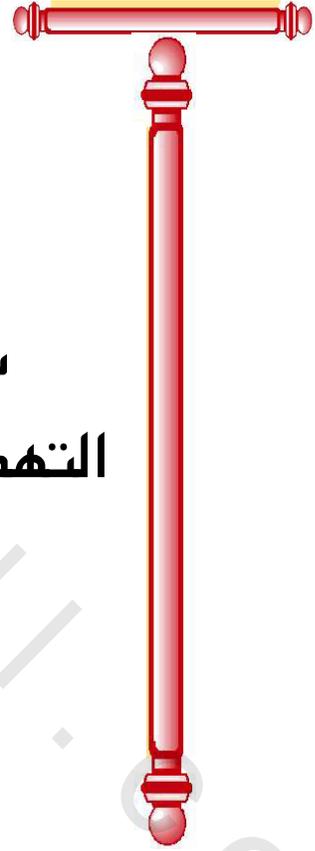


## الفصل العاشر



سلطة القاضي  
بشأن تطبيق الغرامة  
التهديدية ومصادرة التأمين

obeikandi.com

## سلطة القاضي بشأن تطبيق الغرامة التهديدية

الغرامة التهديدية هي إحدى الوسائل التي بيد الدائن لحمل المدين على تنفيذ إلتزامه عيناً .

و لم يتفق الفقه على الأخذ بنظام الغرامات التهديدية في نطاق العقود الإدارية فيعارضه بعض الفقهاء و يؤيده آخرون<sup>(١)</sup> .

و يذهب من جانب الفقه إلى نظام التهديد المالي ( Systeme desastreintes ) المعروف في القانون الخاص لا يطبق في القانون الإداري ، لأن لدى الإدارة جزاءات ووسائل أخرى أشد مضاء تؤدي ؟؟؟؟ على تنفيذ الإلتزام بما توجيه القاعدة الإدارية الشهيرة التي تؤكد وجوب سير المرفق العام بانتظام و اضطراد<sup>(٢)</sup> .

بينما يرى البعض أن ثمة أحوال قد يتطلب فيها الأمر نظام الغرامة التهديدية في نطاق العقود الإدارية العامة حينما لا يكون للإدارة فيها بحكم الواقع أية وسائل سريعة و فعالة لكفالة تنفيذ العقد<sup>(٣)</sup>

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 فياص ، العقد الإداري في مجال التطبيق ، ص ٢٠٨ من المعارضين لنظام الغرامات التهديدية ، فالين : القانون الإداري ، ١٩٤٦ - ص ٥٢٩ و الدكتور : توفيق شحاته عقد الإلتزام المرجع السابق ص ١٣١ . اما من المؤيدين : بيرتلمي : مظلوم القانون الإداري ، الطبعة العاشرة - ١٩٢٣ ، ص ٦٣٣ .

٢- في هذا المعنى الدكتور : أحمد خفاجي ، المرجع السابق ، ص ١٦٣٨ .

٣- في هذا المعنى الدكتور : هارون الجمل ، المرجع السابق ، ص ١٦٨ .

القانون المدنى حق إجبار المدين على 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 فقرتها الأولى 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 تهديدية إذا رأى القاضي أن مقدار الغرامة ليس كافياً لإكراه المدين الممتنع عن التنفيذ جاز له أن يزيد في الغرامة كلما رأى داعياً للزيادة"

و يبني علي ذلك، أن المدين إذا أمتثل و نزل إمتثاله عيناً، يتم رفع الغرامة التهديدية عنه، بمعنى 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 معنى من المعاني الملحوظة في العقوبة كما أنه ليس فيها معنى التعويض عن الضرر و إنما الغرض منها هي 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 الممتع 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 للقاضي الإداري أن يتدخل في إدارة المرفق العام بان يوجه تحت التهديد بجزء مالي - أوامره إلى متعاقدني الإدارة لضمان تنفيذ العقد"<sup>(١)</sup>

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 التزماتهم تحت التهديد

---

١- حكم المجلس في ٢٢ مايو في قضية المجموعة ص ٦٢٧ ، حكم ٢٧ يناير ١٩٣٣ في قضية المجموعة ص ١٣٦ ٣١ يناير ١٩٧٣ في 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 لقاضي 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 أكدته 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 امر ليس بغير جائز في مجال العقود الإدارية فالتعويض التهديدي 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 تأخيرها 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<sup>(١)</sup>

١- حكم المحكمة الإدارية العليا ، الطعن رقم ٢٤٥ لسنة ٢٧ ق.ع جلسة ١٢/١/١٩٨٧ 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 هو 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<sup>(١)</sup>

### 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 بالتزاماته ، يعتبر شرطاً جزائياً ، ومن ثم لا يحق للإدارة للطالبة بأية تعويضات أخرى خلاف التأمين عند إخلال المقاول بالتزاماته

وذهب مجلس الدولة المصري الى ان مصادرة التأمين المنصوص عليه في العقد هو تعويض اتفاقي (شرط جزائي) اون مصادرة التأمين لضمان تنفيذ العقد إنما يمثل الحد الأدنى للتعويض الذي يحق للإدارة اقتضاؤه فاذا كانت مصادرة التأمين قد جبرت الضرر كله فانه لا يكون هناك

١- الدكتور توفيق شحاتة ، عند الالتزام 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 تعاقدتها وذلك بالنظر إلى أن لائحة المناقصات والمزايدات حافلة بالإجراءات الجزائية التي يستطيع الإدارة أن تضمن

محل لطلب التعويض اما اذا كانت قيمة التامين المصادر لا تكفى وحدها  
لجبر الضرر فانه يتعين الحكم بالتعويض الكافي لجبره ومن ثم فانه ينبغي  
عند حساب التعويض المستحق مراعاة خصم التامين منه <sup>(١)</sup>

ويقرر من جانب الفقه <sup>(٢)</sup> - من خلال نظره إلى تلك الأحكام  
والفتاوى - أن مجلس الدولة المصري تردد بين اتجاهين : يرى أولهما أن  
شروط مصادرة التامين تمثل الحد الأدنى للتعويض وبذلك الحكم بالتعويض  
الكافي 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 توقيعهما على المتعاقد التي تملك  
جهة الإدارة توقيعهما على المتعاقد إذا قصر في تنفيذ التزاماته

---

١- راجع في ذلك : حكم المحكمة الإدارية العليا ، الطعن رقم ٣٦٨٣ لسنة ٣٦ ق.ع ،  
جلسة ١١/٢٩/١٩٩٤ ، مج مبادئ العليا ، س ٤٠ ، ج ١ ، ص ٤١٥ و ما بعدها ، و  
إدارية عليا ، الطعن رقم ١١٥٦ لسنة ٥٥ ق.ع ، و جلسة ٢/٢٥/١٩٦١ ، و مج العقود  
في (١٥) عاماً ، ص ٢٢٣ ، و إدارية عليا ، الطعن رقم ٣٢٧ لسنة ٥٣ ق.ع ، جلسة  
١٠/٢٥/١٩٩٤ ، مج مبادئ العليا ، س ٤٠ ، ج ١ ؟ ص ١٣٦ و ما بعدها ، و فتوى  
الجمعية العمومية لقسمى الفتوى و التشريع العمومية القسم الإستشارى رقم ٢٦٠ فى  
١٣/٥/١٩٥٥ ، الموسوعة الإدارية الحديثة ، ج 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<sup>(١)</sup> وفتاوى<sup>(٢)</sup>، وغيرها، مما يستند إليه 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 التفصيل، ثم يعرض لرأى الباحث، بالتفصيل في هذا الموضوع، وذلك على النحو التالي :

قضت المحكمة الإدارية العليا بأن مصادرة التأمين جزاء يحمل في طياته اتفاقاً ثابتاً على التعويض (شروطاً جزائياً)<sup>٣</sup> و كان ذلك راجعاً إلى

---

١- حكم المحكمة الإدارية العليا ، الطعن رقم ١١٥٦ لسنة ٥٠٩ق.ع ، جلسة ١٩٦١/٢/٢٥ ، مج مبادئ العليا ، من ٦٦ق ، ٢ع ، ص ٧٨٧ و ما بعدها ، و إدارية عليا ، والطعن ٧٨٤ لسنة ٧٩ق.ع ، 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 ٩٠ق.ع و جلسة ١٩٦٧/١١/١٨ ، مج مبادئ العليا ، س ١٣ق،ع ، ص ٩٣ و ما بعدها .

٢- فتوى الجمعية العمومية للقسم الإستشاري رقم ٥١٦ بتاريخ ١٦/٨/١٩٦٢ ، مج مبادئ الجمعية العمومية في (١٠) سنوات ، أبو شادي ، ج٢ ، ١٩٩٠ و ما بعدها .

٣- حكم المحكمة الإدارية العليا ، الطعن رقم ١٥٦ لسنة ١٠٩ق.ع ، جلسة ١٩٦٢/١/٢٥ ، مج العقود في (١٥) عاماً ، ص ٢٢٦ .

والحقيقة أن رفض المحكمة بالتعويض الذي طلبت به جهة الإدارة في هذه المنازعة - بعد أن فسخت العقد و صادرت التأمين الإبتدائي - 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 الذي 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<sup>(١)</sup> 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 تلحاً 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<sup>(٢)</sup> ، 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 الذى 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 تشتري على حسابه بعض أوكل الكلية التى رست عليه ... و يكون لها الحق تبعاً فى أن تسترد 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 إذا لم يوفى أحد المتعاقدين بالالتزامه جاز للمتعاقد الأخر بعد إعدار المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو بفسخه ، مع التعويض فى الحالتين إذا كان له مقتضى .. و تنص المادة (١٦٠) من القانون المدنى على أنه إذا فسخ العقد أعيد المتعاقدين إلى الحالة التى كانا عليها قبل التعاقد .

الدائن فى التعريض، ولأن التعويض فى هذه الحالة يكون على أساس المسؤولية التقصيرية دون المسؤولية 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 المسؤولية التقصيرية للإخلال 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 على حساب المقاول المقصر رغم بقاء العلاقة العقدية قائم تبرر للإدارة رجوعها على الأخير بكل خسارة لحقت بها من جراء التنفيذ على حسابه ، إذ يستوعب مثلاً عقد الأشغال العامة مصادرة التأمين الابتدائي حائئذ باعتباره من الشروط الاستثنائية التي تتميز بها العقود الإدارية عن العقود المدنية .

ولهذا فإن البعض يذهب إلى انه في حالة الفسخ المجرد، حيث لا يكون للإدارة سوى الحق في الرجوع بالتعويض عن هذا الفسخ طبقاً للقواعد، يجوز أن يكون هذا التعويض اتفاقياً<sup>(١)</sup>

وما سلف ذكره ينطبق أيضاً على حكمي المحكمة الإدارية العليا أولهما بتاريخ ٢٥ أكتوبر ١٩٩٤ م في الطعن لسنة ٣٥ ق . ع وثانيهما بتاريخ ٢٥ يونيو 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 للتأمين المؤقت لعدم أداء المتعاقد للتأمين النهائي في المهلة المحددة قانوناً

---

١- الأستاذ : اسماعيل عبد الحميد ، المرجع السابق ، ص ١٢٣

وفقا لحكم المادة (٢٤) من قانون تنظيم المناقصات والمزيد ذات رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ ( الملغى )<sup>(١)</sup> 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<sup>(٢)</sup> . 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 النهائي 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 النهائي الواجب إيداعه فى المدة المحددة له ، للجهة الإدارية بموجب إخطار موسى 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 بمرقة الجهة المتعاقدة ظا و 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 ، مع العقود فى (١٥) عاماً ، ص ٢٢٧ ، مشار إليه الدكتور : أيمن جمعة ، رسالته ، المرجع السابق ، ص ٢٨٥ .

على نفل عبئ إثبات الضرر منها إلى المتعاقد معها فيما لو أخل بشروط العقد ، و ذلك من خلال الإتفاق مقدماً على التعويض الإتفاقي الذى يجيز لهذا الضرر عملاً بحكم المادة (١/٢٢٤) من القانئن 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 أثار المسئولية التقصيرية التى تتحدد فى العناصر مع المسئولية العقدية مع خطأ و ضرر و علاقة سببية بينهما، و يكون عبئ إثبات الضرر فى أى منهما على عاتق الدائن (الجهة الإدارية) أو المضرور بحسب الأحوال، خاصة و أنه لا وجود للتعويض الإتفاقى (الشرط الجزائى) فى نطاق المسئولية التقصيرية .

فالشرط الجزائى ينقل عبئ إثبات الضرر من الداشن إلى المدين، فالضرر مفروض إلا إذا أثبت المدين أنه لم يقع<sup>(١)</sup> .

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<sup>٢</sup>، و كان الموضوع الذى قررت فيه الجمعية

---

١- الدكتور : عبد الرزاق السنهورى ، الوسيط فى شرح القانون المدنى ، المجلد الأول ، العقد ، دار النهضة العربية ، ١٩٨١ ، ص ٩٢٦ .

٢- فتوى الجمعية العمومية للقسم الإستشارى رقم ٢٦٠ بتاريخ ١٣/٥/١٩٥٥ ، الموسوعة الإدارية الحديثة ، ج١٨ ، ص ٩٨٢ ، راجع الدكتور : أيمن جمعة ، و رسالته ، المرجع السابق ، ص ٢٨٥ .

العمومية ذلك يحكمه البند (٣٥) من المادة (١٣٧) من لائحة المخازن و المشتريات المشار إليها<sup>(١)</sup> .

و الجدير بالذكر أن البند (٥٣) المشار إليه فيما يتعلق بشراء الأصناف التي لم يتم المتعهد بتوريدها على حسابه، قرر أن يخضم من التأمين المودع من المعتمد المقصر . قيمة الزيادة في الثمن مضافاً إليها مصروفات إدارية بواقع نسبة مئوية من قيمة الأصناف المشتراه على حسابه، و ما يستحق من غرامة عن مدة التأخير في التوريد، إذا كان شراء أى صنف يقل عن سعر المتعهد، فلا يحق للمعتمد المقصر طان 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 (١٧٢) 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 يخضم 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 موسى عليه، و تكرر منه ذلك ثلاث مرات، و جب 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 قرره الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع<sup>(١)</sup> و المحكمة الإدارية العليا فى حكمها الصادر بتاريخ ٢٩ نوفمبر ١٩٩٤م فى الطعن رقم ٢٦٨٣ لسنة ٣٦ ق.ع، من أن مصادرة التأمين النهائى من قبيل التعويض عن عدم التنفيذ، و من ثم لا يجمع بين التأمين النهائى و بين مقدار التعويض، 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 بالتزاماته التى تضمنها العقد الذى كان يرتب مصادرة التأمين النهائى على الإخلال بالألتزام النقدى.

---

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

و كانت المحكمة الإدارية العليا بصدد فسخ للعقد على حساب و مسؤولية المقاول وفقاً للعقد<sup>(١)</sup> و من هنا كانت مصادرة التأمين النهائية تعويضاً و ليست جزءاً .

و يرى البعض<sup>(٢)</sup> - حبق - أن الإختلاف المشار إليه فى تكييف مجلس الدولة لمصادرة التأمين ما بين التعويض الإتفاقي (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 التأمين 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 المسؤولية التقصيرية التى لا يجوز فى ظلها الإتفاق المسبق على التعويض عن الإخلال بإلتزام قانونى، بينما تكون المسؤولية العقدية أساس المطالبة بالتعويض فى الحالة الثانية (سحب العمل)، لأن العلاقة العقدية مستمرة ولا تزال قائمة .

---

١- كان البند السابع من العقد موضوع النزاع 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 آخر 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 بالتزاماته العقدية، فى ضوء إمكان الإتفاق على نقل عبء إثباته (الضرر) من الإدارة إلى المتعاقد معها من خلال الإتفاق مقدماً على التعويض الجابر له وفى إطار المسؤولية العقدية التى تجيز ذلك وفقاً لأحكام المادتين (٢٢٣ و١/٢٤٤) من القانون المدنى، دون المسؤولية 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 .

وقد 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 اللائحة 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 إنطلاقاً 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  
جزاءً و عقوبة ، 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 رتبته القانون على عدم أداء صاحب العطاء المقيول  
التأمين النهائى فى المهلة المحددة ، من مصادرة التأمين الأبتدائى سواء ألغت  
جهة الإدارة العقد أى فسخته ظام نفذته على حسابه<sup>(١)</sup> ، 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 التأمين من  
التعويض الأتفاقى إلى العقوبة على الإخلال بالإلتزام العقدى ، و من هنا  
كانت الأحكام الأخرى لمجلس الدولة التى قرر فيها ظان مصادرة التأمين  
جزاءً<sup>(٢)</sup> .

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

حيث قضت المحكمة أنه فى جميع الأحوال يجب مصادرة التأمين كجزء 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 أصابها من حراء إخلال المتعاقد معها فى تنفيذ التزاماته على أن يكون هذا الإخلال راجعاً إلى خطئه، و لم تؤيد المحكمة الإدارية العليا ما ذهب إليه محكمة القضاء الإدارى من إستتزال (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 تشريب 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 ، ع ٢٤ ، ص ٥٢٦ ، راجع فى ذلك الدكتور : ايمن جمعة ، رسالته ، المرجع السابق ، ص ٢٨٨