غرامات التأخير في العقود الإدارية

د. أيمن فتحي محمد محمد عفيفي

مدرس القانون العام كلية الحقوق – جامعة الإسكندرية

دكتوراه في القانون العام – جامعة بوردو بفرنسا

١- موقع غرامات التأخير في نظرية العقد الإداري. تلعب غرامات التأخير دورًا هامًا في تنفيذ العقود الإدارية ، فغرامة التأخير تعد أحد الجزاءات التي تلجأ إليها الإدارة لضمان تنفيذ بنود العقد الإداري، وتلجأ الإدارة لهذه الغرامات في حال إخلال المتعاقد معها بالتزامه بتنفيذ أداءاته العقدية في مواعيدها المتفق عليها في العقد. فغرامات التأخير تلعب دورًا هامًا في ضمان الالتزام بالمواعيد المحددة للمتعاقد مع الإدارة في العقد الإداري.

وتعمل الجزاءات بصفة عامة في العقود الإدارية علي ضمان تنفيذ هذه العقود وفقا لما اشتملت عليه من بنود، وتعد نظرية الجزاءات في العقود الإدارية إحدى النظريات التي تتميز بذاتيها وبخصوصية أحكامها في مجال القانون العام[١]. فالجزاءات في العقود الإدارية تنطبق بغير حاجة لنص يقررها، ولا يجوز للإدارة التنازل عنها، ويثبت للإدارة الحق في توقيعها بمقتضى قرار يصدر عن إرادتها المنفردة وبغير حاجة للجوء لقاضي العقد. وتلك كلها أمور تخرج عن المألوف في مجال العلاقات العقدية الخاصة.

وتجد نظرية الجزاءات في العقود الإدارية أساسها النظري في مبدأ من أهم مبادئ القانون العام : مبدأ دوام سير المرافق العامة بانتظام واطراد. ويتكامل هذا المبدأ مع مبدأ قابلية المرافق العامة للتغيير والتطوير ليشكلا أساسًا نظريًا ليس فقط لنظرية الجزاءات في العقود الإدارية، وإنما للسلطات الاستثنائية الممنوحة للإدارة في العقود الإدارية ككل، والتي تبدو نظرية الجزاءات فرع منها[٢]. فسلطة الإدارة في تعديل العقد بعض بنود العقد بإرادتها[٣] وسلطتها في إنهاء العقد[٤] ، واللذان تجدان

---

[١] د. محمد فؤاد عبد الباسط، العقد الإداري، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٦، ص ٢٧٥.

[2] M. UBAUD-BERGERON, *Droit des contrats administratifs*, LexisNexis, 2015, p. 12.

[3] CE, 10 janvier 1902, *Compagnie nouvelle de gaz. De Deville-les-Rouen*, CAJA, n° 9: CE, 10 mars 1910, *Compagnie générale françaises de* tramways, CAJA, n° 23.

[4] CE, 2 mai 1958 , *Distillerie de Magnas-Laval*, Rec., p. 246.

أساسهما النظري في مبدأ قابلية المرافق العام للتغيير والتطوير، يمثلان فرعا من السلطات والامتيازات الاستثنائية الممنوحة لجهة الإدارة. وعلاوة علي ذلك فإن مبدأ دوام سير المرافق العامة بانتظام واطراد يبدو أساسا للعديد من نظريات القانون العام الأخرى المتعلقة بالعقود الإدارية والتي تصب بطريقة مباشرة في مصلحة المتعاقد مع الإدارة، كنظرية عمل الأمير[1] ونظرية الظروف الطارئة[2].

وهكذا فالنظام الاستثنائي الذي تخضع له العقود الإدارية ينبع في الحقيقة من اتصال هذه العقود بالمرافق العامة. فالعقود الإدارية تعمل علي إشباع حاجات المرافق العامة وحسن انتظام سيرها في أدائها لخدماتها للجمهور دون توقف أو خلل[3]. فأي خلل في تنفيذ العقد الإداري قد ينعكس أثره على المرفق العام المتصل به العقد الإداري.

وغرامات التأخير تتمثل في مبالغ مالية محددة تلزم بها الإدارة المتعاقد معها في حالة إخلاله بتنفيذ التزاماته العقدية في موعدها. وغرامات التأخير بهذا المعنى تعد من الجزاءات العقدية المعروفة والشائعة في العقود الإدارية سواء في فرنسا أو في مصر.

وعلي الرغم من أن موضوع غرامات التأخير يعد من الموضوعات التي تواترت العديد من المؤلفات والرسائل العلمية علي دراسة أحكامها[4]، باعتبارها أحد

---

[1] CE, 28 décembre 1924 *Tanti* , Rec., p. 940

[2] CE, 30 mars 1916, *Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux*, Rec., p. 125

[3] J MORAND-DEVILLER, *Cours de droit administratif*, Paris, Montchrestien, 2010, p.414.

[4] أنظر علي سبيل المثال، د. هارون عبد العزيز الجمل، النظام القانونى للجزاءات فى عقد الأشغال العامة، رسالة للدكتوراة قدمت ونوقشت بجامعة عين شمس سنة ١٩٧٩، ص ١٣٠ : د. عبد المجيد فياض، نظرية الجزاءات فى العقد الإدارى، القاهرة، دار الفكر العربي، طبعة ١٩٧٥، ص ١٦٨: د. عاطف سعدي علي، عقد التوريد الاداري بين النظرية والتطبيق ، رسالة دكتوراة قدمت ونوقشت بجامعة بنها، سنة ٢٠٠٥، ص٤٥٧ : د. عثمان عياد، مظاهر السلطة العامة فى العقود الإدارية ، القاهرة ، دار النهضة العربية، طبعة سنة ١٩٧٣،.ص ٣٤٥: د. سليمان الطماوى، الأسس العامة للعقود الإدارية ، الإسكندرية، دار الفكر العربى ، طبعة ١٩٧٥، ص ١٧٠: د. ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية ، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة، طبعة ٢٠٠٧.

الجزاءات التي توقعها جهة الإدارة في مرحلة تنفيذ العقد الإداري؛ إلا أن القليل[1] من هذه المؤلفات من اهتم بتأصيل غرامات التأخير وتحليل طبيعتها القانونية.

ويتفق الفقه في مصر مع نظيره الفرنسي في اعتبار غرامات التأخير التي ينص عليها في العقود الإدارية هي بمثابة تعويضات جزافية متفق عليها مقدما وتستحق بمجرد الإخلال بالتزامات المتعاقد مع الإدارة. و هذا التعريف وإن كان يبدو مستساغا في فرنسا لاتساقه مع مبادئ النظام القانوني الفرنسي إلا أنه لا يبدو متماشيا مع المبادئ التي يقوم عليها النظام القانوني المصري. فالتعويض وفقا للمبادئ التي يقوم عليها النظام القانوني المصري وذلك بخلاف الحال في فرنسا، يتعين أن يقابله ضرر.

والحقيقة أن تحديد ماهية غرامات التأخير التي ينص عليها في العقود الإدارية وتأصيل طبيعتها القانونية يتعين أن يبدأ أولا بتحديد نوع المسئولية التي توقع غرامات التأخير كنتيجة لتحققها. وتحديد نوع هذه المسئولية لا يتأتى إلا عن طريق دراسة وتحليل شروط تحققها على ضوء المبادئ التي تحكم نظرية الجزاءات في العقود الإدارية في النظام القانوني الذي تجري الدراسة في إطاره[2].

ومن هذا المنظور تبدو أهمية دراسة موضوع غرامات التأخير من وجهة نظر مقارنة. فالدراسات المقارنة تكتسب أهمية كبيرة في توضيح وتفسير نقاط الخلاف والاتفاق التي تتبدى عند دراسة موضوع واحد في نظاميين قانونين مختلفين.

فإذا أمكن تحديد طبيعة غرامات التأخير، فانه يسهل بعد ذلك فهم النظام القانوني الذي يحكم سلطة الإدارة في توقيعها لغرامات التأخير في العقود الإدارية المختلفة سواء في مصر أو في فرنسا.

وسوف نحاول في هذا البحث تحليل وتأصيل شروط تحقق المسئولية التي توقع غرامات التأخير كنتيجة لها، وذلك بهدف تحديد طبيعتها القانونية. ثم نتتبع مدى تأثير هذه الطبيعة على الأحكام القانونية المنظمة لها.

---

[1] د. نصر الدين بشير ، غرامة التأخير فى العقد وأثرها فى تسيير المرفق العام، الإسكندرية، دار الفكر الجامعى، طبعة سنة ٢٠٠٧، ص ٣٢

[2] M. LEFONDRE, *Recherche sur la sanction administrative et leur nature juridique*, Thèse pour le doctorat présentée et soutenue à l'Université de Caen, 1973.

وسوف نقسم بحثنا لمبحثين . نخصص الأول لدراسة وتحليل ماهية غرامات التأخير، ثم نخصص المبحث الثاني لدراسة أحكامها.

المبحث الأول:- ماهية غرامات التأخير

المطلب الأول :- شروط توقيع غرامات التأخير

المطلب الثاني :- الطبيعة القانونية لغرامات التأخير

المبحث الثاني :- أحكام غرامات التأخير

المطلب الأول :- سلطة الإدارة في توقيع غرامات التأخير والإعفاء منها

المطلب الثاني :- تنظيم غرامات التأخير في بعض أنواع العقود الإدارية

المبحث الأول

ماهية غرامات التأخير

٢٢-المقصود بغرامات التأخير: يعرف الفقه في مصر[١] وفرنسا[٢] غرامات التأخير التي ينص عليها في العقود الإدارية على أنها عبارة عن تعويضات جزافية لمواجهة حالة التأخير في تنفيذ التزام عقدي .

---

[١] د. هارون عبد العزيز الجمل، النظام القانونى للجزاءات فى عقد الأشغال العامة، مرجع سابق، ص ١٣٨ : د. عبد المجيد فياض، مرجع سابق، ص ١٦٨: د. عاطف سعدي علي، مرجع سابق، ص٤٥٧ : د. نصر الدين بشير ، غرامة التأخير فى العقد وأثرها فى تسيير المرفق العام، مرجع سابق، ص ٣٢ : د. عثمان عياد، مظاهر السلطة العامة فى العقود الإدارية ، القاهرة مرجع سابق، ص ٣٤٥: د. سليمان الطماوى، الأسس العامة للعقود الإدارية ، الإسكندرية، مرجع سابق، ص ١٧٠: د. ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية مرجع سابق، ص ١٨٥.

[2] L. RICHER, *Droit de contrats administratifs*; 7e Ed., Paris, LGDJ, p.210: BRACONNIER (S), *Précis du droit des marchés publics*, 4e Ed., Paris, Le Moniteur, 2012.

ولغرامة التأخير جانبان : تعويضي ووقائي[1]. أما الجانب الأول للغرامة، فان في قيمة الغرامة تعويض عن الأضرار التي تلحق بالإدارة نتيجة لعدم تنفيذ المتعاقد لالتزاماته في موعدها. فهي بمثابة تعويض متفق عليه مسبقا في العقد هدفه إصلاح الأضرار الناتجة عن تأخر المتعاقد في التنفيذ.

أما عن الجانب الوقائي للغرامة ؛ فغرامة التأخير تتمثل في كونها جزاء عقدي المقصود منه تحقيق الردع بأغراضه العام والخاص. ففي تمكين الإدارة من توقيع الغرامة تهديد للمتعاقد معها حتى لا يقدم على الإخلال بالتزاماته. كذلك فإن توقيع الغرامة على المتعاقد المقصر سوف يكون رادعا له في المستقبل. فيحرص على تنفيذ التزاماته العقدية في المستقبل في موعدها ووفقا للبنود المتفق عليها تفاديا لتكرارها. وأخيرًا، فإن توقيع الغرامة على المتعاقد المقصر بتأخيره يدفعه إلى الإسراع في التنفيذ تفاديا لتعاظم قيمة الغرامة.

وبناء على التعريف السابق، يشترط الفقه والقضاء في فرنسا ومصر عدة شروط حتى يثبت للإدارة الحق في توقيع غرامات التأخير. وتنبع هذه الشروط من طبيعة الغرامة كتعويض اتفاقي ينجم عن إخلال المتعاقد مع الإدارة بالتزامه العقدي بتنفيذ أداءاته في مواعيدها المتفق عليها.

فيشترط أولا حتى يثبت حق جهة الإدارة في توقيع غرامة التأخير على المتعاقد معها أن ينص العقد على حق جهة الإدارة في توقيع الغرامة. ويتعين كذلك أن يشتمل اتفاق الغرامة في العقد على كيفية توقيع غرامات التأخير وضوابطها، حتى لا يتحول هذا الحق لمطلق لا عاصم له. ويعد الاتفاق عندئذ هو مصدر سلطة الإدارة في توقيع الغرامة.

ويشترط ثانيا تحقق إخلال المتعاقد بالتزامه بتنفيذ أداءاته العقدية في مواعيدها المتفق عليها، فهذا الشرط يعبر عن ركن الخطأ في المسئولية العقدية التي تتمخض عن توقيع غرامات التأخير. وتحقق الإخلال على النحو السابق يفترض عدة مفترضات. فيتعين أولا أن يكون المتعاقد مع الإدارة ملتزما وفقا لبنود عقد

---

[1] BRACONNIER (S), *Précis du droit des marchés publics,* op.cit., p. 277.

إداري صحيح ونافذ. ويتعين ثانيًا أن يظل المتعاقد مع الإدارة ملتزما لحين حلول آجل التنفيذ. و يشترط ثالثا أن يحل آجل التنفيذ دون تمامه.

أما عن اشتراط الضرر، فهو يفترض افتراضا غير قابل لإثبات العكس. فلا يسمح للمتعاقد مع الإدارة بإثبات عدم تحقق ضرر من جراء تأخره في تنفيذ التزاماته العقدية في مواعيدها المتفق عليها. فتأخر المتعاقد مع الإدارة يؤدي قطعا إلي الإخلال بحسن سير المرفق العام المتصل به العقد. وبالتالي يجوز للإدارة جبر هذا الضرر بفرض غرامات التأخير على المتعاقد معها. وتتواتر أحكام القضاء في مصر على تأكيد أنه " من المستقر عليه في قضاء هذه المحكمة أن غرامة التأخير في العقود الإدارية مقررة ضماناً لتنفيذ هذه العقود وفي المواعيد المتفق عليها حرصا على حسن سير المرافق العامة بانتظام وإضطراد ، وأن التكييف القانوني لغرامة التأخير أنها صورة من صور التعويض الإتفاقى تتميز عن التعويض في مجالات القانون الخاص بأحكام خاصة أهما أن أحد أركانه وهو الضرر يفترض وقوعه بمجرد حصول التأخير ون حاجة إلى إثبات جهة الإدارة لوقوعه "[1]. وفي فرنسا، يؤكد مجلس الدولة على أن الضرر يفترض بمجرد تحقق التأخير افتراضا غير قابل لإثبات العكس[2].

والحقيقة أن تتبع شروط غرامة التأخير بالتحليل لا يقود أبدا إلى الانتهاء للإقرار بالطبيعة القانونية التي ينتهي إليها فقه القانون العام على الأقل فيما يتعلق بالجانب المصري. فمناقشة شروط تحقق مسئولية المتعاقد مع الإدارة عن تأخره في تنفيذ التزاماته بالتنفيذ في موعدها . تقود إلي الإقرار بطبيعة مختلفة لغرامات التأخير عن تلك التي يدعيها فقه القانون العام في مصر. فالحقيقة أن غرامات التأخير لا تعدو أن تكون عقوبة عقدية إدارية توقعها جهة الإدارة على المتعاقد معها نتيجة للإخلال بالتزامه بالتنفيذ في الميعاد ؛ وأما عن مصدر سلطة الإدارة في توقيع غرامات التأخير على المتعاقد المخل، فإن هذه السلطة لا تنبع في الحقيقة من العقد

---

[1] الحكم في الطعن رقم ٢٥٧٧٤ لسنة ٥٥ق.ع، بتاريخ ٢٠١٥/٣/٢٤، لم ينشر بعد : في هذا المعني انظر أيضا وعلى سبيل المثال، حكم رقم ١٧٧٢ لسنة ٢٩ ق.ع ، صادر فى ١٩٨٥/٢/٥، مجموعة المبادئ القانونية التى قررتها المحكمة الإدارية العليا، والجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع فى العقود الإدارية فى أربعين عاما، صادرة فى ١٩٩٥، مرجع سابق ،ص٤٩٥.

[2] CE 3 décembre 1920, *Fromassol*, *RDP*, 1920, p. 64, concl. Corneille : CE 5 janvier 1924, *Olivier*, Lebon, p. 20 : CE 23 mai 1930, *Cie électrique de la Loire*, Rec., p. 549 : CE 10 février 1971, *Bonnet*, Rec., T. p. 1104 : CE 4 juin 1976, *Sté Toulousaine immobilière* : Rec., p. 303

الإداري المبرم مع المتعاقد مع الإدارة بقدر ما تستند للنظام القانوني الذي يحكم العقود الإدارية قاطبة. وتجد سلطة الإدارة في توقيع هذه العقوبة أساسها النظري في حماية مبدأ دوام سير المرافق العامة بانتظام واطراد.

أما في فرنسا، فعلى الرغم من أن تكييف غرامات التأخير بأنها تعويضات جزافية يبدو متماشيا مع معطيات النظام القانوني الفرنسي، فإن تطور هذا النظام سواء من الناحية التشريعية أو القضائية يسير ناحية اعتبارها عقوبة عقدية أكثر من اعتبارها تعويضات جزافية.

وتظهر ماهية غرامات التأخير باعتبارها عقوبة عقدية إدارية من خلال تحليل شروط تحقق مسئولية المتعاقد مع الإدارة التي توقع غرامة التأخير كنتيجة لتحققها في مصر وفرنسا. وسوف نبحث في المطلب الأول شروط توقيع غرامات التأخير، ثم نتولى في المطلب الثاني بحث الطبيعة القانونية لغرامات التأخير.

المطلب الأول

شروط توقيع غرامة التأخير

٣-شروط تحقق المسئولية التي توقع غرامات التأخير كنتيجة لها. يشترط وفقا للفقه السائد في مصر [1] وفرنسا [2]، لثبوت حق الإدارة في توقيع غرامة التأخير شرطان. الأول وجود اتفاق على غرامة التأخير بين الإدارة والمتعاقد معها. والثاني إخلال المتعاقد مع الإدارة بالتزامه بتنفيذ أداءاته العقدية في موعدها. أما عن شرط الضرر فهو يفترض افتراضا غير قابل لإثبات العكس.

فيشترط أولاً لثبوت حق الإدارة في توقيع غرامات التأخير على المتعاقد معها : أن يحتوي العقد الإداري على بنود تثبت هذا الحق للإدارة. ويبرر الفقه والقضاء الإداري ضرورة الاتفاق المسبق على منح الإدارة هذا الحق، بأن جهة الإدارة تستمد حقها في توقيع الغرامة من الاتفاق عليها في العقد الإداري ، ويجب أن يتناول اتفاق الغرامة بالتنظيم سلطة الإدارة في توقيع الغرامة. فالإدارة توقع الغرامة وفقا للضوابط وبالكيفية المنصوص عليها في العقد الإداري. والحقيقة أن التطور التشريعي والقضائي في كل من مصر وفرنسا أدى إلى حد بعيد في الواقع العملي لتراجع دور الاتفاق كمصدر لحق الإدارة في توقيع غرامة التأخير.

فغرامة التأخير توقع في حالة إخلال المتعاقد مع الإدارة بالتزامه بتنفيذ أداءاته العقدية في مواعيدها المتفق عليها. فالإخلال يقدم علي أنه الشرط الثاني لثبوت حق جهة الإدارة في توقيع غرامات التأخير. والإخلال بالالتزام بالتنفيذ في

---

[1] د. نصر الدين بشير ، غرامة التأخير فى العقد وأثرها فى تسيير المرفق العام ، مرجع سابق، ص ١٠ : د. عبد المجيد فياض، نظرية الجزاءات فى العقد الإدارى، القاهرة، مرجع سابق، ص ١٦٠: د. ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية ، مرجع سابق، ص ١٥٨: د. محمد فؤاد عبد الباسط ، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص ٣٠٠

[2] M. UBAUD-BERGERON, *Droit des contrats administratifs*, op. cit., p. 279 : F. LICHERE, *Droit des contrats publics*, op.cit.,, p. 214.

الميعاد يكتسب معنى خاص بصدد غرامات التأخير. فهو يشمل كل صور عدم أداء المتعاقد مع الإدارة لالتزاماته في موعدها على نحو تام وفقا للبنود المنصوص عليها في العقد الإداري؛ وتحقق إخلال المتعاقد مع الإدارة بالتزامه بالتنفيذ في الميعاد يفترض اجتماع عدة شروط. هذه الشروط تعد بمثابة تخوم تحدد مشروعية الجزاء الموقع من قبل الإدارة على المتعاقد معها.

أما عن الضرر كشرط لتحقق مسئولية المتعاقد مع الإدارة عن التأخير والذي توقع الغرامة كنتيجة لتحققها فهو يفترض.

وسوف نتولى في ثلاثة فروع متتالية تحليل شروط توقيع غرامات التأخير. وسوف نخصص الفرع الأول لبحث دور الاتفاق في غرامات التأخير، ونتولى في الفرع الثاني دراسة شرط الإخلال المتمثل في تأخر المتعاقد مع الإدارة في تنفيذ التزاماته العقدية في مواعيدها المتفق عليها، ونختتم هذا المطلب ببيان موقف القضاء من الضرر كشرط لتحقق المسئولية التي توقع غرامات التأخير كنتيجة لتحققها.

الفرع الأول

الاتفاق على غرامات التأخير

٤ـ **تطور الطابع الاتفاقي لغرامات التأخير.** لا شك في أن منح الإدارة سلطة فرض غرامات على المتعاقد المقصر في تنفيذ التزاماته بمقتضي قرار يصدر منها بإرادتها المنفردة، ومنحها الحق في استيفاء هذه الغرامات بطريق التنفيذ المباشر، هو أمر غير مألوف في نطاق العلاقات العقدية الخاصة. ولتخفيف حدة هذا الخروج عن القواعد العامة في العلاقات العقدية، كان اشتراط قبول المتعاقد مع الإدارة منحها هذا الحق. وهو ما يعرف بالصفة الاتفاقية لغرامة التأخير.

فالإدارة في توقيعها لهذا الجزاء إنما تستمد حقها من العقد الإداري المبرم بينها وبين المتعاقد معها. وتظهر هذه الصفة الاتفاقية للغرامة أولا في منح الإدارة الحق في توقيعها، وثانيًا في تحديد كيفية توقيعها.

ويحرص الفقه السائد في مصر وفرنسا على تأكيد الصفة الاتفاقية لغرامات التأخير. كذلك فإن الأحكام الصادرة من القضاء الإداري سواء في فرنسا أو مصر تحرص على تأكيد الطابع الاتفاقي لغرامات.

ولكن من الملاحظ أن الجانب الاتفاقي لغرامات الإخلال قد شهد في الواقع العملي تراجعا ملحوظا مع التطور التشريعي والقضائي سواء في فرنسا أو مصر؛ وتراجع الجانب الاتفاقي لغرامات التأخير من أثره التأكيد على كونها عقوبة أكثر من كونها تعويض اتفاقي. وتراجع دور الاتفاق في غرامات التأخير يظهر أولا في مجال منح الإدارة سلطة توقيعها، وثانيا في مجال تحديد ضوابط توقيع الغرامة.

وسوف نتناول بالبحث أولا الاتفاق كشرط لتوقيع غرامات التأخير ، ثم نتناول ثانيا دور الاتفاق في تحديد كيفية تطبيق غرامات التأخير.

أولا: الاتفاق كشرط لثبوت حق الإدارة في توقيع غرامات التأخير

٥-القاعدة التقليدية التي تقتضي بوجوب الاتفاق علي منح الإدارة الحق في توقيع غرامات التأخير. غرامات التأخير هي مبالغ مالية محددة جزافا ينص عليها في العقد تحسبا لتأخر المتعاقد مع الإدارة عن المواعيد المحددة للتنفيذ[1]. فيتعين حتى يثبت للإدارة الحق في توقيعها أن يتفق المتعاقدان على منح الإدارة هذا الحق[2]. فسلطة الإدارة في توقيع الغرامة يتعين أن تجد لها أساسا في العقد الإداري موضوع النزاع.

واشتراط أن تجد غرامات التأخير لها أساس في العقد المبرم بين جهة الإدارة والمتعاقد معها يميل لمنح غرامات التأخير قدر من الخصوصية بالمقارنة بباقي الجزاءات العقدية الإدارية.

---

[1] C. Bréchon-Moulènes, *Droit des marchés publics*, Paris, Le Moniteur, avril 2006. p.220.1.

[2] د. نصر الدين بشير ، غرامة التأخير فى العقد وأثرها فى تسيير المرفق العام، مرجع سابق، ص ٣٢ : د. سليمان الطماوى، الأسس العامة للعقود الإدارية ، مرجع سابق، ص ١٧٠: د. ماجد راغب الحلو ، العقود الإدارية ، مرجع سابق، ص ١٥٥: د. عثمان عياد، مظاهر السلطة العامة فى العقود الإدارية، مرجع سابق، ص ٣٤٥ .

فمن جهة : نجد أنه وفقا لقضاء مجلس الدولة الفرنسي المستقر منذ حكمه دي بلونك الصادر ٣١ مايو ١٩٠٧[1]، فإن غياب الاتفاق على جزاءات عقدية تضمن تنفيذ بنود العقد الإداري لا يعني انتفاء هذه الجزاءات. فإذا لم تتضمن العقد نصوصا تعطي لجهة الإدارة الحق في اقتضاء مبالغ جزافية كتعويض عن تأخر المتعاقد معها في الوفاء بالتزاماته في مواعيدها، فتستطيع جهة الإدارة أن تطلب من القاضي تعويضها عن الأضرار التي تلحق بالمرفق العام من جراء التأخر في التنفيذ وفقا للقواعد العامة في المسئولية العقدية، ولكنها لا تستطيع أن توقع عليه غرامات تأخير.

ومن جهة أخري، فقد أدى التطور القضائي في أحكام مجلس الدولة الفرنسي إلي الاعتراف وفقا لقضاء مستقر[2]، بحق جهة الإدارة في توقيع الجزاءات التي تضمن تنفيذ بنود العقد على المتعاقد معها، بمقتضي قرار يصدر منها ودون حاجة لوجود نص في العقد. فالإدارة تستمد حقها في توقيع الجزاءات التي تضمن تنفيذ بنود العقد الإداري غير مرتهن بوجود نص في العقد يعطي الإدارة هذا الحق.

ويبدو أن مجلس الدولة الفرنسي في اشتراطه لوجود اتفاق على غرامات التأخير في العقد الإداري يغلب الطابع التعويضي لغرامات التأخير باعتبارها تعويضات جزافية منصوص عليها في العقد أكثر من كونها جزاء يضمن تنفيذ بنود العقد.

والحقيقة أنه إذا تتبعنا اتفاق الغرامة كشرط لثبوت حق الإدارة في توقيعها في مختلف الفروض فإننا نلحظ بسهولة أن الشرط السابق أصبح مفترضا من مفترضات التعاقد في العقود الإدارية. فحق الإدارة في توقيع غرامات التأخير يثبت سواء في حالة وجود نص على الغرامة في العقد أو وثائقه أو حتى في حالة تخلف مثل هذا النص. علاوة على ذلك، فحق الإدارة في توقيع الغرامة يثبت حتى في حالة العقود الإدارية غير المكتوبة. فإذا أضفنا لذلك قضاء المحكمة الإدارية العليا في مصر بعدم جواز الاتفاق المسبق على استبعاد الغرامة من نصوص العقد، فسوف تتأكد لنا النتيجة التالية : حق الإدارة في توقيع غرامات التأخير أصبح مفترضا من مفترضات التعاقد في العقود الإدارية سواء في مصر أو فرنسا.

---

[1] CE,31 mai 1907, *Desplanques,* Rec., p. 513.

[2] CE 13 mars 1912, *Quintyn*, Rec. p. 362 : CE 6 mai 1985, *Office public d'HLM d'Avignon c/ Guichard*, *RDP*. 1985. p. 1706.

ولإثبات هذه النتيجة الأخيرة فسوف نتولى بشيء من التفصيل دراسة كل حالة من هذه الحالات في فقرة مستقلة.

٦-حالة وجود نص على الغرامة في العقد أو وثائقه. لا شك أن الصفة الاتفاقية لغرامات الإخلال تتوافر في الحالة التي ينص فيها في صلب العقد الإداري المبرم بين الإدارة والمتعاقد معها على منح الإدارة هذا الحق صراحة. كذلك الحال، تتوافر الصفة الاتفاقية للغرامة إذا ورد هذا الاتفاق على منح الإدارة سلطة توقيع غرامات على المتعاقد المخل في دفاتر الشروط الخاصة بالعقد. فهذه الأخيرة تعد جزاء متمما للعقد الإداري ولا تنفصل عنه.

علاوة على ذلك تتوافر الصفة العقدية للغرامة، ويصبح من حق الإدارة توقيعها إذا جاء النص عليها في دفاتر الشروط العامة وذلك متى أحال العقد إليها باعتبارها جزءا مكملا له. أما إذا لم يتضمن العقد نصا يحيل إلى هذه الدفاتر، فإنها لا تعد عندئذ جزءا مكملا للعقد الإداري ولا تكتسب قوته. فدفاتر الشروط العامة هي مجرد نماذج لا تلزم الإدارة ولا المتعاقد معها إلا بعد توقيع طرفي العقد عليها [١].

وفي فرنسا تلعب كراسات الشروط العامة أهمية كبيرة في مجال إثبات سلطة جهة الإدارة في توقيع غرامات التأخير. فغرامات التأخير لا ينظمها في فرنسا أي نص قانوني أو لائحي. فالإدارة تستمد سلطتها في توقيعها حصريا من الاتفاق مع المتعاقد معها.

وتتولى جهة الإدارة صياغة وتحرير كراسات الشروط بإرادتها المنفردة[٢]. وفي مجال غرامات التأخير تلعب كراسات الشروط العامة دورا كبيرا في إثبات هذا حق الإدارة في توقيعها وتكملة النقص الناجم عن عدم تنظيم غرامات التأخير بنصوص تشريعية أو لائحية. ويعطي قانون الصفقات العامة في فرنسا الحق للإدارة في الإحالة لكراسات الشروط العامة لتكملة البنود ذات الطبيعة الإدارية في العقد الإداري ومن ضمنها غرامات التأخير.

---

[١] د. نصير الدين بشير ، غرامات التأخير العقد الإدارى ، مرجع سابق ، ص ٧٣ .

[2] A. DE LAUBADERE, *Traité théorique et pratique des contrats administratifs*, tome premier, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1956, 345.

فالفقرة الثانية من المادة ١٥ من قانون الصفقات العامة الفرنسي الجديد[١]، تنص على أن " بنود الصفقة يمكن أن يتم تحديدها بالإشارة إلى الوثائق العامة والتي تتمثل في :

١.كراسات الشروط العامة، والتي تحدد البنود ذات الطبيعة الإدارية المطبقة على طائفة من الصفقات العامة (حيث تخضع العقود ذات النوع الواحد المبرمة وفقا لهذا القانون لكراسة شروط واحدة تنطبق على كل العقود المنتمية لهذا النوع. وهكذا تتنوع كراسات الشروط باختلاف أنواع العقود).

٢.كراسات الشروط التقنية العامة، والتي تحدد البنود ذات الطبيعة التقنية المطبقة على كل الأداءات ذات الطبيعة الواحدة .

---

[١] ابتداء من أول فبراير ٢٠١٦، دخل حيز النفاذ قانون جديد ينظم الصفقات العامة في فرنسا. فبمقتضى المرسوم بقانون رقم ٨٩٩ لسنة ٢٠١٥ الصادر في ٢٣ يوليو ٢٠١٥ والمتعلق بالصفقات العمومية تم إلغاء قانون الصفقات العامة الصادر سنة ٢٠٠٦. علاوة على ذلك، تمت إضافة مواد جديدة لقانون الصفقات العامة الصادر بالمرسوم بقانون ٨٩٩ لسنة ٢٠١٥ بمقتضى المرسومين رقمي ٣٦٠ و٣٦١ لسنة ٢٠١٦.

L'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics est publiée au JORF n°0169 du 24 juillet 2015 page 12602, texte n° 38. Le décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics et le décret n° 2016-361 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics de défense ou de sécurité. Sont publiés JORF n°0074 du 27 mars 2016 texte n° 28.

وقد تم هذا الاستبدال مراعاة لتوجيهات الاتحاد الاوبي والتي فرضت علي فرنسا تطوير قانون الصفقات العامة ليتماشى مع توجيهات الاتحاد لاسيما المبادىء التي تطالب بقدر أكبر من الشفافية وحرية الدخول للصفقات العامة والمساوة بين المتقدمين لهذه الصفقات.

لمزيد من التفصيل يراجع بالفرنسية :

A. LABETOULE A. BARDOUX S. LECADET, "Panorama des principales nouveautés de la réforme du droit des marchés publics ", Semaine juridique. Administrations et collectivités territoriales, 23 mai 2016, n° 20, p. 29–37

B. GRANGE, "La tentative de rationalisation de la commande publique par l'ordonnance et le décret sur les marchés publics", AJ Contrats d'affaires, Mai 2016, n° 5, p. 238–241

كراسات الشروط العامة وكراسات الشروط التقنية العامة تقر بواسطة قرار من الوزير المختص بالاقتصاد والوزراء المعنيين.

في حالة إشارة الجهة الإدارية لوثائق العقد العامة يتعين أن يتضمن العقد الإداري في حالة الاتفاق علي بعض البنود التي تخالف كراسات الشروط العامة المواد التي يخالفها العقد الإداري"[1].

وقد كانت المادة ١٣ من قانون الصفقات العامة السابق الصادر في أول أغسطس ٢٠٠٦[2]، تعطي ذات الحق لجهة الإدارة ؛ ومن الناحية العملية[3]، تلجأ جهة الإدارة في فرنسا لتضمين عقودها نصوصا تحيل لكراسات الشروط العامة لاستدراك كل نقص في بنود العقد الأساسية ووثائقه الخاصة. وهكذا يثبت للإدارة في فرنسا الحق في توقيع غرامة التأخير على المتعاقد معها في حالة غياب النص على الغرامة في صلب العقد الإداري أو وثائقه الخاصة اكتفاءً بالإحالة إلى كراسات الشروط العامة في العقود التي تبرمها جهة الإدارة[4].

---

[1] L'alinéa de l'article 15 du nouveau code des marchés publics dispose que " Les clauses du marché public peuvent être déterminées par référence à des documents généraux tels que".

1° Les cahiers des clauses administratives générales, qui fixent les stipulations de nature administrative applicables à une catégorie de marchés publics ;

2° Les cahiers des clauses techniques générales, qui fixent les stipulations de nature technique applicables à toutes les prestations d'une même nature.

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

Lorsque l'acheteur fait référence à des documents généraux, le marché public comporte, le cas échéant, l'indication des articles de ces documents auxquels il déroge".

[2] Voir, le décret n° 2006-975 du 1er août 2006 portant code des marchés publics publié au JORF, n° 179 du 4 août 2006, P.11627 texte n° 20.

[3] L. RICHER, *Droit de contrats administratifs*; 7e Ed., Paris, LGDJ, p.153

[4] CE, 22 mars 1977, *Banque à Saint-Phalle*, Rec., p. 211.

٧-حالة عدم النص في العقد أو وثائقه علي غرامات التأخير. يثور التساؤل عن حق جهة الإدارة في توقيع غرامات التأخير على المتعاقد معها في حالة خلو العقد ووثائقه الخاصة أو العامة من نص يعطي الإدارة الحق في توقيعها . ويثور هذا التساؤل بالذات في الحالة المصرية بالنظر لتنظيم غرامات التأخير من قبل المشرع المصري في قانون تنظيم المناقصات والمزايدات[١].

إن الإجابة على هذا التساؤل تستدعي منا التمييز بين فرضين. الأول : وفيه يتضمن العقد نصا يحيل إلى قانون المناقصات والمزايدات ولائحته التنفيذية باعتبارهما جزئين متممين ومكملين للعقد الإداري [٢]. والإجابة على التساؤل السابق في هذا الفرض لا يثير خلافا في مصر. فيثبت حق جهة الإدارة في توقيع غرامات التأخير متى تحقق موجبها، على اعتبار أن الإحالة لقانون المناقصات والمزايدات ولائحته يعد بمثابة اتفاق ضمني على ارتضاء أحكامه بشأن غرامات التأخير. فالمتعاقدين قد ارتضيا في هذا الفرض اعتبار اللائحة جزءا مكملا للعقد الإداري، وبالتالي فنصوص اللائحة تعد بمثابة جزء من العقد، وتكتسب ذات القوة القانونية لبنوده. ومن ثم يحق للإدارة استعمال سلطتها في فرض الغرامات على المتعاقد معها

.

---

[١] قانون تنظيم المناقصات والمزايدات الحالي القانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ الصادرة فى ١٩٩٨/٥/٨، والمعمول به ابتداء من ١٩٩٨/٦/٨، منشور في الجريدة الرسمية العدد ١٩ مكرر بتاريخ ٨ مايو ١٩٩٨. وقد صدرت اللائحة التنفيذية لهذا القانون بقرار وزير المالية رقم ١٣٦٧ لسنة ١٩٩٨ ونشرت بالوقائع المصرية العدد ٢٠١ (تابع) فى ١٩٩٨/٩/٦.
ومن الجدير بالذكر أن اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات السابق ٩ لسنة ١٩٨٣ كانت تتضمن نصوصا تنظم غرامات التأخير. وقد كانت المادة ٤٠ من قانون المناقصات المزايدات ٩ لسنة ١٩٨٣ توجب علي الإدارة الاحالة لأحكام اللائحة التنفيذية لهذا القانون باعتبارها جزء مكملا للعقد الإداري. انظر د. ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة، طبعة ٢٠١٢، ص ١٦٧.

[٢] وقد قضت المحكمة الإدارية العليا بأنه "من المستقر عليه أيضا أن مناط تطبيق أحكام المادة ٩٣ من لائحة المناقصات والمزيدات – لائحة قانون ٩ لسنة ٨٣ – هو إشتمال العقد على أحكام تلك اللائحة أو ما يفيد الإحالة إليها باعتبارها جزء مكملا له، وقد تدارك المشرع هذا الأمر فى القانون ٨ لسنة ٨٣ بإصدار قانون المناقصات والمزايدات ، حيث نصت م ٤ منه على أنه يجب النص من شروط العطاء على أن تعتبر أحكام اللائحة التنفيذية لهذا القانون جزء مكملا لهذه الشروط يخضع لها العقد ". حكم رقم ٣٦٨٣ لسنة ٣٦ ق .ع، بتاريخ ١٩٩٤/١١/٢٩، مجموعة المبادئ القانونية التى قررتها المحكمة الإدارية العليا، والجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع فى أربعين عاما، فى شأن العقود الإدارية ، مرجع سابق ، ص٤٩١.

أما عن الفرض الثاني : وفيه لا يتضمن العقد نصوصا تشير لاعتبار قانون المناقصات والمزايدات جزءا متمما للعقد الإداري، فإن الإجابة على التساؤل الخاص بحق جهة الإدارة في توقيعها يمكن أن يحتمل الخلاف.

ومن الملاحظ أن قضاء مجلس الدولة والفتاوى الصادرة عنه قد مرت بتطور في هذا الشأن.

ففي البداية كان مجلس الدولة يشترط إما وجود نص صريح في العقد الإداري يعطى الإدارة الحق في فرض غرامات على المتعاقد المخل بالتزاماته أو أن يوجد نص يحيل إلى اللائحة باعتبارها جزء متمما للعقد الإداري.

فقد أفتت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في الفتوى رقم ٥٢٢ بتاريخ ١٩٦٦/٥/٢٣ بأنه " ومن حيث أن الأصل في العقد أيا كانت طبيعته سواء كان عقدا إداريا أو من عقود القانون الخاص أن يحوى كل أثاره، وأن يتضمن جميع ما اتجهت إليه إرادة الطرفين، وخاصة الأحكام الماثلة أمام جهة الإدارة في لوائح يقيدها وتبرم عقودها على أساسها، وكون الإدارة طرفا في العقد لا يغير من اعتباره عملا ذاتيا فرديا تتولد عنه مراكز شخصية لا يمكن أن تحدد تقدما بالنسبة لكل شخص فهو ليس عملا شرطيا يتضمن إسناد مراكز قانونية عامة موضوعية لأفراد معينين ولما كانت غرامة التأخير تعويضا اتفاقيًا، فإن خلو العقد الذي أبرمته القوات المسلحة مع المؤسسة المصرية العامة لوادي النطرون من النص عليها لا يجيز للقوات المسلحة توقيعها" [1].

كذلك فقد حكمت محكمة القضاء الإداري في حكمها بتاريخ ١٩٦١/٦/٢٥، بأن شرط تطبيق غرامات التأخير أن" ينص العقد

---

[1] فتوي رقم ٥٢٢ بتاريخ ١٩٦٦/٥/٢٣، مجموعة المبادئ القانونية التى قررتها الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع منذ نشأتها حتى عام ٢٠٠٥، المكتب الفني، ٢٠٠٦، ص ٧٠٤ .
كذلك فإن الجمعية العمومية أفتت بأنه " لا تعتبر لائحة المناقصات والمزايدات مكملة للعقد بحيث يمكن تطبيق الجزاءات المبينة ما لم ، يتضمن العقد أحكامها أو الإحالة إليها باعتبارها جزءا مكملا له الأمر غير المتوافر فى هذا العقد لذلك انتهى رأى الجمعية العمومية للقسم الاستشارى للفتوى والتشريع إلى أنه لا يجوز توقيع غرامة التأخير على المقاول ". فتوى رقم ٤١٧ بتاريخ ١٩٦٧/٤/١٥ ، نفس المرجع ، ص ٧٠٨ ، الفتوى مذكورة ايضا في مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الادارية العليا والجمعية العمومية لقسمي الفتوي والتشريع في العقود الادارية في اربعين عاما ، مرجع سابق ، ص١٥٥ .

صراحة على مقدار الجزاء والتعويض المقدر مقدما والذي يلزم به المتعاقد الذي أخل بالتزامات"[1] . كذلك فقد تبنت المحكمة الإدارية العليا عقب إنشائها هذا الاتجاه في حكم لها بتاريخ ١٩٦٠/٩/٢١[2] .

وقد عدلت المحكمة الإدارية العليا عن قضائها السابق لتتبنى اتجاها مغايرا في ٦ يناير ١٩٦٨ حيت قضت بأن " القوانين واللوائح التي يتم التعاقد من ظلها إنما تخاطب الكافة، وعلمهم بمحتواها مفروض فإن أقبلوا حال قيامها على التعاقد مع الإدارة فالمفروض أنهم قد ارتضوا كل ما ورد بها من أحكام ، وحينئذ تندرج في شروط عقدهم، وتعتبر جزءا لا يتجزأ منها حيث لا فكاك من الالتزام بها ما لم ينص العقد صراحة على استبعاد أحكامها كلها أو بعضها عدا ما يتعلق منها بالنظام العام وعلى ذلك فإنه يجب تطبيق نصوص لائحة المناقصات والمزايدات ما لم ينص العقد على استبعادها"[3]. ثم توالت أحكام الإدارية العليا في ذات الاتجاه [4].

ومع أن عدم إشتراط النص على غرامة التأخير في العقد أصبح اتجاها مستقرا في قضاء المحكمة الإدارية العليا فإنها أصدرت سنة ١٩٩٤ حكما قررت فيه أنه " ومن المستقر عليه أيضا أن مناط تطبيق أحكام المادة ٩٣ من لائحة المناقصات المذكورة، هو اشتمال العقد على أحكام تلك اللائحة أو ما يفيد الإحالة إليها باعتبارها جزءً مكملا له، وقد تدارك المشرع هذا الأمر في القانون رقم ٩ لسنة ٨٣ بإصدار قانون تنظيم المناقصات والمزايدات حيث نصت م (٤٠) منه على أنه " يجب النص في شروط العطاء على أن تعتبر أحكام اللائحة التنفيذية لهذا القانون

---

[1] حكم محكمة القضاء الإدارى رقم ١٩٨ الصادر في ١٩٦١/٦/٢٥، مذكور لدى الدكتور عثمان عياد ، مظاهر السلطة العامة من العقود الإدارية، مرجع سابق ، ص٣٤٧. ويشير سيادته كذلك إلى حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر فى ١٩٦٠/٩/٢١ رقم ١٣٦ لسنة ٥ ق . ع.

[2] حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ١٣٦ لسنة ٥ ق . ع، الصادر فى ١٩٦٠/٩/٢١، مذكور لدي دكتور عثمان عياد، المرجع السابق، ص ٣٤٧.

[3] حكم رقم ٨٥٨ لسنة ١٠ ق.ع، صادر في ١٩٦٨/١/٦، مجموعة العقود في خمسة عشر عاما، المكتب الفني لمجلس الدولة، ص١١٠.

[4] حكم رقم ١٥١١ و١٦٢٥ لسنة ٣١ ق.ع جلسة ١٩٨٩/٤/٤، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الادارية العليا، للسنة الرابعة والثلاثين قضائية عليا، الجزء الثاني، صادرة عن المكتب الفني لمجلس الدولة ، ص ٨٣١ وما بعدها.

جزءا مكملا لهذه الشروط يخضع لها العقد "[1]. ولكن الحقيقة أن هذا الحكم الأخير لم يكن عدولا عن الاتجاه الذي سبق أن قررته المحكمة بل جاء في نهاية الحكم كتقرير قانوني لم يكن تستدعيه الوقائع المعروضة على المحكمة.

علاوة على ما تقدم من عدم اشتراط نص في العقد لثبوت حق الإدارة في غرامات التأخير فإن الأحكام الحديثة الصادرة عن المحكمة الإدارية العليا في مصر تصرح، بأن غرامات التأخير تعد – مثلها مثل التنفيذ على حساب المتعاقد- من السلطات والامتيازات الاستثنائية التي تستمد الإدارة الحق في توقيعها من القانون مباشرة ودون حاجة لنص في العقد. فقد قضت المحكمة الإدارية العليا في حكمها بتاريخ ٢٠١٤/٢/٢٥ بأن " العقود عامة إدارية ومدنية تخضع لأصل عام من أصول القانون يقضى بأن يكون تنفيذها بطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية وإنه يتعين أن يتم تنفيذ الالتزام محل العقد في الموعد المتفق عليه(...) ونظراً لاتصال العقد الإداري بمرفق عام بما يستتبع وجوب الحرص على انتظام سيره واستدامة تعهد الإدارة له وإشرافها عليه بما يحقق المصلحة العامة فقد خول المشرع في المادة (٢٦) من القانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ المشار إليه، والمادة (٩٢) من اللائحة التنفيذية لهذا القانون جهة الإدارة المتعاقدة امتيازات وسلطات تستمدها من القانون مباشرة ودون الحاجة للنص عليه في العقد وذلك لموجهة إخلال المتعاقد معها بتنفيذ التزامه العقدي في الميعاد المحدد بالعقد منها التنفيذ على حسابه أو منحه مهلة إضافية لإتمام التنفيذ على أن توقع عليه جهة الإدارية غرامة عن مدة التأخير بالنسب وطبقاً للأسس وفي الحدود المنصوص عليها في المادة (٩٢) من اللاحئة التنفيذية المشار إليها بحيث لا يجاوز مجموع الغرامة ٤% بالنسبة لعقود التوريد وتوقع الغرامة بمجرد حصول التأخير دون حاجة إلى تنبيه أو إنذار أو اتخاذ أي إجراءات إدارية أو قضائية أخرى وللجهة الإدارية في هذه الحالة أن تستنزل قيمة هذه الغرامة من المبالغ التي عساها تكون مستحقة للمتعاقد المقصر بموجب العقد

---

[1] حكم ٣٦٨٣ لسنة ٣٦ ق.ع، صادر فى ١٩٩٤/١١/٢٩ ، مجموعة المبادئ القانونية التى قررتها المحكمة الإدارية العليا ، والجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع فى أربعين عاما، فى شأن العقود الإدارية ،مرجع سابق، ص٤٩١و ٤٩٢ .

الإداري المبرم في هذا الشأن، ودون الإخلال بحق الجهة الإدارية في مطالبة المتعاقد بتعويض كامل عما أصابها من أضرار نتجت عن تأخيره في الوفاء بالتزاماته"[1] .

وقد تبعت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع قضاء المحكمة الإدارية العليا وعدلت عن اشتراط وجود نص صريح في العقد الإداري يحيل للقانون ولائحته. فقد أفتت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بأن " قانون المناقصات والمزايدات مكملا للعقد الإداري فيما لم يرد به من نصوص خاصة ويتعين الرجوع إلى لائحة المناقصات والمزايدات السارية وقت توقيع العقد باعتبارها مكملة للعقد الذي وقع إبان سريانها حتى يمكن القول بأنها مكملة لهذا العقد "[2] .

أما بالنسبة للفقه في مصر، فمن الفقهاء [3] من يشترط وجود اتفاق صريح بشأن الغرامة في العقد الإداري حتى يمكن للإدارة توقيعها على المتعاقد معها. فيرى الدكتور عثمان عياد : أنه " إذا لم يتضمن العقد نصا على حق الإدارة في فرض الغرامات التأخيرية فإن الإدارة لا تستطيع توقيع الغرامات التأخيرية مع المتعاقد، ولكنها تستطيع اللجوء إلى قاض العقد ليحكم لها بالتعويض عن الأضرار التي أصابتها من جراء تقصير المتعاقد في أداء التزاماته وفقا للقواعد العامة المطبقة في العقود المدنية بشرط إثبات الخطأ والضرر ومقدار هذا الضرر" [4] .

---

[1] الحكم في الطعن رقم ٢٠٣٢٧ لسنة ٥٥ ق. ع، بجلسة ٢٠١٤/٢/٢٥، لم ينشر بعد.

[2] فتوى رقم ١٢٤ صادرة فى ١٩٨٧/٢/٤ ، مجموعة المبادئ القانونية التى قررتها الجمعية العمومية من نشأتها حتى عام ٢٠٠٥، ص ٧٠٩ : الفتوى رقم ١٣٠ صادرة في ١٩٧٢/٢/١٢، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الادارية العليا والجمعية العمومية لقسمي الفتوي والتشريع في العقود الادارية في اربعين عاما ، مرجع سابق ، ص١٥٤ .

[3] د. سليمان الطماوى ، الأسس العامة للعقود الإدارية الطبعة الثانية ، مرجع سابق، ص ٥٠٨ : د. ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص ١٥٢ : د. جابر جاد نصار ، الوجيز فى العقود الإدارية، القاهرة، دار النهضة العربية، طبعة ٢٠٠٠، ص ٢٢٠.

[4] د. أحمد عثمان عياد ، مظاهر السلطة العامة فى العقود الإدارية ، مرجع سابق، ص ٣٤٦.

في حين يرى جانب آخر من الفقه [1]، تأييد الاتجاه الثاني الذي تحولت إليه المحكمة الإدارية العليا ومن بعدها الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع. وهم يرون أنه طالما لم يستبعد الأطراف غرامة التأخير صراحة فهى تندمج في عقودهم، وتأخذ حكم الشروط العقدية.

والحقيقة أن الاتجاه الثاني هو الأولى بالتأييد؛ لأنه متى سلمنا بأن النصوص القانونية اللائحية الواردة في قانون المناقصات والمزايدات هى نصوص تكميلية، فإنه يتعين القول بسريانها في الحالة التي تخلو نصوص العقد من تنظيم لها. فمن المعلوم أن القاعدة القانونية تتسم بالعمومية والتجريد، فهي تخاطب كل من يوجد في المركز القانوني الذي تنظمه، والعلم بمحتواها مفروض في الكافة. فإذا خلا العقد من تنظيم بشأن مسألة من المسائل فإن ذلك يعنى اتجاه الإرادة الضمنية للمتعاقدين إلى اعتماد الحل الذي أورده القانون في القاعدة التكميلية . فالقاعدة القانونية التكميلية قاعدة ملزمة [2]، ولكنها لا تطبق إلا في حالة خلو الاتفاق من تنظيم خاص للمسألة التي تنظمها هذه القاعدة. وقد احتوى قانون المناقصات والمزايدات على تنظيم قانوني لمسألة الغرامة تتواتر أحكام القضاء الإداري وتتفق أراء الفقهاء في مصر على اعتبار هذا التنظيم تكميلي، وبالتالي فللمتعاقدين الاتفاق على تنظيم أخر يخالفه. فإن لم يتفق المتعاقدون على ما يخالفه فإن مقتضى ذلك هو اتجاه الإرادة الضمنية لهم إلى اعتماد التنظيم الذي قرره القانون .

---

[1] د. عبد المجيد فياض ، نظرية الجزاءات فى العقد الإدارى، مرجع سابق، ص ١٦٩و ١٧٠: د. نصر الدين بشير، مرجع سابق، ص ٦٢ : د. فؤاد عبد الباسط ، العقود الإدارية ، ص ٣٦٠ ، طبعة ٢٠٠٦ ، دار الجامعة الجديدة ، ص ٢٩٣.

[2] د. محمد حسين منصور ، نظرية القانون، الإسكندرية، بدون دار نشر، طبعة ٢٠٠٢، ص ١٨٨. ويقرر سيادته "أن تطبيق القاعدة المكملة معلق مع شرط هو عدم اتفاق الأفراد على عكس ما جاء بها من أحكام فإذا وجد هذا الاتفاق فقدت القاعدة أحد شروطها تطبيقها ، ويرجع استبعاد تطبيقها لا بسبب عدم إلزامه، وإنما لأن شروط تطبيقها لم تتوافر" .

ولهذا فنحن نؤيد الاتجاه الثاني ونرى أنه من جهة هو الأكثر اتساقا مع العقود الإدارية كعقود تهدف إلى تلبية حاجات المرافق العامة والتي يؤثر التأخير في سيرها أشد التأثير. ومن جهة أخري، يتفق هذا الاتجاه مع طبيعة الغرامة كجزاء قصد به الحفاظ على مبدأ دوام سير المرافق العامة بانتظام واطراد .

ولكن يلاحظ أن مناط تطبيق القاعدة السابقة هو أن يكون العقد الإداري خاضع لقانون المناقصات والمزايدات ولائحته التي ورد تنظيم موضوع غرامات التأخير ضمن نصوصها. فإذا لم يكن العقد خاضع لتنظيم هذا القانون ولم يوجد اتفاق بين المتعاقدين ينظم غرامة التأخير فلا يجوز عندئذ تطبيقه [1]. وذلك لأن قانون المناقصات والمزايدات ونصوصه – ومن ضمنها النصوص التي تنظم موضوع الغرامة – إنما تنظم أنواع معينة من العقود التي يسرى عليها هذا القانون. ومن ثم فإذا وجدت عقود إدارية لا يسرى عليها هذا القانون فلا مجال عندئذ لإعمال الحكم السابق. فعمومية القاعدة محددة من حيث الزمان والمكان والموضوع [2]. فهى محددة من حيث الزمان بالفترة الزمنية التي تسرى عليها هذه القاعدة، ومن ثم فإن قانون المناقصات والمزايدات لا ينظم إلا العقود التي أبرمت في فترة سريانه من حيث الزمان. والقاعدة القانونية محددة من حيث المكان بالإقليم المصري. وهي أخيرا محددة من حيث الموضوع بالعقود التي يتناولها هذا القانون فقط دون غيرها.

٨-**غرامات التأخير في العقود غير المكتوبة.** يبقى أن نشير في هذا الصدد إلى أن الأصل في العقود الإدارية – شأنها في ذلك شأن كافة العقود –

---

[1] حكم محكمة القضاء الإدارية رقم ١٠٦٢ لسنة ٧ ق ، ١٩٥٦/١/١١ ، مشار إليه لدى أستاذنا الدكتور محمد فؤاد عبد الباسط ، مرجع سابق، ص ١٩٣

[2] د. محمد حسين منصور ، مرجع سابق ص ٨٥ ، وما بعدها.
أنظر في تطبيق للمحكمة الادارية العليا للمبادىء التي تحكم تطبيق القانون من حيث الزمان، حكم رقم ١١٧٢ لسنة ٣٧ ق.ع، صادر في ٢٠٠٠/٢/١٥، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الادارية العليا، السنة ٤٥ ق.ع ،المكتب الفني ، ص٤٨١ وما بعدها .

الرضائية. فالعقد يقوم بتحقق الإيجاب والقبول بين طرفيه [١] ، ولا يشترط لانعقاد العقد إفراغ هذا الإيجاب والقبول في محرر مكتوب ما لم ينص القانون على خلاف ذلك. من الجدير بالذكر أن المادة ١٥ فقرة أولى من قانون الصفقات العامة الجديد في فرنسا لا توجب على الإدارة إبرام عقودها كتابة إلا إذا تجاوزت قيمة العقد ٢٥ ألف يورو[٢]، أما في مصر فإن المادة ٣٢ من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات لا توجب تحرير عقد إذا كانت قيمة العقد تقل عن ٥٠ ألف جنيه[٣].

وفي الواقع العملي، فإن العقد غير المكتوب يبدو غير مألوف في المجال الإداري بسبب جنوح الإدارة عادة إلى إثبات روابطها التعاقدية كتابة. ومع ذلك فإن العقد الإداري غير المكتوب لا يزال يؤدى دورا مكملا في بعض أنواع العقود الإدارية [٤] ، وكذلك الحال بالنسبة لتجديد العقد الأصلي . ويثور التساؤل هنا حول مدى إمكان إعمال نظام الغرامة في العقود غير المكتوبة.

---

[١] وقد أفتت الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع بأنه " ولا ينال مما تقدم ما ورد بكتاب محافظة دمياط فى الرد على النزاع من عدم وجود عقد مكتوب بين الطرفين، فذلك لا ينال من قيام العقد ووجوده بتحقيق الإيجاب والقبول ". فتوى رقم ١٢٠ بتاريخ ١٩٩٨/٢/٩ ، مجموعة المبادئ القانونية التى قررتها الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع منذ إنشاءها حتى ٢٠٠٥، مرجع سابق ، ص٧٥٦.

[2] L'alinéa 2 de l'article 15 du nouveau code des marchés publics dispose que " Les marchés publics répondant à un besoin dont la valeur estimée est égale ou supérieure à 25 000 euros HT sont conclus par écrit".

[٣] أنظر نص المادة ٣٢ من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات الصادرة بقرار وزير المالية رقم قرار رقم ١٣٦٧ لسنة ١٩٩٨، والمنشورة الوقائع المصرية - العدد ٢٠١ (تابع) فى ٦ سبتمبر سنة ١٩٩٨

[٤] د. ماجد راغب الحلو ، العقود الإدارية ، مرجع سابق، ص ٥٢.

ويرى البعض [1] أنه ينبغي التمييز بين أن يكون العقد الإداري غير المكتوب مكملا لاتفاق سابق أو تجديد له، وبين الحالة التي يكون العقد فيها مستقلا عن عقد إداري آخر. ففي الحالة الأولى ، فإن جهة الإدارة بالخيار بين أن تطبق الاتفاق على الغرامة بتحديدها في العقد الأصلي أو بأن تطبق نصوص اللائحة وتحديدها وفقا لاختيارها وبما يتماشى مع الصالح العام[2].

والحقيقة أننا نرى أن الأمر هنا يتعلق بتجديد العقد وأحكامه، والأقرب إلى المنطق التعاقدي هو سريان الاتفاق على الغرامة في العقد الأصلي وليس نصوص القانون واللائحة، وذلك لأن التجديد هو عقد مطابق للعقد الأصلي في كل عناصره ما عدا عنصر المدة. وبالتالي فالأقرب إلى المنطق التعاقدي هو تطبيق الاتفاق الأصلي بشان الغرامة ؛ فتجديد العقد الأصلي بعقد إداري أخر غير مكتوب يقوم بمجرد الإيجاب والقبول بين طرفيه، وهو ما يعني انصراف نية أطرافه إلى اعتماد العقد السابق في كل بنوده وعناصره ما عدا عنصر المدة . أما بالنسبة للعقد الإداري الذي يبرم بين الإدارة والمتعاقد معها لتكملة اتفاق سابق، فإن هذا العقد في الحقيقة مرتبط بالعقد الأول ولا ينفك عنه. وبالتالي فمن الأوفق سريان الاتفاق بشان الغرامة المنصوص عليه في العقد الأصلي، وذلك كله ما لم يظهر من ظروف وملابسات التعاقد أن إرادة المتعاقدين اتجهت إلى ما يخالف هذا الاتفاق ، فالأمر هنا إنما يتعلق بتفسير العقد .

أما بالنسبة للحالة الثانية وهى الحالة التي يكون العقد مستقلا فلا هو مكملا ولا هو تجديدا لعقد سابق، فإن الاتجاه سالف الذكر يرى تطبيق نصوص اللائحة. وذلك على أساس أن عدم اتفاق المتعاقدين على نظام معين يخالف ما هو وارد بشان لائحة المناقصات والمزايدات، إنما يعنى انصراف الإرادة الضمنية للمتعاقدين إلى اعتماد هذا التنظيم ؛ ومن ثم فإن الاتفاق على الغرامة يتوافر في هذا العقد الإداري

---

[1] د. نصر الدين بشير ، غرامات التأخير فى الإدارى وأثرها فى تسيير المرفق العام ، مرجع سابق، ص ٦٦ ، وما بعدها.

[2] د. نصر الدين بشير ، المرجع سابق ، ص ٦٨.

غير المكتوب، وهو اتفاق ضمني . ونحن نؤيده في ذلك مع التحفظ بشأن وجود اتفاق غير مكتوب بشأن الغرامة، فالحقيقة أن العقد غير المكتوب هو اتفاق غير مكتوب فالكتابة إذا تتطلب للإثبات، فإذا كان المتعاقدين اتفقا على نظام معين للغرامة التي توقعها الإدارة عند تأخر المتعاقد معها في تنفيذ التزاماته عن الموعد المحدد، فإن هذا الاتفاق هو الذي يسري متى استطاع من له مصلحة- الإدارة أو المتعاقد معها – إثباته أمام القضاء الإداري، ولا تلجأ المحكمة عندئذ إلى التفسير السابق.

٩- **مدي جواز الاتفاق علي استبعاد الغرامة.** يثور التساؤل بصدد دراسة الاتفاق على غرامات التأخير كشرط لثبوت حق الإدارة في توقيعها حول مدى جواز النص في العقد الإداري على استبعاد الغرامة من الجزاءات التي يجوز للإدارة توقيعها .

فمن المتصور الاتفاق صراحةً على استبعاد غرامات التأخير أو ضمنيا وذلك كالشطب على النصوص المتعلقة بالغرامة من النموذج المطبوع للعقد.

تجيب المحكمة الإدارية العليا على هذا التساؤل بأن " الحكمة من الغرامات التي ينص عليها في العقود الإدارية هي ضمان تنفيذ هذه العقود في المواعيد المتفق عليها حرصا على حسن سير المرافق العام بانتظام واطراد، وقد نصت المادة ٩٣ من لائحة قانون المناقصات والمزايدات- لائحة القانون ٩ لسنة ٨٣- على حق الإدارة في توقيعها بمجرد حصول الإخلال ولو لم يترتب عليه ضرر (٠٠٠)، وبديهي ألا تتنازل الإدارة عن هذا الامتياز الذي يمكنها من سرعة توقيع الجزاء على المقاول المتخلف، وبالتالي تنفيذ العقد في الأوقات المتفق عليها بما يؤكد ضمانها لحسن سير المرفق العام بانتظام واطراد ". ومعني هذا أن القضاء الإداري في مصر لا يجيز للإدارة الاتفاق مع المتعاقد معها على استبعاد الغرامة من الجزاءات التي يجوز للإدارة توقيعها.

وتأكيدا لهذا الاتجاه أفتت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع " بعدم جواز الإعفاء المسبق من الغرامة ضمن شروط العقد التعاقد، وإنما يكون الإعفاء لدي قيام موجبه في إطار الأحكام التعاقدية واجبة الاتباع "[١]. ويستند مجلس الدولة

---

[١] فتوي رقم ١٠٦ صادرة في ١٩٩٢/١/ ٢٢ ، مجموعة المبادي القانونية التي قررتها الجمعية العمومية لقسمي الفتوي والتشريع منذ إنشائها حتي عام ٢٠٠٥، مرجع سابق ، ص ٢٢٣.

في مصر في ذلك إلي الدور الهام الذي تلعبه الغرامة في الحفاظ على مبدأ دوام سير المرافق العامة بانتظام واطراد.

أما فيما يتعلق بفرنسا، فيبدو أن مجلس الدولة الفرنسي إعلاًء للجانب الاتفاقي في العقود يسمح للإدارة بالتنازل مقدما عن حقها في توقيع غرامات تأخير[1].

والحقيقة أن مجلس الدولة المصري في عدم سماحه للإدارة بالاتفاق على استبعاد غرامات التأخير من الجزاءات التي يمكن توقيعها على المتعاقد في حالة إخلاله، يبدو مدفوعا بذات الاعتبارات التي حدت بمجلس الدولة الفرنسي إلى حظر الاتفاق علي تنازل الإدارة عن امتيازاتها في العقد الإداري، ولا سيما سلطتها في توقيع الجزاءات التي تضمن تنفيذ بنود العقد الإداري. فقد قرر مجلس الدولة الفرنسي في حكمه بتاريخ ٦ مايو ١٩٨٥ أنه لا يجوز للإدارة أن تتفق مع المتعاقد معها علي التنازل مسبقا عن سلطتها في توقيع الجزاءات علي المتعاقد معها، وبالتالي يبطل كل بند في العقد تتنازل بمقتضاه الإدارة عن سلطتها في فسخ العقد[2].

---

[1] CE, 17 mars 2010, *Commune d'Issy-les-Moulineaux*, *CMP*, 2010, n° 173, not. O. VIDAL.

[2] CE, 6 mai 1985, *Association eurolat*, n° 41589 41699, Rec. P.209. Le Conseil a considéré"" qu'il ressort des clauses des conventions ainsi intervenues, d'une part que l'Association Eurolat se voyait conférer un droit réel sur un terrain appartenant à une collectivité publique, affecté à un service public, et destiné par les parties à être aménagé à cet effet, et d'autre part que ladite Association était autorisée à céder librement son " droit au bail " à toute personne de son choix, que le syndicat s'engageait par avance à agréer et qui lui succèderait de ce fait dans la gestion du service, sans autre formalité qu'une con- sultation préalable du syndicat ; qu'enfin, l'une de ces clauses interdisait la résiliation du bail avant le remboursement complet du prêt accordé par le Crédit foncier de France, sauf accord de cet établissement bancaire, auquel devait être consentie par l'Association une hypothèque sur les immeubles qu'elle devait construire, et alors même que ledit établissement aurait refusé de se substituer pour la gestion du service à l'exploitant défaillant ; que ces clauses, incompatibles avec les principes de la domanialité publique comme avec les nécessités du fonctionnement d'un service public, doivent être regardées comme nulles ; qu'elles ont eu un caractère déterminant dans la conclusion des

وفي حكم أخر صادر بذات التاريخ قرر مجلس الدولة الفرنسي أن سلطة في توقيع الجزاءات التي تضمن تنفيذ بنود العقد تستمدها جهة الإدارة من نصوص القانون العام، فهي ترتبط بكل عقد إداري[1].

أما عن سبب الخلاف بين مجلس الدولة الفرنسي ونظيره المصري بصدد غرامات التأخير، فيبدو أن مجلس الدولة الفرنسي ينظر لغرامات التأخير باعتبارها تعويضات جزافية تجد مصدرها في الاتفاق أكثر من اعتبارها جزاءً يدخل ضمن الجزاءات التي تستمد جهة الإدارة حقها في توقيعها من مبادئ القانون العام. وبذلك ينظر مجلس الدولة الفرنسي بعين الاعتبار للجانب التعويضي لغرامة التأخير، باعتبارها تعويضات جزافية تجد مصدرها في الاتفاق الموقع بين جهة الإدارة والمتعاقد معها. فالاتفاق علي استبعاد توقيع غرامات تأخير لا يخل بحقها في طلب التعويضات عن الأضرار التي تصيبها من جراء تأخر المتعاقد مع الإدارة في تنفيذ التزاماته العقدية في موعدها. ووفقا لحكم مجلس الدولة الفرنسي دي بلونك[2] ١٩٠٧، فإن غياب النص في العقد علي حق جهة الإدارة في المطالبة بالتعويضات لا يمنعها من طلب التعويضات عن الأضرار التي تصيبها من قاضي العقد. أما في مصر، فينظر مجلس الدولة بعين الاعتبار لطبيعة الغرامة كعقوبة عقدية إدارية تؤدي دورا هاما في تحقيق مبدأ دوام سير المرافق العامة بانتظام واطراد. وهكذا، يميل قضاء مجلس الدولة المصري للنظر إلي غرامات التأخير علي أنها أحد الجزاءات التي تستمد الإدارة سلطتها في توقيعها من النظام القانوني الحاكم للعقود الإدارية، وفقا لما تصرح به الإحكام الحديثة الصادرة عن مجلس الدولة المصري[3].

ومع ذلك فإن اتفاق جهة الإدارة مع المتعاقد معها على استبعاد غرامات التأخير يظل فرض نادر الحدوث في الواقع العملي في فرنسا. فالملاحظ أن الإدارة تميل عادة للتعاقد وفقا لنصوص مطبوعة تؤكد حقها في توقيع غرامات التأخير عند

---

conventions et sont indivisibles des autres dispositions de ces conventions ; qu'elles ont donc pour effet d'entacher de nullité l'ensemble desdites conventions ;".

[1] CE 6 mai 1985, *OPHLM d'Avignon c/ M. Guichgard*, RDP 1985, p. 1706. Le Conseil a consideré que les pouvoirs coercitifs "sont inhérents à tout contrat passé pour l'exécution d'un service public".

[2] CE,31 mai 1907, *Desplanques,* Rec. Lebon, p. 513.

[3] االحكم في الطعن رقم ٢٠٣٢٧ لسنة ٥٥ ق. ع، بجلسة ٢٠١٤/٢/٢٥، سبق الإشارة اليه في الفقرة رقم ٧ من هذا البحث.

تحقق موجبها. فالحرية التعاقدية للمتعاقد مع الإدارة تتركز في الغالب من الأحوال على مبدأ قبول التعاقد وفقا للنماذج من عدمه. أما حرية المفاوضات فتبدو منقوصة في الواقع العلمي[1].

و **نلخص من كل ما سبق** إلى أن حق الإدارة في توقيع غرامات التأخير على المتعاقد المخل في تنفيذ التزاماته يثبت للإدارة تقريبا في كل الفروض العملية. فالاتفاق على منح الإدارة الحق في توقيع غرامات التأخير أصبح من مفترضات العقود الإدارية. فمن ناحية تنظم الغرامة نصوص لها صفة تشريعية أو لائحة تعترف للإدارة بهذا الحق . كما هو الحال في تنظيم المشرع المصري لها في قانون المناقضات والمزايدات الحالي ولائحته التنفيذية. وتنطبق هذه النصوص على العقود التي تبرمها الإدارة متى لم يتفقا المتعاقدين على الاعفاء صراحةً من الغرامة، وهو فرض نادر عملا في فرنسا ومحظور قانونا في مصر. فمجلس الدولة في مصر يحظر على الإدارة التنازل المسبق عن حقها في توقيع الغرامات. وهكذا ننتهي إلى أن حق الإدارة في توقيع الغرامة على المتعاقد المقصر ثابت للإدارة في مصر في كل العقود التي تبرمها، سواء نص العقد على ذلك صراحة أو لم ينص. ولا يستثني من القاعدة السابقة إلا بالنسبة للعقود التي لا تخضع لقانون المناقصات والمزايدات. أما في فرنسا، فعلى الرغم من أن غرامة التأخير لا ينظمها أي نص قانوني أو لائحي، فإن إقرار كراسات الشروط العامة لمختلف أنواع الصفقات في فرنسا لحق الإدارة في توقيع غرامة التأخير يؤدي عملا لنفس النتيجة التي سبق توضيحها في مصر. حق الإدارة في توقيع الغرامة على المتعاقد المقصر ثابت للإدارة في كل العقود التي تبرمها، سواء نص العقد على ذلك صراحة أو لم ينص. فالإدارة في فرنسا تفضل إعمال الرخصة التي خولها لها المشرع في قانون الصفقات العامة بالإحالة لكراسات الشروط العامة للصفقة محل التعاقد. أما إمكان الاتفاق في فرنسا على على تنازل الإدارة عن الحق في الغرامة، فهو يظل فرض قليل الأهمية لحد بعيد. فالإدارة وهي الطرف الأقوى في العقد الإداري، تتعاقد عملا وفقا لنماذج مطبوعة تكرس حقها في توقيع الغرامة على المتعاقد المخل[2]، وليس للمتعاقد مع

[1] L. RICHER, *Droit de contrats administratifs*; 7e Ed., Paris, LGDJ, p. 41.
[2] Ibidem., p.263.

الإدارة حرية حقيقية في التفاوض في البنود التي تكرس سلطات الإدارة (البنود الإدارية للعقد)[1]. فهو إما أن يقبل التعاقد بحالته أو يرفضه.

ثانيًا : الاتفاق على كيفية تطبيق الغرامة

١٠- دور الاتفاق في توضيح كيفية تطبيق غرامات التأخير. إذا كان حق الإدارة في توقيع غرامات تأخير على المتعاقد المقصر أصبح -كما سبق أن بينا- من مفترضات العقد الإداري، فان الإدارة يتعين أن تستند في توقيعها لهذه الغرامة لمرجعية واضحة تبين كيفية تطبيق تلك الغرامات. هذه المرجعية يجب أن يقبلها الطرف الآخر في العقد صراحة أو ضمنا. فإذا تخلفت هذه المرجعية فإن الإدارة لا تستطيع توقيع الغرامة لأن سلطتها ستكون مطلقة بلا عاصم.

ومن هنا كان حرص المشرع المصري على تنظيم حق الإدارة في توقيع غرامات التأخير. وقد احتوى قانون المناقصات والمزايدات المصري ولائحته التنفيذية على تنظيم قانوني لكيفية توقيع غرامات التأخير. والتنظيم القانوني لكيفية تطبيق غرامات التأخير هو تنظيم تكميلي. فيجوز دائما للمتعاقدين الاتفاق على خلافه، وتؤكد المحكمة الإدارية العليا في مصر الصفة التكميلية للتنظيم القانوني لغرامات التأخير بتقريرها في قضاء مستقر أن " قضاء هذه المحكمة جرى على أنه إذا تضمن العقد تحديدا لمقدار غرامة التأخير التي يتحملها المتعاقد مع الإدارة في حالة إخلاله بالتزاماته قبلها، فإن مقدار الغرامة حسبما نص عليها العقد، يكون هو الواجب التطبيق دون النص اللائحي، لأنه هو الذي توافقت عليه إرادة المتعاقدين المشتركة "[2].

---

[1] C. MAUGUE, "Les variations des contrats administratifs", *AJDA*, 1998, p.694: J. MOREAU, "Les matières contractuelles", *AJDA*, 1998, p. 747.

[2] الحكم في الطعن رقم ٣١٤٠ لسنة ٥١ ق علنا بتاريخ ٢٠٠٨/٣/١١. أنظر كذلك بصدد تأكيد نفس المبدأ حكم رقم٩٤ لسنة ٩ ق.ع، صادر في ١٩٦٥/١٢/١١، مجموعة المبادئ القانونية التى

ويسرى الحكم السابق حتى ولو لم يرد التحديد في صلب العقد الإداري وإنما ورد في كراسة الشروط الخاصة أو حتى العامة، متى احتوى العقد على بند يفيد اعتبارها مكملة للعقد المبرم بين الطرفين. ففي هذا الفرض تلحق كراسة الشروط والمواصفات بالعقد وتصبح جزءً من أحكامه.

وقد أفتت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بتاريخ ١٩٩٩/١٢/١٣ بأن " المشرع حدد نسبة غرامة التأخير التي يجوز توقيعها على المتعاقد عند الإخلال بحدين أدنى وأقصى، بيد أن ذلك التحديد ليس من النظام العام، فإذا تضمن العقد المبرم مع الإدارة نسبا أخرى لهذه الغرامة، فلا مناص من الالتزام بأحكامها إعلاء لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين الذي يقضى أن تقوم قواعد العقد مقام القانون بالنسبة لطرفيه، والثابت من الأوراق أن العقد المبرم بين الأزهر والجمعية الموردة ؛ نص في البند الأول على اعتبار كراسة الشروط والمواصفات ومحضر لجنة البت جزءا لا يتجزأ من العقد، وقد تضمنت كراسة الشروط والمواصفات أحكامًا تفصيلية تتعلق بغرامات التأخير وردت على نحو مغاير لما تضمنته أحكام قانون تنظيم المناقصات والمزايدات المشار إليه ولائحته التنفيذية، وعلى أساس هذه الأحكام المغايرة طرحت المناقصة وتم التعاقد وكانت هذه الأحكام تحت نظر الجمعية المتعاقدة وقبلتها دون تحفظ عند التعاقد ومن ثم يكون الطرفان قد ارتضيا تلك الأحكام التي اندمجت في شروط العقد وأصبحت ملزمة لطرفيه ولا فكاك منها "[1].

ويلاحظ أن الحكم السابق لا يتغير حتى ولو انطوى العقد على نص يحيل إلى قانون المناقصات والمزايدات ولائحته التنفيذية باعتبارهما مكملين للعقد الإداري. فمثل هذا النص يعد نصا عاما، أما اتفاق المتعاقدين بشأن تحديد الغرامة فهو خاص. ومن المبادئ المسلم بها في التفسير أنه عند التعارض يقدم الخاص على العام . و بالتالي فإن التحديد الوارد في الاتفاق هو الذي يسرى دون نصوص اللائحة وهذا مبدأ مستقر عليه أيضا من قبل الإدارية العليا [2].

قررتها المحكمة الإدارية العليا، والجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع فى أربعين عاما، فى شأن العقود الإدارية، مرجع سابق، ص٤٩٩.

[1] فتوي رقم ٨٠٠ بتاريخ ١٩٩٩/١٢/١٣، مجموعة المبادئ القانونية التى قررتها الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع منذ إنشاءها حتى ٢٠٠٥، مرجع سابق ، ص٧٥٧و٧٥٨.

[2] تقرر المحكمة الإدارية العاليا أنه "ولئن كانت م٤٢ من العقد تنص على أحكام اللائحة المشار إليها مكملة ومتممة لاحكام العقد، إلا أنه وقد ضمنت الوزارة شرطا خاصا ينظم غرامة التأخير من

وكما سبق أن بينا [1]، تلعب كراسات الشروط العامة في فرنسا أهمية كبيرة فيما يتعلق بغرامات التأخير. فهذه الأخيرة لا يعالجها أي نص قانوني أو لائحي. وتشتمل كراسات الشروط العامة والتي تختلف باختلاف نوع الصفقة محل التعاقد على تنظيم دقيق لبيان كيفية توقيع الغرامة. ويختلف هذا التنظيم باختلاف الصفقة محل التعاقد : نوع العقد[2]. وتعمد جهة الإدارة إلى الإحالة لكراسة الشروط العامة للصفقة موضوع التعاقد لإثبات حقها في توقيع غرامات التأخير و في تحديد كيفية توقيعها. ووفقا لقضاء مجلس الدولة الفرنسي[3]، فان كراسات الشروط العامة لا تسري إلا فيما لا يخالف نصوص العقد الذي أبرمته جهة الإدارة. ومن ثم فإذا اتفقت جهة الإدارة مع المتعاقد معها في صلب العقد أو في كراسة الشروط الخاصة على كيفية معينة لتطبيق لغرامات التأخير، فإن هذا الاتفاق هو الواجب النفاذ حتى ولو خالف كراسات الشروط العامة التي أحال إليها العقد.

وقد يجيء تنظيم المتعاقدين لكيفية توقيع الغرامة في العقد الإداري قاصرا. فيتفق المتعاقدان فقط على بعض الجوانب التي تحدد كيفية توقيع الغرامة. عندئذ فإن التنظيم الموضوع للغرامة : الذي جاء بقانون المناقصات والمزايدات ولائحته في مصر أو المنصوص عليه في كراسات الشروط العامة في فرنسا، لا يستبعد إلا في المسائل التي خالفها المتعاقدين. وتبقى باقي أحكام الغرامة الواردة في هذا التنظيم والتي أغفل المتعاقدان الاتفاق على خلافها سارية. إذ أن عدم الاتفاق على ما يخالفها يشير إلى اتجاه الإرادة الضمنية لهم إلى الإبقاء عليها فيما لا يخالف اتفاقهم.

حيث موجب توقيعات ومقدارها ، فإن هذا الشرط يكون هو الواجب لتطبيق دون أحكام اللائحة أخذا بقاعدة أن الخاص يفيد النص العام" . حكم رقم ١١٦٣ لسنة ١٤ ق . ع، صادر ١٩٧٢/١٢/٢٣، مجموعة المبادئ القانونية التى قررتها المحكمة الإدارية العليا، والجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع فى أربعين عاما، فى شأن العقود الإدارية، مرجع سابق، ص٥٢٢.

[1] انظر ما سبق بيانه في الفقرة رقم ٦ من هذا البحث.

[2] سوف نشير للأنواع المختلفة من كراسات الشروط التي تنظم توقيع غرامات التاخير في العقود الخاضعة لقانون الصفقات العامة في فرنسا بصدد دراسة تطبيق الغرامة في العقود الإدارية، انظر ما يلي، فقرة رقم ١١٥ من هذا البحث.

[3] CE, 31 juillet 1996, *Canac*, n° 126045, Rec. 124.

وتأكيدا لما سبق، فقد أفتت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في ١٩٨٧/٢/٤ بأن " قانون المناقصات والمزايدات يعتبر مكملا للعقد الإداري فيما لم يرد به من نصوص خاصة يتعين الرجوع إلى لائحة المناقصات والمزايدات السارية وقت توقيع العقد باعتبارها مكمله للعقد الذي وقع إبان سريانها حتى يمكن القول بأنها مكملة لهذا العقد، فإذا انتهى العقد الموقع في ١٩٨٣/٩/٢ على تحديد الحالات التي يجوز فيها توقيع الغرامة وحالات الإعفاء منها وسكت عن بيان السلطة المختصة بالإعفاء منها أو رفعها بعد توقيعها فإنه يتعين الرجوع إلى لائحة المناقصات والمزايدات الصادرة بقرار وزير المالية رقم ٥٤٢ لسنة ١٩٥٧ دون اللائحة التنفيذية للقانون ٩ لسنة ١٩٨٣ بتنظيم المناقصات و المزايدات" [١]. ويلاحظ أن هذه الفتوى تؤكد أيضا ما سبق أن بيناه[٢] بشان حدود سريان القاعدة القانونية وبالذات في الشق الخاص بحدود العمومية من حيث الزمان ، فالفتوى قد استبعدت لائحة قانون ٩ لسنة ٨٣ لأن القانون لم يكن ساريا عند إبرام العقد الإداري.

١١-**الاتفاقات المشددة لغرامات التأخير**. وأخيرًا يثور التساؤل حول مدى جواز زيادة التحديد الوارد في العقد عن الحد الأقصى الذي يحدده قانون المناقصات والمزايدات ولائحته التنفيذية .

والسبب في طرح هذا التساؤل أن تحديد المشرع للغرامة بحدين حد أدنى وأقصى لم يوضع عبثا، وإنما جاء لتحقيق أغراض معينه. ففي تحديد حد أقصى لمبلغ الغرامة حماية للمتعاقد مع الإدارة حتى لا تجبره الإدارة على قبول تحديد مجحف للغرامة ؛ كما أن تحديدها بحد أدنى إنما قصد منه أن يحقق ردعا للمتعاقد مع الإدارة عن التخلف عن أداء التزاماته في موعدها.

والحقيقة فإنه متى سلمنا بأن التحديد الوارد في القانون هو تحديد تكميلي فإن مقتضى إعمال التفسير الصحيح لقواعد القانون هو جواز مخالفته في حدية الأدنى والأقصى . فإرادة المتعاقدين في تحديد مبلغ الغرامة غير مقيدة، ومن ثم فإنهم يمكن

---

[١] فتوى رقم ١٢٤ صادرة فى ١٩٨٧/٢/٤ ، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها الجمعية العمومية لقسمي الفتوي والتشريع حتي عام ٢٠٠٥ ، مرجع سابق ص ٧٠٩ .

[٢] أنظر ما سبق بيانه ، فقرة رقم ٧.

أن يعدلوا في الحدود التي وضعها قانون المناقصات والمزايدات ولائحته سواء كانت الحدود الدنيا أم الحدود القصوى. ويسرى هذا التحديد عندئذ تطبيقا لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين. ومع ذلك فإننا نتحفظ بشأن النزول بالحد الأدنى بما ينطوي على تحايل على القاعدة التي قررها مجلس الدولة والتي تقضي بعدم جواز الاتفاق المسبق على استبعاد الغرامة أو الإعفاء المسبق منها[1]. فلا يجوز مثلا الاتفاق على مبلغ زهيد جدا بقصد التحايل على القاعدة السابقة.

وقد أفتت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بتاريخ ١٩٩٩/١٢/١٣ بأن " المشرع حدد نسبة غرامة التأخير التي يجوز توقيعها على المتعاقد عند الإخلال بحدين أدنى وأقصى بيد أن ذلك التحديد ليس من النظام العام ، فإذا تضمن العقد المبرم مع جهة الإدارة نسبا أخرى لهذه الغرامة ، فلا مناص من الالتزام بأحكامه إعلاء لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين الذي يقضى بأن تقوم قواعد العقد بالنسبة لطرفيه مقام قواعد القانون، والثابت من الأوراق أن العقد المبرم بين الأزهر والجمعية الموردة نص في البند الأول على اعتبار كراسه الشروط والمواصفات ومحضر لجنة البت جزء لا يتجزءا من العقد ، وقد تضمنت كراسة الشروط والمواصفات أحكام والمزايدات المشار إليه ، ولائحته التنفيذية وعلى أساس هذه الأحكام المغايرة طرحت المناقصة وتم التعاقد ، وكانت هذه الأحكام تحت نظر الجمعية المتعاقدة وقبلها دون تحفظ عند التعاقد ومن ثم يكون الطرفان قد ارتضيا تلك الأحكام التي اندمجت في شروط العقد وأصبحت ملزمة لطرفيه ولا مجال للفكاك منها "[2].

ويلاحظ هنا أن الجهة التي تمسكت بالتحديد القانوني لمبلغ الغرامة هي الجمعية المتعاقدة مع الأزهر وهو ما يدل مع أن التحديد العقدي كان أكبر من التحديد القانوني لمبلغ الغرامة وإلا لما تمسكت الجمعية بالتحديد القانوني بالرغم من سبق الاتفاق على ما يخالفه.

أما في فرنسا. فليس من النادر أن تلجا الإدارة لمخالفة كراسات الشروط العامة فيما يتعلق بغرامات الإخلال. فتلجا الإدارة لتضمين العقد أو كراسات

---

[1] أنظر ما سبق بيانه، فقرة رقم ٩ من هذا البحث.

[2] فتوى رقم ٨٠٠ بتاريخ ١٩٩٩/١٢/١٣، مجموعة المبادئ التى قررتها الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع، مرجع سابق، ص ٧٥٧.

الشروط الخاصة بالصفقة نصوص متعلقة بالغرامة تخالف تلك المنصوص عليها في الكراسات العامة. والملاحظ أن جهة الإدارة تلجا في مثل هذه الأحوال لتشديد اتفاق الغرامة[1]. فتعمد لزيادة مبلغ الغرامة عن الحد المرصود في كراسات الشروط العامة. وتعتمد الإدارة في فرض مثل هذه الاتفاقات على كونها الطرف الأقوى في العقد[2]. فالإدارة تتعاقد في الغالب من الأحوال وفقا لبنود محددة سلفا في نماذج مطبوعة. وترد البنود المتعلقة بالغرامة ضمن البنود التي لا تسمح الإدارة فيها بالتفاوض. فالمتعاقد ليس له واقعيا إلا قبول هذه البنود والإقدام بالتالي على التعاقد أو رفضها مع ما يعنيه ذلك من رفض للتعاقد.

ويقر القاضي الإداري في فرنسا مثل هذه الاتفاقات إعلاء للطبيعة الاتفاقية للعقود الإدارية. ويمنع القاضي الإداري في فرنسا نفسه من المساس باتفاق الغرامة حتى ولو كان مغالى فيه[3]. ولا يسمح القاضي الإداري في فرنسا لنفسه بالمساس بقيمة الغرامة إلا إذا وصل مجموعها في نهاية الصفقة إلي حد المغالاة الظاهرة[4]. ويبرر القاضي الإداري موقفه السابق، وفقا لما عبرت عنه محكمة الاستئناف الإدارية لمدينة مرسيليا في حكمها بتاريخ ٩ نوفمبر ٢٠١٥ °، بأنه " لا يمكن تجاهل الأهمية التي علقت عليها الإدارة المتعاقدة آجال تنفيذ الأداءات المتعاقد عليها، وذلك بالنظر لمعايير إبرام الصفقة ". فزيادة قيمة الغرامة عن القيمة المحدد في كراسات الشروط العامة للصفقة موضوع التعاقد إنما يعبر في الحقيقة عن مدي أهمية عنصر الوقت بالنسبة للإدارة في الصفقة موضوع التعاقد؛ والإدارة هي القوامة على احتياجات المرافق العامة، وهي بالتالي الأقدر على تقدير احتياجات هذه المرافق.

مما سبق نخلص إلي أن دور الاتفاق في موضوع غرامات الإخلال قد تراجع إلى حد بعيد مع التطور في كل من مصر وفرنسا سواء فيما يتعلق بمنح الإدارة سلطة توقيع غرامات على المتعاقد المقصر في أداء التزاماته أو حتى في

---

[1] H. LETTELLIER, "Le pouvoir de modulation des pénalités de retard", *Contrat publics*, n° 86, 2009, p. 67.

[2] Ibid.

[3] CAA Marseille, 9 novembre 2015, *Société Ecollect*, n° 14MA02747, inédit au recueil.

[4] CE 29 décembre 2008, *OPHLM de Puteaux*, n° 296930, précité.

° سوف نعود لدراسة هذا الحكم بتفصيل اكبر بمناسبة دراسة الرقابة القضائية على سلطة الإدارة في توقيع غرامات التأخير، انظر ما يلي فقرة رقم ٨٤.

كيفية توقيع تلك الغرامات. فتلجا الإدارة لتوقيع الغرامات في حالة التأخير وفقا لنصوص محددة سلفا. ففي مصر يبين قانون المناقصات والمزايدات كيفية توقيع غرامات التأخير، و في فرنسا تتولي كراسات الشروط العامة بيان هذه الكيفية. ومع التسليم بأن هذا التنظيم سواء في فرنسا أو مصر لا ينطبق إلا في حالة عدم الاتفاق على خلافه، فإن مخالفته بواسطة الاتفاق تكون في الغالب من الأحوال بتشديد اتفاق الغرامة. وتلجا الإدارة لفرض الاتفاق الذي ترغبه عندئذ اعتمادا على مركزها الواقعي باعتبارها الطرف الأقوى في العقد. فهل يمكننا مع كل ما سبق الاستمرار في القول بأن غرامات التأخير لها طبيعة اتفاقية، بما تفرضه هذه الطبيعة الاتفاقية من حرية في التفاوض ؟!

الفرع الثاني

الإخلال بالالتزام بالتنفيذ في الميعاد

١٢-التأخير شرط توقيع الغرامة. إخلال المتعاقد مع الإدارة بالتزامه بتنفيذ أداءاته العقدية في موعدها هو شرط ضروري لثبوت حق جهة الإدارة في توقيع جزاء الغرامة عليه. فإذا وضعنا في الاعتبار إن الاتفاق على منح الإدارة سلطة توقيع غرامات في حالة الإخلال هو شرط مفترض في العقود الإدارية، فإن الغرامة يصبح شرطها الوحيد هو تحقق التأخير. فتوقيع غرامة التأخير غير مرتهن بتحقق ضرر فعلي يصيب الإدارة من جراء إخلال المتعاقد معها بالتزاماته العقدية في موعدها.

واستبعاد الضرر من شروط توقيع غرامة التأخير والاكتفاء بتحقق الإخلال يؤكد الطابع الجزائي لغرامات التأخير. فغرامات التأخير توقع في المقام الأول وقبل أي شيء، كجزاء على الإخلال بالتزام عقدي وليس جبرا لضرر. هذا الالتزام هو تنفيذ المتعاقد مع الإدارة لأداءاته العقدية في موعدها. فتنفيذ المتعاقد لالتزاماته في موعدها يكتسب أهمية خاصة في العقود الإدارية. فهذه الأخيرة تعمل على إشباع حاجات المرافق العامة التي يتعين أن تسير بانتظام واطراد.

والتأخير الذي هو موجب توقيع الغرامة له معنى واسع يشمل كل صور الإخلال في تنفيذ الإلتزامات العقدية في موعدها. فالمتعاقد مع الإدارة يتعين أن يوفي بالتزاماته كلية ووفقا للبنود والشروط الفنية المتفق عليها بحيث تكون صالحة تماما للتسليم في الميعاد المتفق عليه. وبغير ذلك لا يمكن اعتبار المتعاقد مع الإدارة موفيا بالتزامه بتنفيذ العقد في موعده.

و تتحقق إخلال المتعاقد مع الإدارة بالتزامه بالتنفيذ في الميعاد يقتضي اجتماع عدة شروط. فيتعين أولا أن نكون بصدد عقد إداري نافذ، وأن يظل ثانيا المتعاقد مع الإدارة ملتزما بتنفيذ أداءاته النابعة من العقد لحين حلول ميعاد التنفيذ، وأخيرا أن يحل أجل تنفيذ الأداء دون تحققه. فإذا تخلف أي شرط من هذه الشروط تبعه حق الإدارة في توقيع الغرامة. فهذه الشروط تمثل تخوما لمشروعية الجزاء الموقع من قبل جهة الإدارة.

وسوف نتناول أولا تحديد المقصود بالتأخير، ثم نتولى ثانيًا بحث شروط تحققه.

أولا: المقصود بالتأخير

١٣. التأخير له معنى واسع قد يمتد ليشمل كل صور الإخلال في التنفيذ.
إن ثبوت حق في توقيع غرامة تأخير على المتعاقد معها مرهون بتحقق خطأ من جانبه. هذا الخطأ يتمثل في إخلال المتعاقد مع الإدارة بالتزاماته العقدية. فالإخلال هو موجب توقيع الغرامة ومقابلها وفي هذا تقرر المحكمة الإدارية العليا بأن " غرامات التأخير توقع متى توافرت شروط استحقاقها بحصول إخلال في تنفيذ العقد من جانب المتعاقد مع الجهة الإدارية"[١].

و يتمثل الإخلال في " تأخر المتعاقد في تنفيذ العقد عن الميعاد المحدد له"[٢]. فالقانون يفرض على المتعاقد مع الإدارة أن يتم الأعمال المتفق عليها في الميعاد المتفق عليه، بحيث تكون هذه الأعمال صالحة تماما للتسليم المؤقت في المواعيد المحددة[٣]. ففي عقد الأشغال العامة على سبيل المثال، إذا حل ميعاد التسليم المؤقت دون أن تكون هذه الأعمال صالحة تماما للتسليم تحقق الإخلال. فالإخلال يترجم في هذه الأحوال بتأخر المتعاقد مع الإدارة في إنجاز الأعمال المتفق عليها عن ميعاد

---

[١] حكم رقم ١٣٤ لسنة ٢٤ صادر من ١٩٨١/١/١٠، مجموعة المبادي القانونية التي قررتها المحمكة الادارية العليا والجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في اربعين عاما، في شان العقود الادارية ، مرجع السابق، ص٥٤٢.

[٢] تقرر المحكمة الإدارية العليا ان " توقيع الغرامة لا يكون إلا بالنسبة إلى المتعاقد الذى يتأخر فى تسليم العمل فى الميعاد المحدد ". حكم رقم ٨٥٨ لسنة ١٠ بتاريخ ١٩٦٨/١/٦ ، مجموعة المبادي القانونية التي قررتها المحمكة الإدارية العليا والجمعية العمومية لقسمي الفتوي والتشريع في اربعين عاما، في شان العقود الادارية، المرجع السابق، ص٥٥٠.

[٣] تنص المادة ٨٣ من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات رقم ٨٩ لسنة ٩٨على أن "يلتزم المقاول بإنهاء الأعمال موضع التعاقد بحيث تكون صالحه تمام للتسليم المؤقت فى المواعيد المحددة".

أدائها[1]. ومن هنا كانت التسمية الشائعة في الفقه والقضاء للغرامات بغرامات التأخير.

وتقرر المحكمة الإدارية العليا أن " غرامات التأخير في العقود الإدارية، ضمانة لتنفيذ هذه العقود من المواعيد المتفق عليها حرصا على حسن سير المرافق العامة بانتظام واطراد، وتقوم الإدارة بتوقيع هذه الغرامات دون حاجة إلى صدور حكم بها، وذلك متى توافرت شروط استحقاقها ، بحصول الإخلال من جانب المتعاقد المقصر "[2].

وإخلال المتعاقد مع الإدارة بالتزاماته العقدية قد يتخذ صورا شتى. فقد يمتنع المتعاقد مع الإدارة عن القيام بالأعمال المتفق عليها أصلا بحيث لا يتخذ أي خطوات تنفيذية لإنجازها، وهو فرض نادر عملا. وقد يقوم المتعاقد مع الإدارة بتنفيذ التزاماته بطريقة منقوصة وغير تامة عند حلول الأجل المحدد للتسليم الابتدائي، فترفض بالتالي جهة الإدارة الاستلام. فالأداءات المتفق عليها يجب على المتعاقد مع الإدارة أن يتمها كلية. وقد قضت محكمة الاستئناف الإدارية لليون بفرنسا أن " ادعاء المتعاقد مع الإدارة أن الأداءات التي لم يتم تنفيذها قليلة الأهمية أو أن التركيبات المتفق عليها يمكن استخدامها على حالتها، ليس له اثر في حساب الغرامة "[3].

كذلك إذا قام المتعاقد مع الإدارة بتنفيذ الأعمال المطلوبة منه كاملة ولكن في صورة معيبة لا تجعلها صالحة للغرض الذي أعدت له. فالمتعاقد مع الإدارة يتعين أن يوفي بالتزاماته وفقا للمواصفات الفنية والتقنية التي تم الاتفاق عليها. وقد قضت المحكمة الإدارية العليا حكمها الصادر في ٢٠٠٦/١/٢٤ بأن " الاستلام الابتدائي قد تم في نفس يوم الانتهاء من صب سقف الكوبري وذلك بالمخالفة لنص م

---

[1] وتقرر المحكمة الإدارية العليا أن " قضاء هذه المحكمة جرى على أنه يشترط لتوقيع غرامه التأخير بالنسبة لعقد مقاولة الأعمال أن يتأخر المقاول عن إتمام العمل، وتسليمه فى الميعاد المحدد لذلك من العقد ". حكم رقم ١١٣٠٦ لسنة ٤٨ ق.ع، بتاريخ ٢٠٠٧/٢/٦، مجموعة المباديء التي قررتها المحكمة الإدارية العليا ٢٠٠٦-٢٠٠٧، الجزء الثالث، ص ٢٢٧.

[2] حكم رقم ٨٤٣ لسنة ٢٦ ق.ع، صادر من ١٩٨٢/١١/٢٠، مجموعة المبادىء القانونية التي قررتها المحكمة الادارية العليا والجمعية العمومية لقسمي الفتوي والتشريع، في شان العقود الادارية في اربعين عاما، مرجع سابق، ص٥٠١.

[3] CAA Lyon, 6 décembre 2001, *OPHLM de la Côte d'Or c. SA Mouillot.*

٧٢ من عقد وزارة الري رقم ٢٣٣٣ ب والتي تنص على أنه " يجب ألا تزال الغرم والحوامل إلا بعد سابقة الحصول على موافقة كتابية من مهندس المصلحة على ذلك، وعلى أي حال لا يجوز إزالتها قبل مضى أربعة أسابيع من تاريخ وضعها ما لم ينص على خلاف ذلك، ومفاد هذا النص أنه لا يجوز استلام جسم الكوبري استلامًا ابتدائيا قبل مرور أربعة أسابيع على حسب سقف الكوبري، ولما كان سقف الكوبري تم في ١٩٩١/١٢/٥ فإنه لا يجوز استلامه ابتدائيا قبل ١٩٩٢/١/٣، وبالتالي لا يعتد بمحضر الاستلام المؤرخ في ١٩٩١/٢/٥ ففي هذا التاريخ لم يكن جسم الكوبري صالحا للانتفاع به وبالتالي تكون الشركة المطعون ضدها قد تأخرت في تنفيذ جسم الكوبري في الفترة من ١٩٩١/١٢/١١ هو التاريخ الذي كان يجب أن يكون جسم الكوبري صالح للانتفاع به – تاريخ التسليم المتفق عليه - حتى ١٩٩٢/١/٣ وهو التاريخ الذي أصبح فيه جسم الكوبري صالحا للانتفاع به فعلا"[١].

ويلاحظ أنه إذا كان الغالب أن ينص على غرامات التأخير كجزاء لعدم الوفاء بالأداءات الأساسية موضوع العقد، فإن الإدارة قد تلجا للغرامة لإجبار المتعاقد معها على الوفاء بالتزامات فرعية تعلق عليها الإدارة أهمية خاصة. فعلى سبيل المثال، توجب المادة ٣ من كراسة الشروط العامة لعقد الأشغال العامة في فرنسا المعمول بها ابتداء من سنة ٢٠٠٩[٢]، على المتعاقد مع الإدارة إخطارها بعقود المقاولات من الباطن التي يوقعها في الحالات التي يسمح له فيها العقد بذلك. وتنص ذات الكراسة على غرامة تأخير توقع على المتعاقد مع الإدارة في حالة تأخره في إعلانها بالعقود من الباطن التي يبرمها معه المقاولون الذين يستخدمهم. كذلك فقد تضمن جهة الإدارة العقد نصوصا تلزم المتعاقد معها بمدها بالوثائق والمستندات التي تطلبها خلال مدة معينه وإلا كان من حقها توقيع غرامات تأخير عليه[٣].

---

[١] حكم رقم ١٠٨٠٣ لسنة ٤٧ ق.ع صادر فى ٢٠٠٦/١/٢٤، مجوعة المباديء التي قررتها المحكمة الإدارية العليا، الدائرة الثالثة عقود، ٢٠٠٥-٢٠٠٦، الجزء الثالث .

[2] Voir, les dispositions du Cahier de clauses administratives générales travaux 2009 sont Publié JORF n°0227 du 1 octobre 2009 page 15907 texte n° 16.

[3] CE 17 décembre 2008, *SYNDICAT INTERCOMMUNAL DE GESTION ET D'AMENAGEMENT DE SUPERBAGNERES*, n° 296819

وفي كل الأحوال فإنه يتعين على جهة الإدارة في توقيعها لجزاء لغرامة التقيد بالأداء الذي رصدت الغرامة كجزاء للتأخر في تنفيذه. وقد قضت المحكمة الإدارية الاستئنافية مرسيليا بفرنسا بأنه " لا يجوز لجهة الإدارة أن توقع على المتعاقد معها غرامة التأخير عن حضور الاجتماعات في غير حالاتها التي حددها الاتفاق المبرم مع المتعاقد معها"[1].

ثانيا: شروط تحقق التأخير

١٤-**مفترضات تحقق الإخلال بالالتزام بالتنفيذ في الميعاد.** إن ثبوت حق الإدارة في توقيع غرامات التأخير على المتعاقد معها مرهون بإخلاله بالالتزام العقدي المتمثل في تنفيذ أداءاته في الميعاد المتفق عليه. فتحقق الإخلال يفترض أولا وقبل أي شيء انعقاد العقد ودخوله حيز النفاذ. ويفترض ثانيا استمرار التزام المدين بالتنفيذ لحين حلول أجل التنفيذ. ويفترض أخيرًا أن يحل أجل التنفيذ دون تحققه. وسوف نتولى بحث كل شرط من هذه الشروط على حده.

أ. انعقاد العقد ودخوله حيز النفاذ

١٥- **تخلف العقد.** إن تحقق الإخلال بالتزام عقدي – موجب توقيع الغرامة – يفترض بداية أن يكون المخل ملتزما عقديا. وهو ما يقتضى أن يكون هناك عقد فعلا. فإذا لم يوجد عقد من الأساس، فلا يتحقق الإخلال ولن يكون من حق جهة الإدارة توقيع غرامة تأخير.

وقد قضت المحكمة الإدارية العليا تطبيقا للمبدأ السابق بأنه " ومن حيث إن الثابت مما تقدم أن العرض المقدم من الشركة يمثل إيجابا منها، إلا أن الهيئة المطعون ضدها لم تقبل هذا الإيجاب بل عدلت فيه بطلب إضافة أحكام لائحة العقود والمشتريات، وسداد قيمة التأمين النهائي إلى العقد، وهذا يعد تعديلا للإيجاب، ومن ثم يعتبر رفضا له ويتضمن إيجابا جديدا، وقد رفضت الشركة قبول هذا الإيجاب الجديد ، وبالتالي لا يكون هناك ثمة عقد قد أنعقد بين الهيئة الطاعنة، والشركة

---

[1] CAA Marseille, 26 mai 2014, *Communauté de Haute-Provence,* n° 12MA01159, inédit au recueil Lebon.

المطعون ضدها، وتصبح الشركة المطعون ضدها في حل من التزاماتها، ولا يكون هناك ثمة إخلال من جانبها، الأمر الذي يصبح معه طلب الهيئة الطاعنة بإلزام الشركة المطعون ضدها بأن تؤدى لها مبلغ ٣١٣٣,٨٢٠ كغرامة تأخير، لا سند له من القانون" [١] . وكذلك قضى مجلس الدولة الفرنسي بأن العقد لا يبدأ تنفيذه إلا إذا كانت كل الشكليات التي تطلبها القانون لانعقاده قد استوفيت"[٢].

١٦-**انحلال العقد قبل دخوله حيز التنفيذ.** إن تحقق التزام المتعاقد مع الإدارة بالتنفيذ يفترض علاوة علي انعقاد العقد؛ أن يكون هذا العقد قد دخل حيز النفاذ. فإذا أنحل العقد بعد انعقاده وقبل دخوله حيز النفاذ لأي سبب كان، فإن الإدارة لن تستطيع توقيع غرامة التأخير على المتعاقد معها.

فعلى سبيل المثال، لو تحققت بعد انعقاد العقد وقبل دخوله حيز النفاذ قوة قاهرة جعلت تنفيذ الالتزام مستحيلا فإن التزام المتعاقد مع الإدارة ينقضي، وينفسخ العقد من تلقاء نفسه تطبيقا لحكم المادة ١٥٩ من القانون المدني . فهذه المادة لها تطبيقا عامًا يشمل كل عقد أيا كانت طبيعته مدنية أو إدارية .

كذلك فإن العقد الإداري يمكن أن ينحل قبل أن يدخل حيز النفاذ، وذلك إذا تخلف المتعاقد مع الإدارة عن تكملة التأمين النهائى . فالمادة ١٨ [٣] من قانون المناقصات والمزايدات ٨٩ لسنة ٩٨ تلزم المتعاقد مع الإدارة بأن يكمل التأمين المؤقت إلى نصاب التأمين النهائى في خلال مدة معينة . وقد رتبت المادة٢١ من قانون المناقصات والمزايدات الجزاء على تخلف المتعاقد مع الإدارة عن أداء

---

[١] الطعن رقم ٧٥٤٤ لسنة ٤٧ ق.ع صادر فى ٢٠٠٥/٤/٥، مجموعة المباديء القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا ٢٠٠٥-٢٠٠٦، الدائرة الثالثة، الجزء الأول من ابريل-اكتوبر، ص ٢٥.

[2] CE, 20 janvier 1989, *Ville de Millau*, Rec. p. 235.

[٣] تنص م ١٨ من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات ٨٩ لسنة ١٩٩٨ علي انه " على صاحب العطاء المقبول بأن يؤدى خلال ١٠ أيام – تبدأ من اليوم التالى لإخطاره بكتاب موصى علىه بعلم الوصول بقبول عطائه – التأمين النهائى الذى يكمل التأمين المؤقت إلى ما يساوى (٥%) من قيمة العقد، وبالنسبة للعقود التى تبرم مع متعاقد فى الخارج يكون الأداء خلال عشرين يوما ، ويجوز بموافقة السلطة المختصة مد المهلة المحددة للأداء – فى الحالتين – بما لا يجاوز ١٠ أيام".

التأمين النهائي في المدة المحددة بنصها على أنه " إذا لم يقم صاحب العطاء بأداء التأمين النهائي في المهلة المحددة ، جاز للجهة الإدارية بموجب إخطار بكتاب موصى عليه بعلم الوصول، ودون حاجة لاتخاذ أي إجراء أخر – إلغاء العقد أو تنفيذه بواسطة أحد مقدمي المعطاءات التالية لعطائه بحسب ترتيب أولوياتها، ويصبح التأمين المؤقت في جميع الحالات من حقها، كما يكون لها أن تخصم قيمة كل خسارة تلحق بها، من أية مبالغ مستحقة أو تستحق لديها لصاحب العطاء المذكور، وفي حاله عدم كفايتها تلجا إلى خصمها من مستحقاته لدى أية جهة إدارية أخرى، أيا كان سبب الاستحقاق، وذلك مع عدم الإخلال بحقها في الرجوع عليه قضائيا بما لم تتمكن من استيفائه من حقوق بالطريق الإداري" .

فالمادة ٢١ من قانون المناقصات والمزايدات تحدد الجزاء في حالة تخلف المتعاقد مع الإدارة عن تكملة التأمين في المدة المحددة قانونا، وهو إما فسخ العقد وإما تنفيذه على حساب المتعاقد مع الإدارة. و إعمال أحد هذه الجزاءات جوازي لجهة الإدارة باعتبارها القوامة على حسن سير المرافق العامة. فلإدارة أن تلجا لأحد هذه الجزاءات أو أن تتجاوز عن عدم وفائه بهذا الالتزام . فالإدارة تستطيع أن تستخدم هذا الحق وتوقع عليه جزاء إلغاء العقد، وهو في الحقيقة الفسخ[1]. وعندئذ فإن المتعاقد مع الإدارة يكون في حل من التزاماته التعاقدية التي التزم بها بموجب العقد الذي سبق وأن وقعه مع جهة الإدارة. فالفسخ يؤدي إلى إعادة المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد [2]. ومعنى ذلك اعتبار العقد منحلا لا وقت تحقق سبب الفسخ وإنما من وقت التعاقد ، فالفسخ أيا كان نوعه له أثر رجعى بحيث أن العقد يعد كأن لم يكن. وبالتالي فإن المتعاقد مع الإدارة الذي لم يكمل التأمين واختارت الإدارة أن توقع عليه جزاء الفسخ لعدم سداد التأمين النهائي لن تستطيع توقيع غرامة تأخير عليه ولن يكون أمام الإدارة إلا أن تصادر التأمين المؤقت الذي

---

[1] د. ماجد الحلو ، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص ١٦٦: د. فؤاد عبد الباسط ، العقود الإدارية ، مرجع سابق، ص ٣٦٠ .

[2] فتخلف المتعاقد عن أداء التأمين النهائى لا يؤثر فى صحة العقد. فالحقيقة أن العقد قد انعقد صحيحا بإيجاب وقبول صحيحين، أما عدم أداء المتعاقد مع الإدارة للتأمين النهائى فهو سبب لفسخ العقد. د فؤاد عبد الباسط ، والعقود الإدارية ، مرجع سابق، ٣٨٠ .

دفعه، بالإضافة إلى حقها في اقتضاء قيمة كل خسارة لحقت بها من جراء التعاقد معه وفقا للقواعد العامة .

وقد قضت المحكمة الإدارية العليا بأنه " لا محل لاستناد المحافظة على نص المادتين ٢٨ ، ٣١ من العقد المحرر معه، ولا الاستناد لنص المادة ٩٣ من لائحة المناقصات والمزايدات، لأن توقيع الغرامة بالتطبيق لأحكام هذه المواد، لا يكون إلا بالنسبة للمتعاقد المتراخي في تنفيذ العمل وفي تسليمه في الميعاد المحدد، وطبيعي أن هذا الميعاد لا تنتهي إلا إذا بدأ، وهو لا يبدأ إلا بعد قيام المتعاقد بأداء التأمين النهائي، وصدور أمر التشغيل إليه، والثابت من الأوراق أن مورث المطعون ضده لم يقم بأداء التأمين النهائي وبالتالي لم يصدر أمر التشغيل ولم يبدأ في العمل"[1]. والظاهر من الحكم أن المحكمة قد اتخذت من عدم إصدار الإدارة لأمر التشغيل، قرينة على اتجاهه نيتها إلى فسخ العقد لعدم سداد التأمين النهائي. ونرى بمفهوم المخالفة أن إصدار الإدارة لأمر التشغيل أو التوريد، يعد قرينة قاطعة على اتجاه إرادتها إلى التجاوز عن إعمال الجزاء المنصوص عليه في م ٢١ من قانون المزايدات والمناقصات.

وعلى العكس من ذلك فإن الإدارة باعتبارها القوامة على حسن سير المرافق العامة، قد تقدر أن الإبقاء على العقد وتنفيذه بمعرفة المتعاقد الذي لم يسدد التأمين هو الأصلح، وبالتالي تتجاوز عن هذا الإخلال ولا توقع عليه أحد الجزاءات المنصوص عليها في المادة ٢١ من القانون. فإجازة المشرع للإدارة أن تلجأ إلى جزاء الفسخ أو التنفيذ على حساب المتعاقد معها لا يفيد بالضرورة حرمانها من سلطة التجاوز عن هذا الإخلال. فالأمر جوازي لجهة الإدارة تقدره حسبما يتراءى لها من مصالح للمرفق القائمة على إدارته. وقد قضت المحكمة الإدارية العليا في هذا الشأن بأنه " لا ريب أن العقد قد أبرم قانونا بين وزارة الحربية، وبين المدعى عليه على توريد الكليم بالأعداد والمواصفات والشروط والأسعار السابقة بيانها،

---

[1] حكم ٨٥٨ لسنة ١٠ ق.ع صادر فى ١٩٦٨/١/٦، مجموعة القواعد القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا والجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في اربعين عاما في شان العقود الادارية، مرجع سابق ص٥٥٠و٥٥١.

ومن ثم صار هذا العقد يرتب أثاره قانونا فيما بين المتعاقدين طبقا لشروطه، مكملة بأحكام القوانين واللوائح وأخصها لائحة المناقصات والمزايدات الصادرة بموجب قرار وزير المالية (...) ولا يغير من هذه الحقيقة في شئ ألا يكون المدعى عليه قد قدم إلى الإدارة التأمين المؤقت أو التأمين النهائى المستحق عليه لأن أداء التأمين مقرر لصالح الإدارة، لا يرتب جزاء بطلان العقد على مخالفة شروط الوفاء بالتأمين، ما دامت الإدارة اطمأنت إلى إبرام العقد مع مقدم العطاء واثقة من ملاءته، وقدرته المالية على الوفاء بالتزاماته العقدية، وبالتالي فلا يجوز للمتعاقد مع الإدارة التحلل من التزاماته العقدية بحجة عدم وفائه بالتأمين المؤقت والنهائي مادام أن هذا الوفاء مقرر لصالح الإدارة ، التي اطمأنت إلى ملاءة المتعاقد معها ، وبالتالي تجاوزت عن استيفاء التأمين"[1].

ومتى تجاوزت الإدارة عن هذا الإخلال وجب على المتعاقد معها أن ينفذ التزاماته في المواعيد المتفق عليها، وإلا كان لها أن توقع عليه غرامات التأخير، وهذا التجاوز يمكن أن يستفاد من صدور أمر التشغيل أو التوريد أو من أي قرينة أخرى تفيد بصورة قاطعة تجاوز الإدارة عن إعمال الجزاء المنصوص عليه في المادة ٢١ من القانون ٨٩ لسنة ١٩٩٨.

ولكن يمكن أن يثور التساؤل حول إمكانية استخدام الإدارة لغرامة التأخير كوسيلة لحث المتعاقد معها على تكملة التأمين النهائي بدلا من إعمال الجزاءات المنصوص عليها في المادة ٢١ من قانون المناقصات والمزايدات ؟

ونري أنه إذا لم تستخدم الإدارة مع المتعاقد معها الجزاءات المنصوص عليها في المادة ٢١ من قانون المناقصات والمزايدات كجزاء لعدم تكملته التأمين النهائي، فإن الإدارة لن تستطيع توقيع غرامة تأخير عليه عن واقعة عدم تكملة التأمين النهائي. هذا وقد يقال أن أداء التأمين النهائي هو أحد الالتزامات المترتبة

---

[1] حكم في الطعنين رقمي ٢٥١ و٢٩ لسنة ٢٥ ق.ع، صادر بتاريخ ١٩٩٢/١/١٦، مجموعة المبادئ القانونية التى قررتها المحكمة الإدارية العليا والجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع فى أربعين عاما فى العقود الإدارية، مرجع سابق ، ص٢٣٤ .

على التعاقد، وأن القانون قد حدد مدة معينة لأداء هذا التأمين فمتى تأخر المتعاقد في أداء التأمين عن المهلة المحددة قانونا، يمكن توقيع غرامة التأخير عليه طبقا لنص م٢٣ من قانون المناقصات والمزايدات، وذلك كجزاء لعدم سداد التأمين ولحثه على السداد. ولكن يمكن الرد على ذلك بأن المشرع قد حدد في المادة ٢١ من القانون الجزاء على عدم تكملة التأمين وهو إما الفسخ وإما التنفيذ على حساب المتعاقد، فلا تستطيع الإدارة أن تلجا لغيرهما. فالتنصيص يفيد التخصيص. فالمشرع حدد جزاء معين لفعل معين، فإن لجأت الإدارة لجزاء غيره كان استعمالها لهذا الجزاء غير مشروع .

ب.استمرار الالتزام بالتنفيذ لحين حلول أجله

١٧-**وجوب استمرار الالتزام بالتنفيذ**. حتى يتحقق الإخلال لابد أن يظل المتعاقد مع الإدارة ملتزما بالتنفيذ لحين حلول الأجل المحدد لأداء الالتزام. ويترتب على ذلك أنه إذا لم يعد المتعاقد مع الإدارة ملتزما بأداء الالتزام حين يحل الأجل المحدد للتنفيذ، فإن الإدارة لن تستطيع توقيع غرامة التأخير عليه. فحالة التأخر في التنفيذ تفترض التزام المتعاقد مع الإدارة حين يحل الأجل المحدد للتنفيذ. فتحلل المتعاقد مع الإدارة من هذا الالتزام لأي سبب كان يعطل حق الإدارة في توقيع غرامات التأخير عليه .

١٨- **زوال الالتزام بالتنفيذ لفسخ العقد قبل حلول الأجل**. إذا انفسخ العقد الإداري، بعد دخوله حيز النفاذ وقبل حلول الأجل المحدد للتسليم الابتدائي، لم يكن من حق جهة الإدارة أن توقع على المتعاقد معها غرامة تأخير. وهذا الحكم لا يختلف باختلاف سبب الفسخ ؛ فحتى لو كان الفسخ راجعا لخطأ من المتعاقد مع الإدارة، واجهته الإدارة باستعمال جزاء الفسخ ، فإن توقيع هذا الجزاء قبل حلول أجل التسليم يسقط حقها في توقيع غرامة التأخير. فالفسخ يؤدي إلى زوال العقد بالنسبة للمتعاقدين بأثر رجعى، ولا يخل ذلك بحق جهة الإدارة في مصادرة التأمين والتعويض الكامل الذي يشمل جميع الخسائر التي لحقتها والمكاسب التي فاتتها.

فعلى سبيل المثال لو ثبت لجهة الإدارة أن المتعاقد معها قد شرع بنفسه أو بواسطة غيره وسواء بطريق مباشر أو غير مباشر في رشوة أحد موظفي الجهات

الخاضعة لأحكام قانون المناقصات والمزايدات، فيجب عليها في هذه الحالة أن تقوم بفسخ العقد تطبيقا لنص المادة ٢٤ من قانون المناقصات والمزايدات ٨٩ لسنة ١٩٩٨. وفي هذه الحالة متى تم هذا الفسخ قبل حلول الميعاد المحدد للاستلام فإن الإدارة لن تستطيع أن تقتضي منه غرامات تأخير، حتى ولو كان أداؤه في الفترة السابقة على الفسخ يقطع بأنه لن يستطيع إنجاز الأعمال المتفق عليها حين يحل الميعاد. فالتأخير وهو موجب توقيع الغرامة يفترض أن يكون المتعاقد مع الإدارة ملتزم حين يحل الأجل وهو ما لا يتحقق هنا لأن العقد قد زال بأثر رجعي .

وإذا كانت آثار الفسخ تعمل حتى في حالة خطأ المتعاقد مع الإدارة، فمن باب أولى ينطبق الحكم السابق في حاله الفسخ بقوة القانون نتيجة لوجود قوة قاهرة جعلت تنفيذ الالتزام مستحيلا طبقا للمادة ١٥٩ من القانون المدني. وينطبق نفس الحكم في حالة الفسخ القضائي الذي يحكم به القضاء الإداري بناء على خطأ الإدارة إذا طلب المتعاقد معها الفسخ من القضاء .

١٩-عدم استمرارية الالتزام الشخصي بالتنفيذ للجوء الإدارة للتنفيذ على حساب المتعاقد معها. كذلك، لا تستطيع الإدارة أن توقع على المتعاقد معها غرامة تأخير إذا ما قامت بسحب العمل منه وتنفيذه على حسابه كجزاء له على تراخيه في التنفيذ متى تم ذلك قبل حلول الميعاد المحدد للتسليم ؛ فالإدارة ليست ملزمة بانتظار حلول الأجل المحدد للاستلام لتوقيع جزء التنفيذ على حساب المتعاقد. وفي هذا الصدد، تقرر المحكمة الإدارية العليا في حكم لها بتاريخ ٢٠٠٧/٢/٢٦ أن " الإدارة في استعمالها لجزاء التنفيذ على حساب المتعاقد ليست ملزمة بالانتظار لحين حلول الأجل المحدد لنهو الأعمال ، بل أنها تستطيع أن تلجا إلى هذا الجزاء متى ظهر أن المتعاقد معها يتراخى في تنفيذ التزاماته، وأنه لن يستطيع أن ينجز هذه الأعمال في الميعاد المحدد لنهوها فلا وجه لإجبار الجهة الإدارية على الانتظار حتى انتهاء المدد المحددة في العقد ، طالما تبين لها أن المدة المتبقية لا تكفي لتنفيذ باقي الأعمال في هذه المدد" [1] .

ولكن على العكس من ذلك بالنسبة لغرامات التأخير، فالإدارة ملزمة بالتريث لحين تحقق واقعة التأخير. ومتى لجأت الإدارة إلى إعمال هذا الجزاء- التنفيذ على حساب المتعاقد - قبل حلول ميعاد التسليم الابتدائي، فلا يجوز لها عندئذ

[1] طعن رقم ١٣٠٦ لسنة ٤٨ ق.ع، صادر من ٢/٦/ ٢٠٠٧ ، لم ينشر بعد.

توقيع غرامة تأخير عليه لتخلف أحد شروطها [1]، وهو تأخر المتعاقد عن إتمام العمل وتسليمه في الميعاد المحدد. وهو ما يفترض أن يظل ملتزما بالتنفيذ لحين انتهاء الأجل.

وقد يقال أن التنفيذ على حساب المتعاقد ليس فسخا، وإنما هو وسيلة لتنفيذ العقد. وبالتالي يظل المتعاقد مع الإدارة ملتزما بالعقد وبنوده في حالة سحب العمل منه. وهو ما يتيح للإدارة إمكانية توقيع غرامة تأخير على المتعاقد معها. كذلك قد يقال أن حرمان الإدارة من حقها في توقيع غرامات تأخير على المتعاقد المقصر الذي سحبت منه العمل يجعل هذا الأخير في وضع أفضل من المتعاقد المقصر الذي لم توقع عليه الإدارة جزاء سحب العمل. وقد تبنت المحكمة الإدارية العليا هذا المنطق بالفعل في أحد أحكامها [2]. ففي حكمها في الطعنين رقمي ٢٥١و٢٩٠ لسنة ٢٥ ق. ع ، ١٩٨٢/١/١٦ اعتبرت المحكمة الإدارية العليا أن حرمان الإدارة من توقيع غرامة التأخير على المتعاقد المقصر في حالة سحب العمل منه قبل حلول أجل الاستلام يمكن أن يؤدي لنتيجة غير مقبولة ، حيث جعل المتعاقد الممتنع كلية عن التنفيذ في مركز أفضل من المتعاقد المتراخي في التنفيذ .

ونري أن هذا القضاء لا يمكن تأييده. إذ أن المتعاقد الذي اختارت الإدارة أن توقع عليه جزاء سحب العمل لم يعد ملتزما بأداء الالتزام بنفسه، إذ ينتقل هذا الالتزام بالأداء لمن اختارته الإدارة للتنفيذ. فكيف يمكن عندئذ مسائلته ؟

كذلك فإن القول بأن التنفيذ على حساب المتعاقد عليه جعل المتعاقد الممتنع كلية عن التنفيذ في مركز أفضل من المتعاقد المتراخي في التنفيذ غير صحيح على إطلاقه. إذ أن الإدارة تستطيع في الحالة الأخير مصادرة التأمين كاملا وتستطيع كذلك الرجوع عليه وفقا للقواعد العامة.

---

[1] أنظر بصدد تأكيد هذا الاتجاه، د. ماجد الحلو ، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص ١٥٣: د. محمد فؤاد عبد الباسط ، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص ٣٠٢ وما بعدها.

[2] حكم رقم ٢٥١و٢٩٠ لسنة ٢٥ ق. ع ، ١٩٨٢/١/١٦، الحكم مذكور لدى استاذنا الدكتور محمد فؤاد عبد الباسط ، مرجع سابق، ص ٣٠٢ و ٣٠٣ .وفيه ذهبت المحمكة الادارية العليا إلى أن اجازة توقيع غرامة تاخير على المتعاقد المقصرحتى لو تم سحب العمل منه اثناء المدة المقررة للتنفيذ وقبل حلول موعد الاستلام، بدعوى ان عكس ذلك يترتب عليه جعل المتعاقد الممتنع كلية عن التنفيذ في مركز افضل من المتعاقد المتراخي في التنفيذ وهذه نتيجة غير مقبولة.

وعلى كل الأحوال فإن القضاء السابق يخالف المستقر عليه في قضاء المحكمة الإدارية العليا. فقد قضت المحكمة الإدارية العليا في حكمها بتاريخ ٢٠٠٨/٤/٨ بأن " قضاء هذه المحكمة جرى على أنه يشترط لتوقيع غرامة التأخير بالنسبة لعقد مقاولة الأعمال، أن يتأخر المقاول عن إتمام العمل وتسليمه في الميعاد المحدد لذلك في العقد، وقد تخلف هذا الشرط في المنازعة المعروضة لقيام جهة الإدارة بسحب العمل من المقاول قبل أن يحل الأجل المحدد لنهو الأعمال، إذا أن الثابت أن ميعاد نهو الأعمال محل المنازعة كان ١٩٨٤/١/١٨، وقامت الجهة الإدارية بسحب العمل من المقاول في ١٩٨٣/٣/٦ ومن ثم فلا يجوز توقيع غرامة تأخير على المقاول المذكور ، مما يتعين معه القضاء برفض هذا الطلب " [١] .
والقضاء السابق يمثل اتجاها مستقرا في أحكام المحكمة الإدارية العليا[٢].
وهذا القضاء من جانب الإدارية العليا جدير بالتأييد، ولا نعلم أنها خرجت عنه إلا في أحكام قليلة. ويتفق هذا القضاء جدير مع طبيعة الغرامة – كجزاء عقدي إداري المقصود منه حث المتعاقد على التنفيذ في أقرب وقت ممكن من الميعاد الذي تأخر عنه، فمناط إعمال هذا الجزاء هو تحقق حالة التأخير وهى تفترض قطعا حلول الأجل دون تمام التنفيذ .

أما إذا حل الأجل المحدد لنهو الأعمال، تكون واقعة التأخير قد تحققت وبالتالي يجوز للإدارة أن توقع عليه غرامة تأخير عن المدة التي تأخر فيها. كما يجوز للإدارة أن تسحب العمل من المتعاقد معها، إذا قدرت الإدارة أن المتعاقد لا يلتزم معها الجادة في تنفيذ التزاماته. وفي هذا تقرر الإدارية العليا " ومن ثم يكون المطعون ضده قد أخل بالتزاماته من حيث إنهاء الأعمال في الموعد المحدد ، ويكون القرار الصادر بسحب العمل منه، وتنفيذه على حسابه قد صدر متفقا وحكم القانون، ويكون للجهة الطاعنة الحق في تقاضي فروق الأسعار التي تحملتها نتيجة سحب العمل وغرامة التأخير والمصاريف الإدارية"[٣]. ولكن متى وقعت الإدارة

---

[١] حكم رقم ٦٤٥٧ لسنة ٤٥ ق .ع صادر فى ٢٠٠٨/٤/٨، لم ينشر بعد.
[٢] أنظر كذلك بصدد تأكيد الاتجاه : حكم رقم ١١٣٠٦ لسنة ٤٨ ق.ع صادرة فى ٢٠٠٨/٢/٦ :الحكم في الطعنين رقمي ١٥٥٣ و١٥٤ لسنة ٢٧ ق.ع، بتاريخ ١٩٨٧/١١/٧، مجموعة المبادئ القانونية التى قررتها المحكمة الإدارية العليا والجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في أربعين عاما، مرجع سابق ، ص٥٢٢ و٥٢٣.
[٣] حكم رقم ٥٣٧٩ لسنة ٤٨ ق.ع، صادر فى ٢٠٠٧/١/٢٣.

عليه التنفيذ على حسابه ، فإنها لا تستطيع أن تطالبه ابتداء من هذا التاريخ بغرامات تأخير بل تطالب بها من أسندت التنفيذ إليه[1]

ج. حلول أجل التنفيذ دون تحققه

٢٠-أهمية تحديد أجل التنفيذ بصورة واضحة بصدد غرامات التأخير. إن عدم احترام المتعاقد للمواعيد المتفق عليها مع جهة الإدارة يعد الشرط الوحيد لثبوت حق الإدارة في توقيع غرامات التأخير. ومن هنا تظهر مدي أهمية تحديد مواعيد للمتعاقد مع الإدارة لإنهاء الالتزامات المتفق عليها بطريقة محددة وواضحة. فعلى أساس هذه المواعيد المحددة في العقد يمكن قياس مدى التزامه مع الإدارة، وبالتالي مدى إمكان توقيع الجزاءات الإدارية العقدية عليه. وإذا كان مجلس الدولة الفرنسي يصرح للإدارة إذا لاحظت تراخي المتعاقد معها أو تقصيره في تنفيذ التزاماته أن تطبق عليه جزاءات أخرى كالتنفيذ على حساب المتعاقد معها، وذلك حتى على الرغم من غياب تحديد مسبق لمدد التنفيذ[2]، فإنه يستثني غرامات التأخير من هذا الحكم. فلا يكفي لتوقيع غرامات التأخير أن يكون هناك اتفاق عليها في العقد، بل يجب لإمكان توقيعها أن يكون هناك تحديد مسبق لمدد تنفيذ المتعاقد مع الإدارة لالتزاماته[3]. ولذلك فمن المتصور أن يوجد اتفاق على غرامة التأخير ولكن إعمال هذه الغرامات يبقي معطلا لعدم تحديد مواعيد واضحة لتنفيذ المتعاقد مع الإدارة

---

[1] وقد قضت المحكمة الإدارية العليا في الطعنين رقمي ١٥٥٣ و ١٥٥٤ لسنة ٢٧ ق.ع، بتاريخ ١٩٨٧/١١/٧ بأنه " وإن كان للإدارة أن تطالب المتعهد بغرامات تأخير عن الفترة السابقة للتنفيذ على حسابه ، حيث أن الثابت أن المتعهد المذكور كان متعثرا فى التنفيذ ولم يورد الكميات المطلوبة يوميا مما يقتضى الشراء على حسابه ، وتوقيع غرامات علىه فإنه بسحب العمل منه والتنفيذ على حساب وإسناد التوريد إلى تعهد أخر ، فلا وجه لتحمله بغرامات تأخير عن الكميات التى أسند توريدها إلى المتعهد الأخر". الحكم في الطعنين رقما ١٥٥٣ و ١٥٥٤، سبق ذكره.

[2] CE 16 octobre 1978, *Gotteland*, RDP 1980, p. 1484

[3] CE, 25 février 1987, *OPHLM de la Meuse c/ M. Amiel et autres*, n° 60306, RDP, 1987, p.1706.

لالتزاماته. فمدة تنفيذ الالتزامات التي يحتويها العقد هي أحد الأمور الجوهرية في موضوع العقد[1].

وتنص المادة ١٢ من قانون الصفقات العامة في فرنسا في بندها السابع على أن " العقد الإداري يجب أن ينطوي على تحديد لمدة تنفيذه أو تاريخ بداية التنفيذ و انتهاؤه"[2]. فمواعيد التنفيذ تكون محددة كأصل عام في العقد الإداري. ويمكن للمتعاقدين أن يحددا هذه المواعيد بواسطة اتفاق تكميلي يلحق بالعقد الأصلي[3].

والأصل في العقد أن يحتوي على ميعاد واحد وهو ميعاد تنفيذ الصفقة ككل. وفي هذه الحالة فإن هذا التاريخ هو المعتبر في قياس مدى وفاء المتعاقد مع الإدارة بالتزاماته في موعدها. وعندئذ، توقع غرامة تأخير عليه فقط في حالة تأخره عن هذا التاريخ. وقد يحتوي العقد على تحديد لمدد متعاقبة تناظر كل مدة مرحلة للتنفيذ. وفي هذه الحالة يمكن اعتبار كل مرحلة التزام قائم بذاته، ويمكن بالتالي توقيع غرامة تأخير عن التأخر في انجاز أي مرحلة بشرط أن ينص صراحة على توقيع غرامة التأخير في حالة التأخر في تنفيذ أي مرحلة[4]. ويمكن كذلك للمتعاقدين أن يتفقا على أن التأخير في تنفيذ إحدى المراحل لا يعطي الإدارة الحق في توقيع الغرامة إلا إذا كان هذا التأخير يؤدي إلي تأخر في الموعد النهائي للعقد[5].

---

[1] CE, 3 mai 1961, *Société Entreprise Thomas Kotland et OPHLM du Département de la Seine*, Rec. p. 290

[2] L'article 12-I 7° du code des marchés publics dispose que « *les pièces constitutives du marché comportent obligatoirement (...) la durée d'exécution du marché ou les dates prévisionnelles de début d'exécution et d'achèvement* ».

[3] CE, 4 octobre 1989, *Centre hospitalier de Vitré,* D., 1990, somm., p. 245.

[4] CE, 23 février 2004, *Région Réunion*, n° 246622, Rec. P. 336.

[5] CE, 20 septembre 1991, *Administration générale de l'Assistance Publique*, n° 77184, Rec. P. 699.

والحديث عن حلول أجل التنفيذ كشرط لثبوت حق جهة الإدارة في توقيع غرامات تأخير على المتعاقد معها يجرنا للحديث عن نقطتين أساسيتين. الأولي تتعلق بكيفية تحديد ميعاد التنفيذ في الحالات التي لا ينص فيها العقد على تحديد واضح لهذه المواعيد. والثانية تتعلق بمد أجل التنفيذ وأثره على سلطة جهة الإدارة في توقيع غرامات التأخير.

١. تحديد ميعاد التنفيذ في الحالات التي يخلو فيها العقد من التحديد

٢١- تحديد ميعاد التنفيذ في الحالات التي يخلو فيها العقد من التحديد يستوجب التمييز بين فرضين. قد يحدث في بعض الأحوال، ألا ينطوي العقد الإداري على تحديد واضح ودقيق لمواعيد إنجاز المتعاقد مع الإدارة لالتزاماته. ولا يندر أن يتحقق هذا الفرض الأخير عملا في عقد الأشغال العامة بصفة خاصة[1]. وعندئذ يثور التساؤل المتعلق بكيفية إلزام المتعاقد مع الإدارة بمواعيد محددة يلتزم بها في تنفيذ التزاماته، وتصبح بالتالي معيارا يقاس به مدى التزامه مع الإدارة و توقع على أساسها غرامات تأخير عند الإخلال بها .

إن الإجابة على هذا التساؤل ، تقتضى منا التمييز بين فرضين : الأول وفيه يمنح العقد للإدارة سلطة تحديد الميعاد الذي يتعين فيه على المتعاقد معها أن ينجز فيه التزاماته . أما الفرض الثاني فلا يمنح فيه العقد الإداري لجهة الإدارة هذه السلطة ولا يتعرض لموضوع تحديد المدة .

٢٢-الفرض الأول وفيه يمنح العقد للإدارة سلطة تحديد ميعاد التنفيذ. بالنسبة للفرض الأول، فإن الإدارة تستطيع أن تحدد بإرادتها المنفردة الميعاد الذي يتعين فيه على المتعاقد معها إنجاز التزاماته. ويكون المتعاقد ملتزما بالميعاد الذي تحدده الإدارة. والإدارة في هذا المقام تتمتع بسلطة تقديرية ولكنها ليست مطلقة. فسلطة الإدارة في تحديد ميعاد يلزم المتعاقد معها تبدو مقيدة بقيدين يجدان

---

[1] د. نصر الدين بشير ، غرامة التأخير في العقد الإدارى وأثرها من تسيير المرفق ، مرجع سابق، ص ١٣٤ : د. هارون الجمل ، النظام القانونى للجزاءات فى عقد الأشغال العامة، مرجع سابق، ص٤٠٣.

مصدرهما في مبدأ من أهم المبادئ التي تهيمن على العقود بكافة أنواعها مدنية أو إدارية : وهو مبدأ وجوب مراعاة حسن النية في تنفيذ العقود[1].

هذا المبدأ يفرض أولا على الإدارة أن تخطر المتعاقد معها بطريقة رسمية بالميعاد الذي حددته لإنجاز التزاماته فيه. ويتعين أن يكون هذا الإخطار قبل الموعد الذي حددته الإدارة بوقت كافي. والحكمة من هذا القيد تتمثل في تمكين المتعاقد مع الإدارة من موائمة أوضاعه، فيعد نفسه لإنهاء الأعمال محل العقد في الميعاد المفروض من قبل جهة الإدارة. فإن خالفت الإدارة هذا القيد وأعلمته قبل الموعد الذي حددته بوقت قصير، وكان من شأن ذلك تأخره في التنفيذ عن الميعاد المضروب من قبل الإدارة، فليس من حقها عندئذ توقيع غرامة تأخير عليه. فإن خالفت ذلك كان فعلها متناقضا مع ما يوجبه مبدأ حسن النية في التعامل وهو ما ينعكس على مشروعية الإجراء، ويشكل فعل الإدارة في هذه الحالة خطأ عقديا موجبا للتعويض متى تحققت شروطه.

أما بالنسبة للقيد الثاني والذي يجد مصدره أيضا في وجوب مراعاة مبدأ حسن النية في التعامل، فهو أن يكون الميعاد الذي حددته الإدارة للمتعاقد معها لإنجاز الأعمال ميعاد معقول يمكن للمتعاقد مع الإدارة أن ينجز فيه الأعمال المتفق عليها فعلا . ومعيار معقولية المدة في هذا المقام، هو مدى إمكانية تنفيذ المتعاقد مع الإدارة لالتزاماته فعلا فيها بما لا ينطوي على إرهاق شديد له.

وبناء على ما سبق؛ يستطيع المتعاقد مع الإدارة اللجوء إلي القضاء الإداري معترضا على قرار الإدارة المتعاقدة بتحديد مواعيد التنفيذ بصفة خاصة في الأحوال التالية :- إذا كان الميعاد الذي حددته الإدارة للمتعاقد معها ميعاد قصير جدا لا يمكن له فيه تنفيذ التزاماته عملا بالنظر لضيق الوقت، أو كان يمكن له أن ينفذ فيه هذه الالتزامات ولكن ذلك يحمله تكاليف ضخمة بما ينطوي على إرهاق شديد له وبما يمكن أن يقلب الصفقة إلى خسارة. فمسلك الإدارة في هاتين الحالتين يشكل خطأ عقديا لإخلالها بمبدأ وجوب مراعاة حسن النية في التعامل وتعسفها في استعمال

---

[1] حرصت المحكمة الادارية االعليا منذ بدايتها على تأكيد هذا المبدأ وتطبيقه في العديد من الدعاوي المنظورة امامها و في مسائل شتى، انظر على سبيل المثال حكم ١٥٢٠لسنة ٢ ق.ع،١٩٥٧/٧/٢٠، مجموعة المبادئ القانونية التى قررتها المحكمة الإدارية العليا، والجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع فى أربعين عاما، فى شأن العقود الإدارية ،مرجع سابق، ص٣٠٧. كذلك حكم ٩٥٤ لسنة ١٢ ق.ع ،صادر في ١٩٧٠/٤/١١، نفس المرجع، ص ٣٠٧،٣٠٨.

حقها الذي قرره لها العقد الإداري. فإذا فرضت الإدارة مثل هذا الميعاد المجحف، فإن المتعاقد معها يستطيع أن يلجأ إلى القضاء الإداري وهو قضاء كامل في خصوص العقود الإدارية. فيستطيع المتعاقد المضرور طلب تعديل المدة إذا لم يكن التنفيذ قد تم فعلا أو أن يطلب التعويض عن الخسائر التي لحقته من التنفيذ. ويستطيع المتعاقد مع الإدارة في كل الأحوال أن يطلب من الإدارة إن هو تأخر فعلا في التنفيذ عن الميعاد الذي حددته الإدارة، رد المبالغ التي خصمتها الإدارة كغرامة تأخير، متى كان إنجازه للأعمال في الميعاد المعقول الذي يحدده القضاء عندئذ .

ولا يمكن اعتبار تدخل القاضي في الحالة السابقة خرق لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين. فالمتعاقد مع الإدارة حين أبرم العقد الإداري ووافق على منح الإدارة مثل هذا الحق، لم يكن يهدف من وراء ذلك إلى جني الخسائر من وراء هذا المتعاقد، خاصة وأنه يفترض في الإدارة البعد عن التعسف في استعمال حقوقها بما يلحق الخسائر بالمتعاقدين معها .

٢٣- **الفرض الثاني خلو العقد من نص يمنح جهة الإدارة سلطة تحديد ميعاد التنفيذ.** أما بالنسبة للفرض الثاني والذي لا ينطوي فيه العقد الإداري على نصوص تمنح الإدارة المتعاقدة سلطة فرض ميعاد يلتزم به المتعاقد معها في تنفيذ التزاماته، فإن هذا الفرض يمكن أن يثير بصفة خاصة تساؤلان:- الأول يتعلق بحق جهة الإدارة في تحديد مواعيد التنفيذ، والثاني يتعلق بالضوابط التي يجب مراعاتها في تحديد الميعاد في هذا الفرض.

أما فيما يتعلق بالإجابة على التساؤل الأول المتعلق بحق جهة الإدارة في فرض مواعيد للتنفيذ بإرادتها المنفردة ودون سند من العقد، فيلاحظ أن هناك حكم من المحكمة الإدارية لنانسي بفرنسا بتاريخ ٢٠ فبراير ٢٠٠١ [1]، أجاز أن يتم تحديد آجال للأداءات بمقتضي قرار يصدر من السلطة الإدارية المتعاقدة. وقد انتقد بعض الشراح غرابة الحل الذي انتهجته المحكمة الإدارية لنانسي[2]، وذلك على أساس أن مدد التنفيذ تعد من البنود الأساسية للعقد. وبالتالي فلا يجوز لجهة الإدارة أن تفرضها بمقتضي قرار يصدر منها دون سند من العقد الإداري محل المنازعة. فوفقا لقضاء مجلس الدولة الفرنسي، فإن مدة أو مدد تنفيذ العقد يتعين أن ينص عليها في العقد أو

---

[1] TA Nancy, 20 février 2001, *SA Ronzat*, *CMP* 2001 n°135, note Delelis.
[2] Buromag-Ugolini, Contrats marchés publics, *CMP*, 2004, n° 250.

أن تحدد بمقتضى اتفاق لاحق بين الإدارة والمتعاقد معها[1]. ولكن كما أشار مفوض الحكومة في معرض تعليقه على هذا الحكم[2]، أن الآجال التي حددتها الإدارة في صورة قرار صادر منها قد اقترحت أولا من جانب المتعاقد معها.

ولذلك نجيب على هذا التساؤل بالقول بأن الإدارة يمكن لها أن تقترح ميعاًد لإنجاز الالتزامات فيه، ولكنها لا يمكن أن تفرض بإرادتها المنفردة هذا الميعاد. ومتى اقترحت الإدارة ميعادا للتنفيذ فإن المتعاقد معها يكون بالخيار بين القبول أو الرفض .

فإذا قبل اقتراح الإدارة، فعندئذ يعد اقتراح الإدارة بمثابة الإيجاب الذي تلاقى مع قبول المتعاقد الآخر. فينشأ اتفاق جديد بين الطرفين يعد مكملا للاتفاق الأول في عنصر المدة ويصبح ملحقا به ؛ ومن ثم يلتزم به الطرفان، ويصبح مقياسا لمدى أدائهما لالتزاماتهما. فإذا تأخر المتعاقد مع الإدارة عن هذا الميعاد، كان من حق الإدارة أن توقع عليه الجزاءات العقدية ولاسيما غرامة التأخير، لإخلاله معها بتنفيذ التزامه في الميعاد .

ويلاحظ ان قبول المتعاقد مع الإدارة لاقتراحها بتحديد ميعاد للتنفيذ قد يكون صريحا أو ضمنيا يستفاد من الظروف والملابسات التى أحاطت به. فعدم إبداء المتعاقد مع الإدارة أى اعتراض على الميعاد المقترح من قبل جهة الإدارة، واستمراره في التنفيذ أو البدء فيه إن لم يكن قد بدأ فعلا يمكن اعتباره قبولا ضمنيا.

أما إذا رفض المتعاقد مع الإدارة اقتراحها بشان الميعاد، ولم يستطيع الطرفان بعد ذلك الوصول إلى اتفاق واضح بشأن المدة التي يتعين عليه إنهاء الأعمال فيها ، فهنا يثور التساؤل حول مدى حق الإدارة في فرض الميعاد بإرادتها المنفردة .

نرى أن الإجابة عندئذ سوف تكون بلا، فالإدارة لا تستطيع أن تلزم المتعاقد معها بمدة معينة للتنفيذ لم يتفق عليها الطرفان، لأن ذلك يتعارض مع مبدأ العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه أو تعديله إلا باتفاق الطرفين. ولا شك أن في منح الإدارة هذا الحق يعد خرقا لهذا المبدأ، لأن ذلك يعد بمثابة تعديل له في عنصر

---

[1] CE, 4 octobre 1989, *Centre hospitalier de Vitré,* D., 1990, somm., p. 245.

[2] TA Nancy, 20 février 2001, S*A Ronzat,* précité.

المدة. وبديهي أن الالتزام بالمدة، هو التزام عقدي[1]، يتعين أن يكون باتفاق الطرفين. فالمدة لها أهمية قصوى في العقود الإدارية بصفة خاصة ويترتب عليها العديد من الآثار. ولذلك فإن الحل الأمثل للحالة التي تصر فيها الإدارة على تحديد مدة معينة بإرادتها المنفردة بالرغم من اعتراض المتعاقد معها، هو لجوء المتعاقد مع الإدارة إلى القضاء الإداري بطلب تحديد هذه المدة. وعندئذ يستطيع القضاء أن يحدد المدة المعقولة التي يراها تحديدا دقيقا مراعيا في ذلك النية المشتركة للمتعاقدين و مسترشدا بالعرف وواضعا في الاعتبار طبيعة التعاقد والهدف منه .

فيما يتعلق بالسؤال الثاني المتعلق بالضوابط التي يجب مراعاتها في تحديد الميعاد الذي يتعين فيه على المتعاقد مع الإدارة أن ينجز فيه التزاماته في حالة غياب تحديد عقدي للميعاد وفي ظل غياب نص عقدي صريح يمنح الإدارة هذا الحق، فإن الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع تولت عناء الرد على هذا التساؤل .

ففي فتوى صادره منها بتاريخ ١٩٩٢/١١/١١ برقم ١٠٠٧، أفتت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بأنه " من المبادئ المسلمة في العقود عامة أنها تخضع لأصل عام من أصول القانون يظلها جميعا، يقضى بأن يكون تنفيذها، بطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية وهذا الأصل – على ما جرى به إفتاء مجلس الدولة – لا مندوحة من التقيد به في العقود الإدارية شأنها شأن العقود المدنية، بل أن التقيد به في العقود الإدارية أولى وأوجب لارتباطها بوجه المصلحة العامة الذي تنطبع به هذه العقود ولا ينفك عنها، ومقتضى ذلك و لزامه أن المتعاقدين وإن لم يفصحا عن ميعاد معين لتنفيذ الالتزام فليس معنى ذلك أن يكون التنفيذ بمنأى عن كل قيد زمني وإنما يتعين أن يتم في مدة معقولة، وفقا للمجرى العادي للأمور، و طبيعة التعاقد ذاته، و الهدف الذي يرنو إليه "[2].

فالمدة التي يتعين على المتعاقد مع الإدارة إنجاز الالتزام فيها هي المدة المعقولة وفقا للمجرى العادي للأمور، وهو ما يعنى أن هذه المدة تخضع في تحديدها للعرف مع ما يقتضيه ذلك من القياس على عقد إداري مشابه، تم تنفيذه في

---

[1] د. نصر بشير ، غرامة التأخير وأثرها فى تسيير المرفق العام ، مرجع سابق ، ص١٢٩: د. هارون الجمل ، النظام القانونى للجزاءات فى عقد الأشغال العامة ، مرجع سابق ، ص٤٠.

[2] فتوى صادره منها بتاريخ ١٩٩٢/١١/١١ برقم ١٠٠٧، مجموعة المبادي القانونية التي قررتها الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع منذ انشائها حتي عام٢٠٠٥ ،في شأن العقود الادارية ، صادرة عن المكتب الفني عام ٢٠٠٥ ،ص٧٣٣.

زمن قريب[1]، مع ملاحظة أنه يجب أن يوضع في الاعتبار عند تحديد المدة المعقولة عدة أمور: طبيعة المرفق المتصل به العقد، ظروف التعاقد، طبيعة العقد.

ففيما يتعلق بطبيعة المرفق العام المتصل به التعاقد، فإن الخدمات التى تقدمها المرافق العامة ليست على درجة واحدة من الخطورة والأهمية. فهناك مرافق تقدم خدمات غاية في الخطورة والأهمية وهو ما يقتضى الإنجاز في تنفيذ عقودها بأسرع وقت ممكن وإلا تعطلت المرافق العامة. وفي المقابل، هناك مرافق أخرى تقدم خدمات أقل من حيث الأهمية وبديهي أن المدة في الحالة الأولى يمكن أن تكون أقصر من الثانية، وما دام ذلك في الحدود المعقولة .

كذلك يجب وضع الظروف التي يتم فيها التعاقد في الاعتبار. فيتعين الأخذ بعين الاعتبار الأسباب التي دفعت الإدارة للتعاقد والأهداف التي ترنو إليها من وراء هذا التعاقد. ومن ثم فتحديد المدة يمكن أن يختلف في الظروف العادية عن الظروف الاستثنائية. فهذه الأخيرة تحتم الإسراع في تنفيذ العقد، وإلا فات الغرض من وراء التعاقد وأصيبت المصلحة العامة بأضرار كبيرة نتيجة تعطل المرافق في مثل هذه الظروف .

وأخيرًا يجب وضع طبيعة العقد في الاعتبار. فعقود التوريد على سبيل المثال توجب على المتعاقد مع الإدارة إنجاز التزاماته في مدة وجيزة وإلا تعطل المرفق العام. وبالمقابل فإن عقود الأشغال العامة تستغرق بطبيعتها وقتا أطول .

ومتى تحددت المدة التي يتعين على المتعاقد مع الإدارة أن ينجز فيها التزاماته ، سواء ورد هذا التحديد في نصوص العقد أو كان بالإرادة المنفردة لجهة الإدارة بناء على نص في العقد أو تم بواسطة القضاء، فإنه يجب على المتعاقد مع الإدارة أن ينجز التزاماته في هذه المدة وإلا عد مخلا، وكان من حق جهة الإدارة أن توقع غرامات تأخير عليه . والتزام المتعاقد مع الإدارة بالتنفيذ خلال المدة هو التزام بتحقيق نتيجة وليس التزام ببذل عناية، ومن ثم فلا يكفي لإعفاء المتعاقد مع الإدارة من المسئولية عن التأخير أن يثبت أنه بذل عناية الشخص المعتاد في إنجاز العمل، ولكنه لم يتمكن من إتمامه لأن المدة لم تكن كافية ، بل يتعين عليه لدرء مسئوليته أن يثبت تحقق السبب الأجنبي [2]على ما سوف يأتي في الجزء المتعلق بالإعفاء.

---

[1] د.نصر الدين بشير ، غرامه التأخير وأثرها فى تسيير العقد الإدارى ، مرجع سابق، ص ١٢٧ .

[2] وتضطرد الفتاوى والأحكام الصادرة عن مجلس الدولة على أنه " من الامور المسلم بها في مجال العقود أن الخطأ العقدي هو عدم قيام المدين بتنفيذ التزاماته الناشئة عن العقد أيا كان السبب

٢. مد أجل التنفيذ الأصلي وأثره على حق الإدارة في توقيع غرامات التأخير

٢٤-مد أجل التنفيذ قبل حلوله يمنع الإدارة من توقيع غرامات تأخير. تحقق واقعة التأخير كما سلف القول يفترض بالضرورة حلول الميعاد المحدد للاستلام. وبالتالي إذا قامت الإدارة بمد الميعاد الأصلي قبل حلوله فإن الإدارة لن تستطيع توقيع غرامة تأخير على المتعاقد معها لعدم حلول الأجل. وهو ما يعني عدم تحقق واقعة التأخر في تنفيذ الالتزام.

وقد يتحقق هذا الفرض نتيجة لمنح الإدارة المتعاقدة معها مهلة إضافية للتنفيذ بناء على طلبه، وذلك قبل حلول الأجل المحدد أصلا لإنهاء العمل وتسليمه. ففي هذه الحالة لا تستطيع الإدارة توقيع غرامة تأخير عليه عن المدة التي أمتد إليها العقد. فطلب المتعاقد مع الإدارة لمهلة قبل حلول الأجل يمكن اعتباره بمثابة إيجاب منه، يترتب على قبول الإدارة له قبل حلول الأجل نشأة اتفاق جديد يعدل من الاتفاق الأصلي بينهما في خصوص الميعاد ، وبالتالي فإن واقعة التأخير لن تتحقق قبل مرور هذه المدة الجديدة.

وكما أن مد آجال تنفيذ الأعمال المتفق عليها يمكن أن يتم بمقتضى اتفاق لاحق للاتفاق الأصلي، فإنه يمكن أن يتم بمقتضي قرار مسبب يصدر عن الإرادة المنفردة لجهة الإدارة تنفيذ لبنود العقد[1]. فالمادة ١٩-٢١ من كراسة الشروط العامة

في ذلك، يستوي في ذلك أن يكون عدم التنفيذ ناشئا عن عمد أواهماله أو فعله دون عمد أو اهمال، ووفقا لحكم المادة ٢١ من التقنين المدني فإنه إذا استحال على المدين أن ينفذ التزاماته عينا كان مسئولا عن التعويض لعدم الوفاء بها ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبي لا يد له فيه" . فتوي رقم ٢٦٦ بتاريخ ١٩٩٠/٣/٧، مجموعة القواعد القانونية التي قررتها الجمعية العمومية لقسمي الفتوي والتشريع، مرجع سابق ، ص٨٠٤ : وكذلك الفتوى رقم ٥٤٨ بتاريخ ١٩٨٩/٥/٣١، مجموعة المبادئ القانونية التى قررتها المحكمة الإدارية العليا، والجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع فى أربعين عاما، فى شأن العقود الإدارية، مرجع سابق ، ص ٣١٥ . وانظر بصدد الاحكام، حكم ١٣٢٠ و١٣٤٠ لسنة ١٢ ق.ع ، بتاريخ ١٩٦٩/٢/١٥ ، نفس المرجع ،ص٣١٣ .

[1] CAA Nancy, 15 février 2007, *Sté Sitelec Moselec*, n° 04NC01122, Rec., p. 331.

لعقد الإشغال العامة في فرنسا تعطي جهة الإدارة إمكانية مد أجل التنفيذ الأصلية بمقتضي قرار يصدر منها لأحد الأسباب التالية:

١.تغيير في حجم الأعمال المتفق عليها ابتداء أو تعديل في طبيعة بعض هذه الأعمال.

٢.استبدال الأعمال المتفق عليها بأخرى مختلفة.

٣.ظهور صعوبات غير متوقعة أثناء العمل في الموقع.

٤.تأجيل بعض الأعمال المتفق عليها من قبل الإدارة المتعاقدة.

٥.تأخر جهة الإدارة المتعاقدة في تنفيذ عمليات أولية تقع على عاتقها وضرورية لتنفيذ المتعاقد معها لالتزاماته.

ويلاحظ أن حالة مد أجل التنفيذ سواء بمقتضي اتفاق أو قرار صادر بالتطبيق لبنود العقد قبل حلول الأجل المحدد في الاتفاق الأصلي لا يمكن أن تندرج تحت حالات الإعفاء . فالإعفاء يفترض ثبوت الحق في العقاب بدأة، وهو ما يقتضى حلول الميعاد المحدد للاستلام، وهذا الأمر لم يتحقق في هذا الفرض . فالإدارة قد منحته الأجل قبل حلول الميعاد المحدد أصلا لنهو الأعمال، وبالتالي فواقعة التأخير لم تكن قد تحققت. أما بعد قبول الإدارة لطلبه فإن الميعاد يتعدل بإضافة المدة الجديدة . فمعالجة الفقه[1] لهذه الحالة ضمن حالات الإعفاء غير صحيح في رأينا، فالإعفاء يفترض بدأة ثبوت الحق في العقاب. ولكن على العكس من ذلك إذا قامت الإدارة بمد الأجل المحدد أصلا لإنهاء الأعمال والتسليم الابتدائي بناء على طلب المتعاقد معها بعد حلول الأجل المحدد أصلا. ففي هذه الحالة تكون الإدارة قد أعفت المتعاقد معها ضمنيا من الغرامة، لأن واقعة التأخير في هذا الفرض تكون قد تحققت. وبالتالي تحقق الإخلال ولكن الإدارة قد تجاوزت عنه فقبلت مد الأجل بعد تحققه، وهو ما يترتب عليه إنقضاء حقها في العقاب.

وفي هذه التفرقة أفتت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في الفتوى رقم ٣٢٣ الصادرة في ١٩٥٩/٥/١٠ أن " تحديد الأجل المقرر للتوريد أو

---

[1] د. محمد فؤاد عبد الباسط ، العقود الادارية ، مرجع سابق،ص٣١٢ : د.عاطف سعدي ، عقد التوريد الاداري بين النظرية والتطبيق دراسة مقارنة ، مرجع سابق،ص ٢٤٦ : د. أيمن جمعة ، تنفيذ عقد الاشغال العامة، رسالة دكتوراة قدمت ونوقشت بجامعة الزقازيق ٢٠٠٥ ، ص٢٤١.

لإتمام الأعمال في العقود الإدارية يخضع لمحض تقدير الجهات الإدارية حسبما تقتضيه ظروف العمل في المرفق العام الذي تتولاه، ومن ثم فإنها تملك تعديل الأجل الذي سبق لها أن حددته، وذلك بموافقة الطرف الآخر في العقد ،سواء تم هذا التعديل قبل انتهاء الميعاد المتفق عليه أم بعد انقضائه، وفي هذه الحالة الأخيرة ، يسقط حقها في اقتضاء غرامة التأخير المستحقة في الفترة التي أمتد إليها الأجل المحدد "[1].

وعلى الرغم من إتفاقنا مع الفتوى السابقة في التفرقة بين حالة مد أجل التنفيذ قبل حلول الأجل الأصلي وحالة مد أجل التنفيذ بعد حلول الأجل الأصلي، على أننا نتحفظ على إستخدام مصطلح "السقوط" في حالة الاتفاق على مد أجل التنفيذ بعد تحقق التأخير، فسقوط الحق هو في الأساس جزاء إجرائي على عدم إستعمال الحق لفترة معينة بعد نشوئه، أما الأمر هنا فيتعلق بزوال الحق كنتيجة لتعديل أجل التنفيذ.

٢٥-**تعديل ميعاد التنفيذ بعد حلول الأجل قد يتضمن معنى التنازل عن توقيع الغرامة**. إذا حل أجل التنفيذ، فإن جهة الإدارة يكون من حقها توقيع غرامات التأخير. ومع ذلك، فقد تمنح جهة الإدارة بإرادتها المنفردة المتعاقد معها آجال إضافية للتنفيذ بناء على طلبه. ويثور التساؤل في هذا الفرض حول مدى إمكان اعتبار منح الأجل في هذه الحالة بمثابة تعديل لمواعيد التنفيذ بما ينطوي عليه ذلك من تنازل من قبل جهة الإدارة عن حقها في توقيع غرامات التأخير.

ونظرا لأن التنازل عن الحق يفترض بدأة ثبوته، فإننا نفضل معالجة هذه الجزئية بصدد دراسة سلطة الإدارة في توقيع غرامات التأخير وفي الإعفاء منها[2]. ونكتفي في هذا المقام بالتأكيد على أن أحكام القضاء في مصر وفرنسا تذهب إلى أن منح الأجل بعد حلول ميعاد التنفيذ قد يتضمن في بعض الأحوال تنازلا من الإدارة عن حقها في توقيع الغرامة.

٢٦- **تعديل العقد بإضافة أعمال جديدة وأثره على أجل التنفيذ الأصلي**. قد يمتد ميعاد التنفيذ أيضا نتيجة لاستخدام الإدارة لسلطتها في تعديل العقد. فقد يحدث بعد إبرام العقد الإداري، أن تقوم الإدارة بتعديل بعض بنود العقد بإرادتها المنفردة،

---

[1] مجموعة المبادئ القانونية التى قررتها المحكمة الإدارية العليا ، والجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع فى أربعين عاما، في شأن العقود الإدارية ،مرجع سابق ، ص٥٥١.

[2] أنظر المبحث الثاني من هذا البحث وعلى وجه الخصوص الفقرة رقم ٥٥

ودون حاجة إلى موافقة الطرف الآخر، فتضيف إلى موضوعه أعمال جديدة، تلزم المتعاقد معها بالقيام بها بالإضافة إلى العمل الأصلي المتفق عليه. والحق في تعديل العقد بالإرادة المنفردة يعد امتيازا مقررا للإدارة في فرنسا ومصر دون حاجة إلى النص عليه صراحة في العقد ، بل ولا يجوز للإدارة أن تتنازل عنه[1] . وحق الإدارة في تعديل العقد بإرادتها المنفرد مقيد بقيود عديدة أهمها، أن تكون الإدارة مدفوعة في التعديل بمقتضيات الصالح العام، وأن تستند في إجرائه إلى تغير الظروف التي أدخلتها الإدارة في اعتبارها عند التعاقد ، ويجب ألا يمتد هذا التعديل إلى حد تعديل نوع العقد أو موضوعه وإلا حق للمتعاقد معها أن يطلب الفسخ، فيجب أن تكون الأعمال المضافة من جنس العمل الأصلي، ويجب كذلك ألا يتناول الحقوق المالية للمتعاقد معها، وهذا الحق يختلف مداه من عقد الآخر .

واستخدام الإدارة لحقها في تعديل العقد بإرادتها المنفردة يثير بصدد بحثنا تساؤلا حول أثر هذا التعديل على الاتفاق الأصلي المتعلق بغرامة التأخير. فهل يمكن لجهة الإدارة في حالة تجاوز المتعاقد مع الإدارة للأجل المحدد لتنفيذ الأعمال الأصلية موضوع العقد توقيع الغرامات ؟

والحقيقة أن الإجابة على هذا التساؤل تستدعي التمييز بين فرضين :- الفرض الأول وفيه تمنح الإدارة للمتعاقد معها مهلة إضافية لإنجاز الأعمال المتفق عليها ؛ أما الفرض الثاني فلا تمنح فيه الإدارة للمتعاقد معها مهلة إضافية لتنفيذ؛ وهو ما يعبر عن اتجاه رغبتها لتنفيذ الأعمال الإضافية في المدة المتفق عليها لإنجاز الأعمال الأصلية موضوع العقد.

فيما يتعلق بالإجابة على الفرض الأول الذي تحدد فيه الإدارة للمتعاقد معها مهلة إضافية لإنجاز الأعمال الإضافية التي طلبتها، فإن مدة إنجاز الأعمال الإضافية تضاف إلى المدة الأصلية والتي كان من الواجب على المتعاقد معها أن ينتهي فيها من الأعمال الأصلية لتكون مدة جديدة . وبالتالي فلا يحق للإدارة أن توقع على المتعاقد معها غرامه تأخير إن هو تأخر عن إنجاز الأعمال الأصلية ، في

---

[1] د.محمد فراد عبد الباسط ، العقد الإدارى، مرجع سابق، ص ٢٥٢ وما بعدها: د. ماجد راغب الحلو ، العقود الإدارية ، مرجع سابق، ص ١٧٢: د. صلاح الدين فوزى ، قانون المناقصات والمزايدات رقم ٨٩ لسنة ٩٨ المشاكل العملية والحلول القانونية دراسة تحليلية تأصيلية مقارنة للعقود الإدارية، القاهرة، دار النهضة العربية ، طبعة ٢٠٠٠، ص ١٣٥ وما بعدها : د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، الأسس العامة فى العقود الإدارية ، القاهرة، المركز القومى للإصدارات القانونية ، طبعة ٢٠٠٨، ص ٢٦٢ وما بعدها .

المدة التي كان من الواجب عليه إنهائها فيها قبل أن يتم التعديل. بل يجب عليها الانتظار لحين انتهاء المدة المضافة أيضا، وذلك لأن المدة المضافة تنضم إلى المدة الأصلية لتكون مدة واحدة ، وتحاسبه عندئذ على إتمام الأعمال كلها الأصلية و المضافة.

وفي هذا تقرر الإدارية العليا أن " مدة تنفيذ العقد هي المحددة أصلا في العقد لإنجاز الأعمال موضوعه وإذا ما طرأ على العقد زيادة أو نقص ، فإن الأصل أن تزداد المدة أو تنقص بمقدار تلك الزيادة أو النقصان في الأعمال موضوعه، هذا إذا لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك"[1] . وقد طبقت المحكمة الإدارية العليا المبدأ السابق في العديد من الدعاوي. فقد قررت في الطعن رقم ٦٣٢ لسنة ٤٧ ق.ع بتاريخ ٢٠٠٦/٥/٢ أنه " ومن حيث أن الثابت من الإدارات أن المطعون ضده ، قد رست عليه عملية إنشاء سور حمام السباحة لنادي سوهاج الرياضي بجلسة ١٩٨٨/٩/٢٤ ، وقد تسلم الموقع خاليا من الموانع في ١٩٨٨/١١/١٧ على أن ينتهي العمل في ١٩٨٩/٥/١٦ ، ثم أسندت الجهة الإدارية أعمال إضافية للمطعون ضده ، مدة تنفذيها ٣ أشهر ونصف ، وعليه ميعاد نهو الأعمال ١٩٨٩/٩/١ ، ثم أسندت الجهة الإدارية للمطعون ضده إنشاء حجرتين كلور مدة تنفذيهما شهرين، فيصبح ميعاد نهو الأعمال ١٩٨٩/١١/١، ثم أسند المطعون ضده إنشاء غرفه محابس، مدة تنفيذها يومين فيكون ميعاد نهو الأعمال ١٩٨٩/١١/٣ "[2].

ونرى أيضا أن هذا الحكم يسرى إذا كان التعديل بمحض إرادة الطرفين ، وبناء على اتفاقهما وليس بالإرادة المنفردة لجهة الإدارة، فتضاف أيضا في هذه الحالة المدة الجديدة التي اتفق عليها الطرفان إلى المدة الأصلية، متى كان الاستيلام يتم دفعة واحدة وليس على مراحل، لأن الأمر هنا لا يتعلق بالأداة القانونية التي تم بها التعديل، وإنما بكيفية حساب مدة إنهاء الأعمال موضوع التعاقد .

---

[1] الطعن رقم ٦٧٦٠ لسنة ٤٢ ق،ع، بتاريخ ٢٠٠٠/٢/١٥، مجموعة القواعد القانونية التي قررتها المحكمة الادارية العليا ، السنة الخامسة والاربعين ق.ع ، من أول اكتوبر ١٩٩٩ حتي آخر سبتمر ٢٠٠٠ ، ص٤٩٢.

[2] الحكم فى الطعن رقم ٦٣٢، لسنة ٤٧ ق.ع، بتاريخ ٢٠٠٦/٥/٢.

فيما يتعلق بالإجابة على الفرض الثاني والذي لا تمنح فيه الإدارة للمتعاقد معها مهلة إضافية لتنفيذ- وهو ما يعبر عن اتجاه رغبتها لتنفيذ الأعمال الإضافية في المدة المتفق عليها لإنجاز الأعمال الأصلية موضوع العقد- وأثر ذلك على سلطتها في توقيع غرامة التأخير إذا تأخر المتعاقد معها في إنجاز جملة الأعمال: الأصلية والمضافة، في المدة المحددة في الاتفاق الأصلي، فقد أتيح لمجلس الدولة الفرنسي أن يجيب على هذا الفرض في حكم بتاريخ ١٦ مايو ٢٠١٢، وذلك بمناسبة طعن على حكم صادر من المحكمة الاستئنافية الإدارية لدويه بفرنسا. وتتلخص وقائع القضية في أن جهة الإدارة المتعاقدة قد طلبت إلي المتعاقدين معها في أحد عقود الأشغال العامة أعمال إضافية زائدة عن تلك التي تناولها الاتفاق الأصلي بينهم، ذلك دون منحهم مهلة إضافية لتنفيذ هذه الأعمال. وقد تأخر المتعاقدون مع جهة الإدارة بالفعل عن إتمام الأعمال في الميعاد المتفق عليه ابتداء لإنهاء الأعمال الأصلية التي تناولها الاتفاق الأصلي. ولما عرض النزاع على المحكمة الإدارية المختصة " المحكمة الإدارية لمدينة روون" فقد قلصت المحكمة مبلغ الغرامة من ٥٠٠٠ إلى ٣٠٠٠ يورو. وقد اعتبرت المحكمة الإدارية لروون أن المبلغ الذي تم تقليصه يعادل التأخير عن إتمام الأعمال الإضافية. إذ أنه لا يحق لجهة الإدارة توقيع غرامة تأخير عن الأعمال الإضافية لمجرد تأخر المقاول المتعاقد عن التاريخ المحدد أصلا لتنفيذ الأعمال الأصلية المتفق عليها ابتداء. ولما طعنت جهة الإدارة على هذا الحكم، أيدت المحكمة الإدارية الاستئنافية لدويه حكم محكمة أول درجة. فقد اعتبرت هذه الأخيرة أن توقيع غرامة تأخير عن الأعمال الإضافية لمجرد التأخر في تنفيذيها عن التاريخ المتفق عليه لإنجاز الأعمال الأصلية هو أمر غير مبرر.

وقد انتهى مجلس الدولة الفرنسي لإلغاء الحكم المطعون فيه إذ أن محكمة الاستئناف الإدارية لديويه الصادر في ١٩ أكتوبر ٢٠١٠ – ومن قبلها المحكمة الإدارية لروون الصادر في ١٤ مايو ٢٠٠٩ – لم يبحثا مسائلة صدور تحفظ من قبل المتعاقد مع الإدارة على إلزامه بتنفيذ الأعمال الإضافية التي قررتها الإدارة في المدة المتفق عليها في الاتفاق الأصلي. كذلك فإن كلتا المحكمتين لم تبحثا مسائلة وجود اتفاق تكميلي بعد تكليف المتعاقدين بالأعمال الإضافية. فقد يجد اتفاق بعد تعديل الإدارة للعقد الإداري موضوعه مد ميعاد التنفيذ أو استبعاد غرامات التأخير عن تنفيذ الأعمال الإضافية. في حين أن محكمة الاستئناف الإدارية لديويه ومن قبلها محكمة روون الإدارية اكتفيا لنفي حق الإدارة في توقيع غرامة التأخير عن الأعمال الإضافية بأن هذه الأعمال لم يكن متفقا عليها في الاتفاق الأصلي بين جهة الإدارة

والمتعاقدين معها. وبالتالي انتهيا إلى إلغاء غرامة التأخير التي تم توقيعها على المتعاقدين مع جهة الإدارة عن التأخر في تنفيذ الأعمال الإضافية [1].

وبهذا يكون مجلس الدولة الفرنسي قد حسم نزاعا بين محاكم الاستئناف الإدارية في فرنسا. ففي مقابل الحل الذي أيدته محكمة استئناف دويه السابق الإشارة إليه، كان هناك اتجاه أخر في ذات المحكمة[2] يرى أنه من حق جهة الإدارة فرض غرامات عن التأخر في تنفيذ الأعمال الإضافية التي طلبتها جهة الإدارة متى لم يطلب المتعاقد مع الإدارة مد أجل التنفيذ. ففي حكمها في ٣١ أكتوبر ٢٠٠٦ رفضت محكمة استئناف دويه تقليص مبلغ غرامات التأخير على المقاول المتعاقد مع الإدارة. وقد استند في طلبه لتقليص مبلغ الغرامة لأسباب متعددة فندتها جميعها المحكمة. وكان من بين تلك الأسباب أن جهة الإدارة كانت قد استخدمت سلطتها في تعديل العقد بإرادتها المنفردة وطلبت منه تنفيذ أعمال إضافية. وقد ردت المحكمة

---

[1] CE, 16 mai 2012, *Communauté d'agglomération Rouen-Elbeuf-Austreberthe*, n°345137, Rec. p. 225. Le Conseil d'Etat a considéré que " considérant qu'il ressort des pièces du dossier soumis aux juges du fond que le maître d'ouvrage a, par l'ordre de service n° 13, ordonné la réalisation des travaux supplémentaires correspondant à la planche n° 462, sans accorder aux constructeurs de délai d'exécution supplémentaire ; que la cour a jugé que ne pouvait justifier l'application de pénalités de retard, la circonstance que ces travaux n'étaient pas terminés à la date d'achèvement contractuellement fixée, au motif qu'ils n'étaient pas inclus dans le marché initial ; qu'en ne faisant pas application du délai d'exécution prévu au marché initial pour la réalisation des travaux supplémentaires prévus par l'ordre de service n° 13, sans rechercher si les constructeurs avaient émis des réserves sur ce délai d'exécution et si un accord était intervenu entre les parties pour ne pas soumettre leur réalisation au délai d'exécution prévu au marché initial ou pour les exclure du champ d'application des pénalités de retard contractuelles, la cour a commis une erreur de droit ".

[2] CAA de Douai, 31 octobre 2006, n° 04DA01071, inédit au recueil Lebon

.

على هذا الدفع "بأنه إذا كانت جهة الإدارة قد طلبت منه تنفيذ أعمال إضافية فإن المقاول المتعاقد لم يطلب من جهة الإدارة مد مدة التنفيذ الأصلية"[1].

وما يمكن استخلاصه من قضاء مجلس الدولة الفرنسي السابق أن مجلس الفرنسي يميز فيما يتعلق بأثر تكليف الإدارة للمتعاقد معها بأعمال إضافية على حقها في توقيع غرامة تأخير عن هذه الأعمال بين فرضين: الأول اتفاق الإدارة مع التعاقد معها بعد إضافة الأعمال الجديدة على تعديل مواعيد التنفيذ الأصلية لتستغرق الأعمال الجديدة التي كلفت بها الإدارة المتعاقد معها أو اتفاق الإدارة مع المتعاقد معها على استبعاد توقيع غرامة التأخير في حالة التأخر عن تنفيذ الأعمال الإضافية. وفي هذا الفرض يتعين التقيد بالاتفاق. ولا يجوز بالتالي لجهة الإدارة توقيع غرامة تأخير عن الأعمال الإضافية بناء على الاتفاق الأصلي. أما الفرض الثاني فهو حالة غياب هذا الاتفاق التكميلي- وهذه هي القاعدة الجديدة التي اقرها مجلس الدولة في حكمه بتاريخ ١٦ مايو ٢٠١٢ - إن تعديل عقد الأشغال من قبل جهة الإدارة بإضافة أعمال إضافية للأعمال المتفق عليها يتيح لها كقاعدة عامة توقيع غرامة تأخير على المتعاقد المقصر في حالة تأخره عن إنجاز الأعمال الإضافية في المدة المحددة في الاتفاق الأصلي إلا إذا تحفظ المتعاقد مع الإدارة على إلزامه بتنفيذ الأعمال الجديدة في المدة المحددة في الاتفاق الأصلي. ففي حالة تحفظ المتعاقد على تنفيذ الأعمال الإضافية في ذات المدة المحددة في الاتفاق الأصلي لتنفيذ الأعمال المتفق عليها بداية، يجب على جهة الإدارة الاتفاق مع المتعاقد معها على تاريخ جديد لإنجاز الأعمال الإضافية وإلا كان من حقه اللجوء للمحكمة لتعديل هذه المدة. ولا يحق لجهة الإدارة في هذا الفرض الأخير توقيع غرامة تأخير على المتعاقد معها عن الأعمال الإضافية لتأخره في انجازها عن الميعاد المحدد في العقد الأصلي.

ونلخص من كل ما سبق إلي أن غرامات التأخير توقع عن إخلال المتعاقد بالتزامه بتنفيذ أداءته العقدية في مواعيدها. والإخلال بالالتزام السابق هو موجب توقيع الغرامة ومقابلها. والإخلال على هذا النحو يفترض تحقق عدة شروط. فيجب أن يكون المتعاقد مع الإدارة ملتزما عقديا. وهو ما يفترض بالضرورة أن نكون بصدد عقد إداري قد انعقد ودخل حيز النفاذ فعلا. ويجب ثانيا أن يظل المتعاقد مع الإدارة ملتزما لحين حلول الأجل. وأخيرا يجب أن يحل أجل أداء الالتزام دون أن يتم التنفيذ على النحو المتفق عليه. واجتماع الشروط السابقة هو أمر لاغني عنه

---

[1] Ibid.

لتحقق الإخلال بالتزام الإدارة بتنفيذ المتعاقد لأداءاته العقدية في مواعيدها المتفق عليها.

الفرع الثالث
افتراض الضرر

٢٧- **الضرر ركن مفترض في المسئولية التي توقع عنها غرامة التأخير.** تذهب أحكام مجلس الدولة في مصر وفي فرنسا وكذلك الفتاوى الصادرة من مجلس الدولة المصري إلى أن الضرر في المسئولية الناشئة عن تأخر المتعاقد مع الإدارة في الوفاء بالتزاماته العقدية في موعدها هو بمثابة ركن مفترض. فالضرر ركن لازم لقيام هذه المسئولية إلا أنه يفترض.

٢٨- **افتراض الضرر في فرنسا.** وفقا لقضاء مجلس الدولة الفرنسي فإن توقيع غرامات التأخير على المتعاقد مع الإدارة لا يرتهن بتحقق ضرر. فالضرر يفترض افترضا غير قابل لإثبات العكس بمجرد تحقق التأخير. فغرامة تطبق بطريقة تلقائية بمجرد تحقق التأخير automatique . فمن ناحية، يسير قضاء مجلس الدولة الفرنسي منذ حكمه فورماسول الصادر بتاريخ ٣ ديسمبر ١٩٢٠[1] ، على أنه لا يسمح للمتعاقد مع الإدارة بالادعاء بغياب الضرر أو عدم تحققه. فغرامة التأخير هي تعويض متفق عليه مقدما يستحق بمجرد إخلال المتعاقد مع الإدارة بالتزامه بتنفيذ العقد في الميعاد. فالضرر يفترض بمجرد تحقق التأخير افتراضا غير قابل لإثبات العكس. ومن ناحية أخرى، فإن غرامة التأخير لا تقاس بمقدار الضرر المتحقق فعلا. فقد أكد مجلس الدولة الفرنسي في حكمه بونيه بتاريخ ١٠ فبراير ١٩٧١ على أن غرامات التأخير لها طابع جزافي forfaitaire. فالغرامة لا تقوم بمقدار الضرر المتحقق فعلا[2].

---

[1] CE 3 décembre 1920, *Fromassol*, RDP, 1920, p. 64, concl. Corneille : CE 5 janvier 1924, *Olivier*, Rec., p. 20 : CE 23 mai 1930, *Cie électrique de la Loire*, Rec., p. 549 : CE 10 février 1971, *Bonnet* , Rec.,T., p. 1104: CE 4 juin 1976, *Sté Toulousaine immobilière*, Rec., p. 303.

[2] CE 10 février 1971, *Bonnet*, précité.

٢٩-افتراض الضرر في مصر. يتبنى مجلس الدولة المصري اتجاها مقاربا لقضاء نظيره الفرنسي. فتقرر المحكمة الإدارية العليا أنه " من المستقر عليه كذلك في قضاء هذه المحكمة أن غرامة التأخير في العقود الإدارية مقررة ضماناً لتنفيذ هذه العقود وفي المواعيد المتفق عليها حرصا على حسن سير المرافق العامة بانتظام واطراد، وأن التكييف القانوني لغرامة التأخير أنها صورة من صور التعويض الإتفاقى تتميز عن التعويض في مجالات القانون الخاص بأحكام خاصة أهمها أن أحد أركانه وهو الضرر يفترض وقوعه بمجرد حصول التأخير ودون حاجة إلى إثبات جهة الإدارة لوقوعه "[1].

وتضيف ذات المحكمة في أحكام أخرى أنه " من المسلمات في فقه القانون الإداري أن غرامات التأخير لا تعدوا أن تكون تعويضات اتفاقية عما أصاب المرفق العام من ضرر مرده إخلال المتعاقد بحسن سيره، وهو ضرر مفترض يجيز للإدارة جبره بفرض الغرامة إذا ما توافرت شروط استحقاقها بحصول الإخلال من جانب المتعاقد معها، فلها أن تستنزل قيمتها من المبالغ التي عساها أن تكون مستحقة له بموجب العقد دون أن تلتزم الإدارة بإثبات حصول الضرر، كما لا يقبل من المتعاقد إثبات عدم حصول الضرر على اعتبار أن جهة الإدارة في تحديدها مواعيد معينة لتنفيذ العقد، يفترض أنها قدرت أن حاجة المرفق تستوجب التنفيذ في هذه المواعيد المتفق عليها حرصا على حسن سير المرافق العامة بانتظام واطراد"[2].

وتميز المحكمة الإدارية العليا في أحكامها بوضوح بين غرامة التأخير في العقود الإدارية والشرط الجزائي في العقود المدنية فتقرر أنه " ولأن كان من المبادئ المسلمة في فقه القانون الإداري أن غرامات التأخير في العقود الإدارية تختلف في طبيعتها عن الشرط الجزائي في العقود المدنية. ذلك أن الشرط الجزائي

---

[1] الحكم في لطعن رقم ٢٥٧٧٤ لسنة ٥٥ ق.ع، بتاريخ ٢٠١٥/٣/٢٤، لم ينشر بعد.

[2] الطعن رقم ١٩٦٧ لسنة ٤٥ ق.ع. ٢٠٠٢/٤/٩. و تقرر المحكمة الادارية العليا أيضا أنه " من المسلمات فى فقه القانون الإدارى، أن غرامة التأخير لا تعدوا أن تكون تعويضا جزائيا عما أصاب المرفق العام من ضرر مرده إخلال المتعاقد بحسن سيره، وهو ضرر مفترض يجيز للإدارة جبره، بفرض الغرامة إذا ما توافرت شروط استحقاقها بحصول الإخلال من جانب المتعاقد معها ". حكم رقم ١٧٧٢ لسنة ٢٩ ق.ع، صادر فى ١٩٨٥/٢/٥، مجموعة المبادئ القانونية التى قررتها المحكمة الإدارية العليا والجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع فى العقود الإدارية فى أربعين عاما صادرة فى ١٩٩٥ ، مرجع سابق ،ص٤٩٥: حكم رقم ١٧٧٢ لسنة ٢٩ ق.ع ، ١٩٨٥/٢/ ٥، مجموعة القواعد القانونية التي قررتها المحمكة الادارية العليا والجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في أربعين عاما ، مرجع سابق،ص ٤٩٥ ، ٤٩٦ .

في العقود المدنية هو تعويض متفق عليه مقدما يستحق في حالة إخلال أحد المتعاقدين بالتزاماته، فيشترط لاستحقاقه ما يشترط لاستحقاق التعويض بوجه عام من وجوب حصول ضرر للمتعاقد الآخر، وإعذار للطرف المقصر وصدور حكم به. وللقضاء أن يخفضه، إذا ثبت أنه لا يتناسب والضرر الذي يلحق بالمتعاقد، بينما الحكمة من الغرامات التي ينص عليها في العقود الإدارية هى ضمان تنفيذ هذه العقود في المواعيد المتفق عليها حرصا على حسن سير المرافق العامة بانتظام واطراد، ولذا فإن الغرامات التي ينص عليها في تلك العقود توقعها جهات الإدارة من تلقاء نفسها، دون حاجة إلى صدور حكم بها إذا توافرت شروط استحقاقها بحصول الإخلال من جانب المتعاقد معها، ولها أن تستنزل قيمتها من المبالغ التي عساها أن تكون مستحقة له بموجب العقد دون أن تلتزم الإدارة بإثبات حصول الضرر، كما لا يقبل ابتداء من المتعاقد إثبات عدم حصوله على اعتبار أن جهة الإدارة في تحديدها مواعيد معينة لتنفيذ العقد ، يفترض فيها أنها قدرت أن حاجة المرفق تستوجب التنفيذ في هذه المواعيد دون أي تأخير"[1] .

أما فيما يتعلق بالفتاوى الصادرة عن مجلس الدولة المصري، فيبدو أن الفتاوى الصادرة عن الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع قد مرت بتطور في سبيلها لتقرير افتراض الضرر افتراضا غير قابل لإثبات العكس. فقد أفتت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في الفتوى رقم برقم ٣٢٣ بتاريخ ١٩٥٩/٥/١٠ بأن " غرامة التأخير التي تتضمنها العقود الإدارية هي وفقا للتكييف القانوني الصحيح صورة من صور التعويض الاتفاقى، يرتضيه الطرفان سلفا نظير الضرر الناشئ عن التأخير، إلا أنها تتميز عن التعويض الاتفاقي في مجالات القانون الخاص بأحكام خاصة أهمها أن أحد أركانه وهو الضرر الذي يفترض وقوعه

---

[1] حكم ٦١ لسنة ٢ ق.ع، صادر فى ١٩٦٠/٩/٢١، مجموعة المبادئ القانونية التى قررتها المحكمة الإدارية العليا، والجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع فى العقود الإدارية فى أربعين عاما صادرة فى ١٩٩٥ ، مرجع سابق ،ص٤٩٥ : حكم رقم ٩٤ لسنة ٩ ق.ع، صادر فى ١٩٦٥/٩/١١، نفس المرجع ، ص ٤٩٢: حكم رقم ٧٤١ لسنة ٢٧ ق.ع، صادر فى ١٩٨٥/٥/٢٨، وفيه ميزت المحكمة بين الشرط الجزائى والغرامة على النحو السالف ثم أضافت أنه " ولا يغير من ذلك انتهاء النص بالإشارة إلى أنها بمثابة تعويض عن الضرر المتفق عليه إذا سبق هذا التعبير ما يؤكد انصراف العقد إلى اعتبارها غرامة تأخير بالنص على أنها تترتب حتما بمجرد التأخير، بدون حاجة إلى إنذار المقاول إنذارا رسميا أو غير رسمى ، أما الإشارة إلى كونها تعويض عن الضر متفق عليه مقدما فلا يعدو أن يكون إقرار بطبيعتها وتأكيدا لاعتبارها غرامة تأخير لن ينتظر لتوقيعها حصول الضرر"، نفس المرجع ، ص ٤٩٧ .

بمجرد حصول التأخير (...) ومع ذلك فإن افتراض وقوع الضرر بمجرد التأخير ليس قرينة قاطعة غير قابلة لإثبات العكس بل يجوز للطرف الآخر المتعاقد مع الإدارة أن يثبت انتفاء الضرر أصلا أو انتفاء ركن الخطأ و متى انتفى أحد أركان المسئولية الموجبة للتعويض، فلا مجال عندئذ لاستعمال الحق المخول للإدارة بمقتضى العقد في اقتضاء التعويض لانعدام الأساس القانوني الذي يقوم عليه، ومن ثم ففي مثل هذه الأحوال لا ينطوي الإعفاء من الغرامة على تصرف بالمجان في أموال الدولة "[1].

وقد تعرضت هذه الفتوى لنقد من جانب بعض فقهاء القانون العام [2]، مما أدى لعدول الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع عن هذا الاتجاه. وقد تركزت هذه الانتقادات على أن قبول إثبات عدم تحقق ضرر يمكن أن يؤدي للإضرار بسير المرافق العامة بانتظام واطراد. وقد كان من أثر الانتقادات السابقة اعتماد الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع للاتجاه الذي يرى أن الضرر يفترض افترضا غير قابل لإثبات العكس.

فتؤكد الفتاوى اللاحقة الصادرة عن الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع أن " غرامة التأخير لا تعدوا أن تكون تعويضا للإدارة عما أصاب المرفق العام من ضرر مرده إخلال المتعاقد معها بحسن سيره، وهو ضرر مفترض يجيز لها جبره بفرض الغرامة فور تحقق الإخلال من جانب المتعاقد ودون أن تلزم الإدارة بإثبات حصول الضرر، كما لا يقبل من المتعاقد معها إثبات عدم حصوله، إذ أن جهة الإدارة في تحديدها مواعيد معينة لتنفيذ العقد، يفترض فيها أنها قدرت أن حاجة المرفق تستوجب التنفيذ في هذه المواعيد دون أي تأخير، واقتضاء الغرامة منوط بتقديرها باعتبارها القوامة على حسن سير المرافق العامة، وذلك دون حاجة إلى تنبيه أو إنذار أو اتخاذ أية إجراءات قضائية أخرى" [3].

---

[1] فتوى رقم برقم ٣٢٣ بتاريخ ١٩٥٩/٥/١٠، مجموعة المبادئ القانونى التى قررتها الجمعية العمومية فى شأن العقود الإدارية منذ إنشائها حتى عام ٢٠٠٥ ص ٦٩٨. والفتوى السابقة مذكورة أيضا مجموعة المبادئ القانونية التى قررتها المحكمة الإدارية العليا والجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع فى أربعين عاما من العقود الإدارية ، مرجع سابق ، ص ٥٥٣ .

[2] د. سليمان الطماوى ، الأسس العامة فى العقود الإدارية ،مرجع سابق، ص ٥١٣ .

[3] فتوى رقم ٥٢٢ صادرة فى ١٩٦٧/٥/٢٣، مجموعة المبادئ القانونية التى قررتها المحكمة الإدارية العليا والجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع فى العقود الإدارية حتى عام ١٩٩٥، مرجع سابق ص ٥٥٣.

كذلك فقد أفتت الجمعية في ظل القانون ٩ لسنة ١٩٨٣ بأن " مقتضى نص المادة ٢٦ في قانون تنظيم المناقصات والمزايدات الصادر بالقانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ والمادة ٩٢ من اللائحة التنفيذية للقانون الصادر بقرار وزير المالية رقم ١٥٧ لسنة ١٩٨٣، أن غرامة التأخير لا تعدوا أن تكون تعويضا للإدارة عما أصاب المرفق العام من ضرر مرده إخلال المتعاقد معها بحسن سيره، وهو ضرر مفترض يجيز لها جبره بفرض الغرامة فور تحقق الإخلال من جانب المتعاقد ودون أن تلزم الإدارة بإثبات حصول الضرر، كما لا يقبل من المتعاقد معها إثبات عدم حصوله، إذ أن جهة الإدارة في تحديدها مواعيد معينة لتنفيذ العقد، يفترض فيها أنها قدرت أن حاجة المرفق تستوجب التنفيذ في هذه المواعيد دون أي تأخير، واقتضاء الغرامة منوط بتقديرها باعتبارها القوامة على حسن سير المرافق العامة، وذلك دون حاجة إلى تنبيه أو إنذار أو اتخاذ أية إجراءات قضائية أخرى[1] .

نخلص من العرض السابق إلى أن مجلس الدولة يعتبر أن ركن الضرر في المسئولية الناشئة عن إخلال المتعاقد مع الإدارة بالتزامه بالتنفيذ في الميعاد يفترض افتراضا غير قابل لإثبات العكس. فبمجرد تحقق التأخير يثبت للإدارة الحق في توقيع غرامات التأخير على المتعاقد معها.

---

[1] فتوى رقم ١١٩٦ صادرة فى ١٩٩١/١٢/٢٨، مجموعة المبادئ القانونية التى قررتها الجمعية العمومية منذ نشأتها حتى عام ٢٠٠٤، ص ٧٣٠. وأنظر كذلك الفتوى رقم ٥٢٢ صادرة فى ١٩٦٧/٥/٢٣، مجموعة المبادئ القانونية التى قررتها المحكمة الإدارية العليا والجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع فى العقود الإدارية حتى عام ١٩٩٥، مرجع سابق، ص ٥٥٣.

المطلب الثاني

الطبيعة القانونية لغرامة التأخير

٣٠- الإشكال المتعلق بالطبيعة القانونية للغرامة. إن أحد أدق الإشكالات التي قد تعرض للباحث في موضوع غرامة التأخير هو المتعلق بالطبيعة القانونية لغرامة التأخير. فالفقه السائد في مصر وفرنسا يرى أن غرامات التأخير في العقود الإدارية هي في حقيقتها تعويضات جزافية للأضرار التي يمكن أن تنجم عن تأخر المتعاقد مع الإدارة في تنفيذ التزاماته في موعدها. ومع تسليم الفقه في كل من البلدين بأن لغرامات التأخير طابع جزائي، إلا أنهم يغلبون عليه طابع التعويض.

والحقيقة أن الفقه السائد في مصر لم يولي اهتماما خاصا لبحث الطبيعة القانونية لغرامة التأخير، مكتفيا في أغلب الأحوال بالسير على خطى الفقه الفرنسي في تغليبه للطابع التعويضي لغرامات التأخير. فالفقه المصري لم يولي عناية خاصة لبحث الاختلافات بين النظامين القانونين المصري والفرنسي، وما إذا كانت طبيعة غرامات التأخير في مصر تختلف عن نظريتها في فرنسا على ضوء المبادئ التي يقوم عليها كل من النظامين : المصري والفرنسي. فالحقيقة أن بحث طبيعة غرامة التأخير من هذا المنظور يمكن أن يقود لملاحظة هامة : اختلاف الطبيعة القانونية لغرامة التأخير في مصر عن فرنسا.

ولذلك فسوف نعرض لتكييف غرامة التأخير في العقود الإدارية محللين بشيء من التفصيل موقف الفقه والقضاء في كل من مصر وفرنسا. ومتى وجدنا التكييف المناسب لغرامة التأخير كان من السهل التمييز بينها وبين النظم القانونية التي قد تختلط بها نظرا للتشابه بين غرامة التأخير وبين هذه النظم في العديد من القواعد الحاكمة لهم .

وعلى ذلك سوف نتولى البحث في هذا الموضوع على النحو التالي :

الفرع الأول:- تكييف غرامات التأخير.

الفرع الثاني :- التمييز بين غرامة التأخير والنظم التي قد تختلط بها .

الفرع الأول

تكييف غرامة التأخير

٣١- **تحديد الطبيعة القانونية للغرامة يرتبط بتكييفها.** إن تحديد الطبيعة القانونية لغرامات التأخير يعني في الأساس البحث عن تكييف لها ؛ والتكييف بصفة عامة هو عملية قانونية تهدف لرد الشيء للطائفة القانونية التي ينتمي إليها[1]. فالتساؤل المطروح حول طبيعة غرامات التأخير يهدف لإدراج هذه الغرامات في الطائفة القانونية التي تنتمي إليها. ولتكييف غرامات التأخير أهمية كبيرة إذ أنه يساعد في فهم الأحكام الخاصة بهذه الغرامة في العقود الإدارية. ويساعد فهم الطبيعة القانونية لغرامات التأخير في العقود الإدارية في إيجاد حلول للفروض والمسائل التي لا ينظمها نص خاص.

وسوف نتولى أولاً بيان تكييف غرامات التأخير في فرنسا، ثم نتولى ثانيًا البحث في تكييف غرامات التأخير في مصر.

أولاً :- تكييف غرامات التأخير في فرنسا

٣٢- **تكييف غرامات التأخير بأنها تعويضات جزافية يتوافق مع المبادئ التي يقوم عليها النظام القانوني الفرنسي.** يعرف فقه القانون العام في فرنسا غرامات التأخير بأنها مبالغ مالية محددة جزافا ينص عليها في العقد تحسبا لتأخر المتعاقد مع الإدارة عن المواعيد المحددة للتنفيذ[2]. ويرى الجانب الراجح في الفقه الفرنسي أن الغرامة تشبه في طبيعتها الشروط الجزائية التي تنص عليها عقود

---

[1](Ch.)Vautrot-Schwarz, *La qualification juridique en droit administratif*, Paris, L.G.D.J, 2010.

[2]C. GUETTIER, *Droit des contrats administratifs*, PUF, 2008, n° 5380: ALLAIREF (F.), *L'Essentiel du droit des marchés publics*, Paris, Gualino éditeur, 2e ed, 2009, p.169: C BRECHON-MOULENES Ch. (sous la dir. de), DE GERY (P.), RICHER (L.), ROUQUETTE (R.) et TERNEYRE (Ph.), *Droit des marchés publics*, Le Moniteur.1993.

القانون الخاص. ولغرامة التأخير في فرنسا هدفان : وقائي وتعويضي[1]. أما الجانب الأول : فيشير لطبيعة غرامة التأخير كجزاء عقدي؛ المقصود منه تحقيق الردع بأغراضه العام والخاص. ففي تمكين الإدارة من توقيع الغرامة تهديد للمتعاقد معها حتى لا يقدم على الإخلال بالتزاماته. وهو ما يعبر عنه بالطابع الوقائي لغرامات التأخير. فهي تردع المتعاقد مع الإدارة عن الإخلال بالتزاماته العقدية. كذلك فإن في توقيع الغرامة على المتعاقد المقصر بتأخره ما يدفعه إلى الإسراع بالتنفيذ تفاديا لتعظام قيمة الغرامة. وأخيرًا، فإن توقيع الغرامة على المتعاقد المقصر سوف يكون رادعا له في المستقبل. فيحرص على تنفيذ التزاماته العقدية في المستقبل في موعدها ووفقا للبنود المتفق عليها تفاديا لتكرارها.

أما عن الجانب التعويضي للغرامة، فإن في قيمة الغرامة تعويض عن الأضرار التي تلحق بالإدارة نتيجة لعدم تنفيذ المتعاقد لالتزاماته في موعدها. فهي بمثابة تعويض متفق عليه مسبقا في العقد هدفه إصلاح الأضرارالناتجة عن تأخر المتعاقد في التنفيذ.

والحقيقة أن الفقه السائد في فرنسا لم يجانبه الصواب في اعتبارها الغرامة إحدى صور التعويضات الجزافية. فغرامة التأخير في العقود الإدارية تجد ما يناظرها في القانون المدني الفرنسي. فالمادة ١٢٢٦ من القانون المدني الفرنسي تجيز نظام الشرط الجزائي clause pénal

بنصها على أن " الشرط الجزائي هو الذي بمقتضاه يلتزم شخص، من أجل تأكيد تنفيذ اتفاق، بإعطاء شيء في حالة عدم التنفيذ"[2].

وعندما يترجم الشرط الجزافي في صورة دفع مبالغ معينة من قبل المتعاقد المخل فإنه يأخذ طابع التعويض الجزافي. ويسير القضاء في فرنسا على اعتبار التعويض الجزافي نوع من أنواع الجزاءات العقدية. وترسم المادة ١١٥٢ من القانون المدني الفرنسي النظام القانوني للتعويضات الجزافية في فرنسا. فقد كانت هذه المادة قبل تعديلها سنة ١٩٧٥، تنص على أنه " عندما ينص العقد على أن من يخل بالتزامه

---

[1] M. LEFONDRE, *op.cit.,* p.24.

[2] L'article 1226 du code civil français dispose que " La clause pénale est celle par laquelle une personne, pour assurer l'exécution d'une convention, s'engage à quelque chose en cas d'inexécution".

بالتنفيذ يدفع مبلغ معين من المال على سبيل التعويض، فلا يمكن مطالبة الطرف الآخر بمبلغ أكثر أو أقل "[1].

وبالتالي يتحقق موجب توقيع الشرط المحتوي على الغرامة بمجرد تحقق التأخير[2]. ولم يكن من حق المتعاقد المقصر ادعاء عدم تحقق ضرر أو أن الضرر المتحقق كان أقل من المبلغ المقدر كغرامة[3]، وذلك إعلاء لمبدأ سلطان الإرادة. ولذات السبب كان القاضي المدني في فرنسا قبل تعديل ١٩٧٥ محروما من المساس بمبلغ الغرامة حتى ولو وصل لحد ظاهر المغالاة أو ضئيل القيمته[4].

وقد عدلت المادة ١١٥٢ بمقتضي القانون الصادر في ٩ يوليو ١٩٧٥ ليضيف إليها المشرع الفرنسي فقرة ثانية تقضي بأنه "ومع ذلك، يستطيع القاضي، حتى من تلقاء نفسه أن يخفض أو يزيد المبالغ المتفق عليها إذا كانت مغالى فيها بطريقة ظاهرة أو تافهة القيمة. ولا يعتد بأي شرط مخالف"[5].

ونخلص من العرض السابق لنظام الشرط الجزائي في فرنسا إلى أن هذا الأخير يتقارب لحد بعيد مع غرامة التأخير في العقود الإدارية. فأمام غياب النص القانوني الذي ينظم غرامات التأخير في نطاق القانون الإداري، وانطلاقا من وحدة جوهر العقد : الإداري أو المدني، فهو قائم على تلاقي إرادتين على تحقيق أثر قانوني معين، وإعلاء لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين أقر القاضي الإداري حق الإدارة في تقاضي كامل التعويضات المحددة في العقد نتيجة للتأخير في تنفيذه، وذلك بمجرد تحقق التأخير وبغض النظر عن مقدار وقيمة الأضرار التي تحققت.

---

[1] La première version de l'article 1152 disposait que « Lorsque la convention porte que celui qui manquera de l'exécuter payera une certaine somme à titre de dommages intérêts, il ne peut être alloué à l'autre partie une somme plus forte, ni moindre.

[2] 3e Civ. 12 janvier 1994, *BICC*, n° 585, du 1 avril 2004 .

[3] 3e Civ, 20 décembre 2006, *BICC*, n° 659 du 15 avril 2007.

[4] G. Paisant, Dix ans d'application de la réforme des articles 1552 et 1231, *RTC*, 1985, 647.

[5] L'alinéa 2 de l'article 1152 du code civil inséré par la loi du 9 juillet 1975 dispose que "Néanmoins, le juge peut, même d'offi ce, modérer ou augmenter la peine qui avait été convenue, si elle est manifestement excessive ou dérisoire. Toute stipulation contraire sera réputée non écrite ».

ويبدو أن قضاء مجلس الدولة الفرنسي يغلب الطابع التعويضي لغرامات التأخير. وأيه ذلك أن مجلس الدولة الفرنسي لا يقر بحق جهة الإدارة في توقيع غرامات التأخير على المتعاقد معها دون نص في العقد؛ فمن ناحية: يقر القاضي الإداري في قضاء مستقر بحق جهة الإدارة في توقيع الجزاءات العقدية بمقتضي قرار يصدر منها بالتطبيق لنصوص العقد، ودون حاجة للجوء إلى القضاء الإداري. فالرقابة القضائية لاحقة على توقيع الجزاء. وتخضع غرامات التأخير التي ينص عليها في العقود الإدارية لهذا الحكم. ومن ناحية أخري (وهذا هو موضع الخروج)، يقر القاضي الإداري الفرنسي بحق جهة الإدارة في توقيع الجزاءات التي تهدف لضمان تنفيذ بنود العقد دون حاجة لنص في العقد الإداري محل النزاع[1]. فحق الإدارة في توقيع هذه الجزاءات يستمد من قواعد القانون العام. أما الغرامة فهي في جوهرها جزاء عقدي يستهدف تعويض الإدارة عن الأضرار التي تنجم عن الإخلال بالالتزام بتنفيذ العقد في موعده أكثر مما تستهدف تنفيذ بنود العقد الإداري.

وانطلاقا من القواعد التي تحكم الشرط الجزائي في القانون المدني الفرنسي، تبنى القاضي الإداري من هذه القواعد ما لا يتعارض مع قواعد القانون الإداري. فغرامة التأخير تطبق بطريقة تلقائية بمجرد تحقق التأخير automatique. وغرامات التأخير في فرنسا دائما لها طابع جزافي forfaitaire، فلا يتطلب لتوقيعها إثبات ضرر أصاب الإدارة[2]. و لم يكن يسمح للمتعاقد مع الإدارة بالادعاء بغياب الضرر أو عدم تحققه[3]. وفي المقابل لم يكن من حق الإدارة أن تدعي أن الضرر المتحقق أزيد من مبلغ الغرامات المستحقة لها والتي ينص

---

[1] CE 13 mars 1912, *Quintyn*, Rec. P.362: CE, 30 mars 1928, *Ville de Lohans*, Rec., p.482: CE 6 mai 1985, *Office public d'HLM d'Avignon c/ Guichard*, RD. 1985.1706.

[2] CE 10 février 1971, *Bonnet*, Lebon tables p. 1104 : CE, 4 juin 1976, *société toulousaine immobilière*, Rec., p.303.

[3] CE 3 décembre 1920, *Fromassol*, précité: CE 5 janvier 1924, *Olivier* , Rec., p. 20 : CE 23 mai 1930, *Cie électrique de la Loire* , Rec., p. 549 : CE 10 février 1971, *Bonnet*, Rec., T. p. 1104 : CE 4 juin 1976, *Sté Toulousaine immobilière*, Rec., p. 303.

عليها العقد، فليس من حقها أن تطلب تعويض تكميلي[1]. فمتى رصد المتعاقدان جزاء معينا للإخلال بالتزام عقدي فلا يستطيع القاضي أن يستبدله أو يعدل فيه[2]. وكان مجلس الدولة يعتبر الغرامات المنصوص عليها في العقد يتعين أن تطبق حتى ولو أدى ذلك إلى جزاء مالي ظاهر المغالاة بالنظر الي الأضرار المتحققة أو المبلغ الإجمالي للصفقة وذلك إعلاء لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين[3].

وعندما عدلت المادة ١١٥٢ من القانون المدني بمقتضي القانون الصادر في ٩ يوليو ١٩٧٥ ليضيف إليها المشرع الفرنسي فقرة ثانية تقضي بأنه "ومع ذلك، يستطيع القاضي، حتى من تلقاء نفسه أن يخفض أو يزيد الغرامة المتفق عليها إذا كانت مغالى فيها بطريقة ظاهرة أو ضئيلة جدا. ولا يعتد بأي شرط يخالف ذلك"، فإن القاضي الإداري تبعه في ذلك. فقد قضى مجلس الدولة الفرنسي في حكمه بتاريخ ٢٩ ديسمبر ٢٠٠٨ أنه " من حق القاضي الإداري بناء على طلب الخصم صاحب المصلحة أن يخفض أو يزيد غرامات التأخير التي ينص عليها العقد الإداري بالتطبيق للمبادئ المنصوص عليها في المادة ١١٥٢ من القانون المدني، وذلك إذا كانت هذه الغرامات مغالى فيها بطريقة جد واضحة أو ضئيلة جدا وذلك بالنظر لقيمة الصفقة"[4]

ومن الناحية النظرية، لا توجد في أحكام مجلس الدولة ما يمنع من النص على غرامة التأخير كجزاء على تأخر الإدارة في الوفاء بالتزاماتها. وهو الفرض الممتنع عملا والذي يصرح بعض الفقهاء بإمكانه نظريا[5]. فالإدارة هي الطرف الأقوى فعليا في العقد والذي يستطيع بالتالي فرض شروطه. فالمتعاقد مع الإدارة لا يتمتع في الواقع بحرية كاملة في مناقشة شروط الغرامة وبنودها، وذلك لأن الإدارة تتعاقد في الغالب الأعم وفقا لنماذج معدة سلفا تنص على الغرامة.

والعرض السابق يبين لنا أن النظام القانوني لغرامة التأخير في العقود الإدارية لا يشذ كثير في جوهره عن نظام الشروط الجزائية المعروفة في إطار

---

[1] CE 21 novembre 1934, *Dupond* , Rec., p. 1085 : CE 28 mars 1945, *Clauzier* , Rec., p. 69 : CE 15 mai 1987, *Hôpital rural de Breil-sur-Roya*, RDP, 1988, p. 1427

[2] CE,31 mai 1907, *Desplanques*.Rec. 513.

[3] CE 14 juin 1944, *Sekoulounos*, Rec., p. 16

[4] CE, 29 décembre 2008, *OPHLM de Puteaux*, n°296930, Rec., p. 385.

[5] C. GUETTIER, *Droit des contrats administratifs*, PUF, 2008, n° 5373

القانون الخاص في فرنسا. فتكييف القضاء ومن خلفه فقه القانون العام في فرنسا للغرامة بأنها تنتمي لطائفة التعويضات الجزافية[1]، إنما ينبع من منطلق المبادئ التي تهيمن على النظام القانوني الفرنسي .

أما ما أضافه تطبيق نظام غرامات الإخلال في نطاق القانون العام (العقود الإدارية)، فهو حق الإدارة في فرض هذه الغرامات واقتضائها بالطريق المباشر ودون حاجة للجوء للقضاء، متى ثبت حق الإدارة في توقيعها بنص في العقد الإداري محل النزاع. فوفقا لقضاء مجلس الدولة المستقر[2]، فإن الإدارة من حقها تنفيذ الجزاءات التي تتضمنها بنود العقود التي تبرمها دون حاجة للجوء إلي القضاء.

مما تقدم نخلص لأن اعتبار غرامات التأخير التي ينص عليها في العقود الإدارية أحد أنواع التعويضات الجزافية هو تكييف مستساغ في فرنسا لتوافقه مع المبادئ التي يقوم عليها النظام القانوني الفرنسي.

ثانيا: تكييف غرامات التأخير في مصر.

٣٣- تأثر الفقه والقضاء في مصر بالتكييف الفرنسي لغرامات التأخير. يسير فقه وقضاء القانون العام في مصر في تكييفه لغرامات التأخير على خطى نظيره الفرنسي. فيرى الجانب الراجح في الفقه والقضاء أن غرامات التأخير هي أحد أنواع التعويضات الجزافية. ولكن الحقيقة أن التكييف السابق يمكن أن يوجه له العديد من الانتقادات لعدم توافقه مع القواعد التي يقوم عليها النظام القانوني المصري.

في محاولة للوصول لتكييف مستساغ لغرامات التأخير في العقود الإدارية، فإننا سوف نبحث بتفصيل أكبر أولا في تكييف غرامات التأخير في الفقه والقضاء في مصر، ثم نعرض ثانيًا لرأي الباحث.

أ. تكييف غرامات التأخير في الفقه والقضاء في مصر

---

[1] L. RICHER, *Droit de contrats administratifs*, 1er Ed., LGDJ, 1995, p. 206: C. GUETTIER, *Droit des contrats administratifs*, op. cit., n° 5380.

[2] CE , 27 janvier 1933, *Le Loir*, Rec. P.136 : CE, 21 mai 1982, *Société de protection intégrale du bâtiment*, Rec., p.183.

سوف نتناول أولاً تكييف غرامات التأخير في فقه القانون العام في مصر، ثم نبحث ثانيًا هذا التكييف في قضاء وفتاوى مجلس الدولة المصري.

١. التكييف الفقهي لغرامات التأخير في مصر

٣٤- تأثر فقه القانون العام في مصر بالتكييف الفرنسي. يرى الجانب الراجح في مصر أن غرامات التأخير هي عبارة عن تعويضات جزافية لمواجهة حالة التأخير في تنفيذ التزام عقدي[١].

ويرتبون على هذا التحديد للطبيعة القانونية للغرامات باعتبارها تعويضا جزافياً النتائج التالية :

١. أنها تنطبق في حالة تأخر المتعاقد في تنفيذ التزاماته دون اشتراط ثبوت ضرر لحق بالإدارة من جراء هذا التأخير[٢]. ولا يستطيع المتعاقد مع الإدارة – لإعفائه – إثبات أن تأخره في تنفيذ التزاماته لم ينتج عنه أية أضرار للإدارة [٣].

٢. بما أن شرط الغرامة شرط عقدي، فإن كلا من طرفي العقد يستطيع أن يتمسك به في مواجهة الآخر، وبذلك ليس من حق الإدارة أن تطلب تعويضات تزيد عن القيمة الجزافية المحددة في هذا الشرط، بقصد إصلاح الأضرار جميعها التي تحملتها الإدارة من جراء خطأ المتعاقد[٤]. كذلك فإنه

---

[١] د. هارون عبد العزيز الجمل، النظام القانونى للجزاءات فى عقد الأشغال العامة ، مرجع سابق، ص ١٣٨ ،: د. عبد المجيد فياض، نظرية الجزاءات فى العقد الإدارى، مرجع سابق ، ص ١٦٨: د. عاطف سعدى على، عقد التوريد الاداري بين النظرية والتطبيق ، مرجع سابق ، ص٤٥٧ : د. نصر الدين بشير ، غرامة التأخير فى العقد وأثرها فى تسيير المرفق العام، مرجع سابق، ص ٣٢ : د. سليمان الطماوى، الأسس العامة للعقود الإدارية ، مرجع سابق، ص ١٧٠: د. ماجد راغب الحلو ، العقود الإدارية ، مرجع سابق، ص ١٥٥: د. عثمان عياد، مظاهر السلطة العامة فى العقود الإدارية ، مرجع سابق، ص ٣٤٥.

[٢] د. هارون الجمل ، مرجع سابق ، ص ١٣٩.

[٣] د. عبد المجيد فياض ، مرجع سابق ، ص ١٧٠ .

[٤] د. عبد المجيد فياض ، مرجع سابق ، ص ١٧١ .

ليس من حق المتعاقد أن يطلب إنقاص قيمة الغرامة عن معدلها المنصوص عليه في العقد، مدعيا أنها تزيد عن قيمة الضرر الناتج عن التأخير[1] .

٣. إذا لم ينص على غرامة التأخير في العقد ، فإن ذلك لا يعنى إغفال مدد التأخير[2] إنما ينطبق نظام التعويض طبقا للقواعد العامة وليس النظام الاستثنائي للتعويضات ، حيث لا يكون التنازل إلا إذا تنازلت الإدارة بوجه قطعي ؛ ودون أدنى شك في التمسك بهذه المدد[3] .

٤. لا يوجد ما يحول دون الجمع بين الغرامة كتعويض جزافي، وبين الجزاءات الضاغطة، وكذلك الجزاءات الفاسخة [٤].

٢. التكييف القضائي لغرامة التأخير

٣٥- تأثر مجلس الدولة المصري في تكييفه للغرامة بنظيره الفرنسي.
تصرح الأحكام الصادرة من مجلس الدولة المصري بأن غرامات التأخير هي صورة من صور التعويض الاتفاقي. و تقرر المحكمة الإدارية العليا بوضوح أن " غرامة التأخير التي ينص عليها قانون المناقصات المزايدات، وتقضى بها العقود الإدارية هى وفقا للتكييف القانوني الصحيح صورة من صور التعويض الاتفاقي يرتضيه الطرفان سلفا نظير الضرر الناشئ عن التأخير "[5]. وتقرر ذات المحكمة كذلك أنه " من المسلمات في فقه القانون الإداري، أن غرامة التأخير لا تعدوا أن تكون تعويضا جزائيا عما أصاب المرفق العام من ضرر مرده إخلال المتعاقد

---

[1] د. عاطف سعدى ، مرجع سابق ، ص ٤٥٧ .
[2] د. نصر بشير ، مرجع سابق، ص ٣٣ ، وهو يشير إلى الفقيه الفرنسى " جيز "
[3] د. هارون الجمل ، مرجع سابق ص ١٧٢ ، وهو يشير إلى الفقيه الفرنسى " جيز "
[٤] د. عاطف سعدى ، مرجع سابق ، ص ٤٥٨ : د. عبد المجيد فياض، مرجع سابق، ص ١٧٢ : د. نصر بشير ، مرجع سابق ، ص ٣٣.
[5] الحكم في الطعن رقم ٢٥٧٧٤ لسنة ٥٥ق.ع، بتاريخ ٢٠١٥/٣/٢٤: فى ذات المعنى، الحكم في الطعن رقم ٨٦٤٣ لسنة ٥٠ ق . عليا، ٢٠١٥/٦/١٦، لم ينشر بعد.

بحسن سيره، وهو ضرر مفترض يجيز للإدارة جبره، بفرض الغرامة إذا ما توافرت شروط استحقاقها بحصول الإخلال من جانب المتعاقد معها " [1].

كذلك فإن الفتاوى الصادرة عن الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع تؤكد اعتماد الجمعية لذات التكييف، فقد أفتت في الفتوى رقم ٥٢٨ الصادرة في ١٩٩١/٦/٣ بأن " هذه الغرامة في تكييفها القانوني الصحيح صورة من صور التعويض الاتفاقي. فيلزم لتوقيعها توافر أركان المسئولية الموجبة للتعويض وأبرزها ركن الخطأ. وإعفاء المتعاقد مع الإدارة من غرامات التأخير متى انتفي الخطأ لا يقتضى اتخاذ إجراءات التنازل عن أموال الدولة " [2].

ب. رأى الباحث

٣٦- **توقيع الغرامة غير مرتهن بتحقق ضرر.** الحقيقة أننا نرى أن الغرامات التي ينص عليها في العقود الإدارية لا يمكن أن تكون صورة من صور التعويض الاتفاقي. ذلك أن التعويض الاتفاقي لابد أن يقابله ضرر. فالتعويض ليس إلا جبرا لضرر. وفى القانون المصري فإن حق المضرور في التعويض لا يمكن أن يقوم إلا باجتماع ثلاثة عناصر: الخطأ والضرر وعلاقته السببية بين الخطأ والضرر. بغير اجتماع هذه العناصر لا يمكن أن يستحق التعويض. في حين أننا لو نظرنا للغرامة فسوف نجد أن أحكام القضاء مستقرة على أن الضرر مفترض افتراضا غير قابل لإثبات العكس. فاستحقاق الغرامة غير مرهون بإثبات الإدارة لضرر أصابها " فالغرامة المنصوص عليها في العقد توقعها الإدارة من تلقاء نفسها، وبمجرد وقوع المخالفة التي تقررت الغرامة جزاء لها، ولا يتوقف استحقاق

---

[1] حكم رقم ١٧٧٢ لسنة ٢٩ ق.ع، صادر فى ١٩٨٥/٢/٥، مجموعة المبادئ القانونية التى قررتها المحكمة الإدارية العليا والجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع فى العقود الإدارية فى أربعين عاما، صادرة فى ١٩٩٥ ، مرجع سابق ،ص٤٩٥.

[2] فتوى رقم ٥٢٨ صادرة في ١٩٩١/٦/٣، سبق ذكرها.

الغرامة على ثبوت وقوع ضرر للإدارة من جراء إخلال المتعاقد بالتزاماته[1]. بل إن القضاء لا يسمح أساسا للمتعاقد مع الإدارة بإثبات انتفاء ركن الضرر[2] .

فالأمر إذا لا يتوقف عند حد افتراض الضرر، بل إن الأمر يتعلق بعدم اشتراط الضرر أساسا لاستحقاق الإدارة لغرامة التأخير. فالنتيجة المنطقية لعدم السماح للمتعاقد مع الإدارة بإثبات أنه ليس ثمة ضرر قد أصاب الإدارة من جراء تأخيره وأن هذا الضرر يفترض افتراضا غير قابل لإثبات العكس هي أن الضرر ليس شرطا لازما لقيام هذه المسئولية .

بل إن أحكام القضاء الإداري تصرح بما لا يدع مجالا للشك بأن " الغرامة لا يشترط لاستحقاق الإدارة لها تحقق ضرر أصلا وتوقع الغرامة بمجرد حصول التأخير ولو لم يترتب عليه أي ضرر دون حاجة إلى تنبيه أو إنذار أو اتخاذ أية إجراءات قضائية أخرى[3] .

وكذلك الحال بالنسبة للفتاوى الصادرة من الجمعية العمومية " فتوقيع هذه الغرامة واجب على جهة الإدارة بمجرد حدوث التأخير دونما استلزام تحقق ضرر من جراء هذا التأخير"[4] .

وإذا كان ما تقدم حال أحكام القضاء، فإن قانون المناقصات والمزايدات السابق ، القانون ٩ لسنة ٨٣ ولائحته التنفيذية قد استبعدا الضرر صراحة من شروط توقيع الغرامة. فنصت المادة ٩٣ من اللائحة التنفيذية على حق جهة الإدارة

---

[1] حكم رقم ٥٣١٣ لسنة ٤٥ ق.ع، جلسة ٢٠٠٢/٦/٤ : حكم ١٢٩٥ لسنة ٣٤ ق.ع، صادر في ١٩٩٣/٦/٢٩، مجموعة القواعد القانونية التي قررتها المحمكة الادارية العليا والجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في أربعين عاما، مرجع سابق، ص ٤٩٤: حكم رقم ٢٥٥١ لسنة ٣١ ق.ع، صادر فى ١٩٨٩/٥/٣٠ ، المرجع السابق، ص ٤٩٩ .

[2] حكم ١٧٧٢ لسنة ٢٩ ق.ع، جلسة ١٩٨٥/٢/٥، المرجع السابق ، ص ٤٩٦ : حكم ٧٤١ لسنة ٢٧ ق.ع، صادر فى ١٩٨٥/٥/٢٨ ، نفس المرجع ، ص ٤٩٨ .

[3] حكم ٣٦٨٣ لسنة ق.ع، صادر فى ١٩٩٤/١١/٢٩، مجموعة القواعد القانونية التي قررتها المحكمة الادارية العليا والجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في أربعين عاما، مرجع سابق، ص ٤٩١ .

[4] فتوى رقم ٥٨١ بتاريخ ٢٠٠٢/٦/٩ : فتوى رقم ٦٥٧ بتاريخ ١٩٩٦/٨/١٩، مجموعة المبادئ التى قررتها الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع، مرجع سابق ، ص ٧٣٧. وأنظر فى افتراض تحقق الضرر وعدم السماح للمتعاقد مع الإدارة بإثبات انتفائه، فتوى رقم ٨٤٥، بتاريخ ١٩٦٥/٩/٦، نفس المرجع، ص ٧٤١: الفتوى رقم ٨٠٠ لسنة ١٩٩٩/١٢/١٣، نفس المرجع ،ص ٧٥٧، ٧٥٦ .

في توقيع الغرامة " بمجرد حصول التأخير **ولو لم يترتب عليه ضرر**، ودون حاجة إلى تنبيه أو إنذار أو اتخاذ أية إجراءات قضائية أخرى " .

أما بالنسبة للقانون الحالي القانون رقم ٨٩ لسنة ٩٨ ولائحته التنفيذية ، فبالرغم من عدم ورود نص صريح يستبعد الضرر من شروط توقيع الغرامة، إلا أن نصوص القانون ولائحته يستفاد منها ذلك. فالمادة ٢٣ من قانون المناقصات والمزايدات نصت على أسباب إعفاء المتعاقد من الغرامة وفرقت بين نوعين من الإعفاء : الوجوبي والجوازي، وأعطت السلطة المختصة الحق في إعفاء المتعاقد من الغرامة **إذا لم ينتج عن التأخير ضرر** . ولما كان الحق في الإعفاء الجوازى، خاضع للسلطة التقديرية لجهة الإدارة، تقدر مدى عذر المتعاقد معها في كل حالة على حد، فمعنى ذلك أن المشرع قد تصور حالات يمكن أن توقع فيها الغرامة رغم عدم تحقق ضرر.

كذلك فإن الإعفاء من الغرامة لا يكون إلا بعد ثبوت الحق في العقاب ومن ثم فإن حق الإدارة في توقيع الغرامة على المتعاقد معها يثبت حتى ولو لم ينتج عن التأخير ضرر فعلا .

٣٧-**استبعاد علاقة السببية تبعًا لاستبعاد ركن الضرر**. إذا فنصوص القانون وأحكام القضاء تقطع بأن الضرر ليس ركنا من أركان مسئولية المتعاقد مع الإدارة حتى يثبت حقها في توقيع الغرامة، ومتى استبعدنا الضرر كركن لمسئولية المتعاقد مع الإدارة عن التأخير، فإننا يجب أن نستبعد – وبصورة تلقائية – علاقة السببية. ذلك أن علاقة السببية هى الرابط بين الخطأ والضرر، فإذا انتفي ركن الضرر، فلا محل بالتبع لاشتراط علاقة السببية . فإذا استبعدنا ركني الضرر وعلاقة السببية من أركان المسئولية فلا يبقى عندئذ للمسئولية عن التأخير التي توقع بسببها الغرامة إلا ركن وحيد وهو ركن الخطأ المتمثل في الإخلال بالتزام تعاقدي .

٣٨-**الخطأ هو موجب توقيع الغرامة**. فالخطأ هو موجب توقيع الغرامة، وهذا ما تصرح به المادة ٢٣ من قانون تنظيم المناقصات المزايدات ٨٩ لسنة ٩٨ فهي تنص على أنه " إذا تأخر المتعاقد في تنفيذ العقد عن الميعاد المحدد له، جاز للسلطة المختصة لدواعي المصلحة العامة إعطاء المتعاقد مهلة إضافية لإتمام

التنفيذ، على أن توقع عليه غرامة عن مدة التأخير طبقا للأسس وبالنسب وفي الحدود التي تبينها اللائحة " .

كذلك فإن أحكام القضاء تصرح بأن الخطأ المتمثل في الإخلال بالتزام المتعاقد مع الإدارة، هو ركن المسئولية الوحيد " وتقوم الإدارة بتوقيع هذه الغرامة دون حاجة إلى صدور حكم بها وذلك متى توافرت شروط استحقاقها بحصول الإخلال العقدي من جانب المتعاقد المخل"[1].

كذلك الفتاوى الصادرة عن الجمعية العمومية، تحدد شرطا وحيدا لاستحقاق الغرامة. فالفتاوى الصادرة عن الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع تجري على الإفتاء بأنه " استقر القضاء الإداري على أن الغرامات التي ينص عليها في العقود الإدارية، توقعها جهات الإدارة من تلقاء نفسها دون حاجة إلى صدور حكم بها إذا توافرت شروط استحقاقها بحصول إخلال في تنفيذ العقد من جانب المتعاقد مع الجهة الإدارية "[2] .

إذا فالإخلال بالالتزام العقدي المتمثل في تنفيذ المتعاقد لالتزاماته التعاقدية في الموعد المحدد، هو موجب الغرامة وشرطها الوحيد. ولا تنتفي مسئولية المترتبة عن التأخير إلا بإثبات أن التأخير راجع لأسباب خارجة عن إرادته " كما حددت م ٢٣ من القانون ٨٩ لسنة ٩٨، أي بإثبات أن الإخلال راجع إما لقوة قاهرة أو لفعل الغير أو لفعل المتعاقد أي بإثبات السبب الأجنبي. ويلاحظ في هذا المقام أن السبب

---

[1] حكم ٨٤٣ لسنة ٢٦ ق.ع، صادر فى ١٩٨٢/١١/٢٠، مجموعة القواعد القانونية التي قررتها المحمكة الادارية العليا والجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في أربعين عاما، مرجع سابق، ص٥٠١ . وأنظر كذلك حكم ٦١ لسنة ق.ع صادر ١٩٦٠/٩/٢١، نفس المرجع ، ص ٤٩٠، وفيه قررت المحكمة أن " الغرامات التى ينص علىها فى تلك العقود توقعها جهة الإدارة من تلقاء نفسها ، دون حاجة إلى صدور حكم بها إذا ما توافرت شروط استحقاقها بحصول الإخلال من جانب المتعاقد معها ". وأنظر كذلك حكم رقم ١٣٤ لسنة ٢٤ ق.ع، صادر فى ١٩٨١/١/١٠، نفس المرجع، ص٥٤٢، وفيه قررت ان " غرامات التأخير التى توقع متى توافرت شروط استحقاقها بحدوث إخلال فى تنفيذ العقد من جانب المتعاقد مع الجهة الإدارية " .

[2] فتوى رقم ٨٤٥ ، صادرة فى ١٩٦٥/٩/٦، مجموعة القواعد القانونية التى قررتها الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع ، مرجع سابق ص٧٠١ : فتوى رقم ١٠١٢ فى ١٩٩١/١١/١٤، نفس المرجع ، ص ٧٢٥ وما بعدها. وفيها افتت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بأن " النصوص الواردة بقانون المناقصات والمزايدات الصادر بالقانون رقم ٩ لسنة ٨٣ ولائحته التنفيذية قضت بتوقيع غرامة التأخير لدى توافر شروط استحقاقها بإخلال المتعاقد مع الجهة الإدارية بشروط تعاقده، وقعوده عنها وتراخيه فى تنفيذ التزاماته فى الموعد المضروب له".

الأجنبي مكانه في نظرية المسئولية العقدية هو علاقة السببية بين الخطأ والضرر، ولكننا نلاحظ أن المشرع قد حدد دوره هنا في ركن الخطأ المتمثل في التأخير. وهو ما يدل على استبعاد المشرع لركن السببية من شروط توقيع الغرامة. فإذا كان التأخير راجع لسبب أجنبي، فإن مؤدى ذلك انتفاء الخطأ: الإخلال، **ومن ثم يتضح بجلاء أن الخطأ هو ركن المسئولية الوحيد.**

وإذا كان من الممكن في مقام تكييف الغرامة بأنها، تعويض اتفاقى – أيا كانت صورته أو طبيعته – التغاضي عن اشتراط إثبات الضرر وجعله مفترضا[1] ، والتغاضي أيضا عن اشتراط صدور حكم قضائي لتقريرها، والتغاضي كذلك عن اشتراط الإنذار أو اتخاذ أية إجراءات قضائية، وتعليل ذلك كله بخصوصية القانون الإداري وأهدافه وضرورات سير المرافق العامة بانتظام واطراد، إلا أنه لا يمكن أبدا التغاضي عن اشتراط الضرر أصلا وبالتبع علاقة السببية. لأن التعويض في حقيقته هو جبر لضرر عقدي، فالضرر عنصر لازم لكل تعويض. ولا يتصور تعويض يقوم على ركن وحيد هو الخطأ المتمثل في الإخلال بالالتزام بالتنفيذ في الميعاد. فمتى استبعدنا عنصر الضرر وبالتبع علاقة السببية فمن الواجب أن نستبعد تبعا لذلك تكييف الغرامة بأنها تعويض .

ومما يؤكد ما تقدم أن المشرع جاء في عجز المادة ٢٣ من القانون ٨٩ لسنة ٩٨ لينص على أنه " ولا يخل توقيع الغرامة بحق الجهة الإدارية في الرجوع على المتعاقد بكامل التعويض المستحق عما أصابها من أضرار بسبب التأخير" . وهو ما يؤكد أن الغرامة ليست تعويضا بأي حال من الأحوال، فلو كانت الغرامة تعويضًا عن الأضرار التي تحدث بسبب التأخير لما كان هناك محلا لطلب التعويض طبقا للقواعد العامة في المسئولية العقدية، والتي تقضى بأنه متى توقع التعاقدات خطأ معينا ورصدوا له مبلغ معين على سبيل التعويض فلا يجوز الزيادة عنه. فالتعويض

---

[1] والحقيقة أن افتراض الضرر هو أمر معروف ومألوف فى المسئولية العقدية. فالضرر فى المسئولية العقدية يفترض بتحقق الخطأ متى كان هناك تقدير اتفاقى للتعويض كالشرط الجزائى إلا أن هذا الافتراض قابل دائما لإثبات العكس. فافتراض الضرر يقوم على قرينه بسيطة غير قاطعة ويمكن للطرف الأخر أن يثبت عدم تحقق ضرر من جراء خطاه أو أن انتفاء علاقة السببية بين خطأه والضرر الذى أصاب المتعاقد الأخر.
د. نبيل إبراهيم سعد ، النظرية العامة للالتزام ، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة، الجزء الأول ، مصادر الالتزام ، طبعة ٢٠٠٤، ص ٣٠٢ : د. أنور سلطان ، النظرية العامة للالتزام، ، الجزء الثانى أحكام التزام ، الإسكندرية، منشأ المعارف ، ص ٧٨ ، ٧٩.

في المسئولية العقدية لا يكون إلا بناء على الضرر المتوقع فقط ما لم يحدث غش أو خطأ جسيم حسبما تقرر المادة ٢٢١ من القانون المدني المصري. و حتى لو افترضنا أن هذا التعويض تكميلي استثناء من القواعد العامة فإن الأمر لن يستقيم . فالمشرع في المادة ٢٣ من قانون المزايدات والمناقصات قد نص صراحة على أن التعويض كامل. والتعويض الكامل هو الذي يشمل كل ما لحق المتعاقد الآخر من خسارة وما فاته من كسب. ولم ينص المشرع على إجراء الخصم. وبالتالي فسوف تتقاضى الإدارة تعويضين عن خطا واحد، وهو ما لا يجوز قانونا. أما لو قلنا بأن التعويض هو عن الأضرار أما الغرامة التأخيرية فهي تعويض عن التأخير فقط، فإن الأمر أيضا لن يستقيم. فالتأخير في حد ذاته هو خطأ وليس ضرر، فالتأخير يمثل الخطأ العقدي بعدم تنفيذ المتعاقد لالتزاماته في الميعاد. ومن ثم فالغرامة توقع عن خطا وليس عن ضرر.

ونخلص من العرض السابق إلي أن تكييف غرامة التأخير بأنها تعويض جزافي يتناقض مع المبادئ التي يقوم عليها النظام القانوني في مصر.

ويلاحظ أن عدم إتساق تكييف غرامات التأخير بأنها تعويضات جزافية مع افتراض الضرر افتراضا غير قابل لإثبات العكس لم يكن خافيا على المتقاضين. وهو ما دفع بعضهم للدفع أمام القضاء الإداري بعدم دستورية نص المادة ٨١ من اللائحة التنفيذية للقانون ٩ لسنة ١٩٨٣ فيما تضمنته من توقيع غرامة التأخير بمجرد حصول التأخير ولو لم يترتب عليه أي ضرر دون حاجة إلى تنبيه أو إنذار. فغرامات التأخير بهذه المثابة تبدو تعويضات لا تقابلها أضرار. ولكن المحكمة الإدارية العليا قد التفتت عن هذا الدفع مبررة ذلك بعدم جديته. فقد قضت المحكمة الإدارية العليا بجلسة ٢٠١٢/٣/٢٧ بأنه " ومن حيث إنه عن الطعن رقم ١٢١٥٧ لسنة ٤٩ ق. عليا وعن الدفع المبدى من الطاعن بعدم دستورية المادة (٨١) من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ والصادرة بقرار وزير المالية رقم ١٥٧ لسنة ١٩٨٣ فيما نصت عليه من توقيع غرامة التأخير بمجرد حصول التأخير ولو لم يترتب عليه أي ضرر دون حاجة إلى تنبيه أو إنذار، فإن ذلك مردود بما هو مقرر من أن غرامات التأخير لا تعدو أن تكون تعويضاً اتفاقياً جزائياً عما أصاب المرفق العام من ضرر مرده إخلال المتعاقد بحسن سيره وهو ضرر مفترض يجيز للإدارة جبره بفرض الغرامة إذا توافرت شروط إستحقاقها بحصول الإخلال من جانب المتعاقد معها فلها أن تستنزل قيمتها من المبالغ التي عساها تكون مستحقة له بموجب العقد دون أن تلتزم الإدارة بإثبات

حصول الضرر كما لا يقبل ابتداء من المتعاقد إثبات عدم حصوله على إعتبار أن جهة الإدارة في تحديدها مواعيد معينة لتنفيذ العقد يفترض فيها أنها قدرت أن حاجة المرفق تستوجب التنفيذ في هذه المواعيد دون أي تأخير فهي ضمان لتنفيذ العقد في المواعيد المتفق عليها حرصاً على حسن سير المرافق العامة بإنتظام وإطراد، الأمر الذي يكون معه هذا الدفع مفتقداً للجدية جديراً بالالتفات عنه "[1].

٣٩- **تكييف الغرامة بأنها عقوبة عقدية إدارية.** إذا فما هو التكييف القانوني السليم الذي يمكن أن ينطلي على غرامات التأخير التي ينص عليها في العقود الإدارية ؟

فلنتأمل معا الحكم التالي " غرامات التأخير التي ينص عليها في العقود الإدارية هى جزاء قصد به ضمان وفاء المتعاقد مع الإدارة بالتزاماته في المواعيد المتفق عليها حرصا على حسن سير المرفق العام بانتظام، وأنه يحق للإدارة أن توقع الغرامة المنصوص عليها في العقد من تلقاء ذاتها، بمجرد وقوع المخالفة التي تقررت الغرامة جزاءا لها ولا يتوقف استحقاقها على ثبوت وقوع ضرر للإدارة من جراء إخلال هذا المتعاقد بالتزامه ، وأنه لا يعفي منها إلا إذا أثبت أن إخلاله بالتزامه يرجع إلى قوة قاهرة أو إلى إخلال الإدارة المتعاقدة معه "[2].

فالصحيح أن غرامة التأخير جزاءُ، ولكن هذا الجزاء لا يهدف في الحقيقة إلى جبر ضرر لحق بالإدارة أو بالمرفق العام من جراء خطأ المتعاقد أي أنه ليس تعويضا [3] . وإنما هو **عقوبة عقدية إدارية تهدف لحماية مبدأ دوام سير المرافق**

---

[1] الحكم في الطعن رقم ١٢٠٩٥ لسنة ٤٩ ق. ع، ٢٠١٢/٣/٢٧، لم ينشر بعد.

[2] حكم رقم ٢٥٥١ لسنة ٣١ ق.ع، صادر فى ١٩٨٩/٥/٣٠ ، مجموعة القواعد القانونية التي قررتها المحكمة الادارية العليا والجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في أربعين عاما ، مرجع سابق، ص٤٩٩. وأنظر كذلك بذات الألفاظ الفتوى رقم ٦٦٨ صادرة فى ٢٠٠٤/٨/٢٥، مجموعة المبادئ القانونية التى قررتها الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع منذ إنشائها حتى عام ٢٠٠٥، ص ٧٨٢. وأنظر كذلك الفتوى رقم ٨٠٠ بتاريخ ١٩٩٩/١٢/١٣ ، المرجع السابق، ص ٧٥٧.

[3] من المعروف أن الجزاءات فى العقود المدنية تهدف إلى جبر الضرر الذى لحق بالمتعاقد من جراء خطأ الطرف الأخر فى العقد. فالتعويض هو جزاء مدنى يهدف لجبر الضرر الذى لحق بالطرف الأخر من جراء خطأ المتعاقد معه. ووفقا للقواعد العامة فإنه لا يصار إلى التعويض إلا إذا تعذر التنفيذ العينى للالتزام، فإذا أمكن التنفيذ العينى، ولم يكن فيه إرهاق للمدين بالالتزام، فيجبر المدين

العامة بانتظام واطراد. فحق الإدارة في توقيع غرامات التأخير على المتعاقد المخل يجد أساسه النظري في مبدأ الحفاظ على دوام سير المرافق العامة بانتظام واطراد [1]. فلا شك في أن هذا المبدأ سوف يتأثر تأثرا شديدا بالتأخير في تنفيذ العقود الإدارية التي تلبي حاجات المرافق العامة المختلفة.

والمقصود من تقرير هذه العقوبة هو تحقيق الردع بنوعيه العام والخاص. فغرامات التأخير في العقود الإدارية تهدف أولا لتوقي حدوث الإخلال من قبل المتعاقد معها. فوجود سلاح الغرامة بيد الإدارة فيه تهديد للتعاقد معها لتوقي حدوث التأخير عن المواعيد المحددة سلفا. فالتأخير سوف يقابل بجزاء شديد وهو الغرامة. وتهدف غرامات التأخير ثانيًا لحث المتعاقد المتراخي أو المخل مع جهة الإدارة على تنفيذ التزامه في أقرب وقت ممكن تفاديا لتعاظم قيمة الغرامة. كما أنها تهدف لزجر المتعاقد المخل ومنعه من تكرار هذه المخالفة " التأخير" في المستقبل.

ولنتأمل معا مرة أخرى[2]، الحكم التالي " من المسلمات في فقه القانون الإداري أن غرامات التأخير لا تعدوا أن تكون تعويضات اتفاقية عما أصاب المرفق العام من ضرر مرده إخلال المتعاقد بحسن سيره، وهو ضرر مفترض يجيز للإدارة جبره بفرض الغرامة إذا ما توافرت شروط استحقاقها بحصول الإخلال من جانب المتعاقد معها، فلها أن تستنزل قيمتها من المبالغ التي عساها أن تكون مستحقة له بموجب العقد دون أن تلتزم الإدارة بإثبات حصول الضرر، كما لا يقبل من المتعاقد إثبات عدم حصول الضرر على اعتبار أن جهة الإدارة في تحديدها مواعيد معينة

على الوفاء بالالتزام عينا. أما إذا لم يكن ممكنا أو كان فيه إرهاق شديد للمدين بالالتزام فعندئذ يصار إلى التعويض.

[1] وتقرر المحكمة الإدارية العليا أن " الحكمة من الغرامات التى ينص عليها فى العقود الإدارية هى ضمان تنفيذ هذه العقود فى المواعيد المحددة، حرصا على حسن سير المرافق العامة بانتظام واطراد ، وقد نصت المادة ٩٣ من لائحة المناقصات والمزايدات على حق الإدارة فى توقيعها بمجرد حصول التأخير، ولو لم يترتب عليه أى ضرر ودون حاجة إلى تنبيه أو إنذار أو اتخاذ أية إجراءات قضائية أخرى" .حكم رقم ٩٤ لسنة ٩ ق.ع صادر فى ١٩٦٥/١٢/١١، مجموعة القواعد القانونية التي قررتها المحمكة الادارية العليا والجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في أربعين عاما، مرجع سابق، ص٤٩٢. وأنظر كذلك حكم رقم ٧٤١ لسنة ٢٧ ق.ع، صادر فى ١٩٨٥/٥/٢٨، المرجع السابق، ص٤٩٥ ،٤٩٦ .

[2] الحكم في الطعن رقم ١٢٠٩٥ لسنة ٤٩ ق. ع، ٢٠١٢/٣/٢٧، سبق الاستشهاد بذات الحكم بمناسبة في أخر الفقرة السابقة، فقرة رقم ٣٨.

لتنفيذ العقد، يفترض أنها قدرت أن حاجة المرفق تستوجب التنفيذ في هذه المواعيد المتفق عليها حرصا على حسن سير المرافق العامة بانتظام واطراد"[1].

وبالرغم من أن المحكمة قد كيفت الغرامة في هذا الحكم بأنها تعويض اتفاقي إلا أنها جعلته " مرده إخلال المتعاقد بحسن سير المرفق العام". فالمحكمة تعتبر أن السبب في استحقاق التعويض انتهاك مبدأ دوام سير المرافق العامة بانتظام واطراد. والأصح أن انتهاك المبدأ يوقع عنه جزاء يهدف لزجر المتعاقد عن الانتهاك مرة أخرى ، وحثه على إتمام العمل في أقرب وقت ممكن. فانتهاك المبدأ هو في حد ذاته خطأ تعاقدي قد ينجم عنه ضرر فعلي وقد لا ينجم عنه ضرر فعلى، ولهذا استدركت المحكمة بالتأكيد على أن الإخلال هو شرط الغرامة الوحيد. أما اعتبار انتهاك المبدأ في كل الأحوال ينجم عنه ضرر مؤكد فهذا خطأ قانوني، لأن انتهاك المبدأ بتحقق حالة التأخر يمثل ركن الخطأ وهو ما قد ينجم عنه ضرر ، وقد لا ينجم عنه ضرر فعلى.

فالضرر ركن مستقل وقائم بذاته وهو شرط لا غنى عنه لكل تعويض . وهنا يكمن اللبس والخطأ فالمحكمة قد خلطت بين ركني الخطأ وهو ما يتحقق بالإخلال المتمثل في التأخير والذي يشكل انتهاك لمبدأ دوام سير المرافق العامة بانتظام واطراد ، وركن الضرر الذي يمكن أن يترتب كنتيجة لهذا الإخلال، فالضرر يمكن أن يتحقق كنتيجة لهذا الإخلال وعندئذ تستحق الإدارة تعويضا كاملا تطبيقا لعجز المادة ٢٣ من القانون ٨٩ لسنة ٩٨ . وهذا اللبس هو الذي أدى في الحقيقة إلى اعتبار أن الغرامة التي ينص عليها في العقود الإدارية كجزاء لإخلال المتعاقد هي تعويض اتفاقي .

ونخلص من العرض السابق إلي أن غرامات التأخير هي في الحقيقة جزاء يوقع على انتهاك مبدأ دوام سير المرافق العامة بانتظام واطراد. هذا الانتهاك يتحقق بإخلال المتعاقد بالتزامه بتنفيذ أداءاته العقدية في موعدها. وهذا الجزاء ليس جزاء مدنيا يهدف لجبر الضرر، أي أنه ليس تعويضا اتفاقيًا كما تقرر أحكام القضاء الإداري وفتاوى مجلس الدولة. فغرامات التأخير في العقود الإدارية تفتقر إلى العناصر الأساسية للتعويض الاتفاقي وفقا للمبادئ التي يقوم عليها النظام القانوني

---

[1] في ذات المعنى يراجع أيضا، الحكم رقم ١٧٧٢ لسنة ٢٩ ق.ع، ٥ /٢/١٩٨٥، مجموعة القواعد القانونية التي قررتها المحمكة الادارية العليا والجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في أربعين عاما ، مرجع سابق،ص ٤٩٥ ، ٤٩٦ .

في مصر. وهو أيضا ليس جزاء جنائيا. فالجزاء الجنائي يخضع لنظام قانوني خاص من أولياته وجوب أن تكون العقوبة قضائية، وهو ما لا يتوافر بلا شك في غرامات التأخير التي ينص عليها من العقود الإدارية. فهذه الأخيرة يثبت للإدارة الحق في توقيعها بنفسها بمجرد تحقق سببها دون حاجة إلى اللجوء إلى القضاء.

إذًا فنحن أمام جزاء إداري مستقل له هدفه الخاص وهو ضمان سير المرافق العامة بانتظام. هذا الجزاء الإداري له نظامه القانوني الخاص، وله أحكامه الخاصة التي تتماشى مع الفرع القانوني الذي ينتمي إليه وهو القانون الإداري. وهذا الأخير يعلي من شأن الإدارة في مواجهة المتعاقد معها لعلة معينة وهي أن الإدارة هي القوامة على حسن سير المرافق التي أنشئت لتحقيق المصلحة العامة بتقديم خدماتها لجمهور المنتفعين بها[1].

[1] وقد افتت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بأن " العقود الإدارية تتميز عن العقود المدنية بطابع خاص مناطه احتياجات المرفق الذى يستهدف العقد تسييره وتغليب وجه المصلحة العامة على مصلحة الأفراد الخاصة ، فينما تكون مصالح الطرفين فى العقود المدنية متوازية ومتساوية ، إذ بها فى العقود الإدارية غير متكافئة إذ يجب أن يعلو الصالح العام على المصلحة الفردية الخاصة، وهذه الفكرة هى التى أملت الأصل المقرر فى العقود الإدارية وفحواه أنه لا يجوز للمتعاقد مع الجهة الإدارية، أن يتقاعس أو يتراخى فى تنفيذ التزاماته ". فتوى رقم ٤٣ بتاريخ ٢٠٠٢/١/١٦ ، مجموعة المبادئ القانونية التى قررتها الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع منذ إنشائها حتى عام ٢٠٠٥ ، مرجع سابق، ص ٧٦٨.

الفرع الثاني

التمييز بين غرامة التأخير والأنظمة التي قد تختلط بها

٤٠- **التمييز بين غرامات التأخير والغرامة التهديدية والشرط الجزائي.** لعل من أكثر الأنظمة التي يمكن أن تختلط بغرامات التأخير في مصر نظام الشرط الجزائي ونظام الغرامة التهديدية ؛ ولكن الحقيقة أن نظام الغرامة التأخيرية يتميز عن كل منهما تميز واضح، وهذا التميز إنما يرجع في الحقيقة إلى اختلاف الطبيعة القانونية لكل نظام من هذه الأنظمة.

وسوف نتولى التميز بين كل نظام من هذه الأنظمة مبينين مظاهر الاختلاف والاتفاق بين كل منهم على النحو التالي :

أولاً التمييز بين غرامة التأخير والغرامة التهديدية .

ثانيًا التمييز بين الشرط الجزائي وغرامة التأخير.

أولاً :- غرامة التأخير والغرامة التهديدية

٤١- **ماهية الغرامة التهديدية:-** اللجوء إلى الغرامة التهديدية أو نظام التهديد المالي هو أمر شائع في تنفيذ العقود المدنية[1]. و الغرامة التهديدية هي مبلغ

[1] أنظر لتفصيل اكبر بصدد نظام الغرامة التهديدية ، د. توفيق حسن فرج، النظرية العامة للالتزام، الجزء الثانى أحكام الالتزام، الإسكندرية، بدون دار نشر، ، طبعة ١٩٧٧، ص ٢٥ وما بعدها : د. أنور سعيد سلطان ، النظرية العامة للالتزام ، الجزء الثانى أحكام الالتزام، الإسكندرية، منشاة

من المال يقضى بإلزام المدين بأدائه عن كل يوم أو شهر أو أسبوع أو أية فترة معينة من الزمن، أو عن كل إخلال يرد على الالتزام، ويقصد بهذه الغرامة التغلب على ممانعة المدين المتخلف عن الوفاء بالالتزام "[1].

الغرامة التهديدية كما يتضح من اسمها هي وسيلة لتهديد المدين المماطل وحمله على التنفيذ العيني للالتزام. يحكم بها القضاء مقترنة أو تالية للحكم بإلزام المدين بالتنفيذ. ولذلك يشترط حتى يستطيع القاضي الحكم بها أن يكون التنفيذ العيني للالتزام ممكنا[2]، وأن يكون التنفيذ العيني غير ممكن وغير ملائم إلا إذا قام به المدين بنفسه. ولذلك فلا حاجة إلى اللجوء إلى هذه الوسيلة عند لالتزام بإعطاء، بينما تجد مجالها في الالتزام بعمل إذا كان تدخل المدين الشخصي ضروري للتنفيذ ، وكذلك بالنسبة للامتناع عن عمل إذا ما أريد منع تكرار المخالفة في المستقبل[3].

والغرامة التهديدية ليست تعويضا[4] لأنها لا تقاس بالضرر، بل ولا يشترط وجوده أصلا. كما أنها ليست عقوبة خاصة لأن العقوبة واجبة التنفيذ، بينما الحكم بالغرامة حكم وقتي مصيره إلى التصفية وفقا للموقف النهائي للمدين. ولذلك فلا يجوز التنفيذ بموجبه على أموال المدين [5]. فالمدين إما أن يمتثل وينفذ التزامه عينا، وعندئذ فالقاضي يحط عن كاهله الغرامة ولا يكون هناك مجال إلا لإلزامه بالتعويض عن التأخير. وإما أن يصّر المدين على موقفه في الامتناع نهائيا، وعندئذ فإن القاضي يتحول إلى التعويض فالفرض أن التنفيذ غير ممكن وغير ملائم إلا إذا قام به المدين بنفسه. ويلاحظ أن القاضي في هذا الفرض الأخير يدخل تعنت المدين

المعارف، طبعة ١٩٩٩، ص ٦١ وما بعدها: د. نبيل إبراهيم سعد ، النظرية العامة للالتزام ، الجزء الثانى احكام الالتزام ، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة، طبعة ٢٠٠٢، ص ٣٥ وما بعدها

[1] مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى ، جزء ٢، ص ٥٤٠، مشار إليه لدى د. نبيل سعد ، المرجع سابق ، ص ٣٦ .

[2] تنص المادة ٢١٣ من القانون المدنى المصرى على أنه " إذا كان تنفيذ التزام عينا غير ممكن أو غير ملائم إلا إذا قام به المدين نفسه جاز للدائن أن يحصل على حكم بإلزام المدين بهذا التنفيذ وبدفع غرامة تهديديه إذا رأى القاضى أن مقدار الغرامة ليس كافيا لاكراه المدين الممتنع عن التنفيذ جاز له أن يزيد فى الغرامة كلما رأى داعيا للزيادة ".

[3] د. أنور سلطان ، مرجع سابق ، ص ٦٣.

[4] د. نبيل إبراهيم سعد ، مرجع سابق ، ص ٣٩ ، د. أنور سلطان ، مرجع سابق ، ص ٧٠.

[5] د. أنور سلطان ، مرجع سابق ، ص ٧٠.

وإصراره على عدم التنفيذ في حساباته عند تقرير مبلغ التعويض عن عدم التنفيذ المستحق .

٤٢- **تشابه غرامات التأخير مع الغرامة التهديدية في العديد من النقاط.** ومما سبق يتضح أن الغرامة التهديد تتشابه مع نظام غرامات التأخير الموجود في العقود الإدارية في الجوانب التالية . أولاً :- أن كل منهما وسيله تهدف إلى مواجهة موقف المتعاقد المتخلف عن الوفاء بالتزاماته. ففي كل منهما يحل أجل الوفاء بالتزام دون أن يوفي به المدين فيلجأ إلى كل منهما لحمل المتعاقد على تنفيذ التزامه في أقرب وقت ممكن من الوقت المحدد أصلا للتنفيذ. ثانيا:- أن كلا منهما غير مرتهن بإثبات ضرر حاق بالطرف الآخر من جراء عدم التنفيذ في الميعاد، ولا يشترط في مبلغ الغرامة في كل منهما أن يكون متناسبا مع الضرر الذي حاق بالطرف الآخر من جراء عدم التنفيذ في الميعاد[١].

٤٣- **اختلاف الطبيعة القانونية لغرامات التأخير عن الغرامة التهديدية يؤدي للعديد من نقاط الاختلاف.** ولكن فيما وراء ذلك فإن كلا منهما يختلف عن الآخر اختلافا كبيرا وهذه الاختلافات تنبع من اختلاف الطبيعة القانونية لكل منهما عن الآخر :

أولاً : الغرامة التهديديه لابد أن تجد مصدرها في الحكم القضائي فلا يتصور أن يوقعها أحد المتعاقدين على الآخر. أما غرامات التأخير المعروفة في العقود الإدارية فتستطيع جهة الإدارة أن توقعها بإرادتها المنفردة، دون حاجة إلى اللجوء إلى القضاء للحكم بها .

ثانيًا :- الغرامة التهديدية لا تعتبر دينا محققا في ذمة المدين بل يجب الانتظار لحين التصفية النهائية، ولذلك لا يجوز التنفيذ بالحكم الصادر بها على أموال المدين. بينما نجد أن غرامات التأخير تعد دينا محققا في ذمة المدين بمجرد تحقق سببها، ويمكن التنفيذ على أموال المدين الموجودة تحت يد الإدارة في أي وقت وسواء قام المدين بتنفيذ التزامه أم استمر في إخلاله ولم يقم بالتنفيذ. وهو ما يعنى أن الغرامة التهديدية ليست عقوبة في القانون المصري[٢] وإلا كان من الممكن تنفيذها بخلاف غرامة التأخير التي تعد عقوبة إدارية توقع بمناسبة العقد الإداري .

---

[١] د. توفيق حسن فرج ، مرجع سابق ، ص ٢٩.

[٢] يلاحظ أن المشرع فى فرنسا قد أعطى بالقانون الصادر فى ٥ يوليو ١٩٧٢، لنظام الغرامة التهديدية فعالية أكثر بإعادة تنظيمها من جديد ، فأقر النظام الجديد نوعين من الغرامة : أولا نظام

ثالثًا :- إن القاضي له سلطة تقديرية كاملة في تحديد مبلغ الغرامة التهديدية دون أن يتقيد في ذلك بأي قيد ، أما غرامة التأخير فإن القاضي مقيد في تحديدها دائما، إما باتفاق المتعاقدين وإما بنص القانون الذي حدد بدقة مبالغ الغرامة المستحقة عن واقعة إخلال المتعاقد بالتزامه بالتنفيذ في الميعاد .

ومن ما تقدم يتضح أن نظام الغرامة التهديدية يختلف عن نظام غرامات التأخير اختلافًا كبيرا ، وهذه الاختلافات إنما تنبع في الحقيقة من اختلاف الطبيعة القانونية لكل منها، فالغرامة التهديدية ليست إلا وسيلة تهديد مالية أما غرامة التأخير المعروفة في العقود الإدارية فهى عقوبة بالمعنى الدقيق للكلمة. وغرامات التأخير وإن كانت تتشابه في بعض الوجوه مع الغرامة التهديدية فإن ذلك مرده أن العقوبة من أغراضها تحقيق الردع الخاص بزجر المخل ومنعه من تكرار الإخلال ووقفه إن كانت المخالفة تتسم بطابع الاستمرار ،"أي تنطوي على معني التهديد" .

٤٤- مدى إمكان تبنى نظام الغرامة التهديدية في نطاق العقود الإدارية.

في البداية نود أن نشير إلى أننا سوف نقصر بحثنا على إستخدام الغرامة التهديدية كوسيلة قضائية لإجبار المتعاقد مع الإدارة على الوفاء بالتزاماته قبلها. فالحقيقة أن الغرامة التهديدية كنظام قضائي يهدف لكالفة الفاعلية لأحكام القضاء يمكن اللجوء إليه ليس فقط لإجبار المتعاقد مع الإدارة على الوفاء بالتزاماته، وإنما أيضا لإجبار الإدارة على الوفاء بالتزاماتها العقدية التي تأكدت بأحكام قضائية. وقد نظم المشرع الفرنسي بالفعل في قانون العدالة الإدارية الغرامة التهديدية (L'Astreinte)كوسيلة لإجبار الإدارة على احترام الأحكام الصادرة عن القضاء الإداري. على أن دراسة هذه الحالة تخرج عن نطاق بحثنا المخصص لدراسة الأنظمة التي يمكن أن تختلط بغرامات التأخير. وهذه الأخيرة لا يلجأ إليها إلا كوسيلة لإجبار المتعاقد مع الإدارة على الوفاء بالتزاماته العقدية قبل الإدارة. ولذلك نكتفي فيما بتعلق بدراسة الغرامة

الغرامة التهديدية المؤقتة وهو النظام السارى في مصر وله كافة السمات التقليدية لنظام الغرامة التهديدية ، ثانيا : الغرامة التهديدية النهائية حيث أجاز القانون للقاضى الحكم بالغرامة بصفة نهائية دون أن يقوم بتصفيتها، ولا يخفى أن النظام الثانى المستجد بموجب تعديل ٥ يوليو ١٩٧٢ هو عقوبة بالمعنى الدقيق للكلمة ولكنه منتقد بشدة فى فرنسا ، د.نبيل سعد ، المرجع سابق ، ص٤٠، ٤١ ،الهامش .

التهديدية كوسيلة لإجبار الإدارة على الوفاء بالتزاماتها بالإحالة لما سطره أساتذتنا في هذا الشأن[1].

وقد أثار التساؤل المتعلق بإمكان تطبيق نظام الغرامة التهديدية كوسيلة قضائية لإجبار المتعاقد مع الإدارة على تنفيذ التزامه عيننا خلافا واسعا في فقة القانون العام.

فيرى جانب من الفقه أنه لا حاجة إلى اللجوء إلى نظام الغرامة التهديدية أو التهديد المالي في نطاق العقود الإدارية. ذلك أن الإدارة تتوافر لها جزاءات ووسائل أخرى أشد قوة تكفل لها تنفيذ عقودها بما توجبه القاعدة الإدارية الشهيرة التي تؤكد وجوب سير المرفق العام بانتظام واطراد[2]. ولما كانت سلطات الإدارة فيما يتعلق بتوقيع الجزاءات المالية واسعة لحد كبير، فإن مجلس الدولة الفرنسي يجري على أن تلك الجزاءات تغنى الإدارة عن الالتجاء إلى نظام التهديدات المالية وبالتالي فلا محل لنظام التهديدات المالية – المعروفة في القانون الخاص – في نطاق العقود الإدارية[3].

بينما يرى رأى أخر أنه "من المفيد أن نبين أن هناك أحوال قد يتطلب فيها الأمر إعمال نظام الغرامة التهديدية في نطاق عقود الأشغال وغيرها من العقود الإدارية حيث لا يكون للإدارة بحكم الواقع أية وسائل سريعة وفعالة لكفالة تنفيذ العقد "[4]. ومن ثم يرى هذا الاتجاه الفقهي أنه لا مانع قانونًا من فرض الغرامة التهديدية على المتعاقد في العقود الإدارية وذلك لضمان التنفيذ. ويقرر أنه لا يوجد أي سبب قانوني مقبول يبرر حرمان السلطة العامة من تطبيق وسيلة إكراه قوية الأثر مثل الغرامة التهديدية إزاء المتعاقدين مع الإدارة، وعلى الأخص في عقد التزام المرافق العامة[5].

وقد قضت المحكمة الإدارية العليا بأن "التعويض التهديدى من الأساليب التي يجوز اتباعها في نطاق القانون العام شأنها شأن علاقات القانون الخاص

---

[1] لمزيد من التفصيل يراجع على وجه الخصوص، د. محمد باهي أبو يونس، الغرامة التهديدية كوسيلة لاجبار الإدارة على تنفيذ الأحكام القضائية، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠١.

[2] د. عبد المجيد فياض ، العقد الإدارى فى مجال التطبيق ، ص ٢٠٨ .

[3] د. سليمان الطماوى ، الأسس العامة للعقود الإدارية ، مرجع سابق ، ص ٥١٤ – ٥١٥.

[4] د. هارون عبد العزيز الجمل ، النظام القانونى للجزاءات فى عقد الأشغال العامة ، مرجع سابق، ص ١٦٨.

[5] د. توفيق شحاته ، عقد الالتزام ، بدون دار نشر، طبعة ١٩٥٦، ص ١٣١.

والمقصد منه حث المدين على وجه جدي حاسم للوفاء بالالتزام المقرر في الموعد المحدد تفاديا لأضرار تأخيرها ، فإذا ما استقر الإخلال بالالتزام واتضح أنه لم يكن مجرد تهديد المدين فيتعين الرجوع إلى الأصول المقررة فيستقر وصف التعويض ومناطه حدوث الضرر الناشئ عن عدم تنفيذ الالتزام أو التأخير في تنفيذه ومدى تعنت المدين وحينئذ يعود الأمر لرقابة القاضي في تحديد التعويض النهائي"[1].

ويرى الباحث أنه لا يوجد ما يمنع قانونا من الأخذ بنظام التهديد المالي في نطاق العقود الإدارية، وإن كانت الحقيقة أن تطبيقها في هذا المجال سوف يكون محدود الجدوى. ذلك أن الوسائل التي يقررها القانون الإداري للإدارة لتجبر المتعاقد معها على التنفيذ وبالذات غرامات التأخير ومصادرة التأمين أكثر جدوى بكثير لأن الغرامة التهديدية ليست نهائية فمصيرها في كل الأحوال إلى التصفية. أما العقوبات المالية كغرامة التأخير ومصادرة التأمين فهى نهائية وقاطعة. كما أن نظام الغرامة التهديدية يحتم اللجوء إلى قاضى العقد ليحكم بها بخلاف الجزاءات الأخرى التي تستطيع جهة الإدارة توقيعها من تلقاء نفسها وإلزام المتعاقد بها، بل وتحصيلها دون حاجة إلى اللجوء إلى القضاء .

ولكن الغرامة التهديدية قد تكون مع ذلك ذات فائدة في العديد من الأحوال، وذلك على الأخص في العقود التي لا يسرى عليها قانون المناقصات والمزايدات ولا ينص فيها على غرامات التأخير فإن الإدارة عندئذ لن تستطيع توقيعها خاصة إذا ما وضعنا في اعتبارنا أن التأمين النهائي قد تتجاوز الإدارة عن عدم الوفاء به ، صحيح أن هذه الفروض نادرة إلا أنها ممكنة عملا .

كذلك فإن الغرامة التهديدية يكون لها أثر في تحديد مبلغ التعويض النهائى، إذ أن القضاء بلا شك يدخل في حساب التعويض مدى العنت الذي أبداه المدين في امتناعه عن التنفيذ وعدم اكتراثه بالأحكام الصادرة بالغرامة التهديدية، وهو ما ينعكس أثره على الحكم بالتعويض ومقداره. وبناء على ما تقدم، فنحن لا نرى مانعا من الأخذ بنظام الغرامة التهديدية في العقود الإدارية .

---

[1] حكم رقم ٢٤٥ لسنة ٢٧ ق.ع ، ١٩٨٧/١٢/١٢، مجموعة القواعد القانونية التي قررتها المحمكة الادارية العليا والجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في أربعين عاما ،مرجع سابق ، ص ٤٨٦ – ٤٨٧.

ثانيًا: الشرط الجزائي وغرامة التأخير.

٤٥- **ماهية الشرط الجزائي.** الشرط الجزائي هو " اتفاق يقدر فيه الطرفان مقدما مقدار التعويض الذي يستحقه الدائن إذا لم ينفذ المدين التزامه أو إذا تأخر في تنفيذه "[١] . وسمي بالشرط الجزائي لأنه يوضع عادة كشرط ضمن شروط العقد الأصلي الذي يستحق التعويض على أساسه. والشرط الجزائي لا يعدو أن يكون تعويضا اتفاقيا عن عدم التنفيذ أو تعويض اتفاقى عن التأخر في التنفيذ .

٤٦-**عدم اختلاف طبيعة غرامات التأخير عن الشرط الجزائي في فرنسا.** وقد سبق أن بينا أن نظام الشرط الجزائي فى فرنسا لا يختلف كثيرا في طبيعته عن غرامات التأخير. فالفقه الراجح في فرنسا يذهب إلي أن غرامات التأخير لا تعدو أن تكون أحد تطبيقات الشروط الجزائية في مجال القانون العام[٢]. ومع ذلك فإنه يتعين أن يحكم القاضي بالشرط الجزائي في المواد المدنية. فلا يستطيع أحد المتعاقدين في المواد المدنية توقيع الشرط الجزائي على المتعاقد الآخر. وبالمقابل، فإن غرامات التأخير تستطيع الإدارة توقيعها بمجرد تحقق الإخلال ودون حاجة للرجوع إلى القضاء الإداري؛ فالرقابة القضائية لاحقة على استعمال الإدارة لسلطتها.

٤٧-**اختلاف طبيعة غرامات التأخير عن الشرط الجزائي في مصر.** أما في مصر، فان نظام الشرط الجزائي المعروف في القانون الخاص يختلف كثيرًا في جوهره عن نظام غرامات التأخير في العقود الإدارية. فيشرط لاستحقاق الشرط الجزائي كل ما يشترط لاستحقاق التعويض من خطأ وضرر وعلاقة سببيه. بالإضافة إلى أنه يجب أن يسبقه إعذار ما لم يتفق المتعاقدين على غير ذلك[٣] وأن يحكم به القضاء . وتبدو فائدة الشرط الجزائي في أنه إذا أتفق مقدما على تقرير التعويض فيكفي أن يثبت خطأ المدين فيفترض أن الدائن قد أصابه ضرر من جراء إخلال المدين بالتزامه العقدي. ومتى كان الضرر مفترضا فإن علاقة السببية تفترض هى الأخرى. غير أن هذا الافتراض يقوم على قرينة بسيطة يجوز لصاحب

---

[١] أنظر مجموعة الأعمال التحضرية للقانون المدنى ، ج٢ ، ص ٥٧٥ ، مشار إليه لدى د. نبيل إبراهيم سعد ، مرجع سابق ، ص ٦٣ .

[٢] انظر ما سبق بيانه بصدد طبيعة غرامات التأخير في فرنسا، فقرة رقم ٣٢.

[٣] د. أنور سلطان ، مرجع سابق ، ص ٧٩ ، د. نبيل سعد ، مرجع سابق، ص ٦٧

المصلحة وهو المدين بالالتزام إثبات عكسها، بإثبات انتفاء الضرر[1] أو بإثبات السبب الأجنبي القاطع لعلاقة السببية .

وإذا كان الغالب في تقرير الشرط الجزائي أنه يكون مبلغ جزافي يتفق المتعاقدان عليه سلفا كمقابل للضرر الناشئ عن عدم التنفيذ أو التأخير فيه، إلا أن المتعاقدان قد يتفقا- بالذات في الحالة الأخيرة -على مبلغ يحسب بشكل تصاعدي بحيث يدفع عن كل يوم أو فترة زمنية يتأخر فيها المتعاقد عن إنجاز التزاماته، وفي هذه الحالة يكون له طابع تهديدي وبصفة خاصة إذا كان التقدير مبالغ فيه.

ويتعين أن يحكم القضاء بالشرط الجزائي، فهو لا يصبح مستحقا بمجرد تحقق الواقعة الموجبة له، ويستطيع القضاء أن يخفضه إذا ثبت أنه مبالغ فيه لدرجة كبيرة أو أن المدين نفذ الالتزام جزئيا، ويستطيع القضاء أن يزيده إذا أثبت الدائن أن المدين أرتكب غشا أو خطأ جسيما[2].

ومما سبق يتضح أن نظام الشرط الجزائي في مصر يختلف اختلافا جذريا عن نظام غرامات التأخير المعروف في القانون الإداري، وذلك نظرا لاختلاف الطبيعة القانونية لكل منهما عن الآخر. فغرامة التأخير هي في حقيقتها عقوبة إدارية توقع بمناسبة العقد الإداري، ولذلك فلا يشترط لاستحقاقها ضرر ولا علاقة سببيه فهي توقع متى تحقق موجبها وهو الإخلال بالالتزام العقدي وهو التنفيذ في الميعاد دون حاجة إلى تحقق ضرر أصلا. فالضرر ليس شرطا لاستحقاقها. ومتى استبعدنا الضرر فيتعين علينا استبعاد رابطة السببية . كذلك نجد أنه لا يشترط وفقا لقضاء مجلس الدولة المصري المتواتر إثبات إعذار المدين قبل توقيع الغرامة عليه ، كذلك فإن الإدارة تستطيع توقيعها بنفسها متى تحقق موجبها بتحقق الإخلال دون حاجة

---

[1] د . نبيل سعد ، مرجع سابق ، ص ٧٠ : د. أنور سلطان، مرجع سابق ، ص ٧٩: د. توفيق فرج ، مرجع سابق ، ص ٤١ –٤٢.

[2] هذا وقد نظم المشرع المصرى فى القانون المدنى موضوع الشرط الجزائى فى المواد ٢٢٣ ، ٢٢٤ ، ٢٢٥ ، وتنص م ٢٢٣ " يجوز للمتعاقدين أن يحددا مقدما قيمة التعويض بالنص علىها فى العقد أو فى اتفاق لاحق ، ويراعى من هذه الحالة أحكام المواد من ٢١٥ إلى ٢٢٠" . وتنص م ٢٢٤ أنه "(١) ولا يكون التعويض الاتفاقى مستحقا إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه. (٢) ويجوز للقاضى أن يخفض التعويض إذا أثبت المدين أن التقدير كان مبالغا فيه إلى درجة كبيره، أو أن الالتزام الأصلى قد نفذ فى جزء منه. (٣) ويقع باطلا كل اتفاق يخالف أحكام الفقراتين السابقتين " .
وتقرر المادة ٢٢٥ " إذا جاوز الضرر قيمة التعويض الاتفاقى فلا يجوز للدائن أن يطالب بأكثر من هذه القيمة إلا إذا أثبت أن المدين قد أرتكب غشا أو خطأ جسيما " .

إلى اللجوء إلى القضاء ليحكم بها . وتستطيع الإدارة اقتضائها فورا بطريق التنفيذ المباشر على أموال المدين الموجودة تحت يدها.

كذلك فإن القاضي الإداري لا يستطيع أن يخفض من مبلغ غرامة التأخير المتفق عليه من قبل المتعاقدين إذا ثبت أنه مبالغ أو يجاوز الحدود التي قررها قانون المناقصات والمزايدات رقم ٨٩ لسنة ٩٨[١]. أما التعويض الاتفاقي فإن القاضي يستطيع أن يخفضه إذا أثبت المدين أنه مبالغ فيه لدرجة كبيرة. وهذا الحكم يعد أحد انعكاسات قاعدة التعويض على قدر الضرر، فالقاضي يستطيع تخفيضه إذا ثبت له أن التعويض المقرر يفوق قدر الضرر المتحقق مفارقة صارخة بخلاف الحال في غرامة التأخير[٢].

ومن كل ما تقدم يتضح أن النظام القانوني للشرط الجزائي في مصر يختلف عن النظام القانوني لغرامات التأخير المعروفة في القانون الإداري وهذه الاختلافات نابعة من اختلاف الطبيعة القانونية لكل منهما فأحدهما تعويضا والأخرى عقوبة .

ومع ذلك يلاحظ أن الشرط الجزائي قد يتشابه مع غرامة التأخير في الواقع العملي ويختلط بها في العديد من الأحوال، وبالذات في الحالة التي يكون فيها الشرط الجزائي مرصود كتعويض عن التأخير ومقدر بشكل تصاعدي أو ثابت عن كل وحدة زمنية وبالذات إذا كانت هذه الوحدة هي الأسبوع[٣]. هنا فإن المسألة تتعلق بتفسير نصوص وبنود العقد لاستخلاص النية المشتركة للمتعاقدين، وما إذا كانت نيتهما المشتركة قد اتجهت إلى الاتفاق على شرط جزائي أم غرامة تأخير . وذلك لأن هذا التكييف سوف يكون عندئذ في غاية الأهمية لأن لكل منهما نظامه القانوني الخاص الذي ينطبق عليه. فإذا كان الاتفاق موضوعه شرط جزائي، فإن المتعاقد المخل يستطيع دفع مسؤوليته بإثبات عدم تحقق ضرر أو بإثبات السبب الأجنبي القاطع لعلاقة السببية، كما أن الإدارة يتعين عليها إعذار المتعاقد معها أولا ما لم

---

[١] راجع المادة رقم ٢٣ من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات ٨٩ لسنة ١٩٩٨.

[٢] أنظر فى الاعتبارات التى دعت المشرع لتقرير هذا الحكم د. نبيل سعد، مرجع سابق ، ص ٧٢ وما بعدها .

[٣] وينبغى ألا يغرب عن بالنا أن الأحكام القانونية الواردة فى القانون ٨٩ لسنة ٩٨، ولائحته التنفيذية بصدد تحديد مبلغ غرامة التأخير، وكيفية حساب هذه الغرامة هى قواعد تكميلية يجوز للمتعاقدين أن يخرجا عليها بإرادتها المشتركة وعندئذ فإن اتفاقها يسرى لأن العقد شريعة المتعاقدين.

يتفق المتعاقدان على خلاف ذلك. كما أن القاضي يستطيع تخفيضه إذا ثبت له أنه مبالغ فيه، ويستطيع زيادته كذلك في حالة الغش أو الخطأ الجسيم[1].

٤٩ـ مدى إمكان الأخذ بنظام الشرط الجزائي في العقود الإدارية في مصر.

ونرى أخيرًا، أنه لا يوجد ما يمنع من الأخذ بنظام الشرط الجزائي في نطاق العقود الإدارية، فالشرط الجزائي ليس إلا تعويضا اتفاقيا عن الضرر، وبالتالي فإذا اتجهت إدارة المتعاقدين إلى الأخذ به فيتعين إعمال هذا الاتفاق لأن العقد شريعة المتعاقدين،

---

[1] هذا وقد أجملت الإدارية العليا كل ما تقدم فى الحكم التالى، "ومن حيث أنه من المبادئ المقررة فى فقه القانون الإدارى أن غرامات التأخير فى العقود الإدارية تختلف عن طبيعة الشرط الجزائى فى العقود المدنية ، ذلك أن الشرط الجزائى فى العقود المدنية هو تعويض متفق عليه مقدما يستحق فى حالة إخلال أحد المتعاقدين بالتزامه فيشترط فيه ما يشترط لاستحقاق التعويض بوجه عام من وجوب حصول ضرر للمتعاقد الأخر وإعذار للطرف الأخر في العقد، وصدور حكم به وللقضاء أن يخفضه أن ثبت أنه لا يتناسب والضرر الذى لحق بالمتعاقدين ، بيد أن الحكمة فى الغرامات التى ينص عليها فى العقود الإدارية هى ضمان تنفيذ هذه العقود فى المواعيد المتفق عليها حرصا على حسن سير المرافق العامة بانتظام واطراد ، وقد نصت المادة ٩٣ من لائحة المناقصات والمزايدات- لائحة القانون السابق – على حق الإدارة توقيعها بمجرد حصول التأخير ولم يترتب عليه ضرر ودون حاجة إلى تنبيه أو إنذار أو اتخاذ أية إجراءات قضائية أخرى ، ومن ثم فلجهة الإدارة أن توقعها بنفسها دون حاجة إلى حكم بها إذا أخل المتعاقد بالتزاماته قبلها ولا يقبل منه إثبات عدم حصول ضرر لها من تأخيره فى تنفيذ التزاماته . وإقتضاء مبلغ الغرامة منوط بتقديرها باعتبارها القوامة على حسن سير المرافق العامة – وبديهى ا

ألا تتنازل الإدارة عن هذا الامتياز الذى يمكنها من سرعة توقيع الجزاء على المقاول المتخلف وبالتالى تنفيذ العقود فى الأوقات المتفق عليها بما يؤكد ضمانها لحسن سير المرفق العام وإنتظامه ،على أن العقد قد يتضمن شروطا خاصة كأن يحدد مقدار معينا للغرامة يختلف عما ورد باللائحة ، وفى هذه الحالة يتعين إعمال هذا الشرط الخاص دون غيره على ما هو مسلم به فى العقد ومع ذلك تظل الغرامة على طبيعتها ولا تنقلب إلى شرط جزائى – وفى ضوء ذلك يمكن النظر إلى نص المادة ٣١ من شروط التعاقد المشار إليها ولا يغير من ذلك انتهاء النص بالإشارة إلى أنها بمثابة تعويض عن الضرر المتفق عليه ، إذ سبق هذا التعبير ما يؤكد انصراف القصد إلى اعتبارها غرامة تأخير بالنص على أنها تترتب حتما بمجرد التأخير ودون الحاجة إلى إنذار المقاول إنذار رسميا أو غير رسمى – أما الإشارة إلى كونها تعويض عن الضرر متفق عليه مقدما فلا يعدو أن يكون إقرارا بطبيعتها وتأكيدا لاعتبارها غرامة تأخير لن ينتظر لتوقيعها حصول الضرر وبالبناء على ذلك فإن الحكم المطعون فيه قد فاته التوفيق إذ اعتبرها شرطا جزئيا يتوقف إعماله على حصول الضرر للإدارة الأمر الذى يتعين معه الحكم بإلغائه فى هذا الشان". حكم ٧٤١ لسنة ٢٧ ق.ع ١٩٨٥ ، مجموعة القواعد القانونية التي قررتها المحمكة الادارية العليا والجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في أربعين عاما ،مرجع سابق ،،ص ٤٩٧ – ٤٩٨.

فيسرى الشرط الجزائي بنظامه القانوني المعروف في القانون المدني لأن مبادئ القانون الإداري لا تأبى ذلك ولا تعارضه .

خلاصة المبحث الأول

٥٠- تحليل شروط تحقق المسئولية عن التأخير يؤدي للقول بأن غرامة التأخير تعتبر عقوبة عقدية إدارية. نخلص من كل ما سبق إلي أن تتبع شروط غرامة التأخير بالتحليل لا يقود أبدا إلى الانتهاء للإقرار بالطبيعة القانونية التي ينتهي إليها فقه القانون العام، على الأقل فيما يتعلق بالجانب المصري ؛ فمناقشة شروط تحقق مسئولية المتعاقد مع الإدارة عن تأخره في تنفيذ التزاماته بالتنفيذ في موعدها تقود إلى الإقرار بطبيعة مختلفة لغرامات التأخير عن تلك التي يدعيها فقه القانون العام في مصر. فالحقيقة أن غرامات التأخير لا تعدو أن تكون عقوبة عقدية إدارية توقعها الإدارة على المتعاقد معها نتيجة للإخلال بالتزامه بالتنفيذ في الميعاد. وأما عن مصدر سلطة الإدارة في توقيع غرامات التأخير على المتعاقد المخل، فإن هذه السلطة لا تنبع في الحقيقة من العقد الإداري المبرم مع المتعاقد مع الإدارة بقدر ما تستند للنظام القانوني الذي يحكم العقود الإدارية قاطبة. وتجد سلطة الإدارة في توقيع هذه العقوبة أساسها النظري في حماية مبدأ دوام سير المرافق العامة بانتظام واطراد.

المبحث الثاني

أحكام غرامات التأخير

٥١- توافق النظام القانوني لغرامات التأخير مع غايتها المتمثلة في ضمان سير المرافق العامة بانتظام. يتوافق النظام القانوني لغرامات التأخير مع ماهيتها باعتبارها جزاء عقدي ذو طبيعة إدارية المقصود منه حث المتعاقد مع الإدارة على أداء التزاماته العقدية في مواعيدها المحددة على الوجه الأكمل. ومن هنا كان الاعتراف للإدارة بسلطة توقيع غرامات التأخير والإعفاء منها.

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

وتتجاوب سلطة الإدارة في إعفاء المتعاقد معها من غرامات التأخير مع ماهية الغرامة. فنظام الإعفاء من غرامات التأخير في مصر وفرنسا يهدف لتحقيق اعتبارات شتى. فمن ناحية، تأبى اعتبارات العدالة توقيع غرامات تأخير على المتعاقد مع الإدارة إذا كان التأخير راجعًا لسبب لا دخل لإرادته فيه. ومن هنا كان تقرير نظام الإعفاء الوجوبي. ومن ناحية أخرى، أملت اعتبارات المرونة في تنفيذ العقود الإدارية الاعتراف للإدارة بالحق في إعفاء المتعاقد معها من غرامات التأخير متى كان معذورا في تأخره. ومن هنا كان الاعتراف بسلطة الإدارة في الإعفاء الجوازي.

وإيمانا بدور غرامات التأخير في تأكيد مبدأ دوام سير المرافق العام بانتظام واطراد، حرص النظام القانوني في مصر وفرنسا على تنظيم غرامات التأخير بفاعلية. فأتى المشرع المصري في قانون المناقصات والمزايدات ولائحته التنفيذية بالأحكام التي تكفل تحقيق هذه الفاعلية. أما في فرنسا، فعلى الرغم من غياب التنظيم التشريعي أو اللائحي للغرامة، فقد حرصت الإدارة على تنظيم غرامات التأخير في كراسات الشروط العامة. والمقارنة بين النظامين القانونين:- المصري والفرنسي،

تظهر اتفاقهما في الأحكام العامة مع اختلاف في بعض التفصيلات، بما يستدعي البحث والتحليل.

وسوف نتناول في المطلب الأول سلطة جهة الإدارة في توقيع غرامة التأخير والإعفاء منها، ثم نخصص المطلب الثاني لدراسة تنظيم غرامات التأخير في عقود الأشغال العامة والتوريد.

المطلب الأول

سلطة الإدارة في توقيع غرامة التأخير وفي الإعفاء منها

٥٢- الاعتبارات التي تحكم سلطة الإدارة في توقيع الغرامات وفي الإعفاء منها. تعد سلطة الإدارة في توقيع الغرامة وفي الإعفاء منها إحدى السلطات المعترف بها لجهة الإدارة في مجال تنفيذ العقود الإدارية في مصر وفرنسا. وتعد هذه السلطة فرعًا من أصل. فسلطة جهة الإدارة في توقيع غرامات التأخير تندرج تحت سلطتها في توقيع الجزاءات التي تضمن تنفيذ بنود العقد. وهذه السلطة ثابتة للإدارة حتى بدون النص عليها صراحةً في العقد الإداري. فيكفي أن يتضمن هذا العقد نصوصا تشير لغرامات التأخير حتى يثبت لجهة الإدارة الحق في توقيعها بمقتضي إرادتها المنفردة، ودون حاجة للجوء إلي قاضي العقد. وتعد سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات التي تكفل تنفيذ العقد إعمالا لامتياز التنفيذ المباشر في مجال العقود الإدارية.

والحديث عن سلطة جهة الإدارة في توقيع غرامات التأخير يفترض بداءة أن يكون موجب توقيع الغرامة قد تحقق بإخلال المتعاقد مع الإدارة بالتزامه بتنفيذ أداءاته العقدية في موعدها. فإذا تحقق هذا الإخلال فإن جهة الإدارة عليها التدخل لضمان مبدأ دوام سير المرفق العام بانتظام واطراد. وعندئذ تثور عدة تساؤلات متعلقة بنوع السلطة الممنوحة لجهة الإدارة وضوابطها وضمانات عدم التعسف في استخدامها.

وفي مجال الإعفاء، فإن سلطة جهة الإدارة في الإعفاء تتحدد على ضوء العديد من الأحكام المنظمة لهذه السلطة. وهذه الأحكام قد تجد مصدرها في التشريعات أو المبادئ القضائية المستقرة أو في العقد الإداري. والملاحظ في هذا الصدد أن الأحكام المنظمة لسلطة جهة الإدارة في الإعفاء تبتغي التوفيق بين عدة اعتبارات أبرزها :- مبدأ دوام سير المرافق العامة بانتظام واطراد، اعتبارات العدالة، اعتبارات حسن النية في تنفيذ العقود، المرونة في تنفيذ العقد الإداري.

وسوف نعالج في الفرع الأول سلطة الإدارة في توقيع غرامة التأخير، ثم نخصص الفرع الثاني لمعالجة سلطة الإدارة في الإعفاء من غرامة التأخير.

الفرع الأول

سلطة الإدارة في توقيع غرامة التأخير

٥٣- **حق الإدارة في توقيع غرامات التأخير بإداراتها المنفردة.** من المستقر عليه في فرنسا ومصر أن جهة الإدارة لها الحق في توقيع غرامة التأخير بنفسها بموجب قرار يصدر عنها بإرادتها المنفردة. وإذا كان هذا الحق ثابت للإدارة ولا جدال عليه في فقه القانون العام ولا تنازع فيه أحكام القضاء الإداري، إلا أن الخلاف يمكن أن ثور بصدد نوع السلطة الممنوحة للإدارة في فرض الغرامة، وهل هي سلطة مقيدة أم سلطة تقديرية ؟

كذلك فإننا نجد أن القضاء الإداري المصري يتجه في أحكامه إلي عدم اشتراط قرار يصدر من الإدارة بتوقيع الغرامة لاستحقاقها . فما مدي صحة هذا الموقف ؟

ومن جهة أخرى فإننا نجد خلافا بصدد الإعذار بين النظام القانوني المصري والنظام القانوني الفرنسي ، فبينما يعد الأعذار قيدا حقيقيا يرد على سلطة الإدارة في توقيع الغرامة في فرنسا ، نجد أن القضاء المصري لا يقيد سلطة الإدارة في توقيع الغرامة بهذا القيد، فأي النظامين أولى بالتأييد في موقفه، النظام القانوني المصري أم النظام القانوني الفرنسي ؟

ودراسة سلطة الإدارة في توقيع غرامة التأخير يثير في النهاية، سؤالا هاما يتعلق بدور الرقابة القضائية في حماية المتعاقد مع الإدارة من شططها في استخدام غرامات التأخير. ويكتسب هذا التساؤل أهمية خاصة في مجال غرامات التأخير في العقود الإدارية لسببين. الأول:- يتمثل في كون الإدارة هي الطرف الأقوى في العقد الإداري، فتستطيع بذلك فرض ما تشاء من شروط على المتعاقد الآخر. أما السبب الثاني:- فيتمثل في عدم وجود حد أقصى لمبلغ الغرامة بالنسبة لاتفاقات الغرامة، ويبرز هذا السبب على الأخص في الحالة الفرنسية حيث لا يوجد أي تنظيم تشريعي أو لائحي لغرامات التأخير.

و سوف نحاول الإجابة على هذه التساؤلات في هذا المبحث من خلال تقسيم بحثنا على النحو التالي:

أولا :- غرامة التأخير: توقعها جهة الإدارة بغير حاجة لحكم قضائي، ثانيا :- مدي اشتراط الأعذار لتوقيع الغرامة في القضاء المقارن، ثم نفرد ثالثًا للرقابة القضائية على سلطة الإدارة في توقيع غرامات التأخير.

أولاً :- غرامة التأخير توقعها الإدارة بنفسها بغير حاجة لحكم قضائي

٥٤-غرامة التأخير توقعها الإدارة بموجب قرار يصدر منها إعمالا لامتيازها في التنفيذ المباشر. من حق الجهة الإدارية المتعاقدة أن تطبق غرامة التأخير على المتعاقد معها الذي يخل بالتزاماته بالتنفيذ في المواعيد المحددة بموجب قرار فردى من جانبها دون حاجة إلى اللجوء للقضاء وذلك إعمالا لامتيازها في التنفيذ المباشر[١].

ولا شك في أن تقرير هذا الامتياز للإدارة يخرج عما يجرى عليه الحال في ميدان القانون الخاص[٢]. فلا يستطيع فيه أحد المتعاقدين أن يلزم المتعاقد الآخر بمبلغ مالي سواء على سبيل التعويض أو العقوبة من جانبه وبإرادته المنفردة، حتى ولو كان ذلك بالتطبيق لنص من نصوص العقد . إذ يتعين عليه أن يلجأ أولاً إلى القضاء طالبًا منه الحكم بذلك .

و الخروج على مبادئ القانون الخاص في مجال العقود الإدارية تبرره ولا شك اعتبارات الصالح العام المتمثلة في مصلحة المرفق العام المسئولة عنه الجهة الإدارية. فالنظام القانوني للعقود الإدارية يقوم على منح جهة الإدارة العديد من السلطات والامتيازات. ومن أبرز هذه الامتيازات حقها في توقيع الجزاءات على المتعاقد المقصر دون حاجة إلى اللجوء للقضاء. وتجد هذه السلطة أساسها النظري في مبدأ دوام سير المرفق العام بانتظام واطراد. فليس من المعقول أن تترك الإدارة المرفق العام مهددا بخطر التعطل أو معطلا فعلا في حين تهرول في ساحات القضاء طالبة منه الحكم بعقوبة على المتعاقد المخل معها لزجره عن هذا الإخلال.

---

[1] CE, 21 mai 1982, *SARL Société de protection intégrale du bâtiment,* Rec., p.189.

[٢] د. سليمان محمد الطماوى ، الأسس العامة فى العقود الإدارية ، مرجع سابق، ص ٥٠٩.

وقد أطردت الأحكام الصادرة عن القضاء الإداري المصري على الاعتراف للإدارة بهذا الحق. و تقرر المحكمة الإدارية العليا في قضاء ثابت ومستقر أن "غرامات التأخير في العقود الإدارية ضمانة لتنفيذ هذه العقود في المواعيد المتفق عليها حرصا على حسن سير المرافق العامة بانتظام وباضطراد، وتقوم الإدارة بتوقيع هذه الغرامات دون حاجة إلى صدور حكم بها وذلك متى توافرت شروط استحقاقها بحصول الإخلال العقدي من جانب المتعاقد المقصر"[1].

هذا وقد جاء المشرع المصري ليؤكد هذا الحق في القانون ٨٩ لسنة ١٩٩٨ بنصه في المادة ٢٣ على أنه " إذا تأخر المتعاقد في تنفيذ العقد عن الميعاد المحدد له، فإن للسلطة المختصة لدواعي المصلحة العامة إعطاؤه مهلة إضافية لإتمام التنفيذ، على أن توقع عليه غرامة عن مدة التأخير طبقا للأسس وبالنسب وفي الحدود التي تبينها اللائحة التنفيذية"[2].

٥٥- **نوع السلطة الممنوحة لجهة الإدارة: تقديرية أم مقيدة.** أعطى المشرع المصري في المادة ٢٣ من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات ٨٩ لسنة ١٩٩٨ لجهة الإدارة سلطة تقديرية في منح المتعاقد معها مهلة لإتمام التنفيذ بعد تحقق حالة التأخير في الوفاء بالتزاماته، فلها أن تتجاوز عن هذا التقصير فتمنحه المهلة أو تتمسك به فتنفذ هذه الالتزامات بواسطة متعاقد أخر وفقا لما يترائى لها من وجوه الصالح العام المتمثل في مصلحة المرفق القائمة على إدارته. ومتى رأت جهة الإدارة منحه هذه المهلة فعليها أن توقع عليه غرامة تأخير عن مدة التأخير كلها وفقا لنص م ٢٣ من القانون أي شاملة المهلة الإضافية التي منحتها له[3].

والحقيقة أن صياغة نص المادة ٢٣ من قانون المناقضات والمزايدات تدعونا لطرح تساؤل حول نوع السلطة الممنوحة لجهة الإدارة وهل هي سلطة تقديرية أم سلطة مقيدة. والفرض محل البحث يتلخص في أن المتعاقد مع الإدارة قد

---

[1] حكم رقم ٨٤٣ لسنة ٢٦ ق.ع، بتاريخ ١٩٨٢/١١/٢٠، مجموعة المبادئ القانونية التى قررتها المحكمة الإدارية العليا والجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع فى شأن العقود الإدارية حتى ١٩٩٥، ص ٢٠١ : حكم ٧٤١ لسنة ٢٧ ق.ع صادر فى ١٩٨٥/٥/٢٨، المرجع السابق، ص٤٩٨ : حكم رقم ٢٠٠٥ لسنة ٣١ ق.ع، صادر ١٩٨٩/٥/٣٠ ، ص٤٩٩.

[2] أنظر المواد ٨٣ بصدد عقد مقاولات الاعمال و ٩٤ بصدد عقد التوريد من اللائحة التنفيذية للقانون ٨٩ لسنة ١٩٩٨ الصادرة بقرار وزير المالية ١٣٦٧ لسنة ١٩٩٨.

[3] د. أيمن محمد جمعة ، أثار عقد الأشغال العامة بين المتعاقدين، مرجع سابق ، ص ٢٤٦.

تأخر بالفعل في تنفيذ التزاماته، فهل يجوز لجهة الإدارة أن تضرب صفحا عن الغرامة ولا توقعها ؟

هذا التساؤل وثيق الصلة بحق جهة الإدارة في التنازل "renonciation"، عن توقيع غرامة التأخير على المتعاقد المقصر بعد تحقق موجبها. وهذا الفرض يختلف عن الإعفاء المسبق من الغرامة ضمن بنود العقد الإداري، فالإعفاء المسبق كما بينا نادر الحدوث عملا في فرنسا، و محظور في مصر وفقا لما يتجه إليه مجلس الدولة[1]. كما أنه يختلف من ناحية أخرى عن الحق في الإعفاء "exonération"، فهذا الأخير يفترض أن العقوبة تم توقيعها بالفعل.

وفي فرنسا، فإن مجلس الدولة يجيز لجهة الإدارة التنازل عن حقها في توقيع الغرامة بعد ثبوت الحق فيها بتحقق التأخير فعلا. ففي حكم بتاريخ ١٧ مارس ٢٠١٠ قرر مجلس الدولة الفرنسي " أنه من حق المتعاقدين - جهة الإدارة والمتعاقد معها - في أي وقت أن يتفقا على خلاف ما ورد في اتفاق العقد الأصلي، بما في ذلك البنود الخاصة بغرامة التأخير. وأنه لا يمكن اعتبار المحكمة الإدارية الإستئنافية لباريس قد ارتكبت خطا في تطبيق القانون أو تفسيره أو تأويله إن هي اعتبرت أن في منح الشركة المتعاقدة آجالا متعاقبة حتى تاريخ ٢٧ فبراير ٢٠٠٨ قاطع في دلالته على أن الجهة الإدارية قد تنازلت عن حقها في توقيع غرامة التاريخ عن الفترة التي امتد إليها العقد"[2].

في هذه القضية كانت جهة الإدارة قد تعاقدت مع شركة مقاولات على إنشاء متحف لألعاب الكارت. ولكن الشركة المتعاقدة كانت قد تعثرت في التنفيذ فتوقفت

---

[1] انظر ما سبق بيانه، فقرة رقم ٩ من هذا البحث

[2] CE, 17 mars 2010, *Commune d'Issy-les-Moulineaux*, n°308676, Rec. P. 332.

Le Conseil d'Etat a considéré " qu'il est toujours loisible aux parties de s'accorder, même sans formaliser cet accord par un avenant, pour déroger aux stipulations du contrat initial, y compris en ce qui concerne les pénalités de retard ; que la cour administrative d'appel de Paris n'a donc pas commis d'erreur de droit en jugeant, par une appréciation souveraine exempte de dénaturation, qu'en ayant accordé à la société Sicra des reports successifs de délais jusqu'au 28 février 2007, la commune devait être réputée avoir renoncé à lui infliger des pénalités de retard;".

عنه عدة مرات. وقد أدى هذا التعثر لتأخر الشركة المتعاقدة عن إتمام العمل المتفق عليه وتسليمه كل مرحلة في موعدها. فطلبت من الإدارة مد أجل التسليم في كل مرحلة من مراحل التنفيذ على حدة بعد تحقق التأخير. ووافقت جهة الإدارة على هذا الطلب، ولكن الشركة المتعاقدة فوجئت بخصم الإدارة المتعاقدة لمبالغ مالية ضخمة من مستحقاتها المالية. فلجأت الشركة المتعاقدة إلى المحكمة الإدارية لباريس والتي حكمت بالفعل في ١ يناير ٢٠٠٤ على الإدارة برد مبلغ ١٤٥٥٩٤ يورو كانت قد خصمت كغرامات تأخير. وهذا المبلغ الأخير يعادل فقط جزء من قيمة الغرامة. ولكن حكم محكمة باريس الإدارية لم يرضي كل من الطرفين المتنازعين : جهة الإدارية والشركة المتعاقدة، فطعنا على هذا الحكم أمام محكمة الاستئناف الإدارية لباريس.

وقد أيدت محكمة الاستئناف الإدارية لباريس في حكمها بتاريخ ١٩ يونيو ٢٠٠٧ طلبات المتعاقد مع الإدارة. وقد فسرت محكمة الاستئناف الإدارية منح جهة الإدارة للمتعاقد معها آجال للتنفيذ على أنه ينطوي على تنازل منها عن حقها في توقيع الغرامة. وقد اعتبرت المحكمة أن مصدر هذا التنازل هو قبول جهة الإدارة لطلبات المتعاقد معها بمد آجال التسليم ؛ وبناء على ذلك لاحظت محكمة الاستئناف الإدارية أن التأخير قد اقتصر في مجموعه على مدة ٢٧ يوم فقط. ومن ثم حكمت على جهة الإدارة برد مبلغ ٩١٤٦٩٤ يورو للمتعاقد معها.

وقد اتجه مجلس الدولة الفرنسي بمناسبة الطعن على الحكم المشار إليه الصادر من محكمة الاستئناف الإدارية لباريس لإقرار سلطة محكمة الموضوع في استخلاص وتفسير الاتفاقات المعدلة لبنود العقد الإداري بما في ذلك تلك التي قد ترد على غرامة التأخير. ويبدو أن الحكم السابق قد وضع في الاعتبار الخسائر المالية الفادحة التي يمكن أن ترتبها الغرامات على الشركات وبالذات الشركات الصغيرة[1].

وعلى كل الأحوال، فإن الأمر يتعلق بتفسير إرادة جهة الإدارة وما إذا كانت في منحها أجل للمتعاقد معها بعد تأخره قد اتجهت للتنازل الضمني عن حقها في توقيع غرامة تأخير من عدمه. ففي قضايا سابقة فسر القاضي الإداري منح الإدارة للمتعاقد معها لأجل على أنه بالنظر لظروف الحال ينطوي على تنازل عن الحق في

---

[1] CE, 17 mars 2010, *Commune d'Issy-les-Moulineaux*, *CMP*, not. G. BERNARD.

توقيع غرامة تأخير[1]. وفي حالات أخرى رفض القضاء الإداري في فرنسا اعتبار منح الإدارة لأجل للمتعاقد معها تنازلا عن حقها في توقيع غرامة التأخير[2].

أما في مصر، فالظاهر أن قضاء المحكمة الإدارية العليا يجيز للإدارة التنازل عن الغرامة بمنح الإدارة للمتعاقد معها أجلا بعد تحقق واقعة التأخير وذلك إذا كانت الظروف والملابسات تقطع بأن جهة الإدارة لم تكن حريصة على تنفيذ العقد في الميعاد المتفق عليه. فقد قضت بتاريخ ٢٠١٣/١٢/٢٤، بأنه "ومن حيث إنه من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن غرامات التأخير في العقود الإدارية مقررة ضمانا لتنفيذ هذه العقود في المواعيد المتفق عليها حرصا علي حسن سير المرافق العامة، وأن اقتضاء غرامات التأخير منوط بتقدير الجهة الإدارية التي لها أن تقدر الظروف التي يتم فيها تنفيذ العقد وظروف المتعاقد، فتعفيه من بعض الجزاءات المنصوص عليها في العقد كلها أو بعضها بما في ذلك غرامة التأخير، كما أن إقرار الإدارة بأنها لم تحرص علي تنفيذ العقد في المواعيد ترتيبا علي أن تنفيذه في هذا الوقت كان غير لازم يعتبر بمثابة إعفاء ضمني للمتعاقد من تنفيذ الغرامة عليه مما لا يكون معه محل لتوقيع غرامة التأخير، وأنه إذا تسلمت الإدارة الأعمال المسندة للمقاول تسلما ابتدائيا فلا يجوز لها بعد ذلك توقيع غرامة التأخير"[3].

والقضاء السابق ليس وحيدا وإنما يمكن إعتباره ترديدا لمبدئ مستقر في قضاء هذه المحكمة[4]. وقد قضت المحكمة الإدارية العليا حديثا في حكمها بتاريخ ٢٠١٥/٦/١٦، بأن " قضاء هذه المحكمة قد جرى على أن غرامات التأخير في العقود الإدارية مقررة ضمانا لتنفيذ هذه العقود في المواعيد المتفق عليها حرصا على حسن سير المرافق العامة، وأن اقتضاء غرامات التأخير منوط بتقدير الجهة

---

[1] CE, 28 octobre 1953, *Sté Comptoir des textiles bruts et manufacturés*, n° 89449, Rec. p. 721

[2] CE, 5 juillet 1950, *Sté française de constructions et d'aménagements industriels et Caisse franco-néerlandaise de cautionnement*, n° 69532 et 69612, Rec. p. 416.

[3] الحكم فى الطعن رقم ٤٥٥٢ لسنة ٥٤ ق.عليا ، بجلسة ٢٠١٣/١٢/٢٤، لم ينشر بعد.

[4] حكم ٦١ لسنة ٢ ق.ع صادر فى ١٩٦٠/٩/٢١ " ، مجموعة الأربعين عاما فى العقود الإدارية ، مرجع سابق، ص ٤٩٠: حكم ٧٤١ لسنة ٢٧ ق.ع ، صادر فى ١٩٨٥/٥/٢٨، ذات المرجع ، ص ٧٩٨ : حكم في الطعنان رقما ١٣٦٤ و ١٤٧٥ لسنة ٣٦ ق.ع، صادر فى ١٩٩٣/٧/١٣ ، ذات المرجع ، ص ٥٠٥ : والفتوى رقم ١١٦ صادر فى ١٩٨٨/١/٢٥، ذات المرجع ، ص ٥٠٣

الإدارية التي لها أن تقدر الظروف التي يتم فيها تنفيذ العقد وظروف المتعاقد، فتعفيه من بعض الجزاءات المنصوص عليها في العقد كلها أو بعضها بما في ذلك غرامة التأخير، كما أن إقرار جهة الإدارة بأنها لم تحرص على تنفيذ العقد في المواعيد المحددة أو توافر قرائن تثبت ذلك ترتيبا على أن تنفيذه في هذا الوقت كان غير لازم يعتبر بمثابة إعفاء ضمني للمتعاقد من توقيع الغرامة عليه مما لا يكون معه محل لتوقيع غرامة التأخير"[1].

ويلاحظ أن المحكمة في الأحكام السابقة تستخدم مصطلح "الإعفاء الضمني"، في حين أن الأمر يتعلق في حقيقته بتنازل الإدارة عن توقيع الغرامة. فالأمر يتعلق بتفسير إرادة جهة الإدارة لحظة منحها أجل جديد للمتعاقد معها وما إذا كانت إرادتها قد اتجهت بمنحها المتعاقد معها لأجل جديد إلى التسامح في حقها في إقتضاء الغرامة أم لا. فحالة عدم حرص الإدارة على تنفيذ العقد في موعده تقطع بأن جهة الإدارة قد تنازلت عن حقها في تنفيذ العقد في موعده، وبالتالي فمنحها للمتعاقد معها أجل جديد بعد إنقضاء موعد التنفيذ يتعين تفسيره على أنه نزول عن حقها في توقيع الغرامة.

و بدارسة الوقائع التي طبقت عليها المحكمة الإدارية العليا المبدئ السابق يتضح أن التأخير في القضتين السابقتين الواردتين في المتن كان مصدره فعل جهة الإدارة، ويخرج بالتالي عن إرادة المتعاقد معها. ففي حكم المحكمة الإدارية العليا فى الطعن رقم ٤٥٥٢ لسنة ٥٤ ق.عليا بجلسة ٢٠١٣/١٢/٢٤[2]، كان الامر يتعلق بعقد مقاولة أعمال موضوعه إنشاء مقر الإدارة التعليمية برأس سدر وتوسيع مدرسة خالد بن الوليد بالجبل بمحافظة جنوب سيناء. وتضمن عقد العملية أن مدة التنفيذ خمسة شهور من تاريخ استلام الموقع في ١٩٩٥/٤/١٣، وتضمن البند الحادي والثلاثون من العقد النص علي التزام الطرف الأول (الجهة الإدارية) بأن يدفع للطرف الثاني دفعة مقدمة بنسبة ٢٠% من قيمة التعاقد نظير خطاب ضمان بنكي معتمد. وقد قام المقاول بالانتهاء من تنفيذ توسيع مدرسة خالد بن الوليد في المدة المحددة للتنفيذ وقامت الهيئة باستلامها ابتدائيا. وأتم الانتهاء من أعمال الهيكل الخرسانى لمبني الإدارة التعليمية (أرض+ دورين) وكذا أعمال مباني الأساسات والهيكل والسور في مدة ثلاثة أشهر من تاريخ استلامه للموقع وكانت معدلاته أثناء

---

[1] الحكم فى الطعن رقم ٨٦٤٣ لسنة ٥٠ ق . عليا، بجلسة ٢٠١٥/٦/١٦، لم ينشر بعد.

[2] الحكم فى الطعن رقم ٤٥٥٢ لسنة ٥٤ ق.عليا، بجلسة ٢٠١٣/١٢/٢٤، لم ينشر بعد.

التنفيذ تساير البرنامج الزمني المقدم. ولكن تلكئت الجهة الإدارية في صرف مستحقاته المالية عن العملية الأولى وجزء كبير من مستحقاته عن العملية الثانية. وعلى الرغم من مطالباته المتكررة للجهة الإدارية، فإنه لدى عرض الموضوع علي مدير الهيئة المدعي عليها لتوفير الاعتماد المالي قرر باستكمال تنفيذ مبنى الإدارة عند تدبير الاعتماد المالي المطلوب خلال عام ١٩٩٧/٩٦. وهو ما أدى لتأخره هو الآخر عن إتمام العمل وفقا للجدول الزمني المحدد.

أما الدعوى الثانية الصادر فيها الحكم فى الطعن رقم ٨٦٤٣ لسنة ٥٠ ق . عليا بجلسة ٢٠١٥/٦/١٦[١]، فقد كان الحكم يتعلق بعقد مقاولة أعمال أبرم بين وزارة الدفاع وأحدى شركات المقاولات. وقد استخلصت المحكمة عدم حرص جهة الإدارة على التنفيذ في الميعاد من عدة قرائن وشواهد أهمها : أولا، شغل قيادة المدفعية بالمنطقة الغربية العسكرية لموقع العمل للتدريب فيه في الفترة من ١٩٩٨/٢/٢١ وحتى ١٩٩٨/٥/٣ لمدة قدرها شهران وثلاثة عشر يوما . وثانيا، توقف العمل بالمشروع لمدة قدرها خمسة وأربعون يوما لشغل الفرقة (٣٣) ميكانيكيا لموقع العمل للتدريب فيه .

والحقيقة أنه في كل من الدعوتين فإن تأخر المتعاقد مع الإدارة عن انجاز الأعمال كان لسبب خارج عن إرادته وكان الأمر يتعلق بخطأ منسوب للجهة الإدارية المتعاقدة أعجزه عن تنفيذ التزاماته. ولكن يبدو أن المحكمة الإدارية العليا لم تشأ نسبة الخطأ للجهة الإدارية بما يستتبعه ذلك من ثبوت حق المتعاقد معها في التعويض. وبالتالي لجأت لفكرة النزول عن أجل التنفيذ كمبرر لمد أجل العقد. والحقيقة أن اللجوء لفكرة النزول عن أجل التنفيذ كمبرر لمد أجل التنفيذ على النحو السابق وإن كان لها من الوجهة الظاهرة كثيرا من الوجاهة إلا أنه يمكن أن تكون محل نقد. فأجل التنفيذ غير مقرر لصالح جهة الإدارة وحدها. فالمتعاقد معها له حق أيضا في تنفيذ العقد خلال الأجل المحدد فيه.

علاوة على ذلك فإن الإعتراف للإدارة بالحق في النزول عن الغرامة بمنحها للمتعاقد معها أجل للتنفيذ ينطوي في الحقيقة على إقرار بالسلطة التقديرية لجهة الإدارة في توقيع الغرامة. فجهة الإدارة ليست ملزمة بتوقيع الغرامة بمجرد تحقق التأخير وإنما لها النزول عن هذا الحق ومنح المتعاقد معها آجال جديد للتنفيذ، وهذا هو عين ما صرحت به الأحكام السابق عرضها لمجلس الدولة المصري.

---

[١] الحكم فى الطعن رقم ٨٦٤٣ لسنة ٥٠ ق . عليا، بجلسة ٢٠١٥/٦/١٦، لم ينشر بعد.

والحقيقة أن القضاء السابق في إقراره بالسلطة التقديرية لجهة الإدارة في توقيع الغرامة كان يبدو يبدو متماشيا مع الوضع التشريعي في مصر قبل صدور قانون تنظيم المناقصات والمزايدات ٩ لسنة ١٩٨٣ والذي نظمت لائحته التنفيذية سلطة الإدارة في توقيع الغرامة. ثم صدر القانون الحالي ٨٩ لسنة ١٩٩٨ والذي نظم هذا الحق في صلب القانون. فقبل صدور هذه القوانين لم تكن هناك نصوص تنظم سلطة الإدارة في توقيع غرامات التأخير، وبالتالي كان يتعين الرجوع للقواعد العامة التي تنظم سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات العقدية. ومن ثم كان الإعتراف للإدارة بالسلطة التقديرية في توقيع جزاء غرامة التأخير أمرا مبررا ويجد ما يسانده في القواعد العامة. أما بعد صدور القوانين المشار اليها ولاسيما القانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ والذي نظم الغرامة بنصوص صريحة فلا مفر من الرجوع لنصوص هذا القانون ولائحته.

وبصفة عامة نرى أنه يجب على القضاء الإداري في مصر عدم التوسع في الاعتراف للإدارة بالحق في التنازل عن الغرامة بما يستتبعه ذلك من الإعتراف بالسلطة التقديرية لجهة الإدارة في توقيع غرامات التأخير. **فمبدأ تنازل الجهة الإدارية عن الغرامة يجب أن يبقى محصورا في أضيق نطاق لسببين : الأول، أنه يخالف ظاهر نص المادة ٢٣ من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات ٨٩ لسنة ١٩٩٨. والثاني، أنه يتناقض مع الاعتبارات التي يقوم عليها النظام القانوني للإعفاء في مصر.**

أما عن مخالفة الاعتراف للإدارة بسلطة تقديرية في توقيع الغرامة للمادة ٢٣ من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات ٨٩ لسنة ١٩٩٨، فقد نص المشرع في المادة ٢٣ على أنه " إذا تأخر المتعاقد في تنفيذ العقد عن الميعاد المحدد له، فإن للسلطة المختصة لدواعي المصلحة العامة إعطاؤه مهلة إضافية لإتمام التنفيذ، على أن توقع عليه غرامة عن مدة التأخير طبقا للأسس وبالنسب وفي الحدود التي تبينها اللائحة التنفيذية". فالمستفاد من نص هذه المادة أن منح الأجل يكون مقرونا بتوقيع الغرامة[1]. فصياغة النص على النحو السابق توحي بأن سلطة جهة في توقيع الغرامة مقيدة. وهو ما نذهب إليه. وقد أيدت المحكمة الإدارية العليا هذا الاتجاه في أحد أحكامها، فقد قضت في حكمها الصادر في ١٧ فبراير ١٩٨٧ بأن " المقصود من الغرامة هو حث المتعاقد على عدم التراخي في تنفيذ شروط العقد ضمانا لحسن سير

[1] سوف نعاود الحديث عن هذا النص بمناسبة سلطة الإدارة في توقيع غرامات التأخير وفي الإعفاء من غرامات التاخير، انظر ما يلي فقرة رقم ٥٥.

المرافق العامة فيتعين توقيعها متى تحقق التأخير حتى لا يتخذ من المهلة الإضافية فرصة جديدة للتقاعس عن التنفيذ"[1].

وقد يقال أن القاضي الإداري الفرنسي يعترف بسلطة الإدارة التقديرية في توقيع جزاء الغرامة. فوفقا لقضاء مجلس الدولة فإنه يجوز لسلطة الإدارة التنازل عن حقها في توقيع الغرامة بمنح المتعاقد معها مدة أو مدد إضافية للتنفيذ. وتصرح المحاكم الإدارية الاستئنافية في فرنسا بأن تطبيق غرامات التأخير على المتعاقد المقصر يعد بمثابة حق عقدي للإدارة تستطيع التنازل عنه[2].

والحقيقة أننا نرى أن الوضع مختلف في مصر عن فرنسا. فغرامة التأخير لا ينظمها أي نصوص تشريعية أو لائحية في فرنسا؛ ومن ثم فإن سلطة الإدارة في توقيعها تخضع لنفس القواعد التي تنظم سلطتها في توقيع الجزاءات العقدية على المتعاقد معها بصفة عامة. أما في مصر، فالوضع مختلف. فسلطة الإدارة في توقيع الغرامة ينظمها نص قانوني وهو نص المادة ٢٣ من قانون المناقصات والمزايدات. وهذا النص يستفاد منه أن الإدارة في توقيع غرامة التأخير على المتعاقد معها ليس لها سلطة تقديرية. فعبارة نص المادة ٢٣ من القانون ٨٩ لسنة ١٩٩٨ يستفاد منها أن توقيع الغرامة عليه متى رأت جهة الإدارة منحة مهلة إضافية هو أمر وجوبي.

أما عن مخالفة السلطة التقديرية لجهة الإدارة للاعتبارات التي يقوم عليها التنظيم القانوني للإعفاء من الغرامة في مصر[3]، فقد نظم المشرع في المادة رقم ٢٣ من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات الإعفاء من الغرامة وجعله مرهونا بالعديد من الضوابط والإجراءات. وقد ميز المشرع بين نوعين من الإعفاء : الوجوبي والجوازي. أما الإعفاء الوجوبي فيكون في حالة نسبة التأخير لسبب خارج عن إرادة المتعاقد مع الإدارة. وفي هذه الحالة يتعين إستطلاع رأي إدارة الفتوى المختصة بمجلس الدولة قبل منح المتعاقد مع الإدارة الإعفاء. أما الإعفاء الجوازي

---

[1] حكم ٢٨٢٧ لسنة ٢٧ ق.ع، صادر فى ١٩٨٧/١١/٧، مجموعة الأربعين عاما في العقود الإدارية، مرجع سابق ، ص٥٠٠.

[2] CAA Nancy, 15 février 2007, *Sté Sitelec Moselec*, n° 04NC01122, précité.

[3] سوف نتناول بالتفصيل النظام القانوني للإعفاء بصدد الحديث عن سلطة الإدارة في الإعفاء، أنظر ما يلي فقرة رقم ٨٥.

فهو مشروط بعدم تحقق ضرر من جراء التأخير، ويتعين على الجهة الإدارية أيضا في حالة الإعفاء الجوازي استطلاع رأى إدارة الفتوى المختصة بمجلس الدولة.

هذا وقد يقال كيف أن سلطة الإدارة في توقيع غرامة التأخير على المتعاقد معها مقيدة، في حين أن لجهة الإدارة سلطة تقديرية في منحه الإعفاء من الغرامة، وذلك في الحالة التي لا يكون فيها التأخير ناتج عن سبب أجنبي، أي في الحالة التي يثبت فيها خطأه وتقصيره، ألا يعد تناقضا في التشريع !

ولكننا نرد على ذلك بأن لكل من الأمرين مجاله الخاص به : فجهة الإدارة ملزمة أولا متى تأخر عن التنفيذ - ورأت منحه مهلة إضافية لإتمام التنفيذ - بأن توقع عليه الغرامة ، ثم إن رأت أن المتعاقد معها يستحق الإعفاء فلها أن تعفيه بموجب قرار يصدر منها. وهذا القرار رسم له المشرع في صدوره إجراءات معينة قصد منها ألا تسيء الإدارة استعمال السلطة التقديرية الممنوحة لها. فأوجب المشرع عليها أن تستطلع رأي إدارة الفتوى المختصة بمجلس الدولة قبل إصدار قرارها بالإعفاء. كما أن المشرع قد قيد سلطة جهة الإدارة موضوعيا بأن يكون تأخير المتعاقد معها غير منتج لضرر يصيب المرفق العام المتصل به العقد الإداري. وفي القول بأن سلطة جهة الإدارة في توقيع الغرامة متى تحقق موجبها بحدوث التأخير هي سلطة تقديرية، إهدار للضوابط التي يقوم عليها الإعفاء. فبدلا من المرور بإجراءات الإعفاء والتقيد بضوابطه، تستطيع من البداية التنازل لمن تريد عن سلطتها في توقيع الغرامة، وذلك بعدم توقيعا على الرغم من تحقق موجبها.

وأخيرا فإن الأدعى لصيانة المصلحة العامة هو قيام جهة الإدارة بتوقيعها على المتعاقد المتأخر، فذلك سيكون دافعا له لإنجاز العمل الذي تأخر عنه في أقرب أجل تفاديا لتعاظم قيمتها. أما إذا رأت- لأي سبب من الأسباب- أنه كان معذورا في تأخره، فإنها تستطيع منحة الإعفاء بعد ذلك وفقا للنظام القانوني للإعفاء.

٥٦- **مدى اشتراط صدور قرار بتوقيع الغرامة.** هذا، ولا يشترط في القرار الذي تصدره الإدارة بتوقيع الغرامة شكلا معينا، فالقرار الصادر عن الإدارة بتوقيع الغرامة قد يكون صريحا وقد يكون ضمنيا[1] ، بل إن هذا القرار يمكن أن يستفاد من

[1] تستقر المحكمة الإدارية العليا على أن " غرامة التأخير توقع بمجرد حصول التأخير بعد منح المتعاقد مهلة إضافية دون حاجة إلى صدور قرار صريح من الإدارة بتوقيع هذه الغرامة، وأساس ذلك أن المقصود من الغرامة هو حث المورد على عدم التراخى فى تنفيذ عقده ضمانا لحسن سير المرافق العامة وحتى لا يتخذ من المهلة الإضافية فرصة جديدة للتقاعس عن التنفيذ ". حكم

مجرد تنفيذه. فتنفيذ الإدارة للقرار الصادر بتوقيع الغرامة وذلك بخصم مبلغ معين على سبيل الغرامة التأخيرية يقطع بصدور مثل هذا القرار.

على أن عدم اشتراط شكل معين في القرار الصادر من الجهة الإدارية لا يغنى أبدا عن اشتراط صدور مثل هذا القرار. إذ أن مجرد النص في العقد على غرامة التأخير لا يكفي لكي يصبح استحقاقها أمرا مقضيا تطالب به الإدارة المتعاقد معها، إذ لابد من صدور قرار يعبر عن رغبتها في توقيعها[1].

بل إن المشرع في المادة ٢٣ سالفة الذكر قد حدد المختص بإصدار القرار " السلطة المختصة " ، وحدد سبب القرار " التأخير " ، ومحل القرار " الغرامة ونسبتها وحدودها " ، وأما عن غاية القرار " تحقيق الصالح العام " المتمثل في مصلحة المرفق العام . وكل ذلك يشير إلى أن صدور القرار أمر لازم ولا يمكن الاستغناء عنه. ولذلك فنحن لا نتفق مع ما قررته المحكمة الإدارية العليا من أن " ذلك يقتضى أن يكون استحقاق هذه الغرامة لمجرد التأخير إعمالا لصريح النص وليس رهنا بالقرار الذي تصدره جهة الإدارة في هذا الشأن "[2]. ويبدو إن مجلس الدولة الفرنسي يتفق مع نظيره المصري على إعمال القاعدة السابقة، فقد قضى بأن " حساب الغرامات يبدأ من التاريخ المحدد في العقد للتسليم "[3].

فالصحيح أن صدور القرار من جهة الإدارة شرطا لازما لتوقيع الغرامة، إلا أنه لا يشترط في هذا القرار شكل معين، وإنما قد يستفاد صدوره حتى من مجرد تنفيذه .

- وأخيرًا فإنه يلاحظ أن الإدارة في توقيعها لغرامة التأخير غير ملزمة بوقت معين. فهي ليست ملزمة باقتضاء غرامات التأخير بمجرد حدوث التأخير. فتريث الإدارة برهة من الزمن بعد حدوث التأخير لا يفيد إن جهة الإدارة قد ضربت صفحا عنها. وقد قضي مجلس الدولة الفرنسي بأن المتعاقد مع

٢٨٢٧ لسنة ٢٧ ق.ع صادر فى ١٩٨٧/١/٧ ، مجموعة الأربعين عاما في العقود الإدارية، مرجع سابق ، ص ٥٠٠

[1] حكم رقم ١٦٣٦٠ لسنة ١٩٦٠ ق.ع صادر ١٩٦٠/٩/٢١، مشار إليه لدى الدكتورعبد المجيد محمد فياض، مرجع سابق ، ص ١٧٩.

[2] حكم رقم ٢٨٢٧ لسنة ٢٧ ق.ع صادر فى ١٩٨٧/١١/٧ ، مجموعة الأربعين عاما في العقود الإدارية ، مرجع سابق ، ص ٥٠١ .

[3] CE, 17 mars 1976, *Vuillemin*, Rec., p.164.

الإدارة لا يستطيع التمسك بمبدأ حسن النية في تنفيذ العقود حتى يتملص من غرامة الإخلال التي وقعتها جهة الإدارة علية بطريقة متأخرة متى تم ذلك تنفيذا لبنود العقد[1].

ثانيًا: - الإعذار كقيد على سلطة الإدارة في توقيع الغرامة

٦٦- تعد قاعدة اشتراط الإعذار لتحقق مسئولية المتعاقد عن الأضرار التي تلحق بالطرف الآخر في العقد نتيجة إخلاله بالالتزام بتنفيذ أداءاته العقدية في موعدها إحدى قواعد القانون الخاص التقليدية. وقد طبق مجلس الدولة الفرنسي هذه القاعدة على غرامات التأخير التي ينص عليها في العقود الإدارية. فيعتبر مجلس الدولة الفرنسي الإعذار- كقاعدة عامة- شرط لثبوت حق جهة الإدارة في توقيع غرامة تأخير على المتعاقد المقصر.

أما في مصر، فقد أعفى المشرع جهة الإدارة من شرط الإعذار. فلا يعد الإعذار قيدا على سلطة الإدارة في توقيع الغرامة. وقد أثار موقف المشرع خلافا في فقه القانون العام في مصر.

والحقيقة إن دراسة الاعتبارات التي يقوم عليها اشتراط الإعذار في القانون الخاص بالإضافة إلى تتبع التطورات التي لحقت بهذه القاعدة في فرنسا يؤدي بنا لتأييد موقف المشرع المصري القاضي بعدم اشتراط الإعذار لتوقيع غرامات التأخير على المتعاقد المقصر في مصر.

وسوف نتناول أولا المقصود بالإعذار والحكمة من اشتراطه، ثم نتناول ثانيا مدى اشتراط الإعذار لتوقيع غرامة التأخير في العقود الإدارية في فرنسا، وأخيرا نناقش مسألة اشتراط الإعذار في مصر.

---

[1] CE, 20 juin 2016, 5 *Sociétés Eurovia Haute-Normandie et Colas Ile-de-France Normandie*, n° 376235, inédit au recueil Lebon. Le Conseil a considéré qu'un " cocontractant ne peut se prévaloir de la méconnaissance par l'autre partie du principe de loyauté des relations contractuelles au motif qu'elle aurait mis tardivement à sa charge des pénalités de retard qui résultent de la mise en œuvre de stipulations convenues entre les parties".

أ. ماهية الإعذار:-

٦٧- **المقصود بالإعذار.** المقصود بالإعذار هو وضع المدين موضع المقصر في تنفيذ التزاماته بإثبات تأخره في الوفاء بها[١]. فمجرد حلول أجل تنفيذ الالتزام لا يكفي لوضع المدين في موضع المتأخر في تنفيذ التزامه قانونا. فالتأخير حالة قانونية الأصل فيها أنه لا يكفي لقيامها مجرد التأخر الفعلي[٢]، وإنما يلزم أن يسجله الدائن على المدين بالالتزام، وهو ما يتحقق بالإعذار .

والعلة من اشتراط الإعذار أن مجرد استحقاق أداء الالتزام لا يكفي لجعل المدين معذرا، لأنه قد يحل أجل الالتزام ومع ذلك يسكت الدائن عن مطالبة المدين به، فيحمل ذلك منه محمل التسامح. فيفترض أنه لم يصب الدائن ضررا من جراء تأخر المدين في تنفيذ التزامه. فيعد ذلك رضاء ضمنيا بمد أجل تنفيذ الالتزام ما دام يستطيع الانتظار دون ضرر يصيبه من ذلك[٣]. ولذلك فإن أراد الدائن أن يقوم المدين بالتنفيذ بغير إرجاء فعليه أن يفصح له عن رغبته هذه بالطرق التي رسمها القانون فيكون ذلك بإعذاره، ويكون على المدين في هذه الحالة أن يقوم بالتنفيذ فورا وإلا ترتب على تأخره نتائج قانونية[٤].

وبالرغم من أن نص المادة ٢١٨ من القانون المدني قد وردت صريحة في أنه " لا يستحق التعويض إلا بعد إعذار المدين ما لم ينص القانون على غير ذلك"، وأنها لم تفرق بين التعويض عن التأخير والتعويض عن عدم التنفيذ، فإن الفقه الراجح في القانون المدني يذهب إلى أن نص هذه المادة ينصرف إلى الأضرار المترتبة عن التأخر في التنفيذ فقط. أما الأضرار المترتبة عن عدم التنفيذ، فالرأي الراجح أنه لا داعي للإعذار لاستحقاقها لأنه من المؤكد وجوبها[٥].

أما عن وسيلة الإعذار، فإن المادة ٢١٩ من القانون المدني تنص على أن يكون إعذار المدين " بإنذاره أو بما يقوم مقام الإنذار" . فالإعذار عادة يأخذ شكل

---

[١] د. توفيق حسن فرج ، النظرية العامة للالتزام ، مرجع سابق ، ص ٣٢ .

[٢] د. عبد الرازق أحمد السنهوري، الوسيط فى القانون المدنى، الجزء الثانى، ص ٨٦١.

[٣] د. أنور سلطان ، النظرية العامة للالتزام، الجزء الثانى أحكام الالتزام، مرجع سابق ، ص ٣٨.

[٤] د. نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام ، الجزء الثانى أحكام الالتزام، مرجع سابق، ص ٥٠.

[٥] أنظر د. أنور سلطان، أحكام الالتزام، مرجع سابق ، ص ٤٣ : د. نبيل سعد ، المرجع سابق ، ص ٤٦.

الإنذار، وهو ورقة رسمية من أوراق المحضرين يبدي فيها الدائن للمدين رغبته في استيفاء حقه، وقد بين قانون المرافعات كيفية إعلان الإنذار[1]. وكما يتم الإعذار عن طريق الإنذار، فإنه وفقا لنص المادة ٢١٩ يمكن أن يتم بما يقوم مقام الإنذار، كالتنبيه الرسمي بسبق التنفيذ أو محضر الحجز أو رفع الدعوى حتى ولو رفعت الدعوى أمام محكمة غير مختصة[2].

أما بالنسبة للأوراق غير الرسمية فإنها تكفي كوسيلة للإعذار في المسائل المدنية إذا كان متفقا بين الدائن والمدين على أنها تكفي[3]، وفي كل الأحوال يجب أن يبدي الدائن رغبته في اقتضاء التنفيذ فورا. وتفسير إدارة الدائن هذه مما يدخل في سلطة قاضي الموضوع ولا رقابة لمحكمة النقض عليه فيها[4].

٦٨-**تعدد الاستثناءات على قاعدة وجوب الإعذار في القانون الخاص.** على أن قاعدة وجوب الإعذار لاستحقاق التعويض ليست من النظام العام. وبالتالي يجوز للمتعاقدين أن يخرجا على هذه القاعدة بالاتفاق على أن يكون المدين معذرا بمجرد حلول الأجل دون حاجة إلى أي إجراء آخر. وقد يكون هذا الاتفاق صريحا وقد يكون ضمنيا.

ومن صور الاتفاق الضمني على الإعفاء من شرط الإعذار أن يشترط التسليم فورا في عقود التوريد أو يوجب رب العمل على المقاول إتمام البناء في تاريخ معين. فمثل هذه الاتفاقات هى في الحقيقة اتفاقات ضمنية على التحلل من قاعدة وجوب الإعذار لاستحقاق التعويض. والاتفاق الضمني على الإعفاء من الإعذار يستخلصه القاضي من العقد طبقا للقواعد العامة في التفسير. ولذلك فيجب

---

[1] أنظر فى تفصيل عميلة الإعلان د. احمد الصاوى، الوسيط فى شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، بدون دار نشر، طبعة ١٩٨٨، ص ٤٠٩ وما بعدها : د. نبيل عمر، الوسيط فى قانون المرافعات، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة، ص ٤٢٠ وما بعدها ،.

[2] د. توفيق فرج ، النظرية العامة للالتزام، مرجع سابق ، ص ٣٣ : د. أنور سلطان ، أحكام الالتزام، مرجع سابق ، ص ٣٩ وما بعدها.

[3] يلاحظ أنه بالنسبة للمسائل التجارية يكفى فيها أن يتم الاعذار بورقة غير رسمية وفقا للعرف التجاري ، بل ويكفى الإخطار الشفوى فى الأحوال التى يكتفى فيها العرف التجارى بهذا الأخطار. د. نبيل سعد، أحكام الالتزام، مرجع سابق، ٥١ .

[4] د. نبيل سعد ، المرجع سابق ، ص ٥١.

ألا يكون هذا الاتفاق محل شك، وإلا فسر الشك لمصلحة المدين، وبالتالي يكون الإعذار واجبا[1].

هذا وقد لا يرد الاتفاق على إعفاء الدائن من شرط الإعذار في العقد ذاته، وإنما قد يرد في دفاتر الشروط العامة أو الخاصة التى يتقدم المتعاقد للتعاقد على أساسها. فهذه الدفاتر بالتوقيع عليها أو بإحالة العقد لها تأخذ حكم العقد وتصبح جزءا مكملا له.

كذلك يعفي المتعاقد من الإعذار في عقود المدة إذا تأخر المدين في تنفيذ التزامه الزمني لاستحالة تداركه لفوات الزمن. ومن الأمثلة التي يمكن ان تضرب على ذلك، التزام المتعهد بتوريد الغذاء للمستشفي أو المدرسة في فترات دورية وعدم قيامه بذلك خلال فترة زمنية معينة، وكالتزام المؤجر بتمكين المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة إبتداء من تاريخ معين وعدم قيامه بذلك[2].

كذلك يعفي الدائن من الإعذار إذا كان تنفيذ الالتزام واجب قبل ميعاد معين وفات هذا الميعاد. كأن يلتزم مقاول ببناء صالة للعرض ليعرض فيها لوحاته وانتهى المعرض قبل بناء الصالة.

ويعفي المتعاقد من الإعذار كذلك إذا صرح الطرف الآخر في العقد كتابة أنه لا يرغب في القيام بالتزامه. فبعد هذا التصريح القاطع لا جدوى من إعذاره حيث أنه عقد العزم على الامتناع عن تنفيذ التزامه[3].

هذا وقد ينص القانون في بعض الأحوال على وجوب تنفيذ المدين لالتزامه دون حاجة إلى إعذاره[4].

وأخيرا فإنه لا ضرورة بصفة عامة للإعذار إذا استحال تنفيذ الالتزام[5].

---

[1] د. نبيل سعد ، المرجع سابق ، ص ٤٧ : د . أنور سلطان ، أحكام الالتزام، مرجع سابق، ص ٤٤.

[2] د. نبيل إبراهيم سعد ، المرجع سابق ، ص ٤٨.

[3] عبد الرازق السنهورى ، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثانى احكام الالتزام ، ص ٨٣٣ .

[4] ومن الامثلة على ذلك، المادة (٢٢٠) من القانون المدنى المتعلقة برد شيء يعلم المدين أنه مسروق أو رد ما تسلمه بدون وجه حق وهو عالم بذلك، وكذلك (م ٢/٧٠٦) من القانون المدني المتعلقة بالتزام الوكيل برد المبلغ الذى استخدمه لصالحه بفوائده من تاريخ استخدامه لهذه المبالغ .

[5] كما إذا كان محل الالتزام امتناع عن عمل وأتاه المدين أو إذا أصبح تنفيذ الالتزام غير ممكن أو غير مجد بفعل المدين .د. نبيل سعد ، أحكام الإلتزام، مرجع سابق ، ص٤٨.

٦٩- **أثار الإعذار.** أما عن أثار الاعذار ، فإننا نجد أن الأثر الرئيسى للإعذار، هو وضع المدين موضع المتأخر قانونا في تنفيذ التزاماته . وبالتالي تحقق مسئولية المدين بالتنفيذ عن جميع الأضرار التى تلحق بالدائن بعد ذلك من جراء التأخير في التنفيذ. أما الفترة السابقة على الإعذار فلا يعوض المدين الدائن عنها. غير أن هناك أثار أخرى للإعذار تتجاوز أهميتها موضوع التعويض، أهمها نقل تبعه الهلاك من طرف إلى الطرف الآخر[١]، وثبوت حق الدائن في إقتضاء التنفيذ العينى للالتزام وفقا لنص م ٢٠٧ /٣ من القانون المدنى المصرى[٢] .

ونخلص مما سبق الي أن قاعدة اشتراط الإعذار لوضع المدين بالالتزام موضع المتاخر في تنفيذ التزاماته، وإن كانت تمثل قاعدة عامة من قواعد القانون الخاص إلا أن الاستثناءات على هذه القاعدة تعدد. فلا يمكن التمسك بهذه القاعدة بالذات في الحالات التي لا تتماشي فيها مع متطلبات السرعة والإنجاز.

ب. الإعذار بالغرامة في فرنسا

٧٠- **التزام الإدارة في فرنسا بالإعذار كمبدأ عام قبل توقيع غرامة التأخير.** المبدأ العام في فرنسا وفقا لقضاء مستقر منذ زمن[٣]، هو وجوب إعذار الإدارة للمتعاقد معها قبل أن تلجأ لفرض غرامة التأخير عليه. فالإعذار شرط ضروري لثبوت حق الإدارة في توقيع غرامة التأخير. فيتعين على الإدارة حتى تستطيع إلزام المتعاقد معها بغرامات التأخير أن تنذر المتعاقد المقصر وأن تنبهه إلى خطئه قبل توقيع الجزاء عليه. فإذا خالفت الإدارة هذا الحكم ووقعت غرامة التأخير دون سابق إعذار في حالة وجوبه، تكون قد خالفت بذلك المبدأ العام في فرنسا. ويعتبر القضاء الإداري الفرنسي توقيع غرامات التأخير غير مشروع، ومن ثم لا

---

[١] أنظر فى تفصيل أكبر بصدد نقل تبعه الهلاك، د. أنور سلطان ، أحكام الالتزام، مرجع سابق ، ص٣٧ : د. عبد الرازق السنهورى ، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثاني، مرجع سابق ، ص ١٠٨٤ وما بعدها .

[٢] تنص م ٢٠٣ فقرة أولى من القانون المدنى المصرى على أنه "يجبر المدين بعد إعذاره طبقا للمادتين ٢٢٠، ٢١٩ على تنفيذ التزامه تنفيذا عينيا، متى كان ذلك ممكنا ".

[3] CE 10 juin 1953, *Cne de Saint-Denis-en-Val,* Rec., p. 276.

يلتزم بها المتعاقد مع الإدارة. والقاعدة السابقة تطبق من باب أولى، إذا نص العقد الإداري صراحة على وجوب إعذار الإدارة للمتعاقد معها[1].

ويجب أن يكون هذا الإعذار واضحا في مضمونه فيعبر عن اتجاه نية جهة الإدارة لتوقيع غرامات التأخير على المتعاقد معها نتيجة لتأخره[2]. وقد قضي مجلس الدولة الفرنسي في حكمه بتاريخ ١٧ ديسمبر ٢٠٠٨[3]، بأنه " لا يمكن اعتبار المتعاقد مع الإدارة قد تم إعذاره بطريقة صحيحة إذا كان الإعذار الذي وجه له لا يحدد بدقة وجه الإخلال الذي تنسبه جهة الإدارة إليه أو كان لا يكشف بطريقة قاطعة عن نيتها في توقيع غرامات التأخير كنتيجة للإخلال المذكور في الإعذار". وفي هذه القضية كانت جهة الإدارة قد ضمنت العقد نصوصا تثبت حقها في توقيع غرامات التأخير على المتعاقد معها في حالة تأخره في تقديم الوثائق والمستندات التي تطلبها منه جهة الإدارة. وقد أرسلت جهة الإدارة للمتعاقد معها خطاب موصى عليه بعلم الوصول بتاريخ ٧ أكتوبر ٢٠٠٠ تطلب فيه من الشركة احترام نصوص المادة ١-٤٠ من عقد الالتزام الصادر بالقانون رقم ٩٣-١٢٢ بتاريخ ٢٩ يناير ١٩٩٣. وقد رفض مجلس الدولة الفرنسي اعتبار هذا الخطاب إعذارا صحيحا سابقا على توقيع غرامات التأخير المنصوص عليها في العقد محل النزاع في حالة التأخر أو عدم تنفيذ الالتزامات العقدية. فقد اكتفى الخطاب المسجل بترديد الالتزامات المفروضة على الملتزم بمقتضي المادة ١-٤٠. وبالمقابل، فإن الخطاب لم يشير صراحة للمادة ٢٨ من العقد الموقع في ١٨ ديسمبر ١٩٩٨ والتي تتضمن حق جهة الإدارة في توقيع غرامات تأخير نتيجة الإخلال بالالتزامات المفروضة في المادة ٢٨ من العقد و طريقة حساب غرامات التأخير في حالة إخلاله بالتزاماته، كما أن الخطاب لم يتضمن تحديد مدة يتعين فيها إرسال المستندات المطلوبة لجهة الإدارة. ونظرا لأن الإعذار السابق غير صحيح فإن مجلس الدولة الفرنسي قد وضع الغرامات التي وقعتها جهة الإدارة من على كاهل المتعاقد معها.

---

[1] CE, 24 avril 1992, *Syndicat mixte pour la géothermie à la Courneuve*, n°112679, précité.

[2] TA Paris, 22 février 2000, *Sté Batinerov*.

[3] CE 17 décembre 2008, *SYNDICAT INTERCOMMUNAL DE GESTION ET D'AMENAGEMENT DE SUPERBAGNERES*, n° 296819, Rec., p. 174.

٨٠- **تعدد الاستثناءات على قاعدة وجوب الإعذار ينال من أهميتها العملية.** وإذا كانت القاعدة أن الإدارة تلتزم قبل توقيعها لجزاء الغرامة بإعذار المتعاقد معها إلا أن هذه القاعدة ليست من النظام العام فهي مقررة لمصلحة المتعاقد مع الإدارة، وبالتالي يجوز الاتفاق على خلافها، وعندئذ يسرى هذا الاتفاق وتتحلل الإدارة من شرط الإعذار .

وقد يكون هذا الاتفاق على الإعفاء من الإعذار صريحا كأن ينص العقد على أن المتعاقد يعتبر معذرا حالة التأخير في تنفيذ الالتزام دون حاجة إلى أي إجراء. ويستوي أن يرد هذا الاتفاق في صلب العقد أو في نص من نصوص دفاتر الشروط العامة أو الخاصة متى أحال إليها العقد.

وغالبا فإن كراسات الشروط العامة تنص على إعفاء الإدارة من هذا الشرط. فالنماذج المختلفة لكراسات الشروط العامة في فرنسا تنص على استحقاق الغرامة بمجرد تحقق التأخير[١]. فعلى سبيل المثال تنص المادة ١-١- ٢٠ من كراسة الشروط العامة لعقد الأشغال، على أن تستحق الغرامة بمجرد ملاحظة التأخير من قبل الإدارة. أما المادة ١-١- ١٤ من كراسة الشروط لعقود التوريد فتنص على أن يبدأ حساب الغرامة دون حاجة للإعذار من اليوم التالي لليوم الذي كان من الواجب إتمام الأداءات فيه[٢]. وبالتالي ففي حالة عدم الاتفاق صراحة على وجوب إعذار الإدارة للمتعاقد المقصر، فإن جهة الإدارة المتعاقدة تستطيع بمجرد التأخير توقيع غرامات التأخير على المتعاقد معها دون إعذر، وذلك متى أحال العقد لكراسة الشروط العامة. و الإحالة لكراسات الشروط العامة أمر شائع في فرنسا، فجهة الإدارة تفضل في الغالب الأعم إعمال الرخصة المخولة لها بمقتضي المادة ١٥ من قانون الصفقات العامة الجديد[٣].

وهكذا، فإن اشتراط الإعذار أصبح من الأمور النادرة عملا في فرنسا نتيجة لإحالة العقود التي تبرمها الإدارة لكراسات الشروط. فالإعذار لم يعد له مكان إلا في حالة الاتفاق عليه صراحةً أو ضمنا في العقد أو في كراسات الشروط الخاصة أو في حالة سكوت العقد وعدم انطوائه على إحالة لكراسات الشروط العامة. وتلك فروض نادرة في الواقع العملي. فالملاحظ أن الإدارة تتعاقد وفقا لنماذج عقود تعدها سلفا. وهذه النماذج تحيل عملا بمقتضى المادة ١٥ من قانون الصفقات العامة إلى

---

[١] انظر المادة١-١ -٢٠ من كراسة الشروط العامة لعقد الاشغال.

[٢] المادة ١-١- ١٤من كراسة الشروط العامة لعقد التوريد وتلقي الخدمات.

[٣] انظر ما سبق بيانه في الفقرة رقم ٧.

كراسات الشروط العامة للصفقة محل التعاقد. والمتعاقد مع الإدارة يقدم على التعاقد وفقا لهذه النماذج. وعملا، فإن الإدارة باعتبارها الطرف الأقوى تتمسك بالبنود الواردة في هذه الكراسات ولا تخالفها في صلب العقد أو في كراسات الاتفاق الخاصة. وحتى في الأحوال التي تخالف فيها الإدارة هذه الكراسات فإنها تميل لتشديد اتفاق غرامات التأخير. وحتى في الأحوال التي تلجأ فيها الإدارة لزيادة قيمة الغرامة، فإن خلو هذا الاتفاق من نص خاص بصدد الإعذار من شأنه سريان بنود كراسة الشروط العامة التي تعفي الإدارة من اشتراطه.

وقد رفض مجلس الدولة الفرنسي في حكم بتاريخ ١٦ نوفمبر ٢٠١٢ [1]، إعفاء الشركة المتعاقدة مع الإدارة من مبلغ ١٠٢١٠ يورو تم توقيعها من قبل جهة الإدارة كغرامات تأخير. وتتلخص وقائع القضية في أن إحدى المستشفيات الجامعية كانت قد تعاقدت مع شركة على أعمال مقاولات تتعلق بتجديد وتحديث نظام التدفئة الخاص بالمستشفى. وقد تأخر المقاول في تنفيذ الأعمال المتفق عليها، فوقعت عليه الإدارة المتعاقدة غرامات تأخير بمبلغ ١٠٢١٠ يورو نظير ١٤ يوم تأخر في إتمام الأعمال المتفق عليها. وقد تم استقطاعها بالفعل من المستحقات المالية للشركة المتعاقدة. فطعن المقاول على قرار الإدارة بتوقيع غرامات التأخير عليه. وقد كان طلب إلغاء مبلغ الغرامة السابق يستند إلى عدم إعذار جهة الإدارة للشركة المتعاقدة معها قبل توقيع غرامات التأخير عليها. وبالفعل قبلت المحكمة الإدارية الاستنافية لمرسيليا في حكمها بتاريخ ٩ مايو ٢٠١١ طعنه، وألزمت جهة الإدارة برد المبلغ المذكور إليه. وطعنت جهة الإدارة على حكم المحكمة الإدارية الاستئنافية لمرسيليا. وفي حكمه بتاريخ ١٤ نوفمبر ٢٠١٢ ألغى مجلس الدولة الفرنسي الحكم المطعون فيه الصادر من المحكمة الإدارية الاستنافية لمرسيليا. وكان سند مجلس الدولة الفرنسي أن المادة ١-١-٢٠ من كراسة الشروط العامة لعقد الأشغال و التي أحال إليها العقد تنص على توقيع غرامات التأخير بمجرد حدوثه ودون حاجة لأي إجراء أخر، وأن الاتفاق في كراسة الشروط الخاصة بالعقد الموقع بين المستشفى الجامعي والشركة المتعاقدة معها لم يخالف كراسة الشروط العامة إلا فيما يتعلق بكيفية حساب غرامة التأخير، ومن ثم تلحق البنود الواردة بكراسة الشروط العامة بالعقد

[1] CE, 15 novembre 2012, *Hôpital de l'Isle-sur-la-Sorgue*, n°350867, Rec., p. 164.

فيما عدا ما تم الاتفاق صراحة على مخالفته في كراسة الشروط الخاصة بالعقد موضوع النزاع[1].

وقد يكون هذا الاتفاق على إعفاء الإدارة من شرط الإعذار ضمنيا يستدل عليه من عبارات العقد، كأن تقتضي شروط العقد التنفيذ في موعد غاية في الصرامة[2]. ففي مثل هذه الحالة، فإن حلول الميعاد يعتبر بمثابة إعذار. كما يمكن أن يستفاد هذا الشرط من طبيعة العقد والظروف التي أبرم فيها والغاية التي أبرم من أجلها، فتتطلب أن يتم التنفيذ بمراعاة الخاصية الهامة والعاجلة لمدد التسليم، كعقود التوريد للقوات المسلحة في زمن الحرب[3].

والاتفاق الضمني على الإعفاء من شرط الإعذار يستخلصه مجلس الدولة الفرنسي، على أنه يتعين ألا يكون محل شك. فيجب أن يكون الاتفاق الضمني قاطع في دلالته على إعفاء الإدارة من الالتزام بالإعذار. فإن ثار الشك فيتعين أن يفسر

---

[1] Le Conseil d'Etat a considéré qu'aux " termes de l'article 20.1 du cahier des clauses administratives générales applicable au marché de travaux en cause : " En cas de retard dans l'exécution des travaux, (...), il est appliqué, sauf stipulation différente du CCAP, une pénalité journalière de 1/3000ème du montant de l'ensemble du marché ou de la tranche considérée. (...) Les pénalités sont encourues du simple fait de la constatation du retard par le maître d'oeuvre " ; qu'il résulte de ces dispositions que, sauf stipulation contraire du cahier des clauses administratives particulières du marché, les pénalités de retard sont dues de plein droit et sans mise en demeure préalable du cocontractant, dès constatation par le maître d'oeuvre du dépassement des délais d'exécution ; qu'en l'espèce, le cahier des clauses administratives particulières, qui dérogeait seulement au cahier des clauses administratives générales quant au montant des pénalités, ne prévoyait pas de mise en demeure du cocontractant avant application des pénalités de retard ; que, par suite, la société Tonin n'est pas fondée à soutenir que les pénalités de retard infligées par l'hôpital de l'Isle-sur-la-Sorgue seraient irrégulières, faute de mise en demeure préalable ;". CE, 15 novembre 2012, *Hôpital de l'Isle-sur-la-Sorgue*, n°350867, précité, cons. 4

[2] د. عبد المجيد فياض ، مرجع سابق ، ص ١٤٩ ، ١٥٠ .

[3] د. نصر بشير ، مرجع سابق ، ص ٩٩ : د. هارون الجمل مرجع سابق ص ١٧٤ : د. عبد المجيد فياض ، مرجع سابق ص١٥٠.

لمصلحة المدين، وهو المتعاقد مع الإدارة في هذا الفرض، وبالتالي يظل الالتزام بالإعذار قائما على عاتق جهة الإدارة.

ومما سبق يتضح أن الوضع القانوني بالنسبة لاشتراط الإعذار هو اشتراطه كقاعدة عامة، ومع ذلك فإن الواقع العملي يشهد بأن دور الإعذار كشرط لتوقيع غرامة التأخير في العقود الإدارية في فرنسا قد تراجع إلى حد بعيد.

ج. الإعذار بالغرامة في مصر .

٨١- موقف النظام القانوني المصري من الإعذار في عقود القانون العام.

إذا كانت القاعدة في فرنسا، هي أن الإدارة تلتزم بإعذار المتعاقد معها قبل أن توقع عليه جزاء الغرامة إلا أن القاعدة في العقود الإدارية في مصر على خلاف ذلك ، فقد نصت المادة ٢٣ من قانون المناقصات والمزايدات ٨٩ لسنة ٩٨، على أنه " وتوقع غرامة التأخير دون حاجة إلى تنبيه أو إنذار أو اتخاذ أي إجراءات إدارية أو قضائية أخرى ". كذلك فإننا نجد أن القوانين السابقة على القانون ٨٩ لسنة ١٩٩٨ قد درجت على النص على هذا الحكم[١].

أما بالنسبة لأحكام القضاء الإداري المصري فإننا نجد أن الأحكام الصادرة منه منذ إنشائه صريحة[٢]في عدم التزام الإدارة بإعذار المتعاقد معها قبل توقيع غرامة التأخير عليه. فغرامات التأخير توقع على المتعاقد المقصر بطريقة تلقائية بمجرد تحقق المخالفة. وفي هذا تقرر المحكمة الإدارية العليا أنه " من المبادئ المقررة في فقه القانون العام أن غرامات التأخير في العقود الإدارية تختلف عن الشرط الجزائي في العقود المدنية وذلك أن الشرط الجزائي في العقود المدنية تعويض متفق عليه مقدما يستحق في حالة إخلال أحد المتعاقدين بالتزاماته، فيشترط لاستحقاقه ما يشترط في التعويض بوجه عام من حصول ضرر للطرف الآخر، وإعذار للطرف

---

[١] أنظر المادة ٢٦ من قانون المناقصات والمزايدات السابقة ٩ لسنة ٨٣ .

[٢] ولم يشذ عن هذه القاعدة إلا بعض الأحكام القليلة جدا الصادرة من محكمة القضاء الإدارى، مثل حكم محكمة القضاء الإدارى الصادر ٢١ يونيو ١٩٥٣، مجموعة المكتب الفنى ، لسنة ٧ ، ص ١٣٤٣ ، مذكور لدى د. عبد المجيد فياض ،مرجع سابق، ص ٩٦و٩٧ . والحكم مذكور أيضا لدى د. سليمان الطماوي ، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق ، ص ٤٩٨ .

المقصر وصدور حكم بها، بيد أن الحكمة من غرامات التأخير التي ينص عليها في العقود الإدارية هي ضمان تنفيذ هذه العقود في المواعيد المتفق عليها حرصا على حسن سير المرافق العامة بانتظام واطراد، وقد نصت المادة ٩٣ من لائحة قانون المناقصات والمزايدات على حق جهة الإدارة في توقيعها بمجرد حصول التأخير ولو لم يترتب عليه أي ضرر ودون حاجة إلي تنبيه أو إنذار أو اتخاذ أية إجراءات قضائية أخرى ".

إذا فالمبدأ المستقر عليه في القانون الإداري هو أن الإدارة المتعاقدة لا تلتزم بإعذار المتعاقد معها قبل توقيع غرامة التأخير عليه، غير أن هذا الحكم غير متعلق بالنظام العام ومن ثم يجوز للمتعاقدين الخروج عليه وتقرير عدم سريان الغرامة على المتعاقد المخل قبل إعذاره، وعندئذ فإن الإدارة تتقيد بهذا الاتفاق لأنه من المستقر عليه في مبادئ التفسير أن النص الخاص يقيد النص العام .

هذا ويفضل بعض الفقه من حيث المبدأ وجوب إعذار المتعاقد المقصر قبل توقيع الجزاء عليه تطبيقا لنص المادة ٢١٨ من القانون المدني[١]، وعلى اعتبار أن الإعذار ضمانة أساسية لا غنى عنها حتى يتمكن المتعاقد من تقديم التفسيرات والتبريرات لتأخره في تنفيذ التزاماته[٢]، ويجب أن يعقب الإعذار فترة معقولة تسمح للمتعاقد بأن يؤدي التزاماته في إطار حسن النية[٣] .

في حين يذهب البعض الآخر[٤]، إلى تأييد نصوص القانون وأحكام القضاء الإداري في مصر، وذلك على أساس أننا بصدد عقد إداري يتطلب مبدأ دوام سير المرافق العامة بانتظام التقيد بالمواعيد المحددة فيه من قبل طرفيه. وتوقيع غرامة على المتعاقد المقصر مباشرة دون إعذار بمجرد الخطأ العقدي الناتج عن التأخير يدفعه للإسراع في التنفيذ. يضاف إلى ذلك، أن إعذار المتعاقد بالغرامة يفتح له باب حق الدفاع. وعندئذ فهيهات أن يتم التنفيذ طالما سمح بتبادل الأوراق التي تحاور في

---

[١] حكم ٩٤ لسنة ٩ ق .ع، صادر ١٩٦٥/١٢/١١، مجموعة الأربعين عاما في العقود الإدارية ، مرجع سابق ، ص٤٩٢ : حكم ٦١ –لسنة ق .ع، صادر ١٩٦٠/٩/٢١، مجموعة الأربعين في شأن العقود الإدارية، ص ٤٩٠.

[٢] د. على شطناوى ، مرجع سابق، ص١٢١.

[٣] د. عبد المجيد فياض ، مرجع سابق ، ص٣٤٠.

[٤] د. نصر الدين بشير ، مرجع سابق ، ص٩١- ٩٢.

دفاع المتعاقد المقصر وتدافع عن تأخره وتلتمس العذر له. بالإضافة إلى أن ذلك يترك الباب مفتوحا أمام المتعاقد للمناورة في نواحي إثبات الإعذار عن عدمه[1].

رأى الباحث

٨٢-**تأييد موقف المشرع المصري.** نرى تأييد مسلك المشرع المصري في عدم إلزام الإدارة بإعذار المتعاقد معها قبل توقيع غرامة التأخير عليه وذلك للأسباب الآتية :

أولاً:- إن فائدة الإعذار الرئيسية هى تحميل المتعاقد المقصر في تنفيذ التزاماته – بتأخره عن التنفيذ في الميعاد المحدد - بالأضرار التي تلحق بالطرف الأول في العقد. فهو مسئول عن الأضرار التي تلحق بالمتعاقد بعد الإعذار من جراء التأخير. في حين أننا نجد أن غرامات التأخير في العقود الإدارية لا علاقة لها بالأضرار التي تلحق بالمرفق، فسواء تحقق ضرر أم لم يتحقق فإن الغرامة تستحق . فغرامة التأخير في القانون المصري هي في حقيقتها عقوبة إدارية توقعها الإدارة على المتعاقد المقصر في تنفيذ التزامه بتأخره عن التنفيذ في الميعاد. فهي توقع بمجرد تحقق موجبها وهو التأخير في التنفيذ عن الميعاد . أما الأضرار التي تلحق بالمرفق العام من وراء التأخير فهذه مجالها التعويض وفقا للقواعد العامة، كما هو مقرر في المادة ٢٣ من قانون المناقصات والمزايدات ٨٩ لسنة ١٩٩٨. فهذه الأخيرة تنص في عجزها على أنه " ولا يخل توقيع الغرامة بحق الجهة الإدارية في الرجوع على المتعاقد بكامل التعويض المستحق عما أصابها من أضرار بسبب التأخير ".

في حين أننا نجد أن الوضع في فرنسا على خلاف ذلك، فالغرامة التأخيرية هي وفقا للتكييف الراجح هي تعويض جزافي عن الضرر الذي يصيب المرفق، ومن ثم نجد أن اشتراط الإعذار له ما يبرره في فرنسا . فعدم قيام الإدارة في فرنسا بالإعذار يستفاد منه عدم تحقق ضرر من جراء التأخير. فإذا ما تضررت الإدارة من التأخير فعليها إعذار المتعاقد معها أولا قبل أن ترجع عليه بالغرامة.

---

[1] د. نصر الدين بشير ، مرجع سابق ، ص٩١- ٩٢.

ثانيًا:- إن النظام القانوني للعقود الإدارية يقوم على مبررات سير المرافق العامة بانتظام واطراد، فالعقود الإدارية شديدة الصلة بالمرافق العامة. ولا شك أن تأخر المتعاقد مع الإدارة ينطوي على إخلال بمبدأ دوام سير المرافق العامة بانتظام واطراد. فإذا كان قد تأخر فعلا عن التنفيذ بتجاوز الميعاد المقرر فإن في إدراكه لأن الغرامة سارية من تاريخ تأخره مباشرة وبصفة تلقائية ما يدفعه إلى محاولة إنجاز التزاماته في أقرب وقت ممكن من الميعاد الأصلي. على العكس من ذلك لو اشترطنا الإعذار فإن المتعاقد عندئذ سوف ينتظر حتى تقوم الإدارة بإعذاره، وهو ما يتناقض مع الحكمة من تقرير غرامة التأخير، وهى – كما عبرت عنها المحكمة الإدارية العليا – " ضمان تنفيذ هذه العقود في المواعيد المتفق عليها حرصا على حسن سير المرافق العامة بانتظام واطراد"[1].

ثالثًا:- إذا كان القانون الخاص قد أعفى الدائن من إعذار المدين في العقود التي يلعب فيها عنصر الزمن دورًا هاما و جوهريا كعقود المدة إدراكا منه أن طبيعة هذه العقود تتناقض مع مظنة التسامح في التأخير، فإن عقود القانون العام التي يلعب فيها عنصر الزمن دورا غاية في الخطورة في سير المرافق العامة بانتظام واطراد ليست بعيدة عن هذه المظنة[2]، بل إن هذا الاعتبار أولى بمراعاته في عقود القانون العام التي تهدف في المقام الأول لتحقيق الصالح العام .

رابعًا :- هناك بعد اقتصادي أشار إليه البعض[3] في الدول النامية، حيث أن الدول النامية تسعى لتحقيق مشروعاتها طبقا لخطط موضوعة سلفا، وذلك لتمام سير مرافقها بانتظام واطراد من أجل التنمية والنهوض. هذه الظروف تضفي على تنفيذ

---

[1] أنظر حكم ٦١ لسنة ٢ ق.ع ، مجموعة الأربعين عاما في العقود الإدارية، مرجع سابق، ص٤٨٩: وكذلك حكم ٩٤ لسنة ٩ ، صادر ١٩٦٢/١٢/١١، مجموعة الأربعين عاما في العقود الإدارية ، ص ٤٩٢.

[2] هذا المعنى تحرص المحكمة الإدارية العليا على تأكيده فى أحكامها " لا يقبل إبتداء من المتعاقد إثبات عدم حصول ضرر على اعتبار أن جهة الإدارة فى تحديدها مواعيد معينة لتنفيذ العقد يفترض أنها قدرت أن حاجة المرفق العام تستوجب التنفيذ فى هذه المواعيد دون أى تأخير ، فهى ضمان لتنفيذ العقد فى المواعيد المتفق علىها حرصا على حسن سير المرافق العامة بانتظام وإطراد ".

حكم ١٧٧٢ لسنة ٢٩ ق.ع صادر فى ١٩٨٥/٢/٥ ، مجموعة الأربعين عاما في العقود الإدارية، مرجع السابق، ص ٤٩٦ : حكم ١٠٨٦ لسنة ٧ ق.ع صادر فى ١٩٦٣/١١/٣٠، مجموعة الأربعين عاما في العقود الإدارية ، ص٥٣٦.

[3] د. نصر بشير، مرجع سابق ، ص ٩٢.

العقود الإدارية طابع الضرورة الملحة، ويذهب مجلس الدولة الفرنسي إلى استثناء العقود الإدارية من شرط الإعذار إذا كانت الظروف تضفي على تنفيذ العقد طابع الضرورة الملحة.

ثالثًا:- الرقابة القضائية على سلطة الإدارة في توقيع غرامات التأخير

٨٢- **رقابة القضاء على قرار الإدارة بتوقيع الغرامة.** يراقب القضاء الإداري جهة الإدارة في استخدامها لسلطتها في توقيع غرامات التأخير على المتعاقد معها. و لما كان القرار الصادر بتوقيع الغرامة هو قرار متصل بالعملية العقدية ولا ينفصل عنها، وهو في أغلب الأحوال يتعلق بتطبيق نصوص العقد وبنوده، فإن القاضي المختص بنظر المنازعات التي تثور حول القرار الصادر بتوقيع الغرامة هو قاضي العقد وبناء على دعاوى القضاء الكامل. وسلطات القاضي الإداري في دعاوى القضاء الكامل جد واسعة. فهي لا تتوقف عند إلغاء العمل القانوني محل النزاع بل تمتد لتعديله والتعويض عنه إذا كان لذلك محل[1]. فيستطيع المتعاقد مع الإدارة طلب تخفيض مبلغ الغرامة أو تعويضه عن احتساب غرامات ليس لها مقتضى.

ودعاوى القضاء الكامل ليست مقيدة بشروط قبول دعوى الإلغاء. فالمتعاقد مع الإدارة غير ملزم برفع دعواه خلال ٦٠ يوم من تاريخ علمه بتوقيع الغرامة عليه. كما أنه غير ملزم بتقديم تظلم مسبق أو بسبق اللجوء للجان فض المنازعات.

ونشير أخيرا إلى أنه إذا كانت الإدارة تستطيع توقيع عقوبة الغرامة بإرادتها المنفردة إلا إن ذلك لا يحرمها من استخدام حقها في اللجوء إلى القضاء طالبة منه الحكم بتوقيع الغرامة على المتعاقد معها إن أرادت ذلك. فقد يترائى للإدارة أن من مصلحتهما سلوك هذا الطريق، وفي الحالة الأخيرة يتعين على الإدارة أن تطلب مبلغ الغرامة المستحق لها صراحة في صحيفة الدعوى ما لم يقم سبب قانوني يحول دون ذلك[2].

---

[1] د. سيد أحمد جاد الله ، سلطة القاضى إزاء العقد الإدارى، رسالة دكتوراة قدمت و نوقشت بجامعة القاهرة ٢٠٠٧، ص. ٣٥٥.

[2] حكم ٢٨٢٧ لسنة ٢٧ق.ع، صادر من ١٩٨٧/١١/٧، مجموعة الأربعين عاما في العقود الإدارية، مرجع سابق ، ص٥٠١

وما يهمنا في هذا المقام ليس عرض المبادئ التي قررها القضاء الإداري في معرض رقابة على سلطة الإدارة في توقيع غرامات التأخير، فهذه المبادئ تعد جزء لا يتجزأ من النظام القانوني لغرامات التأخير والتي تحدد مشروعيتها، وقد آثرنا عرضها على طول الدراسة. وإنما يعنينا في هذا المقام أن نعرض لتطور قضائي هام في فرنسا من شأنه التغيير في منازعات غرامة التأخير.

٨٣-**اعتراف القاضي الإداري الفرنسي لنفسه بالحق في تخفيض مبلغ الغرامة أو زيادتها.** فقد قرر مجلس الدولة الفرنسي في حكمه بتاريخ ٢٩ ديسمبر ٢٠٠٨ أنه " من الجائز للقاضي الإداري، بناء على طلب الخصم صاحب المصلحة، أن يخفض أو يزيد غرامات التأخير التي ينص عليها العقد الإداري، بالتطبيق للمبادئ المنصوص عليها في المادة ١١٥٢ من القانون المدني، وذلك إذا كانت هذه الغرامات مغالى فيها بطريقة جد واضحة أو ضئيلة جدا، وذلك بالنظر لقيمة الصفقة "[1]. وقد أيد مجلس الدولة بتقريره للمبدأ السابق حكم المحكمة الإدارية الاستنافية لباريس الصادر في ٢٣ يونيو٢٠٠٦ [2]. وقد اعتبرت المحكمة الإدارية الاستنافية لباريس في الحكم محل الطعن أن وصول مجموع غرامات التأخير ل ٥٦٪ من قيمة الصفقة يعد أمرًا مبالغ فيه لدرجة كبيرة.

وقد حسم مجلس الدولة الفرنسي في قضائه السابق بتأييده لحكم محكمة باريس الإدارية الاستئنافية، خلافا كبيرا بين محاكم الاستئناف الإدارية في فرنسا

---

[1] CE, 29 décembre 2008, *OPHLM de Puteaux*, n°296930, précité.
Le Conseil d'Etat a considéré " qu'il est loisible au juge administratif, saisi de conclusions en ce sens, de modérer ou d'augmenter les pénalités de retard résultant du contrat, par application des principes dont s'inspire l'article 1152 du code civil, si ces pénalités atteignent un montant manifestement excessif ou dérisoire eu égard au montant du marché ; qu'après avoir estimé que le montant des pénalités de retard appliquées par l'office, lesquelles s'élevaient à 147 637 euros, soit 56,2 % du montant global du marché, était manifestement excessif, la cour administrative d'appel n'a pas commis d'erreur de droit en retenant une méthode de calcul fondée sur l'application d'une pénalité unique pour tous les ordres de service émis à la même date, aboutissant à des pénalités d'un montant de 63 264 euros"

[2] CAA Paris 23 juin 2006, *Sarl Serbois*, n° 02PA03759, CP-ACCP, n° 60, novembre 2006, note H. Letellier.

حول إخضاع غرامات التأخير للمبادئ المنصوص عليه في الفقرة الثانية من المادة ١١٥٢ من القانون المدني الفرنسي[١].

والحقيقة أن إعمال الأحكام التي تنص عليها المادة ١١٥٢ الفقرة الثانية من القانون المدني الفرنسي في مجال عقود القانون العام، كان قد أثار العديد من التساؤلات عقب إدخال الفقرة الثانية من هذه المادة بمقتضى تعديل ٩ يوليو ١٩٧٥[٢].

فقد اتجه جانب من محاكم الاستئناف الإدارية لعدم إمكانية تطبيق نص المادة ١١٥٢ من القانون المدني على الغرامات التي تنص عليها العقود الإدارية[٣]. وقد استندت هذه المحاكم لأحكام مجلس الدولة الصادرة قبل ٢٩ ديسمبر ٢٠٠٨.

ففي البداية، أبدى مجلس الدولة الفرنسي تحفظا في أحكامه تجاه تطبيق الأحكام التي تنص عليها الفقرة الثانية من المادة ١١٥٢ من القانون المدني على غرامات التأخير في العقود الإدارية[٤]. فقد اعتبر مجلس الدولة في العديد من أحكامه الصادرة في أعقاب تعديل ٩ يناير ١٩٧٥ أن العقود الإدارية تخضع لنظام قانوني خاص مستقل عن ذلك الذي يحكم العقود المدنية. ومن ثم فلا يمكن تطبيق نص

---

[1] L'article 1152 du Code civile didpose que : « Lorsque la convention porte que celui qui manquera de l'exécuter payera une certaine somme à titre de dommages intérêts, il ne peut être alloué à l'autre partie une somme plus forte, ni moindre. Néanmoins, le juge peut, même d'offi ce, modérer ou augmenter la peine qui avait été convenue, si elle est manifestement excessive ou dérisoire. Toute stipulation contraire sera réputée non écrite ».

[2] F. LORENS, *Contrat d'entreprise et marché de travaux publics: Contribution à la comparaison entre contrat de droit privé et contrat administratif*, Paris, LGDJ, Coll. Bibliothèque de droit public, Tome 139, 1981, 705 p., ici p. 459.

[3] CAA Nancy 29 mai 2006, n° 00NC01422, Rec., p. 221: CAA Marseille 19 octobre 2004, *Sté groupe 4 sécurité*, n° 04MA00728, Rec. P. 225.

[4] CE 14 juin 1944, *Sekoulounos*, Rec., p. 16 : CE 13 mai 1987, *Sté Citra-Franc* , RDP, 1988, p. 1427 : CE 13 mars 1991, *Entreprise Labaudinière*, n° 80846 , RDP, 1992, p. 1537 : CAA Marseille 19 octobre 2004, *Sté groupe 4 sécurité*, n° 04MA00728, précité.

المادة ١١٥٢ التي وردت في صلب القانون المدني على العقود الإدارية[1]. وقد أدى تبني مجلس الدولة الفرنسي لهذا الاتجاه لرفضه المساس بمبلغ الغرامات النهائي مهما كان مبلغه[2].

وعلى الرغم من تأييد مجلس الدولة الفرنسي في أحكامه الصادرة حتى عام ٢٠٠٨ للاتجاه السابق، فقد اتجه جانب من محاكم الاستئناف الإدارية لإخضاع غرامات التأخير لنص المادة ١١٥٢ من القانون المدني الفرنسي في الأحوال التي يكون فيها مجموع قيمة الغرامات مغالى فيه بطريقة واضحة استجابة لاعتبارات العدالة[3].

ويبدو أن هذا الاتجاه الأخير قد نظر بعين الاعتبار للاعتبارات الواقعية التي تبرم في ظلها اتفاقات الغرامة في العقود الإدارية. فمن جهة، لا يندر أن تستغل جهة الإدارة وضعها الواقعي باعتبارها الطرف الأقوى في العقد، فتضمن العقد الإداري نصوصا تغالي فيها في قيمة الغرامة. ونظرا لأن جهة الإدارة هي التي تتولى إعداد العقد وتتعاقد وفقا لنصوص ونماذج معدة سلفا، فإن المتعاقد معها لن يكون أمامه إلا قبول التعاقد وفقا لهذه النماذج أو رفض التعاقد برمته. ومن جهة أخري، فحتى في الأحوال التي تكتفي فيها جهة الإدارة بالإحالة للنصوص الواردة في كراسات الشروط العامة للصفقة، فإن هذه الكراسات لا تضع حدًا أقصى لغرامات التأخير. وهو ما يمكن أن يؤدي لتجاوز مبلغ الغرامة قيمة الصفقة ذاتها[4].

---

[1] CE, 24 novembre 2006, *Sté Group 4 Falck sécurité*, n° 275412, précité. Le Conseil d'Etat a considéré que « La Société Group 4 Falck sécurité ne saurait utilement demander, sur le fondement des dispositions de l'article 1152 du code civil, la réduction du montant journalier des pénalités de retard contractuellement fi xées ». W. Zimmer, Contrats marchés publ., n° 1, janvier 2007, comm. n° 6

[2] CE, 13 mai 1987, *Sté Citra-France*, précité: CE, 13 mars 1991, *Entreprise Labaudinière*, précité.

[3] CAA Paris, 23 juin 2006, *Sarl Serbois,* précité : CAA Lyon, 27 décembre 2007, *Sté nouvelle des établissements J. Verger et Delporte (SNVD) c/Ville de Dijon,* n° 03LY0123 6 et 03LY01483, inédit au recueil Lebon : CAA Douai, 20 mai 2008, *SA Gougeon*, n° 06DA01608, Rec., p. 285.

[4] انظر على سبيل المثال حكم محكمة مرسيليا الإدارية والذي قامت فيه المحكمة بتخفيض مبلغ الغرامة ل ٢٦ بالمائة من قيمة الصفقة بعد أن كانت قد بلغت ٢٦٤ بالمائة من قيمة الصفقة.

وهكذا اتجهت بعض الأحكام الصادرة عن محاكم الاستئناف الإدارية في ظل رفض مجلس الدولة قبل عام ٢٠٠٨ المساس بقيمة غرامات التأخر، إلى مناشدة جهة الإدارة وحثها على التنازل عن حقها في توقيع الغرامة، وبالذات في الحالات التي يكون فيها المتعاقد مع الإدارة شركة صغيرة ومبلغ الغرامة كبيرا. حيث إن مبلغ الغرامة في هذه الأحوال يمكن أن يكون له نتائج مالية وخيمة على الشركة المتعاقدة.

وقد كان من أثر كل ذلك عدول مجلس الدولة الفرنسي في ٢٩ ديسمبر ٢٠٠٨ عن قضاءه الأول بمناسبة الطعن على حكم محكمة استئناف الإدارية لباريس الصادر في ٢٣ يونيو ٢٠٠٦. وقد أشار مفوض الدولة داكوستا في معرض تعلقيه على الحكم محل البحث للنتائج غير المقبولة التي يمكن أن يؤدي إليها إطلاق سلطة جهة الإدارة في توقيع الغرامات بأن " غرامات التأخير يمكن أن تقود إلى أن الشخص العام المتعاقد يمكن له الاستفادة من الأداءات التي قدمها المتعاقد معها دون أن تدفع جهة الإدارة أي مبلغ مالي، وذلك حين تكون هذه الأداءات قد تمت في غير وقتها المتفق عليه"[1].

وتأكيدا من مجلس الدولة لاستقلالية نظام غرامات التأخير في العقود الإدارية، وحتى لا يتناقض مع قضاءه السابق بشان عدم انطباق مواد القانون المدني على العقود التي تبرمها الإدارة، اعتبر المجلس في حكمه محل البحث أن نص المادة ١١٥٢ من القانون المدني ما هو إلا ترديد لمبادئ عامه تهمين على العقود. وهكذا أقر مجلس الدولة الفرنسي بتطبيق بعض المبادئ العامة التي يحتويها القانون الخاص على عقود القانون العام، وهي ذات الملاحظة التي أكدها عدد من الفقهاء الفرنسيين من قبل[2]. وقد أيد الفقهاء الفرنسيون هذا التحول القضائي للمجلس بناء على اعتبارات العدالة.

وقضاء مجلس الدولة الفرنسي في ٢٩ ديسمبر ٢٠٠٨، يمكن أن يمثل مصدرا للإلهام لنظيره المصري فيما لو عرضت عليه وقائع مشابهة. فعلى الرغم من أن نصوص اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات رقم ٨٩ لسنة

---

[1] CE, 29 décembre 2008, *OPHLM de Puteaux*, n°296930, précité.

[2] B. PLESSIX, *L'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif*, Paris, EPA - Editions Panthéon Assas, 2003, 880 p.

١٩٩٨ تضع حدودا قصوى لمبلغ الغرامة وفقا لنوع العقد[١]، إلا أن هذه الحدود لا تسري في حالة اتفاق الطرفين على ما يخالفها. فتنظيم المشرع للغرامة يعد بمثابة تنظيم تكميلي[٢]. ومن ثم ففي حالة تشديد اتفاق الغرامة، فإن القاضي الإداري المصري يمكن أن يستلهم حلول نظيره الفرنسي في حالة وصول مجموع مبالغ الغرامات المستحقة لحد ظاهر المغالاة أو ضئيل جدًا بالنظر لقيمة الصفقة. والحقيقة أن الحلول التي طبقها مجلس الدولة الفرنسي في حكمه بتاريخ ٢٩ ديسمبر ٢٠٠٨ تبدو متماشية أيضا مع الحالة المصرية على الرغم من اختلاف الطبيعة القانونية لغرامات التأخير في مصر عن فرنسا. ويمكن أن يستند هذا تطبيق هذه الحلول في مصر لمبدأ التناسب بين العقوبة والإخلال.

٨٤-أثار اعتراف القاضي الإداري لنفسه بالحق في تخفيض مبلغ الغرامة أو زيادتها. وهكذا أصبح القاضي الإداري مدعو وفقا للقضاء السابق لمجلس الدولة للتأكد من أن مبلغ الغرامة ليس مغالى فيه بطريقة واضحة أو ضئيل جدا بالنظر للقيمة الإجمالية الصفقة. وقد اعتبر مجلس الدولة الفرنسي في حكمة بتاريخ ٢٠ يونيو ٢٠١٦ أن توقيع جهة الإدارة لغرامات تأخير في عقد التوريد بلغت ٢٦ بالمائة من قيمة الصفقة لا يبلغ حد المغالاة بطريقة واضحة[٣].

أما عن طريقة تحديد الغرامات المستحقة لجهة الإدارة في حال تقدير القاضي الإداري لكونها مبالغ فيها بطريقة واضحة بالنظر لقيمة الصفقة، فيقدرها القاضي الإداري على ضوء وقائع وملابسات الدعوى التي ينظرها. وتلك مسألة واقع تخضع للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع. فقد حكمت محكمة الاستئناف الإدارية لمدينة مرسيليا بتاريخ ٩ نوفمبر ٢٠١٥ بأن " الشركة المتعاقدة لا تثير أية ظروف خاصة لتبرير تأخرها الذي تطلب بمناسبته تخفيض مبلغ الغرامة بدعوى أنه مغالى فيه بطريقة واضحة، في حين أنه لا يمكن تجاهل الأهمية التي علقت عليها

---

[١] سوف نتحدث عن هذه الحدود بصدد دراسة تطبيق غرامات التأخير في عقود الأشغال العامة والتوريد، انظر ما يلي فقرة رقم ١٢١ و١٢٤.

[٢] انظر ما سبق بيانه بصدد دور الاتفاق في غرامات التأخير، فقرة رقم ١٠و١١ .

[3] Conseil d'État, 20 juin 2016, *Sociétés Eurovia Haute-Normandie et Colas Ile-de-France Normandie*, n° 376235, précité.

الإدارة المتعاقدة آجال تنفيذ التوريدات المتعاقد عليها، وذلك بالنظر لمعايير اختيار المتعاقد"[1].

وقد كانت جهة الإدارة في هذه الدعوي قد وقعت على الشركة المتعاقدة معها غرامات تأخير تعادل ٢٦٤ بالمائة من القيمة الإجمالية للصفقة والتي تقدر بحوالي ٤٠ ألف يورو. والحقيقة أن وصول مبلغ الغرامة في هذه القضية لهذا الحد كان ناجمًا عن اعتماد طريقة خاصة لحساب الغرامة تخالف تلك التي كان منصوصا عليها في كراسة الشروط العامة. وعندما لجاء المتعاقد مع الإدارة لقاضي أول درجة، لاحظت المحكمة الإدارية لمرسيليا أن مبلغ الغرامة وصل لحد مغالى فيه بطريقة واضحة. وبالتالي حكمت بتخفيض مبلغ الغرامة ل ١٠٠٠٠ يورو، ما يعادل ٢٥ بالمائة من قيمة الصفقة. وقد طعن المتعاقد مع الإدارة على الحكم أمام قاضي الاستئناف الإداري طالبا تخفيض مبالغ المحكوم بها إلي ٤١٨ يورو. وقد استند طلبة لهذا التخفيض إلى أن حساب الغرامة لم يتم على أساس كراسة الشروط العامة، وإنما على أساس ما تم الاتفاق عليه في كراسة الشروط الخاصة. ووصول مبلغ الغرامة ل٢٦٤ بالمائة من قيمة الصفقة يرجع في الأساس لتبني كراسة الشروط الخاصة لطريقة واضحة المغالاة ومجحفة في حسابها. ومن ثم طلب إبطال طريقة حساب الغرامة المتفق عليها مع جهة الإدارة واعتماد حساب غرامة التأخير على أساس النسب التي تضمنتها كراسة الشروط العامة. ولكن محكمة الاستئناف الإدارية لمرسيليا أقرت قضاء المحكمة الإدارية في مبدأ التخفيض على سند من قضاء مجلس الدولة السابق عرضه، ورفضت طلب المتعاقد مع الإدارة بإبطال الاتفاق الخاص بحساب الغرامة الوارد في كراسة الشروط الخاصة لأنه لم ينله أي عيب يستوجب الإبطال. ومن ثم رفضت طلبه في إعمال كراسة الشروط العامة و تخفيض مبلغ الغرامة عن ١٠٠٠٠يورو.

[1] CAA Marseille, 9 novembre 2015, *Société Ecollect*, n° 14MA02747, inédit au recueil.

الفرع الثاني

سلطة الإدارة في الإعفاء من الغرامة

تمهيد وتقسيم

٨٥- اختلاف تنظيم الإعفاء في مصر عن فرنسا. في مصر، حرص المشرع على تنظيم موضوع الإعفاء من غرامات التأخير في القانون ٨٩ لسنة ١٩٩٨. فقد نص المشرع في المادة ٢٣ من قانون المناقصات والمزايدات في فقرته الثالثة[١]، على أنه " يعفي المتعاقد من الغرامة، بعد أخذ رأى إدارة الفتوى المختصة بمجلس الدولة، إذا ثبت أن التأخير لأسباب خارجة عن إرادته، وللسلطة المختصة – عدا هذه الحالة – بعد أخذ رأى الإدارة المشار إليها، إعفاء المتعاقد من الغرامة إذا لم ينتج عن التأخير ضرر". وقد تكرر نفس الحكم في المادة ٨٣ من لائحة قانون المناقصات والمزايدات[٢].

ويتضح من هذه المادة أن المشرع قد ميز بين نوعين من الإعفاء وغاير بينهما في الحكم وجعل لكل منهما شروطه الخاصة. فأولا: قرر المشرع إعفاء وجوبيا للمتعاقد مع الإدارة إذا كان التأخير ناتج عن سبب أجنبي وذلك بعد أخذ رأى إدارة الفتوى المختصة بمجلس الدولة. ثانيا : قرر المشرع حق جهة الإدارة في الإعفاء الجوازي في غير حالة تحقق السبب الأجنبي بشرطين: أ- ألا ينتج عن التأخير ضرر ، ب - استطلاع رأى إدارة الفتوى المختصة بمجلس الدولة.

أما في فرنسا؛ ففي ظل غياب النصوص التشريعية أو اللائحية المنظمة لموضوع غرامة التأخير، فقد اتجه مجلس الدولة الفرنسي إلى أن إعفاء المتعاقد مع الإدارة من غرامة التأخير إذا ثبت أن التأخير راجع لسبب خارج عن إرادته، يعد تطبيقا لمبدأ من المبادئ القانونية العامة[٣]. وتصرح بعض الأحكام الصادرة عن

---

[١] القانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ ، الصادرة فى ١٩٩٨/٥/٨، والمعمول به ابتداء من ١٩٩٨/٦/٨.

[٢] انظر م ٨٣ من لائحة قانون تنظيم المناقصات والمزايدات ٨٩ لسنة ١٩٩٨ الصادرة بقرار وزير المالية رقم ١٣٦٧ لسنة ١٩٩٨.

3 L'article 1147 dispose que "Le débiteur est condamné, s'il y a lieu, au paiement de dommages et intérêts, soit à raison de l'inexécution de l'obligation, soit à raison du retard dans l'exécution, toutes les fois qu'il ne

القاضي الإداري بأن نسبة التأخر في تنفيذ الالتزام للمتعاقد مع الإدارة شرط مبدئي لثبوت حق الإدارة في توقيع غرامات التأخير عليه[1]. فإثبات المتعاقد مع الإدارة أن التأخير كان لسبب أجنبي خارج عن إرادته ينال من مشروعية الجزاء الموقع عليه من قبل جهة الإدارة. وتأكيدا للمبدأ السابق، فإن كراسات الشروط العامة تستلزم أن يكون التأخير منسوبا للمتعاقد مع الإدارة[2]. أما في الواقع العملي، فإن جهة الإدارة تقوم بتوقيع غرامات التأخير على المتعاقد معها فور حدوث التأخير، مرجئة المنازعة حول نسبة التأخير إلى المتعاقد معها إلى نهاية الصفقة. فإذا تحققت من أن التأخير كان لسبب أجنبي فإن جهة الإدارة تقوم برد المبالغ التي سبق اقتطاعها كغرامات تأخير. ومن ثم يمكن القول أننا سواء اعتبرنا انتفاء السبب الأجنبي شرط لثبوت مسئولية المتعاقد مع الإدارة أو اعتبرنا أن تحققه موجب للإعفاء فإن النتيجة العملية في الحالتين واحدة.

وبالإضافة إلي السبب الأجنبي، تنص كراسات الشروط العامة للصفقات في فرنسا على أحوال محددة يستحق فيها المتعاقد مع الإدارة للإعفاء. فعلى سبيل المثال، تنص كراسات الشروط العامة على حق المتعاقد مع الإدارة في الحصول على الإعفاء إذا لم يتعدى مجموع غرامات التأخير الموقعة عليه من قبل جهة الإدارة في نهاية الصفقة مبلغ معين : ١٠٠٠ يورو في عقود الإشغال و ٣٠٠ يورو بالنسبة لعقد التوريد. فضألة قيمة مجموع الغرامة ينبئ عن أن التأخير لم يكن معتبرا. كما أن ضألة قيمة الغرامة ينبئ عن أن الضرر المتحقق فعلا من جراء إخلال المتعاقد مع الإدارة بالتزامه بالتنفيذ في الميعاد ضئيل القيمة. وتنص كراسة الشروط العامة لعقد الأشغال على حالة أخرى للإعفاء وهي الحالة التي يتأخر فيها المتعاقد مع الإدارة عن إتمام واحدة أو أكثر من مراحل التنفيذ، وذلك إذا لم يكن لهذا التأخير أثر على إتمام كامل الصفقة في موعدها. والحكمة من الإعفاء هنا واضحة، وهي دفع المتعاقد المقصر للسرعة في انجاز أداءاته العقدية بحيث يتم الصفقة في

---

justifie pas que l'inexécution provient d'une cause étrangère qui ne peut lui être imputée, encore qu'il n'y ait aucune mauvaise foi de sa part".

[1] CAA Paris, 12 juin 1990, *Département du Val de Marne*, n° 89PA00253, Rec., p. 221.

[2] انظر على سبيل المقال المادة ١- ٢٠ من كراسة الشروط العامة لعقد الأشغال العامة والمادة ١- ١٤ من كراسة الشروط العامة لعقد التوريد وتلقي الخدمات. وسوف نتولي دراسة وترجمة هذه النصوص بصدد تطبيقات غرامات التأخير في عقدي الأشغال العامة والتوريد، فقرة ١١٦ بالنسة لعقد الأشغال وفقرة ١٢١ بالنسبة بعقد التوريد.

موعدها. بالإضافة إلى ذلك، فإن تمام تنفيذ المقاولة في موعدها ينبئ عن انتفاء الضرر الفعلي. وهكذا يلعب انتفاء الضرر أثرًا هامًا في مجال الإعفاء من الغرامة في فرنسا.

أما بصدد الإعفاء الجوازي في فرنسا، ففي ظل غياب النصوص التشريعية أو اللائحية التي تنظم موضوع غرامة التأخير، فإن الفقه في فرنسا يتجه للاعتراف للإدارة بهذا الحق. فالإدارة هي القوامة على تحقيق المصلحة العامة، وقد تقدر أن هذه الأخيرة تقتضي منح الإعفاء للمتعاقد معها. أما بصدد الموقف القضائي، فمن النادر أن يطرح موضوع الإعفاء الجوازي من غرامات التأخير في ساحات القضاء في فرنسا. فنظرًا لأن الإعفاء الجوازي خاضع لمطلق تقدير جهة الإدارة فإن القاضي الإداري ينأى بنفسه عن التدخل في هذه السلطة إذا رفضت الإدارة منح المتعاقد معها هذا الإعفاء .

وسوف نتولى دراسة سلطة جهة الإدارة في الإعفاء من غرامات التأخير من خلال التمييز بين نوعي الإعفاء: الوجوبي والجوزاي. على أننا بصدد الإعفاء الوجوبي سوف نقتصر على دراسة السبب العام للإعفاء في فرنسا ومصر، وهو تحقق السبب الأجنبي. أما باقي حالات الإعفاء الوجبي في فرنسا والتي أشرنا لبعضها بإيجاز فسوف نتناولها بصدد دراسة الإعفاء الجوازي في مصر. فالحقيقة، أن سلطة جهة الإدارة في منح الإعفاء الجوازي في مصر تبدو مقيدة بقيد يتعلق بانتفاء الضرر. وانتفاء أو ضألة الضرر يظهر في ذات الوقت باعتباره أحد مبررات منح الإعفاء للمتعاقد مع الإدارة في الأحوال الخاصة للإعفاء الوجوبي في فرنسا. ومن ثم فإن فكرة الضرر تمثل قاسما مشتركا يمكن من خلاله دراسة هذه الأحوال.

وفيما يتعلق بخطة الدراسة فإننا نفضل تبني التفرقة التي أقامها المشرع المصري في قانون المناقصات والمزايدات في التفرقة بين الإعفاء الوجبي والجوازي.

وسوف نعالج أولاً سلطة الإدارة في الإعفاء الوجوبي، ثم نفرد ثانيًا لسلطة الإدارة في الإعفاء الجوازي.

أولا:- الإعفاء الوجوبى .

٨٦- **السبب الأجنبي كأساس عام للإعفاء من الغرامة في فرنسا ومصر له معنى خاص.** يتفق النظام القانوني المصري والفرنسي على حق المتعاقد مع الإدارة

في الحصول على المبالغ المقتطعة منه كغرامات تأخير إذا أثبت أن التأخر في التنفيذ يعزى لسبب خارج عن إرادته. فمتى ثبت أن التأخير ناتج عن سبب أجنبي فإن الإدارة يجب عليها إعفاء المتعاقد معها من غرامات التأخير.

وقد عبر المشرع المصري عن سلطة الإدارة المقيدة في منح المتعاقد معها الإعفاء بنصه في المادة ٢٣ من القانون ٨٩ لسنة ١٩٩٨ في الفقرة الثانية، على أن " ويعفي المتعاقد من الغرامة يعد أخذ رأى إدارة الفتوى المختصة بمجلس الدولة، إذا ثبت أن التأخير لأسباب خارجة عن إرادته ". فالإعفاء هنا وجوبي يتم بقوة يتم القانون. فمتى ثبت أن سبب التأخير هو السبب الأجنبي وحدة فإن المتعاقد يستحق هذا الإعفاء بقوة القانون. وتقتصر سلطة جهة الإدارة في مقام الإعفاء الوجوبي على التحقق من قيام السبب الأجنبي وكونه هو السبب الوحيد في تحقق الإخلال. فمتى ثبت ذلك فليس للإدارة أي سلطة تقديرية في منح الإعفاء بل يستحقه المتعاقد بقوة القانون، وهو حق له يستطيع المطالبة به قضاء .

وفي فرنسا فإنه من المستقر عليه أنه لا يمكن توقيع غرامة تأخير على المتعاقد مع الإدارة إلا إذا كان التأخير منسوب للمتعاقد مع الإدارة أو لأحد الذين يستخدمهم. وعند المنازعة في نسبة التأخير للمتعاقد مع الإدارة أو أحد عماله فإن القضاء يحسم هذه المنازعة[1].

ويلاحظ هنا أن المكان الطبيعي لدراسة السبب الأجنبي سواء في فرنسا أو في مصر، في مقام المسئولية العقدية عن الأضرار الناتجة عن تأخر المدين في أداء التزاماته في موعدها، هو الركن المتعلق برابطة السببية. ولكن المسئولية التي توقع بناء عليها غرامات التأخير في العقود الإدارية هي مسئولية خاصة بالنظر للقواعد العامة في المسئولية العقدية. فرابطة السببية تستلزم وجود مكان للضرر في ثبوت المسئولية . فوظيفتها هي الربط بين الضرر والخطأ العقدي. وركن الضرر ليس له مكان في المسئولية التي توقع بناء عليها غرامات التأخير، فتنتفي بالتبع لها رابطة السببية.

ولما كانت اعتبارات العدالة تأبى أن يوقع على المتعاقد جزاء عن إخلال ليس له يد في تحققه، فإن كل من النظامين: المصري والفرنسي، يقرر إعفاء المتعاقد مع

---

[1] CAA Paris, 12 juin 1990, *Département du Val de Marne*, n° 89PA00253, précité.

الإدارة في الأحوال التي يعزى فيها إخلاله لسبب أجنبي. بالإضافة إلي ذلك، فإن مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود، وهو مبدأ له تطبيق عام في كافة أنواع العقود وأيا كان النظام القانوني الذي تخضع له، يوجب إعفاء المدين بالالتزام من المسئولية متى كان التأخير راجع لسبب خارج عن إراداته.

ويقصد بالسبب الأجنبي في مقام لإعفاء من غرامات التأخير كل حادث خارج عن إرادته المتعاقد مع الإدارة غير ممكن التوقع ومستحيل الدفع متى كان من شأنه أن يجعل تنفيذ الالتزام في موعده مستحيلا. فأثر السبب الأجنبي ينحصر هنا في وقف التزام المتعاقد مع الإدارة بالتنفيذ في الميعاد لحين زوال المانع، وعندئذ يعود الالتزام للسريان مرة أخرى، وهو ما يعنى إضافة مدة قيام المانع والتي استحال فيها التنفيذ إلى مدة تنفيذ الالتزام[1] . والسبب الأجنبي على التحديد السابق يمكن أن يشمل وبالأخص الصعوبات المادية غير المتوقعة. فهذه الأخيرة تؤدي متى تحققت شروطها لتأخر تنفيذ التزام المتعاقد مع الإدارة بالتنفيذ لحين زوال هذه الصعوبات.

ويلاحظ أنه يشترط حتى ينتج السبب الأجنبي أثره في الإعفاء الكلي من مبلغ الغرامة على الرغم من تحقق الإخلال بتأخر المتعاقد مع الإدارة عن الوفاء بالتزاماته في الموعد المقرر، أن يكون تحقق السبب الأجنبي السبب الوحيد للإخلال بالتزامه بتنفيذ أداءاته العقدية في موعدها. أما إذا اشترك في تحقيق الإخلال خطأ المتعاقد مع السبب الأجنبي ففي هذه الحالة يقدر القاضي نصيب السبب الأجنبي في تحقق التأخير ويقوم بخصم جزء من الغرامة معادل لهذا النصيب[2].

والسبب الأجنبي الذي يعفي المتعاقد مع الإدارة من الغرامة على التحديد السابق، قد يكون الحادث الفجائي أو القوة القاهرة أو الصعوبات المادية غير المتوقعة، وقد يكون فعل الغير، وقد يكون خطأ الجهة الإدارية المتعاقدة. ولكل من هذه العوامل شروطها وتفصيلاتها التي يتعين على الباحث تناولها .

فإذا توافر إحدى حالات السبب الأجنبي السابق ذكرها، فإن المتعاقد مع الإدارة يستحق الإعفاء الوجوبي فورا في فرنسا. أما في مصر فقد قيد المشرع جهة الإدارة باستطلاع رأي إدارة الفتوى المختصة بمجلس الدولة .

---

[1] فتوي رقم ٤٢٤ بتاريخ ١٩٩٦/٦/١٣ ، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها الجمعية العمومية لقسمي الفتوي والتشريع حتي عام ٢٠٠٥، مرجع سابق ، ص٧٣٧ .

[2] CAA Nantes, 19 septembre 2014, *SNC Entreprises Morillon Corvol Courbot*, n°12NT03032, Rec., p.264.

وسوف تتولى أولا معالجة الشرط الأول المتعلق بتحقق إحدى حالات السبب الأجنبي، ثم نتولى ثانيًا معالجة الشرط المتعلق باستطلاع رأي إدارة الفتوى في مصر.

أ. تحقق إحدى حالات السبب الأجنبي .

٨٧- **حالات السبب الأجنبي.** يتعين حتى يستحق المتعاقد مع الإدارة الإعفاء الوجوبي من غرامات التأخير أن يثبت أن التأخير منسوب لسبب أجنبي لا دخل لإرادته في تحققه. وتحقق إحدى حالات السبب الأجنبي يقتضي تحقق إحدى الحالات الآتية:- الحادث الفجائي أو القوة القاهرة، فعل الإدارة، فعل الغير. ولكل حالة من هذه الحالات شروطها المحددة.

وعبء إثبات الحادث الفجائي أو القوة القاهرة يقع على عاتق من يدعيه، وهو المدين بالالتزام[1]. وبالتالي فإن من حق جهة الإدارة متى حدثت واقعة التأخير أن تستوفي غرامات التأخير لحين قيام المتعاقد معها بإثبات أن التأخير كان راجع لأسباب قهرية وتقديم المستندات الدالة على ذلك. وتقرر المحكمة الإدارية العليا بأنه "متى وقعت جهة الإدارة غرامة التأخير لتوافر شروط استحقاقها بإخلال التعاقد معها بالتزاماته قبلها، وقام هذا المتعاقد بالشكوى من توقيع الغرامة عليه، وأثبت بما قدمه من مستندات أن التأخير نشأ عن حادث قهري خارج عن إرادته ، واقتنع المسئول المختص بذلك في ضوء الظروف والملابسات التي أحاطت بتنفيذ العقد، فإن من سلطة المسئول أن يعفي المتعاقد من غرامة التأخير"[2].

وتعد المنازعات حول تحقق السبب الأجنبي مجالا خصبا للأحكام القضائية في مصر وفرنسا. فغالبا ما يدعي المتعاقد مع الإدارة أمام القضاء تحقق إحدى حالات السبب الأجنبي وصولا للإعفاء من غرامات التأخير. ومن هنا نجد حرص القضاء

---

[1] CE, 15 novembre 2012, *Hôpital de l'Isle-sur-la-Sorgue*, n° 350867, précité : CAA de Douai,31 octobre 2006, N° 04DA01071, précité.

[2] حكم ١٣٤ لسنة ق.ع صادرة فى ١٩٨١/١/١٠، مجموعة الأربعين عاما في العقود الإدارية، مرجع سابق ، ص ٥٤٣ . وأنظر أيضا فتوى رقم ٨٥ بتاريخ ٢٠٠٢/١/٣١، مجموعة المبادئ القانونية التى قررتها الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع حتى عام ٢٠٠٥ ، مرجع سابق ، ص ٧٧٠.

الإداري في كل من البلدين على رسم تحديد دقيق للسبب الأجنبي من خلال حصره في ثلاث حالات :- القوة القاهرة والحادث الفجائي، خطأ الإدارة المتعاقدة، خطأ الغير.

وسوف نتولى دراسة كل حالة من هذه الحالات على حدة.

١. الحادث الفجائي أو القوة القاهرة كسبب للإعفاء

٨٨- **شروط الحادث الفجائي أو القوة القاهرة.** يعد الحادث الفجائي أو القوة القاهرة أول صورة من صور السبب الأجنبي الذي يعفي المتعاقد مع الإدارة من المسئولية عن التأخير. فنسبة التأخير في تنفيذ المتعاقد مع الإدارة لأداءاته العقدية في موعدها للقوة القاهرة أو للحادث فجائي يعفي المتعاقد مع الإدارة بقوة القانون من المسئولية الناتجة عن هذا التأخير. ويستقر الفقه والقضاء في مصر على عدم التمييز بين القوة القاهرة والحادث الفجائي سواء في مجال القانون الخاص[١] أو القانون العام[٢].

وتجد هذه الحالة من حالات الإعفاء سندها في مبدأ وجوب تنفيذ المتعاقدين لالتزاماتهما العقدية بطريقة تتفق مع حسن النية. فهذا المبدأ الهام - الذي يهيمن على كافة أنواع العقود - يفرض إعفاء المتعاقد الذي يقصر في أداء التزاماته العقدية متى كان هذا الإخلال أو التقصير راجع لظروف، لم يكن بإمكان المتعاقد توقعها عند إبرام العقد ولا يستطيع لها دفعا ولا دخل لإرادته في حدوثها . بالإضافة إلى أن اعتبارات العدالة أيضا تفرض هذا الحكم .

---

١ د. عبد الرازق أحمد السنهورى ، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول مصادر الالتزام ، ص٩٩٤ :د. رمضان محمد أحمد أبو السعود ، مصادر الالتزام،الإسكندرية، بدون دار نشر، طبعة ٢٠٠٣ ص ٣٩٦

٢ د. سليمان الطماوى، القضاء الإدارى، الجزء الثانى قضاء التعويض ، ص ٢٠٩. : د. هارون الجمل ، النظام القانونى للجزاءات فى عقد الأشغال العامة ، مرجع سابق، ، ص ٤٢٨.

ويقرر سيادته أنه " لا يفرق الجمهور فى الفقه والقضاء فيما يتعلق بالمسئولية على أساس الخطأ فى نطاق روابط القانون الخاص والعام بين القوة القاهرة والحادث الفجائى ، ويعتبرونها اسمين لشىء واحد، يدل أولهما على استحالة الدفع ، وثانيهما على عدم إمكان توقعه وبحسبانه سببا أجنبيا يكون غير منسوب إلى المدين بتنفيذ الالتزام".

ويمكن تعريف القوة القاهرة أو الحادث الفجائي في هذا المقام بأنه " أمر غير متوقع عند إبرام العقد، ليس لإرادة أي من طرفي العقد دخل في حدوثه، وليس في إمكان المدين بالالتزام دفعه، ويترتب عليه استحالة تنفيذ الالتزام لحين زواله ". وهذا التحديد للحادث الفجائي أو القوة القاهرة يجعل من المناسب إدخال الصعوبات المادية غير المتوقعة في مجال الدراسة. فالصعوبات المادية غير المتوقعة متي تحققت شروطها يمكن إعتبارها أمرا خارجا عن إرادة المتعاقد مع الإدارة وغير ممكن التوقع ومستحيل الدفع ويؤدي لتأخر الوفاء بالالتزم بالتنفيذ عن موعده.

وعلى هذا يتعين أن يتوافر في الحادث الفجائي أو القوة القاهرة التي تعفي المتعاقد مع الإدارة من توقيع غرامة التأخير عليه عدة شروط وهى :

١. ألا يكون لإرادة المتعاقد مع الإدارة دخل في حدوثه .
٢. أن يكون غير ممكن التوقع لحظة إبرام العقد .
٣. أن يكون مستحيل الدفع.
٤. ألا يؤدى إلى استحالة تنفيذ الالتزام استحالة مطلقة .

وسوف نتناول بشيء من التفصيل دراسة كل شرط من هذه الشروط.

الشرط الأول : ألا يكون لإرادة المتعاقد مع الإدارة دخل في حدوث القوة القاهرة :

٨٩- اشتراط ألا يكون الحادث الفجائي أو القوة القاهرة منسوب لإرادة المتعاقد مع الإدارة. يقتضي أول شروط تحقق القوة القاهرة أن يكون الحادث المنسوب له التأخر في تنفيذ الالتزام خارج عن إرادة المتعاقد مع الإدارة. بمعنى ألا يكون لإرادته دخل فيه، ليس نتيجة لفعله، وألا يسبقه أو يقترن به خطأ عقدي من جانبه. ويجد هذا الشرط من شروط تحقق القوة القاهرة ما يبرره في أنه ليس من المستساغ أن يتخلق المدين بالتنفيذ لنفسه عذرا للتحرر من التزاماته. وبالتالي إذا كان المتعاقد بفعله هو الذي أوجد هذا الظرف فلا يحق له الاحتجاج به كسبب

للإعفاء حتى وإن لم يكن هذا الفعل يدخل في طائفة الأخطاء، بل حتى ولو كان استعملا لحق[1].

ومن أوضح التطبيقات في هذا الصدد الإضراب، فمجلس الدولة الفرنسي جرى في شأن الإضراب على عدم اعتباره في كل الأحوال سببا قهريا، وإنما يتعين وفقا لما انتهي إليه مفوض الدولة تارديو في تعليقه على الأحكام الصادرة من مجلس الدولة في يناير ١٩٠٩، " فحص الوقائع وسببها ليتبين إذا كان الإضراب سببه خطأ جسيم من المتعاقد، وإذا كان يستطيع تحاشيه أو منعه و ما إذا كان يعتبر بالنسبة له عقبة في تنفيذ التزاماته لا يمكن التغلب عليها، وكلما اتضح من الظروف أن المتعاقد هو الذي أثار الإضراب أو شجعه لمصلحته فحينئذ لا توجد قوة قاهرة"[2].

٩٠- تطبيق هذه القاعدة بصرامة في حالة خطأ المتعاقد مع الإدارة.

ويرفض القضاء الإداري في فرنسا اعتبار خطأ المتعاقد مع الإدارة سببا قهريا يعفي المتعاقد مع الإدارة من التزاماته. وقد طبقت محكمة الاستئناف الإدارية لدويه هذه القاعدة في حكمها بتاريخ٣١ أكتوبر ٢٠٠٦[3]. وتتلخص وقائع هذه القضية في أن جهة الإدارة قد تعاقدت مع إحدى شركات المقاولات على إنشاء صالة للألعاب الرياضية وعدد من المباني الملحقة بها . وقد تم التعاقد مع ذات الشركة على صفقتين تمت كل منها بعقد إداري مستقل الأولي: تتعلق بإنشاء صالة الألعاب

---

[1] وفى هذا الصدد قضت الإدارية العليا بأن " من المجافاة " الصريحة للمبادئ القانونية أن يتخذ الإنسان من عمله الاختيارى كالتطوع من الجيش مبررا للإخلال بالتزاماته " . أنظر، د. هارون الجمل ، مرجع سابق، ص ٤٤٥.

[2] CE, 29 janvier 1909, *Cie Compagnie des messageries maritimes et Compagnie générale transatlantique*, n° 17614, n° 18028, n° 18041 , Rec., p. 121.

Selon les conclusions du commissaire du gouvernement Tardieu : « les grèves partielles ou générales n'ont pas nécessairement au point de vue de l'exécution du contrat qui lie l'entrepreneur au maître de l'ouvrage le caractère d'événement de force majeure. Il y a lieu dans chaque espèce par l'examen des faits de la cause de rechercher si la grève a eu pour origine une faute grave de l'entrepreneur, si elle pouvait être évitée ou arrêtée par lui, et si elle a constitué pour lui un obstacle insurmontable à l'accomplissement de sa mission. »

د. هارون الجمل، مرجع سابق ، ص٤٤١.

[3]CAA Douai,31 octobre 2006, n° 04DA01071.

الرياضية. والثانية: تتعلق بإنشاء المباني الملحقة بهذه الصالة. وبالفعل، بدأت الشركة المتعاقدة مع جهة الإدارة في تنفيذ العقد الأول المتعلق بإنشاء صالة الألعاب الرياضية. وقد أنهت الشركة الصالة المتعاقد عليها متأخرة ٢٦ يوم عن التاريخ المحدد في العقد، إلا أن جهة الإدارة لم توقع عليها غرامة تأخير. وكان من نتيجة هذا التأخر أن بدأت الشركة العمل في الصفقة الثانية المتعلقة بإنشاء المباني الملحقة بالصالة متأخرة عن الميعاد المحدد لبدء العمل فيها، وهو ما أدى لتأخرها في إنجاز هذه الأعمال مدة ٢٦ يوم. وقد قامت جهة الإدارة بتوقيع غرامة تأخير عن هذه المدة. وبالفعل اقتضت جهة الإدارة هذه الغرامات من حساب الشركة المتعلق بالصفقة الثانية ، وقد طعن المتعاقد مع الإدارة على قيام جهة الإدارة بتوقيع غرامة التأخير عليه أمام محكمة ليل الإدارية ، وقد استند المتعاقد مع الإدارة في طعنه إلى أن التأخر في إنجاز الصفقة الثانية كان ناجمًا أساسًا عن التأخر في تنفيذ الصفقة الأولى. وأن جهة الإدارة بإغفالها توقيع غرامة تأخير عن التأخر في تنفيذ الصفقة الأولي تكون قد اتجهت نيتها لإعفائه من هذه الغرامات، ولم يكن لجهة الإدارة بالتالي أن توقع عليه غرامات التأخير عن الصفقة الثانية.

وقد رفضت محكمة الإدارية لليل في حكمها الصادر بتاريخ ١٤ أكتوبر ٢٠٠٤ طلب المتعاقد مع الإدارة. فقام المتعاقد مع الإدارة باستئناف حكم المحكمة الإدارية ليل القاضي بتأييد جهة الإدارة في توقيعها لغرامات تأخير أمام محكمة الاستئناف الإدارية لدويه. ولكن هذه الأخيرة رفضت هذا الدفع على أساس أن التأخر في تنفيذ الصفقة الأولي قد أدى لتأخر في تنفيذ الصفقة الثانية. فالتأخر في تنفيذ الالتزامات عن التاريخ المحدد في العقد وهو موجب توقيع الغرامة قد تحقق في تنفيذ الصفقة الثانية. وأضافت المحكمة أنه لا يمكن اعتبار التأخر في تنفيذ الصفقة الثانية خارجا عن إرادته حتى مع اعتبار الصفقة الأولى مستقلة عن الصفقة الثانية. فهو كان المسئول عن تنفيذ الصفقة الأولى. وبالتالي، فلا يمكن اعتبار التأخر في تنفيذ الصفقة الثانية ناتج عن أسباب لا دخل له فيها. وهو موجب توقيع الإعفاء.

ويسير مجلس الدولة المصري على ذات القاعدة السابقة في رفضه اعتبار خطأ المتعاقد مع الإدارة سببا قهريا يعفي المتعاقد مع الإدارة من التزامه بالتنفيذ في الميعاد حتى ولو أدى هذا الخطأ لاستحالة تنفيذ الالتزام عينا. وفي هذا الصدد قضت المحكمة الإدارية العليا أنه " إذا كانت الاستحالة راجعة إلى خطأ المدين لا ينقضي الالتزام و إن كان تنفيذه العيني قد أصبح مستحيلا ووجب التنفيذ عن طريق

التعويض، وبذلك يتحول الالتزام من التنفيذ العيني إلى التعويض، فتبقى التأمينات التي تكفل التنفيذ العيني وتتحول إلى كفالة للتعويض، وتبقى مدة التقادم سارية، أما إذا كانت الاستحالة راجعة إلى سبب أجنبي فإن الالتزام ينقضي أصلا سواء من حيث التنفيذ العيني أو التنفيذ بالتعويض "[1].

فإذا كانت القاعدة السابقة مقررة في حالة القوة القاهرة التي تؤدى إلى استحالة تنفيذ الالتزام استحالة مطلقة – فيظل المتعاقد مع الإدارة ملتزمًا وإن تحول التزامه من التنفيذ العيني إلى التنفيذ بمقابل، فهي من باب أولى تنطبق في حاله القوة القاهرة، التي تعطل تنفيذ الالتزام لفترة مؤقتة، وبالتالي يظل الالتزام بالتنفيذ قائما، ولا يحق للمتعاقد مع الإدارة أن يعفى من غرامات التأخير.

وقد قضت المحكمة الإدارية العليا في حكمها بتاريخ ٢٠١٥/٣/٢٤ بأن " المورد المذكور كان قبل التعاقد محل التداعي محبوساً احتياطياً في الفترة ١٩٩٠/٩/٢٦ وحتى ١٩٩٩/١٢/١٣ على ذمة قضية رشوة عرضها المذكور على جندي مكلف بخدمة عامة لإبدال عينة فول قام بتوريدها غير مطابقة للمواصفات قبل تسليمها إلي مخازن السجوب بمنطقة طرة لتحليلها بعينة أخرى مطابقة للمواصفات ، وبعد إخلاء سبيل المورد المذكور على ذمة هذه القضية وإحالته إلى محكمة الجنايات قام بالتعاقد مع إدارة التعيينات بوزارة الدفاع بموجب العقد محل التداعي ، ثم صدر الحكم الجنائي في هذه القضية عليه بالسجن خمس سنوات في الفترة من ١٩٩١/٣/٢ وحتى ١٩٩٥/١١/٣٠ ، ومن ثم يضحي ما طرا على هذا المقاول من ظروف كانت بإرادته ونتيجة لفعل إيجابي من جانبه مؤثم جنائياً (...)الأمر الذي لا يصدق معه على هذه الظروف وصف القوة القاهرة أو الظرف الطارئ غير المتوقع "[2].

٩١- مدى اشتراط أن يكون الحادث الفجائي غير متصل بالمتعاقد مع الإدارة. إذا كانت القاعدة السابقة وهي كون القوة القاهرة أو السبب الأجنبي يجب ألا يكون لإرادة المتعاقد مع الإدارة يد فيه محل اتفاق، فإن هناك أراء لا تكتفي بذلك بل تشترط ألا يكون الحادث الفجائي أو القوة القاهرة له صله بنشاط المتعاقد مع الإدارة أو متصل به. ويرى الدكتور هارون الجمل وهو من أنصار هذا الاتجاه " أن هذا

---

[1] حكم رقم ٦٨٩ لسنة ٤ ق.ع، صادر فى ١٩٦٩/٢/١٢، مجموعة الأربعين عاما في العقود الإدارية، ،ص ٤٧٢.

[2] الحكم في الطعن رقم ٢٥٧٧٤ لسنة ٥٥ق.ع، بتاريخ ٢٠١٥/٣/٢٤، لم ينشر بعد .

الاتجاه الحديث أكثر انسجامًا مع مقتضيات حسن سير المرافق العامة وسمو المصلحة العامة، فلو تصورنا مثلا أن ما يصيب أدوات المقاول من عيوب – تعوق تنفيذ التزامه – ترتب عليه إخلال بقاعدة أساسية وهى سير المرافق العامة بانتظام إذا تتمثل مصلحة الإدارة في تنظيم المرفق على أحسن وجه بينما مصلحة المقاول هي تحقيق أكبر قدر من الربح في استغلال المرفق" .

ويبدو أن القاضي الإداري في فرنسا يؤيد هذا الاتجاه ؛ فالأحكام الصادرة من القضاء الإداري الفرنسي ترفض اعتبار تأخر موردي المقاول أو تخلفهم عن تنفيذ التزاماتهم قبله من قبيل القوة القاهرة "[1] .

والحقيقة أننا نرى أن ما يذهب إليه الاتجاه السابق من اشتراط أن يكون الحادث الفجائي منبت الصلة بالمتعاقد مع الإدارة فيه مغالاة واضحة. فهذا الرأي على إطلاقه يتعارض مع الاعتبارات التي يقوم عليها الإعفاء. فهو من ناحية يتناقض مع مبدأ وجوب تنفيذ العقد بطريقة تتفق مع حسن النية. ومن ناحية أخرى، يتناقض مع اعتبارات العدالة ، وهذان العاملان يمثلان الدافع وراء تقرير الحكم الخاص بالإعفاء. فهناك من الحوادث ما تكون متصله بشخص المتعاقد ومع ذلك لا يستطيع توقعها ولا يستطيع لها دفعا، كالمرض المفاجئ. وهناك أحوال أخرى يكون فيها الحادث متصلا بنشاط المتعاقد مع الإدارة ولا يستطيع دفعها أو توقعها. كالعطل الذي يصيب أحد معداته التي يعتمد عليها بشكل أساسي نتيجة عيب في التصنيع ولا تسمح ظروفه كونه شركة صغيرة مثلا، بشراء أو استئجار معدات بديلة. فبنود العقد وشروطه إنما وضعت لكي تنفذ في الظروف العادية وليس في حالة وجود حادث يؤدي لا محالة إلى تعطيل الوفاء بالالتزام سواء كان هذا الحادث منبت بنشاط المتعاقد أو كان متصلا به.

أما بالنسبة للأمثلة التي أوردها الاتجاه السالف للتدليل على صحة رأيه، فإن في شروط القوة القاهرة الأخرى ما يغنى عنها. فبالنسبة لما يصيب أدوات المقاول من عيوب، فهذه العيوب إما أن تكون نتيجة لإهماله في صيانتها، وفي هذه الحالة فالحادث الفجائي مردة خطأ المتعاقد وتقصيره، وبالتالي فالسبب ليس أجنبيا عن إرادته، وإما أن يكون مردها عيوب في التصنيع لا يد له فيها، وفي هذه الحالة إما أنه يستطيع دفع هذا الحادث الفجائي كأن يستأجر أدوات أخرى مثلا لتنفيذ التزامه،

---

[1] CE, 18 juin 1969 *Entreprises Guyot*, N 72661, précité: dans le même sens, CAA Paris, 12 juin 1990, *Département du Val de Marne*, n° 89PA00253, précité.

وفي هذه الحالة ينتفي أحد شروط الإعفاء من القوة القاهرة وهو أن يكون الحادث مستحيل الدفع، و إما أنه لا يستطيع دفع هذا الحادث وفي هذه الحالة لا نعتقد بأن المصلحة العامة سوف تستفيد بتحصيل غرامات تأخير من متعاقد لا يد له في حدوث هذا التأخير ولا يستطيع له دفعا . فهذا مما يتناقض مع اعتبارات حسن النية في تنفيذ العقود واعتبارات العدالة. ولهذا فنحن نرى أنه لا لزوم لاشتراط أن يكون السبب لا صلة له بنشاط المتعاقد أو غير متصل به إذ في شروط القوة القاهرة الأخرى ما يغنى عنه .

أما بالنسبة لما قضى به مجلس الدولة الفرنسي في خصوص تأخر موردي المقاول المتعاقد مع الإدارة عن تنفيذ التزاماتهم، فإننا نرى أن الأمر في مثل هذه الأحوال يتعلق بشرط استحالة الدفع. فالمقاول كان يستطيع أن يتغلب على هذه العقبة بالحصول على هذه الأشياء من أي مصدر أخر، كذلك فإنه لا يمكن اعتبارات تأخر الموردين الذين يعتمد عليهم المتعاقد مع الإدارة في الوفاء بالتزاماته أمر غير متوقع الحصول .

و الرأي الذي ننحاز إليه بعدم اشتراط ألا يكون الحادث الفجائي أو القوة القاهرة له صله بنشاط المتعاقد مع الإدارة أو متصل به، يبدو أكثر تماشيا مع تطور مفهوم القوة القاهرة في الفقه والقضاء في فرنسا. فمفهوم القوة القاهرة يمثل الآن موضوعا للجدل والنقاش في الأوساط القانونية في فرنسا بين اتجاهين: تقليدي وأخر حديث[1]. فهناك اتجاه قوي في القانون الخاص والعام [2]،على حد السواء يرى أن المفهوم التقليدي للقوة القاهرة كحادث منبت الصلة بالمدين بالتنفيذ مستحيل التوقع

---

[1] P-H. ANTONMATTEI, *Contribution à l'étude de la force majeure*, Paris. L.G.D.J., coll. "Bibliothèque de droit privé", 1992. : P. GROSSER, "Pertinence des critères cumulés pour caractériser la force majeure en matières délictuelle et contractuelle", in *La semaine juridique générale* BLOCH Laurent, "Force majeure : le calme après l'ouragan ?", in *Responsabilité civile et assurances* , n°6, juin 2006, Etude M. Patrice Jourdain (RTD civ. 2003 p. 301 et RTD civ. (4) oct-déc. 1994 p. 872) : G. VINEY , Traité de droit civil, Les conditions de la responsabilité, Paris, LGDJ, 1998, p.8.

2 F. LEMAIRE, "La force majeure : un événement irrésistible", *RDP* , n°6, 1999, p.1723-1740.

ومستحيل الدفع يجافي اعتبارات العدالة واعتبارات حسن النية في تنفيذ العقود. ويرى هذا الاتجاه الحديث أن في الاكتفاء بشرطي استحالة الدفع واستحالة التوقع ما يغني عن أن يكون الحادث المنسوب إليه الإخلال بالالتزام منبت الصلة بالمدين. ويزيد جانب من الفقه في فرنسا [1]، في اعتبار أن استحالة الدفع هي المعيار الأساسي التي يمكن بناء على أساسه إثبات أو نفي صفة القوة القاهرة عن الحادث.

وقد تبنت بالفعل بعض الأحكام الصادرة عن محكمة النقض الفرنسية منطق هذا الاتجاه في التخفيف من مغالاة شروط تحقق القوة القاهرة أو الحادث الفجائي. وفي المقابل، أعلنت العديد من دوائر نفس المحكمة تمسكها بالمعيار التقليدي الثلاثي. وهو الأمر الذي استدعي تدخل الجمعية العمومية لمحكمة النقض الفرنسية لتحسم هذا الجدل لصالح الاتجاه التقليدي الذي يحبذ الإبقاء على الشروط الثلاثة للقوة القاهرة[2]. أما مجلس الدولة الفرنسي فلم يدلي بدلوه في هذا الجدل.

وعلى كل الأحوال فإننا لا نطالب كما يذهب الاتجاه الحديث في فرنسا باستبعاد شرط أن يكون الحادث أجنبي تماما عن إرادة المتعاقد مع الإدارة، وإنما نستبعد فحسب أن يكون الحادث منبت الصلة بالمتعاقد مع الإدارة. وهو ما يسمح بالنظر بعين الاعتبار للأحوال التي يتصل فيها الحدث بشخص المتعاقد أو نشاطه متى كان الحدث غير إراديا، وذلك مع استبعاد من نطاق القوة القاهرة والحادث الفجائي الأحوال التي ينسب فيها التأخر لفعل إرادي من جانبه سواء شكل هذا خطا أو لا.

وقد يقال أن النظر بعين الاعتبار للحوادث غير الإدارية المتصلة بشخص المتعاقد أو نشاطه ما يجافي الطبيعة الاستثنائية للقوة القاهرة. كما أن مثل هذا القول قد لا يتوافق مع مقتضيات حسن سير المرافق العامة. والحقيقة أننا نرى أن في اشتراط عدم إمكان التوقع واستحالة الدفع ما يكفي لكفالة الصفة الاستثنائية للقوة القاهرة وما يراعي مبدأ دوام سير المرافق العامة بانتظام واطراد.

والمثال التالي من واقع قضاء مجلس الدولة الفرنسي يوضح لنا أن في اشتراط عدم إمكان التوقع واستحالة الدفع ما يكفي لكفالة الصفة الاستثنائية للقوة القاهرة وما يراعي مبدأ دوام سير المرافق العامة بانتظام واطراد. فقد قضى مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ ٣ مارس ٢٠١٠ بأن "حالة الإرهاق الشديد التي أصابت المطرب عقب الحفلة التي أقامها يوم ١٦ يونيو٢٠٠٦ بمدينة ليل لا يمكن النظر

---

[1] Ibid.

[2] Cass. Ass Plein., du 14 avril 2006, n° 04-18.902, n° 02-11.168, *Bull.* n° 22.

إليها على أنها حادث غير متوقع بالنظر إلى أن الشركة المتعاقدة كان يجب عليها أن تتوقع لحظة التوقيع على العقد أن إحياء المطرب لحفلة يوم ١٦يونيو ٢٠٠٦ يمكن أن تؤدي لإرهاقه الشديد وتشكل بالتالي سببا لإلغاء الحفل الذي تعاقدت بلدية جراج لي جونس مع الشركة المنظمة للعروض الغنائية على إحياءه يوم ١٧ يونيو ٢٠٠٦ . وبالتالي فإن حالة الإرهاق الشديد التي أصابت المطرب لا يمكن اعتبارها أمرا غير متوقعا لحظة إبرام العقد. ومن ثم فإن إلغاء العرض لا يمكن اعتباره ناتجا عن قوة قاهرة"[1].

وتظهر خصوصية هذه القضية في أن العقد قد انطوى على بند صريح يعتبر حالة مرض المطرب المتعاقد على إحياء الحفلات قوة قاهرة متى تم إثباته بشهادات طبية. ومن ثم زال اشتراط أن يكون الحادث منبت الصلة بالمتعاقد أو

---

[1] CE, 3 mars 2010, *COMMUNE DE GARGES-LES-GONESSE* N° 323076, Rec., p. 366 .Le Conseil d'Etat a Considéré qu'il " résulte des stipulations précitées du A de l'article XI du contrat que les parties ont entendu illustrer certains cas de force majeure, sans pour autant faire obstacle à l'application des critères caractérisant l'événement de force majeure, en particulier celui de l'imprévisibilité lors de la conclusion du contrat ; qu'il résulte de l'instruction, notamment des écritures de la société TS3 et des deux attestations produites, qu'après avoir donné un concert à Lille le 16 juin 2006 et avant de se produire à Paris les 19 et 20 juin 2006, l'artiste n'a pu assurer la représentation prévue le 17 juin 2006 à Garges-lès-Gonesse en raison d'une grande fatigue ; que, s'agissant d'un évènement survenu au cours d'une tournée de concerts, et alors qu'il avait été prévu, dès la signature du contrat, que le concert du 17 juin 2006 s'inscrivait dans le cadre d'une telle tournée, l'état de grande fatigue du chanteur ne revêtait pas en soi un caractère imprévisible à la date de conclusion du contrat ; que, dès lors, l'annulation du spectacle ne peut être regardée comme résultant d'un cas de force majeure, rappelé à l'article XI du contrat, à raison duquel celui-ci pouvait être résilié de plein droit sans indemnité en application de ces stipulations ; qu'ainsi, en résiliant pour ce motif le contrat litigieux, la société TS3 a commis une faute de nature à engager sa responsabilité contractuelle à l'égard de la commune ;".

نشاطه، ومع ذلك رفض مجلس الدولة - مع إقراره بأن حالة المرض في هذه القضية وفقا لنصوص العقد تشكل قوة قاهرة- بالنظر لانتفاء شرط استحالة التوقع.

الشرط الثاني: - عدم إمكان التوقع : -

٩٣- **الوقت الذي ينظر فيه لإمكان التوقع.** يجب أن يكون الحادث الخارجي غير متوقع ولا يمكن توقعه أو التنبؤ به. والوقت ينظر فيه إلى هذا الشرط هو وقت إبرام العقد الإداري [١]. فهذا الوقت هو التاريخ الذي تنشئ فيه التزامات كلا من الطرفين، ومن ثم فإن كان في الوسع توقع الحادث قبل إبرام العقد فإن ذلك يعنى أن المتعاقد كان من الواجب عليه أن يضع ذلك في اعتباره ويتخذ الاحتياطات اللازمة التي تمكنه من إنهاء التزاماته العقدية في مواعيدها. أما إذا أمكن توقع الحادث المفاجئ أو القوة القاهرة بعد إبرام العقد فإن ذلك لا أثر له في تخلف شروط القوة القاهرة أو الحادث الفجائي ، لأن الفرض أن التزامات كلا من المتعاقدين قد نشأت بالفعل.

كذلك الحال إذا فات ميعاد التنفيذ بالفعل وتحققت بالتالي حالة التأخر في تنفيذ الالتزام، فلا يمكن عندئذ الاحتجاج بالحوادث التي تقع حتى ولو كانت غير ممكنة التوقع لحظة إبرام العقد. فحالة التأخر في تنفيذ الالتزام قد تحققت بالفعل نتيجة لخطأ المتعاقد مع الإدارة بعدم تنفيذه لالتزاماته في مواعيدها. وتطبيقا لذلك رفضت المحكمة الإدارية العليا اعتبار قرار وزير الصحة بخطر استيراد أصناف من الخيوط الجراحية إلا بعد التسجيل من قبيل القوة القاهرة، وذلك لصدور قرار حظر الاستيراد بعد الميعاد المحدد للتنفيذ [٢].

وتطبيقا لشرط عدم إمكان التوقع، فقد أفتت الجمعية العمومية الفتوى والتشريع بأن " الشركة تأخرت في إنهاء الأعمال المشار إليها حيث سلمتها ابتدائيًا بتاريخ (...)، وإذا قامت جهة الإدارة بتوقيع غرامة تأخير مقدارها ... على الشركة المشار إليها تم خصمها من مستحقاتها فإن مسلكها في هذا الخصوص يتفق وصحيح القانون. ولا يغير من ذلك ما أبدته الشركة من أسباب استندت إليها

---

[١] د. هارون الجمل ، مرجع سابق ، ص ٤٥٠.

[٢] حكم المحكمة الإدارية العليا فى الطعن قم ١٥٢٨ لسنة ٤٣ ق.ع ، جلسة ١٩٩٩/١٢/٧، مذكور لدى د. عاطف سعدى محمد على مرجع سابق، ص ٤٦٥ .

في تبرير تأخرها في إنهاء الأعمال محل التعاقد في الموعد المقرر حيث أنها لا تصلح سندا كافيا للإعفاء من غرامة التأخير بحسبان أنها كان يمكن للشركة توقعها وبالتالي تلافيها وإتمام التنفيذ في الموعد المتفق عليه، الأمر الذي لا تستحق معه الشركة والحال كذلك الإعفاء من غرامة التأخير الموقعة عليها في الحالة المعروضة ومن ثم يكون تظلمها في هذا الشأن قائم على غير أساس صحيح من القانون " [1].

وفي فرنسا، رفض مجلس الدولة على سند من الشرط السابق اعتبار العديد من الحوادث التي تقع أثناء التنفيذ قوة قاهرة على الرغم من كونها خارجة عن إرادة المتعاقد مع الإدارة، وذلك إذا كان في الوسع توقع هذا الحادث عند إبرام العقد . فقد رفض القاضي الإداري الفرنسي اعتبار الظروف الجوية السيئة قوة قاهرة بالذات إذا كانت تقع في مواعيد دورية أو متباعدة[2].

كذلك لا يعد من قبيل القوة القاهرة أو الحادث الفجائي المخاطر العادية التي يتعرض لها كل مشروع لأن أي متعاقد يستطيع توقع مثل هذه الحوادث وبالتالي فهي لا تعد ذات أثر في إعفاء المتعاقد مع الإدارة. وبالتالي لم يعتبر القضاء الإداري الصعوبات العادية التي يمكن أن يقابلها المتعاقد عند التنفيذ قوة قاهرة[3] . كذلك رفض مجلس الدولة الفرنسي اعتبار تأخر موردي المتعاقد في تسليم الماكينات والأدوات اللازمة لتنفيذ العقد من قبيل القوة القاهرة. ومن هذا يتضح أن قضاء مجلس الدولة الفرنسي قد ميز بوضوح بين نوعين من المخاطر، المخاطر العادية أو المألوفة وهي التي تتسم بالشيوع والتكرار، والمخاطر غير العادية أو الاستثنائية والتي لا يمكن توقعها أو ليس في الوسع توقعها عند إبرام العقد. ويتسم النوع الأول من المخاطر بشيوعه وتكراره ومن ثم فهو متوقع دائما، وبالتالي لا تتوافر فيه شروط الحادث الفجائي. أما النوع الثاني فهو نادر الحدوث وغير منتظم وبالتالي يمكن أن يعد من قبيل القوة القاهرة إذا توافرت باقي الشروط[4].

---

[1] فتوى رقم ٥١٨ صادرة فى تاريخ ٢٠٠٢/٦/٩ ، مجموعة المبادئ القانونية التى قررتها الجمعية القانونية لقسمى الفتوى والتشريع منذ نشأتها حتى عام ٢٠٠٥، مرجع سابق ،ص ٧٧٢ ، ٧٧٣ .

[2] L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, op. cit., p. 375.

[3] د. هارون الجمل ، مرجع سابق ، ص ٤٤٨.

[4] د. هارون الجمل ، المرجع سابق ، ص ٤٤٩

٩٤- معيار إمكان التوقع. وبالنسبة للمعيار الذي يرجع إليه لتحديد ما إذا كان الحادث متوقع وبالتالي لا تتوافر فيه شروط القوة القاهرة أو الحادث الفجائي، أم غير متوقع وبالتالي تتوافر فيه أحد الشروط الواجب توافرها في القوة القاهرة " فهو معيار موضوعي لا شخصي"[1]. فيجب أن يكون الحادث غير ممكن التوقع من جانب أشد الناس يقظة وتبصرا[2] ومن ثم فلا يتوافر هذا شرط عدم إمكان التوقع إذا لم يكن المتعاقد مع الإدارة قد توقع هذا الحادث فعلا، ما دام كان من الممكن توقعه عند إبرام العقد.

ففي حكمها بتاريخ ١٩ سبتمبر ٢٠١٤ قررت محكمة الاستئناف الإدارية لننت[3]، رفض الاستئناف المقدم ضد حكم المحكمة الإدارية لننت فيما يتعلق بطلب الشركة المدعية بتخفيض مبالغ غرامات التأخير المحكوم بها من قبل محكمة أول درجة. وقد استندت الشركة المدعية في طعنها إلى الصعوبات التي قابلتها في التنفيذ : حيث أن الشركة فوجئت بعد بدء العمل في النفق البحري المتفق عليه مع جهة الإدارة أن الأرضية لها طبيعة حجرية ابتداء من عمق معين، وهو ما لم يكن في حسبان الشركة المتعاقدة. كما أن جهة الإدارة استنادا للدراسات التي طرحت بناء عليها مناقصة الأشغال لم تشر لهذه الطبيعة الصخرية للأرض التي يجري عليها المشروع. ومن ثم استندت الشركة المتعاقدة لهذه الظروف لطلب تخفيض غرامات التأخير إلى ٨ أيام : وهي المدة التي تأخرت فيها الشركة فعلا بالنظر للصعوبات التي قابلتها في الحفر. وقد أسست الشركة طلبها على أن الظروف التي أدت للتأخر كانت خارجة عن إرادتها. كما أن الإدارة كانت مسئولة عنها، إذا أنها لم تشر للطبيعة الجيولوجية الخاصة بأرض موقع حفر النفق البحري. و قد خفضت محكمة ننت الإدارية بالفعل غرامات التأخير إلى ١٧ يوم ونصف فقط بدلا من ٣٥ يوم. وكان سند محكمة أول درجة أن طبيعة الأرض لم تكن أمرا غير متوقع عند إبرام العقد، كما أن المتعاقد مع الإدارة قد قصر هو الآخر من جانبه في إجراء الأبحاث الخاصة بطبيعة الأرض التي سيتم حفر النفق فيها. إذ أن كراسة الشروط التي تمت الإحالة إليها كانت تعطي المتعاقد مع الإدارة الحق في التحقق من طبيعة الأرض.

---

[1] CE, 17 Décembre 1926, *Sté des chantiers de l'Adour,* Rec., p. 173.

[2] حكم رقم ٦٨٩ لسنة ٤ ق.ع صادر فى ١٩٦٩/١٢/١٢، مجموعة الأربعين عاما في العقود الإدارية، مرجع سابق، ص ٤٧٣.

[3] CAA Nantes, 19 septembre 2014, *SNC Entreprises Morillon Corvol Courbot*, n°12NT03032, précité.

ومن ثم فلا يمكن اعتبار مثل هذه الظروف ظروف غير ممكنة التوقع[1]. فالتأخر ليس ناجما عن خطأ الإدارة وحدها وإنما أيضا عن تقصير المتعاقد معها.

الشرط الثالث استحالة الدفع :-

٩٥- **معيار استحالة الدفع.** لا يكفي لكي يتوافر للحادث صفة الفجائية أو القوة القاهرة، أن يكون الحادث لا دخل لإرادة المتعاقد مع الإدارة في حصوله، وألا يكون غير ممكن التوقع، بل يجب علاوة على ذلك أن يكون مستحيل الدفع[2]. فإذا كان المتعاقد مع الإدارة يستطيع أن يدفع هذا الحادث وأن يتجاوز أثره ولو بمشقة بالغة، فإن هذا الحادث لا يتوافر له وصف الحادث الفجائي والقوة القاهرة وبالتالي لا يعفي المتعاقد مع الإدارة من المسئولية عن الإخلال بالتزامه العقدي بالتنفيذ في الميعاد.

ومعيار استحالة الدفع هنا كما يسير عليه مجلس الدولة المصري هو معيار موضوعي، فأي شخص في مثل موقف المتعاقد مع الإدارة لا يستطيع أن يتغلب على هذا الحادث ويستمر في التنفيذ . وفي هذا تقرر المحكمة الإدارية العليا أنه " يجب أن تكون القوة القاهرة أو الحادث الفجائي أمر غير ممكن التوقع ومستحيل الدفع، فإن توافر هذان الشرطان كان الحادث أجنبيا عن الشخص لا يد له فيه، ويجب أن يكون عدم استطاعة التوقع لا من جانب المدين بل من جانب أشد الناس

---

[1] La Cour administrative d'appel de Nantes a considéré" qu'eu égard au partage de responsabilité auquel il a procédé, le tribunal a considéré que la moitié du retard de trente-cinq jours pris dans l'exécution des travaux en raison des difficultés rencontrées dans le creusement du tunnel devait être déduite des pénalités de retard mises à la charge de la SNC EMCC ; qu'ainsi qu'il est dit au point 4 du présent arrêt la rencontre d'un sous-sol argileux à partir du point métrique 167 ne constitue pas une sujétion imprévue de nature à ouvrir droit à indemnisation ; que la société requérante n'est dès lors pas fondée à demander la réduction des pénalités de retard en résultant ;" . Cons. N°5

[2] CE, 7 juin 1939, *Pichol* , Rec. P. 379.

يقظة وتبصرا بالأمور، فالمعيار موضوعي لا ذاتي فلا يكتفي فيه بالشخص العادي، ولكن يتطلب أن يكون عدم الإمكان مطلقا، كما يجب أن تكون القوة القاهرة أو الحادث الفجائي مستحيل الدفع، فإن أمكن دفع الحادث حتى ولو استحال توقعه لم يكن ثمة قوة قاهرة أو حادث فجائي كما يجب أن يكون من شأنه جعل التنفيذ مستحيلا استحالة مطلقة لا بالنسبة للمدين وحدة بل بالنسبة إلى أي شخص يكون في موقف المدين، هذا هو ما يميز القوة القاهرة والحادث الفجائي عن الحوادث الطارئة التي تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا "[1].

والحقيقة أن اشتراط عدم إمكان دفع الحادث الفجائي أو القوة القاهرة ما يغنى عن اشتراط استحالة التنفيذ كشرط مستقل، فمتى استحال دفع الحادث الفجائي أو القوة القاهرة فإن ذلك يتضمن بالضرورة استحالة تنفيذ الالتزام بطريق التنفيذ العيني، فلا حاجة إذا لإقامة استحالة التنفيذ كشرط مستقل للقوة القاهرة لأن معنى استحالة الدفع عدم إمكان تجاوز هذا الظرف والاستمرار في التنفيذ بأية طريقة. ولذلك فنحن نتفق مع الرأي الذي يرى أن في اشتراط استحالة الدفع ما يغنى عن اشتراط استحالة تنفيذ الالتزام[2].

٩٦- استحالة الدفع هو المعيار المميز بين القوة القاهرة والظروف الطارئة. وفي اشتراط استحالة الدفع، يمكن العنصر المميز بين القوة القاهرة أو الحادث الفجائي الذي يعفي من تنفيذ الالتزام إعفاء دائم أو ومؤقت وبين الظروف الطارئة، كظروف تجد بعد إبرام العقد، وأثناء تنفيذه وتكون غير متوقعة عند التعاقد وخارجه عن إرادة المتعاقد مع الإدارة ، ويترتب عليها أن يصبح تنفيذ العقد مرهقا للمتعاقد مع الإدارة[3] ونظرية الظروف الطارئة تتفق مع نظرية القوة القاهرة والحادث الفجائي في أن كل منهما يشترط فيه أن يكون غير ممكن التوقع عند إبرام العقد، وألا يكون لإرادة المتعاقد مع الإدارة دخل في حدوثه. ولكنهما يختلفان في الشرط المتعلق باستحالة الدفع فبينما يشترط في نظرية القوة القاهرة ، أن يكون

---

[1] حكم ٦٨٩ لسنة ٤ ق.ع صادر ١٩٦٩/١٢/١٢، مجموعة الأربعين عاما فى العقود الإدارية، مرجع سابق، ص ٧٥٠ .

[2] د. هارون الجمل، مرجع سابق ، ص ٤٥٣ .

[3] أنظر د. ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية ، مرجع سابق، ص ١٨٧ : د. فؤاد عبد الباسط ، العقد الإدارى، مرجع سابق، ص ٤٢٢ : د. سليمان الطماوى ، الأسس العامة للعقود الإدارية ، مرجع سابق ، ص ٦٨٠ ، المستشار سمير صادق، العقد الإدارى فى مبادئ الإدارية العليا، القاهرة، الهيئة المصرية العامة للكتاب ، طبعة ١٩٩١، ص ٢٥٣ – ٢٦٤.

الظرف الذي جد مستحيل الدفع استحالة مطلقة وبالتالي يترتب عليه استحالة تنفيذ الالتزام ، فإنه يشترط في الظرف الطارئ أن يكون مرهقا للمتعاقد مع الإدارة بحيث يحمله بخسائر فادحة تهدد بالتوقف عن التنفيذ دون أن يصل الأمر إلى حد استحالة الدفع. فإن تجاوز الظرف الطارئ حد الإرهاق ليدخل في الاستحالة خرجنا عن نظرية الظروف الطارئة لندخل في نطاق نظرية القوة القاهرة . وينحصر أثر نظرية الظروف الطارئة في حق المتعاقد مع الإدارة في أن يدعها لمشاركته في تحمل نصيب من الخسارة التي نزلت به نتيجة التنفيذ في هذه الظروف، فإذا رفضت كان من حقه اللجوء إلى القضاء الذي يقتصر دوره على إلزام الإدارة بالتعويض المناسب، وهو تعويض جزئي مؤقت .

٩٧- **تطبيقات قضائية لاستحالة التوقع.** هذا وقد قضت المحكمة الإدارية العليا بأن " ارتفاع أسعار الزئبق لا يعتبر قوة قاهرة مانعة من تنفيذ التعهد بالتوريد، ولكنه يعتبر ظرف طارئ لم يكن في الحسبان عند التعاقد، وقد ترتب عليه زيادة أعباء الشركة بتحميلها خسائر فادحة إلى حد الإخلال بتوازن العقد إخلال جسيما[1].

---

[1] حكم رقم ٢١٥٠ لسنة ٦ ق.ع، صادر ١٩٦٢/٦/٩، مجموعة الأربعين عاما فى العقود الإدارية، مرجع سابق، ص ٤٥٥.
وقد قضت الإدارية العليا أيضا بأنه " ومن حيث أن قضاء هذه المحكمة جرى على أن مناط إعمال نظرية الظروف الطارئة أن تطرأ خلال تنفيذ العقد الإدارى ظروف طبيعة أو اقتصادية لم تكن فى حسبان المتعاقد عند إبرام العقد ولا يملك لها دفعا وأن يكون من شأنها أن تنزل به خسائر فادحة تختل معها اقتصاديات العقد اختلالا جسيما، وأن ارتفاع أسعار الأصناف والموارد التى تعهد المورد على توريدها ارتفاعا باهظا يعتبر ظرفا طارئا لم يكن فى الحسبان توقعه عند التعاقد وطالما أنه يترتب عليه زيادة أعباء المورد بتحميله خسائر فادحه إلى حد الإخلال بتوازن العقد إخلالا جسيما، وأن مقتضى تطبيق أحكام نظرية الظروف هو إلزام جهة الإدارة بمشاركة المتعاقد معها فى هذه الخسائر ، ضمانا لتنفيذ العقد الإدارى تنفيذا سليما ويستوى أن يحصل التنفيذ من المتعاقد نفسه أو أن تقوم جهة الإدارة نيابة عنه عند الشراء على حسابه" . حكم رقم ٨٧٧ لسنة ٢٧ ق.ع صادر فى ١٩٨٤/١/٢١ ، مجموعة الأربعين عاما فى شأن العقود الإدارية ، مرجع سابق ، ص٤٢.
وأنظر كذلك الفتوى رقم ٣٣٢٣ بتاريخ ١٩٥٧/١٠/٩ ، وفيها أفتت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بأنه " إذا ثبت أن تحويل العملة الأجنبية اللازمة لا ستيراد من جهة صنع المهمات فى ألمانيا الغربية كان يجرى فى تاريخ التعاقد بالسعر الرسمى، وأن الالتزام بأداء علاوة لتحويل العملة أمر جد بعض التعاقد نتيجة ظروف استثنائية عامة لم يكن فى الوسع توقعها عند التعاقد، وهى وقوع العدوان على مصر وتجميد أرصدتها الإسترلينية ، وأن إلزام الشركة بأداء هذه

ومن ثم فإذا أمكن دفع الحادث فإن أحد شروط إعمال القوة القاهرة أو الحادث الفجائي يكون قد تخلف، ومن ثم فلا مجال لإعمال الإعفاء الوجوبى المنصوص عليه في القانون ٨٩ لسنة ٩٨ . وتطبيقا لذلك أفتت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بأن " الثابت أن المقاول المعروضة حالته تأخر في إتمام العمليتين المشار إليهما والمتعاقد عليهما مع جهاز تعمير سيناء في الموعد المعين لهما بسند من مرضه ومكوثه بالمستشفي لمدة عام وكان تنفيذ أعمال المقاولة المتعاقد عليها تتم عن طريق كوادر متخصصة متعددة ولا تستوجب وجود شخص بعينه، فإن مرض المقاول بالنسبة لهذا العقد لا يعد سببا قهريا يستحيل معه إتمام تنفيذ العقد في الموعد المتفق عليه، ذلك أنه كان من الممكن في هذه الحالة أن يعهد لغيره بمتابعة سير العمل أثناء مرضه والذي يعد ظرفا شخصيا لا ينبغي له أن يؤثر في سير أعمال المرفق العام بانتظام واطراد وعلى ذلك ينتقض مناط الإعفاء من غرامة التأخير في الحالة المعروضة"[١].

كذلك نجد أن المحكمة الإدارية العليا قد اعتبرت أن " فرض الحراسة على المطبعة لا يعد حادث قهري يمنع المتعاقد من توريد كتب مدرسية كان قد تعاقد على توريدها، وذلك لأنه كان يستطيع طبع الكتب في مطبعة أخرى "[٢] .

وعلى العكس من ذلك قضت المحكمة في حكم شهير بأن " عدم وفاء المدين بالتزام يرجع إلى سبب أجنبي لا يد له فيه، فتحققت القوة القاهرة التي جعلت التنفيذ مستحيلا وذلك بسبب إصرار الحكومتين الفرنسية والايطالية على منع تصدير الأسلحة المتفق عليها إلى الحكومة المصرية وهذا السبب ليس في إمكان أي شخص في مثل المدين أن يتوقعه أو يدفعه بل إن المطعون عليه بعد أن عجز عن الحصول على ترخيص الحكومتين حاول التنفيذ بوسائل أخرى عرضها على الملحقين العسكريين في روما وباريس وذلك بإرسال الأسلحة باسم أثيوبيا على أن تستولي

العلاوة قد جعل تنفيذ التزاماتها مرهقا بحيث يلحق بها خسائر فادحة فإنه يكون ثمة مجال لاعمال نظرية الظروف الطارئة برد هذا الالتزام إلى الحد المعقول وذلك بزيادة الثمن المنصوص عليه فى العقد بالقدر الذى يؤدى إلى أن يقع عن عاتق الشركة جزءا من الخسارة التى جاوزت المألوف ". مجموعة المبادئ القانونية التى قررتها الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع منذ إنشائها حتى عام ٢٠٠٥ ، ص٦٤٦.

[١] فتوى رقم ٥٤٠ بتاريخ ١٩٩٩/٧/١٥، مجموعة المبادئ القانونية التى قررتها الجمعية العمومية منذ إنشائها حتى عام ٢٠٠٥، مرجع سابق، ص ٦٦٢ – ٦٦٣.

[٢] حكم ١٣٤ لسنة ٢٤ ق.ع، بتاريخ ١٩٨١/١/١٠، مجموعة الأربعين عاما في العقود الإدارية ، مرجع سابق، ص٦٦٣ .

عليها الحكومة في أثناء مرورها بعد الاتفاق مع الحكومة الأثيوبية وغير ذلك من الوسائل الأخرى التي أقترحها، ولكن الحكومة المصرية لم تقبلها وكل ذلك إنما يدل على أنه لم يترك وسيلة ممكنة إلا لجأ إليها، ولكن حال دون التنفيذ السبب الأجنبي الذي لا يد له فيه أي القوة القاهرة التي تعفيه من المسئولية"[1] .

فيتعين إذا لإثبات تحقق هذا الشرط، أن يثبت المدين بالتنفيذ أنه لم يقصر في اللجوء إلى أي وسيلة تجعل هذا التنفيذ ممكنا دون جدوى، وأنه حاول بكل الطرق التغلب على هذه الظروف دون أن يفلح في ذلك .

الشرط الرابع : ألا يترتب على الحادث الفجائي أو القوة القاهرة استحالة تنفيذ الالتزام استحالة دائمة

٩٨-الصفة المؤقتة للقوة القاهرة بصدد غرامات التأخير. يجب حتى يتوافر مجال إعمال المادة ٢٣ من القانون ٨٩ لسنة ٩٨ ألا يترتب على الحادث الفجائي أو القوة القاهرة استحالة تنفيذ الالتزام استحالة دائمة، لأنه إذا استحال تنفيذ الالتزام استحالة دائمة بسبب القوة القاهرة فإن التزام المتعاقد مع الإدارة في هذه الحالة ينقضي. وتنص المادة ٣٧٣ من القانون المدني المصري على أنه " ينقضي الالتزام إذا أثبت المدين أن الوفاء به أصبح مستحيلا عليه لسبب أجنبي لا يد له فيه ". ويترتب على انقضاء التزام المتعاقد مع الإدارة انفساخ العقد بحكم القانون تطبيقا للمادة ١٥٩ من القانون المدني المصري والتي تنص على أنه " في العقود الملزمة للجانبين إذا انقضى التزام بسبب استحالة تنفيذه انقضت الالتزامات المقابلة له ، وينفسخ العقد من تلقاء نفسه"[2]. وبالرغم من ورود هذه المواد في صلب التقنين

---

[1] حكم رقم ٦٨٩ لسنة ٤ ق.ع، جلسة ١٩٥٩/٢/١٢ ، مجموعة الأربعين ، مرجع سابق ، ص ٤٧٥

[2] ويلاحظ أن القواعد السابقة ليست من النظام العام ، فيجوز للمتعاقدين أن يعدلا باتفاقهما من أثار القوة القاهرة أو الحادث الفجائي، فيتفقان مثلا على أن المدين لا يتحلل من التزامه ويتحمل تبعه القوة القاهرة ويتحول محل الالتزام فى هذه الحالة إلى مبلغ من المال، فتتغير طريقة التنفيذ من التنفيذ العينى إلى التنفيذ بمقابل ويكون المدين فى هذه الحالة بمثابة المؤمن يؤمن الدائن من أثر

المدني إلا أن لها تطبيق عام فتسرى على كافة أنواع العقود مدنية كانت أو إدارية. فهذه القاعدة تسرى في مجال القانون العام لأنها لا تتصادم مع مبدأ دوام سير المرافق العامة بانتظام واطراد وتكفل التوفيق بين هذا المبدأ وبين المصالح الفردية الخاصة. وفي هذا الشأن قضت المحكمة الإدارية العليا بأنه " ولئن كان مجال تطبيق هذه القواعد في مجال روابط القانون الخاص إلا أن القضاء الإداري قد اطرد على الأخذ بها باعتبارها من الأصول العامة التي يجب النزول عليها في تحديد الروابط الإدارية في مجال القانون العام مادامت تتسق مع تسيير المرافق العامة، وتكفل التوفيق بين ذلك وبين المصالح الفردية الخاصة "[1] .

ومن ثم فيتعين التمييز بصدد أثار القوة القاهرة، بين القوة القاهرة التي تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا بصورة دائمة، وبين القوة القاهرة التي تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا بصورة مؤقتة لحين زوالها، وهو بالتأكيد ما يتوقف على نوع الحادث الفجائي أو القوة القاهرة . وقد أفتت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في هذا الشأن بأنه " إذا تبين من واقع الحال أن التأخير عن إنهاء الأعمال في موعدها كان مرده حاث فجائي أو أسبابا قهرية كان من أثرها لا الإعفاء من التنفيذ بل وقف التنفيذ حتى زوال الحادث وينحصر – في هذه الحالة – عن مدة التوقف "[2].

ويلاحظ هنا أنه ليس معنى أن تكون الاستحالة دائمة أن تكون أبدية قائمة إلى ما لا نهاية، فمن النادر أن توجد قوة قاهرة أبدية قائمة إلى ما لا نهاية فحتى الحرب وهى أبرز أنواع القوة القاهرة لا يمكن أن تستمر إلى الأبد. فالاستحالة تتحدد على أساس طبيعة العقد والهدف منه، فلا شك أن المتعاقدان حين أبرما العقد لم تكن

الحادث الفجائى. انظر، حكم ٦٨٩ لسنة ٤ ق.ع، صادر ١٩٦٩/١٢/١٢ ، مجموعة الأربعين عاما في العقود الإدارية، مرجع سابق ، ص٤٧٣.

وعلى العكس من ذلك نجد أحكام تذهب إلى أنه لا يجوز للمتعاقدين أن يعدلا باتفاقهما من أثار القوة القاهرة حكم ١٣٣٠ لسنة ١٢ ق.ع ، ١٩٦٩/٢/١٥ ، مجموعة الأربعين عاما في العقود الإدارية، مرجع سابق ، ص ٤٧٤.

[1] حكم ٦٨٩ لسنة ٤ ق.ع، صادر ١٩٦٩/١٢/١٢ ، مجموعة الأربعين عاما في العقود الإدارية ، مرجع سابق ، ص ٤٧٣

[2] فتوى رقم ٤٢٤ ق.ع، بتاريخ ١٩٩٦/٦/١٣ ، مجموعة المبادئ القانونية التى قررتها الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع منذ إنشائها حتى ٢٠٠٥ ، مرجع سابق ، ص ٧٣٧ .

إرادتهما تتجه إلى تنفيذه بعد عشر سنوات مثلا، فالمرفق العام لن يظل متعطلا هذه المدة منتظرا زوال القوة القاهرة التي سوف تمتد لمدة طويلة جدا، فصالح المرفق يقتضي أن يبحث القائمون عليه عن طريقة أخرى لسد حاجاته في مثل هذه الحالة.

ومن التطبيقات القضائية لما أعتبره القضاء المصري من قبيل القوة القاهرة التي يحتج بها كعذر يمنع الإدارة من توقيع غرامة التأخير على المتعاقد معها، اعتراض تركيب أحد أبراج الإنارة للمعلب المتعاقد على تركيب أبراج إنارة له أسلاك كهربائية غير معزولة مشدودة على أعمدة الإنارة خاصة بشبكة كهرباء نجع حمادي[1]، أو اعتراض المقاول أثناء التنفيذ كابل تليفونات توقف بسببه العمل لحين قيام الإدارة بإزالة هذا الكابل وإخطار المقاول[2].

هذا وقد أفتت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بأنه " متى كان الثابت من ما تقدم أن هيئة المساحة قامت بتنفيذ الأعمال المتعاقد عليها حتى ١٩٩٠/١١/٢١، حيث انفجر لغم في أحد عامليها نظرا لعدم تطهير منطقة العمل تطهيرا كاملا من الألغام مما أدى إلى توقف الهيئة عن العمل حتى يقوم الجهاز بتوفير الأفراد المتخصصين في الكشف عن الألغام لمرافقة وتأمين أفراد المساحة وهو ما تم فعلا في ١٩٩١/٥/٦، وهو التاريخ الذي يعتد به قانونا في حساب مدة تنفيذ الأعمال، وتعتبر الفترة من ١٩٩٠/١١/٢٢ حتى ١٩٩١/٥/٦ مدة توقف خارجة عن إرادة الهيئة بحسبان أن وجود ألغام بمنطقة العمل أمر يستحيل دفعه بأي حال من الأحوال، ولما كان الثابت أن هيئة المساحة قد سلمت أخر الأعمال المتعاقد على تنفيذها في ١٩٩٢/٢/٩ وبذلك تكون مدة التنفيذ قد بلغت ٩ شهور تقريبا، ومن ثم فما كان يجوز لجهاز البحوث القيام بتوقيع غرامة تأخير عن مدة توقف الهيئة عن العمل للأسباب السالف ذكرها مما يتعين معه إلزامه برد ما سبق خصمه من استحقاقات هيئة المساحة كغرامة تأخير "[3].

---

[1] حكم ٩٤٧٥ لسنة ٥١ ق.ع، ٢٠٠٨/٤/٨ ، لم ينشر بعد

[2] حكم رقم ٢٦٣٢ لسنة ٤٧ ق.ع بتاريخ ٢٠٠٦/٥/٢ ، مجموعة المبادىء التي قررتها المحكمة الإدارية العليا -٢٠٠٦- ٢٠٠٧، الدائرة الثالثة، الجزء الأول من ابريل- اكتوبر، ص ١٠٢.

[3] فتوى رقم ٤٢٤ بتاريخ ١٩٩٦/٦/١٣، مجموعة المبادئ القانونية التى قررتها الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع حتى عام ٢٠٠٥ ، مرجع سابق، ص ٧٣٨ ، ٧٣٩ .

٢. خطأ الإدارة كسبب الإعفاء.

٩٩- **الاعتبارات التي تحكم خطأ الإدارة كسبب للإعفاء من غرامات التأخير.** إن العقود الإدارية شأنها شأن كل العقود تصرف قانوني مشترك يقوم بين طرفين أو أكثر، وكما أن العقد الإداري ينشئ حقوقا متعددة لجهة الإدارة ، فإنه يرتب على عاتقها التزامات يتعين عليها القيام بها في المواعيد المحددة[١]، وقد تكون هذه الالتزامات من الأهمية والخطورة بحيث لا يستطيع المتعاقد الآخر تنفيذ التزاماته في المواعيد المحددة بغير وفاء جهة الإدارة قبله بالتزاماتها، ومن ثم فإن تأخر جهة الإدارة في القيام بأداء مثل هذه الالتزامات في مواعيدها، قد يؤدى بالطرف الآخر في العقد حتما إلى التأخر في الوفاء بالتزاماته عن المواعيد المحددة .

مما سبق يتضح أن جهة الإدارة تتحمل بصفتها طرف ثان في العقد بالتزامات يتعين عليها أدائها في موعدها. وتتزامن هذه الالتزامات مع أداء المتعاقد لالتزاماته. وبالتالي قد يؤدى تخلف جهة الإدارة عن تنفيذ التزاماتها أو تراخيها في التنفيذ إلى إعاقة المتعاقد الآخر وتأخره عن التنفيذ[٢]. وفي مثل هذه الأحوال فإن التأخر عن التنفيذ يعد لأسباب خارجة عن إرادة المتعاقد مع الإدارة، وبالتالي فمن العدل إعفائه عن المدة التي يكون فيها التأخر في التنفيذ راجع لفعل جهة الإدارة تطبيقا للمادة ٢٣ من القانون ٨٩ لسنة ٩٨ والتي توجب إعفاء المتعاقد مع الإدارة من غرامة التأخير متى كان التأخير لأسباب خارجة عن إرادته، ويجد هذا الحكم مصدره في القاعدة التي تقضى بوجوب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع حسن النية[٣].

ولكن بالمقابل نجد أن العقود الإدارية تتميز بخصائص لا تجد لها ما يناظرها في عقود القانون الخاص. فالعقود الإدارية تتصل بالمرافق العامة التي تعمل من أجل

---

[١] حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ٢٧٦٦٤ لسنة ٥٥ ق.ع ، بتاريخ ٢٠١٥/٤/٢٨، لم ينشر بعد.

[٢] د. نصر بشير ، مرجع سابق ، ص ١٠٥.

[٣] حكم رقم ٣٥٥٠ لسنة ٤٦ ق، ع جلسة ٢٠٠٤/٣/٩ ، مجموعة القواعد القانونية التى قررتها المحكمة الإدارية العليا فى عام ٢٠٠٤، ص ٣٢٢ .

تحقيق الصالح العام، واتصالها بالمرافق العامة- التي لابد من أن تؤدى خدماتها باستمرار وانتظام - أملى قاعدة هامة من قواعد القانون الإداري التي تسرى على العقود الإدارية وحدها دون العقود المدنية، ألا وهى قاعدة عدم جواز الدفع بعدم التنفيذ في العقود الإدارية. وهذه القاعدة أقرها القاضي الإداري في فرنسا منذ زمن بعيد على سند من مبدأ دوام سير المرافق العامة بانتظام واطراد[1].

وفي مصر تقرر المحكمة الإدارية العليا أنه " لا يجوز للمتعاقد بعد أن بدأ في التنفيذ أن يتوقف عن العمل بحجة الدفع بعدم تنفيذ جهة الإدارة لالتزاماتها العقدية، ذلك أن الدفع بعدم التنفيذ كأصل عام غير جائز في العقود الإدارية لما تتميز به من خصائص. ولاتصالها بالمرفق العام الذي يجب أن يسير بانتظام واطراد، ولا يكون للمتعاقد إلا الحق في التعويض إن كان له وجه حق"[2].

١٠٠- الحد الفاصل بين الدفع بعدم التنفيذ و التوقف عن التنفيذ نتيجة لخطأ الإدارة. وبيان الاعتبارات السابقة يدفعنا إلى التساؤل عن الحد الفاصل بين الدفع بعدم التنفيذ المحظور كأصل عام في العقود الإدارية، والتأخر في التنفيذ الذي يرجع لفعل الإدارة والذي يدخل في طائفة الإعفاء الو جوبي طبقا للمادة ٢٣ من القانون ٨٩ لسنة ٩٨، باعتباره تأخر راجع لأسباب خارجه عن إرادة المتعاقد مع جهة الإدارة .

أجابت المحكمة الإدارية العليا على هذا التساؤل في الحكم رقم ١٠٥٧٢ لسنة ٤٧ ق.ع بتاريخ ٢٠٠٤/١١/٣٠[3]، بالقول " أنه وإن كان الأصل في تنفيذ العقود أنه ليس للمتعاقد مع الإدارة أن يمتنع عن الوفاء بالتزاماته التعاقدية قبل المرفق العام بحجة أن ثمة إجراءات إدارية قد أدت إلى إخلال الإدارة بأحد

---

[1] CE, 28 mai 1952, *Commune de Sainte-Barbe*, Rec. p. 282 : CE, 5 novembre 1982, *Société Propétrol*, Rec. p.381. Pour plus de détaille voir, CH. BUCHER, *L'inexécution du contrat de droit privé et du contrat administratif,* coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, Paris, Dalloz , 2011.

[2] حكم المحكمة الإدارية العيا في الطعن رقم ٢٠٣٢٥ لسنة ٥٥ ق.ع، بتاريخ ٢٠١٤/٢/٢٥، لم ينشر بعد: حكم رقم ٦٢٣٧ لسنة ٤٦ ق.ع جلسة ٢٠٠٤/٣/١٦ ، مجموعة القواعد القانونية التى قررتها المحكمة الإدارية العليا فى عام ٢٠٠٤ ، ص ٣٢٢ :حكم رقم ٧٦٧ لسنة ١١ ق.ع صادرة ١٩٦٩/٧/٥ ، مجموعة الأربعين عاما في العقود الإدارية، مرجع سابق ، ص٦٥٧ .

[3] حكم رقم ١٠٥٧٢ لسنة ٤٧ ق.ع، بتاريخ ٢٠٠٤/١١/٣٠، ، مجموعة القواعد القانونية التى قررتها المحكمة الإدارية العليا فى عام ٢٠٠٤،الدائرة الثالثة ، الجزء الثاني ، ص ٤٤٧.

التزاماتها قبله، بل يتعين عليه أن يستمر في التنفيذ ثم يطالب بالتعويض إن كان له محل، إلا أن هذا الأصل ليس مطلقا إذ لا يسوغ إعماله إلا في الحالات التي يمكن فيها للمتعاقد مع الإدارة تذليل هذه الإجراءات الإدارية وتجاوزها والاستمرار في التنفيذ دون ضرر جسيم يصيبه، أما لو كان إخلال الإدارة بالتزام جوهري يقع على عاتقها تنفيذه حتى يستطيع المتعاقد معها الاستمرار في التنفيذ، ومع ذلك تقاعست عن القيام به فلا حجة للتمسك بالأصل المشار إليه، كما لو لم تقم الإدارة بتسليم المتعاقد معها الرسومات الهندسية التي يتم التنفيذ استنادا إليها أو إذا توقفت عن سداد مستحقاته المالية باعتبارها المصدر الذي يمكنه من تمويل العملية لاسيما إذا كانت هذه المستحقات مبالغ كبيرة، ففي مثل هذه الأحوال يكون من حق المتعاقد معها التوقف عن التنفيذ حتى توفي الإدارة بالتزاماتها التعاقدية وحينذاك لا يجوز لها أن توقع عليه غرامة التأخير باعتبار أن خطأها هو السبب الجوهري في توقف الأعمال أو تأخيرها عن الميعاد المتفق عليه ".

ومن هذا الحكم الهام يستفاد أنه يشترط في فعل الإدارة الذي يبرر للمتعاقد معها التوقف عن التنفيذ دون أن يوصف فعله بالخطأ العقدي الإداري، ويمنع بالتالي جهة الإدارة من توقيع غرامة تأخير عليه- لأن التأخير كان لسبب خارج عن إرادته - شرطان :

الأول:- وجود صلة وثيقة بين التزام الإدارة والتزام المتعاقد معها، بحيث لا يستطيع المتعاقد مع الإدارة الوفاء بالتزاماته قبلها في الموعد المحدد دون تأخير، ما لم تقم الإدارة أولا بالوفاء بالتزاماتها قبله .

الثاني :- عدم قدرة المتعاقد مع الإدارة على تجاوز إخلال الإدارة بالتزاماتها، والاستمرار في التنفيذ دون ضرر جسيم يصيبه من جراء تنفيذه لالتزاماته في الموعد المحدد على الرغم من إخلال جهة الإدارة. ويلاحظ أن الحكم السابق لم يشترط أن تصل عدم القدرة لدرجة الاستحالة. فيكفي أن يكون في استطاعته التنفيذ في الميعاد ولكن ذلك يترتب عليه أضرار جسيمة لا قبل له بها. ولا شك أن ذلك يخضع لتقدير جهة الإدارة أولا باعتبارها الجهة التي ناط بها القانون سلطة الإعفاء، ولرقابة القضاء الإداري ثانيًا باعتباره قضاء كامل في شأن العقود الإدارية. فمن

سلطة قاضي العقد الإداري إلغاء وتعديل قرارات الإدارة في شأن العقود الإدارية.

فإذا اجتمع الشرطان السابقان كان من حق المتعاقد مع الإدارة أن يتوقف عن التنفيذ إن كان قد بدأ أو ألا يبدأ في التنفيذ إذا لم يكن قد بدأ فعلا، دون أن تستطيع جهة الإدارة تحميله بغرامات التأخير. فتأخره إنما كان نتيجة لفعلها. وقد يشكل فعل الإدارة الذي تجتمع فيه الشروط السابقة خطأ عقديا يجعل من حق المتعاقد معها أن يطالب بالتعويض عن الأضرار التي أصابته من جرائه، بل وفسخ العقد أيضا إذا استطال الأمر ليتجاوز المدة المعقولة.

١٠١- **تطبيقات لتأخر التنفيذ نتيجة لخطأ الإدارة.** فعلى سبيل المثال، فإن تمكين المقاول في عقد الأشغال العامة من تسلم الموقع خاليا من الموانع وصالحا للعمل فيه يبدو أول التزامات الإدارة ، وبالتالي فإن " عدم قيام جهة الإدارة بتنفيذ التزاماتها بتسليم المتعاقد معها موقع العمل خاليا من الموانع مما ترتب عليه وقف التنفيذ مدة طويلة تجاوز المعقول إنما يعد إخلالا جسيما بواجباتها نحو المتعاقد بعدم تمكينه من البدء في العمل، وأن تأخرها في تنفيذ التزامها هذا مدة كبيرة تجاوزت القدر المعقول يكون سببا مبررا لفسخ العقد المبرم بينهما، وتعويض المتعاقد معها"[١]

.

وكذلك الحال " إذا كان المشروع يتم تنفيذه على مراحل، وكانت هذه المراحل متكاملة بحيث لا يمكن الانتهاء من أحدها دون الآخر، فإن عدم إتمام إحدى المراحل نتيجة لخطأ الإدارة يعفيه من غرامة التأخير من هذه المرحلة ومن المراحل التي تليها لحين قيام الإدارة بتنفيذ التزامها (...)، ومن ثم لا يوجد ثمة تأخير من جانب الشركة في إنهاء التنفيذ لأن مراحل المشروع متكاملة ، وتوجد به أجزاء لا يمكن البدء فيها، إلا بانتهاء الجزء السابق لها، وفي هذه الحالة لا يمكن تسليم الجزء التالي بدون إجراء تجارب التشغيل "[٢].

---

[١] حكم رقم ٣٣٥٠ لسنة٣٦ ق.ع جلسة ٢٠٠٤/٣/٩، مجموعة القواعد القانونية التى قررتها المحكمة الإدارية العليا عام ٢٠٠٤، ص ٢٣٥.

[٢] فتوى رقم ١١١ بتاريخ ٢٠٠١/٣/١٠، مجموعة القواعد القانونية التى قررتها الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع منذ إنشائها حتى عام ٢٠٠٥، ص ٧٧٩.

وكذلك لا يعتبر المتعاقد مع الإدارة متوفقا عن التنفيذ بإراداته إذا توقفت الجهة الإدارية عن سداد المستحقات المالية للمتعاقد معها باعتبارها المصدر الذي يمكنه من تمويل العملية ولاسيما إذا كانت هذه المستحقات مبالغ كبيرة. وقد قضت المحكمة الإدارية العليا في حكمها بتاريخ ٢٠١٤/٢/٢٥ بأنه " ومن جماع ما تقدم يتبين أن المطعون ضده لم يتأخر في تنفيذ الأعمال المسندة إليه لأن التأخير يرجع إلى الجهة الإدارية الطاعنة وذلك لتأخيرها في صرف الدفعات المستحقة له لصالحه للصرف لمدة طويلة تربو على الأربع سنوات، وكذلك لتأخرها في الاستلام الابتدائي للأعمال محل العقد بذريعة الإنتظار لما بعد تشغيل محطات الرفع وعمل الاختبارات اللازمة حيث كان يتعين أن تضاف جميع هذه المدد إلى مدة تنفيذ العملية ، مما مفاده أن التأخير في التنفيذ لا يرجع إلى المطعون ضده وإنما يرجع إلى الجهة الإدارية الطاعنة ذاتها وينتفي بذلك مناط توقيع غرامة التأخير على المطعون ضده ويحق له أن يسترد كامل قيمتها والتي تبلغ (٢٢٧٦٥٣,٥٠ جنيه) مائتان وسبعة وعشرون ألفاً وستمائة وثلاثة وخمسون جنيهاً وخمسون قرشاً"[١].

وبالنسبة لعقد التوريد، نجد أن الفتاوى الصادرة عن الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع تتجه إلي رفع غرامة التأخير عن المورد إذا كان التأخير في التوريد ناتج عن فعل الإدارة [٢]. ويعتبر التأخير راجع لفعل الإدارة في الأحوال التي ينجز فيها المتعاقد مع الإدارة الأعمال في الموعد المحدد ويخطر بذلك جهة الإدارة، ولكن جهة الإدارة تمتنع عن الاستلام بدون وجه حق أو تتأخر في إجرائه أو تتراخى فيه[٣].

ولا شك أن المتعاقد مع الإدارة هو الذي يقع عليه عبء إثبات أن عدم تنفيذه لالتزاماته في الموعد المحدد كان ناتجا عن فعل الإدارة، وبالتالي فيجب عليه مطالبتها فور حلول الموعد المحدد لوفائها بالتزاماتها وتسجيل ذلك في حينه حتى يستطيع إثبات ذلك أمام القضاء الإداري إن ثارت منازعة بشأنه. وقد أفتت الجمعية

---

[١] الحكم في الطعن رقم ٥٥٨٣ لسنة ٥٢ ق. عليا، بتارخ ٢٠١٤/٢/٢٥ ، لم ينشر بعد.

[٢] فتوي ٥٩١ بتاريخ ١٩٩٦/٨/٥ ، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها الجمعية العمومية لقسمي الفتوي والتشريع حتي عام ٢٠٠٥ ، مرجع سابق ، ص ٧٤٧ .

[٣] الطعن رقم ٦٧٦٠ لسنة ٤٢ ق.ع صادر ٢٠٠٠/٢/١٥ ، مجموعة القواعد القانونية التى قررتها المحكمة الإدارية العليا عام ٢٠٠٠ ، السنة ٤٥ ق.ع ، ص ٤٩٢.

العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بأنه " لا يشفع للشركة في تأخير تسليم العمل في الموعد المحدد له أو يرفع عن عاتقها تبعة هذا التأخير ونتائجه إلا عرقلة التسليم أو الامتناع عنه أو التراخي فيه من جانب جهة الإدارة حال مطالبتها بالتسليم وتسجيل ذلك عليها في حينه وهو الأمر الذي لا تكشف عن تحققه الأوراق في الحالة الماثلة"[1].

١٠٢- **تطبيقات لتأخر التنفيذ نتيجة لخطأ المتعاقد مع الإدارة.** إذا انتفى أحد الشروط السالف ذكرها بصدد تأخر التنفيذ نتيجة لإخلال الإدارة في تنفيذ التزاماتها التي يتوقف عليها تنفيذ الطرف الآخر لأداءاته العقدية، لم يكن من حق المتعاقد مع الإدارة أن يتوقف عن التنفيذ بحجة عدم وفاء جهة الإدارة بالتزاماتها قبله، بل يتعين عليه الاستمرار في التنفيذ وإنجاز التزاماته في المواعيد المحددة مع حقه في طلب التعويض إن كان له محل. فعدم وفاء جهة الإدارة بالتزاماتها قبل المتعاقد معها في المواعيد المحددة في العقد أو في المواعيد المعقولة إذا لم تكن ثمة مواعيد محددة سلفا في العقد، يعد خطأ عقديا موجبا للتعويض عنه وعن الأضرار التي يسببها للمتعاقد معها متى توافرت رابطة السببية بين خطأ الإدارة والأضرار التي أصابته[2]. وفي المقابل، فإن تخلف الإدارة عن الوفاء بالتزاماتها العقدية في مواعيدها لا يبرر

---

[1] فتوى رقم ١٠١٢ فى ١٩٩١/١١/١٤ ، مجموعة القواعد القانونية التى قررتها الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع حتى عام ٢٠٠٥ ، ص٧٢٢.

[2] و قد قضت المحكمة الإدارية العليا انه " من المسلم به أن التزام الجهة الإدارية بتسليم المطعون ضدهما مواد البناء ، يعنى بحسب النية المشتركة للمتعاقدين تسليم المطعون ضدهما تصاريح الحصول على مواد البناء وليست مواد البناء ذاتها بحيث يكون على المطعون ضدهما تقديم هذه التصاريح للجهة القائمة على توزيع هذه المواد ودفع ثمنها واستلامها وينقضي التزام الجهة الإدارية فى هذا الشأن بمجرد تسليم التصاريح خلال مدة الشهر المتفق عليها بغض النظر عن تاريخ استعمالها ولما كان الثابت من أوراق الطعن أن فروق الأسعار التى طالب بها المطعون ضدهما ناتجة عن زيادة الأسعار نتيجة لصدور تصاريح مواد البناء بعد انتهاء الشهر الأول من مدة تنفيذ العملية بما كانت عليه الأسعار وقت التعاقد خلال الشهر المشار إليه، وكان الثابت أيضا ان قيمة هذه الفروق لا خلاف عليها بين الجهة الإدارية والمطعون ضدهما فإن الحكم المطعون فيه وقد قضى بإلزام الجهة الإدارية بدفع الفروق المطلوبة يكون قد صادف وجه الحق فى قضائه، ويتعين لذلك الحكم برفض الطعن مع إلزام الجهة الإدارية بالمصروفات عملا بحكم المادة ١٨٤ من قانون المرافعات ". حكم رقم ١٠٥٣ لسنة ٢٧ ق .ع صادر ١٩٨٥/٤/٢ ، مجموعة الأربعين عاما في العقود الإدارية ، مرجع سابق، ص ٦٥٥ – ٦٥٦ : حكم رقم ٢٦٠٦ لسنة ٣١ ق.ع، صادر فى ١٩٩٠/٤/٢٤، نفس المرجع ، ص ٦٦١.

له التوقف عن التنفيذ، فإن توقف عن التنفيذ نتيجة لتأخر جهة الإدارة في الوفاء بالتزاماتها قبله كان من حق جهة الإدارة فرض الغرامات عليه وجبايتها دون أن يستطيع أن يدفع بعدم وفاء الإدارة بالتزاماتها المقابلة .

وتطبيقا لذلك قضت المحكمة الإدارية العليا بأن " مقتضى تعيين تاريخ بدء العمل أن المواقع التي سيجرى فيها التنفيذ توضع تحت تصرف المقاول بما يمكنه من مباشرة مهمته فورا دون عائق، وقد كان واجب المقاول إزاء هذا أن يتقدم هو من جانبه بطلب تسليم هذه المواقع، لا أن يتربص حتى انتظار أن تدعوه الإدارة إلى تسلمها، إذا أن هذا الواجب لا يقع على عاتقها بل تفرض عليه طبائع الأشياء التزامه بإنجاز التركيبات المتفق عليها في مهله حددها العقد بثمانية أشهر من تاريخ صدور أمر التشغيل الكتابي إليه لا من تاريخ التسليم الفعلي وارتباطه بهذه المهلة ابتداء وانتهاء، ومقتضى الالتزام بالبدء في التنفيذ في المواعيد المقررة له وجوب اتخاذ موقف إيجابي من جانب المقاول لا من جانب الإدارة لتحقيق هذا البدء بالفعل، أما واجب الإدارة فيقتصر على التمكين منه ولا يشفع للمقاول في تأخير البدء في العمل المقرر له ولا يرفع عن عاتقة تبعة هذا التأخير إلا عرقلة التسليم أو الامتناع عنه أو التراخي فيه من جانب الإدارة بعد مطالبتها بتسليمه مواقع العمل وتسجيل ذلك عليها حينه[1].

وقد أفتت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بأن " خلو الاتفاق على إضافة مدد التأخير في صرف المستخلصات إلى مدة تنفيذ العملية لا يجعل من حق المتعاقد إضافة مدة التأخير في تنفيذ صرف المستخلصات إلى مدة تنفيذ العملية "[2] .

١٠٣ ـ قاعدة عدم جواز الدفع بعدم التنفيذ في العقود الإدارية غير متعلقة بالنظام العام. إذا كان الأصل هو عدم جواز الدفع بعدم التنفيذ في العقود الإدارية إلا أن هذه القاعدة ليست مطلقة، بل يجوز للمتعاقد مع الإدارة أن يتمسك بالدفع بعدم التنفيذ إذا كان قد سبق وأتفق مع الإدارة عند التعاقد على ذلك. وعندئذ، لا يجوز للإدارة ـ متى كان الدفع بعدم التنفيذ من جانب المتعاقد مع الإدارة له ما يبرره ـ أن توقع على المتعاقد معها غرامات تأخير بحجة أنه قد تأخر في تنفيذ التزاماته عن الميعاد المتفق عليه. فالقاعدة التي تقرر عدم جواز التمسك بالدفع بعدم التنفيذ في

---

[1] حكم ١٠٨٦ لسنة ٧ ق.ع، صادر فى ١٩٦٣/١١/٣٠، مجموعة الأربعين عاما في العقود الإدارية، المرجع سابق، ص ٥٤٦ ـ ٥٤٧ .

[2] فتوى رقم ٥٩١ بتاريخ ١٩٩٦/٨/٥ ص ٨٤٥ ، مجموعة المبادئ التى قررتها الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع حتى عام ٢٠٠٥ ، مرجع سابق ، ص ٨٤٥ .

العقود الإدارية ليست إذا من النظام العام.

وفي هذا تقرر المحكمة الإدارية العليا أن "الأصل أن الدفع بعدم التنفيذ لا يجوز أن يتمسك به المتعاقد مع الإدارة في العقود الإدارية وذلك ضمانا لحسن سير المرافق العامة بانتظام واطراد، إلا أنه يجوز للطرفين عند التعاقد أن يخرجا عن هذا الأصل وفي هذه الحالة يجوز للمتعاقد مع الإدارة أن يتمسك بالدفع بعدم التنفيذ، وبالتالي لا يحق للإدارة أن توقع عليه غرامات تأخير ما دامت قد تراخت في تنفيذ التزاماتها مما أعجزه عن تنفيذ التزامه قبلها " .

ويبدو أن القضاء الإداري يتجه في فرنسا لمنح المتعاقد مع الإدارة هذا الحق وفقا لشروط محددة في حالة الاتفاق على ذلك في العقد الإداري. ففي حكم بتاريخ ٨ أكتوبر ٢٠١٤ [1]، أجاز مجلس الدولة للمتعاقد مع الإدارة أن يتحلل من التزاماته

---

[1] CE, 8 octobre 2014, *Société Grenke Location*, n° 370644, Rec., p. 174. Le Conseil d'Etat a consideré que " Le cocontractant lié à une personne publique par un contrat administratif est tenu d'en assurer l'exécution, sauf en cas de force majeure, et ne peut notamment pas se prévaloir des manquements ou défaillances de l'administration pour se soustraire à ses propres obligations contractuelles ou prendre l'initiative de résilier unilatéralement le contrat ; qu'il est toutefois loisible aux parties de prévoir dans un contrat qui n'a pas pour objet l'exécution même du service public les conditions auxquelles le cocontractant de la personne publique peut résilier le contrat en cas de méconnaissance par cette dernière de ses obligations contractuelles ; que, cependant, le cocontractant ne peut procéder à la résiliation sans avoir mis à même, au préalable, la personne publique de s'opposer à la rupture des relations contractuelles pour un motif d'intérêt général, tiré notamment des exigences du service public ; que lorsqu'un motif d'intérêt général lui est opposé, le cocontractant doit poursuivre l'exécution du contrat ; qu'un manquement de sa part à cette obligation est de nature à entraîner la résiliation du contrat à ses torts exclusifs ; qu'il est toutefois loisible au cocontractant de contester devant le juge le motif d'intérêt général qui lui est opposé afin d'obtenir la résiliation du contrat ; que, par suite, en écartant, en raison de leur illégalité, l'application des clauses de l'article 12 des conditions générales annexées au contrat conclu entre le Mucem et la société Grenke location au seul motif qu'elles permettaient au cocontractant de l'administration de

العقدية وفقا لشروط وضوابط معينه. وعلى الرغم من أن المبدأ وشروطه مقرران بصدد إمكانية الاتفاق على منح المتعاقد مع الإدارة الحق في الفسخ بإرادته المنفردة، إلا أن الاعتراف بهذه الإمكانية والضوابط المقررة من قبل مجلس الدولة في الحكم المشار إليه، تنبئ عن اتجاه المجلس للاعتراف بالحق في الدفع بعدم التنفيذ بنفس الشروط[1]. وهذه الشروط تتلخص في . أولا: أن يجد هذا الحق مصدره في بند صريح من بنود العقد. ثانيًا: ألا يكون موضوع العقد تنفيذ مرفق عام. ثالثا: الاعتراف للإدارة المتعاقدة بالحق في الاعتراض على استخدام هذه السلطة باسم ووفقا لدواعي المصلحة العامة. فإذا استخدمت الإدارة الحق في الاعتراض كان لزاما على المتعاقد معها الاستمرار في التنفيذ. وفي هذا الفرض الأخير، يستطيع المتعاقد مع الإدارة اللجوء للقضاء للحصول على الفسخ[2].

ونحن نري أن جواز الاتفاق على منح المتعاقد مع الإدارة الحق في الدفع بعدم التنفيذ هو استثناء يرد على الأصل المقرر في العقود الإدارية، وهو عدم جواز الدفع بعدم التنفيذ كنتيجة لعدم وفاء جهة الإدارة بالتزاماتها، وهو ما يترتب عليه أن الحق الممنوح للمتعاقد مع الإدارة بالدفع بعدم التنفيذ بناء على الاتفاق المسبق بينهما سوف يكون محددا بما ورد في الاتفاق فقط. وبالتالي إذا اتفقا على منح المتعاقد هذا الحق في مقابل تأخر الإدارة في الوفاء بالتزام معين، فلا يجوز للمتعاقد مع الإدارة الدفع بعدم التنفيذ إذا تأخرت الإدارة في الوفاء بغيره من الالتزامات .

١٠٤- تحقق التأخر في تنفيذ العقد نتيجة للخطأ المشترك. يلاحظ أن مدة التأخير قد تكون ناتجة عن خطأ جهة الإدارة، بالإضافة إلى خطأ المتعاقد معها، وعندئذ فيتعين أن يضع قاضي العقد ذلك في اعتباره فسينزل من مبلغ الغرامة جزئا متناسبا مع الخطأ المنسوب إليها بما يتناسب مع أثره في التأخير. وقد طبق القاضي

---

résilier unilatéralement le contrat en cas de retard de paiement des loyers, sans rechercher si ces clauses répondaient aux conditions rappelées ci-dessus, la cour a commis une erreur de droit ; que, par suite, sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens du pourvoi, son arrêt doit être annulé ;". cons. 2

[1]CE, 8 octobre 2014, *Société Grenke Location*, n° 370644, CMP, not., DU BUS.

[2] Ibid.

الإداري الفرنسي هذا القاعدة في حكم محكمة نانت الإدارية الاستئنافية بتاريخ ١٩ سبتمبر ٢٠١٤ السابق الإشارة إليه[1]. فقد قدر القاضي أن تقصير الإدارة المتعاقدة في إجراء الدراسات حول طبيعة التربة التي يجري عليها العمل يعد خطا من جانبها ساهم إضافة إلي خطأ المتعاقد معها وتقصيره في تأخير التنفيذ. وبالتالي استنزل من مبلغ الغرامة الكلي نصفه[2].

وفي مصر يطبق القضاء الإداري القاعدة السابقة بمجرد تحققه من مساهمة خطأ الإدارة في تحقق حالة التأخير عن إتمام الأعمال في موعدها. والأمثلة على ذلك كثيرة، منها أن تتأخر جهة الإدارة في تنفيذ التزام جوهري لا يستطيع المتعاقد معها البدء في التنفيذ بدونه. كأن تتأخر في تسليم المقاول في عقد الأشغال العامة الموقع بعد مطالبتها بالتسليم أو تسلمه له غير صالح تماما لبدء التنفيذ مما يستغرق وقتا من المقاول لإعداده للتنفيذ، ثم يخطئ المقاول فيتراخى في التنفيذ مما يؤدى إلى التأخير مدة معينة. عندئذ، فإنه لن يكون من حق جهة الإدارة فرض غرامة التأخير عليه إلا عن المدة التي كان التأخير فيها راجع لفعله . فمن المعلوم أن مبلغ الغرامة يزيد كلما زادت مدة التأخير، وبالرغم من أن المقاول كان سببا في جزء من هذه المدة إلا أن جهة الإدارة هي الأخرى كانت سببا في جزء منها. فمن العدل في هذه الحالة تخفيض الغرامة بما يعادل الجزء من المدة التي كانت جهة الإدارة سببا فيه[3]. ونفس الحكم ينطبق على عقد التوريد[4].

٣ - حدوث الإخلال نتيجة لفعل الغير

١٠٥- المقصود بالغير في مجال الإعفاء من الغرامة. يعفي المتعاقد مع الإدارة من توقيع غرامة التأخير عليه ، إذا كان إخلاله بالتزامه بالتنفيذ في الميعاد

---

[1] سبق لنا الحديث عن هذا الحكم بصدد الحادث الفجائي والقوة القاهرة، انظر فقرة رقم ٩٤.

[2] CAA Nantes, 19 septembre 2014, *SNC Entreprises Morillon Corvol Courbot,* n°12NT03032, précité.

[3] د. عبد المجيد فياض ، نظرية الجزاءات في العقد الادارى، مرجع سابق ، ص ١٧٦ .

[4] كأن تتاخر جهة الإدارة فى تسليمه النماذج أو المواصفات التى يتعين توافرها فى الأشياء محل التوريد أو تتأخر فى اعتمادها ويتراخى هو في تنفيذ التوريد، فالمدة كلها ليست راجعة الى خطاه وحده، ومن المعلوم أن الغرامة تفرض على أساس الأسبوع، وكلما طالت المدة زادت مبالغ الغرامة حتى تصل للحد الأقصى.

راجع إلى فعل الغير، ويقصد بالغير الشخص الأجنبي عن العقد والذي لا يكون المتعاقد مع الإدارة مسئولا عنه [1] . فإذا كان الإخلال راجع إلى أشخاص يعد المتعاقد مع الإدارة مسئولا عن أفعالهم فإنهم لا يعتبرون من الغير ويعتبر الإخلال راجع لسبب له يد فيه [2]، وبالتالي فلا يستحق الإعفاء الو جوبي .
وهي ذات القاعدة التي يطبقها القاضي الإداري في فرنسا[3]. فلا يستطيع المتعاقد مع الإدارة الاحتجاج بخطأ أو تقصير أحد المتعاقدين من الباطن الذين يستخدمهم لطلب إعفاءه من الغرامة. فهو مسئول عن أفعالهم أمام جهة الإدارة وتستطيع بالتالي توقيع غرامة التأخير عليه. وقد طبق القاضي الإداري الفرنسي ذات المبدأ بالنسبة للشريك المتضامن[4]، فلا يستطيع المتعاقد مع الإدارة الاحتجاج بتقصير الشريك المتضامن معه في الصفقة للاستفادة من الإعفاء كليا أو جزئيا.

١٠٦- الشروط الواجب توافرها في فعل الغير المعفي من الغرامة. يتعين حتى يكون لفعل الغير أثرا معفيا من توقيع غرامة التأخير بالنسبة للمتعاقد مع الإدارة أن يتوافر في فعل الغير ذات شروط القوة القاهرة والحادث الفجائي. فيشترط أولا:- أن يكون فعل الغير غير ممكن التوقع عند إبرام العقد، وثانيًا :- ألا يكون من الممكن التغلب على هذا الفعل والاستمرار في التنفيذ وإنجاز الأعمال المتفق عليها

---

[1] د. هارون الجمل ، مرجع سابق ، ص ٤٦٠ .

[2] يلاحظ أن المتعاقد مع الإدارة لا يستطيع الإحتجاج فى مواجهة الإدارة بأخطاء تابعيه والأشخاص الذين يستخدمهم للإعفاء من مسئوليته بالتنفيذ فى الميعاد لأنه مسئول عن أخطائهم فى مواجهة الإدارة، لأنه مسئول عنهم مسئولية المتبوع عن أعمال التابع. و فى عقد الأشغال العامة فإن المتعاقد مع الإدارة قد يتنازل عن تنفيذ العقد لغيره، وفي هذه الحالة لابد من موافقة جهة الإدارة على ذلك، فإن تنازل بالرغم من عدم موافقتها سواء لعدم علمها بالتنازل أو لرفضها التنازل فإن ذلك يشكل خطئا عقديا جسيما ومن ثم فإن المتعاقد مع الإدارة لن يستطيع أن يحتج بفعل المتعاقد من الباطن، أما إذا وافقت فهنا يمكن أن يثور التساؤل حول مدي إمكان الاحتجاج بفعل المتعاقد من الباطن ليتنصل من المسئولية ؟
يرى د. هارون الجمل أن المقاول هنا لا يستطيع الاحتجاج بفعل المقاول من الباطن للإعفاء بل يظل هو والمقاول من الباطن مسئوليين بالتضامن فى مواجهة الإدارة لأن المقاول الأصلى هو المسئول الأصلى عن التنفيذ وهو حكم لا خلاف علىه سواء فى فرنسا أو مصر د. هارون الجمل ، النظام القانونى للجزاءات فى عقد الأشغال العامة ، مرجع سابق ، ٤٦٢ ، ٤٦٣.

[3] CE 18 juin 1969, *Entreprise Guyot*, RDP 1969, p. 1150.

[4] CAA Marseille, 30 mars 2004, *Buromag-Ugolini, CMP 2004*, n°139, note F. OLIVIER.

في مواعيدها بدون تأخير. وأخيرا، ألا يترتب على فعل الغير استحالة تنفيذ الالتزامات المتفق عليها في مواعيدها استحالة دائمة لأن من شأن ذلك انقضاء الالتزام بالتنفيذ وإنفساخ العقد تلقائيًا وبقوة القانون. فإذا توافرت الشروط السابقة في فعل الغير كان هذا الفعل سببا أجنبيا معفيا للمتعاقد مع الإدارة من توقيع غرامة التأخير عليه طبقا للمادة ٢٣ من القانون ٨٩ لسنة ٩٨ .

وتطبيقا للمبدأ السابق فقد قضت المحكمة الإدارية العليا بتاريخ ٣ مايو ٢٠٠٥ بأنه " ومن حيث أن الثابت من الأوراق أن المطعون ضده تعاقد مع الهيئة الطاعنة على عملية تجديد مجمعات شبكة مصارف مغطاة على أن يتم تنفيذ هذه العملية خلال ١٢ شهر، وتحدد موعد استلام الأعمال إلا أن المطعون ضده قد تأخر في تنفيذ الأعمال وكان هذا التأخير بسبب تعرض أهالي المنطقة له، وقد حرر عن ذلك محاضر في الشرطة، وقام بإخطار الهيئة الطاعنة بذلك، إلا أنه ورغم ذلك قامت بتوقيع غرامة تأخير عليه، فقدم المطعون ضده طلباً برفع الغرامة لكون التأخير راجع لسبب خارج عن إرادته ومن ثم يحق للمطعون ضده استرداد مبلغ غرامة التأخير الذي خصم منه "[1] .

وفي بعض الأحوال يكون الالتزام العقدي الذي ترصد الغرامة كجزاء للإخلال به مرتبط بتصرف إرادي من جانب الغير، في هذه الحالة لا يمكن مسائلة المتعاقد مع الإدارة إذا كان عدم وفاءه بالتزاماته راجع لعدم إقدام الغير على هذا التصرف، وبشرط ألا يكون إحجام الغير راجعا لخطا المتعاقد مع الإدارة.

وقد طبق مجلس الدولة الفرنسي المبدأ السابق في حكمه بتاريخ ١ يوليو ٢٠٠٥. و تتلخص وقائع القضية في أن بلدية سان بول التابعة لروون بفرنسا قد منحت التزام للمتعاقد معها واشترطت عليه ضمن بنود عقد الالتزام أن يقوم باستخدام حد أدنى من العاملين بهذه البلدية (عدد ٢٤ عامل)، وفقا لبنود معينه تم الاتفاق عليها في عقد الامتياز. وقد ضمنت جهة الإدارة عقد الامتياز نصا يجيز لها توقيع غرامات تأخير في حال تأخر المتعاقد معها في الوفاء بهذا الالتزام بالتوظيف. وتنفيذا لبنود عقد الالتزام، فقد عرض المتعاقد مع الإدارة على عمال البلدية عقود عمل وفقا للبنود المتفق عليها مع جهة الإدارة، ولكن جميع عمال البلدية أحجموا عن التعاقد مع الملتزم متمسكين بعقودهم التي أبرموها مع البلدية. وقد تمسكت البلدية بحقها في استيفاء غرامات التأخير المنصوص عليها في العقد على اعتبار أن المتعاقد معها قد

---

[1] الطعن رقم ٥٨٠٦ لسنة ٤٧ ق.ع بتاريخ ٢٠٠٥/٥/٣ ، مجموعة القواعد القانونية التى قررتها المحكمة الإدارية العليا فى عام ٢٠٠٥-٢٠٠٦، الدائرة الثالثة، الجزء الأول، ص ١٥٢.

أخل بالتزامه باستخدام عدد ٢٤ عامل من بين عمالها. وأيدت المحكمة الإدارية لروون حق جهة الإدارة في توقيع واستيفاء غرامات التأخير على المتعاقد معها نتيجة لإخلاله بالتزاماته العقدية. وقد رفض مجلس الدولة الفرنسي منطق المحكمة السابق مؤكدا أن عدم وفاء المتعاقد مع الإدارة بالتزاماته إنما كان نتيجة لفعل الغير. وأنه لا يمكن نسبة ثمة إخلال للمتعاقد متى التزم بعرض التعاقد مع عمال البلدية وفقا للشروط المتفق عليها مع جهة الإدارة[1].

---

[1] CE, SSR., 1 juillet 2005, *Commune de Saint-Paul de la Réunion*, n° 269342, inédit au recueil.

Le Conseil d'Etat a consideré que " les cahiers des charges du contrat conclu entre la COMMUNE DE SAINT-PAUL et la Compagnie réunionnaise de services publics prévoyaient que pour l'exécution du service qu'elle assurait au titre de ce contrat, la Compagnie reprendrait vingt-quatre agents du personnel communal affectés à l'enlèvement des déchets ménagers ; qu'il ne ressort toutefois pas des pièces du dossier et qu'il n'est d'ailleurs pas soutenu que le contrat ait prévu, entre la commune et la Compagnie, un transfert d'activité au sens de l'article L. 122-12 du code du travail ; que, dès lors, la somme forfaitaire due par la Compagnie réunionnaise de services publics à la COMMUNE DE SAINT-PAUL pour chaque agent communal non repris, en vertu des stipulations du contrat, doit être regardée comme une pénalité financière sanctionnant éventuellement la faute dans l'exécution du contrat en cas d'inexécution par cette société de l'obligation contractuelle d'embaucher les agents de la commune ; que, si aucun agent communal n'a accepté de conclure un contrat de travail avec cette société, il résulte de l'instruction que la Compagnie réunionnaise de services publics a fait aux agents de la COMMUNE DE SAINT-PAUL à plusieurs reprises des offres d'embauche dont le contenu correspondait aux conditions de rémunération et de reprise d'ancienneté offertes par le marché du travail local ; que, par suite, la Compagnie réunionnaise de services publics n'a pas commis de faute contractuelle en n'embauchant aucun agent communal ; que, dès lors, elle ne pouvait légalement être l'objet de pénalités financières pour l'exécution du contrat conclu avec la COMMUNE DE SAINT-PAUL ; qu'il en résulte que c'est à tort que, par le jugement attaqué, le tribunal

ب. أخذ رأي إدارة الفتوى المختصة بمجلس الدولة

١٠٧- القيمة القانونية لرأي إدارة الفتوى. في مصر، يتعين حتى يكون القرار الصادر من الإدارة بإعفاء المتعاقد معها من غرامة التأخير وفقا للمادة ٢٣ من القانون ٨٩ لسنة ٩٨ صحيحا أن تأخذ رأى إدارة الفتوى المختصة بمجلس الدولة. وقد أبتغى المشرع بذلك أن يحقق رقابة قانونية على القرار الصادر من جهة الإدارة بإعفاء المتعاقد معها استنادا لتحقق سبب أجنبي. فالسبب الأجنبي هو تكييف قانوني لوقائع معينه. وينصب الرأي الصادر من إدارة الفتوى على بحث شروط تحقق السبب الأجنبي ومدي مساهمته في تحقق الإخلال .

ولكن يلاحظ هنا أن ما يصدر عن إدارة الفتوى المختصة بمجلس الدولة هو مجرد رأي، للإدارة أن تأخذ به ولها أيضا أن تطرحه جانبا ولا تأخذ به وتصدر قرارها على خلافه سواء برفض إعفاء المتعاقد من الغرامة أو بقبول إعفائه. ونعتقد أن المشرع لم يكن موفقا في هذا الصدد فقد كان عليه أن يجعل ما يصدر عن مجلس الدولة ممثلا في إدارة الفتوى ملزما لجهة الإدارة في مقام الإعفاء الوجوبى . هذا وقد يقال أن جهة الإدارة هي القائمة على تنفيذ العقد فهي طرف فيه وهى أيضا القوامة على المصلحة العامة فهي الأعلم بمدى أحقية المقاول في الإعفاء. ولكننا نرد على ذلك بأن هذا الرأي يمكن أن يصدق بصدد الإعفاء الجوازى وذلك لأنه غير مشروط بسبب معين . أما الإعفاء الوجوبى فهو مشروط بتحقق سبب معين : السبب الأجنبي. فيجب أن يتحقق هذا السبب فعلا وأن يكون هو السبب في حصول الإخلال بعدم التنفيذ في الميعاد. وقد أراد المشرع توفير رقابة على جهة الإدارة للتأكد من قيام هذا السبب فعلا، وكون هذا السبب هو السبب الوحيد في حصول الإخلال، وذلك بإلزامها باستطلاع رأى إدارة الفتوى المختصة بمجلس الدولة. ولا شك في أن هذه الرقابة كانت سوف تكون محكمة حال كون الإدارة ملزمة بما يصدر عن إدارة الفتوى بمجلس الدولة لاسيما أن الإعفاء في هذا المقام مرهون بتحقق أمر معين.

---

administratif de Saint-Denis de La Réunion a rejeté la demande de la Compagnie réunionnaise de services publics tendant à l'annulation du titre de recette émis à son encontre par la COMMUNE DE SAINT-PAUL, le 9 octobre 2000".

ولذلك كان الأوفق أن يستبدل المشرع استئذان إدارة الفتوى باستطلاع رأيها.

وعلى كل الأحوال فبالرغم من أن جهة الإدارة لها أن تأخذ بالرأي الصادر عن إدارة الفتوى أو تطرحه فهو مجرد رأى، إلا أنها ملزمة بأن تستطلع رأى إدارة الفتوى وأن تنتظر لحين صدور الفتوى. فلا تستطيع أن تصدر قراراها بالإعفاء قبل استطلاع رأى الإدارة المختصة وانتظار صدور هذه الفتوى وإلا كان قرار الإدارة معيبا من ناحية الشكل، ويمكن الطعن عليه أمام قاضى العقد .

هذا وتظهر أهمية رأى إدارة الفتوى المختصة بمجلس الدولة في حال كانت الفتوى الصادرة منها صادرة في صالح المتعاقد مع الإدارة - أي بقيام السبب الأجنبي وكونه هو السبب الوحيد في حصول الإخلال - وبالرغم من ذلك لم تأخذ بها جهة الإدارة. ففي هذه الحالة فإن المتعاقد مع الإدارة يستطيع أن يلجأ إلى القاضي الإداري - قاضى العقد - وللقضاء الإداري في هذا المقام سلطات جد واسعة فهو قضاء كامل، طالبا منه الحكم بإبطال القرار الصادر من جهة الإدارة بتوقيع الغرامة عليه عن مدة قيام السبب الأجنبي ورد المبالغ التي اقتطعتها جهة الإدارة ومدعما طلبه في ذلك برأي إدارة الفتوى المختصة بالمجلس .

ثانيًا:- الإعفاء الجوازى

١٠٨- **النظام القانوني للإعفاء الجوازي في مصر وفرنسا.** حرص المشرع المصري في قانون المناقضات والمزايدات ٨٩ لسنة ١٩٩٨ على تنظيم حق الإدارة في منح الإعفاء الجوازي بقيود تهدف لتحقيق الصالح العام. فقد نصت المادة ٢٣ من القانون ٨٩ لسنة ٩٨ على أنه " وللسلطة المختصة - عدا هذه الحالة - بعد أخذ رأى الإدارة المشار إليها، إعفاء المتعاقد من الغرامة إذا لم ينتج عن التأخير ضرر " .

ويتضح من هذه المادة أن القانون قد قيد سلطة الإدارة في منح الإعفاء الجوازي بقيدين: موضوعي وإجرائي. أما القيد الموضوعي، فيكمن في ألا ينتج عن التأخير ضرر. أما القيد الإجرائي، فيتعلق بصدور قرار الإعفاء من السلطة المختصة بعد أخذ رأى إدارة الفتوى المختصة بالمجلس. وبهذا يكون المشرع المصري قد نظم سلطة الإدارة في منح الإعفاء الوجوبي موضوعيًا وإجرائيًا.

أما في فرنسا، ففي ظل غياب النصوص التشريعية أو اللائحية التي تنظم موضوع غرامة التأخير، فإن النظام القانوني الفرنسي يتجه للاعتراف لجهة الإدارة

بسلطة تقدير واسعة في هذا المقام، بل وتكاد تكون مطلقة[1].

وإذا بحثنا عن الحكمة من وراء تقرير مبدأ الإعفاء الجوازي في النظامين المصري والفرنسي، نجد أن كل نظام منهما قد قدر أن هناك حالات يمكن أن يكون فيها المتعاقد مع الإدارة - بالرغم من ثبوت إخلاله بتأخره عن تنفيذ التزاماته العقدية في موعدها وأن هذا التأخير إنما يرجع إلى خطأه العقدي بانتفاء السبب الأجنبي- معذورًا. كأن تتحقق ظروف لا ترقى إلى مرتبة القوة القاهرة أو الحادث الفجائي أدت إلى تأخره في الوفاء بالتزاماته قبل الإدارة. أو يكون المتعاقد مع الإدارة قد أدخل في حسبانه بحسن نية ظروف معينة تساعده في الوفاء بالتزاماته لم تتحقق مما أدى إلى تأخره في الوفاء بالتزاماته. أو تكون قد ألمت به ظروف شخصية لا تتوافر فيها شروط القوة القاهرة [٢] . ومن هنا جاء الاعتراف للإدارة باعتبارها الطرف الأول في العقد والقائمة على إدارة المرفق العام وتسييره بالحق في إعفاء المتعاقد معها بالرغم من تقصيره إذا قدرت أن لذلك محلا. والاعتراف بهذه السلطة لجهة الإدارة يحقق اعتبارات تتعلق بالمرونة في تنفيذ العقد الإداري .

أما فيما يتعلق بأحكام الإعفاء الجوازي من الغرامة في كل من النظامين: المصري والفرنسي، فإن المفاضلة بينهما يتعين أن تتم وفقا للعديد من الاعتبارات. والحقيقة أن التنظيم القانوني السديد لسلطة الإدارة في إعفاء المتعاقد معها جوازيا من غرامات التأخير يتعين أن يحاط بالعديد من القيود والضوابط التي تكفل التوفيق بين اعتبارات المرونة واعتبارات الصالح العام.

وسوف نتناول بشيء من التفصيل سلطة جهة الإدارة في منح الإعفاء الجوزاي في كل من البلدين من خلال تقييم الشروط التي قيد بها المشرع المصري سلطة جهة الإدارة في منح الإعفاء الجوازي سواء من الناحية الموضوعية أو الإجرائية، بالمقارنة بالوضع القانوني لهذه السلطة في فرنسا. وعلى ذلك سوف

---

[1] CAA Nancy, 15 février 2007, *Sté Sitelec Moselec*, n° 04NC01122, précité.

[٢] وقد قضت المحكمة الإدارية العليا بانه " من المسلم به كذلك إن اقتضاء الغرامات منوط بالجهة الإدارية المتعاقدة باعتبارها القوامة على حسن سير المرافق العامة والقائمة تبعا لذلك على تنفيذ شروط العقد، ومن ثم فلها أن تقدر الظروف التى يتم فيها تنفيذ العقد وظروف المتعاقد فتعفيه من تطبيق الجزاءات المنصوص علىها فى العقد كلها أو بعضها بما فى ذلك غرامة التأخير إذا هى قدرت أن لذلك محلا ، كما لو قدرت أنه لم يلحق المصلحة العامة أى ضرر من جراء التأخير أو غير ذلك من الظروف " . حكم ٧٤١ لسنة ٢٧ ق.ع، صادر ١٩٨٥/٥/٢٨، مجموعة الأربعين عاما في العقود الإدارية، مرجع سابق ، ص ٥٤٠ .

نتناول بالتحليل أولاً التقييد الموضوعي لسلطة جهة الإدارة باشتراط ألا ينتج عن التأخير بضرر، ثم نناقش ثانيًا التنظيم الإجرائي لهذه السلطة من خلال اشتراط أن يصدر القرار بالإعفاء من السلطة المختصة بعد أخذ رأى إدارة الفتوى المختصة بمجلس الدولة .

أ- التقييد الموضوعي :- ألا ينتج عن التأخير ضرر.

١٠٩- **دور عنصر الضرر في نظرية الإعفاء في مصر.** يمثل عنصر الضرر قيد موضوعي على سلطة جهة الإدارة في منح المتعاقد معها الإعفاء الجوازي من غرامات التأخير. فيشترط المشرع في المادة ٢٣ من قانون المناقضات والمزايدات حتى تستطيع جهة الإدارة إعفاء المتعاقد معها من غرامة التأخير ألا ينتج عن التأخير ضرر.

و الضرر الذي يمنع الإدارة من استخدام حقها في إعفاء المتعاقد معها يجب أن يكون ضررا فعليا، فلا يكفي التذرع بأن في التأخر عن الوفاء بالالتزامات العقدية حيال المرفق العام في حد ذاته ضرر مؤكد. فهذا القول كفيل بأن ينسف الإعفاء الجوازي المنصوص عليه في المادة ٢٣ من القانون من أساسه. ولكن في المقابل لا يشترط في هذا الضرر أن يصل لحد معين من الجسامة. فكلمة الضرر وردت في المادة ٢٣ من قانون المناقصات والمزايدات مطلقة، والقاعدة أن المطلق يجرى على إطلاقه ما لم يقم الدليل على ما يقيده. فتحقق أي قدر من الضرر كفيل بأن يمنع الإدارة من إعفاء المتعاقد معها من غرامة التأخير .

ولعل هذا الحكم يجد ما يبرره في أن المتعاقد مع الإدارة قد ثبت تقصيره في الوفاء بالتزاماته بانتفاء السبب الأجنبي، ومن ثم فالتقصير ثابت في جانبه. فإذا لحق المرفق العام ضرر فعلي من جراء هذا التقصير فإن ذلك يكون سببا كافيا لأن يتحمل تبعة تقصيره.

وذلك بعكس الإعفاء الوجوبي والذي يشترط لاستحقاقه انتفاء الخطأ بتحقيق السبب الأجنبي. فالسبب الأجنبي هو سبب الإخلال المتمثل في التأخير في تنفيذ الالتزام. ولذلك فإن المشرع لم يشترط عدم تحقق ضرر في حالة الإعفاء الوجوبي. فحتى ولو حدث ضرر وأيا ما كان حجمه، فمتى كان سبب التأخير في تنفيذ الالتزام في الميعاد هو السبب الأجنبي وحده فإن المتعاقد مع الإدارة يستحق الإعفاء الوجوبي من الغرامة. ويلاحظ أن مشروع القانون رقم ٨٩ لسنة ٩٨، كان يتضمن

النص التالي " ويجوز للسلطة المختصة إعفاء المتعاقد من الغرامة، بعد أخذ رأى إدارة الفتوى المختصة بمجلس الدولة، إذا ثبت أن التأخير كان لأسباب خارجة عن إرادته ولم ينتج عنه ضرر". ولكن حذفت عبارة " ولم ينتج عنه ضرر " بناء على طلب الدكتور إدوارد غالى نظرًا لأنه مادام لم يثبت أن لإرادة المتعاقد دخل في التأخير، فيجب حتما أن يعفى من الغرامة بعض النظر عن الضرر. وحذفت أيضا كلمة " يجوز ". وهكذا أصبح هذا النوع من الإعفاء وجوبي[1] .

ونري أنه حسنًا فعل المشرع بتعديل المشروع على النحو السابق تحقيقا لاعتبارات العدالة، التي تأبى أن يوقع جزاءا عقديا على المتعاقد مع الإدارة عن إخلال ليست لإرادته دخل فيه ولا سبيل له لدفعه أو توقعه. وهذا الاتجاه يجد أيضا ما يبرره في اعتبارات حسن النية في تنفيذ العقود التي تهيمن على كافة أنواع العقود.

فإذا كان المشرع لم يجعل لثبوت الضرر دور في ثبوت حق الإدارة في توقيع الغرامة إلا أن المشرع قد اشترط لثبوت حق الإدارة في إعفاء المتعاقد معها من توقيع الغرامة عليه ألا يترتب على إخلال المتعاقد مع الإدارة ضرر يصيب المرفق العام، فالضرر يلعب دورًا هامًا في مجال الإعفاء من الغرامة .

أما بالنسبة لموقف القضاء في مصر من عنصر الضرر، فيلاحظ أن مجلس الدولة قد تنبه منذ وقت طويل إلى أهمية عنصر الضرر في مجال الإعفاء من الغرامة إلا أنه لم يصل لاعتباره لازما في كل إعفاء، بل أعتبره أحد العوامل التي تستهدي بها جهة الإدارة عند تقرير إعفاء المتعاقد معها من الغرامة. وفي هذا قررت الإدارية العليا أن " اقتضاء الغرامات منوط بتقدير الجهة الإدارية المتعاقدة باعتبارها القوامة على حسن سير المرافق العامة والقائمة تبعا لذلك على تنفيذ شروط العقد، ولذا فلها مثلا أن تقدر الظروف التي يتم فيها تنفيذ العقد، وظروف المتعاقد، فتعفيه من تطبيق الجزاءات المنصوص عليها في العقد كلها أو بعضها بما في ذلك غرامة التأخير إذا هي قدرت أن لذلك محلا؛ كما لو قدرت أنه لم يلحق

---

[1] راجع مضبطة مجلس الشعب الفصل التشريعى السابع ، دور الانتقاد العادى الثالث ، الجلسة رقم ٢٧٤ فى ١٩٩٨/٥/٢ مذكور لدى الدكتورأيمن محمد جمعة ، رسالته للدكتوراه، بعنوان أثار عقد الأشغال العامة بين المتعاقدين، رسالة دكتوراه قدمت ونوقشت بجامعة الزقازيق سنة ٢٠٠٥ .

المصلحة العامة أي ضرر من جراء التأخير أو غير ذلك من الظروف"[1].

١١٠- **دور عنصر الضرر في نظرية الإعفاء في فرنسا.** يبقى أن نشير إلي أن قاعدة إعفاء المتعاقد مع الإدارة من غرامات التأخير إذا لم ينتج عن التأخير ضرر تجد لها بعض الانعكاسات في فرنسا ولكن في مجال الإعفاء الوجوبي. فالمادة ٥- ١-٢٠ من كراسة الشروط العامة لعقد الأشغال تنص على إعفاء المتعاقد مع الإدارة إذا كان تأخره في مرحلة أو أكثر من مراحل التنفيذ لم يؤثر على إتمام كامل الصفقة في موعدها، وبشرط ألا يكون للتأخير الجزئي أي أثر على الأعمال الأخرى للمقاولة محل العقد[2]. وتفترض هذه الحالة من أحوال الإعفاء تحقق عدة أمور أولاً:- إن التنفيذ يتم على مراحل. ثانيًا:- أن كل مرحلة يقابلها أجل محدد لإنهائها. ثالثًا:- أن يتضمن العقد نصوصا تؤكد حق جهة الإدارة في توقيع غرامة التأخير في أحوال التأخير الجزئي. رابعًا:- أن يتم المقاول المتأخر في مرحلة أو أكثر من مراحل التنفيذ كامل المقاولة في الميعاد المتفق عليه لإنهائها . خامسًا:- ألا يكون للتأخير الجزئي أي أثر على الأعمال الأخرى للمقاولة. فيتعين على المقاول أن يتم كل أعمال المقاولة وفقا للبنود والمواصفات التقنية المتفق عليها بحيث تكون كامل المقاولة صالحة تماما للتسليم الابتدائي في موعده.

فإذا تحققت هذه الشروط، فلا يمكن الإدعاء عندئذ بأن هناك ضرر فعلي قد أصاب المرفق العام المتصل به العقد من جراء التأخير. كما أن في النص على هذه الإمكانية في العقد ما يدفع المقاول المتأخر جزئيا إلي إتمام المقاولة في موعدها حرصا على الحصول على الإعفاء. على أن هذا النص لم يتكرر بصدد كراسات الشروط العامة للصفقات الأخرى. فمجال تطبيقه قاصر على عقود الإشغال العامة.

---

[1] حكم ٦١ لسنة ٢ ق.ع صادر فى ١٩٦٠/٩/٢١ " ، مجموعة الأربعين عاما فى العقود الإدارية ، مرجع سابق، ص ٤٩٠: حكم ٧٤١ لسنة ٢٧ ق.ع ، صادر فى ١٩٨٥/٥/٢٨، ذات المرجع ، ص ٧٩٨ : حكم في الطعنان رقما ١٣٦٤ و ١٤٧٥ لسنة ٣٦ ق.ع، صادر فى ١٩٩٣/٧/١٣ ، ذات المرجع ، ص ٥٠٥ : والفتوى رقم ١١٦ صادر فى ١٩٨٨/١/٢٥، ذات المرجع ، ص ٥٠٣

[2] L'article 20.1.5 du Cahier de clauses administratives générales "Travaux" dispoe que " En cas de retard sur un délai partiel prévu au marché, si le délai global est respecté, le représentant du pouvoir adjudicateur rembourse au titulaire les pénalités provisoires appliquées, à la condition que le retard partiel n'ait pas eu d'impact sur les autres travaux de l'ouvrage".

وبالمقابل، نجد حالة أخرى للإعفاء الوجوبي تكاد تجمع عليها كراسات الشروط العامة في فرنسا مع اختلاف في التفاصيل. فكراسة الشروط المتعلقة بعقد الإشغال العامة[1]، وكذلك المتعلقة بعقود الأداءات الفكرية [2]، و الصفقات الصناعية[3]، الصناعية[3]، تنص جميعها على إعفاء المتعاقد مع الإدارة من غرامات التأخير في حالة عدم تجاوز مبلغ مجموع غرامات التأخير عند نهاية الصفقة مبلغ ١٠٠٠ يورو. أما كراسة الشروط المتعلقة بعقد التوريد[4]، وكذلك تلك المتعلقة بتقنيات المعلومات والاتصال[5]، تنص على هذه الإمكانية إذا لم يجاوز مجموع الغرامات عند نهاية الصفقة مبلغ ٣٠٠ يورو.

وتجد هذه الإعفاءات ما يبررها في ضألة قيمة مبلغ الغرامة، وهي ما يعني ضألة قيمة الضرر الفعلي المتحقق من جراء التأخير. فغرامات التأخير في فرنسا تعويضات اتفاقية عن التأخر في التنفيذ. وبالتالي يراعي في تقديرها قيمة الضرر الفعلي المتحقق. أما الصفة الجزافية لهذه التعويضات فلا تعني أبدا التحكم. فتقدير مبلغ الغرامة يراعي فيه بالتأكيد الضرر المتوقع. ومن ثم فإن ضألة قيمة مبلغ الغرامات يعني ضألة الضرر المتحقق فعلا. وذلك بعكس الحال في مصر. فغرامات التأخير في مصر هي في حقيقتها عقوبة عقدية إدارية. فهي ليست مقابلا للضرر. ووفقا لنص المادة ٢٣ من قانون المناقصات والمزايدات ٨٩ لسنة ١٩٩٨ فإن توقيع غرامات التأخير لا يخل بحق الإدارة في الرجوع على المتعاقد المقصر بكامل التعويضات.

ومن هذا المنطلق، نرى أن مسلك المشرع المصري في إطلاقه لشرط الضرر يمكن أن يكون محل نقد، بصفة خاصة وأن غرامة التأخير لا تقابل أي ضرر فهي عقوبة إدارية خالصة. ومن ثم، كان يجدر بالسياسة التشريعية أن تراعي مبدأ التفريد في العقوبة. وهو ما كان يستدعي منح الإدارة قدر أكبر من حرية التقدير.

ب. التنظيم الإجرائي لسلطة الإدارة في الإعفاء

---

[1] Voir, l'article 20-4 du CCAG Travaux

[2] Voir, l'article 14-3 du CCAG "Prestations Intellectuelles"

[3] Voir, l'article 15-5 du CCAG Industriels

[4] Voir, l'article 14-1-3 du CCAG "FCS"

[5] Voir, l'article 14-1-3 du CCAG "TIC"

١١١-غياب التنظيم الإجرائي للإعفاء الجوازي من غرامات التأخير في فرنسا وأثره على سلطة الإدارة. يسلم مجلس الدولة الفرنسي بأن سلطة الإدارة في منح المتعاقد معها الإعفاء من غرامات التأخير هي سلطة تقديرية. فالإدارة لها أن تتنازل في أي وقت عن حقها في توقيع غرامة تأخير على المتعاقد المقصر في تنفيذ التزاماته. وفي ظل غياب النصوص التي تنظم موضوع غرامة التأخير يتجه القضاء الإداري للاعتراف للإدارة بسلطة تقديرية جد واسعة في هذا المقام. فلها حسبما يتراءى لها من اعتبارات إعفاء المتعاقد معها من غرامة التأخير كليا أو جزئيا.

ويبرر فقه القانون العام في فرنسا منح الإدارة هذه السلطة بالرغم من عدم وجود نص ينظمها . بأن الإدارة هي التي تبرم العقد الإداري وأن تنفيذه يتم تحت إشرافها وبالتالي فهي الأقدر على تقدير عذر المتعاقد المخل بالتزامه بتنفيذ أداءاته العقدية في موعدها. ومن جهة أخري، فإن جهة الإدارة باعتبارها القائمة على إدارة المرافق العامة هي الأقدر على تحديد الضرر الفعلي الذي أصاب المرفق من جراء التأخير.

وغياب التنظيم التشريعي لسلطة جهة الإدارة في منح الإعفاء الجوازي كان له انعكاساته على الشق العملي في منازعات الإعفاء من غرامات التأخير في فرنسا. فنادرا ما يطلب المتعاقد من قاضي العقد منحه الإعفاء الجوازي بعد رفض الإدارة له. فالإجابة معروفه سلفا في أغلب الأحوال. فالقاضي الإداري يرفض أن يحل نفسه محل الإدارة ويمنح المتعاقد معها هذا النوع من أنواع الإعفاء. وصعوبة الرقابة القضائية تنبع في الحقيقة من طبيعة السلطة الممنوحة لجهة الإدارة: السلطة التقديرية. وكان من نتيجة ذلك أن أغلب منازعات الإعفاء تتركز على الإعفاء الوجوبي. فغالبًا ما يدعي المتعاقد مع الإدارة أن التأخير في وفاءه بالتزاماته العقدية في موعدها راجع لتحقق سبب أجنبي لا يد له فيه.

١١٢- التنظيم الإجرائي لسلطة الإدارة في الإعفاء الجوازي في مصر. حرص المشرع المصري في قانون المناقصات والمزايدات ٨٩ لسنة ١٩٩٨ على تنظيم حق الإدارة في منح الإعفاء الجوازي بقيود تهدف لتحقيق الصالح العام. فقد نصت المادة ٢٣ من القانون ٨٩ لسنة ٩٨ على أنه " وللسلطة المختصة - عدا هذه الحالة - بعد أحد رأى الإدارة المشار إليها، إعفاء المتعاقد من الغرامة إذا لم ينتج عن

التأخير ضرر ". فيتعين وفقا لنص لهذا النص أن يصدر بالإعفاء قرار من السلطة المختصة بعد أخذ رأى إدارة الفتوى المختصة بمجلس الدولة .

ويلاحظ أن النص على الإعفاء الجوازي في صلب قانون تنظيم المناقصات والمزايدات ولائحته هو أمر مستحدث، حيث أن القوانين السابقة لم تكن تنطوي على تنظيم متكامل للإعفاء بل كانت تنطوى على تنظيم جزئي. فعلى سبيل المثال، نصت اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات السابق ٩ لسنة ٨٣ في المادة رقم ٨، على أنه " لا يدخل في حساب مدة التأخير مدد التأخير التي يثبت لجهة الإدارة نشئوها عن أسباب قهرية "، ولم يتضمن نصوصا تنظم السلطة المختصة بتقدير تلك الأسباب وإصدار قرار الإعفاء ولم يورد ذكرا للإعفاء الجوازى من الغرامة أيضا ضمن نصوصه ". وهو ما أثار خلافا في الفقه بين منح الإدارة سلطة الإعفاء في غير حالة تحقق أسباب قهرية أو عدم منحها هذا الحق .

فذهب رأى [١] إلى أنه متى كانت الغرامة تثبت بمجرد تحقق التأخير، فهي إذا دينا مستحق للدولة في مواجهة المتعاقد معها، ومن ثم فإن التنازل عنها أو الإعفاء منها هو في الحقيقة تنازل عن مال مملوك للدولة، وهذا له إجراءات وشروط فلا يجوز للإدارة أن تتنازل عن حقها في اقتضاء الغرامة إلا في حالة القوة القاهرة .

بينما ذهب غالبية الفقه في مصر [٢] إلى جواز تنازل الإدارة عن غرامات التأخير وإعفاء المتعاقد معها من الغرامة متى قدرت سلامة الأسباب التي تدعو لذلك. فالسلطة التي تتمتع بها الإدارة في توقيع الغرامة هي سلطة تقديرية، تمارسها باعتبارها القوامة على حسن سير المرافق العامة، والقائمة تبعا لذلك على تنفيذ شروط العقود الإدارية، أو لأن الغرامة هي جزاء عقدي يقصد به في المقام الأول حث المتعاقد على تنفيذ التزاماته في مواعيدها المقررة .

---

[١] د. أحمد رفعت خفاجى، مرجع سابق، ص ١٦٣٨، مشار إليه لدى الدكتور / سيد أحمد جاد الله ، سلطات القاضى إزاء العقد الإدارة ، مرجع سابق ، ص٣٤٢.

[٢] د. عثمان عياد ، مرجع سابق ، ص ٣٤٨ : د. عبد المجيد، مرجع سابق، ص١٨٠ : د. هارون الجمل، مرجع سابق ، ص ١٤٥: د. نصر بشير، مرجع سابق، ص ١١١.

أما بالنسبة لمجلس الدولة المصري فيبدو أن تردده [1] في منح الإدارة سلطة إعفاء المتعاقد معها بناء على الأسباب التي تقدرها لم يطل. فمنذ بداية الستينيات، اتجه القاضي الإداري المصري للاعتراف صراحةً بسلطة الإدارية التقديرية في منح المتعاقد معها الإعفاء الجوازي. وقد ظهر هذا الاتجاه في الأحكام و الفتاوى الصادرة عنه. فتقرر المحكمة الإدارية العليا في قضاء مستقر أن " الغرامات التي ينص عليها قي تلك العقود، توقعها جهات الإدارة من تلقاء نفسها دون حاجة إلي صدور حكم بها إذا توافرت شروط استحقاقها بحصول الإخلال من المتعاقد معها و لها أن تستنزل قيمتها من المبالغ التي عساها تكون مستحقة بموجب العقد دون أن تلزم بإثبات حصول الضرر، كما لا يقبل ابتداء من المتعاقد إثبات عدم حصوله على اعتبار أن جهة الإدارة في تحديدها مواعيد معينة لتنفيذ العقد يفترض فيها أنها قدرت أن حاجة المرفق تستوجب التنفيذ في هذه المواعيد دون أي تأخير، لئن كان ما تقدم كله هو الأصل إلا أنه من المسلم به كذلك أن اقتضاء الغرامات منوط بتقدير الجهة الإدارية المتعاقدة باعتبارها القوامة على حسن سير المرافق العامة والقائمة تبعا لذلك على تنفيذ شروط العقد، ولذا فلها مثلا أن تقدر الظروف التي يتم فيها تنفيذ العقد وظروف المتعاقد، فتعفيه من تطبيق الجزاءات المنصوص عليها في العقد كلها أو بعضها بما في ذلك غرامة التأخير، إذا هي قدرت أن لذلك محلا، كما لو قدرت أنه لم يلحق المصلحة العامة أي ضرر من جراء التأخير أو غير ذلك من الظروف " [2].

ولذلك نجد أن المشرع في القانون ٨٩ لسنة ٩٨ قد أراد حسم هذا الخلاف، فجاء في المادة ٢٣ ليقرر حلاً وسطا فأعطى لجهة الإدارة الحق في الإعفاء

---

[1] فقد افتت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في الفتوي رقم ٦٣٧ بتاريخ ١٩٥٦/١٠/٢٥، بأن إعفاء المتعاقد مع الإدارة من غرامة التأخير يستوجب اتخاذ اجراءات التنازل عن المال العام. الفتوى مذكور في مجموعة الأربعين في العقود الإدارية، ص ٦٩٤.

[2] أنظر على سبيل المثال، حكم ٦١ لسنة ٢ ق.ع، صادر في ١٩٦٠/٩/٢١، مجموعة الأربعين في العقود الإدارية،مرجع سابق، ص ٤٨٨ -٤٩٠: حكم ١٣٤ لسنة ٢٢ ق.ع،صادر في ١٩٨١/١/١٠، نفس المرجع، ص ٥٤٣ : حكم ٢٦٠ لسنة ١٢ق.ع، صادر فى ١٩٧/٣/٢١ ، نفس المرجع ص ٥٤٠ . بصدد الفتاوى، فتوى رقم ٣٢٣ فى ١٩٥٩/٥/١٠ ، نفس المرجع ، ص٦٩٨ : فتوى رقم ١١٦ فى ١٩٨٨/١/٢٥ ، نفس المرجع ، ص ٧١٤ .

الجوازى مع تقيده بقيدين يكفلان تحقيق الصالح العام. الأول:- يتعلق بعدم حدوث ضرر من جراء التأخير. والثاني:- يتمثل أخذ رأى إدارة الفتوى المختصة بمجلس الدولة. وبهذا حسم المشرع الخلاف السابق وقطع الطريق على أي خلاف مستقبل بصدد الإعفاء الجوازى بالإضافة إلى تحديده للسلطة المختصة بالإعفاء.

فيتعين أولاً: - قبل أن يصدر قرار الإعفاء بعد أخذ رأى الإدارة المختصة بمجلس الدولة وهى إدارة الفتوى المختصة بمجلس الدولة. وبالرغم من أن ما يصدر عن إدارة الفتوى رأى استشاري للإدارة أن تأخذ به أو تطرحه، فإنه يتعين عليها أن تطلب الرأي وأن تنتظر لحين صدور الرأي [1] .

ويتعين ثانيًا:- أن يصدر قرار بالإعفاء من السلطة المختصة. وهذه السلطة المختصة حددتها المادة الثانية من القانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ وهى الوزير أو المحافظ أو رئيس مجلس إدارة الهيئة العامة كل في نطاق اختصاصه أو من يفوضه أي من هؤلاء من شاغلي الوظيفة الأدنى مباشرة دون سواه، وذلك مع التقيد بشروط وضوابط التفويض المعروفة في القانون الإداري .

١١٣- أفضلية التنظيم الإجرائي المصري لسلطة الإدارة في منح الإعفاء.

التنظيم الإجرائي لسلطة الإدارة في منح الإعفاء الجوازي الذي أتى به النظام القانوني المصري يبدو أكثر تجاوبا من نظيره الفرنسي مع مقتضيات المصلحة العامة ومع مصلحة المتعاقد مع الإدارة في ذات الوقت.

فمن جهة أولى، يضمن التنظيم الذي أتى به المشرع المصري في القانون ٨٩ لسنة ١٩٩٨ ألا تفرط الإدارة في استخدام سلطتها في الإعفاء وتمنحه لمن لا يستحق. فالإفراط أو التفريط في منح الإعفاء يمكن أن يؤدي لنتائج وخيمة على تنفيذ العقود التي تبرمها الإدارة بالنظر للدور الذي تلعبه غرامات التأخير في تحقيق انضباط سير المرافق العامة. وقد يقال أنه لا فائدة عملية من القيود الإجرائية التي وضعها المشرع المصري في المادة ٢٣ من القانون ٨٩ لسنة ١٩٩٨ وذلك في الحالة التي لا تحترمها فيها جهة الإدارة. فمع التسليم بأنه إذا لم تأخذ رأى الإدارة

---

[1] أنظر بصدد شروط وضوابط التفويض فى الاختصاص، د. محمد رفعت عبد الوهاب ، القضاء الإدارى، قضاء الإلغاء ،الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة ، طبعة ٢٠٠٠ ، ص ١٠٤ وما بعدها : د. عبد الغنى بسيونى عبد الله ، النظرية العامة للقانون الإدارى ،الإسكندرية، الناشر منشاة المعارف، طبعة ٢٠٠٣، ص ١٩٧ : د.ماجد راغب الحلو، القانون الإدارى ، الإسكندرية، دار الجامعة الجديد، طبعة ٢٠٠٦ ، ص ٨٣ وما بعدها.

المختصة بمجلس الدولة فإن قرار الإدارة في هذه الحالة سوف يكون مشوبا بعيب في الشكل لإغفاله أحد الإجراءات الشكلية الجوهرية، فإن قاضي العقد الإداري لن يستطيع المساس بهذا القرار. ويصدق ذات الحكم على الحالة التي تمنح فيها الإدارة الإعفاء للمتعاقد معها انحرافا منها في استعمال سلطتها وبصفة خاصة إذا كان رأى الإدارة المختصة بمجلس الدولة بعدم منحه الإعفاء. فمن المعلوم أن الصفة أو المصلحة هي أحد شروط قبول الدعوى التي يتعين أن تتحقق حتى يستطيع القاضي النظر في موضوع الدعوى. وفي مجال دعوى العقد، فإن الدعوى لا تقبل كقاعدة عامة إلا إذا تم رفعها من أحد أطرافه[1]. وبالتالي، فإن القضاء لن يستطيع نظر الدعوى التي تستهدف إلغاء قرار منح الإعفاء لعدم توافر الصفة إذا رفعت من غير المتعاقد الذي أعفته الإدارة. ونرد على ذلك بالقول بأن القضاء الإداري ليس الجهة الوحيدة المختصة برقابة أعمال الإدارة. فهناك أيضا الرقابة الذاتية التي تباشرها السلطات الرئاسية والجهات الرقابية داخل السلطة التنفيذية، وهناك الرقابة البرلمانية التي يباشرها ممثلو الشعب. وهناك أخيرا الرقابة الشعبية. ومن ثم يبدو التنظيم الإجرائي الذي أتى به المشرع المصري أكثر مدعاة لحفظ المصلحة العامة التي تقتضي أن يكون منح هذا الحق في موضعه بغير إفراط أو تفريط.

ومن جهة ثانية:- يبدو التنظيم الإجرائي الذي أتي به المشرع المصري أكثر تجاوبا من نظيره الفرنسي مع مصلحة المتعاقد مع الإدارة في الأحوال التي يقوم فيها عذر المتعاقد مع الإدارة على مبررات جدية تحمله. إذ أن في استطلاع رأي إدارة الفتوى ما يشكل تشجيعا لجهة الإدارة على منح الإعفاء في الأحوال التي يكون فيها عذر المتعاقد مستساغا وذلك دون خشية من مساءلة الجهات الرقابية. كما أن المتعاقد مع الإدارة في حال سير الإدارة في إجراءات منحه الإعفاء ثم عدولها عنه دون مبرر يستطيع الاستناد إلى هذه الفتوى قضائيا. وقد يقال أن الإعفاء في هذا المقام جوازى .وبالتالي فحتى لو صدر رأى السلطة المختصة بمجلس الدولة وكان في صالح المتعاقد مع الإدارة فإنه ليس ثمة التزام على عاتق جهة الإدارة بمنحه الإعفاء، فتستطيع السلطة المختصة رفض طلب منح الإعفاء. والحقيقة أن سلطة الإدارة في مقام منح الإعفاء وإن كانت تقديرية إلا أنها ليست مطلقة. فهذه السلطة يتعين ألا يشوبها انحراف في استعمالها. ويستطيع المتعاقد مع الإدارة الاستناد لهذه الفتوى كأحد العناصر التي يمكن أن تثبت انحراف سلطة الإدارة وعنتها في منح

---

[1] انظر لمزيد من التفصيل حول منازعات العقود الإدارية بصفة عامة، د. ماجد الحلو، العقود الإدارية ، مرجع سابق، ص ٢٨١ وما بعدها.

الإعفاء في حال تحققه.

وقد اعترض بعض أعضاء مجلس الشعب عند مناقشة مشروع قانون المناقصات والمزايدات الحالي [1] على القيد المتعلق باستطلاع رأى إدارة الفتوى المختصة بمجلس الدولة بحجة أن ذلك من شأنه أن يؤدى إلى إطالة الوقت الذي يستغرقه صدور قرار البت في الإعفاء، وبخاصة أن رأي الجهة المختصة بالفتوى بمجلس الدولة ليس إلا رأيا استشاريا للإدارة أن تأخذ به أو أن تطرحه.

ولكن الحقيقة أننا نرى أن المشرع المصري كان موفقا في فرض هذا القيد للأسباب التالية:

١. إن في اشتراط استطلاع رأي إدارة الفتوى المختصة بمجلس الدولة ما يحقق نوع من أنواع الرقابة القانونية السابقة على اتخاذ القرار، وذلك لأن الرأي وإن كان استشاري إلا أن الإدارة ولا شك سوف تجد حرجا في مخالفته ما لم تكن هذه المخالفة مبنية على أسباب جدية مهمة تبرر طرح رأى قانوني متخصص يصدر من جهة قانونية متخصصة عريقة ومحايدة مثل إدارة الفتوى بمجلس الدولة. فالرأي الصادر عنها بلا مراء له قوة أدبية هامة لا ينبغي إغفالها أو التقليل من شأنها.

٢. كذلك فإن الرأي الذي يبديه مجلس الدولة ممثلا في إدارة الفتوى المختصة بالمجلس يعطى شجاعة لممثلي بعض الجهات الإدارية في منح الإعفاء، إذ أن الخشية من الأجهزة الرقابية المتعددة قد تمنع بعض المسئولين من منح الإعفاء رغم تحقق شروطه وبالذات الإعفاء الجوازى خشية من تحمل المسئولية. وهو ما يكون له أبلغ الضرر على مصلحة المتعاقد مع الإدارة " إذ أنه لن يكون أمامه عندئذ سوى ولوج باب القضاء طالبا منه الحكم بإلغاء أو تعديل الغرامة وهو ما يؤدى إلى ضياع الوقت والجهد والنفقات [2].

٣. كذلك فإن البت في مسألة إعفاء المقاول - بالذات الإعفاء الجوازي - يتطلب

---

[1] راجع مضبطة مجلس الشعب ، الفصل التشريعى السابع ، دور الانعقاد الثالث ، الجلسة رقم ٧٤ فى ١٩٩٨/٥/٢ ، مشار إليه لدى الدكتور / أيمن جمعه ، اثار عقد الأشغال العامة بين المتعاقدين ، رسالة الدكتوراه نوقشت بجامعة الزقازيق سنة ٢٠٠٥ ، ص ٢٤٣ - ٢٤٤.

[2] د. سيد أحمد جاد الله ، مرجع سابق، ، ص ٣٤٥.

في العديد من الأحوال الإلمام بمفاهيم وقواعد قانونية قد لا يتسنى لموظفي جهة الإدارة الإلمام بها[1]. فالقوة القاهرة أو الحادث الفجائي أو خطأ الغير هي مفاهيم قانونية لها شروطها المحددة قانونا وقد لا يتسنى لموظفي جهة الإدارة الذين بيدهم سلطة الإعفاء العلم بها، ولكن بلا شك فإن إدارة الفتوى المختصة بمجلس الدولة بتكوينها القانون الراقي يتوافر لها هذا العلم .

٤. أما بالنسبة للحجة التي يستند إليها من عارض هذا الرأي، وهى إطالة الوقت الذي يستغرقه البت في قرار الإعفاء، فيمكن الرد عليه بأن سبب ذلك يكون غالبا عدم إرسال جهة الإدارة المستندات التي تطلبها منها إدارة الفتوى، ونرى كما يرى البعض بحق أن انتظار بعض الوقت أفضل للمتعاقد مع الإدارة من فرض غرامات التأخير عليه، خاصة إذا لم يكن مسئولا عن هذا التأخير [2] .

١١٤- **سلطة جهة الإدارة في سحب الإعفاء.** قبل أن نختم هذا الحديث عن سلطة الإدارة في منح الإعفاء يبقي لنا أن نتساءل. هل يجوز لجهة الإدارة أن تسحب قرارها بمنح الإعفاء من توقيع غرامة التأخير على المتعاقد معها ؟

السبب في طرح هذا التساؤل يكمن في أن الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع أفتت بتاريخ ٦ فبراير ١٩٩٢ بأن " القرارات التي تصدرها جهة الإدارة استنادا إلى نصوص العقد أو تنفيذا له تدخل في منطقة العقد، ولا يتقيد سحبها بمواعيد الإلغاء ولا يعصمها من هذا السحب فوات المواعيد، فيجوز العدول عنها في أي وقت إذا تبين فساد ما قامت عليه من أسباب بحسبان أنه إنما ينحسر عنها وصف القرار الإداري بما يتفرع عنه من الإلغاء أو السحب" [3] .

هذا وقد رتبت الجمعية العمومية على ذلك وفي فتوى أخرى نتيجة هامة، وهى أن قرار جهة الإدارة بإيقاع الغرامة أو الإعفاء منها يتعلق بالعقد الإداري ومؤدى ذلك أن للإدارة مراجعته دون التقيد بميعاد سحب القرار الإداري. وقد طبقت الجمعية المبدأ السابق على نزاع بين شركة المقاولون العرب وجهه الإدارة. وكانت

---

[1] د. ايمن محمد جمعة ، مرجع السابق ، ص ٣٤٤ .

[2] د. سيد أحمد جاد الله ، مرجع سابق ، ص ٣٤٦ : د ايمن محمد جمعه ، مرجع سابق، ص ٢٤٤.

[3] فتوى رقم ١٥٥ صادرة فى ١٩٩٢/٢/٦، مجموعة الأربعين عاما في العقود الإدارية، مرجع سابق، ص٥٥٠.

جهة الإدارة قد سبق وأصدرت قرار بمنح الشركة المذكورة إعفاء من الغرامة عن المدة التي سبق وتأخرت فيها في إنجاز الأعمال عن موعدها، ثم أرادت الجهة الإدارية العدول عن هذا الإعفاء لفساد في التقرير. فأرسلت جهة الإدارة إلى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع تطلب منها الرأي القانوني، فأفتت الجمعية العمومية أن " تطبيق سند إعفاء (شركة المقاولون العرب) من غرامة التأخير لا يحول دون معاودة إلزامها بها متى تحقق مناط ما تقدم" [1].

والحقيقة أن هذا الرأي الذي أفتت به الجمعية العمومية فيه تطرف كبير، فإذا كانت المقدمة التي بدأت منها الجمعية العمومية صحيحة وهى أن القرارات التي تصدرها جهة الإدارة استنادا إلى نصوص العقد أو تنفيذا له تدخل في منطقة العقد، إلا أن النتيجة التي انتهت إليها وهى إجازة العدول عن القرارات التي تصدرها وتدخل في منطقة العقد في أي وقت إذا تبين فساد الأسباب التي قامت عليها فيها تطرف كبير لعدة أسباب :

أولاً :- فالمتعاقد مع الإدارة قد تعلق حقه بالإعفاء الممنوح له من قبلها، وأصبح له حق مكتسب في هذا الإعفاء ، ومن ثم فلا يجوز لها أن تنتزع منه هذا الحق بحجة الفساد في التقرير .

ثانيًا :- الاتجاه الذي تبنته الفتوى السابقة يناقض اعتبارات استقرار الأوضاع. إذا لا شك أن في إجازة عدول جهة الإدارة عن قرارها بإعفاء المتعاقد معها من غرامة التأخير لخطأ منسوب لجهة الإدارة وهو فساد التقدير، ما يؤدى إلى إحداث بلبلة واضطراب في معاملات جهة الإدارة، لاسيما أن الجمعية أجازت للجهة الإدارية العدول في أي وقت دون التقيد بأية مواعيد .

ثالثًا :- اعتبارات الثقة الواجب توافرها في المعاملات تؤدي إلى عكس الرأي الذي أفتت به الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع، فاعتبارات الثقة توجب القول بتقيد جهة الإدارة بقرارها بمنح الإعفاء للمتعاقد معها .

ولذلك فنحن نرى أن جهة الإدارة لا يجوز لها أن تسحب الإعفاء الصادر

---

[1] فتوى رقم ٦٦٨ بتاريخ ٢٠٠٤/٨/٢٥، مجموعة المبادئ القانونية التى قررتها الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع حتى عام ٢٠٠٥ ، ص ٧٧٨ وما بعدها. ويلاحظ أن المحكمة الإدارية العليا تذهب إلى أنه " إذا صدر قرار بإعفاء المقاول من غرامة التأخير فلا يجوز للجهة الإدارة الرجوع من هذا القرار أو سحبه " . الحكم في الطعن رقم ٢١١٣ لسنة ٣٤ ق.ع، جلسة ١٩٩٢/٤/٢١، مذكور لدي المستشار محمد ماهر أبو العينين، الوسيط فى شرح اختصاصات مجلس الدولة، الجزء الثاني ، طبعة ٢٠٠٠، بدون دار نشر .

منها للمتعاقد معها إلا لسبب وحيد وهو الغش والتدليس، كأن تكون المستندات التي قدمها المتعاقد ليثبت بها عذره غير صحيحة ومزورة، أو أن يكون قرار الإعفاء قد صدر بناء على اتفاق آثم بين من أصدر قرار الإعفاء والمتعاقد مع الإدارة أو في حالة إفساد المتعاقد مع الإدارة لأحد الأشخاص الذين كان لهم يد في قرار الإعفاء. أما القول بجواز سحب الإعفاء في أي وقت متى تبين فساد تقدير جهة الإدارة في منح الإعفاء فهو أمر لا يمكن قبوله ولاسيما أن الخطأ هنا في منح الإعفاء هو خطأ جهة الإدارة وليس للمتعاقد معها يد فيه.

أما بالنسبة للشق الثاني للفتوى ، وهو المتعلق بجواز العدول عن قرار فرض الغرامة في أي وقت دون التنفيذ بمواعيد السحب المشترطة في القرارات الإدارية، فهو مقبول لاسيما أن هذه القرارات صادرة بتوقيع عقوبة. وبالتالي فلا مصلحة للمتعاقد الآخر في بقائها ولا يتعلق له حق بها [1] ، بل إن مصلحته في سحبها .

المطلب الثاني

تنظيم غرامات التأخير في بعض أنواع العقود الإدارية

١١٥- تنظيم غرامات التأخير في عقدي الأشغال العامة والتوريد. حرص المشرع المصري على تنظيم غرامات التأخير في قانون الصفقات العامة ولائحته التنفيذية. فقد نصت المادة ٢٣ من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ على كيفية حساب غرامة التأخير وبينت اللائحة التنفيذية لهذا القانون القواعد التفصيلية لحساب الغرامة، فنصت م ٢٣ فقرة ١على أنه " إذا تأخر المتعاقد في تنفيذ العقد عن الميعاد المحدد له، جاز للسلطة المختصة لدواعي المصلحة العامة إعطاء المتعاقد مهلة إضافية لإتمام التنفيذ، على أن توقع عليه غرامة عن مدة التأخير طبقا للأسس وبالنسب وفي الحدود التي بينتها اللائحة التنفيذية، بحيث لا يجاوز مجموع الغرامة (٣%) من العقد بالنسبة لشراء المنقولات وتلقي الخدمات والدراسات الاستشارية والأعمال الفنية، (١٠%) بالنسبة لمقاولات الأعمال والنقل ".

---

[1] وهذا الاعتبار ذاته هو ما دعى مجلس الدولة إلى استثناء القرارات الإدارية المتعلقة بفصل الموظفين من مبدأ عدم جواز سحب القرارات الفردية السليمة. أنظر، د. عبد الغنى بسيونى ، النظرية العامة للقانون الإدارى، مرجع سابق، ص ٥٢٢.

أما في فرنسا فتتولى كراسات الشروط العامة للصفقات تنظيم غرامات التأخير. فالمادة ٢٠ من كراسة الشروط العامة المتعلقة بعقد الاشغال، والمادة ١٤ من كراسة الشروط العامة الممتعلقة بعقد التوريد وتلقي الخدمات، والمادة ١٥ من كراسة الشروط العامة المتعلقة بالصفقات الصناعية، والمادة ١٤ من عقود صفقات تقنية المعلومات والاتصالات، والمادة ١٤ من كراسة الشروط العامة المتعلقة بالأداءات الفكرية تنص على كيفية تطبيق وحساب غرامات التأخير[1]. وتختلف الأحكام التفصيلية للغرامات تماشيا مع تنوع الصفقات العامة. وينص قانون الصفقات العامة الجديد في المادة ١٥ على الترخيص لجهة الإدارة بالإحالة إلى كراسة الشروط العامة المتعلقة بالصفقة محل التعاقد. وبالتالي، تنطبق بنود كراسات الشروط العامة المنظمة لغرامة التأخير متى خلا العقد أو وثائقه الخاصة على اتفاق يخالفها.

وبالتالي يتقارب التنظيم القانوني لغرامات التأخير في فرنسا في عموميته من مثيله المصري. والملاحظ بصفة عامة أن تنظيم غرامات التأخير في مصر وفرنسا تسيطر عليه اعتبارات الفاعلية ليتجاوب مع طبيعة غرامات التأخير باعتبارها جزاء عقدي يهدف لحث المتعاقد مع الإدارة على الوفاء بالتزاماته في مواعيدها.

والملاحظ بصفة عامة أن تنظيم غرامات التأخير في مصر يتفق مع تنظيمها في فرنسا في المبادئ العامة. ومع ذلك يمكن ملاحظة العديد من الاختلافات في القواعد التفصيلة التي تستدعي الدراسة والتحليل وصولا للتقييم.

وسوف نقتصر في معالجتنا لتنظيم غرامات التأخير على دراسة التنظيم القانوني للغرامات في عقدي الإشغال العامة والتوريد باعتبارهما من أهم أنواع العقود الإدارية وأكثرها شيوعا. وسوف نخصص الفرع الأول لتنظيم غرامات التأخير في عقود الأشغال، والفرع الثاني لتنظيم غرامات التأخير في عقود التوريد.

---

[1] Voir, l'article 20 du CCAG « Travaux », l'article 14 du CCAG « Fournitures courantes et services » (FCS), l'article 15 du CCAG « Marchés industriels (MI), l'article 14 du CCAG « Techniques de l'information et de la communication » (TIC) et l'article 14 du CCAG « Prestations intellectuelles » (PI) prévoient les modalités d'application et de calcul des pénalités de retard.

الفرع الأول

تنظيم الغرامة في عقود مقاولات الأشغال العامة

١١٦- تنظيم غرامات التأخير في عقود مقاولات الأشغال في مصر وفرنسا. عقد الأشغال العامة كما عرفته محكمة القضاء الإداري هو "عقد مقاولة بين شخص من أشخاص القانون العام وفرد او شركة ، بمقتضاه يتعهد المقاول بالقيام بعمل من أعمال البناء أو الترميم أو الصيانة في عقار لحساب هذا الشخص المعنوي العام، تحقيقا لمصلحة عامة مقابل ثمن يحدد في العقد"[١].

وقد بينت المادة ٨٣ من اللائحة التنفيذية للقانون ٨٩ لسنة ١٩٩٨ [٢] ، القواعد التفصيلة لحساب الغرامة بصدد عقود مقاولات الأعمال، فنصت المادة ٨٣ على أنه " يلتزم المقاول بإنهاء الأعمال موضوع التعاقد بحيث تكون صالحة تماما للتسليم المؤقت في المواعيد المحددة فإذا تأخر جاز للسلطة المختصة- إذا اقتضت المصلحة العامة- إعطاءه مهلة لإتمام التنفيذ على أن توقع عليه غرامة تأخير اعتبارا من بداية هذه المهلة وإلى أن يتم التسليم الابتدائي وذلك بواقع (١%) عن كل أسبوع أو جزء منه بحيث لا يجاوز مجموع الغرامة ١٠% من قيمة العقد ، وتحسب الغرامة من قيمة ختامي العملية جميعها إذا رأت الجهة الإدارية أن الجزء المتأخر يمنع الانتفاع بما تم من العمل بطريق مباشر أو غير مباشر على الوجه الأكمل في المواعيد المحددة، أما إذا رأت الجهة أن الجزء المتأخر لا يسبب شيئا من ذلك، فيكون حساب الغرامة بالنسب والأوضاع السابقة من قيمة الأعمال المتأخرة فقط".

وفي فرنسا، تنص المادة ١-٢٠ من كراسة الشروط العامة لعقد الإشعال المنشورة في الجريدة الرسمية في ١٣ أكتوبر ٢٠٠٩[٣]، على أنه في حالة التأخر المنسوب للمتعاقد في تنفيذ الأعمال المتعاقد عليها، سواء التأخر في تنفيذ كامل الصفقة أو إحدى مراحلها متى كان لها مدة محددة لتنفيذها أو كان يجب إنهائها في

---

[١] حكم محكمة القضاء الإداري في الطعن رقم ٢٨٤ لسنة ٨، بتاريخ ١٩٥٦/١٢/٢٣، مجموعة المبادىء التي قررتها محكمة القضاء الإداري السنة ١١، بند ٧٠، ص ١٠٤.
لمزيد من التفصيل بصدد عقد الإشغال العامة وأركانه أنظر د. محمد فؤاد عبد الباسط، مرجع سابق، ص ٥١٠: د. أنس جعفر، مرجع سابق، ص ٤٠: د.ماجد الحلو، مرجع سابق، ص ١٧٢.

[٢] صدرت هذه اللائحة بموجب قرار وزير المالية رقم ١٣٦٧ لسنة ١٩٩٨

[3] CCAG Travaux, Publié JORF n°0227 du 1 octobre 2009 page 15907, texte n° 16.

تاريخ محدد، توقع غرامة تأخير يومية بواقع ١/٣٠٠٠ من قيمة كامل الصفقة أو من المرحلة المعتبرة التي حدث بشأنها التأخير أو الإخلال بالمواصفات المتعاقد عليها مع جهة الإدارة. وقيمة الصفقة تتحدد على أساس السعر الأولي المطروح على أساسه الصفقة دون حساب لضريبة المبيعات والشراء.

وتحليل النصوص اللائحية التي تنظم غرامة التأخير في عقد الإشغال العامة في مصر ومقارنتها بتلك المنصوص عليها في كراسة الشروط العامة لعقد الإشغال في فرنسا يوضح لنا الأمور التالية :

١١٧- أولاً:- بيان كيفية تطبيق الغرامة بنصوص لها صفة العمومية. أول ما يتضح من العرض السابق للمواد ٢٣ من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات ٨٩ لسنة ١٩٩٨والمادة ٨٣ من اللائحة التنفيذية له، أن المشرع المصري قد فضل أن يحدد نسبة الغرامة والكيفية التي تحسب بها في صلب قانون تنظيم المناقصات والمزايدات ولائحته التنفيذية.

وبالنسبة للوضع في فرنسا، فعلى الرغم من أن النصوص المنظمة لكيفية حساب غرامات التأخير في عقد الإشغال قد تضمنتها كراسة الشروط العامة، إلا أن النتيجة العملية لتنظيم هذه المواد بمقتضى كراسة الشروط تقترب من الوضع في مصر. فكما سبق أن أوضحنا[١]، تلجأ الإدارة عملا في فرنسا إلى تضمين عقودها ما يفيد الإحالة لكراسة الشروط العامة الخاصة بالصفقة محل التعاقد وذلك إعمالا للرخصة المخولة لها بمقتضى قانون الصفقات العامة.

وتتضح فائدة تنظيم غرامات التأخير بنصوص لها صفة العموم إذا ما قارنا الوضع في مصر وفرنسا بالعديد من الدول العربية. فقد فضلت العديد من الدول العربية مثل الكويت والجزائر والبحرين الإحالة في لوائحها التنفيذية فيما يتعلق بكيفية تطبيق غرامات التأخير إلى الأحكام

[١] انظر ما سبق بيانه، فقرة رقم ٦.

الخاصة بكل عقد [1] . ففي البحرين على سبيل المثال، تنص المادة ٨٣ من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمشتريات الحكومية الصادرة بالمرسوم بقانون رقم ٣٦ لسنة ٢٠٠٢ على أن " يلتزم المقاول بإنهاء الأعمال موضوع العقد بحيث تكون صالحة للتسليم المؤقت في المواعيد المحددة، فإذا تأخر طبقت في شأنه الأحكام المنصوص عليها في العقد"[2]. وفي الجزائر تنص المادة ٩ من المرسوم التنفيذي رقم (٩١-٤٣٥) الصادر في ١٩٩/١١/٩ بتنظيم الصفقات العمومية على أن" تحدد الأحكام التعاقدية للصفقة نسبة الغرامات وكيفيات فرضها أو الإعفاء منها "[3]. وفي الكويت تنص المادة (٤٣) من كراسة الشروط العامة الحقوقية لعقود المقاولات الصادرة سنة ١٩٧١ على أن " يجب على المقاول إتمام جميع الأعمال بما يرضى المهندس خلال المدة أو المدد المتفق عليها في العقد محسوبة من تاريخ المباشرة " [4]، وتنص المادة ١/٤٧ من ذات الكراسة على أنه " إذا قصر المقاول في إنجاز الأشغال في المدد المعينة في المادة ٤٣ أو مدة التحديد فإنه يجب عليه أن يدفع لصاحب العمل المبلغ المبين في الشروط كغرامة تأخير عن كل يوم أو جزء من يوم ينصرم بين الوقت المبين في المادة ٤٣ أو مدة التحديد وتاريخ إنجاز الأشغال ".

وبالرغم من أن القواعد المتعلقة بكيفية حساب الغرامة وتلك التي تحدد نسبتها وحدودها القصوى قواعد تكميلية يجوز الاتفاق على ما يخالفها، إلا أننا نرى

---

[1] د. أيمن جمعه ، مرجع سابق ، ص ٢٢٢ -٢٢٣.

[2] انظر نص المادة ٨٣ من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمشتريات الحكومية البحريني الصادرة بالمرسوم بقانون رقم ٣٦ لسنة ٢٠٠٢.

[3] انظر نص المادة ٩ من المرسوم التنفيذى رقم ٩١-٤٣٥ الصادر في ١٩٩/١١/٩ بتنظيم الصفقات العمومية في الجزائر.

[4] المادة ٤٣ من كراسة الشروط العامة الحقوقية لعقود المقاولات الكوتية الصادرة سنة ١٩٧١

أن تحديد القواعد والنسب بأداة لها صفة العمومية كما هو الحال في مصر وفرنسا لا يخلو من فائدة كبيرة وذلك للأسباب التالية :

١. لولا وجود هذه النسب والقواعد لما أمكن تطبيق غرامة التأخير في الحالة التي يخلو فيها العقد الإداري من تنظيم دقيق لها لعدم إمكان حسابها. وفي هذه الحالة يعتبر عدم تنظيم المتعاقدين للغرامة اتفاق ضمني من جانبهم على استبعدها[١].

٢. وجود مثل هذا التنظيم في القانون ولائحته أو حتى في الكراسات العامة للشروط بهذه الدقة له أهمية كبيرة في الحالات التي يكون فيها تنظيم المتعاقدين للغرامة في العقد الإداري تنظيم قاصر، إذا أن كل نقص أو قصور في الاتفاق سوف يرجع بشأنه إلى القواعد التي وضعها القانون ولائحته، ويعد ذلك بمثابة اتفاق ضمني على إقرار القواعد التي قررها القانون فيما سكت الاتفاق عن تنظيمه[٢]

٣. إن وجود مثل هذه القواعد التفصيلية يمثل نبراسا للإدارة وللمتعاقد معها في التنظيم الذي يتم تقريره في العقد الإداري ، فتكون بمثابة المقاس[٣] الذي تضعه الإدارة في اعتبارها عندما ترى الاتفاق مع المقاول على نسبة أخرى لغرامات التأخير، فتحد الإدارة من المغالاة في نسبة غرامات التأخير مما قد يكون له أثر سيئ على المقاول المتعاقد معها حين يتعثر في التنفيذ ويتأخر في التسليم عن الميعاد المحدد، وعلى الجانب الآخر فهو يحد أيضا من الاتفاقات التي يهبط فيها المتعاقدان بالغرامة بحيث لا تحقق الردع الخاص للمقاول مما يضر في النهاية بالصالح العام .

١١٨- ثانيًا:- حساب الغرامة بطريقة تصاعدية على أساس نسبة ثابتة.

يتضح كذلك من العرض السابق أن الغرامة تحسب في مصر وفرنسا على أساس نسب ثابتة. ففي فرنسا تحسب بنسبة (١/ ٣٠٠٠) من قيمة الصفقة أو المرحلة المتأخرة منها حسب الأحوال عن كل يوم تأخير.

وفي مصر، توقع الغرامة بنسبة (١%) من قيمة العملية كلها أو المرحلة المتأخرة منها بحسب الأحوال عن كل أسبوع أو جزء منه، وهو ما يعنى أن الغرامة الناتجة عن كل أسبوع تأخير أو الجزء منه سوف تجمع مع الغرامة الناتجة عن

---

[١] فتوى رقم ٤١٧ بتاريخ ١٩٦٧/٤/١٥، مجموعة القواعد القانونية التى قررتها الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع ، حتى عام ٢٠٠٥، مرجع سابق ص ٧٠٧.

[٢] فتوى رقم ١٤٢ بتاريخ ١٩٨٧/٢/٤، مجموعة القواعد التى قررتها الجمعية العمومية حتى ٢٠٠٥، مرجع سابق، ص ٧٠٩.

[٣] د. أيمن محمد جمعة ، مرجع سابق ، ص ٢٢٤

التأخير للأسبوع الذي يليه أو جزء منه بحيث تتصاعد الغرامة ولكن على أساس نسبة ثابتة وهى نسبة (١%) .

ويلاحظ أن المشرع باعتماده القاعدة السابقة في القانون في القانون ٨٩ لسنة ١٩٩٨، يكون قد عدل عن طريقة حساب الغرامة على أساس نسب متغيرة. فقد كان المشرع المصري في القانون السابق ٩ لسنة ١٩٨٣ ولائحته التنفيذية يغير النسب كلية في حالة ازدياد التأخير. فمدد التأخير لم تكن في ظل القانون السابق تجمع اكتفاء بتغيير نسب الغرامة. وفي ذلك قضت المحكمة الإدارية العليا في حكمها بتاريخ ٢٦ فبراير ٢٠٠٨ في ظل أحكام قانون المناقصات والمزايدات السابق بأنه " إذا ما ثبت أن المقاول قد تأخر في تنفيذ الأعمال عن الميعاد المحدد مدة أسبوع أو جزء منه تكون نسبة الغرامة التي توقع عليه ١% ، وإذا كان التأخير قد امتد إلى الأسبوع الثاني أو جزء منه تتحرك لتكون ١,٥ %، ولا يفهم من صياغة النص أنه إذا امتدت مدة التأخير لتدخل في الأسبوع الثاني تجمع نسبة الغرامة لتكون ٢,٥% وإلا نص المشرع على ذلك صراحة "[1].

١١٩- ثالثًا:- اعتماد المشرع المصري للأسبوع كوحدة زمنية تحسب على أساسها الغرامة في مقابل اليوم في فرنسا. فقد اتخذ المشرع المصري من الأسبوع وحدة زمنية تفرض على أساسها غرامة التأخير، وساوى في ذلك بين الأسبوع والجزء منه في حساب غرامة التأخير بحيث توقع الغرامة بنسبة (١%) عن كل أسبوع أو جزء منه. ويبدأ حساب الأسبوع الذي تحسب على أساسه الغرامة من اليوم التالي لليوم الذي كان يجب فيه الانتهاء من الأعمال المتفق عليها بحيث إذا أتم الأعمال في اليوم التالي فرضت عليه غرامة بواقع ١% على اعتبار أنه قد تأخر أسبوعا. وإذا أتمها في اليوم الثامن فرضت عليه غرامة بواقع ١% على اعتبار أنه تأخر أسبوعا آخر، فتصبح الغرامة المستحقة بعد جمعها ٢% ، وهكذا حتى تصل النسبة إلى الحد الأقصى للغرامة. وهو في عقود المقاولات (١٠%) من قيمة العقد سواء كانت الغرامة تحسب على أساس العملية كلها أم على أساس الجزء المتأخر منها فقط .

---

[1] الحكم فى الطعن رقم ١١٦٣ لسنة ٥٠ ق.ع، صادر بتاريخ ٢٠٠٨/٢/٢٦: وأنظر كذلك في نفس المعنى، الحكم رقم ١٣٦٤ لسنة ٣٦ ق.ع، صادر فى ١٩٩٣/٧/١٣، مجموعة الأربعين في العقود الإدارية، مرجع سابق ، ص ٥٠٤.

هذا ويلاحظ أن المشرع المصري في اتخاذه للأسبوع وحدة زمنية لفرض غرامة التأخير إنما يخالف في ذلك معظم الدول التي تأخذ بهذا النظام والتي تتخذ من اليوم وحدة زمنية لفرض الغرامة وتساوي بين اليوم والجزء منه، مثل فرنسا والمملكة العربية السعودية والمملكة الأردنية الهاشمية وإمارة الكويت [1] .

وفي مقام المفاضلة بين الأسبوع واليوم في مقام الوحدة الزمنية التي تفرض على أساسها غرامة التأخير نجد أن اليوم أفضل من الأسبوع. فاليوم كما يرى البعض [2]، أكثر تماشيا مع طبيعة الغرامة باعتبارها عقوبة، ومن ثم فلابد أن تطبق بشأنها القاعدة التي تقضى بوجوب تناسبها مع مدى جسامة المخالفة. فلا يتفق مع قواعد العدالة مساواة المقاول المتأخر في التنفيذ ثمانية أيام بالمقاول المتأخر أربعة عشر يوما. فضلا عن أن هذا الوضع لا يحقق مصلحة المرفق العام . فحين يجد المقاول أن اليوم يستوي مع الأسبوع فإنه سوف يرتب أموره ويقيس حساباته على أساس الأسبوع لأن الأمر يستوي من حيث نسبة الغرامة. في حين أن حساب الغرامة

---

[1] يلاحظ انه فى دولة الكويت تنص المادة ٤٧ / ١ من كراسة الشروط العامة الحقوقية لعقود المقاولات لسنة ١٩٧٠ على أنه " إذا قصر المقاول فى إنجاز الأشغال ضمن المدة المعنية فى المادة ٤٣ أو مدة التحديد فإنه يجب عليه أن يدفع لصاحب العمل المبلغ المبين فى الشروط كغرامة تأخير عن كل يوم أو جزء من يوم ينصرم من الوقت المبين فى المادة ٤٣ أو مدة التحديد وتاريخ إنجاز الأشغال .." . وفى الأردن تنص م ٥/ج من تعليمات عطاءات الأشغال الحكومية رقم ٧١ لسنة ١٩٧١ على تحديد قيمة الغرامة اليومية بنسبة (١%) من معدل الإنتاج اليومى" .

وفى المملكة العربية السعودية تنص المادة ٣٧ من اللائحة التنفيذية لهذا النظام الصادرة بقرار وزير المالية والاقتصاد الوطنى رقم ١٧/٢/٣١ بتاريخ ١٩٩٧/٥/٥ ميلادية على أنه " فى عقود الأشغال العامة إذا تأخر المقاول فى إتمام العمل وتسليمه كاملا فى المواعيد المحددة (...) يلتزم بغرامة عن المدة التى يتأخر فيها إكمال العمل بعد الميعاد المحدد للتسليم تحتسب على أساس متوسط التكلفة اليومية للمشروع وذلك بقسمة قيمة العقد على مدته وفقا لما يلى :

أ. غرامة على الجزء الأول من مدة التأخير بقدر ربع متوسط التكلفة اليومية عن كل يوم تأخير حتى تبلغ أكثر المدتين خمسة عشر يوما أو خمسة فى المائة من مدة العقد .

ب . غرامة عن الجزء الثانى من مدة التأخير بقدر نصف متوسط التكلفة اليومية عن كل يوم تأخير تال لأكثر المدتين المنصوص علىهما فى الفقرة ب .

ج. غرامة عن الجزء الثالث من مدة التأخير بقدر كامل متوسط التكلفة اليومية عن كل يوم تأخير تال لاكثر المدتين المنصوص علىها من الفقرة ، (ب)

مشار إليها جميعا فى رسالة الدكتور أيمن جمعه ، مرجع سابق ، ص ٢٢٢ - ٢٢٦

[2] د. أيمن جمعه ، المرجع السابق ،مرجع سابق، ص٢٢٦ .

بالأيام من شأنه أن يدفع المقاول المتأخر إلى سرعة الانتهاء من التنفيذ يوما قبل الآخر لتفادي تعاظم قيمة الغرامة .

١٢٠- رابعا :- الأصل حساب الغرامة في عقد الإشغال من قيمة الصفقة كلها. وفي ذلك يتفق تطبيق الغرامة في مصر مع تطبيقها في فرنسا. والحقيقة أن نص المادة ١-٢٠ من كراسة الشروط العامة في فرنسا يبدو أكثر وضوحا في تحديده للأساس الذي يتم حساب الغرامة بناء عليه. فتنص المادة ١-٢٠ من كراسة الشروط العامة لعقد الإشعال على أنه في حالة التأخير المنسوب للمتعاقد في تنفيذ الأعمال، سواء التأخير في تنفيذ كامل الصفقة أو مرحلة محددة لها مدة تنفيذ أو تاريخ محدد تنتهي فيه، توقع غرامة تأخير يومية بواقع (١/ ٣٠٠٠) من قيمة كامل الصفقة أو من المرحلة المعتبرة التي حدث بشأنها التأخير أو الإخلال بالمواصفات المتعاقد عليها مع جهة الإدارة. فالنص الفرنسي واضح في اعتبار أن الأصل هو حساب الغرامة على أساس إجمالي قيمة الصفقة. أما الاستثناء فهو حسابها من قيمة المرحلة المتأخرة. وهذا الاستثناء له شرط واحد وهو أن تكون لهذه المرحلة تاريخ محدد تنتهي فيه. أما في مصر، فنص المادة ٨٣ من اللائحة قد يوحي بأن حساب الغرامة على أساس الجزء المتأخر هو الأصل وأن حسابها على أساس إجمالي قيمة الصفقة هو الاستثناء. فقد نصت اللائحة التنفيذية على أن "وتحسب الغرامة من قيمة ختامي العملية جميعها إذا رأت الجهة الإدارية أن الجزء المتأخر يمنع الانتفاع بما تم من العمل بطريق مباشر أو غير مباشر على الوجه الأكمل في المواعيد المحددة".

ويفترض هذا الحكم عدة شروط : أولاً: الاتفاق بين الإدارة و المتعاقد معها على تجزئة الصفقة على مراحل. وثانيًا: أن يكون لكل مرحلة تاريخ محدد لإنهائها. وثالثًا: أن يكون إنهاء المرحلة محل النزاع قد تم على الوجه الأكمل وفقا لما تم الاتفاق عليه. رابعًا: تقدير جهة الإدارة أن الجزء المتأخر لا يمنع الانتفاع بما تم تنفيذيه على الوجه الأكمل في المواعيد المحددة. فإذا تخلف أي شرط من هذه الشروط عدنا للأصل. فتحسب الغرامة على أساس إجمالي قيمة الصفقة.

ومن ذلك يتضح أن " تحديد مدى أهمية الأعمال المتأخرة ومدى تأثيرها على الاستفادة من المشروع يدخل في نطاق السلطة التقديرية لجهة الإدارة بغير معقب عليها مادامت الجهة الإدارية تستهدف وجه الصالح العام [١]، فإذا ما ثارت

---

[١] حكم ٢٩٨ لسنة ٢٧ ق.ع، صادر فى ١٩٨٦/٣/٨، مجموعة الأربعين عاما في العقود الإدارية، مرجع سابق، ص ٥٥٩: حكم ٣٣٦٥ لسنة ٣٣ ق.ع، صادر فى ١٩٩٤/٥/١٧ ، نفس المرجع ، ص ٥٦٢. وبصدد الفتاوى، انظر الفتوى رقم ٤٢٦ فى ١٩٩٢/١/٥ ، نفس المرجع ، ص ٥٢٩.

منازعة أمام القضاء فإن عبء الإثبات يقع على عاتق المتعاقد المقصر فإذا لم ينجح في إثبات أن ما تم تنفيذه بمعرفته من أعمال كان يسمح للإدارة بالانتفاع به على الوجه الأكمل فإن الإدارة تستحق غرامة التأخير من قيمة ختامي العملية جميعها "[1].

١٢١- **خامسا:- وجود حدود قصوى لغرامة التأخير في مصر بخلاف الحال في فرنسا.** حدد القانون المصري الحد الأقصى لغرامة التأخير التي تستطيع الإدارة توقيعها إعمالا لنص المادة ٢٣ من القانون ٨٩ لسنة ١٩٩٨ وكذلك المادة ٢٣ من لائحته التنفيذية بـ (١٠%) من قيمة العقد. وبالتالي إذا كان العقد يتضمن تنفيذ عدة عمليات وتأخر المقاول في تنفيذ أحد هذه العمليات فقط فإن الغرامة تحسب عليه حتى تصل إلى حدها الأقصى وهو (١٠%) من قيمة العقد كله حتى ولو كانت هذه القيمة تجاوز قيمة العملية المتأخرة برمتها. وبالمقابل، فإن الإدارة لا تستطيع الزيادة على هذه النسبة فهي مقيدة بها. فإذا كانت قيمة الغرامة المتأخرة على المقاول تجاوز هذه الحدود فإن الإدارة لا تستطيع إلزامه بأكثر من هذه النسبة[2]، ما لم يتفق المتعاقدان على خلاف ذلك.

أما في فرنسا فتنص المادة ٤-٢٠ من كراسة الشروط العامة لعقد الأشغال على أن مبلغ الغرامات ليس له حد أقصى. ويمكن رد الاختلاف بين النظامين المصري والفرنسي إلى اختلاف طبيعة الغرامة في كل منهما. فغرامات التأخير في فرنسا هي في حقيقتها تعويضات اتفاقية. فجهة الإدارة لا تستطيع أن تطلب من القضاء تعويضات إضافية في حالة تجاوز قيمة الضرر مبلغ الغرامة[3]. في حين أن غرامات التأخير في مصر هي عقوبة عقدية إدارية لا ترتبط بالضرر. ومن ثم فإن توقيع الغرامة على المتعاقد المقصر لا يمنع جهة الإدارة من الرجوع عليه بكامل

---

[1] حكم ١٠٨٦ لسنة ٧ ق.ع، صادر ١٩٦٣/١١/٣٠، مجموع الأربعين عاما في العقود الإدارية، مرجع سابق، ص ٥٤٥.

[2] وقد قضت المحكمة الإدارية العليا " بأنه وفقا للبند ٢/١٤ من كراسة الشروط فإن الحد الأقصى لغرامة التأخير هو ٣% ورغم ذلك قامت الحراسة بخصم ١٠ % بالمخالفة لهذا البند... ومن ثم تستحق الجهة الإدارة غرامة تأخير بواقع ٣% من قيمة ختامى العملية وهو الحد الأقصى لغرامة التأخير وفقا لحكم م ٩٤ من لائحة المناقصات والمزايدات المشار إليها لائحة القانون ٩ لسنة ١٩٨٣ ". حكم رقم ١٠٧٢٠ سنة ٤٧ ق.ع، صادر في ٢٠٠٦/٥/٩، مجموعة القواعد القانونية التى قررتها المحكمة الإدارية العليا فى عام ٢٠٠٦-٢٠٠٧، الدائرة الثالثة، الجزء الأول، ص ٢٨٩.

[3] CE, 28 mars 1945, *Clauzier*, Rec. P. 69 : CE, 15 mai 1978, hôpital *rural de Breil-sur-Roya*, RDP, 1988, p1427

التعويضات وفقا لنص المادة ٢٣ من قانون المناقصات والمزايدات ٨٩ لسنة ١٩٩٨.

وعلى كل الأحوال فإن القضاء الفرنسي يتجه للتخفيف من غلو القاعدة السابقة بتطبيق المبادئ المستوحاة من نص المادة ١١٥٢ من القانون المدني الفرنسي[١].

١٢٢- **سادسا:- عدم استنزال أيام العطلات والإجازات.** في فرنسا، تنص المادة ٣-٢٠ من كراسة الشروط العامة لعقد الأشغال على أن " أيام السبت والآحاد وأيام الإجازات والتوقف عن العمل لا يتم اختصامها من حساب الغرامات[٢]. وفي مصر، لا تستنزل الإدارة في حسابها لغرامة التأخير أيام العطلات والإجازات من حساب قيمة الغرامة وذلك على اعتبار أن الغرامة مفروضة على فعل سلبي وهو الامتناع عن إنجاز الأعمال المتفق عليها في المواعيد المحددة. فقد قضت المحكمة الإدارية العليا في واقعة الامتناع عن استخدام مهندس بأن " هذه الغرامة مقررة عن فعل سلبي وهو الامتناع عن إنجاز الأعمال المتفق عليها في المواعيد " الأصلية أو الإضافية " والامتناع موقف إرادي مستمر غير متجزئ سواء في أيام العمل أو في أيام العطلات والأعياد الرسمية ولا يمكن القول بارتفاعه في هذه الأخيرة وبقائه في الأولى وحدها ولكن هذا الحكم يمكن الاتفاق على خلافه فيمكن الاتفاق على عدم سريان الغرامة أيام الأعياد والعطلات الرسمية ".

ولا يفوتنا أخيرًا أن نشير إلى أن كافة القواعد السابقة قواعد تكميلية يجوز الاتفاق على ما يخالفها كما سبق أن أوضحنا[٣]، وعندئذ يسرى الاتفاق لأن العقد شريعة المتعاقدين فيمكن للمتعاقدين الاتفاق على نسبة أخرى للغرامة غير النسبة المحددة قانونا أو الاتفاق على وحدة زمنية أخرى بخلاف الأسبوع كاليوم أو الشهر أو تحديد حد أقصى للغرامة بخلاف الحد الوارد في القانون .

---

[١] انظر في هذه النقطة ما سبق بيانه، فقرة رقم ٨٣.

[2] L'article 20.3 du CCAG Travaux dispose que "les samedis, les dimanches et les jours fériés ou chômés ne sont pas déduits pour le calcul des pénalités et des primes".

[٣] انظر ما سبق بيانه، فقرة رقم ١٠ وما بعدها.

الفرع الثاني

غرامات التأخير في عقد التوريد

١٢٣ – **تنظيم غرامة التأخير في عقود التوريد في مصر وفرنسا.** عقد التوريد يتمثل في " إتفاق بين شخص من أشخاص القانون العام وفرد أو شركة يتعهد بمقتضاه الفرد أو الشركة بتوريد منقولات معينة للشخص المعنوي العام لازمة لمرفق عام مقابل ثمن معين"[١].

وفيما يتعلق بغرامات التأخير في عقود التوريد فقد نصت م ٩٤ من اللائحة التنفيذية للقانون ٨٩ لسنة ١٩٩٨ على القواعد التفصيلية لحساب الغرامة بصدد عقد التوريد ، فنصت على أنه " إذا تأخر المورد في توريد كل الكمية المطلوبة أو جزء منها في الميعاد المحدد بالعقد – ويدخل في ذلك الأصناف المرفوضة – فيجوز للسلطة المختصة إذا اقتضت المصلحة العامة إعطاءه مهلة إضافية للتوريد على أن توقع عليه غرامة تأخير عن هذه المهلة بواقع (١%) عن كل أسبوع من قيمة الكمية التي يكون قد تأخر في توريدها وبحد أقصى (٣%) من قيمة الأصناف المذكورة .

وفي حالة عدم قيام المورد بالتوريد في الميعاد المحدد بالعقد أو خلال المهلة الإضافية فعلى الجهة الإدارية أن تتخذ أحد الإجراءين التاليين طبقا لما تقرره السلطة المختصة ووفقا لما تقتضيه مصلحة العمل، وذلك بعد إخطاره بكتاب موصى عليه بعلم الوصول على عنوانه المبين بالعقد :

(أ) شراء الأصناف التي لم يقم بتوريدها من غيره على حسابه بذات الشروط والمواصفات المعلن عنها والمتعاقد عليها بأحد الطرق المقررة بقانون تنظيم المناقصات والمزايدات والأحكام الواردة باللائحة .

(ب) إنهاء التعاقد فيما يختص بهذه الأصناف.

وفي هاتين الحالتين يصبح التأمين النهائي من حق الجهة الإدارية ويكون لها أن تخصم ما تستحقه من غرامات وقيمة كل خسارة تلحق بها – بما في ذلك

---

[١] حكم محكمة القضاء الإداري في القضية رقم ٦٢٥ لسنة ٤ ق، بتاريخ ١٩٥٢/١٢/٢، مجموعة المباديء القانونية التي قررتها محكمة القضاء الإداري ، السنة ٧، بند ٦١، ص ٧٦.
لمزيد من التفصيل فيما يتعلق بعقد التوريد، د. محمد فؤاد عبد الباسط، مرجع سابق، ص ٥٤٤ : د. ماجد الحلو، مرجع سابق، ص ٢٦٤: د. أنس قاسم جعفر، مرجع سابق، ص ٤٨.

فروق الأسعار والمصاريف الإدارية – وأية مبالغ مستحقه أو تستحق للمتعاقد لديها ..."

وفي فرنسا، تنص المادة ١-١-١٤ من كراسة الشروط العامة لعقد التوريد وتلقي الخدمات على أنه " غرامات التأخير يبدأ حسابها ، دون أن يكون هناك حاجة للإعذار، ابتداء من اليوم التالي لانتهاء اليوم أو المهلة المحددة في العقد لتنفيذ الأداءات، وذلك مع عدم الإخلال بالأحكام النصوص عليها في المواد : ٣-١٣، ٤-٢٠ (المواد المتعلقة بمد أجل التوريد إذا كان التأخير ناجم عن سبب لا دخل لإرادة المتعاقد مع الإدارة فيه)

تحسب هذه الغرامات وفقا للطريقة التالية : عدد أيام التأخير * قيمة الأداءات التي تأخر المتعاقد مع الإدارة في توريدها أو قيمة الصفقة إذا كان الجزء المتأخر يمنع من الانتفاع بما تم توريده /١٠٠٠" [1].

ويمكن إيجاز ملاحظتنا على النصوص المنظمة لتطبيق غرامات التأخير في مجال عقود التوريد فيما يلي :

---

[1] L'article 14.1.1. du CCAG FCS dispose que "Les pénalités pour retard commencent à courir, sans qu'il soit nécessaire de procéder à une mise en demeure, le lendemain du jour où le délai contractuel d'exécution des prestations est expiré, sous réserve des stipulations des articles 13.3 et 20.4.

Cette pénalité est calculée par application de la formule suivante :

P = V * R / 1 000 ;

dans laquelle :

• P = le montant de la pénalité ;

• V = la valeur des prestations sur laquelle est calculée la pénalité, cette valeur étant égale au montant en prix de base, hors variations de prix et hors du champ d'application de la TVA, de la partie des prestations en retard, ou de l'ensemble des prestations si le retard d'exécution d'une partie rend l'ensemble inutilisable ;

• R = le nombre de jours de retard".

١٢٤- أولاً:- أهمية عنصر الزمن في العقد التوريد وأثر ذلك على حساب غرامات التأخير. إن أول ما يلاحظ على المادة ٩٤ من لائحة قانون المناقصات والمزايدات رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨، أنها قد حددت الحد الأقصى للغرامة المستحقة في حاله التأخير بـ ٣% من قيمة الأصناف المتعاقد على توريدها والتي تأخر المورد فعلا في توريدها، بما يشير إلى أن الحد الأقصى للمهلة التي يمكن أن تمنحها جهة الإدارة للمتعاقد معها ثلاثة أسابيع فقط . وذلك لأن الغرامة توقع بنسبة ١% عن كل أسبوع أو جزء منه، وحدها الأقصى ٣% من قيمة الأصناف المذكورة، وهو ما يشير إلى أن الحد الأقصى للمهلة التي تمنحها جهة الإدارة للمتعاقد معها هي ٣ أسابيع تبدأ من اليوم التالي لليوم الذي كان من الواجب أن يتم فيه التوريد طبقا للاتفاق المبرم بين جهة الإدارة والمتعاقد معها.

وفي ذلك تختلف عقود التوريد عن عقود مقاولات الأعمال حيث أن المشرع جعل الحد الأقصى للغرامة في هذه الأخيرة ١٠% من قيمة العقد كله وليس فقط العملية التي تأخر المقاول في إتمامها ، في حين أن المشرع حدد الغرامة التي توقع على المورد بمقدار " ١% " عن كل أسبوع تأخير أو جزء منه وهو ما يشير إلى أن المدة الممنوحة في عقود المقاولات أطول من المدة الممنوحة في عقود التوريد. ولعل تلك المغايرة ترجع إلى الأهمية القصوى لعنصر المدة في عقد التوريد، فعقد التوريد يقوم على إشباع حاجات ضرورية للمرفق العام يهدد تخلفها أو التأخر فيها بتعطيل المرفق العام عن تقديم خدماته للجمهور كليا أو جزئيا .

فلنتصور أهمية عقود توريد الأدوية والمستلزمات الطبية بالنسبة للمستشفي العام، أو عقود توريد المواد الخام بالنسبة للمرافق العامة الصناعية، أو أهمية عقد توريد الأسلحة بالنسبة لمرفق الشرطة، ولذلك كان المشرع حريصا على جعل المدد الإضافية الممنوحة للمورد قصيرة نسبيا بالمقارنة بعقد الأشغال العامة.

ويلاحظ أن منح مهلة إضافية للمتعاقد المخل بالتزاماته هو أمر جوازى لجهة الإدارة تباشره وفقا لما تقتضيه المصلحة العامة وفقا لصريح نص م ٩٤ من اللائحة التنفيذية للقانون ٨٩ لسنة ٩٨، فقد عبرت اللائحة عن هذه السلطة التقديرية بـ "يجوز للسلطة المختصة إذا اقتضت المصلحة العامة إعطاءه مهلة إضافية للتوريد ". ومن ثم فقد تقرر جهة الإدارة أن الصالح العام المتمثل في مصلحة المرفق لا يحتمل التأخير بأي حال من الأحوال فتلجأ مباشرة إلى تنفيذ العقد على حساب المتعاقد المخل بشراء الأصناف المتعاقد على توريدها على حسابه، سواء

قامت بذلك بنفسها أو أوكلت ذلك لمورد آخر. فالأمر إذا خاضع للسلطة التقديرية الكاملة لجهة الإدارة باعتبارها القوامة على مصلحة المرفق العام .

وفي هذا الشأن قضت المحكمة الإدارية العليا بأنه " يتضح من نص م رقم ١٠٥ من لائحة المناقصات والمزايدات الصادر بها قرار وزير المالية رقم ٥٤٢ لسنة ١٩٥٧ أن الشراء على حساب المورد المتأخر إنما يكون بسبب تأخره في التوريد عن المدة المحددة بالعقد ، كما أن لجهة الإدارة في حالة التأخير في التوريد ، إذا رأت ألا ضرر في ذلك أن تمنح المورد المتأخر مهلة إضافية للتوريد مع توقيع غرامة التأخير المنصوص عليها في المادة ١٠٥ من اللائحة كذلك للإدارة أن تلجأ ابتداء إلى الطريقة الثانية وهى الشراء على حسابه إذا رأت أن صالح المرفق يقتضى هذا الإجراء. ومفاد ذلك أن منح الجهة الإدارية مهلة إضافية للمورد المتأخر مقصود به إعذار المورد وحثه واستنهاض همته للقيام بسرعة بتوريد ما تعهد به، والمفروض أن المهلة الإضافية لا تمنح إلا بعد انتهاء الميعاد المحدد بالعقد وأنها تمنح للمورد المتأخر، إذا ما أبقت عليه جهة الإدارة رغم تجاوزه المدة المحددة للقيام بالتنفيذ ليقوم بنفسه بتنفيذ العقد وتوريد الكميات المتعاقد عليها معه"[1].

وفي فرنسا، تؤكد كراسة الشروط العامة لعقد التوريد في المادة ١-٣٢[2]،على حق جهة الإدارة في فسخ العقد في حال عدم احترام المواعيد المحددة فيه. ومفاد ذلك أن جهة الإدارة ليست ملزمة بمنح المتعاقد معها مهلة جديدة للتوريد. فالمهلة الإضافية التي تمنحها جهة الإدارة ليست مهلة عقدية تم الاتفاق عليها بداية في العقد.

---

[1] حكم ٩٣٣ لسنة ٨ ق.ع صادر ١٩٦٤/٢/٨، مجموعة الأربعين عاما في العقود الإدارية، مرجع سابق ، ص ٧٣٧. ومن البديهى أنه إذا لجأت جهة الإدارة بمجرد تأخر المورد عن التوريد فى الميعاد المحدد إلى الشراء على حسابه فإنه لا حاجة عندئذ إلى منحه مهلة إضافية أو إعذاره .أنظر في هذا المعنى حكم ٩٣٣ لسنة ٨ ق.ع، صادر فى ١٩٦٤/٢/٨ نفس الحكم السابق ، مجموعة الأربعين ، مرجع سابق ص ٧٣٧ .

[2] L'article 32.1. du CCAG FCS dispose que " Le pouvoir adjudicateur peut résilier le marché pour faute du titulaire dans les cas suivants :
(...)
c) Le titulaire ne s'est pas acquitté de ses obligations dans les délais contractuels ;"

علاوة على ذلك فقد نصت المادة ١-٣٦ من كراسة الشروط العامة لعقد التوريد[1] على إمكانية تنفيذ العقد فيما يتعلق بالأداءات العقدية التي يتخلف المتعاقد مع الإدارة عن تنفيذها بواسطة متعاقد أخر على حسابه في حالتين الأولي إذا قدرت أن الأداءات التي تخلف عن تنفيذها لا تحتمل التأخير بطبيعتها أو في حالة فسخ التعاقد بناء على خطأه. ويشترط لإعمال هذه الإمكانية شرطان : الأول: أن تنص عليها بنود العقد، والثاني، أن تذكر جهة الإدارة صراحةً في قرار الفسخ اتجاه نيتها لإعمال هذه الإمكانية[2].

وفي مصر نجد أن المشرع قد أوجب على الجهة الإدارية ممثلة في السلطة المختصة في حالة انقضاء المهلة الإضافية الممنوحة للمتعاقد أن تتخذ أحد الإجرائين التاليين، وفقا لما تقتضيه مصلحة المرفق العام بعد إخطاره بخطاب موصى عليه بعلم الوصول. إما شراء الأصناف المتعاقد على توريدها على حساب المتعاقد معها والتي تأخر فعلا في توريدها بذات الشروط والمواصفات المعلن عنها. وإما فسخ العقد جزئيا بالنسبة للأصناف التي تخلف عن توريدها، مع مصادرة التأمين النهائي في الحالتين؛ بالإضافة إلى خصم ما تستحقه الجهة الإدارية من غرامات تأخير وخصم كل خسارة تلحق بها من أية مبالغ مستحقة أو تستحق للمتعاقد لديها أو لدى أية جهة إدارية أخرى في حالة عدم كفايتها .

إذ ليس من المعقول أن تترك الإدارة - وهى المسئول الأول عن المرفق العام - المرفق العام مهددا بخطر التوقف أو متوقفا فعلا سواء أكان التوقف كليًا أم جزئيًا، في حين تستمر في منح المهل الإضافية للمتعاقد معها، المهلة تلو الأخرى.

ومما سبق يتضح أهمية عنصر الزمن في عقود التوريد بصفة عامة، ولذلك فنحن نعاود التأكيد على تأيدنا لموقف التشريعات التي تأخذ باليوم أو الجزء منه

---

[1] l'article 36.1.du CCAG "FCS" dispoe que " A la condition que les documents particuliers du marché le prévoient et que la décision de résiliation le mentionne expressément, le pouvoir adjudicateur peut faire procéder par un tiers à l'exécution des prestations prévues par le marché, aux frais et risques du titulaire, soit en cas d'inexécution par ce dernier d'une prestation qui, par sa nature, ne peut souffrir aucun retard, soit en cas de résiliation du marché prononcée aux torts du titulaire"

[2] CE, SSR, 26 février 2014, n°365546, précité.

كوحدة زمنية تحسب على أساسها غرامة التأخير. وهو دعانا بصدد دراسة تطبيق الغرامة في عقد الإشغال، إلى تأييد النقد الذي وجه إلى المشرع المصري في اتخاذه للأسبوع وحدة زمنية تحسب على أساسها غرامة التأخير. وهذا النقد يصدق من باب أولى في عقود التوريد التي يلعب عنصر الزمن فيها دورًا غاية في الخطورة والأهمية [1].

١٢٥- ثانيا: حساب غرامة التأخير على أساس قيمة الأصناف التي تأخر في توريدها فقط. نصت المادة ٩٤ من اللائحة التنفيذية صراحةً على أن نسبة الغرامة تكون ١% عن كل أسبوع تأخير أو جزء من أسبوع من قيمة الكمية التي تأخر المورد في توريدها. فإذا كان التوريد يتم على دفعات ووفى المورد بالتزامه بالتسليم في الميعاد بالنسبة لبعض هذه الدفعات وتأخر في توريد البعض الآخر، فإن الغرامة هنا سوف تحسب على أساس الدفعات المتأخرة فقط وليس كل الصفقة. وفي هذه النقطة يختلف حساب الغرامة في عقد التوريد عن عقد الإشغال.

١٢٦- ثالثًا : - إدخال الأصناف التي سبق وأن سلمها المتعاقد لجهة الإدارة ابتدائيًا ثم رفضتها الجهة الإدارية لعدم مطابقتها في عداد حالات التأخير التي يجب توقيع الغرامة فيها. أدخلت المادة ٩٤ من لائحة قانون المناقصات والمزايدات ٨٩ لسنة ١٩٩٨، الأصناف التي سبق وأن سلمها المتعاقد لجهة الإدارة ابتدائيا [2] ثم رفضتها الجهة الإدارية لعدم مطابقتها للمواصفات المتفق عليها أو لعدم مطابقتها للعينة في عداد حالات التأخير التي يجب توقيع الغرامة فيها. فوفقا لنص المادة ٩٤ من اللائحة فإن المورد الذي ورد أصناف غير مطابقة للمواصفات المتفق

---

[1] أنظر ما سبق شرحه بصدد كيفية حساب غرامة التأخير فى عقود مقاولات الأعمال.

[2] حددت المادة ٩٠ من اللائحة التنفيذية للقانون ٨٩ لسنة ١٩٩٨ كيفية حصول التسليم الابتدائى بنصها على أن " يلتزم المورد بتوريد الأصناف المتعاقد علىها فى الميعاد أو المواعيد المحددة خالصة جميع المصروفات والرسوم مطابقة لأمر التوريد وللمواصفات أو العينات المعتمدة بتسليم أمين مخزن الاستقبال ما يتم توريده بالعدد أو الوزن أو المقاس بحضور المورد أو مندوبه، ويعطى عنه إيصالا مؤقتا مختوما بخاتم الجهة الإدارية موضحا به اليوم والساعة التى تم فيها التوريد ويقرر فيه حالة الأصناف من حيث سلامتها وذلك لحين إخطار المورد بميعاد إجتماع لجنة الفحص ليتمكن من حضور إجراءات الفحص والاستلام النهائى، ويجب أن يتم ذلك الإخطار فى خلال ثلاثة أيام عمل من تاريخ اليوم التالى لصدور الإيصال المؤقت وعلى أمين مخزن الاستقبال فور تسلمه الأصناف الموردة إخطار رئيس لجنة الفحص بذلك لاتخاذ اللازم ".

عليها يعامل نفس معاملة المورد الذي تأخر في التوريد منذ البداية [1] . وهو ما يقتضي توقيع غرامة تأخير عليه بذات النسب والحدود التي توقع على المورد الذي لم يورد الأصناف المتعاقد عليها بالكمية المطلوبة ابتداء. فغرامة التأخير تسري على المورد من التاريخ الذي كان يجب عليه فيه توريد الأصناف المتعاقد عليها مطابقة لأمر التوريد وللمواصفات أو العينات المعتمدة، لا من تاريخ رفض "لجنة الفحص " الأصناف الموردة ابتدائيا. وهو ما يعنى أن الغرامة سوف تسرى بأثر رجعي في الحالة التي يكون فيها قرار رفض الاستلام النهائي المؤسس على التوصية الصادرة من لجنة الفحص والاستلام بعد فوات الميعاد المتفق عليه أصلا للتوريد .

وفي فرنسا، فعلى الرغم من أن كراسة الشروط العامة لعقود التوريد وتلقي الخدمات لم تتحدث صراحة عن توقيع غرامة التأخير عن الأصناف المرفوضة من قبل لجنة الفحص و الاستلام، إلا أن هذا الحكم مستفاد من نص المادة ١-١- ١٤، والتي تنص على أن" توقع غرامات التأخير ابتداءً من اليوم التالي لانتهاء اليوم أو المهلة المحددة في العقد لتنفيذ الأداءات ". فالتاريخ المعتبر في حساب الغرامة هو التاريخ المحدد في العقد لتنفيذ الأداءات العقدية ودون نظر للمهلة الجديدة التي تمنحها الإدارة للمتعاقد معها. والاستثناء الوحيد الذي قررته كراسة الشروط العامة لعقد التوريد وتلقي الخدمات على القاعدة السابقة يتمثل في مد أجل التنفيذ نتيجة لسبب لا يد لإرادة المتعاقد مع الإدارة فيه، وهو التحفظ الذي تحسبت له المادة ١-١- ١٤ السابق عرضها[2].

ويتضح من العرض السابق مدي أهمية قرار لجنة الفحص والاستلام بالنسبة لحساب غرامات التأخير في عقود التوريد في مصر وفرنسا.

١٢٧- رابعا: منح التنظيم الفرنسي جهة الإدارة سلطة تقديرية واسعة في قبول أو رفض الأصناف الموردة. وقد حرصت كراسة الشروط العامة لعقد التوريد

---

[1] هذا وقد أفتت الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع بأن " التوريد غير المطابق للمواصفات يأخذ حكم عدم التوريد من حيث توقيع غرامة التأخير إذا لم يورد بديلها المطابق للمواصفات فى الميعاد المحدد للتوريد (...) ولا يغير من ذلك القول بأن الجهة الإدارية قد رفضت الأصناف المشار إليها بعد أن سبق وقبلتها عند التسليم بمخازن المركز، ذلك ان العبرة فى قبول الأشياء الموردة إنما يكون بالتسليم النهائى الذى يتم بعد الفحص والمعاينة بمعرفة اللجان المختصة وليس بالتسليم الابتدائى الذى يقصد به إثبات كمية وعدد الأصناف الموردة وتاريخ ورودها ". فتوى رقم ٦١٩ بتاريخ ١٩٩٠/٦/١٦، مجموعة المبادئ القانونية التى قررتها الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع فى إنشائها حتى ٢٠٠٥ ، مرجع سابق، ص ٧١٧ ، ٧١٨ .

[2] انظر ترجمة نص المادة، فقرة ١٢٣.

وتلقي الخدمات في فرنسا على تنظيم و تحديد إجراءات الفحص والاستلام وبيان سلطة جهة الإدارة في هذا المقام. والملاحظ في التنظيم الفرنسي الذي انطوت عليه كراسة الشروط العامة، إطلاقه لسلطة جهة الإدارة فيما يتعلق بقبول أو رفض الأصناف الموردة في حالة عدم مطبقتها من حيث الكمية أو المواصفات.

فمن حيث الكمية تنص المادة ١- ٢٤ على أنه " في أعقاب المعاينة الكمية، إذا كانت الكمية الموردة غير متطابقة مع ما تم الاتفاق عليه في العقد، فإن السلطة الإدارية المتعاقدة تستطيع أن تقبلها بحالتها أو أن تعذر المتعاقد بأن يقوم خلال مدة محددة إما بسحب الكميات السابق توريدها أو بتكملة هذه الكمية الموردة "[1].

أما فيما يتعلق بالمعاينة والفحص النوعي، فقد بينت المادة ٢-٢٤ أحكامها[2]. وقد حددت هذه المادة قرار جهة الإدارة بواحد من الأربع خيارات التالية : قبول الأصناف الموردة، تأجيل قبول الأصناف الموردة، تخفيض سعر الأصناف الموردة، رفض هذه الأصناف. أما عن قرار قبول الأصناف الموردة فقد نظمته المادة ١-٢٥ من كراسة الشروط العامة[3]، ويكون في حالة مطابقة ما تم توريده للمواصفات المتفق عليها. وقد اعتبرت كراسة الشروط أن مرور ١٥ يوم من تاريخ الاستلام الابتدائي دون صدور قرار من جهة الإدارة بمثابة قبول لهذه الأصناف. أما تأجيل قبول الأصناف الموردة فقد نظمته المادة ٢-٢٥[4]، ويكون في حالة الحاجة لاستدراك بعض أوجه النقص أو القصور. ويكون قرار تأجيل القبول بمقتضى قرار مسبب يتم إخطاره للمورد. ومضمون هذا القرار دعوة للمتعاقد مع الإدارة لاستدراك

---

[1] A l'issue des opérations de vérification quantitative, si la quantité fournie ou les prestations de services effectuées ne sont pas conformes aux stipulations du marché, le pouvoir adjudicateur peut décider de les accepter en l'état ou de mettre le titulaire en demeure, dans un délai qu'il prescrit :
- soit de reprendre l'excédent fourni ;
- soit de compléter la livraison ou d'achever la prestation".

[2] L'article 24-2 du CCAG FCS dispose que "A l'issue des opérations de vérification qualitative, le pouvoir adjudicateur prend une décision d'admission, d'ajournement, de réfaction ou de rejet dans les conditions prévues à l'article 25"

[3] Voir, l'article 25-1 du CCAG FCS

[4] Voir, l'article 25-2 du CCAG FCS

أوجه القصور في الأصناف الموردة خلال مهلة ١٥ يوم. أما عن قرار تخفيض سعر الأصناف الموردة الذي نظمته المادة ٣-٢٥[1]، فيكون في حالة ما إذا قدرت السلطة الإدارية المتعاقدة أن الأصناف الموردة على الرغم من عدم مطابقتها التامة للبنود المتفق عليها، يمكن أن تقبل بحالتها. في هذه الحالة فإن الإدارة المتعاقدة تستطيع تخفيض قيمة الصفقة للسعر المتناسب مع أهمية العيوب والنقص في المواصفات. ويتم إخطار المتعاقد مع الإدارة بالقرار بعد دعوته إلى إبداء ملاحظاته على هذا القرار. أما عن قرار رفض الأصناف الموردة، فقد نظمته المادة ٤-٢٥ [2]، ويكون في حالة تقدير الجهة المتعاقدة أن الأصناف لا يمكن أن تقبل كليا أو جزئيا بحالتها. فقرار الرفض يمكن أن يكون كليا أو جزئيا. وهذا القرار يجب أن يكون مسببا وأن تسبقه دعوة للمتعاقد مع الإدارة لإبداء ملاحظاته.

مما سبق يتضح أن كراسة الشروط العامة لعقد التوريد وتلقي الخدمات في فرنسا تمنح جهة الإدارة سلطة تقديرية واسعة في قبول أو رفض التوريدات غير المطابقة سواء في الكمية أو الصنف. فهي لم تلزمها بنسب معينة للقبول أو الرفض.

١٢٨- خامسا: تقييد التنظيم المصري لسلطة جهة الإدارة في قبول ورفض الأصناف الموردة. وفي مصر، يلتزم المورد وفقا للمادة ٩ من اللائحة التنفيذية للقانون " ٨٩ لسنة ١٩٩٨ " بتوريد الأصناف المتعاقد عليها في الميعاد أو المواعيد المحددة خالصة من جميع المصروفات، والرسوم ومطابقة لأمر التوريد وللمواصفات أو العينات المعتمدة، وبتسليم أمين مخزن الاستقبال ما يتم توريده بالعدد أو الوزن أو المقاس بحضور المورد أو مندوبه، ويعطى عنه إيصالا مؤقتا مختوم بخاتم الجهة الإدارية موضحا به اليوم والساعة التي تم فيها التوريد ويقرر فيه حالة الأصناف وسلامتها .

فإذا ورد المورد هذه الأصناف على النحو السالف فإن ذمته لا تبرأ بل تظل التزاماته معلقة على نتيجة الرأي الفني الصادر من لجنة الفحص[3] .

---

[1] Voir, l'article 25-3 du CCAG FCS

[2] Voir, l'article 25-4 du CCAG FCS

[3] بعد تمام التسليم الابتدائى على النحو المحدد فى م ٩٠ من اللائحة يأتى دور لجنة الفحص والاستلام وقد حددت م ٩٧ من اللائحة التنفيذية كيفية تشكيل اللجنة وإجتماعها فنصت م ٩٧ من اللائحة على أن " تصدر السلطة المختصة قرار بتشكيل لجنة الفحص برئاسة مدير المخازن أو مسئول القسم المختص على أن تضم عضوا فنيا أو أكثر وعضوا من الجهة المطلوبة لها الأصناف وأمين المخازن المختص.

وبصدد مدى الدقة التي يجب أن يكون عليها الفحص الذي تقوم به لجنة الفحص ومدى أهمية الرأي الفني الذي تبديه قضت المحكمة الإدارية العليا بأن " لائحة المناقصات تضمنت تنظيما كاملا لفحص الأصناف المشتراه طبقا لعقود التوريد من شأنه أن تتمكن الجهة الإدارية من التحقق من مطابقة المبيع لشروط العقد ومواصفاته والوفاء بالغرض المقصود منه، ولها على ضوء ما تجريه من تجارب وفحص أن تقرر إما قبول الصنف أو رفضه بناء على تقرير لجنة الفحص واعتماد المصلحة لقرارها ويكون القرار الصادر في هذا الشأن نهائيا أي يكون ملزما لطرفي العقد، وهذا التنظيم المتكامل الذي نصت عليه لائحة المناقصات أوجب على الجهة الإدارية أن تفحص الأصناف الموردة بعناية أشد من عناية الرجل العادي "[1] . والحقيقة أن هذا التشدد من جانب المحكمة في مدى أهمية الفحص التي تقوم به لجنة الفحص ومدى الدقة التي يتعين أن يكون عليها الرأي الفني الصادر من جانبها إنما يرجع إلى أن الاستلام النهائي إنما يعتمد في الحقيقة على هذا الرأي. وجهة الإدارة ملزمة بالرأي الفني الصادر عن هذه اللجنة في مسألة قبول أو رفض الاستلام النهائي ولم تجعل اللائحة للجهة الإدارية المختصة بالاستلام سلطة تقديرية في القبول أو الرفض إلا في أضيق الحدود .

وهذا القرار الفني للجنة الفحص لا يخلو وفقا للائحة التنفيذية للقانون ٨٩ لسنة ١٩٩٨ من أحد ثلاثة :

١. أن تكون نتيجة الفحص الذي تقوم به اللجنة في صالحه، وذلك في حاله المطابقة بين الأصناف الموردة والأصناف المتفق على توريدها من حيث الكمية والمواصفات. وفي هذه الحالة فإن السلطة المختصة تلتزم بإصدار قرارها بقبولها

ويجب أن تجتمع اللجنة خلال خمسة أيام على الأكثر من تاريخ اليوم التالى لوصول الأصناف على أنه بالنسبة للصفقات التى لا تزيد قيمتها على مائتي جنيها للصنف الواحد فى العقد الواحد فيجوز فحصها واستلامها بمعرفة مدير المخازن" .

[1] حكم ٢٨٢ لسنة ١٢ ق.ع، صادر فى ١٩٧١/٣/٢ ، مجموعة الأربعين في العقود الإدارية، مرجع سابق، ص ٧٢٢ ، ٧٤٣.

انظر فى التفرقة بين التسليم المؤقت والنهائى الفتوى رقم ٣٠٣ صادرة فى ١٩٦٠/٤/١٢ مجموعة الأربعين عاما في العقود الإدارية، ص ٧٤٤ – ٧٤٠.

وتبرأ ذمة المورد من تاريخ التسليم الابتدائي، أي من التاريخ الذي سلم فيه الأصناف المتفق على توريدها لأمين المخازن وفقا لنص م٩٠. وعندئذ، تتوقف مسألة توقيع الغرامة عليه على تاريخ التسليم الابتدائي . فإذا كان هذا التاريخ سابقا للتاريخ الواجب التوريد فيه أصلا أو في ذات التاريخ فلا محل لتوقيع غرامة تأخير عليه، لأنه لم يتأخر في الوفاء بالتزاماته. أما إذا كان هذا التاريخ- تاريخ التسليم الابتدائي- تالي للتاريخ المتفق على التوريد فيه توقع عليه غرامة يبدأ حسابها من اليوم التالي للتاريخ الذي كان يجب أن يتم فيه التوريد إلى التاريخ الذي تم فيه التسليم الابتدائي فعلا .

ومتى قررت لجنة الفحص قبول الأصناف الموردة وتم اعتماد هذا القرار من قبل رئيس المصلحة أو مدير السلاح، فإن الاستلام النهائي يعد قد تم " ويتحرر المورد من كافة الالتزامات التي كانت ملقاة على عاتقه، كما يتعين على الإدارة رد التأمين المدفوع من المورد أو خطاب الضمان المقدم منه"[1].

ولا يجوز في هذه الحالة لجهة الإدارة أن تسأله عن العجز أو العيوب التي تظهر بعد الاستلام النهائي، إلا إذا أثبتت الإدارة أن هذه العيوب نشأت قبل الاستلام النهائي وأن عدم اكتشافها وقت الاستلام النهائي يرجع إلى غش من جانب المورد[2] . فإذا ثبت استعمال المتعاقد مع الإدارة للغش أو التلاعب لإخفاء العيوب التي تشوب الأصناف الموردة ، فإن الجزاء عندئذ لن يكون رفض الأصناف وتوريد بدلا عنها مع توقيع غرامة التأخير عليه أو حتى التنفيذ على حسابه أو فسخ العقد مع مصادرة التأمين النهائي في حدود نسبة ١٠% حسبما يتراءى لجهة الإدارة ، بل سوف يكون

---

[1] وتنص المادة ٩٢ من اللائحة التنفيذية للقانون ٨٩ لسنة ١٩٩٨ على أنه " إذا رفضت لجنة الفحص صنفا أو أكثر من الأصناف الموردة أو وجد فيها نقص أو مخالفة للمواصفات أو العينات المعتمدة يخطر المورد بذلك كتابة بالبريد الموصى عليه بأسباب الرفض وبوجوب سحب الأصناف المرفوضة وتوريد بدلا عنها ، ويجب أن يتم ذلك الاخطار فور صدور قرار اللجنة فى ذات اليوم أو فى اليوم التالى على الأكثر ويلتزم المورد بسحب الأصناف المرفوضة خلال سبعة أيام على الأكثر من تاريخ اليوم التالى لإخطاره ، فإذا تأخر في سحبها يكون للجهة الإدارية الحق فى تحصيل مصروفات تخزين بواقع (٢%) من قيمة الأصناف عن كل أسبوع تأخير أو جزء منه لمدة أقصاها أربعة أسابيع وبعد انتهاء هذه المدة تتخذ إجراءات بيعها لحساب المورد وتخصم من الثمن ما يكون مستحقا لها ويكون البيع وفقا لاحكام هذه اللائحة ".

[2] حكم رقم ٦٠٦ لسنة ٤٦ ق.ع ، صادر١٨/٤/٢٠٠٠، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا لسنة ٤٥ ق.ع ، مرجع سابق، ص٧٢٩ .

فسخ العقد وجوبا مع مصادرة التأمين بالإضافة إلي شطب اسم المتعهد من بين المتعهدين وعدم السماح له بالدخول في مناقصات حكومية مستقبلا[1].

٢. أن تكون نتيجة الفحص الفني بمخالفة الأصناف الموردة للأصناف المتعاقد عليها فعلا بنسبه تزيد عن ٢٠% نقصا في الكم أو مخالفةً في المواصفات. عندئذ، فإن المتعاقد لا يعد موفيا بالتزاماته بتوريد الأصناف المتفق على توريدها في الميعاد أو المواعيد المحددة. ويتعين عليه وفقا للمادة ٩٢ من اللائحة سحب الأصناف المرفوضة وتوريد بدلا عنها بعد إخطاره كتابة بالبريد الموصى عليه بأسباب الرفض وبوجوب سحب الأصناف المرفوضة وتوريد بدلا عنها[2]. وفي هذه الحالة توقع عليه غرامة تأخير بالنسبة المحددة في المادة ٩٤ من اللائحة من اليوم التالي لليوم الذي كان يجب فيه تسليم الأصناف المتفق على توريدها وفقا للمواصفات المتفق عليها. فهو إذا يعامل نفس معاملة المورد المتخلف من البداية عن التوريد .

وتظهر أهمية هذا الحكم بالذات في الحالة التي يكون فيها التوريد غير المطابق للمواصفات في ميعاد معاصر للميعاد المتفق عليه للتوريد أصلا. إذ أن المورد يتحمل الوقت - ويدخل بالتالي في حساب غرامة التأخير- الذي تستغرقه لجنة الفحص للاجتماع وهو خمسة أيام على الأكثر من تاريخ اليوم التالي لوصول الأصناف وفقا لنص المادة ٩٧ من اللائحة ، والوقت الذي تستغرقه اللجنة لفحص الأصناف فعلا وإصدار التوصية بالقبول أو الرفض وفقا للمادة ٩٩ من اللائحة [3]،

---

[1] انظر حكم ٥٧٠ لسنة ٣٦ ق.ع صادر في ٢٠٠٠/١/١١ ، مجموعة القواعد القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا، السنة ٤٥ ق.ع ،ص ٣٥٧ وما بعدها.

[2] تنص م ٩٩ من اللائحة على أن " تقوم لجنة الفحص بفحص نسب مئوية مختلفة تحدد بمعرفتها وتحت مسئوليتها حسب أهمية الصنف وبحيث تكون العينة مماثلة له وتعتبر اللجنة مسئولة عن مطابقته من جميع الوجوه للمواصفات وللعينة المختومة ، ويحرر محضر الفحص"نموذج ١٢ مخازن حكومة" من أصل وصورتين تبين فيه النسب المئوية لمقادير الفحص التى فحصتها وأسماء ومواصفات ومقادير الأصناف وأسباب التوصية بالقبول أو الرفض ثم يقدم المحضر إلى السلطة المختصة للتصرف، وفى حالة اعتماد قبول الصنف يرسل أصل محضر الفحص وفاتورة التوريد وصورة أمر التوريد مع إذن الإضافة (نموذج ١ مخازن حكومة) إلى الحسابات وتحفظ

بالإضافة إلى الوقت الذي تستغرقه الجهة الإدارية المختصة لإصدار قرارها برفض الأصناف التي لا تطابق العينات في الحدود السابق بيانها وفقا للمادة ١٠٢، بجانب كل ذلك الوقت الذى تستغرقه السلطة المختصة للفصل في الخلافات التى تنشأ بين الموردين ولجان الفحص وبين أعضاء لجنة الفحص أنفسهم [١] . ولذلك نجد أن اللائحة كانت صريحة في وجوب إخطار المورد فور رفض اللجنة صنافًا أو أكثر من الأصناف الموردة لمخالفتها للمواصفات أو للعينات المعتمدة وكذلك الحال في حالة وجود نقص في الكمية، في ذات يوم صدور قرار اللجنة أو في اليوم التالي على الأكثر طبقا لنص المادة ٩٢ حتى يتدارك خطأه ولا يضيع عليه الوقت لأن هذا الوقت داخل في حساب الغرامة .

وفي الحقيقة فإن تحمل المورد المخل بالوقت السابق يبدو أمرا مبررا وغير مناقض لاعتبارات العدالة. إذ أن الأضرار التي تعود عليه من جراء رفض الجهة الإدارية الاستلام النهائي هي في الحقيقة نتاج خطأه العقدي وعدم التزامه الجادة في تنفيذ التزاماته مع الجهة الإدارية .هذا، وإذا وجد هذا المتعاقد لنفسه عذرا أو مبررا فإنه يمكن أن يدخل في طائفة الإعفاء الجوازى إذا قدرت الجهة الإدارية عذره ولم يكن هناك ضرر قد أصاب المرفق العام جراء إخلاله ، وذلك بعد أخذ رأى إدارة الفتوى المختصة بمجلس الدولة في الحالتين .

٣.أن تكون نتيجة الفحص الفني بمخالفة الأصناف الموردة للأصناف المتعاقد عليها فعلا بنسبه لا تزيد عن ٢٠% كما هو مطلوب بالمواصفات المتعاقد على أساسها. في هذه الحالة فإن القرار بقبول استلام هذه الأصناف نهائيا أو رفضها وبالتالي توقيع غرامة على المتعاقد، يتوقف على الجهة الإدارية المتعاقدة، حيث أن اللائحة التنفيذية للقانون ٨٩ لسنة ١٩٩٨ قد أعطت الجهة الإدارية المختصة في هذه الحالة فقط سلطة تقديرية في القبول أو الرفض .

صورة من محضر الفحص مع صورة الفاتورة فى ملف خاص بإدارة المخازن وترسل الصورة الثانية مع صورة إذن الإضافة إلى وحدة رقابة المخازن " .

[١] تنص المادة رقم ١٠٠ من اللائحة على أن " تفصل السلطة المختصة فى الخلافات التى تنشأ بين الموردين ولجان الفحص أو بين أعضاء لجنة الفحص أنفسهم ، ولها أن تسترشد فى ذلك برأى لجنة فحص أخرى أو الرجوع إلى الجهة التابع لها المندوب الفنى " .

ولكن اللائحة قد تحفظت في هذا الشأن فاشترطت عدة شروط قيدت بها من السلطة التقديرية للجهة الإدارية المختصة، وهذه هي الحالة الوحيدة التي يكون فيها للجهة الإدارية سلطة تقديرية وفقا لنص المادة ١٠٢ من اللائحة[١] .

وهذه الشروط هي :

١. أن تكون الحاجة ماسة لقبول الصنف أو الأصناف رغم ما بها من نقص أو مخالفة، وهذا الشرط يعبر عن الحكمة التي من أجلها قرر المشرع الحكم السابق في اللائحة، إذ أنه وبالرغم من أن المتعاقد مع جهة الإدارة قد ثبت في حقه الإخلال، بتوريده أصنافا مخالفة للمواصفات المتفق عليها إلا أن الضرورة قد تملى على جهة الإدارة قبول هذه الأصناف نظرا لحاجة المرفق العام الماسة إليها. وهذه الحاجة الماسة قد لا تحتمل الانتظار لمنح

---

[١] تنص المادة ١٠٢ من اللائحة التنفيذية على أنه " يجب على الجهات التى تقوم بفحص الأصناف أن تبين فى تقارير الفحص ما أسفر عنه عملها مقارنة بما هو مدون بالشروط والمواصفات المتعاقد على أساسها ، وتلتزم الجهة الإدارية بالأخذ دائما بهذه النتائج ورفض الأصناف التى لا تطابق المواصفات والعينات المتعاقد على أساسها " .
غلي أنه يجوز قبول الأصناف غير المطابقة إذا كانت نسبة النقص أو المخالفة لا تزيد على (٢٠%) كما هو مطلوب بالمواصفات المتعاقد على أساسها بشرط أن تكون الحاجة ماسة لقبول الصنف أو الأصناف رغم ما بها من نقص أو مخالفة ، وأن يكون السعر بعد الخفض مناسبا لمثيله فى الاسواق .
يجب أن تقرر لجنة الفحص صلاحية الأصناف للأغراض المطلوبة من أجلها ، وأنه لا يترتب على قبولها ضرر بالجهة كما تحدد اللجنة مقدار الخفض فى الثمن المقابل للنقص أو المخالفة .
ويجوز للجنة الفحص الاستعانة بفني أو أكثر من الجهات الفنية المختصة إذا رأت ضرورة لذلك ويراعى الآتى:
١. الأصناف التى تكون نسبة النقص فى مواصفاتها لغاية (٣%) يكون قبولها بخصم مقدار الخفض فى الثمن الذى قررتة اللجنة.
٢. الأصناف التى تكون نسبة النقص فى مواصفاتها أكثر من (٣%) لغاية (١٠%) يكون قبولها بخصم مقدار الخفض فى الثمن الذى قدرته اللجنة مضافا إليه غرامة مقدارها (٥٠%) من هذا المقدار .
٣. الأصناف التى تكون نسبة لنقص فى مواصفاتها أكثر من (١٠%) لغاية (٢٠%) يكون قبولها بخصم مقدار الخفض فى الثمن الذى قدرته اللجنة مضافا إليه غرامة مقدارها (١٠٠%) من هذا المقدار .

المتعاقد مع الإدارة مهلة أخرى للتوريد أو الشراء على حسابه، خاصة وأن المخالفة في المواصفات غير فادحة وقد يكون في الإمكان التجاوز عنها وقبولها لتسيير المرفق العام.

٢. يجب أن تقرر لجنة الفحص صلاحية الأصناف للأغراض المطلوبة من أجلها وألا يترتب على قبولها ضرر بالجهة الإدارية، وهذا الشرط منطقي والحكمة من وراءه واضحة فليس من المعقول أن تقرر الجهة الإدارية قبول هذه الأصناف مع أنها غير صالحة للمرفق العام ولا يمكن الاستفادة منها في تسييره .

٣. أن يكون سعر الأصناف الموردة بعد إجراء الخفض مناسبا لمثيلتها في الأسواق، فليس من المعقول أن يستفيد المخل من إخلاله ويتربح من وراء ذلك، لذلك كانت اللائحة صريحة في وجوب إجراء خفض تحدد لجنة الفحص مقداره مقابلا للنقص أو المخالفة في المواصفات المتفق عليها مسترشدة في ذلك بالقيمة السوقية لمثيل الأصناف الموردة فعلا. ويلاحظ، أن اللائحة قد حددت غرامة توقع كعقوبة على المورد المخل وجوبا متى زادت نسبة النقض والمخالفة عن ٣% [١] .

٤. قبول المورد كتابة هذا الخصم فإذا قبل المتعاقد مع الإدارة الخصم الذي أجرته الجهة الإدارية أنعقد اتفاقا جديدا بين الجهة الإدارية والمتعاقد معها تعدل بموجبه الاتفاق الأول بينهما في خصوص هذه العملية فقط وبصدد موصفات الأصناف المتعاقد على توريدها، فإذا رفض قبول هذا الخصم طبقت بصدده اللائحة أي طبقت المواد ٩٢ و ٩٤ فيلتزم بسحب الأصناف وتوريد بدلا منها، بالإضافة إلى الغرامة التأخيرية. وقد قضت المحكمة الإدارية العليا بأن " شرط تطبيق نص المادة ١٣٧ من لائحة المناقصات والمزايدات على ما جرى به صريح حكمها أن يوافق المورد كتابة على

[١] أنظر فى تحديد مقدار هذه الغرامة المادة ١٠٢ من اللائحة ، والتى سبق عرضها في الهامش .

تخفيض قيمة هذه الأصناف الموردة بنسبة ما قدره الفنيون المختصون لها مضافا إليها غرامة معادلة وبمراعاة قيمة هذه الأصناف السوقية ، فإذا لم يوافق المورد على ذلك كتابة فلا يكون أمامها ثمة مندوحة من رفض الأصناف الموردة على خلاف المواصفات المتفق عليها ، ومطالبة المورد بسحبها والشراء على حسابه من غيره أو إنهاء التعاقد بالنسب لهذه الأصناف ومصادرة التأمين بما يوازى ١٠% من قيمتها ودون إخلال بحق الجهة الإدارية في المطالبة بالتعويض "[١].

٥. أخذ موافقة لجنة البت والسلطة المختصة على قبول هذه الأصناف برغم ثبوت مخالفتها للمواصفات المتفق عليها، وذلك بهدف تحقيق نوع من الرقابة الذاتية على قرار الجهة الإدارية المختصة.

فإذا ما توافرت الشروط السابقة وقبلت الجهة الإدارية هذا التوريد بعد قبول المتعاقد معها للخصم الذي أجرته كتابة برئت ذمة المورد وعد موفيا لالتزاماته. فقبول هذا المتعاقد الخصم يعد بمثابة القبول لإيجاب صادر عن الجهة الإدارية يتعدل بموجبه العقد، وبالتالي فلا محل لتوقيع غرامة التأخير عليه لأنه يعد قد أوفى بالتزاماته من تاريخ التسليم الابتدائي. والفرض أنه تم في الميعاد المحدد مطابقا للمواصفات المتفق عليها لأن هذه المواصفات تعدلت بناء على الاتفاق الجديد.

أما إذا رفضت الجهة الإدارية الاستلام النهائي وذلك لعدم توافر أي شرط من الشروط التي حددتها اللائحة والتي سبق عرضها، أو حتى رفضت هذا الاستلام رغم توافر هذه الشروط وذلك لأن الأمر في النهاية جوازى وخاضع للسلطة التقديرية الكاملة لجهة الإدارة [٢]، فإن التسليم لا يعد قد تم. وبالتالي فيتعين على

---

[١] حكم ٧٦٣ لسنة ١٢ ق.ع، ، صادر فى ١٩٦٩/١١/٢٥، مجموعة الأربعين عاما في العقود الإدارية، مرجع سابق ، ص ٧٥٩

[٢] قد قضت المحكمة الإدارية العليا بأنه " ليس فى نصوص العقد ما يفرض على جهة الإدارة أن تقبل التوريد غير المطابق بسعر مخفض على نحو ما عرضه عليها المدعى مسلما بذلك ضمنا وبمتابعة توريد كمية جديدة بدلا من أخرى مرفوضة بما أسفر عنه التحليل من مخالفة الأقراص الموردة للمواصفات المتفق عليها ، إذ لا إلزام على الإدارة فى شئ من ذلك لأن هذا من إطلاقتها التى تخضع لتقديرها إذا ما تعذر الحصول على الأصناف الموردة على خلاف العينة ، وبشرط أن

المتعاقد مع الإدارة وفقا للمادة ٩٢ أن يسحب هذه الأصناف غير المطابقة وأن يقوم بتوريد الأصناف المتفق عليها بدلا عنها مطابقة للاتفاق القائم بينهما .

وفي هذه الحالة فإن السلطة الإدارية توقع عليه غرامة تأخير وفقا للمادة ٩٤ من اللائحة التنفيذية للقانون ٨٩ لسنة ١٩٩٨ على اعتبار أنه قد ورد أصنافا مرفوضة. و تستطيع الجهة الإدارية المتعاقدة إعفائه من توقيع غرامة التأخير عليه إذا ما توافرت شروط الإعفاء الجوازى خاصة وأن نسبة المخالفة في المواصفات غير فادحة، وذلك بطبيعة الحال إذا وجدت الأعذار والمبررات التي تبرر هذا الإعفاء.

ومن كل ما تقدم يتضح أن اللائحة التنفيذية للقانون قد ميزت وبوضوح بين نوعين من الاستلام : المؤقت النهائي. ويتضح كذلك أن المعول عليه في تحديد مدى وفاء المتعاقد مع الإدارة بالتزاماته في الميعاد المحدد وهو ما يتوقف عليه حساب غرامة التأخير هو الاستلام النهائي وليس المؤقت .

وإذا كانت اللائحة قد فرقت بين الاستلام المؤقت والنهائي على النحو المتقدم ذكره إلا أنه قد يندمج أحدهما في الآخر في بعض الأحيان وذلك متى قبلت جهة الإدارة الأصناف الموردة مرة واحدة وبصفة نهائية، وقد خلت اللائحة من نصوص ملزمة بإتمام التسليم على مرحلتين، ولهذا فقد يتم على مرحلة واحدة وبصفة نهائية وفي هذه الحالة ينقضي عقد التوريد وتنتهي مسئولية المورد عن الأصناف الموردة بتحقق التسليم الذي اتفق عليه [1].

فعندما يكون عقد التوريد محله بضائع أو سلع ترد من الخارج، فعندئذ فإن العقد يحدد مكان التسليم وطريقة، والأمر عندئذ لا يخلو من أحد الفروض التالية :

١.أن يتم الاتفاق على أن يكون التسليم في ميناء الشحن " F.O.B"، وفي هذه الحالة يكون التسليم نهائيا في ميناء الشحن. وينقضي عقد التوريد ويعد المورد قد

تقرر لجنة الفحص صلاحية الأصناف الموردة على خلاف العينة للاغراض المطلوبة من أجلها وألا يترتب على قبولها ضررا ما للمصلحة "

حكم ٨٣٨ لسنة ٧ ق.ع صادر من ١٩٦٣/٦/١ ، مجموعة القواعد القانونية التى قررتها المحكمة الإدارية العليا والجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع حتى عام ١٩٩٥ ، ص ٧٥٤ ، مرجع سابق .

[1] فتوى ٣٠٣ صادرة فى ١٩٦٠/٤/١٢ ، مجموعة الأربعين في العقود الإدارية، مرجع سابق ، ص٧٤٥.

أوفي بالتزاماته - متى تمت في موعدها المتفق عليه. وبالتالي فلا محل لتوقيع غرامة عليه بمجرد وضع البضاعة على السفينة وتسليم المستندات الناقلة للملكية. وعندئذ، ينقضي عقد التوريد وتنتهي مسئولية المورد في ميناء الشحن.

ويكون الميعاد المعول عليه في تحقق التوريد في الميعاد هو تاريخ شحن البضاعة وتسليم مستنداتها للجهة الإدارية. فإذا كان سابق أو مطابق للميعاد المتفق عليه فلا محل لتوقيع غرامة تأخير عليه. أما إذا كان تالي لهذا التاريخ فتوقع الغرامة من اليوم التالي للميعاد المحدد أصلا للتوريد إلى يوم وصول البضاعة لميناء الشحن وشحنها.

٢.أن يتم الاتفاق على أن يكون التسليم في ميناء الوصول " C.&F C.I.F "، وفي هذه الحالة فإن مسئولية المورد لا تنتهي ولا يعد بالتالي قد وفي بالتزاماته إلا بوصول البضاعة إلى ميناء الوصول واستلامها بمعرفة الجهة الإدارية المختصة . ولا يتغير الحكم السابق حتى ولو كان قد سلم مستندات الشحن الناقلة للملكية إلى الوزارة أو المصلحة المتعاقدة في ميناء الشحن. ومن ثم فإنه يظل ضامنا كافة الأخطار والعيوب التي قد تصيب البضاعة حتى يتم تسليمها في ميناء الوصول. وبالتالي فإن التاريخ المعول عليه لتحديد مدى وفائه بالتزاماته في موعدها وبالتالي إمكانية توقيع غرامة التأخير عليه من عدمه هو تاريخ استلام البضاعة في ميناء الوصول. فإذا كان هذا التاريخ مطابق أو سابق للتاريخ المتفق عليه للتوريد فهو يعد موفيا بالتزاماته في موعدها ولا محل لتوقيع الغرامة عليه. أما إذا كان هذا التاريخ تالي للميعاد المحدد للتوريد توقع عليه غرامة التأخير ابتداء من اليوم التالي للميعاد المحدد للتوريد إلى يوم وصول البضاعة لميناء الوصول .

٣.أن يتم الاتفاق على أن يكون تسليم هذه البضائع الواردة من الخارج أو السلع في مخازن الوزارة أو المصلحة. عندئذ، فإن مسئوليته لا تنتهي إلا بوصول البضاعة إلى هذه المخازن وفحصها نهائيا على النحو الذي شرحنا .

وحاصل ما تقدم أن مسئولية المورد وما يترتب عليها من أثار إنما ترتبط بالتسليم النهائي الذي قد يتم في ميناء الشحن أو ميناء الوصول أو من مخازن الوزارة حسبما اتفق عليه في العقد المبرم بين الجهة والمورد [1] .

ويبقى أخيرًا أن نذكر بأن الإدارة لا تستنزل من حساب الغرامة أيام العطلات الرسمية وبأن سائر القواعد التي عرضنا لها سالفا والمتعلقة بكيفية حساب غرامة التأخير هي قواعد تكميلية يجوز للمتعاقدين الاتفاق على خلافها .

خلاصة المبحث الثاني

يحرص النظام القانوني المصري مثل نظيره الفرنسي على توفير أكبر قدر من الفاعلية لغرامات التأخير حتى تؤدي دورها في حماية مبدأ دوام سير المرافق العامة بانتظام واطراد. فالعقود الإدارية تعمل على إشباع حاجات المرافق العامة، وبالتالي فإن التأخر في تنفيذها له عظيم الأثر على حسن سير المرافق العامة. ومن هنا كان الاعتراف لجهة الإدارة في مصر وفرنسا بسلطة توقيع هذه الغرامة بإرادتها المنفردة.

أما الاعتراف للإدارة بالحق في إعفاء المتعاقد معها من هذه الغرامات فيبدو ضرورة أملتها طبيعة الغرامة باعتبارها جزاء المقصود منها حث المتعاقد على إنجاز التزاماته العقدية في موعدها. وهو ما يقتضي إعفاءه في الحالات التي يكون فيها التأخير ناجم عن سبب لا دخل لإرادته فيه.

أما الإعفاء الجوازي فيعمل على تحقيق اعتبارات المرونة في تنفيذ العقد الإداري من خلال النظر إليه بعين الاعتبار للحالات التي يتوافر فيها للمتعاقد عذر، وهو ما يمكن أن يحقق نوع من "التفريد الإداري" بالنظر لطبيعة الغرامة في مصر باعتبارها عقوبة عقدية إدارية.

---

[1] فتوى ٣٠٣ صادرة من ١٩٦٠/٤/١٢، مجموعة الأربعين عاما في العقود الإدارية، مرجع سابق ، ص ٤٧٤ – ٧٤٩ ، وهى مذكورة كاملا فى مجموعة المبادئ القانونية التى قررتها الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع حتى عام ٢٠٠٥ ، مرجع سابق ، ص ١١٤٧ – ١١٥٣.

ودراسة الأحكام التفصيلية التي تحكم تطبيق غرامات التأخير في الأنواع المختلفة من العقود الإدارية، لاسيما عقدي الأشغال العامة والتوريد تظهر مدى حرص كل من النظامين: المصري والفرنسي، على توفير أكبر قدر من الفاعلية لغرامات التأخير .

الخلاصة ونتائج البحث

إن تحليل الأحكام التي تحكم المسئولية التي توقع غرامات التأخير كنتيجة لها بالنظر إلى المبادئ العامة الحاكمة للمسئولية العقدية في مصر، ينتهي بنا إلى الإقرار باعتبار غرامات التأخير التي ينص عليها في العقود الإدارية في مصر هي في حقيقتها عقوبات عقدية ذات طبيعة إدارية. فغرامات التأخير توقع في مصر بناء علي تحقق ركن وحيد وهو الإخلال بالتزام عقدي. وهذا الإخلال يتحقق بتأخر المتعاقد مع الإدارة في تنفيذ أداءاته العقدية في مواعيدها. وغرامات الإخلال بهذه المثابة لا يشترط لتوقيعها تحقق ثمة ضرر. فالحقيقة أن الضرر ليس مفترضا في هذا النوع من المسئولية، وإنما هو ليس بشرط لتحققها. ومتى انتفي الضرر فلا محل للحديث عن رابطة السببية التي تتبدى أهميتها في الربط بين ركني الضرر والخطأ.

والطبيعة القانونية لغرامات التأخير في مصر تبدو على التحديد السابق، مختلفة عن مثيلتها في فرنسا. فالنظام القانوني الفرنسي يجيز للمتعاقد –بناء علي الاتفاق في العقد – اقتضاء تعويضات من المتعاقد الآخر لإخلاله بالتزاماته وذلك بناء على افتراض الضرر افتراضا لا يقبل إثبات العكس. فالتعويضات الجزافية في حالة الشرط الجزائي في القانون الخاص في فرنسا لا ترتهن بالضرر، وإنما تستحق بمجرد تحقق الإخلال سواء تحقق ضرر أم لم يتحقق. ومن ثم فغرامة التأخير التي ينص عليها في عقود القانون العام في فرنسا تجد لها ما يناظرها في عقود القانون الخاص، مع اختلاف طفيف في التفاصيل.

وأما عن مصدر سلطة الإدارة في توقيع غرامات التأخير في مصر فهو ليس العقد أو الاتفاق كما هو الحال في فرنسا، وإنما قواعد القانون العام الذي تحكم العقود. فكما أوضحنا فغرامات التأخير أصبحت من مفترضات التعاقد سواء نص العقد عليها أم لم ينص. وتجد هذه العقوبات أساسها النظري في مبدأ دوام سير المرافق العامة بانتظام واطراد. وعلي الرغم من تسليمنا بوجود اختلاف – وإن كان نظريا إلي حد بعيد- بين كل من النظامين المصري والفرنسي فيما يتعلق بالأساس النظري لحق الإدارة في توقيع غرامات التأخير، فإن النظامين: المصري و الفرنسي، يتقاربان في الواقع العلمي في إقرار حق الإدارة في توقيع غرامات

التأخير على المتعاقد معها سواء نص العقد صراحة على ذلك أم لم ينص، وذلك علي التفصيل الذي بيناه[1].

ويتجاوب النظام القانوني الذي يحكم غرامات التأخير في كل من البلدين مع الغرض من تقرير هذه الغرامات في عقود القانون العام: حماية مبدأ دوام سير المرافق العامة بانتظام واطراد. ويظهر هذا التجاوب من خلال العديد من الوجوه :

١.فغرامات التأخير تستحق بمجرد تحقق التأخير. ويثبت للإدارة الحق في توقيعها بمقتضى قرار يصدر منها بإرادتها المنفردة. وقد رأينا أن سلطة الإدارة في توقيع الغرامة في مصر تبدو مقيدة بخلاف الحال في فرنسا. وهذا التقييد ينبع في الحقيقة من وجود تنظيم قانوني للغرامة يستند لنصوص قانون المناقصات المزايدات ٨٩ لسنة ١٩٩٨ ولائحته، وذلك بخلاف الحال في فرنسا حيث لا يستند تنظيم الغرامة لأي نص قانوني أو لائحي. ومن ثم فلا مناص في الحالة الفرنسية من الرجوع للقواعد العامة في هذا الشأن.

والحقيقة أن تقييد سلطة الإدارة في مقام توقيع غرامات التأخير يبدو متجاوبا مع الغرض من فرض هذه الغرامات في العقود الإدارية من ناحية، ومتماشيا مع طبيعتها القانونية في مصر من ناحية أخرى وذلك على النحو الذي بيناه في موضعه[2].

٢. وتوقيع الغرامة لا يشترط أن يسبقه إعذار في مصر. والحقيقة أن عدم اشتراط الإعذار في مصر يبدو متفقا مع طبيعة الغرامة باعتبارها عقوبة توقعها الإدارة بمجرد تحقق الإخلال ودون حاجة لتحقق ضرر. أما في فرنسا فعلي الرغم من تمسك مجلس الدولة الفرنسي علي سند من طبيعة الغرامة باعتبارها تعويضات جزافية، ومن ثم يطبق عليها المبادئ التي تحكم المسئولية العقدية ومن أبرزها قاعدة وجوب الإعذار، فإن الواقع العملي يتجه لإحلال الإدارة من هذا الشرط حتى في فرنسا. فالحقيقة أن اشتراط الإعذار يتنافي مع الاعتبارات التي وجدت الغرامة لتحقيقها في مجال القانون العام: مبدأ دوام سير المرافق العامة بانتظام واطراد. ولذلك فنحن اتجهنا لتأييد موقف المشرع المصري في هذا المقام[3].

---

[1] انظر ما سبق بيانه، فقرة رقم ٥ وما بعدها.

[2] انظر ما سبق بيانه بصدد دراسة سلطة الإدارة في توقيع الغرامة، وبالذات فقرة رقم ٥٥.

[3] انظر ما سبق بيانه بصدد دراسة الإعذار كقيد إجرائي يرد علي سلطة الإدارة في توقيع الغرامة، وبالذات فقرة رقم ٨٣.

٣.وعند الحديث عن سلطة الإدارة في توقيع غرامات التأخير، تظهر الرقابة التي يباشرها القاضي الإداري باعتبارها أهم محددات هذه السلطة. وكما رأينا فإن القاضي الإداري باعتباره قاضي العقد له سلطات جد واسعة في رقابته علي قرارات الإدارة في مرحلة تنفيذ العقد من خلال دعاوى القضاء الكامل. وقد اشرنا في حينه[١]، لتحول قضائي هام في فرنسا من خلال تبني مجلس الدولة لقضاء جديد يهدف لحماية المتعاقد مع الإدارة في حالة وصول مجموع الغرامات لحد ظاهر المغالاة بالنسبة لقيمة الصفقة. وقضاء مجلس الدولة الفرنسي الجديد يمكن أن يمثل مصدر إلهام لنظريه المصري في حالة شطط الإدارة ومغالاتها في الاتفاقات المعدلة للغرامة.

أما بصدد سلطة الإدارة في الإعفاء من غرامات التأخير، فقد لاحظنا بصفة عامة أن التنظيم القانوني للإعفاء يتماشى مع الهدف من تقرير غرامات التأخير في عقود القانون العام. وتصدق هذه الملاحظة سواء بصدد الإعفاء الوجوبي أو بصدد الإعفاء الجوازي.

فيثبت للمتعاقد مع الإدارة الحق في الإعفاء متى كان تحقق الإخلال يرجع لسبب لا يد له فيه. فليس من العدل توقيع عقوبة علي المتعاقد مع الإدارة لسبب لا يد له في تحققه ولا يستطيع له ردا ولا دفعا. وفي فرنسا، فإن المسئولية التي توقع غرامات التأخير كنتيجة لها تخضع لقواعد المسئولية العقدية العامة. وهذه الأخيرة تشترط تحقق ثمة خطأ لثبوتها. وتحقق الإخلال نتيجة للسبب الأجنبي كفيل بنفي هذا الخطأ.

أما بصدد الإعفاء الجوازي، فقد لاحظنا من خلال هذه الدراسة أن المشرع المصري كان حصريا علي تنظيم موضوع الإعفاء الجوازي بخلاف الحال في فرنسا، وذلك تحقيقا لاعتبارات شتى. ومع ذلك فكما رأينا[٢]، فالتنظيم المصري يمكن أن يكون محل نقد من حيث تقيده لسلطة الإدارة في الإعفاء الجوازي باشتراط انتفاء تحقق أي ضرر يصيب المرفق العام المتصل به العقد من جراء التأخير. وكنا نود لو أن المشرع المصري قد وسع قليلا من سلطة الإدارة في منح الإعفاء الجوازي تحقيقا لاعتبارات تفريد العقوبة من جهة، واعتبارات المرونة في العقود الإدارية من جهة أخرى.

---

[١] انظر ما سبق بيانه بصدد، فقرة رقم ٨٣ و ٨٤.

[٢] أنظر ما سبق بيانه بصدد دراسة سلطة الإدارة في منح الإعفاء الجوازي من غرامات التأخير في مصر وفرنسا، وبالذات فقرة رقم ١٠٩ وما بعدها.

أما فيما يتعلق بتطبيقات الغرامات التأخير في العقود الإدارية وبالذات في عقدي الأشغال العامة والتوريد، فكما لاحظنا يحرص كل من النظامين المصري والفرنسي في تنظيمه للغرامة علي تحقيق اعتبارات الفاعلية. وإن كنا لنا ثمة ملاحظات علي هذا التنظيم، فيلاحظ أن المشرع المصري قد أعتمد الأسبوع كأساس لحساب الغرامة في مقابل اليوم في فرنسا. والحقيقة أن اليوم يبدو أنسب في مجال المفاضلة بين التنظيم المصري والفرنسي. فهو الأكثر تماشيا مع الغرض الذي تقررت من أجله غرامات التأخير في مجال العقود الإدارية وهو تحقيق مبدأ دوام سير المرافق العامة بانتظام واطراد.

قائمة المراجع

أولا: المراجع العربية

أ.القانون الخاص

-د. أحمد الصاوى، الوسيط فى شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، بدون دار نشر، طبعة ١٩٨٨، ص ٤٠٩ .

-د. أنور سلطان ، النظرية العامة للالتزام، ، الجزء الثانى أحكام التزام ، الإسكندرية، منشأة المعارف .

-د. توفيق حسن فرج، النظرية العامة للالتزام، الجزء الثانى أحكام الالتزام، الإسكندرية، بدون دار نشر، ، طبعة ١٩٧٧.

-د. رمضان محمد أحمد أبو السعود ، مصادر الالتزام،الإسكندرية، بدون دار نشر، طبعة ٢٠٠٣ .

-د. عبد الرازق أحمد السنهورى ، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول مصادر الالتزام .

-د. محمد حسين منصور ، نظرية القانون، الإسكندرية، بدون دار نشر، طبعة ٢٠٠٢.

-د. نبيل إبراهيم سعد:

النظرية العامة للالتزام ، الجزء الأول مصادر الإلتزام، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة، الجزء الأول ، مصادر الالتزام ، طبعة ٢٠٠٤.

النظرية العامة للالتزام ، الجزء الثانى احكام الالتزام ، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة، طبعة ٢٠٠٢ .

-د. نبيل عمر، الوسيط فى قانون المرافعات، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة.

ب.القانون العام

١.المؤلفات الفقهية العامة

د. عبد الغنى بسيونى عبد الله ، النظرية العامة للقانون الإدارى ،الإسكندرية، الناشر منشاة المعارف ، طبعة ٢٠٠٣ .

د.ماجد راغب الحلو القانون الإدارى ، الإسكندرية، دار الجامعة الجديد، طبعة ٢٠٠٦ .

د. محمد رفعت عبد الوهاب ، القضاء الإدارى، قضاء الإلغاء ،الإسكندرية، الناشر دار الجامعة الجديدة ، طبعة ٢٠٠٠ .

٢.المؤلفات الفقهية المتخصصة

-د. انس جعفر. العقود الإدارية ، القاهرة ، دار النهضة العربية ، الطبعة الرابعة ٢٠٠٧.

-د. توفيق شحاته ، عقد الالتزام ، بدون دار نشر، طبعة ١٩٥٦، ص ١٣١.

-د. سعاد الشرقاوي، العقود الإدارية، دار النهضة العربية، الطبعة الثانية

-د. سليمان الطماوى، الأسس العامة للعقود الإدارية ، الإسكندرية، دار الفكر العربى ، طبعة ١٩٧٥.

-د. صلاح الدين فوزى ، قانون المناقصات والمزايدات رقم ٨٩ لسنة ٩٨ المشاكل العملية والحلول القانونية دراسة تحليلية تأصيلية مقارنة للعقود الإدارية، القاهرة، دار النهضة العربية ، طبعة ٢٠٠٠، ص ١٣٥ وما بعدها

-د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، الأسس العامة فى العقود الإدارية ، القاهرة، المركز القومى للإصدارات القانونية ، طبعة ٢٠٠٨، ص ٢٦٢ وما بعدها

-د. عثمان عياد، مظاهر السلطة العامة فى العقود الإدارية ، القاهرة ، دار النهضة العربية، طبعة سنة ١٩٧٣،.ص ٣٤٥

-د. عمر الخولي، الوجيز في العقود الإدارية: دراسة تحليلية تطبيقية، بدون دار نشر، ٢٠١٢.

-د. ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية ، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة، طبعة ٢٠٠٧.

-د. محمد باهي أبو يونس، الغرامة التهديدية كوسيلة لاجبار الإدارة على تنفيذ الإحكام القضائية، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠١.

-د. محمد فؤاد عبد الباسط ، العقود الإدارية ، ص ٣٦٠ ، طبعة ٢٠٠٦ ، دار الجامعة الجديدة ، ص ٢٩٣.

-د. نصر الدين بشير ، غرامة التأخير فى العقد وأثرها فى تسيير المرفق العام، الإسكندرية، دار الفكر الجامعى، طبعة سنة ٢٠٠٧، ص ٣٢

٣.رسائل دكتوراة

- د. أيمن جمعة ، تنفيذ عقد الاشغال العامة، رسالة دكتوراة قدمت ونوقشت بجامعة الزقازيق ٢٠٠٥ .

-د. سيد أحمد جاد الله ، سلطة القاضى إزاء العقد الإدارى، رسالة دكتوراة قدمت و نوقشت بجامعة القاهرة ٢٠٠٧.

-د. عاطف سعدي علي، عقد التوريد الاداري بين النظرية والتطبيق ، رسالة دكتوراة قدمت ونوقشت بجامعة بنها، سنة ٢٠٠٥.

-د. عبد المجيد فياض، نظرية الجزاءات فى العقد الإدارى، القاهرة، دار الفكر العربي، طبعة ١٩٧٥.
-د. هارون عبد العزيز الجمل، النظام القانونى للجزاءات فى عقد الأشغال العامة، رسالة للدكتوراة قدمت ونوقشت بجامعة عين شمس سنة ١٩٧٩.

٤.مقالات
-احمد رفعت خفاجي، طبيعة الغرامات التعاقدية في العقود الادارية ، بحث منشور في مجلة المحاماة، تصدرها نقابة المحامين في مصر،العدد العاشر،السنة السادسة و الثلاثين – ١٩٥٦

٤.المجموعات قضائية[1]

-مجموعة القواعد القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا والجمعية العمومية لقسمي الفتوي والتشريع في شأن العقود الإدارية في أربعين عاما من ١٩٥٥-١٩٩٥ : مجموعة الأربعين عاما في العقود الإدارية، عن المكتب الفني، بمناسبة اليوبيل الذهبي لمجلس الدولة، ١٩٩٩.

-مجموعة المبادئ القانونية التى قررتها الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع منذ نشأتها حتى عام ٢٠٠٥، المكتب الفني، ٢٠٠٦ .
-مجموعة العقود في خمسة عشر عاما، المكتب الفني لمجلس الدولة، ١٩٦٩.
-د. محمد ماهر أبو العينين، العقود الإدارية وقوانين المزايدات والمناقصات – الكتاب الثالث – عوارض تنفيذ وإنهاء العقد الإداري، ٢٠٠٤

قائمة المراجع الفرنسية

I. Ouvrages Généraux

[1] سوف نقتصر على المجموعات المتخصصة في العقود الإدارية التي صدرت في مناسبات خاصة، أما المجموعات التي تصدر بانتظام سنويا فنكتفي بالإشارة لها في موضعها في هوامش البحث.

-ROUAULT (M-C), Droit administratif, 3e Ed., Paris, Gualino, 2005.

-MORAND-DEVILLER (J), *Cours de droit administratif*, Paris, Montchrestien, 2010.

-VINEY (G.), *Traité de droit civil*, Paris, LGDJ, 1998.

II. Ouvrages spécialisés

-ALLAIREF (F.), *L'Essentiel du droit des marchés publics*, Paris, Gualino éditeur, 2e ed, 2009, p.169.

-ANTONMATTEI (P-H.), *Contribution à l'étude de la force majeure*, Paris. L.G.D.J., coll. "Bibliothèque de droit privé".

BRACONNIER (S), Précis du droit des marchés publics, 4e Ed., Paris, Le Moniteur, 2012.

-BRECHON-MOULENES (C.), *Droit des marchés publics*, Paris, Le Moniteur, avril 2006.

-DE LAUBADERE (A.), *Traité théorique et pratique des contrats administratifs*, tome premier, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1956.

-GUETTIER (C.), *Droit des contrats administratifs*, PUF, 2008, n° 538

-RICHER (L.), *Droit de contrats administratifs*, 1er Ed., LGDJ, 1995.

-RICHER (L.), *Droit de contrats administratifs*; 7e Ed., Paris, LGDJ, 2010.

-LORENS (F.), *Contrat d'entreprise et marché de travaux publics: Contribution à la comparaison entre contrat de droit privé et contrat administratif*, Paris, LGDJ, Coll. Bibliothèque de droit public, Tome I 139, 1981.

-PLESSIX (B.), *L'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif*, Paris, EPA - Editions Panthéon Assas, 2003.

-VAUTROT-SCHWARZ (CH.), *La qualification juridique en droit administratif*, Paris, L.G.D.J, 2010.

-UBAUD-BERGERON (M.), *Droit des contrats administratifs*, LexisNexis, 2015, p. 12.

III. Thèses

-BUCHER (CH.), *L'inexécution du contrat de droit privé et du contrat administratif*, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, Paris, Dalloz, 2011.

-LEFONDRE (M.), *Recherche sur la sanction administrative et leur nature juridique*, Thèse pour le doctorat présentée et soutenue à l'Université de Caen, 1973.

IV. Articles et fascicules

-BRECHON-MOULENES (Ch.), (sous la dir. de), DE GERY (P.), RICHER (L.), ROUQUETTE (R.) et TERNEYRE (Ph.), *Droit des marchés publics*, Paris, Le Moniteur,1993.

-BUROMAG – UGOLINI, "Contrats marchés publics", *CMP*, 2004, n° 250.

-GRANGE (B.), "La tentative de rationalisation de la commande publique par l'ordonnance et le décret sur les marchés publics", AJ Contrats d'affaires, Mai 2016, n° 5, p. 238–241

-GROSSER (P.), "Pertinence des critères cumulés pour caractériser la force majeure en matières délictuelle et contractuelle", in *La semaine juridique générale* BLOCH Laurent, "Force majeure : le calme après l'ouragan ?", in *Responsabilité civile et assurances* , n°6, juin 2006, Etude M. Patrice Jourdain (RTD civ. 2003 p. 301 et RTD civ. (4) oct-déc. 1994 p. 872)

-LABETOULE (A.) BARDOUX (A.) LECADET (S.), "Panorama des principales nouveautés de la réforme du droit

des marchés publics ", Semaine juridique. Administrations et collectivités territoriales, 23 mai 2016, n° 20, p. 29–37

-LEMAIRE (F.) , "La force majeure : un événement irrésistible", *RDP* , n°6, 1999, p.1723-1740.

-MAUGUE (C.), "Les variations des contrats administratifs", *AJDA*, 1998, p.694

-MOREAU (J.), "Les matières contractuelles", *AJDA*, 1998, p. 747.

-PAISANT (G.), Dix ans d'application de la réforme des articles 1552 et 1231, *RTC*, 1985, 647.

V. Commentaires d'arrêts

-CE 3 décembre 1920, *Fromassol*, RDP, 1920, p. 64, concl. CORNEILLE.
-TA Nancy, 20 février 2001, S*A Ronzat, CMP* 2001 n°135, note DELELIS.
-CAA Paris 23 juin 2006, *Sarl Serbois*, n° 02PA03759, CP-ACCP, n° 60, novembre 2006, note . LETELLIER.
-CAA Marseille, 30 mars 2004, *Buromag-Ugolini, CMP 2004*, n°139, note OLIVIER .
CE, 17 mars 2010, *Commune d'Issy-les-Moulineaux*, *CMP* 2010, n° 173, not. VIDAL.

-CE, 8 octobre 2014, *Société Grenke Location*, n° 370644, CMP, not., DU BUS