الفصل العاشر

سلطة القاضي
بشأن تطبيق الغرامة
التهديدية ومصادرة التأمين

سلطة القاضي بشأن تطبيق الغرامة التهديدية

الغرامة التهديدية هي إحدي الوسائل التي بيد الدائن لحمل المدين علي تنفيذ إلتزامه عيناً .

و لم يتفق الفقه علي الأخذ بنظام الغرامات التهديدية في نطاق العقود الإدارية فيعارضه بعض الفقهاء و يؤيده أخرون[1] .

و يذهب من جانب الفقه إلي نظام التهديد المالي (Systeme des astreintes) المعروف في القانون الخاص لا يبطبق في القانون الإدارى، لأن لدى الإدارة جزاءات ووسائل أخرى أشد مضاء تؤدي ؟؟؟؟ علي تنفيذ الإلتزام بما توجيه القاعدة الإدارية الشهيرة التي تؤكد وجوب سير المرفق العام بإنتظام و اضطراد[2] .

بينما يري البعض أن ثمة أحوال قد يتطلب فيها الأمر إعمال نظام الغرامة التهديدية في نطاق العقود الإدارية العامة حينما لا يكون للإدارة فيها بحكم الواقع أية وسائل سريعة و فعالة لكفالة تنفيذ العقد[3]

و المستقر عليه في فقه القانون المدني أن الدائن له حق المطالبة بالتعويض في حالة عدم قيام المدين بتنفيذ ما إلتزم به كما يكفل له

١- الدكتور : عبد المجيد فياض ، العقد الإداري في مجال التطبيق ، ص٢٠٨ من المعارضين لنظام الغرامات التهديدية ، فالين : القانون الإداري ، ١٩٤٦ – ص٥٢٩ و الدكتور : توفيق شحاته عقد الإلتزام المرجع السابق ص١٣١ . اما من المؤيدين : بيرتلمي : مطلول القانون الإداري ، الطبعة العاشرة – ١٩٢٣ ، ص٦٣٣ .

٢- في هذا المعني الدكتور : أحمد خفاجي ، المرجع السابق ، ص١٦٣٨ .

٣- في هذا المعني الدكتور : هارون الجمل ، المرجع السابق ، ص١٦٨ .

القانون المدنى حق إجبار المدين علي تنفيذ الإلتزام بأن يطلب من القضاء الحكم بإلزام المدين بالتنفيذ العيني و بفرض غرامة تهديدية إن أمتنع عن القيام بهذا التنفيذ .

و قد نص في المادة ٢١٣ مدني في فقرتيها الأولي و الثانية علي أنه " إذا كان تنفيذ الإلتزام عيناً غير ممكن أو غير ملائم إلا إذا قام به المدين نفسه جاز للدائن أن يحصل علي حكم بإلزام المدين بهذا التنفيذ و يدفع غرامة تهديدييية إذا رأي القاضي أن مقدار الغرامة ليس كافياُ لإكراه المدين الممتنع عن التنفيذ جاز له أن يزيد في الغرامة كلما رأي داعيا للزيادة"

و يبني علي ذلك، أن المدين إذا أمتثل و نزل إمتثاله عيناً، يتم رفع الغرامة التهديدية عنه، بمعني أنها لا تكون نهائية في الحالتين سواء أذعن المدين و نفذ إلتزامه أم أصر علي تنفيذه، بينما غرامة التأخير نهائية، إذ لا يعفي المتعاقد مع الإدارة منها حتى و لو إستمر في تنفيذ العملية إلى أن قام بتسليمها إلي حهة الإدارة منها حتى و لو إستمر في تنفيذ العملية إلي أن قام بتسليمها إلي حهة الإدارة بعد الميعاد المهدد انهوها .

و قضت محكمة النقض المصرية بأن " الغرامة التهديدية كما يدل عليه اسمها و تقتضيه طبيعتها هي – كإكراه البدنى – ليس فيها أي معني من المعاني الملحوظه في العقوبة كما أنه ليس فيها معني التعويض عن الضرر و إنما الغرض منها هى إجبار المدين علي تنفيذ إلتزامه على الوجه الأكمل "

ولا يجوز الحكم بالغرامة التهديدية إذا كان التنفيذ ممكناً بغير حاجة إلي تدخل المدين.

و يستخلص مما تقدم أنه يشترط للحكم بالغرامة التهديدية أن يكون هناك إلتزام يراد تنفيذه عيناً و أن يكون التنفيذ العيني مازال ممكناً، ثم يطلب الدائن من القضاء الحكم بغرامة تهديدية توقع علي المدين الممتنع عن التنفيذ .

موقف مجلس الدولة المصرية من الغرامة التهديدية.

لقد ذهبت المحكمة الإدارية العليا إلي القول " إن التهديد المالي لحث المدين علي الوفاء بإلتزاماته التعاقدية هو من الأمور الجائزة في مجال العقود الإدارية و التي يجوز إتباعها في نطاق القانون العام شأنها شأن علاقات القانون الخاص، و أن الإخلال بالإلتزام إذا ما أستقر و أتضح عدم جدوى التهديد

أما مجلس الدولة الفرنسي فإنه لم يسمح بتطبيق نظام الغرامة التهديدية كمبدأ عام، على أساس القاعدة القاتلة بأنه "لا يجوز للقاضى الإداري أن يتدخل في إدارة المرفق العام بان يوجه تحت التهديد بجزاء مالي – أوامره إلى متعاقدي الإدارة لضمان تنفيذ العقد [1]

ولم يستبعد مجلس الدولة الفرنسي الغرامة التهديدية في نطاق العقود الإدارية، إذا لم يكن في حوزة الإدارة السلطات الكافية لضمان تنفيذ العقد الإداري، فقد قضى بأنه إذا لم يكن من التزاماتهم تحت التهديد

١- حكم المجلس فى ٢٢ مايو فى قضية المجموعة ص ٦٢٧ ، حكم ٢٧ يناير ١٩٣٣ فى قضية المجموعة ص ١٣٦ ٣١ يناير ١٩٧٣ فى قضية المجموعة ث ٨٩ احكام مشار اليها بمؤلف الدكتور : عبد المجيد فياض ، العقد الادارى فى مجال التطبيق ، المرجع السابق ص ٢٠٩ وراجع الدكتور : حسان هاشم ، المرجع السابق ص ٨٧ حكم مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ ١٣ يوليو ١٩٥٦

بتوقيع غرامة تهديدية حالة ما إذا كان لدى الإدارة الوسائل الضرورية لكفالة تنفيذ العقد، فإن الأمر على خلاف هذا، إذا لم يكن لدى الإدارة وسائل لاجبار المتعاقد إلا بمقتضى حكم قضائي، ففي هذه الحالة، يكون لقاضى العقد أن يعلن المتعاقد مع الإدارة بتنفيذ التزامه تحت تهديد الحكم بغرامة تهديدية بالنسبة للالتزام بالعمل

وبذلك يتحقق أن الهدف من الغرامة التهديدية هي حث المدين أو المتعاقد مع الإدارة على تنفيذ ما التزم به في العقد وذلك لضمان سير المرفق العم واطراد فإذا تحقق عدم جدوى هذا الإجراء – التهديد المالي – يتعين الرجوع إلى الأصول المقررة في العقود الإدارية، ويجوز للإدارة طلب التعويض من المتعاقد المتأخر في التنفيذ وذلك تحت رقابة القضاء

وهذا ما أكده مجلس الدولة المصري إذ يأخذ بنظام الغرامة التهديدية في نطاق العقود الإدارية، إذ يقرر أن الغرامة التهديدية تهديد لحث المدين على الوفاء بالتزامه في موعده المقرر وهو امرا ليس بغير جائز في مجال العقود الإدارية فالتعويض التهديدى من الأساليب التي يجوز إتباعها في نطاق القانون العام شأنها شأن علاقات القانون الخاص والمقصد منه حث المدين على وجه جدي حاسم على الوفاء بالالتزام المقرر في الموعد المحدد تفاديا للأضرار تأخيره فإذا ما استقر الإخلال بالالتزام واتضح انه لم يكن مجديا تهديد المدين، فيتعين الرجوع إلى الأصول المقررة، فيستقر ومدى تعنت المدين وحينئذ يعود الأمر لرقابة القاضي في تحديد التعويض لإنهائي الناشئ عن عدم التنفيذ أو التراخي[1]

١- حكم المحكمة الإدارية العليا ، الطعن رقم ٢٤٥ لسنة ٢٧ ق.ع جلسة ١٩٨٧/١/١٢ مع مبادئ العليا س ٣٣ فى ج ١ ص ٣٩٤ وما بعدها سبق الإشارة اليه

والباحث يرى انه يحمد لقضاء مجلس الدولة المصري النص على شرعية الغرامة التهديدية لان الهدف من فرضها حو حث المدين المتعاقد في العقود الإدارية على تنفيذ ما التزم به طالما تضمن العقد الإداري المبرم بين المتعاقد والإدارة النص عليها

كما ذهب رأى الفقه المصري إلى القول بأنه لا يوجد أي سبب قانوني مقبول يبرر حرمان السلطة العامة من تطبيق وسيلة إكراه قوية الأثر مثل الغرامة التهديدية إزاء المتعاقدين معها ، وعلى الأخص ملتزمى المرافق العامة ، لا سيما إذا كان دفتر الشوط لم ينص إلا على إجراءات محددة لا تقوى على ضمان تسيير المرافق العامة[1]

سلطة القاضي بشأن مصادرة التأمين الابتدائي والتأمين النهائي

قضى مجلس الدولة الفرنسي بان شرط مصادرة التأمين المنصوص عليه في العقد لصالح جهة الإدارة عند إخلال المتعاقد التزاماته ، يعتبر شرطا جزائيا ، ومن ثم لا يحق للإدارة للطالبة بأية تعويضات أخرى خلاف التامين عند إخلال المقاول بالتزاماته

وذهب مجلس الدولة المصري الى ان مصادرة التأمين المنصوص عليه فى العقد هو تعويض اتفاقى (شرط جزائى) اون مصادرة التامين لضمان تنفيذ العقد إنما يمثل الحد الادنى للتعويض الذي يحق للادارة اقتضاؤه فاذا كانت مصادرة التامين قد جبرت الضرر كله فانه لا يكون هناكم

١- الدكتور توفيق شحاتة ، عند الالتزم المرجع السابق ص ١٢١

ويروى الدكتور عبد المجيد فبياض أن الإدارة ف مصر في غنى عن مشقة اللجوء إلى القاضي يطلب الحكم بهذه الغرامة ضد تعاقدها وذلك بالنظر إلى أن لائحة المناقصات والمزيدات حافلة بالإجراءات الجزئية التي يستطيع الإدارة أن تضمن

محل لطلب التعويض اما اذا كانت قيمة التامين المصادر لا تكفى وحدها لجبر الضرر فانه يتعين الحكم بالتعويض الكافى لجبره ومن ثم فانه ينبغي عند حساب التعويض المستحق مراعاة خصم التامين منه [1]

ويقرر من جانب الفقه [2] - من خلال نظره إلى تلك الأحكام والفتاوى – آن مجلس الدولة المصري تردد بين اتجاهين : يرى أولهما أن شرط مصارة التامين تمثل الحد الأدنى للتعويض وبذلك الحكم بالتعويض الكافى لجبر الأضرار إذا كانت قيمة التامين وحدها لا تفي مع مراعاة خصم هذه القيمة من التعويض عند حسابه، في حين أن لمحكمة النقض المصرية نظرية مخالفة مؤداها أن مصادرة التامين المنصوص عليها في العقد تعتبر من الجزاءات التي تملك جهة الإدارة توقيعها على المتعاقد التي تملك جهة الإدارة توقيعها على المتعاقد إذا قصر في تنفيذ التزاماته

١- راجع فى ذلك : حكم المحكمة الإدارية العليا ، الطعن رقم ٣٦٨٣ لسنة ٣٦ق.ع ، جلسة ١٩٩٤/١١/٢٩ ، مج مبادئ العليا ، س ٤٠ق ، جـ١، ص٤١٥ و ما بعدها ، و إدارية عليا ، الطعن رقم ١١٥٦ لسنة ٥ق.ع ، و جلسة ١٩٦١/٢/٢٥ ، و مج العقود في (١٥)عاماً ، ص٢٢٣ ، و إدارية عليا ، الطعن رقم ٣٢٧ لسنة ٥٣ ق.ع ، جلسة ١٩٩٤/١٠/٢٥ ، مج مبادئ العليا ، س ٤٠ق ، جـ١ ؟ ص١٣٦ و ما بعدها ، و فتوى الجمعية العمومية لقسمى الفتوى و التشريع العمومية القسم الإستشارى رقم ٢٦٠ فى ١٩٥٥/٥/١٣ ، الموسوعة الإدارية الحديثة ، جـ ١٨ ، ص ٩٨٢ .

٢- راجع فى ذلك : الدكتور : عبد المجيد فياض ، المرجع السابق ، ص ١٨٧ و ما بعدها ، و الدكتور :- هارون الجمل : المرجع السابق ، ص ١٢٣ ، و الدكتور إبراهيم عاى : المرجع السابق ، ص ٩٣ .

والحقيقة أن تمحيص ما صدر عن مجلس الدولة من أحكام [1] وفتاوى [2]، وغيرها، مما يستند اليه هذا الجانب إليه هذا الجانب من الفقه، يكتشف عن أسباب صدورها على نحو ما صدرت عليه، وتتمثل هذه الأسباب إما في شروط تعاقدية خاصة بكل موضوع أو نصوص قانونية، فيتضح أن مجلس الدولة لم يتردد بين اتجاهين، بل طبق صحيح القانون في خصوص ما عرض عليه

وسوف نعرض لغالبية هذه الأحكام والفتاوى لشيء من التفضيل، ثم يعرض لرأى الباحث، بالتفصيل في هذا الموضوع، وذلك على النحو التالى :

قضت المحكمة الإدارية العليا بأن مصادرة التأمين جزاء يحمل فى طياته اتفاقاً ثابتاً على التعويض (شرطاً جزائياً) [3] و كان ذلك راجعاً إلى

١- حكم المجكمة الإدارية العليا ، الطعن رقم ١١٥٦ لسنة ٥ق.ع ، جلسة ١٩٦١/٢/٢٥ ، مج مبادئ العليا ، من ٦ق ، ع٢ ، ص ٧٨٧ و ما بعدها ، و إدارية عليا ، والطعن٧٨٤ لسنة ٧قزع ، جلسة ١٩٦٤/١١/٢٢ المصدر السابق ، ع و ص ٦٣٤ و ما بعدها، ص ٣١٣ و ما بعدها ، و إدارية عليا ، الطعن رقم ٥٠٨ لسنة ٩ق.ع و جلسة ١٩٦٧/١١/١٨ ، مج مبادئ العليا ، س ١٣ق،ع١ ، ص ٩٣ و ما بعدها .

٢- فتوى الجمعية العمومية للقسم الإستشاري رقم ٥١٦ بتاريخ ١٩٦٢/٨/١٦ ، مج مبادئ الجمعية العمومية فى (١٠) سنوات ، أبو شادى ، جـ٢ ، ١٩٩ و ما بعدها .

٣- حكم الكحكمة الإدارية العليا ، الطعن رقم ١٥٦ لسنة خ ق.ع ، جلسة ١٩٦٢/١/٢٥ ، مج العقود فى (١٥) عاماً ، ص٢٢٦ .

والحقيقة أن رفض المحكمة بالتعويض الذى طلبت به جهة الإدارة فى هذه المنازعة – بعد أن فسخت العقد و صادرت التأمين الإبتدائى – لم يكن لعدم جواز الجمع بين مصادرة التأمين و التعويض كتعويض عن فعل واحد ، و إنما – على حد قول المحكمة – لأن التعويض المطالب به يقل عن المبلغ الذى حصلت عليه الوزارة فعلاً بمصادرتها

حكم البند (٣٠) من المادة (١٣٧) من لائحة المخازن و المشتريات المصدق عليها من مجلس الوزراء فى ٦ يونيو ١٩٤٨[١] و الذى حكم النزاع الصادر فيه هذا الحكم حيث لم يكن التأمين المؤقت يصادر وفقاً لحكم هذا البند إلا فى الحالة التى تفسخ فيها جهة الإدارة العقد ،دون الحالة التى تلجأ إلى التنفيذ على حساب المتعاقد الذى يبكل عن سداد التأمين النهائى، و حينئذ يطبق حكم الفسخ المنصوص عليه فى المادة (١/١٥٧) من القانون المدنى[٢] ، عملاً بالقواعد العامة، و الذى يعيد المتعاقدين إلى الحالة التى كان عليها قبل التعاقد مع تقرير حق الدائن فى التعويض، ولأن التعويض فى هذه الحالة التى كانا عليها قبل التعاقد مع تقرير حق

للتأمين ، أى أن مصادرة التأمين قد جبرت الضرر كله ، بمعنى أن المحكمة لم تر موجباً للتعويض ، لأن الضرر الذي لحق بالإدارة لا يستاهل تعويضاً يزيد عن قيمة التأمين الإبتدائى المصادر .

١- ينص البند (٣٠) من المادة (١٣٧) من لائحة المخازن و المشتريات المصدق عليها من مجلس الوزراء فى ٦ يونيو ١٩٤٨ على أنه إذا لم يودع صاحب العطاء المقبول التأمين النهائى فى الميعاد المطلوب فيجوز للحكومة سحب قبول عطائه و مصادرة التأمين المؤقت المدفوع ، كما يجوز للحكومة أن تشترى على حسابه بعض أوكل الكلية التي رست عليه ... و يكون لها الحق تبعاً فى أن تستزد من المتعهد أية تعويضات أو خسارة لحقتها من أية مبالغ ، تكون مستحقة أو تستحق للمتعهد لأى سبب كان لدى المصلحة المختصة أو أية مصلحة حكومية أخرى ، و ذلك كله بدون حاجة إلى إتخاذ أى إجراء قانونى أو خلافه ، أو الإلتجاء إلى القضاء .

٢- تنص المادة (١/١٥٧) من القانون المدنى على أنه فى العقود الملومة للجانبين أذا لم يوفى أحد المتعاقدين بإلتزمه جاز للمتعاقد الأخر بعد إعذار المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو بفسخه ، مع التعويض فى الحالتين إذا كان له مقتض" ..

و تنص المادة (١٦٠) من القانون المدنى على أنه إذا فسخ العقد أعيد المتعاقدين إلى الحالة التى كانا عليها قبل التعاقد .

الدائن فى التعريض، و لأن التعويض فى هذه الحالة يكون على أساس المسئولية التقصيرية دون المسؤلية العقدية لتحول العقد بعد فسخه إلى مجرد واقعة مادية، فلا يوجد ما يحول قانوناً دون الإتفاق مقدماً على التعويض عند الإخلال بالإلتزام العقدى الذى فرضه العقد بدلاً من المطالبة بالتعويض على أساس المسؤلية التقصيرية للإخلا بإلتزام فرضه القانون، و من ثم يكون المشرع هو الذى أستبعد المفهوم الجزائى لمصادرة التأمين و غلب مفهومه كتعويض نزولاً على ما تقتضى به القواعد العامة فى هذا الصدد و التى أخذ المشروع بها دون أن يأخذ بقواعد القانون الإدارى .

التي تقبل مصادرة التأمين الابتدائي عند التنفيذ عل حساب المقاول المقصر رغم بقاء العلاقة العقدية قائم تبرر للإدارة رجوعها على الأخير بكل خسارة لحقت بها من جراء التنفيذ على حسابه ، إذ يستوعب مثلا عقد الأشغال العامة مصادرة التأمين الابتدائي حالئذ باعتباره من الشروط الاستثنائية التي تتميز بها العقود الإدارية عن العقود المدنية .

ولهذا فان البعض يذهب إلي انه في حالة الفسخ المجرد، حيث لا يكون للإدارة سوى الحق في الرجوع بالتعويض عن هذا الفسخ طبقا للقواعد، يجوز أن يكون هذا التعويض اتفاقيا [1]

وما سلف ذكره ينطبق أيضا على حكمي المحكمة الإدارية العليا أولهما بتاريخ ٢٥ أكتوبر ١٩٩٤ م في الطعن لسنة ٣٥ ق . ع وثانيهما بتاريخ ٢٥ يونيه ٢٠٠٢ م في الطعن رقم ٢٦٢٣ لسنة ٤٥ ق .ع إذ أن كان منازعة من المنازعتين اللتين صدر هذا الحكمان كانت تتعلق بفسخ للعقد ومصادره للتامين المؤقت لعدم أداء المتعاقد للتأمين النهائي في المهلة المحددة قانونا

١- الأستاذ : اسماعيل عبد الحميد ، المرجع السابق ، ص١٢٣

وفقا لحكم المادة (٢٤) من قانون تنظيم المناقصات والمزيد ذات رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ (الملغى)[١] والتي كانت تقرر مصادرة التأمين فى حالة إلغاء أي فسخة دون الحالة التي يتم فيها التنفيذ على حساب صاحب العطاء المقبول الذي لا يقوم بأداء التأمين النهائي .

كما ينطبق ما سلف ذكره على حكمها الذي قررت فيه ان التكييف القانوني في هذه الحالة هو انه شرط جزائي يحدد مقدما باتفاق الطرفين قيمة التعويض عند الإخلال بشروط التعاقد[٢] . و كان ذلك راجعاً إلى العطاء موضوع المنازعة و التى كانت تقضى بإلغاء العقد فى حالة الإخلال بشروطه (كالعجز عن التوريد) مع أحقية جهة الإدارة فى مصادرة ما دفع من التأمين النهائى و المطالبة بقيمته فى حالة عدم دفعه .

و موقف الجهة الإدارية فى هذا الشأن مثل موقف المشروع المصرى بصدد النصوص القانونية التى كانت تحكم المنازعات و الموضوعات التى صدرت بشأنها الأحكام و الفتاوى المنوه عنها ، فقد حرصت الجهة الإدارية

١- تنص المادة (٢٤) من القانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ الملغى على أنه " إذا لم يقم صاحب العطاء المقبول بأداء التأمين النهائى الواجب إيداعه فى المدة المحددة له ، للجهة الإدارية بموجب إخطار موصى عليه بعلم الوصول و دون حاجة لإتخاذ أية إجراءات أخرى أو الإتجاه إلى القضاء أن تلغى العقد و تصادر التأمين المؤقت أو أن تنفيذه كله أو بعضه على حساب صاحبه بمرفة الجهة المتعاقدة ظاو بواسطة أحد مقدمى العطاءات التالية لعطائه أو بالمناقصة أو الممارسة أو بالطريق المباشر و يكن لها الحق فى أن تخصم من أية مبالغ تكون مستحقة أو تستحق له ..كل خسارة تلحقها...".

٢- حكم المحكمة الإدارية العليا ، الطعن رقم ٨٣٤ لسنة ٧ق.ع ، جلسة ١٩٦٣/١/٢٧ ، مج العقود فى (١٥) عاماً ، ص٢٢٧ ، مشار إليه الدكتور : أيمن جمعة ، رسالته ، المرجع السابق ، ص٢٨٥ .

على نفل عبئ إثبات الضرر منها إلى المتعاقد معها فيما لو أخل بشروط العقد ، و ذلك من خلال الإتفاق مقدماً على التعويض الإتفاقى الذى يجيز لهذا الضرر عملاً بحكم المادة (١/٢٢٤) من القانةن المدنى التى تنص على أن لا التعويض الإتفاقى مستحقاً إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أى ضرر بإعتبار أن فسخ جهة الإدارة للعقد يؤدى إلى زواله و إعتباره كأن لم يكن، و تكون مطالباتها للمتعاقد معها المفسوخ عقده بالتعويض على أثاث المسؤلية التقصيرية التى تتحدد فى العناصر مع المسؤلية العقدية مع خطأ و ضرر و علاقة سببية بينهما ، و يكون عبئ إثبات الضرر فى أى منهما على عاتق الدائن (الجهة الإدارية) أو المضرور يحسب الأحوال، خاصة و أنه لا وجود للتعويض الإتفاقى (الشرط الجزائى) فى نطاق المسؤلية التقصيرية .

فالشرط الجزائى ينقل عبئ إثبات الضرر من الداشن إلى المدين، فالضرر مفروض إلا إذا أثبت المدين أنه لم يقع[1] .

كما ينطبق ذلك على ما قررته الجمعية العمومية للقسم الإستشارى من أن مصادرة التأمين فى حالة إلغاء العقد بسبب تقصير المتعاقد لا يخرج عن كونه شرطاً جزائياً يقضى بتوقيع جزاء مالى، و هذا الجزاء فى حقيقته تعويض إتفاقى[2] ، و كان الموضوع الذى قررت فيه الجمعية

١- الدكتور : عبد الرزق السنهورى ، الوسيط فى شرح القانون المدنى ، المجلد الأول ، العقد ، دار النهضة العربية ، ١٩٨١ ، ص٩٢٦ .

٢- فتوى الجمعية العمومية للقسم الإستشارى رقم ٢٦٠ بتاريخ ١٩٥٥/٥/١٣ ، الموسوعة الإدارية الحديثة ، جـ١٨ ، ص٩٨٢ ، راجع الدكتور : أيمن جمعة ، و رسالته ، المرجع السابق ، ص٢٨٥ .

العمومية ذلك يحكمه البند (٣٥) من المادة (١٣٧) من لائحة المخازن و المشتريات المشار إليها[1] .

و الجدير بالذكر أن البند (٥٣) المشار إليه فيما يتعلق بشراء الأصناف التى لم يقم المتعهد بتوريدها على حسابه، قرر أن يخصم من التأمين المودع من المعتمد المقصر . قيمة الزيادة فى الثمن مضافاً إليها مصروفات إدارية بواقع نسبة مئوية من قيمة الأصناف المشتراه على حسابه، و ما يستحق من غرامة عن مدة التاخير فى التوريد، إذا كان شراء أى صنف يقل عن سعر المتعهد، فلا يحق للمعتمد المقصر ظان يطالب بالفرق .

و بناء على ذلك لا يكون المشروع قد اخذ بمفهوم الشرط الجزائى لمصادرة التأمين و دلالة هذا أنه لم يقرر مصادرته فى الة لجوء الإدارة إلى الشراء على حساب المتعهد المقصر، و مما يؤكد تلك النتيجة ما كان ينص عليه البند (٥٤) من المادة (١٧٣) من ذات اللائحة من أن يطلب من المتعهد سداد المبالغ المخصومة من تأمينه لأى سبب كان فى مدة ثلاثة أيام عمل من تاريخ إخطاره بخطاب موصى عليه، و إذا تأخر فيمكن لرئيس المصلحة إلغاء العقد و مصادرة باقى التأمين، مع حفظ حق المصلحة فى المطالبة بأى تعويض نظير الأضرار التى قد تحدث نتيجة هذا الإلغاء

و من ثم فإن حرص المشروع على بقاء التأمين النهائى كاملاً، يستفاد منه أن يخصم من هذا التأمين يكون على سبيل التعويض و ليس الجزاء، أى مخصص للوفاء بالتعويضات .

١- ينص البند (٥٣) من المادة (١٣٧) المشار إليها على أنه " إذا تأخر المتعهد فى توريد كل الكمات المطلوبة أو جزء منها فى الميعاد المحدد بالعقد – و يدخل فى ذلك الأصناف المرفوضة – فيجوز للمصلحة اتخاذ أحد الإجراءات الثلاثة التالية :

ولهذا كانت المادة (١٨١)، من تلك اللائحة، تنص على أنه " إذا قررت المصلحة الشراء على حساب المتعهد، فى حالة تأخره عن التوريد فى المواعيد المحددة، أو فى حالة رفض الصنف، أو لتوقفه عن التوريد و عجز المتعهد عن ما يكون قد خصم من تأمينه، نظير فرق الأسعار أو غير ذلك، فى ظرف ثلاثة أيام عمل من تاريخ اليوم التالى لإخطاره بخطاب موصى عليه، و تكرر منه ذلك ثلاث مرات، وجب فى هذه الأحوال فسخ العقد فى الحال و مصادرة باقى التأمين .... كما يجب فسخ العقد حتماً، متى بلغت قيمة المبالغ المخصومة من التأمين ٥٠٪ من قيمته .

و كذلك الشأن النسبة لما قررته الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع[1] و المحكمة الإدارية العليا فى حكمها الصادر بتاريخ ٢٩ نوفمبر ١٩٩٤م فى الطعن رقم ٢٦٨٣ لسنة ٣٦ق.ع، من أن مصادرة التأمين النهائى من قبيل التعويض عن عدم التنفيذ، و من ثم لا يجمع بين التأمين النهائى و بين مقدارالتعويض، و إنما يخصم التأمين من قيمة التعويض إن كانت هذه القيمة تزيد عليه .

فقد رجع إلى شروط العقد و طبيعة الإجراء الذى أتخذته الإدارة، إذا كانت الجمعية العمومية، بصدد فسخ للعقد بسبب إخلال المتعاقد مع الإدارة بإلتزاماته التى تضمنها العقد الذى كان يرتب مصادرة التأمين النهائى على الإخلال بالألتزام النقدى.

١- فتوى الجمعيه العمومية لقسمة الفتوى و التشريع رقم ٥١٩ بتاريخ ١٩٦٢/٨/١٦ ، جلسة ١٩٦٢/٥/٩ ، مج العقود فى (٤٠) عاماً ص ٥٧٦ راجع الدكتور : ظايمن جمعة ، رسالته ، المرجع السابق ، ص ٢٨٦

و كانت المحكمة الإدارية العليا بصدد فسخ للعقد على حساب و مسؤلية المقاول وفقاً للعقد[1] و من هنا كانت مصادرة التأمين النهائى تعويضاً و ليست جزءاً .

و يرى البعض[2] - حبق – أن الإختلاف المشار إليه فى تكييف مجلس الدولة لمصادرة التأمين ما بين التعويض الإتفاقى (الشرط الجزائى) و الجزاء، يرجع إما إلى النصوص القانونية – واجبة التطبيق – التى كانت تحكم الموضوع المعروض على مجلس الدولة، إما إلى الشروط التعاقدية الخاصة بالموضوع و التى تسمو على نصوص القانون فيما لا مخالفة فيه للنظام العام إعمالاً للقاعدة التى تقضى بأن الخاص يقيد العام، ذلك أنه فى فترة زمنية ما و فى حالات محددة أخذ المشروع المصرى بمصادرة التأمن كتعويض . و كان سبب ذلك تمسك المشروع بالقواعد العامة فى القانون المدنى، و التى تقضى فى الفسخ دون السحب بعودة المتعاقدين إلى الحالة التى كانا عليها قبل التعاقد

ما يترتب على ذلك من قيام مطالبة الإدارة للمقاول المقصر بالتعويض فى الحالة الأولى (فسخ العقد) على أساس المسؤلية التقصيرية التى لا يجوز فى ظلها الإتفاق المسبق على التعويض عن الإخلال بإلتزام قانونى، بينما تكون المسؤلية العقدية أساس المطالبة بالتعويض فى الحالة الثانية (سحب العمل)، لأن العلاقة العقدية مستمرة ولا تزال قائمة .

١- كان البند السابع من العقد موضوع النزع ينص على أن " للهيئة الحق فى فسخ هذا الإتفاق فى حالة إخلال الطرف الثانى بأى شرط من شروط هذا التعاقد ... و إسناد العملية التى أخل أى مقاول أخر و يتحمل الطرف الثانى بما قد يطرأ علي قيمتها من زيادة .

٢-الدكتور : أيمن محمد جمعة ، رسالته ، المرجع السابق ، ص ٢٨٧ .

و لهذا فإن رغبة من المشروع فى التيسير على الإدارة المتعاقدة فيما يتعلق بإثبات الضرر الذى يحيق بها من جراء إخلال المتعاقد معها بإلتزاماته العقدية، فى ضوء إمكان الإتفاق على نقل عبء إثباته (الضرر) من الإدارةإلى المتعاقد معها من خلال الإتفاق مقدماً على التعويض الجابر له وفى إطار المسؤلية العقدية التى تجيز ذلك وفقاً لأحكام المادتين (٢٢٣ و١/٢٤٤) من القانون المدنى، دون المسؤلية التقصيرية التى لا وجود فيها للإتفاق المسبق على التعويض عند الإخلال بالإلتزام الذى يفرضه القانون، فقد ظاتخذ المشروع من مصادرة التأمين فى حالات فسخ العقد تعويضاً إتفاقياً متفقاً عليه مقدماً حال قيام العقد و ليس بعد زوال الفسخ .

و قد أخذ المشروع بهذا المفهوم فى النصوص المنظمة للمناقصات والمزايدات بلائحة المخازن و المشتريات المشار إليها عند فسخ العقد لعدم إيداع صاحب العطاء المقبول التأمين النهائى أو لتأخر المتعهد فى توريد كل الكمية المطلوبة أو جزء منها، و كذا فى النصوص المنظمة لفسخ العقد ومصادرة التأمين الإبتدائى فى حالة قيام صاحب العطاء المقبول بأداء التأمين النهائى فى المدة المحددة سواء وردت هذه النصوص فى لائحة المناقصات و المزايدات الصادرة بقرار وزير المالية و الإقتصاد رقم ٥٤٢ لسنة ١٩٥٧م أم فى الائحة التنفيذية للقانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ المشار إليه، كما تضمنت بعض العقود هذا المفهوم فى صورة شرط عقدى و لكن مقروناً بفسخ العقد، و من هنا لم يكن للأحكام القضائية و الفتاوى المنوه عنها أن تصدر إلا بهذا التكييف، إذا لم يكن مجلس الدولة فى إصداره لها يواجه فراغاً تشريعياً حتى يمكن القول بأنه إجتهد فى معالجة هذا الوضع إنطلاق من كونه قضاء إنشائياً، با كان مقيداً بنصوص قانونية أو

شروط عقدية تكيف مصادرة التأمين فى أحوال معينة على أنه تعويض إتفاقى و ليس جزاء .

و لكن بعدما عدل المشروع عن القواعد العامة فى القانون المدنى فى خصوص الأثار المرتبة على فسخ العقد أو سحب العمل من المتعاقد ، و اخذ بأحكام القانون الإدارى بشروط إستثنائية التى يتقبلها العقد الإدارى بشروطه الإستثنائية التى يتقبلها العقد الإدارى، جعل من مصادرة التأمين جزاءاً و عقوية ، و ذلك بما نص عليه القانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨م المشار إليه المشار إليه من مصادرة التأمين النهائى فى حالات فسخ العقد و التنفيذ على حساب المتعاقد و ما رتبه القانون على عدم أداء صاحب العطاء المقبول التأمين النهائى فى المهلة المحددة ، من مصادرة التأمين الأبتدائى سواء ألغت جهة الإدارة العقد أى فسخته ظام نفذته على حسابه[1] ، و ذلك دون نظر إلى كون العقد قائماً منتجاً ظلثاره من عدمه ، لحرص المشروع على تحقيق السرعة و المرونة التى يقتضيها حسن سير المرافق العامة

و بهذا العدول التشريعى أختلف تكييف مصادرة التامين من التعويض الأتفاقى إلى العقوبة على الإخلال بالإلتزام العقدى ، و من هنا كانت الأحكام الأخرى لمجلس الدولة التى قرر فيها ظان مصادرة التأمين جزاء[2] .

١- راجع المادة (٢٠) من القانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ المشار إليه .

٢- حكم المحكمة الإدارية العليا ، الطعن رقم ٢٦٤٥ لسنة ٤٤ ق.ع جلسة ٢٠٠١/١/٢٣ ، غير منشور و راجع أيضاً فى ذلك ، حكم المحكمة الإدارية العليا ، الطعن رقم ٢١١٠ لسنة ٤١ ق.ع ، جلسة ١٩٩٨/٦/٢١ ، و إدارية عليا ، الطعن رقم ٢٦١٥ لسنة ٤٣ ق.ع ، جلسة ٢٠٠١/١/٢٧ ، غير منشور ، و إدارية عليا الطعن رقم ٢١٦٨ لسنة ٤١

حيث قضت المحكمة أنه فى جميع الأحوال يجب مصادرة التأمين كجزاء مالى توقعه الإدارة على المتعاقد معها فى حالة إخلاله بإلتزامه و ان مصادرة التأمين فى هذه الحالة لا تحول بينها و بين المطالبة بالتعويض عن أية أضرار تكون قد أصابتها من جراء إخلال المتعاقد معها فى تنفيذ التزاماته على أن يكون هذا الإخلال راجعاً إلى خطئه، و لم تؤيد المحكمة الإدارية العليا ما ذهبت إليه محكمة القضاء الإدارى من إستنزال (خصم) قيمة التأمين النهائى المصادر من المبالغ المستحقه لجهة الإدارية كتعويض طرف للمقاول المقصر .

كما قضى بأن مصادرة التأمين هو أحد الجزاءات المالية التى نص عليها الانون صراحة فى حالة فسخ العقد و فى حالة سحب العمل و تنقيذه على حساب المقاول المقصر ...، و طبيعة مصادرة التأمين كجزاء تختلف عن التعويض عن الضرر الذى يصيب الجهة الإدارية من جراء خطأ المتعاقد معها أو إخلاله أو تقصيره فى تنفيذ إلتزاماته الناتجة عن العقد، و ما دامت طبيعة كل من مصادرة التأمين و التعويض مختلفة فلا تثريب أن تجمع جهة الإدارة بين فسخ العقد أو تنفيذه على الحساب مع مصادرة التأمين و الحصول على ما تستحقه من التعويض و ذلك إعمالاً لصراحة نص القانون، و لا يعتبر الجمع بينهما ازدواجاً للتعويض، فالمصادرة تستوجب أن تصبح قيمة التأمين ملكاً لجهة قبل المتعاقد معها، و من ثم يكون الحكم المطعون عليه و قد أنتهى إلى خصم قيمة التأمين النهائى من قيمة مستحقات الإدارة نتيجة التنفيذ على الحساب مخالفاً للقانون .

ق.ع ، جلسة ٢٠٠١/١٢/٥ ، مجلة المحاماة ، ٢٠٠٢ ، ع٢ ، ص٥٢٦ ، راجع فى ذلك الدكتور : ايمن جمعة ، رسالته ، المرجع السابق ، ص٢٨٨