



الجمهورية العربية السورية

جامعة دمشق

كلية الحقوق

الجزاءات المفروضة في إطار تنفيذ العقود الإدارية (دراسة مقارنة)

بحث أعد لنيل درجة الماجستير في القانون العام قسم العلوم الإدارية والمالية

إعداد الطالب

علي نصر الحسن

إشراف الدكتورة

إنصاف أحمد محمد

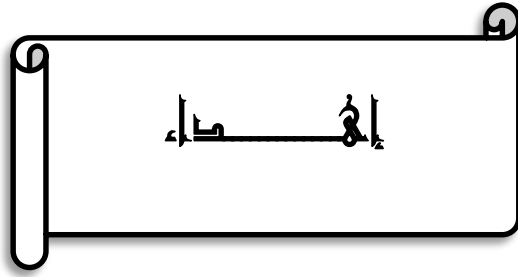
مدرس في قسم القانون العام

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

﴿وَعَلَّمَ آدَمَ الْأَسْمَاءَ كُلَّهَا ثُمَّ عَرَضَهُمْ عَلَى الْمَلَائِكَةِ فَقَالَ أَنْبِئُونِي بِأَسْمَاءِ هَؤُلَاءِ إِنْ كُنْتُمْ صَادِقِينَ (٣١) قَالُوا سُبْحَانَكَ لَا عِلْمَ لَنَا إِلَّا مَا عَلَّمْتَنَا إِنَّكَ أَنْتَ الْعَلِيمُ الْحَكِيمُ (٣٢) قَالَ يَا آدَمُ أَنْبِئْهُمْ بِأَسْمَائِهِمْ فَلَمَّا أَنْبَأَهُمْ بِأَسْمَائِهِمْ قَالَ أَلَمْ أَقُلْ لَكُمْ إِنْ كُنْتُمْ أَنْبِئُونِي بِأَسْمَاءِ هَؤُلَاءِ إِنْ كُنْتُمْ صَادِقِينَ (٣٣)﴾

مِصْبَاحُ اللَّهِ الْمَلِكِ الْمُهَيَّمِ

(سورة البقرة الآية ٣١-٣٢)



إله من كان في قلبي كل العطاء له بالسلام والمحبة

...وطني الغالي

إله من سهرت الليالي والحنيني و نمر تبجل علي

...أمي الغالية

إله رمز العطاء والتضحية ... إله من كان سنناً قوياً و مشجعاً

...أبي الغالي

إله أوانك الذين شاركهم أيامي و أفراحهم

...إلهي

إله رفاق الحرب و أصحاباء العمر

...أصدقائي

شكر وتقدير

نحمد الله العلي القدير الذي يسر لي سبيل العلم، وهياً لي أسبابه وأمدني بالعون لإنجاز هذا البحث.

يطيب لي أن أتقدم بخالص الشكر وعميق الاحترام إلى الأستاذة الفاضلة الدكتورة إنصاف أحمد محمد المدرس في قسم القانون العام في كلية الحقوق على تكرمها وتفضلها بالإشراف على هذه الرسالة، والتي قدمت لي من منابع علمها الكثير، لها مني بالغ التقدير والعرفان جزاها الله عز وجل خير الجزاء.

كذلك أتوجه بعميق الشكر والعرفان بالجميل إلى الدكتور الفاضل محمد الحسين الأستاذ في قسم القانون العام في كلية الحقوق على كرم تفضله برئاسة لجنة الحكم على هذه الرسالة، له مني كل الاحترام والتقدير، جزاه الله تعالى خيراً وأدام صحته.

كما أتقدم بجزيل الشكر وخالص المحبة إلى الدكتور الفاضل محمد العموري الأستاذ المساعد في قسم القانون العام في كلية الحقوق، لقبوله المشاركة في لجنة الحكم على هذه الرسالة، له مني كل المحبة والتقدير، جزاه الله كل الخير وأعطاه الصحة والعافية.

أيضاً أشكر جميع أساتذتي في قسم القانون العام الذين ما بخلو علينا يوماً من منابع علمهم لهم كل المحبة.

وأشكر جميع زملائي وأصدقائي على مقاعد الدراسة، وكل من خصني بدعاء صادق من القلب، أقول لكم لن أنساكم ما حييت.

علي

مقدمة:

تتمتع العقود الإدارية بمكانة هامة في تنفيذ المشاريع الكبيرة والحيوية، حيث تُعتبر من الوسائل الهامة التي تستخدمها الإدارة لتسيير مرافقها العامة، ولكن قد تلجأ الإدارة أيضاً في سبيل تحقيق هذا الهدف إلى إبرام عقود مدنية تخضع في تكوينها، وفي تنفيذها لما تخضع له عقود الأفراد من قواعد وأحكام، غير أنها عندما ترى أن العقد يرتبط بتسيير المرفق العام إلى درجة لا تصلح معها قواعد القانون الخاص لتحديد نظامه القانوني وضبط طريقة تنفيذه، فإنها تُخضع مثل هذا العقد لقواعد القانون العام وأحكامه، مُعلنةً عن ذلك بتضمين العقد شروطاً غير مألوفة في القانون الخاص، فيكون العقد بذلك عقداً إدارياً يخضع لنظام قانوني مُستقل ومختلف تماماً عن النظام الذي تخضع له العقود المدنية.

هذا النظام يتضمن الكثير من مظاهر السلطة العامة التي تضع الإدارة في مركز مُتميز عن المُتعاقد معها، حيث أن طبيعة العقد الإداري والغاية المُقدسة المُتوخاة منه، والتي تتجلى في تأمين سير المرفق العام على نحو مُنظم يُحقق الصالح العام، أدت إلى تمايزه، وإلى إعطاء الإدارة الكثير من الامتيازات في مواجهة المُتعاقدين معها بما يكفل تحقيق المصلحة العامة، والتي هي الهدف الأساسي للعقد الإداري.

تتجلى هذه الامتيازات في سلطة الإدارة بالرقابة والتوجيه، والتي تُعتبر سلطة أصلية وقائمة بذاتها ومُستمدة من النظام القانوني للعقد الإداري ذاته، فالعقد يقتصر على تقريرها وتحديد نطاقها وتنظيم طرق مباشرتها، ولكنه لا ينشئها لأنها سلطة أصلية قائمة بذاتها، كما أنها من النظام العام ولا يجوز التنازل عنها، وسلطة الرقابة تعني حق الإدارة في الإشراف على تنفيذ العقد سواءً أكان في صورة أعمال مادية أم قانونية،

أما سلطة التوجيه فهي تجسد حق الإدارة في توجيه أعمال التنفيذ واختيار أنسب الطرق في التنفيذ عندما لا تكون واضحة في العقد، وهذه لا تتم إلا بأعمال قانونية فقط.

كما تتمتع الإدارة بسلطة تعديل العقد من جانب واحد، والتي تعني حق الإدارة في إجراء التعديلات التي تقتضيها المصلحة العامة، سواء تناولت هذه التعديلات كمية الالتزامات العقدية زيادةً أو نقصاناً، أو طرق تنفيذ العقد ومده، وكل ذلك دون الإخلال بطبيعة الالتزامات الأساسية أو حق المتعاقدين في تقاضي التعويضات المناسبة عن الأضرار التي قد تلحق بهم. وللإدارة أيضاً سلطة إنهاء العقد الإداري (الفسخ)، عندما ترى هذا الإجراء ضرورياً، ودون الإخلال بحقوق المتعاقد معها بالتعويض عن الأضرار التي لحقت به.

وتتمتع الإدارة أيضاً بسلطة فرض الجزاءات الإدارية على المتعاقد معها، والتي تعني حق الإدارة بتوقيع الجزاءات على المتعاقد معها في حالة تقصيره في تنفيذ التزاماته التعاقدية، ويستوي في ذلك أن يمتنع عن تنفيذ التزاماته بالكامل أو أن يتأخر في التنفيذ، أو أن ينفذها بشكل غير مرضٍ، أو أن يحل غيره محله دون موافقة الإدارة.

إنّ هذه الجزاءات الإدارية التي تسري على المتعاقد في العقود الإدارية، هي إما جزاءات مالية أو غير مالية، حيث تشمل الجزاءات المالية على غرامات التأخير ومصادرة التأمين والتعويض، وتهدف إلى التهديد والزجر في آن واحد، أما الجزاءات غير المالية فتتجلى في الجزاءات المؤقتة، والتي تهدف إلى تأمين تنفيذ العقد، والتغلب على إهمال المتعاقد مع الإدارة لالتزاماته، وتتميز بأنها مؤقتة لاتضع نهاية للعقد، والجزاءات النهائية التي تُعتبر من أشد الجزاءات التي تستطيع الإدارة إنزالها بالمتعاقد

معها، وتهدف إلى استبعاده من منطقة العقد، وكذلك الجزاءات العقابية التي يحكمها الأصل العام الذي يقضي بأن لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص، وبالتالي فإنه لا يجوز للإدارة كقاعدة عامة أن توقع عقوبات جنائية على المتعاقدين معها مهما كانت جسامة المخالفات التي يرتكبونها إلا بموجب نص.

إن سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات في العقود الإدارية لا تهدف إلى العقاب فقط، وإنما الهدف منها أيضاً هو حث المتعاقد على تنفيذ التزاماته في الوقت المحدد وبالمواصفات المطلوبة، وبالتالي تأمين سير المرافق العامة التي يُعتبر تنفيذ العقد مرصداً لمصلحتها. كذلك فإن سلطة الإدارة في فرض هذه الجزاءات قائمة حكماً حتى في حال سكوت العقد، فالإدارة لها فرض الجزاءات دون أن تطلب من القضاء أن يحكم لها بهذا الجزاء مُستخدمةً بذلك امتيازها الخاص بها، ألا وهو امتياز التنفيذ المباشر.

أما الأساس القانوني لسلطة الإدارة هذه في توقيع الجزاءات الإدارية يكمن في فكرة المرفق العام، فالإدارة تتوب عن المصلحة العامة، والتي هي جوهر العقد الإداري وغايته، وحيث أن سير المرفق العام بانتظام واضطراب هو السبيل لتحقيق هذه المصلحة العامة، فإن الإدارة تلجأ في سبيل ذلك إلى أعمال امتياز التنفيذ المباشر الذي تملكه، فتفرض الجزاءات التي ترى فيها وسيلتها للحفاظ على المصلحة العامة.

كما أن الضمانات الإجرائية والقضائية تمثل بوجه عام توازناً بين حق الإدارة في ضمان سير المرافق العامة بانتظام، وحق المتعاقد في الحصول على المقابل المالي كنتيجة لتنفيذ التزاماته العقدية، وتهدف إلى عدم خروج الإدارة فيما توقعه من جزاءات عن حدود المشروعية، وألا يخرج المتعاقد عن نطاق المصلحة العامة، حيث أن للقضاء رقابة لاحقة من خلال الدعاوى والتظلمات المرفوعة إليه من قبل المتعاقدين مع

الإدارة، والهدف من هذه الرقابة هو عدم تعسف الإدارة في استخدام امتيازاتها، **فالقضاء** أحد سلطات الدولة التي يكفل الدستور استقلاليته عن سلطات الدولة الأخرى، وتكفل القوانين لأحكامه مهابةً وقوةً تنفيذيةً فيما يقضي به.

بناءً عليه سيتناول موضوع هذا البحث إحدى سلطات الإدارة المتعاقدة، والمتمثلة بالجزاءات المفروضة في إطار تنفيذ العقود الإدارية، حيث تم تقسيم هذا البحث إلى **فصلين**: يتضمن **الفصل الأول** الجزاءات المالية، من غرامات التأخير إلى مُصادرة التأمين والتعويض، بينما يتضمن **الفصل الثاني** الجزاءات المؤقتة والنهائية، حيث تتجلى هذه **الجزاءات المؤقتة**: بوضع المرفق تحت الحراسة في عقود التزام المرافق العامة، وسحب الأعمال من المَقاول في عقود الأشغال العامة، والشراء على حساب المورد في عقود التوريد، أما **الجزاءات النهائية** المتمثلة بفسخ العقد، فتعتبر من أشد وأخطر الجزاءات التي تستطيع الإدارة إنزالها بالمُتعاقدين معها، ولا تلجأ إليها إلا في حالة الخطأ الجسيم من جانب المُتعاقدين والذي يُفقد الإدارة الثقة به.

مُشكلة البحث:

تتمثل الإشكالية المطروحة في سياق هذا البحث فيما يلي:

_ هل هذه السلطات الممنوحة للإدارة تكفل مُراعاة الظروف التي يمكن أن يتعرض لها المُتعاقدين أثناء تنفيذ العقد، وهل هذه الجزاءات تضمن تحقيق التوازن بين حقوق والتزامات كل من طرفي العقد في سبيل تحقيق المصلحة العامة ؟

_ مدى سلطة القضاء الإداري في الرقابة على الجزاءات في العقود الإدارية، وهل هناك من دواعٍ لفرض جزاءات إضافية أو إلغاء أو تعديل بعض الجزاءات القائمة في إطار المحافظة على التوازن بين حقوق والتزامات كل من الطرفين المُتعاقدين، وتحقيق

الغاية المتوخاة من العقد الإداري، وما هي الضوابط القانونية التي تحكم سلطة الإدارة في إطار فرضها لتلك الجزاءات الإدارية ؟

أهمية البحث :

تتجلى أهمية هذا البحث في النقاط الآتية:

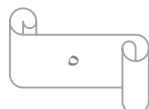
_ بيان أهمية الامتيازات (الجزاءات الإدارية) الممنوحة للإدارة في إطار تنفيذ العقد الإداري.

_ إظهار دور الجزاءات الإدارية في حث المتعاقد على تنفيذ التزاماته على أكمل وجه، وذلك وفق الشروط المنصوص عليها في العقد.

_ إظهار دور الجزاءات الإدارية في تأمين تحقيق مبدأ استمرارية سير المرفق العام بانتظام واضطراد .

منهج البحث :

نظراً لطبيعة موضوع البحث فقد تم الاعتماد على المنهج التحليلي والمقارن، حيث يظهر المنهج التحليلي من خلال الاطلاع على ما ورد في الكتب والمجلات العلمية والدوريات والأبحاث التي تتعلق بهذه الجزاءات، وذلك بتحليل مضمون هذه الجزاءات في إطارها القضائي والقانوني، ودراستها دراسة تحليلية متعمقة لكل جزئية من جزئياتها، أما المنهج المقارن فيظهر من خلال دراسة الباحث لمضمون وآلية فرض هذه الجزاءات في كل من الدول محل الدراسة المقارنة (سورية و مصر).



الصّعوبات والمعوقات:

إنّ أهمّ العقبات التي صادفت الباحث خلال البحث تجلّت، بأن أغلب المصادر التي تتعلق بموضوع البحث الموجودة بمكتبة الأسد قديمة مقارنةً مع غيرها من المراجع الموجودة في الدول العربية، إضافةً إلى الإجراءات البيروقراطية في الحصول على المراجع الموجودة في مكتبة الأسد التي لا يسمح فيها بتصوير الرسائل العلميّة (رسائل الماجستير والدكتوراه)، وكذلك في الكتب والمؤلفات التي لا يسمح إلا بتصوير عدد قليل من الصفحات منها.

سوء الوضع الأمني، وما رافقه من انعكاسات خاصّة من ناحية الانقطاع المستمر للكهرباء وبطء في الإنترنت، إضافةً إلى صعوبات التنقل في بعض الأوقات بين جامعات ومكتبات القطر.

خطة البحث:

تم تقسيم البحث إلى فصلين، وتم توزيع الدراسة في كل منهما على مبحثين، وكل مبحث إلى مطلبين، وذلك وفقاً لأسلوب النظام اللاتيني في البحث، وبالتالي تكون خطة البحث على الشكل الآتي:

خطة البحث

مقدمة:

الفصل الأول: الجزاءات المالية.

المبحث الأول: غرامة التأخير.

المطلب الأول: ماهية غرامة التأخير وطبيعتها القانونية.

المطلب الثاني: القواعد النازمة لفرض غرامة التأخير والإعفاء منها.

المبحث الثاني: مصادرة التأمين والتعويض.

المطلب الأول: مصادرة التأمين.

المطلب الثاني: التعويض.

الفصل الثاني: الجزاءات المؤقتة (الضاغطة) والنهائية.

المبحث الأول: الجزاءات المؤقتة.

المطلب الأول: ماهية الجزاءات المؤقتة، والمبررات المؤيدة لها.

المطلب الثاني: أنواع الجزاءات المؤقتة والرقابة القضائية عليها.

المبحث الثاني: الجزاءات النهائية (فسخ العقد).

المطلب الأول: فسخ العقد وشروطه والآثار المترتبة عليه.

المطلب الثاني: الفسخ في عقد الالتزام ورقابة القضاء على قرار الفسخ.

خاتمة.

الفصل الأول

الجزاءات المالية

تُعتبر الجزاءات المالية من الجزاءات الإدارية التي تتمتع الإدارة بسلطة تطبيقها على المُتعاقد معها، إذا ما قصر في تنفيذ التزاماته التعاقدية، وسواء أكان التقصير متجسداً بالامتناع عن تنفيذ التزاماته بالكامل، أو التأخر في تنفيذها، أو نفاذها على غير الوجه المتفق عليه أي بشكل غير مُرضٍ لجهة الإدارة، أو أحل غيره محله دون موافقة الإدارة. فالجزاءات المالية - كما يدل عليها اسمها - عبارة عن المبالغ المالية التي يحق لجهة الإدارة أن تفرضها على المُتعاقد معها، إذا ما أخل بالتزاماته التعاقدية في أثناء تنفيذ العقد الإداري^(١).

مما ينبغي قوله: إنّ الجزاءات المالية في العقود الإدارية تختلف عن مثيلتها في مجال العقود المدنية اختلافاً بيناً، حيث أن لكلٍ منها أحكامها الخاصة بها، حيث أن جهة الإدارة تمتلك توقيعها بشكل مباشر دون الالتجاء للقضاء، كما أن هذه الجزاءات قد تكون مرتبطة بحصول ضرر لحق جهة الإدارة نتيجة لخطأ المُتعاقد معها، فتهدف إلى تغطية هذا الضرر الحقيقي، وقد تكون نوعاً من العقاب على المُتعاقد بصرف النظر عن أي ضرر يلحق بالإدارة، وذلك نتيجة لتقصيره في تنفيذ التزاماته^(٢).

(١) د. حسين درويش عبد العال، النظرية العامة في العقود الإدارية، الجزء الثاني، مكتبة الأنجلو المصرية، القاهرة، ١٩٥٨، ص ٣٠. وكذا د. جابر جاد نصار، الوجيز في العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠١، ص ٢١٩.

(٢) د. حسين درويش عبد العال، "الجزاءات المالية في العقود الإدارية"، مجلة العدالة، العدد ١٧، السنة ٥، أبو ظبي، ١٩٧٨، ص ٢٣.

من نافلة القول: أن للجزاء المالي تأثير مهم على المتعاقد يجعله يحرص على تنفيذ التزاماته التعاقدية على أكمل وجه، تفادياً لفرض هذا الجزاء عليه، فالجزاءات المالية في العقود الإدارية لا تقتصر على تعويض الضرر، بل تشمل أيضاً غرامات التأخير ومصادرة التأمين، حيث أن لكل نوع من هذه الجزاءات أحكامه الخاصة به، فالتعويض يحكم به القاضي ويتوقف على وقوع ضرر، وعلى إعدار المتعاقد، بعكس غرامة التأخير التي تُوقعها الإدارة بنفسها دون حاجة إلى تدخّل القضاء، ودون حاجة لإثبات وقوع ضرر من جراء هذا التأخير، ودون إعدار المتعاقد المُقصر مع الإدارة^(١).

وإزاء ذلك، سيتم في هذا الفصل دراسة هذه الجزاءات المالية بشيء من التفصيل، من خلال تحليلها وإظهار مواطن الاختلاف والتشابه في الدول محل المقارنة (سورية - مصر)، وعليه سيتم تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين، في المبحث الأول سيتم الحديث عن ماهية غرامات التأخير، وطبيعتها القانونية، والقواعد النازمة لفرضها وحالات الإعفاء منها، وفي المبحث الثاني سيتم البحث في مصادرة التأمين والتعويض من خلال التعرف على ماهية مصادرة التأمين وطبيعتها القانونية، وماهية التعويض ومدى سلطة الإدارة في تحصيل التعويض.

(١) د. حمدي القبيلات، القانون الإداري، الجزء الثاني، دار وائل للنشر، بلا مكان نشر، ٢٠١٠، ص ١٤٩.

المبحث الأول

غرامة التأخير

يرتبط مُصطلح غرامات التأخير كجزء مالي بالعقد إداري، حيث تجد هذه الغرامات أصلها في القانون الخاص بما يسمى **الغرامة التهديدية**، على اعتبار أن الغرامة التهديدية ليست إلا وسيلة الدائن المالية التي يلجأ إليها من أجل إكراه المدين بطريقة غير مباشرة على تنفيذ التزامه تنفيذاً عينياً، إذا كان محل التزامه عملاً أو امتناعاً عن عمل، عندما يكون هذا الالتزام قائماً على الاعتبار الشخصي للمدين، بحيث لا يكون التنفيذ العيني ممكناً أو ملائماً إلا إذا قام به المدين نفسه^(١).

ويكون ذلك بطلب الدائن الحكم على المدين بتنفيذ التزامه تنفيذاً عينياً خلال مدة زمنية معينة، ويكون هذا الحكم مرافقاً بغرامة تهديدية مُتمثلة بمبلغ من المال، تُفرض على المدين في حال تأخره في تنفيذ التزامه عن كل يوم أو أسبوع أو شهر، أو عن كل مرة يقوم بعمل مُخل بالتزامه إذا كان محل التزامه امتناعاً عن عمل، وذلك إلى أن يقوم المدين بالتنفيذ العيني لالتزامه أو يمتنع عن الإخلال بالتزامه بصورة نهائية، ثم يرجع إلى القضاء فيما تراكم على المدين من تلك الغرامات، وهنا **يجوز للقاضي** إما أن يخفض أو يلغي هذه الغرامات تماماً، لكن هذا **غير جائز** في الغرامات التأخيرية التي ينص عليها العقد الإداري، فالمُتعاقد هنا يصطدم بمبدأ أساسي، وهو **انتظام المرفق العام** وضرورة استمراره حتى يبقى قادراً على تلبية الحاجات العامة، فهنا الإدارة -كما سنرى لاحقاً - تُوقع الغرامات التأخيرية بشكل تلقائي دون الحاجة للرجوع إلى القضاء فيها واستصدار حكم يجيز بإيقاعها، وبالتالي تكون التزامات المُتعاقد مع الإدارة

(١) د. فواز صالح، **الغرامة التهديدية**، الموسوعة القانونية المتخصصة، هيئة الموسوعة العربية، المجلد الأول، ٢٠١٠، ص ٤٤٠.

هي أكثر حزمًا وصرامة عما هي عليه في القانون الخاص، كما أنّ مصالحه الخاصة تتراجع أمام المصالح العامة^(١).

مما سبق، نجد أنّ عدم تنفيذ العقد الإداري هو أمر خطير؛ حيث أنّ هذا التأخير سيواجه بحزم يتناسب مع أهميّة استمرار سير المرافق العامّة باضطراب وانتظام.

المسألة هنا ليست معاقبة المتعاقد وتعويض الطرف الذي تحمّل الضرر، إنّما لإعطاء الإدارة الوسائل التي تكفل حماية مصالح المرفق العام لتسييره باستمرار وانتظام، وبالتالي فإنّ غرامة التأخير في العقد الإداري هي البديل للغرامة التهديدية في القانون الخاص، وهي من صنع القضاء الإداري. فغرامات التأخير هي جزاء يكاد لا يخلو عقد إداري منه، تُوقعه الإدارة بشكل أوتوماتيكي بمجرد التأخر، ولو لم يُصحبها ضرراً إزاء هذا التأخير، بل أيضاً دون إنذار مسبق^(٢).

مما سبق، نجد أنّ غرامة التأخير في العقود الإدارية تنفرد بنظام خاص بها، يظهر في الطبيعة القانونية الخاصة بها، والتي لها بالغ الأثر في تحديد الكيفية والتوقيت الذي يجوز فيهما للإدارة استعمال هذه الأداة، وعلى ذلك سنتناول هذه الطبيعة الخاصة بغرامة التأخير ضمن مطلبين على النحو الآتي:

المطلب الأول : ماهيّة غرامة التأخير وطبيعتها القانونية.

المطلب الثاني : القواعد النازمة لفرض غرامة التأخير والإعفاء منها.

(١) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد - نظرية الالتزام بوجه عام، الطبعة الثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٥، ص ٨٠٧.

(٢) د. عبد المجيد فياض، نظرية الجزاءات في العقد الإداري "دراسة مقارنة" رسالة دكتوراه، دار الفكر العربي، جامعة عين شمس، ١٩٧٤، ص ١٠٦.

المطلب الأول

ماهية غرامة التأخير وطبيعتها القانونية

تُعتبر غرامة التأخير من الجزاءات العقديّة المألوفة في مجال العقود الإداريّة، حيث لا تلجأ الإدارة إليها فقط من أجل منع حدوث أي إخلال في الالتزامات التعاقدية، ولكن بالإضافة لذلك، فإنّها تلجأ لهذا النوع من الجزاءات الماليّة من أجل ضمان حسن سير المرفق العام باضطراد وانتظام، من خلال تنفيذ العقد بشكل سليم، ووفق المُدَد المتفق عليها في العقد.

حيث تتميز غرامة التأخير بخصائص معينة، فهي ذات صفة تعويضيّة وتهديديّة في آنٍ واحد، فغرامة التأخير لها وقع خاص على المُتعاقد مع الإدارة تدفعه إلى تنفيذ التزاماته بشكل دقيق، كما أنّها تخضع لنظام قانوني خاص بها مختلف عما هو عليه الأمر في العقود المدنيّة، فهي تُوقع بقرار يصدر عن الإدارة دون اللجوء إلى القضاء، بشرط أن ينص عليها في العقد أو القانون^(١).

على ضوء ذلك، سيتم التعرف على ماهية غرامة التأخير، تعريفها، خصائصها، وتمييزها عن الجزاءات الماليّة الأخرى، وذلك من خلال:

الفرع الأول: ماهية غرامة التأخير.

الفرع الثاني: الطبيعة القانونية لغرامة التأخير.

(١) د. سعيد نحيلي و د. عيسى الحسن، العقود الإداريّة، منشورات جامعة حلب، حلب، ٢٠٠٧، ص ٢٢٦.

الفرع الأول - ماهية غرامة التأخير:

عند البحث في ماهية غرامات التأخير لابدّ لنا من تبيان تعريفها، خصائصها، ومن ثمّ تمييز هذه الغرامات عن غيرها من الجزاءات الماليّة.

أولاً - تعريف غرامة التأخير:

الغرامة في اللّغة: هي الخسارة، وفي المال: هي ما يلزم أدائه تأديباً أو تعويضاً، فيقال: حكم القاضي على فلان بالغرامة. أما التأخير فيقال: تأخر الشيء أي جعله بعد موضعه، وفي الوقت بعد انقضائه^(١).

أما في الاصطلاح، فقد انقسم الفقهاء حول تعريف غرامة التأخير إلى ثلاث اتجاهات، الأول يقول: بأنّها عبارة عن تعويض جُزافي، والثاني يقول: بأنّها جزاء مالي، أما الثالث يرى بأنّها ذات طبيعة مختلطة، ولكنها في جميع الأحوال تُوقَّع بحق المُتعاقد مع الإدارة نتيجةً لتراخيه في تنفيذ التزاماته التعاقدية^(٢).

حيث عرف البعض من أصحاب الاتجاه الأول غرامة التأخير بأنّها: مبلغ جُزافي، كتعويض اتفاقي منصوص عليه في العقد يؤخذ من المُتعاقد المُتراخي في تنفيذ التزاماته^(٣).

(١) د. إبراهيم أنيس وآخرون، المعجم الوسيط، الطبعة الثانية، الجزء الأول والثاني، بلا دار نشر، القاهرة، ١٩٧٢، ص ٣٩ و ٦٨٣.

(٢) د. منصور إبراهيم العتوم، النظام القانوني لغرامة التأخير في العقود الإدارية "دراسة تحليلية مقارنة"، مجلة الشريعة والقانون، العدد ٥٣، السنة ٢٧، كلية القانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، ٢٠١٣، ص ٣٤٦.

(٣) د. حسان عبد السميع هاشم، الجزاءات الماليّة في العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٢، ص ٦٠.

وعرفت أيضاً بأنها: تعويضات جُزافية مُتفق عليها في العقد الإداري لإخلال المُتعاقِد بالتزاماته التعاقدية^(١).

في المقابل، ذهب أنصار الاتجاه الثاني إلى تعريف غرامة التأخير انطلاقاً من كونها جزاءات مالية بأنها: مبالغ إجمالية تُقدرها الإدارة مُقدماً، وتنص على توقيعها متى أخل المُتعاقِد بالتزام معين، لاسيما فيما يتعلق بالتأخير في التنفيذ، وهذه الجزاءات لا يكاد يخلو منها عقد إداري^(٢)، وعرفت أيضاً بأنها: مبلغ مالي إجمالي يتم تحديده مُقدماً في العقد، وتوقعه الجهة المُتعاقدة بنفسها دون حاجة إلى اللجوء للقضاء، متى تأخر المُتعاقِد في تنفيذ التزامه في المواعيد المُتفق عليها في العقد^(٣).

أما أصحاب الاتجاه الثالث، فذهبوا إلى أن لغرامة التأخير طبيعة مُختلطة، أي أنها تُعد تعويضاً جُزافياً وتهديداً مالياً^(٤).

من خلال العرض السابق لتعاريف غرامة التأخير، نلاحظ أن الفقهاء قد اتفقوا على أن غرامة التأخير ما هي إلا وسيلة - بيد الإدارة المُتعاقدة - ضاغطة على المُتعاقِد لمنعه من التأخر في تنفيذ التزاماته التعاقدية، ولكن بالمقابل نلاحظ أنهم قد اختلفوا حول التكيف القانوني لهذه الغرامة، حيث وصفها البعض، بأنها:

(١) د. منصور إبراهيم العتوم، مرجع سبق ذكره، ص ٣٤٦. نقلاً عن: De Laubader (A): Traite des contrats administratifs, Paris, L.G.D.J., 1984, Tome 2, No. 939.

(٢) د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية "دراسة مقارنة"، دار الفكر العربي، القاهرة، ٢٠٠٥، ص ٤٩٠.

(٣) د. محمد عبد اللطيف، تفويض المرفق العام، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠، ص ٦٣٢. وبنفس المعنى د. محمود حلمي، العقد الإداري، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٧٤، ص ٨٣.

(٤) د. منصور إبراهيم العتوم، مرجع سبق ذكره، ص ٣٤٧. نقلاً عن: De Laubadere (A): Traite des contrats administratifs, Op. Cit, No. 935.

جزاء مالي محدد بنصوص العقد، يلتزم به المُتعاقد بمجرد التأخر ولو لم يلحق بالإدارة ضرر على اعتبار أن المُتعاقد يعلم بها مسبقاً أي عند التعاقد، فتعاقدّه مع الإدارة وفق الشروط المحددة بالعقد يُعتبر قبولاً ضمناً منه بتوقيع هذا الجزاء عليه بمجرد التأخر.

أما البعض الآخر فقد اعتبر أن غرامة التأخير تعويض جُزافي مصدره نصوص العقد، ولا يشترط لتطبيقه إثبات وقوع ضرر، فالضرر هنا مفترض لا يقبل إثبات العكس، كما أنه لا يجوز للمُتعاقد الدفع بعدم حدوث الضرر لكي يفلت من غرامات التأخير، أو بأن مقدار الغرامة مبالغ فيه بحيث لا يتناسب مع الضرر الذي لحق جهة الإدارة، فالإدارة هنا هي التي تُقدر وقوع الضرر على اعتبار أن إهمال المُتعاقد وتراخيه في تنفيذ التزاماته، هو بحد ذاته يشكل ضرراً للإدارة، ويعطل سير المرفق العام الذي تسعى الإدارة إلى تأمين استمراره .

مما سبق نجد، أنه من الممكن الجمع بين اعتبار غرامات التأخير جزاء مالي، وكذلك تعويض جُزافي حيث أنها من الجزاءات المالية التي لها طابع تهديدي يستهدف حث المُتعاقد على ألا يخل بالتزاماته التعاقدية، وإجباره على احترام مُدد التنفيذ المُحددة في العقد، ومن ناحية أخرى هي تعويض جُزافي مُتفق عليه في بنود العقد، وذلك على اعتبار أن الضرر مُفترض بمجرد التأخر؛ لأنّ هذا التأخر يُعطل سير المرفق العام بانتظام واضطراد، وبناءً عليه نميل مع الاتجاه الذي يعتبر غرامة التأخير ذات طبيعة مُختلطة.

بناءً عليه، يمكننا أن نستنتج التعريف الآتي لغرامات التأخير: هي تعويض جُزافي تهديدي، تُوقعه جهة الإدارة على المُتعاقد معها بمجرد تأخره بتنفيذ التزاماته العقدية، وإن لم يلحق الإدارة أية ضرر، بهدف ضمان حسن سير المرافق العامة بانتظام واضطراد.

بعد الانتهاء من عرض التعاريف السابقة لغرامة التأخير، لأبْد من أن نوضح الخصائص التي تتمتع بها هذه الغرامة.

ثانياً - خصائص غرامة التأخير:

تتمتع غرامة التأخير كجزء مالي في إطار تنفيذ العقد الإداري بمجموعة من الخصائص: فهي اتفاقية وتفرض بشكل تلقائي، فضلاً عن مرونتها .

١ - اتفاقية :

تُولد جميع العقود في القانون الخاص بتوافق إرادتين، تتجهان إلى إحداث أثر قانوني معين، فالقاعدة العامة تقول: أن العقد شريعة المتعاقدين ولا يحق لأي منهما أن يخالف ما جاء في بنود العقد، وهذا الأمر ينطبق أيضاً على العقود الإدارية، حيث أن العقد يتضمن مجموعة من الالتزامات والحقوق، كلا الطرفين على علم بها، وفي حال إخلال أي منهما بهذه الالتزامات، فإنّ هناك مجموعة من الجزاءات التي تم وضعها في العقد، ويجب على المتعاقدين أن يلتزمان بما جاء في العقد بهذا الخصوص، كما هو الحال عند النص على مقدار غرامة التأخير في العقد الإداري كجزء مالي على المتعاقد مع الإدارة في حال التأخر عن تنفيذ بنود العقد بالمدد المحددة فيه، ومن هنا تتميز غرامة التأخير بأنها ذات سمة اتفاقية^(١).

(١) المستشار سمير صادق، العقد الإداري في المبادئ الإدارية العليا، مطابع الهيئة العامة المصرية العليا للكتاب، بلا مكان نشر، ١٩٩١، ص ١٩٥.

مما سبق، نجد أنه لا يجوز للمتعاقد مع الإدارة تجاوز هذه الغرامات، أو الاعتراض عليها؛ لأنه تم الاتفاق عليها مسبقاً بإرادته، فالمفروض أنه رضي بكل ما ورد في هذا العقد من حقوق والتزامات.

غير أن الإشكال الذي ما زال قائماً في ساحة الفقه والقضاء، يتمثل في عدم تقديم إجابة شافية بالنسبة للتساؤل المطروح بحالة غياب الاتفاق على غرامة التأخير في العقد المبرم، فهل يعني بالضرورة أن الإدارة تنازلت عن حقها في فرضها مع توفر النص التشريعي المنظم لها؟ كما أنه في حال تم النص عليها في العقد، فهل يحق للإدارة أن تزيد من نسبة هذه الغرامات المحددة في بنود العقد؟

بالنسبة للسؤال الأول هناك اتجاهان، الاتجاه الأول يقول: بأن غرامات التأخير - شأنها شأن الجزاءات المالية الأخرى - يجب النص عليها في بنود العقد، فإذا لم يتضمن العقد نصاً يعطي الإدارة الحق في فرض هذه الغرامات، فإن الإدارة لا تستطيع توقيع الغرامات التأخيرية على المتعاقد معها، ولو تأخر المتعاقد في التنفيذ مع بقاء حق الإدارة في إيقاع العقوبات الأخرى، كما لو أن التأخير كان قريباً لحالة عدم التنفيذ للالتزامات المتفق عليها، فهذا يحق للإدارة أن تلجأ إلى فسخ العقد، وكذلك يحق لها معاقبته بعقوبات أخرى، كمصادرة التأمين^(١).

أما الاتجاه الثاني: رأى أن بوسع الإدارة فرض غرامة التأخير حتى ولو لم ينص العقد على ذلك، إذ أن إرادة المشرع قد اتجهت إلى تحديد مقدار هذه الغرامة في

(١) د. أحمد عثمان عياد، مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٣، ص ٣٤٦ و٣٤٧. ومن المؤيدين لهذا الرأي د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص ٤٩٥. و د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، دار الكتب القانونية، المحلة الكبرى، ٢٠٠٥، ص ٢٦٩ و٢٧٠.

التشريعات المطبقة، ومن ثم تُعتبر من النظام العام الذي لا يجوز الاتفاق على مخالفته، حتى ولو لم ينص العقد على تطبيق أحكام هذه التشريعات التي تعتبر بحد ذاتها مكملة للنصوص التعاقدية^(١).

مع هذا الاتجاه ذهب تشريع وقضاء الدول محل المقارنة (سورية - مصر) حيث أن القانون رقم ١٥١١ الخاص بنظام العقود الموحد للجهات العامة في سورية، لعام ٢٠٠٤، أوجب في المادة ١٥١١ منه على النص على غرامة التأخير في عقود الجهات العامة بالنسبة للمتعهد الذي يتأخر في تقديم احتياجاتها، إلا أنه ترك لطرفي العقد الحرية في تقدير مقدار الغرامة عن كل يوم تأخير، ومع ذلك يفترض المُشرع في غرامة التأخير ألا تخرج عن حدين أدنى وأعلى من حيث المبدأ، أي أن المُشرع جاء بذات النص بقواعد أمره تُقيد فيها سلطة جهة الإدارة، وأخرى ترك لها بها هامشاً من الحرية في استعمال سلطتها التقديرية، حيث أن قانونية غرامة التأخير في سورية لا ينفي عنها الطبيعة الاتفاقية^(٢).

وقد أخذ مجلس الدولة بما نص عليه المُشرع السوري، حيثُ اعتبر أن خلو العقد من النص على غرامات التأخير؛ يكون من حق الجهة الإدارية أن تفرض على المتعاقد معها غرامات التأخير وفق النسب المحددة في القانون^(٣).

(١) د. سعيد عبد الرزاق باخبيبر، سلطة الإدارة الجزائية في أثناء تنفيذ العقد الإداري "دراسة مقارنة" رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، ٢٠٠٧-٢٠٠٨، ص ٢٠٤ و ٢٠٥. ومن المؤيدين لهذا الرأي د. عبد الغني بسيوني عبد الله، القانون الإداري، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٩١، ص ٥٤٨. و د. محمود حلمي، العقد الإداري، مرجع سبق ذكره، ص ٨٦.

(٢) القانون الخاص بنظام العقود الموحد للجهات العامة في سورية رقم ١٥١١، ٢٠٠٤، المادة ١٥١١.

(٣) العميد صبحي سلوم، موسوعة العقود، الجزء الأول، بلا ناشر، ٢٠٠٥، ص ٣١٤.

كذلك الأمر ذهب المُشرّع المصري في المادة ١٢٣١ من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات رقم ١٨٩١ لعام ١٩٩٨، على أنّه: "في حال عدم النص على غرامات التأخير في العقد، تُوقع على المُتعاقد المُقصر في تنفيذ التزاماته غرامة التأخير المنصوص عليها في القانون، وذلك طبقاً للأسس والنسب المحددة". كما أنّه وضع نسبة معين لكل عقد تتراوح بين حدين أدنى وأعلى يجب التقيد بهما^(١).

كما ذهبت المحكمة الإدارية العليا المصريّة إلى اعتبار أن طرفا العقد مُلزمان بالأحكام الواردة في العقد، وتلك الواردة في القوانين والأنظمة واللوائح على اعتبار أن الأخيرة جزء لا يتجزأ من العقد، وبهذا الاتجاه قضت بقولها: "إن القوانين واللوائح التي يتم التعاقد في ظلها، إنّما تخاطب الجميع وعلمهم بمحتواها مفروض، فإنّ أقبّلوا، حال قيامهم، على التعاقد مع الإدارة، فالمفروض أنّهم ارتضوا كل ما ورد بها من أحكام، وحينئذ تندمج في شروط عقودهم، وتصير جزءاً لا يتجزأ منها، حيث لا فكاك من الالتزام بها ما لم ينص العقد صراحةً على استبعاد أحكامها كلها أو بعضها، عدا ما تعلق منها بالنظام العام، وعلى ذلك، فإنّه يجب تطبيق نصوص لائحة المناقصات والمزايدات ما لم ينص العقد على استبعادها"^(٢).

مما سبق، نجد أنّ الإدارة المُتعاقدة لا تستطيع توقيع غرامة التأخير على المُتعاقد معها إذا لم يتضمن العقد أو القانون نصاً يخولها ذلك، كما نجد أنّ الاتجاه الثاني هو الأنسب؛ على اعتبار أنّ الجهة الإداريّة هي الأقدر على تقدير ما هو الأنسب لضمان حسن سير المرافق العامّة، وعلى اعتبار أنّ هذه الغرامات إنّما

(١) القانون الخاص بتنظيم المناقصات والمزايدات المصري رقم ١٨٩١، ١٩٩٨، المادة ١٢٣١.

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا المصريّة، بتاريخ ١٩٩٩/١١/١٨، مجلة قضايا الحكومة، العدد ٢، السنة ١٤، ص ٥٣٢.

وُجِدت لضمان حسن سير المرافق العامة وعدم تعطيلها، فكان من الأولى توقيعهما على المُتعاقد المتراخي في تنفيذ التزاماته التعاقدية، لأنّه في حال عدم وجود هكذا جزاء في العقد قد يدفعه إلى التقاعس، واللامبالاة بالمدد المحددة في العقد، وهنا نرى أن الأساس القانوني لفرض هذه الغرامات دون النصّ عليها في العقد، إنّما يستند إلى طبيعة المهام الملقاة على عاتق الإدارة، والتي تتجلى في ضمان سير المرافق العامة باضطراد وانتظام، وبالتالي يجب إعطاء الإدارة الحق في اتخاذ كافة الإجراءات التي يكفلها القانون لها من أجل القيام بهذه الأعباء الملقاة على عاتقها، وبالتالي تحقيق المهمة المنوطة بها، وأيضاً بالاستناد إلى طبيعة المصلحة العامة التي تصونها الإدارة التي هي في مرتبة أعلى من مصالح الأفراد، وهذا كله لا ينسف الطبيعة الاتفاقية لغرامات التأخير؛ لأنّ الطبيعة الاتفاقية لها تتجلى في عدم الإخلال بالنسب المحددة والمتفق عليها في بنود العقد.

أما بالنسبة للسؤال الثاني فيما يتعلق بحق الإدارة بزيادة نسبة غرامات التأخير المنصوص عليها في العقد؟

إن نسب غرامة التأخير المحددة في العقد أو كراسات الشروط تكون واجبة التطبيق بالنسبة للإدارة والمُتعاقد معاً، فلا تستطيع الإدارة زيادة هذه النسب أو المطالبة بأكثر منها حتى ولو نتج عن هذا التأخير ضرر يزيد على مقدار الغرامة المعين في العقد، كما لا يجوز لها أن تترك النسبة المحددة في العقد، وتطبق ما نص عليه في

اللائحة، أخذاً بقاعدة أن النص الخاص يُقيد النص العام، لأنَّ العبرة بما اتجهت إليه إرادة المُتعاقدين عند إبرام العقد^(١).

٢ - تُفرض بشكل تلقائي:

إنَّ غرامات التأخير تُطبق بشكل مباشر، أي بمجرد التأخر عن تنفيذ العقد حتى ولو لم يثبت أن هذا التأخير قد ألحق ضرراً بجهة الإدارة المُتعاقدة، فغرامة التأخير تُوقعها الإدارة دون حاجة إلى إثبات أن ضرراً قد أصابها، حيث أن الضرر هنا مفترض بقرينة قاطعة لا تقبل إثبات العكس، كما لا يقبل من المُتعاقد إثبات عدم تسبب التأخير في إصابة الإدارة بضرر لكي يتخلص من أداء الغرامة؛ لأنَّ جهة الإدارة عندما حددت موعداً معيناً لتنفيذ العقد أخذت على عاتقها أن حاجة المرفق العام تستوجب تنفيذه خلال هذا الموعد^(٢)، كما أن غرامة التأخير تستحق دون حاجة إلى تنبيه أو إنذار أو اتخاذ أية إجراءات قضائية أخرى بحق المُتعاقد، وذلك تأكيداً لتلقائية تلك الغرامة^(٣).

بهذا الاتجاه سار كلا المُشرعين السوري والمصري، وأكدوا على تلقائية غرامات التأخير وعلى كونها تُطبق بشكل مباشر أي بمجرد تأخر المُتعاقد في تنفيذ الالتزامات التعاقدية، ودون حاجة لإثبات الضرر وحتى لو لم يسبب هذا التأخير ضرر للإدارة، وكذلك دون اتخاذ أية إجراء كإنذار المُتعاقد أو تنبيه.

(١) د. محمد فؤاد عبد الباسط، القانون الإداري، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، بلا سنة نشر، ص ٥٥٣ و ٥٥٤. وبنفس المعنى د. سعيد نحيلي و د. عبيد الحسن، العقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص ٢٢٨ و ٢٢٩. وانظر حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية، الطعن رقم ١٣١٤٠، لسنة ١٥١١ قضائية عليا، بجلسة ٢٠١٧/٣/١١، موقع إلكتروني، بعنوان: الموسوعة الكاملة لجميع أحكام المحكمة الإدارية العليا المصرية: www.atefsalem.net

(٢) د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص ٢٧٠ و ٢٧١.

(٣) د. عبد الرحمن عباس ادعين، الغرامات التأخيرية في العقود الإدارية، مجلة جامعة بابل/ العلوم الإنسانية، المجلد ٢٢، العدد ٣، ٢٠١٤، ص ٥٥٩.

حيث أكد المُشرّع السوري على ذلك في الفقرة ١١ من المادة ١٥٠١ من القانون رقم ١٥١١ الخاص بنظام العقود الموحد للجهات العامة، لعام ٢٠٠٤، والتي نصت على ما يلي: "تُفرض على المتعهد الذي يتأخّر في تقديم احتياجات الجهة العامة عن المدة المحددة لذلك غرامات التأخير المنصوص عليها في العقد، وفي دفتر الشروط ولو لم يلحق بالجهة العامة أي ضرر"^(١).

كما ذهب مجلس الدولة السوري في نفس الاتجاه، حينما أكد أن الإدارة لا تحتاج عند فرض غرامة التأخير على المتعاقد الذي تأخر في تنفيذ التزاماته إلى إعداره^(٢).

أيضاً أكد المُشرّع السوري على ذلك في المرسوم التشريعي رقم ١٤٥٠١ المتضمن دفتر الشروط العامة، لعام ٢٠٠٤، الناظم لقانون العقود رقم ١٥١١ السابق ذكره، حيث نص في المادة ١٤١١ فيما يتعلق بعقود الأشغال العامة على ما يلي: "..... كل ذلك دون الحاجة لأي إخطار أو إعدار لأنّ مجرد التأخّر يعتبر قائماً مقامها"^(٣).

مما سبق، نجد أن المُشرّع السوري اعتبر أن التأخّر بمثابة ضرر مفترض، لذلك ليس هناك من داعي لإنذار المتعاقد مع الإدارة، كما أكد على أن غرامات التأخير تُفرض حكماً وفي كافة حالات التعاقد، ودون حاجة لإثبات الضرر، حيث أن الضرر هنا مفترض بمجرد التأخّر بقرينة قاطعة لا تقبل إثبات العكس، كما أن الإدارة غير ملزمة بتنبيهه أو إنذار المتعاقد معها المخل بالتزاماته.

(١) القانون الخاص بنظام العقود الموحد للجهات العامة رقم ١٥١١، مرجع سبق ذكره، المادة ١٥١١ الفقرة ١١ .

(٢) العميد صبحي سلوم، موسوعة العقود، قرار المحكمة الإدارية العليا السورية رقم ١١٩١١، لعام ١٩٧١، مرجع سبق ذكره، ص ٣١٠.

(٣) المرسوم التشريعي رقم ١٤٥٠١ المتضمن دفتر الشروط العامة، ٢٠٠٤، المادة ١٤١١.

في نفس الاتجاه، ذهب المشرع المصري في قانون تنظيم المناقصات والمزايدات رقم ١٨٩١ لعام ١٩٩٨، حيث نصت المادة ١٢٣١ منه على ما يلي: "....
توقع الغرامة بمجرد حصول التأخير دون حاجة إلى تنبيه أو إنذار أو اتخاذ أي إجراء
آخر"^(١).

لكن بالمقابل يرى بعض الفقهاء، أنه من المفيد أن يتم إعدار المتعاقد المخل بالتزاماته؛ لأن ذلك سوف يؤدي إلى منعه من الاستمرار في التأخر في تنفيذ ما عليه من التزامات عقدية، وأشار هذا الرأي إلى أن الإنذار غير ملزم للإدارة، وإن حصل فهو لا يؤثر على استحقاق غرامة التأخير^(٢).

مما سبق، يمكن القول: أن الإدارة بالرغم من أنها غير ملزمة بإعذار المتعاقد معها المقصر في تنفيذ التزاماته في كل من البلدين محل المقارنة، إلا أننا نجد أن إعدار المتعاقد المقصر مع الإدارة، هو أمر ضروري ولازم في بعض الأحوال؛ لأن المتعاقد مع الإدارة قد يبقى مُصرّاً على التأخر في تنفيذ التزاماته بالرغم من إيقاع الغرامات بحقه، ولكن هذا التّعنت من قبل المتعاقد سوف يُعرقل سير المرفق العام - الذي تسعى الإدارة دائماً على ضمان سيره بانتظام واضطراب - الأمر الذي قد يفوت منفعة على الإدارة، وبالتالي سوف يؤدي إلى ضياع المصلحة العامة طيلة فترة التأخير، فلذلك كان من الأفضل للمشرع السوري والمصري أن يلزم جهة الإدارة في إعدار المتعاقد المقصر عند التأخر في التنفيذ، وهذا لا ينسف مبدأ التلقائية؛ لأن غرامات التأخير واقعة بمجرد حصول التأخير سواء تم الإعذار أم لا، فالهدف من

(١) القانون الخاص بتنظيم المناقصات والمزايدات رقم ١٨٩١، مرجع سبق ذكره، المادة ٢٣. انظر أيضاً المحامي عزت عبد القادر، المناقصات والمزايدات في ضوء أحكام القانون رقم ١٨٩١ لسنة ١٩٩٨، دار الكتب القانونية، المحلة الكبرى، ٢٠٠١، ص ١٩٧.

(٢) د. محمد فؤاد عبد الباسط، القانون الإداري، مرجع سبق ذكره، ص ٥٥٥.

الإعذار هنا هو التأكيد على الحفاظ على سير المرفق العام باضطراب وانتظام هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى قد يُوفّر هذا الإعذار حماية للمتعاقد من تعسف الإدارة في استخدام سلطاتها.

٣ - غرامة التأخير تتصف بالمرونة:

تتميّز غرامات التأخير بأنّها مرنة، حيث يظهر ذلك من خلال فرض الغرامة بموجب قرار إداري صادر عن جهة الإدارة المتعاقدة، أي أنّه لا داعي للجوء للقضاء من أجل إيقاعها واستصدار حكم بها، فغرامات التأخير تُفرض بقرار إداري بمجرد تأخر المتعاقد عن تنفيذ التزاماته التعاقدية، وهذا يعني أن مجرد النص عليها في متن العقد لا يكفي لاستحقاقها، بل لابدّ للإدارة من أن تفصح عن إرادتها في فرض هذه الغرامة على المتعاقد^(١).

حيث أنّ فكرة الجزاءات الإدارية نابعة من امتيازات السلطة العامة في العقود الإدارية، فالإدارة وإن كان لها السلطة في تطبيق الجزاءات المنصوص عليها بالعقد على المتعاقد معها إذا ما أخلّ في تنفيذ التزاماته العقدية، إلّا أنّه يتوجّب عليها الإفصاح عن رغبتها باستخدام سلطاتها، وتوقيع هذه الجزاءات على المتعاقد المُقصر معها، وباعتبار أنّ غرامة التأخير من الجزاءات المالية كان لابدّ من صدور قرار إداري بخصوص توقيعها على المتعاقد المُقصر^(٢)، ولكن بالمقابل يحق لهذا المتعاقد أن ينازع

(١) د. طارق سلطان، سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات على المتعاقدين معها في العقود الإدارية وضوابطها "دراسة مقارنة" رسالة دكتوراه، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٠، ص ١٥٩.

(٢) المستشار سمير صادق، العقد الإداري في المبادئ الإدارية العليا، مرجع سبق ذكره، ص ١٩٧. و د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص ٤٩٥. و د. علي خطار شطناوي، صلاحية الإدارة في فرض غرامات التأخير بحق المتعاقد معها، مجلة الحقوق، العدد الأول، السنة ٢٤، كلية الحقوق (جامعة الكويت)، ٢٠٠٠، ص ١٦٥.

بصحة القرار وعدم مشروعيته، أو أن يثبت بأن تأخيره عن تنفيذ الالتزامات راجع إلى أسباب خارجة عن إرادته^(١).

مما سبق، نجد أن العبرة في عدم اللجوء إلى القضاء من أجل استصدار حكم قضائي لفرض الغرامات على المتعاقدين المتأخرين في التنفيذ، هو عدم إطالة الوقت لتحصيل الغرامات، الأمر الذي يؤدي إلى ضياع المصلحة العامة لفرضها، لذلك كان لابد من إيجاد طريق أسرع ويتناسب مع السمة المرنة لغرامات التأخير، وهو صدور قرار إداري بها من قبل الإدارة مباشرة، دون الدخول في تعقيدات المحاكم.

بعد الانتهاء من الحديث عن الخصائص التي تتمتع بها غرامات التأخير كجزاء مالي، لابد لنا من التفريق بينها وبين الجزاءات المالية القريبة منها، وذلك على الوجه الآتي.

ثالثاً - التمييز بين غرامة التأخير وغيرها من الجزاءات المالية:

من خلال العرض السابق لغرامة التأخير، يمكن أن نستنتج أوجه الخلاف ما بينها وبين غيرها من الجزاءات المشابهة، وذلك على النحو الآتي:

١ - الشرط الجزائي في العقود المدنية:

لتمييز الغرامات التأخيرية عن الشرط الجزائي لابد من تعريف هذا الشرط، فالشرط الجزائي: هو تعويض اتفاقي تبعي، لا يقصد لذاته ولا يستقل بنفسه، يفرض بمناسبة الاتفاق على التزام آخر، حيث يكون الغرض منه حمل الطرف المتعاقدين على تنفيذ التزامه^(٢).

(١) د. محمد الحسين و د. مهند نوح، العقود الإدارية، منشورات جامعة دمشق، دمشق، ٢٠٠٧-٢٠٠٨، ص ٢٥٢.

(٢) د. ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية والتحكيم، الدار الجامعية، الإسكندرية، ٢٠٠٠، ص ١١٧.

إذاً هو تعويض اتفاقي، ولكن هذا التعويض لا يُستحق إلا عند إخلال أحد المتعاقدين بالتزاماته، ويشترط لاستحقاقه أن يكون هناك ضرر قد أصاب أحد المتعاقدين، ولا بدّ فيه أيضاً من ضرورة إعدار الطرف المُقصر، واستصدار حكم من القضاء بهذا الخصوص، وللقضاء هنا سلطة تقديرية من ناحية تخفيض قيمة هذا التعويض إذا رأى أنّه لا يتناسب والضرر الحاصل بحق الطرف الآخر^(١).

– أهم الفروقات بين الشرط الجزائي والغرامات التأخيرية هي^(٢):

أ – من حيث الغرض: الشرط الجزائي وجد بهدف تجنب تدخل القضاء في تقدير قيمة التعويض، وإعفاء الدائن من إثبات حصول الضرر الذي يصيبه، وذلك بعكس غرامات التأخير حيث أن الغرض من وجودها هو ضمان تنفيذ الالتزامات التعاقدية في المدد المحددة في العقد، الأمر الذي ينعكس على ضمان سير المرافق العامة بانتظام واضطراد.

ب – من حيث الجهة المخولة بفرض الجزاء: الشرط الجزائي لكي يفرض على الطرف المُقصر بالتزاماته لا بدّ من إعداره، وصدر حكم بذلك من المحكمة المختصة، أما غرامة التأخير فإنّ جهة الإدارة تقوم بفرضها على المتعاقد معها بموجب قرار إداري تفصح من خلاله عن رغبتها بفرض هذا الجزاء، وذلك دون حاجة لإعدار هذا المتعاقد المقصر، ودون حاجة للجوء إلى القضاء للحكم به.

(١) د. سعيد نحيلي و د. عيسى الحسن، القانون الإداري، منشورات جامعة حلب، حلب، ٢٠٠٧، ص ٣٧٧-٣٧٨. و د. زين العابدين بركات، مبادئ القانون الإداري، مطبعة الإسكان العسكرية، دمشق، ١٩٨٦-١٩٨٧، ص ٦٥٦. و د. محمد باهي أبو يونس، أحكام القانون الإداري، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ١٩٩٦، ص ٢٧٩.

(٢) د. عبد الرحمن عباس ادعين، الغرامات التأخيرية في العقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص ٥٥٧-٥٥٨.

ج - من حيث الضرر: الشرط الجزائي لا يمكن أن يحكم به القضاء إذا أثبت المدعي أن الدائن لم يلحقه أي ضرر من جراء إخلاله بتنفيذ التزامه، كما أن القانون أعطى القضاء سلطة تخفيض الشرط الجزائي إلى الحد الذي يتناسب مع مقدار الضرر الذي أصاب الدائن، في حين أن غرامة التأخير تُستحق بمجرد تأخر المُتعاقد في تنفيذ التزاماته مع الإدارة، على اعتبار أن الضرر هنا مُفترض بقينة قاطعة لا تقبل إثبات العكس.

مما سبق، نجد أن هذا الاختلاف بين الشرط الجزائي وغرامة التأخير مرده إلى الطبيعة الخاصة لكل منهما، فالشرط الجزائي في القانون الخاص يتناول الإخلال الحاصل بين المُتعاقدين لذاته في العلاقة التعاقدية التي تحكمهما، في حين أن إخلال المُتعاقد مع الإدارة بالتزاماته، لا يعني مجرد إخلال بالتزام تعاقدي، بل يُعتبر هذا الإخلال أيضاً مساساً بالمرفق العام الذي تهدف الإدارة على المحافظة على استمراريته تأدية خدماته بانتظام واضطراد.

حيث أن خصوصية غرامات التأخير تنبع من أهمية العلاقة التعاقدية التي تربط الإدارة مع المُتعاقد معها، حيث أن غرامة التأخير في العقود الإدارية الضرر فيها مُفترض نظراً لأن هذا التأخير يُعطّل سير المرفق العام وهذا بحد ذاته ضرر، ولا تحتاج الإدارة لإثبات وقوع الضرر، وكذلك دون حاجة لاتخاذ أية إجراء كإصدار المُتعاقد أو استصدار حكم من القضاء، بل تفرض الإدارة هذه الغرامة تلقائياً بمجرد التأخر وبموجب قرار إداري، في حين أن الشرط الجزائي يحتاج لتطبيقه إلى وجود خطأ وضرر وعلاقة سببية بينهما، إضافةً إلى ضرورة إعدار الطرف المُخل بالتزامه، وصدور حكم من القضاء المختص.

٢ - التعويض: هو مبلغ نقدي يُفرض على المُتعاقد الذي أخلَّ في تنفيذ التزاماته التعاقدية مع الإدارة، وأدى هذا الإخلال إلى وقوع ضرر بحق الإدارة، فيحق لها أن تُطالب بالتعويض عن الضرر، ويجب إثبات هذا الضرر من جانبها . فالتعويض يتفق مع غرامات التأخير من ناحية أنَّ كلاً منهما يُشكل التزاماً قانونياً يتعهد بمقتضاه المُتعاقد مع الإدارة بأن يدفع مبلغ مالي للإدارة المُتعاقدة ^(١).

مما سبق، نجد أن غرامات التأخير تختلف عن التعويض من حيث الهدف، فبينما يكون الهدف من غرامات التأخير هو ضمان تنفيذ المُتعاقد لالتزاماته بشكل دقيق وضمن المدة المحددة في العقد، وبالتالي تأدية المرفق العام لخدماته بانتظام واضطراد، فإنَّ الهدف من التعويض هو جبر الأضرار والتعويض عنها، ولا يكون ذلك إلا بحكم قضائي، وكما قلنا سابقاً فإنَّ غرامات التأخير على عكس التعويض تفرض بشكل أوتوماتيكي وبموجب قرار إداري من قبل الإدارة المُتعاقدة، ودون حاجة للجوء إلى القضاء، فالضرر هنا مفترض ولا يقبل إثبات العكس.

٣ - الغرامة الفنية:

إن الاختلاف بين الغرامات الفنية وغرامات التأخير هو اختلاف جذري، حيث أن غرامات التأخير تُفرض كعقوبة على المُتعاقد مع الإدارة نتيجةً لعدم التزامه بنصوص العقد من الناحية الزمنية، أما الغرامات الفنية تأتي كعقوبة على المُتعاقد مع الإدارة نتيجةً لعدم التزامه بنصوص العقد من الناحية الفنية، ومثال ذلك: أن يتم الاتفاق على توريد أجهزة كمبيوتر من نوعية معينة، ويقوم المُتعاقد بتوريد أجهزة من

^(١) د. نجم الأحمد، التعاقد من الباطن في نطاق العقود الإدارية " دراسة مقارنة " رسالة دكتوراه، بلا دار نشر، ٢٠٠١، ص ٢٢٥. نقلاً عن :

De Laubadère (A), *Traité des cotratsadministratifs*. op. cit . No 930 .

نوعيّة أخرى، فهنا يوجد مخالفة فنيّة، وبالتالي يتوجب إيقاع العقوبة المتمثلة بالغرامات الفنيّة عليه، والتي دائماً ما ترد ضمن نصوص العقد، وكان المُشرّع السوري واضحاً من هذه الناحيّة عندما ميّز ما بين غرامات التأخير والغرامات الفنيّة حيث نصت الفقرة اب١، من المادة ١٥٠١ من القانون رقم ١٥١١ الخاص بنظام العقود الموحد للجهات العامّة لعام ٢٠٠٤، على أنّه: "لا تُعتبر من قبيل غرامات التأخير اليوميّة الغرامات الفنيّة التي نصّ عليها في بعض العقود"^(١).

في نفس الاتجاه ذهب المُشرّع المصري، حيث نصت المادة ١١٠٢١ من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات رقم ١٨٩١ لعام ١٩٩٨، على أنّه: "يجوز قبول الأصناف غير المطابقة إذا كانت نسبة النقص أو المخالفة لا تزيد على (٢٠%) عما هو مطلوب..... ويجوز للجنة الفحص الاستعانة بفني أو أكثر من الجهات الفنيّة المختصة إذا رأت ضرورة لذلك ويراعى الآتي:

٢ - الأصناف التي تكون نسبة النقص في مواصفاتها أكثر من (٣%) لغاية (١٠%) يكون قبولها بخصم مقدار الخفض في الثمن الذي قدرته اللجنة مضافاً إليه غرامة مقدارها (٥٠%) من هذا المقدار.

٣ - الأصناف التي تكون نسبة النقص في مواصفاتها أكثر من (١٠%) لغاية (٢٠%) يكون قبولها بخصم مقدار الخفض في الثمن الذي قدرته اللجنة مضافاً إليه غرامة مقدارها (١٠٠%) من هذا المقدار"^(٢).

مما سبق، نؤيد الموقف الذي اتخذه كلا المُشرّعين السوري والمصري، بالتمييز بين غرامة التأخير والغرامة الفنيّة، حيث أن لكل منهما هدفاً محدداً يختلف

(١) القانون الخاص بنظام العقود الموحد للجهات العامّة، مرجع سبق ذكره، الفقرة اب١ من المادة ١٥٠١ .

(٢) اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات رقم ١٨٩١ لسنة ١٩٩٨، الصادرة بقرار وزير

الماليّة رقم ١١٣٦٧١ لسنة ١٩٩٨، المادة ١١٠٢١ .

عن الآخر، فالهدف من فرض غرامة التأخير هو ضمان تنفيذ العقد ضمن المدة المتفق عليها في بنوده، وبالتالي ضمان سير المرفق العام بانتظام، في حين أن الهدف من الغرامة الفنية هو ضمان حصول الإدارة على المواصفات الفنية المتفق عليها في العقد.

الفرع الثاني - الطبيعة القانونية لغرامة التأخير:

اختلف موقف الفقه والقضاء حول الطبيعة القانونية لفرض غرامات التأخير بحق المتعاقدين المخل بالتزاماته مع الإدارة، فبينما ذهب اتجاه إلى اعتبار أن الأساس القانوني لتوقيع غرامات التأخير هو أساس تعاقدي، ذهب اتجاه آخر إلى اعتباره أساس غير تعاقدي، وهذا ما سنبحثه في هذا الفرع مع تبيان الحجج التي استند عليها كل من هذين الاتجاهين، وذلك على النحو الآتي:

أولاً - الاتجاه التعاقدي لغرامات التأخير:

ذهب جانب من فقهاء القانون العام، إلى اعتبار أن الأساس القانوني لتوقيع غرامات التأخير بحق المتعاقدين المقتصر مع الإدارة هو أساس تعاقدي، فلا يجوز للإدارة فرضها إذا لم يرد عليها نص في بنود العقد^(١).

أما إذا كانت بنود العقد تتضمن تحديداً لمقدار غرامات التأخير التي سيتحملها المتعاقد في حالة إهماله أو إخلاله بمدد التنفيذ، فإن هذا المقدار هو الذي يكون واجب التطبيق، ولو تعارض ذلك مع ما هو وارد في لائحة المناقصات والمزايدات، لأنه هو المقدار الذي اتجهت إليه إرادة المتعاقدين^(٢).

(١) د. سليمان الطماوي، الأسس العامة في العقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص ٤٩٥. و د. محمود حلمي، العقد الإداري، مرجع سبق ذكره، ص ٨٦.

(٢) د. عثمان أحمد عياد، مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص ٣٤٧.

فهذا الاتجاه يجد ما يسانده في بعض النصوص التشريعية والاجتهادات القضائية، حيث أن تشريعات المناقصات والمزايدات تقضي بفرض الغرامة وفقاً للأسس والحدود التي نصت عليها، أي توقيع غرامة التأخير حتى ولو لم ينص عليها العقد، حيث أن نصوص اللائحة تندمج في العقد طالما لم يستبعدا أطرافه صراحة.

كما قضت المحكمة الإدارية العليا المصرية في بعض أحكامها، على وجوب تطبيق ما ورد في نصوص العقد بشأن المقدار المحدد لغرامة التأخير، وليس لها كقاعدة عامة أن تخالفه أو أن تطبق في شأنه نصوص لائحة المناقصات، وذلك على اعتبار أن نصوص العقد أولى في التطبيق، عملاً بقاعدة الخاص يقيد العام، لأن مقدار الغرامة المحدد في العقد هو الذي ارتضاه المتعاقدان^(١).

ثانياً - الاتجاه غير التعاقدى لغرامة التأخير:

يرى أنصار هذا الاتجاه، أن الأساس القانوني لغرامة التأخير هو أساس غير تعاقدى، ذلك لأنها تُفرض بحكم القانون حتى في حالة سكوت نصوص العقد عن مسألة توقيعها، وذلك عندما يُخل المتعاقد مع الإدارة بالتزاماته^(٢)، على اعتبار أنه إذا نص العقد على بعض هذه الجزاءات فإن الأخرى توجد بحكم القانون^(٣).

ولكن هذا الاتجاه يتنازعه رأيان هما: الرأي الأول يقول: بأن الأساس القانوني

لحق الإدارة في توقيع غرامات التأخير يكمن في فكرة السلطة العامة، والتي تقوم على أساس أن الدولة تتمتع بحق السيادة والسلطان، ويكون لها تبعاً لذلك إرادة ذاتية منفردة

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية، بتاريخ ١٩٦٥/١٢/١١، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا في خمسة عشر عاماً ١٩٦٥ - ١٩٨٠، الجزء الثاني، الهيئة المصرية العامة للكتاب، القاهرة، ص ١٨٨٤.

(٢) د. علي خطار شطناوي، صلاحية الإدارة في فرض غرامة التأخير بحق المتعاقد معها، مرجع سبق ذكره، ص ٧٦. وفي الفقه الفرنسي: Rivero (J): Droit Administratif, Paris, Dalloz, 1985, No.12

(٣) De Laubadere (A): Traite des droit administratif, Tome(1), Paris, L.G.D.J., 1984, , No. 838

أعلى من إرادة المحكومين، ولا يخضع لسلطانها أي قيد باستثناء القيود التي تقوم هي بفرضها على نفسها، بمعنى أن هناك ارتباطاً بين سلطة الإدارة وتوقيع غرامة التأخير على المتعاقدين معها، بحيث يُعد توقيع هذا الجزاء من قبل الإدارة مظهراً من مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية، وتطبيقاً لامتيازاتها وبالذات امتياز التنفيذ المباشر^(١).

أما الرأي الثاني: فهو رأي مخالف لما ذهب إليه الرأي الأول تماماً، حيث اعتبر أن الأساس القانوني لحق جهة الإدارة في توقيع غرامة التأخير يقوم على مبدأ دوام سير المرفق العام بانتظام واضطرابه، فالإدارة هي الجهة المسؤولة بحكم وطبيعة وظيفتها عن تقديم الخدمات المرفقية العامة، وبالتالي ضمان سير هذه المرافق، وعليه يكون من حقها بل وواجبها أن تتخذ جميع الإجراءات التي تكفل سير العمل في هذه المرافق، وذلك بإجبار المتعاقدين المقصر مع الإدارة على تنفيذ التزاماته، بما في ذلك فرض الجزاءات عليه لضمان تنفيذ الالتزام المتصل بسير المرفق العام، وبالتالي تحقيقاً للمصلحة العامة^(٢).

مما سبق، وبعد النظر في الرأيين السابقين نلاحظ، أن الرأي الأول بعيد بعض الشيء عن المنطق القانوني والعدل، حيث أنه لو سلمنا به، فإن المتعاقدين مع الإدارة لو أدرك أن الأساس القانوني لفرض الإدارة لجزاءاتها، ومن بينها جزاء غرامة التأخير هو لمجرد تمتعها بامتيازات السلطة العامة، فإن ذلك سيؤدي لانصرافه عن التعاقد مع الإدارة، وذلك لاحتمال سوء استخدامها لهذه الامتيازات، في حين أن الرأي

(١) د. عبد الله طلبة، مبادئ القانون الإداري، الجزء الأول، مطبعة دار الكتاب، دمشق، ١٩٩٢، ص ٦٦. و د. أحمد عثمان عياد، مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص ٣٤١ و ٣٤٢.

(٢) د. فؤاد العطار، مبادئ القانون الإداري، الطبعة الثالثة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٦، ص ٥٩٧. و د. نصر الدين بشير، غرامة التأخير في العقد الإداري وأثرها في تسيير المرفق العام "دراسة مقارنة" رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، القاهرة، ١٩٩٨، ص ٤٣ و ٤٤.

الثاني هو الأقرب إلى الصواب، ويحد من تعسف الإدارة في استخدام امتيازاتها العامة، وذلك على خلاف مع فكرة السلطة العامة، وعليه نؤيد هذا الرأي.

أيضاً نجد، أن القضاء السوري والمصري قد اتفقا مع الرأي الثاني، وذلك من خلال تأكيد القضاء السوري في الكثير من أحكامه على: "اعتبار غرامات التأخير منوطة بتقدير الجهة الإدارية المتعاقدة باعتبارها القوامة على حسن سير المرفق العام... " (١).

كذلك قضت المحكمة الإدارية العليا المصرية بأن غرامات التأخير في العقود الإدارية مقررة ضماناً لتنفيذ هذه العقود في المواعيد المتفق عليها حرصاً على حسن سير المرفق العام بانتظام واضطراراً (٢).

من خلال عرض هذين الاتجاهين، نجد أن الأخذ بأي من الاتجاهين دون الآخر في جميع الأحوال لا يخلو من النقد، وينطوي على مجافاة للمنطق القانوني والعدالة، حيث نجد أن تحديد مقدار غرامة التأخير في العقد لم يأت عن عبث، بل له قيمة قانونية معينة تتجلى بأن هذا المقدار المتفق عليه في العقد، هو الأولى بالتطبيق في حالة تعارضه مع نصوص التشريعات التي تحكم العقد، وذلك تطبيقاً لقاعدة أن الخاص يقيد العام، وتطبيقاً لما اتجهت إليه إرادة المتعاقدين المشتركة، وعليه يكون الأساس القانوني لتوقيع غرامة التأخير في هذه الحالة أساساً تعاقدياً.

(١) صبحي سلوم، موسوعة العقود، مرجع سبق ذكره، ص ٣١٠. انظر حكم محكمة القضاء الإداري رقم ١١٤٣١، القضية ١١٥٦١، ١٩٧١.

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية بتاريخ ١٩٧٠/١٣/٢١، المجموعة ١١٥١ عاماً، مرجع سبق ذكره، ص ١٨٨٣.

في المقابل، إن اتصال العقود الإدارية بالمرفق العام، واحتوائها على شروط استثنائية غير مألوفة في العقود المدنية يعطي ذاتية خاصة لعملية تنفيذ العقد الإداري، باعتبار أن الإدارة هي القوامة على حسن أداء المرافق العامة لخدماتها، وكل ذلك في سبيل تحقيق المصلحة العامة، ومن هنا يكون للإدارة سلطة توقيع غرامات التأخير على المتعاقد معها عند سكوت العقد عن ذلك، فالغرامة لا تستهدف فقط تعويض الضرر، وإنما حث المتعاقد على التنفيذ الفعلي للعقد، ووفقاً لضرورات المصلحة العامة، وبناءً عليه يكون الأساس القانوني لفرض غرامة التأخير في هذه الحالة هو أساس غير تعاقدية يتمثل في امتيازات السلطة العامة التي تسعى الإدارة من خلالها إلى ضمان سير المرافق العامة بانتظام.

بالتالي فإن الأساس القانوني لتوقيع غرامة التأخير يختلف حسب مقتضى الحال، فهو تعاقدية إذا تم تحديد مقدار الغرامة في نصوص العقد وإلا فهو غير تعاقدية.

بعد الانتهاء من الحديث عن مفهوم وخصائص غرامة التأخير، والتميز بينها وبين الأنظمة المشابهة لها، ومعرفة الطبيعة القانونية لفرضها على المتعاقد المقصر في التزاماته مع الإدارة، لابدّ من معرفة القواعد النازمة لفرض غرامة التأخير، وحالات الإعفاء منها، وهذا ما سيكون محور دراسة المطلب الثاني.

المطلب الثاني

القواعد النازمة لفرض غرامة التأخير والإعفاء منها

لا يجوز للإدارة المتعاقدة أن تقوم بتوقيع غرامات التأخير بحق المتعاقد معها، إلا في الأحوال التي يخل بها هذا المتعاقد بالتزاماته، والمتمثلة بالتأخر في تنفيذ العقد في المواعيد المحددة والمتفق عليها في نصوص العقد، إلا أن الإدارة أثناء فرضها لجزاء غرامة التأخير ليست مُجردة من أي قيد أو التزام، بل يتوجب عليها الالتزام بمجموعة من الضوابط - حددها المشرع - تمثل ضمانات للمتعاقد معها، فلا يجوز أن يتم تحديد نسب هذه الغرامات إلا وفق ما هو محدد بالقانون، وبالتالي فإن التساؤل الذي يثور في هذا الصدد ما هو مقدار هذه الغرامات؟ وكيف يتم حسابها؟

من ناحية أخرى إذا كان تأخر المتعاقد في تنفيذ التزاماته المحددة في العقد يبرر فرض غرامة التأخير، إلا أن هذا التأخير قد يجد أسباباً تبرره في حالات معينة، الأمر الذي يستدعي إعفاء المتعاقد مع الإدارة من مسؤولية التأخير، وذلك إعمالاً لقواعد العدالة والإنصاف، فالسؤال الذي يطرح نفسه، ما هي الحالات التي تلتزم بها الإدارة بإعفاء المتعاقد معها من غرامات التأخير؟ ومن هي الجهات المسؤولة عن الإعفاء؟

بناءً عليه نقسم هذا المطلب إلى فرعين هما:

الفرع الأول: القواعد النازمة لفرض غرامة التأخير.

الفرع الثاني: القواعد النازمة للإعفاء من غرامة التأخير.

الفرع الأول - القواعد النازمة لفرض غرامة التأخير:

إن القواعد التي تحكم الإدارة المتعاقدة عند فرضها لغرامات التأخير، هي تلك المتعلقة بكيفية تحديد مقدار هذه الغرامات، والضوابط التي يتوجب على الإدارة التقيد بها أثناء ممارسة صلاحيتها، وأيضاً فيما إذا كانت هذه القواعد المتعلقة بغرامات التأخير قد حققت الآثار المرجوة منها أم لا، وكيفية معالجة الأمر في حال لم تُحقق الأثر المراد منها، وهذا ما سيتم مناقشته في هذا الفرع.

أولاً - كيفية تحديد مقدار غرامة التأخير:

إن تحديد مقدار غرامة التأخير يختلف من عقد إداري لآخر، حيث لا توجد قاعدة عامة تحكم تحديد هذا المقدار، فالإدارة أمام خيارين إما أن تحسب غرامات التأخير من قيمة ختام العمليات جميعها إذا كان الجزء المتأخر في تسليمه يمنع الانتفاع بما تم من العمل بشكل مباشر أو غير مباشر على الوجه الأكمل في المواعيد المحددة، وأما إذا رأت الإدارة أن هذا الجزء المتأخر لا يسبب شيئاً من ذلك، فيكون حساب غرامة التأخير في هذه الحالة من قيمة الأعمال المتأخرة فقط^(١).

إن القواعد النازمة لتحديد مقدار غرامة التأخير في التشريعات محل المقارنة قد أخذت هذه المسألة بعين الاعتبار، إلا أن هناك اختلاف بين المشرع السوري والمصري فيما يتعلق بمقدار غرامة التأخير، وفيما إذا كان هذا المقدار يفرض على جميع أنواع العقود، أم أن هناك خصوصية لبعض العقود، وذلك على النحو الآتي:

(١) د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص ٤٩١.

حيث أعطى المُشرّع السوري أهمية كبيرة لتحديد مقدار غرامات التأخير، ولكنه وضع نسبة واحدة لكل العقود، حيث حددها بحد أدنى وهو واحد بالألف من القيمة الإجمالية عن كل يوم تأخير، هادفاً بذلك إلى ترك الحرية للمتعاقدين في أمر تحديد هذه النسبة، وذلك حسب متطلبات العقد ودون النزول عن هذا الحد، وبالمقابل وضع حداً أعلى لا يجوز أن تتجاوزه غرامة التأخير هو ٢٠ % من القيمة الإجمالية للعقد، وحسناً ما اتجه إليه المُشرّع السوري عندما وضع هذه النسب، وذلك بسبب الاختلاف بين طبيعة العقود وأهميتها.

حيث نصت الفقرة ١١ من المادة ١٥٠١ من القانون رقم ١٥١١ الخاص بنظام العقود الموحد للجهات العامة، لعام ٢٠٠٤ على: " ألا تقل الغرامة اليومية عن ١٠،٠٠١ واحد بالألف من القيمة الإجمالية ولا يزيد مجموع غرامات التأخير على ٢٠ % ١ عشرين بالمئة من القيمة الإجمالية للتعهد....".

إذاً مما سبق نجد، أن المُشرّع ألزم الإدارة والمتعاقد معها على عدم الاتفاق على أقل من الحد الأدنى، وألزم الإدارة بالتوقف عن استيفاء الغرامات بمجرد أن تجاوز مجموعها الحد الأعلى، وهو ٢٠١% حيث نجد أن هذا التحديد أتى لمصلحة المتعاقد مع الإدارة، حيث تلتزم الإدارة بالتوقف عن ترتيب غرامات التأخير بمجرد تجاوز هذا الحد.

كما كرس القانون السلطة التقديرية للإدارة في مجال غرامات التأخير، حيث أجاز في بعض التعهدات ذات الطابع الخاص إنقاص غرامات التأخير عن النسب المذكورة سابقاً، إذا نص دفتر الشروط الخاصة والعقد على ذلك، كما أباح القانون للإدارة تحديد غرامات التأخير بشكل آخر أي خلافاً لما حددته المادة ١٥٠١ السالفة

الذكر، وذلك في حالات يحددها الوزير المختص بقرار صادر عنه تبعاً لماهيتها الذاتية^(١)، وواضح في هذه الحالة أن التعهدات ذات الطابع الخاص التي تعطي للإدارة حق إنقاص غرامات التأخير، إنما يعود تقديرها للإدارة حسب ظروفها، وطبيعة المرفق العام الذي تعمل على تسييره^(٢).

في حين ذهب المشرع المصري في قانون تنظيم المناقصات والمزايدات رقم ١٨٩١ لعام ١٩٩٨، إلى فرض غرامة التأخير طبقاً للأسس والنسب وفي الحدود التي تبينها اللائحة التنفيذية، بحيث لا يتجاوز مجموع غرامات التأخير (٣%) من قيمة العقد بالنسبة لشراء المنقولات وتلقي الخدمات والدراسات الاستثمارية والأعمال الفنية، و(١٠%) بالنسبة لمقاولات الأعمال والنقل^(٣)، كما نظمت اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات الصادرة بقرار وزير المالية رقم ١١٣٦٧١ لسنة ١٩٩٨، غرامات التأخير وحددت نسبها في عقود المقاولات والأشغال العامة، وذلك بنسبة (١%) عن كل أسبوع تأخير أو جزء منه دون أن تتجاوز هذه النسبة (١٠%) من قيمة العقد، وكذلك الأمر في عقود التوريد حددت نسبة لغرامة التأخير بواقع (١%) عن كل أسبوع تأخير أو جزء من أسبوع من قيمة الكمية التي يكون قد تأخر في توريدها، وبحد أعلى (٣%) من قيمة الكمية^(٤).

مما سبق، نجد أن المشرع المصري قد وضع نسب محددة لكل عقد تتراوح بين (٣%) وحتى (١٠%) من قيمة العقد وذلك تبعاً لأهميته، ووضع نسب تتراوح من (١%) وحتى (١٠%) من قيمة العقد لكل أسبوع تأخير أو جزء منه يتأخر فيه

(١) القانون الخاص بنظام العقود الموحد للجهات العامة، مرجع سبق ذكره، المادة ١٥١١.

(٢) د. مهند نوح، القانون الإداري، الجامعة الافتراضية، دمشق، بلا سنة نشر، ص ١٨٩.

(٣) قانون تنظيم المناقصات والمزايدات، مرجع سبق ذكره، المادة ١٢٣١.

(٤) اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات رقم ١٨٩١، مرجع سبق ذكره، المادتين ٨٣ و ٩٤.

المُتعاقد عن تنفيذ التزاماته، وذلك حسب نوع العقد وطبيعته، إذاً فالإدارة تتمتع بسلطة تقديرية فيما يتعلق بتحديد مقدار غرامة التأخير وفرضها على أساس القيمة الإجمالية للعقد إذا رأت أن الأعمال غير المنفذة قد حالت دون انتفاعها بالمشروع المُتعاقد عليه، أي أنّ هناك أهمية للأعمال المتأخر في تسليمها، حيث يعود للإدارة تقدير ذلك في ضوء ظروف تنفيذ العقد وبما يحقق الصالح العام، وحسناً ما اتجه إليه المشرع المصري في هذا المضمار حيث أن لكل عقد أهميته وطبيعته الخاصة به، والتي تستوجب رفع أو تخفيض غرامة التأخير حسب نوع العقد وطبيعته.

من خلال استعراض موقف المشرعين السوري والمصري فيما يتعلق بتحديد مقدار غرامة التأخير، نجد أن كل مشرع اتبع أسلوب مختلف عن الآخر بعض الشيء حيث أن كلاهما وضع حدين أدنى وأعلى لنسب غرامة التأخير، إلا أن المشرع السوري جعلها شاملة لجميع أنواع العقود، بينما المشرع المصري حدد لكل عقد نسبته الخاصة به، وبالرغم من أن كلا الموقفين صحيح في تحديده لمقدار غرامة التأخير، إلا أن الأصح في اعتقادي أن يتم الدمج بين الأسلوبين، بحيث يتم وضع نسبة عامة لكل العقود مع تخصيص العقود المهمة في كل من البلدين بنسبة خاصة بها، كعقود الالتزام على سبيل المثال بحيث تفرض غرامة تأخير تتراوح بين (١%) وحتى (٥%) من قيمة العقد بالنسبة لكل العقود باستثناء عقود الالتزام تكون نسبتها من (٤%) وحتى (١٠%) من القيمة الإجمالية للعقد، والهدف من ذلك التأكيد على أهمية هذه العقود ولمخاطر التأخر في تنفيذها لذلك كان لابد من تحديد نسب خاصة بها.

ثانياً- تجزئة غرامة التأخير:

قد يقوم المُتعاقد مع الإدارة بتنفيذ جزء من العقد ويتأخر عن تنفيذ الجزء الآخر لسببٍ ما، فهل يجوز للإدارة في هذه الحالة تجزئة غرامات التأخير بحيث لا تطبق إلا على الجزء المتأخر في العقد؟

في الواقع ذهب كل من المشرع السوري والمصري إلى إمكانية تجزئة غرامات التأخير، مع تشدد المشرع السوري في الشروط المطلوبة لهذه التجزئة حيث لم يكتفِ بشرط أن يكون الجزء المتأخر في تسليمه مستقلاً في الاستعمال عن باقي المواد الأخرى المسلمة، بل تتطلب أن يُنص على ذلك في دفتر الشروط الخاصة أو الإعلان مع أن يكون تسليم المواد الأخرى قد تم ضمن المواعيد المحددة.

حيث نصت أ^١ من المادة ١٥٠١ من قانون العقود الموحد للجهات العامة على أنه: ".... يجوز أن يتم حساب غرامات التأخير اليومية على أساس قيمة الجزء المتأخر في تسليمه إذا نص دفتر الشروط الخاصة أو الإعلان على ذلك شريطة تحقيق الشرطين المتلازمين الآتيين: ١- أن يتم تسليم المواد الأخرى ضمن المواعيد المحددة. ٢ - أن يكون الجزء المتأخر تسليمه مستقلاً في الاستعمال العادي عن باقي المواد الأخرى المسلمة"^(١).

في حين نجد، أن المشرع المصري ذهب إلى أن تحسب غرامة التأخير من قيمة ختام العمليات جميعها، إذا رأت الإدارة أن الجزء المتأخر في تسليمه يمنع الانتفاع بما تم من العمل -سواء بشكل مباشر أو غير مباشر- على الوجه الأكمل في المواعيد المتفق عليها في نصوص العقد، أما إذا كان الجزء المتأخر في تسليمه لا يسبب شيئاً

(١) القانون الخاص بنظام العقود الموحد، مرجع سبق ذكره، المادة ١٥٠١ فقرة أ^١.

من ذلك، فيكون حساب غرامة التأخير بالنسب والأوضاع المحددة من قيمة الأعمال المتأخرة فقط، أي أن المشرع اكتفى فقط بشرط استقلالية الجزء المتأخر في تسليمه في الاستعمال العادي عن باقي الأجزاء الأخرى المسلمة^(١).

وتمثيلاً لذلك: لو نص العقد على توريد المواد المتفق عليها على خمس دفعات، وكانت كل دفعة مستقلة في الاستعمال عن باقي المواد الأخرى، فإذا تأخر المورد عن توريد الدفعة الأولى، فإنّ غرامة التأخير تحسب على أساس قيمة الجزء المتأخر في تسليمه أي على أساس قيمة هذه الدفعة، أما إذا تأخر المورد عن توريد مواد الدفعة الثانية مع إحدى الدفعات الأخرى، فإنّ غرامة التأخير تُحتسب على أساس القيمة الإجمالية للتعهد، وليس على أساس الجزء المتأخر، لانتفاء شرط من شروط تطبيق هذا المبدأ وهو تسليم المواد الأخرى في المواعيد المحددة، أما إذا كانت هذه الدفعات مرتبطة مع بعضها البعض بحيث لا يمكن الاستفادة من دفعة دون الدفعة الأخرى، فإن الدفعة المتأخر في تسليمها تحسب غرامة التأخير لأجلها على أساس القيمة الإجمالية للتعهد، وليس على أساس الجزء المتأخر في تسليمه، وذلك لانتفاء شرط وهو أن يكون الجزء المتأخر في تسليمه مستقلاً في الاستعمال العادي عن باقي الأجزاء المسلمة^(٢).

مما سبق، نؤيد ما ذهب إليه المشرع السوري من ضرورة التشدد في الشروط المطلوبة لإمكانية تجزئة غرامات التأخير، وذلك في سبيل حث المتعاقد على تنفيذ التزاماته بشكل كامل في المواعيد المحددة في العقد، ولكي لا تكون إمكانية

(١) اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات رقم ١٨٩١، مرجع سبق ذكره، المادة ١٨٣١.

(٢) المجموعة الذهبية الحديثة للآراء الصادرة عن القسم الاستشاري في مجلس الدولة السوري، مكتبة الأسد، دمشق، لعام ٢٠١٦، ص ١٢٧-١٣٢.

التجزئة ثغرة يمكن أن يتذرّع بها المُتعاقد مع الإدارة في حال تقصيره في تنفيذ التزاماته، ونتمنى من المُشرّع المصري، أن يكون أكثر دقة في الشروط المطلوبة لإمكانية تجزئة غرامات التأخير، ويحذو حذو المُشرّع السوري في هذا الموضوع .

ثالثاً - الآثار الناجمة عن فرض غرامة التأخير:

تهدف الإدارة المُتعاقدة من فرض جزاء غرامات التأخير إلى حثّ المُتعاقد معها على ألا يتأخر عن تنفيذ التزاماته العقدية، والوفاء بها ضمن المُدد المحددة في نصوص العقد، وبالتالي تفادي تعطيل سير المرفق العام، ولكن في الحقيقة قد لا يكون لغرامات التأخير في بعض الأحيان الأثر الكافي لحثّ المُتعاقد مع الإدارة على تنفيذ التزاماته وفق المُدد المُتفق عليها في بنود العقد، وبالتالي فإنّ الإدارة هنا تواجه صعوبة على حثّ المُتعاقد معها للتنفيذ في المدد المُحددة، وخصوصاً إذا ما تراكمت غرامات التأخير إلى الحد الأعلى المنصوص عليه من القيمة الإجمالية للعقد، فكان لأبْد من أن يكون هنالك جزاء أكثر شدة يتناسب مع هذا التراخي الشديد من قبل المُتعاقد مع الإدارة.

وهذا ما ذهب إليه التشريع في الدول محل المقارنة، حيث أعطى للإدارة الحق في سحب الأعمال من المقاول والتنفيذ على حسابه، وذلك حرصاً من الإدارة على إنجاز هذه الأعمال، وكذلك الحق في إنهاء التعاقد فيما يتعلق بالأصناف التي تأخر المورد في توريدها.

حيث أكد المُشرّع السوري في الفقرة ١١ من المادة ١٥٤١ من القانون رقم ٥١/الخاص بنظام العقود الموحد للجهات العامة على أنّه: "يحقّ لآمر الصرف أن يقرر سحب تنفيذ التعهد من المتعهد وتنفيذه على حسابه".

وتابع في البند الخامس من ذات الفقرة ١٨ الحالات التي تُبيح ذلك: "إذا أخلّ ببرنامج العمل الموضوع بحيث يُخشى ألا يُنجز في موعده إذا كانت هناك ضرورة فنية أو إدارية استثنائية لإنجازه في هذا الموعد أو كان من المنتظر أن تجاوز غرامة التأخير النسب المحددة في المادة ٥٠/ من هذا النظام أو جاوزته فعلاً" ^(١).

نلاحظ مما سبق، أن المُشرّع السوري قد أعطى للإدارة الحق في أن تصدر من خلال أمر الصرف قراراً بسحب الأعمال من المتعهد الذي يُخل ببرنامج عملها، ويكون من شأن ذلك أن يصل مقدار غرامات التأخير إلى الحد الأعلى، وكذلك منحها سلطة تقديرية واسعة عندما أجاز لها إصدار مثل هذا القرار، إذا كانت تتوقع بأن هذه الغرامات ستتجاوز الحد الأعلى المنصوص عليه بالاستناد إلى ظروف الواقع، ويمكن القول هنا أن المُشرّع قد منح الإدارة هذه السلطة لإعطائها القدر الأكبر من الحرية لتحقيق ما هو الأنسب والأفضل للصالح العام.

لكن تجدر الإشارة بأن الإدارة لا يجوز لها أن تتفق مع المتعهد في العقد سلفاً على التنازل عن اتخاذ قرار سحب الأعمال؛ لأنّه يُعد من النظام العام فأى اتفاق على التنازل عنه يُعد باطلاً ^(٢).

من الملاحظ أيضاً، أن الاجتهاد القضائي السوري استقر بأنّ للإدارة الحق بأن تقوم بإجراء مقاصة بين التأمينات النهائية العائدة للعقد من جهة، وغرامات التأخير من جهة أخرى، حيث أن ذلك كان واضحاً في أحد قرارات المحكمة الإدارية العليا السورية الذي ذهب إلى " أن المُتعاقّد مع الإدارة يستعيد المبلغ المُتبقى من أصل

(١) القانون الخاص بنظام العقود الموحد للجهات العامة، مرجع سبق ذكره، المادة ١٥٤١.

(٢) د. محمد الحسين و د. مهدي نوح، العقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص ٢٥٣.

التأمينات المقدمة من قبلها، والناجم عن عملية التّقص بين استحقاقات الطرفين الناجمة عن العقد أي التّقص بين غرامات التأخير والتأمينات النهائية^(١) .

في نفس الاتجاه ذهب **المُشرّع المصري**، حيث أكدت اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات، على أنّه في حالة عدم قيام المورد بالتوريد ضمن المدد المحددة في العقد أو خلال المهلة الإضافيّة، فيكون من حق الإدارة المتعاقدة أن تتخذ أحد الإجراءات - وذلك طبقاً لما تقرره السلطة المختصة ووفقاً لما تقتضيه مصلحة العمل - فلها شراء الأصناف التي لم يُقّم المورد بتوريدها من غيره، ولكن على حسابها بذات الشروط والمواصفات المتعاقد عليها، أو إنهاء التعاقد فيما يختص بهذه الأصناف، وفي كلا الحالتين يصبح التأمين النهائي من حق الإدارة، ويكون لها أن تخصم ما تستحقه من غرامات وقيمة كل خسارة تلحق بها من أيّة مبالغ مستحقة أو تستحق للمتعاقد لديها، وعند عدم كفايتها تلجأ إلى خصمها من مستحقاته لدى أيّة جهة إدارية أخرى أيّاً كان سبب الاستحقاق، ودون حاجة لاتخاذ أي إجراءات قضائية، ولكن مع ملاحظة أن المورد إذا تأخر عن توريد الأصناف المتعاقد عليها إلى ما بعد انتهاء السنة الماليّة المكلف بالتوريد فيها، فإنّه يجب أن تقوم الإدارة بإلغاء العقد عن الكمية الباقية، ما لم تقرر الجهة الإداريّة حاجتها لهذه الأصناف في السنة الماليّة الجديدة، وبشرط سماح الاعتمادات الماليّة المختصة^(٢).

بعد الإنتهاء من البحث في آلية اقتطاع غرامات التأخير وتحديد مقدارها وآثارها، لا بدّ من معرفة القواعد النازمة لحالات الإعفاء من غرامات التأخير، وهذا ما سنوضّحه في الفرع الثّاني.

(١) القرار الصادر عن المحكمة الإداريّة العليا في سورية، غير منشور، رقم (١٠٧٩/ع/١)، لعام ٢٠١٤، في الطعن ذي الرقم (١٠٧٤) بتاريخ (٢٠١٤/٢/١٠) .

(٢) اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات، مرجع سبق ذكره، المادتين ٩٤ و ٩٥ .

الفرع الثاني - القواعد النازمة للإعفاء من غرامات التأخير:

إن فكرة التنفيذ المباشر تعطي للإدارة سلطة توقيع الجزاءات - ومن بينها غرامات التأخير - على المتعاقد معها، وإذا كان هذا حتماً فمن باب أولى أن تملك الإدارة الإعفاء من توقيعها، وذلك انطلاقاً من قواعد العدالة والإنصاف، حيث تملك الإدارة سلطة تقديرية في توقيع غرامة التأخير أو الإعفاء منها أو تخفيضها، ولكن هناك حالات يكون فيها الإعفاء **وجوبي** بمقتضى نص القانون، وتبعاً لذلك سيتم دراسة حالات إعفاء المتعاقد من غرامات التأخير بصورتين إحداها **جوازية** والأخرى **وجوبية**.

أولاً - الإعفاء الجوازي من غرامة التأخير:

تتمتع الإدارة المتعاقدة في مجال إعفاء المتعاقد معها من غرامة التأخير كلياً أو جزئياً بسلطة تقديرية إذا ما قدرت أن لذلك محلاً^(١)، وهذا الأمر متفق عليه فقهاً وقضاءً وتشريعاً في الدول محل المقارنة.

إذا كان المبرر الأول لإعمال الإدارة لسلطتها التقديرية في مجال الإعفاء من غرامة التأخير، يجد أساساً له في كون الجهة الإدارية هي الأقدر على تقدير احتياجات المرفق العام، وبالتالي ضمان حسن سيره بانتظام، فإنّ عدم إلحاق ضرر بالإدارة نتيجة التأخير الحاصل من قبل المتعاقد، يصلح لأن يكون مبرراً ثانياً للإعفاء من غرامة التأخير إذا قدرت الإدارة أنّه لم يترتب على هذا التأخير إلحاق ضرر بها^(٢)، وهذا ما أقره **المُشرّع المصري** في قانون تنظيم المناقصات والمزايدات، حيث جعل عدم تحقق

(١) د. محمد فؤاد عبد الباسط، أعمال السلطة الإدارية، مكتبة الهداية، الإسكندرية، ١٩٨٩، ص ٤٢٧.

(٢) د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص ٢٧١.

الضرر سبباً لإعفاء المُتعاقد من غرامة التأخير، ولكن بشرط عرض الأمر على إدارة الفتوى المختصة بمجلس الدولة^(١).

كما تستطيع الإدارة إعفاء المُتعاقد معها من غرامة التأخير، وذلك تبعاً للظروف التي يمر بها تنفيذ العقد وتبعاً لظروف المُتعاقد أيضاً، وتطبيقاً لذلك قررت المحكمة الإدارية العليا المصرية: " أن للإدارة أن تُقدر الظروف التي يتم فيها تنفيذ العقد وظروف المُتعاقد، فتعفيه من تطبيق الجزاءات المنصوص عليها في العقد كلها أو بعضها بما في ذلك غرامة التأخير، إذا قدرت أن لذلك محلاً، كما لو قدرت أنه لم يلحق المصلحة العامة أي ضرر من جراء التأخير أو غير ذلك من الظروف"^(٢).

والإعفاء الجوازي من غرامة التأخير قد يكون ضمناً، حيث أن إقرار الإدارة بعدم حرصها على تنفيذ المُتعاقد لالتزاماته في المواعيد المحددة في العقد، ترتباً على أن تنفيذه في هذا الوقت كان غير لازم، فإنّ هذا الإقرار يعد بمثابة إعفاء ضمني للمُتعاقد من غرامة التأخير^(٣).

لكن قد تعترض طريق المُتعاقد مع الإدارة أثناء تنفيذه للعقد مجموعة من الصعوبات، إلا أنّ هذه الصعوبات لا ترقى إلى مرتبة القوة القاهرة أو فعل الأمير، وينتج عن ذلك عدم قدرة المُتعاقد على تنفيذ التزاماته في الآجال والمواعيد المحددة في بنود العقد، وعليه إذا قدم المُتعاقد إلى الإدارة طلب رسمي بمنحه مهلة جديدة للتنفيذ، ووافقت على ذلك دون تحفظ من جانبها، فإن ذلك يعد بمثابة إعفاء من غرامة التأخير،

(١) القانون الخاص بتنظيم المناقصات والمزايدات، مرجع سبق ذكره، المادة ٢٣.

(٢) د. منصور إبراهيم العتوم، النظام القانوني لغرامة التأخير في العقود الإدارية "دراسة مقارنة"، مرجع سبق ذكره، ص ٣٧٠. و انظر قرار المحكمة الإدارية العليا المصرية، بتاريخ ١٩٧٠/١٣/٢١، مجموعة المبادئ التي قررتها في خمسة عشر عاماً، مرجع سبق ذكره، ص ١٨٨٣.

(٣) د. محمد فؤاد عبد الباسط، القانون الإداري، مرجع سبق ذكره، ص ٥٥٨.

وهذا ما أكدت عليه محكمة القضاء الإداري المصرية، حيث اعتبرت أن حالات التأخير التي قد تحصل في تنفيذ الالتزام لا ترجع دائماً إلى خطأ من جانب المتعاقد، حيث أن المتعهد يبرأ من كل مسؤولية إذا طلب رسمياً مهلة جديدة، ووافقت الإدارة على ذلك دون تحفظ من جانبها^(١).

لكن حتى يستفيد المتعاقد مع الإدارة من مهلة جديدة للتنفيذ، يتوجب عليه أن يبذل قصارى جهده من خلال الحرص الشديد على عملية التنفيذ بالرغم من وجود تلك الصعوبات، لأنّ ذلك يكون مبرراً لإعفائه من فرض غرامة التأخير بحقه، إلا أنّ عملية التمديد تدخل ضمن صلاحيات الإدارة وسلطاتها، وقد يكون هذا التمديد بصورة صريحة أو ضمنية، حيث تتجلى الصورة الصريحة للتمديد في حالة إفصاح الإدارة صراحةً وبشكل رسمي على منح المتعاقد معها مهلة إضافية، وذلك بعد طلب يقدم من قبله وتوافق عليه الإدارة دون تحفظ، في حين أن التمديد الضمني يكون في الحالة التي تنقضي فيها مدد التنفيذ المحددة في العقد، ولكن الإدارة التزمت الصمت ولم تفرض أي إجراء أو جزاء بحق المتعاقد معها المُهمل أو المُقصر^(٢).

في نفس الاتجاه ذهب المُشرّع السوري حيث أعطى القانون رقم ١٥١١ الخاص بنظام العقود الموحد للجهات العامّة الحق للوزير حصراً في الإعفاء من غرامات التأخير، وذلك في حالات محددة يعود أمر تقديرها له، كما أن للوزير أن يحدد نسب

(١) د. سعيد نحيلي و د. عيسى الحسن، القانون الإداري، مرجع سبق ذكره، ص ٣٨٠. وانظر حكم محكمة القضاء الإداري المصرية، بتاريخ ١٩٥٦/١١/١١، حيث ذهبت إلى: ".... إن حالات التأخير في تنفيذ الالتزام لا ترجع دائماً وحتماً إلى خطأ في جانب المتعهد، فمن المسلم به فقهاً وقضاً أن المتعهد يبرأ من كل مسؤولية إذا طلب المتعهد رسمياً مهلة جديدة للتوريد ووافقت الإدارة على ذلك دون تحفظ من جانبها".

(٢) د. عادل قرانة، إعفاء المتعاقد مع الإدارة من غرامة التأخير، مجلة التواصل في الاقتصاد والإدارة والقانون، العدد ٣٥، جامعة سكيكدة، ٢٠١٣، ص ١٨٤ و ١٨٥.

غرامات التأخير على نحو مختلف لما نصت عليه المادة ١٥٠١ من القانون السالف الذكر^(١).

مما سبق، نجد أن المشرع المصري كان أكثر توفيقاً من المشرع السوري فيما يتعلق بالإعفاء من غرامة التأخير إذا لم يلحق بالإدارة أية ضرر، حيث يُعرض الأمر على إدارة الفتوى المختصة في مجلس الدولة المصري، حيث تُعتبر إدارة الفتوى هيئة مستقلة عن جهة الإدارة المتعاقدة، تُدرس كل حالة بتجرد وتبدي رأيها على ضوء ذلك، في حين نجد أن المشرع السوري حصر أمر الإعفاء من غرامة التأخير بالوزير، وذلك في حالات يعود أمر تقديرها له، حيث كان الأحرى بالمشرع السوري ذكر هذه الحالات وعدم إعطاء الوزير هذه السلطة الواسعة، وعرض كل حالة لدراسة إدارة الفتوى المختصة في مجلس الدولة السوري.

كما نجد، أنّ الإعفاء الجوازي من غرامات التأخير يستمد مبرراته من السلطة التقديرية التي تتمتع بها الإدارة، كونها المسؤولة عن حسن سير المرفق العام، وكذلك عندما لا يلحق بالإدارة أية ضرر من جراء تأخر المتعاقد في تنفيذ التزاماته، فالإدارة بالرغم من أنّها تسعى إلى تحقيق المصلحة العامة، فهي لا تهدف إلى الإضرار بمصلحة المتعاقد الخاصة طالما لم يكن هناك من دواعٍ لاستعمال امتيازاتها.

ثانياً - الإعفاء الوجوبي من غرامة التأخير:

يُلزم القانون في بعض الحالات الإدارة المتعاقدة بإعفاء المتعاقد معها من غرامات التأخير، حيث تكون سلطة الإدارة مُقيدة في هذه الحالة، إذ لا تستطيع سوى

(١) القانون الخاص بنظام العقود الموحد للجهات العامة، مرجع سبق ذكره، المادة ١٥١١ حيث نصت في الفقرة ١ منها على: "يجوز الإعفاء من غرامات التأخير أو تحديدها بشكل آخر في حالات تحدّد بقرار من الوزير المختص تبعاً لما هيته الذاتية".

الإعفاء من هذه الغرامة طالما تحققت الأسباب التي حددها القانون على سبيل الحصر، فالتأخير قد لا يكون راجعاً إلى إرادة المتعاقد مع الإدارة، إنما خارجاً عن إرادته بسبب عمل صادر عن الإدارة أو بسبب ظروف استثنائية أو قوة قاهرة تؤدي إلى التأخر في تنفيذ التزاماته، وفي هذا المجال سنقوم بدراسة النظريات التي تحكم هذه الحالات.

١ - نظرية فعل الأمير:

أ - تعريف نظرية فعل الأمير: هو عمل يصدر عن السلطات العامة - دون أن يقع خطأ من جانبها- ويؤدي بالنتيجة إلى جعل تنفيذ العقد الإداري أكثر إرهاقاً للمتعاقد، وبالتالي إخلالاً في مركزه المالي، حيث تلتزم جهة الإدارة المتعاقدة بتعويض المتعاقد المضرور بناءً على طلبه عن جميع الأضرار التي لحقت به نتيجة ذلك العمل، وبالتالي يعود التوازن المالي للعقد^(١).

ب - شروط تطبيق نظرية فعل الأمير:

١ - أن يتصل الإجراء الصادر عن السلطة العامة بعقد إداري: إذ أن فكرة عمل الأمير من الأفكار التي لا نظير لها في القانون الخاص، ومادام هذا الفعل غير متوقع ويزيد من العبء المالي للمتعاقد، فوجب أن نكون بصدد عقد إداري، لذلك لا محل لتطبيق هذه النظرية إلا بصدد منازعات متعلقة بعقد إداري.

٢ - يتعين أن يكون الإجراء صادر عن سلطة عامة، فلا يشترط صدوره عن الجهة العامة التي أبرم العقد معها، فصدوره عن الأخيرة أو عن الدولة أو إحدى الهيئات أو المؤسسات التابعة لها سواء^(٢).

(١) د. محمد الحسين و د. مهند نوح، العقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص ٣١٠ وما بعدها.

(٢) نفس المرجع، ص ٣١٢ وما بعدها.

تجدر الإشارة إلى أن الأمر يختلف بالنسبة لما هو قائم لدى كل من القضاءين السوري والمصري، فالأمر على النقيض حيث ذهبت محكمة القضاء الإداري المصرية إلى أن يكون الفعل المشروع المكون لعمل الأمير صادراً من الجهة الإدارية المتعاقدة، حيث تطبق في هذه الحالة فقط نظرية فعل الأمير، أما في حال صدور الفعل من شخص معنوي عام غير الذي قام بإبرام العقد يتم تطبيق نظرية الظروف الطارئة إذا توافرت شروطها، وذلك بسبب تخلف أحد شروط تطبيق نظرية فعل الأمير^(١).

أما في سورية تعد التشريعات التي تصدر عن الدولة، والتي يكون لها تأثير على العقود المبرمة بواسطة الأجهزة المختلفة، بمثابة إجراء صادر عن جهة الإدارة المتعاقدة^(٢)، ويستحق المتعاقد بموجب هذه التشريعات تعويضاً كاملاً عن الأضرار التي لحقت به من جرائها، وذلك عملاً بنظرية فعل الأمير^(٣).

وفيما يتعلق بغرامات التأخير من هذه الناحية، فقد تكرر هذا المبدأ في العديد من اجتهادات المحكمة الإدارية العليا السورية ومنها: "إن مدد التأخير في تنفيذ الأعمال العقدية الناجمة عن الإدارة المتعاقدة أو إحدى الإدارات أو المؤسسات العامة يتعين تبريرها للمتعهّد"^(٤).

(١) د. محمد فؤاد عبد الباسط، القانون الإداري، مرجع سبق ذكره، ص ٥٧٧.

(٢) صبحي سلوم، موسوعة العقود، مرجع سبق ذكره، ص ٣٣٨. انظر حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ١٦٢١ في الطعن ١٣١٠١ لعام ١٩٧٥، حيث ذهب إلى أن "الدولة بكل مؤسساتها كل لا يتجزأ إذا تسبب واحدها بتأخير تنفيذ عقد عاد أثر ذلك على المؤسسات جميعاً".

(٣) د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص ١٩٣.

(٤) مصباح المهاني، مبادئ القضاء الإداري، الطبعة الخامسة، مؤسسة النوري، دمشق، بلا سنة نشر، ص

مثال ذلك: تأخر إحدى مؤسسات القطاع العام في تسليم المتعهد كميات الإسمنت المتفق عليها يوجب تبرير مدة التأخير، وبالتالي إعفاء المتعهد من غرامة التأخير، إذا أدى ذلك إلى تأخير المتعهد في تنفيذ الأعمال المتفق عليها في العقد^(١).

مما سبق، نؤيد ما ذهب إليه اتجاه القضاء في سورية حيث أخذ بمبدأ وحدة الجهة العامة فيما يتعلق بتطبيق نظرية فعل الأمير، وهذا الاتجاه أكثر عدلاً وإنصافاً من اتجاه القضاء المصري، حيث أن المتعاقد لم يقترف أية خطأ، وهو يقوم بتنفيذ التزاماته التعاقدية والضرر الذي لحق به ما هو إلا نتيجة عمل إداري ملزم بتنفيذه سواء صدر عن الجهة المتعاقدة أو غيرها، وكان الأحرى بالقضاء المصري أن يسلك الطريق الذي تبناه القضاء السوري فيما يتعلق بهذا الموضوع.

٣ - أن يكون الإجراء الصادر عن الإدارة غير متوقع: إن عدم التوقع يكفي أن يكون لحظة إبرام العقد، حيث أنها هي المعيار الذي يُعتمد به لتقدير شرط عدم التوقع، فإذا ما كان يتوقع هذا الأمر لا يكون له الحق في المطالبة بالتعويض عما أصابه من ضرر^(٢).

٤ - يجب أن يؤدي هذا الإجراء إلى إلحاق الضرر بالمتعاقد مع الإدارة، ولا يشترط أن يكون الضرر على درجة معينة من الجسامة حيث يكفي أن يؤدي إلى اختلال التوازن المالي للعقد.

٥ - أن يكون عمل الأمير في حدود سلطاته ودون خطأ من جانبه، فمسؤولية الإدارة في نطاق نظرية فعل الأمير، مسؤولية عقدية بلا خطأ^(٣).

(١) صبحي سلوم، موسوعة العقود، حكم المحكمة الإدارية العليا السورية، رقم ١٣٩٩١ في الطعن ١٥١ لعام ١٩٨٤، مرجع سبق ذكره، ص ٣٣٧.

(٢) د. محمد الحسين و د. مهند نوح، العقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص ٣١٤.

(٣) د. سعيد نحيلي و د. عيسى الحسن، العقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص ١٩٩.

ج - الآثار المترتبة على تطبيق نظرية فعل الأمير:

عندما تتوافر شروط تطبيق نظرية فعل الأمير يكون للمتعاقد مع الإدارة الحق في الحصول على تعويض كامل، على نحو يعود معه التوازن المالي للعقد إلى ما كان عليه قبل صدور هذا الفعل، ويشمل التعويض الذي يستحقه المتعاقد ما لحقه من خسارة وما فاتته من كسب، حيث تتمثل الخسارة بالمصروفات الفعلية التي أنفقها المتعاقد، ويشمل الكسب الذي فات المتعاقد المبالغ المعقولة التي كان يعول عليها لولا اختلال المركز المالي لعقده نتيجة فعل الأمير^(١).

إلا أن أهم الآثار المترتبة على نظرية فعل الأمير - والتي هي مدار بحثنا - تتمثل بالإعفاء من غرامات التأخير، حيث أن المتعاقد مع الإدارة ملزم بتنفيذ التزاماته العقدية في المدد المحددة في بنود العقد، إلا أنه قد يصدر عن الإدارة فعل ما يؤدي إلى تأخر المتعاقد في تنفيذ العقد، وبما أن الإدارة هي المسؤولة عن هذا الفعل الذي قامت به تجاه المتعاقد معها، فيتم هنا تبرير إعفاء المتعاقد مع الإدارة بشكل كلي أو جزئي من غرامات التأخير، ويعتبر البعض أن الإعفاء هنا عبارة عن مقاصة عن الضرر الذي أصاب المتعاقد^(٢).

إلا أنه يجب على المتعاقد أن يطالب الإدارة بعدم توقيع غرامات التأخير، طالما أن التأخير الحاصل كان ناجماً عن استعمالها لسلطاتها العامة سعياً منها لتحقيق الصالح العام، وسواء أكان هذا الفعل صادراً عن الدولة بكل أجهزتها الإدارية أو عن الإدارة المتعاقدة، وهذا ما أكد عليه مجلس الدولة السوري حيث أصدر أحكاماً تتقاطع

(١) د. محمد فؤاد عبد الباسط، القانون الإداري، مرجع سبق ذكره، ص ٥٨٠.

(٢) د. محمد الحسين و د. مهدي نوح، العقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص ٣٢٨. وبنفس المعنى، د. سعيد

نحيلي و د. عيسى الحسن، العقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص ١٩٩ و ٢٠٠.

مع هذه النظرية، وتكرس ذلك في العديد من الاجتهادات منها أن: "المتعهد لا يكون مسؤولاً عن التأخير الواقع بسبب من الإدارة أو إحدى الجهات العامة"^(١).

حيث قنّن المشرّع السوري هذا المبدأ في القانون ١٥١١ الخاص بنظام العقود الموحد لعام ٢٠٠٤، حيث نصت الفقرة ١٨ من المادة ١٥٣١ على: "لا يكون المتعهد مسؤولاً عن التأخير الواقع بسبب من الجهة العامة أو الجهات العامة الأخرى".

مما سبق، يُمكن القول: إنّ المشرّع السوري كان مُنصفاً ومسايراً لمبادئ العدالة والإنصاف عندما عالج هذا الموضوع، حيث ألزم الإدارة بالتعويض عن الضرر جراء هذا الفعل، وكذلك أعفى المتعاقد من غرامات التأخير.

بالمقابل، نجد أنّ المشرّع المصري أكد في قانون تنظيم المناقصات والمزايدات رقم ١٨٩١ لعام ١٩٩٨، على إعفاء المتعاقد مع الإدارة من غرامات التأخير إذا ثبت أن هذا التأخير ناجم عن أسباب خارجة عن إرادته، وألزم الإدارة بأخذ رأي إدارة الفتوى المختصة بمجلس الدولة في هذا الخصوص^(٢).

مما سبق، نجد أنّ المشرّع السوري كان أكثر وضوحاً في حالات الإعفاء من غرامات التأخير حيث نص عليها بصراحة، وبشكل مفصل في المادة ١٥٣١ من القانون رقم ١٥١١ الخاص بنظام العقود الموحد للجهات العامة، وذلك بعكس المشرّع المصري في المادة ١٢٣١ من القانون رقم ١٨٩١ الخاص بتنظيم المناقصات

(١) مصباح المهائني، مبادئ القضاء الإداري، مرجع سبق ذكره، ص ٢٤٢. وأيضاً نبيل الصائغ وعبد الحي والي، أحكام العقد الإداري في القانون السوري، نصوص قانونية ومراسيم جمهورية وبلاغات رئاسة مجلس الوزراء حتى تاريخ ١٩٨٢/١٥١، مكتبة الطالب، دمشق، بلا سنة نشر، ص ١٥٧.

(٢) قانون تنظيم المناقصات والمزايدات، مرجع سبق ذكره، المادة ١٢٣١ حيث نصت على: " يعفى المتعاقد من الغرامة، بعد أخذ رأي إدارة الفتوى المختصة بمجلس الدولة، إذا ثبت أن التأخير لأسباب خارجة عن إرادته...".

والمزايدات، حيث نص عليها بشكل عام، وكان عليه أي المُشرع المصري التفصيل في هذا الموضوع نظراً لأهميته.

٢ - نظرية الظروف الطارئة:

أ- تعريف نظرية الظروف الطارئة: هي تلك الأحداث الغير مُتوقعة لحظة إبرام العقد، وغير ناتجة عن فعل أي من المُتعاقدين تحدث أثناء تنفيذ العقد، ويُصبح معها تنفيذ العقد مُرهقاً أكثر من المُتوقع من غير أن تجعل العقد مُستحيل التنفيذ، بحيث تُلحق بالمُتعاقد مع الإدارة خسائر كبيرة تؤدي إلى قلب التوازن المالي للعقد، مما يستوجب على الإدارة أن تقوم بتعويض المُتعاقد معها تعويضاً جزئياً نتيجةً لهذه الظروف الطارئة من أجل تمكينه من الاستمرار في تنفيذ العقد^(١).

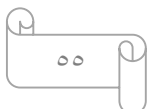
ب- شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة :

١- حدوث ظرف أو حادث استثنائي: فقد يكون ظرف الطارئ هو عبارة عن ظواهر طبيعية كالزلازل، أو قد يكون عبارة عن ظروف اقتصادية كارتفاع الأسعار نتيجة أزمة سياسية أو اقتصادية^(٢).

٢- أن يكون هذا ظرف الاستثنائي غير مُتوقع وغير قابل للدفع: وبالمفهوم المُعاكس لا مجال لتطبيق هذه النظرية إذا كان من الممكن تُوقع تلك الظروف الاستثنائية.

(١) د. محمد الحسن و د. مهند نوح، العقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص ٢٨٨.

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا السورية، القضية رقم ١٧٥١ في الطعن ١٨٨١ لعام ١٩٨٤، حيث قضت على أنه: "بالنسبة لأيام الأمطار والثلوج وتدني الحرارة إلى درجة الصفر فإن هذه المحكمة تجد بالنسبة لظروف وطبيعة التعهد الذي يحتاج العمل فيه بالعراء، وكون الأعمال المُتعاقد عليها كلها صب بيتون وتمديدات شبكة التوتر، فإن الأيام التي هطلت فيها الأمطار والثلوج، وتدنت بها الحرارة عن الصفر تعيق العمل في المشروع، الأمر الذي يتوجب تبرير مدة التأخير في تنفيذ الأعمال لهذا السبب"، مذكور لدى صبحي سلوم، موسوعة العقود، مرجع سبق ذكره، ص ٣٤٦.



ومن الثّابت فقهاً وقضاءً، أنّه لا يجوز منح المُتعاقد مع الإدارة تعويضاً نتيجة الظروف الطّارئة إذا لم يُقْم المُتعاقد بدفع كل حدث غير عادي بكل إمكانياته، وبالتالي في حال تقاعسه عن العمل بكل جهده لدفع الضرر، فإنّ ذلك يؤدي بالنتيجة إلى عدم تطبيق هذه النظريّة^(١).

٣- أن يكون الطرف خارج عن إرادة المُتعاقدين: لإعمال هذه النظريّة لا بدّ أن يكون هذا الطرف أجنبي عن إرادة الطرفين بحيث لا تكون لإرادة أي منهما مُساهمة لإحداثه، فإذا كان وقوع هذه الظروف ناتج عن إهمال المُتعاقد مع الإدارة ، أو أنّه لم يتخذ اللازم لمنع وقوعه إذا كان ذلك ممكناً، فإنّه يُحرّم من التعويض ولا مجال لتطبيق هذه النظريّة. وعليه إذا كان هذا الطرف الطارئ قد وقع بإرادة الإدارة، فهنا تُستبعد نظريّة الظروف الاستثنائية، وتُطبق نظريّة فعل الأمير، فيكون التزام الإدارة بالآثار الناجمة عن ذلك هنا على أساس نظريّة فعل الأمير، والتي تكون أكثر فائدة للمُتعاقد لأنّه يتلقّى التعويض الكامل من قبل الإدارة المُتعاقدة^(٢).

مع ملاحظة الفرق بين القضاء الإداري السوري والمصري في تحديد المقصود بالجهة الإداريّة، حيث قصرها القضاء الإداري المصري على الجهة المُتعاقدة فقط، كما ذكرنا سابقاً، في حين أن القضاء الإداري السوري أخذ بمبدأ وحدة الإدارة، وبالتالي حسب القضاء المصري يجب ألا يكون التصرف صادر من جهة الإدارة المُتعاقدة حصراً أي أنّه إذا وقع الحادث المفاجئ من قبل إدارة أخرى غير المُتعاقدة يقوم بتطبيق نظريّة الظروف الطارئة، وبالعكس إذا وقع من قبل الإدارة

(١) د. محمد الحسن و د. مهدي نوح، العقود الإداريّة، مرجع سبق ذكره، ص ٢٩٥ و ٢٩٦.

(٢) د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامّة للعقود الإداريّة، مرجع سبق ذكره، ص ٢٠٥.

المُتعاقد حيث يطبق نظرية فعل الأمير، أما حسب القضاء السوري يجب ألا يكون التصرف صادر عن الإدارة ككل سواء أكانت المُتعاقد أم غيرها.

٤- أن يكون للظرف الطارئ طابع مؤقت: وهذه هي النقطة الفاصلة التي تفصل ما بين نظرية الظروف الطارئة ونظرية القوة القاهرة، فهذه الأخيرة لا تُطبق إلا في حالة الاستحالة المطلقة، أما الأولى في حالة العجز المؤقت، وكل ذلك من أجل إعادة التوازن المالي للعقد إلى ما كان عليه قبل وقوع هذا الظرف، وبالتالي ضمان استمرار سير المرفق العام دون توقف^(١).

٥- أن يؤدي هذا الظرف إلى قلب التوازن المالي للعقد، أي أن يؤدي إلى حصول خسارة فادحة بحيث يكون تنفيذ المُتعاقّد لالتزاماته في هذا الظرف أكثر كلفة وأكثر إرهاقاً، فالعبرة تكون للخسارة الفادحة وليس للخسارة العادية^(٢).

ج- آثار نظرية الظروف الطارئة :

عندما تتوافر شروط نظرية الظروف الطارئة السابقة الذكر، فإن الإدارة يتوجب عليها تعويض المُتعاقّد معها، ولكنها هنا لا تتحمّل التعويض الكامل بل تقوم بمشاركة المُتعاقّد معها في تحمل الخسائر الناتجة عن هذه الظروف وتوزيعها بينهما، فالتعويض هنا يكون جزئي^(٣)، الجدير بالذكر أن المُتعاقّد مع الإدارة إذا ما توقف عن تنفيذ التزاماته نتيجة هذه الظروف الاستثنائية، فإن هذا يعطي للإدارة الحق في توقيع جزاءات إدارية عليه، وأساس ذلك أن هذا التوقف يُشكل خطأً عقدياً^(٤).

(١) د. محمد الحسين و د. مهند نوح، العقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص ٢٩٧.

(٢) د. سعيد نحيلي و د. عيسى الحسن، العقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص ٢٠٣.

(٣) د. محمد فؤاد عبد الباسط، القانون الإداري، مرجع سبق ذكره، ص ٥٨٥ و ٥٨٦.

(٤) د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص ٢١٤.

من العرض السابق نلاحظ أن هذه الظروف الاستثنائية أدت إلى تأخير تنفيذ العقد عن المدة المحددة والمتفق عليها ضمن بنود العقد، فهنا السؤال المطروح هل يتم تطبيق غرامات التأخير في هذه الحالة ؟

انطلاقاً من قواعد العدالة والإنصاف لا يجوز في هذه الحالة أن تُفرض غرامات التأخير على المتعاقد مع الإدارة حيث أن هذا التأخير كان لأسباب خارجة عن إرادته، وهذا يعد من أبرز الآثار القانونية لنظرية الظروف الطارئة، فلا يجوز من حيث المنطق مُعاقبته على فعل لم يرتكبه، وبالتالي يتم إعفائه من غرامات التأخير، ولعلّ أساس هذا الإعفاء يعود إلى أن الأثر الرئيسي لهذه النظرية، هو إلزام المتعاقد مع الإدارة بالاستمرار في تنفيذ العقد - كما بينا سابقاً - حيث أن هذا الإعفاء إنّما يعطي دافعاً للمتعاقد للاستمرار في تنفيذ التزاماته، وأيضاً لا يعطي المتعاقد مبرراً للتدخل من التزاماته العقدية تجاه الإدارة لما في ذلك من تعارض مع الغاية التي وضعت من أجلها هذه النظرية، وهي استمرارية سير المرفق العام^(١).

وقد تبنى المشرع السوري والمصري نظرية الظروف الطارئة فيما يتعلق بغرامات التأخير، إلا أن المشرع السوري نص عليها بشكل صريح، وذلك بالفقرة /د/ من المادة /٥٣/ من القانون /٥١/ لعام ٢٠٠٤ والتي نصت على: "إذا طرأت ظروف أو حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ التعهد، وإن لم يصبح مستحيلاً صار مُرهقاً بحيث يُهدد بخسارة فادحة كان للمتعهد الحق بطلب تعويض عادل".

(١) د. محمد فؤاد عبد الباسط، القانون الإداري، مرجع سبق ذكره، ص ٥٨١ وما بعدها.

وقد أوجبت الفقرة ١٥١ من ذات المادة، على أن يُقدم المتعهد إلى الإدارة طلب تمديد مدة التعهد الناجمة عن حوادث طارئة، والتي حصلت أثناء تنفيذ التعهد، وذلك خلال مدة خمسة عشر يوماً من تاريخ وقوع السبب المؤدي إلى التأخير^(١).

كذلك الأمر أعفى المشرع المصري المتعاقد من غرامة التأخير إذا كان سبب هذا التأخير خارجاً عن إرادته، ولكن بعد أخذ رأي إدارة الفتوى المختصة بمجلس الدولة^(٢). مما سبق نجد أن الغرامة التي تترتب على المتعاقد هي التي تنشأ بفعله أو نتيجة تقصيره أو خطئه.

٣ - نظرية القوة القاهرة:

أ - تعريف نظرية القوة القاهرة: هي تلك الظروف المفاجئة غير المتوقعة، والتي لا يمكن دفعها، وليس لأطراف العقد أي مسؤولية في وقوعها، ومن شأن هذه الظروف أن تحول دون تنفيذ العقد بسبب الاستحالة المطلقة التي يُسببها هذا الظرف^(٣).

ب - شروط تطبيق نظرية القوة القاهرة^(٤):

١ - يجب أن يكون هذا الحدث خارج عن إرادة المتعاقدين (أجنبياً) : حيث أنه لا يمكن اعتبار الحدث قوة القاهرة إذا ما كان ناتجاً عن فعل مباشر أو غير مباشر من المتعاقد، وعلى المتعاقد أن يكون قد بذل قُصار جهده لمنع وقوع هذا الحدث لكن دون فائدة، وكذلك الأمر ألا يكون هذا الفعل صادراً عن الإدارة.

(١) القانون الخاص بنظام العقود الموحد للجهات العامة، مرجع سبق ذكره، المادة ١٥٣١ الفقرة ١ و١.

(٢) قانون تنظيم المناقصات والمزايدات، مرجع سبق ذكره، المادة ١٢٣١.

(٣) د. مهند نوح، القانون الإداري، مرجع سبق ذكره، ص ٢٢٢.

(٤) د. محمد الحسين و د. مهند نوح، العقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص ٣٣٤.

٢- يجب أن يكون الحدث مفاجئ : بأن يكون غير مُتوقع عند إبرام العقد، فعدم التّوقع المقصود به هنا أن المُتعاقد لم يستطع منع وقوعه أثناء التعاقد.

٣- أن يستحيل دفع هذا الحدث مما يؤدي إلى استحالة التنفيذ : فهذا الحدث يجب أن يؤدي إلى الاستحالة المطلقة، واستحالة التنفيذ هي الشرط الأساسي الذي تقوم عليه نظرية القوة القاهرة، فلا يكفي هنا أن تزداد صعوبة التنفيذ، بل لابدّ من أن تكون الاستحالة مطلقة عند وقوع الحادث^(١).

ج - الآثار المترتبة على تطبيق نظرية القوة القاهرة:

١- أنّ تقوم الإدارة بإعفاء المُتعاقد من التّنفّيز؛ بسبب استحالة التّنفّيز نتيجة هذا الظّرف القاهر، فهذا الأثر كان نتيجة منطقية للقوة القاهرة، فالمُتعاقد أصبح عاجزاً عن تنفيذ التزاماته، والجدير بالذّكر هنا أن القوة القاهرة قد لا تكون مسوّغاً لعدم تنفيذ العقد برمّته وإنّما لعدد من بنوده، ففي هذه الحالة يعفى المُتعاقد من تنفيذ هذه الالتزامات فقط .

٢- لابدّ من تعويض المُتعاقد مع الإدارة الذي كان ضحيةً للقوة القاهرة عن الأضرار التي لحقت به جراء هذا الظرف القاهر الذي أدى لقلب التوازن المالي بشكل نهائي، أو استحالة معه تنفيذ العقد، ويتمثل التعويض هنا بتحويل مبلغ من المال، ولكن يُمكن أن يأخذ التعويض شكل آخر كأن يكون بدل الاستثمار إثر حصول الحريق، الذي كان المُتعهد قد تعاقد عليه^(٢)، ويُمكن أن يأخذ التعويض شكل آخر وهو الاعفاء من

(١) د. زين العابدين بركات، الموسوعة الإدارية، دار الفكر، دمشق، ١٩٧٤، ص ٦١٧. وانظر د. محمد

الحسين و د. مهدي نوح، العقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص ٣٣٤.

(٢) مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا في سوريا، قرارها رقم ١٤١، طعن ١١٣٢١،

غرامات التأخير في حال كان هذا التأخير نتيجة قوة القاهرة، فلا يمكن بأي حال أن يتم اعتبار هذا التأخير في هذه الحالة بمثابة تقاعس من جانب المتعاقد مع الإدارة^(١).

وقد تبني المشرع السوري نظرية القوة القاهرة لإعفاء المتعاقد من غرامات التأخير حيث نصت الفقرة /ب/ من المادة /٥٣/ في القانون رقم /٥١/ الخاص بنظام العقود الموحد للجهات العامة لعام ٢٠٠٤ على أنه: "يعفى المتعهد من غرامات التأخير إذا كان ضحية خالصة لقوة القاهرة لا يد له فيها، وذلك عن المدد التي تأخر فيها بسبب تلك القوة القاهرة".

وتابع في الفقرة /ج/ من نفس المادة على أنه: "يعفى المتعهد من تنفيذ التعهد إذا أضحي أمام استحالة مطلقة تحول دون قيامه بتنفيذ أعمال التعهد، وكان ذلك غير ناجم عن تقصيره وراجعاً إلى ظروف خارجة تماماً عن إرادته"^(٢).

وقد أولى المشرع السوري في المادة ١٥٣١ من القانون رقم ١٥١١ الخاص بنظام العقود للجهات العامة، لعام ٢٠٠٤، أمر البت في الإعفاء من غرامات التأخير في الحالة التي نصت عليها الفقرات السابقة ١ ب _ ج ١، وذلك بناء على طلب من المتعهد - للجنة تؤول لهذه الغاية بقرار من الوزير المختص، وتتخذ القرارات فيه بأكثرية الحاضرين وفي حال تساوت الأصوات يرجح جانب الرئيس، ويتم تشكيل هذه اللجنة على الشكل الآتي:

- مستشار من مجلس الدولة يسميه رئيس مجلس الدولة رئيساً .
- ممثل عن وزارة المالية
- عضواً .

(١) د. محمد الحسين و د. مهدي نوح، العقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص ٣٣٨.

(٢) القانون الخاص بنظام العقود الموحد للجهات العامة، مرجع سبق ذكره، المادة ١٥٣١ الفقرات اب _ ج ١ .

- ممثل عن الجهة العامة بمرتبة مدير على الأقل عضواً .

- المتعهد أو من ينتدبه عضواً .

- ممثل عن الجهاز المركزي للرقابة المالية عضواً .

ويكون قرارها قطعي، وغير قابل لأي طريق من طرق الطعن، وتجدر الإشارة هنا أن هذه الحالة يوجد فيها تناقض مع الدستور السوري؛ حيث تم حرمان المتعاقد من سُبُل الطَّعن الذي أكد عليه دستور الجمهورية العربية السورية لعام ٢٠١٢ في المادة ٥١/ حيث أكد على أن سلوك سُبُل الطَّعن مصون بالقانون^(١).

في نفس الاتجاه ذهب المشرع المصري في قانون تنظيم المناقصات والمزايدات رقم ١٨٩١ لعام ١٩٩٨، حيث أعفى المتعاقد من غرامات التأخير إذا ثبت أن هذا التأخير كان لأسباب خارجة عن إرادته، وذلك بعد أخذ رأي إدارة الفتوى المختصة في مجلس الدولة^(٢).

مما سبق، نجد أن المشرع السوري كان أكثر توفيقاً في نصوص مواده المتعلقة بالإعفاء من غرامات التأخير من المشرع المصري، حيث كان أكثر تفصيلاً لجميع الحالات التي يمكن أن يعفى فيها المتعاقد مع الإدارة من غرامة التأخير، بعكس المشرع المصري الذي اكتفى بنص عام دون الدخول في التفاصيل.

(١) دستور الجمهورية العربية السورية، لعام ٢٠١٢، المادة ١٥١١ نصت على " ٣ - حق التقاضي وسلوك سبل الطعن والمراجعة والدفاع أمام القضاء مصون بالقانون وتكفل الدولة المساعدة القضائية لغير القادرين وفقاً للقانون" .

(٢) قانون تنظيم المناقصات والمزايدات، مرجع سبق ذكره، المادة ١٢٣١.

٣- فسخ العقد: هنا العقد لا يفسخ بشكل تلقائي، إنّما لابدّ للمتعاقد أن يطلب ذلك من القاضي الإداري، وذلك في سبيل الحفاظ على سير المرفق العام باضطراب وانتظام^(١)، ويمكن للإدارة أيضاً أن تطلب فسخ العقد فنكون هنا أمام فسخاً إدارياً^(٢).

الجدير بالذكر هنا، أنّه كان من الأولى أن يتم إكمال مهمة البت بموضوع الإعفاء من تلك الغرامات للقضاء حصراً في كل تلك الحالات، وليس فقط في حالة الظروف الاستثنائية؛ حيث أنّ القضاء يكون جهة أكثر حياديّة من تلك اللجنة ولو كانت اللجنة تضم ممثلين عن الجهات العامّة والمتعهد إلا أن صوت رئيس اللجنة هو الرّاجح والذي يكون ممثلاً للإدارة، فيكون المتعهد هو الطّرف الأضعف، مما يؤدي إلى انخفاض العقود الاستثماريّة التي نحن بأمس الحاجة لها في مرحلة إعادة الإعمار، مع العلم أن التّوجه الحديث في العقود الدوليّة أصبح يأخذ منحى آخر لحل المنازعات إذا ما اعتبرنا أن هذا الأمر هو نزاع بين المتعهد والإدارة، والمنحى هو التّحكيم، وهناك أسلوب آخر أكثر حداثة هو الوساطة على اعتبار أن القضاء المحلي غالباً ما ينصف الإدارة.

بعد الانتهاء من البحث في غرامات التأخير وتبيان النّظام القانوني لها، والتّأكيد على أهميتها في نطاق العقود الإداريّة سواء لجهة الإدارة التي تسعى دوماً لتحقيق المصلحة العامّة من خلال الامتيازات الممنوحة لها في هذا الصّدد، أو بالنسبة للمتعاقد مع الإدارة من خلال حالات الإعفاء المنصوص عليها في القانون، لابدّ من التعرف على الجزء المالي الثّاني، والمتمثل بمصادرة التّأمين والتعويض، وذلك في المبحث الثّاني.

(١) د. مهند نوح، القانون الإداري، مرجع سبق ذكره، ص ٢٢٣.

(٢) د. محمد الحسين و د. مهند نوح، العقود الإداريّة، مرجع سبق ذكره، ص ٢٣٩.

المبحث الثاني

مُصادرة التأمين والتعويض

تتبع الإدارة وسائل عديدة في سبيل تأمين احتياجات جهاتها العامة أو تصريف منتجاتها وتسيير أعمالها، فتلجأ إلى أسلوب المناقصة أو المزايدة أو العقد بالتراضي، أو غيرها من الوسائل الأخرى للتعاقد مع الطرف الآخر سواء كان شخصاً من أشخاص القانون الخاص أو العام، فالإدارة مقيدة بمبدأ أساسي ألا وهو المصلحة العامة، سواء في جانب قراراتها الإدارية المنفردة، أو عقودها القائمة على الرضا المتبادل بين الطرفين^(١).

وفي سبيل تحقيق هذه المصلحة العامة، تضع الإدارة للتعاقد معها مجموعة من الضوابط تُشكل قيوداً تستلزمها المصلحة الإدارية والمالية للجهة الراغبة في التعاقد، ومن الضوابط المتعلقة بالناحية المالية وجوب تقديم ضمان مالي، وهذا الضمان المالي الذي يُعرف بالتأمينات له نوعان: مؤقت يهدف إلى ضمان جدية العارض من جهة، لأن فتح باب المنافسة بشكل مطلق يؤدي إلى فسح المجال أمام بعض الأشخاص المغامرين الذين يمكن أن يطرحوا أسعاراً غير طبيعية علواً أو انخفاضاً، ونهائي يهدف إلى ضمان التنفيذ الجيد للالتزام المفروض على عاتق المُتعاقد من جهة أخرى^(٢).

فالإدارة في إطار ممارستها لسلطاتها لا تملك فقط حق توقيع غرامات التأخير كجزاء مالي على المُتعاقد معها، بل لها أيضاً مُصادرة هذه التأمينات بنوعيتها عندما يخل هذا المُتعاقد بالتزاماته التعاقدية، حيث تُشكل هذه التأمينات ضماناً لجهة الإدارة

(١) د. سعيد نحيلي و د. عبيد الحسن، العقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص ٩٠ - ٩١.

(٢) د. محمد فؤاد عبد الباسط، القانون الإداري، مرجع سبق ذكره، ص ٥٥٩.

تتوقى بها آثار الأخطاء التي يرتكبها المتعاقد بصدد تنفيذ العقد الإداري، وتضمن لها ملاءته لمواجهة المسؤوليات الناتجة عن تقصيره^(١).

إلا أنه في حال تجاوز مقدار الضرر الذي لحق بالإدارة مبلغ التأمين، فإن ذلك لا يجرمها من المطالبة بالتعويض عن الأضرار التي لحقت بها، والتي تجاوز مقدار التأمين، حيث أن التأمين يمثل الحد الأدنى للتعويض الذي يحق للإدارة اقتضاؤه وليس الحد الأعلى، فالتعويض هو الجزاء الأول الذي كان يفرض على الطرف المقصر في التزاماته سواء أكان العقد مدنياً أو إدارياً، ولكن بعد التطورات التي لحقت العقد الإداري، أصبح التعويض مكملاً للجزئات المالية التي تفرضها الإدارة على المتعاقد معها، حيث أن جزاء التعويض يفرض من قبل القضاء وليس الإدارة^(٢).

لذلك سنقوم في هذا المبحث، بإلقاء الضوء على جزاء مُصادرة التأمين بشقيه المؤقت والنهائي من خلال التعرف على ماهيته، ونسبه وحالات الإعفاء منه، وكيفية أداء التأمين والآثار المترتبة على عدم تسديده، ومن ثم نتحدث عن جزاء التعويض من خلال التعرف على ماهيته، ومدى سلطة الإدارة في تحصيل التعويض، وذلك ضمن المطلبين الآتيين:

المطلب الأول: مُصادرة التأمين.

المطلب الثاني: التعويض.

(١) د. أحمد عثمان عياد، مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص ٣٤٩.

(٢) د. ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية والتحكيم، مرجع سبق ذكره، ص ٢٠٠.

المطلب الأول

مُصادرة التأمين

تتمتع الإدارة المُتعاقدَة بالعديد من الجزاءات الماليّة، التي تضمن من خلالها استمرار سير المرافق العامّة بانتظام واضطرّاد، ومن هذه الجزاءات مُصادرة التأمين حيث تُواجه الإدارة من خلال هذا الجزاء احتمالات الخطأ أو التقصير أو الإهمال التي يمكن أن يقع بها المُتعاقد معها أثناء تنفيذه لالتزاماته التعاقدية^(١)، لذلك كان لا بدّ من التعرّف على جزاء مُصادرة التأمين من خلال الحديث عن ماهيته وأهميته، والنسب التي يفرض بها مع إمكانية تخفيضها، وحالات الإعفاء منه، وكيفية أداء التأمين والآثار المترتبة على عدم تسديده، وذلك من خلال الفرعين الآتيين :

الفرع الأوّل: ماهيّة التأمين.

الفرع الثاني: أداء التأمين والآثار المترتبة على عدم تسديده.

الفرع الأوّل - ماهيّة التأمين:

سنتناول في هذا الفرع مفهوم التأمين المؤقت والنهائي وأهميته، ثم سنتكلّم عن قيمة أو نسبة التأمين المؤقت والنهائي، وحالات تخفيض نسبة التأمينات والإعفاء منها.

(١) د. يوسف سعد الله الخوري، القانون الإداري العام - تنظيم إداري أعمال وعقود إدارية، الجزء الأوّل، الطبعة الثانية، مكتبة الحلبي الحقوقية، بيروت، ١٩٩٨، ص ٤٨١. و د. شفيق حاتم، القانون الإداري، الأهلية للنشر والتوزيع، بيروت، ١٩٨٥، ص ١٤٥.

أولاً- مفهوم التأمين وأهميته:

١ - التأمين المؤقت (الأولي - الابتدائي): "هو قيمة يضمّنها العارض عرضه، ويخصصها لمصلحة الإدارة، وذلك ضماناً لجديّة العرض، وتأييداً لحسن تنفيذه للالتزامات الناتجة عن تقديمه لهذا العرض، والمستندة على إرادته المنفردة"^(١).

فالتأمين المؤقت ضمان لجديّة العارض، ومن ثم لا يأخذ صفة العربون في القانون المدني الذي يدفع مقابل الاحتفاظ بحق العدول، ولو لم يترتب على العدول أي ضرر، وهذا ما أكدته محكمة القضاء الإداري المصريّة^(٢).

وهذا ما استقر عليه اجتهاد المحكمة الإداريّة العليا في سورية، حيث أكد أن جزاء نكول المتعهد المرشح عن تنفيذ ما التزم به في عرضه، إنّما هو مُصادرة تأميناته الأوليّة فقط^(٣).

فالقانون أوجب أن يؤدي مع كل عرض تأمين مؤقت تحدده الجهة الإداريّة ضمن شروط الإعلان، بما لا يتجاوز نسبة معينة من القيمة التقديرية للعقد المزمع إبرامه، حيث أن الهدف من التأمين هو ضمان ملاءة أصحاب العطاءات أو العروض وجديتهم في تنفيذ التزاماتهم التعاقدية تجاه الإدارة^(٤).

(١) د. محمد الحسين و د. مهند نوح، العقود الإداريّة، مرجع سبق ذكره، ص ١٦٢.

(٢) د. صلاح الدين فوزي، قانون المناقصات والمزايدات رقم ١٨٩١ لسنة ١٩٩٨ المشاكل العملية والحلول القانونيّة، دار النهضة العربيّة، القاهرة، ٢٠٠٠، ص ١٦٥.

(٣) مجموعة المبادئ القانونيّة التي أقرتها المحكمة الإداريّة العليا، لعام ٢٠٠٥-٢٠٠٩، مجلس الدولة السوري لعام ٢٠١١، الحكم المحكمة في الطعن رقم ١١٠٢٢١، بتاريخ ٢٠٠٩/١٢/٣٠، ص ٦٤٤ وما بعدها.

(٤) د. ماجد راغب الحلو، العقود الإداريّة والتحكيم، مرجع سبق ذكره، ص ٨٨.

ومن خلال التعريف السابق يتبين لنا أن التأمين المؤقت يحقق أهدافاً عديدة منها^(١):

- أ - يضمن ملاءة المُتَنافَس، حيث أثَّه يثبت الوفر الموجود في خزينته .
- ب - يضمن نيّة العارض في تنفيذ العقد فيما لو رست المناقصة عليه، لأنّه لو تمّ الإرساء عليه، ولم يَقمّ بالتنفيذ، فإنّ هذا التّأمين يجب أن يصادر لصالح خزينة الإدارة^(٢).
- ج - لكن إذا كان الهدف من التّأمين المؤقت ضمان نيّة العارض في تنفيذ العقد فيما لو تمّ الإرساء عليه، فإنّه لا يضمن التنفيذ الجيد للعقد، لأنّ هذا الدور يضطلع به التّأمين النهائي.

ويلاحظ أنّه إذا كانت مصلحة الإدارة تفترض تقديم تأمين مؤقت مرتفع قدر الإمكان، فإنّ ذلك يتناقض مع مصلحة المتنافسين، لأنّ تقديم تأمين مرتفع القيمة سوف يؤدي إلى تجميد قسم هام من رأس المال المعتمد للعلميّة، مما يدفع العارض إلى عكس النتائج الاقتصاديّة لهذا التجميد على السعر الذي يتقدم به إلى الإدارة في المناقصة، فضلاً عن أنّ المغالاة في التأمين المؤقت قد تفقد في بعض الأحيان إلى إحجام المشروعات والشركات الصغيرة عن الدخول إلى المنافسة، مما ينعكس سلباً على مستوى المنافسة المطلوب من جهة، ويؤدي إلى منح المشاريع الكبيرة أفضليات غير مباشرة، تشكل في حد ذاتها خرقاً لمبدأ المنافسة الحرة من جهة أخرى.

(١) د. مهني نوح، الإيجاب والقبول في العقد الإداري "رسالة دكتوراه"، جامعة عين شمس، القاهرة، ٢٠٠١، ص ٥٧٠.

(٢) حكم المحكمة الإداريّة العليا السوريّة، القرار رقم ١١١٨٤ في الطعن ١٣١٥١ لعام ١٩٩٨، حيث حكمت بأن "نكول المتعهد عن التنفيذ قبل المباشرة يوجب مصادرة التّأمينات النقديّة"، المجموعة، ص ٧١٦.

٢ - **التأمين النهائي:** بما أن التأمين المؤقت مقرر لضمان جدية العارض، فإنّ التأمين النهائي يعتبر نوعاً من الكفالة لضمان التنفيذ الجيد للعقد من قبل المتعاقد مع الإدارة^(١)، فالإدارة من خلاله تتوقى الأخطاء التي قد تصدر من المتعاقد حينما يباشر تنفيذ العقد.

فجزاء مُصادرة التأمين هو: استيلاء الجهة الإدارية على مبلغ التأمين الذي يودعه المتعاقد معها ليضمن لها ملاءته، لمواجهة مسؤوليته في حالة إخلاله بالشروط المنصوص عليها في العقد^(٢).

ولا يكون هذا الضمان حقيقياً ما لم يكن للإدارة حق مُصادرة التأمين، أي اقتضاء قيمته بطريق التنفيذ المباشر، ودون حاجة للالتجاء إلى القضاء في حالة عدم التنفيذ، سواء نص أو لم ينص على ذلك في شروط العقد، كما أن جزاء مُصادرة التأمين كما هو الحال في غرامات التأخير لا يستلزم لفرضه من قبل الإدارة إلى إثبات الضرر لأنّه ركن مفترض بقرينة قاطعة لا تقبل إثبات العكس^(٣).

وإذا كان التأمين ضماناً لجهة الإدارة شرع لمصلحتها، فلا يتصور أن يكون التأمين قيداً عليها أو مانعاً لها من المطالبة بالتعويضات المقابلة للأضرار الأخرى التي

(١) حكم محكمة القضاء الإداري السوريّة، القضية رقم (١٥٣٢١٢) لسنة ٢٠١٥، القرار رقم ٢١٣٣٤ لسنة ٢٠١٥، " استقر اجتهاد القضاء الإداري على أن الجزاء الوفاق لنكول المتعهد عن تنفيذ العقد هو مصادرة التأمينات المقدمة لضمان حسن تنفيذ العقد"، المجموعة الشاملة الحديثة للأحكام القضائية الصادرة عن محاكم مجلس الدولة السوري، الجزء الأول، مكتبة الأسد، دمشق، ٢٠١٧، ص ١٩٤ وما بعدها.

(٢) د. ماجد راغب الحلو، القانون الإداري، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٦، ص ٤٩٤.

(٣) حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية، الطعن رقم ١١٧٧٢١ لسنة ٢٩، بتاريخ ١٩٨٥/١٢/١٥، مفاده أن للإدارة الحق في مُصادرة التأمين عند وقوع الإخلال وذلك دون حاجة لإثبات ركن الضرر. مذكور لدى د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص ٢٧٥. و د. حسين عثمان محمد عثمان، أصول القانون الإداري، منشورات الحلبي الحقوقية، دمشق، بلا سنة نشر، ص ٦٤١.

تكون لحقتها من جراء إخلال المُتعاقد بتنفيذ شروط العقد الإداري كغرامة التأخير، حيث يجوز للإدارة الجمع بين مُصادرة التأمين والتعويض لجبر كل الضرر الذي أصابها، مالم يحظر العقد الإداري صراحة هذا الجمع، وذلك لأنّ مبلغ التأمين يمثل الحد الأدنى للتعويض المستحق للإدارة في حالة إخلال المُتعاقد بالتزاماته وليس الحد الأعلى، وعليه فإنّ المُتعاقد لا يجوز له أن يثبت أنّ مقدار التعويض اللازم لجبر الضرر الذي أصاب الإدارة أقل من مبلغ التأمين، حيث يستند التعويض التكميلي الذي يحكم به للإدارة فوق مبلغ التأمين إلى القواعد العامة في المسؤولية التعاقدية^(١).

ثانياً- نسبة التأمين:

١ - نسبة التأمين المؤقت: تُحدد الجهة الإدارية نسبة أو مبلغ التأمين ضمن شروط الإعلان، بما لا يجاوز نسبة معينة من القيمة التقديرية للصفقة أو العقد المراد إبرامه، وقد اختلفت هذه النسب المفروضة للتأمين المؤقت في الدول محل المقارنة.

ففي مصر نص المُشرّع في القانون رقم ١٨٩١ لسنة ١٩٩٨ الخاص بتنظيم المناقصات والمزايدات في المادة ١١٧١ منه على: "يجب أن يؤدي مع كل عطاء تأمين مؤقت تحدد الجهة الإدارية مبلغه ضمن شروط الإعلان بما لا يتجاوز (٢%) من القيمة التقديرية، ويستبعد كل عطاء غير مصحوب بكامل هذا المبلغ".

أما في سورية فقد نصت المادة ١٤٦١ من القانون رقم ١٥١١ لعام ٢٠٠٤ الخاص بنظام العقود الموحد للجهات العامة، على وجوب تقديم التأمينات المؤقتة من قبل من يود الاشتراك في المناقصات، وقد حددت قيمة هذا التأمين المؤقت بحيث تكون (٥%) من القيمة التقديرية للتعهد أي الكشف التقديري المُعد من قبل الجهة العامة، أو

(١) د. ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية والتحكيم، مرجع سبق ذكره، ص ١١٨ و ١١٩.

بمبلغ مقطوع عند عدم وجود كشف تقديري، كما أكدت على أن تحديد نسبة التأمينات المؤقتة بالنسبة لكل مناقصة أو طلب عروض أو عقد بالتراضي، إنّما يكون في دفتر الشروط الخاصة والإعلان^(١).

يمكن القول: بأنّ هذا مماثل للحل الذي أخذ به المشرّع المصري في القانون رقم ١٨٩١ لعام ١٩٩٨، على الرغم من اختلاف النسبة المئوية، مع ملاحظة الاختلاف الحاصل بين المشرّعين فيما يتعلق بمكان ذكر نسبة التأمين المؤقت حيث قصرها المشرّع المصري فقط في الإعلان، وذلك على عكس المشرّع السوري الذي أوجب تحديدها في دفتر الشروط الخاصة والإعلان.

٢ - نسبة التأمين النهائي:

كذلك الأمر فقط اختلفت نسبة التأمين النهائي في كل من التشريعين محل الدراسة:

ففي مصر نصت المادة /١٨/ من قانون المناقصات والمزايدات على أنّه: "على صاحب العطاء المقبول أن يؤدي خلال عشرة أيام - تبدأ من اليوم التالي لإخطاره بكتاب موسى عليه بعلم الوصول بقبول عطائه - التأمين النهائي الذي يكمل التأمين المؤقت إلى ما يساوي (٥%) من قيمة العقد، وبالنسبة للعقود التي تُبرم مع مُتعاقد في الخارج يكون الأداء خلال عشرين يوماً.

ويجوز بموافقة السلطة المختصة مد المهلة المحددة للأداء - في الحالتين - بما لا يتجاوز عشرة أيام"^(٢). وعليه فإن المشرّع المصري حدد نسبة التأمين النهائي بـ (٥%) من قيمة العقد، أما في سورية فقد حدد المشرّع نسبة التأمينات النهائية بـ (١٠%) من قيمة العقد^(٣).

(١) القانون رقم ١٥١١ الخاص بنظام العقود، مرجع سبق ذكره، المادة ١٤٦١.

(٢) قانون تنظيم المناقصات والمزايدات، مرجع سبق ذكره، المادة ١١٨١.

(٣) القانون الخاص بنظام العقود الموحد للجهات العامّة، مرجع سبق ذكره، المادة ١٤٦١.

كما حدد المدة التي يجب فيها تقديم التأمين النهائي حيث نصت المادة ١٤٨ من القانون الخاص بنظام العقود رقم ١٥١ لعام ٢٠٠٤:

"على المتعهد المرشح تقديم التأمينات النهائية خلال مدة تحدد في دفتر الشروط الخاصة، على ألا تتجاوز ثلاثين يوماً من تاريخ تبليغه خطياً إحالة التعهد عليه وقبل توقيع العقد. ويمكن اعتبار التأمينات المؤقتة المقدمة تأمينات نهائية إذا قام المتعهد خلال المدة الآتفة الذكر بتسديد الفرق بين التأمينين، فيما إذا كانت التأمينات المؤقتة أقل من التأمينات النهائية"^(١).

من نصوص المواد السابق ذكرها نجد الاختلاف بين المشرعين ليس فقط في نسب التأمين النهائي، بل أيضاً في المدة التي يجب فيها تسديد هذا التأمين، حيث نجد أن المشرع السوري أوجب دفع التأمين النهائي في المدة المحددة في دفتر الشروط الخاصة، ولكن يجب ألا تتجاوز الثلاثين يوماً من تاريخ تبليغ المتعهد خطياً بإحالة التعهد عليه، وكذلك قبل توقيع العقد، في حين نجد المشرع المصري وضع مدة محددة مع إمكانية مد هذه المهلة بموافقة السلطة المختصة بما لا يتجاوز العشرة أيام.

ثالثاً - تخفيض نسبة التأمين والإعفاء منه:

هناك حالات يمكن فيها تخفيض التأمين عن الحدود المقررة له في القانون، بل وحتى يمكن الإعفاء من تقديم التأمين بشكل كلي، وذلك وفقاً للشروط والحالات التي يحددها القانون.

(١) القانون الخاص بنظام العقود الموحد للجهات العامة، مرجع سبق ذكره، المادة ١٤٨.

حيث أجاز المُشرّع السوري في القانون الخاص بنظام العقود رقم ٥١/ لعام ٢٠٠٤ بموجب المادة /٤٦/ منه على إنقاص نسبة التأمينات المؤقتة والنهائية، وكذلك الإعفاء منها حيث نصت:

"١- يجوز لأمر الصرف إنقاص التأمينات المؤقتة والنهائية شريطة أن يذكر ذلك في دفتر الشروط الخاصة والإعلان.

٢- يجوز لأمر الصرف الإعفاء من التأمينات المؤقتة والنهائية في عقود توريد قطع التبديل وعقود أعمال الصيانة.

٣- يجوز بموافقة مسبقة من الوزير الإعفاء من التأمينات المؤقتة والنهائية في الحالات الخاصة التي تقتضي طبيعتها ذلك"^(١).

نلاحظ من خلال هذه المادة، أن المُشرّع منح سلطة إنقاص التأمينات المؤقتة والنهائية لأمر الصرف، كما سمح له الإعفاء منها فقط في حالتين، وهما عقود توريد قطع التبديل وعقود أعمال الصيانة، إلا أن المُشرّع ذهب إلى أبعد من ذلك، عندما أجاز للوزير بالنسبة للجهة العامة التابعة لوزارته الإعفاء من التأمينات في بعض الحالات الخاصة التي تقتضي طبيعتها الإعفاء، وذلك وفقاً للسلطة التقديرية الممنوحة للوزير.

تجدر الإشارة، إلى أن المُشرّع في سورية كان قد أعفى بعض الجهات من تقديم التأمينات الأولية حيث نصت المادة /١٤/ من المرسوم التشريعي رقم ١٢٢٨١ لعام ١٩٦٩، على إعفاء الجهات العامة كلها من تقديم التأمينات، وكذلك الجهات التي

(١) القانون الخاص بنظام العقود الموحد للجهات العامة، مرجع سبق ذكره، المادة ١٤٦١.

تُعفى من هذا الالتزام بنصوص تشريعية خاصة^(١)، مثل المرسوم التشريعي رقم ١١٨١، تاريخ ١٥/٢/١٩٧٤، الذي أعفى المؤسسات العامة والشركات العامة والمنشآت التابعة لها من تقديم التأمينات الأولية بالنسبة للمناقصات التي تشترك بها، كما أعفى المرسوم التشريعي رقم ٢٥٠/ لعام ١٩٦٩، الحرفيين والجمعيات الحرفية من تقديم هذه التأمينات.

كما نصت المادة (٤٥) من القانون رقم ٢ لعام ٢٠٠٥ الخاص بالمؤسسات العامة والشركات العامة والمنشآت العامة على أنه:

"تعفى المؤسسات العامة والشركات العامة والمنشآت العامة التابعة لها من تقديم الضمانات والكفالات للإدارات، والمؤسسات العامة والبلديات وجميع الهيئات والشركات العامة والمنشآت العامة التابعة للقطاع العام، وذلك بالنسبة للمناقصات التي تشترك بها والعقود التي تجريها أو التعهدات التي تنفذها"^(٢).

أما في مصر كان القانون رقم ١٨٩١ الخاص بتنظيم المناقصات والمزايدات، لعام ١٩٩٨ ولائحته التنفيذية، متشدداً في مجال الإعفاء من التأمينات الإبتدائية بالنسبة لبعض المتنافسين، حيث لا مجال لإعفاء أي جهة كانت من تقديم هذا التأمين، سوى حالة وحيدة نصت عليها المادة ١٠٥/ من اللائحة التنفيذية للقانون، بحيث يمكن

(١) المرسوم التشريعي رقم ١٢٢٨١ لعام ١٩٦٩، الخاص بنظام العقود للهيئات العامة ذات الطابع الإداري، المادة ١٤١ نصت: "على من يود الاشتراك بالمناقصة أن يقدم مع عرضه التأمينات الأولية المطلوبة وتحدد هذه التأمينات في دفتر الشروط الخاصة ولا يشترط تقديم هذه التأمينات من قبل الجهات العامة ولا من قبل الجهات التي تعفى من ذلك بنصوص تشريعية خاصة".

(٢) القانون الخاص بالمؤسسات العامة والشركات العامة والمنشآت العامة رقم ١٢١ لعام ٢٠٠٥، المادة ١٤٥١.

إعفاء العارضين من تقديم التأمين الابتدائي، في حالة شراء العقارات، وذلك بقرار من السلطة المختصة^(١).

بالنسبة للتأمين النهائي نصت المادة ١٩/ من القانون ذاته على أنه: "لا يؤدي التأمين النهائي إذا قام صاحب العطاء المقبول بتوريد جميع الأشياء التي رسا عليه توريدها، وقبلته الجهة الإدارية نهائياً خلال المدة المحددة لأداء التأمين النهائي"^(٢).

من نص هذه المادة، نجد أنّ المُشرّع المصري كان منطقياً في هذا الحالة، لأنّ التأمين النهائي يهدف إلى ضمان تنفيذ المُتعاقّد لالتزاماته، وبالتالي فإنّ التأمين النهائي أصبح لا لزوم له بعد تمام التوريد، طالما أن المُتعاقّد قام بتوريد المواد المُتفق عليها ضمن المدة المحددة لتسديد التأمين .

كما أجاز المُشرّع المصري إنقاص نسبة التأمين النهائي بالنسبة للمشروعات التي يتم التعاقد عليها بالشراكة بين الجهات التي يشملها قانون تنظيم المناقصات والمزايدات وبين القطاع الخاص أو قطاع الأعمال العام في مجال البنية الأساسية، وذلك بما لا يقل عن (٢%) ولا يجاوز (٥%) من قيمة الأعمال المُتفق على تنفيذها سنوياً، على أن يتم الاتفاق على تحديد نسبة التأمين النهائي بين السلطة المختصة ووزارة المالية قبل طرح المشروع^(٣).

(١) اللائحة التنفيذية للقانون الخاص بتنظيم المناقصات والمزايدات، مرجع سبق ذكره، المادة ١٠٥١.

(٢) القانون الخاص بتنظيم المناقصات والمزايدات، مرجع سبق ذكره ، المادة ١١٩١.

(٣) القانون الخاص بتنظيم المناقصات والمزايدات، مرجع سبق ذكره، المادة ١١٨١ مكرر حيث أضيفت هذه المادة بموجب القانون رقم ١١٤١ لعام ٢٠٠٩.

الفرع الثاني- أداء التأمين والآثار المترتبة على عدم تسديده:

سنتناول في هذا الفرع كيفية أو صور أداء التأمين، ثم نتكلم عن رد التأمين وآثار عدم تسديده.

أولاً- **كيفية وصور أداء التأمين:** تتعدد وتتنوع طرق أداء التأمينات، فقد كان **المُشرع المصري** واضحاً ومرناً في تحديد كيفية أداء التأمينات الأولية حيث نص على أساليب عديدة:

- ١- الدفع النقدي في خزانة الجهة الإدارية صاحبة العلاقة بموجب إيصال رسمي.
- ٢- عن طريق شيكات، وسواء أكانت هذه الشيكات مسحوبة على مصرف محلي وبشرط التأشير عليها بالقبول من قبل هذا المصرف المحلي المسحوبة عليه، أم كانت مسحوبة على مصارف في الخارج، وبشرط التأشير عليها بالقبول من أحد المصارف المعتمدة داخل مصر^(١).
- ٣- **خطاب الضمان (الكفالة المصرفية)**^(٢): ولأجل قبول تأدية التأمينات الأولية عن طريق خطابات الضمان يجب توافر الشروط التالية:
 - أ- أن يصدر من أحد المصارف المحلية المعتمدة.

(١) اللائحة التنفيذية للقانون الخاص بتنظيم المناقصات والمزايدات، مرجع سبق ذكره، المادة ١٧٠١.

(٢) خطاب الضمان: هو تعهد نهائي يصدر من البنك بناء على طلب عميله /الأمـر/ بدفع مبلغ معين أو قابل للتعيين بمجرد أن يطلب المستفيد ذلك من البنك خلال مدة محددة، ولا يتوقف على شرط آخر، وغالباً ما يكون ذلك لقاء قيام العميل بالدخول في مناقصة أو مشروع بأداء حسن ليكون استيفاء المستفيد من التعهد /خطاب الضمان/ متى تأخر أو قصر العميل في تنفيذ ما التزم به للمستفيد في مناقصة أو مشروع ، ويرجع البنك بعد ذلك على العميل بما دفعه عنه للمستفيد.

راجع: د. هيثم الطاس، خطابات الضمان، الموسوعة القانونية المتخصصة، المجلد الثالث، مطبوعات هيئة الموسوعة العربية، ٢٠١٠، ص ٣٨٣.

ب- أن لا يقترن بأي قيد أو شرط.

ت- أن يقر فيه المصرف بأن يدفع تحت أمر الجهة الإدارية مبلغاً يوازي التأمين المطلوب، وإنه مُستعد لأدائه بأكمله عند أوّل طلب دون الالتفات إلى أيّة معارضة من مقدم العطاء، فلا يجوز لمُصدر الضمان أن يمتنع عن الوفاء بقيمة التأمين إلا برضاء الإدارة بالتنازل عنه، أو بانتهاء أجل سريانه.

ث- إذا كانت خطابات الضمان محددة المدة، فيجب أن لا تقل مدة سريانها عن ثلاثين يوماً على الأقل بعد انتهاء المدة المحددة لسريان العطاءات.

٤- **المقاصة:** حيث يجوز دفع التأمين، عن طريق خصم قيمة هذا التأمين من مبالغ مُستحقة لمقدم العطاء لدى الإدارة، ولكن ذلك موقوفاً على أنّ تكون هذه المبالغ صالحة للصرف وقت تقديم العطاء أو تقديم الطلب بالنسبة للتأمين النهائي، وعلى أن يُطبق ذلك بالنسبة للمبالغ المُستحقة لدى الإدارة المعنيّة بالمناقصة، وليس بالنسبة لمبالغ مستحقة لصاحب الشأن لدى إدارات أخرى^(١).

أما في سورية فقد نصت الفقرة ١٥١ من المادة ١٤٦١ من القانون رقم ١٥١ لعام ٢٠٠٤ على أن: " يكون أداء التأمينات المؤقتة والنهائية إما نقداً يدفع في أحد صناديق الجهة العامّة أو في حسابها المصرفي إن وجد أو كفالة أو حوالة مصرفيّة أو شيك مؤشر عليه بالقبول (شيك مصدق) من المصارف المقيمة المعتمدة من الجهات العامّة المختصة في الجمهورية العربية السورية"^(٢).

(١) اللائحة التنفيذية للقانون الخاص بتنظيم المناقصات والمزايدات، مرجع سبق ذكره، المادة ١٧٠١.

(٢) القانون الخاص بنظام العقود الموحد للجهات العامّة، مرجع سبق ذكره، المادة ١٤٦١ الفقرة ١٥١.

وعلى ذلك فقد تعددت صور أداء التأمينات، فهي إما أن تدفع نقداً إلى أحد صناديق الإدارة بموجب إيصال رسمي، يثبت عليه موضوع المناقصة وتاريخها والقيمة المدفوعة، والإدارات التي ليس لها صندوق يُعتبر صندوق الخزينة العامة هو الصندوق الخاص بها.

ويمكن أن تدفع التأمينات المؤقتة أيضاً على شكل شيك مؤشر عليه بالقبول من قبل المصرف المسحوبة عليه لصالح الإدارة، ولا يشترط أن يكون صاحب الشيك هو صاحب العرض نفسه، طالما كان الشيك صادراً لأمر الإدارة المعنية، وبالتالي يمكن صرفه في أي وقت تشاء الإدارة^(١).

كما يمكن أن تدفع التأمينات المؤقتة أيضاً على أساس كفالة مصرفية /خطاب ضمان/ وذلك وفق الشروط نفسها الذي نص عليها المشرع المصري في الفقرة السابقة.

أما بخصوص التأمينات النهائية فقد نصت المادة /٤٨/ من القانون الخاص بنظام العقود الموحد للجهات العامة رقم ١٥١١ لعام ٢٠٠٤: "وإذا كانت التأمينات المؤقتة قد قدمت بكفالة مصرفية فيجب استبدالها بكفالة جديدة تعادل قيمة التأمينات النهائية"^(٢).

من الملاحظ، بأنّ المشرع السوري لم يذكر حالة المقاصة الواردة في القانون المصري إذا كان للعارض أموال أو رصيد لدى الجهة العامة التابع لها العرض أو المناقصة.

(١) د. محمد الحسين و د. مهدي نوح، العقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص ١٦٦.

(٢) القانون الخاص بنظام العقود الموحد للجهات العامة، مرجع سبق ذكره، المادة ١٤٨.

ثانياً - رد التأمين:

في مصر أوجب قانون تنظيم المناقصات والمزايدات رد التأمين المؤقت لأصحاب العطاءات غير المقبولة بغير توقف على طلب منهم، خلال مدة لا تتجاوز سبعة أيام عمل بعد انتهاء المدة لسريان العطاء، أو قبل ذلك إذا تم تحصيل التأمين النهائي من صاحب العطاء المقبول، أما التأمين النهائي الذي يُقدمه صاحب العطاء المقبول فيجب الاحتفاظ به بأكمله إلى أن يتم تنفيذ العقد بصفة نهائية بما في ذلك مدة الضمان، وحينئذ يُرد التأمين أو ما تبقى منه بغير توقف على طلب خلال مدة لا تتجاوز سبعة أيام عمل بعد تنفيذ العقد بصفة نهائية^(١).

أما في سورية فإن قانون العقود الموحد للجهات العامة رقم ١٥١١ لعام ٢٠٠٤، أكد على أن التأمينات المؤقتة تُعاد فوراً إلى العارض الذي لم يُقبل عرضه من قبل لجنة المناقصة، أما العارض الذي لم ترس عليه المناقصة أو طلب العروض أو لم يجر التعاقد معه، تُعاد التأمينات المؤقتة إليه بعد مصادقة أمر الصرف على محضر لجنة المناقصة، أما بالنسبة للتأمينات النهائية فقد ميز القانون بين عقود التوريدات والخدمات وبين عقود الأشغال حيث تُعاد هذه التأمينات إلى أصحابها بعد الاستلام النهائي بالنسبة لعقود التوريدات والخدمات، أما بالنسبة لعقود الأشغال فتعاد التأمينات النهائية كلها بعد الاستلام المؤقت، وذلك إذا لم تكن قد تحققت على المتعهد التزامات تستوجب حجز هذه التأمينات^(٢).

(١) المستشار ممدوح طنطاوي، المناقصات والمزايدات، مطبعة الإنتصار، الإسكندرية، ٢٠٠٥، ص ٢٩٨. وانظر اللائحة التنفيذية للقانون الخاص بتنظيم المناقصات والمزايدات، مرجع سبق ذكره، المادة ١٧٢١.

(٢) القانون الخاص بنظام العقود الموحد للجهات العامة، مرجع سبق ذكره، المادة ١٤٧١.

ثالثاً - آثار عدم تسديد التأمين:

بما أن التأمين المؤقت يقصد به تحقيق مصلحة عامة متعلقة بجديّة العطاءات والمساواة بين المتقدمين^(١)، فمن المنطقي أن يكون الأثر المترتب على تقديم العرض أو العطاء غير المصحوب بالتأمين المؤقت كاملاً هو عدم الالتفات إليه، وبالتالي استبعاده وكأنّه لم يُقدّم، ولا يجوز للجهة مخالفة هذا الأثر المترتب على حكم القانون.

لذلك وضعت المادة /١٧/ من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات المصري الجزاء على عدم سداد التأمين المؤقت باستبعاد كل عطاء غير مصحوب بمبلغ التأمين كاملاً^(٢).

بالرغم من هذه القاعدة العامة التي تقضي باستبعاد العطاءات غير المصحوبة بالتأمين، نجد أن المشرع المصري قد استثنى من هذه القاعدة حالات محددة على سبيل الحصر، كما أن المصلحة العامة التي هي رائدة الإدارة في انتقاء المتعاقدين معها قد تغلب على غيرها، وعليه فإنّ الاستثناء قد يجد طريقه من خلال النص القانوني أو من خلال اللائحة أو من خلال المصلحة العامة:

ويتجلى الاستثناء الأول فيما نصت عليه المادة ١٧٠١ من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات رقم ١٨٩١ لعام ١٩٩٨، حيث أجازت لمقدم العطاء خصم قيمة التأمين من المبالغ التي تكون مستحقة له لدى الجهة الإدارية، ولكن بشرط أن تكون هذه المبالغ صالحة للصرف وقت تقديم العطاء، وذلك بالنسبة للتأمين المؤقت أو وقت تقديم الطلب بالنسبة للتأمين النهائي^(٣)، مع ذلك لو قدم الشخص عطاءه دون أن

(١) موقع إلكتروني، بعنوان: سلطة توقيع الجزاءات على المتعاقدين، ٢٠١٦/٨١٢، ٢٠٠٢ م :

<http://www.elsyasi.com>

(٢) القانون الخاص بتنظيم المناقصات والمزايدات، مرجع سبق ذكره، المادة ١١٧١.

(٣) اللائحة التنفيذية للقانون الخاص بتنظيم المناقصات والمزايدات، مرجع سبق ذكره، المادة ١٧٠١.

يصحبه بالتأمين المؤقت لاعتقاده أن لدى الجهة الإدارية مبالغ عائدة له صالحة للصرف، ولكن ثبت عدم صلاحيتها للصرف، فإنّ ذلك يعتبر بمثابة تحفّظ اقترن بالعطاء، ويجوز التفاوض معه لإيداع مبلغ التأمين المؤقت، وهذا ما قضت به المحكمة الإدارية العليا المصرية^(١).

أما الاستثناء الثاني لعدم استبعاد العطاء يتجلى بمصلحة الجهة العامة، حيث أن التأمين المؤقت شرع لتحقيق مصلحة عامّة للجهة الإدارية ألا وهي التثبيت من جدية العطاء ولتحقيق المساواة بين المتقدمين أيضاً، أي أن في هذا التأمين مصلحة للجهة العامة ومصلحة للمتقدمين، وفي هذا الاتجاه قضت المحكمة الإدارية العليا المصرية بأنه: "..... إذا كان إيداع التأمين المؤقت شرطاً أساسياً لقبول العطاء، إلا أنّ هذا الشرط مُقرر للصالح العام دون ترتيب جزاء البطلان على مخالفته، إذا ما اطمأنت جهة الإدارة إلى ملائمة مقدم العطاء، ومن ثم فلا يُقبل من مقدم العطاء أن يحتج بأنه لم يدفع التأمين المؤقت للتهرب من التزاماته العقدية، طالما أن التأمين غير مشروط لمصلحته"^(٢).

معنى ذلك أن عدم تقديم التأمين المؤقت يستتبع نوعاً من البطلان المقرر لمصلحة الإدارة، إن شاعت تمسكت به، وإن شاعت تجاوزت عنه استناداً إلى اطمئنانها إلى ملائمة صاحب العطاء، فهو نوع من البطلان النسبي إذا جاز لنا تجاوزاً استخدام مصطلحات القانون الخاص في إطار القانون العام^(٣).

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن رقم ٣٨٨-ع (١٩٥٩/١٥١٩) مذكور لدى المستشار ممدوح طنطاوي، المناقصات والمزايدات، مرجع سبق ذكره، ص ٨٢.

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن رقم ٥٣٥/ لسنة ١٩٩٠، جلسة ١٩٦٩/٣/٨، مجموعة ١١٥١ عام، مرجع سبق ذكره، ص ١٢٩.

(٣) د. ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية والتحكيم، مرجع سبق ذكره، ص ٩٠.

ولكن لا يحتج بهذا البطلان إلا من جهة الإدارة، أو المتقدمون الآخرون الذين أودعوا تأميناً كاملاً، فلا يجوز لمن قبلت الإدارة عطاءه الاحتجاج بأنه لم يُمْ بدفع التأمين، ما دام التأمين غير مشروط لمصلحته، وبالتالي لا يجوز للمقصر أن يستفيد من تقصيره، لأن في ذلك خروجاً على مبدأ ضرورة تنفيذ العقود بحسن نية^(١).

لكن يمكننا السؤال في هذا الخصوص، ما هو الأثر الذي يترتب فيما لو قام صاحب العطاء بسحب عطاءه قبل الميعاد المعين لفتح المظاريف الفنية؟

في الواقع وضعت اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات رقم ١٨٩١ لعام ١٩٩٨، حلاً لهذه الحالة حيث أكدت على أن سحب مقدم العطاء لعطاءه قبل الميعاد المعين لفتح المظاريف الفنية، يؤدي إلى أن يصبح التأمين المؤقت المودع حقاً للجهة الإدارية، ودون حاجة إلى إنذار أو اللجوء إلى القضاء أو اتخاذ أي إجراء آخر أو إقامة الدليل على حصول ضرر^(٢).

حيث نجد في هذا الحل تأكيداً على الهدف الذي ينطلق منه التأمين المؤقت، وهو ضمان جدية العطاء، وبالتالي عدم قبول العبث بالقانون.

أما في حالة عدم أداء صاحب العطاء التأمين النهائي في المدة المحددة فقد نصت المادة ٢١/ من القانون رقم ١٨٩١ لعام ١٩٩٨، الخاص بتنظيم المناقصات والمزايدات على أنه: "إذا لم يُم صاحب العطاء المقبول بأداء التأمين في المهلة المحددة جاز للجهة الإدارية بموجب إخطار بكتاب موصى عليه بعلم الوصول ودون حاجة لاتخاذ أي إجراء آخر إلغاء العقد أو تنفيذه بواسطة أحد مقدمي العطاءات التالية

(١) المستشار ممدوح طنطاوي، المناقصات والمزايدات، مرجع سبق ذكره، ص ٨٣ و ٨٤.

(٢) اللائحة التنفيذية للقانون الخاص بتنظيم المناقصات والمزايدات، مرجع سبق ذكره، المادة ١٦٠١.

لعطائه بحسب ترتيب أولوياتها، ويصبح التأمين المؤقت في جميع الحالات من حقها، كما يكون لها أن تخصص قيمة كل خسارة تلحق بها من أية مبالغ مستحقة أو تستحق لديها لصاحب العطاء المذكور، وفي حالة عدم كفايتها تلجأ إلى خصمها من مستحقته لدى أية جهة إدارية أخرى، أياً كان سبب الاستحقاق، وذلك كله مع عدم الإخلال بحقها في الرجوع عليه قضائياً بما لم تتمكن من استيفائه من حقوق بالطريق الإداري^(١).

من خلال النص السابق نجد أن التأمين النهائي يصبح حقاً لجهة الإدارة سواء أقامت بإلغاء العقد أو تنفيذه على حساب المتعاقد المُقصر، وذلك بواسطة أحد مقدمي العطاءات التالية لعطائه، مع عدم الإخلال بحقها بالرجوع عليه بالتعويض إذا كان له مقتضى.

بالنسبة لسورية لم يذكر قانون العقود الموحد للجهات العامة رقم ١٥١١ لعام ٢٠٠٤، جزاء عدم تسديد التأمين المؤقت أو النهائي، إلا أن مجلس الدولة السوري تطرق لهذا الأمر من خلال آراء متعددة، حيث أجاز منح مهلة للعارضين الذين نقصت التأمينات الأولية في عروضهم عن النسبة المحددة في الإعلان، بمقدار لا يؤثر على جدية عروضهم، لاستكمالها حتى تبلغ النسبة المطلوبة شريطة أن يتم ذلك قبل فض مغلفات الأسعار، وإعلان محتواها، مما ينتج عنه بالضرورة عدم جواز استيفاء التأمينات الأولية، أو استكمالها بعد فتح العروض، وإحالة المناقصة إلى صاحب العرض الأفضل^(٢).

(١) القانون الخاص بتنظيم المناقصات والمزايدات، مرجع سبق ذكره، المادة ١٢١١.

(٢) د. محمد الحسين ود. مهند نوح، العقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص ١٦٤.

وعليه، فإنّ هذا الحل المتمثل في استكمال التأمينات الأوليّة يمثل مرونة محدودة ومطلوبة ومتلائمة مع مقتضيات المنافسة المفتوحة والكاملة، ومع مصالح الإدارة، ومصالح العارضين الذين قلت نسبة تأميناتهم عن النسبة المحددة في الإعلان^(١).

وعلى الرغم من أن المحكمة الإدارية العليا السورية قد اعتبرت أن إيداع التأمين المؤقت من قبل مقدمي العروض شرطاً أساسياً للنظر في عروضهم^(٢)، إلا أنّها رأت بالمقابل أنّه إذا اقتضت الإدارة التأمينات على غير الأصول المنصوص عليها قانوناً، ونظرت في العرض وأرست عليه، فلا يسوغ لها التحلل من التزامها تجاه مُقدم هذا العرض^(٣).

وبعد الانتهاء من البحث في جزاء مُصادرة التأمين، وملاحظة الاختلاف الحاصل بين التأمين المؤقت والتأمين النهائي، وذلك بالتأكيد نظراً لاختلاف الغاية التي يتوخاها كل منهما، ومعرف ماهيّة كل منهما وكيفية استحقاقهما، وحالات الإعفاء منهما، وأيضاً معرفة القواعد التي تحكمهما في الدول محل المقارنة، حيث وجدنا اختلاف بين التشريعين السوري والمصري فيما يتعلق بهذا الجزاء كما سبق أن ذكرنا، والآن لابد من دراسة جزاء التعويض، وذلك من خلال تبيان ماهيّة، ومدى سلطة الإدارة في تحصيله، وذلك في المطلب الثاني من هذا المبحث.

(١) د. محمد الحسين ود. مهند نوح، العقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص ١٦٤.

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا السورية رقم ١٥٧١ في الطعن رقم ٨٨، لعام ١٩٧٧، المجموعة، مرجع سبق ذكره، ص ٢٦٠.

(٣) حكم المحكمة الإدارية العليا السورية رقم ١٣٤٣١ في الطعن رقم ١١٥٧١، لعام ١٩٧٨، المجموعة، مرجع سبق ذكره، ص ٢١٣.

المطلب الثاني

التعويض

يُعتبر التعويض الجزاء الأصلي للإخلال بالالتزامات التعاقدية، وذلك إذا لم ينص العقد على جزاءات مالية أخرى لمواجهة هذا الإخلال، حيث أن النظام القانوني لهذه التعويضات قريب من النظام المدني لها، وذلك فيما يتعلق بكيفية تقدير التعويض، وفي اشتراط ركن الضرر، ولكن النظامين يختلفان فيما يتعلق بكيفية تحصيل هذه التعويضات، وعليه سنعالج هذا الموضوع من خلال تبيان ماهية التعويض في الفرع الأول، ومن ثم تحديد مدى سلطة الإدارة في تحصيل التعويض في الفرع الثاني.

الفرع الأول - ماهية التعويض:

إنّ القاعدة العامة تقول: أن كل خطأ - سواء كان إخلالاً بالتزام عقدي أم بالتزام فرضه القانون - سبب ضرراً للغير يلتزم مرتكبه بالتعويض^(١).

فما المقصود بالتعويض، وما هي الخصائص التي يتمتع بها والتي تميزه عن غيره من الجزاءات المالية.

أولاً - تعريف التعويض:

يُجمع غالبية فقه القانون العام على تعريف التعويض بأنه عبارة عن: المبالغ التي يحق للإدارة أن تطالب بها المتعاقد معها إذا أخل بالتزاماته التعاقدية، وذلك عند

(١) القانون المدني السوري الصادر بالمرسوم التشريعي، رقم ٨٤١، لعام ١٩٤٩، المادة ١١٦٥١. والقانون المدني المصري، رقم ١٣١١، لعام ١٩٤٨، المادة ١١٦٣١ الفقرة ١أ.

سُكوت العقد أو دفا تر الشروط عن النص على جزاء مالي آخر كالغرامات، لمواجهة هذا الإخلال^(١).

إذاً التعويض هو الجزاء الأول الذي كان يُفرض على الطرف المُقصر في تنفيذ التزاماته سواءً أكان العقد مدنياً أم إدارياً، ولكن بعد التطورات التي لحقت العقد الإداري أصبح التعويض مُكماً للجزاءات المالية التي تفرضها الإدارة على المُتعاقد معها وخصوصاً جزاء مُصادرة التأمين^(٢)، لأنه كما قلنا سابقاً، بأن التأمين يمثل الحد الأدنى للتعويض المُستحق للإدارة، وليس الحد الأقصى، وذلك عندما يتجاوز مقدار الضرر الذي لحق الإدارة قيمة التأمين.

ثانياً - خصائص التعويض:

يتمتع التعويض بمجموعة من الخصائص التي تجعله يختلف عن الجزاءات المالية الأخرى:

١ - يهدف التعويض إلى جبر الضرر الذي تتعرض له الإدارة المُتعاقدة، وذلك نتيجةً لتقصير الطرف الآخر في العقد وإخلاله بتنفيذ التزاماته التعاقدية، ويجب على الإدارة إثبات أن ضرراً ما قد أصابها نتيجةً لهذا الإخلال، وبهذا يختلف التعويض عن غرامات التأخير التي تُعتبر جزاءً مالياً تفرضه الإدارة على المُتعاقد معها، ودون أن يُشترط أن ينتج عن هذا التأخر ضرر، فلا يشترط في غرامات التأخير الضرر ولا إثباته، وذلك على عكس التعويض^(٣).

(١) د. عبد السميع هاشم، الجزاءات المالية في العقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص ١١٢. و د. سليمان الطماوي، الأسس العامة في العقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص ٥٠٩.

(٢) د. عبد المجيد فياض، نظرية الجزاءات في العقد الإداري "دراسة مقارنة"، مرجع سبق ذكره، ص ١٨١.

(٣) د. عبد القادر دراجي، "سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات الإدارية"، مجلة الفكر، العدد العاشر، جامعة محمد لخضر، بسكرة، ص ٩٨-٩٩.

٢ - إن التعويض لا يكون مُحددًا ومُقدراً مُقدماً في العقد، وإلا أصبح في حُكم غرامات التأخير، والقول بغير ذلك مخالف لقواعد وأحكام نظرية الجزاءات في العقود الإدارية^(١).

وذلك لأن التعويض يهدف إلى جبر الضرر الذي يلحق بالإدارة، هذا الضرر الذي يقع أثناء تنفيذ العقد نتيجةً لإخلال المُتعاقد بالتزاماته، كما أن مقدار هذا الضرر الذي يجب أن يُعوض عنه لا يكون معلوماً إلا بعد وقوعه، وذلك على عكس غرامات التأخير التي يُعتبر فيها الضرر حاصل بمجرد تأخر المُتعاقد عن تنفيذ العقد الإداري.

٣ - إنَّ التعويض الذي يحكم به القضاء للمُتعاقد المُتضرر يتطلب قيام الخطأ التعاقدية، والضرر الناشئ عنه، ومن ثم قيام العلاقة السببية بينهما، وذلك على عكس غرامات التأخير.

٤ - التعويض لا يُستحق إلا بعد إعدار المدين مالم ينص على غير ذلك، في حين أن غرامة التأخير تُوقع بمجرد التأخر دون حاجة إلى تنبيه أو إعدار.

٥ - إنَّ التعويض لا محل له إذا كان التنفيذ العيني ممكناً^(٢).

إذاً إنَّ أحكام التعويض في العقود الإدارية تقترب من فكرة التعويض في قواعد القانون الخاص، وذلك فيما يتعلق بكيفية تقدير التعويض وفي اشتراط ركن الضرر، ولكن النظامين يختلفان فيما يتعلق بطريقة تحديده وكيفية تحصيله.

(١) د. حسين درويش عبد العال، الجزاءات المالية في العقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص ٢٣.

(٢) د. سعيد عبد الرزاق باخبيبر، سلطة الإدارة الجزائية في أثناء تنفيذ العقد الإداري "دراسة مقارنة"، مرجع سبق ذكره، ص ٢٢٧-٢٢٨. و د. نذير بن محمد الطيب أوهاب، نظرية العقود الإدارية، معهد الإدارة العامة، الرياض، ٢٠٠٦، ص ١٠٣.

بعد البحث في ماهية التعويض لابدّ من معرفة مدى سلطة الإدارة في
تحصيل التعويض من المتعاقد المخل بالتزاماته، وهذا ما سيكون موضوع الفرع
الثاني.

الفرع الثاني - سلطة الإدارة في تحصيل التعويض:

إن المبدأ العام الذي دأبنا على تقريره بالنسبة لسلطة الإدارة في توقيع الجزاءات
في أثناء تنفيذ عقودها الإدارية، يتطلب قيام الإدارة من تلقاء نفسها بتوقيع كل تلك
الجزاءات، إلا أنه لما كان للقواعد العامة في القانون الخاص دور ملحوظ في تطبيق
أحكام التعويض في العقود الإدارية، وكانت أهم تلك القواعد تتطلب أن يتم تحصيل
التعويض من قبل القضاء^(١)، فهل يعني ذلك بالضرورة التقليل من شأن التعويض
كجزء تتخذه سلطة الإدارة، ومن ثم لا يحق للإدارة اتخاذه من تلقاء نفسها؟

إن الإجابة عن هذا التساؤل تتطلب منا التطرّق لأحكام التعويض في الفقه
والتشريع:

يرى بعض الفقه أن التعويض لا يُعد من الجزاءات الإدارية؛ لأنّه تطبيق
للقواعد العامة في القانون الخاص كما يرويه^(٢).

في حين ذهب جانب آخر من الفقه إلى القول: بأنّه إذا كان لابدّ من إثبات
حصول الضرر حتى يمكن للقاضي أن يحكم بالتعويض، وإذا كان اشتراط ركن الضرر

(١) د. سعيد عبد الرزاق باخبيّره، سلطة الإدارة الجزائية في أثناء تنفيذ العقد الإداري "دراسة مقارنة"، مرجع
سبق ذكره، ص ٢٢٩-٢٣٠.

(٢) موقع إلكتروني، بعنوان: الحقوق والالتزامات الناشئة عن العقد الإداري، ٢٠١٧/٢١٢٤، ١٥:١١ ص :

[https:// Alaslamwalqanwn.com](https://Alaslamwalqanwn.com)

وإثباته متطلباً في موضوع التعويض في كل من العقود المدنية والإدارية، وإذا كان من البديهي أنّ يتناسب التعويض مع الضرر في كل من النظامين، فهل يمكن حقاً تحديد الأضرار التي تصيب الإدارة في حالة إخلال المتعاقد بالتزاماته^(١).

يُقر أصحاب هذا الاتجاه، بأنّه من الصعب جداً تقدير الأضرار التي تُصيب الإدارة المتعاقدة، ذلك أن الأضرار قد لا يقتصر أثرها فحسب على المرفق العام محل التعاقد، بل يمتد إلى مرافق أخرى، بل وحتى إلى قدرة الإدارة ذاتها على أدائها لمهمتها في تسيير تلك المرافق^(٢).

لذلك فإنّ التعويضات كجزاء في العقود الإدارية مثلها مثل بقية الجزاءات ينبغي النظر إليها لا على أنها تعويض عن ضرر، أو أنّها عقوبات على المتعاقد فحسب بل هي من قبل وسائل في يد الإدارة تبتغي بها تأمين سير المرافق العامة بانتظام واضطراد، فهي ليست مجرد أدوات لمعالجة إخلال الملتزم بالتزاماته.

انطلاقاً من ذلك فإنّ الإدارة بصفة عامة تستطيع أن تُحدد هي مقدماً التعويض، وتستطيع أن تدع ذلك للقاضي، وبدايةً فإنّ للمتعاقد أن يُنازعها في الحاليتين، ومادام أن التقدير النهائي للتعويض هو أمر لا بُدّ أن يبت فيه القاضي، فلا تستطيع الإدارة إذن أن تُخصم مبلغ التعويض الذي تقدره ابتداءً من المبلغ الذي يودعه المتعاقد لديها^(٣).

(١) موقع إلكتروني، بعنوان: الحقوق والالتزامات الناشئة عن العقد الإداري، ٢٠١٧/٢٢/٢٤، ١٥:١١ ص :

[https:// Alaslamwalqanwn.com](https://Alaslamwalqanwn.com)

(٢) د. عبد القادر دراجي، سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص ٩٧.

(٣) د. عبد القادر دراجي، سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص ٩٨.

أما بالنسبة لموقف التشريع من هذا الموضوع، فقد سمح المشرع الفرنسي للإدارة في كثير من الحالات بأن تلجأ إلى تحصيل التعويضات بمقتضى أوامر بالدفع تصدرها بإرادتها المنفردة، وللمتعاقد أن يطعن أمام القضاء، ويجوز لقاضي العقد أن يقرر إعفاءه منه متى تبين عدم صحة الأساس الذي بُني عليه، كما له تخفيضه إذا كان مبالغاً فيه^(١).

في حين أن الوضع مختلف تماماً في تشريع الدول محل المقارنة (سورية - مصر)، حيث لا يوجد حالياً في سورية أية نصوص تشريعية تُبيح للإدارة استعمال هذا الأسلوب، إذ لا تستطيع الإدارة أن تُقدر التعويض بإرادتها المنفردة، وأن تحصله بأسلوب التنفيذ الجبري، بل إن الجاري عملاً هو وجوب مراجعة الإدارة للقضاء الإداري للحصول على التعويض إذا وجدت أن خطأ المتعاقد أدى إلى الإضرار بها^(٢).

كذلك الأمر في مصر، حيث لا تسمح القوانين واللوائح للإدارة بأن تُحدد بنفسها مقدار التعويض الذي تُستحقه عن الأضرار التي تلحقها، ولا أن تُنفذ بالطريق المباشر، ولذلك فإن الإدارة في مصر تلجأ إلى القضاء في مثل هذه الأحوال للحصول على حكم بالتعويض ضد المتعاقد المُقصر في تنفيذ التزاماته^(٣).

مما سبق، نجد أن المشرعين السوري والمصري لم يعترفوا للإدارة بأن تُوقع جزاء التعويض المُستحق لها قبل مُتعاقدها باستعمال امتيازها في التصرف من جانب واحد أسوةً ببقية الجزاءات الأخرى، وإنما يجب عليها أن تُسلك طريق القضاء للحصول على الحق بالتعويض.

(١) د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص ٤٨٨.

(٢) د. مهند نوح، القانون الإداري، مرجع سبق ذكره، ص ١٨٦.

(٣) د. أحمد عثمان عياد، مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص ٣٥٢.

في ضوء كل ما تقدم بالنسبة لموضوع التعويضات، نجد أنّ إبقاء الحق للقضاء في الحكم بالتعويض، هو أمر منطقي ولا يناهض مبادئ العدالة والإنصاف، فالقضاء يعتبر سلطة مستقلة يُنظر إلى الوقائع عند تقديره لقيمة الضرر الذي لحق بالإدارة من جراء إخلال المُتعاقد بتنفيذ التزاماته، كما يُشكل القضاء ضمانة مهمة وقوية بنفس الوقت للمتعاقدين مع الإدارة، وذلك فيما إذا أساءت الإدارة استعمال سلطاتها التي خولها لها القانون.

فالقضاء يُقدر التعويض وفقاً لجسامة الضرر الذي تحملته الإدارة فعلاً، وبالنظر إلى الوقت الذي وقع فيه الضرر، كما يراعي في تقدير التعويض مقدار ما أسهم به خطأ الإدارة في إحداث الضرر بحيث يُخفف التعويض بما يعادل نصيب هذا الخطأ.

بعد الانتهاء من البحث في جزاء مُصادرة التأمين والتعويض والتي هي تُمثل الجزاءات المالية مع غرامات التأخير، لا بدّ لنا من الحديث عن الجزاءات الأخرى التي تستطيع الإدارة إنزالها بحق المُتعاقد المُقصر في تنفيذ التزاماته، والتي لا توصف بأنّها جزاءات مالية، وهي الجزاءات المؤقتة والنهائية، وذلك في الفصل الثاني من هذا البحث.

الفصل الثاني

الجزاءات المؤقتة (الضاغطة) والنهائية

تُعتبر العقود الإداريّة من الوسائل الهامّة التي تستخدمها الإدارة لتسيير مرافقها العامّة، فالعقد الإداري يخضع لنظام قانوني مستقل ومختلف تماماً عن النظام الذي يخضع له العقد المدني، وهذا النظام يتضمن الكثير من مظاهر السلطة العامّة التي تضع الإدارة في مركز مُتميز عن المُتعاقدین معها، حيث أن العقد الإداري والغاية المقدّسة المُتوخاة منه، والتي تتجلّى في تأمين سير المرفق العام على نحو مُنظم يحقق الصالح العام أدت إلى تمايزه وإلى إعطاء الإدارة الكثير من الامتيازات في مواجهة هؤلاء المُتعاقدین، بما يكفل تحقيق المصلحة العامّة، والتي هي هدف العقد الإداري الأساسي.

كما تملك الإدارة سلطة فرض الجزاءات الماليّة على المُتعاقد المُقصر معها، فإنّها تملك أيضاً نوعاً آخرّاً من الجزاءات، هو الجزاءات المؤقتة (الضاغطة) حيث تهدف الإدارة من هذه الجزاءات إلى تأمين تنفيذ العقد، والتغلب على إهمال أو إخلال المُتعاقد معها بالتزاماته، وذلك بأن تحل الإدارة محل هذا المُتعاقد أو تعهد إلى شخص آخر بتنفيذ العقد بدلاً عنه^(١)، ولكن دون أن تنتهي العقد حيث يتميز هذا النوع من الجزاءات بأنّه مؤقت، كما أنّه جزاء قاسي لا يُتخذ إلا اتجاه الإخلال الجسيم بالتزامات.

(١) موقع إلكتروني، بعنوان: آثار العقد الإداري في الفقه والنظام وتطبيقاته القضائية، ٢٠١٦/٩/١١،

لكن قد يصل إخلال المُتعاقد مع الإدارة بالتزاماته إلى درجة خطيرة تؤدي إلى الإخلال بالمصلحة العامة التي هي ركيزة الإدارة العامة، فيكون من حقها فرض نوع أشد من الجزاءات، وهي الجزاءات النهائية (الفاسخة) حيث لا تلجأ الإدارة إلى هذا النوع إلا في حالة الخطأ الجسيم من جانب المُتعاقد والذي يُفقد الإدارة الثقة به، وتهدف بذلك إلى استبعاده من منطقة العقد^(١).

فالأساس القانوني لسلطة الإدارة في توقيع هذه الجزاءات يكمن في فكرة المرفق العام، فالإدارة تنطلق من المصلحة العامة التي هي جوهر العقد الإداري وغايته، وحيث أن سير المرفق العام بانتظام واضطرار هو السبيل لتحقيق هذه المصلحة العامة، فإنّ الإدارة تلجأ في سبيل ذلك إلى أعمال امتياز التنفيذ المباشر الذي تملكه، فتفرض الجزاءات التي ترى فيها وسيلتها للحفاظ على المصلحة العامة^(٢).

في هذا الفصل سنقوم بالحديث عن النوع الثاني من الجزاءات التي بيد الإدارة المُتعاقدة، وهي الجزاءات المؤقتة والنهائية، وذلك ضمن مبحثين الأول للجزاءات المؤقتة، والمبحث الثاني للجزاءات النهائية، وهذين الجزأين كغيرهما من الجزاءات ذات أهمية كبيرة وضمانة لا يُستهان بها في سبيل تنفيذ العقد الإداري، فكل منها مؤقتة كانت أم نهائية تحمل طابع خاص، وتُفرض في مرحلة من مراحل العقد الإداري يبرز خلالها دورها، وتتجلى أهميّة إيقاعها في هذا الوقت بالذات من العقد الإداري.

لذلك سنقوم بدراسة وتحليل هذين الجزأين للوقوف على خصوصية كل منهما، محاولين قدر الإمكان إيضاح ماهيّة كل جزء سواء أكان مؤقتاً أم نهائياً، وجدوى كل واحد منها كسبيل وأداة تطوعها الإدارة لتحقيق الصالح العام.

(١) موقع إلكتروني، بعنوان: آثار تنفيذ العقد الإداري، ٢٠١٧\٥\٢، ١٨:١٢ م :

www.barlamane.com

(٢) موقع إلكتروني، بعنوان: آثار العقد الإداري في الفقه والنظام وتطبيقاته القضائية، ٢٠١٦\٩\١١،

www.press-maroc.com

: ٢٤:٧ م

المبحث الأول

الجزاءات المؤقتة

إنّ الجزاءات المؤقتة ذات طبيعة خاصة تملك الإدارة المتعاقدة سلطة توقيعها على المتعاقد معها إعمالاً لامتيازها في التنفيذ المباشر، لإجباره على الوفاء بالتزاماته التعاقدية على النحو المتفق عليه^(١)، فالإدارة تفرض هذا النوع من الجزاءات بإرادتها المنفردة، وكما يدل اسمها عليها فإنّ هذه الجزاءات مؤقتة، أي أنّها تزول وينتهي أثرها بتحقيق الهدف منها، وهو تنفيذ العقد الإداري على الوجه الأكمل، فهي لا تؤدي إلى إنهاء العقد الإداري، وإنّما تستهدف الإدارة من فرضها الضغط على المتعاقد المُقصر معها لإجباره على تنفيذ التزاماته بما يكفل سير المرفق العام، وبالتالي تحقيق المصلحة العامة^(٢).

فالجزاءات المؤقتة تتجسد بأنّ تحل الإدارة المتعاقدة محل المتعاقد معها في تنفيذ التزاماته، أو تكليف الغير بذلك، فالتنفيذ على حساب المتعاقد المُقصر لا يعدو أن يكون إلا تطبيقاً لقاعدة التنفيذ العيني للالتزام، تقوم به الإدارة عند امتناع المتعاقد معها أو إخلاله بتعهدده، حيث تفترض هذه الجزاءات إخلالاً جسيماً من جانب المتعاقد مع الإدارة^(٣)، ولوسائل الإكراه المستخدمة في الجزاءات المؤقتة صور عدة تتمثل في:

(١) د. عمار عوابدي، القانون الإداري، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، ١٩٩٠، ص ٥٨٧.

(٢) موقع إلكتروني، بعنوان: سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات على المتعاقد معها، ٢٠١٧/١١/١٥، ٤:٣٠ م : <http://mdroit.com>

(٣) موقع إلكتروني، بعنوان: الآثار المترتبة على إبرام العقد الإداري، ٢٠١٦/١٢/١٥، ١١:٤٥ ص : <http://www.kau.edu>.

- وضع المرفق تحت الحراسة في عقد الإلتزام.
 - سحب الأعمال من المقاول في عقد الأشغال العامة.
 - الشراء على حساب المُتعهد في عقد التوريد.
- لكن في جميع تلك الصور يبقى المُتعاقّد مسؤولاً أمام جهة الإدارة المُتعاقدّة حيث تتم هذه العملية على حسابه وتحت مسؤوليته.
- لذلك سوف ندرس هذه الجزاءات ضمن المطالبين الآتيين:
- المطلب الأول:** ماهيّة الجزاءات المؤقتة والمبررات المؤيدة لها.
- المطلب الثاني:** أنواع الجزاءات المؤقتة والرقابة القضائية عليها.

المطلب الأول

ماهية الجزاءات المؤقتة والمبررات المؤيدة لها

تتميز الجزاءات المؤقتة بطبيعة خاصة تجعلها تختلف اختلافاً كبيراً عن الجزاءات الأخرى التي تستطيع الإدارة فرضها بإرادتها المنفردة، كما تبرر لجوء الإدارة إليها دون غيرها من الجزاءات التي تملكها الإدارة .

ولكي نتعرف على هذه الجزاءات، والتي تبدو من اسمها أنها ذات طبيعة مؤقتة - أي أنها ليست نهائية - ونعرف الدافع الذي يبرر فرضها من جانب الإدارة فَمُنَا بتقسيم هذا المطلب إلى الفرعين الآتيين:

الفرع الأول: الطبيعة القانونية للجزاءات المؤقتة.

الفرع الثاني: المبررات المؤيدة لفرض الجزاءات المؤقتة.

الفرع الأول - الطبيعة القانونية للجزاءات المؤقتة:

إنّ الجزاءات المؤقتة (الضاغطة) هي جزاءات معينة تلجأ إليها الإدارة المُتَعَاذِلَة لضمان تنفيذ العقد الإداري بإجراءات ضغط تهدف إلى تجاوز تقصير المُتَعَاذِل، وذلك بأن تحل الإدارة محل المتعهد أو أن تُحل شخصاً آخر محل المُتَعَاذِل الذي لم يُقْم بتتفيذ التزاماته التعاقدية على أكمل وجه، وذلك كله على نفقة ومسؤولية المُتَعَاذِل الأساسي (الناكل بالتزاماته)^(١).

^(١) موقع إلكتروني، بعنوان: سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات على المُتَعَاذِل معها، ٢٠١٧/١١/١٥، ٣٠:٤م :

إنّ الفكرة المتجسدة بأن العقد الإداري يجب أن يُنفذ قبل كل شيء، وأن المرفق العام يجب أن يستمر بانتظام بما يحقق المصلحة العامة؛ هي المبررات التي تستند إليها هذه الجزاءات الإكراهية^(١)، وبالتالي الهدف الذي تسعى هذه الجزاءات إلى تحقيقه، في حين أن الجزاءات المالية تهدف إلى التعويض، والجزاءات النهائية تهدف إلى استبعاد المتعاقد مع الإدارة، أي إلى نتائج لا تتضمن بذاتها استمرارية المرفق العام.

هذا والجزاءات المؤقتة للعقود الإدارية ليست مجردة عن المثل لها في العقود المدنية، فالمادة ١٢١٠١ من القانون المدني السوري رقم ١٨٤١، لعام ١٩٤٩، تؤكد على أنّه في الالتزام بعمل إذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه جاز للدائن أن يطلب ترخيصاً من القضاء لتنفيذ الالتزام على نفقة المدين إذا كان التنفيذ ممكناً، ويجوز في حالة الاستعجال أن يُنفذ الدائن الالتزام على نفقة المدين ودون ترخيص من القضاء، لكن الجزاءات الإكراهية في القانون الإداري تتضمن بطبيعتها نظاماً قانونياً مختلفاً وتبعاً لقواعد عامة^(٢).

إنّ العقوبات الإدارية تتميز بإمكانية فرض عقوبات إكراهية من قبل الإدارة غير متطابقة مع القانون المدني، بالإضافة إلى أن الإدارة تستطيع أن تفرض هذه العقوبات من تلقاء نفسها ودون حاجة للرجوع إلى القضاء، وذلك استناداً إلى حسن تسيير المرفق العام، وبالتالي تحقيق الهدف الأساسي المتجسد بحسن إشباع الحاجات العامة^(٣).

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية، الطعن رقم ١٣١٥٤١، لسنة ١٤٩١ قضائية، ٢٠٠٦/١٥١٢، حيث نصت: " لا يعتبر التنفيذ على الحساب توقعه الإدارة على المتعاقد المقصر في التنفيذ، ولكنه إجراء تستهدف به الإدارة ضمان حسن سير المرافق العامة باضطراد"، الموسوعة الكاملة لجميع أحكام المحكمة الإدارية العليا المصرية، مرجع سبق ذكره.

(٢) عبد الهادي عباس، العقود الإدارية، الجزء الثاني، دار الأنصار، دمشق، ١٩٩٣، ص ٢٢٣.

(٣) د. محمد الحسين، مجموعة محاضرات أُلقيت على طلاب دبلوم العلوم الإدارية والمالية، جامعة دمشق، دمشق، ٢٠٠٠، ص ٧.

تتميز الجزاءات المؤقتة بمجموعة من الصفات والخصائص التي تجعلها مختلفة عن غيرها من الجزاءات الأخرى (المالية - الفاسخة)، التي تملك الإدارة المتعاقدة سلطة توقيعها على المتعاقد معها، وهذه الخصائص تكمن في الطبيعة القانونية لهذه الجزاءات، والتي تنطوي على ميزات خاصة بها دون غيرها.

ولتحديد الطبيعة القانونية للجزاءات المؤقتة لابد من أن نُشير إلى مدلولين

هامين في توضيح هذه الطبيعة:

أولهما - التوقيت: فهذه الجزاءات الضاغطة ليست نهائية أو لها صفة الدوام، وإنما ذات طبيعة مؤقتة تفرضها الإدارة على المتعاقد معها في حالة الخطأ الجسيم، حيث تقوم الإدارة مقام المتعاقد المقصر أو تحل غيره محله في تنفيذ التزاماته^(١)، فهذه الجزاءات المؤقتة لا تؤدي إلى إنهاء الرابطة التعاقدية، وإنما تؤدي فقط إلى تبديل مؤقت للمتعاقد الذي أخل بتنفيذ التزاماته التعاقدية إخلالاً جسيماً^(٢).

كما أن طابع التوقيت هذا يظهر لنا في عدة مواضع، فالإدارة المتعاقدة عندما تقوم هي مقام المتعاقد أو تحل شخص غيره محله في تنفيذ التزاماته، فهذا لا يعني انعدام مسؤولية المتعاقد المقصر بل يظل مسؤولاً أمام جهة الإدارة، أي لا يترتب على إهمال المتعاقد أو تقصيره إنهاء العقد بالنسبة إليه، فالتزامات المتعاقد هذه يتم تنفيذها بصفة مؤقتة على حسابه ومسؤوليته، ويظهر عنصر التوقيت أيضاً، بأن المتعاقد المقصر يبقى له الحق في رقابة تنفيذ التزاماته التي صدر منه تقصير بخصوصها، وذلك أثناء تنفيذها سواء من جانب الإدارة أو من قبل من حل محله في ذلك، فيكون له حق متابعة تنفيذ هذه الالتزامات والطريقة التي تم بها التنفيذ^(٣).

(١) د. إعاد حمود القيسي، الوجيز في القانون الإداري، مكتبة الطالب، دمشق، ١٩٩٨، ص ٣٣٥.

(٢) عبد الهادي عباس، العقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص ٢٢٤.

(٣) د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص ٢٧٩.

فالجزاءات المؤقتة سُميت كذلك كونها لا تؤدي إلى إنهاء الرابطة التعاقدية، وإنما تُؤكل مهمة تنفيذ العقد إلى غير المتعاقد الأصلي وعلى مسؤولية هذا الأخير، وفي ذلك تقول المحكمة الإدارية العليا المصرية : (إن الشركة وإن كانت قد توقفت عن التنفيذ بنفسها، إلا أن الوزارة قد قامت بالشراء على حسابها، ومن مقتضى هذا الشراء على حسابها عدم إنهاء الرابطة التعاقدية، واستمرار العقد منتجاً لآثاره واعتبار الشركة هي المسؤولة أمام الوزارة عن عملية الشراء، فالشركة من الناحية القانونية تُعتبر قد واصلت التنفيذ فيقع على عاتقها غرامة التأخير والمصاريف الإدارية التي تكبدتها الوزارة في عملية الشراء)^(١).

إذاً هذه الجزاءات الضاغطة ليست إلا مؤيدات موقوتة لا تضع للعقد نهاية، وتؤدي فقط إلى أن يحل احتياطياً الغير محل المتعاقد، مادام أصبح هذا المتعاقد عاجزاً عن الوفاء بالتزامه، ويمكن أن تستتبع هذه المؤيدات تدابير فسخ العقد نهائياً عندما يُثبت أنه لا دواء لتقاعس المتعاقد عن الوفاء بالتزاماته^(٢).

ثانيها - الإكراه أو القسر :

عندما تقوم الإدارة المتعاقدة بفرض الجزاءات المؤقتة فهي لا ترمي إلى إنهاء العقد، وإنما تتخذها وسيلة للضغط على المتعاقد معها، وحمله على تنفيذ التزاماته مع بقاء العقد قائماً.

(١) د. سليمان الطماوي ، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص ٥٠٣.

(٢) د. عبد الإله الخاني، العقود الإدارية، الطبعة الثانية، بلا ناشر، ١٩٨٩، ص ٣٣٠. و د. جورج فوديل و د. بيار دلفوليه، القانون الإداري، الجزء الأول، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، ٢٠٠١، ص ٣٥٠.

لهذا السبب أُطلق عليها إضافةً إلى الجزاءات المؤقتة بالعقوبات الضاغطة، لما تنطوي عليه من قسوة، حيث أنها أكثر ثقلًا من حيث المبدأ من الجزاءات المالية بالنسبة للمتعاقد مع الإدارة، تلجأ إليها الإدارة للتغلب على لامبالاة المتعاقد وإهماله لإجباره على الوفاء بالتزاماته، ونظراً لكون هذه الجزاءات أشد وطأة على المتعاقد من الجزاءات المالية، فلا يمكن أن تُتخذ إلا اتجاه الإخلال الجسيم بالالتزامات التعاقدية^(١).

فالمقصود من إجراءات الضغط هذه إرغام المتعاقد مع الإدارة على تنفيذ العقد وهي لا تنهي العقد، وإنما تؤدي إلى حلول الإدارة أو الغير محل المتعاقد المُقصر أو العاجز عن التنفيذ، لذلك لا يمكن توقيعها إلا مع قيام الرابطة التعاقدية، حيث تكون هذه الجزاءات وسيلة الإدارة لإرغام هذا المتعاقد على تنفيذ العقد^(٢).

بقي أن نشير إلى نقطة هامة، وهي أنه لما كان استعمال هذه الوسائل الضاغطة هو إجراء يحمل في مضمونه قسوةً أشد من تلك التي توجد في الجزاءات المالية، لذلك فإنه لا يلجأ إليها إلا إذا كان إخلال المتعاقد مع الإدارة على مستوى من الخطورة، وفي حالة المخالفات الفادحة من قبله.

ونظراً لخطورة هذه الجزاءات، فقد حصر المُشرِّعين السوري والمصري سلطة فرضها بجهات محددة، حيث أكد المُشرِّع السوري في قانون العقود الموحد رقم ١٥١ لعام ٢٠٠٤، على أن يكون الحق لأمر الصرف في أن يقرر سحب تنفيذ التعهد من المتعهد وتنفيذه على حسابه في حالات محددة والمتمثلة بما يلي :

١ - عند عدم مباشرة المتعهد تنفيذ التعهد في الوقت المحدد.

(١) د. محمد الحسين، تنفيذ العقود الإدارية، الموسوعة القانونية المتخصصة، المجلد الخامس، هيئة الموسوعة العربية، دمشق، ٢٠١٠، ٣٥٦.

(٢) د. أحمد عثمان عياد، مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص ٣٥٣.

- ٢ - عندما يجاوز مقدار الكميات المرفوضة نهائياً ثلث الكمية المُتعاقد عليها.
- ٣ - عندما يجاوز مقدار الكميات المرفوضة نهائياً ربع أي جزء منها إذا نص العقد على تسليمها مجزأة على دفعات.
- ٤ - إذا ارتكب المُتعاقد أعمال الغش أو التلاعب أو الرشوة .
- ٥ - إذا أخل المُتعاقد مع الإدارة بالتزاماته التعاقدية وامتنع عن إصلاح خطئه خلال المدة التي تُحدد من قبل الجهة العامة.
- ٦ - إذا أخل المُتعاقد ببرنامج العمل بحيث يُخشى ألا يُنجز في موعده إذا كانت هناك ضرورة فنية أو إدارية استثنائية لإنجازه في هذا الموعد.
- ٧ - إذا كان من المُنتظر أن تُجاوز غرامة التأخير النسبة المحددة في المادة ١٥٠١ من هذا النظام أو جاوزتها فعلاً.
- ٨ - إذا أعلن المُتعهّد عن عجزه في الاستمرار في تنفيذ العقد^(١).
- وهذا ما أكدّه المُشرّع المصري في قانون المناقصات والمزايدات رقم ١٨٩١ لسنة ١٩٩٨، ولائحته التنفيذية عندما أعطى للجهة الإدارية الحق في تنفيذ العقد على حساب المُتعاقد إذا أخل بأي شرط من شروطه، ويكون التنفيذ على حساب المُتعاقد بقرار من السلطة المختصة^(٢).

(١) القانون الخاص بنظام العقود الموحد للجهات العامة، مرجع سبق ذكره، المادة ١٥٤١. وانظر د. سعيد نحيلي و د. عيسى الحسن، العقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص ٢٣٤ - ٢٣٥ .

(٢) قانون تنظيم المناقصات والمزايدات، مرجع سبق ذكره، المادة ١٢٥١، والمادة ١٨٤١ من لائحته التنفيذية .

تجدر الإشارة، إلى أن وسائل الضغط هذه ينص عليها في العقود التي تبرمها الإدارة، كما أن الإدارة تملك توقيع هذه العقوبات حتى ولو لم ينص عليها في العقد، ودون حاجة للجوء إلى القضاء، كما هو الحال بالنسبة للجزاءات الأخرى التي تملك الإدارة فرضها على المتعاقدين معها، لكن يجب أن تقوم الإدارة في هذه الحالة بإعذار المتعاقدين المقصر، بأنها تنوي استعمال هذه الوسائل لكي يكون على بينة من الأمر، ما لم يكن هناك نص في العقد يعفيها من الإعذار، أو كانت هناك حالة استعجال تُبرر اتخاذ هذه الوسائل^(١).

إذاً استناداً لما سبق، نرى أنه يشترط حتى تستطيع الإدارة ممارسة سلطتها في توقيع الجزاءات المؤقتة على المتعاقدين المقصر معها شرطين اثنين هما:

أولاً - ارتكاب المتعاقدين خطأ جسيم في تنفيذ التزاماته التعاقدية:

إن الخطأ التعاقدية الذي يُحول الإدارة المتعاقدة سلطة اتخاذ إجراءات ضاغطة تجاه المتعاقدين المقصر، يأخذ أشكال متنوعة تتفق وطبيعة العقد محل الإجراء.

من أمثلة الخطأ الجسيم الذي يرتكبه المتعاقدين في تنفيذ عقد الالتزام حالة التعطيل الكلي أو الجزئي للمرفق العام، الأمر الذي يدفع بالإدارة إلى وضع المرفق تحت الحراسة، وذلك لعجز الملتزم وعدم كفايته، وذلك كله بشرط أن يكون الملتزم قد بدأ فعلاً في تسيير المرفق المُدار بطريقة الالتزام، وفي عقد الأشغال العامة يأخذ الخطأ التعاقدية صورتين:

أولهما إخلال المَقاول بأي من شروط العقد، وثانيهما عدم احترام الأوامر المصلحية^(٢).

(١) د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص ٥٠٤.

(٢) د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص ٢٨٥ وما بعدها.

ثانياً - إعدار الإدارة للمتعاقد قبل توقيع الجزاء:

من حيث المبدأ يجب أن يسبق فرض الجزاءات المؤقتة قيام الإدارة بإعدار المتعاقد معها، إلا إذا نُص في العقد أو في دفاتر الشروط على إعفاء الإدارة من هذا الإجراء^(١).

كما أوجب المُشرّع في الدول محل المقارنة على ضرورة إعدار الإدارة للمتعاقد معها، حيث أكد المُشرّع المصري في قانون تنظيم المناقصات والمزايدات على وجوب إعدار جهة الإدارة للمتعاقد معها المُقصر في تنفيذ التزاماته، وذلك بضرورة قيامه بتنفيذ تلك الالتزامات على النحو الوارد في العقد قبل قيامها باتخاذ أية إجراء قبل هذا التقصير.

حيث اشترطت المادة ١٨٤١ من اللائحة التنفيذية للقانون السابق الذكر، على أنّه حتى تستطيع الإدارة المتعاقدة تنفيذ العقد على حساب المُقاول في عقد الأشغال يجب أن تقوم بإنذاره بكتاب موصى عليه بعلم الوصول، بالقيام بالإصلاحات اللازمة في غضون ١١٥١ يوم من تاريخ إخطاره، وذلك على عنوانه المبين في العقد، كما أعطى نص هذه المادة للإدارة الحق في حال عدم امتثال المتعاقد معها وقيامه بما ورد بالإنذار، إما القيام بالإصلاحات اللازمة بنفسها وعلى حساب المتعاقد ومسؤوليته، وإما إلغاء العقد، وذلك كله وفقاً لما تراه محققاً للصالح العام، حيث أن سلطتها في هذا المجال تقديرية لا يحدّها سوى عيب الانحراف بالسلطة^(٢).

(١) د. أحمد عثمان عياد، مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص ٣٥٩.

(٢) اللائحة التنفيذية للقانون الخاص بتنظيم المناقصات والمزايدات، مرجع سبق ذكره، المادة ١٨٤١.

كذلك الأمر بالنسبة لعقد التوريد حيث ألزمت المادة ١٩٤١ من اللائحة التنفيذية جهة الإدارة على أن تقوم بإخطار المورد بخطاب موصى عليه بعلم الوصول على عنوانه المبين والمحدد في العقد قبل قيامها بالشراء على حسابه^(١).

بنفس الاتجاه سار المشرع السوري في قانون العقود الموحد رقم ١٥١١ حيث أكد على ضرورة إنذار المتعاقد بسحب تنفيذ التعهد لمرة واحدة، ولمدة تحدد في الإنذار، وذلك قبل سحب التعهد منه، وكما أجاز للمتعهد أن يقدم اعتراضه للجهة العامة خلال هذه المدة، وأكد القانون على أن المتعهد يبقى مسؤولاً عن التنفيذ خلال تلك المدة، وأوجب على الجهة العامة أن تبت في الاعتراض خلال مدة لا تتجاوز ١١٥١ يوماً^(٢).

فالإدارة غالباً ما تنص في دفاتر الشروط العامة أو الخاصة على حقها في رفع يد المتعاقد معها مؤقتاً عن الاستمرار في تنفيذ العقد، وذلك من خلال أن تحل هي محله أو أن تحل غيره محله حسبما تراه، وذلك في حالة تقصيره عن الوفاء بالتزاماته، ولكن هذا النص يُعتبر بمثابة الأمر الكاشف لحق الإدارة في فرض هذا الجزاء، وليس من قبيل الأمور المنشئة لهذا الحق.

في جميع الأحوال فإن إجراءات الضغط المؤقتة أو الجزاءات الإكراهية بجميع أشكالها تعتبر كمبدأ عام من السلطات المقررة للإدارة حتى ولو لم ينص عليها العقد ودفاتر الشروط، حيث تباشرها الإدارة إعمالاً لامتيازها في التنفيذ المباشر^(٣).

(١) اللائحة التنفيذية للقانون الخاص بتنظيم المناقصات والمزايدات، مرجع سبق ذكره، المادة ١٩٤١.

(٢) القانون الخاص بنظام العقود الموحد للجهات العامة، مرجع سبق ذكره، المادة ١٥٤١ الفقرة اب١ .

(٣) د. أحمد عثمان عياد ، مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص ٣٥٤ و ٣٥٥.

و د. توفيق شحاتة، مبادئ القانون الإداري، الجزء الأول، دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة، ١٩٥٥، ٧٩٤ وما بعدها.

بعد الحديث عن الطبيعة القانونية للجزاءات المؤقتة، لابدّ من معرفة المبررات التي دفعت الجهة الإدارية إلى فرض مثل هذه الجزاءات على عاتق المتعاقد معها المَقصر في تنفيذ الالتزامات التعاقدية.

الفرع الثاني - مبررات فرض الجزاءات المؤقتة:

إنّ القاعدة العامة في القانون المدني تكمن في أن العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه أو تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقرها القانون، لذلك إذا اتجه الطرفين المتعاقدين بإرادتهما إلى تنظيم العلاقة فيما بينهما كان العقد هو القانون الذي يسري عليهما، وبالتالي يكون نقض العقد أو تعديله من عمل المتعاقدين، إما باتفاقهما على ذلك عند النقض أو التعديل، أو باتفاقهما عند التعاقد على إعطاء هذا الحق لأحدهما، وإذا ما تعين مضمون العقد وجب تنفيذه على وجه يتفق مع ما يفرضه حسن النية، وما يقتضيه العرف في شرف التعامل^(١).

ومن النتائج المترتبة على حسن النية في تنفيذ العقد أن القانون يمنح المدين نظرة ميسرة إذا كان في عدم تنفيذه للعقد حسن النية، ولكن بالمقابل يجازي سوء النية في عدم تنفيذ العقد، فيلزم المدين في المسؤولية العقدية بالتعويض عن الضرر الذي كان لا يمكن توقعه وقت التعاقد، إذا كان هذا المدين في عدم تنفيذه للعقد قد ارتكب غشاً أو خطأ جسيماً، والهدف من كل ذلك هو النهي عن الغش وتنفيذ العقد بحسن نية^(٢).

(١) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد - مصادر الالتزام - المجلد الأول، الطبعة الثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ١٩٩٨، ص ٦٩٩.

(٢) نفس المرجع، ص ٧٠٠.

فالعقد الإداري يرم بهدف تأمين احتياجات المرفق العام الذي يستهدف العقد تسييره، وتغليب المصلحة العامة على المصلحة الخاصة، فالصالح العام يجب أن يعلو دوماً على المصالح الخاصة. حيث إن النظام القانوني للعقد الإداري يتضمن منح الإدارة سلطات تسمح لها بالتدخل في تنفيذ العقد سواء لمراقبة هذا التنفيذ بالإشراف عليه، أو بتوجيهه عن طريق اختيار وتحديد وسائل وطرق للتنفيذ لم ينص عليها في العقد، أو لإدخال تعديلات على شروط العقد، وتتجلى التدخلات الخاصة بالرقابة عن طريق الأوامر أو النواهي أو التعليمات التي تصدرها الإدارة بإرادتها المنفردة للمتعاقد معها، وتكون ملزمة له دون أن يتوقف ذلك على موافقته^(١).

وعليه إذا ما أخل المتعاقد مع الإدارة بالتزاماته التعاقدية بأن لم يتقيد بالمدد المحددة للتسليم أو التنفيذ، فيحق للإدارة أن تلجأ إلى تنفيذ هذه الجزاءات الضاغطة سواء نص عليها العقد أم لم ينص.

ولقد اعتبرت محكمة القضاء الإداري المصرية في حكمها الصادر في ١٢٤١ ت ٢ لعام ١٩٩٧، في القضية رقم ١٤١٨٦١ للسنة التاسعة القضائية، أن كل إخلال من جانب المتعاقد مع الإدارة لا يقتصر على أن يكون إخلالاً بالتزام تعاقدي فحسب، وإنما أيضاً مساساً بالمرفق العام الذي يتصل بالعقد واتصال العقد بالمرفق^(٢).

فالعقود الإدارية يجب أن تُنفذ بدقة لأن سير المرافق العامة يقتضي ذلك، وعليه فالجزاءات في هذه العقود لا تستهدف في واقع الأمر تقويم الاغوجاج الحاصل في تنفيذ الالتزامات التعاقدية، بقدر ما تتوخى تأمين سير المرافق العامة بانتظام واضطراد^(٣).

مما سبق، نجد بأن لجوء الإدارة إلى الجزاءات المؤقتة والتي هي:

(١) د. أحمد عثمان عياد، مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص ٣٠٢.
(٢) د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة في العقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص ٢٧٩.
(٣) د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة في العقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص ٢٧٩.

١ - وضع المرفق تحت الحراسة في عقد الالتزام.

٢ - سحب الأعمال من المُقاوَل في عقود الأشغال العامّة.

٣ - الشراء على حساب المتعهد في عقد التوريد.

إنّما يكون منوطاً بتقدير الجهة الإداريّة المُتعاقدّة بأنّ ثمة مساساً من قبل المُتعاقد بسير المرفق العام سواء أكان هذا المساس مباشراً أم غير مباشر.

فتبرير اتخاذ هذه المؤيّدات إذاً واللجوء إليها، يستند على فكرة أنّ المصلحة العامّة تقتضي تنفيذ العقد الإداري بدقة، فالعقد الإداري يجب أن ينفذ فعلياً، حيث أنّ هذه النتيجة هي بالفعل التي تهدف إليها الإدارة من المؤيّدات الضاغطة، بينما تهدف المؤيّدات الماليّة إلى التعويض، والمؤيّدات الفاسخة إلى استبعاد المُتعاقد من منطقة العقد أي إلى نتائج لا تؤمن هي نفسها استمراريّة الخدمة العامّة^(١).

مما سبق، نجد أن المُتعاقد عندما يرتكب فعلاً يؤثر بشكل مباشر أو غير مباشر على سير المرفق العام، فإنّه يجب على الإدارة المُتعاقدّة اللجوء إلى مثل هذه الجزاءات، وإن ما يبرر للإدارة لجوئها إلى أعمال سلطتها العامّة في فرض الجزاءات المؤقتة، هو رغبتها في تنفيذ العقد الإداري لتتمكن من تأمين سير المرفق العام على أحسن وجه، وبما يتناسب مع ما يقتضيه الصالح العام، فالصالح العام يجب أن يعلو على المصالح الخاصة والشخصية.

بعد الإنتهاء من البحث في الطبيعة القانونيّة للجزاءات المؤقتة، ومعرفة المبررات التي دفعت الإدارة لفرضها على المُتعاقد المقصر في تنفيذ إلتزاماته، لا بدّ من الحديث عن أنواع تلك الجزاءات، ومدى رقابة السلطة القضائية على قرارات الجهة الإداريّة بفرضها، وذلك في المطلب الثاني.

(١) د. عبد الإله الخاني، العقود الإداريّة، مرجع سبق ذكره، ص ٣٣٠ و ٣٣١.

المطلب الثاني

أنواع الجزاءات المؤقتة والرقابة القضائية عليها

تختلف وسائل الإكراه بحسب نوع العقد الإداري، فهي ليست واحدة وإنما تأخذ صورة خاصة في كل عقد، والعقود الإدارية الرئيسية ثلاثة، حيث تتمثل هذه الجزاءات في عقود التزام المرفق العام في وضع المشروع تحت الحراسة، وفي الشراء على حساب المُتعهد في عقد التوريد، وفي سحب الأعمال من المُتعهد في عقد الأشغال العامة .

حيث يكون لهذه الجزاءات شروط خاصة لفرضها في كل عقد من هذه العقود الثلاث، وتترتب عليها آثار تختلف من عقد لآخر، لكنها بالنهاية ترمي إلى هدف رئيسي واحد هو ضمان سير المرفق العام بانتظام، وعلى نحو تكون فيه المصلحة العامة هي الأساس والمرجحة على المصلحة الخاصة^(١).

إلا أن فرض هذه الجزاءات لا يكون بغير رقيب أو حسيب، وإنما يُمارس القضاء رقابته على الإدارة المُتعاقدة التي تفرض هذه الجزاءات بقرار منها، حتى لا يتأثر الصالح العام الذي هو الهدف الأساسي والوحيد الذي تسعى الإدارة إلى تحقيقه.

وعليه سنقوم بمعالجة هذه الفكرة ضمن الفرعين الآتيين:

الفرع الأول: أنواع الجزاءات المؤقتة.

الفرع الثاني: الرقابة القضائية على فرض الجزاءات المؤقتة.

(١) موقع إلكتروني، بعنوان: سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات على المُتعاقد معها، ٢٠١٧/٥/١٥، ٣٠:٤م :

الفرع الأول – أنواع الجزاءات المؤقتة:

تهدف الإدارة العامة من إبرام العقد الإداري إلى إشباع الحاجات العامة، أي أن العقد الإداري يجب أن ينفذ فعلياً، لأنّ المصلحة العامة تقتضي ذلك، وبالتالي إذا قصر المتعاقد مع الإدارة في تنفيذ التزاماته التعاقدية، فإنّ من حقها أن تلجأ إلى استعمال امتيازاتها العامة^(١)، والتي من بينها فرض الجزاءات المؤقتة لإرغامه على تنفيذ العقد حتى تضمن حسن سير المرفق العام على أكمل وجه، وبمقتضى هذا الإجراء فإنّ الإدارة تحل بنفسها محل المتعاقد معها في تنفيذ التزاماته التي قصر أو عجز عن الوفاء بها، أو تحل شخص آخر غيره محله في هذا التنفيذ على حسابه ومسؤوليته^(٢).

والجزاء الضاغطة تختلف من عقد لآخر فهي ليست واحدة، تتمثل في وضع المرفق تحت الحراسة في عقد الالتزام، وسحب الأعمال من المتعهد في عقد الأشغال العامة، والشراء على حساب المتعهد في عقد التوريد، وسوف نبحث في كل صورة من هذه الصور بشيء من التفصيل.

أولاً – وضع المرفق العام تحت الحراسة في عقود التزام المرافق العامة:

عقد التزام المرفق العام: هو تصرف قانوني تعهد بموجبه الإدارة بتنفيذ مرفق عام بشكل اتفاقي إلى شخص آخر عام أو خاص، حيث يقع على هذا الأخير الالتزامات الأساسية في أن يؤمن على نفقته ومسؤوليته سير المرفق العام، طبقاً لدفاتر الشروط في مقابل رسوم يتقاضاها من المنتفعين بالمرفق العام محل الالتزام لمدة محددة، وهي مدة العقد

(١) د. مهذب نجا، القانون الإداري العام، دار الشمال للطباعة والنشر، طرابلس، بلا سنة نشر، ص ٣١٤.

(٢) موقع إلكتروني، بعنوان: آثار العقود الإدارية، ٢٠١٦/١٠/١٥، ١٥:٧م :

ذاته، والتي بعد انقضائها يلتزم المتعاقد بنقل المرفق العام مع إنشاءاته إلى حوزة الإدارة بحالة جيدة^(١).

المقصود بوضع المرفق تحت الحراسة رفع يد الملتزم مؤقتاً عن إدارة المشروع، دون أن يؤدي ذلك إلى فسخ العقد أو إلى إسقاط حقوق الملتزم الأصلي^(٢).

حيث أن الإخلال الجسيم من قبل المتعاقد في عقد التزام المرافق العامة يُخول الإدارة حق وضع المشروع تحت الحراسة حرصاً على سير المرفق العام بانتظام^(٣)، والإدارة بموجب قرارها بفرض الحراسة على المرفق محل عقد الالتزام تحل هي أو شخص آخر محل الملتزم الأصلي، وعلى الإدارة أن تقوم بتنظيم استغلال هذا المرفق بشكل مؤقت ووفقاً للشروط المنصوص عليها في دفتر الشروط، ويكون هذا الاستغلال المؤقت للمرفق العام على نفقة الملتزم وتحت مسؤوليته^(٤).

باعتبار أن الحراسة هي بطبيعتها إجراء مؤقت، فإن مصيرها إما عودة المرفق للملتزم الأصلي، وإما إلى سقوط الالتزام وفسخ العقد، ولما كانت الإدارة المتعاقدة لا

(١) د. محمد الحسين و د. مهند نوح، العقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص ٨٣ و ٨٤. وانظر حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في تحديد مفهوم عقد الالتزام حيث عرفته كما يلي: " التزام المرافق العامة ليس إلا عقداً إدارياً يتعهد فيه أحد الأفراد أو الشركات القيام على نفقته وعلى مسؤوليته المالية بتكليف من الدولة أو إحدى وحداتها الإدارية، وطبقاً للشروط التي توضع له، بأداء خدمة عامة للجمهور، وذلك من أجل التصريح له باستغلال المشروع لمدة محددة من الزمن واستيلائه على الأرباح ". حكمها في الطعن رقم ١٣٩٧ لسنة ١٩ ق ، جلسة ١٩٩٠/١٣١٢، نقلاً عن د. حمدي ياسين عكاشة، العقود الإدارية في التطبيق العملي المبادئ والأسس العامة، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٩٨، ٥٣٩.

(٢) د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص ٥٠٧.

(٣) د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص ٢٨٠.

(٤) د. عبد المجيد فياض، نظرية الجزاءات في العقد الإداري، مرجع سبق ذكره، ص ٢١٢.

تستطيع فسخ عقد الالتزام بإجراء من جانبها، فإنه يتعين عليها حينما تُقرر وضع المرفق تحت الحراسة أن تلجأ إلى القضاء للحكم بفسخ العقد^(١).

ويترتب على وضع المرفق تحت الحراسة بعض الآثار القانونية، ومنها:

- ١ - استبعاد المُتعاقد مؤقتاً من إدارة المرفق العام لحين انتهاء مدة الحراسة.
- ٢ - حلول الإدارة بنفسها أو بتعيين حارس محلها بإدارة المرفق العام مع بقاء المُتعاقد مسؤولاً عن المرفق.
- ٣ - يكون من حق الإدارة الاستيلاء على العدد والأدوات اللازمة لاستغلال المرفق والعائدة ملكيتها للمُتعاقد على أن تُعاد له بحالة سليمة فيما بعد.
- ٤ - ليس من حق الإدارة أن تمنح لنفسها زيادات لا مبرر لها، بأن تُخفض رسوم الانتفاع، أو تزيد تكاليف الاستغلال، لأنّ الحراسة تُفرض على حساب المُتعاقد حينما يكون خطأه هو سبب وضع المرفق تحت الحراسة، أما إذا لم يكن وضع المرفق تحت الحراسة بسبب خطأ المُتعاقد فإنّ الإدارة تتحمل وحدها مصروفات استغلال المرفق العام الموضوع تحت الحراسة^(٢).

وأخيراً وليس بآخر، فإنه في صدد الآثار القانونية الناشئة عن اتخاذ الإدارة المُتعاقدة لإجراء وضع المشروع تحت الحراسة، ينبغي الإشارة إلى ضرورة التفرقة بين حالة ما إذا تم فرض الحراسة كجزاء لارتكاب المُتعاقد أخطاءً جسيمة في أثناء تنفيذ

(١) د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص ٥٠٧.

(٢) موقع إلكتروني، بعنوان: سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات على المُتعاقد معها، ٢٠١٦\٨\٢٨، <http://www.al-jazirah.com> ١١:٣٠ص:

التزاماته، فهنا نطبق المبدأ العام في فرض الجزاءات الإكراهية، وهو أن يُدار المشروع على حساب المُتعاقد ومسؤوليته، فإذا حدثت خسارة وجب أن يتحملها المُلتزم المُقصر، أما إذ تم فرض الحراسة دون خطأ منسوب للمُتعاقد، كأن يكون هناك قوة قاهرة أو خطأ من جانب الإدارة، فهنا لا يتحمل المُتعاقد المخاطر المالية التي تترتب على إدارة الإدارة للمرفق العام بل تتحملها الإدارة ذاتها^(١).

ثانياً - سحب العمل من المُقاول في عقود الأشغال العامة:

عقد الأشغال العامة: هو عقد يُبرم بين أحد أشخاص القانون العام من جهة وأحد أشخاص القانون الخاص أو العام من جهة أخرى، بقصد القيام ببناء أو ترميم أو صيانة عقارات لحساب هذا الشخص العام، وبقصد تحقيق منفعة عامة، ونظير المقابل المالي المتفق عليه، ووفقاً للشروط الواردة في العقد^(٢).

سحب العمل من المُقاول هو عبارة عن جزاء تُقرضه الإدارة المُتعاقدة في عقود الأشغال العامة، وبمقتضاه تحل الإدارة نفسها محل المُتعاقد المُقصر في تنفيذ التزاماته أو أن تعهد إلى غيره بتنفيذ هذه الأعمال، وذلك كله على حساب المُقاول وتحت مسؤوليته، أي أن تضع الإدارة هذه المُقولة تحت إدارتها المباشرة لضمان تنفيذها، وذلك حرصاً على دوام سير المرفق العام وانتظامه^(٣).

(١) د. سعيد عبد الرزاق باخبيبر، سلطة الإدارة الجزائية في أثناء تنفيذ العقد الإداري، مرجع سبق ذكره، ص ٢٤٥.

٢٤٥. وانظر د. عبد الإله الخاني، العقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص ٣٣٢.

(٢) د. محمد الحسين و د. مهدي نوح، العقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص ٥٦.

(٣) د. سعيد عبد الرزاق باخبيبر، سلطة الإدارة الجزائية في أثناء تنفيذ العقد الإداري، مرجع سبق ذكره، ص ٢٤٦ - ٢٤٧.

ولقد نظم المُشرِّعَين السوري والمصري هذا الموضوع بشكل متشابه إلى حدٍ ما، مع الاختلاف في ذكر حالات سحب العمل من المُقاوِل بشكل مُفصل أو إعطاء حالات عامة، وذلك على النحو الآتي:

حيث أكد المُشرِّع السوري في قانون العقود الموحد للجهات العامّة رقم ١٥١ لعام ٢٠٠٤، على الحالات التي يحق بها لأمر الصرف أن يُقرر سحب العمل من المُتعهِد وتنفِيزه على حسابه، وذلك وفق ما يلي:

- ١ - عند عدم مباشرة المُتعهِد تنفيِذ التعهِد في الوقت المحدد.
- ٢ - عندما يُجاوِز مقدار الكميات المرفوضة نهائياً ثلث الكمية المُتعاقد عليها.
- ٣ - عندما يُجاوِز مقدار الكميات المرفوضة نهائياً ربع أي جزء منها إذا نص العقد على تسليمها مجزأة على دفعات.
- ٤ - إذا ارتكب المُتعاقد أعمال الغش أو التلاعب أو الرشوة .
- ٥ - إذا أخل المُتعاقد مع الإدارة بالتزاماته التعاقدية، وامتنع عن إصلاح خطئه خلال المُدة التي تُحدد من قبل الجهة العامّة.
- ٦ - إذا أخل المُتعاقد ببرنامج العمل بحيث يخشى ألا ينجز في موعده إذا كانت هناك ضرورة فنية أو إدارية استثنائية لإنجازه في هذا الموعِد.
- ٧ - إذا كان من المُنتظر أن تُجاوِز غرامة التأخير النسبة المُحددة في المادة ١٥٠١ من هذا النظام أو جاوزتها فعلاً.

٨ - إذا أعلن المُتعهد عن عجزه في الاستمرار في تنفيذ العقد^(١).

كما أن المُشرّع أوجب إنذار المُتعاقد بسحب تنفيذ التعهد منه لمرة واحدة، ولمدة تُحدد في الإنذار قبل سحب التعهد، فيما عدا الحالة الأخيرة حيث يعتبر لا معنى للإنذار، وأعطى الحق للمُتعاقد بأن يُقدم اعتراضاته للإدارة خلال مدة الإنذار، وعلى الإدارة أن تثبت في الاعتراض خلال مدة لا تتجاوز ١١٥١ يوماً من تاريخ تسجيل الاعتراض في ديوانها مع بقاء المُتعاقد مسؤولاً عن التنفيذ خلال هذه الفترة^(٢).

كما أعطى المُشرّع الحق لآمر الصرف بالرجوع عن إجراء السحب إذا قدم المتعهد الضمانات الكافية وكان ذلك في مصلحة الجهة العامة، وألا يكون أمر المباشرة بالتنفيذ قد أعطي للمتعهد الجديد^(٣).

أيضاً أعطى المشرع الحق لآمر الصرف بأن يقوم بتأمين احتياجات الجهة العامة على حساب المُتعاقد وفق ما يلي:

أ - بطريقة المناقصة أو طلب العروض في الحالات الاعتيادية.

ب - بطريقة الأمانة أو بالتراضي عند فشل المناقصة أو طلب العروض أو عندما تكون هناك ضرورات فنية أو إدارية تستدعي ذلك^(٤).

كذلك الأمر اعتبر المُشرّع المصري أن إخلال المقاول بأي شرط من شروط العقد أو إهماله أو إغفاله القيام بإحدى التزاماته المقررة، ولم يقم بإصلاح أثر ذلك

(١) القانون الخاص بنظام العقود الموحد للجهات العامة، مرجع سبق ذكره، المادة ١٥٤١ الفقرة أ١.

(٢) نفس المرجع، المادة ١٥٤١ الفقرة اب١.

(٣) نفس المرجع، المادة ١٥٤١ الفقرة اج١.

(٤) القانون الخاص بنظام العقود الموحد للجهات العامة، مرجع سبق ذكره، المادة ١٥٥١ الفقرة أ١.

خلال ١١٥١ يوماً من تاريخ إنذاره بكتاب موصى عليه بعلم الوصول على عنوانه المبين في العقد سبباً لسحب العمل منه، وتنفيذه على حسابه بذات الشروط المعلن عنها والمُتعاقد عليها، وقرار السحب هذا يكون من قبل السلطة المختصة^(١).

هذا ما ذهبت إليه أيضاً المحكمة الإدارية العليا المصرية في حكم لها، عندما أكدت على أنّ المُقاوَل يلتزم بتنفيذ الأعمال المُتعاقد عليها على نحو تكون صالحة تماماً للتسليم المؤقت في الميعاد المحدد في العقد، فإذا أخل بهذا الإلتزام أو أهمل في تنفيذه، ولم يصلح أثر ذلك خلال خمسة عشرة يوماً من تاريخ إخطاره، كان للجهة الإدارية الحق في فسخ العقد مع مصادرة التأمين المستحق، أو سحب العمل منه وتنفيذه على حسابه بطريقة المناقصة العامة أو المحددة أو المناقصة المحلية أو الممارسة^(٢).

لكن ينصب التساؤل هنا على ما إذا كانت هذه الحالات التي وردت في نصوص قوانين المُشرّعين السوري والمصري قد ذكرت على سبيل الحصر، بمعنى أن الإدارة لا تستطيع أن تسحب العمل من المُقاوَل إلا في الحالات التي ذكرت في النصوص؟

في الواقع إن وسائل الضغط التي تلجأ إليها الإدارة إنّما تستمدّها من طبيعة العقد الإداري، وصلته بالمرفق العام ومقتضيات سير تلك المرافق، الأمر الذي يعطي للإدارة الحق في سحب العمل من المُتعاقد في كل مرة يُخطئ فيها، وتجد أن هذا السحب ضروري لتحقيق الصالح العام، وبالتالي فإنّ تلك الحالات إنّما جاءت على سبيل المثال لا الحصر.

(١) اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات، مرجع سبق ذكره، المادة ١٨٤١.

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية، الطعن رقم ١٧٠١٥١، لسنة ١٤٧١ قضائيةً عليا، ٢٠٠٦/١٢/٢١، الموسوعة الكاملة لجميع أحكام المحكمة الإدارية العليا المصرية، مرجع سبق ذكره.

لكن ذكر حالات معين في النصوص، مع تخويل الجهة الإدارية الحق في سحب العمل من المُقاوِل إذا تواجد فيها، له فائدة أساسية تتعلق بمدى رقابة القضاء، ففي هذه الحالات يكون القاضي مُقيداً بعدم بسط رقابة الملاءمة على قرار الإدارة الصادر بهذا الجزاء في أية حالة من هذه الحالات، أما في الحالات غير المنصوص عليها فإنّ للإدارة أن تسحب العمل، ولكن يكون للقضاء في هذه الحالات الحكم على ملاءمة السحب للأخطاء المنسوبة إلى المُقاوِل^(١).

– آثار سحب العمل من المُقاوِل:

إن إجراء سحب العمل من المُقاوِل ليس إلا إجراءً تمهيدياً يعقبه إجراء آخر، وقد نصت المادة ١٤٢١ من المرسوم رقم ١٤٥٠١ لعام ٢٠٠٤، المتضمن دفتر الشروط العامة لنظام العقود الموحد رقم ١٥١١ على ما يلي:

أ – عندما تقرر الجهة العامة سحب تنفيذ الأعمال كُلِّها أو بعضها وفق أحكام نظام العقود، وتدعو المُتعهِد للحضور في موعد تحدده للاشتراك بقياس جميع الأعمال التي تم إنجازها حتى تاريخ السحب، وتنظيم جرد كامل لجميع الآلات والعدد والأدوات واللوازم والمهمات التي استحضرتها إلى موقع العمل، وسائر المنشآت المؤقتة التي أقامها فيه.

فإذا رفض المُتعهِد الحضور، أو انتداب وكيل عنه أو تمنع عن توقيع الكشف بعد تنظيمه فإنّ للجهة العامة أن تقوم بالعمل بمفردها، وترسل نسخة عن الجرد المُنظم ولائحة القياسات إلى المُتعهِد بالبريد المُسجل للإدلاء باعتراضاته عليه خلال عشرة أيام من تاريخ التبليغ، ولا تقبل الجهة العامة بعد مضي هذه المدة أي اعتراض بهذا الشأن.

(١) د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص ٥١٢.

ب - للجهة العامة عند سحب تنفيذ الأعمال أن تُوقف صرف أي مبلغ مُستحق أو قد يستحق للمتعهد عن الأعمال التي أنجزها أو اللوازم التي أحضرها إلى موقع العمل، وأن تمنع رد التأمينات والتوقيفات العائدة للمتعهد، وأن تتصرف أو تحجز أو تستعمل بعض أو كل الأدوات والآلات والمعدات واللوازم والمنشآت المؤقتة المستحضرة إلى موقع العمل، أو المقامة فيه بالكيفية التي تراها ملائمة لمصلحة المشروع دون أن تكون مسؤولة عن أي خسائر أو أضرار قد تلحق بالمتعهد من جراء هذا الحجز والاستعمال أو التصرف، وللجهة العامة أن تستمر في حجز هذه الأشياء بعد إنجاز الأعمال إذا وجدت في ذلك ضماناً لحقوقها المترتبة على المتعهد، على أنه إذا أثبت الغير ملكيته لأي من الأشياء المحجوزة بوثائق ذات تاريخ ثابت وسابق لتاريخ العقد، فإنّ للجهة العامة أن تدفع له أجرتها اعتباراً من تاريخ سحب الأعمال ووفقاً للأسعار الراجعة، أو للشروط المتفق عليها سابقاً مع المتعهد أيهما أفضل للجهة العامة^(١).

ج - على المتعهد أن يتحمل جميع المصاريف والنفقات التي تتكبدها الجهة العامة لإنجاز الأعمال المسحوبة، وكذلك جميع الخسائر والأضرار التي قد تلحق بها جراء قيامها بتلك الأعمال، وتعتبر جميع البيانات التي تقدمها الجهة العامة بشأن ما أنفقته من مصاريف صحيحة، ولا يحق للمتعهد الاعتراض على هذه النفقات أو على أي من الأسعار والأجور والتكاليف المتفرقة التي صرفت لإنجاز الأعمال ولشراء المواد واللوازم وتنفيذ الالتزامات الأخرى المفروضة كافة بموجب أحكام العقد مهما بلغت قيمتها.

وللجهة العامة أن تُعزم المتعهد بالإضافة إلى ما ذكر آنفاً ببعض أو كل تأميماته أو توقيفاته، كنوع من الجزاء لقاء العطل والضرر اللذين تعرضت لهما الجهة العامة بسبب سحب تنفيذ الأعمال.

(١) دفتر الشروط العامة الصادر بالمرسوم التشريعي رقم ١٤٥٠١، مرجع سبق ذكره، المادة ١٤٢١، الفقرة اب١.

د - للمتعهد أن يتتبع سير الأعمال المنفذة من قبل الجهة العامة على أنه إذا ظهر أن هذا التتبع يؤدي إلى عرقلة سير الأعمال وتشويشها، فإن للجهة العامة أن تمنعه من ذلك لمدة متفاوتة حسبما تقتضيه مصلحة العمل.

هـ - إذا ظهر بنتيجة الحساب النهائي أن مجموع نفقات الأعمال التي قامت بها الجهة العامة على حساب المتعهد بما فيها المصاريف الإدارية لم تتجاوز ما كان يستحقه المتعهد عنها فيما لو قام بإنجازها بنفسه بالأسعار المبينة في العقد، فإن الوفر الحاصل يعود للجهة العامة، وليس للمتعهد أي حق بالمطالبة به على أنه في هذه الحالة تدفع الجهة العامة إلى المتعهد أجر المثل عن الأدوات والآلات والمعدات والمنشآت المؤقتة العائدة له عن المدة التي استعملت خلالها من قبل الجهة العامة وضمن حدود الوفر الحاصل^(١).

في نفس الاتجاه ذهبت اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات المصري رقم ١٨٩١ لعام ١٩٩٨، حيث أكدت حق الجهة العامة في حالة سحب العمل من المقاول في احتجاز كل أو بعض ما يوجد بمحل العمل من منشآت مؤقتة ومبانٍ وغيرها^(٢)، وكذلك حقها في تحرير كشف بالأعمال التي تمت وبآلات والأدوات التي استحضرت والمهمات التي لم تستعمل، والتي يكون قد وردها المقاول بمكان العمل^(٣).

إذاً كما قلنا، إن سحب الأعمال من المقاول المُقصر يعد إجراءً مؤقتاً لا يترتب عليه إنهاء عقد الأشغال العامة، وهو تطبيق للقواعد العامة في وجوب تنفيذ العقد عيناً، ولكن في إطار نظام قانوني يختلف في القانون العام عنه في القانون

(١) دفتر الشروط العامة الصادر بالمرسوم التشريعي رقم ١٤٥٠١، مرجع سبق ذكره، المادة ١٤٢١.

(٢) اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات، مرجع سبق ذكره، المادة ١٨٤١.

(٣) اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات، مرجع سبق ذكره، المادة ١٨٦١.

الخاص، لتعلق الأمر بمقتضيات سير المرافق العامة بانتظام واضطراد، فالإدارة تملك توقيع هذا الجزاء حتى ولو لم ينص العقد صراحة على ذلك.

هذا ما أكدت عليه أحكام مجلس الدولة المصري بأن: "تملك الإدارة الحلول محل المتعاقد معها في تنفيذ التزامه التعاقدي، أو تكليف الغير بذلك حتى ولو لم يتضمن العقد الإداري النص على ذلك"^(١).

ثالثاً - الشراء على حساب المورد في عقد التوريد:

يُعرف عقد التوريد بأنه: " اتفاق بين شخص معنوي من أشخاص القانون العام وفرد أو شركة يتعهد بمقتضاه الفرد أو الشركة بتوريد منقولات للشخص المعنوي لازمة لمرفق عام مقابل ثمن معين"^(٢).

تتخذ الإدارة المتعقّدة إجراء الشراء على حساب المورد المُقصر في حال تأخّره، أو إخلاله في توريد الكميات أو العينات المُتفق عليها أو الامتناع أو العجز عن تنفيذ التوريد أو الإهمال في تنفيذ الالتزامات على وجه يُعرض المرفق العام للخطر^(٣)، كل هذه الحالات تعطي للجهة الإدارية المتعاقدة الحق في التدخل واتخاذ الإجراء الذي يخولها الشراء على حساب المورد وعلى مسؤوليته، وتحمله فروق الأسعار والنفقات الإضافية وأيّة خسارة أو عطل وضرر يلحق بالإدارة^(٤).

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية، رقم ١١١٨١١، لسنة ٣٣ق، ١٩٩٤/١١/٢٥، مجموعة الأربعين عام، ص ٥٩٨. وانظر د. سعيد عبد الرزاق باخبيّره، سلطة الإدارة الجزائية في أثناء تنفيذ العقد الإداري، مرجع سبق ذكره، ص ٢٥٣.

(٢) د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص ١٣٥.

(٣) موقع إلكتروني، بعنوان: العقود الإدارية، ٢٠١٧/٦/٤، ١٥:٣ م.

<http://site.iugaza.edu>.

(٤) د. محمد الحسين و د. مهند نوح، العقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص ٢٥٥.

فالتنفيذ على حساب المُتعاقد المُقصر لا يعتبر عقوبة توقعها الإدارة المُتعاقدة على المُتعاقد معها، وتؤدي إلى إنهاء الرابطة التعاقدية، وإنما هو وسيلة للضغط على المُتعاقد المُقصر وتطبيقاً لقاعدة التنفيذ العيني للالتزام، تقوم به الإدارة لضمان حسن سير المرفق العام بانتظام واضطراب، ويتحمل المُتعاقد المُقصر في التنفيذ فروق الأسعار المترتبة على هذا التنفيذ^(١).

حيث أكد المُشرّع السوري والمصري على جزاء الشراء على حساب المورد المُقصر، حيث نظمت أحكام هذا الجزاء في سورية المادة ١١٥١ من المرسوم التشريعي رقم ١٤٥٠١، لعام ٢٠٠٤، المتضمن دفتر الشروط العامة لنظام العقود الموحد، حيث نصت على ما يلي:

ب - بعد انقضاء ثلاثين يوماً على المدة المحددة للوفاء بالالتزام دون أن يقوم المُتعهد بتسليم المواد المُتعاقد عليها أو دون تقديم ما يثبت حيازته لها يحق للجهة العامة دونما حاجة لأي إعدار أو إنذار أن تقوم بشراء المواد المُتعاقد عليها على حسابه، وذلك عن طريق المناقصة أو بطريق العقود بالتراضي أو عن طريق الأمانة بالإضافة إلى فرض غرامات التأخير.

ويجوز للوزير بالذات في الحالات الضرورية التي يقدرها، أن ينذر المُتعهد المُتقاعس بوفاء التزامه خلال مدة يحددها دون التقيد بمدة الثلاثين يوماً المذكورة على ألا تقل عن يومين، وبعد انتهاء مدة الإنذار تباشر الجهة العامة باتخاذ الإجراءات الآتية الذكر.

(١) د. ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية والتحكيم، مرجع سبق ذكره، ص ١٢١.

ج - تستوفى المبالغ المترتبة على المُتعهد، والناجمة عن غرامات التأخير أو فروق الأسعار الناجمة عن الشراء على حسابه، أو نفقات الشراء المختلفة من التأمينات النهائية للتعهد، وفي حال عدم كفايتها يُلاحق المتعهد بالفرق وفقاً للأحكام القانونية النافذة حسب الحال.

د - لا يحق للمُتعهد مُطالبة الجهة العامّة بفروق الأسعار فيما إذا نجم نقص في تكاليف الشراء على حسابه، بل يعتبر هذا الفرق حقاً مكتسباً للجهة العامّة^(١).

كما أكدت محكمة القضاء الإداري السوريّة في حكم لها على هذا الجزاء، عندما نصت على أنّ ثبوت مخالفة المواد المُقدمة من الجهة المدعيّة للمعايير والشروط المطلوبة، يجعل من إجراء الإدارة بسحب التعهد والتنفيذ على حساب المتعهد قائماً على أسس قانونيّة سليمة^(٢).

أما في مصر فقد نظمت اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات رقم ١٨٩١، لسنة ١٩٩٨، أحكام هذا الجزاء حيث أكدت على أنّه في حالة عدم قيام المُورد بالتوريد في الميعاد المُحدد بالعقد أو خلال المهلة الإضافيّة، يجب على الجهة الإداريّة المُتعاقدّة أن تتخذ أحد الإجراءات، وذلك بعد إخطاره بكتاب موصى عليه بعلم الوصول على عنوانه المبين في العقد :

١ - شراء الأصناف التي لم يُقْم المُورد بتوريدها من غيره على حسابه، وبذات الشروط والمواصفات المعلن عنها، والتعاقد عليها بأحد الطرق المُقررة في هذا القانون.

(١) دفتر الشروط العامّة الناظم لقانون العقود الموحد، مرجع سبق ذكره، المادة ١١٥٩ الفقرات ١ ب-ج-د.

(٢) حكم محكمة القضاء الإداري السوريّة، القضية رقم (١١٢٩٠)، لعام ٢٠١٤، المجموعة الشاملة الحديثة للأحكام القضائية الصادرة عن محاكم مجلس الدولة، مرجع سبق ذكره، ص ١٩١ وما بعدها.

٢ - إنهاء التعاقد فيما يختص بهذه الأصناف.

وفي هاتين الحالتين يصبح التأمين النهائي من حق الجهة الإدارية التي يكون لها الحق في أن تخصم منه غرامات التأخير، وقيمة كل خسارة تلحق بها بما في ذلك فروق الأسعار والمصاريف الإدارية من أية مبالغ مستحقة، أو قد تستحق للمتعاقد لديها أو لدى أي جهة إدارية أخرى^(١).

مما سبق، نجد أنّ الشراء على حساب المورد المتأخر، إنّما يكون جزاء على تأخره في التوريد عن المدة المحددة في العقد، فلإدارة في هذه الحالة إذا رأت ألا ضرر من ذلك أن تمنحه مهلة إضافية للتوريد مع توقيع غرامات التأخير، ولها أن تلجأ إلى الطريقة الثانية وهي الشراء على حسابه إذا رأت أن صالح المرفق العام يقتضي هذا الإجراء، وإذا رأت الإدارة الشراء على حساب المورد المقصر فيتعين عليها ألا تنهي الرابطة التعاقدية، وهذا واضح من صياغة المواد السالفة الذكر، وذلك لأن طبيعة الجزاءات المؤقتة هي إجبار المتعاقد المقصر على تنفيذ التزاماته، وهذا لا يتصور إلا إذا كانت الرابطة التعاقدية ما تزال قائمة.

- الآثار القانونية للشراء على حساب المورد المقصر:

نستطيع أن نشير إلى الآثار القانونية للشراء على حساب المورد المقصر وهي^(٢):

١ - لا ينهي الشراء على حساب المورد عقد التوريد الأصلي، فهو إجراء مؤقت حيث يظل العقد قائماً بين أطرافه، ويتم الشراء على حساب المورد الأصلي وتحت مسؤوليته.

(١) اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات، مرجع سبق ذكره، المادة ١٩٤.

(٢) د. سعيد عبد الرزاق باخبيبره، سلطة الإدارة الجزائية في أثناء تنفيذ العقد الإداري، مرجع سبق ذكره، ص ٢٧٢ وما بعدها.

٢ - للإدارة اختيار الطريق المناسب لإجراء الشراء على حساب المورد المُقصر وتحت مسؤوليته.

٣ - يجري الشراء على حساب المورد المُقصر على نفقته وتحت مسؤوليته.

٤ - تحل الإدارة محل المورد المتراخي حيث تعد الإدارة بمثابة الوكيل عنه، وترتيباً على ذلك يقع عليها الالتزام ببذل العناية في أثناء إجراء عملية الشراء تحت مسؤوليته.

٥ - الشراء على حساب المُتعهد إجراء مؤقت، وهذا ما يميزه عن الجزاءات الفاسخة التي تنتهي الرابطة العقدية.

٦ - لا يجوز للإدارة الجمع بين الشراء على حساب المورد المقصر، وبين إنهاء التعاقد فيما يخص الأصناف التي قصر عن توريدها، ذلك أن جزء الشراء من الجزاءات الضاغطة المؤقتة، والتي تهدف إلى إرغام المُتعاهد على تنفيذ التزاماته، وليس من الجزاءات التي تؤدي إلى فسخ العقد^(١).

مما سبق، نجد أن الجزاءات المؤقتة بأشكالها الثلاثة إنما ترمي إلى ذات الهدف، وهو تحقيق المصلحة العامة، وتنفيذ العقد الإداري بالضغط على المُتعاهد المُقصر وإرغامه على تنفيذ التزاماته، ولا ترمي إلى إنهاء العقد، فالمرفق العام يجب أن يستمر على نحو حسن وهذا هدفها.

(١) المجموعة الذهبية الحديثة لمجلس الدولة السوري، رأي الجمعية العمومية رقم ١١٦٨١ لسنة ٢٠١٤، القضية رقم (٢٠٤/ف) لسنة ٢٠١٤، مرجع سبق ذكره، ص ٤٥٢ وما بعدها.

الفرع الثاني - الرقابة القضائية على فرض الجزاءات المؤقتة:

إنّ الإدارة في معرض أعمالها لسلطتها في التنفيذ المباشر، وتحقيقاً للصالح العام، وبقصد تنفيذ العقد تنفيذاً فعلياً قد تتجاوز أو تُخطيء أو قد تحيد عن جادة الصواب فيما تصدره من قرارات أو تفرضه من جزاءات، فإذا كان المُتعاقد مع الإدارة معرضاً لسلطة مؤيدة (جزائية) فعالة جداً، فإنّه يجد على الأقل ضمانات هامة في رقابة القاضي.

بهذا الصدد كان وما يزال تعبير القضاء الإداري كما يلي: " يعود للإدارة - أو تترخص الإدارة - تحت رقابة قاضي العقد باتخاذ كل الوسائل التي تملكها".

في الحقيقة والواقع إن ممارسة قاضي العقد لرقابته على تدابير الإدارة، إنّما تؤلف تطبيقاً للمبادئ العامة لنظام حل المنازعات الإدارية في مضمار الرقابة على المشروعية^(١).

إعمالاً للقواعد القانونية العامة، يستطيع القضاء الإداري دائماً أن يحكم على الإدارة بالتعويض إذا تسببت بتصرفها المعيب - سواء ذلك الجزاءات المؤقتة أو النهائية - في إلحاق الضرر بالمُتعاقد معها، حيث ينظر القضاء الإداري في مثل هذه الدعاوي ضمن ولايته كقضاء كامل^(٢).

(١) د. عبد الإله الخاني، العقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص ٣٢٢ و ٣٢٣.

(٢) انظر اجتهاد محكمة القضاء الإداري في سورية، رقم ١٢١١، مجموعة مبادئ محكمة القضاء الإداري، لعام ١٩٦٥، ص ٩٨، حيث جاء فيها "ما يصدر عن الإدارة من قرارات تنفيذاً للعقد الإداري كالقرارات الخاصة بجزاء من الجزاءات التعاقدية أو بفسخ العقد أو إنهائه أو إلغائه كلها تدخل في منطقة العقد وتنشأ عنه، وهي منازعات حقوقية تكون محلاً للطعن على أساس استعداد ولاية القضاء الكامل".

أما فيما يختص برقابة الإلغاء، فإنّ الوضع يختلف في حالة إجراء الحراسة عنه في إجراءات الضغط الأخرى، ففي فرنسا يحق للقضاء إلغاء قرار فرض الحراسة في عقد الالتزام إذا كان القرار غير مشروع أو ليس له ما يبرره أو غير ملائم مع جسامّة الخطأ، وذلك على عكس الحال فيما يتعلق بإجراء الحلّول في عقد الأشغال، حيث يستطيع المّاقول اللّجوء إلى القضاء للحصول على حكم بالتعويض إذا أثبت أن الجزاء غير مشروع أو ليس له ما يبرره أو أنّه غير متناسب مع جسامّة الخطأ، ولكنه لا يستطيع أبداً أن يحصل على حكم بالإلغاء الإجراءات التي اتخذتها الإدارة في هذه الحالة، لأن قاضي المنازعات الناشئة عن عقد الأشغال ليست له في فرنسا سلطة إلغاء الإجراءات التي يتخذها رب العمل قبل المّاقولة، وإنّما يختص فقط ببحث ما إذا كانت هذه الأعمال قد صدرت في أوضاع تعطي للمّاقول الحق في طلب التعويض، إذ تُعتبر الإدارة فيما يتعلق بإجراء الحلّول محل المتعهد أنّها تتصرف دائماً بقصد تحقيق الصالح العام^(١).

كذلك فإن القاضي الإداري في فرنسا لا يستطيع في عقود التوريد إبطال قرار الشراء على حساب المتعهد، ولكنه يستطيع فقط أن يعفي المتعهد من النتائج الماليّة للجزاء، وأن يحكم له بالتعويضات عن الأضرار التي تُصيبه^(٢).

(١) عبد الهادي عباس، العقود الإداريّة، قرار مجلس الدولة الفرنسي في ١٩٤٤/١٢/٢٥، مرجع سبق ذكره، ص ٢٢٦.

(٢) عبد الهادي عباس، العقود الإداريّة، الجزء الثاني، مرجع سبق ذكره، " قرار مجلس الدولة الفرنسي في ١٩٦٩/١١/١٥، ص ٢٢٧، (قضية شركة غويما- وكوما) وقد علق جاك روبير على هذا القرار بقوله: " إن قاضي المنازعات الناشئة عن عقود الأشغال العامّة ليست له سلطة إلغاء الإجراءات التي يتخذها رب العمل قبل المّاقول، وإنّما يختص فقط ببحث ما إذا كانت هذه الأعمال قد صدرت في أوضاع تعطي للمّاقول الحق في طلب التعويض".

إلا أن القضاء الإداري في سوريا ومصر لم يأخذ بما أخذ به القضاء الإداري الفرنسي في هذا الخصوص، وانتقد بعض الفقهاء في مصر التفرقة التي قررها مجلس الدولة الفرنسي في مجال قضاء الإلغاء بين فرض الحراسة في عقد الالتزام، وبين باقي إجراءات الضغط المؤقتة الأخرى في العقود الإدارية، واعتبرها مرحلة من مراحل تطور القضاء الفرنسي، كما رأى أن هذه التفرقة لا وجود لها في القضاء المصري إذ يختص القضاء الإداري في مصر بإلغاء القرارات الصادرة بتوقيع جزاء الحلول أو الشراء على حساب المورد^(١).

بقي أن نشير إلى نقطة هامة، وهي أن سلطة القضاء الإداري في الرقابة على استعمال الإدارة لحقها في توقيع الجزاءات، ومنها الجزاءات المؤقتة لا تقتصر على ناحية المشروعية فقط، وإنما المشروعية والملائمة معاً، أي أنه لا يراقب فقط مخالفة الجزاء لأحكام القانون، وإنما كذلك تناسب الجزاء الموقع مع المخالفة المرتكبة^(٢)، فرقابة قاضي العقد يمارسها ليتحقق من ناحية الشكل ومن ناحية الموضوع، فيما إذا كانت الشروط الشكلية والموضوعية متحققة، وعما إذا كانت المؤيدات المتخذة من قبل الإدارة شرعية ومسوعة، وإلا ألغى القرار الصادر بتطبيق هذا المؤيد لأنه من أنواع القرارات الإدارية المنفصلة^(٣).

وهذا ما أكدت عليه المحكمة الإدارية العليا في سورية في قرار لها، نصت فيه على ما يلي:

(١) د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص ٥٤٧.

(٢) د. ماجد راغب الحلو، القانون الإداري، مرجع سبق ذكره، ص ٥٩٣.

(٣) د. عبد الإله الخاني، العقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص ٣٣٤.

" ١- إن سلطة القاضي الإداري في إعمال رقابته على تصرف الإدارة إزاء ما تنسبه للمتعهد من تقصير هي سلطة واسعة، وتشمل رقابة مشروعية العقوبة المفروضة كوسيلة من وسائل الضغط عليه من جهة، وملائمتها لخطأ المتعهد من جهة ثانية.

٢- إن سحب الأعمال من المتعهد، وهو أحد الجزاءات التي يُمكن فرضها بحق الملتزم المتعاس بل أشدها لما يترتب عليه من نتائج خطيرة، لا يلجأ إليه إلا في أحوال المخالفات الجسيمة، أو عندما يتكرر الإهمال من جانب الملتزم أو يعجز عن متابعة التنفيذ، ومن هنا فإن القاضي الإداري يملك- إذا ما عُرض عليه أمر فسخ الالتزام - أن يرفض الفسخ أو سحب الأعمال إذا رأى أن الخطأ لا يتلاءم وقسوة الجزاء" (١).

بعد الانتهاء من تبيان ماهية هذه الجزاءات المؤقتة، والتي توقعها الإدارة بإرادتها المنفردة مستخدمة امتيازها في التنفيذ المباشر، وذلك بهدف الضغط على المتعاقدين المُقصر والمخل بتنفيذ ما التزم به معها بقصد تنفيذ العقد الإداري وتأمين سير المرفق العام، نستطيع القول: بأن هذه الجزاءات وإن كانت ضاغطة، إلا أنها تتناسب مع تقصير المتعهد، وإخلاله الجسيم بالتزاماته مما يحول دون تنفيذ العقد، والإدارة بتوقيعها هذا الجزاءات تكفل تنفيذ العقد واستمرارية المرفق العام.

بعد الانتهاء من دراسة الجزاءات المؤقتة، ومعرفة هدف الإدارة المتعاقدة من فرضها على المتعاقدين المُقصر، لابد من التعرف على الجزاءات النهائية أو الفاسخة، والتي تملك الإدارة المتعاقدة حق فرضها على المتعاقدين معها بإرادتها المنفردة أيضاً، ومدى سلطة الإدارة المتعاقدة في فرض جزاء إسقاط الالتزام في عقود التزام المرافق

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا في سورية، القرار ١٣٣٩١، الطعن ٣٢٧، لسنة ١٩٧٧.

العامة، وما هو الدور الذي يلعبه القضاء الإداري في الرقابة على قرار الإدارة بالفسخ، وذلك ما سنقوم بدراسته في المبحث الثاني.

المبحث الثاني

الجزاءات النهائية (فسخ العقد)

فسخ العقد الإداري هو جزاء تُوقعه الإدارة المُتعاقدَة على المُتعاقد معها الذي لم يُعد قادراً على الوفاء بالتزاماته التعاقدية على النحو المُتفق عليه في العقد، حيث تُنتهي الإدارة بهذا الجزاء التّعاقد معه بصورة غير طبيعية (مبتسرة)، تفرضها موجبات تحقيق المصلحة العامة في دوام سير المرافق العامة بانتظام^(١).

فالجزاءات النهائية تختلف عن الجزاءات المؤقتة كونها حاسمة، وذات طبيعة رادعة تلجأ إليها الإدارة عندما تجد أن المُتعاقد قد ارتكب خطأً جسيماً لا يمكن معه استمرار العقد الإداري^(٢)، بحيث تفقد الإدارة الأمل في حُسن تنفيذ المُتعاقد لالتزاماته في المستقبل، وبالتالي لا بدّ من فسخ العقد أو إسقاط الالتزام كما يطلق عليه في عقد التزام المرافق العامة حصراً.

عليه سنقوم بدراسة الجزاءات النهائية ضمن مطلبين هما:

المطلب الأول: فسخ العقد وشروطه والآثار المترتبة عليه.

المطلب الثاني: الفسخ في عقد الالتزام ورقابة القضاء على قرار الفسخ.

(١) موقع إلكتروني، بعنوان: آثار تنفيذ العقد الإداري، ٢٠١٧/١٠/١٣، ٣٠:٤م :

www.uobabylon.edu.

(٢) موقع إلكتروني، بعنوان: طرق التعويض عن فسخ العقد الإداري، ٢٠١٧/٩/١٤، ٦٠:٠٠م :

http://www.egyptian_awkaf.blogspot.com

المطلب الأول

فسخ العقد وشروطه والآثار المترتبة عليه.

يحتل الفسخ قمة الجزاءات التي تملك الإدارة حق توقيعها على المتعاقد معها جزاء إخلاله بالتزامه التعاقدي^(١)، بعد أن تكون كافة الوسائل قد عجزت عن إصلاحه، مما يفقد الجهة الإدارية الثقة في التعامل معه نتيجةً لتولد يقين لديها بأن التعامل مع هذا المتعاقد في ضوء سلوكه في تنفيذ العقد من شأنه الإضرار بالمصلحة العامة التي لأجل تحقيقها تم إبرام العقد.

لذلك يُعتبر الفسخ أخطر الجزاءات الإدارية وأقساها على الإطلاق، لأنه جزاء حاسم يؤدي إلى إنهاء العقد الإداري^(٢)، ولهذا الجزاء شروط لأبَد من توافرها حتى تستطيع الإدارة أعمال امتيازها بالتنفيذ المباشر، وبالتالي فسخ العقد، وعليه لا بد من معرفة الطبيعة القانونية للفسخ وشروطه، وما يترتب على فرضه من آثار هامة، وذلك ضمن فرعيين هما:

الفرع الأول: الطبيعة القانونية لفسخ العقد.

الفرع الثاني: شروط فسخ العقد والآثار المترتبة عليه.

(١) د. سليمان الطماوي، الوجيز في القانون الإداري (دراسة مقارنة)، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٨٨، ص ٦١٤.

(٢) موقع إلكتروني، بعنوان: معنى الفسخ في العقود الإدارية وتمييزه عن أوضاع مشابهة، ٢٠١٦/١٢/٢٥، [http:// almerja.net](http://almerja.net). ٧:٤٤ م :

الفرع الأول – الطبيعة القانونية لفسخ العقد:

فسخ العقد الإداري: هو حالة النهاية غير الطبيعية للعقود الإدارية^(١).

نعني بإنهاء العقد كجزء، وضع نهاية للعلاقة التعاقدية القائمة بين الإدارة والمتعاقد معها في غير الأحوال الاعتيادية لإنهاء الرابطة التعاقدية، كإنقضاء الأجل المحدد في الالتزام، والقيام بالتنفيذ الكامل في عقود الأشغال العامة والتوريد، والحصول على المؤهل الدراسي في العقود الدراسية^(٢)، فيقصد بالإنهاء الذي نحن بصدد الفسخ من جانب الإدارة، ويطلق عليه الإسقاط في عقود الالتزام^(٣).

حيث يعتبر جزاء الفسخ جزاءً نهائياً، لأنه يستهدف بشكل أساسي حل الرابطة التعاقدية، وبالتالي فإنه يفترض أن المتعاقد قد أخطأ خطأ جسيماً، لذلك فالإدارة لا تلجأ إلى هذا الجزاء إلا مضطرة، وإذا وجدت أنه لا فائدة تُرجى من تقويم المتعاقد المُخل بالتزاماته التعاقدية، الأمر الذي يفقدها الأمل في حسن تنفيذ المتعاقد لالتزاماته في المستقبل^(٤).

فالفسخ يُعتبر أشد الجزاءات التي تستطيع الإدارة توقيعهما على المتعاقد معها، ولهذا فإنه لا يفرض إلا عند ارتكاب المتعاقد لخطأ جسيم يحمل الإدارة على فسخ العقد المُبرم معه لفقدتها الثقة به^(٥).

(١) د. خالد خليل الظاهر، القانون الإداري، الكتاب الثاني، دار المسيرة، عمان، ١٩٩٧، ص ٢٦٧.

(٢) موقع إلكتروني، بعنوان: انتهاء العقد الإداري، ٢٠١٧/٦/١٦، ٥١:٦م:

<http://law.uobabylon.edu>.

(٣) د. محمد الحسين و د. مهند نوح، العقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص ٢٥٦.

(٤) د. ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية والتحكيم، مرجع سبق ذكره، ص ١٢٤.

(٥) د. عبد الغني بسيوني عبد الله، القانون الإداري دراسة مقارنة، المجلد الثاني، الدار الجامعية، ١٩٩٨، ص ٥١١.

هذا وتملك الإدارة المتعاقدة حق توقيع جزاء فسخ العقد الإداري سواء تضمن هذا العقد نصاً يخولها هذا الحق أم خلا من النص على ذلك^(١)، ودون حاجة للجوء إلى القضاء، حيث أن هذا الحق من مظاهر السلطة العامة التي تتمتع بها الإدارة العامة^(٢).

وعليه لا يكون للمتعاقد مع الإدارة الطعن بالإلغاء ضد قرارها بفسخ العقد معه، حيث أن مثل هذا القرار ليس من القرارات الإدارية المنفصلة عن العقد التي تخضع لدعوى الإلغاء، وإنما هو إجراء مُتصل بالعقد تتخذه الإدارة بوصفها طرفاً في العلاقة التعاقدية، ومن ثم فإن المنازعة التي تُثار بشأنه هي من المنازعات التي تكون محلاً للطعن على أساس استعداء ولاية القضاء الكامل، ومن ثم تخرج من ولاية الإلغاء.

وهذا الأمر مُتفق عليه في قضاء مجلس الدولة في كل من سورية ومصر، حيث أكدت المحكمة الإدارية العليا المصرية على ذلك عندما قضت بعد قبول طلب وقف التنفيذ وإلغاء قرار الفسخ، بحسبانه لا يكتسب وصف القرار الإداري الذي يتعين وجوده لقبول دعوى الإلغاء^(٣).

فالقرار الصادر من جهة الإدارة بفسخ العقد هو قرار مُتعلق بتنفيذ العقد، ولا يُعتبر بذلك قراراً إدارياً وفقاً لما ذهبت إليه المحكمة الإدارية العليا المصرية، فقرار

(١) موقع إلكتروني، بعنوان: نهاية العقود الإدارية، ٢٠١٧/٨/٢٠، ٥٠:١م :

www.djelfa.info

(٢) موقع إلكتروني، بعنوان: نهاية العقود الإدارية، ٢٠١٧/٧/٢٠، ٢١:١٧م :

<http://www.startimes.com>

(٣) انظر حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية، طعن رقم ١١٦٥٤١، لسنة ٣٦ ق، جلسة ١٩٩٤/١٣/٢٢، نقلاً عن د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص ٢٩٠.

الفسخ هو إجراء تعاقدى لا يخضع للأحكام العامة الخاصة بإلغاء القرارات الإدارية قضائياً، وإنما يكون محلاً للطعن على أساس استعداء ولاية القضاء الكامل^(١).

كذلك أكدت المحكمة الإدارية العليا السورية في قرار لها على أنّ حق الإدارة في فسخ عقودها مع الملتزمين هو حق أصيّل، تُملك الإدارة اتخاذه في كل مرة يكون فيها المُتعاقد معها قد أخل بالتزاماته التعاقدية، ويبقى للطرف الآخر الحق بالمطالبة بالتعويض إن كان له موجب، وثبت للقضاء أن الفسخ وقع تعسفياً^(٢).

إذاً الإدارة لها دون حاجة للجوء إلى القضاء أن تقرر الفسخ، على ألا يخل ذلك بحق الطرف الآخر في اللجوء إلى القضاء والطعن في قرار الإدارة، فالرقابة القضائية لاحقة^(٣).

فالإدارة تستمد حقها في الفسخ من طبيعة العقد الإداري، لا من النص عليه في العقد وفي التشريعات الخاصة، وهي تملك هذا الحق وتمارسه بمجرد قرار إداري تُصدره^(٤).

مما سبق، نجد أنّ حق الإدارة في فرض جزاء الفسخ سواء نص عليه في دفاتر الشروط العامة أو الخاصة أو العقد أم لم ينص، هو حق أصيّل قائم بذاته ومستقل عن العقد ودفاتر الشروط، فالإدارة تستطيع إصدار قرار الفسخ إعمالاً

(١) انظر حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية، طعن رقم ١٦٧٩١، لسنة ٤٦ ق، جلسة ٢٠٠١/١٨/١٧، نقلاً عن عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص ٢٩٠ و ٢٩١.

(٢) انظر قرار المحكمة الإدارية العليا في سورية، رقم ٣٠، الطعن ١٢٣١، لسنة ١٩٧٣.

(٣) د. مصطفى عبد السيد الجارحي، فسخ العقد "دراسة مقارنة"، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٨، ص ٤٧ و ٤٨.

(٤) د. إبراهيم عبد العزيز شبحا، الوسيط في مبادئ وأحكام القانون الإداري، الدار الجامعية، بيروت، ١٩٩٧، ص ٦٧٢.

لسلطتها في التنفيذ المباشر - لأن هذا الحق من متعلقات النظام العام - ودون حاجة للجوء إلى القضاء للحصول على حكم بفسخ العقد.

لما كان جزاء فسخ العقد ذو خطورة كبيرة حتى أنه يعد من أخطر الجزاءات التي يمكن أن توقعها الإدارة على المتعاقد معها، لذلك فهو يفترض ارتكاب المتعاقد لخطأ جسيم يترتب عليه فسخ العقد، وكذلك فقدان المتعاقد مع الإدارة لكل حقوقه المتعلقة بالعقد بما في ذلك التأمين المدفوع من جانبه.

لذلك ذهب المشرع السوري والمصري إلى ذكر حالات محددة يكون فيها الفسخ للعقد وجوبياً، وحالات ترك فيها أمر الفسخ لتقدير الإدارة المتعاقدة حيث يكون في هذه الحالة جوازياً، حيث اعتبر المشرع السوري التعهد مفسوخاً حكماً في الحالات الآتية:

١ - وفاة المتعهد إذا كانت مؤهلاته الشخصية محل اعتبار في التعاقد، وإذا لم تكن كذلك لا يُفسخ التعهد لهذا السبب إلا إذا قررت الجهة الإدارية أن ورثة المتعهد لا تتوافر فيهم الضمانات الكافية لحسن تنفيذ العمل.

٢ - إفلاس المتعاقد مع الإدارة.

٣ - التصفية القضائية، مع العلم أنه يحق للجهة العامة الموافقة على استمرار المتعاقد بتنفيذ التزاماته إذا أجازت المحكمة ذلك.

٤ - التعامل مع إسرائيل^(١).

(١) القانون الخاص بنظام العقود الموحد للجهات العامة، مرجع سبق ذكره، المادتين ١٥٩١ و ١١١١ الفقرة ١٦١ من البند (أ).

وبالنسبة للحالة الأخيرة فقد أكدت محكمة القضاء الإداري في السوري على ذلك في حكم لها : " اشترط نظام العقود فيمن يتعاقد مع الجهات الإدارية ألا يملك أي مصنع أو مؤسسة أو مكتب فرعي في إسرائيل وألا يكون مشتركاً في أي مؤسسة أو هيئة فيها تحت طائلة اعتبار العقد مفسوخاً حكماً، ومُصادرة تأميناته مع عدم الإخلال بحق الإدارة في ملاحقته بالتعويضات عن الأضرار الناجمة عن الفسخ.

وتأخر صدور قرار مكتب مقاطعة إسرائيل بحظر التعامل مع الشركة المتععدة المدة التي يحتاجها التحقيق، لا ينال من حق الإدارة في إيقاع الجزاء القانوني للمخالفة"^(١).

في غير هذه الحالات يكون حق الإدارة في فسخ العقد مع المتعاقد معها جوازياً، ووفقاً لمقتضيات المصلحة العامة.

ومن تطبيقات فسخ العقد في القانون المصري، نجد أن قانون المناقصات والمزايدات اعتبر أن التعهد مفسوخاً بشكل تلقائي في حالتين هما:

١ - استعمال المتعهد للغش أو التلاعب في معاملته مع الإدارة أو في حصوله على العقد.

٢ - إفلاس المتعهد أو إعساره^(٢).

في حين أعطى القانون السالف الذكر للإدارة سلطة تقديرية في توقيع جزاء الفسخ على المتعاقد إذا أخل بأي شرط من شروط العقد^(٣)، وكذلك الأمر عند وفاة

(١) انظر حكم محكمة القضاء الإداري السورية، القرار ١٣٣١، الطعن ٢٣٦، لسنة ١٩٩٢.

(٢) قانون تنظيم المناقصات والمزايدات، مرجع سبق ذكره، المادة ١٢٤١.

(٣) قانون تنظيم المناقصات والمزايدات، مرجع سبق ذكره، المادة ١٢٥١.

المتعهد حيث يجوز للإدارة المتعاقدة فسخ العقد، أو السماح للورثة بالاستمرار في تنفيذ العقد بشرط أن يعينوا وكيلاً عنهم بتوكيل مصدق أصولاً، وأيضاً في حالة إهمال أو إغفال المتعاقد للقيام بإحدى التزاماته^(١).

هذه الحالات بالتأكيد على سبيل المثال لا الحصر، حيث تستطيع الإدارة فسخ العقد في كل حالة يخل فيها المتعاقد بالتزاماته التعاقدية إخلالاً يستلزم هذه العقوبة الصارمة^(٢).

هنا يتبادر إلى الذهن السؤال الآتي:

- هل تستطيع الإدارة أن تجمع بين مصادرة التأمين والمطالبة بالتعويض عند فسخ العقد؟

الإدارة يمكن لها أن تجمع بين مصادرة التأمين والمطالبة بالتعويض عند فسخ العقد، ولكن بشرط عدم النص في العقد على حظر هذا الأمر، نظراً لاستقلال كل جزء عن الآخر، ولتباين طبيعة ووجهة وغاية كل منهم، ولو لم ينص العقد على استحقاق التعويض، لأن استحقاقه يرجع إلى القواعد العامة من جهة، ويشترط من جهة أخرى أن يكون الضرر أكبر من قيمة مبلغ التأمين المصادر، فإذا كانت مصادرة التأمين قد جبرت الضرر كله، فلا محل إذن للتعويض تطبيقاً للقواعد العامة، ما لم يتفق على خلاف ذلك^(٣).

(١) اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات، مرجع سبق ذكره، المادتين ٧٧١ و ١٨٤.

(٢) موقع إلكتروني، بعنوان: فسخ العقد الإداري، ٢٠١٧/٩/١١، ٢: ٤٤م :

<https://bouhoot.blogspot.com>

(٣) د. عبد الغني بسيوني عبد الله، القانون الإداري دراسة مقارنة، مرجع سبق ذكره، ص ٥١٣ - ٥١٤.

مما سبق، نستنتج أنه يشترط للجمع بين مُصادرة التأمين والمطالبة بالتعويض في حالة الفسخ ألا يحظر العقد صراحةً هذا الجمع، وأن يكون الضرر تجاوز قيمة التأمين الذي تمت مُصادرته.

بعد الانتهاء من الحديث عن الطبيعة القانونية لجزاء الفسخ، لابدّ من التعرف على الشروط الواجب توافرها حتى تستطيع الإدارة المُتعاقد إيقاعه، وماهي الآثار المترتبة عليه.

الفرع الثاني - شروط فسخ العقد والآثار المترتبة عليه:

يُعتبر الفسخ جزاء رادع ينهى به العقد الإداري^(١)، لذلك يشترط كي تستطيع الإدارة توقيعه بالصورة المشروعة، أن يكون الفعل الذي يصدر عن المُتعاقد معها على درجة كبيرة من الجسامة وإلا عُد إجراء الإدارة باطلاً من الناحية القانونية، كما يجب على الإدارة إعدار المُتعاقد قبل إيقاع جزاء الفسخ، وذلك نظراً لما يترتب عليه من آثار شديدة الأهمية والخطورة.

أولاً - شروط فسخ العقد:

١ - الخطأ الجسيم:

إن معنى الخطأ الجسيم في مجال تنفيذ العقود الإدارية، ما هو إلا إخلال المُتعاقد مع الإدارة بالتزام تعاقدّي أو قانوني جوهري^(٢).

(١) موقع إلكتروني، بعنوان: فسخ العقد الإداري صيغته وآثاره، ٢٠١٧/٣/٢٦، ٥٤:٦ ص:

<http://fiqh.islammessage.com>

(٢) د. إبراهيم طه الفياض، العقود الإدارية، مكتبة الفلاح، الكويت، ١٩٨١، ص ٢٢٥.

بما أن **جزاء الفسخ** يُعتبر من أشد الجزاءات التي تستطيع الإدارة توقيعها على المُتعاقد معها، فإنّه لا يوقع إلا عند قيام المُتعاقد بارتكاب مخالفة فادحة تبرر قيام الإدارة بالفسخ وتحملها على فسخ العقد المبرم معه لفقدائها الثقة به، وفي هذا المجال يقول الدكتور سليمان الطماوي: "يستهدف هذا الجزاء إنهاء الرابطة التعاقدية، ومن ثم يفترض أن المُتعاقد قد أخطأ خطأ جسيماً، ولا تلجأ الإدارة إلى هذا الجزاء إلا إذا كانت مُضطرة"^(١).

أما بالنسبة للأفعال التي تكون على درجة كبيرة من الجسامه، وبالتالي تُعد كافية لتوقيع الإدارة لجزاء الفسخ لاسيما في عقدي الأشغال العامة والتوريد يمكن ذكر أهمها:

١ - عدم تنفيذ المُتعاقد لمحل العقد، كأن يترك المُقاوّل في عقد الأشغال العامة موقع العمل، ومن ثم توقفه عن تنفيذ الأعمال المطلوبة والمتفق عليها في العقد.

٢ - رفض المُتعاقد وعلى وجه الخصوص في عقد الأشغال العامة تنفيذ الأوامر المصلحية.

٣ - تنفيذ الأعمال بصورة معيبة جداً في عقد الأشغال العامة، أو قيام المُورد في عقد التوريد بتسليم أصناف رديئة جداً غير المتفق عليها في العقد.

٤ - التنازل عن العقد أو التعاقد من الباطن من دون أخذ الموافقة المسبقة من الإدارة، مع العلم أن التشريع لم يضع جزاء الفسخ بشكل صريح، ومع ذلك نجد أن ما رتبته القضاء الإداري من فسخ للعقد في هذه الحالة، هي النتيجة الطبيعية والمنطقية طالما أن المُشرّع قد أغفل النص على ذلك بوضوح، وملخص القول أن للإدارة الحق في

(١) د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص ٥٤٥.

توقيع جزاء الفسخ في هذه الحالة إذا ما قدرت أنه السبيل المناسب أي وفقاً لتقديرها لمدى تأثير هذا الفعل على سير المرفق العام، فالفسخ ليس تلقائياً في هذه الحالة.

٥ - عدم الالتزام بالمواعيد المحددة لإنهاء الأشغال أو تسليم التوريدات.

٦ - أفعال الغش والاحتيال الصادرة من المتعاقد مع الإدارة^(١).

نظم المشرع السوري والمصري تلك الحالات في التشريع واللائحة التنفيذية له، وذلك على النحو الآتي، حيث اعتبر المشرع السوري التعهد مفسوخاً حكماً في الحالات الآتية:

١ - وفاة المتعهد إذا كانت مؤهلاته الشخصية محل اعتبار في التعاقد، وإذا لم تكن كذلك لا يفسخ التعهد لهذا السبب إلا إذا قررت الجهة الإدارية أن ورثة المتعهد لا تتوافر فيهم الضمانات الكافية لحسن تنفيذ العمل.

٢ - إفلاس المتعاقد مع الإدارة.

٣ - التصفية القضائية، مع العلم أنه يحق للجهة العامة الموافقة على استمرار المتعاقد بتنفيذ التزاماته إذا أجازت المحكمة ذلك.

٤ - التعامل مع إسرائيل^(٢).

(١) د. سعيد عبد الرزاق باخبيبر، سلطة الإدارة الجزائية في أثناء تنفيذ العقد الإداري، مرجع سبق ذكره، ص ٣٣١ وما بعدها. وانظر د. أحمد عثمان عياد، مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص ٣٦٣.

(٢) القانون الخاص بنظام العقود الموحد للجهات العامة، مرجع سبق ذكره، المادتين ٥٩١ و ١١ الفقرة ٦ من البند (أ).

في غير هذه الحالات يكون حق الإدارة في فسخ العقد مع المُتعاقد معها جوازياً، وراجعاً للسلطة التقديرية للإدارة في تقدير مدى تأثير الفعل الذي ارتكبه المُتعاقد على حسن سير المرفق العام.

هذا ما أكدت عليه محكمة القضاء الإداري في سورية في حكم لها مفاده، أن تقاعس المُتعاقد عن تنفيذ العقد وفقاً لشروطه يبزر للإدارة فسخه، كما يعطيها الحق في الحصول على التعويض عن الأضرار التي لحقت بها^(١).

أما في مصر نجد أن قانون المناقصات والمزايدات اعتبر أن التعهد مفسوخاً بشكل تلقائي في حالتين هما:

١ - استعمال المتعهد للغش أو التلاعب في معاملته مع الإدارة أو في حصوله على العقد.

٢ - إفلاس المتعهد أو إعساره^(٢).

مع ملاحظة أن الحالة الأولى التي ذكرها المُشرع المصري في قانون المناقصات والمزايدات لم ينص عليها المُشرع السوري في قانون العقود الموحد رقم ١٥١١ لعام ٢٠٠٤، وكان الأحرى به أن يذكرها ضمن الحالات التي تُعتبر التعهد مفسوخاً حكماً نظراً لخطورة المتعهد الذي يرتكب الغش، أو الذي يتلاعب مع الإدارة لأنه يُعبر بذلك عن عدم جديته في التعاقد مع الإدارة، ويهدف بالتأكيد إلى الإضرار بالمرفق العام، وبالتالي بالمصلحة العامة.

(١) انظر حكم محكمة القضاء الإداري السورية، القرار ١٢١١١، الطعن ١٣٥١، لسنة ١٩٨٤.

(٢) قانون تنظيم المناقصات والمزايدات، مرجع سبق ذكره، المادة ١٢٤١.

كما أعطى المشرع المصري للإدارة سلطة تقديرية في توقيع جزاء الفسخ على المتعاقد إذا أخل بأي شرط من شروط العقد، وفي حالة إهماله أو إغفاله القيام بأحد التزاماته التعاقدية التي يربتها العقد، وكذلك الأمر عند وفاة المتعهد يجوز للجهة الإدارية فسخ العقد أو السماح للورثة بالاستمرار في تنفيذ العقد بشرط أن يعينوا وكيلاً عنهم بتوكيل مصدق أصولاً^(١).

هذه الحالات التي ذكرها المشرع بالتأكيد على سبيل المثال لا الحصر، حيث تستطيع الإدارة فسخ العقد في كل حالة يقوم فيها المتعاقد معها بفعل يؤدي إلى الإخلال بسير المرفق العام إخلالاً جسيماً يستلزم فرض هذه العقوبة الصارمة، لأن حق الإدارة في فسخ العقود الإدارية حق أصيل حتى ولو لم يكن منصوص عليه في العقد أو في دفاتر الشروط^(٢).

نظراً لأن المصلحة العامة هي الغاية التي تتوخاها الإدارة عند إبرامها للعقود الإدارية وتستهدف حمايتها، فهناك حالة أخرى تستطيع الإدارة فيها أن تنهي العمل بالعقد الإداري كجزاء توقعه على المتعاقد حتى ولو لم يرتكب أي خطأ جسيم من جانبه، ودون ارتكابه لأي مخالفات عقدية، فهي تملك إنهاء العقد وفسخه طالما أن المصلحة العامة تقتضي ذلك.

والإدارة تملك هذا الحق بشأن سائر العقود الإدارية، ودون حاجة إلى نص يقرره، ويكون تصرف الإدارة سليماً طالما تجردت من شبهة الانحراف أو إساءة

(١) اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات، مرجع سبق ذكره، المادتين ٧٧١ و ٨٤١.

(٢) د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص ٥٥٤. و د. عبد الله طلبة و د. نجم الأحمد، القانون الإداري، جامعة دمشق، دمشق، ٢٠١٣-٢٠١٤، ص ٣٩٤.

استعمال السلطة، وكان رائدها إلى هذا الفسخ مقتضيات الصالح العام، وليس للطرف الآخر إلا الحق في اقتضاء التعويض إن كان له مقتضى^(١).

على أن حق الإدارة في إنهاء العقد مناطه تغير الظروف عما كانت عليه عند إبرام العقد، وأن يكون رائد الإدارة في الفسخ هو المصلحة العامة، إلا أن حق الإدارة في إنهاء العقد يجب أن يكون مقيداً بالأحكام الآتية:

١ - إن سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري ليست مطلقة، وإنما تقديرية تمارسها لتحقيق المصلحة العامة وحدها لا لتحقيق أهداف خاصة، ومن ثم يجب أن يكون لدى الإدارة الأسباب والمبررات الدافعة لهذا الإنهاء، **فوقف القتال** مثلاً يُخول الإدارة حق إنهاء عقود التوريد الخاصة بالمجهود الحربي.

٢ - ممارسة الإدارة لسلطتها في الإنهاء يجب أن تكون تحت رقابة السلطة القضائية.

٣ - إن سلطة القاضي تقف فقط عند حد التحقق من جدية السبب الذي استندت إليه الإدارة لإجراء الفسخ، ولكنها لا تمتد إلى بحث ملائمة الإنهاء وفقاً للسبب الذي استندت إليه الإدارة، هنا يتضح **الفارق بين سلطة القاضي بالنسبة لرقابته على حالات الفسخ دون خطأ من المتعاقد، وحالات الفسخ بناء على خطأ منه، ففي الحالة الأولى يراقب القضاء السبب دون ملائمته للفسخ، أما في الحالة الثانية فيكون للقاضي سلطة ملائمة الفسخ كعقوبة للخطأ الذي وقع من المتعاقد**^(٢).

(١) موقع إلكتروني، بعنوان: فسخ العقد الإداري من جهة الإدارة في عقد الأشغال العامة، ٢٠١٦/٩/١٦،

<https://www.mohamah.net>

٩:٠٠م :

(٢) د. إبراهيم عبد العزيز شيجا، الوسيط في مبادئ وأحكام القانون الإداري، مرجع سبق ذكره، ص ٦٧٢-

٦٧٣.

مما سبق، نجد أنّ الخطأ الجسيم والمخالفة الفادحة بالرغم من أنّهما شرط لفرض الإدارة لجزاء الفسخ، لكن المصلحة العامة وتغليبها على المصالح الخاصة يسوغان للإدارة أن تُوقع جزاء الفسخ حتى في حالة غياب هذا الشرط الهام ، وإنهاء العقد بناءً على ذلك.

كما نجد أن الفسخ وإنهاء العقد يتشابهان في نقطة ألا وهي أنّهما يعتبران نهايةً مبتسرة للعقود الإدارية.

٢ - الإعذار:

إنّ الإدارة وإنّ كانت تستطيع بنفسها توقيع جزاء الفسخ على المتعاقد الذي لا يلتزم بتنفيذ التزاماته التعاقدية، إلا أنّها تكون مُلزَمة بتنفيذ الشروط كافة التي يتطلبها النظام القانوني العام للجزاءات في العقود الإدارية، وفي مقدمة تلك الشروط يأتي الإعذار، حيث يجب على الإدارة إعطاء المتعاقد معها فترة زمنية معينة للقيام بتنفيذ الالتزامات الملقاة على عاتقه قبل فرض جزاء الفسخ، فالإدارة مُلزَمة كمبدأ عام في إعذار المتعاقد قبل توقيع جزاء الفسخ^(١).

بيد أن هذه القاعدة لا تخلو من بعض الحالات التي تكون فيها الإدارة في حل من هذا الالتزام، وتعفى تبعاً لذلك من ضرورة الإعذار، وتكمن أهم تلك الحالات فيما يأتي:

١ - ورود نص صريح في العقد أو دفتر الشروط يعفي الإدارة من ضرورة الإعذار المسبق للمتعاقد.

(١) د. محمود زكي شمس، الأسس العامة للعقود الإدارية، الجزء الثاني، مكتبة الداودي، دمشق، ٢٠٠٠، ص

٢ - إذا أعلن المُتعاقد صراحة من تلقاء نفسه رفضه لتنفيذ التزاماته.

٣ - إذا كان الفسخ تالياً لإجراء من إجراءات الضغط المؤقتة، وكان هذا الإجراء قد سبقه إعدار المُتعاقد.

٤ - إذا كانت الظروف تفترض وجود حالة استعجال واضطرار في تنفيذ العقد، مثال ذلك: حالة قمع التأخير في تنفيذ العقد في حالة الحرب، فإن مهل تسليم المواد الحربية تنسم بخصائص حازمة فالمُتعاقد يعتبر منذراً بمجرد حلول أجل التسليم.

٥ - إذا ارتكب المُتعاقد أفعال الغش في أثناء تنفيذ التزاماته^(١).

في هذا الصدد، نجد أن **المُشرّع السوري والمصري** لم يشترطاً ضرورة إعدار المُتعاقد قبل توقيع جزاء الفسخ في نص القانون، لأن قاعدة الإعدار المُسبق تعتبر من القواعد الأساسية في نظام الجزاءات في العقد الإداري، ففي **مصر** لم يشترط قانون المناقصات والمزايدات إعدار المُتعاقد قبل توقيع جزاء الفسخ، كذلك الأمر بالنسبة **لمجلس الدولة المصري** لم يشترط لقاعدة الإعدار المُسبق قبل الفسخ^(٢).

أما بالنسبة **لللائحة التنفيذية** لقانون المناقصات والمزايدات، فقد تراوحت ما بين اشتراط الإعدار المُسبق في بعض الحالات، وذلك في حالة إخلال المُقاوّل بأي شرط من شروط العقد أو إهماله أو إغفاله القيام بأحد التزاماته المقررة، ولم يصلح أثر ذلك خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ إنذاره بكتاب موصى عليه بعلم الوصول، على عنوانه المبين في العقد، حيث يكون للسلطة المختصة فسخ العقد في هذه الحالة^(٣).

(١) د. أحمد عثمان عياد، مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص ٣٦٤.

(٢) د. هارون عبد العزيز الجمل، النظام القانوني للجزاءات في عقد الأشغال العامة "دراسة مقارنة" رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ١٩٧٩، ص ٢٧٧.

(٣) اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات، مرجع سبق ذكره، المادة ١٨٤١.

كذلك الأمر في سورية لم يشترط قانون العقود الموحد رقم ١٥١١ لعام ٢٠٠٤، ضرورة إعدار المُتعاقد قبل إيقاع جزاء الفسخ، كما أن الاجتهاد القضائي لم يُجب اتخاذ مثل هذا الإجراء^(١).

مما سبق، نجد أنّه كان من الواجب على المُشرّعين المصري والسوري النص على شرط الإعدار قبل إيقاع جزاء الفسخ في نص القانون، وذلك للأسباب الآتية:

- ١ - خُطورة جزاء فسخ العقد.
 - ٢ - إن قاعدة الإعدار المُسبق تُعتبر من القواعد الأساسيّة التي يقوم عليها نظام الجزاءات في العقد الإداري.
 - ٣ - يؤدي إعمال الإعدار المُسبق إلى تلافي المُتعاقد لأخطائه، ومن ثم تنفيذ التزاماته التعاقدية، وتتجنب الإدارة بالتالي أي تعطيل يصيب المرفق العام جراء إبرام عقد جديد.
- لذلك يجب على الإدارة أن تنص في العقد أو دفاتر الشروط على الحالات التي يمكن أن تعفى بموجبها من قاعدة الإعدار المُسبق للمُتعاقد قبل توقيع هذا الجزاء.

بقي أن نشير إلى أنّه، إذا كان المبدأ العام هو ضرورة توجيه الإنذار لتحل على المُتعاقد تبعة التأخّر في التنفيذ أو عدم التنفيذ، فإن شكل هذا الإنذار غير خاضع إلى قواعد محددة وآمرة، فليس من الضرورة أن تُذكر الإدارة من تعاقد معها بالمضمون الواضح لالتزاماته، مثل المبلغ أو الكمية الواجبة الأداء في حالة كون الإدارة دائنة^(٢).

(١) القانون الخاص بنظام العقود الموحد للجهات العامة، مرجع سبق ذكره، المادة ١٥٧١.

(٢) د. محمود زكي شمس، الأسس العامة للعقود الإداريّة، مرجع سبق ذكره، ص ١٢٤٦.

ثانياً - الآثار المترتبة على فسخ العقد:

تختلف آثار فسخ العقد الإداري من حيث فداحتها بالنسبة للمُتعاقّد مع الإدارة وفقاً لما يكون هذا الفسخ قد تم نتيجة خطأ من المُتعاقّد، أو دون خطأ أي إيقاع الإدارة لجزاء الفسخ تقديراً منها للمصلحة العامة.

وكيفما كان يترتب على إعلان جزاء الفسخ نتائج قانونية هامة، وذلك على النحو الآتي^(١):

١ - إنهاء العلاقة التعاقدية بين طرفي العقد بالنسبة للمستقبل، حيث يشمل الفسخ العقد كله، فلا يوجد فسخ جزئي، بحيث لا يجوز للإدارة أن تخل بالتوازن المالي للعقد بأن تفسخ الجزء المربح وتبقي على الجزء الخاسر.

٢ - استبعاد المُتعاقّد نهائياً عن تنفيذ العقد، حيث يجب عليه أن يقوم بإخلاء أماكن العمل خلال المواعيد التي تحددها الإدارة، كما من حق الإدارة أن ترفض استلام أية توريدات تالية لقرار الفسخ.

٣ - يُرتب جزاء الفسخ آثاره من التاريخ المحدد في قرار الإدارة بالفسخ، أو من تاريخ إعلان هذا القرار إلى المُتعاقّد في حالة خلو هذا القرار من تاريخ معين لنفاذه، حتى ولو لم ينص العقد أو كراسات الشروط على ذلك.

(١) د. سعيد نحيلي و د. عيسى الحسن، العقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص ٢٣٨-٢٣٩. وانظر د. سعيد عبد الرزاق باخبيّره، سلطة الإدارة الجزائية في أثناء تنفيذ العقد الإداري، مرجع سبق ذكره، ص ٣٥٧ وما بعدها.

في هذا يقول الدكتور مصطفى الجارحي: يقع الفسخ بدون أثر رجعي^(١).

يقابل هذا الرأي اتجاه يخالفه حيث يرى أن للفسخ أثر رجعي بطبيعة الحال؛ لأنه يعيد طرفي العقد إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد، وذلك باستثناء العقود المستمرة التي يمتد تنفيذها خلال فترة من الزمن، فيقتصر أثر الفسخ بالنسبة على المستقبل لذلك يسمى الفسخ في هذه الحالة ((إلغاء العقد))^(٢).

إلا أننا نجد أن الرأي الأول هو الصواب، لأن تاريخ أثر الفسخ لا يسوغ أن يكون سابقاً على الإعلان به، لأن ذلك يخالف مبدأ عدم رجعية الأعمال الإدارية^(٣).

٤ - يحق للإدارة الجمع بين جزاء الفسخ والجزاءات المالية إذا توافرت أسبابها القانونية.

فبالنسبة لغرامات التأخير، يحق للإدارة فرضها على المتعاقد الذي تم فسخ عقده عن الفترة السابقة على صدور قرار الفسخ لاختلاف الغرض في كلا الجزاءين، أي أنه لا يحق للإدارة فرض الغرامات عن الفترة التالية على فسخ العقد.

كما يحق للإدارة أيضاً مصادرة التأمين، وليس ذلك فحسب، وإنما مع استحقاق التعويض أيضاً، إلا أنه في هذا الحالة يشترط أن يتوفر شرطان هما:

أ - عدم وجود نص في العقد يحظر هذا الجمع.

ب - أن يكون الضرر مجاوزاً لقيمة التأمين المصادر.

(١) د. مصطفى عبد السيد الجارحي، فسخ العقد، مرجع سبق ذكره، ص ٤٧.

(٢) د. ماجد راغب الحلو، القانون الإداري، مرجع سبق ذكره، ص ٥٩٣.

(٣) عبد الهادي عباس، العقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص ٢٣٠.

٥ - تحرير محضر بالعقد المنفذ، حيث تتسلم الإدارة الأشغال التي قام المتعاقد بتنفيذها عن الفترة السابقة للفسخ، وتبدأ الإدارة أيضاً في تسوية الحساب النهائي، وكل ذلك بحضور المتعاقد والإدارة.

إذاً مما سبق، نجد أن جزاء فسخ العقد الإداري جزاء حاسم يؤدي إلى إنهاء الرابطة التعاقدية، وذلك عندما تفقد الإدارة الأمل في أن يقوم المتعاقد المقتصر في تنفيذ التزاماته، وأن إخلاله بلغ درجة كبيرة من الجسامة لا يمكن تداركها، وليس أمامها سوى فسخ العقد بعد أن تكون قد قامت بكافة الإجراءات اللازمة للكف عن الاستمرار في هذا الإخلال، وأخيراً تقوم بالفسخ إعمالاً لسلطتها في التنفيذ المباشر.

بعد الانتهاء من الحديث عن الطبيعة القانونية لفسخ العقد وشروطه والآثار المترتبة عليه، لابدّ من معرفة حالة الفسخ في عقد التزام المرافق العامة، ودراسة مدى رقابة القضاء على قرار الفسخ، وذلك في المطلب الثاني.

المطلب الثاني

الفسخ في عقد الالتزام ورقابة القضاء على قرار الفسخ

بعد أن تحدثنا عن جزاء الفسخ كجزاء نهائي تفرضه الإدارة المُتعاقدَة على المُتعاقد معها، عندما يخل بالتزاماته التعاقدية مستخدمة في ذلك سلطتها في التنفيذ المباشر، نأتي الآن للحديث عن الفسخ في عقد التزام المرافق العامة، حيث يخضع عقد الالتزام لما يسمى إسقاط الالتزام كجزاء نهائي، وليس للفسخ بمضمونه العام حيث يتم رفع يد الملتزم عن إدارة المرفق العام قبل انتهاء مدته لمواجهة المخالفات الجسيمة التي يرتكبها الملتزم.

فيلتقي إسقاط الالتزام مع الفسخ في كونه جزاءً نهائياً، هو الآخر ينهي الرابطة التعاقدية، ويختلف عنه في عدة نقاط سوف نتحدث عنها بالتفصيل، وتتمثل في هذه النقاط خصوصية إسقاط الالتزام، بالإضافة لذلك لا بدّ من أن نتكلم عن رقابة القضاء على قرار الفسخ الذي تصدره الإدارة في العقود الإدارية كافة.

لذلك سنقوم بتقسيم هذا المطلب إلى فرعين:

الفرع الأول: الفسخ في عقد التزام المرافق العامة (إسقاط الالتزام).

الفرع الثاني: رقابة القضاء على قرار الفسخ.

الفرع الأول - الفسخ في عقد التزام المرافق العامة (إسقاط الالتزام):

تملك الإدارة إنهاء العقود الإدارية بإرادتها المنفردة، ودون حاجة للنص على ذلك في العقد أو دفا تر الشروط، ودون اللجوء للقضاء وذلك في كل مرة يخل فيها

المتعاقد معها بالتزاماته التعاقدية ويُقصر بالوفاء بها، حيث تقوم الإدارة بفسخ العقد كجزاء على المتعاقد المُقصر، لكن هذا الفسخ يأخذ شكلاً آخر في عقد الالتزام عنه في باقي العقود الإدارية، حيث يستعمل عادةً اصطلاح (إسقاط الالتزام)، فهذا المصطلح يطلق على جزء الفسخ الذي توقعه الإدارة ضد الملتزم^(١).

إنَّ إسقاط الالتزام يعتبر جزء أصيل يوجد حتى ولو لم ينص عليه العقد، فهو غالباً ما ينص عليه في العقد ودفاتر الشروط، لكن هذا لا يعني أنَّه جزء تعاقدى يجب النص عليه في العقد، حيث أن جزء إسقاط الالتزام من النظام العام تستطيع الإدارة توقيعه على الملتزم حتى ولو لم يكن منصوص عليه صراحة في العقد^(٢).

نظراً لأهمية عقد التزام المرافق العامة، فإن الإدارة لا تستطيع إيقاع جزء إسقاط الالتزام إلا إذا توافرت مجموعة من الشروط.

أولاً - شروط إسقاط الالتزام:

١ - أن يرتكب الملتزم خطأ جسيماً جداً:

يتميز إسقاط الالتزام بأن له صفة الجزاء الاستثنائي، ومن ثم لا يجوز للإدارة إيقاعه إلا إذا تبين لها أن الجزاءات المالية، وكذلك الجزاءات الضاغطة غير كافية، كأن يكون الخطأ الذي ارتكبه الملتزم غير مُغتفر أو على درجة من الجسامة، أو أن يكون الملتزم قد دأب على مخالفة التنظيمات الفنية والمالية للمرفق العام المُدار عن طريق الالتزام، فإذا لم يتوافر هذا الشرط فلا يجوز إسقاط الالتزام^(٣).

(١) د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص ٥٤٥. مع ملاحظة أن اصطلاح إسقاط الالتزام يستعمل من قبل مجلس الدولة الفرنسي.

(٢) د. أحمد عثمان عياد، مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص ٣٦٦.

(٣) د. أحمد عثمان عياد، مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية، مرجع سبق ذكره ٣٦٦ - ٣٦٧.

من تطبيقات فكرة الخطأ الجسيم جداً الذي يبرر إسقاط الالتزام:

أ - مخالفة مبدأ الاعتبار الشخصي في العقود الإدارية، وذلك عن طريق قيام الملتزم بالتعاقد من الباطن من دون موافقة الإدارة.

حيث أن هذا المبدأ يتجسد بصورة أكبر في عقود الالتزام عنه في العقود الأخرى، وذلك بسبب ما تتطلبه عقود الالتزام من قدرات شخصية على مستوى معين من المواصفات.

وبالتالي فإنّ التعاقد من الباطن دون أخذ موافقة الإدارة مسبقاً من شأنه استبدال تلك المواصفات بمواصفات أخرى لم توافق عليها الإدارة، ويكون ذلك سبباً للإضرار بالمرفق العام وبالتالي بالمصلحة العامة.

ب - عدم احترام الملتزم للمُدّد الزمنيّة المنصوص عليها في العقد.

ج - رفض تنفيذ الملتزم للتعليمات الصادرة من الإدارة.

د - عدم قيام الملتزم بدفع المستحقات الماليّة المفروضة عليه، كأنّ يتأخر في دفع الأتاوات أو الأقساط المستحقة^(١).

مما جاء في هذا الصدد أن اعتبر المشرّع المصري في نص القانون رقم ١٦٦٩١ لسنة ١٩٥٤، بشأن النقل بالسيارات أن تأخر الملتزم في أداء الأتاوات الشهرية أو جزء منها عن الموعد المقرر، من الأسباب التي تبرر توقيع جزاء إسقاط الالتزام^(٢).

(١) د. سعيد عبد الرزاق باخبيبره، سلطة الإدارة الجزائية في أثناء تنفيذ العقد الإداري، مرجع سبق ذكره، ص ٢٩٥ - ٢٩٦.

(٢) د. محمد صلاح عبد البديع السيد، سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري "دراسة مقارنة" رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الزقازيق، ١٩٩٣، ص ١٠٢.

٢ - ضرورة إعدار الملتزم قبل توقيع جزاء الإسقاط:

من المستقر عليه في قضاء مجلس الدولة الفرنسي أن إعدار الملتزم المُقصر قبل توقيع جزاء إسقاط الالتزام إجراء لا بدّ منه، وكذلك شرط مهم لصحة ومشروعية هذا الجزاء^(١).

كما اعتبر حالة سكوت العقد عن تنظيم إجراءات الإعدار ومدته، بمثابة اتفاق أطراف العلاقة التعاقدية ضمناً على ضرورة الإعدار قبل توقيع جزاء الإسقاط، وهو بذلك شرط لا بدّ منه حتى إذا خلا العقد أو دفاتر الشروط من النص عليه.

إلا أن ذلك لا يعني اشتراط الإعدار بصورة مطلقة حيث أن هناك حالات تعفى فيها الإدارة من توجيه إعدار للملتزم، وأهمها:

أ - إعفاء الإدارة بناءً على اتفاق طرفي العقد بشكل صريح سواء في العقد أو دفتر الشروط.

ب - إعفاء الإدارة بمقتضى نص تشريعي أو لائحي.

ج - إذا أصبح الإعدار عديم الفائدة، كأن يكون الملتزم قد أعلن بنفسه أنه لم يعد قادراً على إدارة المرفق العام بشكل نهائي^(٢).

(١) د. حسين درويش عبد العال، "إلغاء العقد الإداري"، مقال منشور في مجلة العدالة، أبو ظبي، العدد ١٨٩١، السنة ٦، أبريل ١٩٧٩، ص ٩٢.

(٢) د. سعيد عبد الرزاق باخبيبر، سلطة الإدارة الجزائية في أثناء تنفيذ العقد الإداري، مرجع سبق ذكره، ص ٣٠١ وما بعدها. و انظر أيضاً د. أحمد عثمان عياد، مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص ٣٦٧.

٣ - وجوب أن يصدر قرار الإسقاط من قبل القضاء:

إن الإدارة في فرنسا لا تملك مباشرة امتياز التنفيذ المباشر في هذا النطاق، حيث أن للقاضي وحده أن يحكم بجزء إسقاط الالتزام مالم يرد نص صريح في العقد على حق الإدارة في توقيعه بإرادتها المنفردة دون اللجوء إلى القضاء، فيكون للإدارة بذلك أن تسترد حقها في هذا الصدد عن طريق شرط صريح في عقد الالتزام، وفي هذه الحالة يكون من حق القاضي أن يحكم بإلغاء قرار الفسخ (إسقاط الالتزام) الصادر من الإدارة بطريقة غير سليمة، وبالتعويض عنه إذا ترتب على هذا القرار إلحاق الضرر بالملتزم^(١).

هذا وإنّ الوضع في سورية ومصر يختلف عما هو عليه في فرنسا، حيث لم يتعرض القضاء بنوعيه العادي والإداري لمثل هذه الحالة، كما أن القوانين واللوائح لم تنظمها بصورة تشكل مبدأ يمكن تطبيقه بصفة عامة، لذلك نجد أنّ الإسقاط شأنه شأن الفسخ تُطبق بصدد كافة القواعد التي سبق لنا أن تعرضنا لها فيما يتعلق بجزء الفسخ، ومن ثم فإن جزء إسقاط الالتزام لا يستوجب إعدار الملتزم، ولا يستلزم استصدار حكم به من القضاء، بل يصدر شأنه شأن الفسخ في العقود الإدارية الأخرى بقرار من الإدارة مانحة الالتزام إعمالاً لسلطتها في التنفيذ المباشر، وبما أن الإسقاط هو عقوبة توقع على الملتزم فإنّه يتم بلا تعويض^(٢).

بالتالي يترتب على صدور قرار الإسقاط نهاية العقد مع الملتزم المُقصر، ونهاية العقد لا تعني بالضرورة نهاية المرفق العام بل للإدارة كامل السلطة في أن تعمل على استمرار المرفق العام، وذلك إما أن تديره بنفسها أو بأنّ تعهد إلى مُلتزم آخر

(١) د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص ٥٤٩.

(٢) د. أحمد عثمان عياد، مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص ٣٦٨ .

بتلك الإدارة، مع تحميل المُلتزم القديم كافة النفقات التي تترتب على تغيير طريقة الإدارة^(١).

ثانياً - علاقة جزاء إسقاط الالتزام مع النظم القانونية المشابهة له:

١ - جزاء وضع المرفق العام تحت الحراسة:

إنّ جزاء إسقاط الالتزام وإنّ كان يتشابه نظامه القانوني مع جزاء وضع المرفق العام تحت الحراسة في بعض الأوجه، إلا أنّه وبالمقابل **يختلف** عنه في أوجه أخرى، وأهمها أنّ جزاء إسقاط الالتزام يترتب عليه استبعاد المُلتزم عن إدارة المرفق العام بصورة قطعية، ومن ثمّ يؤدي إلى نهاية العقد، إذ أنّه يعد من الجزاءات الفاسخة.

في حين أن جزاء وضع المرفق تحت الحراسة لا يترتب عليه هذا الاستبعاد النهائي للمُلتزم، وإنّما استبعاده بصورة مؤقتة، وبالتالي فإنّ العقد لا ينتهي في ظله على اعتباره من الجزاءات الضاغطة التي لا تهدف إلى إنهاء العقد، وإن كان ذلك يعد في الغالب مقدمة لإنهائه لاحقاً مع العلم بأنّ ذلك ليس بالشرط الضروري لتوقيع جزاء الإسقاط، وعليه فإن الآثار الناتجة عنهما تختلف بطبيعة الحال في كل منهما عن الآخر^(٢).

٢ - استرداد الالتزام:

يجب عدم الخلط في هذا الصدد بين جزاء إسقاط الالتزام، وبين إجراء استرداد الالتزام، الذي يعرف بأنّه: " إجراء انفرادي صادر من جانب الإدارة مانحة الالتزام، وقبل نهاية

(١) د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص ٥٤٩.

(٢) د. سعيد عبد الرزاق باخبيّره، سلطة الإدارة الجزائية في أثناء تنفيذ العقد الإداري، مرجع سبق ذكره، ص

مدته المنصوص عليها في العقد، وذلك بقصد إنهاء هذا العقد واسترجاع المرفق من المُلتزم لأسباب تتعلق بالمصلحة العامة للمرفق العام، وذلك مقابل تعويض المُلتزم كاملاً عما لحقه من خسارة وعما فاتته من كسب نتيجة إنهاء عقده قبل مواعده الطبيعي^(١).

من خلال التعريف السابق يمكننا استنتاج أن استرداد المرفق العام، وإن كان يتفق في جانب من أحكامه مع جزاء إسقاط الالتزام كون كليهما يندرج ضمن ما يعرف بسلطة الإدارة في إنهاء عقد الالتزام بالإرادة المنفردة، إلا أنَّهما يختلفان من حيث أن استرداد الالتزام لا يتطلب في كافة الأحوال خطأ من قبل المُلتزم، ذلك أنَّ الأسباب القانونيّة لإجرائه تتمحور حول المصلحة العامة للمرفق العام، والتي تفترض بالضرورة الانفكاك عن العلاقة التعاقدية القائمة بين الإدارة والمُلتزم، كما أنَّ المُلتزم يستحق تعويضاً كاملاً جراء طلب الإدارة لاسترداد المرفق العام، وذلك على العكس تماماً مما يترتب على جزاء الإسقاط حيث للإدارة الحق في الحصول على التعويض إذا كان له مقتضى، فالإدارة في جزاء إسقاط الالتزام تواجه الإخلال الجسيم للمُلتزم في تنفيذ التزاماته التعاقدية، والتي تؤدي إلى الإضرار بالمرفق العام ومن ثم المصلحة العامة.

٣ - فسخ العقد:

رغم أن نتيجة فسخ العقد وإسقاط الالتزام واحدة، وهي إنهاء الرابطة التعاقدية بين الإدارة والمُتعاقد معها، ورغم أن عقد التزام المرافق العامة هو عقد إداري كباقي

(١) د. محمد صلاح عبد البديع السيد، سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري "دراسة مقارنة"، مرجع سبق ذكره، ص ٦٧.

العقود الإدارية يخضع لما يسمى إسقاط الالتزام، وليس الفسخ الذي تخضع له سائر العقود الإدارية إلا أنه ثمة فارق بين الفسخ وإسقاط الالتزام.

فبينما يتم الفسخ في العقود الإدارية بقرار من الإدارة المتعاقدة بإرادتها المنفردة، وذلك إعمالاً لسلطتها في التنفيذ المباشر، فإنَّ الإسقاط يجب أن يطلب من قاضي العقد، وهذا كله يعود للطبيعة الخاصة بعقد الالتزام (طول المدة، ضخامة الكتلة النقدية)، وأيضاً للظروف الخاصة المحيطة بهذا العقد والنتائج المترتبة عليها، إلا إذا احتفظت الإدارة لنفسها في العقد بحق توقيع جزاء الإسقاط بإرادتها المنفردة دون اللجوء إلى القضاء^(١)، فيكون الإسقاط هنا بقرار من الإدارة، لأننا نكون أمام تنفيذ شرط تعاقدى، وفي هذه الحالة يكون للقضاء رقابة قرار الإدارة^(٢).

ولكن من خلال الدراسة السابقة لجزاء الفسخ ولجزاء إسقاط الالتزام، نجد أنهما يلتقيان في عدة أمور وهي:

أ - الاثنان يشترط فيهما الخطأ الجسيم والمخالفة الفادحة التي تؤثر على تنفيذ العقد وتعرقله، وبدون هذا الشرط لا يمكن فسخ العقد ولا إسقاط الالتزام.

ب - الاثنان يشترط فيهما إضرار المتعاقد أو الملتزم قبل توقيع الجزاء ولا تعفى الإدارة من هذا الإجراء إلا بنص صريح في العقد أو في حالة الاستعجال، أو أن يصبح الإضرار غير ذي موضوع، كأن يكون الملتزم قد أعلن بنفسه أنه لم يعد قادراً بصفة نهائية على إدارة المرفق العام.

^(١) موقع إلكتروني، بعنوان: معنى الفسخ في العقود الإدارية وتمييزه عن أوضاع مشابهة، ٢٠١٦/١١/١٥،
http:// almerja.net. م٤:٧

^(٢) د. أحمد عثمان عياد، مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص ٣٣٦ .

ج - حق الإدارة في فرض جزاء الفسخ وجزاء الإسقاط حق أصيل يوجد حتى ولو لم ينص عليه العقد لأنه من النظام العام.

بعد الانتهاء من التعرف على ماهية جزاء إسقاط الالتزام، وشروطه وإيضاح أهم أوجه التشابه والاختلاف بينه وبين النظم القانونية القريبة منه، لابد لنا من الحديث عن الرقابة التي يمارسها القضاء على قرار الفسخ الذي تفرضه الإدارة المتعاقدة على المتعاقد المقتصر في تنفيذ التزاماته.

الفرع الثاني - رقابة القضاء على قرار الفسخ:

إن القرار الصادر من جانب الإدارة المتعاقدة بفسخ العقد - كما مر معنا - هو قرار ينطوي على جانب كبير من الخطورة، لذلك ونظراً لخطورة الفسخ وآثاره على المتعاقد، وما ينطوي عليه من نتائج قد تكون غير صالحة، يضطلع القضاء الإداري برقابة فعالة على تطبيق جزاء الفسخ.

لكن التساؤل الذي يثور في هذا الخصوص هل القرارات الصادرة من جانب الإدارة بفسخ العقد الإداري تدخل ضمن ولاية القضاء الكامل أم ولاية قضاء الإلغاء فقط، أي ما هي صلاحيات قاضي العقد في هذا الخصوص؟

إن المبدأ العام في قضاء مجلس الدولة الفرنسي هو عدم قدرة قاضي العقد على إلغاء قرار الإدارة بفسخ أنواع العقود الإدارية كافة مهما شابها من عيوب، إلا عقد التزام المرافق العامة.

حيث أن ولاية قاضي العقد قاصرة على قضاء التعويض، فهو يراقب مدى مشروعية قرار الفسخ ومدى ملائمة لجسامة الخطأ، ويحكم للمتعاقد بالتعويض عن الفسخ التعسفي لكن لا يجوز له إلغاء قرار الإدارة بالفسخ^(١).

فالقاضي إذا وجد أن قرار الفسخ غير مشروع لا يستطيع إلغائه، وإنما يُعوض للمتعاقد عن الضرر الذي أصابه من جراء هذا القرار غير الشرعي، ويعتبر هذا عرضة للانتقاد عند البعض الآخر وليس له ما يبرره، سيما لأن مجلس الدولة الفرنسي يقرر الإلغاء بالنسبة للإجراءات الأخرى، لأن المساواة في معادلة الجزاءات واجبة وكون العقد الإداري هو عمل إداري كالقرار الإداري تماماً، وكما نعلم أن القرار الإداري المشوب بعدم المشروعية يعتبر باطلاً^(٢).

أما في سورية ومصر فالوضع مختلف تماماً فمن المستقر عليه فقهاً وقضاءً أن قضاء العقود الإدارية ينتمي أساساً إلى ولاية القضاء الكامل، وبالتالي يكون للمحكمة أن تتظر في ما يكون قد صدر بشأن تلك العقود من إجراءات وقرارات، وذلك باعتبارها من العناصر المتنازعة الأصلية في حدود اختصاصها الكامل بالنسبة إلى هذه المنازعات طالما لم يسقط الحق، والقرارات التي تصدرها الإدارة بفرض الجزاءات النهائية تخضع بالتالي لرقابة القضاء الكامل^(٣).

فالقاضي الإداري إذا وجد أن قرار الفسخ ليس له ما يبرره، يستطيع إلغاء هذا القرار والتعويض عليه أيضاً؛ كونه يراقب الإدارة في استخدامها لهذا الحق من ناحية

(١) د. أحمد عثمان عياد، مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص ٣٦٥ .

(٢) د. محمد الحسين، مجموعة المحاضرات أُلقيت على دبلوم العلوم المالية والإدارية، مرجع سبق ذكره، ص ٤٣ .

(٣) د. محمود زكي شمس، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص ٨٧٧ .

المشروعية والملاءمة معاً، أي أنه لا يراقب مخالفة قرار الجزاء فقط بل وتناسب هذا الجزاء الذي أوقعته الإدارة مع الخطأ المرتكب من قبل المتعاقد^(١).

في ذلك قضت المحكمة الإدارية العليا المصرية في حكم لها أن: " قضاء العقود الإدارية ينتمي إلى القضاء الكامل، وللمحكمة أن تتظر ما يكون قد صدر بشأن تلك العقود من إجراءات وقرارات باعتبارها من العناصر المتفرعة عن المنازعات الأصلية في حدود اختصاصها الكامل بالنسبة إلى هذه المنازعات طالما لم يسقط الحق بمضي المدة، وللمحكمة الاختصاص الشامل لجميع ما يتفرع عن المنازعة الأصلية من أمور مستعجلة"^(٢).

إنّ قرار الفسخ هو إجراء تتخذه الإدارة باعتبارها طرفاً متعاقداً وليس كسلطة عامة، فلا يجوز اعتباره من القرارات المنفصلة والتي تخضع لولاية قضاء الإلغاء.

مما سبق، نجد أن الاتجاه الذي سلكه مجلس الدولة السوري والمصري هو الأصح، وذلك لأنّ تقرير سلطة القاضي على هذا النحو من شأنه أن يُشكل ضمانة مهمة للمتعاقدين مع الإدارة، وفي حماية مصالحهم وحقوقهم من تعسف الإدارة المتعاقدة.

كما أنّ عدم التفريق بين عقد التزام المرافق العامة وباقي العقود الإدارية هو أمر منطقي؛ لأنّ هناك بعض عقود الأشغال العامة وعقود التوريد الصناعية التي توازي عقد التزام المرافق العامة من حيث ضخامة رؤوس الأموال الموظفة فيها، لذلك من المنطقي أن يسري عليها في هذه الحالة ما يطبق على عقود الالتزام.

(١) د. محمد الحسين و د. مهند نوح، العقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص ٢٥٦ - ٢٥٧.

(٢) انظر حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية، رقم ١٣٢٦، ١٩٩٥/١١٢٤، نقلاً عن محمود زكي شمس، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص ٨٧٧.

أخيراً، وبعد أن قمنا بدراسة الجزاءات النهائية والمتمثلة بجزاء فسخ العقد وإسقاط الالتزام، تتضح لنا طبيعة هذه الجزاءات وأهميتها وخطورتها، حيث أن الإدارة المتعاقدة لا تلجأ إلى فرضها إلا بعد أن تتأكد أنه لا أمل من قيام المتعاقد بالوفاء بالتزاماته التعاقدية، والكف عن ارتكاب المخالفات الفادحة التي تحول دون تنفيذ العقد الإداري الأمر الذي يؤدي إلى فقد الإدارة الثقة به، حيث أن هذا الإخلال الجسيم من قبل المتعاقد يهدد المرفق العام، وبالتالي يهدد المصلحة العامة التي هي جوهر العقد الإداري، فتلجأ الإدارة المتعاقدة إلى فسخ العقد حمايةً لهذه المصلحة العامة فينتهي بذلك العقد الإداري.

خاتمة:

إنّ الأهداف الأساسية التي سعينا في إثباتها من خلال هذه الرسالة الموسومة بالجزءات المفروضة في إطار تنفيذ العقود الإدارية، هي تأكيد حق الجهة الإدارية المُتعاقد، وقدرتها على فرض مختلف أنواع الجزاءات الإدارية على المُتعاقد معها الذي يتخلف عن تنفيذ التزاماته المنصوص عليها في العقد، وبالتالي يتخلف عن تنفيذ الأعمال وتقديم الخدمات للمرفق العام المقررة عليه، في ظل زعم بعض الآراء التي تُقل من سلطة الإدارة في استعمال هذا الحق، وذلك تبعاً لتضاؤل حالات اللجوء للعقد الإداري ذاته، بسبب تراجع مفهوم المرفق العام ودور الدولة المُعاصرة في الحياة الاقتصادية والاجتماعية، ارتباطاً بمستجدات سياسة الانفتاح الاقتصادي والخصخصة والعولمة التي أخذت تغزو المجتمع الإنساني، فندحض بالدراسة العلمية المعمقة كل تلك الآراء التي تسعى إلى التقليل من أهمية استعمال الإدارة لسلطتها في توقيع الجزاءات على المُتعاقد المُقصر، ونُحجمها في إطارها الطبيعي من حيث أنها مجرد وجهة نظر تحتل الخطأ إلى حد كبير.

فالدولة ودورها باقيان لا محالة، والعقد الإداري باقٍ ببقائها، طالما هو أحد وسائلها الناجعة في تسيير مرافقها العامة المختلفة، ومن ثم فإنّ سلطة الإدارة الجزائية في تنفيذ العقود الإدارية، هي إحدى الامتيازات الضرورية التي تحتاج إليها الإدارة في أثناء حفاظها ورعايتها لمرافقها العامة.

وهذه السلطة الممنوحة للإدارة، لا تعني أن المُتعاقد معها مجرد من أية أداة للدفاع عن حقوقه في حال تعسف الإدارة المُتعاقد باستعمال هذه السلطة، بل له

اللجوء للقضاء للمطالبة بالتعويض عن جميع الأضرار التي تُلحقها به الجهة الإدارية، وهذا مما لا شك به يجسد نوعاً من التوازن بين امتيازات الإدارة وحقوق المُتعاقَد معها.

إن دراستنا لسلطة الإدارة في توقيع الجزاءات على المُتعاقَد معها قد أفضت إلى العديد من النتائج والتوصيات، وأهمها في هذا المقام ما يلي :

النتائج:

١ - العقد الإداري شأنه شأن بقية عقود القانون الخاص، يقوم على التراضي بين طرفيه، غير أنه يستمد طبيعته الخاصة من اتصاله بنشاط المرفق العام، ومن الشروط الاستثنائية غير المألوفة في إطار مبادئ عقود القانون الخاص.

٢ - إن سلطة الإدارة في فرض الجزاءات على المُتعاقَد معها، تُعتبر واحدة من الامتيازات الهامة التي تتمتع بها الإدارة في أثناء تنفيذ عقودها الإدارية، وتعترف الدول محل المقارنة (سورية - مصر)، بهذه السلطة للإدارة المُتعاقدة ونظمتها في تشريعاتها النافذة.

٣ - إن النظام الذي يحكم سلطة الإدارة الجزائية، يختلف إلى حد كبير مع نظام الجزاءات المدني الذي ظهر عاجزاً عن تقديم المبادئ والقواعد التي تتناسب ومبدأ سير المرفق العام بانتظام واضطراد.

٤ - إن ممارسة الإدارة لسلطة فرض الجزاءات حق ثابت ومؤكد في العقود الإدارية كافة، كما أن نظام هذه الجزاءات لا يهدف إلى إعادة التوازن بين الالتزامات المتبادلة لأطرافه، ولا يتسم بطابع العقوبات التي تُفرض على المُتعاقَد فقط، وإنما هدفه الأساس هو الوصول إلى تنفيذ الالتزامات المتصلة بالمرفق العام تنفيذاً عينياً، ومن ثم تحقيق

المصلحة العامة التي هي غاية وهدف الجهة الإدارية، وهو بذلك نظام مرن يبدأ بالجزاءات التي لا تواجه الأخطاء الجسيمة كالجزاءات المالية، وينتهي بالجزاءات الفاسخة التي تواجه الأخطاء الجسيمة التي يرتكبها المتعاقد مع الإدارة.

٥ - إن أهم خاصية للسلطة الجزائية، أن الإدارة تستطيع توقيع الجزاءات في أثناء تنفيذ العقد الإداري بإرادتها المنفردة من دون وساطة القضاء وفقاً لامتيازها في التنفيذ المباشر، عدا حالة إسقاط الالتزام في عقود التزام المرافق العامة ما لم يتضمن العقد نصاً يخول الإدارة سلطة الفسخ.

٦ - إن سلطة الإدارة في إنزال الجزاءات على المتعاقد معها من النظام العام، فلا يجوز لها أن تتنازل عنها نهائياً، أو تحجم عن استعمالها، وكل اتفاق يمنع الإدارة من استخدامها يعد باطلاً ولا يُعتد به.

٧ - إن ممارسة الإدارة لهذه السلطة، يهدف إلى تحقيق المصلحة العامة التي تتمثل بالدرجة الأولى في ضمان استمرار المرفق العام في أداء وظائفه بانتظام واضطراباً، وبالتالي تستطيع الإدارة توقيع هذه الجزاءات حتى في حالة سكوت العقد أو دفتري الشروط عن النص عليها صراحةً.

٨ - أثبتت الدراسة أن سلطة الإدارة في فرض الجزاءات سلطة خطيرة في الأساس، غير أن هذه الخطورة تتلاشى أمام حقيقة أنها سلطة استثنائية، حيث تُفرض بغرض تلافي أخطاء المتعاقد الذي يعجز أو يهمل أو يخل بتنفيذ التزاماته التعاقدية، وهذه الأفعال المحدقة بالمرفق العام، تُعتبر خطيرة إذا ما تُركت من دون صدها بالجزاءات المناسبة لها من قبل الإدارة.

٩ - لا يشترط لتطبيق الإدارة للجزاءات الإدارية وقوع الضرر، حيث يكفي تخلف المُتعاقد عن القيام بتنفيذ واجباته التعاقدية كي توقعها الإدارة، كما تستطيع الإدارة الجمع بين أكثر من جزاء في آن واحد، بشرط تحقق أسبابها القانونية كلاً على حدة، كما هو الحال على سبيل المثال في إمكانية الجمع بين جزاء الفسخ ومصادرة التأمين.

١٠ - إنّ هذه الامتيازات التي تتمتع بها الإدارة المُتعاقدة ضد المُتعاقد المُقصر، تواجهها مجموعة من الضمانات التي تُمكن المُتعاقد من الحفاظ على حقوقه حتى في أصعب الظروف، فتتفي عن هذه الامتيازات عنصر الإطلاق، ومن ثم تُشجّع المستثمرين من الأفراد والشركات على إبرام عقود إدارية دون خوف، وأهم تلك الضمانات:

أ - ضرورة إعدار المُتعاقد قبل توقيع الجزاء عليه، بهدف العودة إلى طريق التنفيذ الصحيح للالتزامات، ولا يخلو الأمر من بعض الاستثناءات التي تعفي الإدارة من الإعذار، كحالة احتفاظ الإدارة بنص صريح في العقد أو دفتر الشروط، أو حالة الاستعجال في بعض أنواع الجزاءات.

ب - خضوع قرارات الإدارة بالجزاء لرقابة القضاء الإداري اللاحقة بوجهيها المشروعية والملائمة، فضلاً عن مساءلة الإدارة بالتعويض عما تحمله من أضرار من جرائه.

١١ - إنّ مسألة اقتضاء الإدارة للتعويض من المسائل المعقدة والمثيرة للجدل، وذلك لأنّ التعويض من النظم القانونية التابعة للقانون الخاص، حيث يُفترض لإعمال التعويض تحقق الضرر الناشئ عن خطأ المُتعاقد، بخلاف القاعدة العامة في نظام الجزاءات الإدارية التي لا تشترط وقوع الضرر وتكتفي بتحقيق الخطأ، حيث أن الجهة المختصة بتقدير التعويض هي القضاء، وبالتالي عدم قدرة الإدارة على اقتضائه

بنفسها، مع ملاحظة أنّ المُشرّع في الدول محل المقارنة (سورية - مصر)، لم يفصح عن رؤيته بشكل واضح فيما يتعلق بهذا الموضوع، أي يجب على الإدارة الرجوع للقضاء للحصول على التعويض.

١٢ - إنّ النظام الذي يحكم سلطة الإدارة في فرض الجزاءات لم يقف عند حدود الجزاءات الماليّة، بل إنّّه يعطي للإدارة الوسائل الفعّالة التي تضمن بها تقديم الخدمات المستهدفة من العقد الإداري على الرغم من عجز المُتعاقد، وذلك من خلال حلول الإدارة بنفسها محل المُتعاقد المُقصر في تنفيذ العقد أو عن طريق متعاقد آخر، وذلك كلّه على حساب ومسؤولية المُتعاقد الأصلي، وهذا شأن الجزاءات المؤقتة.

١٣ - تُعتبر الإدارة مُقيّدة بما هو وارد في العقد والقانون من ناحية نسبة غرامات التأخير، ولا تستطيع أن تُوقع غرامات التأخير على المُتعاقد معها طالما أن العقد أو القانون لم يخولها بذلك، كما أن تحديد غرامات التأخير بنصوص العقد بحديه الأعلى والأدنى، يعطي للإدارة صلاحية تقديرية في تحديد نسبة الغرامات بما يتناسب مع طبيعة العقد، ويحقق المصلحة العامّة، ولكن ضمن تلك الحدود. كما أن الإعفاء من غرامات التأخير للأسباب التي تم ذكرها في البحث أتى من قبيل قواعد العدالة والإنصاف، ومن أجل التشجيع على التعاقد مع الإدارة من خلال ضمان حق المُتعاقد في حال وقوع تلك الأسباب التي تبرر التأخير.

١٤ - للإدارة حق توقيع جزاء الفسخ على المُتعاقد المُقصر في تنفيذ التزاماته التعاقدية، كما أنّ المُشرّعين السوري والمصري لم يُميزا بين جزاء الفسخ وجزاء الإسقاط في عقود الالتزام المرافق العامّة، فما يصح من شروط على جزاء الفسخ يصح على جزاء الإسقاط.

التوصيات:

١ - يجب إلزام الإدارة بإعذار المُتعاقد معها قبل توقيع الجزاءات عليه، لما قد يُوفره ذلك من حماية للمُتعاقد من احتمال تعسف الإدارة هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى من أجل ضمان سير المرفق العام، وتأدية الخدمات المنوطة به للوصول إلى الغاية الرئيسية وهي تحقيق المصلحة العامة.

٢ - إنّ عمليّة البت بموضوع الإعفاء من غرامات التأخير في قانون العقود الموحد للجهات العامة في سورية رقم ١٥١١ لعام ٢٠٠٤، كان يجب أن يتم إيكالها للقضاء في جميع الحالات، وليس فقط في حالة الظروف الطارئة، على اعتبار أن القضاء سوف يكون أكثر حياديّة، وتكون قراراته أكثر عدالة، فالقضاء ممكن أن يستعين بخبراء حياديين من أجل مدى أحقيّة المُتعاقد مع الإدارة لهذا الإعفاء والتأكد من تحقق شروط الإعفاء. وأيضاً لا يجوز أن يكون قرار اللجنة المكلفة بالبت في موضوع الإعفاء من غرامات التأخير قطعي وغير قابل للطعن، ففي ذلك حرمان للمُتعاقد مع الإدارة من سلوك سُبُل الطعن التي كفلها الدستور السوري، وبالتالي نكون أمام مخالفة دستوريّة.

٣ - إنّ المُشرّع المصري كان أكثر توفيقاً من المُشرّع السوري فيما يتعلق بالإعفاء من غرامة التأخير إذا لم يلحق بالإدارة أية ضرر، حيث يُعرض الأمر على إدارة الفتوى المختصة في مجلس الدولة المصري، حيث تُعتبر إدارة الفتوى هيئة مستقلة عن جهة الإدارة المُتعاقدة، تُدرس كل حالة بتجرد وتبدي رأيها على ضوء ذلك، في حين نجد أن المُشرّع السوري حصر أمر الإعفاء من غرامة التأخير بالوزير، وذلك في حالات يعود أمر تقديرها له، حيث كان الأخرى بالمُشرّع السوري ذكر هذه الحالات وعدم إعطاء

الوزير هذه السلطة الواسعة، وعرض كل حالة لدراسة إدارة الفتوى المختصة في مجلس الدولة السوري.

٤ - إن سياسة مجلس الدولة في سورية أخذت بمبدأ وحدة الجهة العامة فيما يتعلق بتطبيق نظرية فعل الأمير، وهذا الاتجاه أكثر عدلاً وإنصافاً من اتجاه القضاء الإداري المصري، حيث أن المتعاقد لم يقترف أية خطأ، وهو يقوم بتنفيذ التزاماته التعاقدية والضرر الذي لحق به ما هو إلا نتيجة عمل إداري ملزم بتنفيذه سواء صدر عن الجهة المتعاقدة أو غيرها، وكان الأحرى بالقضاء المصري أن يسلك الطريق الذي تبناه القضاء السوري فيما يتعلق بهذا الموضوع.

٥ - سد الثغرات التشريعية في كل من القانون الخاص بنظام العقود الموحد للجهات العامة في سورية ١٥١١، لعام ٢٠٠٤، والقانون الخاص بتنظيم المناقصات والمزايدات المصري رقم ١٨٩١، لعام ١٩٩٨، حيث يجب على المشرع في البلدين محل المقارنة سن تشريع جديد يتلافى مواطن النقص الحاصل في القوانين سالف الذكر، والتي تمت الإشارة إليها في البحث، ويتواكب مع التطورات التي يشهدها العالم في مجال إبرام العقود الإدارية، بحيث يتم البعد عن التعقيدات والغموض، وذلك من خلال تبسيط الإجراءات بشكل يُشجع المستثمرين على التعاقد مع الإدارة، ويضمن للإدارة المتعاقدة حقوقها والوصول إلى الغاية التي تسعى إليها من إبرام العقد الإداري، ألا وهي تقديم الخدمات للمتفاعلين من المرافق العامة، وبالتالي تحقيق المصلحة العامة التي هي الهدف الأسمى.

٦ - أن يولي رجل الإدارة عنايته في أثناء إبرام العقد الإداري بضرورة النص في العقد صراحةً وبوضوح على حقوق الإدارة والتزاماتها، وكذلك الأمر بالنسبة للطرف الآخر،

وذلك بما لا يدع مجال للشك في أثناء تفسير معاني هذا النص ومقاصده حين التنازع بشأنها، بحيث يصل كل من الطرفين إلى حقه.

٧ - إجراء دراسات مُعمقة لأنواع الجزاءات الإداريّة التي تملك الإدارة المُتعاقدَة سلطة فرضها على المُتعاقد معها، والإستفادة من تشريعات الدول المتقدمة وتجاربها في هذا الخصوص، لاسيما أن التوجه الحديث في العقود الدوليّة أصبح يأخذ منحى آخر لحل المنازعات - إذا ما اعتبرنا أن هذا الأمر هو نزاع بين المتعهد والإدارة المُتعاقدَة - ألا وهو التحكيم، وهناك أسلوب آخر أكثر حداثة هو الوساطة على اعتبار أن القضاء المحلي غالباً ما يُنصف الإدارة.

٨ - إقامة المؤتمرات والندوات القانونيّة، ودورات تدريبية لرجال الإدارة، يكون الهدف منها تلافي مواطن الخلل والقصور في استيعاب نظام التّعاقّد الإداري، مما يؤثر إيجاباً في آلية تطبيق منظومة الجزاءات التي تفرضها الإدارة على المُتعاقد الذي يُقصر في تنفيذ التزاماته المنصوص عليها في العقد.

وأخيراً... أرجو من الله أن أكون قد وفقت في إنجاز هذا البحث، وأن يُشكل هذا العمل لبنة في صرح البحث العلمي، وأن يساهم في الارتقاء في نوعيّة الدراسات القانونيّة والأبحاث المعرفيّة.

والله من وراء القصد.....

تم بعونه تعالى

والحمد لله رب العالمين

قائمة المراجع

أولاً - المؤلفات العامة والمتخصصة:

- ١ - د. إبراهيم طه الفياض: العقود الإدارية، مكتبة الفلاح، الكويت، لعام ١٩٨١.
- ٢ - د. إبراهيم عبد العزيز شبحا: الوسيط في مبادئ وأحكام القانون الإداري، دار الجامعة الجديدة، بيروت، لعام ١٩٩٧.
- ٣ - د. أحمد عثمان عياد: مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، لعام ١٩٧٣.
- ٤ - د. إعاد حمود القيسي: الوجيز في القانون الإداري، مكتبة الطالب، دمشق، لعام ١٩٩٨.
- ٥ - د. توفيق شحاتة: مبادئ القانون الإداري، الجزء الأول، دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة، لعام ١٩٥٥.
- ٦ - د. جابر جاد نصار: الوجيز في العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، لعام ٢٠٠١.
- ٧ - د. جورج فوديل و د. بيار دلفولفيه: القانون الإداري، الجزء الأول، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، لعام ٢٠٠١.
- ٨ - د. حسان عبد السميع هاشم: الجزاءات المالية في العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، لعام ٢٠٠٢.
- ٩ - د. حسين درويش عبد العال: النظرية العامة في العقود الإدارية، الجزء الثاني، مكتبة الأنجلو مصرية، القاهرة، لعام ١٩٥٨.

- ١٠ - د. حسين عثمان محمد عثمان: أصول القانون الإداري، منشورات الحلبي الحقوقية، دمشق، بلا سنة نشر.
- ١١ - د. حمدي القبيلات: القانون الإداري، الجزء الثاني، دار وائل للنشر، بلا عاصمة نشر، لعام ٢٠١٠.
- ١٢ - د. حمدي ياسين عكاشة: العقود الإداريّة في التطبيق العملي المبادئ والأسس العامّة، منشأة المعارف، الإسكندرية، لعام ١٩٩٨.
- ١٣ - د. خالد خليل الظاهر: القانون الإداري، دار المسيرة، عمان، لعام ١٩٩٧.
- ١٤ - د. زين العابدين بركات: مبادئ القانون الإداري، مطبعة الإسكان العسكرية، دمشق، لعام ١٩٨٦-١٩٨٧.
- ١٥ - د. زين العابدين بركات: الموسوعة الإداريّة، دار الفكر، دمشق، لعام ١٩٧٤.
- ١٦ - د. سعيد نحيلي و د. عيسى الحسن: العقود الإداريّة، منشورات جامعة حلب، حلب، لعام ٢٠٠٧.
- ١٧ - د. سعيد نحيلي و د. عيسى الحسن: القانون الإداري، منشورات جامعة حلب، حلب، لعام ٢٠٠٧.
- ١٨ - د. سليمان الطماوي: الأسس العامّة للعقود الإداريّة "دراسة مقارنة"، دار الفكر العربي، القاهرة، لعام ٢٠٠٥.
- ١٩ - د. سليمان الطماوي: الوجيز في القانون الإداري (دراسة مقارنة)، دار الفكر العربي، القاهرة، لعام ١٩٨٨.

- ٢٠ - المستشار سمير صادق: العقد الإداري في المبادئ الإداريّة العليا، مطابع الهيئة العامّة المصرية العليا للكتاب، لعام ١٩٩١.
- ٢١ - د. شفيق حاتم: القانون الإداري، الأهلية للنشر والتوزيع، بيروت، لعام ١٩٨٥.
- ٢٢ - العميد صبحي سلوم: موسوعة العقود، الجزء الأول، بلا ناشر، لعام ٢٠٠٥.
- ٢٣ - د. صلاح الدين فواز: قانون المناقصات والمزايدات رقم ١٨٩١ لسنة ١٩٩٨ المشاكل العملية والحلول القانونيّة، دار النهضة العربية، القاهرة، لعام ٢٠٠٠.
- ٢٤ - د. عبد الإله الخاني: العقود الإداريّة، الطبعة الثانية، بلا ناشر، لعام ١٩٨٩.
- ٢٥ - د. عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد - نظريّة الإلتزام بشكل بوجه عام، الطبعة الثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لعام ٢٠٠٥.
- ٢٦ - د. عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد - مصادر الإلتزام، المجلد الأول، الطبعة الثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لعام ١٩٩٨.
- ٢٧ - د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة: الأسس العامّة للعقود الإداريّة، دار الكتب القانونيّة، المحلة الكبرى، لعام ٢٠٠٥.
- ٢٨ - د. عبد الغني بسيوني عبد الله: القانون الإداري، منشأة المعارف، الإسكندرية، لعام ١٩٩١.
- ٢٩ - د. عبد الغني بسيوني عبد الله: القانون الإداري "دراسة مقارنة"، المجلد الثاني، الدار الجامعية، الإسكندرية، لعام ١٩٩٨.
- ٣٠ - د. عبد الله طلبة: مبادئ القانون الإداري، الجزء الأول، مطبعة دار الكتاب، دمشق، لعام ١٩٩٢.

- ٣١ - د. عبد الله طلبه و د. نجم الأحمد: القانون الإداري، جامعة دمشق، دمشق، لعام ٢٠١٣-٢٠١٤.
- ٣٢ - عبد الهادي عباس: العقود الإداريّة، الجزء الثاني، دار الأنصار، دمشق، لعام ١٩٩٣.
- ٣٣ - المحامي عزت عبد القادر: المناقصات والمزايدات في ضوء أحكام القانون رقم ١٨٩ لسنة ١٩٩٨، دار الكتب القانونيّة، المحلة الكبرى، لعام ٢٠٠١.
- ٣٤ - د. عمار عوابدي: القانون الإداري، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، ١٩٩٠.
- ٣٥ - د. فواز صالح: الغرامة التهديدية، الموسوعة القانونيّة المتخصصة، هيئة الموسوعة العربية، المجلد الأول، لعام ٢٠١٠.
- ٣٦ - د. فؤاد العطار: مبادئ القانون الإداري، الطبعة الثالثة، دار النهضة العربية، القاهرة، لعام ١٩٧٦.
- ٣٧ - د. ماجد راغب الحلو: العقود الإداريّة والتحكيم، الدار الجامعية، الإسكندرية، لعام ٢٠٠٠.
- ٣٨ - د. ماجد راغب الحلو: القانون الإداري، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، لعام ٢٠٠٦.
- ٣٩ - د. محمد باهي أبو يونس: أحكام القانون الإداري، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، لعام ١٩٩٦.
- ٤٠ - د. محمد الحسين: تنفيذ العقود الإداريّة، الموسوعة القانونيّة المتخصصة، المجلد الخامس، هيئة الموسوعة العربية، دمشق، ٢٠١٠.
- ٤١ - د. محمد الحسين و د. مهند نوح: العقود الإداريّة، منشورات جامعة دمشق، دمشق، لعام ٢٠٠٧-٢٠٠٨.

٤٢ - د. محمد عبد اللطيف: تفويض المرفق العام، دار النهضة العربية، القاهرة، لعام ٢٠٠٠.

٤٣ - د. محمد فؤاد عبد الباسط: القانون الإداري، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، بلا سنة نشر.

٤٤ - د. محمد فؤاد عبد الباسط: أعمال السلطة الإداريّة، مكتبة الهداية، الإسكندرية، لعام ١٩٨٩.

٤٥ - د. محمود حلمي: العقد الإداري، دار الفكر العربي، القاهرة، لعام ١٩٧٤.

٤٦ - د. محمود زكي شمس: الأسس العامّة للعقود الإداريّة، الجزء الثاني، مكتبة الداودي، دمشق، ٢٠٠٠.

٤٧ - مصباح المهاني: مبادئ القضاء الإداري، مؤسسة النوري، دمشق، لعام ٢٠٠٥.

٤٨ - د. مصطفى عبد السيد الجارحي: فسخ العقد "دراسة مقارنة"، دار النهضة العربية، القاهرة، لعام ١٩٩٨.

٤٩ - المستشار ممدوح طنطاوي: المناقصات والمزايدات، مطبعة الإنتصار، الإسكندرية، لعام ٢٠٠٥.

٥٠ - د. مهند نوح: القانون الإداري، الجامعة الافتراضية، دمشق، بلا سنة نشر.

٥١ - د. مهاب نجا: القانون الإداري العام، دار الشمال للطباعة والنشر، طرابلس، بلا سنة نشر.

٥٢ - نبيل الصائغ وعبد الحي والي: أحكام العقد الإداري في القانون السوري، نصوص قانونية ومراسيم جمهورية وبلاغات رئاسة مجلس الوزراء حتى تاريخ ١٩٨٢/٥/١، مكتبة الطالب، دمشق، بلا سنة نشر.

٥٣ - د. نذير بن محمد الطيب أوهاب: نظرية العقود الإدارية، معهد الإدارة العامة، الرياض، لعام ٢٠٠٦.

٥٤ - د. هيثم الطاس: خطابات الضمان، الموسوعة القانونية المتخصصة، المجلد الثالث، مطبوعات هيئة الموسوعة العربية، لعام ٢٠١٠.

٥٥ - د. يوسف سعد الله الخوري: القانون الإداري العام، الجزء الأول، الطبعة الثانية، مكتبة الحلبي الحقوقية، بيروت، لعام ١٩٩٨.

ثانياً - الرسائل والأبحاث العلمية:

١ - د. سعيد عبد الرزاق باخبيبره: سلطة الإدارة الجزائية في أثناء تنفيذ العقد الإداري "دراسة مقارنة" رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، لعام ٢٠٠٧-٢٠٠٨.

٢ - د. طارق سلطان: سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات على المتعاقدين معها في العقود الإدارية وضوابطها "دراسة مقارنة" رسالة دكتوراه، دار النهضة العربية، القاهرة، لعام ٢٠١٠.

٣ - د. عبد المجيد فياض: نظرية الجزاءات في العقد الإداري "دراسة مقارنة" رسالة دكتوراه، دار الفكر العربي، جامعة عين شمس، لعام ١٩٧٤.

٤ - د. محمد صلاح عبد البديع السيد: سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري "دراسة مقارنة" رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الزقازيق، لعام ١٩٩٣.

٥ - د. مهند نوح: الإيجاب والقبول في العقد الإداري "رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، القاهرة، لعام ٢٠٠١.

٦ - د. نجم الأحمد: التعاقد من الباطن في نطاق العقود الإدارية "دراسة مقارنة" رسالة دكتوراه، بلا دار نشر، لعام ٢٠٠١.

٧ - د. نصر الدين بشير: غرامة التأخير في العقد الإداري وأثرها في تسيير المرفق العام "دراسة مقارنة" رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، القاهرة، لعام ١٩٩٨.

٨ - د. هارون عبد العزيز الجمل: النظام القانوني للجزاءات في عقد الأشغال العامة "دراسة مقارنة" رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، لعام ١٩٧٩.

ثالثاً - الندوات والمجلات العلمية والمقالات:

١ - د. حسين درويش عبد العال: "الجزاءات المالية في العقود الإدارية"، مجلة العدالة، العدد ١١٧١، السنة ١٥١، أبو ظبي، لعام ١٩٧٨.

٢ - د. حسين درويش عبد العال: "إلغاء العقد الإداري"، مقال منشور في مجلة العدالة، العدد ١٨٩١، السنة ١٦١، أبو ظبي، لعام ١٩٧٩.

٣ - د. عادل قرانة: إعفاء المتعاقد مع الإدارة من غرامة التأخير، مجلة التواصل في الاقتصاد والإدارة والقانون، العدد ٣٥، جامعة سكيكدة، لعام ٢٠١٣.

٤ - د. عبد الرحمن عباس ادعين: الغرامات التأخيرية في العقود الإدارية، مجلة جامعة بابل/ العلوم الإنسانية، المجلد ٢٢، العدد ٣، لعام ٢٠١٤.

٥ - د. عبد القادر دراجي: "سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات المالية، مجلة الفكر، العدد العاشر، جامعة محمد لخضر، بسكرة، بلا سنة نشر.

٦ - د. علي خطار شطناوي: صلاحية الإدارة في فرض غرامات التأخير بحق المتعاقد معها، مجلة الحقوق، العدد الأول، السنة ٢٤، كلية الحقوق (جامعة الكويت)، لعام ٢٠٠٠.

٧ - د. محمد الحسين: مجموعة محاضرات أُلقيت على طلاب دبلوم العلوم الإدارية والمالية، جامعة دمشق، دمشق، لعام ٢٠٠٠.

٨ - د. منصور إبراهيم العتوم: النظام القانوني لغرامة التأخير في العقود الإدارية "دراسة تحليلية مقارنة"، مجلة الشريعة والقانون، العدد ٥٣، السنة ٢٧، كلية القانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، لعام ٢٠١٣.

رابعاً - المعاجم اللغوية:

١ - د. إبراهيم أنيس وآخرون: المعجم الوسيط، الطبعة الثانية، الجزء الأول والثاني، بلا دار نشر، القاهرة، لعام ١٩٧٢.

خامساً - القوانين والمراسيم والدراسات:

- ١ - دستور الجمهورية العربية السورية، لعام ٢٠١٢.
- ٢ - القانون الخاص بنظام العقود الموحد للجهات العامة في سورية، رقم ١٥١١، لعام ٢٠٠٤.
- ٣ - القانون الخاص بتنظيم المناقصات والمزايدات في مصر، رقم ١٨٩١، لعام ١٩٩٨.
- ٤ - القانون المعدل للقانون الخاص بتنظيم المناقصات والمزايدات المصري، رقم ١١٤١، لعام ٢٠٠٩.
- ٥ - القانون الخاص بالمؤسسات العامة والشركات العامة والمنشآت العامة، رقم ١٢١، لعام ٢٠٠٥.
- ٦ - القانون المدني السوري الصادر بالمرسوم التشريعي، رقم ١٨٤١، لعام ١٩٤٩.
- ٧ - القانون المدني المصري، رقم ١١٣١١، لعام ١٩٤٨.
- ٨ - اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات رقم ١٨٩١ لسنة ١٩٩٨، الصادرة بقرار وزير المالية رقم ١١٣٦٧١ لسنة ١٩٩٨.
- ٩ - المرسوم التشريعي المتضمن دفتر الشروط العامة في سورية، رقم ١٤٥٠، لعام ٢٠٠٤.
- ١٠ - المرسوم التشريعي الخاص بنظام العقود للهيئات العامة ذات الطابع الإداري في سورية، رقم ١٢٢٨١، لعام ١٩٦٩.

سادساً - أحكام القضاء:

- ١ - المجموعة الشاملة الحديثة للأحكام القضائية الصادرة عن محاكم مجلس الدولة السوري، الجزء الأول، مكتبة الأسد، دمشق، لعام ٢٠١٧.
- ٢ - المجموعة الذهبية الحديثة للآراء الصادرة عن القسم الاستشاري في مجلس الدولة السوري، مكتبة الأسد، دمشق، لعام ٢٠١٦.
- ٣ - مجموعة المبادئ القانونية التي أقرتها المحكمة الإدارية العليا في سورية ٢٠٠٥ - ٢٠٠٩، مجلس الدولة لعام ٢٠١١.
- ٤ - مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا في سوريا، لعام ١٩٨٦.
- ٥ - مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها محكمة القضاء الإداري في سورية، لعام ١٩٦٥.
- ٦ - مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا المصرية، والجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع، (مجموعة العقود الإدارية في أربعين عاماً).
- ٧ - مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا في خمسة عشر عاماً ١٩٦٥ - ١٩٨٠، الجزء الثاني، الهيئة المصرية العامة للكتاب، القاهرة.
- ٨ - القرار الصادر عن المحكمة الإدارية العليا في سورية، غير منشور، رقم (١/ع/٧٩)، لعام ٢٠١٤، في الطعن ذي الرقم (١٠٧٤) بتاريخ (٢٠١٤/٢/١٠).
- ٩ - حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية، بتاريخ ١٩٦٩/١١/٨، مجلة قضايا الحكومة، العدد ٢، السنة ١٤.

سابعاً - المواقع الإلكترونية:

- ١ - موقع إلكتروني، بعنوان: سلطة توقيع الجزاءات على المتعاقد.
<http://www.elsyasi.com>
- ٢ - موقع إلكتروني، بعنوان: الحقوق والالتزامات الناشئة عن العقد الإداري.
[https:// Alaslamwalqanwn.com](https://Alaslamwalqanwn.com)
- ٣ - موقع إلكتروني بعنوان: آثار العقد الإداري في الفقه والنظام وتطبيقاته القضائية.
www.press-maroc.com
- ٤ - موقع إلكتروني، بعنوان: آثار تنفيذ العقد الإداري.
www.barlamane.com
- ٥ - موقع إلكتروني، بعنوان: سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات على المتعاقد معها.
<http://mdroit.com>
- ٦ - موقع إلكتروني، بعنوان: الآثار المترتبة على إبرام العقد الإداري.
<http://www.kau.edu>
- ٧ - موقع إلكتروني، بعنوان: آثار العقود الإدارية.
<http://almohannad-tr.com>
- ٨ - موقع إلكتروني، بعنوان: سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات على المتعاقد معها.
<http://www.al-jazirah.com>
- ٩ - موقع إلكتروني، بعنوان: العقود الإدارية.
<http://site.iugaza.edu>
- ١٠ - موقع إلكتروني، بعنوان: آثار تنفيذ العقد الإداري.
www.uobabylon.edu

١١ - موقع إلكتروني، بعنوان: طرق التعويض عن فسخ العقد الإداري.

http://www.egyptian_awkaf.blogspot.com

١٢ - موقع إلكتروني، بعنوان: معنى الفسخ في العقود الإدارية وتمييزه عن أوضاع مشابهة.
[http:// almerja.net](http://almerja.net).

١٣ - موقع إلكتروني، بعنوان: انتهاء العقد الإداري.

<http://law.uobabylon.edu>.

١٤ - موقع إلكتروني، بعنوان: نهاية العقود الإدارية.

www.djelfa.info

١٥ - موقع إلكتروني، بعنوان: نهاية العقود الإدارية.

<http://www.startimes.com>

١٦ - موقع إلكتروني، بعنوان: فسخ العقد الإداري.

<https://bouhoot.blogspot.com>

١٧ - موقع إلكتروني، بعنوان: فسخ العقد الإداري صيغته وآثاره.

<http://fiqh.islammessage.com>

١٨ - موقع إلكتروني، بعنوان: فسخ العقد الإداري من جهة الإدارة في عقد الأشغال العامة.
<https://www.mohamah.net>

١٩ - موقع إلكتروني، بعنوان: الموسوعة الكاملة لجميع أحكام المحكمة الإدارية العليا المصرية.
www.atefsalem.net

المراجع باللغة الفرنسية:

- 1 – **De Laubader (A)**: Traite des contrats administratifs, Paris, L.G.D.J, 1984.
- 2 – **De Laubader (A)**: Traite des droit administratif, Tome (1), Paris, L.G.D.J, 1984.
- 3 – **Rivero (J)**: Droit Administratif, Paris, Dalloz, 1985.

الفهرس

١	مقدمة:
٩	الفصل الأول: الجزاءات المالية.....
١١	المبحث الأول: غرامة التأخير.....
١٣	المطلب الأول: ماهية غرامة التأخير وطبيعتها القانونية.....
١٤	الفرع الأول: ماهية غرامة التأخير.....
٣١	الفرع الثاني: الطبيعة القانونية لغرامة التأخير.....
٣٦	المطلب الثاني: القواعد النازمة لفرض غرامة التأخير والإعفاء منها.....
٣٧	الفرع الأول: القواعد النازمة لفرض غرامة التأخير.....
٤٦	الفرع الثاني: القواعد النازمة للإعفاء من غرامة التأخير.....
٦٥	المبحث الثاني: مُصادرة التأمين والتعويض.....
٦٧	المطلب الأول: مُصادرة التأمين.....
٦٧	الفرع الأول: ماهية مُصادرة التأمين.....
٧٧	الفرع الثاني: أداء التأمين والآثار المترتبة على عدم تسديده
٨٦	المطلب الثاني: التعويض.....

٨٦	الفرع الأول: ماهية التعويض.....
٨٩	الفرع الثاني: سلطة الإدارة في تحصيل التعويض.....
٩٣	الفصل الثاني : الجزاءات المؤقتة (الضاغطة) والنهائية....
٩٥	المبحث الأول: الجزاءات المؤقتة.....
٩٧	المطلب الأول: ماهية الجزاءات المؤقتة، والمبررات المؤيدة لها.....
٩٧	الفرع الأول: الطبيعة القانونية للجزاءات المؤقتة.....
١٠٦	الفرع الثاني: مبررات فرض الجزاءات المؤقتة.....
١٠٩	المطلب الثاني: أنواع الجزاءات المؤقتة والرقابة القضائية عليها....
١١٠	الفرع الأول: أنواع الجزاءات المؤقتة.....
١٢٥	الفرع الثاني: الرقابة القضائية على فرض الجزاءات المؤقتة.....
١٣١	المبحث الثاني: الجزاءات النهائية (فسخ العقد).....
١٣٢	المطلب الأول: فسخ العقد وشروطه والآثار المترتبة عليه.....
١٣٣	الفرع الأول: الطبيعة القانونية لفسخ العقد.....
١٣٩	الفرع الثاني: شروط فسخ العقد والآثار المترتبة عليه.....
	المطلب الثاني: الفسخ في عقد الالتزام ورقابة القضاء على
١٥١	قرار الفسخ.....

١٥١	الفرع الأول: الفسخ في عقد التزام المرافق العامة (إسقاط الالتزام) ..
١٥٩	الفرع الثاني: رقابة القضاء على قرار الفسخ.....
١٦٣	خاتمة.....
١٧١	قائمة المراجع.....
١٨٣	الفهرس.....