها الصادر بتاريخ 1957/1/27 على أن: "... ولذلك فإن هذا العيب لا يزال حتى اليوم هو الوجه الوحيد من أوجه الإلغاء الذي يتعلق بالنظام العام".

([5]) الطماوي، 1961، ص535 وما بعدها.

المفتشين، قد صدر من غير الجهة المختصة بإصداره قانوناً، ولا يغير من هذا الوضع إحاطة مدير المصلحة به أو اعتماده له، لأن القرار الباطل بسبب عيب عدم الاختصاص لا يصحح بالاعتماد فيما بعد من صاحب الشأن فيه، بل يجب أن يصدر منه إنشائياً بمقتضى سلطته المخولة له".

4- وأخيراً فإنه لا يمكن للإدارة أن تتفق مع الأفراد على تعديل قواعد الاختصاص في عقد من العقود المبرمة بينها وبينهم، لأن قواعد الاختصاص ليست مقررة لصالح الإدارة فتنزل عنها متى شاءت، ولكنها تضع قواعد قانونية ملزمة للإدارة تحقيقاً للصالح العام.

وإجمالاً لما سبق فالإدارة لا تمتلك الحق في فرض جزاءات على المتعاقد ما لم يرخص بها المشرع لأنها لو فعلت ذلك تكون قد خالفت الدستور والقانون. كما لا يحق لها أن تقوم بفرض عقوبة تدخل في اختصاص جهة قضائية أخرى (جزاءات جنائية) وإلا فإنها تعد متجاوزة لحدود اختصاصها. كذلك لا يجوز استخدام سلطة الضبط الإداري الممنوحة لها من أجل إجبار[1] المتعاقد على تنفيذ التزاماته؛ لأن ذلك يفقد قواعد الضبط صفتها الأساسية فالاختصاص يستند دائماً إلى القانون الذي يبين حدود إمكانية مباشرة العمل ولذلك يجب أن يكون رجل الإدارة الذي يصدر القرار الإداري مختصاً بإصداره قانوناً[2].

وهذا ما أكده مجلس الدولة الفرنسي في حكمه الذي يقضي بعدم مشروعية جزاء إسقاط الالتزام الصادر من المحافظ لأن دفتر الشروط قد منح هذا الاختصاص لمجلس الإقليم[3].

ويحظى عنصر الاختصاص بأهمية في القانون العام الحديث لأن تحديد اختصاصات معينة لرجال الإدارة هو نتيجة من نتائج الفصل بين السلطات والذي يتطلب أن تباشر كل سلطة الاختصاص المسند إليها طبقاً لأحكام الدستور فلا تتجاوز في مزاولة نشاطها على اختصاص سلطة أخرى.

([1]) هاشم، 2002، ص48-49.

([2]) بركات، 1974، ص 482.

([3]) فياض، 1983، ص103.

وهذا بطبيعة الحال لا يؤدي إلى الاكتفاء بتحديد اختصاصات السلطات العامة الثلاث فحسب وإنما يساهم في توزيع الاختصاصات في نطاق السلطة الواحدة[1] .

وعلى هذا الأساس فإن الدستور يعد المصدر الأول للقواعد التي تحكم توزيع الاختصاص بين الهيئات العامة ثم يأتي القانون من بعده ثم اللائحة بعد ذلك كمصادر مكملة لقواعد الاختصاص ومحددة لضوابطه داخل كل هيئة على حدة لأن القاعدة المسلم بها هي أن توزيع الاختصاص في مجال القانون العام يقوم على أساسين: الأول دستوري يصدر عن مبدأ الفصل بين السلطات. والثاني تشريعي يصدر عن القوانين واللوائح[2].

وتبرز الرقابة القضائية على سلطة الإدارة في توقيع الجزاء على المتعاقد معها في عيب عدم الاختصاص بصورة واضحة؛ حيث يجب أن يكون الجزاء المتخذ بحق المتعاقد المتراخي صادراً عن الجهة المختصة بذلك وإلا كان مشوبا بعيب عدم الاختصاص؛ فالجهة المختصة بتوقيع الجزاء هي الجهة التي أبرمت العقد المتعاقد ما لم يقض العقد أو القانون بخلاف ذلك، وهو ما أكدته المحكمة الإدارية العليا بالقول: "إن الاختصاص واجب يلزم صاحبه أن يمارسه بنفسه وليس بغيره أو حقاً يسوغ له أن يعهد به إلى سواه"[3].

فقرار فرض الجزاء يجب أن يصدر من موظف مختص قانونا، بحيث إذا صدر قرار فرض الجزاء، فلا يكون مشوباً بعيب عدم الاختصاص نزولاً على مبدأ شخصية الاختصاص، الذي يعني أن المشرع إذا عهد لأي جهة إدارية باختصاص معين، فإنه يجب عليها أن تزاوله بنفسها، ولا يمكنها النزول عنه أو تفويضه إلى غيرها، إلا إذا رخص لها القانون ذلك[4]. وعلى ذلك فإن الاختصاص في إصدار قرار فرض الجزاء الإداري يتطلب من الجهة الإدارية المختصة التزامين هما:

1- أن تتولى الجهة الإدارية المتعاقدة مهمة فرض الجزاء بنفسها، وهذا ما يطلق عليه ذاتية الاختصاص.

2- ألا تقوم بتفويض الاختصاص في إصدار قرار الجزاء إلى جهة أخرى، إلا وفقاً لقواعد القانون.

([1]) البرزنجي، 1971، ص220.

([2]) الجرف، 1984،ص241.

([3]) حكم المحكمة الإدارية العليا، بتاريخ 1968/6/15، المجموعة، السنة 13، بند 83، ص625.

([4]) الطماوي، 1982، ص561.

وفي هذا السياق تقول المحكمة الإدارية العليا في أحد أحكامها الحديثة: "من المبادئ الدستورية المقررة أنه متى عهد القانون إلى سلطة معينة بإصدار القرارات اللازمة لتنفيذ أحكامه، فإن هذه السلطة دون سواها تكون هي صاحبة الاختصاص بإصدار هذه القرارات بحيث يمتنع على غيرها ممارسة الاختصاص.."[1].

ثانياً- عيب الشكل: شكل القرار هو ما يشمله من مظاهر خارجية وعندما لا تراعي الإدارة ولا تلتزم بالشروط والإجراءات الشكلية الواجبة الاتباع في إصدار القرار تكون أمام ما يسمى بعيب الشكل.

ويقصد بشكل القرار المعنى الواسع الذي يشمل المظهر أو الشكل الخارجي للقرار الإداري الذي تسبغه الإدارة على القرار للإفصاح عن إرادتها ويشمل أيضاً الإجراءات التي يجب أن يستنفذها القرار قبيل صيرورته كاملاً. والتي تتضمن مجموعة الخطوات التي تقوم بها الإدارة تمهيداً لاتخاذ القرار الإداري[2] .

وعلى ذلك يمكن تعريف عيب الشكل بأنه: "عدم احترام القواعد الشكلية والإجرائية المقررة في القوانين واللوائح لإصدار القرارات الإدارية سواء أكان ذلك بإهمال تلك القواعد كلياً أم بمخالفتها جزئياً"[3].

فصدور القرار من جهة إدارية مختصة غير كاف لصحة القرار إنما لا بد من أن يصدر باتباع إجراءات وأعمال تحضيرية وأشكال تختلف من قرار لآخر؛ فالشارع يستهدف من النص على قواعد الشكل والإجراءات تحقيق مصلحة الإدارة والأفراد في وقت واحد؛ فمصلحة الإدارة تتحقق من خلال حمايتها من التسرع واتخاذ قرارات غير مدروسة ووزن الأمر تحقيقاً للمصلحة العامة لذلك فهي ليست مجرد روتين أو قواعد إجرائية لا قيمة لها. أما مصلحة الأفراد فإنها تتمثل بالضمانات التي توفرها قواعد الشكل والإجراءات في مواجهة السلطة الإدارية وقراراتها فمثلاً مصادرة التأمين النهائي لا تستخدم لمجرد التأخير في تنفيذ الأعمال بل لها مهمة حددها القانون كضمان لإجراء العمل على الوجه الأكمل. وبالتالي فإن إهدار هذه القواعد من جانب الإدارة يرتب عدم مشروعية قراراتها.

([1]) حكم المحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم 5367/ 58 ق، جلسة 2015/3/7، المجموعة، س60، ج1، ص597.

([2]) الحسيني، 2004، ص 76.

([3]) العطار، 1967، ص654. خليل، 1989، ص95.

وقد استقر القضاء الإداري على أنه: "إذا اشترط القانون للقرار شكلاً معيناً أو اتخاذ إجراءات تمهيدية قبل إصداره أو استشارة هيئة من الهيئات ولم يتبع ذلك في إصدار القرار فإنه يجوز التمسك بإلغاء القرار لهذا العيب ما دام أنه يؤثر في القرار من حيث موضوعه أو ينتقص من ضمانات الأفراد"[1].

غير أنه يلاحظ أن القضاء الإداري لم يرتب على إهدار الأوضاع الشكلية والإجرائية للقرار الإداري عدم مشروعيته في جميع الحالات بل اشترط لكي يؤدي إغفال الإجراء أو الشكل إلى إلغاء القرار أن يكون المشرع قد ألزم الإدارة باتباعه أو أن يكون من الإجراءات أو الشكليات الجوهرية التي تؤثر في ضمانات الأفراد وبالتالي فإن مخالفة الإدارة أو إهمالها الإجراءات والشكليات غير الجوهرية والتي لم ينص القانون على ضرورة اتباعها لا تؤدي إلى إلغاء القرار الإداري. ويذهب رأي في الفقه إلى أن جوهرية الإجراء لا تعدو في حقيقتها أن تكون معياراً تفسيرياً لإرادة المشرع وإنفاذ هذه الإرادة تبعاً لظروف الحالة المعروضة [2]؛ فالإجراءات هي نفسها تختلف اختلافاً واضحاً من حالة إلى أخرى تبعاً لطبيعة وأهمية الموضوع وتبعاً لاعتبارات عديدة منها الهدف من تدخل الإدارة ومدى ما تقتضيه المصلحة العامة من اتخاذ تدابير فورية؛ فبعض الدول تأخذ بنظام الرقابة القضائية إلى مدى يكاد يشمل كل نشاط الإدارة بحيث تكون مهمة الرقابة هنا إخضاع تلك الإجراءات لقواعد وأصول عامة والتوجهات الضرورية عن طريق إعمال وسيلة الرقابة اللاحقة على وضع المشروعية.[3]

ويضاف إلى ذلك تكون الإجراءات في نطاق قرار الجزاء على نوعين: إجراءات جزائية عامة وهذه الإجراءات يلزم استيفاؤها بالنسبة لمختلف الجزاءات الإدارية أيا كان نوع الجزاء ومهما يكن مجال انطباقه. وإجراءات جزائية خاصة: وهذه الإجراءات ليست لازمة الاتباع في جميع الجزاءات وإنما تكون واجبة في بعضها دون بعضها الآخر.

إن اتباع الشكل في نطاق العقود الإدارية؛ يعتبر من الضمانات المهمة للمتعاقد، إذ يمنع الإدارة من التسرع في اتخاذ القرار بتوقيع الجزاء عليه. ومن أهم القواعد الشكلية في هذا المجال، ضرورة احترام الإدارة

([1]) حكم محكمة القضاء الإداري، الطعن رقم 6، لسنة 3 ق، قضاء المحكمة العليا، القضاء الإداري والدستوري، الجزء الأول، ص79.

([2]) خليل، 1958، ص468.

([3]) وينيرجرين، 1970، ص223-226.

لحق المتعاقد بالدفاع، فعليها واجب عدم الإخلال به قبل إصدار قرار الجزاء وإلا؛ عد الأخير غير مشروع، وجاز بالتالي للقضاء إبطاله لعدم مشروعيته[1].

إذاً فإن الجزاء الصادر من قبل الإدارة على المتعاقد معها، يكون غير مشروع في نطاق العقود الإدارية، إذا أهملت الإدارة اتباع إجراء الشكل، المطلوب منها اتباعه، قبل توقيع الجزاء على المتعاقد المقصر في تنفيذ التزاماته.

واستناداً لما سبق، فإن عدم مراعاة الشكل لا يرتب عدم مشروعية قرار الجزاء فحسب، وإنما يؤدي إلى إعفاء المتعاقد من الآثار الجسيمة المترتبة على الجزاء بصرف النظر عن جسامة المخالفة المنسوبة إليه. ويتحقق عدم مشروعية الجزاء حتى ولو كان الجزاء تم توقيعه على المتعاقد مع الإدارة نتيجة لإهماله ورغم أن المتعاقد قد تم تبصيره بالجزاء القريب وأن عليه أن يتهيأ للدفاع عن نفسه.

ثالثاً– عيب السبب: يقصد بعيب السبب: «عدم المشروعية الذي يصيب القرار الإداري في سببه؛ بأن تكون الواقعة التي يقوم عليها القرار غير موجودة أو غير صحيحة من حيث تكييفها القانوني»[2].

فالقرار الجزائي الصادر من الإدارة بحق المتعاقد المقصر: يفترض وجود سبب يبرره، كأن يأتي المتعاقد بفعل (أو يمتنع عن القيام به) ويعد فعله خطأً تعاقدياً أو قانونياً يستوجب فرض الجزاء عليه[3] .

ويذهب الدكتور سليمان الطماوي إلى القول: إن الأحكام الصادرة بخصوص عيب السبب (ولاسيما في العقود الإدارية) قليلة جداً وذلك لأن الإدارة من النادر أن تتعاقد بدون سبب أو بسبب باطل، ولكن يبقى الإجماع على ضرورة السبب كركن في العقود الإدارية، وإن تخلفه في العقد من شأنه إلغاء العقد الإداري .[4]

السبب في القرار الإداري هو: "الحالة القانونية أو الواقعية التي تتيح تدخل الإدارة"[5].

([1]) العنزي، 2010، ص 266 و267.

([2]) الحلو، 2004، ص 403.

([3]) خليفة، 2009، ص 122.

([4]) سليمان الطماوي، 2005، ص 400 و401.

([5]) القيسي، 1999،ص221

والمسلم بـه فقهاً افتراض صـحة القرار الإداري غير المسبب وأنـه يستند إلـى سبب صـحيح مـا لـم يلزم القانون ذكر الأسباب.

كـذلك يقصـد بأسـباب القـرار الإداري، الوقـائع الموضـوعية السـابقة والخارجـة عليـه والتـي تملـي علـى مصدره اتخاذه؛ فالقرار الإداري يجب أن يبرر وجوده بقيام أوضـاع أو دواع مادية أو قانونية كانت هي الباعث الذي حرك الإدارة لإصداره[1].

وبناءً على ما سبق، إذا كان سبب القرار هو حالـة أو واقعـة ماديـة كانت أم قانونيـة تبرر القرار وتؤدي بـه إلـى تحقيق غرضـه فإن طبيعـة السبب هـي موضـوعية أي أنهـا تقدر بمعيـار موضـوعي بحـت لأن القـانون عندما يحدد أسباب القرار فإن هذه الأسباب تلحق بالقانون. ولذلك فإنها تقدر في ضـوء القانون مباشرةً بحيث إذا لـم يكن للقرار أسبابه كـان القرار باطلاً والعكس صحيح.

فالمتعاقد مـع الإدارة لا يستطيع التنـازل عن العقد أو التعاقد بخصوصـه من البـاطن إلا بموافقـة الإدارة والتي لـها الرفض شريطة أن يستند قرارها في ذلك إلـى أسباب معقولـة وليس لمجرد الرفض مثل ضـعف الكفايـة الماليـة أو الفنيـة للمتعاقـد الجديـد فـإذا كانـت الأسباب غير مبررة فالمتعاقد ينازعهـا بهـذا الخصـوص ويستطيع الحصول علـى حكم بإلغـاء القرار الصـادر بالرفض وهذا مـا أكده مجلس الدولـة الفرنسـي في 13 نوفمبر 1908 في قضية (wuillaume) التي ذهب فيها إلى أنه: "إذا كانت الأسباب الذي تذرعت بها الإدارة غير وجيهـة فإن المتعاقد يستطيع أن يحصل من قاضـي العقد على حكم بإلغاء القرار الصادر برفض الموافقة"[2].

كما أن الفسخ بلا مبرر إذا كان مشوباً بأحد العيوب الموضـوعية كـالغلط فـي الواقـع أو إذا سببت الإدارة قرار الفسـخ تسـبيباً معيباً فالمتعاقد فـي هذه الحالـة ينـازع الإدارة فـي صـحة هذه الأسباب. وهذا مـا أكده مجلس الدولـة الفرنسـي فـي حكمـه الصـادر فـي 21 أيـار 1931 فـي قضـية (Santeni) وهـو خـاص بإنهـاء الإدارة لعقد

([1]) مسكوني، 1974، ص409.

([2]) الطماوي، 2005، ص403.

تصنيع بسبب نقص الإمكانيات الضرورية لدى المورد وقد تبين عند نظر الدعوى أن الفسخ قد بني على غلط في الواقع؛ لأن المورد كانت لديه الإمكانيات اللازمة للإنتاج[1].

وقد صدرت من المحكمة الإدارية العليا في مصر العديد من القرارات بهذا الخصوص ومنها حكمها المؤرخ في 5 نوفمبر 1955 حيث تقول فيه:... لا تتدخل الإدارة لتوقيع الجزاء إلا إذا قامت حالة واقعية أو قانونية تسوغ تدخلها. وللقضاء الإداري أن يراقب صحة قيام هذه الوقائع..."[2].

ولكي يكون سبب القرار صحيحاً يشترط فيه: أن يكون مشروعاً، أي أن تكون الواقعة التي يستند إليها مصدر القرار الإداري مشروعة وغير مخالفة للقوانين والأنظمة النافذة، وأن يحمل الوصف القانوني المطلوب لإصدار القرار بحيث يكون ما وقع من المتعاقد يمثل مخالفة أو إخلالاً بالتزاماته. كذلك يشترط أن يكون السبب موجوداً وقائماً حتى اتخاذ القرار. وبعبارة أخرى أن يكون له وجود مادي وفعلي وقت صدور القرار[3].

والتساؤل الذي يثار هنا، هو حول حكم القرار الصادر بناء على سببين أو أكثر، وكانت بعض هذه الأسباب صحيحة والأخرى غير صحيحة فهل يعد القرار مشروعاً أم غير مشروع؟

إن القاضي الإداري يلجأ في هذه الحالة للحكم على مشروعية القرار إلى معيار الأسباب الدافعة والأسباب غير الدافعة لإصدار القرار، فيحكم بالإلغاء إذا كانت الاسباب الدافعة للقرار غير مشروعة. ويكون السبب دافعاً لإصدار القرار عندما يكون هو وحده كافياً، بأن تستند جهة الإدارة على هذا السبب وحده لإصدار القرار مع إسقاط الاسباب غير الصحيحة. أي بمعنى أن تكون الاسباب المتبقية كافية لإصدار القرار. أما إذا كانت الأسباب غير الدافعة لإصدار القرار غير مشروعة فلا يحكم القاضي بإلغاء القرار[4].

([1]) عياد، 1973، ص271 وما بعدها.

([2]) الطماوي، 1978، ص315-316.

([3]) عمرو، 2004، ص91 وما بعدها.

([4]) نضر، 1995، ص387.

رابعاً: عيب المحل (مخالفة القانون) :[1] المحل هو الأثر القانوني الذي يترتب على القرار حالاً ومباشرة. وهو لا يخرج عن ثلاث صور: فإما أن ينشئ مركزاً قانونياً أو يعدله أو يلغيه. ويعد الأثر صحيحاً متى كان متفقاً مع أحكام القانون ويكون باطلاً متى كان مخالفاً للقانون[2] .

فعيب مخالفة القانون[3] هو: "العيب الذي يشوب محل القرار سواء كانت المخالفة مباشرة أم لخطأ في تفسيره أم خطأ في تطبيق القاعدة على الوقائع[4] ويتحقق هذا العيب عندما يكون الإجراء مخالفاً لنص القانون أو الشروط العقدية فإذا لم يأت المتعاقد الخطأ المنصوص عليه في العقد فلا يجوز للإدارة توقيع الجزاء عليه.[5]

ويعد هذا العيب أهم أوجه الإلغاء وأكثرها تطبيقا في الواقع العملي فرقابة القضاء الإداري فيما يتعلق بالاختصاص والشكل، هي رقابة خارجية بعيدة عن فحوى القرار المطعون فيه. أما رقابته في ما يتعلق "بمخالفة القواعد القانونية" فإنها رقابة موضوعية تستهدف مطابقة محل القرار الإداري لأحكام القانون العام ومحل القرار الإداري هو الأثر القانوني الذي يترتب عليه حالاً ومباشرة، وهذا الأثر يجب أن يكون ممكناً وجائزاً وقائماً على سبب قانوني يبرره، فهذه العناصر كلها يخضعها القضاء لرقابته[6].

([1]) بعد أن كان عيب عدم الاختصاص ومخالفة الشكل والإجراءات من أسباب إلغاء القرار الإداري في بداية ظهور القرار الإداري، ومن ثم ظهر عيب المحل، الذي لم يكن في حينه من أوجه دعوى الإلغاء، حيث كان يعطي الحق في المطالبة بالتعويض عن الضرر الناجم بسبب هذا العيب في القرار الإداري عن طريق القضاء الكامل. وقد تقرر إلغاء القرار بسبب عيب المحل أو مخالفة القانون بعد ذلك أمام مجلس الدولة الفرنسي، بموجب المرسوم المرقم 2 تشرين الثاني سنة 1864.

([2]) الحلو، 2004، ص392.

([3]) كان كثير من عيوب القرار الإداري في ما سبق يندرج تحت المعنى الواسع لمصطلح (مخالفة القانون)، ولكن انفصلت تلك العيوب فيما بعد وصار عيب المحل أو عيب (مخالفة القانون) متركزاً في الموضوع الذي ينصب عليه القرار فقط. الجرف، 1984، ص253 وما بعدها.

([4]) الطماوي، 1978، ص312- 313.

([5]) هاشم، 2002، ص 44.

([6]) الطماوي، 1961، ص608

وتماشياً مع ما سبق، يجب أن يكون الجزاء تطبيقاً للنصوص القانونية أو العقدية، فإذا لم توجد الواقعة التي تثيرها الإدارة لتبرير الجزاء، أو كانت هذه الواقعة لا تشكل خطأً عقدياً أو قانونياً، أو إذا كانت هذه الواقعة لا تقابل أي التزام مفروض على المتعاقد فإن قرار الجزاء يكون غير مشروع[1].

وعليه، يعد القرار الصادر بالجزاء العقدي معيباً بسبب مخالفة القانون إذا كانت الإدارة قد أوقعته دون أن يصرح لها به نص في القانون أو العقد وبذلك أفتت الجمعية العمومية بمجلس الدولة المصري بأنه: "الأصل في العقد أياً كانت طبيعته سواء أكان عقداً إدارياً أم من عقود القانون الخاص، أن يحوي كل آثاره وأن يتضمن جميع ما اتجهت إليه إرادة الطرفين، وخاصة الأحكام الماثلة أمام جهة الإدارة في لوائح تقيدها، تبرم عقودها على أساسها وكون الإدارة طرفاً في العقد لا يغير من اعتباره عملاً ذاتياً فردياً تتولد عنه مراكز شخصية لا يمكن أن تحدد مقدماً بالنسبة لكل شخص، فهو ليس عملاً شرطياً يتضمن إسناد مراكز قانونية عامة موضوعية لأفراد معينين، ولما كان التأخير تعويضاً اتفاقياً فإن خلو العقد الذي أبرمته القوات المسلحة مع المؤسسة المصرية العامة لوادي النطرون من النص عليها لا يحق للقوات المسلحة توقيعها. ولذلك انتهى الرأي إلى أنه لا يجوز للقوات المسلحة توقيع غرامة تأخير على المؤسسة المصرية العامة لتعمير الصحاري، طالما خلا العقد من النص على هذه الغرامة"[2].

كما أن الإدارة تلتزم بتقدير خطورة الأفعال التي تبرر تدخلها ويكون ذلك حسب معايير موضوعية دقيقة حتى لا ينطوي قرارها على عدم مشروعية تؤدي إلى إلغائه.

ويتمثل ذلك من خلال تحديد المخالفة الإدارية التي يرتكبها المتعاقد والتي بني عليها القرار ووضعها في قالب لا إبهام فيه ولا غموض وإلا فإن الجزاء يكون عن حدس وتخمين لا عن جزم ويقين. وقيام الإدارة بهذا

([1]) العنزي، 2010، ص271.

([2]) فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع، رقم 522، بتاريخ 1966/5/23، أورده: أبو العينين، 2004، ص450.

يكون انطلاقاً من مسؤوليتها في مشاركة المشرع في تحديد أركان بعض المخالفات تحديداً يمكن القاضي من ممارسة رقابة قضائية صارمة[1].

ونستخلص مما تقدم أن المشرع إزاء تحديد المخالفة الإدارية قد يأتي تحديده كاملاً وقد يكون ناقصاً، والإدارة في الحالتين كلتيهما تمارس سلطتها في اتخاذ الجزاء حال ثبوت المخالفة تحت رقابة القاضي وكل ما يحدث أن مدى سلطتها يتغير تبعاً لمدى أو نطاق التحديد ورقابة القاضي تتفاوت وفقاً لمداها أو نطاقها.

ولا تملك الإدارة في حالة التحديد الكامل للمخالفة سلطة التقدير لأنها تكون مقيدة بعدم فرض الجزاء على المتعاقد إلا في حالة توافر المخالفة القانونية على الشكل الذي حدده المشرع وحسب الحدود المرسومة له. ويكون دور القاضي محصوراً في التحقق مما إذا كانت الوقائع المدعى بها إدارياً هي ذاتها المتطلبة قانونياً بالشكل الذي يبرر اتخاذ الجزاء أم لا؛ فالقاضي من خلال رقابته يعقد مقارنة بين حالة واقعية وأخرى قانونية ويتأكد ما إذا كانت الأولى تتطابق مع الثانية من عدمه[2].

وعلى العكس من ذلك ففي حالة التحديد الناقص للمخالفة الإدارية تكون سلطة الإدارة تقديرية؛ لأن المشرع حدد الواقعة ولكنه فسح مجالاً لإعمال سلطتها وذلك من أجل توفير المرونة اللازمة بما يضمن حسن القيام بأعمالها في الردع. كما أن سلطة القاضي في هذه الحالة تكمن في توضيح وإزالة ما غمض وسد ما نقص ثم يقدر الوقائع التي تذرعت بها الإدارة حق تقديرها ليتأكد ما إذا كانت فعلاً هي التي حددها المشرع وجعلها مبرراً لاتخاذ الجزاء أم لا؛ فالقاضي في هذه الحالة لا يمارس عمل المشرع وإنما سلطته تنحصر في تقدير الوقائع وإزالة تقدير الإدارة الخاطئ وإلزامها بتقديره الصحيح[3] لذلك فمن باب أولى ألا يترك تحديد المخالفات الإدارية على عاتق الإدارة إلا في حالة التفويض التشريعي.

([1]) الهاشمي، 2005، ص105.

([2]) يعقوب، 2020، ص397 وما بعدها.

([3]) أبو يونس، 2000، ص100 وما بعدها.

خامساً- عيب الغاية (الانحراف بالسلطة): يقصد بعيب الانحراف بالسلطة أو إساءة استعمال السلطة كما أطلق عليه المشرع الفرنسي – أن يستعمل رجل الإدارة سلطته التقديرية لتحقيق غرض غير معترف به له، فهو عيب موضوعي يشارك في هذه الخاصية عيب مخالفة القانون[1].

أي أن هذا العيب مرتبط بالغاية من القرار فتكون قرارات الإدارة مشوبة بعيب الانحراف في حالة ما إذا انصرفت الإدارة إلى غايات لا يقرها القانون[2].

ومثال ذلك أن يصدر قرار إسقاط الالتزام من أجل إبرام عقد جديد مع شخص آخر[3] وكذلك القرار الصادر بوضع المرفق تحت الحراسة الذي اتخذ بقصد أن تستغل الإدارة الفترة التي تؤول فيها الإدارة المباشرة للمرافق إليها لكي تزيد مرتبات العاملين التابعين للملتزم[4] فعيب الانحراف أو إساءة استعمال السلطة هو التسمية التي تطلق على العيب الذي يشوب الغاية و(الغاية) هي النتيجة التي يسعى رجل الإدارة إلى تحقيقها من إصدار القرار ومما سبق يتضح أن عيب الانحراف يقوم على عنصرين:

1- العنصر السلبي: ومقتضاه أن القرار الإداري المشوب بعيب الانحراف هو قرار سليم في عناصره الأخرى التي لا تتعلق بالبواعث والأهداف، فهو قد صدر من شخص مختص، واستوفى الإجراءات الشكلية، ومطابق للقانون من حيث محله. ومن هنا كانت خطورة عيب الانحراف، لأن رجل الإدارة في حماية من مظهر المشروعية يحاول أن يحقق جميع الأغراض غير المشروعة.

ولهذا فإن عيب الانحراف من أدق العيوب ومهمة القاضي فيه شاقة وحساسة لأنه لا يقتصر على الرقابة الشكلية، بل يمتد برقابته إلى البواعث الخفية، والدوافع المستورة التي حملت رجل الإدارة على التصرف[5].

([1]) الطماوي، 1961، ص 637.

([2]) حلمي، 1970، ص133.

([3]) هاشم، 2002، ص44.

([4]) علي و جبريل، 2003، ص477.

([5]) الطماوي، 1961، ص 638.

2 – العنصر الايجابي: ومقتضاه أن عيب الانحراف هو عيب متعلق بأهداف الإدارة إذا ما كانت سلطاتها تقديرية؛ فإذا ما كانت أمام اختصاص مقيد، فإن العيوب التي تلازمه هي عيوب الشكل والاختصاص ومخالفة القانون. ولا يثار عيب الانحراف في هذه الحالة لأنه يفترض افتراضاً لا يثبت العكس أن الأهداف الإدارية تتحقق باستمرار إذا اقتصر رجل الإدارة على تنفيذ الواجبات القانونية تنفيذاً دقيقاً.

وعلى العكس من ذلك نكون أمام عيب الانحراف إذا ما كنا بصدد اختصاص تقديري، يترك لرجل الإدارة بعض الحرية في التدخل أو الامتناع وفي اختيار وقت التدخل، وتقدير خطورة وأهمية بعض الوقائع وما يناسبها من وسائل كلها مشروعة، فعندها لا يمكن محاسبة رجل الإدارة على كيفية استعمال حقه في التقدير إلا في نطاق الأهداف التي يسعى إلى تحقيقها[1].

ويعد هذا العيب من أشد العيوب خفاءً، فتكون مهمة القاضي شاقة في سبيل الكشف عنه. فالعمل المشوب بعيب استعمال السلطة هو عمل سليم من جميع نواحيه الظاهرة، لأنه صادر من سلطة مختصة ومستوفي للشكل المطلوب قانوناً ويقوم على محل سليم، لذلك يلجأ الطاعن إلى اتهام الإدارة بأنها انحرفت عن الطريق السليم بسوء نية وسعت إلى تحقيق أغراض غير مشروعة[2].

وقد أقام القضاء الإداري قرينة على صحة الأهداف التي تبتغيها الإدارة عند إصدارها لقراراتها ويقع على المدعي عبء إثبات عيب إساءة استعمال السلطة .[3]

([1]) عبد الله، 1983، ص285 وما بعدها.

([2]) الطماوي، 1982، ص527.

([3]) الحلو، 2004، ص358.

– وطبقاً لما استقر عليه القضاء فإن إثبات الانحراف يمكن أن يتم بالوسائل الآتية:

1. الرجوع إلى المناقشات التي دارت قبل إصدار القرار للكشف عن الغرض الحقيقي للإدارة من إصدار القرار.

2. طلب الإيضاح من الإدارة حتى وإن لم تكن ملزمة بالرد، فقد يقيم القاضي قرينة الانحراف أو إساءة استعمال السلطة بسبب عدم الرد من جانب الإدارة.

3. قد يرجع القاضي إلى طريقة إصدار القرار من قبل الإدارة وطريقة تنفيذه ليقيم قرينة على الانحراف كما لو أصدر الوزير قراراً بعد تقديم استقالته وقبل قبول هذه الاستقالة، فهذا التصرف يولد الشبهة في الهدف من القرار. الجرف، 1984، ص268.

والجدير بالذكر، أن هذا العيب يكثر في العقود الإدارية الضخمة التي يتم التنافس فيها بين عدد كبير من المتعاقدين، لذلك يتم فرض الجزاء أحياناً على المتعاقد بصورة تعسفية، ولا سيما جزاء فسخ العقد، من أجل إبعاد المتعاقد بصورة غير قانونية والإتيان بغيره، لاعتبارات لا تمت للصالح العام بصلة على الإطلاق، أو لا تتفق مع روح القانون أو قاعدة تخصيص الأهداف[1].

وهذا ما أكدته المحكمة الإدارية العليا في حكمها الذي جاء فيه: "الانحراف في استعمال السلطة لا يتحقق فقط إذا صدر القرار مستهدفاً غاية شخصية ترمي إلى الانتقام أو تحقيق نفع شخصي، بل يتحقق كذلك إذا صدر مخالفاً لروح القانون فالبحث في الانحراف من عدمه يفترض ابتداءً صدور قرار إداري سليم في عناصره وظاهر الصحة في غايته"[2].

وعلى ذلك، يجب على الإدارة أن تستهدف بقرارها الجزائي الغاية ذاتها التي تسعى إليها بإصدار قراراتها، وهي تحقيق مصلحة المرفق.

تعد رقابة القضاء الإداري على القرار الصادر من الإدارة بتوقيع الجزاء على المتعاقدين معها بالحرمان) هي رقابة واسعة وتشمل رقابة مشروعية القرار بمعناها الواسع، أي من مختلف النواحي كالشكل، الاختصاص، السبب، مخالفة أحكام القانون، أو الانحراف بالسلطة والتعسف باستخدامها[3].

وعيب الانحراف بالسلطة (ويسمى أيضاً عيب إساءة استعمال السلطة) وهو يتصل بعنصر «الغاية» في القرار الإداري، ويقصد به الهدف الذي يسعى إليه مصدر القرار الإداري ويأمل في تحقيقه[4] .

وعنصر الغاية هو عنصر نفسي، فعندما تنحرف الإدارة عن الغاية (أو الهدف المحدد لها) فذلك يعتبر انحرافاً للسلطة.

([1]) د. العنزي، 2010، ص269.

([2]) حكم المحكمة الإدارية العليا، الطعنان المرقمان 5730 و6585/ 55 ق، جلسة2010/2/6، المجموعة، س57، ج2، ص1296.

([3]) الشريف، 1982، ص 158. فياض، 1983، 102. هاشم، 2002، ص 43. السيد، 2004، ص 566.

([4]) شيحا، 2006، ص 557.

ومن المعلوم بأن هذا العيب يتحقق في حالتين: تحقيق مصلحة بعيدة عن المصلحة العامة أو مخالفة قاعدة تخصيص الأهداف التي حددت للإدارة لتحقيقها[1]، حيث ظهر المبدأ الأخير لأول مرة في فرنسا في قرار ليبا بتاريخ 1864/2/25 عندما قرر مجلس الدولة الفرنسي: بأن القرار الصادر من المحافظ بخصوص تنظيم المرائب بالقرب من محطة القطارات، هو قرار صدر من أجل تنفيذ العقد، ولم يهدف إلى تحقيق المصلحة العامة[2].

في نطاق العقود الإدارية: تكون الغاية من إصدار قرار جزائي (من قبل الإدارة على المتعاقد المقصر) هي تحقيق المصلحة العامة؛ مصلحة استمرار عمل المرفق (الذي من أجله تم إبرام العقد الإداري) بانتظام واطراد، مما يحمي – بالتالي – مصلحة المنتفعين به. ويشكل هذا الجزاء رادعاً للمتعاقد المقصر، يلزمه بتنفيذ العقد[3] ، فليس الهدف من توقيع الجزاء عليه، إلحاق الضرر به أو الإساءة إليه، ولا الانتقام منه، بل تحقيق غاية أساسية: وهي المصلحة العامة في تأمين سير المرافق العامة بانتظام واستمرار دون توقف.

فإذا سعت الإدارة إلى تحقيق غاية أخرى، يكون قرارها الجزائي معيباً بعيب الانحراف بالسلطة وبالتالي يكون قرارها فاقداً للمشروعية[4] .

ومن الأمثلة على ذلك، قرار الإدارة بإسقاط الالتزام من أجل إتمام عقد جديد تم إبرامه مع آخر.

([1]) العبادي، 1995، ص 228 وما بعدها. عثمان، 2010، ص 508 وما بعدها.

([2]) سعد، 2002، ص477.

([3]) خليفة، 2009، ص 122.

([4]) العنزي، 2010، ص 268.

الفرع الثاني: رقابة الملاءمة:

كما سبق القول فإن رقابة القضاء الإداري تشمل مشروعية القرار الجزائي الصادر من الإدارة بحق المتعاقد معها، إلا أنها لا تقف عند هذا الحد، بل تمتد لتشمل ملاءمة قرار الإدارة بتوقيع جزاء الحرمان، ومدى تناسبه مع الخطأ – أو المخالفة المرتكبة – من قبل المتعاقد المقصر بتنفيذ التزاماته[1].

تملك الإدارة من سلطات وامتيازات ما تفوق به قدرة من يتعاقد معها، لكن تلك السلطات الممنوحة لها ليست مطلقة إنما يحق للإدارة أن تباشرها كيفما اتفق. وتبقى قرارات الإدارة كافة خاضعة لرقابة القضاء، فضلاً عن هذا، فإن دور القاضي لا يتحدد فقط عند بحث مشروعية القرار ومدى مطابقته لقواعد القانون، وإنما له أن يراقب جانب التقدير في الجزاء الإداري (الملاءمة)[2].

ومشروعية تصرف ما من الإدارة تعني ملازمته القواعد القانونية، أما ملاءمة تصرف ما من الإدارة فتعني بحث ما إذا كان ذلك التصرف موافقاً أو مناسباً من حيث الزمان والمكان والاعتبارات المحيطة؛ ففكرة الملاءمة فكرة نسبية، ويترتب على ذلك أن الشرعية والملاءمة ليستا فكرتين متناقضتين؛ فشرعية القرار تقدر على أساس من القواعد القانونية، بينما تقدير ملاءمته لا تتم إلا بالنسبة إلى مجموعة من العوامل الواقعية المتميزة عن فكرة المشروعية[3].

ويقصد بالملاءمة هنا: اختيار الإدارة الإجراء الملائم والمتناسب لأهمية وخطورة الوقائع، وليس ملاءمة إقدام الإدارة على التصرف أو امتناعها عنه عندما لا يكون هناك ثمة إلزام قانوني يفرض عليها القيام بالتصرف

([1]) هاشم، 2002، ص 44. الهاشمي، 2005، ص186.

([2]) تعد السلطة التقديرية للإدارة الأصل في ممارسة العمل الإداري، بينما يعد الاختصاص المقيد هو الاستثناء. بمعنى أنه لا يجوز تقييد سلطة الإدارة إلا على أساس نص قانوني، لأن القانون هو من يحدد مدى السلطة أو الحرية التي تتمتع بها الإدارة سواء أكانت تقديرية أم مقيدة. ولا يخلو تصرف من تصرفات الإدارة من وجود جانب من السلطة التقديرية. بيد أن ما يحصل أن هذه السلطة قد تصل أحياناً في إطلاقها إلى حد بعيد، وقد تتكمش وتتقلص لحد شديد تطغى عليها فكرة الاختصاص المقيد. ليلة، 1962، ص72 وما بعدها.

([3]) الشرقاوي، 1981، ص100.

أو الامتناع عنه؛ فالقوانين الإدارية عندما تمنح الإدارة سلطات معينة فإنها تضع تحت تصرفها العديد من الإجراءات لتواجه بها حالة أو حالات واقعية[1] .

ولكن الإدارة تكون ملزمة في العديد من الحالات بمراعاة مبدأ التناسب بين الوقائع المبررة لاتخاذ القرار الإداري ومحل هذا القرار، على اعتبار أن التناسب من المبادئ القانونية العامة التي يجب على الإدارة الالتزام بها حتى في حالة عدم وجود نصوص صريحة تتضمنها.

وبذلك تمتد وظيفة القاضي إلى الرقابة على مدى تحقق هذا التناسب دون تجاوز حدود وظيفته كقاض للمشروعية[2].

فالرقابة تمتد لتشمل مدى تناسب الجزاء الذي فرضته الإدارة مع المخالفة المرتكبة من قبل المتعاقد أو مقدار الخطأ المنسوب إليه، فإذا كان الجزاء مغالى فيه أو غير متناسب مع مقدار الخطأ المنسوب إلى المتعاقد ردّ القضاء الوضع إلى درجة الموازنة والتساوي حتى لا تكون الإدارة قد أثرت في حساب المتعاقد أو استعملت سلطتها في توقيع الجزاءات من دون داع لذلك[3].

وعلى ذلك فإن قاضي العقد لا يكتفي بالتحقق من ارتكاب المتعاقد المخالفات التي تدعيها الإدارة من عدمه وإنما يقوم بتقدير مدى جسامة الجزاء الموقع عليه بالمقارنة مع خطورة المخالفات المنسوبة إليه، وفي حالة تناسب الجزاء مع الوقائع المنسوبة للمتعاقد يمكن للقاضي أن يقضي بعدم صحة الجزاء المبالغ فيه أو توقيع جزاء أخف من الجزاء الذي اتخذته الإدارة.

وتطبيقاً لذلك فإن مجلس الدولة الفرنسي كثيراً ما يرفض الحكم بإسقاط الالتزام برغم ثبوت خطأ الملتزم وتقصيره إذا رأى أن الخطأ لا يتلاءم وقسوة الجزاء؛ ففي بعض أحكامه مثلاً يقرر أن الخطأ الذي تطلب الإدارة توقيع جزاء الإسقاط من أجله قد يبرر وضع الالتزام تحت الحراسة لكنه لا يبرر فسخ العقد فسلطة مجلس الدولة

([1]) البرزنجي، 1971، ص418.

([2]) جمال الدين، 2008، ص62.

([3]) هاشم، 2002، ص 45.

تتمثل بمراقبة مدى ملاءمة جزاء الإسقاط لجسامة المخالفة في حالة ما إذا احتفظ العقد للإدارة صراحة بحق توقيع جزاء الفسخ دون حاجة للالتجاء إلى القضاء، ولا يكون ذلك إلا بناء على طعن من المتعاقد بطبيعة الحال[1] .

والقضاء الإداري في سوريا و مصر برغم عدم مجاراته للتطور الذي وصل إليه القضاء الإداري الفرنسي إلا أن القضاء الإداري في مصر قد أنشأ نظرية (الغلو) في مجال الرقابة على القرارات الإدارية الانضباطية والتأديبية.

ويعد في هذا الشأن أن حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية الصادر في 11 تشرين الثاني 1961 نقطة تحول جوهرية في موقف القضاء الإداري في مصر من الرقابة على ملاءمة القرار الإداري ذلك أنه بعد هذا الحكم قد اطرد قضاء المحكمة الإدارية العليا في مصر على مراقبة ملاءمة الجزاء المفروض وعدم غلو الإدارة في فرضه، الأمر الذي ساهم في ترسيخ تلك النظرية في القضاء الإداري المصري.

ولا يعني ذلك عدم وجود أحكام قبل تاريخ الحكم المذكور تكرس رقابة القضاء الإداري على الوقائع التي استندت الإدارة عليها في اتخاذ إجراء أو قرار ما في مواجهة المتعاقد معها بل هناك العديد من هذه الأحكام ومنها حكم محكمة القضاء الإداري المصرية، حيث جاء فيه: "تنظر المحكمة ما يكون قد صدر بشأن تلك العقود من إجراءات أو قرارات وذلك باعتبارها من العناصر المتفرعة عن المنازعة الأصلية في حدود اختصاصها الكامل بالنسبة إلى هذه المنازعات طالما لم يسقط أصل الحق بمضي المدة وذلك لأن واضع التشريع أراد أن يجعل لمحكمة القضاء الإداري ولاية القضاء الكامل في عناصر العملية بأسرها يستوي فيما يتخذ منها صورة قرار إداري وما لا يتخذ هذه الصورة طالما توفرت فيه حقيقة التعاقد الإداري، وعلى هذا النحو يكون لمحكمة القضاء الإداري في هذه المنازعات أن تفصل في القرارات الإدارية التي تتصل بعملية إبرام العقد

([1]) حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في 10 أغسطس منه 1923 في قضية (societecl air agedlavilledoloron) وحكمه الصادر في 2 مايو سنة 1892 في قضية (Tessier) وارد لدى: الطماوي، 1984، ص495.

بمقتضى ولايتها الكاملة من دون حاجة إلى أن تقتصر في شأنها على الإلغاء، ويكون لها أن تراقب مطابقة القرار للقانون وإن تجاوز هذا الحد إلى رقابة الواقع... "[1].

ويؤمن قسم من الفقه بأن مدى رقابة القضاء يختلف تبعا لما منصوص عليه في العقد؛ حيث يلاحظ أن سلطة القضاء في حالة النص على سحب العمل تنحصر في رقابته على قرار الجزاء من حيث المشروعية فقط أما في غير الحالات المنصوص عليها فتتسع هذه السلطة لتشمل المشروعية والملاءمة من خلال الحكم على مدى ملاءمة السحب للأخطاء المنسوبة إلى المقاول[2] . فالمسلم به أن التجاء الإدارة إلى وسائل الضغط التي تملك صلاحية إيقاعها بحق المتعاقد معها لا يكون إلا بصدور خطأ من المتعاقد وعلى أن تستعمل الإدارة سلطتها تحت رقابة القضاء الذي يملك سلطات واسعة في هذا الصدد تتناول جوانب المشروعية والملاءمة معاً[3]. وهذا ما أكدته المحكمة الإدارية العليا المصرية في حكم لها بقولها: "... ويستطيع القاضي إذا تبين أن غرامة التأخير قد وقعت بدون سبب صحيح أن يحكم بعدم أحقية الإدارة لهذا الغرامة"[4].

فرقابة الملاءمة تقوم بتكييف الجزاء الصادر عن الإدارة المتعاقدة: مع خطورة الأسباب التي أدت بها إلى اتخاذها لقرارها، فإذا كان الفعل المرتكب من قبل المتعاقد معها، لا يصل إلى الحد الذي يبرر توقيع الجزاء المفروض عليه؛ فلقاضي العقد أن يقرر بعدم صحة الجزاء – المبالغ فيه ورده إلى درجة يتحقق معها التوازن والتساوي بين الجزاء المغالي فيه وبين الخطأ المرتكب من قبل المتعاقد المقصر [5].

ولقد استقر مجلس الدولة الفرنسي على أن السلطات التي يتمتع بها القاضي (في مواجهته للجزاءات غير المشروعة أو القاسية) تكون مقيدة بحسب نوع الجزاء: فبالنسبة للجزاءات المالية، يكون باستطاعة القاضي

([1]) حكم محكمة القضاء الإداري، قضية رقم 1180، لسنة 10 قضائية، جلسة 18/ نوفمبر/ 1956. الطماوي، 1967، ص252.

([2]) الطماوي، 1967، ص479.

([3]) الطماوي، الأسس العامة للعقود الادارية، مرجع سابق، ص485.

([4]) حكم المحكمة الإدارية العليا، الطعن الرقم 61، لسنة 3 قضائية، جلسة 1960/9/21، مجموعة السنة الخامسة، ص1317.

– وهذا ما أكده مجلس الدولة الفرنسي الذي ذهب الى: "أنه لا يجوز للمحكمة تقدير ملاءمة إصدار القرار الإداري أو عدم ملاءمته إلا أن من حقها بحث الوقائع التي بني عليها القرار بقصد التحقق من مطابقته للقانون". وارد لدى: د. سمير صادق، مرجع سابق،

([5]) أنظر: عبد المجيد فياض، مرجع سابق، ص 104، كذلك هاشم، 2002، ص45، كذلك عبد العزيز عبد المنعم خليفة، تنفيذ العقد الإداري وتسوية منازعاته قضاء وتحكيماً، مرجع سابق، ص123

الحكم برد هذه الجزاءات أو الإعفاء منها، كما يستطيع تخفيضها حسب كل حالة. أما بخصوص الجزاءات الضاغطة التي تلجأ إليها الإدارة، فللقاضي أن يحكم بالتعويض عنها.

إلا أن القاضي لا يملك في جميع الحالات الحكم بإلغاء هذه الجزاءات[1].

أما بالنسبة للقضاء الإداري المصري فلا وجود لمثل هذا القيد، كما هو الحال في القضاء الإداري الفرنسي، فقاضي العقد يمارس سلطاته بإلغاء الجزاء غير المشروع والحكم بالتعويض عنها بغض النظر عن نوع العقد الإداري سواء أكان عقد التزام أم عقد أشغال عامة أم عقد توريد[2].

من خلال استعراض موضوع الرقابة القضائية (على الجزاءات المفروضة من الإدارة على المتعاقد المخل بتنفيذ التزاماته التعاقدية؛ المترتبة عليه بموجب العقد الإداري) بينا بأنها ضمانة من ضمانات هذا الأخير، وذلك لتحقيق نوع من التوازن بين الطرفين؛ الأمر الذي يؤدي إلى ضمان عدم تعسف الإدارة في توقيع الجزاء.

وهذه الرقابة تشمل رقابة مشروعية القرار الإداري، كما وتشمل أيضاً رقابة ملاءمة القرار الجزائي ومدى تناسب الخطأ والمخالفة المرتكبة من قبل المتعاقد.

هكذا نكون قد استعرضنا في هذا المبحث للقيود التي تحد سلطة الإدارة (بفرض الجزاءات على المتعاقد معها) وبينا أن ممارستها لهذه السلطة ليست مطلقة.

([1]) الطماوي، 2005، ص 508. هاشم، 2002، ص 45.

([2]) عثمان، 2007، ص 400. الشريف، 1982، ص 159. بلاوي، 2011، ص221.

المطلب الثاني

آثار الحكم القضائي

يقوم القضاء بممارسة رقابته على القرار الصادر من الإدارة، والمتعلق بفرض الجزاء على المتعاقد المقصر بحرمانه من التعاقد معها أو شطب اسمه من التعاملات كافة، فإنه لا بد من تحريك دعوى ورفعها أمام القضاء من قبل أصحاب الشأن، فالقضاء لا يتحرك من تلقاء نفسه[1] .

هذا والرقابة القضائية على أعمال الإدارة هي رقابة واسعة، بحيث تشمل مدى مشروعية القرارات الصادرة من سلطة الإدارة بفرض الجزاء على المتعاقد المقصر وذلك من ناحية: الشكل، الاختصاص، مخالفة أحكام القانون، تعسف الإدارة وانحرافها، إضافة إلى النظر في ملاءمة القرار الإداري، من خلال النظر في تناسب الجزاء المفروض على المتعاقد مع الخطأ الذي ارتكبه[2].

وعليه فإننا نكون أمام حالتين إما قبول الدعوى التي يقوم برفعها من صدر قرار الحرمان بحقه، وإما رد هذه الدعوى ويبقى قرار الحرمان من التعاقد مع الإدارة منتجاً لآثاره وهو ما سنتناوله في الفرعين الآتيين.

الفرع الأول: خيار قبول الدعوى وآثار إلغاء قرار الحرمان:

المسلم به بأن القضاء الإداري – هو وحده – القضاء المختص بالمنازعات القضائية التي تقوم بين طرفي العقد (ما عدا المسائل الأولية، كتلك المتعلقة بالأهلية التي تدخل في اختصاص القضاء العادي)[3] .

فالمنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية في الدول ذات النظام القضائي المزدوج، كفرنسا، مصر وسوريا، فإن القضاء الإداري هو المختص وله الولاية العامة في النظر في هذه المنازعات، وهو اختصاص من النظام العام فلا يجوز لأطراف العقد مخالفته .[4]

([1]) جمال الدين، 2003، ص 304.

([2]) هاشم، 2002، ص 42. الشريف، 1982، ص158. حلمي، 1977، ص 81. الطماوي، 1984، ص508.

([3]) نابلسي، 2010 ص 169.

([4]) فياض، 1975، ص 99. هاشم، 2002، ص42

أولاً- سلطات القاضي في مواجهة قرار الحرمان غير المشروع: تفحصنا سابقاً النظام القانوني للجزاءات التي يمكن توقيعها على المتعاقد المقصر في تنفيذ التزاماته التعاقدية، وبينا مدى ما تتمتع به الإدارة من سلطات في هذا الشأن، وإذا كان الأمر كذلك بالنسبة للمتعاقد، فإنه: أيضاً بالنسبة للإدارة المقصرة في الوفاء بالتزاماتها الناشئة عن العقد الإداري، إذ ثمة جزاء يمكن توقيعه عليها أيضا بيد أن هذا الجزاء يختلف عن الجزاءات التي توقع على المتعاقد مع الإدارة من نواح عدة، ويتمثل هذا الاختلاف بشكل أساسي في صور الجزاء وطبيعته؛ فالجزاءات التي يمكن أن توقع على الإدارة إذا قصرت في تنفيذ التزاماتها العقدية ليست بكثرة وتنوع الجزاءات التي توقع على المتعاقدين. ومن ناحية أخرى فإن المتعاقد لا يستطيع أن يوقع الجزاء بنفسه على الإدارة، فليس أمامه إلا أن يسلك سبيل التقاضي[1].

وصور جزاء مخالفة الإدارة التزاماتها التعاقدية تنحصر أساساً في خمسة صور:

1- الصورة الأولى إلغاء القرارات غير المشروعة الصادرة من الإدارة أو وقف تنفيذها.

2- والثانية تعويض المتعاقد عن الأضرار التي تصيبه من خطأ الإدارة في تنفيذ التزاماتها التعاقدية.

3- والثالثة، تتمثل في تعديل قرار الجزاء.

4- أما الصورة الرابعة فتعنى بفسخ العقد بناء على طلب المتعاقد.

5- بينما تتضمن الصورة الاخيرة، إلغاء قرار شطب اسم المتعاقد من سجل المتعاقدين.

يجيز المشرع الطعن بطريق دعوى القضاء الكامل في الجزاء الإداري فإن القاضي في هذه الحالة يمد رقابته لأبعد مما تصل إليه رقابة الإلغاء؛ فالقاضي في هذه الدعوى لا يراقب تقدير الجزاء من حيث علاقته بالوقائع فيلغيه إذا تثبت من عدم تناسبه مع خطورتها وإنما يعدله ليصل به إلى الحد المقتضى قانوناً فيخفض منه أو يقلل من مدته أو يخفف من شدته كما يراه مناسباً ولكن مع التقيد بمبدأ مهم هو (إن الطاعن لا يضار بطعنه).

([1]) أمين، 1991، ص229.

ومقتضى إعمال هذا المبدأ في نطاق الجزاءات الإدارية أنه لا يجوز لقاضي الطعن تشديد الجزاء المطعون فيه بأي صورة من الصور سواء بأن يضيف إليه جزاء آخر أم يزيد مدته عما قررته الإدارة أم يرفع قيمته إن كان جزاء مالياً أو يفرض التزامات أخرى غير التي تطلبها الإدارة حتى ولو كان القانون يتطلب ذلك[1].

واستناداً إلى قضاء مجلس الدولة الفرنسي نجد أن سلطة القاضي تتباين وتتفاوت عند مواجهته للجزاءات غير المشروعة أو المغالى فيها من جزاء إلى آخر فهي تتسع في بعض الجزاءات وتضيق في الجزاءات الأخرى.

فبالنسبة للجزاءات المالية نجد أن سلطة القاضي تتمثل بالإعفاء منها متى تبين له أنها وقعت خطأ أو تخفيفها إذا كان مبالغاً فيها أو رد ما حصلت عليه الإدارة إذا حصلت عليه دون وجه حق. وهذا ما أكدته محكمة القضاء الإداري بقولها: "إلغاء قرار مصادرة التأمين ورد قيمته للمتعاقد"[2].

ومما تقدم يمكن القول بأن العقد الإداري يفرض على الإدارة المتعاقدة التزامات متنوعة ومتعددة وقد تخل الإدارة بواحد أو أكثر من تلك الالتزامات الأمر الذي يؤدي إلى لجوء المتعاقد معها إلى المحكمة المختصة لاستصدار الحكم بتوقيع الجزاء المناسب عليها.

ويمكن حصر الجزاءات في التعويض وإلغاء القرارات أو الإجراءات الإدارية غير المشروعة وتعديل قرار جزاء الحرمان بشكل لا يضار الطاعن به. وإضافة لذلك فهي تملك الحكم بفسخ العقد بناء على طلب المتعاقد نتيجة لإخلال الإدارة بالتزاماتها العقدية كلاً أو جزءاً.

فقاضي العقد الإداري هو القضاء الكامل – أو الشامل وليس قضاء الإلغاء، فيلجأ المتعاقد إليه للطعن في قرار السلطة الإدارية المتمثل بالجزاء المفروض عليه[3].

([1]) أبو يونس، 2000، ص236–237.

([2]) حكم محكمة القضاء الإداري بتاريخ 14 أبريل 1971. فياض، 1983، ص105.

([3]) فياض، 1983، ص 99. نابلسي، 2010، ص169.

فسلطة القاضي في منازعات القضاء الشامل تفسح المجال له باتخاذ كل القرارات الضرورية التي من شأنها أن ترضي طرفي النزاع؛ وتقدير كل ما هو ضروري للوصول إلى حل للنزاع بينهما[1]. في حين أن قضاء الإلغاء (الذي يطلق عليه في فرنسا، الطعن لتجاوز حد السلطة) يمنح صاحب الشأن الحق فقط في طلب إلغاء القرار الإداري لعدم مشروعيته، ويكون للقاضي في هذه الحالة أن يتمعن في مشروعية القرار الإداري ومدى مطابقته للقانون من عدمه، وبالتالي؛ له أن يقضي بإلغاء القرار دون أن يمتد إلى أكثر من ذلك سواء بتعديله أو تقويمه أو استبداله بغيره[2] .

ففي ولاية القضاء الكامل لا تنحصر مهمة القاضي في إلغاء قرار السلطة الإدارية المطعون فيه كقضاء الإلغاء – الذي يقف دور القاضي به عند حد إلغاء القرار الإداري غير المشروع أو المخالف لأحكام القانون، بل يمتد ليشمل تعديلها أو استبدالها بالإضافة إلى الحكم بالتعويضات[3] .

ومن المسلم به (كقاعدة عامة في كل من فرنسا ومصر وسورية) بأن القضاء الكامل: هو المختص بالنظر في المنازعات الناتجة عن تنفيذ العقود الإدارية، غير أن بعض الفقهاء في فرنسا يرون وجوب التفرقة بين حق الجزاء المبني على نص تشريعي (أو لائحي) وبين الجزاء المستمد من نص العقد ذاته، ففي الحالة الأولى فإن المختص بالنظر في المنازعات الإدارية يكون قاضي الإلغاء، بينما في الحالة الثانية يكون من اختصاص قاضي العقد، وإذا طلب المتعاقد الحكم بالتعويض (بالإضافة إلى إلغاء الجزاء المطعون فيه) فإنه يجب أن يرفع دعواه أمام قاضي العقد[4].

ثانياً– المحكمة المختصة للنظر في دعوى إلغاء قرارا الحرمان في سورية: يختص مجلس الدولة في سورية بهيئة قضاء إداري في النظر في جميع المنازعات الناجمة عن العقود الإدارية، وفي الطعن بجميع القرارات

([1]) فوديل و دلفوفيه، 2008، ص 362.

([2]) شيحا، 2006، ص 282.

([3]) شيحا، 2006، ص 295.

([4]) فياض، 1983، ص 100، كذلك هاشم، 2002، ص 43.

الإدارية، أي أن الدعوى بطلب إلغاء القرار بحرمان المتعهد من التعاقد مع الإدارة يجب أن تقدم أمام محكمة القضاء الإداري.

ويتوجب على المتعهد قبل التقدم بالدعوى أن يتظلم من القرار إلى الجهة التي أصدرته، فإذا رفضت تظلمه وأصرَّت على قرارها، فيستطيع عندها إقامة الدعوى.

ومن الواجب التقدم بالتظلم خلال فترة ستين يوماً من تاريخ تبليغ القرار بالحرمان إلى المتعهد، فإذا رُفِضَ التظلم، فيجب على المتعهد إقامة الدعوى خلال ستين يوماً أيضاً من تاريخ تبليغه قرار الرفض، تحت طائلة تحصُّن القرار الصادر بحرمانه من التعاقد، فلا يعود باستطاعة القضاء حينها إلغاؤه.

ويستطيع المتعهد أن يطلب مع دعواه وقف تنفيذ القرار الصادر بحرمانه من التعاقد، ريثما يتم البت بالدعوى بحكم قضائيٍ نهائي مبرم. فالقرار الإداري الذي صدر عن جهة الإدارة سينفذ فوراً، وقد تمر سنين ريثما يبت القضاء بالدعوى التي تقدَّم بها المتعهد، وسيتضرر المتعهد خلالها لعدم استطاعته التعاقد مع الجهات العامة. لذلك يستطيع المتعهد أن يطلب من المحكمة وقف تنفيذ القرار الصادر بحرمانه من التعاقد، ليكون بإمكانه التعاقد مع جميع الجهات العامة في الدولة، ريثما يصدر الحكم النهائي في الدعوى. ويعود للمحكمة وحدها أمر تقرير وقف تنفيذ القرار من عدمه، وهي تقرر ذلك عادةً فيما إذا توافر في طلب وقف التنفيذ شرطين اثنين، وهما جدية الطلب، وترتب نتائج يتعذر تداركها على القرار فيما إذا تم تنفيذه.

ولا بد من التحقق من توافر جميع الشروط الشكلية في الدعوى المقدمة من المتعهد، فإذا صدر القرار بحرمان شركة من الشركات الهندسية مثلاً من التعاقد مع الجهات العامة، فإن مديرها يجب أن يتقدم بالدعوى بصفته مديراً للشركة، وليس بصفته الشخصية، تحت طائلة رد دعواه، وتحصُّن القرار لمضي المدة القانونية اللازمة للطعن به.

وإذا ثبت للمحكمة الناظرة بالدعوى أن القرار الصادر بحرمان المتعهد من التعاقد مخالفٌ للقانون أو معيبٌ بأحد عيوب الشكل أو الاختصاص، فإنها ستصدر حكمها بإلغاء هذا القرار. **ولا تحكم المحاكم في بلادنا**

عادةً بتعويضٍ مادي أو معنوي عن الضرر الذي أصاب المتعهد من جراء القرار الخاطئ، إذ أنها تعتبر إلغاء القرار بمثابة التعويض، وقد تأيد ذلك بقرارٍ من المحكمة الإدارية العليا، جاء فيه: ((إن الشركة المدعية لا تملك الحق بالتعويض نتيجة لإلغاء قرار الحرمان)).

وإذا انقضت مدة حرمان المتعهد من التعاقد قبل صدور الحكم في الدعوى التي تستهدف إلغاء القرار، ولم تكن المحكمة قد حكمت بوقف تنفيذه، فإن المحكمة ستصدر قرارها بعدم البحث في الدعوى بعد أن أضحت غير ذات موضوع، ولا يعود هنالك مجال للبحث بها[1].

الفرع الثاني: خيار رد الدعوى:

يترتب على قيام الإدارة بفسخ العقد شطب اسم المتعاقد من سجل المتعاقدين مع الإدارة. وهذا ما نصت عليه المادة 50 من قانون تنظيم التعاقدات رقم 182 لسنة 2018 التي نصت على: "... ويتم الفسخ في الأحوال المشار إليها تلقائياً، ويشطب اسم المتعاقد في الحالتين المنصوص عليهما في البندين (1، 2) من سجل المتعاملين بعد أخذ رأي إدارة الفتوى المختصة بمجلس الدولة، وتخطر الهيئة العامة للهيئات الحكومية بذلك لنشر قرار الشطب بطريق النشرات المصلحية وعلى بوابة التعاقدات العامة"[2].

ويعد قرار شطب اسم المتعاقد من بين القرارات الإدارية النهائية التي يمكن الطعن بها، فهي تصدر بعد انتهاء إبرام العقد. ويترتب على قرار الشطب تعديل في المركز القانوني للمتعاقد، بحيث يمتنع عليه الدخول في

([1]) برانبو، 2006.

([2]) إن المشرع قد بسط للجهات الإدارية حماية تمكنها من فسخ العقود التي تبرمها وفقاً لأحكامه، تلقائياً بعد إبرامها أو أثناء تنفيذها. وزيادة في الردع لكل من تسول له نفسه ارتكاب أي من الأفعال التي حددها القانون قرر المشرع حرمان من يثبت في حقه ارتكاب الغش أو التلاعب من التعاقد مجدداً مع الجهة الإدارية من خلال شطبه من سجلات الموردين أو المقاولين، بعد أخذ رأي إدارة الفتوى المختصة. ولم يكتف المشرع بذلك بل أوجب إعلام سائر الجهات الإدارية بقرار الشطب لفضح غش هذا المتعاقد وتلاعبه، وذلك بهدف حرمانه من التعاقد مع أي منها مستقبلاً.

بيد أن هذه المكنات، سواء الفسخ التلقائي للعقود أم شطب اسم المتعاقد الذي ثبت استعماله الغش أو التلاعب، تتطلب وجود تعاقد يربط جهة الإدارة بالمتعاقد معها، مورداً كان أم مقاولاً أم غيرهما، فإذا لم تكن إجراءات المناقصات أو الممارسات أو المزايدات قد وصلت إلى منتهاها بإبرام العقد مع أي من المذكورين، فإنه لا يكون لها استعمال تلك المكنات، ولا يجوز لها أن تشطب اسمه من سجل الموردين، ودون أن يخل ذلك بحقها في الاكتفاء باستبعاده من المناقصة أو الممارسة أو المزايدة وفقاً لأحكام القانون لعدم توافر شروط الترسية عليه، ومن بينها شرط سابقة الأعمال بطبيعة الحال. راجع: فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع، رقم 296، جلسة 2019/3/10، ملف رقم160/2/78، موسوعة التعاقدات الحكومية، ص821.

تعاقدات جديدة للإدارة – المناقصات الحكومية. ما دام القرار قائما لم يلغ بعد. لهذا يمكن للمتعاقد أن يسعى جاهداً لإلغاء القرار وإعادة اسمه إلى سجل المتعاقدين، لا سيما إذا انتفى السبب الذي من أجله شطب اسمه. ولو كان ذلك بعد فوات ميعاد السحب أو الطعن القضائي. لذا قضت المحكمة الإدارية العليا في حكمها الذي جاء فيه: "... لا سيما وأن الدعوى القضائية أقوى في معنى السعي لتعديل المركز القانوني المستمر، الناتج عن قرار شطب اسم المتعهد من سجل الموردين، من مجرد تقديم الطلب إلى الإدارة لسحب ذلك القرار"[1].

وفي السياق ذاته، انتهت هيئة اللجنة الثالثة لقسم الفتوى بمجلس الدولة إلى: "أنه لا يوجد ما يمنع قانوناً من إعادة قيد المعروضة حالته بسجل الموردين والمقاولين وذلك على النحو المبين بالأسباب"[2].

وهذا ما أجازته أيضاً المادة 100 من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم التعاقدات التي نصت على: "ويتم بناء على طلب المتعاقد الذي شطب اسمه إعادة قيده إذا انتفى سبب الشطب بصدور قرار من النيابة العامة بألا وجه لإقامة الدعوى الجنائية ضده أو بحفظها إدارياً أو بصدور حكم نهائي ببراءته مما نسب إليه، على أن يعرض قرار إعادة القيد على الهيئة العامة للخدمات الحكومية لنشره بطريق النشرات المصلحية وعلى بوابة التعاقدات العامة". ولا يعد مجرد نكول المتعاقد عن تنفيذ بعض الاعمال سبباً يبرر شطب اسمه من سجل المتعاقدين، كما لا يجوز حظر التعامل معه في حالة عجزه عن تنفيذ التزاماته العقدية[3] .

ونرى أن قرار الرفع يخضع للسلطة التقديرية للجنة الاستئنافية في حالة عدم ممانعة الجهة المستفيدة، فلها الموافقة على الطلب ولها أن ترفضه. ولرقابة القضاء الإداري في سورية حيث يحق لمجلس الدولة السورية ووفقا لسلطته أن يرفض رفع قرار الحرمان وهذا ما أكدته محكمة القضاء الإداري بدمشق في حكمها رفض مطالبة الجهة المدعية بعدم قانونية قرار الحرمان[4] .

([1]) حكم المحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم 25/1225 ق، جلسة 1984/2/25. وارد لدى: د. ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية، ص168 وما بعدها.

([2]) فتوى اللجنة الثالثة لقسم الفتوى بمجلس الدولة، سنة 2009 ق، ملف رقم 59/64، جلسة 2009/12/23، موسوعة التعاقدات الحكومية، ص815.

([3]) الحلو، 2020، ص169.

([4]) حكم محكمة القضاء الإداري بدمشق الدائرة الثانية برقم قرار 2/1121 لسنة 2013/ أساس 2/2371/لسنة 2013.

أما إذا مانعت الجهة المستفيدة لأي سبب كان فما يكون أمام اللجنة الاستئنافية إلا رفض ذلك الطلب. وبهذا فلا بد من أن تعطي الجهات التعاقدية رأيها في خصوص الرفع من عدمه لكي يتسنى للجنة الاستئنافية أخذ قرار برفع قرار الحرمان من التعاقد.

فعندما يقوم القضاء برد الدعوى ويثبت قرار الإدارة بحرمان المتعاقد من التعاقد معها لا يكون من سبيل أمام هذا المتعهد سوى الإدارة ذاتها، إذ أجاز نظام العقود في سورية رقم 51 لعام 2004 لرئيس مجلس الوزراء أو للوزير إعادة النظر في القرارات المتخذة بحرمان المتعهد من التعاقد مع الجهات العامة بعد مرور سنة واحدة على الأقل من صدور قرار الحرمان[1].

([1]) المادة 58 نظام العقود رقم 51 لعام 2004 في سورية.

الخاتمة

بعد الانتهاء من الأطروحة فقد توصلنا إلى النتائج الآتية:

1. إن سلطة الإدارة في الشطب والحرمان هي سلطة تقديرية، حيث تباشر الإدارة سلطتها من خلال إعمال امتيازها بحق التنفيذ المباشر الذي يخولها إصدار قرارات إدارية فردية منفصلة عن العقد مآلها حرمان واستبعاد أي شخص طبيعي أو اعتباري بإرادتها المنفردة بحسبان أن الحرمان والاستبعاد يعدان من مظاهر السلطة العامة التي تتمتع بها الإدارة في مجال العقود الإدارية التي تخولها سلطات استثنائية لا نظير لها في عقود القانون الخاص.

2. إن سلطة الإدارة في الحرمان أو الاستبعاد ليست تحكمّية، بل تخضع قراراتها للرقابة القضائية من خلال دعوى إلغاء القرارات الإدارية المنفصلة، أي أن قرارات الحرمان والاستبعاد ليست قرارات متصلة بالعملية العقدية، بل منفصلة عنها، لذا لا بد من وزنها في ميزان المشروعية.

3. إن مهمة القاضي هي رقابة السلطة التي تمارسها الإدارة في فرض الجزاء، إما سلطة مقيدة حتى يمارس القاضي رقابة المشروعية عليها أو هي سلطة تقديرية كي يمارس رقابة الملاءمة عليها.

4. قد تستبعد الإدارة المتقدم للمناقصة أو المزايدة فيما لو ثبت استعماله الغش أو التلاعب مع الإدارة أو قد يثبت أنه شرع بنفسه أو بواسطة غيره بطريق مباشر أو غير مباشر في رشوة أحد موظفي الحكومة أو عمالها ، بمعنى أن لكل من يملك الحق القانوني في التقدم للمناقصات والمزايدات على قدم المساواة مع باقي المنافسين من دون أن يكون للإدارة الحق في منع أحدهم أو حرمانه بإجراء عام أو خاص.

5. إن الشخص الذي يمكن أن يصدر قرار الحرمان بحقه حسب نظام العقود رقم 51 لعام 2004 في سوريا هو المتعهد دون غيره من الأشخاص.

6. إن قرار الحرمان في سورية يكون محدد المدة وبما لا يتجاوز الخمس سنوات كحد أقصى.

7. يهدف الحرمان إلى منع الشخص من التقدم إلى المناقصات التي تجريها الإدارة، أما الاستبعاد فيهدف إلى إبعاد عطاء معين قدم في مناقصة ما وحرمانه من السير في إجراءات المناقصة حتى منتهاها.

8. تشكل سلطة الإدارة في الحرمان والاستبعاد أحد الاستثناءات الواردة على مبدأ المنافسة الحرة كأحد المبادئ التي تحكم إبرام العقود الإدارية.

9. إن القضاء الإداري في سورية لا يحكم بالتعويض للمتعهد المتضرر من قرار الحرمان الخاطئ.

وفي نهاية هذه الأطروحة لابد من أن نقترح بعض التوصيات التي قد تكون مفيدة في تطوير هذا الجانب من كيفية التعامل في العقود الإدارية.

1- ضرورة النص على التسبيب الوجوبي والدقيق لكافة القرارات الإدارية المتعلقة بالاستبعاد والحرمان وذلك تحقيقاً لمبدأ الشفافية الإدارية من جهة، وتسهيلاً لدور القضاء لدى مراقبته لمشروعية القرار الصادر بالاستبعاد والحرمان من جهة أخرى.

2- وجوب نظر الدعاوى القضائية المرفوعة للطعن بقرارات الاستبعاد والحرمان بشكل مستعجل، والوقوف المؤقت لاستمرار الإدارة في إجراءات التعاقد، وذلك لتحقيق الفائدة المرجوة من الطعن والحيلولة دون استمرار الإدارة في إجراءات التعاقد والإرساء والبدء بالتنفيذ، وبالتالي ضياع الفائدة المتوخاة من الطعن القضائي.

3- ضرورة مواكبة التطور الحاصل في التشريعات الدولية والوطنية في دول العالم وبما يعزز الشفافية وحرية المنافسة من شتات النصوص القانونية المتناثرة وجمع التشريعات والتعاميم ذات الصلة بالمناقصة العامة بشكل يسهل الرجوع إليه من قبل الإدارة والمناقصين.

4- ضرورة إنشاء موقع الكتروني على شبكة المعلومات الدولية (الانترنت) تبين فيه أسماء المحرومين من التعاقد مع الإدارة و أسباب حرمانهم في حال كان السبب شائناً.

5- ضرورة إعذار الجهة التي سيقع عليها جزاء الحرمان قبل توقيع هذا الجزاء ونفسح المجال لهذه الجهة بالرد على هذا الإعذار وبعدها تقوم الإدارة بإيقاع هذاء الجزاء إذا لم تقتنع ولم يكن الرد مبينا سبب تقصير هذه الجهة ولم يستطع دحض وجهة نظر الإدارة.

6- يجب أن ينص المشرع بأن يسري قرار الحرمان من التعاقد وتمتد آثاره حتى على العقود المبرمة مع الشركات أو الأفراد الذين تم حرمانهم من التعاقد مع الإدارة من خلال سحب العمل من المشاريع التي هي قيد التنفيذ.

7- يجب على المشرع السوري أن يضمّن نظام العقود الموحد في سورية اشتراط حسن السمعة كشرط للتعاقد مع إحدى الجهات العامة.

8- ضرورة تعديل نص المادة 58 من نظام العقود في سوريا بحيث تشمل غير المتعهدين بقرار الحرمان إذا ما توافرت فيهم أسباب الحرمان المنصوص عليها قانوناً.

9- ضرورة أن ينص نظام العقود الموحد في سورية ويعالج حالة العاملين في الدولة الذين يودون التعاقد مع إحدى الجهات العامة بعد انقطاع الرابطة الوظيفية، إذ أن هذا الموظف حتى لو انتهت الرابطة الوظيفية مع الجهة العامة التي كان يعمل لديها إلا أنه من المؤكد لازال يحتفظ بعلاقات ودية مع زملائه الموظفين وقد يكون منهم من هو مسؤول عن إجراءات التعاقد لذلك نقترح أن يستمر الاستبعاد من التعاقد إلى مالا يقل عن خمس سنوات من تاريخ تركه الوظيفة العامة.

10- يجب على المشرع السوري أن يقنن الحالات التي يتوجب على الإدارة تسبيب قراراتها سواء في مرحلة إبرام العقد الإداري أو تنفيذه ويجب أن يكون السبب واضحاً نافياً للجهالة وذلك تكريساً لمبدأ الشفافية.

11- نرى بأنه يجب على المشرع السوري أن يتناول موضوع الحرمان من التعاقد مع الإدارة بشيء من التفصيل وذلك لقلة المواد القانونية التي تطرقت لهذا الموضوع الهام.

قائمة المراجع

أولاً– القواميس:

- آبادي، الفيروز (2005). **القاموس المحيط**. ط8، المحقق: محمد نعيم العرقسوسي، مؤسسة الرسالة.
- ابن منظور، (1968). **لسان العرب**، ج12، دار صادر، بيروت.
- جرجس، جرجس (1999). **معجم المصطلحات الفقهية والقانونية**، مراجعة القاضي أنطوان الناشف، الشركة العالمية للكتاب، بيروت.
- دار المشرق، (1986). **قاموس المنجد في اللغة والإعلام**، ط25، دار المشرق للنشر والتوزيع، بيروت.
- مجمع اللغة العربية (1999). **قاموس المعجم الوجيز**، ، طبعة وزارة التعليم، مصر.
- مسعود، جبران (1992). **معجم الرائد**، المجلد1، دار العلم للملايين، لبنان.

ثانياً– الكتب العامة:

- أبو العينين، محمد ماهر (2004). **العقود الإدارية وقوانين المناقصات والمزايدات**، دار الكتب القانونية، مصر.
- أبو دان، مايا محمد نزار (2001). **الرقابة القضائية على التناسب في القرار الإداري**، ط1، شركة المؤسسة الحدثة للكتاب، بيروت.
- أبو زيد، محمد عبد الحميد (2008). **دور القضاء في علوم القانون**، مطبعة العشري، القاهرة.
- أبو يونس، محمد باهي (2000). **الرقابة القضائية على شرعية الجزاءات الإدارية العامة**، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية.
- أحمد، إبراهيم سيد (2005). **الحماية الجنائية للعقود الإدارية والمدنية "فقهاً وقضاء"**، دار الكتب القانونية، المحلة الكبرى.
- أمين، محمد سعيد (1991). **المبادئ العامة في تنفيذ العقد الإداري**، دار الثقافة الجامعية، القاهرة.

- أمين، محمد سعيد (2005). **سحب القرار الإداري بين السلطة التقديرية والسلطة المقيدة للإدارة**، دار النهضة العربية، القاهرة.
- بدير، علي محمد وآخرون (1993). **مبادئ وأحكام القانون الإداري**، دار الكتب للطباعة والنشر، بغداد.
- البرزنجي، عصام عبد الوهاب (1971). **السلطة التقديرية للإدارة والرقابة القضائية**، دار النهضة العربية، القاهرة.
- بركات، زين العابدين (1974). **الموسوعة الإدارية في القانون السوري والمقارن**، دار الفكر، دمشق.
- بسيوني، حسن السيد (د.ت). **دور القضاء في المنازعة الإدارية "دراسة تطبيقية مقارنة للنظام القضائية في مصر وفرنسا والجزائر"**، القسم الأول، عالم الكتب، القاهرة.
- بلاوي، بلاوي ياسين (2011). **الجزاءات الضاغطة في العقد الإداري**، دار الكتب القانونية، مصر.
- البنا، محمود عاطف (2007). **العقود الإدارية**، ط1، دار الفكر العربي، القاهرة.
- بوليفة، محمد عبد القادر (2016). **النظام القانوني للعقود الإدارية في ليبيا**، دار زهران، عمان.
- جانكير، فارس علي (2014). **سلطة الإدارة المتعاقدة في حالة التنفيذ المعيب للعقد**، ط1، منشورات الحلبي، بيروت.
- الجبوري، محمد حسن مرعي (2014). **سلطة الإدارة في فرض الجزاءات الجنائية والمالية في العقود الإدارية**، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية.
- جبير، مطيع علي حمود (2006). **العقود الإدارية بين التشريع والقضاء (دارسة مقارنة بين النظام الفرنسي والمصري واليمني)**، دار النهضة العربية، القاهرة.
- الجرجاني، علي بن محمد (1982). **التعريفات**، دار الكتب العلمية، بيروت.
- الجرف، طعيمة (1970). **القانون الإداري: دراسة مقارنة في تنظيم ونشاط الإدارة العامة**، مكتبة القاهرة الحديثة، القاهرة.
- الجرف، طعيمة (1973). **مبدأ المشروعية وضوابط خضوع الإدارة للقانون**، مكتبة القاهرة الحديثة، القاهرة.

- الجرف، طعيمة (1984). **رقابة القضاء لأعمال الإدارة العامة "قضاء الإلغاء"**، دار النهضة العربية، القاهرة.
- جمال الدين، محمود سامي (2005). **منازعات الوظيفة العامة والطعون المتصلة بشؤون الموظفين**، منشأة المعارف، الإسكندرية.
- جمال الدين، سامي (2003). **القضاء الإداري (الرقابة على اعمال الإدارة –مبدأ المشروعية – تنظيم القضاء الإداري)**، منشأة المعارف، الاسكندرية.
- جمال الدين، سامي (2004). **أصول القانون الإداري**، منشأة المعارف، الإسكندرية.
- جمال الدين، سامي (2008). **قضاء الملاءمة والسلطة التقديرية للإدارة**، دار النهضة العربية، القاهرة.
- جمال الدين، سامي (2014). **الرقابة على أعمال الإدارة وفقاً لمبدأ المشروعية ودولة القانون في ظل دستور 2014**، مؤسسة حورس الدولية، الإسكندرية.
- الجمل، هارون عبد العزيز (د.ت). **العقد الإداري**، د.ن.
- الجمل، يحيى (1986). **القضاء الإداري**، دار النهضة العربية، القاهرة.
- الحلفاوي، حمدي حسن (2002). **ركن الخطأ في مسؤولية الإدارة الناشئة عن العقد الإداري**، ط1، دار الكتب، مصر.
- الحلفاوي، حمدي حسن (2003). **ركن الخطأ في مسؤولية الإدارة الناشئ عن العقد الإداري**، بدون دار نشر.
- حلمي، محمود (1977). **العقد الإداري**، ط2، دار الفكر العربي، القاهرة.
- الحلو، ماجد راغب (1998). **القانون الإداري**، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية.
- الحلو، ماجد راغب (2004). **القضاء الإداري**، منشأة المعارف، الاسكندرية.
- الحلو، ماجد راغب (2020). **العقود الإدارية**، دار الجامعة الجديدة، مصر.
- حمادي، يعقوب يوسف (2012). **القضاء ومراقبة السلطة التقديرية للإدارة**، منشأة المعارف، الإسكندرية.

- خاطر، شريف يوسف (2013). **مدى دستورية حرية الإدارة في التعاقد**، دار الفكر والقانون، المنصورة.
- خليفة، عبد العزيز عبد المنعم (2004). **الأسس العامة للعقود الإدارية**، منشأة المعارف، الاسكندرية.
- خليفة، عبد العزيز عبد المنعم (2008). **دعوى إلغاء القرار الإداري في قضاء مجلس الدولة**، ط1، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة.
- خليفة، عبد العزيز عبد المنعم (2009). **الانحراف بالسلطة كسبب لإلغاء القرار الإداري**، ط2، منشأة المعارف، الإسكندرية.
- خليفة، عبد العزيز عبد المنعم (2009). **تنفيذ العقد الإداري وتسوية منازعاته قضاءً وتحكيماً**، منشأة المعارف، الاسكندرية.
- خليل، عادل عبد الرحمن (د.ت). **الأسس العامة لآثار وتنفيذ العقود الإدارية**، مطبعة الايمان.
- خليل، محسن (1958). **القضاء الإداري**، منشأة المعارف، الإسكندرية.
- خليل، محسن (1989). **قضاء الإلغاء**، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية.
- خماس، فاروق أحمد (د.ت). **الرقابة على أعمال الإدارة**، كلية القانون والسياسة، جامعة الموصل، العراق.
- خماس، فاروق أحمد و الدليمي، محمد عبد الله (1992). **الوجيز في النظرية العامة للعقود الإدارية**، جامعة الموصل، العراق.
- الداودي، غالب علي (2004). **المدخل إلى علم القانون**، دار وائل، عمان.
- دغمش، محمد سامر (2019). **الطعن القضائي وبطلان القرار غير المسبب في التسبيب – القرارات الإدارية**، ط1، مركز الدراسات العربية، القاهرة.
- ساري، جورجي شفيق (2004). **المبادئ العامة للقانون الإداري**، ط4، دار النهضة العربية، القاهرة.
- سرور، أحمد فتحي (1981). **الوسيط في قانون العقوبات**، الجزء الأول– القسم العام، دار النهضة العربية.
- سرور، فتحي (2004). **القانون الجنائي الدستوري**، ط3، دار الشروق، القاهرة.
- سعد، جورج (2002). **القانون الإداري**، دار النهضة العربية، القاهرة.

- سعدي، عند عاطف (2005). **عقد التوريد الإداري بين النظرية والتطبيق**، جامعة الازهر كلية اللغة العربية، أسيوط.
- سلطان، طارق (2010). **سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات على المتعاقدين معها في العقود الإدارية وضوابطها**، دار النهضة العربية، القاهرة.
- السناري، محمد عبد العال (2000). **طرق وأساليب التعاقد الإداري وحقوق والتزامات المتعاقدين**، دار النهضة العربية، القاهرة.
- السنهوري، عبد الرزاق (1956). **الوسيط في شرح القانون المدني الجديد**، ج2، منشورات الحلبي، بيروت.
- سيد أحمد، علي عبد العال (د.ت). **القانون الإداري التنظيم الإداري المرفق العام– المال العام**، الدار المحمدية للطباعة، القاهرة.
- السيد، محمد صلاح عبد البديع (2004). **الوسيط في القانون الإداري**، دار النهضة العربية، القاهرة.
- الشرقاوي، سعاد (1981). **الوجيز في القضاء الإداري**، ج1، مطبعة جامعة القاهرة، القاهرة.
- الشريف، عزيزة (1982). **دراسات في نظرية العقد الإداري**، دار النهضة العربية، القاهرة.
- شناوي، علي خطار (2001). **موسوعة القضاء الإداري "الجزء الثاني"**، دار الثقافة، عمان.
- الشوا، محمد سامي (1966). **القانون الإداري الجزائي**، دار النهضة العربية، القاهرة.
- شيحا، إبراهيم عبد العزيز (2006). **القضاء الإداري ولاية القضاء الإداري دعوى الإلغاء**، منشأة المعارف، الإسكندرية.
- شيحا، إبراهيم عبد العزيز (2012). **الوجيز في مبادئ وأحكام القانون الإداري وفقا لآراء الفقه وأحكام القضاء في البحرين**، الكتاب الثاني، متطلب القانون الإداري (٢)، القرارات الإدارية – العقود الإدارية، الموظفون العموميون– الأموال العامة، الطبعة الأولى، بلا دار نشر.
- صادق، سمير (1991). **العقد الإداري في مبادئ الإدارية العليا**، الهيئة المصرية العامة للكتاب، مصر.

- صوالحية، عماد (2014). **الجزاءات الإدارية العامة**، ط1، مكتبة الوفاء القانونية، الاسكندرية.
- الضوي، عبد المنعم (2018). **سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات الإدارية**، دار الوفاء للطباعة، الإسكندرية.
- الطحان، علي محمد رضا يونس (2020). **دور القضاء الإداري في الرقابة على الأسباب الواقعية للقرار الإداري**، ط1، المركز العربي للنشر والتوزيع، الاسكندرية.
- طلبة، عبد الله (1997). **مبادئ القانون الإداري**، ج2، ط3، منشورات جامعة دمشق، دمشق.
- الطماوي، سليمان (1957). **النظرية العامة للقرارات الإدارية "دراسة مقارنة"**، دار الفكرة العربي، القاهرة.
- الطماوي، سليمان (2005). **الأسس العامة للعقود الإدارية**، دار الفكر العربي، القاهرة.
- الطماوي، سليمان (1961). **القضاء الإداري ورقابته لأعمال الإدارة**، دار الفكر العربي، القاهرة.
- الطماوي، سليمان (1967). **القضاء الإداري، الكتاب الأول "قضاء الإلغاء"**، دار الفكر العربي، القاهرة.
- الطماوي، سليمان (1975). **الأسس العامة للعقود الإدارية**، ط 3، دار الفكر العربي، القاهرة.
- الطماوي، سليمان (1978). **نظرية التعسف في استعمال السلطة (دراسة مقارنة)**، ط3، مطبعة جامعة عين شمس، مصر.
- الطماوي، سليمان (1982). **الوجيز في القانون الإداري**، دار الفكر العربي، القاهرة.
- الطماوي، سليمان (1984). **الأسس العامة للعقود الإدارية**، ط4، دار الفكر العربي، القاهرة.
- الظاهر، خالد خليل (1997). **القانون الإداري (دراسة مقارنة)**، ط1، ك2، دار المسيرة للنشر والطبع، عمان.
- العبادي، ذنون سليمان يونس (2015). **مظاهر السلطة العامة في انهاء العقد الإداري**، دار الكتب القانونية، مصر.
- العبادي، محمد وليد (1995). **قضاء الإلغاء**، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان.

- عبد الباسط، محمد فؤاد (د.ت). **القانون الإداري "نشاط الإدارة. وسائل الإدارة – الوسائل القانونية"**، ج2، دار الهدى للمطبوعات، الإسكندرية.
- عبد الباسط، محمد فؤاد (2000). **أعمال السلطة الإدارية، القرار الإداري والعقد الإداري"**، الدار العربية للنشر والتوزيع، مصر.
- عبد الباسط، محمد فؤاد (2001). القانون الإداري، دار الفكر الجامعي، مصر.
- عبد الباسط، محمد فؤاد (2003). **العقد الإداري**، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية.
- عبد الباسط، محمد فؤاد (2005). **القانون الإداري**، دار الجامعة الجديدة للنشر، القاهرة.
- عبد الباسط، محمد فؤاد (2006). **العقد الإداري "المقومات والإجراءات والآثار"**، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية.
- عبد الباسط، محمد فؤاد (2012). **الأعمال الإدارية القانونية (العقد الإداري)**، دار النهضة العربية، القاهرة.
- عبد العال، محمد حسنين (1974). **فكرة السبب في القرار الإداري ودعوى الإلغاء**، دار النهضة العربية، القاهرة.
- عبد اللطيف، عاطف محمد (2009). **امتيازات الإدارة في العقد الحكومي في النظام الانجلو امريكي والعقد الإداري في القانون المصري دراسة مقارنة**، جامعة القاهرة، القاهرة.
- عبد اللطيف، محمد (1996). **تسبيب القرارات الإدارية**، دار النهضة العربية، القاهرة.
- عبد اللطيف، محمد (2002). **قانون القضاء الإداري**، الكتاب الثاني، دار النهضة العربية، القاهرة.
- عبد اللطيف، محمد محمد (2002). **قانون القضاء الإداري**، الكتاب الثاني، دار النهضة العربية، القاهرة.
- عبد الله، عبد الغني بسيوني (1983). **ولاية القضاء الإداري على أعمال الإدارة**، منشأة المعارف، الإسكندرية.
- عبد المتولي، عبد الرؤوف (2004). **اختصاص المحاكم التأديبية**، منشأة المعارف، الإسكندرية.

- العبودي، عثمان (2009). **المرشد العملي في أحكام الشراء والبيع والايجار وابرام العقود الإدارية**، ط2، موسوعة القوانين العراقية، الناشر صباح الانباري، بغداد.
- عثمان، جمال عباس (2007). **النظرية العامة وتطبيقاتها في مجال إلغاء العقود الإدارية في الفقه وقضاء مجلس الدولة**، المكتب العربي الحديث، الإسكندرية.
- العطار، فؤاد (1963). **القضاء الإداري (دراسة مقارنة لأصول رقابة القضاء على أعمال الإدارة وأعمالها "قضاء الإلغاء، القضاء الكامل، القضاء التأديبي")**، دار النهضة العربية، القاهرة.
- العطار، فؤاد (1967). **القضاء الإداري**، دار النهضة العربية، القاهرة.
- علي، ابراهيم محمد (2001). **آثار العقود الإدارية**، دار النهضة العربية، القاهرة.
- علي، ابراهيم محمد و جبريل، جمال عثمان (2003). **العقود الإدارية**، دار النهضة العربية، القاهرة.
- عمرو، عدنان (2004). **القضاء الإداري– مبدأ المشروعية**، ط2، منشأة المعارف، الإسكندرية.
- العنزي، سعد (2005). **الضمانات الإجرائية في التأديب**، دار النهضة العربية، القاهرة.
- العنزي، عبد الله نواف (2010). **النظام القانوني للجزاءات في العقود الإدارية**، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية.
- عوابدي، عمار (1990). **دروس في القانون الإداري**، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر.
- عياد، أحمد عثمان (1973). **مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية**، دار النهضة العربية، القاهرة.
- غازي، هيثم حليم (2014). **سلطات الإدارة في العقود الإدارية دراسة تطبيقية مقارنة**، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية.
- فتح الباب، ربيع أنور (د.ت). **القضاء الإداري: قضاء الإلغاء**، الدار المحمدية للطباعة.
- فتح الباب، عليوة مصطفى (1997). **القرار الإداري الباطل والقرار المعدوم**، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة.
- فهمي، مصطفى أبو زيد (2004). **القضاء الإداري**، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية.

- فهمي، مصطفى أبو زيد (2008). **القضاء الإداري ومجلس الدولة "قضاء الإلغاء"**، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية.
- فهمي، مصطفى أبو زيد (2012). **القضاء الإداري ومجلس الدولة**، دار المطبوعات الجامعية، مصر.
- فودة، محمد سعد (2008). **النظرية العامة للعقوبات الإدارية**، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية.
- فوديل، جورج ودلفوفيه، بيار (2008). **القانون الإداري**، الجزء الأول، ترجمة: منصور القاضي، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت.
- فوزي، صلاح الدين (2000). **المبسوط القانون الإداري**، دار النهضة العربية، القاهرة.
- الفياض، إبراهيم طه (1981). **العقود الإدارية (النظرية العامة وتطبيقاتها في القانون الكويتي والمقارن مع شرح قانون المناقصات الكويتي رقم37 لسنة 1964م)**، مكتبة الفلاح.
- فياض، عبد المجيد (1975). **نظرية الجزاءات في العقد الإداري "دراسة مقارنة"**، دار الفكر العربي، القاهرة.
- فياض، عبد المجيد (1983). **العقد الإداري في مجال التطبيق**، ط1، المكتبة القانونية، القاهرة.
- القيسي، إعاد علي حمود (1999). **القضاء الإداري وقضاء المظالم**، ط1، دار وائل للنشر، عمان.
- كنعان، نواف (2005). **القانون الإداري**، ط2، دار الثقافة للتوزيع والنشر، عمان.
- ليلة، محمد كامل (1962). **نظرية التنفيذ المباشر في القانون الإداري**، دار الجامعي للطباعة، القاهرة.
- محمد، حسين عثمان (2010). **أصول القانون الإداري**، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت.
- مرعي، محمد حسن (2018). **سلطة الإدارة في فرض الجزاءات الجنائية والمالية في العقود الإدارية**، المركز العربي للنشر والتوزيع، الاسكندرية.
- مسكوني، صبيح بشير (1974). **القضاء الإداري "دراسة مقارنة"**، منشورات جامعة بنغازي، كلية الحقوق.
- مشرف، عبد العليم (2003). **فكرة الاعتبار الشخصي في مجال العقود الإدارية– دراسة مقارنة**، دار النهضة العربية، القاهرة.

- مصطفى، محمود (1958). **شرح قانون العقوبات– القسم العام**، ط3، د. ن.
- مظفر، علي محمد (2012). **سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات في العقود الإدارية في اليمن دراسة مقارنة**، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، القاهرة.
- المفرجي، كنعان محمد محمود (2014). **الاعتبار الشخصي في العقد الإداري– دراسة مقارنة**، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية.
- المقري، أحمد بن محمد بن علي المغربي الفيومي (1987). **المصباح المنير في غريب الشرح**، مكتبة لبنان، لبنان.
- منصور، أحمد (1996). **المشكلات العملية في المناقصات والمزايدات**، المجلد الأول، د.ن.
- منصور، أحمد (2018). **المشكلات العملية في المناقصات والمزايدات**، وزارة الثقافة والفنون والتراث، قطر.
- مهنا، محمد فؤاد (1963). **القانون الإداري العربي في ظل النظام الاشتراكي الديموقراطي التعاوني**، المجلد 2، دار المعارف، الاسكندرية.
- نابلسي، نصري منصور (2010). **العقود الإدارية (دراسة مقارنة)**، ط1، منشورات زين الحقوقية، لبنان.
- نصار، جابر جاد (1995). **المناقصات العامة (دراسة مقارنة)**، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة.
- نصار، جابر جاد (2005). **العقود الإدارية**، دار النهضة العربية، القاهرة.
- نصار، جاد جابر (1998). **المناقصات العامة "دراسة مقارنة " في القانون المصري والفرنسي والقانون النموذجي للأمم المتحدة "اليونسترال"**، ط2، دار النهضة العربية، القاهرة.
- نضر، ماهر جبر (1995). **الأصول العامة للقضاء الإداري**، دار النهضة العربية، القاهرة.
- نوح، مهند مختار (2005). **الإيجاب والقبول في العقد الإداري**، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت.
- هاشم، حسان عبد السميع (2002). **الجزاءات المالية في العقود الإدارية**، دار النهضة العربية، القاهرة.

- هاشم، حسان عبد السميع (2002). **الجزاءات المالية في العقود الإدارية**، دار النهضة العربية، القاهرة.
- يعقوب، سحر جبار (2020). **الرقابة القضائية على سلطة الإدارة في فرض الجزاءات الإدارية في عقد التوريد**، المركز العربي للنشر والتوزيع، الاسكندرية.

ثالثاً – الرسائل العلمية:

- أبو ليلة، محمد محمود (2013). **التنظيم القانوني للجزاءات الإدارية العامة**، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، مصر.
- الأحمد، نجم (2001). **التعاقد من الباطن في نطاق العقود الإدارية**، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، كلية الحقوق.
- البدراني، طلال عبد الحسين (2002). **الشرعية الجزائية "دراسة مقارنة"**، رسالة دكتوراه، كلية القانون، جامعة الموصل، العراق.
- البدراني، طلال عبد الحسين (2002). **الشرعية الجزائية "دراسة مقارنة"**، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الموصل، العراق.
- جاد الله، سيد أحمد (2007). **سلطة القاضي إزاء العقد الإداري**، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، القاهرة.
- الحسيني، صادق محمد علي حسن (2004). **القرار الإداري المضاد "دراسة مقارنة"**، رسالة ماجستير، كلية القانون جامعة بابل، العراق.
- الحلفاوي، حمدي حسن (2001). **ركن الخطأ في مسؤولية الإدارة الناشئة عن العقد الإداري**، رسالة دكتوراه، كليبة الحقوق، جامعة القاهرة، القاهرة.
- الديحاني، ماجد ملفي زايد (2004). **ضمانات مبدأ سير المرفق العام**، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بابل، العراق.
- الزهيري، رياض عبد عيسى (1976). **مظاهر سلطة الإدارة في تنفيذ مقاولات الأشغال العامة**، رسالة ماجستير، كلية القانون والسياسة، جامعة بغداد، العراق.

- سعدي، عاطف (2007). **عقود التوريد بين النظرية والتطبيق (دراسة مقارنة)**، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة عين شمس، مصر.
- سليمان، أرحيم (1986). **حرية الإدارة في سحب قرارتها "دراسة مقارنة بين النظامين الفرنسي والمصري والنظام العراقي"**، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة القاهرة، القاهرة.
- شفيق، دعاء عبد المنعم (2003). **نظرية القرار الإداري المضاد، نظرية القرار الإداري المضاد**، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الزقازيق، مصر.
- عبد البر، عبد الفتاح عبد الحليم (1978). **الضمانات التأديبية في الوظيفة العامة**، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، مصر.
- عبد اللطيف، عاطف محمد (2009). **امتيازات الإدارة في العقد الحكومي في النظام الانجلو امريكي والعقد الإداري في القانون المصري دراسة مقارنة**، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، مصر.
- عياد، أحمد عثمان (1973). **مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية**، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق- جامعة القاهرة، القاهرة.
- غانم، هاني عبد الرحمن (2007). **أساليب إبرام العقود الإدارية، أساليب التعاقد الإداري (دراسة مقارنة)**، رسالة ماجستير، معهد البحوث والدراسات العربية، القاهرة.
- المعمري، محمد سعيد (2002). **تسبيب القرارات الإدارية "دراسة مقارنة"**، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، الجامعة الأردنية، عمان.
- الهاشمي، رشا محمد جعفر (2005). **الرقابة القضائية على سلطة في فرض الجزاءات على المتعاقد معها**، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بغداد، العراق.
- الهاشمي، عبد المطلب عبد الرزاق اللطيف (1997). **النظام القانوني للإحالة في العقود الإدارية**، أطروحة دكتوراه، كلية القانون- جامعة بغداد، العراق.

رابعاً- المجلات والدوريات:

- البرزنجي، عصام عبد الوهاب (1994). العنصر الشخصي للاختصاص في القرار الإداري، **مجلة العلوم القانونية**، المجلد 10، العدد 1.
- جبر، محمود سلامة (1991). التطورات القضائية في الرقابة على التناسب بين الخطأ والجزاء، **مجلة هيئة قضايا الدولة المصرية**، السنة 35، العدد 3، القاهرة.
- حبيب، محمود أبو السعود (1997). سلطة الإدارة في الرقابة على تنفيذ العقد الإداري، **مجلة العلوم القانونية والاقتصادية**، المجلد 39، العدد1، كلية الحقوق، جامعة عين شمس.
- حتاملة، سليم سلامة (2006). رقابة القضاء الإداري على مبدأ التناسب بين العقوبة التأديبية والمخالفة الإدارية (دراسة مقارنة)، **مجلة جرش للبحوث والدراسات**، مجلد 10، العدد 2.
- حسن، عبد الفتاح (1966). التسبيب كشرط شكلي في القرار الإداري، **مجلة العلوم الإدارية**، العدد 2، السنة 8، جامعة الكويت.
- حسين، رائد حميد (2016). القضاء المختص بالنظر في منازعات عقود المقاولات العامة، **مجلة التشريع والقضاء**، السنة 8، العدد 1.
- حلمي، محمود (1970). عيوب القرار الإداري، **مجلة العلوم الإدارية**، المعهد الدولي للعلوم الإدارية، الشعبة المصرية، المجلد 12، العدد 2.
- الشناوي، وليد محمد (2016). التطورات الحديثة للرقابة القضائية على التناسب في القانون الإداري، **مجلة البحوث القانونية والاقتصادية**، العدد59، جامعة المنصورة، كلية الحقوق.
- عثمان، محمد مختار (1994). ضوابط السلطة التقديرية في مجال التأديب، **مجلة دراسات قانونية**، المجلد13، كلية القانون، جامعة قاريونس، بنغازي.
- وينيرجرين، بيرتيل (1970). حماية الأفراد في مواجهة الإجراءات الإدارية بغير الطريق القضائي، ترجمة: عادل محمود عبد الباقي، **مجلة العلوم الإدارية**، ع1، المؤتمر الدولي الرابع للعلوم الإدارية.

خامساً– القوانين واللوائح التنفيذية:

- قانون تنظيم التعاقدات رقم 182 لسنة 2018 في مصر.
- القانون رقم 51 الخاص بنظام العقود للجهات العامة في الجمهورية العربية السورية الصادر بتاريخ 2004/12/9/ ومعدل حتى 2015/11/18/.
- قانون مجلس الدولة المصري رقم 47 لسنة 1972، الجريدة الرسمية، العدد 19، 10/ فبراير / 1973.
- قانون هيئة الشرطة المصري رقم 25 لسنة 2012، الجريدة الرسمية، العدد 13 مكرر (أ)، في 6/ يوليو/ 2012، المعدل لأحكام القانون رقم 109 لسنة 1971، الجريدة الرسمية، العدد 10 مكرر، في 10/ يونيو/.
- اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات رقم 89 لسنة 1998 في مصر.
- قانون العقوبات السوري رقم 148 لعام 1949.

سادساً- الأحكام والقرارات والطعون:

- أحكام محكمة القضاء الإداري بدمشق الدائرة الثانية لسنة 2013.
- حكم المحكمة الإدارية العليا في مصر لسنة 4 قضائية، 1959، مجموعة الأحكام التي قررتها المحكمة الإدارية العليا.
- أحكام المحكمة الإدارية العليا في مصر،، لسنة 50 ق2007، الدائرة الأولى عليا، مجموعة السنة الحادية والثلاثين، الجزء الأول.
- أحكام المحكمة الدستورية العليا في مصر، 2001، مجموعة أحكام المحكمة الدستورية، الجزء التاسع.
- فتاوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في مصر 1990.
- فتاوى اللجنة الثالثة لقسم الفتوى بمجلس الدولة في مصر، سنة 2009.
- أحكام محكمة القضاء الإداري بدمشق الدائرة الثانية لسنة 2013 .
- أحكام محكمة القضاء الإداري في مصر، 1957.
- فتاوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في مصر، 2019، موسوعة التعاقدات الحكومية.

– أحكام مجلس الدولة الفرنسي مجلة العلوم الإدارية ع1 س12 ابريل 1970.

سابعاً– المراجع الإلكترونية:

- Mathieu LORIOU, L'exécution des marches publics, dalloz, 2013. http://www.dalloz.fr/documentation/Document?id.

- C. E 7 juin 1985,Sté Acoposa, Rec 1985, consulté: www.galicca.bnf.fr .

– برانبو، عدنان (2006). الحرمان من التعاقد مع الجهات العامة، أبحاث قانونية مختارة، أبحاث في القانون الإداري ، دمشق، http://www.damascusbar.org/Almuntada/showthread.php?t=4818

ثامناً– المراجع الفرنسية:

– Art.11.1.2.1, Guide de bonnes pratiques du 26 septembre 2014 en Matière de marchés publics.
– Art.45.1, Ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux Marchés publics (NOR: EINM1506103R) (JO", 24 juillet 2015).
– Artice. 39.2, Ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative 2- Contrats de concession (NOR: EINM1527673R) (JO, 30 janvier2016
– Artic'e., Ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux Contrats de concession (NOR: EINM1527673R) (JO, 30 janvier2016
– C. E. 18 Juillet 1930, Cie P. L, M., R, D., P. 1931, p. 141،5- Concl. Josse.
– C. E. 6 Décem. 1907, Cie P. L. M., R., p. 913, Concl, Tardieu.6-
– C. E. 6 Décem. 1907, Société, P. L. M., R. 7-conclusions Tardieu
– C.E 9 Janvier. 1843, Chaevlon, Rec.
– C.E, 09 nov 2001, des lands, cite par: Marie Christine Rouauli
– C.E, 27 Janvier 1950, Billard, 1950,Sirey.1950, cité par :M. Letourneur, Les principes généraux de droit dans la jurisprudence du conseil d'état, Conseil d'état, ét. et doc, paris،1951 .
– C.E, 28-7-1952, Jnendet, Rec.. C.E, 14-11-1939, Meihoc, Rec.,

- C.E, 29 novembre 1985, secrétaire d'état auprès du ministre de l'intérieur c/Charron, RDP, 1987.
- C.E. 21 Juillet 1932 -Eloy -Rec.
- C.E. 26 Mai 1937 s. Coop. Rec.
- C.E. 27 septembre 2001, A.J.D.A. n°33.
- C.E., 23 avril 1971, Recueil des arrêts du conseil d'état.
- C.E.‹ 2 novembre 1939. Wagner, Rec, P.547‹
- C.E.27 Mai1930 – Hughues-Rec.
- C.E.6 Juin 1928 – Delattre- Rec.
- Conclusions chardenet sous, C. E. 30 Mars 1916, Cie du gaz de, Bordeau, S., 1916. 3. 17.
- De laubadére (André), Traité théorique et pratique des contrats administratifs, Tome 02, Paris, 1956, Librairie générale de droit et de jurisprudence.
- debarment FAR 9, 406 – 2 Causes for
- E. Eisenberg, l'audition du citoyen et motivation des decisions Administrative individuelles harmattan, 2000, p. 41..
- Geoges Dupuis, Droit Administratif, émendation- Dalloz, paris ‹1999 ‹p. 406.
- J.F Lachaume, Formalisme, A.J.D.A, 1995, p.133.
- Jean marie Aubyet Reland Drago. Contentieux administratif. Paris .L.G.D.J. 1984. T.2.
- Jean Rivero, Droit Administratif, 3emeédition, Dalloz, Paris, 1965.
- Jeze (Gaston), Les principes généraux du droit administrative 03 ‹ émeédition première partie, paris, 1934, Marcel Girad ‹Troisième partie, librairie générale de droit et de jurisprudence Paris, 1936.
- La loi N°79-587 du 11 juillet 1979 relative à la motivation des actes administratifs et à l'amélioration des relations entre l'administration et le public, précité.
- Laubadére. A-Delvolvé. P et Moderne. F, Traité des Contrats administratifs, L.G.D.J. Paris, 1983, T1,
- Maurice Bourjol, Droit Administrative, 1972.

- PHILIP. (L); Les grandes décisions du conseil constitutionnel .Paris, Sirey. 2004,
- VEDEL et P. DELVOLVE. Droit administratif, Paris, P.U.F, 12e Éd, 1992.
- Xavier Lagarde, Remarques sur l'actualité de la mise en demeure ،JCP 1999, Doctrine 3974.

Abstract

As a guarantee from the law for the good implementation of the contractual obligations of public entities, whether departments, institutions or companies, whether the contract is a construction and public works implementation contract or a supply contract, the law allows the administration to prevent the contractor from contracting with them in the future or from contracting with all public entities. Whether his bad faith or incompetence was proven during the implementation of the undertaking.

This punishment is considered very severe for the contractor, whether he is an engineer or a contractor, because the state, as we know, is the one that implements most of the large construction projects in our country, especially with regard to contracts for building bridges, dams, roads, factories, and contracts for the construction of all infrastructure. Certain from the state agencies, or with all public agencies, this means that he was denied the opportunity to participate in the largest projects, which would have benefited him financially and morally. in this respect.

Keywords: deprivation, exclusion, management, administrative contract, contractor, discretionary power.

Syrian Arab Republic
Damascus University
Faculty of Law
Department Public Law

Denial of contracting with management

"A comparative study"

A dissertation prepared for the degree of doctorate in public law

By:

Jasem Mohamad Al shoala

Supervisor:

Prof Dr. Said Nahili

Professor in the Department of Public Law - Damascus University

2024 AD